

Ny lag om företagshemligheter

*Betänkande av 2016 års utredning
om skyddet för företagshemligheter*

Stockholm 2017



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR

SOU 2017:45

SOU och Ds kan köpas från Wolters Kluwers kundservice.
Beställningsadress: Wolters Kluwers kundservice, 106 47 Stockholm
Ordertelefon: 08-598 191 90
E-post: kundservice@wolterskluwer.se
Webbplats: wolterskluwer.se/offentligapublikationer

För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Wolters Kluwer Sverige AB
på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Svara på remiss – hur och varför

Statsrådsberedningen, SB PM 2003:2 (reviderad 2009-05-02).

En kort handledning för dem som ska svara på remiss.

Häftet är gratis och kan laddas ner som pdf från eller beställas på regeringen.se/remisser

Layout: Kommittéservice, Regeringskansliet

Omslag: Elanders Sverige AB

Tryck: Elanders Sverige AB, Stockholm 2017

ISBN 978-91-38-24618-4

ISSN 0375-250X

Till statsrådet och chefen för Justitiedepartementet

Regeringen beslutade den 19 maj 2016 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att överväga vilka lagändringar som behövs för att anpassa svensk rätt till det nya EU-direktivet om skydd för företags-hemligheter, som sedan antogs den 8 juni 2016. I utredarens uppdrag ingick även att överväga hur ett straffansvar kan utformas när det gäller en anställd som obehörigen utnyttjar eller röjer en företags-hemlighet som han eller hon fått tillgång till inom ramen för sina arbetsuppgifter. Till särskild utredare förordnades den 31 maj 2016 f.d. ordföranden för Arbetsdomstolen Michaël Koch.

Som sakkunniga förordnades fr.o.m. den 1 september 2016 rätts-sakkunniga Therese Thorblad, Justitiedepartementet och dåvarande ämnesrådet Hedvig Forsselius, Arbetsmarknadsdepartementet och fr.o.m. den 7 september 2016 ämnesrådet Jacob Aspegren, Justitie-departementet. Hedvig Forsselius entledigades den 8 mars 2017. Samma dag förordnades i hennes ställe departementssekreteraren Sigrid Solvin, Arbetsmarknadsdepartementet.

Som experter förordnades fr.o.m. den 1 september 2016 chefs-åklagaren Agnetha Hilding Qvarnström, Åklagarmyndigheten, chefsjuristen Lise Donovan, Tjänstemännens Centralorganisation (TCO), förbundsjuristen Magnus Bäckström, Sveriges akademikers centralorganisation (Saco), juristen Sofie Rehnström, Landsorgani-sationen (LO), policyanalytikern Patrick Krassén, Svenskt Närings-liv, professorn Bengt Domeij, Svenska Föreningen för Immaterialrätt och advokaten Henrik Bengtsson, advokatfirman Delphi.

Som sekreterare anställdes fr.o.m. den 27 juni 2016 hovrätts-assessorn Helena Bergstrand och den 7 december 2016 hovrätts-assessorn Carl Lidquist, vilken entledigades den 7 maj 2017.

Utredningen har tagit namnet 2016 års utredning om skyddet för företagshemligheter. Arbetet har bedrivits i nära samråd med experter och sakkunniga.

Härmed överlämnas betänkandet *Ny lag om företagshemligheter* (SOU 2017:45).

Utredningens uppdrag är med detta slutfört.

Stockholm i maj 2017

Michaël Koch

/Helena Bergstrand
Carl Lidquist

Innehåll

Förkortningar	15
Sammanfattning	19
Summary	27
1 Författningsförslag	35
1.1 Förslag till lag (2018:0000) om företagshemligheter	35
1.2 Förslag till lag om ändring av rättegångsbalken (1942:740).....	43
1.3 Förslag till lag om ändring av förvaltningsprocesslagen (1971:291)	45
1.4 Förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)	46
1.5 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:728) om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).....	51
2 Uppdraget och dess genomförande	53
2.1 Bakgrund.....	53
2.2 Uppgifter	54
2.3 Utgångspunkter.....	55
2.3.1 Civilrättslig harmonisering enligt EU-direktivet.....	55
2.3.2 Utökat straffansvar	57
2.4 Utredningens arbete	58
2.5 Disposition	59

3	Skydd för företagshemligheter i svensk rätt – en bakgrund.....	61
3.1	Kort tillbakablick	61
3.2	FHL i huvuddrag.....	62
3.2.1	Inledande bestämmelser	62
3.2.2	Straffbestämmelser	64
3.2.3	Skadestånd	65
3.2.4	Preskription	66
3.2.5	Åtgärder	66
3.3	FHL:s förhållande till andra rättsområden.....	66
3.4	Särskilt om FHL och den fria opinionsbildningen	67
3.4.1	Inledning.....	67
3.4.2	Meddelarskydd och anskaffarfrihet.....	69
3.4.3	Om TF:s och YGL:s företrädare framför FHL.....	70
3.4.4	Arbetstagares kritikrätt och FHL	71
3.4.5	FHL och visselblåsarlagen.....	72
3.4.6	FHL och artikel 10 i Europakonventionen.....	73
3.5	FHL och sekretess inom allmän näringsverksamhet	75
3.6	FHL och sekretess inom privat näringsverksamhet	76
4	EU-direktivet – en översikt.....	79
4.1	Inledning	79
4.2	Bakgrund och motiv.....	79
4.3	EU-direktivets huvudsakliga innehåll.....	80
4.3.1	Inledande anmärkningar	80
4.3.2	Disposition.....	81
4.3.3	Artikel 1 – syfte och tillämpningsområde.....	82
4.3.4	Artikel 2 – definition av företagshemlighet m.m.	84
4.3.5	Artikel 3 och 4 – lagligt respektive olagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemlighet	84
4.3.6	Artikel 5 – undantag från skyddet för företagshemligheter	86
4.3.7	Artikel 6–8 – allmänna bestämmelser	86

4.3.8	Artikel 9 – skydd för företagshemligheter under och efter domstolsförfaranden.....	87
4.3.9	Artikel 10 och 11 – interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder.....	88
4.3.10	Artikel 12 och 13 – förelägganden och korrigeringsåtgärder.....	89
4.3.11	Artikel 14 – skadestånd.....	91
4.3.12	Artikel 15 – offentliggörande av domstolsavgöranden	91
4.3.13	Artikel 16–21 – sanktioner, rapportering och slutbestämmelser.....	92
5	Genomförande av EU-direktivet – inledande bestämmelser (artikel 1–5).....	93
5.1	Utgångspunkter vid genomförandet.....	93
5.2	EU-direktivets syfte och tillämpningsområde – artikel 1	95
5.2.1	Allmänt om direktivets syfte	95
5.2.2	Artikel 1.....	95
5.3	Arbetstagarbegreppet	98
5.3.1	Arbetstagarbegreppet i svensk rätt	98
5.3.2	Arbetstagarbegreppet inom EU	100
5.3.3	Arbetstagarbegreppet i direktivet.....	102
5.4	Definitionen av företagshemligheter – artikel 2	103
5.4.1	Definitionen av företagshemligheter i EU-direktivet kommer från TRIPS-avtalet.....	104
5.4.2	Information innefattar även sammanställningar ...	105
5.4.3	Kravet att informationen ska avse affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse tas bort	106
5.4.4	Det bör införas krav på rimliga åtgärder för hemlighållande av information	109
5.4.5	Begreppet skada i konkurrenshänseende stämmer överens med direktivets krav.....	112
5.4.6	Brott och andra allvarliga missförhållanden kan inte vara företagshemligheter.....	113
5.4.7	Arbetstagares personliga skicklighet och egna erfarenheter utgör inte företagshemligheter	115

5.4.8	Övriga definitioner i artikel 2.....	116
5.5	Lagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter – artikel 3	117
5.5.1	Inledning.....	117
5.5.2	Artikel 3.1 a – oberoende upptäckt eller skapande.....	118
5.5.3	Artikel 3.1 b – omvänd ingenjörskonst.....	119
5.5.4	Artikel 3.1 c – arbetstagares rätt till information m.m.....	120
5.5.5	Artikel 3.1 d – god affärssed.....	123
5.5.6	Artikel 3.2 – anskaffande, utnyttjande och röjande kan vara lagligt enligt unionsrätt eller nationell rätt.....	123
5.6	Olagligt anskaffande, utnyttjande och röjande – artikel 4... ..	125
5.6.1	Inledning.....	125
5.6.2	En definition av vad som utgör angrepp på företagshemligheter behövs i svensk lag.....	126
5.6.3	Artikel 4.2 – anskaffande.....	129
5.6.4	Artikel 4.3 – utnyttjande eller röjande.....	134
5.6.5	Artikel 4.4 – företagshemligheter som angripits av någon annan.....	135
5.6.6	Artikel 4.5 – utnyttjande i vid bemärkelse	136
5.7	Undantagen från skyddet – artikel 5	139
5.7.1	Punkten a – yttrandefrihet m.m.	140
5.7.2	Punkten b – avslöjande av missförhållanden.....	141
5.7.3	Punkten c – arbetstagarföreträdares uppdrag	150
5.7.4	Punkten d – legitimt intresse för avslöjande.....	153
6	Allmänna bestämmelser i EU-direktivet – artikel 6–8	155
6.1	Allmän skyldighet – artikel 6	155
6.2	Proportionalitet och rättegångsmissbruk – artikel 7.....	156
6.2.1	Inledning.....	156
6.2.2	Proportionalitet	157
6.2.3	Förutsättningar för handel på den inre marknaden.....	157
6.2.4	Skydd mot rättegångsmissbruk.....	158

6.3	Preskriptionstid – artikel 8	160
6.3.1	Preskription i allmänhet	161
6.3.2	Preskription enligt FHL	161
6.3.3	Preskription enligt EU-direktivet	163
7	Skadestånd – artikel 14	167
7.1	Allmänt om skadestånd enligt FHL	167
7.1.1	Skadestånd på grund av brott.....	168
7.1.2	Missbruk av företagshemligheter som har anförtratts någon i samband med en affärsförbindelse.....	168
7.1.3	Arbetstagares angrepp på företagshemligheter	171
7.1.4	Skadeståndsansvar i andra fall	177
7.1.5	På vilket sätt skiljer sig förutsättningarna för ansvar mellan affärspartners, anställda, före detta anställda och utomstående?	178
7.1.6	Skadeståndets beräkning.....	184
7.2	Skadestånd enligt EU-direktivet – artikel 14	186
7.3	Skadeståndsreglerna i FHL i förhållande till EU- direktivet.....	187
7.3.1	Förutsättningar för skadestånd.....	187
7.3.2	Arbetstagares skadeståndsskyldighet	190
7.3.3	Skadeståndsansvar för styrelseledamöter	194
7.3.4	Skadeståndsansvar i samband med affärsförbindelse.....	195
7.3.5	Utnyttjande och röjande av företagshemlighet som angripits av någon annan.....	195
7.3.6	Skadeståndets storlek.....	198
8	Åtgärder mot angrepp – artikel 10–13	199
8.1	Inledning – åtgärder enligt direktivet i korthet	199
8.2	Nuvarande ordning.....	200
8.2.1	Förbud och åtgärder i FHL	200
8.2.2	Interimistiska beslut.....	204
8.3	Överväganden i allmänhet vad avser förbud och åtgärder....	208

8.4	Interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder enligt direktivet – artikel 10 och 11	209
8.4.1	Beslut om förbud, överlämnande m.m. – artikel 10.1.....	209
8.4.2	Fortsatt utnyttjande mot ställande av säkerhet – artikel 10.2.....	212
8.4.3	Förutsättningar för beslut om skyddsåtgärder, även vid försök och förberedelse – artikel 11.1.....	214
8.4.4	Proportionalitetsbedömning vid beslut om skyddsåtgärder – artikel 11.2.....	224
8.4.5	Upphävande av interimistiskt beslut – artikel 11.3.....	227
8.4.6	Säkerhet ska ställas som skydd för motpartens och för andra personers skada – artikel 11.4.....	230
8.4.7	Ersättning till svaranden och till tredje man om beslutet upphävs eller förfaller – artikel 11.5.....	232
8.5	Förbud och korrigeringsåtgärder – artikel 12	235
8.5.1	Förbud, korrigeringsåtgärder, förstöring eller överlämning – artikel 12.1 och 12.2.....	235
8.5.2	Överlämnande av intrångsgörande varor – artikel 12.3.....	240
8.5.3	Åtgärderna ska vidtas på intrångsgörarens bekostnad – artikel 12.4.....	241
8.6	Tillämpningsvillkor, skyddsbestämmelser och alternativa åtgärder – artikel 13.....	242
8.6.1	Proportionalitetsbedömning – artikel 13.1.....	242
8.6.2	Tidsbegränsade förbud och upphävande av förbud – artikel 13.1 sista stycket och 13.2.....	243
8.6.3	Utnyttjande och röjande som skett i god tro – artikel 13.3.....	245
8.7	Vitessanktioner – artikel 16	246
9	Offentliggörande av domstolsavgöranden – artikel 15	249
9.1	En ny bestämmelse om informationsspridning av dom behövs.....	249

9.2	Bestämmelse om informationsspridning efter samma principer som i immaterialrättslig lagstiftning.....	249
9.3	Proportionalitet – artikel 15.3	252
9.4	Någon särskild bestämmelse som rör den som väcker talan mot bättre vetande, bör inte införas.....	255
10	Skydd för företagshemligheter under och efter domstolsförfaranden – artikel 9	257
10.1	Inledning.....	257
10.2	Allmänt om gällande rätt.....	258
10.2.1	Sekretess under och efter rättegång.....	258
10.2.2	Sekretess för företagshemligheter vid förundersökning och brottsförebyggande verksamhet	277
10.2.3	Skydd för företagshemligheter i samband med införskaffande av bevisning m.m.	280
10.2.4	Skydd för företagshemligheter i samband med skiljeförfarande.....	294
10.2.5	Sekretess till skydd för enskild inom verksamhet som rör skatt, tull, m.m. enligt 27 kap. OSL	297
10.2.6	Beslut om sekretess och möjlighet att överklaga ..	300
10.2.7	Internationell utblick	304
10.3	Överväganden.....	310
10.3.1	Utgångspunkter	312
10.3.2	Ändring av 36 kap. 2 § och upphävande av 36 kap. 2 a § OSL	318
10.3.3	Ändring av 31 kap. 22 a § OSL	323
10.3.4	Ändring av tidsbegränsningen för sekretess för företagshemligheter hos Kronofogdemyndigheten och Tullverket.....	324
10.3.5	Skadestånd vid utnyttjande och röjande av företagshemlighet som erhållits på grund av en domstols beslut	325
10.3.6	Förbud mot utnyttjande av företagshemlighet ska kunna meddelas i samband med ett yppandeförbud från domstol	329

10.3.7	Förbud mot utnyttjande av företagshemlighet ska även kunna meddelas i samband med ett yppandeförbud från förundersökningsledare	330
10.3.8	Bestämmelserna om brott mot tystnadspliktsförordnande ska även omfatta utnyttjande av uppgift i strid med sådant förordnande.....	331
10.3.9	Nu gällande undantag från domstolssekretess för företagshemligheter ska behållas	332
10.3.10	Något särskilt ansökningsförfarande vad gäller sekretess för företagshemligheter behöver inte införas.....	335
11	Straffbestämmelser	339
11.1	Uppdraget – utforma straffbestämmelser	339
11.2	Nuvarande straffansvar	339
11.3	Bakgrund till införandet av nuvarande FHL.....	340
11.3.1	IKL.....	340
11.3.2	1966 års utredning om otillbörlig konkurrens.....	341
11.3.3	1983 års betänkande.....	342
11.3.4	Propositionen till FHL.....	343
11.3.5	Lagutskottets två betänkanden	345
11.4	Tidigare utredning om utökat straffansvar.....	346
11.4.1	2008 års utredning	346
11.4.2	Kritik mot ökat straffansvar.....	347
11.4.3	2013 års lagrådsremiss.....	347
11.4.4	Lagrådets invändningar mot 2013 års lagrådsremiss.....	348
11.5	Behovet av utökat straffansvar.....	349
11.6	Ett utökat straffansvar	351
11.6.1	Straffansvarets omfattning	351
11.6.2	Endast röjande eller utnyttjande som är obehörigt kan falla in under en straffbestämmelse	354
11.6.3	Endast kvalificerat utnyttjande eller röjande ska vara straffbart.....	356

11.6.4	Gärning efter det att deltagande i näringsverksamheten upphört	361
11.6.5	Förutsättningar för åtal.....	363
11.6.6	Försök och förberedelse	366
11.6.7	Straffansvaret i förhållande till anställdas yttrandefrihet	367
11.6.8	Straff	368
11.6.9	Olovlig befattning med företagshemligheter	371
11.6.10	Skadeståndsbestämmelser	373
11.6.11	Straffansvaret och definitionen av företagshemligheter	375
12	Konsekvenser	377
12.1	Inledning.....	377
12.2	Allmänt om konsekvenserna av den nya lagstiftningen	378
12.2.1	En ny lag om skydd för företagshemligheter	378
12.2.2	Internationell jämförelse.....	379
12.2.3	Ikraftträdande.....	379
12.2.4	Övriga konsekvenser.....	380
12.2.5	Antal mål i domstol och hos åklagarmyndigheten som rör företagshemligheter	380
12.2.6	Lagförslag på grund av EU-direktivet	380
12.2.7	Lagförslag angående utökat straffansvar	385
12.2.8	Inläsningseffekter för arbetstagare	389
12.3	Konsekvenser av ändringar i RB, FPL och OSL.....	390
13	Författningskommentar.....	393
13.1	Förslaget till lag (2018:0000) om företagshemligheter	393
13.2	Förslaget till lag om ändring av rättegångsbalken (1942:740)	420
13.3	Förslaget till lag om ändring av förvaltningsprocesslagen (1971:291)	421
13.4	Förslaget till ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).....	422

Referenser	429
Bilagor	
Bilaga 1	Kommittédirektiv 2016:38..... 433
Bilaga 2	Parallelluppställning över genomförandet av EU-direktivet om skydd för företagshemligheter..... 441
Bilaga 3	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..... 443

Förkortningar

a.	anförd, anförda
a.a.	anfört arbete
ABL	aktiebolagslagen (2005:551)
AD	Arbetsdomstolen
BrB	brottsbalken (1962:700)
Ds	departementsserien
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
Europakonventionen	Europeiska konventionen 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FHL	lagen (1990:409) om skydd för företags-hemligheter
FL	förvaltningslag (1986:223)
FPL	förvaltningsprocesslagen (1971:291)
HD	Högsta domstolen
Ibid.	ibidem (på samma ställe)

IKL	lagen (1931:15) med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens
JK	Justitiekanslern
LO	Landsorganisationen i Sverige
LSF	lagen (1999:116) om skiljeförfarande
LU30	lagutskottets betänkande 1988/89:LU30 med anledning av proposition 1987/88:155 med förslag till lag om företagshemligheter m.m.
LU37	lagutskottets betänkande 1989/90:LU37 med anledning av proposition 1987/88:155 med förslag till lag om företagshemligheter m.m. I stort sett identisk med LU30
MBL	lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OSL	offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)
prop.	proposition
REG	Rättsfallssamling för Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
RF	regeringsformen (1974:152, i dess nya lydelse 2010:1408)
RB	rättegångsbalken (1942:740)
RH	Rättsfall från hovrätterna
RÅ	Regeringsrättens årsbok
Saco	Sveriges akademikers centralorganisation
SekrL	sekretesslagen (1980:100)

SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
SvJT	Svensk juristtidning
TCO	Tjänstemännens centralorganisation
TF	tryckfrihetsförordningen (1949:105)
TRIPS-avtalet	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (en internationell överenskommelse inom ramen för Världshandelsorganisationen WTO som reglerar handelsfrågor vad gäller immaterialrätt. Den omfattar upphovsrätt, patent, varumärken, företagshemligheter, industridesign, geografisk information och kretskortarkitektur)
URL	lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, upphovsrättslagen
UB	utsökningsbalken (1981:774)
WTO	Världshandelsorganisationen
YGL	yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469)
2008 års utredning	Förstärkt skydd för företagshemligheter. Betänkande av Utredningen om skyddet för företagshemligheter, SOU 2008:63

Sammanfattning

Inledning

I betänkandet föreslås en ny lag om företagshemligheter, som ska ersätta den nu gällande lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Förslaget har sin bakgrund i att det måste göras ändringar den svenska lagstiftningen för att genomföra ett EU-direktiv om skydd för företagshemligheter. I betänkandet föreslås även – utan bakgrund i EU-direktivet – en bestämmelse om straff för den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som vederbörande har haft lovlig tillgång till följd av anställning eller uppdrag eller på annan liknande grund.

Uppdraget och dess bakgrund

EU antog den 8 juni 2016 ett direktiv om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs. Syftet med direktivet är att åstadkomma en harmonisering av medlemsstaternas civilrättsliga skydd för företagshemligheter. EU-direktivet innebär inte hinder mot att medlemsstaterna föreskriver ett starkare skydd för företagshemligheter än det som krävs enligt direktivet, under förutsättning att vissa av direktivets artiklar efterlevs. Medlemsstaterna ska senast den 9 juni 2018 ha genomfört direktivet. EU-direktivet innehåller inga regler om straff.

De nuvarande svenska straffrättsliga reglerna angående angrepp på företagshemligheter innebär bl.a. att det inte är straffbart för någon som har lovlig tillgång till en företagshemlighet att röja eller utnyttja informationen. I betänkandet ”Förstärkt skydd för företagshemligheter” (SOU 2008:63) föreslogs bl.a. att straffansvar skulle införas med avseende på situationer av detta slag. En lagrådsremiss är

2013 som byggde på betänkandet har efter kritik från Lagrådet inte lett till lagstiftning.

Utredningen har haft i uppdrag att överväga dels vilka ändringar som måste göras i lagstiftningen för att genomföra EU-direktivet, dels hur ett straffansvar kan utformas när det gäller en anställd som obehörigen utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon har fått tillgång till inom ramen för sina arbetsuppgifter.

Utredningens förslag i huvuddrag

Det nuvarande skyddet i svensk rätt för företagshemligheter finns huvudsakligen i 1990 års lag om skydd för företagshemligheter. Lagen uppfyller till stor del de krav som EU-direktivet ställer, och innehåller även straffbestämmelser om angrepp på företagshemligheter. Utredningen har kunnat utgå från den nuvarande lagens bestämmelser och låta kärnan av dessa bestå utan större ändringar. Emellertid föreslås därutöver ett antal ändringar och kompletteringar, som sammantagna utgör skäl för att införa en ny lag om företagshemligheter.

För att genomföra EU-direktivets krav om skydd för företagshemligheter under och efter domstolsförfaranden har utredningen också föreslagit ändringar i bl.a. i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och rättegångsbalken.

Vad som avses med företagshemlighet

Utredningen föreslår att lagens definition av företagshemlighet ändras så att den närmare följer EU-direktivets definition. Kravet på att det ska röra sig om information vars röjande är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende ska behållas. Däremot föreslås att det nuvarande kravet i svensk rätt på att informationen avser affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse ska slopas. Vidare ska det av lagens definition framgå att även sammanställningar kan utgöra företagshemligheter. Det föreslås också att det ska klargöras dels att information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande aldrig är en företagshemlighet, dels att en arbetstagares personliga erfarenhet och färdigheter inte utgör företagshemligheter.

Tillåtna respektive otillåtna angrepp på företagshemligheter

Vad som avses med angrepp

Det föreslås att ordet ”angrepp” ska användas som en samlingsbeteckning för sådana förfaranden som i dag avses med anskaffande, utnyttjande eller röjande. Därtill ska med angrepp även avses import, export och lagring av intrångsgörande varor i syfte att utnyttja dem. Det ska inte krävas uppsåt eller oaktsamhet för att ett angrepp ska föreligga, utan det ska räcka med att förfarandet skett utan innehavarens samtycke.

