



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Vilhelm Rondahl

En hemlighet för mycket

– Om företagshemlighetslagen, direktiv 2016/943 och intrångsgörande varor

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Lindell-Frantz

Termin för examen: Period 1 HT17

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte	7
1.3 Frågeställningar	8
1.4 Metod och material	8
1.5 Avgränsningar	9
1.6 Disposition	10
2 LAGEN OM SKYDD FÖR FÖRETAGSHEMLIGHETER	12
2.1 Kapitlets upplägg	12
2.2 Lagens syfte och uppbyggnad	12
2.3 Legaldefinitionen av företagshemligheter	14
2.4 Tillämpningen av 1 § FHL i praxis	16
2.5 Angrepp på företagshemligheter	17
2.6 FHL och sekretessavtal	18
2.7 Immaterialrätten och företagshemligheter	19
2.8 Godtrosförvärv av företagshemligheter	21
2.9 Avslutande kommentarer	22
3 FÖRETAGSHEMLIGHETSDIREKTIVET	25
3.1 Kapitlets upplägg	25
3.2 Direktivets bakgrund	25
3.3 Övergripande syfte och innebörd	26

3.4	Direktivets bestämmelser	27
3.5	Kritik mot företagshemlighetsdirektivet	28
3.6	TRIPs	29
3.7	Företagshemlighetsdirektivets implementering i svensk rätt	31
3.8	Avslutande kommentarer	33
4	INTRÅNGSGÖRANDE VAROR	37
4.1	Kapitlets upplägg	37
4.2	Företagshemlighetsdirektivets definition	37
4.3	Kritik mot direktivets definition	38
4.4	Begreppet intrångsgörande varor inom andra rättsområden	39
4.5	Intrångsgörande varor i svensk rätt	41
4.6	Intrångsgörande tjänster	42
4.7	Avslutande kommentarer	43
5	SLUTSATSER	47
5.1	Kapitlets upplägg	47
5.2	Uppsatsens frågeställningar	47
5.3	Slutsatser	54
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	56
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	59

Summary

During 2016 the EU adopted the Trade Secrets Directive, in order to harmonize the protection of trade secrets within the union. This essay examines the Trade Secrets Directive and the changes its implementation entails for the Swedish legal system, in particular the directive's regulations regarding "infringing goods".

The Swedish law for the protection of trade secrets ("lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter", FHL) is a competition law regulation. It defines trade secrets as information that provides a business with competitive advantages, having been subject to reasonable measures to keep it secret (for example through non-disclosure agreements). All forms of acquisition, use or disclosure of trade secrets without the consent of the secret holder are labeled "attacks" on trade secrets in FHL. FHL does not prohibit all forms of attack, only unlawful attacks. Attacks committed to reveal criminal conduct or unconformity with labor regulations within a workplace are not considered unlawful and FHL cannot be applied to such actions. If however somebody has committed an attack considered unlawful, a court can order certain measures against the attacker, such as fines or redemption of property.

The Trade Secrets Directive is a minimum directive aiming to harmonize and reinforce the protection of trade secrets within the union, in order to create incentives mainly for innovation-related cross-border businesses. The core provision of the directive is article 2.1, stipulating the definition of a trade secret. The definition is practically identical to the trade secret definition in the international treaty TRIPs, to which all EU members have been bound for over 20 years. It is possible that the European Commission considers the definition found in TRIPs to be insufficiently implemented in many EU states and has therefore formulated a harmonization directive.

The biggest novelties of the Trade Secrets Directive are the regulations regarding infringing goods. Infringing goods are defined in article 2.4 as "goods [whose] design, characteristics, functioning, production process or marketing significantly benefits from trade secrets unlawfully [attacked]." The directive prohibits production, offering, placing on the market, importation, export or storage of infringing goods. The definition in article 2.4 means that an independently developed product can be considered infringing if for example someone in the marketing of the product commits an unlawful attack on a trade secret. This could occur if a company unlawfully acquires a customer list and uses it in the marketing of its product. The product could be banned from the market, not just for the company that committed the attack on the trade secret but for all companies using the product. The regulations regarding infringing goods could cause problems for all corporations trading with companies that have committed attacks on trade secrets, both in Sweden and in the European Union.

Sammanfattning

Under 2016 antogs företagshemlighetsdirektivet i EU, för att harmonisera skyddet för företagshemligheter inom unionen. Den här uppsatsen behandlar företagshemlighetsdirektivet och de förändringar som dess implementering medför för svensk rätt, i synnerhet direktivets bestämmelser om ”intrångsgörande varor”.

Den svenska lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter (FHL) är en konkurrensrättslig reglering. Lagen definierar företagshemligheter som sådan information som kan ge en näringsidkare konkurrensmässiga fördelar och som näringsidkaren själv har vidtagit tillräckliga åtgärder för att hemlighålla (genom exempelvis sekretessavtal). Alla former av anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter som hemligheternas innehavare inte samtycker till benämns i FHL såsom ”angrepp” på företagshemligheter. FHL förbjuder inte alla angrepp, utan enbart obehöriga angrepp. Angrepp som innebär exempelvis avslöjande av brott eller allvarliga missförhållanden på en arbetsplats anses inte obehöriga och kan inte åtkommas med FHL. Om någon emellertid har begått ett obehörigt angrepp kan en domstol besluta om åtgärder gentemot angriparen, såsom vite eller inlösen.

Företagshemlighetsdirektivet är ett minimidirektiv som syftar till att harmonisera och stärka skyddet för företagshemligheter inom unionen, för att skapa incitament för främst gränsöverskridande innovationsverksamhet. Direktivets centrala bestämmelse är artikel 2.1, som definierar begreppet företagshemlighet. Denna definition är i princip identisk med företagshemlighetsdefinitionen i det internationella avtalet TRIPs, som alla EU-stater har varit bundna av i över 20 år. Förmodligen har EU-kommissionen ansett att TRIPs företagshemlighetsdefinition inte har implementerats korrekt och har därför tagit fram ett harmoniseringsdirektiv.

Den främsta nyheten i företagshemlighetsdirektivet är reglerna om intrångsgörande varor. Intrångsgörande varor definieras i artikel 2.4 såsom ”varor vilkas formgivning, egenskaper, funktion, produktionsprocess eller marknadsföring gynnas avsevärt av [obehörigen angripna] företagshemligheter”. Direktivet förbjuder produktion, utbud av, import, export och lagerhållning av intrångsgörande varor. Artikel 2.4 innebär att en vara som är helt självständigt framtagen kan anses intrångsgörande om någon i exempelvis marknadsföringen av varan begår ett obehörigt angrepp på en företagshemlighet. Detta kan ske genom att ett företag obehörigen får tillgång till en kundlista och använder denna för att marknadsföra sin produkt. Kommersiell hantering av produkten skulle då kunna förbjudas, inte bara för företaget som angripit företagshemligheten utan även för andra som handlar med varan. Reglerna om intrångsgörande varor kan orsaka förutsebarhetsproblem för företag som handlat produkter av angripare av företagshemligheter, både i Sverige och inom EU i stort.

Förord

”Fattar du vad du har gjort?! Det där var hemliga dokument!”

– *Per Gavatin, Grotesco*

Först, och absolut främst, vill jag rikta ett stort tack till Eva Lindell Frantz, som varit den bästa handledare en student kan önska sig. Utan hennes uppmuntran, kritik och omsorgsfulla rättningar hade det förmodligen aldrig blivit en ordentlig uppsats av det här.

Jag vill också tacka Magnus Tonell och Reinhold Fahlbeck, som båda helt frivilligt tagit sig tid att hjälpa mig på rätt spår inom ett rättsområde som jag tidigare inte visste det minsta om.

Slutligen vill jag från botten av mitt hjärta tacka Nationen, med alla dess underbara medlemmar. De senaste fem åren har tack vare Er varit mitt livs bästa och jag är oändligt tacksam. Jag hoppas innerligt att de av oss som hamnar i Stockholm kommer att kunna återskapa Lundamagin åtminstone några gånger till. För er som nu axlar Nationens roder önskar jag all lycka och hoppas att ni lever ut dess fulla potential, medan Mårtenstorget 8 fortfarande står starkt.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
BrB	Brottsbalken (1962:700)
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
Företagshemlighetsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs
Godtrosförvärvslagen	Lag (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre
HD	Högsta domstolen
Ibid.	ibidem (på samma ställe)
IPRED	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter
OSL	Offentlighets- och sekretesslag (2009:400)
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
TRIPs	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tullförordningen	Europaparlamentet och Rådets förordning (EU) nr 608/2013 av den 12 juni 2013 om tullens säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter och upphävande av rådets förordning (EG) nr 1383/2003

URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WTO	World Trade Organization, Världshandelsorganisationen

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Företagshemligheter utgör en mycket viktig del av den moderna ekonomin. De flesta näringsidkare är förmodligen måna om att de hemligheter och innovationer som ger just deras företag ett försprång på marknaden är oerhört viktiga att skydda. Företags produkter och idéer kan ibland skyddas immaterialrättsligt, men långt ifrån alltid. Det kan därför vara nödvändigt för ett bolags konkurrensförmåga att hålla exempelvis marknadsstrategier, kundlistor eller produktutvecklingstekniker hemliga för konkurrenter.

Ofta avspeglas dock inte vikten av sekretess nämnvärt i förhandlingar och uppgörelser näringsidkare emellan. Att sekretessavtal och -klausuler ofta har en likartad utformning oavsett vad avtalet gäller i stort, leder till att många uppfattar dem som något parterna normalt inte behöver förhandla om, s.k. boilerplate-klausuler. Detta i sin tur kan leda till illa utformade eller ofullständiga sekretessavtal som i praktiken inte ger det skydd en part egentligen vill ha för sina företagshemligheter.¹ Avsaknaden av förståelse för sekretessavtalens vikt avspeglas även i en stor brist på internationella regleringar av företagshemligheter länder emellan och det faktum att en harmonisering av företagshemlighetsregleringar på EU-nivå skedde först 2016 genom ett nytt direktiv². Behovet av en harmonisering har framgått av ett flertal rapporter som visat att ett fragmenterat regelverk för skyddet av företagshemligheter har en negativ inverkan på företags incitament att driva gränsöverskridande innovationsverksamhet.³

Det nya EU-direktivet är ämnat att harmonisera det civilrättsliga skyddet för företagshemligheter emellan medlemsstaterna. Direktivet innehåller inga straffbestämmelser.⁴ I Sverige finns idag lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter (FHL) men för att implementera direktivet på ett korrekt sätt har det i en utredning, SOU 2017:45, föreslagits att en ny företagshemlighetslag införs, som i vissa delar ser exakt ut som den nuvarande lagen men likväl innehåller flera nya begrepp och regleringar. Ett av de viktigaste tilläggsförslagen i utredningen är en ny 2 § som bl.a. förbjuder ”import, export eller lagring av intrångsgörande varor”.⁵

¹ Tonell, Magnus, 2012. *Sekretessavtal och det rättsliga skyddet för företagshemligheter*, s. 14 f.

² Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs.

³ Se Baker & McKenzie, 2013. Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, MARKT/2011/128/D, samt Hogan Lovells International, 2012. Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes), MARKT/2010/20/D.

⁴ SOU 2017: 45 s. 19 f.

⁵ SOU 2017: 45 s. 35-42.

Begreppet ”intrångsgörande varor” förekommer inte i den nu gällande FHL. Regleringen i direktivet har införts för att möjliggöra återkallande eller förstörande av varor som producerats innan en domstol hunnit förbjuda missbruket av en företagshemlighet. Det har ansetts att i den nu gällande FHL är alla former av utnyttjande av intrångsgörande varor förbjudna men för att fullt ut implementera direktivet föreslås även att ett förbud mot import, export eller lagring av sådana varor införs.⁶ Den föreslagna definitionen av intrångsgörande varor lyder ”varor vilkas formgivning, egenskaper, funktion, tillverkning eller marknadsföring gynnas avsevärt av angrepp på företagshemligheter.”⁷

För att läsaren redan från början ska förstå problematiken som den här uppsatsen behandlar, följer här ett exempel på hur tillämpningen av hanteringsförbudet av intrångsgörande varor kan komma att ske:

Företag B har en affärsförbindelse med företag A och får tillgång till A:s *företagshemlighet*, en kundlista. Företag B får enligt ett avtal inte använda listan utanför samarbetet, men gör det ändå för att *marknadsföra* sin produkt X. Detta utgör ett *obehörigt angrepp* på företag A:s företagshemlighet. Produkt X är helt självständigt framtagen men är nu i och med angreppet en intrångsgörande vara och företag A kan därför begära att en domstol beslutar om åtgärder gentemot varan, åtgärder som även påverkar tredje part.

Detta och liknande exempel behandlas vidare utförligt i kapitel 4.3 samt i mina egna kommentarer.

1.2 Syfte

Den här uppsatsen syftar till att undersöka innebörden av den i SOU 2017:45 föreslagna definitionen av intrångsgörande varor samt vad förbudet mot import, export eller lagring av sådana varor i 2 § FHL kan komma att innebära. FHL är en ganska komplicerad reglering som berör flera olika rättsområden, jag kommer därför att inleda med en genomgång av lagens syfte och funktion. I samband härmed kommer även några av de övriga föreslagna ändringarna i lagen att beröras.

I uppsatsen analyseras ett lagförslag som ännu inte nått propositionstadiet och som kan komma att ändras innan det antas av riksdagen. Emellertid är det begrepp jag fokuserar på, ”intrångsgörande varor”, hämtat direkt ifrån direktiv 2016/943 (”företagshemlighetsdirektivet”) och oavsett hur den slutliga lagstiftningsprodukten kommer att se ut lär den innehålla en definition av begreppet då svensk rätt idag saknar en sådan. En analys av

⁶ SOU 2017:45 s. 137.

⁷ SOU 2017:45 s. 36.

termen kan därför bibehålla sin relevans även om lagförslaget i SOU 2017:45 skulle komma att ändras markant.⁸

De för uppsatsen viktigaste delarna av FHL är dels 1 §, som behandlar *definitionen* av en företagshemlighet, samt 2 §, som anger vad som utgör ett *angrepp på en företagshemlighet*. Implementeringen av företagshemlighetsdirektivet kommer att påverka båda dessa bestämmelser. Både 1 § och 2 § är tvingande regler. Det föreslagna förbudet mot import, export eller lagring av intrångsgörande varor, som ligger i fokus för hela uppsatsen, kommer att utgöra ett *utvidgande* av vilka handlingar som utgör angrepp på en företagshemlighet och följaktligen påverkar 2 §.⁹

För analysen av innebörden av förbudet mot import, export eller lagring av intrångsgörande varor undersöker jag dels företagshemlighetsdirektivet och hur intrångsgörande varor behandlas där, dels huruvida begreppet förekommit tidigare i svensk rätt.

1.3 Frågeställningar

I uppsatsen besvaras följande frågeställningar:

- Hur definieras företagshemligheter i FHL och hur kommer denna definition att förändras av implementeringen av företagshemlighetsdirektivet?
- Hur definieras angrepp på företagshemligheter i FHL och hur kommer denna definition att förändras av implementeringen av företagshemlighetsdirektivet?
- Vad medför harmoniseringen av företagshemlighetsdefinitionen på EU-nivå för generella effekter på svensk rätt?
- Vad innefattar begreppet intrångsgörande varor i företagshemlighetsdirektivet?
- Vad innebär införandet av förbudet mot import, export eller lagring av intrångsgörande varor i den nya FHL?

Den femte och sista frågeställningen är uppsatsens viktigaste. De fyra första frågeställningarna kommer att besvaras främst för att den femte enklare ska kunna utredas och besvaras.

1.4 Metod och material

I uppsatsen används rättsdogmatisk metod för att fastställa gällande svensk rätt. Metoden utgår ifrån den traditionella rättskällehierarkin. I den anses traditionellt sett lagstadgade bestämmelser stå överst, därefter följer HD:s

⁸ SOU 2017:45 s. 138.

⁹ Tonell, 2012, s. 61.

tillämpning av dessa lagregler i praxis, sedan förarbeten och därpå doktrin. Dessa källor analyseras och resultatet anses spegla hur en viss rättsregel ska uppfattas i ett visst sammanhang. I avsnitt 2.6 behandlas ett urval rättsfall, som har valts ut på basis av hur pass ofta de förekommit i doktrinen. Doktrin i sig saknar självständig auktoritet men åberopas ofta i skälen till en dom.¹⁰ Jag har försökt att bredda urvalet av doktrin så mycket som möjligt för att finna utgångspunkter kring vilka det råder så stor enighet som möjligt. Gällande förarbeten har jag bl.a. använt en utredning¹¹ som aldrig ledde fram till något lagförslag, jag har därför varit försiktig med att lägga någon tyngre vikt vid slutsatserna i utredningen.

Undersökningen av den nya FHL utgår ifrån SOU 2017:45. Även om utredningen endast utgör ett lagförslag så den används i analysen av vad som kan komma att bli gällande rätt, framförallt vad gäller den nya 2 § FHL. För att analysera begreppet ”intrångsgörande varor” och betydelsen av dess införande i FHL undersöker jag hur begreppet används och tolkas inom andra rättsområden där det förekommer. I och med att konceptet ”intrångsgörande varor” är helt nytt inom skyddet för företagshemligheter så får jag använda mig av analogier från andra rättsområden, på liknande sätt som en domstol hypotetiskt hade kunnat göra i en framtida prövning av begreppets innerbörd. Jag ser bland annat till immaterialrättsliga EU-direktiv och internationella konventioner samt tullregleringar för att undersöka hur intrångsgörande varor betraktas i dessa regelverk.

I granskningen av företagshemlighetsdirektivet och dess implementering använder jag EU-rättslig metod. Inom EU-rätten har alla språkversioner av rättsakter samma status, men det kan ändå vara behjälpligt att undersöka flera olika språkliga versionen av direktivet för att förstå dess innebörd fullt ut. Jag har därför förutom den svenska versionen också tagit del av de engelska och franska versionerna av företagshemlighetsdirektivet. Även om EU-rätten sägs sakna förarbeten så har jag studerat några av de rapporter som föranledde införandet av direktivet för att få en bild av den europeiska ekonomiska och juridiska bakgrunden till antagandet av företagshemlighetsdirektivet.¹²

1.5 Avgränsningar

FHL:s tillämpningsområde bestäms i stort av dess två första paragrafer.¹³ Eftersom regleringen avseende vad som gäller ifråga om intrångsgörande varor främst kommer att påverka detta tillämpningsområde så är 1-2 §§ de lagrum som uppsatsen fokuserar på. Då jag jämför gällande rätt med ett lagförslag är det viktigt att ha i åtanke att den nuvarande 2 § FHL föreslås bli den nya 3 §, medan lagförslaget 2 § innefattar regleringar som idag inte

¹⁰ Korling, Fredric och Zamboni, Mauro, 2013. *Juridisk metodlära*, s. 26 f.

¹¹ SOU 2008:63.

¹² Korling, Zamboni, 2013, s. 133.

¹³ Tonell, 2012, s. 20.

stadgas i FHL. I uppsatsen behandlas enbart svensk rättstillämpning gällande 2 § FHL.

FHL ses ibland som en specialstraffrättslig lagstiftning och återopas ofta i anslutning till flera bestämmelser i BrB om exempelvis trolöshet mot huvudman. Lagen har emellertid många dimensioner och berör även andra rättsområden såsom arbetsrätt och immaterialrätt.¹⁴ Den här uppsatsen fokuserar helt på lagens civilrättsliga delar och berör inte den straffrättsliga delen, annat än för att tydliggöra gränsen för FHL:s tillämpningsområde. Fokus ligger på FHL:s två första paragrafer.

Jag berör inte processrättsliga frågeställningar, inte heller kommer bevisbördesfrågor att undersökas. Problematiseringen utgår ifrån FHL, vilket innebär att sådana förhållanden som inte träffas av den lagen inte behandlas.

Sekretessavtal är vitala för skyddet av företagshemligheter och uppsatsen innehåller ett kapitel om FHL:s förhållande till sekretessavtal. Immaterialrätten behandlas inte för sig, men skyddet för företagshemligheter och immaterialrättsligt skydd fungerar ofta parallellt vilket utreds översiktligt i avsnitt 2.7. Dessutom förekommer begreppet ”intrångsgörande varor” i immaterialrätten och undersökningen av begreppets innebörd utgår därför till viss del från det rättsområdet. Vidare kan det vara viktigt att förstå gränsdragningen mellan immaterialrätten och skyddet för företagshemligheter för att förstå FHL:s funktion och tillämpningsområde.

Den här uppsatsen fokuserar på den svenska FHL och den påverkan det nya direktivet kan komma att ha på lagen. Förutom en översiktlig genomgång av företagshemlighetsdirektivet och en undersökning av direktivets definition av intrångsgörande varor har uppsatsen inte någon internationell dimension. Däremot kommer vissa EU-regleringar och internationella konventioner som är gällande rätt i alla EU-stater att tas upp.

1.6 Disposition

I uppsatsen går jag till en början igenom FHL:s syfte och funktion. Här behandlas även lagens förhållande till sekretessavtal då FHL består av såväl dispositiva som indispositiva regler. Jag tittar även på domstolspraxis med anknytning till lagen.

Därefter görs en kort redogörelse för företagshemlighetsdirektivet och en utredning av innebörden av främst artikel 2.4 och 4.5, som berör intrångsgörande varor. Därpå följer en granskning av begreppet intrångsgörande varor inom immaterialrätten för att närmare undersöka vad begreppet faktiskt innefattar och en granskning av den nya 2 § FHL som

¹⁴ Wainikka, Christina, 2010. *Företagshemligheter – en introduktion*, s. 12.

föreslås i SOU 2017:45. Slutligen görs en analys av effekten som ett införande av utredningens rekommenderade 2 § skulle innebära.

Det femte och sista kapitlet innehåller mina egna analyser och slutsatser, men jag har även tagit med ett avsnitt med ”avslutande kommentarer” i varje deskriptivt kapitel (kapitel 2-4). Även dessa avsnitt innehåller mina egna reflektioner, vilka inte alltid överensstämmer vedertagna åsikter inom doktrinen. Varje kapitel inleds också med en beskrivning av kapitlets upplägg för att läsaren lättare ska kunna navigera uppsatsen samt förstå varje avsnitts syfte och omfattning.

2 Lagen om skydd för företagshemligheter

2.1 Kapitlets upplägg

Införandet av förbudet mot import, export eller lagring av intrångsgörande varor kommer att påverka definitionen av vad som utgör ett angrepp på en företagshemlighet. För att analysera denna påverkan måste först den svenska legaldefinitionen av en företagshemlighet, såsom den stipuleras i FHL 1 § och därefter har utvecklats i praxis, fastställas, vilket görs i detta kapitel. I kapitlet analyseras även de gällande bestämmelserna om angrepp på företagshemligheter i FHL 2 §. För en djupare förståelse av FHL:s funktion och tillämpningsområde behandlar kapitlet även hur lagen förhåller sig gentemot kontraktsrätten och sekretessavtal i synnerhet, samt lagens förhållande till immaterialrätten. Som utvecklas vidare under avsnitt 2.7 fungerar det immaterialrättsliga skyddet och FHL:s skydd för företagshemligheter ofta parallellt. I kapitlet behandlas slutligen reglerna om godtrosvärk av företagshemligheter, bestämmelser som kan komma att ändras markant i och med implementeringen av företagshemlighetsdirektivet.

2.2 Lagens syfte och uppbyggnad

Sverige är idag det enda EU-land med särskild lagstiftning ämnad att skydda företagshemligheter.¹⁵ Trots att lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter (FHL) innehåller vissa tvingande bestämmelser¹⁶ är den konstruerad på så sätt att en näringsidkare måste vidta egna åtgärder för att skydda sina företagshemligheter. FHL skyddar bara den som skyddar sig själv. Detta uppnås bäst genom sekretessavtal med den motpart som får ta del av företagshemligheter.¹⁷

Innan FHL:s tillkomst förekom regler till skydd för företagshemligheter i regleringar mot illojal och otillbörlig konkurrens. Införandet av FHL komplicerades av farhågor avseende dess förenlighet med de grundlagsfästa yttrande- och informationsfriheterna. Denna oro har dock i efterhand visat sig obefogad.¹⁸

FHL:s grundläggande syfte är upprätthållandet av effektiv och sund konkurrens inom näringslivet. Ett effektivt skydd av företagshemligheter

¹⁵ SOU 2017:45 s. 61.

¹⁶ Exempelvis FHL 1 och 2 §§.

¹⁷ Wainikka, 2010, s. 99.

¹⁸ Fahlbeck, Reinhold, 2013. *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter*, s. 19 f.

kan för en företagare vara lika viktigt som skydd av materiella och immateriella tillgångar. Särskilt för innovationsrelaterad verksamhet är det essentiellt att hemligheter har ett fullgott rättsligt skydd. Det skydd som innan FHL:s införande fanns i lagen (1931:152) med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens samt i BrB ansågs inte tillfredsställande, då det saknades tillräckliga åtgärder för ett snabbt agerande mot den som angripit en företagshemlighet. Det anfördes också att en sammanhållen lagstiftning kring företagshemligheter skulle få större genomslagskraft än den tidigare något spridda regleringen.¹⁹ Meningen med FHL är att det aldrig ekonomiskt ska löna sig att angripa företagshemligheter och lagen har kommit att höja skadeståndsnivåerna för sådana angrepp jämfört med vad som gällde innan dess tillkomst. FHL har kommit att återopas tämligen frekvent i domstolar, något som kan anses visa på att den eftersträvade genomslagskraften uppnåtts.²⁰

FHL kan delas upp i fyra delar. 1-2 §§ berör lagens tillämpningsområde. Denna del av lagen innefattar även vissa definitioner. I 3-4 §§ finns straffrättsliga bestämmelser. 5-10 §§ anger vilka angrepp på företagshemligheter som kan vara skadeståndsgrundande samt hur skadeståndet ska bestämmas. Slutligen rör 11-14 §§ vitesförbud och inlösen.²¹ I den här uppsatsen kommer fokus att ligga på de första två paragraferna, främst 2 § vars tillämpningsområde kommer att påverkas av regelförslagen om intrångsgörande varor. Övriga paragrafer behandlas översiktligt här nedan.

FHL:s straffbestämmelser gäller företagsspioneri som behandlas i 3 § och olovlig befattning med företagshemlighet som tas upp i 4 §. Dessa lagrum ska inte utredas närmare men värt att nämna är att bestämmelserna enbart kan aktualiseras då någon anskaffar information från en motpart på ett olagligt sätt. Om en avtalspart röjer eller obehörigen utnyttjar företagshemligheter som denne fått tillgång till genom ett avtal utgör detta ett avtalsbrott vilket kan leda till skadestånd eller förbud, men i linje med huvudregeln att avtalsbrott inte ska leda till straff så aktualiseras inte FHL:s straffrättsliga regler vid sådana överträdelser. Den civilrättsliga delen av lagen behandlar alltså förhållanden då någon redan har tillgång till företagshemligheter och reglerar hur personen får hantera dessa, medan FHL:s straffbestämmelser hanterar det förhållandet att någon olagligen bereder sig tillgång till hemligheter. Straff kan emellertid också följa av BrB:s bestämmelser även då hemligheter inte åtkommit på olagligt vis.²² HD bekräftade i NJA 2001 s. 362 att ansvar kan följa enligt BrB även om straffrättsligt ansvar enligt FHL har uteslutits. Detta gäller exempelvis vid vårdslös hantering av behörigt åtkomna företagshemligheter som alltså kan föranleda straff enligt BrB.

¹⁹ Prop. 1987/88:155 s. 8 ff.

²⁰ Fahlbeck, 2013, s. 24 ff.

²¹ Bengtsson, Henrik och Kahn, Johan, 2002. *Företagshemligheter i domstolarnas praxis*.

Ny Juridik 4:02 s. 9.

²² Fahlbeck, 2013, s. 207.

FHL 5-10 §§ berör skadeståndsanspråk med anledning av obehöriga angrepp på företagshemligheter. 6 § reglerar kommersiella förhållanden och stadgar skadeståndsskyldigheten för en part som genom ett avtal får ta del av en företagshemlighet och sedan obehörigen röjer eller utnyttjar denna. 7 § behandlar de fall då en arbetstagare obehörigen röjer eller utnyttjar företagshemligheter som de fått tillgång till på ett tillåtet vis.²³

2.3 Legaldefinitionen av företagshemligheter

Vad som utgör företagshemligheter definieras i FHL 1 §. Denna definition är tvingande på så sätt att sekretessavtal med en bredare definition av begreppet företagshemligheter inte anses rättsligt bindande.²⁴ 1 § är den paragraf som legat mest i fokus inom FHL:s praxis, lagförarbeten och doktrin.²⁵

FHL 1 § 1st stadgar att en företagshemlighet är:

”information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende.”

Begreppet information har här en vidsträckt innebörd, i stort sett samma som i vardagligt tal. Gränserna för vad som utgör en företagshemlighet sätts främst av lagens övriga kriterier. Informationen måste vara kopplad till affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse. Även begreppet näringsidkare ska tolkas vidsträckt och omfattar inte enbart vinstdrivande verksamheter, det krävs dock att informationen ska ha någon form av koppling till ett företag. Emellertid kan även myndigheter som bedriver näringsverksamhet anses inneha företagshemligheter, då dessa är näringsidkare i lagens mening.²⁶

Att informationen måste vara kopplad till näringsverksamhet för att omfattas av lagen innebär att all sådan information som en person med tillräcklig utbildning kan omsätta praktiskt kan utgöra företagshemligheter. Gränsen går vid information som är så starkt kopplad till en individ, såsom personlig kunskap, skicklighet och erfarenhet, att den inte kan överflyttas till någon annan genom någon form av anvisning. Sådan information anses vara av personlig art och ingår inte i näringsidkarens rörelse.²⁷

För att implementera företagshemlighetsdirektivet har det föreslagits att kravet på att informationen måste vara kopplad till näringsverksamheten

²³ Aspegren, 2017, kommentar till 6-7 §§ FHL.

²⁴ Fahlbeck, 2013, s. 292.

²⁵ Tonell, 2012, s. 20.

²⁶ Prop. 1987/88:155 s. 34 f.

²⁷ Prop. 1987/88:155 s. 35 ff.

slopas, så att definitionen av företagshemligheter ytterligare vidgas. Information av personlig art föreslås emellertid fortfarande inte omfattas av FHL.²⁸ Kravet på koppling till näringsverksamheten anses överlag inte vara särskilt högt ställt.²⁹

”Information [...] som näringsidkaren håller hemlig” – hemlighetsrekvisitet – innebär helt enkelt att näringsidkaren ska hålla informationen hemlig för att den ska vara skyddad. Vad detta betyder kan variera beroende på bl.a. företagets storlek. I mindre bolag kan alla anställda känna till företagets hemligheter, medan det i större företag kan vara viktigt att enbart vissa avdelningar tar del av vissa företagshemligheter. Om hemligheter ska delas utanför företaget till exempelvis konsulter eller samarbetspartners är det viktigt att de sprids till en krets som är ”identifierbar och sluten”. Spridningen får inte vara ”allmän och okontrollerad”, då anses nämligen informationen bli allmänt känd.³⁰

Kriteriet att ”röjande [ska vara] ägnat att medföra skada för [näringsidkaren] i konkurrenshänseende” kan sägas vara kopplat till kärnan av FHL:s syfte. Lagen ska upprätthålla en sund konkurrens på marknaden på så sätt att om en näringsidkare genom sitt arbete har fått tillgång till viss information så ska detta också leda till ett försprång i konkurrensen. Om andra aktörer skulle kunna få tillgång till samma information utan samma arbetsinsats skulle inget incitament för arbetet finnas.³¹ Kriteriet innebär att informationen, för att åtnjuta skydd, måste ha ett visst värde för näringsidkaren och någon form av betydelse för dennes konkurrensförmåga. Det krävs inte att röjandet av informationen orsakat någon faktisk skada, utan det räcker att röjandet är av en sådan art som typiskt sett orsakar skada.³² Detta beror på att det i många fall kan vara oerhört svårt att beräkna den vinst en rörelse hade gjort om en företagshemlighet inte blivit angripen.³³ Som nämns under 2.2 är ett av huvudsyftena med FHL att tillse att den som angriper en företagshemlighet på ett rättsstridigt sätt ska ha en högre kostnad än den som förvärvar hemligheten på lagenligt vis.

FHL 1 § 2 st anger att information måste kunna dokumenteras för att utgöra en företagshemlighet. Informationen måste alltså inte vara dokumenterad, men det måste vara möjligt att dokumentera och kommunicera den.³⁴ FHL innehåller inget tvång på användning, vilket innebär att en rent teoretisk strategi eller plan som inte har satts i verket och kanske inte kommer att göra det ändå kan utgöra en företagshemlighet.³⁵

Den i SOU 2017:45 föreslagna nya 1 § FHL ser något annorlunda ut än den nu gällande paragrafen, då utredningen anser att den svenska

²⁸ SOU 2017:45 s. 20.

²⁹ Se NJA 1998 s. 633.

³⁰ Prop. 1987/88:155 ibid.

³¹ Wainikka, 2010, s. 42.

³² Prop. 1987/88:155 s. 36 f.

³³ Prop. 1987/88:155 s. 26.

³⁴ Wainikka, 2010, s. 18.

³⁵ Wainikka, 2010, s. 34.

företagshemlighetsdefinitionen måste ändras för att närmare likna definitionen i företagshemlighetsdirektivet. Förutom det ovan nämnda slopandet av kravet på att information ska vara kopplad till affärs- eller driftförhållanden i näringsidkares rörelse, utgör övriga förändringar mest förtydliganden av sådant som idag framgår av FHL:s förarbeten.³⁶ Implementeringen av företagshemlighetsdirektivet behandlas mer utförligt nedan.³⁷

2.4 Tillämpningen av 1 § FHL i praxis

Vid FHL:s tillkomst anfördes att mål om angrepp på företagshemligheter sällan förekom och att lagen knappast skulle komma att öka detta antal. Utvecklingen har dock gått åt rakt motsatt håll. Lagen har åberopats ett flertal gånger i både AD och HD och även i underinstanserna finns en omfattande praxis.³⁸

Något som ofta tvistas om i FHL-relaterade mål är huruvida näringsidkaren som hävdar att någon angripit dennes företagshemligheter vidtagit tillräckliga skyddsåtgärder för att lagen ska kunna åberopas.³⁹ I det s.k. JAHAB-målet⁴⁰, som ses som något av ett genombrott för FHL,⁴¹ hade en person arbetat fram en affärsplan som han skulle genomföra tillsammans med sin tidigare arbetsgivare. Han hade regelbunden kontakt med sina tidigare arbetskamrater för att diskutera arbetet med planen. Vid vissa av dessa diskussioner klargjorde han formellt att det som diskuterades utgjorde företagshemligheter, i andra fall lämnades inget sådant uttryckligt klargörande. HD konstaterade att trots att det inte vid varje diskussionstillfälle förklarats att det som diskuterades utgjorde hemligheter så borde motparten ha förstått att så var fallet, FHL skulle därför anses vara tillämplig. Det centrala är att näringsidkaren själv ansvarar för att vidta nödvändiga åtgärder för att skydda sina företagshemligheter. Målet belyser även det faktum att FHL inte uppställer några formkrav på sekretessavtal, även muntliga påpekanden kan räcka för att skydd ska uppkomma.⁴² Informationen som ska hemlighethållas måste dock vara någorlunda preciserad.⁴³

NJA 1999 s. 469 rörde huruvida en banks 10 år gamla instruktioner för kreditbeviljande kunde utgöra företagshemligheter. HD yttrade att trots att bankens intresse för att hålla instruktioner hemliga fick anses minska ju äldre de blev så förhindrade inte enbart det faktum att instruktionerna var 10 år gamla dem från att utgöra företagshemligheter. Även NJA 1995 s. 347

³⁶ SOU 2017:45 s. 103 ff.

³⁷ Se kapitel 3.5.

³⁸ Fahlbeck, 2013, s. 24.

³⁹ Wainikka, 2010, s. 101.

⁴⁰ NJA 1998 s. 633.

⁴¹ Fahlbeck, 2013, s. 23.

⁴² Wainikka, 2010, s. 101.

⁴³ Fahlbeck, 2013, s. 298.

rörde bankinstruktioner, denna gång för tjänstemäns skyldighet att kontrollera legitimitetshandlingar vid kontantuttag, som också de ansågs utgöra företagshemligheter. I båda dessa rättsfall och även i NJA 2012 s. 289 har HD fastslagit att begreppet ”yrkeshemlighet”, som bl.a. förekommer i RB,⁴⁴ i stort har samma innebörd som företagshemlighet – det förra begreppet har åtminstone inte en bredare innebörd än det senare.

AD 2003 nr 21 rörde bl.a. gränsdragningen mellan information om affärs- och driftförhållanden i näringsidkarens rörelse och information av personlig art. Domstolen yttrade att information på något sätt måste vara företagsspecifik för att omfattas av företagshemlighetsbegreppet i FHL, det räcker inte med att informationen bara finns inom företaget eller är allmänt känd inom just den branschen.