Lagen gäller obehöriga angrepp

Det ska liksom enligt 1990 års lag framgå att lagen endast skyddar mot obehöriga angrepp på företagshemligheter samt att det inte ska anses som ett obehörigt angrepp att någon angriper en företagshemlighet för att offentliggöra eller inför en myndighet eller annat behörigt organ avslöja något som skäligen kan misstänkas utgöra brott, på vilket fängelse kan följa, eller som kan anses utgöra annat allvarligt missförhållande. Angreppet ska i vissa fall kunna anses vara behörigt, även om det inte avser missförhållanden som är hänförliga till innehavaren av den angripna företagshemligheten.

Regler om straff

De nu gällande bestämmelserna om straff för *företagsspioneri* behålls med ändringen att straffminimum för företagsspioneri, grovt brott, föreslås bli höjt till fängelse i sex månader. Liksom för närvarande ska den som anskaffar en företagshemlighet från någon som gjort sig skyldig till företagsspioneri kunna dömas för *olovlig befattning med företagshemlighet*.

I betänkandet föreslås nya bestämmelser om straffansvar för *olovligt utnyttjande av företagshemlighet* och *olovligt röjande av företagshemlighet*. Bestämmelserna gäller i fråga om utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet av den som haft lovlig tillgång till hemligheten genom deltagande i en näringsidkares rörelse till följd av anställning, uppdrag eller på annan liknande grund. Gärningen ska inte vara straffbar om den med hänsyn till sitt syfte kan anses för-

svarlig, även om angreppet inte kan bedömas vara behörigt. Ett exempel är att en anställd röjer företagshemligheter för att avslöja sin arbetsgivares falska marknadsföring. Vidare ska det inte dömas till ansvar om gärningen annars kan anses mindre allvarlig. Straffansvaret ska inte omfatta olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet som sker senare än två år från det att deltagandet i näringsidkarens rörelse (dvs. normalt anställningen), har upphört. Försök och förberedelse till olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet ska vara straffbart.

Även den som anskaffar en företagshemlighet med vetskap om att hemligheten har tillhandahållits efter ett olovligt röjande av företagshemligheten ska kunna straffas för olovlig befattning med företagshemlighet. Om gärningen varit försvarlig eller annars mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar. Även för detta brott ska gälla en tvåårig preskriptionstid.

Straffet för det nya brottet olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet föreslås vara böter eller fängelse i högst två år. Om brottet är grovt, ska straffet vara fängelse i lägst sex månader och högst sex år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningen har varit av särskilt farlig art, avsett betydande värde eller inneburit synnerligen kännbar skada.

Skadestånd

Den som gjort sig skyldig till brott enligt den föreslagna lagen ska ersätta den skada som uppkommer.

Liksom enligt den nuvarande lagen ska skadeståndsansvar drabba den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon i förtroende har fått del av i samband med en affärsförbindelse.

Enligt den nuvarande lagen ska en arbetstagare, som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos arbetsgivaren som han har fått del av i sin anställning under sådana förhållanden att han insåg eller borde ha insett att företagshemligheten han inte fick avslöja den, ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. Utredningen gör bedömningen att den bestämmelsen kan kvarstå i princip oförändrad.

Liksom för närvarande ska skadeståndsansvar kunna drabba den som angriper en företagshemlighet i ett senare led. Bestämmelsen

om detta föreslås nu innebära att en person som erhåller en företagshemlighet med vetskap om att företagshemligheten har angräpits på ett obehörigt sätt, inte ska kunna undkomma skadeståndsansvar av det skälet att företagshemligheten erhöles från någon som handlat i god tro.

En nyhet är att skadeståndsansvar ska kunna drabba den som av oaktsamhet anskaffar en företagshemlighet.

En annan nyhet är att skadeståndsansvar ska kunna drabba den som angriper en företagshemlighet som någon i egenskap av part eller partsrepresentant har fått del av genom ett domstolsbeslut.

Den nya lagen ska liksom den nuvarande innehålla en bestämmelse om beräkning av skadeståndet. Liksom för närvarande kan det vara fråga om såväl ekonomiskt som allmänt skadestånd. Det föreslås att det i bestämmelsen klargörs att hänsyn ska tas till innehavarens uteblivna vinst och den obehöriga vinst som den som har begått intrånget har gjort. Liksom enligt den nuvarande lagen ska skadeståndet kunna jämkas.

Skydd för företagshemligheter under och efter domstolsförfaranden

Ett nytt och viktigt inslag i den föreslagna lagen gäller skyddet för företagshemligheter under och efter domstolsförfaranden. Utredningen föreslår en ändring i offentlighets- och sekretesslagen med innebörden att absolut sekretess ska gälla för uppgifter om företagshemligheter. Sekretessen föreslås gälla utan begränsning i tid, dock inte efter det att det har blivit rättsligt avgjort att uppgiften i fråga inte utgör en företagshemlighet.

Företagshemligheter hanteras inte sällan av Kronofogdemyndigheten och Tullverket i samband med förfaranden som har nära koppling till domstolsförfaranden angående talan om angrepp på företagshemligheter. Utredningen föreslår att sekretess för företagshemligheter vid dessa myndigheter ska gälla utan begränsning i tid på samma sätt som för företagshemligheter i domstolsförfaranden.

Skadeståndsansvar ska kunna drabba den som uppsåtligt eller av oaktsamhet röjer eller utnyttjar en företagshemlighet som han eller hon inser eller bör inse har röjts i strid mot offentlighets- och sekretesslagen eller mot ett förordnande eller ett förbehåll som har meddelats med stöd av den lagen.

Vitesförbud och andra åtgärder mot angrepp

Vitesförelägganden och korrigeringsåtgärder

Enligt den föreslagna lagen ska en domstol kunna vid vite förbjuda någon som angripit en företagshemlighet att fortsätta angreppet. Bestämmelsen ska gälla inte bara utnyttjande och röjande utan även anskaffande av en företagshemlighet. Även ett pågående anskaffande kan nämligen behöva förbjudas i vissa fall, exempelvis när någon kontinuerligt samlar in hemliga uppgifter. En nyhet är att vitesförbud ska kunna meddelas vid försök eller förberedelse till angrepp, även om förfarandet inte är brottsligt.

Förbud och andra åtgärder ska kunna beslutas även om den som utfört angreppet saknade uppsåt eller inte var oaktsam. Huruvida den som angripit en företagshemlighet hade uppsåt eller var oaktsam kan däremot få betydelse vid bedömningen av om åtgärder och förbud är skäliga och proportionerliga.

Utredningen föreslår en ny bestämmelse om att det ska vara möjligt för en domstol att besluta att ekonomisk ersättning ska betalas ut till den skadelidande parten i stället för att exempelvis ställa upp förbud för en angripare som har erhållit företagshemligheten i god tro. Förutsättningarna för ett beslut om sådan ersättning är att de berörda åtgärderna annars skulle leda till oproportionerligt stor skada och att den ekonomiska ersättningen till den skadelidande parten framstår som rimlig. Ersättningen får inte överstiga summan av de royaltyer eller avgifter som skulle ha debiterats om personen hade fått tillstånd att utnyttja företagshemligheten.

Liksom i dag ska en domstol kunna besluta att föremål eller handlingar som innefattar företagshemligheten ska överlämnas till innehavaren, förstöras, ändras eller utsättas för annan åtgärd som är ägnad att förebygga missbruk. Ett beslut ska även kunna innebära att föremålet ska återkallas från marknaden. Beslut om åtgärder ska kunna meddelas även vid försök eller förberedelse till angrepp.

Även fortsättningsvis ska åtgärder endast kunna beslutas efter vad som är skäligt.

Den som röjt information så att den inte längre är företagshemlig ska enligt EU-direktivet kunna förbjudas vid vite att under viss tid utnyttja informationen. De svenska bestämmelserna behöver kompletteras med en regel om ett sådant förbud.

Interimistiska beslut om åtgärder

Det ska inte krävas att talan har väckts för ett beslut om interimistiska vitesförbud eller säkerhetsåtgärder, utan det ska vara tillräckligt att talan därefter väcks inom den frist om en månad som gäller enligt rättegångsbalken.

Även försök och förberedelser till angrepp föreslås kunna leda till interimistiska förbud och andra säkerhetsåtgärder.

Offentliggörande av domstolsavgöranden

Det föreslås att den nya lagen ska innehålla en bestämmelse om att domstol får besluta att den som har begått eller medverkat till ett angrepp på företagshemligheter ska bekosta lämpliga åtgärder för att sprida information om domen. Detta föreslås också gälla i fråga om försök eller förberedelse till angrepp.

Summary

Introduction

The Committee proposes a new law on trade secrets, to replace the current Act (1990:409) on the protection of trade secrets (lagen [1990:409] om skydd för företagshemligheter, hereinafter FHL). The background for the proposal is that changes in the Swedish legislation are necessary to implement an EU directive on the protection of trade secrets. The Committee also proposes – independently from the EU Directive – a provision on criminal liability for individuals who attack a trade secret to which they have had lawful access due to employment or other similar basis.

The Remit and its background

8 June 2016 the EU adopted a Directive (EU) 2016/943 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (hereinafter the EU Directive). The purpose of the EU Directive is to harmonise Member States' protection in civil law against unlawful acquisition, use and disclosure of trade secrets. The EU Directive does not prevent Member States from providing for stronger protection of trade secrets than the directive requires, provided that certain Articles of the EU Directive is complied with. Member States shall have implemented the EU Directive latest by 9 June 2018. The EU Directive does not contain any penal provisions.

The current Swedish criminal law concerning attacks on trade secrets does not prohibit someone with lawful access to a trade secret from disclosing or using the information. A previous committee concerning the strengthening of protection of trade secrets (SOU 2008:63) proposed that criminal liability should be introduced

regarding such cases. A referral based on the committee's proposal has, after some criticism from the Council on Legislation (Lagrådet), not been made into law.

The Committee has been instructed to consider the legislative changes necessary to implement the EU Directive and to consider how a criminal liability can be constructed for an employee who unlawfully uses or discloses a trade secret that he or she has had access to due to the employment.

The Committee's proposals in outline

The current protection of trade secrets in Swedish law is mainly found in the 1990's act on the protection of trade secrets. To a large extent this law responds to the requirements of the EU directive, and does also contain penal provisions relating to attacks on trade secrets. Although the Committee thus to a great degree have been able to depart from the rules provided in FHL and let the essence of these remain unchanged, the Committee has nevertheless suggested such a number of changes and supplements, which together justify a proposal for a new law on trade secrets.

In order to implement the EU Directive's requirements on the protection of trade secrets during and after court proceedings, the Committee has furthermore proposed changes in the Public Access to Information and Secrecy Act (offentlighets- och sekretesslagen [2009:400], hereinafter OSL), and also, inter alia, changes in the Code of Judicial Procedure (rättegångsbalken, hereinafter RB).

The definition of a trade secret

The Committee proposes that the definition of a trade secret in Swedish law is changed so that it more closely follows the definition of the EU Directive. The current requirement in Swedish law that the disclosure of the information must be likely to cause competitive damage shall be maintained. The current requirement in Swedish law that the information must concern the holder's business activities should however be removed. The law shall explicitly state that also assemblages of information may constitute trade secrets. The Committee further proposes that it is made clear in law that infor-

mation about what constitutes a crime or other serious irregularities can never legally constitute a trade secret and further that the law shall clearly state that workers' personal experience and skills do not constitute trade secrets.

Legal and illegal acquisition, use and disclosure of trade secrets

The meaning of “attack”

The Committee proposes that the law should use the term “attack” for actions today referred to as acquisition, use or disclosure of trade secrets. In addition, the term attack shall also include import, export and storage of infringing goods with the purpose of exploiting these. An attack in the meaning of the law shall not require intent or negligence. It will instead suffice that it occurred without the rightful holder’s consent.

The law concerns unlawful attacks

It should still be stated that protection under the law only applies to unlawful attacks on trade secrets and that it is not considered unlawful for someone to attack a trade secret to make public, or reveal before an authority or other competent institution, anything that could reasonably be believed to be a crime, punishable by imprisonment, or that can otherwise be believed to be a serious irregularity. An attack shall in some cases be able to be lawful even if it does not concern irregularities adhering to the business of the holder of the attacked trade secret.

Penal provisions

The current provisions on industrial espionage (*företagsspioneri*) shall be kept, with the modification that the minimum penalty for grave cases of industrial espionage should be increased to six month imprisonment. As currently is the case, anyone who acquires a trade secret from someone who has committed industrial espionage shall be liable for unlawful handling of a trade secret (*olovlig befatting med företagshemligheten*).

The Committee proposes new provisions on penalties for unauthorised use of a trade secret or unauthorised disclosure of a trade secret (*olovligt utnyttjande av företagshemlighet och olovligt röjande av företagshemlighet*). The rules apply to use or disclosure of a trade secret by a person who had lawful access to the trade secret as a result of that person's participation in the trade secret holder's business due to employment or other similar basis. Criminal liability should not apply if the attack can be deemed justifiable, even if it does not qualify as lawful. An example of this could be when an employee exposes his employer's false marketing by disclosing trade secrets. An attack should also not be penalised if it in any other way can be deemed less serious. Criminal liability shall not apply for unlawful use or disclosure that occurs later than two years from when the participation in the trade secret holder's business (i.e. normally the employment), has ceased. Attempts of and preparations for unlawful use or disclosure shall be punishable.

A person who acquires a trade secret from a person guilty of unauthorised disclosure of a trade secret under the new provision shall also be guilty of unlawful handling with a trade secret. Justifiable or otherwise less serious deeds shall not be penalised. A two year limitation period shall apply also in these cases.

Unauthorised use or disclosure under the proposed provision shall be punishable by a fine or imprisonment not exceeding two years. Grave offences shall be punishable by imprisonment for between six months and six years. In assessing whether the offence is grave, particular attention shall be paid to whether the act has been of a particularly dangerous nature, concerned significant value or resulted in considerably noticeable damage.

Damages

Anyone who is found guilty of a crime according to the new law shall compensate for damages caused.

As according to the current law anyone who uses or discloses a trade secret that that person has taken part of in business negotiations, shall be liable for damages.

According to the current law, an employee who intentionally or through negligence uses or discloses a trade secret held by the

employer, of which the employee has taken part in his or her employment and under such conditions that the employee knew or should have realised that he or she was not allowed to disclose it, must compensate for the damage caused by the disclosure. The Committee proposes that this provision shall remain essentially unchanged.

Liability for damages shall, as is currently the case, apply for anyone who attacks a trade secret as a subsequent attacker. The provision regarding such liability is proposed to state that it will not be possible to escape liability on the ground that the trade secret was obtained from someone who acted in good faith.

A new provision is proposed on liability for damages for anyone who negligently acquires a trade secret.

Another new provision is proposed creating liability for damages for anyone who attacks a trade secret that a party or a party's representative has been given access to due to a court decision.

The new law shall, as the current one, contain a provision on calculation of damages. As is currently the case, pecuniary as well as non-material damages shall be possible. It is proposed that the provision makes clear that regard shall be taken to the unlawful profit gained by the attacker. As is currently the case damages shall be able to be adjusted.

Preservation of confidentiality of trade secrets in the course of legal proceedings

A new and important addition in the proposed law concerns the protection of trade secrets during and after court proceedings. The Committee proposes a change in the OSL to establish absolute confidentiality for trade secrets during court proceedings. Such confidentiality is proposed to apply without limitation in time, although not after it has been finally decided that the information in question does not constitute a trade secret.

Trade secrets are often handled by the Enforcement Service and the Customs Service in conjunction with legal proceedings closely linked to court proceedings concerning infringements on trade secrets. The Committee proposes that the provisions on classification of trade secrets that apply for these authorities should apply without

limitation in time, in the same way as for judicial confidentiality of trade secrets during court proceedings.

Liability for damages shall apply for anyone who intentionally or negligently discloses or uses a trade secret he or she realises or should realise has been disclosed in violation of OSL or a confidentiality order that has been issued under OSL.

Measures against attacks

Prohibitions and corrective measures

According to the proposed law a court shall be able to prohibit an attacker to continue the attack under penalty of a fine. The provision shall apply not only in case of usage or disclosure, but also in case of acquisition of a trade secret, since it can also be necessary to prohibit an ongoing acquisition, for example when someone continuously gathers secret information. A novelty in the proposal is that prohibition under penalty of a fine shall be possible in cases of attempts of or preparations for an attack, even if the conduct is not criminal.

Prohibitions and other measures shall be possible even if the attacker lacked of intent or negligence. Whether the attacker acted with intent or negligence can however have significance in the assessment of whether prohibitions and other measures in the individual case can be deemed reasonable and proportionate.

The Committee proposes a new provision making it possible for a court to decide that economic compensation is payed to the injured party instead of, for example, prohibition on continued usage, in cases when the attacker has acquired the trade secret in good faith. Such a decision shall require that other measures would lead to a disproportionately great damage and that the economic compensation to the injured party appears reasonable. The compensation cannot exceed the amount of royalties or fees which would have been due, had the attacker requested authorisation to use the trade secret in question.

As is the case today, a court shall be able to decide that objects or documents that contain the trade secret shall be given up to the holder, be destroyed, changed or be subject to other measures aimed at preventing misuse. The court shall also be able to decide that an

infringing object is withdrawn from the market. Such decisions shall be possible also in cases of attempts of or preparations for an attack.

Measures must, as today, be decided according to what is reasonable.

According to the EU Directive it shall be possible to prohibit a person who has disclosed a trade secret to the effect that the information is no longer secret, to use the information for a certain period of time, under penalty of a fine. The Swedish legislation needs to be supplemented with a provision making such a prohibition possible.

Provisional and precautionary measures

Provisional and precautionary measures shall be possible also when an action for a final judgement has not been brought. It shall suffice that such an action is brought within the limitation period of one month set in RB.

It is proposed that also attempts of or preparations for an attack shall be able to lead to provisional prohibitions and other precautionary measures.

Publication of judicial decisions

It is proposed that the new law shall contain a provision stating that the court shall be allowed to decide that a person who has committed or participated in an attack on trade secrets shall pay for the appropriate measures to disseminate information about the judgment. This shall also apply in cases of attempts of or preparations for an attack.

1 Författningsförslag

1.1 Förslag till lag (2018:0000) om företagshemligheter

Härigenom föreskrivs¹ följande.

Vad som avses med företagshemlighet

1 § Med företagshemlighet avses i denna lag information

1. som varken såsom helhet eller i den form dess beståndsdelar ordnats och satts samman är allmänt känd hos eller lättillgänglig för personer som normalt har tillgång till information av det aktuella slaget,

2. som dess innehavare med hänsyn till omständigheterna har vidtagit rimliga åtgärder för att hemlighålla, och

3. vars röjande är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende för innehavaren.

Med information avses både sådana uppgifter som har dokumenterats i någon form, inbegripet sammanställningar, ritningar, modeller och andra liknande tekniska förebilder, och enskilda personers kännedom om ett visst förhållande, även om det inte har dokumenterats på något särskilt sätt.

Information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande är inte en företagshemlighet. Inte heller utgör en arbetstagares erfarenhet och färdigheter som erhållits vid normal yrkesutövning en företagshemlighet.

¹ Jfr 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, EUT L 157, 15 juni 2016, celex 32016L0943.

Vad som avses med angrepp

2 § 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.

Lagen gäller obehöriga angrepp

3 § Lagen gäller endast obehöriga angrepp på företagshemligheter.

Som ett obehörigt angrepp anses aldrig att någon angriper en företagshemlighet för att offentliggöra eller inför en myndighet eller annat behörigt organ avslöja något som skäligen kan misstänkas utgöra brott med fängelse i straffskalan, eller som kan anses utgöra annat allvarligt missförhållande.

Straff

4 § Den som olovligen bereder sig tillgång till en företagshemlighet ska dömas för *företagsspioneri* till böter eller fängelse i högst två år eller, om brottet är grovt, till fängelse i lägst sex månader och högst sex år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningen har varit av särskilt farlig art, avsett betydande värde eller inneburit synnerligen kännbar skada.

För försök eller förberedelse till företagsspioneri ska det dömas till ansvar enligt 23 kap. brottsbalken.

5 § Den som olovligen utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon har fått del av genom att delta i en näringsidkares rörelse till följd av anställning eller uppdrag eller på annan liknande grund ska dömas för *olovligt utnyttjande av företagshemlighet* eller *olovligt röjande av företagshemlighet* till böter eller fängelse i högst två år eller, om brottet är grovt, till fängelse i lägst sex månader och högst sex år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beak-

tas om gärningen har varit av särskilt farlig art, avsett betydande värde eller inneburit synnerligen kännbar skada.

Det ska inte dömas till ansvar om gärningen med hänsyn till syftet och övriga omständigheter var försvarlig, eller om gärningen annars var mindre allvarlig. Det ska inte heller dömas till ansvar om personen har begått gärningen senare än två år efter det att hans eller hennes deltagande i näringsidkarens rörelse upphört.

För försök eller förberedelse till olovligt utnyttjande av företagshemlighet eller olovligt röjande av företagshemlighet ska det dömas till ansvar enligt 23 kap. brottsbalken.

6 § Den som anskaffar en företagshemlighet med vetskap om att den som tillhandahåller hemligheten eller någon före honom eller henne har berett sig tillgång till denna genom en gärning som avses i 4 § ska dömas för *olovlig befattning med företagshemlighet* till böter eller fängelse i högst två år eller, om brottet är grovt, till fängelse i högst fyra år. Detsamma gäller den som anskaffar en företagshemlighet med vetskap om att hemligheten tillhandahålls, eller tidigare har tillhandahållits, genom en sådan gärning som avses i 5 §.

Om gärningen i första stycket andra meningen med hänsyn till syftet och övriga omständigheter var försvarlig, eller om gärningen annars var mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar. Det ska inte heller dömas till ansvar för en gärning om röjandet som avses i 5 § har skett senare än två år efter det att deltagandet i näringsidkarens rörelse upphörde.

7 § Det ska inte dömas till ansvar enligt 4, 5 eller 6 § om gärningen är belagd med strängare straff i brottsbalken.

Skadestånd på grund av brott

8 § Den som gör sig skyldig till brott enligt 4, 5 eller 6 § ska ersätta den skada som uppkommer genom brottet eller genom att företagshemligheten utnyttjas eller röjs.

Den som av oaktsamhet gör sig skyldig till sådant förfarande som avses i 4 §, ska ersätta den skada som uppkommer genom förfarandet.

Skadestånd i samband med affärsförbindelse

9 § Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon i förtroende har fått del av i samband med en affärsförbindelse ska ersätta den skada som uppkommer genom förfarandet.

Arbetstagares skadeståndsskyldighet

10 § En arbetstagare som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos arbetsgivaren som han eller hon har fått del av i sin anställning under sådana förhållanden att han eller hon insåg eller borde ha insett att företagshemligheten inte fick avslöjas ska ersätta den skada som uppkommer genom förfarandet.

Har förfarandet ägt rum sedan anställningen upphört, tillämpas första stycket endast om det finns synnerliga skäl.

Skadestånd vid angrepp på företagshemlighet som tidigare angripits

11 § Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet angriper en företagshemlighet som, enligt vad han eller hon inser eller borde ha insett, tidigare har angripits av någon annan ska ersätta den skada som uppkommer genom förfarandet. Detsamma gäller om någon uppsåtligen eller av oaktsamhet angriper en företagshemlighet som, enligt vad han eller hon inser eller bör inse, har röjts i strid med offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) eller i strid med förordnande eller förbehåll som har meddelats med stöd av den lagen.