2.5 Angrepp på företagshemligheter

I FHL används begreppet ”angrepp” för att definiera alla former av otillåtet anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemligheter. Det kan röra sig om straffbara gärningar enligt 3-4 §§, eller enbart skadeståndsgrundande handlingar enligt 6-8 §§.⁴⁵ 2 § 1 st stadgar att ”Lagen gäller endast obehöriga angrepp på företagshemligheter”. Bestämmelsen tillfördes FHL några år efter lagens införande för att klargöra att lagen inte förhindrar någon från att avslöja brott eller andra allvarliga missförhållanden utan att den endast inriktar sig på ”obehöriga angrepp” på företagshemligheter.⁴⁶ Behöriga angrepp innebär enligt 2 § 2 st att företagshemligheter röjs för att avslöja brott eller icke-kriminaliserade missförhållanden som exempelvis överträdelse av bestämmelser i arbetsmiljölagen eller miljöbalken. Det måste emellertid röra sig om allvarliga missförhållanden och inte obetydliga förseelser för att inte betecknas som ett obehörigt angrepp.⁴⁷ 2 § 3 st stadgar att om någon röjer en företagshemlighet som ”han eller någon före honom fått del av i god tro” är även detta att se som ett behörigt angrepp. Bestämmelsen innebär att företagshemligheter som råkar hamna hos fel person kan utnyttjas fritt – det räcker med att en person har kommit över hemligheterna i god tro. Detta medför att en hel ”kedja” av personer kan ta del av en företagshemlighet som de är medvetna om har blivit obehörigt angripen, så länge en person i tidigare led kommit över hemligheten ovetandes om att något sådant angrepp har skett.⁴⁸ Godtrosförvärv av företagshemligheter behandlas särskilt i avsnitt 2.8. Det kan vara viktigt att notera att då 2 § 2-3 st stadgar vad som inte utgör obehöriga angrepp blir definitionen negativ – det som inte räknas upp kan utgöra obehöriga

⁴⁴ Se exempelvis RB 36:6 2-3st, om vittnes rätt att vägra att yttra sig om en yrkeshemlighet.

⁴⁵ Fahlbeck, 2013, s. 32.

⁴⁶ Aspegren, Jacob, 2017. Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter, inledande kommentar till författningen, Karnov.

⁴⁷ SOU 2008:63, s. 72.

⁴⁸ Wainikka, 2010, s. 45.

angrepp. Att säga exakt vilka angrepp som är behöriga eller obehöriga är inte möjligt då exemplen i 2 § 2-3 st inte är uttömmande.⁴⁹

Tillkomsten av 2 § kan till viss del tillskrivas avslöjandena om Bofors olagliga vapenaffärer och utgör ett förtydligande av att den typen av avslöjanden inte omfattas av FHL.⁵⁰ Paragrafen tydliggör att endast information som är av betydelse för ett företags konkurrensförmåga skyddas av FHL. Lagen utgör främst en del av den svenska konkurrenslagstiftningen och ska på intet sätt begränsa den fria opinionsbildningen eller yttrandefriheten. Legaldefinitionen av företagshemligheter i 1 § FHL omfattar således inte information om särskilt allvarliga missförhållanden och brottslig verksamhet som går att bevisa. 2 § utvidgar undantagen från legaldefinitionen till att även omfatta icke bevisad brottslig verksamhet samt missförhållanden av mindre drastisk art.⁵¹

Då någon enligt FHL har angripit en företagshemlighet kan en domstol enligt 11-13 §§ besluta om förbud vid vite för angriparen att utnyttja eller röja hemligheten. 14 § behandlar inlösen och stadgar att domstol kan förordna en angripare att överlämna en handling eller ett föremål som innefattar en angripen företagshemlighet till dess innehavare. Angriparen behöver inte inneha något som tillgripits vid själva angreppet, utan det kan röra sig om handlingar eller föremål som sammanställts självständigt efter obehöriga undersökningar av en företagshemlighet.⁵²

2.6 FHL och sekretessavtal

FHL innehåller inga regler som ålägger någon form av generell tystnadsplikt. 7 § 2 st innehåller ett dispositivt stadgande om arbetstagares tystnadsplikt efter anställnings upphörande och 8 § en tvingande bestämmelse om tystnadsplikt för den som får ta del av en företagshemlighet som har röjts i strid med FHL eller OSL. I övrigt krävs att sekretessförpliktelser har uppstått på något annat vis, genom lag eller avtal, för att FHL:s skydd ska kunna återopas.⁵³

FHL:s legaldefinition avseende vilken typ av information som utgör företagshemligheter kan inte utökas genom sekretessavtal. Inte heller kan definitionen av vad som utgör ett behörigt angrepp minskas genom avtal, detta med hänvisning till att FHL 1-2 §§ är tvingande. Emellertid är det möjligt att avtal kan slutas om sekretess avseende information som inte utgör företagshemligheter i FHL:s mening och således skapa ett skydd på

⁴⁹ Aspegren, 2017, kommentar till 2 § FHL.

⁵⁰ Fahlbeck, 2013, s. 22.

⁵¹ Fahlbeck, 2013, s. 350 f.

⁵² Aspegren, 2017, kommentar till 13 § FHL.

⁵³ Fahlbeck, 2013, s. 31.

rent kontraktuella grunder.⁵⁴ Huruvida detta låter sig göras har emellertid aldrig prövats i domstol.⁵⁵

Samspelet mellan FHL och sekretessavtal kan te sig komplicerat, då lagen innehåller vissa indispositiva delar men samtidigt kräver att någon form av sekretessåtagande har ingåtts för att kunna åberopas. Information som är allmänt känd kan inte omfattas av sekretessavtal, precis som vad gäller för FHL. Det stadgas ofta i sekretessavtal att allmänt känd information inte omfattas av åtagandet, men även då en sådan bestämmelse inte ingår i avtalet får sådant som är allmänt känt röjas då detta inte kan utgöra ett obehörigt angrepp.⁵⁶

En väsentlig skillnad mellan skyddet som följer av FHL och det skydd som skapas via sekretessavtal är att ett avtal endast har verkan mellan de parter som tecknar det, medan FHL kan åberopas gentemot en tredje man med stöd av 8 §. Den som i strid med FHL:s eller OSL:s bestämmelser fått ta del av en företagshemlighet får aldrig röja denna, även om någon annan orsakade röjandet och även om denna person inte har ingått något sekretessavtal med hemlighetsinnehavaren.⁵⁷

2.7 Immaterialrätten och företagshemligheter

Att hålla immaterialrättsliga tillgångar hemliga kan vara mycket betydelsefullt för ett företag. Särskilt på patenträttens område, där ett väsentligt krav för att ett patent ska beviljas är att uppfinningen utgör en absolut nyhet, är det av oerhörd vikt att uppfinningar och idéer skyddas av sekretess innan patentansökan inlämnats. När så har skett offentliggörs emellertid det som patenteras och utgör därmed inte längre någon företagshemlighet. Detta innebär dock inte att värdefull information kring hur det patenterade bäst tillverkas eller nyttjas fortfarande inte kan utgöra företagshemligheter.⁵⁸ Företagshemligheter utgör inte skyddsobjekt för den immaterialrättsliga lagstiftningen, men kan icke desto mindre anses utgöra en sorts immateriella tillgångar.⁵⁹ I vissa andra EU-stater, som exempelvis Italien, skyddas företagshemligheter immaterialrättsligt.⁶⁰ Även om inga

⁵⁴ Tonell, 2012, s. 61.

⁵⁵ Wainikka, 2010, s. 36.

⁵⁶ Waerme, Daniel, 2009. *Bevisläget vid brott mot sekretessavtal – förhindrar lagen om företagshemligheter avtalsdispositioner?* SvJT 2009 s. 1054.

⁵⁷ Tonell, 2012, s. 59.

⁵⁸ Tonell, 2012, s. 134 f.

⁵⁹ SOU 2017:45, s. 67.

⁶⁰ Hilty, Reto M., Knaaak, Roland och Kur, Annette, 2014. *Comments of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 3 June 2014 on the Proposal of the European Commission for a Directive on the Protection of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets) Against Their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure of 28 November 2013, COM(2013) 813 Final*, s. 955 f.

kopplingar finns till immaterialrättsliga regleringar i FHL så ligger rättsområdena nära varandra även i svensk rätt.⁶¹

Patenträtten och FHL skiljer sig åt på så vis att en uppfinning kan råka offentliggöras för en mindre skara och bli ”nyhetsförstörd” så att patent inte kan sökas för den,⁶² utan att för den sakens skull bli ”allmänt känd” i FHL:s mening. Uppfinningen kan därmed behålla sin status som företagshemlighet enligt FHL. Samtidigt kommer en immateriell ensamrätt i princip alltid att ge ett starkare skydd för en uppfinning än vad FHL och ett sekretessavtal kan erbjuda,⁶³ förutom att skyddet för företagshemligheter inte är tidsbegränsat⁶⁴ (här bör nämnas att 10 § FHL innehåller en preskriptionsregel som stadgar att talan måste väckas inom 5 år från det att ett angrepp har skett). I FHL:s förarbeten tydliggörs att för företagshemligheter finns inget krav på originalitet eller ”uppfinningshöjd”, motsvarande kravet inom patenträtten. Även de mest banala idéer kan utgöra företagshemligheter.⁶⁵ En annan viktig skillnad mellan företagshemligheter och immaterialrätter är just att de förra inte utgör ensamrätter. Ett företag kan inte skydda en företagshemlighet genom FHL eller sekretessavtal från att en annan aktör kommer på samma idé, så länge denne aktör inte använder information som givits i förtroende eller på annat sätt begår ett obehörigt angrepp mot en företagshemlighet.⁶⁶

Varumärkesrätten och FHL överlappar på ett liknande sätt varandra. Varumärkesskyddet innebär att ingen annan får använda sig av varumärken som är förväxlingsbara med det skyddade varumärket. Företag lägger ibland omfattande resurser på att ta fram och etablera sina kännetecken på marknaden, men endast den färdiga ”produkten” åtnjuter varumärkesskydd. Däremot kan strategierna bakom framtagningsprocessen skyddas som företagshemligheter.⁶⁷ Mönsterskyddet fungerar på ett liknande sätt och skyddar inte idéerna bakom en varas utseende eller funktion, som istället kan omfattas av FHL:s skydd, utan enbart dess utseende.⁶⁸

Den vanligaste överlappningen mellan skyddet för företagshemligheter och immaterialrättsligt skydd sker på upphovsrättens område.⁶⁹ Exempelvis har det i hovrättsfall prövats huruvida ett kundregister kan åtnjuta skydd både som företagshemlighet och upphovsrättsligt, vilket dock besvarades nekande.⁷⁰ Liksom för varumärkesskyddet och mönsterskyddet kan en bakomliggande framtagningsprocess för ett verk skyddas som företagshemlighet medan själva produkten skyddas upphovsrättsligt.⁷¹

⁶¹ Fahlbeck, 2013, s. 124 f.

⁶² Se Patentlagen (1967:837) 2 §.

⁶³ Tonell, 2012, s. 134 f.

⁶⁴ Fahlbeck, 2013, s. 124.

⁶⁵ Prop. 1987/88:155 s. 12.

⁶⁶ Tonell, 2012, s. 132 f.

⁶⁷ Tonell, 2012, s. 134 f.

⁶⁸ Tonell, 2012, s. 135 f.

⁶⁹ Fahlbeck, 2013, s. 122.

⁷⁰ Se Svea hovrätt, Ö 7342-10, beslut 2010-11-03 och 2010-12-20.

⁷¹ Fahlbeck, 2013, s. 125.

2.8 Godtrosvörvärv av företagshemligheter

Ytterligare en viktig skillnad mellan företagshemligheter och immaterialrätter är att företagshemligheter kan godtrosvörvärvas. 2 § 3 st FHL anger att det inte utgör ett obehörigt angrepp då ”någon utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller någon före honom har fått del av i god tro.” Straffansvar enligt 3-4 §§ och skadeståndsansvar enligt 6-8 §§ kräver att den som angripit en företagshemlighet insåg eller bort inse att det rörde sig om en företagshemlighet. I FHL:s förarbeten ges dock uttryck för en viss undersökningsplikt i vissa situationer. Exempelvis då en näringsidkare mottar information som denne misstänker har blivit obehörigen röjd, så åligger det näringsidkaren att undersöka förhållandena bakom informationens yppande. Om näringsidkaren inte är försiktig utan sprider vidare informationen så finns risk för att skadeståndsskyldighet uppstår. Ett annat förhållande som behandlas i förarbetena är då en näringsidkare metodiskt utfrågar en konkurrents arbetstagare om information. Om näringsidkaren är medveten om anställningsförhållandet kan denne bli skadeståndsskyldig för röjande av företagshemligheter enligt 6 § FHL. Detta förutsätter att arbetstagaren gör sig skyldig till brott mot lojalitetsplikten och näringsidkaren insåg eller borde ha insett detta.⁷²

Bestämmelsen i 2 § 3 st medför att företagshemligheter är föremål för exstinktiva godtrosvörvärv, dvs. att rätten till en företagshemlighet kan gå förlorad då den kommer till kännedom för en person i god tro. En förutsättning för att information ska kunna skyddas som företagshemlighet är att den är hemlig. Information som kommer till en godtroende persons kännedom är inte längre hemlig och förlorar sin karaktär som företagshemlighet, vilket innebär att den får utnyttjas fritt.⁷³ Det föreslogs i FHL:s förarbeten att en person som förvärvar en företagshemlighet i god tro, men i efterhand inser att företagshemligheten är obehörigen röjd, skulle kunna bli skadeståndsskyldig från det tillfälle förvärvaren insåg eller borde inse det bakomliggande förhållandet. Detta förslag godtogs dock inte. FHL utformades istället på så sätt att även någon som blir, eller redan från början är, medveten om att en företagshemlighet obehörigen röjts eller utnyttjats, undkommer skadeståndsskyldighet om ett tidigare godtrosvörvärv skett.⁷⁴

För att undvika godtrosvörvärv enligt 2 § 3 st åligger det näringsidkare att se till att arbetstagare och avtalspartners hanterar företagshemligheter på ett korrekt sätt. Om en enda anställd är oförsiktig i hanteringen kan det leda till att viktiga hemligheter plötsligt anses allmänt kända och vilken konkurrent som helst kan ta del av dem. Inom informationssäkerhetsbranschen är det här en av de största utmaningarna.⁷⁵

⁷² Prop. 1987/88:155 s. 47 f.

⁷³ Fahlbeck, 2013, s. 395 f.

⁷⁴ Prop. 1987/88:155 s. 48.

⁷⁵ Wainikka, 2010, s. 45.

Godtrosförvärv av företagshemligheter är något speciella. Godtrosförvärv enligt godtrosförvärvslagen (1986:796) innebär att förvärvaren får ensamrätt till egendom som denne mottar i god tro.⁷⁶ Den som förvärvat en företagshemlighet i god tro kan inte påverka hur någon annan, inklusive den ursprungliga hemlighetsinnehavaren, utnyttjar informationen. FHL erbjuder aldrig ensamrättsskydd.⁷⁷

I SOU 2017:45 föreslås att bestämmelsen om skyddet för god tro i 2 § FHL slopas. Detta skulle innebära att även om någon kommit över en företagshemlighet i god tro så kan inte en person som sedan i ond tro får tillgång till hemligheten utnyttja den utan att skadeståndsskyldighet uppstår. Detta för att på ett korrekt sätt implementera artikel 4 i företagshemlighetsdirektivet.⁷⁸

2.9 Avslutande kommentarer

En formulering som är central för hur FHL fungerar rent lagtekniskt är ”som näringsidkaren håller hemlig” (1 §). Det kan verka uppenbart att en företagshemlighet är något en näringsidkare måste hålla hemligt, men formuleringen i 1 § får den effekten att näringsidkare faktiskt måste agera för att deras hemligheter ska skyddas av FHL. Konsekvenserna blir att det måste föreligga något slags avtal för att FHL ska bli tillämplig, samtidigt som lagen innehåller indispositiva definitioner av vad som utgör företagshemligheter och angrepp på sådana, som i så fall blir tillämpliga. Denna något komplicerade funktion är i slutändan helt logisk för FHL, då det måste vara näringsidkaren som avgör vad som bör hållas hemligt och hur detta sker på bästa sätt.

Den vida definitionen av företagshemligheter i 1 § FHL leder till att svaret på frågan om huruvida viss information faller inom paragrafens tillämpningsområde eller inte kan bero på väldigt varierande faktorer. I praxis har exempelvis den avgörande faktorn varit hur pass ofta, tydligt och formellt informationsinnehavaren förtydligat för tidigare kollegor att den information som diskuterades skulle behandlas såsom företagshemligheter. Tillämpningsområdet kommer förmodligen ökas ytterligare då det föreslagits att kravet på att information måste vara kopplad till näringsverksamheten slopas. Enligt min mening bör dock ett slopande inte medföra några omfattande förändringar för innebörden av legaldefinitionen av företagshemligheter, eftersom kravet på kopplingen till näringsverksamheten inte är särskilt högt ställt.

2 § FHL reglerar vad som utgör ett obehörigt angrepp genom en negativ definition, då den stagar vad som kan utgöra behöriga angrepp. Oavsett hur den slutgiltiga lagstiftningsprodukten för att implementera

⁷⁶ Se lagens 2 §.

⁷⁷ Fahlbeck, 2013, s. 396.

⁷⁸ SOU 2017:45 s. 197 f.

företagshemlighetsdirektivet kommer att se ut så kommer paragrafen förmodligen tillföras ett förbud mot import, export eller lagring av intrångsgörande varor och en definition av vad som avses med sådana varor. Detta kommer då leda till att paragrafens tillämpningsområde blir snävare, eftersom fler handlingar kommer att undantas från att kunna betecknas såsom behöriga angrepp. Det är viktigt att minnas att 2 § i sig inte kan ligga till grund för skadestånds- eller straffansvar, då paragrafen endast stadgar vad som inte kan falla under 3-8 §§. Av denna anledning förekommer inte mål om enbart 2 § särskilt ofta i praxis, då regeln inte kan åberopas självständigt som grund för ansvar för ett angrepp på en företagshemlighet. Därför har jag i uppsatsen tagit med ett avsnitt om tillämpningen av 1 § i HD och AD, men inget motsvarande avsnitt om 2 §.

FHL:s civilrättsliga och straffrättsliga delar kan särskiljas relativt enkelt. Då någon inom ramen för ett anställningsförhållande eller kommersiellt avtal på lagligt vis får tillgång till företagshemligheter och sedan missbrukar detta genom att röja eller utnyttja hemligheterna tillämpas de civilrättsliga skadeståndsbestämmelserna. Om själva tillgången till hemligheterna har åstadkommit på olagligt vis så kan FHL:s straffbestämmelser tillämpas. Dessa regler kan självklart tillämpas överlappande. Som utvecklas mer under bl.a. avsnitt 3.6 är det ibland svårt men också väldigt viktigt att hålla isär FHL:s straff- och civilrättsliga bestämmelser.

En annan viktig uppdelning är mellan FHL och det immaterialrättsliga skyddet. Då företagshemligheter till sin natur liknar immateriella rättigheter är det viktigt att minnas att FHL utgör konkurrensrättslig lagstiftning och att ett angrepp på en företagshemlighet i FHL:s mening utgör en handling som medför otillbörlig konkurrens. Det faktum att FHL inte innehåller något krav på originalitet är ett bra exempel på de viktigaste skillnaderna mellan immaterialrätten och skyddet för företagshemligheter. Att ett företag använder den mest triviala strategi för att vinna marknadsandelar kan vara kolossalt viktigt för det företaget att hemlighålla.