Ansvar enligt 20 kap. 3 § brottsbalken ska inte följa för den som bryter mot förbud enligt denna paragraf.

Skadestånd vid utnyttjande och röjande av företagshemlighet som någon fått del av på grund av en domstols beslut

12 § Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon i egenskap av part eller partsrepresentant har fått del av på grund av en domstols beslut ska ersätta den skada som uppkommer genom förfarandet.

Den som i anledning av ett mål eller ärende har fått del av en företagshemlighet från en part eller partsrepresentant i målet eller ärendet och som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer företagshemligheten ska ersätta den skada som uppkommer genom förfarandet.

Ansvar enligt 20 kap. 3 § brottsbalken ska inte följa för den som bryter mot förbud enligt denna paragraf.

Skadeståndets storlek

13 § Vid bestämmande av skadestånd enligt 8–12 §§ ska hänsyn tas även till innehavarens intresse av att företagshemligheten inte obehörigen angrips och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse. Hänsyn ska också tas till innehavarens utblivna vinst och den vinst som skadevällaren har gjort.

Om det är skäligt kan skadeståndet sättas ned eller helt falla bort.

Vitesförbud

14 § Den som angripit en företagshemlighet kan av domstol vid vite förbjudas att fortsätta angripa företagshemligheten.

Domstolen får meddela vitesförbud även vid försök eller förberedelse till angrepp.

15 § Den som angripit en företagshemlighet och därigenom orsakat att informationen inte längre är företagshemlig enligt 1 § kan av domstol vid vite förbjudas att utnyttja informationen för viss tid, efter vad som är skäligt.

16 § Ett vitesförbud kan hävas på talan av den som ålagts förbudet, om ändamålet med förbudet har förlorat sin betydelse.

Andra åtgärder vid angrepp på företagshemlighet

17 § Om någon har angripit en företagshemlighet får en domstol efter vad som är skäligt besluta att en handling eller ett föremål som han eller hon har i sin besittning och som innefattar hemligheten ska

överlämnas till den som har utsatts för det rättsstridiga angreppet. Om det finns skäl för det, får domstolen besluta att överlämnandet ska ske mot lösen.

Kan en handling eller ett föremål som innefattar en företags-hemlighet inte utan olägenhet överlämnas, får domstolen besluta efter vad som är skäligt att handlingen eller föremålet ska återkallas från marknaden, förstöras eller ändras eller utsättas för någon annan åtgärd som är ägnad att förebygga missbruk.

Domstolen får besluta om åtgärderna även vid försök eller förberedelse till angrepp.

Åtgärderna ska bekostas av angriparen om det inte finns särskilda skäl mot det.

18 § Ett beslut enligt 17 § ska inte meddelas om förverkande eller någon annan åtgärd som är ägnad att förebygga missbruk ska beslutas enligt 36 kap. brottsbalken.

Fortsatt utnyttjande mot ekonomisk ersättning

19 § Domstolen får istället för att förordna om förbud enligt 14 eller 15 § eller åtgärder enligt 17 §, på begäran av personen som begått angreppet besluta att denne ska betala skälig ekonomisk ersättning till innehavaren. Ett sådant beslut får meddelas endast om

- personen tagit emot företagshemligheten från någon annan som angripit företagshemligheten,
- personen vid angreppet inte kände till eller borde ha känt till att företagshemligheten tidigare angripits och
- om förbud eller åtgärder skulle innebära oproportionerligt stor skada för personen.

Den ekonomiska ersättningen får inte överstiga summan av de avgifter, royaltier eller likande ersättningar, som skulle ha betalats om personen i stället hade haft tillstånd att utnyttja företagshemligheten.

Interimistiska beslut

20 § Om sökanden visar sannolika skäl för att en företagshemlighet har angripits och det skäligen kan befaras att motparten genom att fortsätta angreppet förringar värdet av företagshemligheten, får domstolen meddela vitesförbud enligt 14 § för tiden fram till dess att målet slutligt har avgjorts eller annat har förordnats.

Om angreppet avser obehörigt utnyttjande av en företagshemlighet och utnyttjandet inte medför att företagshemligheten röjs får domstolen besluta att företagshemligheten får fortsätta att utnyttjas för tiden fram till dess att målet slutligt har avgjorts eller annat har förordnats, om svaranden gör sannolikt att förutsättningarna i 19 § är uppfyllda och ställer säkerhet för ersättning till innehavaren.

21 § Om sökanden visar sannolika skäl för att en företagshemlighet har angripits, får domstolen efter vad som är skäligt meddela vitesförbud enligt 15 § för tiden fram till dess att målet slutligt har avgjorts eller annat har förordnats.

22 § Vid beslut enligt 20 och 21 §§ tillämpas 15 kap. 5–8 §§ rättegångsbalken.

I fråga om överklagande av beslut enligt 20 och 21 §§ samt i fråga om handläggningen i högre rätt gäller vad som föreskrivs i rättegångsbalken om talan mot beslut enligt 15 kap. rättegångsbalken.

Talerätt

23 § Talan enligt 14, 15 och 17 §§ förs av den som har utsatts för det rättsstridiga angreppet. En sådan talan får föras även i samband med åtal för brott som avses i 4, 5 eller 6 §.

Talan om utdömande av vite förs vid den domstol som i första instans har prövat frågan om vitesförbud. Talan förs av den som har ansökt om förbudet. I samband med en sådan talan får talan föras om ett nytt vitesförbud.

Den som har överträtt ett vitesförbud får inte dömas till straff för en gärning som omfattas av förbudet.

Preskription

24 § Talan om skadestånd enligt denna lag får avse skada endast under de fem senaste åren innan talan väcktes. För skada under tid dessförinnan är rätten till skadestånd förlorad.

Vid talan om förbud enligt 14 eller 15 § eller åtgärder enligt 17 § får domstolen till grund för sin bedömning endast beakta angrepp och försök till angrepp som innehavaren känt till eller borde ha känt till under de fem senaste åren innan talan väcktes.

Spridning av information om dom

25 § På yrkande av käranden får domstolen i mål om angrepp på företagshemligheter besluta att den som har gjort eller medverkat till det obehöriga angreppet ska bekosta lämpliga åtgärder för att sprida information om domen i målet, om det är skäligt. Domstolen ska vid skälighetsbedömningen beakta vad informationsspridningen kan medföra för en enskild persons integritet och anseende.

Domstolen får besluta om informationsspridning även vid försök eller förberedelse till angrepp.

1. Denna lag träder i kraft den 1 juni 2018.

2. Genom lagen upphävs lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Bestämmelserna i den lagen tillämpas dock alltjämt i fråga om angrepp mot företagshemligheter som har företagits före ikraftträdandet.

1.2 Förslag till lag om ändring av rättegångsbalken (1942:740)

Härigenom föreskrivs att 5 kap. 4 §, 9 kap. 6 § och 23 kap. 10 § rättegångsbalken (1942:740) ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

5 kap.²

4 §

Har en förhandling hållits inom stängda dörrar och har det då lagts fram uppgift, för vilken det hos domstolen gäller sekretess som avses i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), får rätten besluta att uppgiften inte får uppenbaras.

Har en förhandling hållits inom stängda dörrar och har det då lagts fram uppgift, för vilken det hos domstolen gäller sekretess som avses i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), får rätten besluta att uppgiften inte får uppenbaras *eller utnyttjas*.

9 kap.

6 §³

Röjer någon utan giltigt skäl vad enligt rättens eller undersökningsledarens förordnande inte får uppenbaras, döms han till böter.

Röjer *eller utnyttjar* någon utan giltigt skäl vad enligt rättens eller undersökningsledarens förordnande inte får uppenbaras *eller utnyttjas*, döms han *eller hon* till böter.

23 kap.

10 §⁴

Undersökningsledaren bestämmer, med de begränsningar som följer av andra-sjätte styckena, vem som får närvara vid ett förhör.

Vid ett förhör ska om möjligt ett trovärdigt vittne utsett av undersökningsledaren närvara.

² Senaste lydelse 2009:401.

³ Senaste lydelse 1991:241.

⁴ Senaste lydelse 2017:176.

Ett biträde till en person som förhörs har rätt att närvara vid förhöret om det kan ske utan men för utredningen och om biträdet uppfyller de krav som ställs på en försvarare i 21 kap. 3 § tredje stycket.

Den misstänkte har rätt att själv närvara och ha sin försvarare närvarande vid ett förhör som hålls på den misstänktes begäran enligt 18 b § första stycket. Vid andra förhör med den misstänkte har han eller hon rätt att ha sin försvarare närvarande. En försvarare som inte uppfyller de krav som ställs i 21 kap. 5 § första stycket får dock förhindras att närvara om det är nödvändigt för att sakens utredning inte väsentligen ska försvåras eller för att avvärja fara för någons liv, fysiska hälsa eller frihet. Vid förhör med någon annan än den misstänkte får den misstänktes försvarare närvara om det kan ske utan men för utredningen.

Ett målsägandebitråde har rätt att närvara vid förhör med målsäganden. Detsamma gäller en stödperson, om hans eller hennes närvaro inte är till men för utredningen.

När den som hörs är under 15 år bör den som har vårdnaden om honom eller henne vara närvarande vid förhöret, om det kan ske utan men för utredningen.

Undersökningsledaren får besluta att det som har förekommit vid ett förhör inte får uppenbaras.	Undersökningsledaren får besluta att det som har förekommit vid ett förhör inte får uppenbaras <i>eller utnyttjas</i> .
---	---

Denna lag träder i kraft den 1 juni 2018.

1.3 Förslag till lag om ändring av förvaltningsprocesslagen (1971:291)

Härigenom föreskrivs att 39 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

Den som utan giltigt skäl röjer vad som enligt rättens förordnande *ej* får uppenbaras *dömes* till böter.

39 §⁵

Den som utan giltigt skäl röjer *eller utnyttjar* vad som enligt rättens förordnande *inte* får uppenbaras *eller utnyttjas*, *döms* till böter.

Denna lag träder i kraft den 1 juni 2018.

⁵ Senaste lydelse 1980:104.

1.4 Förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

Härigenom föreskrivs att 27 kap. 2 och 3 §§, 31 kap. 22 a §, 34 kap. 1 § och 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

27 kap.

2 §⁶

Sekretess gäller för uppgift om en enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden i

1. särskilt ärende om revision eller annan kontroll i fråga om skatt samt annan verksamhet som avser tullkontroll och som inte omfattas av 1 §,

2. ärende om kompensation för eller återbetalning av skatt,

3. ärende om anstånd med erläggande av skatt, och

4. ärende om kassaregister enligt skatteförfarandelagen (2011:1244).

Sekretess gäller i ärende enligt lagen (2007:324) om Skatteverkets hantering av vissa borgenärsuppgifter för uppgift om en enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den enskilde eller någon närstående till denne lider skada eller men.

Sekretessen gäller inte

1. beslut i ärende som anges i första stycket 2 och 3 samt andra stycket,

2. beslut om undantag från skyldigheter som gäller kassaregister enligt 39 kap. 9 § skatteförfarandelagen, eller

3. beslut om kontrollavgift enligt 50 kap. skatteförfarandelagen.

Första och andra styckena gäller inte om annat följer av 3 eller 4 §.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. *För uppgift som kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen (2018:0000) om företags-*

⁶ Senaste lydelse 2011:1427.

hemligheter gäller dock sekretessen utan begränsning i tid. Sekretessen för sådan uppgift upphör om uppgiften enligt ett avgörande som fått laga kraft inte anses utgöra sådan företagshemlighet.

3 §

Sekretessen enligt 1 och 2 §§ gäller för uppgift hos Tullverket, om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den enskilde lider skada eller men.

Motsvarande sekretess gäller i en myndighets verksamhet som avser förande av eller uttag ur tulldatabasen enligt lagen (2001:185) om behandling av uppgifter i Tullverkets verksamhet för uppgift som har tillförts databasen.

Första och andra styckena gäller inte om annat följer av 6 §.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. *För uppgift som kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen (2018:0000) om företagshemligheter gäller dock sekretessen utan begränsning i tid. Sekretessen för sådan uppgift upphör om uppgiften enligt ett avgörande som fått laga kraft inte anses utgöra sådan företagshemlighet.*

31 kap.

22 a §⁷

Sekretess gäller i ett mål eller ärende om varu- eller näringskännetecken för uppgift *om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftförhållanden*, om en part har begärt detta *och det kan antas att den som uppgiften rör lider*

Sekretess gäller i ett mål eller ärende om varu- eller näringskännetecken för uppgift *som kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen (2018:0000) om företagshemligheter*, om en part har begärt detta. Sekretess gäller dock

⁷ Senaste lydelse 2010:1890.

avsevärd skada om uppgiften röjs. Sekretess gäller dock inte för uppgift som har betydelse för bedömningen av ensamrättens giltighet eller skyddets omfattning.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen *i högst tjugo år.*

inte för uppgift som har betydelse för bedömningen av ensamrättens giltighet eller skyddets omfattning.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen *utan begränsning i tid. Sekretessen för uppgiften upphör dock om uppgiften enligt ett avgörande som fått laga kraft inte anses utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen (2018:0000) om företagshemligheter.*

34 kap.

1 §⁸

Sekretess gäller hos Kronofogdemyndigheten i mål eller ärende om utsökning och indrivning samt i verksamhet enligt lagen (2014:836) om näringsförbud, för uppgift om en enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den enskilde eller någon närstående till denne lider skada eller men.

Sekretessen gäller inte uppgift om förpliktelse som avses med den sökta verkställigheten

1. i ett pågående mål, eller

2. i ett avslutat mål, om verkställighet för någon annan förpliktelse söks inom två år eller om verkställighet tidigare sökts och uppgiften inte är äldre än två år.

Sekretessen gäller inte heller beslut i mål eller ärende.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Om uppgiften avser den enskildes personliga förhållanden, gäller dock sekretessen i högst femtio år.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Om uppgiften avser den enskildes personliga förhållanden, gäller dock sekretessen i högst femtio år. *För uppgift som kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen (2018:0000) om företags-*

⁸ Senaste lydelse 2014:851.

hemligheter gäller sekretessen utan begränsning i tid. Sekretessen för sådan uppgift upphör om uppgiften enligt ett avgörande som fått laga kraft inte anses utgöra sådan företagshemlighet.

36 kap.

2 §

Sekretess gäller hos domstol i mål eller ärende i domstolens rättskipande eller rättsvårdande verksamhet för uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftförhållanden, om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs. I mål eller ärende enligt 3 kap. 2 § samt 7 kap. 1 och 2 §§ konkurrenslagen (2008:579) gäller dock sekretess för uppgift om sådana förhållanden redan om det kan antas att den som uppgiften rör lider skada om uppgiften röjs.

Första stycket tillämpas inte, om någon annan sekretessbestämelse till skydd för samma intresse är tillämplig på uppgiften och innebär att sekretess inte ska gälla.

För uppgift som avses i första stycket och som lämnas vid ett förhör enligt 26 eller 50 § lagen (1999:116) om skiljeförfarande gäller sekretess hos domstol, om en part begär det och det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den som uppgiften rör lider skada.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

Sekretess gäller hos domstol i mål eller ärende i domstolens rättskipande eller rättsvårdande verksamhet för uppgift som kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen (2018:0000) om företagshemligheter.

För uppgift som avses i första stycket och som lämnas vid ett förhör enligt 26 eller 50 § lagen (1999:116) om skiljeförfarande gäller sekretess hos domstol, om en part begär det.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen utan begränsning i tid. Sekretessen för uppgiften upphör dock om uppgiften

enligt ett avgörande som fått laga kraft inte anses utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen (2018:0000) om företagshemligheter.

Denna lag träder i kraft den 1 juni 2018.

1.5 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:728) om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

Härigenom föreskrivs att 36 kap. 2 a § lagen (2016:728) om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska utgå.

2 Uppdraget och dess genomförande

2.1 Bakgrund

Europeiska kommissionen (nedan Kommissionen) lade under november 2013 fram ett förslag till ett EU-direktiv om skydd för företagshemligheter.¹ Syftet var huvudsakligen att stärka företagets konkurrenskraft och att förbättra förutsättningarna för innovation och kunskapsöverföring på den inre marknaden.

Regeringen beslutade den 19 maj 2016 att tillsätta en särskild utredare för att överväga vilka lagändringar som behövs för att anpassa svensk rätt till det föreslagna direktivet. Utredaren fick även uppdraget att – utan samband med de föreslagna EU-reglerna på området – överväga hur ett straffansvar som utvidgas till att omfatta den som obehörigen utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon fått tillgång till inom ramen för sina arbetsuppgifter bör utformas.

Ett omarbetat förslag till EU-direktiv antogs därefter den 8 juni 2016, kallat *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* (nedan EU-direktivet/direktivet). EU-direktivet ska vara genomfört av medlemsstaterna senast den 9 juni 2018.

¹ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om att skydda know-how och företagsinformation (företagshemligheter) som inte har röjts från att olagligen anskaffas, utnyttjas och röjas, KOM (2013) 813.

2.2 Uppgifter

Regeringen framhåller i direktiven för utredningen (dir 2016:13, nedan kommittédirektiven) bl.a. följande.² Skyddet för företags-hemligheter är viktigt för att säkerställa företagets konkurrenskraft och för att skapa förutsättningar för innovation och kunskapsöverföring. Det har tidigare saknats EU-rättsliga regler om skydd för företags-hemligheter. Det finns anledning att analysera EU-reglerna och överväga vilka ändringar i lagen om skydd för företags-hemligheter och andra lagar som behövs med anledning av EU-reglerna.

Utredarens huvuduppgifter enligt kommittédirektiven är att

- överväga vilka ändringar som måste göras i lagstiftningen för att genomföra EU-direktivet
- överväga hur ett straffansvar för den som obehörigen utnyttjar eller röjer en företags-hemlighet som han eller hon har haft tillgång till inom ramen för sina arbetsuppgifter bör utformas
- ta ställning till vilka författningsändringar som bör göras med anledning av ett utvidgat straffansvar
- beakta att det finns starka skäl att värna tryck- och yttrandefriheten, den svenska arbetsmarknadsmodellen och skyddet för anställda och andra som avslöjar brott eller andra allvarliga missförhållanden i en verksamhet och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Utredaren får i mån av tid även ta upp andra närliggande frågor om skyddet för företags-hemligheter som aktualiseras under utredningsarbetet. Det ingår inte i uppdraget att föreslå ändringar i grundlag.

² Kommittédirektiven finns som bilaga 1 till betänkandet.

2.3 Utgångspunkter

2.3.1 Civilrättslig harmonisering enligt EU-direktivet

EU-direktivets bestämmelser i huvudsak

En utgångspunkt för utredningen är således att den svenska lagstiftningen ska anpassas efter reglerna i EU-direktivet, vilka tar sikte på harmonisering av medlemsstaternas civilrättsliga skydd mot att någon anskaffar, utnyttjar eller röjer en företagshemlighet utan lov. EU-direktivet föreskriver i huvudsak följande.³

Som en företagshemlighet ska sådan information behandlas som inte är allmänt känd eller lätt tillgänglig, har kommersiellt värde genom att den är hemlig och som innehavaren av företagshemligheten vidtar rimliga åtgärder för att hålla hemlig.

Det ska anses olovligt att anskaffa en företagshemlighet om det sker utan innehavarens samtycke och genom att någon obehörigen kopierar eller skaffar sig tillgång till dokument, elektroniska filer m.m. som kontrolleras av innehavaren.

Det ska vidare anses olovligt att utnyttja eller röja en företagshemlighet om det sker utan innehavarens samtycke av någon som har anskaffat informationen olovligen eller som bryter mot ett sekretessavtal eller ett avtal som begränsar utnyttjandet. Att tillverka, sälja eller marknadsföra intrångsgörande varor ska också anses som ett olovligt utnyttjande av företagshemligheten.

När en företagshemlighet olovligen anskaffas, utnyttjas eller röjs ska det finnas civilrättsliga åtgärder, förfaranden och rättsmedel som står till buds för innehavaren av hemligheten. De ska vara rättvisa, ändamålsenliga och avskräckande.

De åtgärder och sanktioner som anges i direktivet ska inte få användas om företagshemligheten anskaffats, utnyttjats eller röjts för att avslöja innehavarens menliga agerande, oegentligheter eller olagliga verksamhet och den som gjort det har handlat i syfte att skydda allmänintresset. Detsamma gäller den som gjort det i samband med att han eller hon utövat rätten till yttrande- och informationsfrihet eller för att informera en företrädare för arbetstagarna eller annars för att skydda ett legitimt intresse.

³ En utförligare översikt över EU-direktivets innehåll ges i avsnitt 4.

Att anskaffa, utnyttja och röja en företagshemlighet ska anses lagligt om handlandet krävs eller är tillåtet enligt nationell rätt.

Medlemsstaterna ska slå fast en talfrist som ett anspråk ska göras gällande inom. Talfristen får inte vara längre än sex år.

Bland de sanktioner mot intrångsgöraren som ska stå till buds finns skadestånd och föreläggande om att utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten ska upphöra. Ett skadestånd ska stå i proportion till den faktiska skadan. Det ska beräknas på grundval av alla relevanta faktorer, inbegripet storleken på obehörig vinst och även omständigheter som inte är av ekonomisk art.

Parter och andra aktörer i en rättegång ska inte få utnyttja eller röja en företagshemlighet som de har fått tillgång till under rättegången. Det ska också finnas möjligheter för en domstol att i en rättegång besluta om sekretess i fråga om dokument som innehåller företagshemligheter och att begränsa tillträdet till en förhandling.

Direktivet innehåller inte några straffrättsliga regler. Det ska inte heller påverka rörligheten på arbetsmarknaden eller möjligheterna för arbetsmarknadens parter att reglera frågor om företagshemligheter i kollektivavtal.

Kommittédirektivens riktlinjer

Enligt utredningsdirektiven ska utredaren ta till vara det mervärde för skyddet av företagshemligheter som EU-direktivet kan föra med sig. Utredarens förslag ska främja företagets konkurrenskraft och vilja till innovationer. Utredaren ska i sitt arbete ta särskild hänsyn till de små och medelstora företagens behov av en reglering som är ändamålsenlig, förutsebar och lätt att tillämpa.

Utredaren ska också fästa vikt vid intresset av en rimlig balans mellan, å ena sidan, företagets behov av att kunna skydda kommersiella hemligheter och, å andra sidan, intresset av att lagen inte hindrar människor från att fritt utnyttja sina erfarenheter och sitt kunnande och det samhällsekonomiska intresset av att låta kunskap flöda fritt.

Utredaren ska utgå från att lagen inte ska vara ett hinder för anställda och andra att påtala och avslöja allvarliga missförhållanden på arbetsplatserna och att lämna uppgifter till en tillsynsmyndighet.

Utredaren ska beakta tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens regler om bl.a. anskaffarfrihet och meddelarfrihet.

Utredaren ska vidare värna den svenska arbetsmarknadsmodellen, bl.a. när det gäller arbetstagarföreträdares tillgång till information för utförandet av sina uppgifter, liksom rätten att träffa kollektivavtal om företagshemligheter och näraliggande frågor. Dessutom ska rörligheten på arbetsmarknaden, dvs. möjligheten för arbetstagare att byta arbetsgivare, värnas.

Vid utformningen av förslagen ska utredaren ansluta till den systematik och terminologi som används i svensk rätt. De lösningar som föreslås ska i möjligaste mån ligga i linje med de principer som hittills har legat till grund för lagstiftningen på området.

2.3.2 Utökat straffansvar

EU-direktivet innehåller inte krav på införande av straffrättsliga bestämmelser till skydd för företagshemligheter, men innebär heller inte något hinder mot sådana regler. För svensk del innehåller lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter (nedan FHL) regler som stadgar ett straffrättsligt ansvar för den som med uppsåt olovligen skaffar sig tillgång till en företagshemlighet (företagsspioneri). Den som anskaffar en företagshemlighet med vetskap om att den som tillhandahåller hemligheten eller någon före honom har skaffat sig tillgång till denna genom företagsspioneri döms enligt samma lag för olovlig befattning med företagshemlighet.

De nuvarande straffrättsliga reglerna i FHL innebär bl.a. att det inte är straffbart för den som har lovlig tillgång till en företagshemlighet att röja eller utnyttja informationen, vilket också blev slutsatsen i det s.k. Ericsson-målet (Svea hovrätt, dom den 20 oktober 2003 i mål nr B 5221-03). Domen gav upphov till en diskussion om huruvida lagen ger ett tillräckligt skydd mot att en arbetstagare utnyttjar eller röjer en företagshemlighet.

Ett utvidgat straffansvar utreddes sedermera i betänkandet "Förstärkt skydd för företagshemligheter" (SOU 2008:63, nedan 2008 års utredning). Betänkandet lades till grund för en lagrådsremiss den 12 december 2013 med ett lagförslag om ett nytt brott, *olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet*. Enligt förslaget skulle ett sådant brott kunna begås endast av den som har fått del av en

företagshemlighet ”genom att delta i en näringsidkares rörelse till följd av anställning eller uppdrag eller på annan liknande grund”. I praktiken var det främst anställda som skulle beröras av bestämmelsen. Med anledning av den nya straffbestämmelsen föreslogs även komplettering av skadeståndsbestämmelserna. Förslaget mötte kritik från Lagrådet. Lagrådet ansåg visserligen att det är rimligt att utvidga det kriminaliserade området till sådana fall som Ericsson-målet rörde, men ifrågasatte om det finns något lagstiftningsbehov i fråga om mindre allvarliga fall.⁴ Lagrådsremissen ledde inte till lagstiftning.

Kommittédirektiven framhåller i detta sammanhang följande. Ett utökat straffansvar skulle förbättra möjligheterna att ingripa mot att företagshemligheter sprids och används illojalt. Detta är viktigt för att främja en sund konkurrens på lika villkor och företagens innovationskraft. En nödvändig förutsättning för en sådan reform är dock att det går att åstadkomma ett utökat straffansvar utan att det går ut över andra viktiga intressen, särskilt intresset av öppenhet och ett fritt informationsutbyte. Givetvis bör en eventuell lagstiftning också utformas så att icke straffvärda handlingar hamnar utanför det straffbara området.

2.4 Utredningens arbete

Arbetsmarknadens parter genom LO, TCO, Saco och Svenskt Näringsliv har deltagit med experter i utredningen. Vidare har en chefsåklagare varit expert i utredningen. Därutöver har som experter deltagit en advokat med erfarenhet inom immaterialrätt och företagshemligheter samt en professor i civilrätt vars främsta fokus är inom immaterial- och avtalsrätten. En sakkunnig från Arbetsmarknadsdepartementet och två sakkunniga från Justitiedepartementet har varit knutna till utredningen. Sammanträden med experter och sakkunniga har hållits vid sju tillfällen.

⁴ Lagrådets yttrande över förslag till lag om ändring i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter, 8 januari 2014.

2.5 Disposition

Avsnitt 1 innehåller utredningens författningsförslag, med bl.a. förslag till en ny lag; *lagen om företagshemligheter*, som ska ersätta den tidigare FHL.

Betänkandet inleder följande avsnitt med en översikt över gällande svensk rätt avseende skydd för företagshemligheter (avsnitt 3) och EU-direktivets bestämmelser (avsnitt 4). Avsnitt 5–10 rör frågor om implementering av EU-direktivet. Dessa avsnitt behandlar av systematiska skäl inte genomgående EU-direktivets artiklar i sträng numerisk ordning. Således behandlar betänkandet EU-direktivets inledande bestämmelser (artikel 1–5) i avsnitt 5 och allmänna bestämmelser (artikel 6–8) i avsnitt 6, för att därefter behandla EU-direktivets bestämmelser om skadestånd (artikel 14) i avsnitt 7 och bestämmelser om åtgärder mot angrepp på företagshemligheter (artikel 10–13) i avsnitt 8. Avsnitt 9 rör EU-direktivets bestämmelser om offentliggörande av domstolsavgöranden (artikel 15) och det sista avsnittet rörande implementeringen av EU-direktivet behandlar frågor om skydd för företagshemligheter under och efter domstolsförfaranden (artikel 9).

Frågor om utökning av straffansvar för personer med lovlig tillgång till företagshemligheter behandlas i avsnitt 11. Betänkandet avslutas med en konsekvensanalys i avsnitt 12 och en författningskommentar i avsnitt 13.

3 Skydd för företagshemligheter i svensk rätt – en bakgrund

3.1 Kort tillbakablick¹

Sverige är sedan år 1990 det enda land inom EU som har en särskild lag avseende skydd för företagshemligheter, FHL.² Före FHL fanns bestämmelser om skydd för företagshemligheter i 1931 års lag om illojal konkurrens (IKL)³, vars regler på området i huvudsak tillkommit redan år 1919. Dessa regler skyddade ”yrkeshemligheter” i vissa fall, framför allt mot vissa förfaranden i avtalsrelationer.

Ett utredningsförslag till ny lag om otillbörlig konkurrens från 1966 ledde inte till några nya regler om företagshemligheter. År 1979 tillsattes en utredning med särskilt uppdrag att föreslå reformer avseende skyddet för företagshemligheter. Det är den utredningens förslag, presenterade i betänkandet Företagshemligheter, SOU 1983:52, som har legat till grund för FHL. Lagförslaget som regeringen lade fram efter remissbehandlingen av 1983 års betänkande (prop. 1987/88:155) föranledde flera motioner i riksdagen med yrkande om avslag och en diskussion i media uppstod där förslaget bl.a. hänvisades till som ”munkavlelagen”. Kritiken mot förslaget gick i huvudsak ut på att reglerna skulle hindra anställda från att avslöja missförhållanden i arbetsgivarföretagets verksamhet.⁴ Mot denna bakgrund behandlades förslaget av lagutskottet, vilket resulterade i ett betänkande

¹ För en utförligare beskrivning av bakgrunden till och tillkomsten av FHL se bl.a. Reinhold Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter*, 3:e uppl. 2013, s. 19 f. och SOU 1983:52 s. 39 f. Vidare om bakgrunden till FHL och om lagens tillämpning i tiden inpå dess införande, se Michaël Koch, *Tio år med lagen om skydd för företagshemligheter*, Festskrift till Hans Stark, 2001, s. 153 f.

² I övriga medlemsstater regleras frågor om företagshemligheter inom t.ex. konkurrensrätten, arbetsrätten och straffrätten, se AIPPI Group Report Q247 för respektive medlemsstat.

³ Lagen (1931:152) med vissa bestämmelser om illojal konkurrens.

⁴ Koch s. 153.

(1988/89:LU30, nedan LU30), som sammanfattningsvis gick ut på att regeringens lagförslag skulle antas med vissa ändringar och tillägg. Vid behandlingen av utskottsbetänkandet beslöt dock riksdagen efter invändning från ett tillräckligt antal ledamöter att utskottets förslag i vissa delar skulle återförvisas till utskottet och vila i minst tolv månader. Sedan ärendet tagits upp till förnyad behandling i lagutskottet lades ett förslag fram i överensstämmelse med det tidigare (1989/90:LU37, nedan LU37), vilket slutligen med stor majoritet antogs av riksdagen den 30 maj 1990.⁵ Genom införandet av FHL togs ett samlat grepp på frågan om skydd för företagshemligheter.

3.2 FHL i huvuddrag

FHL innehåller såväl straff- och skadeståndsbestämmelser som bestämmelser om vitesförbud och föreläggande om överlämnande av företagshemligheter m.m. Bestämmelserna är utformade efter en avvägning mellan flera motstridiga intressen, främst yttrandefriheten, äganderätten, intresset av sund konkurrens och arbetstagares intresse av att kunna utnyttja sina kunskaper och insikter.

3.2.1 Inledande bestämmelser

I de inledande bestämmelserna ges i 1 § FHL en legaldefinition av begreppet företagshemlighet och i 2 § en regel om att lagen endast skyddar mot obehöriga angrepp på företagshemligheter.

I 1 § definieras företagshemlighet enligt denna lag som ”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”. Det är utan betydelse om informationen är dokumenterad eller inte. FHL skyddar endast information som utgör led i sund och lojal konkurrens. Uppgifter om brott eller andra särskilt allvarliga missförhållanden utgör därför inte företagshemligheter i lagens mening, och faller helt utanför lagens skydd.⁶

⁵ NJA II 1990 s. 562 f.

⁶ Fahlbeck s. 32.

Enligt 2 § gäller lagen endast obehöriga angrepp på företagshemligheter. Ett angrepp på en företagshemlighet kan nämligen accepteras i vissa fall, om syftet med angreppet är behörigt. Ordet angrepp avser varje olovligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemlighet, oavsett om detta är straffbart eller endast skadeståndsgrundande. I straffbestämmelsen i 3 § (företagsspioneri) beskrivs angrepp som att någon ”bereder sig tillgång till” företagshemlighet. Av förarbetena framgår inte med tydlighet om någon egentlig skillnad i betydelse är avsedd mellan begreppet ”anskaffar”, och uttrycket ”bereder sig tillgång till”. Det har i doktrinen framförts att begreppen från rättslig synpunkt torde ha samma innebörd.⁷ I propositionen gavs som exempel på när någon olovligen bereder sig tillgång till en företagshemlighet, att en anställd som har till uppgift att sköta bokföringen i företaget, beger sig till företagets forskningslaboratorium och läser hemliga dokument som inte behövs för dennes arbetsuppgifter.⁸ Exemplet kan utgöra företagsspioneri, men den anställde kan med vanligt språkbruk knappast anses ha *anskaffat* företagshemligheterna, om han inte lägger informationen på minnet. Exemplet torde dock mest vara av teoretiskt intresse. Det får antas att de olika begreppen i praktiken ofta används synonymt.

Angrepp i FHL:s mening förutsätter någon aktivitet hos angriparen. För att anskaffande ska föreligga krävs dock inte att angriparen har tagit del av informationen själv, utan det kan lika gärna röra sig om att informationen förs vidare till någon annan person. Det krävs inte heller någon betalning eller vinning för angriparen.⁹ Med utnyttjande avses att någon i egen kommersiell verksamhet praktiskt tillämpar den information som förelagshemligheten innebär. Med röjande avses att gärningsmannen avslöjar hemligheten för någon annan. Det saknar betydelse om röjandet sker mot ersättning eller ej.

2 § andra och tredje styckena anger exempel på vad som inte utgör obehöriga angrepp. Enligt andra stycket är det inte obehörigt att angripa en företagshemlighet i syfte att offentliggöra eller införa behörigt organ avslöja något som skäligen kan antas utgöra brott på vilket fängelse kan följa eller som kan anses utgöra annat allvarligt

⁷ A.a. s. 351 och SOU 2008:63 s. 108.

⁸ Prop. 1987/88:155 s. 38.

⁹ Fahlbeck s. 353–355.

missförhållande i näringsidkarens rörelse.¹⁰ Exempel på allvarliga missförhållanden är att företaget överträder bestämmelserna i arbetsmiljölagen eller miljöskyddslagen eller på annat sätt utsätter de anställda eller kringboende för allvarliga miljörisker. Ytterligare exempel är att företaget i strid med marknadsföringslagen eller livsmedelslagstiftningen tillhandahåller konsumenterna hälsofarliga eller andra uppenbart otjänliga produkter.¹¹ Andra exempel på icke obehöriga angrepp, som inte nämns i 2 § andra stycket, är då det finns en lagstadgad skyldighet att förmedla uppgiften, exempelvis vid plikt att vittna. Exempelen i andra stycket på behöriga angrepp är alltså inte uttömmande.¹²

Som ett obehörigt angrepp anses enligt 2 § tredje stycket FHL inte heller att den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller någon före honom har fått del av i god tro.

3.2.2 Straffbestämmelser

FHL innebar en stor förändring jämfört med vad som gällt tidigare genom att det infördes straffbestämmelser för olovligt anskaffande av företagshemligheter. Sådana förfaranden hade före lagens tillkomst endast varit straffbara i den mån de samtidigt utgjort brott enligt annan lagstiftning, såsom stöld, bedrägeri, dataintrång eller olovlig avlyssning. I huvudsak utgör dock angrepp på företagshemligheter inte straffbara gärningar. De gärningar som är kriminaliserade enligt FHL är i de flesta fall även kriminaliserade enligt brottsbalken (BrB). Straffbestämmelserna i FHL gäller framför de som kan aktualiseras i BrB, utom i de sällsynta fall då gärningen är belagd med strängare straff i BrB.

Enligt 3 § FHL ska den dömas för företagsspioneri som olovligen bereder sig tillgång till en företagshemlighet. Enligt 4 § föreligger ansvar för olovlig befattning med företagshemlighet för den som anskaffar en företagshemlighet med vetskap om att den som till-

¹⁰ Enligt lagutskottet kan inte krävas att personen ska ha full visshet om omständigheterna som kan ursäktas ett angrepp men dock att denne har tillgång till fakta som i sig är sådana att ett brottsligt förfarande skäligen kan misstänkas eller att ett allvarligt missförhållande föreligger. För att röjandet inte ska anses som obehörigt torde det inte få omfatta fler hemligheter än vad som oundgängligen behövs för att missförhållandet ska kunna avslöjas, LU37 s. 28 f.

¹¹ LU37 s. 27 f.

¹² LU30 s. 31 f. och LU37 s. 34 f., Fahlbeck s. 351.

handahåller hemligheten eller någon före honom har berett sig tillgång till denna genom företagsspioneri. Straffet för båda brotten är böter eller fängelse i högst två år. Båda bestämmelserna har en särskild straffskala för grovt brott som för företagsspioneri sträcker sig till fängelse i högst sex år och för olovlig befattning med företagshemlighet till fängelse i högst fyra år. Den som gör sig skyldig till brott enligt 3 eller 4 § FHL bär enligt lagens 5 § också skadeståndsansvar för den skada som uppkommer till följd av brottet eller till följd av att företagshemligheten obehörigen utnyttjas eller röjs. Andra olovliga förfaranden med företagshemligheter än anskaffande av sådan information kan enligt FHL leda till skadestånd, vitesförbud eller föreläggande om överlämnande m.m.

3.2.3 Skadestånd

Lagen föreskriver även skadeståndsansvar för vissa personer som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet, utan att detta är brottsligt. Det gäller för den som har anförtrotts en företagshemlighet i samband med en affärsförbindelse (6 §), under vissa förutsättningar för arbetstagare som fått del av en företagshemlighet hos arbetsgivaren i sin anställning (7 §) samt för den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som, enligt vad han inser eller bör inse, har angripits enligt FHL (8 §). Enligt 8 § första meningen andra stycket föreligger skadeståndsansvar även för den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet i ond tro om att denna har röjts i strid med offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)(OSL).

Skadeståndsberäkningen sker enligt 9 §. Skadestånd utgår för den ekonomiska skadan. Emellertid kan denna vara mycket svår att bevisa. I likhet med vad som gäller inom arbetsrätten utgår därför även ideellt skadestånd i form av s.k. allmänt skadestånd. Detta beräknas med hänsyn till omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse, inte minst den angripnes intresse av att företagshemligheten inte utnyttjas eller röjs.

3.2.4 Preskription

10 § innehåller en för FHL särskild preskriptionsregel avseende skadeståndstalan, som inte låter preskriptionstiden löpa från tidpunkten för det skadevållande förfarandet och framåt, utan i stället räknas fem år bakåt i tiden från tidpunkten för väckande av talan om skadestånd.

3.2.5 Åtgärder

Den som har angripit en företagshemlighet enligt FHL kan enligt lagens 11 § av domstol vid vite förbjudas att utnyttja eller röja företagshemligheten. Enligt 13 § kan vitesförbud meddelas även interimistiskt. Slutligen har en näringsidkare vars företagshemlighet har angripits enligt lagen möjlighet att hos domstol begära att en handling eller ett föremål som en angripare har i sin besittning och som innefattar hemligheten ska överlämnas till honom eller henne, alternativt att föremålet förstörs eller ändras (14 § FHL).

3.3 FHL:s förhållande till andra rättsområden¹³

Utmärkande för FHL är att lagen utgör en speciallagstiftning som berör centrala frågor på flera känsliga rättsområden samtidigt. Reglerna i FHL är av såväl offentligrättslig som privaträttslig karaktär. I den skärningspunkt där FHL befinner sig möts bl.a. konkurrensrätten, tryck- och yttrandefriheten, immaterialrätten, arbetsrätten, straffrätten och skadeståndsrätten. Lagen reglerar förhållanden som inte sällan omfattas av annan lagstiftning och har i de flesta fall företräde i situationer då den är tillämplig.

FHL:s plats inom det grundlagsskyddade området för yttrande- och tryckfrihet är påtaglig. Yttrandefrihetslagstiftningen är överordnad skyddet för företagshemligheter. Utan att det särskilt anges i FHL tar därför rätten att anskaffa uppgifter eller att meddela uppgifter för offentliggörande i grundlagsskyddade medier över skyddsreglerna i FHL, vilket innebär att de sanktioner mot röjande m.m. som finns i FHL inte kan tillämpas i sådana situationer.

¹³ En utförlig beskrivning av denna frågeställning finns i Fahlbeck, s. 37 f.

Som redan framgått föreligger i flera fall en överlappning mellan FHL:s straffregler och straffrätten i övrigt, där FHL:s bestämmelser har företräde förutom i fall där andra straffbestämmelser stadgar strängare straff för samma gärning.

FHL har vidare tydlig beröring med arbetsrätten. Hanterandet av företagshemligheter angår nästan alltid arbetstagare, som inte sällan är de som ”bär” dem, i de fall det rör arbetstagarens kunskaper och insikter. FHL bygger på bl.a. arbetsrättens principer om lojalitetsplikt med därtill knuten tystnadsplikt och har därutöver regler om bl.a. ansvar för arbetstagare efter avslutad anställning.

FHL är historiskt sett utvecklad ur konkurrensrätten. Liksom konkurrensrätten i övrigt syftar FHL till att stimulera sund konkurrens, och motverka osund sådan. Tolkningen av lagens bestämmelser, inte minst av dess definition av företagshemligheter, sker därför mot bakgrund av den allmänna konkurrensrätten.

Företagshemligheter, i det att detta begrepp avser viss skyddsvärd information, oavsett i vilken form den bärs, utgör i en mening immateriella tillgångar. Dock är inte företagshemligheter ett skyddsobjekt för den immaterialrättsliga lagstiftningen i strikt avseende. I många sammanhang berör dock immaterialrätten även frågor om skydd för företagshemligheter, t.ex. i samband med immaterialrättsliga bevissäkringsåtgärder såsom intrångsundersökningar m.m. Det är vidare inte sällan så att information som skyddas som företagshemlighet genom FHL också skyddas genom annan immaterialrättslig lag.

3.4 Särskilt om FHL och den fria opinionsbildningen

3.4.1 Inledning

FHL innehåller bestämmelser som utgör begränsningar i yttrande- och informationsfriheterna. Dessa friheter är grundlagsskyddade genom bestämmelser 2 kap. Regeringsformen (RF) och tryck- och yttrandefrihetslagstiftningen i TF och YGL. Skyddet kommer till uttryck genom principen om allmänna handlingars offentlighet samt regler om meddelar-, anskaffar- och tryck/yttrandefrihet. Begränsningar av yttrande- och informationsfriheterna i FHL viker i den mån de inte är förenliga med dessa friheters grundlagsskydd. Även rätten till yttrandefrihet enligt artikel 10 i Europeiska konventionen

1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen), liksom övriga rättigheter enligt denna konvention, har företrädare framför annan svensk lag, däribland FHL. RF innehåller också regler i 2 kap. ägnade att begränsa möjligheten att genomföra nya lagbestämmelser som inkräktar på yttrande- och informationsfriheterna.

Vad avser företagshemligheter, hamnar dessa emellertid i princip utanför grundlagsskyddet för informations- och yttrandefriheterna i den mån skyldigheten att hålla dessa hemliga grundar sig i en *avtalad* tystnadsplikt, vilket i princip gäller alla företagshemligheter inom det privata näringslivet.¹⁴ Detta följer av att TF och YGL inte reglerar förhållandet mellan enskilda, t.ex. arbetsgivare och arbetstagare på den privata arbetsmarknaden.¹⁵ Den mest omedelbara möjligheten att lagligen bryta en avtalad tystnadsplikt avseende företagshemligheter hittas därför inte i nu nämnda grundlagsskydd, utan i de bestämmelser i FHL som bl.a. medger att företagshemligheter röjs för att avslöja brott eller annat allvarligt missförhållande. Grundlagsskyddet för informations- och yttrandefriheterna aktualiseras alltså i princip endast i förhållande till *lagstadgad* tystnadsplikt. FHL innehåller förvisso bestämmelser som innebär en sådan lagstadgad tystnadsplikt. Sedan FHL:s tillkomst har dock inte ett enda domstolsavgörande eller någon annan uppmärksammas praktisk incident avsett konflikten mellan hemlighållande enligt FHL och de grundlagsskyddade informations- och yttrandefriheterna. I stället har nästan all uppmärksamhet och nästan all praxis avsett privata näringsidkare och deras relation till andra privata näringsidkare respektive anställda.¹⁶

Rätten till yttrandefrihet enligt artikel 10 i Europakonventionen kan enligt Europadomstolens praxis hävdas även mellan enskilda. Europadomstolen har bl.a. klargjort att rätten för anställda i privat verksamhet att avslöja missförhållanden (visselblåsning) faller under rätten till yttrandefrihet enligt artikel 10. Det kan förutsättas att artikel 10 aktualiseras även vid avslöjanden som omfattar företagshemligheter, även om frågan ännu inte ställts på sin spets i Europadomstolen (se vidare avsnitt 3.4.6).

¹⁴ Bengt Domeij, *Från anställd till konkurrent*, 2016, s. 26 ff.

¹⁵ AD 1994 nr 79, det s.k. Väröbackamålet. Jfr Koch s. 162 f.

¹⁶ Fahlbeck s. 90.

3.4.2 Meddelarskydd och anskaffarfrihet

Meddelarskyddet i TF och YGL innebär ett skydd för envar som medverkar vid tillkomsten av en tryckt skrift (eller offentliggörande enligt YGL) genom att lämna meddelande för offentliggörande. Skyddet består av meddelarfrihet, anskaffarfrihet, rätt till anonymitet, efterforskningsförbud och repressalieförbud.

Meddelarfriheten innebär en rätt att fritt lämna uppgifter i vilket ämne som helst i syfte att dessa uppgifter ska publiceras i ett medium som omfattas av TF eller YGL utan att kunna tilltalas eller dömas till ansvar eller ersättningskyldighet i annan ordning än den som stadgas i TF och YGL (1 kap. 1 § tredje stycket TF, 1 kap. 2 § första meningen YGL). För en arbetstagare som utsätts för repressalier från sin arbetsgivare i strid mot meddelarfriheten stadgar för vissa fall den s.k. visselblåsarlagen¹⁷ särskilt om rätt till skadestånd för arbetstagaren (se avsnitt 3.4.5 och 5.7.2).