Gällande godtrosvärvarv av företagshemligheter så tycker jag att det är underligt att överhuvudtaget beteckna förloppet som godtrosvärvarv. Just det uttrycket används visserligen inte i lagtexten men förekommer ofta inom doktrinen i relation till 2 § 3 st. Företagshemligheter ”förvärvas” inte i ordets rätta mening, eftersom då någon kommer över en hemlighet i god tro så går det skydd FHL erbjuder förlorat och informationen mister sin karaktär som företagshemlighet. Att säga att information kan förvärvas är inte så underligt, men eftersom en företagshemlighet inte längre är en företagshemlighet efter godtrosvärvarv kan inte samma sak sägas i det fallet. Godtrosvärvarvslagen skyddar äganderätten för den som erhållit viss egendom i god tro ifrån anspråk både från egendomens tidigare ägare och alla andra. Godtrosvärvarvad information som tidigare skyddades av FHL är tillgänglig för vem som helst. Förmodligen används uttrycket godtrosvärvarv i doktrinen främst av pedagogiska skäl, möjligen också som ytterligare ett sätt att skilja på företagshemlighetsskyddet och immaterialrätten.

De föreslagna förändringarna av FHL i SOU 2017:45 innebär främst ett breddande av företagshemlighetsbegreppet och ett förtydligande av vilka angrepp som är behöriga. Att FHL:s skydd för hemligheter breddas ligger i näringsidkarnas intresse, medan arbetstagare lär uppskatta ett förtydligande av när FHL:s regler får frångås för att avslöja missförhållanden. Vissa delar av lagförslaget kan därför vara tillfredsställande för både arbetstagare och arbetsgivare. Implementeringen av företagshemlighetsdirektivet och förslagen i SOU 2017:45 berörs djupare i kapitel 3. Just lagändringarna rörande intrångsgörande varor kan emellertid komma att medföra omfattande problem, vilket behandlas i kapitel 4.

3 Företagshemlighetsdirektivet

3.1 Kapitlets upplägg

Företagshemlighetsdirektivet reglerar ett för EU-rätten nytt område och innehåller begrepp som är helt nya både för svensk och europarättslig del. I den här uppsatsens fokus ligger reglerna om intrångsgörande varor, men för att förstå dessa regler är det viktigt att förstå direktivets syfte och tillkomstprocess. I det här kapitlet behandlas först vilka problem EU-kommissionen såg inom EU som avsågs lösas med införandet av företagshemlighetsdirektivet. Därefter behandlas kort direktivet i sin helhet, varpå följer en genomgång av kritik från författare som ifrågasätter både behovet av direktivet och dess utformning. Världshandelsorganisationens ("WTO") TRIPs ("Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights"), som ligger till grund för viktiga delar av företagshemlighetsdirektivet och även av FHL, analyseras sedan. Slutligen görs en genomgång av några av de mest väsentliga förändringar som direktivet medför för FHL i stort och hur det föreslås i SOU 2017:45 att dessa ska genomföras. Begreppet "angrepp" används inte i direktivet men jag kommer ändå att använda det på samma sätt som det brukas i FHL, av pedagogiska skäl.

3.2 Direktivets bakgrund

Utarbetandet av företagshemlighetsdirektivet har föregåtts av en konferens,⁷⁹ en onlineenkät⁸⁰ samt rapporter beställda av EU-kommissionen 2012-2013. De rapporter som utfärdats har tagits fram av advokatfirmorna Baker & McKenzie och Hogan Lovells. Baker & McKenzies redogör för den legala och ekonomiska strukturen för skyddet av företagshemligheter inom EU.⁸¹ Hogan Lovells behandlar det legala skyddet inom medlemsstaterna för företagshemligheter samt gentemot "parasitisk kopiering".⁸² I Baker & McKenzies rapport framhävs att försök till harmonisering av företagshemlighetsskydd genom exempelvis TRIPs, vari artikel 39.2 varit ämnad att skapa en internationell definition av begreppet företagshemlighet, varit otillräckliga. Det framhålls att Sverige är det enda EU-land med ad hoc-reglering av skydd för företagshemligheter och att det fragmenterade regelverket medlemsstaterna emellan medför stora problem för företag som opererar inom EU, i synnerhet föranleder avsaknaden av en

⁷⁹ "Trade Secrets: Supporting Innovation, Protecting Know-how", Bryssel, 29 juni 2012.

⁸⁰ Enkäten utfördes mellan 11 december 2012 och 8 mars 2013, 386 personer besvarade den. Se vidare http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/trade-secrets_en.htm

⁸¹ Baker & McKenzie, 2013. *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, MARKT/2011/128/D.

⁸² Hogan Lovells International, 2012. *Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes)*, MARKT/2010/20/D.

enhetlig definition av företagshemligheter bekymmer.⁸³ Även Hogan Lovells rapport framhäver de stora problem som orsakas av att det i vissa medlemsstater finns ett långt sämre skydd för företagshemligheter än i andra.⁸⁴ Dessa olika skyddsnivåer inom unionen anses leda till en uppsplittring av den inre marknaden och en försvagning av reglernas avskräckande effekt.⁸⁵ Vidare anses det undermåliga skyddet för företagshemligheter i vissa stater påverka europeiska bolags konkurrensförmåga negativt.⁸⁶

Många av företagshemlighetsdirektivets definitioner och begrepp är hämtade från TRIPs, som samtliga EU-medlemmar har varit bundna av sedan 1995.⁸⁷ Trots detta anses inte medlemsstaterna ha implementerat avtalet korrekt, då stora skillnader kvarstår mellan staternas civilrättsliga skydd för företagshemligheter 22 år efter det att avtalet fick effekt.⁸⁸

3.3 Övergripande syfte och innebörd

Direktiv 2016/943 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs syftar till en civilrättslig harmonisering av EU-medlemmarnas skydd för företagshemligheter.⁸⁹ Direktivet innehåller inga straffrättsliga bestämmelser, men stadgar inte heller några hinder mot att medlemsstaterna inför sådana bestämmelser till skydd för företagshemligheter.⁹⁰ Vidare utgör direktivet ett minimidirektiv vilket innebär att medlemsstaterna får införa ett mer långtgående företagshemlighetskydd, under vissa förutsättningar.⁹¹

Företagshemlighetsdirektivet ämnar inte att på något sätt skapa exklusiva rättigheter till know-how eller företagshemligheter, då sådan information inte ska behandlas som immaterialrättigheter. Att genom exempelvis ”reverse engineering”, omvänd ingenjörskonst, anskaffa information om en lagligt förskaffad produkt strider inte mot direktivets bestämmelser.⁹² Av denna anledning talar direktivet inte om ägare till företagshemligheter, utan endast om innehavare av sådana.⁹³ Inte heller ska direktivet påverka lagstadgade bestämmelser som kräver att företagsinformation röjs för allmänheten eller myndigheter, exempelvis i enlighet med offentlighetsprincipen.⁹⁴

⁸³ Baker & McKenzie, 2013, s. 3 f.

⁸⁴ Hogan Lovells, 2012, s. 2 f.

⁸⁵ Direktiv 2016/943 skäl 8.

⁸⁶ Direktiv 2016/943 skäl 2.

⁸⁷ Se Rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994.

⁸⁸ Direktiv 2016/943 skäl 5-6.

⁸⁹ SOU 2017:45, s. 55.

⁹⁰ SOU 2017:45, s. 58.

⁹¹ Se artikel 1.1 i direktiv 2016/943.

⁹² Direktiv 2016/943 skäl 16.

⁹³ SOU 2017:45, s. 80.

⁹⁴ Direktiv 2016/943 skäl 11.

Företagshemlighetsdirektivet tar sikte på två huvudproblem inom EU som det syftar till att lösa. Det första är att gränsöverskridande innovationsverksamhet påverkats negativt av den skiftande skyddsnivån för företagshemligheter.⁹⁵ Det andra problemet är att vissa medlemsstaters låga skyddsnivå leder till att företagshemligheter angrips ofta i dessa länder, vilket medför kostnader och hämmar företagen konkurrensmässigt.⁹⁶

3.4 Direktivets bestämmelser

I artikel 2.1 i företagshemlighetsdirektivet definieras företagshemligheter såsom

information som uppfyller samtliga följande krav:

- a) Den är *hemlig* i den meningen att den inte, som helhet eller i den form dess beståndsdelar ordnats och satts samman, är *allmänt känd* hos eller lättillgänglig för personer i de kretsar som normalt sett handskas med typen av information i fråga.
- b) Den har *kommersiellt värde* på grund av att den är hemlig.
- c) Den person som lagligen kontrollerar den har med hänsyn till omständigheterna vidtagit *rimliga åtgärder* för att hålla den hemlig.

Denna definition är direkt hämtad från TRIPs.⁹⁷ EU:s definition ska även förstås mot bakgrund av TRIPs.⁹⁸

I direktivets ingress anges att det är viktigt att kunna urskilja vilka omständigheter som motiverar ett rättsligt skydd av företagshemligheter och att det därför måste definieras vad som utgör ett ”olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet”, dvs. ett angrepp.⁹⁹ Artikel 3 anger vilka angrepp som är lagliga och artikel 4 vilka som är olagliga. Lagliga angrepp omfattar enligt artikel 3 bl.a. omvänd ingenjörskonst, dvs. att undersöka en lagligt anskaffad produkt för att förstå dess sammansättning. Vidare får arbetstagare alltid angripa företagshemligheter om det krävs för deras rätt till information och samråd. Även angrepp som överensstämmer med god affärssed ska anses lagliga, en bestämmelse som likt artikel 2.1 härstammar ifrån TRIPs men som likväl saknar motsvarighet i svensk rätt.¹⁰⁰ Artikel 4 stadgar på motsvarande sätt att anskaffanden av företagshemligheter som under omständigheterna bryter mot god affärssed är olagliga. Både direkta intrång och intrång i senare led, då någon i ond tro begår intrång på företagshemligheter som har röjts i tidigare led, berörs i artikel 4. Artikel 4.3 stadgar att ett röjande eller utnyttjande utan innehavarens samtycke ska anses olagligt om det utförs av en person som antingen:

⁹⁵ Direktiv 2016/943 skäl 4, 6, 8 och 9.

⁹⁶ Direktiv 2016/943 skäl 9.

⁹⁷ Se TRIPs artikel 39.2.

⁹⁸ SOU 2017:45 s. 105.

⁹⁹ Direktiv 2016/943 skäl 15.

¹⁰⁰ TRIPs artikel 39.

- a) har anskaffat företagshemligheten olagligen,
- b) bryter mot ett avtal om konfidentialitet eller någon annan skyldighet att inte röja företagshemligheten, eller
- c) bryter mot en avtalsförpliktelse eller någon annan skyldighet att begränsa utnyttjandet av företagshemligheten.

Artikel 4 punkt 1-3 ställer inga krav på att den som angriper en företagshemlighet måste ha agerat med uppsåt eller ens oaktsamt, hemlighetsinnehavaren måste bara kunna visa för en domstol att ett angrepp har skett rent objektivt för att en åtgärd ska kunna meddelas. Personer i god tro kan därmed anses ha begått obehöriga angrepp på företagshemligheter, men kan inte bli skadeståndsskyldiga för sådana angrepp enligt artikel 14. Detta får effekten att då ett flertal personer i en "kedja" får tillgång till en angripen företagshemlighet kan endast de som varit ovetande om att hemligheten varit obehörigt utnyttjad, röjd eller anskaffad undslippa skadeståndsskyldighet.¹⁰¹ I skälen till företagshemlighetsdirektivet tydliggörs också att förbud att nyttja företagshemligheter som blivit allmänt kända endast kan riktas mot den angripare som orsakat röjandet. Övriga angripare kan inte förbjudas att använda den röjda hemligheten.¹⁰²

I artikel 4.4 berörs företagshemligheter som angripits av någon annan. Artikeln innehåller ett skydd för handlande i god tro för den som får tillgång till en redan angripen företagshemlighet. Dock kan inte en senare angripare i ond tro skydda sig med hänvisning till en tidigare angripares goda tro. Även artikel 4.5 innehåller ett godtrosskydd då det krävs att en angripare kände till eller borde ha känt till att en företagshemlighet obehörigen angripits tidigare. Artikel 4.5 förbjuder produktion, utbud av, import, export och lagerhållning av intrångsgörande varor om personen som utför något av detta också inser att en företagshemlighet har utnyttjats obehörigt på det vis som anges i 4.3. Förbudet behandlas mer utförligt nedan i kapitel 4.

3.5 Kritik mot företagshemlighetsdirektivet

Rapporterna från Baker & McKenzie och Hogan Lovells International kan verka visa på stora problem orsakade av ett icke-harmoniserat skydd för företagshemligheter inom EU. EU-kommissionen har dock kritiserats för att lyfta fram det i framförallt Baker & McKenzies rapport som visar på fördelarna med harmonisering för att sedan ignorera stora delar som visar på att effekterna av ett företagshemlighetsdirektiv kan komma att bli begränsade.¹⁰³ Exempelvis utförde Baker & McKenzies en företagsundersökning 2012 som bifogas deras rapport.¹⁰⁴ Undersökningen visade bl.a. på att ett mycket litet antal företag (5,2 % av de tillfrågade) hade

¹⁰¹ SOU 2017:45, s. 126 f.

¹⁰² Direktiv 2016/943 skäl 27.

¹⁰³ Aplin, Tanya, 2014. *A Critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive*, s. 5 f.

¹⁰⁴ Se Baker & McKenzie, 2013, s. 117 ff.

varit utsatta för fem eller fler försök till obehöriga angrepp på sina företagshemligheter under de senaste 10 åren. Med försök innebär alltså inte att företaget tog saken till domstol, utan enbart att man inom företaget upplevde att någon försökte angripa hemligheter.¹⁰⁵ Vidare svarade majoriteten av de tillfrågade företagen att lägre skyddsnivåer för företagshemligheter i vissa medlemsstater inte orsakat dem några omfattande extrakostnader, samt att de trodde att harmonisering förmodligen inte skulle förbättra möjligheterna till gränsöverskridande samarbete.¹⁰⁶

Även avsaknaden av förslag till reglering gällande omvänd ingenjörskonst i företagshemlighetsdirektivet har kritiserats. Att på sådant vis anskaffa information om en vara står inte i strid med direktivets bestämmelser, så länge inget avtal har träffats som förbjuder detta.¹⁰⁷ Dock lägger exempelvis skönhetsindustrin avsevärda resurser på utvecklingen av parfym, en produkt vars framtagningsprocess kan dechiffreras någorlunda enkelt genom omvänd ingenjörskonst. På detta område hade företagshemlighetskydd potentiellt kunnat öka innovationsmöjligheterna och konkurrensförmågan hos många europeiska företag, men företagshemlighetsdirektivet kan i det närmaste verka uppmuntra omvänd ingenjörskonst, så länge den sker inom ramen för gällande rätt.¹⁰⁸

Det faktum att direktivets företagshemlighetsdefinition i artikel 2.1 i stort sett är densamma som i TRIPs har mötts av kritik. TRIPs har varit gällande i samtliga EU-stater i många år och avtalets definition av företagshemligheter i artikel 39 har implementerats och tolkats på olika sätt i dessa stater. Att då införa ett harmoniseringsdirektiv med närmast samma definition kan leda till att många stater redan anser sig ha implementerat denna del av direktivet korrekt, med konsekvensen att EU:s medlemsstater fortsätter tillämpa företagshemlighetsdefinitionen efter nationell praxis som utarbetats under många år. Harmoniseringseffekterna blir då i praktiken omintetgjorda.¹⁰⁹

3.6 TRIPs

TRIPs är en del av GATT ("The General Agreement on Tariffs and Trade") och syftar till att säkerställa ett effektivt och tillräckligt skydd för immaterialrätter, samt se till att detta skydd inte hämmar internationell handel.¹¹⁰ Avtalet är bindande för alla medlemmar i WTO och EU sedan 1 januari 1995. TRIPs utgör en minimireglering för immaterialrättsligt skydd, något som saknades i flera utvecklingsländer vid avtalets införande. Det innehåller även regler om sanktioner mot piratkopiering och varumärkesförfalskning samt vissa regler för tullmyndigheter. EU-

¹⁰⁵ Baker & McKenzie, 2013, s. 126 f.

¹⁰⁶ Baker & McKenzie, 2013, s. 133 f.

¹⁰⁷ Direktiv 2016/943 skäl 16.

¹⁰⁸ Hilty, Knaaak och Kur, 2014, s. 961.

¹⁰⁹ Hilty, Knaaak och Kur, 2014, s. 957.

¹¹⁰ TRIPs, s. 320.

kommissionen representerar alla EU-stater inför det råd som ser till att TRIPs genomförs korrekt.¹¹¹

Sektion 7 i TRIPs gäller ”Skydd för hemlig information” och innehåller en artikel, 37. I artikeln hänvisas först till Pariskonventionen från 1967 vari WTO:s medlemmar förbinder sig att, som ett led i skyddet mot otillbörlig konkurrens, beskydda hemlig information. TRIPs artikel 39.2 stadgar att fysiska och juridiska personer ska ha möjlighet att förhindra information från att röjas till, anskaffas av eller utnyttjas av andra utan innehavarens samtycke på ett sätt som strider mot god affärssed, om informationen uppfyller vissa kriterier. Dessa kriterier är nästan exakt likadant utformade som de i företagshemlighetsdirektivets artikel 2.1. Handlingar som ”strider mot god affärssed” definieras i en notis till TRIPs artikel 39.2 som exempelvis avtalsbrott, brott mot sekretessåtagande samt uppmuntran till den typen av handlande. Definitionen inkluderar även situationer då hemlig information förvärvas av tredje part som kände till, eller av grov oaktsamhet inte kände till, att informationen hade förvärvats på obehörigt vis. Notisen till 39.2 utgör inte någon fastställd definition av god affärssed men räknar upp ett antal handlingar som inte anses falla under begreppet. Begreppet god affärssed förekommer i flera EU-rättsakter, bl.a. på immaterialrättens område. 6 § FHL reglerar förhållanden näringsidkare emellan och stadgar att uppsåtligt eller oaktsamt röjande av företagshemligheter som givits i förtroende kan föranleda skadeståndsskyldighet. Ett brott mot 6 § FHL kan sägas utgöra ett brott mot god affärssed.¹¹²

TRIPs stadgar inte uttryckligen vad som menas med uttrycket information, men begreppet ska förstås som att det inte är uppgifternas karaktär som avgör om de kan benämnas information eller inte, utan uppgifterna måste bara gå att identifiera.¹¹³ Informationen måste emellertid kunna ge någon form av konkurrensmässig fördel för att kunna klassificeras som företagshemlighet enligt TRIPs.¹¹⁴

Vad gäller kravet på att information måste hemlighållas för att skyddas som företagshemligheter, anses TRIPs stadga att huvudregeln är att den som får tillgång till hemlig information har en skyldighet att fortsätta hemlighålla denna. Huruvida de hemlighållande åtgärderna är tillräckliga kan bedömas utifrån exempelvis kostnader och fördelar eller branschpraxis. Generellt ställer TRIPs högre krav på åtgärder en hemlighetsinnehavare för att dennes information ska skyddas än vad svensk rätt gör.¹¹⁵

Vid Sveriges anslutning till WHO ansågs svensk rätt redan uppfylla de allra flesta av kraven i TRIPs, inklusive bestämmelserna om skyddet av

¹¹¹ Kommerskollegium, 2017. TRIPs-avtalet i WTO.