Anonymitetsskyddet omfattar dels rätten för en meddelare att inte nämnas vid namn (3 kap. 1 § TF, 2 kap. 1 § YGL), sanktionerat genom förbud mot att röja meddelarens identitet (3 kap. 3 § TF, 2 kap. 3 § YGL), dels förbud för myndigheter och andra allmänna organ att efterforska meddelarens identitet (3 kap. 4 § TF, 2 kap. 4 § YGL).

Anskaffarfriheten innebär frihet att anskaffa uppgifter i syfte att dessa ska offentliggöras enligt TF eller YGL (1 kap. 1 § fjärde stycket TF, 1 kap. 2 § andra meningen YGL).

Varken meddelarfriheten eller anskaffarfriheten är emellertid obegränsad. Meddelarfrihet gäller inte när meddelandet utgör högförräderi eller vissa andra grövre brott mot rikets säkerhet. Den ger heller inte rätt att lämna ut sekretessbelagd handling eller att tillhandahålla sådan handling i strid med ett förbehåll som en myndighet meddelat i samband med att sådan handling lämnats ut. Slutligen gäller den inte vid uppsåtligt åsidosättande av tystnadsplikt i de fall som anges i OSL, dvs. vid s.k. kvalificerad tystnadsplikt (7 kap. 3 § första stycket TF, 5 kap. 3 § YGL). I förhållande till avtalad tystnadsplikt inom privat verksamhet gäller i normalfallet överhuvudtaget ingen meddelarfrihet.¹⁸ En privat näringsidkare omfattas heller inte av efterforskningsförbudet (3 kap. 4 § TF, 2 kap. 4 § YGL). Ett

¹⁷ Lagen (2016:749) om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

¹⁸ Fahlbeck s. 44, jfr även Konstitutionsutskottets betänkande 2016/17:KU7, s. 7.

viktigt undantag från huvudregeln om att meddelarfrihet inte gäller i enskilt bedriven verksamhet utgör lagen (2017:151) om meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter, som innebär att anställda, uppdragstagare och andra som på liknande grund deltar i yrkesmässigt bedriven enskild verksamhet inom skola, vård och omsorg, som till någon del är offentligt finansierad, har motsvarande rätt till meddelarfrihet som offentligt anställda.

Anskaffarfriheten begränsas i TF och YGL endast på så sätt att den inte gäller för anskaffande som utgör högförräderi eller annat allvarligt brott mot rikets säkerhet (7 kap. 3 § andra stycket TF, 5 kap. 3 § YGL). Dock gäller straffansvar enligt allmän lag för eventuella brottsliga metoder som använts vid anskaffandet (1 kap. 9 § TF, 1 kap. 12 § YGL). Det är därmed inte möjligt att genom vanlig lag förbjuda anskaffande av viss information för publicering. Straffbestämmelserna i FHL kan alltså inte tillämpas mot någon som anskaffar en företagshemlighet i syfte att denna ska publiceras. Däremot kan alltså ett brottsligt tillvägagångssätt vid anskaffandet bestraffas.¹⁹ Liksom avseende meddelarfrihet gäller dock som huvudregel inte anskaffarfrihet för privatanställda och privata näringsidkare i deras relation till andra näringsidkare. Dessa grupper anses nämligen inte kunna åberopa anskaffarfriheten till följd av sin lojalitetsplikt och den därmed förbundna tystnadsplikten.²⁰

3.4.3 Om TF:s och YGL:s företräde framför FHL

TF och YGL är exklusiva i den meningen att de uttömmande reglerar missbruk av yttrande- och informationsfriheterna. Om ett hantlande av företagshemligheter faller in under reglerna i TF/YGL kan FHL:s regler om straff och skadestånd därmed endast tillämpas om handlandet utgör ett straffbart missbruk av tryck/yttrandefriheten (7 kap. 4 § TF, 7 kap. 1 § YGL), vilket endast undantagsvis kan vara fallet.²¹ Hanterande av information som inte hänger samman med utnyttjande av dessa friheter kan aldrig utgöra ett missbruk av dem, och TF/YGL blir i dessa fall inte tillämpliga.²²

¹⁹ LU37 s. 36 f.

²⁰ Fahlbeck s. 67.

²¹ A.a. s. 48 f.

²² För en översikt se kommentaren till 20 kap. 3 § BrB, jfr bl.a. NJA 1995 s. 275.

Som nämnts kan TF/YGL i princip inte åberopas inom privat verksamhet. Frågan om ett hanterande av företagshemligheter faller in under TF/YGL har därför störst betydelse avseende det allmännas affärsverksamhet. Så fort hanterandet av företagshemligheter i privat näringsverksamhet sker av någon annan än anställd eller av någon annan person än sådan som näringsidkaren annars har avtalsförbindelse med, t.ex. en journalist eller en konkurrent, kan dock TF/YGL aktualiseras.

Gränsdragningen mellan hanteranden av företagshemligheter som faller in under TF/YGL och sådana som ensamt ska bedömas enligt FHL är inte självklar.²³ I doktrinen har dock påpekats att FHL blivit utformad så att det mesta som har intresse ur opinionsfrihetssynpunkt utesluts från skydd enligt denna lag. Den slutligt antagna lagen skyddar nämligen i princip endast sådant som kan sägas utgöra ekonomiska förmögenhetstillgångar i en med sunda metoder bedriven konkurrens. Detta medför att det som skyddas av FHL normalt inte skyddas av TF/YGL, även om det inte ska ses som någon presumptionsregel.²⁴ I Arbetsdomstolens (AD) mål AD 1981 nr 124, det s.k. Rotaco-målet, uttalade AD att

Tanken är alltså att gränsdragningen mellan tryckfrihetsförordningen och annan lag inte skall göras på sådant sätt att den begränsar möjligheterna till egentlig debatt och information.

Denna slutsats är vägledande även för gränsdragningen mellan vad som faller under TF/YGL respektive FHL.

3.4.4 Arbetstagares kritikrätt och FHL

Med arbetstagares kritikrätt förstås anställdas rätt att offentligt kritisera arbetsgivaren och förhållandena på arbetsplatsen. Anställda inom såväl offentlig som privat sektor har som utgångspunkt en långtgående rätt till detta. Kritikrättens närmare innebörd har i övrigt vuxit fram i AD:s och Europadomstolens praxis.²⁵ Som del av kritikrättens krav på arbetstagaren ingår att denne först vänt sig med

²³ För en redogörelse för de olika synsätt som kommit till tals i denna fråga, se Fahlbeck s. 50 ff.

²⁴ A.a. s. 56 f.

²⁵ Se t.ex AD 1982 nr 110, AD 1994 nr 79 (*Väröbacka-målet*), AD 1997 nr 57, (*Samariten-målet*) och Europadomstolens dom i *Heinisch mot Tyskland* (dom den 21 juli 2011).

sin kritik till arbetsgivaren.²⁶ I litteraturen har diskuterats om obehöriga angrepp på företagshemligheter inte ska vara tillåtna trots att arbetstagararen har agerat i enlighet med kritikrättens krav. Det har konstaterats att det inte varit aktuellt för AD att sätta kritikrätten ur spel enbart med hänvisning till att kritiken omfattat företagshemligheter. Det har därför föreslagits att en arbetstagarare förmodligen kan ha rätt offentliggöra företagshemligheter om det sker på ett sätt som överensstämmer med kritikrätten (jfr avsnitt 3.6). Frågan om relationen mellan kritikrätten och 2 § FHL har inte behandlats i förarbetena till FHL och har inte fått någon närmare behandling i AD:s praxis.²⁷

3.4.5 FHL och visseblåsarlagen

Sedan den 1 januari 2017 garanteras en arbetstagarare ett särskilt skydd mot att en arbetsgivare vidtar repressalier mot arbetstagararen på grund av denne slagit larm om allvarliga missförhållanden i arbetsgivarens verksamhet, genom den s.k. visseblåsarlagen.²⁸ Med allvarliga missförhållanden avser lagen brott med fängelse i straffskalan eller därmed jämförliga missförhållanden. För externa larm, med vilka lagen avser larm som sker genom att offentliggöra uppgifter eller lämna uppgifter för offentliggörande, eller genom att vända sig till en myndighet, gäller att arbetstagararen måste ha haft fog för det påstående om allvarliga missförhållanden som larmet avser.

2 § andra stycket FHL kräver *skälig misstanke* om att förhållanden utgör brott (med fängelse i straffskalan) för att företagshemligheter ska få angripas i syfte att avslöja dessa. Kravet i FHL för avslöjande av andra allvarliga missförhållanden är enligt 2 § andra stycket att sådana kan anses föreligga. Med detta menas att de omständigheter som avslöjaren känner till objektivt sett kan anses utgöra ett allvarligt missförhållande.²⁹

De båda nu nämnda kraven i nuvarande FHL har utformats med utgångspunkten att det ska finnas *fog* för ett avslöjande, och att

²⁶ AD 1997 nr 57 *Samariten-målet*.

²⁷ Se Domeij s. 147 med hänvisningar.

²⁸ Lagen (2016:749) om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagarare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

²⁹ Fahlbeck s. 388 med hänvisningar.

ogrundade eller löst grundade misstankar inte räcker.³⁰ Såsom kraven i 2 § andra stycket formulerats avses dock att det ska ställas ”något högre krav på den enskilde än att han ska ha haft fog för sin bedömning”.³¹

I förarbetena till visselblåsarlagen diskuterades detta högre krav i förhållande till visselblåsarlagens krav på fog för en avslöjares påståenden. Mot bakgrund av att FHL utgör lex specialis avseende särskilt känslig information förklarade regeringen att den dock ansåg denna skillnad motiverad.³² Utredningen behandlar frågan utförligare i avsnitt 5.7.2.

Enligt 1 § första stycket andra meningen inskränker inte lagen det skydd för arbetstagaren som kan gälla på annan grund. Denna skrivning avser att tydliggöra att visselblåsarlagen inte motsatsvis innebär att det är tillåtet med repressalier från arbetsgivaren vid larm om mindre allvarliga missförhållanden. Lagen är alltså inte uttömmande vad avser de fall då en anställd kan ha rätt att avslöja förhållanden avseende sin arbetsgivares verksamhet, t.ex. i enlighet med sin kritikerätt. En sådan bedömning måste bl.a. även göras i förhållande till Europadomstolens praxis.³³

3.4.6 FHL och artikel 10 i Europakonventionen

Europakonventionen har som nämnts företräde framför svensk lag och ett angrepp på företagshemligheter som sker under utövande av de rättigheter som skyddas av konventionen får inte beivras på annat sätt än vad konventionen medger. I förhållande till den fria opinionsbildningen stadgar artikel 10.1 i Europakonventionen om var och ens rätt till yttrandefrihet, innefattande åsiktsfrihet samt rätt att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning. Yttrandefriheten enligt 10.1 får inskränkas genom lag under förutsättning att sådan inskränkning är nödvändig i ett demokratiskt samhälle (artikel 10.2).

Som också nämnts gäller rätten till yttrandefrihet enligt Europakonventionen även mellan enskilda, t.ex. i fall där en anställd i privat

³⁰ Ibid.

³¹ Se LU37 s. 29.

³² Prop. 2015/16:128 s. 72.

³³ A. prop. s. 39.

verksamhet avslöjar missförhållanden i arbetsgivarens verksamhet. Europadomstolen har ännu inte prövat något fall av röjande av företagshemligheter i förhållande till rätten till yttrandefrihet enligt artikel 10, men det saknas skäl att anta att en sådan prövning skulle ske enligt andra kriterier än de som redan utvecklats i Europadomstolens praxis avseende visselblåsning. Dessa kriterier kan beskrivas enligt följande. För att aktualisera skydd enligt artikel 10 ska informationen i fråga för det första avse ett allmänt intresse och vara autentisk (dvs. vara precis och trovärdig). Vidare krävs att spridandet av informationen varit en nödvändig åtgärd i förhållande till sitt syfte. Det allmänna intresset i att informationen sprids måste vidare väga över skadan som spridandet innebär för den drabbade parten och den som sprider informationen måste ha varit i god tro om att informationen var autentisk. Slutligen måste den lagsanktionerade åtgärd som vidtagits mot den som spridit informationen vara proportionerlig i förhållande till sitt syfte.³⁴

I det s.k. LuxLeaks-fallet kom appellationsdomstolen i Luxemburg fram till att röjande av en näringsidkares företagshemligheter (secret professionnel) av en f.d. anställd vid en större internationell revisionsbyrå utgjorde ett sådant visselblåsande som åtnjöt skydd av rätten till yttrandefrihet i artikel 10 i Europakonventionen.³⁵ Den information som den f.d. anställde röjt rörde överenskommelser om skatteupplägg mellan skattemyndigheten i Luxemburg och ett antal multinationella företag, vilka, utan att vara olagliga, enligt domstolen dock ägde ett tillräckligt allmänt intresse genom sin kontroversiella natur för att, tillsammans med övriga omständigheter, göra den f.d. anställdes röjande av denna information försvarlig.

En bedömning av innebörden av artikel 10 i Europakonventionen såsom den appellationsdomstolen gjort i LuxLeaks-fallet står i och för sig inte i konflikt med ordalydelsen i 2 § FHL om att FHL endast gäller obehöriga angrepp på företagshemligheter. Att en avvägning här ska ske mellan intresset av skyddet för företagshemligheter och andra intressen är innebörden av generalklausulen i 2 §

³⁴ Se bl.a. Guja mot Moldavien (dom den 12 februari 2008), Hadjianastassiou mot Grekland (dom den 16 december 1992), Bucur och Toma mot Rumänien (dom den 8 januari 2013) och Heinisch mot Tyskland (dom den 21 juli 2011).

³⁵ Arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg nr 117/17 X, den 15 mars 2017. Domstolens bedömning om försvarligt visselblåsande avseende röjande av företagshemligheter gällde endast en av de f.d. anställda i målet, Antoine Deltour, som dock dömdes för bl.a. stöld (vol domestique), dvs. anskaffande, av dokument innehållande företagshemligheter.

första stycket FHL, med uttryckliga exempel på vad som inte utgör obehöriga angrepp i andra och tredje stycket.³⁶ Exemplet i andra stycket rör förvisso visselblåsarfall när det anger att röjanden av företagshemligheter för att avslöja brott eller annat allvarligt missförhållande inte ska anses som ett obehörigt angrepp. Att ett sådant exempel inte motsatsvis ska tolkas som att avslöjanden rörande mindre allvarliga missförhållanden alltid ska anses obehöriga, i t.ex. den mån detta inte kan sägas vara förenligt med rätten till yttrandefrihet enligt artikel 10 i Europakonventionen, följer om inte annat av skyldigheten att tillämpa nationell rätt lojalt med Europakonventionen enligt artikel 1 (den s.k. lojalitets- och subsidiaritetsprincipen).

3.5 FHL och sekretess inom allmän näringsverksamhet

Offentlighet gäller som huvudregel för allmänna handlingar enligt 2 kap. 1 § TF. Bestämmelser om begränsningar av offentligheten (sekretess) för allmänna handlingar finns i OSL. Begränsningarna innebär en tystnadsplikt för offentliga funktionärer avseende vissa typer av uppgifter. Reglerna i OSL är uttömmande och tvingande och gäller framför såväl avtal om sekretess mellan offentliganställda och dessas arbetsgivare som framför FHL. Det innebär t.ex. att ett röjande av en företagshemlighet som inte kan beivras enligt FHL därför att det skett för att avslöja ett allvarligt missförhållande, dock kan ha skett i strid med OSL och därmed utgöra brott mot tystnadsplikten enligt 20 kap. 3 § BrB.³⁷

Handlingsoffentlighet enligt TF är begränsad till myndigheter eller andra allmänna organ som ägnar sig åt förvaltning. Utanför faller bolag eller andra juridiska personer som utför förvaltningsuppgift, liksom allmänna bolag som sysslar med annat än förvaltning, t.ex. affärsverksamhet. Dock gäller handlingsoffentlighet även i flera av dessa fall genom särskilda bestämmelser i 2 kap. 3 och 4 §§ OSL om s.k. utökad handlingsoffentlighet, bl.a. för bolag där kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande. För anställda i de bolag och andra organ där utökad handlingsoffentlighet

³⁶ LU30 s. 32.

³⁷ En annan sak är att sådant röjande kan skyddas av bl.a. TF, YGL eller Europakonventionen.

införts gäller enligt 13 kap. 2 § OSL samma regler i TF och YGL om meddelarskydd som för offentliganställda. För VD, vice VD, styrelseledamöter och styrelsesuppleanter gäller dock inte sådant meddelarskydd. För dessa gäller i stället reglerna i ABL.

Enligt 19 kap. 1 § första stycket OSL gäller sekretess i en myndighets affärsverksamhet för uppgift om myndighetens affärs- eller driftförhållanden, om det kan antas att någon som driver likartad rörelse gynnas på myndighetens bekostnad om uppgiften röjs. Under motsvarande förutsättning gäller enligt samma bestämmelse sekretess hos en myndighet för uppgift om affärs- eller driftförhållanden hos bolag, förening, samfällighet eller stiftelse som driver affärsverksamhet och där det allmänna genom myndigheten utövar ett bestämmande inflytande eller bedriver revision. Uppgifter av detta slag torde undantagslöst omfattas av FHL.³⁸ Sekretess enligt 19 kap. 1 § OSL bryter inte meddelarfriheten. I förhållande till privat verksamhet, där meddelarskydd som nämnts i princip inte existerar, innebär detta en svaghet i skyddet för företagshemligheter i allmän verksamhet. Uppgifter från en privat näringsidkare som inkommer till en myndighet i samband med en affärsförbindelse med denna myndighet, kan skyddas av sekretess enligt främst 31 kap. 16 § OSL. Enligt denna bestämmelse krävs dock att det av särskild anledning kan antas att näringsidkaren lider skada om uppgiften röjs för att uppgiften ska vara skyddsvärd enligt OSL, vilket uttrycker ett långt strängare krav än det som gäller för skydd enligt FHL. Även om sekretess gäller för uppgiften enligt denna bestämmelse, bryter inte heller denna sekretess meddelarfriheten.

3.6 FHL och sekretess inom privat näringsverksamhet

OSL är bara tillämplig på uppgifter inom den offentliga sektorn, för vilka offentlighet som huvudregel gäller. Inom den privata sektorn disponerar näringsidkare i regel fritt över vad som ska gälla angående tystnadsplikt om deras förhållanden, genom avtal. Allmänt gäller därtill omfattande tystnadsplikt för privatanställda som en del av den arbetsrättsliga lojalitetsplikten.³⁹ De tvingande bestämmelserna i

³⁸ Fahlbeck s. 64.

³⁹ Se bl.a. Domeij s. 26 f.

FHL om dels vad som utgör en företagshemlighet enligt 1 §, dels vad som inte utgör ett obehörigt angrepp enligt 2 §, är dock exempel på begränsningar av den avtalsfrihet som annars här råder. Regeln i 7 § FHL om att det krävs synnerliga skäl för skadeståndsskyldighet för en arbetstagare som angriper sin f.d. arbetsgivares företagshemlighet efter det att anställningen upphört, är i stället exempel på en dispositiv bestämmelse. Genom avtal kan alltså gälla en strängare tystnadsplikt efter anställningens upphörande än vad 7 § FHL stadgar.⁴⁰

Som nämnts är de grundlagsfästa yttrande- och meddelarfriheterna i princip inte relevanta avseende avtalad tystnadsplikt inom den privata sfären. Meddelarfrihet gäller inte heller vid sådan tystnadsplikt som följer av den allmänna lojalitetsplikten.⁴¹ Rätten att påtala allvarliga missförhållanden även när detta omfattar företagshemligheter garanteras främst i FHL. Mot bakgrund av framför allt utvecklingen av praxis avseende Europakonventionen, finns dock möjlighet för enskild att skyddas från represalier från en privat arbetsgivare under återopande av rätten till yttrandefrihet enligt konventionens artikel 10, i vart fall vid särskilt grova försök av en privat arbetsgivare att tysta anställda. I enlighet med vad som gäller enligt FHL ska tystnadsplikt enligt Europadomstolens praxis heller inte kunna återopas vid särskilt allvarliga missförhållanden i verksamheten (jfr avsnitt 3.4.6).⁴²

Lagfäst tystnadsplikt finns t.ex. för advokater,⁴³ skyddsombud och ledamöter i skyddskommittéer⁴⁴ samt för arbetsgivare och anställda som deltar i arbete enligt främjandelagen.⁴⁵ Tystnadsplikten för styrelseledamot enligt 29 kap. 1 § ABL torde i förhållande till opinionsfriheterna anses grunda sig i avtal, varför denna tystnadsplikt gäller framför reglerna i TF/YGL.⁴⁶ Meddelarfrihet enligt TF/YGL gäller annars i förhållande till de lagstadgade tystnadsplikterna, förutom den som gäller för advokater och personal inom

⁴⁰ Fahlbeck, s. 74 f., Domeij s. 237 ff.

⁴¹ AD 1994 nr 79 (*Väröbacka-målet*). Jfr Koch s. 162 f.

⁴² Se bla. Heinisch mot Tyskland (dom den 21 juli 2011), Domeij, s. 28, Fahlbeck, s. 83 ff. Inom sjukvården och annan omsorg enligt socialtjänstlagen (2001:453) gäller samma principer för enskild verksamhet enligt den s.k. lex Maria respektive lex Sarah. Se även avsnitt 3.4.5 och 5.7.2 angående FHL:s förhållande till den s.k. visselblåsarlagen.

⁴³ 8 kap. 4 § RB.

⁴⁴ 7 kap. 13 § arbetsmiljölagen samt 9 kap. 5 § fartygssäkerhetslagen (2003:367).

⁴⁵ 16 § lagen (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder.

⁴⁶ LU30 s. 30 f., Rolf Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 2:a uppl., 2008, avsnitt 6.9, Fahlbeck s. 76.

hälso- och sjukvården. I dessa fall rör det sig alltså om sådan kvalificerad tystnadsplikt som bryter meddelarfriheten (44 kap. 2 och 3 §§ OSL).

Hemlig information som offentliga organ ger ut till privata näringsidkare t.ex. i samband med affärsförbindelser kan ges ut med avtalade villkor om att sekretess för informationen ska gälla hos näringsidkaren. Villkor om att näringsidkaren ska hålla informationen hemlig m.m. kan även uppställas i ett förbehåll i samband med att uppgiften ges ut enligt 10 kap. 14 § OSL.⁴⁷

⁴⁷ Se Fahlbeck s. 80 ff. med hänvisningar.

4 EU-direktivet – en översikt

4.1 Inledning

Utredningen behandlar i kommande avsnitt löpande EU-direktivets bestämmelser och deras innebörd. I detta avsnitt följer en översiktlig presentation till EU-direktivets regler och generella syften, att tjäna som bakgrund till den kommande framställningen.

4.2 Bakgrund och motiv

Det förslag till direktiv som Kommissionen lade fram 2013 följde på två studier, nämligen Hogan Lovells rapport från januari 2012¹ och Baker & McKenzies rapport från april 2013², samt en konferens anordnad av Kommissionen³ och en öppen enkätundersökning på Internet⁴. Det underlag som sålunda framkom visade att det finns stora skillnader mellan medlemsstaternas reglering avseende skyddet för företagshemligheter, såväl avseende själva definitionen av företagshemligheter som avseende de typer av regelsystem som företagshemligheter faller under, m.m. Baker & McKenzies rapport påtalade särskilt att denna fragmentering är beklaglig såtillvida att den gör hanterandet av företagshemligheter på EU-nivå svår genomskådligt och kostsamt.⁵

¹ Hogan Lovells International, Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes), MARKT/2010/20/D: Report on Trade Secrets for the European Commission (2012).

² Baker & McKenzie, Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, MARKT/2011/128/D.

³ "Trade Secrets: Supporting Innovation, Protecting Know-how", Bryssel, den 29 juni 2012.

⁴ Påbörjad den 11 december 2012 och avslutad den 8 mars 2013. Den fick 386 svar, se http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/trade-secrets_en.htm.

⁵ Baker & McKenzie s. 4.

Det direktiv som efter ytterligare två omarbetade förslag⁶ antogs i juni 2016 syftar mot denna bakgrund till att lösa två huvudsakliga problem. Det första problemet är att skillnaden mellan medlemsstaternas skydd för företagshemligheter negativt påverkar incitament för innovationsrelaterad gränsöverskridande verksamhet, generellt eftersom detta skydd blir svårförutsebart, och särskilt på grund av vissa medlemsstaters svaga skydd för företagshemligheter.⁷ Enligt EU-direktivets skäl medför detta bl.a. att allokeringen av kapital till tillväxtfrämjande innovation på den inre marknaden blir ineffektiv till följd av de högre utgifterna för skyddsåtgärder för att kompensera för det otillräckliga rättsliga skyddet i vissa medlemsstater, och på det hela taget att sådana skillnader hindrar den inre marknads goda funktion.⁸

Det andra problemet är att företagen drabbas i konkurrenshänseende om deras företagshemligheter angrips. Dessa två problem är tillsammans ägnade att påverka sysselsättningen och EU:s konkurrenskraft negativt.⁹

Motivet till EU-direktivet är därför främst att minimera hinder för gränsöverskridande samarbete för att främja investeringar i innovativa processer, tjänster och produkter, i sin tur för att öka sysselsättningen och förbättra unionsekonomin konkurrenskraft.¹⁰

4.3 EU-direktivets huvudsakliga innehåll

4.3.1 Inledande anmärkningar

EU-direktivet talar endast om ”innehavare” av företagshemligheter, inte om ägare till dessa (artikel 2). Anledningen till detta är att EU-direktivet inte behandlar företagshemligheter som immateriell egen-

⁶ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om att skydda know-how och företagsinformation (företagshemligheter) som inte har röjts från att olagligen anskaffas, utnyttjas och röjas – Allmän riktlinje 2013/0402 (COD), Bryssel 19 maj 2014, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure - Analysis of the final compromise text with a view to agreement 2013/0402 (COD), Bryssel 18 december 2015.

⁷ EU-direktivets skäl 4, 6, 8 och 9.

⁸ EU-direktivets skäl 9.

⁹ EU-direktivets skäl 2, 4 och 9.

¹⁰ EU-direktivets skäl 3. Motiven till EU-direktivet (i dess första föreslagna form) diskuteras kritiskt av Tanya Aplin i *A Critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive*, King's College London Dickson Poon School of Law, Legal Studies Paper Series, paper no. 2014-25.

dom. I skälen uttalas sålunda att bestämmelserna i EU-direktivet, för att främja innovation och konkurrens, inte bör skapa några exklusiva rättigheter till know-how eller information som skyddas som en företagshemlighet, och att företagshemligheter utgör ett komplement till eller alternativ till immateriella rättigheter.¹¹ Vidare föreskriver EU-direktivet som huvudregel s.k. minimiharmonisering, vilket innebär att medlemsstaterna har rätt att införa ett mer långtgående skydd för företagshemligheter än det som krävs enligt EU-direktivet, dock under förutsättning att vissa artiklar enligt EU-direktivet efterlevs och att bestämmelserna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) uppfylls (artikel 1.1 andra stycket, se vidare avsnitt 4.3.3).

4.3.2 Disposition

EU-direktivet innehåller 21 artiklar, fördelade på fyra kapitel. Motiven till bestämmelserna utvecklas i 40 skäl i EU-direktivets ingress.

Kapitel 1 innehåller bestämmelser om EU-direktivets syfte och tillämpningsområde (artikel 1) och om dess definitioner (artikel 2). Kapitel 2 innehåller EU-direktivets bestämmelser om lagligt respektive olagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter (artikel 3 och 4) och om undantag från EU-direktivets skydd för företagshemligheter (artikel 5).

I kapitel 3 finns huvuddelen av EU-direktivets bestämmelser, rörande åtgärder, förfaranden och rättsmedel (artikel 6–15), fördelade på tre olika avsnitt. Avsnitt 1 (artikel 6–9) rymmer allmänna bestämmelser med bl.a. regler om längsta möjliga preskriptionstid för materiella anspråk m.m. (artikel 8) och bestämmelser om bevarande av företagshemligheters konfidentialitet¹² under domstols-

¹¹ EU-direktivets skäl 16.

¹² Begreppet är en avledning av ”konfidentiell”, syftande på egenskapen att vara hemlig; sekret; meddelad i förtroende (jfr Svenska Akademiens ordbok, spalt K 2099 band 14, 1937). Begreppet med denna betydelse förekommer numera som en svensk omskrivning av eng. *confidentiality* och franskans *confidentialité* inte minst i EU-rättsliga sammanhang, så även i den svenska versionen av EU-direktivet. Den tyska versionen av EU-direktivet använder här begreppet *Vertraulichkeit*, liksom den nederländska versionens *vertrouwelijkheid*. Den danska versionen talar avseende artikel 9 endast om skydd (*beskyttelse*) för företagshemligheter under domstolsförfaranden (*retssager*). Även om utredningen i och för sig skulle föredra att inte använda begreppet konfidentialitet, talar ändå värdet av enhetlighet med lydelsen i den svenska versionen av EU-direktivet, till undvikande av missförstånd, för att så sker.

förfaranden (artikel 9). Tredje kapitlets andra avsnitt (artikel 10 och 11) rymmer bestämmelser om interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder. Avsnitt 3 (artikel 12–15) har bestämmelser om åtgärder efter avgörande i saken, inbegripet bestämmelser om skadestånd (artikel 14), föreläggande och förbud mot utnyttjande eller röjande av företagshemligheter (artikel 12) och om offentliggörande av domstolsavgöranden på intrångsgörarens bekostnad (artikel 15).

Fjärde och sista kapitlet innehåller bestämmelser om sanktioner (artikel 16), om informationsutbyte mellan medlemsstaterna angående genomförandet av direktivet (artikel 17), om framtida rapporter från EU avseende bl.a. tillämpningen av direktivet (artikel 18) och om införlivande, ikraftträdande och direktivets adressater (artikel 19–21).

4.3.3 Artikel 1 – syfte och tillämpningsområde

Artikel 1.1 första stycket gör klart att EU-direktivet fastställer bestämmelser om skydd mot att företagshemligheter olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs. I andra stycket stadgas om, såsom nämnts inledningsvis, att direktivet utgör ett s.k. minimiharmoniseringsdirektiv, med möjlighet för medlemsstaterna att föreskriva ett mer långtgående skydd för företagshemligheter än det direktivet kräver. I andra stycket nämns dock ett antal bestämmelser i direktivet som medlemsstaterna i alla händelser måste efterleva. Dessa bestämmelser avser vad som utgör ett lagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter (artikel 3) och situationer där direktivets skydd för företagshemligheter inte ska gälla (artikel 5). Vidare rör det bestämmelser om krav på ändamålsenliga och effektiva rättsmedel avseende medlemstaternas civilrättsliga prövning (artikel 6), liksom om krav på att dessa rättsmedel ska vara proportionerliga (artikel 7.1, 11 och 13). Därtill räknas också bestämmelser om att beslut om åtgärder för att bevara sekretessen för företagshemligheter under domstolsförfaranden ska vara proportionerliga (artikel 9.4), samt att behandlingen av personuppgifter i samband med beslut om dessa åtgärder ska vara i enlighet med dataskyddsdirektivet, 95/46/EG

Utredningen använder således begreppet oförändrat med nu nämnda betydelse i den utsträckning det har ansetts nödvändigt.

(artikel 9.4). Även bestämmelser om ställande av säkerhet som alternativ till interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder (artikel 10.2) ingår bland de tvingande bestämmelserna i andra stycket, liksom krav på att beslut om offentliggörande av dom på intrångsgörarens bekostnad ska vara proportionerliga (artikel 15.3).

Enligt artikel 1.2 ska bestämmelserna i direktivet inte påverka utövande av rätten till yttrande- och informationsfrihet enligt EU:s rättighetsstadga, särskilt med avseende på undersökande journalistik och skyddet för journalistiska källor.¹³ Inte heller ska direktivet påverka tillämpningen av nationella eller unionsrättsliga bestämmelser om krav på att innehavare av företagshemligheter av hänsyn till allmänintresset röjer information, inbegripet företagshemligheter, för allmänheten eller för myndigheter. Inte heller ska det påverka tillämpningen av nationella eller unionsrättsliga bestämmelser som gör det möjligt för myndigheter att samla in information för sin tjänsteutövning eller bestämmelser som tillåter eller kräver att dessa myndigheter därefter röjer relevant information för allmänheten. Detta gäller till exempel bestämmelser om unionens institutioners och organs eller nationella offentliga myndigheters röjande av affärsrelaterad information som de innehar i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 (1), Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1367/2006 (2) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/4/EG (3) eller i enlighet med andra bestämmelser om allmänhetens tillgång till handlingar eller om nationella offentliga myndigheters skyldigheter när det gäller öppenhet.¹⁴

Direktivet ska inte heller tas som grund för att begränsa rörligheten på arbetsmarknaden och ska inte påverka rätten för arbetsmarknadens parter att ingå kollektivavtal vad gäller skyldigheter att inte röja en företagshemlighet eller att begränsa dess utnyttjande, under förutsättning att sådana kollektivavtal inte begränsar undantagen till skydd för företagshemligheter i detta direktiv.¹⁵

¹³ Jfr EU-direktivets skäl 19.

¹⁴ Jfr EU-direktivets skäl 11.

¹⁵ Jfr EU-direktivets skäl 12.

4.3.4 Artikel 2 – definition av företagshemlighet m.m.

Företagshemlighet definieras i EU-direktivets artikel 2. Utredningen behandlar denna definition och dess konsekvenser för svenskt vidkommande i avsnitt 5.4. Som utvecklas i nämnda avsnitt är definitionen av företagshemlighet i artikel 2 närmast identisk med den som återfinns i artikel 39 i det s.k. TRIPS-avtalet (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), vilken i sin tur influerats av amerikansk rätt, särskilt Uniform Trade Secrets Act.¹⁶ Denna definition har tre element, innebärande krav på: 1) sekretess (konfidentialitet); 2) kommersiellt värde; och 3) rimliga åtgärder för att bevara sekretessen. Dessa tre element återfinns i artikel 2.1.

Definitionen av företagshemlighet omfattar inte obetydlig information eller den erfarenhet och de färdigheter som arbetstagare får vid normal yrkesutövning och inte heller information som är allmänt känd bland eller lättillgänglig för personer inom de kretsar som normalt hanterar typen av information i fråga.¹⁷

I artikel 2 definieras också *innehavare* av en företagshemlighet som en fysisk eller juridisk person som lagligen kontrollerar en företagshemlighet¹⁸, en *intrångsgörare* som en fysisk eller juridisk person som olagligen har anskaffat, utnyttjat eller röjt en företagshemlighet (2.3) och *intrångsgörande varor* som varor vilkas formgivning, egenskaper, funktion, produktionsprocess eller marknadsföring gynnas avsevärt av olagligen anskaffade, utnyttjade eller röjda företagshemligheter.

4.3.5 Artikel 3 och 4 – lagligt respektive olagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemlighet

EU-direktivet stipulerar i artikel 3 vad som utgör lagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemlighet. I artikel 4 framgår vilka av sådana förfaranden som är olagliga. Utredningen behandlar dessa artiklar i avsnitt 5.5 respektive 5.6.

Lagligt anskaffande enligt artikel 3 kan vara en oberoende upptäckt eller skapande. Det kan också vara undersökning av en pro-

¹⁶ Aplin s. 9.

¹⁷ Jfr EU-direktivets skäl 14.

¹⁸ Angående *innehavare* i förhållande till *ägare* i detta sammanhang, se avsnitt 4.3.1.

dukt, s.k. reverse engineering, förutsatt att den undersökande personen inte har någon lagenlig skyldighet att avstå från sådan undersökning. Arbetstagare och arbetstagarföreträdare har även rätt att anskaffa, utnyttja och röja företagshemligheter om det behövs för att dessa ska kunna utöva sin lagliga rätt till information och samråd. Sådant anskaffande, röjande och utnyttjande som under omständigheterna överensstämmer med god affärssed ska också anses lagligt. Därutöver anger direktivet att bestämmelser i nationell rätt och unionsrätt kan medföra att anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet ska anses som lagligt.

Enligt artikel 4 ska det anses olagligt att anskaffa en företagshemlighet utan innehavarens samtycke om det sker genom att någon obehörigen kopierar eller skaffar sig tillgång till dokument, elektroniska filer m.m. som kontrolleras av innehavaren. Det ska vidare anses olagligt att utnyttja eller röja en företagshemlighet om det sker utan innehavarens samtycke av någon som har anskaffat informationen olovligen eller bryter mot ett sekretessavtal eller ett avtal som begränsar utnyttjandet. Att tillverka, sälja, marknadsföra eller att lagra intrångsgörande varor i dessa syften, ska anses som ett olovligt utnyttjande av företagshemlighet.

Direktivet bör inte undanta offentliga myndigheter från deras skyldigheter i fråga om konfidentialitet i samband med information som överlämnas av innehavare av företagshemligheter, oavsett om dessa skyldigheter fastställs i unionsrätt eller i nationell rätt.¹⁹

För bedömningen av lagligheten i ett anskaffande av en företagshemlighet innehåller både artikel 3 och 4 bl.a. en hänvisning till vad som kan anses utgöra god affärssed. Mot bakgrund av risken att uppfattningen om vad som utgör god affärssed kan variera mellan medlemsstaterna kan förmodas att EU-domstolen kommer att behöva ge detta ett mer bestämt innehåll, på sätt som t.ex. redan skett inom varumärkesrätten.²⁰

Artikel 4 behandlar såväl direkta intrång på företagshemligheter som intrång i senare led, dvs. intrång på företagshemligheter som sker i ond tro om att företagshemligheten tidigare olagligen utnyttjats eller röjts (artikel 4.4).

¹⁹ Jfr EU-direktivets skäl 18.

²⁰ Se t.ex. det s.k. Gillette-målet (mål C-228/03) och det s.k. BMW-målet (mål C-63/97). Jfr Aplin s. 17.

4.3.6 Artikel 5 – undantag från skyddet för företagshemligheter

Artikel 5 rör vissa situationer där EU-direktivets skydd för företagshemligheter inte ska gälla. Undantagen enligt artikel 5 behandlas i avsnitt 5.7.

De åtgärder och sanktioner som föreskrivs i EU-direktivet ska enligt artikel 5 inte få användas om företagshemligheten anskaffats, utnyttjats eller röjts för att avslöja innehavarens försummelser²¹, oegentligheter eller olagliga verksamhet och den som gjort det har handlat i syfte att skydda allmänintresset, s.k. visselblåsning.²² Det samma gäller den som gjort det i samband med att han eller hon utövat rätten till yttrande- och informationsfrihet eller för att informera en företrädare för arbetstagarna eller annars för att skydda ett legitimt intresse.

I doktrinen har särskilt påpekats att vad som närmare menas med att ett intrång ska anses ha skett i syfte att skydda allmänintresset kan komma att behöva preciseras i praxis.²³

4.3.7 Artikel 6–8 – allmänna bestämmelser

Artikel 6, tillsammans med artikel 7, innehåller generella krav på att medlemstaterna ska föreskriva om ändamålsenliga, effektiva och proportionerliga rättsmedel avseende medlemstaternas civilrättsliga prövning av anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter. Enligt artikel 7.2 ska medlemsstaterna se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, på begäran av svaranden, får vidta lämpliga åtgärder mot rättegångsmissbruk från en kärende i samband med en ansökan med avseende på olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet, som t.ex. företas i syfte att på ett illojalt sätt försena eller begränsa svarandens tillträde till marknaden eller på annat sätt hota eller trakassera svaranden.²⁴ Dessa åtgärder får bl.a. innefatta skadestånd till svaranden.

Artikel 8 innehåller krav på att medlemsstaterna ska fastställa bestämmelser om de preskriptionstider som är tillämpliga på mate-

²¹ För en diskussion kring detta begrepp, se avsnitt 5.7.2.

²² Jfr EU-direktivets skäl 20.

²³ Aplin s. 33 f.

²⁴ Jfr EU-direktivets skäl 22.

riella rättsanspråk och ansökningar om sådana åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs i direktivet, med krav på att det tydligt och otvetydigt anges när denna tidsperiod börjar löpa och under vilka omständigheter den avbryts eller tillfälligt upphör att löpa.²⁵ Preskriptionstiden får inte vara längre än sex år.

Artikel 6–8 behandlas i avsnitt 6.

4.3.8 Artikel 9 – skydd för företagshemligheter under och efter domstolsförfaranden

Skyddet för företagshemligheters konfidentialitet under domstolsförfaranden skiljer sig markant mellan medlemsstaterna och innehåller ofta brister som verkar avskräckande mot legitima innehavare av företagshemligheter från att väcka talan för att skydda sina företagshemligheter, vilket äventyrar effektiviteten i föreskrivna åtgärder, förfaranden och rättsmedel.²⁶ Artikel 9 föreskriver mot denna bakgrund två huvudsakliga krav för att förhindra att företagshemligheter röjs eller utnyttjas på grund av att de tas in i ett domstolsförfarande.

Det första kravet består i att se till att parterna och andra aktörer som är involverade i domstolsförfarandet inte har rätt att utnyttja eller röja företagshemligheter eller påstådda företagshemligheter som de behöriga rättsliga myndigheterna, efter en vederbörligen motiverad ansökan av en intressent eller ex officio, har identifierat som konfidentiella och om vilka parterna etc. har blivit medvetna till följd av domstolsförfarandet. Denna skyldighet består under förutsättning att det inte lagakraftvunnet avgjorts att den påstådda företagshemligheten inte anses utgöra en företagshemlighet enligt definitionen i artikel 2 och annars att den berörda informationen inte förlorat den konfidentialitet som krävs för att den ska kunna utgöra en företagshemlighet enligt samma definition (9.1).

Det andra kravet består i att se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, efter en vederbörligen motiverad ansökan av en part eller ex officio, kan vidta de specifika åtgärder som krävs för att bevara konfidentialiteten för företagshemligheter eller påstådda företags-

²⁵ Jfr EU-direktivets skäl 23.

²⁶ Commission Staff Working Document Impact Assessment SWD (2013) 471 Final, 2013-11-28, Annex 15, s. 216–225, EU-direktivets skäl 24.

hemligheter som utnyttjas eller som det hänvisas till under domstolsförfarandet (9.2). Sådana åtgärder ska bl.a. innefatta att begränsa tillgången till handlingar innehållande företagshemligheter till ett begränsat antal personer, att begränsa tillträdet till domstolsförhandlingar där företagshemligheter kan komma att röjas och att tillhandahålla varje annan person än de som haft rätt att ta del av företagshemligheter under förfarandet en icke-konfidentiell version av varje domstolsavgörande där de passager som innehåller företagshemligheter har avlägsnats eller redigerats.

Bägge kraven tar uttryckligen sikte på företagshemligheter i domstolsförfaranden som inletts för att skydda företagshemligheten i fråga. Mot bakgrund av att bestämmelsen stadgar om ett minimiskydd har Kommissionen inte rest några invändningar mot utgångspunkten att skyddet för företagshemligheter i domstolsförfaranden är detsamma, oavsett vad förfarandet gäller.²⁷ Utredningen behandlar artikel 9 i avsnitt 10.

4.3.9 Artikel 10 och 11 – interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder

När en företagshemlighet väl har röjts offentligt är det omöjligt för innehavaren att återgå till den situation som förelåg innan hemligheten gick förlorad. Med hänsyn till att behovet av åtgärder mot intrång mot företagshemligheter därför ofta är brådskande föreskriver EU-direktivet i artikel 10 om interimistiska åtgärder för att omedelbart få det olagliga anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av en företagshemlighet att upphöra.²⁸ Genom bestämmelsen ges även rättsliga myndigheter befogenhet att besluta om effektiva och lämpliga åtgärder för att se till att intrångsgörande varor inte släpps ut på marknaden eller att de dras tillbaka från den. Med tanke på handelns globala karaktär innefattar sådana åtgärder förbud mot import av varorna i fråga till unionen eller lagring av dem i syfte att utbjuda dem till försäljning eller släppa ut dem på marknaden.²⁹ Interimistiska åtgärder enligt artikel 10 omfattar således föreläggande om upphörande med eller interimistiskt förbud mot utnyttjande eller

²⁷ Se avsnitt 10, not 158.

²⁸ Jfr EU-direktivets skäl 26.

²⁹ Jfr EU-direktivets skäl 28.

röjande av företagshemligheten, förbud mot produktion eller distribution av intrångsgörande varor, och beslag eller överlämnande av intrångsgörande varor.

Som alternativ ska det vara möjligt att låta den påstådda intrångsgöraren, mot ställande av en eller flera säkerheter, fortsätta att utnyttja företagshemligheten, framför allt om risken för att den ska bli allmän egendom är liten.³⁰ Det får aldrig vara tillåtet att röja en företagshemlighet mot ställande av säkerheter (10.2).

Artikel 11 innehåller krav på att de behöriga rättsliga myndigheterna inför ett beslut om åtgärder enligt artikel 10 ska kunna kräva in erforderlig utredning och att en bedömning av åtgärdens proportionalitet i det enskilda fallet görs. Artikel 11 föreskriver även att en interimistisk åtgärd på begäran av svaranden ska upphöra att gälla om kändan inte väcker talan om ett avgörande i huvudsaken inom viss tid (11.3 a). En interimistisk åtgärd ska också upphöra om den berörda informationen inte längre utgör en företagshemlighet enligt definitionen i artikel 2.1 av orsaker som inte kan tillskrivas svaranden (11.3 b). Det ska enligt artikel 11 också vara möjligt att kräva säkerheter som är tillräckliga för att täcka de kostnader och den skada som svaranden åsamkas vid en oberättigad ansökan, särskilt om dröjsmål skulle vålla den legitima innehavaren av företagshemligheten irreparabel skada (11.4).³¹ I linje härmed ska det även vara möjligt att ålägga kändan skadeståndsskyldighet för skada som svaranden åsamkas vid en oberättigad ansökan (11.5).

4.3.10 Artikel 12 och 13 – förelägganden och korrigeringsåtgärder

Vad gäller åtgärder i förhållande till intrång som konstaterats genom ett slutligt avgörande ska medlemsstaterna gentemot en intrångsgörare göra möjligt för föreläggande om upphörande med eller förbud mot utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten och förbud mot produktion, distribution eller användande av intrångsgörande varor. Likaså ska medlemsstaterna göra möjligt för lämpliga korrigeringsåtgärder avseende de intrångsgörande varorna och förstöring, helt eller delvis, av handlingar, föremål, material, ämnen

³⁰ Jfr EU-direktivets skäl 26.

³¹ Jfr EU-direktivets skäl 26.

eller elektroniska filer som innehåller eller utgör företagshemligheten eller, om så är lämpligt, överlämnande till käranden, helt eller delvis, av dessa handlingar, föremål, material, ämnen eller elektroniska filer (artikel 12). Med beaktande av proportionalitetsprincipen bör korrigeringsåtgärder inte nödvändigtvis innebära förstöring av varor om det finns andra möjliga lösningar, exempelvis att undanröja varornas intrångsgörande egenskaper eller att avyttra varorna utanför marknaden, t.ex. genom donationer till välgörenhetsorganisationer.³²

För att förbud och korrigeringsåtgärder enligt artikel 12.1 a och b ska vara effektiva och proportionella bör deras varaktighet, när omständigheterna kräver en begränsad varaktighet, vara tillräcklig för att undanröja alla eventuella kommersiella fördelar som en tredje part kan ha vunnit genom att olagligen anskaffa, utnyttja eller röja företagshemligheten. Under alla omständigheter ska åtgärder av denna typ inte vara verkställbara om den information som ursprungligen omfattades av företagshemligheten har blivit allmän egendom av skäl som inte kan tillskrivas svaranden (13.2).³³ I övrigt så föreskriver artikel 13 i stort sett samma krav på proportionalitet i det enskilda fallet som gäller vid interimistiska åtgärder enligt artikel 11.