<https://www.kommers.se/verksamhetsomraden/Handelsfragor/Immaterialratt/Utanfor-EU/TRIPs-avtalet-i-WTO/>

¹¹² SOU 2017:45, s. 133.

¹¹³ SOU 2017:45, s. 104 f.

¹¹⁴ SOU 2017:45, s. 113.

¹¹⁵ SOU 2008:63, s. 256.

företagshemligheter. Från svenskt håll sågs TRIPs huvudsakligen som ett förstärkt immaterialrättsligt skydd för svenska exportföretag utomlands, framförallt i stater som tidigare saknat ett effektivt skydd för immateriella ensamrätter.¹¹⁶

3.7 Företagshemlighetsdirektivets implementering i svensk rätt

Definitionen av företagshemligheter i företagshemlighetsdirektivet är som nämnts under 3.2 hämtad ifrån TRIPs, som redan är införlivat i svensk rätt. Eftersom FHL:s definition redan ansågs uppfylla TRIPs krav vid införlivningen av avtalet gjordes ingen lagändring. Enligt SOU 2017:45 definieras emellertid företagshemligheter så pass mycket vidare i företagshemlighetsdirektivets artikel 2.1 än i FHL att lagen måste ändras för att implementera direktivet. Bland annat anses det inte framgå tillräckligt tydligt i den nuvarande FHL att även sammanställningar av uppgifter kan åtnjuta skydd, såsom beskrivs i direktivets artikel 2.1 a).¹¹⁷ I den 1 § FHL som föreslås i SOU 2017:45 definieras företagshemligheter i tre punkter, som är snarlikt utformade direktivets artikel 2.1 a)-c). Vidare föreslås också ett nytt tredje stycke i 1 § ska innehålla en bestämmelse som lyder ”Information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande är inte en företagshemlighet. [...]”.¹¹⁸

I den svenska översättningen av företagshemlighetsdirektivet används begreppet ”olagligt” frekvent – direktivet heter på svenska ”[Direktiv] om skydd mot att [företagshemligheter] *olagligen* anskaffas, utnyttjas och röjs”. Vidare rör exempelvis artikel 4 ”*Olagligt* anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter”. För svensk rätts vidkommande kan termen te sig olämplig i civilrättsliga sammanhang, då tankarna lätt förs till straffrätten, varför istället begreppet ”otillåtet” används i den föreslagna implementeringen av direktivet.¹¹⁹ I den engelska versionen av företagshemlighetsdirektivet stadgas att artikel 4 rör ”*Unlawful* acquisition, use and disclosure of trade secrets”. ”Unlawful” har en något annorlunda innebörd än det svenska ”olaglig”. I artikel 5 b) stadgas att direktivet inte förbjuder angrepp på företagshemligheter genom avslöjanden om *olagliga* verksamheter, som på engelska betecknas ”illegal” i motsvarande artikel som alltså rör kriminaliserad verksamhet. På engelska innebär ”illegal” att ett handlande strider mot lagen och begreppet används främst inom straffrätten, medan ”unlawful” är något bredare och enbart innebär att ett handlande strider mot de regler som gäller inom ramen för en viss situation, exempelvis ett avtalsförhållande.¹²⁰ I den franska versionen används begreppet ”illicites” i artikel 4, ett begrepp som liksom ”unlawful” kan

¹¹⁶ Prop. 1994/95:35, s. 64 ff.

¹¹⁷ SOU 2017:45, s. 106.

¹¹⁸ SOU 2017:45, s. 35.

¹¹⁹ SOU 2017:45, s. 125.

¹²⁰ Oxford English Dictionary. *Illegal*. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/illegal>.

innebära brott mot annat än lagen. I artikel 5 b) används termen ”illégal”, som endast innebär handlingar som strider mot lagen.¹²¹ Alla språkversioner av direktivet har visserligen samma status, men det kan vara värt att notera att den svenska versionen rent språkligt inte håller isär företagshemlighetsdirektivets civilrättsliga och straffrättsliga regleringar på samma sätt som exempelvis den engelska eller franska.¹²²

Direktivet innehåller ingen bestämmelse avseende vilken typ av information som kan omfattas av artikel 2.1, men i de inledande skälen anges att know-how, företagsinformation och teknisk information bör kunna utgöra företagshemligheter.¹²³ Denna definition innefattas av ”information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse” och överensstämmer alltså ungefär med den nuvarande definitionen i svensk rätt.¹²⁴ I direktivets första skäl anges emellertid att även icke-kommersiella rörelser, som vissa forskningsinstitutioner, kan ha ett intresse av att deras företagshemligheter skyddas. Det föreslås därför i SOU 2017:45 att kravet i 1 § FHL på att information måste vara kopplad till näringsidkarens affärs- eller drift rörelse för att skyddas som företagshemlighet slopas, för att förtydliga att även icke-kommersiella organisationer kan inneha företagshemligheter.¹²⁵ Som ett led i detta förtydligande ska FHL enligt utredningen inte längre använda begreppet ”näringsidkare” (som i exempelvis ”information [...] som näringsidkaren håller hemlig”) utan istället begreppet ”innehavare”, som används i direktivet.¹²⁶ I den här uppsatsen används både begreppet näringsidkare och innehavare om personer som innehar företagshemligheter.

Till skillnad från vad som stadgas i företagshemlighetsdirektivets artikel 4 måste en innehavare av en företagshemlighet visa på att ett obehörigt angrepp uppsåtligt eller av oaktsamhet har skett på denna hemlighet för att åtgärder enligt FHL ska kunna meddelas. Detta innebär att direktivet i detta avseende erbjuder ett starkare skydd för företagshemligheter än FHL. Då direktivet är ett minimidirektiv måste svensk rätt ändras. I SOU 2017:45 föreslås att det införs en förtydligad definition av angreppsbegreppet i nuvarande 2 § FHL, som idag endast definierar vad som inte kan utgöra angrepp på företagshemligheter. Den föreslagna FHL ska utökas med ett stadgande av vad som kan utgöra angrepp, på samma sätt som direktivets artikel 3 definierar behöriga angrepp och artikel 4 obehöriga angrepp. Bestämmelsen om skydd vid god tro i 2 § 3 st föreslås också slopas. Slopandet medför att en obehörigt anskaffad, röjd eller utnyttjad företagshemlighet inte längre kommer kunna angripas av någon som är medveten om detta obehöriga handlande med hänvisning till att en person i tidigare led fick tillgång till hemligheten i god tro. Avsaknaden av

¹²¹ Larousse Dictionnaire de Francais. *Illicites, Illégale*.

<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/illicite/41546>

¹²² Korling, Zamboni, 2013, s. 133.

¹²³ Direktiv 2016/943 skäl 14.

¹²⁴ SOU 2017:45, s. 108.

¹²⁵ SOU 2017:45, s. 108 f.

¹²⁶ SOU 2017:45, s. 35 f.

oaktsamhet eller uppsåt ska inte gynna senare angripare. En angripare som agerat i god tro ska fortfarande inte kunna drabbas av skadeståndsskyldighet, men till skillnad från i nuvarande FHL så ska förbud och andra åtgärder kunna meddelas även mot godtroende angripare. Som beskrivs under avsnitt 2.8 kan ett enda godtrosvärk av en företagshemlighet idag leda till att hemligheten förlorar sitt skydd enligt FHL och får brukas av vem som helst. Företagshemlighetsdirektivet föreskriver att även då godtrosvärk skett så ska hemlighetsinnehavaren ha möjlighet att yrka på åtgärder från en domstol.¹²⁷

Liksom i företagshemlighetsdirektivet skulle FHL, i och med slopandet av 2 § 3 st, behöva en bestämmelse som på något sätt skyddar angripare som handlat i god tro. I SOU 2017:45 görs en hänvisning till URL 54 och 56 §§, där en möjlighet finns för den som i god tro obehörigen nyttjat upphovsrättsligt skyddat material att fortsätta nyttja detta mot en skälig ersättning till upphovsmannen.¹²⁸ Det föreslås i utredningen att en liknande bestämmelse införs såsom en ny 19 § FHL, om ”Fortsatt utnyttjande mot ekonomisk ersättning”.

Överlag föreslås alltså i SOU 2017:45 en mer omfattande, förtydligad 1 §, en helt ny 2 § som definierar angrepp och en 3 § som ser ut som dagens 2 § utan en bestämmelse om skydd för handlande i god tro. Införande av ett flertal paragrafer om vissa domstolsåtgärder, interimistiska beslut och talerätt i slutet av lagen föreslås också. De nuvarande bestämmelserna om vilka handlingar som kan vara skadeståndsgrundande föreslås i stort sett behålla sin utformning.¹²⁹

3.8 Avslutande kommentarer

EU-kommissionens syn på företagshemlighetskydd är snarlikt det svenska. Skyddet utgör ett led i upprätthållandet av sund konkurrens på marknaden och ska även uppmuntra företags innovationsvilja. Både ur ett svenskt och EU-rättsligt perspektiv kan skyddet för företagshemligheter också ses som något som föregår immaterialrättsligt skydd, då utvecklings- och marknadsföringsstrategier av immaterialrättsligt skyddad egendom kan utgöra företagshemligheter. Inom framförallt patenträtten kan innovationer som ännu inte nått tillräcklig uppfinningshöjd omfattas av företagshemlighetskyddet, som då utgör någon slags försteg för immaterialrättsliga ensamrätter. Bestämmelser om företagshemlighetskydd förekommer ofta i immaterialrättslig reglering, som exempelvis TRIPs. En aspekt som givetvis saknas i svensk rätt är EU:s strävan att uppmuntra av gränsöverskridande verksamhet. Ett av företagshemlighetsdirektivets främsta syften är att stimulera innovationsrelaterad verksamhet mellan medlemsstaterna.

¹²⁷ SOU 2017:45, s. 127 f.

¹²⁸ SOU 2017:45, s. 245 f.

¹²⁹ SOU 2017:45, s. 35 ff.

Det ter sig märkligt att företagshemlighetsdirektivet, som föregicks av någorlunda omfattande undersökningar och diskussioner, till vissa delar utformats på ett sätt som är väldigt likt TRIPs. Även om det skulle vara så att TRIPs anses innehålla en särskilt välformulerad företagshemlighetsdefinition så har denna uppenbarligen inte fått önskat genomslag, då ett harmoniseringsdirektiv ansetts behövas för att skapa en gemensam EU-definition. Direktivet har överlag inspirerats mycket av TRIPs artikel 39 och doktrinen rörande denna. Definitionen av företagshemligheter i artikel 39 och företagshemlighetsdirektivets artikel 2.1 kan anses utgöra kärnan i direktivet. Även om denna definition redan ska vara införlivad i samtliga EU-stater genom TRIPs så måste direktivet anses visa på att EU tar företagshemlighetskyddet på allvar. Som nämnts i uppsatsens inledning har det tidigare funnits mycket få internationella regleringar om enbart företagshemlighetskydd, vilket kan bero på avsaknad av förståelse för vikten av ett effektivt legalt skydd för företagshemligheter.

Likväl har det ifrågasatts om det verkligen finns ett behov av att anta företagshemlighetsdirektivet, då det hävdats att EU-kommissionen förstorar upp problem på den inre marknaden för att få igenom lagstiftningen. Det är viktigt att notera att FHL möttes av liknande kritik innan lagen infördes i Sverige, då det hävdades att den skulle få begränsad betydelse eftersom så få mål om företagshemligheter ditintills hade drivits i till domstol, kritik som visade sig vara obefogad. Det är möjligt att företagshemlighetsdirektivet leder till FHL-liknande lagstiftning i EU-stater som idag saknar speciallagstiftning till skydd för företagshemligheter (dvs. alla medlemsstater utom Sverige), som sedan kan leda till mer effektiv lagföring av angrepp mot företagshemligheter. Företag tenderar ofta att underskatta behovet av ett effektivt skydd för sina hemligheter. För bolag i andra medlemsstater kan direktivet därmed leda till ett ökat skydd för företagshemligheter och därmed verka som ett innovationsincitament. Direktivet lär dock knappast orsaka någon sådan utveckling i Sverige, då vi redan idag har fungerande lagstiftning på området. Detta innebär dock inte att implementeringen av företagshemlighetsdirektivet inte kommer föra med sig förändringar för FHL:s funktion och tillämpningsområde.

Företagshemlighetsdirektivets artikel 4 medför en av de mest omvälvande förändringarna i FHL. I nuläget kan en enda angripares goda tro "rentvå" alla senare angripares bruk av en obehörigen åtkommen företagshemlighet. De föreslagna lagändringarna – som med stor sannolikhet måste genomföras för att på något sätt implementera direktivets artikel 4.1-3 korrekt – kommer att leda till att alla senare angripare kan drabbas av skadeståndsansvar. Avskaffandet av det generella godtrosskyddet i 2 § 3 st FHL skulle teoretiskt kunna ge hemlighetsinnehavare ökade möjligheter att upprätthålla skyddet för sina företagshemligheter även efter att ett godtrosförvärv har skett. I praktiken lär emellertid slopandet av 2 § 3 st inte medföra någon markant förstärkning av hemlighetsskyddet. Godtrosförvärvade företagshemligheter kan lätt komma att spridas från förvärvaren och bli allmänt kända innan dess innehavaren hunnit få en domstol att vidta

åtgärder, varpå förvärvaren med hänvisning till sin goda tro inte kan bli skadeståndsskyldig. Den viktigaste förändringen som artikel 4 i företagshemlighetsdirektivet för med sig för svenskt vidkommande är möjligheten till skadestånd för alla förvärvare i ond tro. Denna bestämmelse kan få avskräckande effekter, som åtminstone i viss mån ökar hemlighetsskyddet.

I den svenska översättningen av företagshemlighetsdirektivet görs i många fall ingen distinktion mellan kriminaliserade och civilrättsligt otillåtna handlingar, genom bruket av termen ”olaglig” för att beteckna handlingar som i flera fall endast är civilrättsligt otillåtna. Detta kan te sig särskilt märkligt då direktivet ska harmonisera medlemsstaternas civilrättsliga skydd av företagshemligheter. Visserligen föreslås i SOU 2017:45 att begreppet ”olaglig” inte ska användas i den svenska implementeringen, men direktivet kan ändå komma att studeras i framtiden för förståelse av FHL, vilket kan leda till förvirring. Anledningen till att jag har gett relativt mycket utrymme åt att analysera en mindre språkförbistring är att användningen av begreppet återkommer många gånger – att till och med direktivets titel på svenska innehåller ”olaglig” visar på ett stort oförstånd för företagshemlighetsdirektivet. En sådan titel indikerar närmast att direktivet ämnar harmonisera medlemsstaternas straffrättsliga bestämmelser om företagsspionage och liknande, vilket inte är fallet då straffrätten inte ens berörs av direktivet. I implementeringen av direktivet är det, liksom vid tillämpningen av FHL, av stor vikt att hålla de civilrättsliga och straffrättsliga delarna isär.

För svensk del medför företagshemlighetsdirektivet i stort inga särskilt omvälvande nyheter (med undantag för regleringen avseende intrångsgörande varor, se kapitel 4). Även om FHL omnämns i vissa rapporter som föregick direktivet är det förmodligen ändå inte korrekt att säga att direktivet har inspirerats av svensk rätt, även om det ibland kan verka så. Däremot har direktivet och FHL förmodligen vissa gemensamma inspirationskällor. Det skydd för företagshemligheter som FHL erbjuder är i många aspekter lika starkt eller starkare än det som föreskrivs i företagshemlighetsdirektivet. De flesta av lagändringarna som föreslås i SOU 2017:45 utgör förtydliganden och påverkar inte tillämpningen av FHL särskilt.

Även om företagshemlighetsdirektivet inte medför något särskilt nytt för svensk rätts del, vilket utredningen i SOU 2017:45 uttryckligen konstaterar, föreslås ett stort antal lagändringar. Min tro är att utredningen har tolkat direktivet som att EU-kommissionen anser att genomförandet av TRIPs företagshemlighetsdefinition varit dålig inom unionen. Därför har Kommissionen beslutat att införa ett direktiv vars mest centrala bestämmelse, artikel 2.1, nästan är exakt likadant utformad som TRIPs företagshemlighetsreglering. Givetvis ligger många andra syften och målsättningar också bakom direktivets införande, men företagshemlighetsdirektivet hade förmodligen inte tillkommit om TRIPs hade implementerats fullt ut i samtliga EU-medlemsstater.

Vissa föreslagna lagändringar framstår emellertid som nästintill meningslösa. Framförallt införandet av stadgandet ”Information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande är inte en företagshemlighet” verkar ogenomtänkt. Den nuvarande 2 § stadgar redan att ett angrepp på en företagshemlighet aldrig kan anses obehörigt om det görs för att avslöja brott eller allvarligt missförhållande. I SOU 2017:45 föreslås inte att detta stadgande ska ändras eller tas bort. Utredningen föreslår alltså att den nya FHL ska stadga att information om brottsliga förhållanden eller allvarliga missförhållanden inte kan utgöra företagshemligheter. Samtidigt ska lagen också stadga att angrepp på företagshemligheter för att avslöja brott eller allvarliga missförhållanden aldrig är obehöriga. Dessa två bestämmelser reglerar i princip exakt samma förhållanden – jag kan åtminstone inte tänka mig att den föreslagna regeln i den nya 1 § skulle kunna användas för att åtkomma situationer som inte träffas av den nuvarande 2 §.

4 Intrångsgörande varor

4.1 Kapitlets upplägg

Den här uppsatsen kretsar kring frågan om vad som innefattas av intrångsgörande varor. Tidigare kapitel har fastställt och utvärderat gällande svensk rätt ifråga om skyddet för företagshemligheter, samt analyserat avsikterna och effekterna med en harmonisering av skyddet på EU-nivå. Utifrån denna bakgrund utreds i det här kapitlet inledningsvis innebörden av företagshemlighetsdirektivets definition av intrångsgörande varor, vidare diskuteras några av de problem denna ger upphov till. Därefter undersöks om termen förekommer inom andra europarättsliga regleringar och hur den tillämpas och tolkas inom dessa rättsområden. Detta görs för att få ledning för hur begreppet kan komma att tolkas inom ramen för företagshemlighetsdirektivet. Vidare undersöks hur det föreslås att intrångsgörande varor ska hanteras inom ramen för svensk rätt. Slutligen analyseras huruvida även tjänster kan komma att bli att anse som intrångsgörande, utifrån vissa formuleringar i företagshemlighetsdirektivet och andra EU-regleringar.

Då ett flertal artiklar i företagshemlighetsdirektivet behandlas i detta kapitel är det viktigt att förstå vilken bestämmelse som reglerar vad. Artikel 2.4 *definierar vad som avses med intrångsgörande varor*; artikel 4.3 stadgar ett *förbud mot utnyttjande eller röjande av företagshemligheter*; artikel 4.5 stadgar ett *förbud mot olika sorters hantering av intrångsgörande varor*. Slutligen reglerar artikel 10 vilka *åtgärder* som ska finnas tillgängliga *mot intrångsgörande varor*.

4.2 Företagshemlighetsdirektivets definition

I företagshemlighetsdirektivets artikel 2.4 definieras intrångsgörande varor (på engelska ”infringing goods”) såsom:

”varor vilkas formgivning, egenskaper, funktion, produktionsprocess eller marknadsföring gynnas avsevärt av olagligen anskaffade, utnyttjade eller röjda företagshemligheter.”

Artikel 4 behandlar olagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter. Artikel 4.5 innehåller ett förbud mot att producera, sälja eller släppa ut intrångsgörande varor på marknaden, samt att importera, exportera eller lagerhålla sådana varor i dessa syften. Med import menas i det här fallet import till EU från tredje land.¹³⁰ Förbudet förutsätter att den

¹³⁰ Direktiv 2016/943 skäl 28.

som utför någon av dessa handlingar kände till eller borde ha känt till att företagshemligheten hade utnyttjats obehörigt i den mening som avses i artikel 4.3. Artikel 4.3 behandlar de situationer då någon har anskaffat hemligheten på olagligt vis, brutit mot en skyldighet att inte röja hemligheten eller brutit mot en skyldighet att begränsa utnyttjandet av hemligheten. Denna förutsättning innebär alltså ett skydd för handlande i god tro i artikel 4.5 som inte finns i artikel 4.3.

Förbudet i artikel 4.5 anses rikta sig gentemot näringsidkare. Att producera, utbjuda till försäljning eller släppa ut på marknaden innebär kommersiellt bruk av intrångsgörande varor, vilket innebär att privatpersoner kan få importera sådana varor för eget bruk utan hinder av direktivets bestämmelser.¹³¹

Artikel 10 i företagshemlighetsdirektivet ålägger medlemsstaterna en skyldighet att tillse att behöriga rättsliga myndigheter på begäran kan vidta intermistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder mot angrepp på företagshemligheter. Artikel 10.1 b) stadgar att en domstol ska kunna utfärda förbud mot att ”producera intrångsgörande varor, utbjuda dem till försäljning, släppa ut dem på marknaden eller använda dem, eller mot att importera, exportera eller lagra intrångsgörande varor i sådana syften.” Artikel 10.1 b) anger att domstolen också ska kunna besluta om beslag eller överlämnande av intrångsgörande varor.

4.3 Kritik mot direktivets definition

Redan de första versionerna av företagshemlighetsdirektivet kritiserades för den otydliga definitionen av vad som avses med intrångsgörande varor. Bl.a. anfördes att formuleringen ”varorna vilkas formgivning, egenskaper, funktion, produktionsprocess eller marknadsföring gynnas avsevärt av olagligen anskaffade, utnyttjade eller rövda företagshemligheter” vara problematisk. Professor Tanya Aplin har gett ett antal exempelproblem kring vad som utgör en intrångsgörande vara.

Exempel 1: Företag A specialiserar sig på att tillverka produkt X och har en företagshemlighetskyddad kundlista (något som ofta förekommer i företagshemlighetsrelaterade tvister) kopplad till denna produkt. Företag B får obehörigen tillgång till kundlistan och använder den för att marknadsföra den självständigt framtagna produkt Y, vars försäljning ökar markant tack vare kundlistan. Produkt Y har gynnats avsevärt av företagshemligheten, men själva produkten har ingen som helst egentlig koppling till den angripna företagshemligheten. Produkt Y är en intrångsgörande vara och försäljningen av produkt Y kan stoppas, trots att den är självständigt framtagen.¹³²

¹³¹ SOU 2017:45, s. 137.

¹³² Aplin, Tanya, 2014, s. 24 ff.

Exempel 2: Företag B får obehörigen tillgång till ritningarna för företag A:s produkt X och upptäcker genom dessa att de kan göra en mindre ändring i produkt Y, som leder till bättre försäljning av produkt Y. Produkt Y:s formgivning eller egenskaper kan sägas ha gynnats avsevärt av företag A:s företagshemlighet, men kan inte på något sätt sägas härstamma från denna hemlighet då företag B har lagt ner mycket resurser i framtagningen av produkt Y innan den mindre ändringen. Företag A kan i detta läge möjligen kunna begära att en domstol förhindrar försäljningen av produkt Y, trots att den huvudsakligen framtagits självständigt.

Kärnan i den kritik som framförts mot definitionen av vad som avses med intrångsgörande varor är att direktivets definition av intrångsgörande varor inte kräver något faktiskt, kausalt samband mellan själva varan och den angripna företagshemligheten för att varan ska kunna stoppas på marknaden. Även om det kan anses rimligt att bolag som på olagligt vis berett sig tillgång till andras företagshemligheter också straffas för detta, kan effekterna för tredje part i många fall bli väldigt oförutsebara och långtgående.¹³³

Särskilt det faktum att varor ”vilkas [...] marknadsföring gynnas avsevärt” av angrepp på företagshemligheter utgör intrångsgörande varor har mött kritik från flera håll, då marknadsföring av en vara anses väsensskilt från varan som sådan. Sammantaget med det faktum att artikel 2.4 saknar tidsbegränsningar, vilket gör det otydligt huruvida intrångsgörande varor ska anses intrångsgörande även då de företagshemligheter som angripits inte längre är hemliga, ter sig artikelns tillämpningsområde mycket svårdefinierat.¹³⁴

Det bör nämnas att EU-kommissionen efter kritiken mot det ursprungliga förslaget till företagshemlighetsdirektiv vidtog vissa ändringar. I den första versionen omfattade intrångsgörande varor ”varor vars formgivning, kvalitet, tillverkningsprocess eller marknadsföring” gynnats avsevärt av angrepp på företagshemligheter.¹³⁵ ”Kvalitet” ändrades sedermera till ”egenskaper [och] funktion”, en förändring som inte lär ha medfört särskilt omfattande modifieringar av tillämpningsområdet för artikel 2.4.

4.4 Begreppet intrångsgörande varor inom andra rättsområden

Intrångsgörande varor förekommer som begrepp inom främst immaterialrätten. Det är dock viktigt att poängtera att definitionen av vad som anses utgöra en intrångsgörande vara i företagshemlighetsdirektivets mening på många sätt är väsensskilt från den immaterialrättsliga, vilket har sin bakgrund i att intrångsgörande varor enligt artikel 2.4 i direktivet berör

¹³³ Aplin, Tanya, 2014, s. 26.

¹³⁴ Hilty, Knaaak och Kur, 2014, s. 957 ff.

¹³⁵ EU-kommissionen, COM(2013) 813 final. Se artikel 2.4.

konkurrensrättsligt otillbörligt agerande och inte ett immaterialrättsligt intrång.¹³⁶

Inom EU:s tullväsen omfattar begreppet intrångsgörande varor piratkopior, förfalskningar och liknande varor som gör intrång på någons immateriella rättighet utan rättighetsinnehavarens godkännande. Ingen uttrycklig definition stadgas dock i någon reglering.¹³⁷ I TRIPs verkar begreppet ha i stort sett samma betydelse men inte heller detta avtal innehåller en artikel som uttryckligen definierar vad som avses med intrångsgörande varor.¹³⁸ Europaparlamentet och Rådets förordning 608/2013 berör ”tullens säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter” (tullförordningen) vari uttrycket ”varor som gör intrång i immateriella rättigheter” förekommer flertalet gånger medan uttrycket ”intrångsgörande varor” aldrig används.¹³⁹

Direktiv 2004/48 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (ibland kallat det civilrättsliga sanktionsdirektivet¹⁴⁰, på engelska Intellectual Property Rights Enforcement Directive, IPRED) har många likheter med företagshemlighetsdirektivet. IPRED och dess implementering i svensk rätt har varit kontroversiellt och mött motstånd här i landet, bl.a. från internetleverantörer som ålagts att lämna ut information på sätt som de menat medfört nackdelar ur konkurrenshänseende.¹⁴¹ Direktivet ämnar stärka konkurrenskraften och innovationsförmågan för europeiska företag genom ett mer effektivt immaterialrättsligt skydd. Hänvisningar görs även till TRIPs och det faktum att trots att alla EU-medlemmar är parter i avtalet så saknas i många stater rättsliga åtgärder gentemot intrångsgörande varor som släpps ut på marknaden.¹⁴² IPRED:s skäl 9 lyder:

”Skillnaderna leder vidare till att de materiella reglerna om immateriella rättigheter försvagas och till att den inre marknaden splittras på detta område [...] och i förlängningen till sjunkande investeringar i innovation och nyskapande.”

Formuleringen skulle i princip kunna vara direkt hämtad från företagshemlighetsdirektivet.¹⁴³ IPRED innehåller såväl civil- som civilprocessrättsliga minimibestämmelser.¹⁴⁴

Företagshemlighetsdirektivet har dock en vidare omfattning än IPRED och syftar till att harmonisera flera definitioner såväl som att införa ett antal

¹³⁶ Hilty, Knaaak, Kur, 2014.

¹³⁷ EU-kommissionen, 2017. *How to identify fakes and other IPR infringing goods*.

https://ec.europa.eu/taxation_customs/individuals/how-identify-fakes-other-ipr-infringing-goods_en.

¹³⁸ Se exempelvis TRIPs artikel 46, 51, 69.

¹³⁹ Se exempelvis artikel 1, 2, 3, 6.

¹⁴⁰ SOU 2008:68, s. 302.

¹⁴¹ SOU 2012:51, s. 31 f.

¹⁴² Direktiv 2004:48 skäl 1, 2, 3, 5, 7.

¹⁴³ Jämför exempelvis företagshemlighetsdirektivets skäl 8.

¹⁴⁴ SOU 2012:51, s. 13.

materiella och processuella regler,¹⁴⁵ IPRED däremot är inte avsett att påverka materiella regler överhuvudtaget och tar främst sikte på organiserad brottslighet.¹⁴⁶ Inte heller definieras vad som avses med intrångsgörande varor, men begreppet innefattar i stort varor som producerats eller använts på sätt som gör patenträttsliga eller upphovsrättsliga intrång.¹⁴⁷

IPRED reglerar bl.a. möjligheterna att förstöra eller få bort intrångsgörande varor från marknaden.¹⁴⁸ Även åtgärder mot de som förfogar över intrångsgörande varor eller tjänster ”på en kommersiell skala” föreskrivs.¹⁴⁹

4.5 Intrångsgörande varor i svensk rätt

Förslaget till den nya 2 § FHL i SOU 2017:45 lyder:

Med angrepp på företagshemligheter avses anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemlighet utan innehavarens samtycke. Med angrepp avses även import, export eller lagring av intrångsgörande varor i syfte att utnyttja dem och som sker utan samtycke av den som innehar företagshemligheten.

Med intrångsgörande varor avses varor vilkas formgivning, egenskaper, funktion, tillverkning eller marknadsföring gynnas avsevärt av angrepp på företagshemligheter.

I utredningen anses ”utnyttjande [...] av företagshemlighet” även innefatta produktion, utbudande till försäljning och utsläpp på marknaden av intrångsgörande varor, varför formuleringen skiljer sig något från artikel 4.5 i företagshemlighetsdirektivet. Den svenska formuleringen anses erbjuda ett högre skydd för företagshemligheter än direktivets, men ingen längre motivering ges till varför den svenska regelformuleringen bör avvika från den i direktivet.¹⁵⁰

Begreppet intrångsgörande varor förekommer varken i den nuvarande FHL eller i dess förarbeten.¹⁵¹ Det hävdas emellertid i SOU 2017:45 att uttrycket ”en handling eller ett föremål [...] som innefattar hemligheten” i 14 § FHL har i stort sett samma innebörd (som behandlas under avsnitt 2.5 rör 14 § de fall då en domstol kan förorda inlösen av en handling eller ett föremål som innefattar en angripen företagshemlighet). Vidare anges i SOU 2017:45 att intrångsgörande varor ”inte innebär något nytt i förhållande till FHL” men att en definition av termen likväl bör införas.¹⁵²

¹⁴⁵ Se direktiv 2016/943, exempelvis skäl 16, 19, 27.

¹⁴⁶ Direktiv 2004/48 skäl 9-15.

¹⁴⁷ Direktiv 2004/48 skäl 9, 19, 29; se även prop. 2008/09:67, s. 133.

¹⁴⁸ Direktiv 2004/48 skäl 24.

¹⁴⁹ Direktiv 2004/48 artikel 8.

¹⁵⁰ SOU 2017:45, s. 137 f.

¹⁵¹ Se prop. 1987/88:155.

¹⁵² SOU 2017:45, s. 116 f.

I SOU 2008:63 föreslogs bl.a. skärpt straffrättslig reglering i FHL men efter kritik från lagrådet ledde inte förslaget till någon lagstiftning.¹⁵³ Emellertid omnämns begreppet intrångsgörande varor med hänvisning till IPRED.¹⁵⁴ Första gången termen intrångsgörande varor behandlas i svensk rätt i förhållande till företagshemlighetskyddet är förmodligen i proposition 2008/09:67, där det konstateras att handel med intrångsgörande varor eller tjänster ur FHL:s synvinkel inte är förenligt med en sund konkurrens.¹⁵⁵ Skäl 13 i IPRED stadgar att medlemsstaterna får utvidga direktivet till att även omfatta handlingar som innebär illojal konkurrens och uttalandet i propositionen är förmodligen ett implicit konstanterande att FHL kan anses utgöra ett sådant utvidgande.

Proposition 2008/09:67 behandlar implementeringen av IPRED. I promemorian som föregick propositionen föreslogs att begreppet ”intrångsgörande varor och tjänster” såsom det förekommer i IPRED inte borde införas i svensk rätt utan ”ersättas med uttrycket vara respektive tjänst ’med avseende på vilken intrång eller överträdelse har begått’ ”. De flesta remissinstanser stödde detta förslag. Anledningen till att begreppet intrångsgörande ska undvikas enligt propositionen är att det är något missledande i sammanhanget, då det inte är själva varorna eller tjänsterna som gör intrång utan exempelvis deras användning eller tillverkning.¹⁵⁶

4.6 Intrångsgörande tjänster

I skäl 26 i företagshemlighetsdirektivet stadgas att det är ”[...] nödvändigt att föreskriva [...] interimistiska åtgärder för att omedelbart få det olagliga anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av en företagshemlighet att upphöra, inbegripet då denna utnyttjas för att tillhandahålla tjänster.” Direktivets skäl 27 anger att ”det [är] viktigt att föreskriva slutliga åtgärder för att förhindra olagligt utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet, även då den utnyttjas för att tillhandahålla tjänster.” Dessa två skäl är de enda delarna av direktivet som berör angrepp på företagshemligheter i förhållande till tjänster, det omnämns inte direkt i någon artikel.

I IPRED artikel 8 stadgas att i en rättegång om immaterialrättsligt intrång så ska möjlighet finnas att begära utlämnande av ”information om ursprung och distributionsnät för de intrångsgörande varorna eller tjänsterna” kan lämnas ut av någon som

- a) har befunnits föfoga över intrångsgörande varor i kommersiell skala,
- b) har befunnits använda intrångsgörande tjänster i kommersiell skala,

¹⁵³ SOU 2017:45, s. 19.

¹⁵⁴ SOU 2008:63, s. 302 f.

¹⁵⁵ SOU 2008/09: 67, s. 149 f.

¹⁵⁶ Prop. 2008/09:67, s. 133 f.

- c) har befunnits i kommersiell skala tillhandahålla tjänster som använts i intrångsgörande verksamhet, eller
- d) har pekats ut av en person som avses i a, b eller c såsom delaktig i produktion, tillverkning eller distribution av varorna eller tillhandahållandet av tjänsterna.

Ingen exakt definition ges avseende vad som åsyftas med varken intrångsgörande varor, tjänster eller verksamhet, men den övergripande innebörden verkar vara varumärkesförfalskning och liknande aktiviteter på en större skala, vilket också är det IPRED syftar till att motverka.¹⁵⁷

TRIPs artikel 47 reglerar ”rätten till information” för en rättighetsinnehavare. Artikeln stadgar att myndigheter ska kunna ålägga en intrångsgörare att informera rättighetsinnehavaren om ”tredje parter involverade i produktion och distribution av intrångsgörande varor eller tjänster”. Detta är den enda omnämningen av intrångsgörande tjänster i avtalet.

Som framgår i detta avsnitt behandlas begreppet intrångsgörande varor mycket kort i företagshemlighetsdirektivet. Med undantag för IPRED har jag inte lyckats hitta några EU-regleringar som innehåller begreppet, vilket gör det svårt att dra analoga slutsatser om dess innebörd. Inte heller TRIPs ger särskilt mycket vägledning kring hur intrångsgörande tjänster ska definieras. Analysen av begreppet i kommande avsnitt utgår därför till stor del ifrån definitionen av begreppet intrångsgörande varor och huruvida det utifrån texten i företagshemlighetsdirektivet är rimligt att även tjänster kan anses som intrångsgörande enligt direktivets artikel 2.4.

4.7 Avslutande kommentarer

Emedan jag anser att den harmoniserande definitionen av företagshemligheter i företagshemlighetsdirektivets artikel 2.1 utgör direktivets kärna, så utgör definitionen av intrångsgörande varor i artikel 2.4 den största nyheten i direktivet för med sig för EU-rätten och den svenska rättsordningen. Företagshemlighetsdirektivet berör ett för EU-rätten nytt rättsområde som aldrig tidigare specialreglerats. Att i ett sådant direktiv införa ett begrepp som visserligen förekommer inom andra rättsområden men som aldrig definierats exakt – och sedan fastställa begreppets innebörd väldigt brett – är vågat gjort av EU-kommissionen.

Begreppet intrångsgörande varor innebär inom EU:s immaterialrättsliga regelverk helt enkelt ”varor som gör intrång på en immateriell ensamrätt”, vilket kan betyda olika saker beroende på vilket immaterialrättsligt skydd det rör sig om. Intrångsgörande varor i företagshemlighetsdirektivets bemärkelse lär också kunna omfatta intrång på immateriella ensamrätter, då företagshemlighetskyddet ofta överlappar exempelvis upphovsrätten.

¹⁵⁷ Direktiv 2004/48 skäl 25, 29.

Samtidigt kan inte en patenterad uppfinning utgöra en företagshemlighet, vilket innebär att en vara som innefattar ett patentinfrång aldrig kan åtkommas med åtgärder föreskrivna i företagshemlighetsdirektivet (om inte varan också samtidigt innefattar ett angrepp på exempelvis patentets utvecklingsprocess eller någon annan företagshemlighet).