I fall då den person som kan bli föremål för ovanstående åtgärder vid tidpunkten för utnyttjandet eller röjandet var i god tro om att företagshemligheten erhållits från en annan person som utnyttjade eller röjde företagshemligheten olagligen, ska det vara möjligt att besluta att ekonomisk ersättning ska betalas ut till den skadelidande parten i stället för att tillämpa dessa åtgärder, om de berörda åtgärderna skulle leda till oproportionerligt stor skada och den ekonomiska ersättningen till den skadelidande parten framstår som rimligen tillfredsställande. Sådan ersättning får dock inte överstiga summan av de royaltier eller avgifter som skulle ha debiterats om personen hade fått tillstånd att utnyttja företagshemligheten, under den tidsperiod då utnyttjandet av företagshemligheten skulle ha kunnat förhindras av den ursprungliga innehavaren av företagshemligheten (artikel 13.3). I de fall ett olagligt utnyttjande av företagshemligheten skulle utgöra en annan överträdelse av lagstiftning

³² Jfr EU-direktivets skäl 28.

³³ Jfr EU-direktivets skäl 27.

än den som anges i EU-direktivet eller sannolikt skulle skada konsumenter bör dock ett sådant olagligt utnyttjande inte tillåtas.³⁴

4.3.11 Artikel 14 – skadestånd

För att undvika att personer som i ond tro olagligen anskaffar, utnyttjar eller röjer en företagshemlighet kan dra nytta av detta beteende och för att säkerställa att den skadelidande innehavaren av företagshemligheten i största möjliga utsträckning hålls skadeslös, föreskriver EU-direktivet i artikel 14 om rätt till skälig ersättning för den skada som vållats av det olagliga beteendet. Vid fastställande av skadeståndet ska samtliga lämpliga faktorer beaktas, såsom den inkomstförlust som innehavaren av företagshemligheten har lidit eller intrångsgörarens obehöriga vinst och, i lämpliga fall, den ideella skada som innehavaren av företagshemligheten eventuellt har vållats. Som ett alternativ, till exempel om det med hänsyn till företagshemligheters immateriella beskaffenhet är svårt att fastställa den faktiska skadans storlek, skulle skadeståndsbeloppet kunna grundas på t.ex. de royaltier eller avgifter som skulle ha debiterats om intrångsgöraren hade begärt tillstånd att utnyttja företagshemligheten. Ändamålet med den alternativa metoden är inte att införa en skyldighet att föreskriva straffskadestånd, utan att säkerställa ersättning som grundar sig på ett objektiva kriterium samtidigt som hänsyn tas till de kostnader som innehavaren av företagshemligheten har ådragit sig, t.ex. kostnader för identifiering och forskning.³⁵ Direktivet hindrar inte att medlemsstaterna i nationell rätt föreskriver en begränsning av arbetstagares skadeståndsansvar i fall där dessa handlat utan uppsåt. Utredningen behandlar artikel 14 i avsnitt 7.

4.3.12 Artikel 15 – offentliggörande av domstolsavgöranden

För att uppnå en kompletterande avskräckande effekt på framtida intrångsgörare och bidra till medvetenheten hos allmänheten i stort, föreskriver EU-direktivet i artikel 15 att behöriga rättsliga myndigheter på begäran av kändaren och på intrångsgörarens bekostnad ska

³⁴ Jfr EU-direktivets skäl 29.

³⁵ Jfr EU-direktivets skäl 30.

få besluta om lämpliga åtgärder för att informera om avgörandet, inbegripet att offentliggöra (publicera) det helt eller delvis, under förutsättning att offentliggörandet inte medför att företagshemligheten röjs eller oproportionellt inverkar på någon fysisk persons personliga integritet och anseende. Artikel 15 behandlas i avsnitt 9.

4.3.13 Artikel 16–21 – sanktioner, rapportering och slutbestämmelser

För att säkra effektiviteten i de åtgärder, förfaranden och rättsmedel som är tillgängliga för innehavare av företagshemligheter enligt EU-direktivet, föreskrivs i artikel 16 krav på att behöriga rättsliga myndigheter ska ha lämpliga befogenheter att ålägga sanktioner mot alla personer som underlåter eller vägrar att efterleva beslut om dessa åtgärder.

För att underlätta en enhetlig tillämpning av direktivets åtgärder, förfaranden och rättsmedel föreskrivs i artikel 17 system för samarbete och informationsutbyte dels mellan medlemsstaterna, dels mellan medlemsstaterna och Kommissionen, särskilt genom att man inrättar ett nätverk av kontaktpersoner utsedda av medlemsstaterna. Kommissionen och Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet ska dessutom granska tillämpningen av detta direktiv och de nationella åtgärdernas effektivitet (artikel 18).

Enligt artikel 19 ska medlemsstaterna implementera EU-direktivet senast den 9 juni 2018.

5 Genomförande av EU-direktivet – inledande bestämmelser (artikel 1–5)

5.1 Utgångspunkter vid genomförandet

Allmänt om genomförande av EU-direktiv

Ett EU-direktiv är bindande för medlemsstaterna med avseende på det resultat som ska uppnås, men överlåter åt medlemsstaterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. Detta innebär att medlemsstaterna inte är bundna av t.ex. ett direktivs terminologi och systematik, om väl det avsedda resultatet uppnås på annat sätt. Avgörande är att lagstiftningen uppnår det resultat i sak som direktivet eftersträvar. Medlemsstaterna ska genomföra direktiv på ett lojalt och komplett sätt.¹ Det räcker inte med att en nationell lagregel har *tolkats* av nationell domstol på så sätt att kraven i direktiven uppfylls. De nationella bestämmelserna behöver klart och precist överensstämma med direktivets krav, för att direktivet ska anses implementerat på ett rättssäkert sätt. I detta avseende har EU-domstolen uttalat att

[Det är] nödvändigt att bestämmelserna i den nationella rättsordningen säkerställer att direktivet faktiskt tillämpas fullt ut, att den rättsliga situation som följer av dessa bestämmelser är tillräckligt klar och precis samt att de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och, i förekommande fall, ges möjlighet att göra dem gällande vid de nationella domstolarna.²

¹ Ulf Bernitz, Anders Kjellgren, *Europarättens grunder*, 5 uppl. 2014, s. 57.

² Kommissionen mot Nederländerna, dom av den 10 maj 2001 i mål C-144/99, REG 2001, s. I-3541.

Ett EU-direktiv hindrar inte heller medlemsstaterna från att anta nationella bestämmelser på områden som inte regleras av direktivet. För det fall lagstiftningen i ett land redan uppfyller kraven i ett direktiv, behöver någon ytterligare åtgärd inte vidtas, under förutsättning att det nationella regelverket står i överensstämmelse med övrig EU-rätt.³

Ett EU-direktiv kan vara utformat som ett minimidirektiv. Medlemsstaterna kan då införa strängare regler som ger en högre skyddsnivå eller är mer förmånliga, så länge den nationella lagstiftningen är förenlig med EU-rätten i övrigt. Andra direktiv kan vara skrivna som fullharmoniseringsdirektiv, dvs. att medlemsstaterna fullt ut ska uppfylla de krav direktivet uppställer.⁴ Oftast innehåller ett direktiv båda inslagen.

Ingressen till direktiven (som benämns *skäl*) är inte juridiskt bindande, men kan ge besked om betydelsen av en viss formulering i direktiven.⁵

Den rättsliga grunden för direktivet

Den rättsliga grunden för det nya direktivet är fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och då särskilt artikel 114. I artikel 114.1 ges EU befogenhet att lagstifta om sådant som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera. Emellertid stadgas i punkt 2 i samma artikel, att första punkten inte gäller beträffande bestämmelser om skatter och avgifter, bestämmelser om fri rörlighet för personer samt anställdas rättigheter och intressen. Direktivet ska alltså inte reglera skatter och avgifter, fri rörlighet för personer eller anställdas rättigheter och intressen, utan det ankommer på medlemsländerna att utforma lagregler inom dessa områden.

³ Bernitz, Kjellgren s. 57.

⁴ Statsrådsberedningen, Kansliet för samordning av EU-frågor, cirkulär 14, 2010-12-16.

⁵ Bernitz, Kjellgren s. 188.

5.2 EU-direktivets syfte och tillämpningsområde – artikel 1

5.2.1 Allmänt om direktivets syfte

Både EU-direktivet om skydd för företagshemligheter och nuvarande FHL har som syfte att fastställa bestämmelser om skydd mot att företagshemligheter obehörigen anskaffas, utnyttjas och röjs. Det direktivet ska åstadkomma ett minimiskydd för företagshemligheter. Medlemsstaterna ska ha en tillräcklig och enhetlig möjlighet till civilrättslig prövning i fall då en företagshemlighet angrips.⁶ Förhoppningen är att man därigenom kan underlätta och effektivisera gränsöverskridande verksamhet såsom forskning och produktionssamarbete på den inre marknaden. Syftet är även att förhindra sådan illojal konkurrens som kan bli följden av otillåtet angripna företagshemligheter.⁷ En utförligare beskrivning av direktivets syfte finns i kapitel 4.

5.2.2 Artikel 1

Av direktivet framgår att medlemsstaterna får behålla eller införa bestämmelser som ger ett mer långtgående skydd mot att företagshemligheter olagligen anskaffas, utnyttjas eller röjs än vad direktivet föreskriver (artikel 1.1). Direktivet skulle därigenom kunna uppfattas som ett minimidirektiv. Emellertid är undantagen omfattande genom att artikel 1 stadgar att vissa andra artiklar inte får frångås och att vissa rättsliga principer har företräde.

Nationell arbetsrätt i förhållande till direktivet

Direktivet är inte upplagt på så sätt att det anges särskilda bestämmelser för arbetstagare, såsom görs i FHL. Det måste samtidigt anses vara klart att vissa av direktivets bestämmelser faktiskt berör anställdas rättigheter och intressen.

⁶ Se bl.a. EU-direktivets skäl 10.

⁷ Se bl.a. EU-direktivets skäl 8 och 9.

I direktivet framhålls i ingressen att särskilt artikel 114 i FEUF ska beaktas. Andra punkten i den artikeln undantar anställdas rättigheter och intressen från det område där EU har rätt att lagstifta. Syftet med direktivet måste därför antas vara att anställdas rättigheter och intressen främst ska regleras genom nationell lagstiftning. Detta syfte synes framkomma även i artikel 1.3 i direktivet, där det stadgas att direktivet inte får tas till grund för att begränsa arbetstagares rörlighet. I synnerhet får inte direktivet, enligt punkten c, tas som grund för medlemsstaterna att införa ytterligare begränsningar för arbetstagare i deras anställningsavtal, utöver sådana begränsningar som regleras i unionsrätt eller nationell rätt. Därtill gäller i synnerhet att rörligheten inte ska begränsas beträffande arbetstagares användning av egna erfarenheter och färdigheter, enligt punkten b. Detsamma gäller enligt punkten a även arbetstagares användning av information som inte utgör företagshemligheter; direktivet ska alltså inte användas för att i detta avseende sträcka begreppet företagshemligheter längre än den definition som finns i artikel 2. Inte heller ska arbetsmarknadens parter självständighet påverkas, eller rätten att ingå kollektivavtal (artikel 1.2 d).

I det ursprungliga förslag till direktiv som Kommissionen lade fram i november 2013, fanns någon bestämmelse motsvarande artikel 1.3 inte med. Hänvisningen till artikel 114 FEUF står dock kvar oförändrad i det senare antagna direktivet. Kommissionen har genom sin hemsida på Internet, som svar på allmänhetens frågor, gett uttryck för att direktivförslaget inte avsåg reglera anställdas rättigheter och intressen på följande sätt:⁸

Does the draft directive interfere with labour law and workers councils?

The Commission's proposal does not undermine the functioning of workers' councils. The proposal has no impact on labour law, in particular on the rights of workers to information, representation and co-decision in accordance with national practices and law.

The proposed directive does not impose on employees any obligations of confidentiality, nor does it modify in any manner existing rules on confidentiality duties.

⁸ Se https://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/trade-secrets/faq_sv
"Frequently asked questions: Protection against the unlawful acquisition of undisclosed know-how and business information (trade secrets)", 2017-01-11.

Uttalandet måste kunna tolkas så att Kommissionen avser att anställdas rättigheter och intressen även fortsättningsvis främst ska regleras genom nationell lagstiftning, och i förekommande fall i annan unionslagstiftning.

EU-direktivet innehåller även hänvisningar till bestämmelser i nationell och unionsrättslig lagstiftning, som ska beaktas vid tillämpningen av direktivet. I artikel 3.1 c anges att arbetstagare och arbetstagarföreträdare har rätt att anskaffa företagshemligheter, om det sker genom utövande av den rätt till information och samråd de har enligt unionsrätt eller nationell lagstiftning. Direktivet ger dock ingen närmare vägledning var gränsen på arbetsrättens område går mellan den nationella lagstiftningen och direktivets inverkan.

Yttrande- och informationsfrihet

Det framhålls även i artikel 1.2 a att EU-direktivet inte ska påverka utövandet av rätten till yttrande- och informationsfrihet enligt EU:s stadga för de grundläggande rättigheterna (stadgan).

Sverige har genom medlemskapet i EU åtagit sig att följa unionslagstiftningen, vilket ska beaktas vid varje införande av ny lag inom områden där EU:s befogenheter sträcker sig. Unionslagstiftningen ska följas även vid rättstillämpningen, på så sätt att EU-rätten alltid ska överordnas den nationella rätten, även grundlagar, inom de områden unionsrätten sträcker sig.⁹ Det brukar sällan ses som nödvändigt att i varje enskild lag skriva ut att grundlag har företräde framför annan lag.¹⁰ Det finns alltså ingen anledning att i svensk lag skriva in att sådana övergripande bestämmelser som stadgan har företräde framför annan lag vid rättstillämpningen.

Övriga rättsområden

EU-direktivet hindrar som sagt inte medlemsstaterna från att tillämpa nationella bestämmelser på områden som inte regleras av direktivet. Nationella bestämmelser liksom unionsrätten inom andra

⁹ Gröning, Zetterquist, *EU – Konstitution, Institution, Jurisdiktion*, 2011, s. 126 f.

¹⁰ Lagrådsremiss – Ett bättre skydd för företagshemligheter, 12 december 2013 s. 16–17.

rättsområden kan ändå komma att beröra skyddet för företags-hemligheter.

Direktivet ska inte påverka tillämpningen av unionens eller Sveriges bestämmelser i den mån dessa bestämmelser innebär att företags-hemligheter behöver röjas inför offentliga myndigheter för att myndigheterna ska kunna fullgöra sina uppgifter, se artikel 1.2 b och c samt skäl (11).

Likasa anges i artikel 3.2 att anskaffande, röjande eller utnyttjande av företags-hemligheter kan vara tillåtet enligt unionsrätt eller nationell rätt. Även i artikel 5 c och d hänvisas till annan unionsrätt eller nationell lagstiftning respektive erkänt legitimt intresse, där angrepp på företags-hemligheter i vissa fall inte ska kunna leda till någon rättsverkan.

Direktivet innehåller inga straffbestämmelser, men hindrar inte medlemsländernas egna straffbestämmelser på området.

5.3 Arbetstagarbegreppet

5.3.1 Arbetstagarbegreppet i svensk rätt

Det finns i den arbetsrättsliga lagstiftningen inte någon definition av begreppet arbetstagar, utan detta förutsätts vara känt. Termen arbetstagar, liksom anslutande uttryck (anställda etc.), används inte bara inom juridiken utan även i vardagligt språkbruk och refererar där till ett allmänt föreställningsinnehåll.¹¹ Ett anställningsavtal förutsätter att arbete utförs på grund av avtal, att avtalet går ut på att utföra arbete för annans räkning samt att den arbetspresterande parten personligen utför arbetet. För att en arbetspresterande part ska anses som arbetstagar krävs att förhållandet mellan honom och huvudmannen baserar sig på ett avtal, dvs. ett frivilligt åtagande. Kravet på frivillighet innebär att det inte är fråga om ett anställningsförhållande, om arbetet utförs på grund av ett offentligt tvång.¹² Personer som tar del av arbetsmarknadspolitiska program ska i vissa fall inte anses som arbetstagar.¹³

¹¹ Ds 2002:56 s. 77.

¹² A. Ds s. 110.

¹³ 7 § lagen (2000:625) om arbetsmarknadspolitiska program.

Vid bedömningen av om en person är arbetstagare ska domstolarnas bedömning ske utifrån vad som faktiskt sett kan anses avtalat, med beaktande av alla i samband med avtalet och arbetsförhållandena förekommande omständigheter.¹⁴ Arbetstagarbegreppet är tvingande i den meningen att parterna inte förfogar över frågan huruvida den arbetspresterande parten är att anse som arbetstagare eller ej.¹⁵

Avtal om arbete delas in i två huvudtyper: anställningsavtal (arbetsgivare – arbetstagare) och uppdragsavtal (uppdragsgivare – uppdragstagare). Principiellt ställer en arbetstagare sin arbetskraft till arbetsgivarens förfogande, alltså en personlig arbetsskyldighet, medan en uppdragstagare åtar sig att leverera ett visst arbete eller resultat. Anställningsavtalen reglerar bland annat lön, pension och andra anställningsförmåner. Ett uppdragsavtal kan avse utförande av tjänster av olika slag.¹⁶ Uppdragstagare omfattas normalt inte av den arbetsrättsliga lagstiftningen, t.ex. lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS). Inom den kollektiva arbetsrätten finns begreppet jämställd uppdragstagare, dvs. den som utför uppdrag åt någon annan och inte är anställd men har en ställning av väsentligen samma slag som en arbetstagare. Avsikten är att reglerna om föreningsrätt, förhandlingsrätt och kollektivavtal i bland annat lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL) ska kunna tillämpas för arbetspresterande parter som inte är arbetstagare men som står dem nära.¹⁷ Endast anställningsavtalet är hänförligt till arbetsrätten medan uppdragsavtalet som utgångspunkt behandlas i förmögenhetsrätten. Vid bedömning av om det föreligger ett anställningsförhållande eller ett uppdragsförhållande finns vissa omständigheter (till exempel hur arbetet ska utföras, vad som ska utföras, vem som tillhandahåller material, redskap och utrustning, personlig arbetsskyldighet, det ekonomiska vederlaget, riskfördelning etc.) som brukar beaktas vid en bedömning i det enskilda fallet. Utgångspunkten är att arbetstagarbegreppet är enhetligt, oavsett i vilket rättsligt sammanhang det används. Både Högsta domstolen och Arbetsdomstolen har fram-

¹⁴ NJA 1949 s. 768.

¹⁵ A. Ds s. 112.

¹⁶ Se t.ex. rättsfallet AD 2013 nr 92.

¹⁷ I praxis har vid tillämpningen av lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet t.ex. bensinstationsinnehavare betraktats som arbetstagare. Innehavaren driver rörelsen i egen regi men är starkt beroende av det bolag som levererar olja till stationen.

hållit att, vid bedömningen av vad som kan anses avtalat mellan parterna, ledning ska hämtas i det så kallade civilrättsliga arbetstagarbegreppet. Hänsyn ska inte endast tas till uttryckliga avtalsvillkor, utan en samlad bedömning ska ske av samtliga omständigheter som kan vara ägnade att belysa hur parternas inbördes förhållanden och därmed avtalet är att uppfatta.¹⁸ Vid bedömningen av vem som är arbetstagarare kan följaktligen olika kriterier få olika tyngd beroende på vilken funktion de aktuella rättsreglerna har. Även sedvanan i branschen kan få en avgörande betydelse vid gränsdragningen mellan arbetstagarare och uppdragstagarare.¹⁹

Den arbetsrättsliga lagstiftningen är i sina grunddrag tvingande till arbetstagararens förmån och inte kan sättas åsido genom avtal.²⁰

5.3.2 Arbetstagarbegreppet inom EU

En av EU:s grundprinciper är att det ska råda fri rörlighet för personer. Den fria rörligheten handlar om EU-medborgares rätt att resa till och stanna i ett annat EU-land för att vistas där en längre eller kortare tid. I artikel 45 i FEUF anges att fri rörlighet för *arbetstagarare* ska säkerställas inom unionen. Denna fria rörlighet ska innebära att all diskriminering av arbetstagarare från medlemsstaterna på grund av nationalitet ska avskaffas vad gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor. Även diskriminering som rör sociala och skattemässiga förmåner är otillåten.²¹ EU-domstolen har uttalat att begreppet arbetstagarare i artikel 45 FEUF har en gemenskapsrättslig betydelse. Begreppet arbetstagarare får alltså i denna mening inte definieras av medlemsländerna var för sig, utan ska tolkas entydigt. Samtidigt ska begreppet tolkas vidsträckt.²² EU-domstolen²³ har uppgett tre villkor av för att någon ska anses vara arbetstagarare, nämligen att

¹⁸ Se t.ex. NJA 1982 s. 784, AD 1982 nr 104 och AD 2013 nr 92.

¹⁹ A. Ds s. 120.

²⁰ AD 2005 nr 33, AD 2012 nr 24 och AD 2013 nr 92.

²¹ Birgitta Nyström, *EU och arbetsrätten*, 4 uppl. 2011, s. 134.

²² A.a., s. 127.

²³ Lawrie-Blum mot Land Baden-Württemberg, dom av den 3 juli 1986 i mål C-66/85, REG 1986, s. 2121.

- personen ska utföra arbete åt eller för någon annan,
- personen ska vara under dennes arbetsledning och
- arbetet ska ske mot vederlag.

En person förlorar inte sin status som arbetstagare i gemenskapsrättslig betydelse, om han eller hon förlorar sin anställning på grund av sjukdom, olycksfall eller ofrivillig arbetslöshet.²⁴

I flera EU-direktiv, som rör arbetstagares rättigheter, är dock utgångspunkten att arbetstagarbegreppet ska avgöras enligt nationell rätt.²⁵ Arbetstagarbegreppet förekommer exempelvis i övergångsdirektivet²⁶ och där anges att med arbetstagare avses *varje person som i den berörda medlemsstaten åtnjuter skydd som arbetstagare enligt den nationella lagstiftningen rörande anställningsförhållandet*. I utstationeringsdirektivet²⁷ anges att med begreppet arbetstagare avses *det begrepp som tillämpas i rätten i den medlemsstat inom vars territorium arbetstagaren är utstationerad*. I dessa fall ska alltså arbetstagare även definieras enligt respektive medlemsstats lag. Även i lönegaranti-direktivet framgår att arbetstagarbegreppet ska förstås i enlighet med nationell rätt och praxis.²⁸ I det så kallade ramdirektivet²⁹, som rör säkerhet och hälsa i arbetet, menas med arbetstagare *varje person anställd av en arbetsgivare, inklusive praktikanter och lärlingar men inte arbetstagare i arbetsgivarens hushåll*.

Något förenklat kan sägas att rätten till fri rörlighet för arbetstagare, som behandlas i artikel 45 FEUF, ska leda till att en arbetstagare inte hindras att söka anställning i ett annat medlemsland, medan andra EU-rättsakter, såsom ramdirektivet, ska tillförsäkra en arbetstagare ett visst minimiskydd i det land han eller hon arbetar. Skillnaden ligger alltså i att den fria rörligheten för arbetstagare i första hand syftar till att underlätta för företagen inom EU att hitta

²⁴ Nyström s. 129.