Det centrala problemet med definitionen i företagshemlighetsdirektivets artikel 2.4 är hur pass vitt den kan komma att tolkas. Möjligen är definitionen så pass vid att begreppet ”vara” är missledande. Ett företags självständigt utvecklade varor kan i många fall bli intrångsgörande genom handlingar som egentligen knappt är direkt relaterade till varan, såsom marknadsföring eller mindre förbättringar i produkten. Hade begreppet definierats i någon tidigare EU-reglering hade det kunnat ge en tydlig referenspunkt att utgå ifrån vid analysen av begreppets mening i företagshemlighetsrelaterade sammanhang.

Exempel 1, som återgivits i avsnitt 4.3 berör det fall då en vara har blivit intrångsgörande genom marknadsföring som utgått ifrån en obehörigen utnyttjad kundlista. Det kan anses rimligt att företag B, som i exemplet obehörigen och uppsåtligen utnyttjar företag A:s hemlighet i sin marknadsföring, också kan straffas för detta genom exempelvis förbud från domstol att sälja sin vara. Men frågan blir då vilka åtgärder som hemlighetsinnehavaren, företag A, bör kunna företa gentemot företag B:s återförsäljare av varan? Dessa återförsäljare kan enligt företagshemlighetsdirektivets artikel 4.5 hindras från att sälja en vara som företag B framtagit helt självständigt. Den intrångsgörande marknadsföringen av varan behöver inte ens ha påverkat återförsäljarnas försäljning. Då det intrångsgörande handlandet inte behöver ha något kausalt samband med själva varan, kan det bli enormt svårt att förutse de rättsliga konsekvenserna för de som har bedrivit handel med intrångsgöraren.

Problematiken är snarlik i **exempel 2**, som också återgivits i avsnitt 4.3. I det exemplet gör en mindre förändring i företag B:s vara, som möjliggjorts tack vare ett angrepp på företag A:s företagshemligheter, att varan blir intrångsgörande. Om en av företag B:s återförsäljare skulle ha en tidigare version av den ändrade varan i sitt sortiment och sedan självständigt förbättra varan på samma sätt som företag B gjort men utan att ha tillgång till företag A:s hemlighet, ska återförsäljarens vara också anses intrångsgörande i det fallet? Och eftersom företagshemlighetsskyddet inte har någon tidsbegränsning, kommer då alla företag B:s återförsäljare att för alltid förhindras från att göra den ändring som gjorde företag B:s vara intrångsgörande? I det mest extrema fallet skulle reglerna om intrångsgörande varor kunna ge innehavaren samma rättigheter som följer av immaterialrättsliga ensamrätter, vilket vore högst önskat. Det är med all sannolikhet en överdrift att säga att företagshemlighetsdirektivet skulle kunna få sådana effekter i praktiken, men det är onekligen problematiskt att fastställa hur direktivets artikel 2.4 och 4.5 kan komma att tillämpas.

Det ter sig märkligt att EU-kommissionen varit villig att genomföra förändringar i definitionen av vad som menas med intrångsgörande varor i företagshemlighetsdirektivet, men inte att undanta varor vars marknadsföring gynnats av angrepp på företagshemligheter. Definitionen i artikel 2.4 kritiserades på ett tidigt stadium för att vara alltför vittgående och otydlig. Kommissionen lyssnade bevisligen till kritiken eftersom ändringar gjordes. Syftet med definitionen av begreppet intrångsgörande varor kan ha varit att skapa en bestämmelse som i det närmaste kan liknas vid en generalklausul, som kan komma åt många olika typer av angrepp på företagshemligheter och vars tillämpning får utvecklas i nationell rätt. Många positiva effekter av regelharmonisering går förlorade då en bestämmelse är alltför generellt utformad.

Eftersom en vara kan anses intrångsgörande genom exempelvis marknadsföring som innebär angrepp på företagshemligheter, ligger det nära till hands att anta att även tjänster kan bli intrångsgörande. Inget kausalt samband krävs mellan själva den intrångsgörande handlingen och tjänsten ifråga. Därmed skulle exempelvis en konsultfirma som använder en obehörigt angripen företagshemlighet för att göra reklam för en viss tjänst kunna åläggas att upphöra med den tjänsten. I proposition 2008/09:69 anges att handel med intrångsgörande varor *och tjänster* kan vara oförenligt med en sund konkurrens ur ett företagshemlighetsskyddsperspektiv. Att intrångsgörande tjänster inte omnämns överhuvudtaget i företagshemlighetsdirektivets bestämmelser är därför märkligt. Stadgandena i skäl 26 och 27 om åtgärder mot tjänster som inbegriper angrepp på företagshemligheter verkar närmast kryptiska. De bekräftar att innehavare av företagshemligheter ska kunna begära åtgärder även mot tjänster, men då intrångsgörande tjänster inte berörs i någon av direktivets artiklar blir det otydligt i vilken utsträckning så kan ske.

I IPRED regleras rättsföljden av att en vara anses vara intrångsgörande i anslutning till intrångsgörande tjänster och på vissa ställen även verksamheter. IPRED tar emellertid sikte på kriminella verksamheter som syftar till att begå immaterialrättsliga intrång som exempelvis piratkopiering, medan företagshemlighetsdirektivet är mer inriktat mot obehörigt agerande av legitima företag. Icke desto mindre hade begreppet ”intrångsgörande verksamhet” varit ett passande uttryckssätt att använda i direktivet för att beteckna mycket av det handlande som förbjuds i artikel 4.5. En anledning att jag behandlar IPRED i uppsatsen är för att visa på att det direktivet, som berör immaterialrättsliga åtgärder, har många likheter med det konkurrensrättsliga företagshemlighetsdirektivet. Både direktivens utformning och deras syften liknar varandra till stora delar och EU-kommissionen har förmodligen tagit avstamp i immaterialrättsliga regleringar i utformningen av företagshemlighetsdirektivet.

I proposition 2008/09:69 anförs att begreppen ”intrångsgörande varor och tjänster” är missledande eftersom varken varorna eller tjänsterna är de som egentligen begår intrång. Jag anser att företagshemlighetsdirektivet brottas med samma problematik, då exempelvis marknadsföring av en vara kan

göra varan intrångsgörande, även om varan är självständigt utvecklad. Intrångsgörande marknadsföring är snarare en tjänst än en vara och det framstår underligt att begreppet ”tjänst” så konsekvent undviks i företagshemlighetsdirektivet.

Vad gäller SOU 2017:45 är det en besynnerlig slutsats att ”utnyttjande [...] av företagshemlighet” skulle kunna innebära ungefär samma sak som att ”producera intrångsgörande varor, utbjuda dem till försäljning eller släppa ut dem på marknaden, eller att importera, exportera eller lagra intrångsgörande varor i dessa syften”. Det hävdas vidare att formuleringen i 14 § FHL, ”en handling eller ett föremål [...] som innefattar hemligheten” kan anses ha samma innebörd som intrångsgörande varor i företagshemlighetsdirektivet, vilket är väldigt långsökt. Enligt 14 § kan en angripare möjligen tvingas återlämna en självständigt framtagen vara som baserats på obehörigt utnyttjade företagshemligheter, men idag har en domstol mig veterligen aldrig förordnat inlösen av en vara i vars marknadsföring företagshemligheter angripits.

Det ter det sig också märkligt att det i SOU 2017:45 föreslås att formuleringen av regleringen kring intrångsgörande varor ska avvika ifrån företagshemlighetsdirektivet. Ett förbud mot enbart import, export eller lagring av intrångsgörande varor utgör kanske inte en direkt felaktig implementering av direktivet, men en otydlig sådan. SOU 2017:45 ger ett något ambivalent intryck när det kommer till frågan om implementeringen av förbudet mot intrångsgörande varor. Det hävdas att begreppet inte är ”något nytt” för FHL, samtidigt som en definition ändå anses böra införas. Istället för att uttryckligen förbjuda alla de former av hanteringar av sådana varor som förbjuds i företagshemlighetsdirektivet, föreslås i utredningen någon slags ”mellanväg”, där endast import, export och lagerhållning av intrångsgörande varor förbjuds. Detta är ett mycket besynnerligt val, som i praktiken inte lär orsaka några skillnader i tillämpning jämfört med om direktivets formulering hade införts rakt av, men som medför oklarhet och tvetydighet i lagtexten.

5 Slutsatser

5.1 Kapitlets upplägg

Detta sista kapitel utgör uppsatsens analys och innehåller endast mina egna slutsatser. Jag utvecklar här mina reflektioner i de tidigare kommentarsavsnitten (avsnitt 2.9, 3.8 och 4.7) som avslutar varje kapitel i uppsatsen. För tydlighetens skull börjar jag kapitlet med att reda ut hur uppsatsens frågeställningar har besvarats. Därefter drar jag slutsatser utifrån dessa svar.

5.2 Uppsatsens frågeställningar

Hur definieras företagshemligheter i FHL och hur kommer denna definition förändras av implementeringen av företagshemlighetsdirektivet?

Den bestämmelse i FHL som oftast tillämpats i svenska domstolar är lagens 1 §, som innefattar definitionen av vad som avses med en företagshemlighet. 1 § erbjuder ett indispositivt skydd för företagshemligheter, som emellertid kräver att hemlighetsinnehavaren själv agerar för att hålla informationen hemlig. FHL utgör konkurrensrättslig speciallagstiftning, vilket innebär att information ska ha betydelse för näringsidkaren i konkurrenshänseende för att kunna skyddas som en företagshemlighet. Att informationen hemlighålls och har konkurrensmässig betydelse för näringsidkaren är 1 § viktigaste kriterier, ihop med den begränsningen att information av personlig art inte kan skyddas av FHL. För hemlighållandet av företagshemligheter kan tydligt utformade sekretessavtal vara oerhört viktiga, vilket har avhandlats i uppsatsens avsnitt 2.6.

Lagtekniskt har företagshemlighetsskyddet under lång tid varit utformat som ett led i konkurrenslagstiftningen, men rent praktiskt fungerar det ofta som ett komplement till immaterialrätten. Exempelvis kan FHL erbjuda skydd för varor i produktutveckling som ännu inte kan skyddas immaterialrättsligt. FHL kan även skydda banala immateriella tillgångar som föråldrade instruktioner och kundlistor som aldrig skulle kunna skyddas upphovsrättsligt, men som likväl hade kunnat avslöja mycket om ett företags verksamhet.

Generellt sett ställer svensk rätt låga krav på agerande från en innehavare för att dennes information ska anses hemlighållen, i jämförelse med vad som framgår av TRIPs eller företagshemlighetsdirektivet. Vad gäller övriga aspekter definieras företagshemligheter brett inom svensk rätt. Den breda definitionen kan vara en bidragande faktor till att 1 § ofta prövats i domstol, då det inte stadgas helt tydligt i FHL vad lagens skydd omfattar. Just

hemlighållandet är dock förmodligen den viktigaste faktorn för att information ska kunna anses utgöra en företagshemlighet i lagens mening. Sammantaget kan det sägas att en företagshemlighet enligt FHL är information som har affärsmässig betydelse för näringsidkare, samt behandlas som en hemlighet av denne. I de fall då informationen ska delas med andra är det viktigt att det klargörs tillräckligt tydligt att det rör sig om en hemlighet som näringsidkaren inte vill ska spridas vidare.

Såsom TRIPs artikel 39.2 och direktivets artikel 2.1 båda stadgar minimidefinitioner av företagshemligheter, medför dessa bestämmelser inga större förändringar för 1 § FHL:s del. Likväl föreslås ganska omfattande omformuleringar 1 §, samt ett slopande av kravet på att den skyddade informationen ska ha koppling till näringsverksamhet för att omfattas av lagens tillämpningsområde. Detta ska förtydliga att även ideella verksamheter kan inneha företagshemligheter.

Jag tror inte att några av de föreslagna förändringarna egentligen hade behövts i 1 § FHL för att implementera företagshemlighetsdirektivet på ett korrekt sätt. De ändringar som nu presenterats innebär ett breddande av begreppet företagshemlighet men också ett förtydligande av 1 § gränser. Jag skulle inte tro att något större behov finns för sådana förändringar men de är inte heller ovälkomna, en tydligare företagshemlighetsdefinition med ett mer omfattande tillämpningsområde kan bidra till ökad rättssäkerhet och mer innovationsincitament.

Hur definieras angrepp på företagshemligheter i FHL och hur kommer denna definition förändras av implementeringen av företagshemlighetsdirektivet?

Liksom 1 § är 2 § FHL en något invecklat utformad rättsregel. Paragrafen anses stadga gränserna för vad som kan utgöra ett obehörigt angrepp på företagshemligheter i FHL:s mening. I praktiken är dess funktion ganska komplicerad, eftersom 2 § anger vad som inte kan leda till straffansvar eller skadestånd enligt 3-8 §§. Den nuvarande 2 § innehåller ett skydd för vissa sorters angrepp på företagshemligheter, såsom röjande för att avslöja brott eller allvarliga missförhållanden, eller förvärv i god tro. Paragrafens syfte kan ses mot bakgrund av FHL:s konkurrensrättsliga karaktär, då lagen inte ska ha någon inverkan på den fria åsiktsbildningen, arbetstagares rättigheter till medbestämmande eller på något sätt förhindra avslöjanden om missförhållanden på arbetsplatsen. Detta syfte framgår egentligen redan av att 1 § anger att information måste ha betydelse för näringsidkaren i konkurrenshänseende för att skyddas av FHL, men förtydligas i 2 §.

Ett angrepp på en företagshemlighet innebär ett befattande med hemligheten som dess innehavare inte samtycker till. Enbart obehöriga angrepp faller under FHL:s tillämpningsområde. Vad som utgör obehöriga angrepp enligt FHL stadgas egentligen i paragrafens 3-8 §§, 2 § kan sägas utgöra en sorts omvänd generalklausul som i breda ordalag undantar ett antal typer av

handlingar från att kunna anses såsom obehöriga angrepp på företagshemligheter.

Det generella godtrosskyddet i 2 § 3 st kan ge intryck av en bestämmelse som idag medför stora nackdelar för hemlighetsinnehavare, då ett enda godtrosvärk kan leda till en företagshemlighet går förlorad helt och hållet utan att någon kan hållas skadeståndsansvarig. Då kan också den föreslagna lagändringen, som anger att förvärvare i ond tro inte skyddas av ett tidigare godtrosvärk, verka som en omfattande utvidgning av företagshemlighetskyddet. Min tro är dock att bestämmelsens, eller den föreslagna ändringens, innebörd inte ska överskattas. Då någon i god tro kommer över en obehörigen röjd företagshemlighet lär det i många fall vara svårt för innehavaren att upptäcka detta. Därefter kan det ta ännu längre tid att informera förvärvaren om det obehöriga röjandet och kanske även att få en domstol att besluta om åtgärder. I slutändan kan det hända att företagshemligheten hinner bli allmänt känd innan innehavaren har möjlighet att agera. Att sedan i efterhand försöka bevisa att vissa förvärvare av företagshemligheten varit i ond tro och kräva skadestånd från dessa lär lätt kunna bli en komplicerad och kostsam process som inte är mödan värd.

Förutom slopandet av 2 § 3 st föreslås att 2 § FHL utformas på ett sätt som liknar företagshemlighetsdirektivets artikel 3-4. Den nuvarande paragrafens 1-2 st ska bli den nya 3 § och 2 § får en bestämmelse som ger exempel på vad som kan utgöra obehöriga angrepp. I 2 § föreslås också den regel som innebär den största nyheten i FHL – förbudet mot import, export och lagerhållning av intrångsgörande varor. Denna bestämmelse behandlas mer utförligt nedan i detta avsnitt.

Vad medför harmoniseringen av företagshemlighetsdefinitionen på EU-nivå för generella effekter på svensk rätt?

Kärnan i företagshemlighetsdirektivet är företagshemlighetsdefinitionen som hämtats ifrån TRIPs artikel 39.2. Att harmonisera definitionen kan säkerligen få många positiva effekter, om direktivet får ett starkare genomslag än TRIPs fick. Företag och marknader tenderar att uppskatta förutsebarhet, särskilt i gränsöverskridande transaktioner. Som nämnt under avsnitt 3.6 kan direktivet som helhet föranleda att EU:s medlemsstater inför ett starkare och mer lättillämpat företagshemlighetskydd genom speciallagstiftning om detta, vilket kan få samma positiva effekter som FHL bevisligen haft för Sveriges del. För svenskt vidkommande kan det bli enklare för svenska företag att skydda sina företagshemligheter i andra EU-stater om dessa har lagstiftning som liknar den svenska. Generellt lär regelharmoniseringen medföra positiva effekter för svenska företag som opererar gränsöverskridande inom EU.

Men trots en harmoniserad företagshemlighetsdefinition kan flera problem kvarstå. De största problemen lär vara hänförliga till att speciallagstiftning till skydd för företagshemligheter är något helt nytt för EU och alla dess

medlemmar, med undantag för Sverige. Företagshemlighetsdirektivet innehåller många svårtolkade och vaga formuleringar. Hemlighetskyddet saknar tidsbegränsningar, vilket innebär att det i de flesta fall lär gälla till dess att en hemlighet blivit ”allmänt känd” i företagshemlighetsdirektivets mening – något som kan tolkas olika i olika rättssystem. Om en företagshemlighet skulle anses ha blivit allmänt känd och därmed ha förlorat sitt skydd i en stat men inte en annan, kan det faktum att hemligheten inte skyddas i den ena staten leda till att skyddet i praktiken blir meningslöst i den andra. Svensk rätt innehåller till exempel en tydlig definition av när en hemlighet anses känd till den grad att FHL:s skydd upphör. Diskrepansen för hemlighetskyddet stater emellan är ett av de viktigaste problemen företagshemlighetsdirektivet hade kunnat lösa. Direktivets krav att information ska vara ”hemlig i den meningen att den inte [...] är allmänt känd hos eller lättillgänglig för personer i de kretsar som normalt sett handskas med typen av information i fråga” är för vagt för att lösa denna problematik, särskilt då direktivskälen inte ger någon ingående ledning för hur detta ska tolkas.

Vissa av de rapporter som föregick företagshemlighetsdirektivet kan anses peka på att Kommissionen överdriver behovet av reglering och de positiva effekterna som direktivet kan antas få, då branschundersökningar visar på att många företag inte ser obehöriga angrepp på företagshemligheter som ett särskilt omfattande problem. Till Kommissionens försvar bör sägas att ett harmoniseringsdirektiv inte enbart medför att medlemsstaterna tvingas införa ett likvärdigt skydd för företagshemligheter, utan även att regleringen kommer att se likartad ut i alla EU-stater, vilket förenklar gränsöverskridande verksamhet. För att återkoppla till uppsatsen inledning finns det även en trend bland företag att behandla sekretessklausuler och -avtal som boilerplate-klausuler, avtalsdelar som inte behöver omförhandlas vid varje individuellt avtalsslut. Om så en näringsidkare bedriver gränsöverskridande verksamhet i EU och använder samma sekretessklausul i alla sina avtal men plötsligt finner att denna klausul tillämpas olika i olika länder, medför detta självfallet problem. Harmonisering av företagshemlighetskyddet kan bidra till att motverka sådana problem.

Vad innefattar begreppet intrångsgörande varor i företagshemlighetsdirektivet?

Företagshemlighetsdirektivets artiklar 2.4, 4.5 och 10 reglerar definitionen av, vissa användningsförbud mot och åtgärder mot intrångsgörande varor. Vid en första anblick kan bestämmelserna verka ganska anspråklösa. Begreppet intrångsgörande varor påträffas i flera immaterialrättsliga EU-rättsakter och företagshemlighetskydd förekommer ofta i anslutning till immaterialrätten. Men en närmare analys av artikel 2.4 föranleder emellertid många frågor om artikelns tillämpningsområde.

Enligt artikel 2.4 är intrångsgörande varor sådana varor vars ”formgivning, egenskaper, funktion, produktionsprocess eller marknadsföring gynnas

avsevärt” av angrepp på företagshemligheter. Kravet på att en vara ska ”gynnas avsevärt” för att åtgärder ska kunna vidtas mot varan, är svårtolkat. Som behandlas under avsnitt 4.3 och 4.7 är det problematiskt att artikel 2.4 inte verkar kräva något direkt kausalt samband mellan det intrångsgörande handlandet och varan som genom handlandet blir intrångsgörande. Förbudet mot hantering av intrångsgörande varor i artikel 4.5 gäller alla näringsidkare, inte bara den som begått intrånget på en företagshemlighet.

Gränsdragningen för vad som skulle kunna anses utgöra intrångsgörande varor är ett stort problem. Jag tolkar företagshemlighetsdirektivets bestämmelser som att även tjänster kan bli intrångsgörande. Om till exempel ett advokatkontor i Stockholm skulle använda en obehörigen åtkommen kundlista för att marknadsföra sina rådgivningstjänster så är det inte helt orimligt att anta att dessa tjänster skulle kunna anses intrångsgörande enligt företagshemlighetsdirektivet. Då uppstår frågan om huruvida advokatfirmans kontor i andra städer, vars tjänster också kan anses ha marknadsförts på ett sätt som inbegripit angrepp på företagshemligheter, också kan förbjudas att utföra dessa tjänster?

Om tjänster skulle kunna anses intrångsgörande skulle det också medföra problem med att definiera vad som utgör en eller flera tjänster, samt vilka av dessa som skulle omfattas av en eventuell åtgärd från en domstol. Det är också svårt att säga vad som skulle kunna utgöra import eller export av en tjänst (tjänster kan förmodligen inte lagerhållas), men om exempelvis ett försäljningskoncept säljs av ett företag kan detta sägas utgöra tjänsteexport.

På ett internationellt plan ger definitionen av intrångsgörande varor upphov till ännu fler oklarheter. Förbudet mot ”import eller export” i artikel 4.5 innebär import och export till länder utanför EU och förbudet att hantera intrångsgörande varor anses omfatta varor världen över, även stater utanför EU. Om en stat som inte är med i EU skulle ha en egen definition av vad som avses med intrångsgörande varor, ska denna då tillämpas vid import av varor ifrån detta land? Om detta tredje land skulle ha en annan företagshemlighetsdefinition än Sverige så kan det ge upphov till oklarheter, exempelvis gällande vilken definition som ska tillämpas vid bedömningen av huruvida ett obehörigt angrepp på en företagshemlighet ska anses ha skett. En vara kan anses intrångsgörande oavsett vart någonstans i världen som det ursprungliga angreppet på en företagshemlighet skedde – detta kan göra det mycket svårt för en näringsidkare att bedöma om en viss vara är säker att importera, eller om talan kan komma att väckas mot näringsidkaren själv eller varans producent.

Att överhuvudtaget införa begreppet ”intrångsgörande varor” i ett direktiv om skydd för företagshemligheter kan ifrågasättas. Det finns alltid risk för missförstånd då ett uttryck används på liknande, men ändå olika, sätt inom flera rättsområden. Företagshemlighetsdirektivet är en konkurrensrättslig reglering som, liksom FHL, har många gemensamma beröringspunkter med immaterialrätten och att i dessa sammanhang använda en någorlunda etablerad immaterialrättslig term kan därför orsaka oklarheter. Det framgår

någorlunda tydligt att stora delar av företagshemlighetsdirektivet har tagit avstamp i immaterialrättslig lagstiftning. Det kan verka bekvämt och lämpligt att använda intrångsgörande varor som ett begrepp i direktivet, då uttrycket inom andra EU-regleringar innefattar exempelvis piratkopior och förfalskningar – varor som i flera fall kan göra intrång också på företagshemligheter. Men dessa andra regleringar, såsom IPRED och tullförordningen, tar främst sikte på organiserad brottslighet och kriminella handlingar såsom smuggling och förfalskning. Företagshemlighetsdirektivet syftar till att motverka snedviden konkurrens på marknaden och att harmonisera bestämmelser som kan komma att åberopas främst i anställnings- och kommersiella förhållanden. Medan hårda åtgärder kan vara motiverade för att komma åt piratkopierade varor och all därmed relaterad verksamhet, är frågan om varor vars marknadsföring innefattat angrepp på företagshemligheter behöver behandlas på ett liknande sätt. Även om företagshemlighetsdirektivet och tullregleringar inte föreskriver samma åtgärder mot intrångsgörande varor, inbjuder begreppsbildningen till en jämförelse.

En annan viktig skillnad mellan förbud mot intrångsgörande varor i tull- och immaterialrättsliga EU-regleringar och företagshemlighetsdirektivet, är att förbudet i det senare fallet enbart riktar sig mot näringsidkare. Privatpersoner är fria att importera varor som är intrångsgörande i direktivets mening. Detta är en logisk följd av att direktivet endast förbjuder utbudande, produktion, import, export och andra kommersiella handlingar med intrångsgörande varor. Att för privat bruk köpa hem en vara som innefattar en angripen företagshemlighet är inte ett handlande som utgör otillbörlig konkurrens.

Svårigheterna med företagshemlighetsdirektivets otydliga definitioner, framförallt av intrångsgörande varor, hade givetvis kunnat lösas i sinom tid genom praxis från EU-domstolen. Men det är en mycket lång och kostsam process att få förhandsbesked från domstolen om hur vissa bestämmelser ska tolkas exakt. TRIPs-rådet som ansvarar för att tillse att avtalet implementeras korrekt verkar antingen nöjda med hur TRIPs-definitionen av företagshemligheter har implementerats trots dess begränsade effekt, eller så lägger rådet ingen större vikt vid företagshemlighetskyddet. Det kan hända att EU-domstolen kommer att ta skyddet på större allvar och tar upp mål som exempelvis förtydligar huruvida tjänster ska kunna anses intrångsgörande, eller exakt under vilka förhållanden information ska anses ha blivit allmänt känd. Men det finns många begrepp i direktivet som behöver förtydligas och förhandsbesked kan dröja mycket länge.

Vad innebär införandet av förbudet mot import, export eller lagring av intrångsgörande varor i den nya FHL?

I Sverige har speciallagstiftning till skydd för företagshemligheter förekommit i mer än 30 år, men ändå visas i SOU 2017:45 brister i förståelsen för vissa delar av företagshemlighetsdirektivet. Den felaktiga

översättningen av direktivet rättas visserligen i utredningen, men i samma utredning påstås exempelvis att FHL i nuläget i princip reglerar vad som gäller ifråga om intrångsgörande varor, vilket är ett mycket underligt uttalande. Förslaget om dubbelreglering av skyddet för rapportering om brott eller allvarliga missförhållanden är ett annat underligt förslag.

I SOU 2017:45 föreslås i princip en helt ny FHL, vilket jag anser är ett onödigt långtgående förslag. För en korrekt implementering av företagshemlighetsdirektivet hade det enbart behövts en omstrukturering av skyddet för handlande i god tro, införande av vissa domstolsåtgärder som exempelvis fortsatt nyttjande mot ekonomisk ersättning, samt möjligen ett förtydligande av att inte bara kommersiella verksamheter kan inneha företagshemligheter. Även en definition av vad som avses med intrångsgörande varor och förbud mot vissa sorters hantering skulle behövas i FHL. Men i övrigt utgör de flesta föreslagna ändringarna i nuvarande 1 och 2 §§ omformuleringar utan större mening som visar på implementeringsvilja men med få praktiska följder.

Företagshemlighetsdirektivet är inte riktat gentemot Sverige, tvärtom. Sverige är europaledande när det kommer till speciallagstiftning om skydd för företagshemligheter. Flera av direktivets definitioner och regleringar är hämtade direkt från TRIPs, som har gällt för alla EU-medlemmar under lång tid, och det verkar snarast som att Kommissionen har tappat tålamodet med stater som inte fullt ut implementerat TRIPs skydd för företagshemligheter än. Därför har Kommissionen beslutat att ta fram ett direktiv och på så sätt tvinga igenom en TRIPs-baserad harmonisering till skydd för företagshemligheter i unionen.

Reglerna om intrångsgörande varor utgör den största förändringen som företagshemlighetsdirektivet för med sig för svensk rätt. Enligt den nuvarande 14 § FHL kan en domstol förorda att då en företagshemlighet har angripits enligt lagen, så ska angriparen återlämna ”en handling eller ett föremål [...] som innefattar hemligheten” till hemlighetsinnehavaren. 14 § har inte förekommit särskilt frekvent i praxis. Mig veterligen har bestämmelsen inte heller använts för att meddela åtgärder mot varor som exempelvis förbättrats eller marknadsförts genom åtgärder som inneburit obehöriga angrepp på företagshemligheter.

Någon form av förbud mot hantering av intrångsgörande varor behövs i svensk rätt. I SOU 2017:45 föreslås en paragraf som enbart stadgar att import, export och lagerhållning av intrångsgörande varor är förbjudet, med hänvisning till att ”utnyttjande [...] av företagshemlighet” även innefattar ”produktion, utbudning till försäljning och utsläppning på marknaden”. Jag anser att det är en dålig halvmesyr som bara orsakar otydlighet. Den svenska lagtexten bör följa direktivets formulering noga och stadga exakt vilka åtgärder som är förbjudna vad gäller intrångsgörande varor.

Vad gäller tillämpningen av den nya 2 § 2 st FHL, där definitionen av intrångsgörande varor föreslås införas, kommer svensk rätt förmodligen att

brottas med samma problem som kan uppkomma på EU-nivå. Begreppet är för svensk del helt nytt, missvisande och definitionen är väldigt bred. Vad värre är kan det hända att om HD skulle utarbeta en praxis kring tolkningen av den nya 2 § 2 st, så kan det hända att Europadomstolen därefter kommer fram till andra slutsatser kring tolkningen av begreppet intrångsgörande varor, eftersom det är så vitt definierat.

5.3 Slutsatser

Företagshemlighetsdirektivets kärna, artikel 2.1, kan sägas utgöra en slags påminnelse till EU:s medlemmar om att implementera en företagshemlighetsdefinition som har utgjort gällande rätt inom EU i över 20 år. Flera av direktivets övriga bestämmelser innehåller otydliga definitioner och begrepp, inte minst regleringen av intrångsgörande varor, och det lämnas stort sett osagt om tjänster ska kunna anses intrångsgörande. Icke desto mindre så ser jag personligen direktivet i sin helhet som ett stort framsteg för företagshemlighetsskyddet. Att skapa ett gemensamt, konkurrensrättsligt skydd för europeiska bolags hemligheter borde åtminstone höja miniminivån för hemlighetsskyddet i de stater som idag saknar effektiv företagshemlighetslagstiftning. Om inget annat kan direktivet medföra en harmonisering av de åtgärder som innehavare kan vidta då ett angrepp skett mot deras företagshemligheter, vilket lär uppskattas av många företag och andra organisationer.

Direktivets definition och hanteringsförbud av intrångsgörande varor utgör inte bara dess främsta nyheter, utan också dess mest kontroversiella bestämmelser. På den EU-rättsliga nivån är begreppet intrångsgörande varor till viss del etablerat, åtminstone inom immaterialrätten. Detta påverkar dock inte det faktum att begreppet i företagshemlighetsdirektivet är olämpligt, då det ofta inte lär vara själva varan som är intrångsgörande utan hanteringen av den. Inom svensk rätt har termen intrångrörande varor undvikits tidigare med hänvisning till att det är ett missledande uttryck. Om definitionen av begreppet i artikel 2.4 inte hade varit så vid, så kanske termen inte hade varit så missledande. Nu är den dock både svårförståelig och svårtillämpad.

Det faktum att direktivets definition och reglering av intrångsgörande varor är vid och svårbegriplig behöver emellertid inte innebära att reglerna får övergripande negativa konsekvenser då de implementeras i EU:s medlemmars nationella rätt. De flesta medlemsstaters lagstiftare och rättssystem lär vara måna om att utforma och tillämpa regler som bidrar till ett förutsebart och begripligt rättsläge. Det problem som oklara bestämmelser i EU-direktiv medför är snarare att stater kan komma att anta regler som utformas och tillämpas på vitt skilda sätt. Det leder till att många länder skulle behöva ändra nationell rätt om EU-domstolen i framtiden skulle förtydliga rättsläget i förhandsbesked.

Den svenska implementeringen av företagshemlighetsdirektivet har fortfarande inte nått propositionsstadiet och skäl finns att se över lagförslaget i SOU 2017:45. Definitionen av begreppet intrångsgörande varor i den föreslagna 2 § 2 st måste dock införas. Även om utredaren anser att formuleringen ”en handling eller ett föremål [...] som innefattar hemligheten” i stort sett överensstämmer med vad som åsyftas i företagshemlighetsdirektivet med intrångsgörande varor så omfattar direktivets definition långt mycket mer än vad som kan anses omfattas av FHL:s tillämpningsområde idag. Vid tidigare direktivimplementeringar, som till exempel IPRED, har begreppet kunnat undvikas, men denna gång utgör artikel 2.4 en så ny och viktig del av företagshemlighetsdirektivet att en liknande bestämmelse måste antas i svensk rätt.

Jag anser att SOU 2017:45 innehåller många brister som måste ses över, men den vaga definitionen av intrångsgörande varor kan inte åläggas den svenska utredaren. Emedan jag anser att ett företagshemlighetsdirektiv kan medföra många positiva effekter på den inre marknaden, så ifrågasätter jag främst behovet av en reglering av intrångsgörande varor på EU-nivå. De frågor jag framförallt ställer mig om bestämmelserna är ”Vem bad om detta? Var såg EU-kommissionen behovet för dessa regler?” Att införa en detaljerad reglering om skydd av företagshemligheter är ett stort steg för EU – varför ville då Kommissionen införa så pass kontroversiella och svårtillämpade regler som de om intrångsgörande varor? Min tro är att det har funnits en vilja att koppla företagshemlighetsdirektivet till andra immaterialrättsliga direktiv och ta avstamp i dessa. Därför har också en del begrepp och syften tagits ifrån exempelvis IPRED. Just vad gäller intrångsgörande varor ledde emellertid det faktum att företagshemlighetsdirektivet har en annorlunda, konkurrensrättslig karaktär till att begreppet helt enkelt passade in, vilket Kommissionen tyvärr förbisåg.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Aspegren, Jacob. Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter, kommentar till. Karnov. Kommentaren genomgången per den 1 juli 2017.

Aplin, Tanya, 2014. A Critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive. King's College London Law School, Research paper no. 2014-25.

Bengtsson, Henrik och Kahn, Johan, 2002. Företagshemligheter i domstolarnas praxis. Ny Juridik 4:02 s. 7-49.

Fahlbeck, Reinhold, 2013. Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter. Tredje upplagan. Stockholm, Nordstedts juridik.

Hilty, Reto M., Knaak, Roland och Kur, Annette, 2014. Comments of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 3 June 2014 on the Proposal of the European Commission for a Directive on the Protection of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets) Against Their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure of 28 November 2013, COM(2013) 813 Final. München, Max Planck Institute for Innovation and Competition.

Kommerskollegium, 2017. TRIPS-avtalet i WTO.
<https://www.kommers.se/verksamhetsomraden/Handelsfragor/Immateriellt/Utanfor-EU/TRIPS-avtalet-i-WTO/> (hämtad 2017-11-30).

Korling, Fredric och Zamboni, Mauro, 2013. Juridisk metodlära. Lund, Studentlitteratur AB.

Larousse Dictionnaire de Francais. Illicites. Illégale.
<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/illicite/41546> (hämtad 2017-11-17).

Oxford English Dictionary. Illegal.
<https://en.oxforddictionaries.com/definition/illegal> (hämtad 2017-11-13).

Tonell, Magnus, 2012. Sekretessavtal och det rättsliga skyddet för företagshemligheter. Stockholm, Jure Förlag AB.

Waerme, Daniel, 2009. Bevisläget vid brott mot sekretessavtal – förhindrar lagen om företagshemligheter avtalsdispositioner? SvJT 2009 s. 1051-1061.

Wainikka, Christina, 2010. Företagshemligheter – en introduktion. Lund, Studentlitteratur AB.

Offentligt tryck

Proposition 1987/88:155 om skydd för företagshemligheter.

Proposition 1994/95:35 Sveriges anslutning till
Världshandelsorganisationen m.m.

Proposition 2008/09:67 Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens
område – genomförande av direktiv 2004/48/EG.

SOU 2008:63 Förstärkt skydd för företagshemligheter.

SOU 2012:51 Utvärdering av IPRED-lagstiftningen.

SOU 2017:45 Ny lag om företagshemligheter.

EU:s sekundärrätt

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004
om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016
om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation
(företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs

EU rättsakter

Baker & McKenzie, 2013. Study on Trade Secrets and Confidential
Business Information in the Internal Market, MARKT/2011/128/D. Rapport
åt EU-kommissionen.

EU-kommissionen, 2013. Förslag till Europaparlamentet och Rådets
direktiv om att skydda know-how och företagsinformation
(företagshemligheter) som inte har röjts från att olagligen anskaffas,
utnyttjas och röjas. Bryssel den 28.11.2013, COM(2013) 813 final.

EU-kommissionen, 2013. Public consultation on the protection of business
and research know-how.

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/trade-secrets_en.htm
(hämtad 2017-11-01).

EU-kommissionen, 2017. How to identify fakes and other IPR infringing
goods. Taxation and Customs Union.

[https://ec.europa.eu/taxation_customs/individuals/how-identify-fakes-other-
ipr-infringing-goods_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/individuals/how-identify-fakes-other-ipr-infringing-goods_en) (hämtad 2017-11-06).

Europaparlamentet och Rådets förordning (EU) nr 608/2013 av den 12 juni
2013 om tullens säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter och
upphävande av rådets förordning (EG) nr 1383/2003.

Hogan Lovells International, 2012. Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes), MARKT/2010/20/D. Rapport åt EU-kommissionen.

Rådets beslut 94/800/EG av den 22 december 1994 om ingående, på Europeiska gemenskapens vägnar – vad beträffar frågor som omfattas av dess behörighet – av de avtal som är resultatet av de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (1986–1994).

Världshandelsorganisationen, 1994. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1995 s. 347

NJA 1999 s. 469

NJA 1998 s. 633

NJA 2001 s. 362

NJA 2012 s. 289

Arbetsdomstolen

AD 2003 nr 21

Svea hovrätt

7342-10