²⁵ Se Örjan Edström, kommentaren till 1 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, avsnitt 3.1 (Lexino 2014-05-02).

²⁶ Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter, artikel 2.1 d.

²⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, artikel 2.2.

²⁸ (2008/94/EG) artikel 2.2.

²⁹ Rådets direktiv 89/391/EEG av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet.

arbetskraft³⁰, medan andra direktiv syftar till att ge arbetstagare arbetsmiljöskydd. Sådant arbetsmiljöskydd ska förhindra att företag konkurrerar genom att bjuda under varandra när det gäller kostnaden för arbetskraft, till följd av försämrade villkor för arbetstagare (även kallat social dumpning).³¹

5.3.3 Arbetstagarbegreppet i direktivet

I direktivet finns ingen definition av begreppet arbetstagare. I artikel 1.3 förekommer begreppet arbetstagare i samband med stadgandet att inget i direktivet får tas som grund för att begränsa arbetstagares *rörlighet*. Det är rimligt att anta att arbetstagares rörlighet i detta sammanhang har samma innebörd som i artikel 45 i FEUF, dvs. att direktivet ger inte någon möjlighet att utfärda nationella bestämmelser som diskriminerar en arbetstagare på grund av dennes nationalitet. Samtidigt är det så att direktivet har antagits med stöd särskilt av artikel 114 i FEUF. I den artikeln undantas bestämmelser om fri rörlighet för personer samt bestämmelser om anställdas rättigheter och intressen från EU:s lagstiftningskompetens. Undantaget måste antas betyda att *arbetstagares rörlighet* i artikel 1.3 innefattar mer än diskrimineringsförbudet och syftar på rörligheten på arbetsmarknaden generellt.

Det måste även antas att undantaget i artikel 114 FEUF innebär att medlemsstaterna är oförhindrade att stifta lagar som syftar till att ge anställda skydd och rättigheter, så länge ett visst minimiskydd för företagshemligheter enligt direktivet upprätthålls. Det är likaså rimligt att anta att medlemsstaterna ska använda de egna, nationella definitionerna av arbetstagarbegreppet inom direktivets tillämpningsområde.

Begreppet arbetstagare som det används i artikel 3.1 c och 5 c, måste antas i huvudsak ha samma innebörd som i direktiven om arbetstagarinflytande och samråd (samrådsdirektivet³², företagsråds-

³⁰ Nyström s. 99.

³¹ A.a. s. 108.

³² Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/14/EG av den 11 mars 2002 om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen.

direktivet³³, direktivet om kollektiva uppsägningar³⁴ och övergångs-direktivet³⁵). Med arbetstagare avses då personer som omfattas av de respektive nationella definitionerna av detta begrepp. Även i artikel 14 nämns arbetstagare, och då i samband med möjlighet till jämkning. Eftersom jämkningsregeln är en skyddsbestämmelse för arbetstagare, torde även här medlemsländernas definition av arbets-tagare vara utgångspunkt vid dess tillämpning.

5.4 Definitionen av företagshemligheter – artikel 2

Förslag: Den svenska lagen ska ändras så att definitionen av företagshemligheter närmare följer EU-direktivet, men bestämmelsen att en företagshemlighet är information *vars röjande är ägnat att medföra skada i konkurrens hänseende* ska behållas.

Kravet att informationen ska avse affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse ska tas bort.

Definitionen av vad som menas med information som kan utgöra företagshemligheter ska kompletteras med tillägget att även *sammanställningar* ingår.

Definitionen av företagshemligheter ska kompletteras även på så sätt att det ska framgå av lagen att arbetstagares personliga erfarenhet och färdigheter inte utgör företagshemligheter. Därtill ska det framgå att information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande inte är en företagshemlighet.

³³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/38/EG av den 6 maj 2009 om inrättande av ett europeiskt företagsråd eller ett förfarande i gemenskapsföretag och grupper av gemenskapsföretag för information till och samråd med arbetstagare.

³⁴ Rådets Direktiv 98/59/EG av den 20 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar.

³⁵ Rådets Direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.

5.4.1 Definitionen av företagshemligheter i EU-direktivet kommer från TRIPS-avtalet

Företagshemligheter definieras i artikel 2 i EU-direktivet och i 1 § FHL.

Sverige är medlem i Världshandelsorganisationen (World Trade Organization, WTO), som bildades 1994. Det så kallade TRIPS-avtalet (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) är en del av samarbetet inom WTO. TRIPS-avtalet har ratificerats av Sverige och trädde i kraft år 1996. Även EU är part till avtalet.

TRIPS-avtalet stadgar att varje medlemsstat ska se till att det finns regler om skydd för företagshemligheter (*protection of undisclosed information*). TRIPS-avtalets artikel 39 punkterna 1 och 2, avsnitt 7 ”Skydd för företagshemligheter”, har följande lydelse (punkten 3 återges inte här)³⁶.

1. Vid säkerställandet av ett verksamt skydd mot otillbörlig konkurrens i enlighet med artikel 10a i Pariskonventionen (1967) skall medlemmarna skydda företagshemligheter i enlighet med punkt 2 samt uppgifter som lämnats till medlemmarnas regeringar eller dessas organ i enlighet med punkt 3.

2. Fysiska och juridiska personer skall ha möjlighet att förhindra att information över vilken de lagligen förfogar, inte utan deras samtycke röjs för, anskaffas av eller används av andra på sätt som strider mot god affärssed (10), om informationen i fråga

(a) 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 lätt tillgänglig för den personkrets som normalt sett handskas med denna typ av information,

(b) har kommersiellt värde genom att den är hemlig, och

(c) personen som lagligen förfogar över den har vidtagit med hänsyn till omständigheterna rimliga åtgärder för att hålla den hemlig.

I not (10) anges följande.

Termen ’på sätt som strider mot god affärssed’ skall i detta avtal åtminstone innebära kontraktsbrott, röjande av förtroende eller anstiftan till sådana handlingar, och inbegriper anskaffning av företagshemligheter av tredje man som hade vetskap eller av grov oaktsamhet inte hade vetskap om att sådana handlingar var förbundna med anskaffandet.

³⁶ Svensk översättning av TRIPS-avtalet är hämtat ur prop. 1994/95:35, Sveriges anslutning till Världshandelsorganisationen m.m., s. 145.

Regeringen ansåg i det lagstiftningsarbete som följde av WTO-anslutningen att svensk lagstiftning uppfyller TRIPS-avtalets bestämmelser vad gäller företagshemligheter.³⁷

EU-direktivets definition av en företagshemlighet stämmer överens med artikel 39.2 i TRIPS-avtalet beträffande vilken information som ska skyddas. Definitionen av företagshemligheter i EU-direktivet ska därför förstås mot bakgrund av TRIPS-avtalet.

5.4.2 Information innefattar även sammanställningar

I artikel 2 finns inte någon definition av ordet information. Inte heller i TRIPS-avtalet definieras information. Termen information i TRIPS-avtalet ska dock förstås i vid bemärkelse, och ska täcka alla typer av uppgifter, så länge som informationen går att identifiera på något sätt.³⁸ Det måste alltså antas att det inte är informationens karaktär som avgör om informationen ska få skydd eller inte.³⁹ I det avseendet är 1 § FHL mer detaljerad, genom att ange att "[m]ed information förstås både sådana uppgifter som har dokumenterats i någon form, inbegripet ritningar, modeller och andra liknande tekniska förebilder, och enskilda personers kännedom om ett visst förhållande, även om det inte har dokumenterats på något särskilt sätt". Ordet information sammanfaller med allmänt språkbruk och fungerar här som en samlingsbeteckning för uppgifter, kunskaper och vetande av vilket slag som helst.⁴⁰ Den svenska tolkningen måste därmed antas uppfylla kraven i TRIPS-avtalet i denna del.

I skälen till EU-direktivet, skäl (1) och (2), nämns bl.a. att företag värdesätter hemlighållande av information, som utöver tekniska kunskaper omfattar även information om kunder och leverantörer, affärsplaner, marknadsundersökningar och marknadsstrategier. Genom dessa skäl ges begreppet information i direktivet en vidsträckt innebörd och sammanfaller med allmänt språkbruk. Formuleringen i 1 § andra stycket nuvarande FHL strider därmed inte mot EU-direktivet.

³⁷ Prop. 1994/95:35, s. 64 f.

³⁸ Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 4 uppl. 2012, s. 541.

³⁹ Christina Helgesson, *Affärshemligheter i samtid och framtid*, 2000, s. 186.

⁴⁰ Lagrådsremiss – Ett bättre skydd för företagshemligheter, 12 december 2013 s. 14.

Uppräkningen i 1 § andra stycket nuvarande FHL fyller en pedagogisk funktion genom att ge exempel på information som kan omfattas av lagen. Här bör beaktas direktivets artikel 2.1 a, som behandlar i vilken mening information ska anses hemlig. Där står nämligen att information kan skyddas om den är hemlig som helhet eller *i den form dess beståndsdelar ordnats och satts samman*. Denna formulering innefattar alltså information, vars olika delar inte nödvändigtvis måste vara hemliga var för sig, men där den sammansatta helheten utgör något som är värt att hålla hemligt i kommersiella sammanhang. Recept på olika livsmedel eller materialblandningar kan antas vara sådant. Typexemplet torde annars vara listor på kunder med kontaktuppgifter, där namnen på de olika kunderna var för sig visserligen inte nödvändigtvis utgör en företagshemlighet, men där den sammanställda listan kan vara värdefull. Denna typ av sammanställningar kan redan med nuvarande lagstiftning vara sådan information som skyddas.⁴¹ För att på ett tydligare sätt markera att även sammanställningar av uppgifter kan åtnjuta skydd, bör ordet sammanställningar införas i den paragraf som innehåller definitionen av företagshemligheter.

5.4.3 Kravet att informationen ska avse affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse tas bort

I 1 § nuvarande FHL anges att information, för att kvalificera sig som företagshemlighet, ska röra *affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse*. Begreppet *näringsidkare* inbegriper varje juridisk eller fysisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art, oavsett om informationen är inriktad på vinst eller ej.⁴² Ideella föreningar och fackförbund faller ofta utanför näringsidkarbegreppet. Dock kan sådana organisationer i vissa delar bedriva näringsverksamhet i FHL:s mening, såsom exempelvis en ideell förening som bedriver solidarisk handel.⁴³ I begreppet näringsidkare finns alltså ett krav på yrkesmässig verksamhet, men det finns inget krav på att verksamheten ska vara omfattande.⁴⁴ En privatpersons idé

⁴¹ Se exempelvis Svea hovrätts beslut 2010-12-20 mål nr Ö 7342-10 och Skånska hovrättsens beslut 2002-01-22 i mål nr Ö 3040-01.

⁴² Prop. 1987/88:155 s. 34.

⁴³ Fahlbeck s. 307.

⁴⁴ A.a. s. 306.

kan alltså åtnjuta skydd under FHL, om privatpersonen försöker kommersialisera den idén.⁴⁵ Förarbeten och uttalanden i doktrinen visar att ordet näringsidkare har en vidsträckt innebörd. Det är rimligt att anta att domstolar som regel skulle göra en generös tolkning av begreppet. Under begreppet näringsidkare skulle i sådana fall även kunna rymmas planeringen av att kommersialisera information, även om denna information endast har *potentiellt* kommersiellt värde. Det finns dock inte någon praxis där innebörden av näringsidkare i FHL:s mening närmare har prövats.

En av anledningarna till att lagstiftaren valde att skriva *affärs- eller driftförhållanden* i näringsidkarens rörelse, var att man önskade inkludera information som är specifik för näringsidkaren, men exkludera sådant som kan klassas som arbetstagares personliga skicklighet och erfarenhet. Inte heller ska personliga förhållanden hos anställda eller personer i ledningsgruppen inkluderas, även om i vissa fall personliga förhållanden kan påverka ett företags anseende. Informationen ska vara företagsspecifik, eller såsom det uttryckts i doktrinen: ”Företagshemligheter ska vara information som skiljer näringsidkaren från andra i branschen”⁴⁶. Det krävs inte att näringsidkaren tänkt att själv använda informationen i sin rörelse. En affärsidé som näringsidkaren har tagit fram anses ingå i dennes rörelse, även om någon annan näringsidkare behövs för att förverkliga idén.⁴⁷

Det finns inget krav på att informationen ska vara särskilt avancerad. Samtidigt finns det i praxis exempel på att viss information inte kan åtnjuta skydd eftersom den är så allmänt förekommande att den inte kan anses vara företagsspecifik.

I EU-direktivet finns inte någon bestämmelse om att informationen ska finnas i en näringsidkares rörelse eller att den ska röra affärs- eller driftförhållanden. Direktivet låter det inte vara avgörande *vem* som är innehavaren av företagshemligheten, utan i stället är det avgörande om informationen har ett kommersiellt värde på grund av att den är hemlig. Samtidigt måste hela direktivets andemening tolkas så att det är just ett företags möjlighet att skörda frukten av sitt eget arbete och egna investeringar som ska skyddas, på ett sätt som inte är konkurrensbegränsande. Dessutom krävs det att innehavaren av

⁴⁵ Domeij s. 93.

⁴⁶ A.a. s. 99.

⁴⁷ Fahlbeck s. 308 och NJA 1998 s. 633.

en företagshemlighet driver någon form av ekonomisk verksamhet, eftersom informationen måste ha ett kommersiellt värde, faktiskt eller potentiellt. I skälen anförs dessutom på flera ställen att *företag* värdesätter hemlighållande av information och att sådant hemlighållande ger konkurrensfördelar och bidrar till utvecklingsmöjligheter (bl.a. skäl 1–3).

Ingenstans i direktivet eller skälen anförs att även *privat* information skulle kunna anses vara företagshemlighet.⁴⁸ Detta kan innebära att exempelvis en person inte kan räkna med att få sina privata angelägenheter skyddade såsom företagshemlighet. Var gränsen går mellan privat information och information som ger konkurrensfördelar, får antas komma att utvecklas närmare av domstolarna, och då ytterst EU-domstolen.

Dock nämns i skälen (1) att även *icke-kommersiella forskningsinstitutioner* investerar i utveckling av information, som institutionerna avser att hålla hemlig av samma anledningar som företag. Även värdet av att skydda kunskapsöverföring mellan företag och forskningsinstitutioner poängteras i skälen (3).

Fråga är då om kravet enligt FHL – att informationen ska röra *affärs- eller driftförhållanden* i en *näringsidkares rörelse* är en begränsning som är oförenlig med direktivet.

I skälen (14) till direktivet anges att definitionen av företagshemlighet bör utformas så att den täcker *know-how, företagsinformation och teknisk information*. Dessa begrepp torde rymmas i begreppet *affärs- eller driftförhållanden*. I skälen (14) anges även att företagshemlighet inte omfattar obetydlig information, eller erfarenheter och färdigheter som en arbetstagare får vid normal yrkesutövning.

Kravet i 1 § nuvarande FHL – att det ska röra sig om *affärs- eller driftförhållanden* i en *näringsidkares rörelse* – ligger därmed mycket nära direktivets definition. Det finns dock risk att dessa krav i FHL är något begränsande i förhållande till direktivet. Det är nämligen inte säkert att information som förekommer hos en forskningsinstitution skyddas i ett tillräckligt tidigt läge. Även *icke-kommersiella forskningsinstitutioner* kan ha behov att skydda sin information, såsom framhålls i direktivets skäl (1). Det är tänkbart att en

⁴⁸ Jfr Aplin, *A Critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive*, Intellectual Property Quarterly, issue 4, 2014, s. 262–263.

forskningsinstitution vill skydda sina innovationer, även om det är för tidigt i utvecklingsfasen för att kunna bedöma om informationen i ett senare skede skulle kunna gå att kommersialisera. Sådan information kanske inte kan anses ingå i en näringsidkares rörelse ens vid en generös tolkning av begreppet näringsidkare. Det finns därför skäl till att lägga den svenska lagstiftningen närmare direktivets ordalydelse, genom att man i lagtexten tar bort kravet att information ska röra affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse.

5.4.4 Det bör införas krav på rimliga åtgärder för hemlighållande av information

För att information ska omfattas av begreppet företagshemlighet kräver både FHL och direktivet att informationen hålls hemlig. Av förarbetena till FHL framgår att kretsen av personer som känner till informationen måste vara begränsad, definierbar och sluten i den meningen att de som har del av informationen inte reservationslöst är behöriga att utnyttja den eller föra den vidare. Det krävs en viss aktivitet av näringsidkaren för att hålla informationen hemlig, men något formkrav har inte uppställts. Innehavarens ambition att hålla informationen hemlig kan i vissa fall vara underförstådd och behöver inte särskilt påtalas.⁴⁹ Verksamhetens inriktning och praxis i branschen kan vara avgörande, snarare än det praktiska förfarandet vid hemlighållandet.⁵⁰ Det räcker således att det står klart att det är fråga om information som näringsidkaren vill hålla hemlig. Givetvis kan avsaknaden av rutiner och information leda till att anställda inte är eller bör vara medvetna om arbetsgivarens vilja att hålla något hemligt. I sådana fall kan de anställda inte heller ställas till svars om de röjer eller utnyttjar hemligheten.⁵¹

Att näringsidkaren håller informationen hemlig är dock inte tillräckligt för att informationen ska kunna skyddas såsom företagshemlighet; det krävs också att informationen inte relativt lätt ska kunna inhämtas någon annanstans.⁵² Med andra ord: personer med

⁴⁹ Se NJA 1998 s. 633 (det s.k. JAHAB-målet).

⁵⁰ RH 2002:11.

⁵¹ Prop. 1987/88:155 s. 36.

⁵² Domeij s. 126–129.

kunskap inom den aktuella branschen kan inte komma åt informationen trots sökningar i öppna källor.⁵³

I EU-direktivet definieras begreppet hemlig på så sätt att informationen inte är allmänt känd hos eller lättillgänglig för personer i de kretsar som normalt sett handskas med typen av information i fråga. Detta krav stämmer i huvudsak överens med hemlighetsbegreppet i nuvarande FHL såsom det har beskrivits i förarbeten och tolkats i litteraturen. Såsom FHL har utformats och tillämpas strider svensk lagstiftning därmed inte mot direktivet. Innebörden i svensk rätt, som överensstämmer med direktivets krav, bör dock klart och tydligt framgå av lagregeln. Det finns därför pedagogiska skäl för att direktivets beskrivning förs in i svensk rätt.

I direktivet anges även att det krävs att innehavaren med *hänsyn till omständigheterna vidtagit rimliga åtgärder* för att hålla informationen hemlig. Något formkrav för åtgärderna ställs inte upp. Begreppet *vidtagit* kan tyda på att det krävs att innehavaren på ett aktivt sätt skyddar informationen. Detta ska jämföras med FHL, där det kan vara tillräckligt att mottagaren av informationen av sig själv förstår att det rör sig om konfidentiella uppgifter.

Definitionen av företagshemligheter i EU-direktivet har som sagt hämtats från artikel 39.2 i TRIPS-avtalet. I litteraturen har om TRIPS-avtalet uttalats att huvudregeln för vad som är ett hemlighållande är att den, som får tillgång till informationen, ska ha en skyldighet att fortsätta hemlighållandet.⁵⁴ För att därtill avgöra om de vidtagna åtgärderna för hemlighållande är rimliga, kan man behöva göra en analys av såväl kostnad/fördel som handelssed. I detta avseende kan även nationella lagar få betydelse, exempelvis bestämmelser om att en arbetstagare har tystnadsplikt som en följd av anställningsavtalet eller om särskilt sekretessavtal krävs.⁵⁵ Det tycks alltså krävas ett tydligare agerande från innehavaren enligt TRIPS-avtalet än i nuvarande FHL, för att informationen ska anses vara hemlig.

TRIPS-avtalet behandlades i 2008 års betänkande.⁵⁶ Utredaren konstaterade där att TRIPS-avtalet troligen ställer högre krav på aktivitet av den som lagligen har rätt att förfoga över informationen, än vad som ställs i svensk rätt för att informationen ska kunna få

⁵³ Fahlbeck s. 320.

⁵⁴ Gervais s. 542–543.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ SOU 2008:63, Förstärkt skydd för företagshemligheter s. 256.

skydd som företagshemlighet.⁵⁷ På motsvarande sätt bör EU-direktivets krav på att innehavaren ska vidta åtgärder innebära att något mer krävs av innehavaren, än att andra personer förstått dennes ambition av hemlighållande.⁵⁸ Det är rimligt att anta att sådana juridiska eller tekniska åtgärder som krävs exempelvis kan vara att innehavaren upprättar instruktioner på en arbetsplats hur hemlig information ska hanteras, eller att särskild behörighet krävs av anställda för åtkomst till information i företagets IT-system.⁵⁹

EU-direktivet föreskriver inte att medlemsländerna måste införa krav på formellt skydd i varje enskilt fall av informationsöverföring. Formuleringen med *hänsyn till omständigheterna* medger i stället att bedömningen om vad som är rimliga åtgärder varierar enligt nationella regler och sedvänja. Det bör exempelvis inte krävas att innehavaren av en företagshemlighet visar att varje anställd som kommit i kontakt med informationen har undertecknat ett sekretessavtal. Det bör dock krävas mer av arbetsgivaren än att han hänvisar till vad de anställda borde ha förstått, om arbetsgivaren rimligen kunnat vidta mer åtgärder.⁶⁰ Inte heller bör det ställas upp något formkrav på ett avtal om konfidentialitet mellan näringsidkare, av skäl som framfördes i propositionen till FHL:

Det ligger givetvis i näringsidkarens eget intresse att så tydligt som möjligt klargöra att informationen skall hållas hemlig. [...] Ett formligt krav på att skyddsåtgärderna skall vara utåt skönjbara bör emellertid inte ställas upp i lagen. Ett sådant krav skulle innebära att lagen inte gav något skydd i fall då det föreligger en brist i den så att säga formella delen av skyddet men det likväl står klart att det är fråga om information som näringsidkaren vill hålla hemlig.⁶¹

Det är den som innehar och vill profitera på en företagshemlighet som har störst anledning att se till att informationen inte får spridning. Det är också denne som har möjlighet att kontrollera vilka personer som ska få tillgång till hemligheten och klargöra förutsättningarna för dessa personer. Därför är det lämpligt att det är den som hävdar att rimliga åtgärder har vidtagits, som har bevisbördan för att så skett. Exempelvis bör det kunna krävas av en arbetsgivare

⁵⁷ A. SOU s. 256.

⁵⁸ Domeij s. 125.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Prop. 1987/88:155 s. 13.

att denne kan visa att de anställda blivit upplysta om att information på arbetsplatsen kan utgöra företagshemligheter. Frågan vad som är rimliga åtgärder måste bedömas med ledning av omständigheterna i det enskilda fallet.

För att bli konform med EU-direktivets krav bör således den svenska lagen klargöra att det krävs att innehavaren ska, med hänsyn till omständigheterna, vidta rimliga åtgärder för att hålla informationen hemlig.

5.4.5 Begreppet skada i konkurrenshänseende stämmer överens med direktivets krav

Med begreppet *skada i konkurrenshänseende* i 1 § FHL menas att ett röjande ska förändra konkurrensförmågan negativt. Om en uppgift kan anses som så väsentlig för näringsverksamheten att ett röjande skulle förändra konkurrensförmågan i negativ riktning, dvs. medföra en skada, kan uppgiften anses utgöra en företagshemlighet.⁶² I detta avseende menas inte ohämmad konkurrens, utan en konkurrensförmåga byggd på ”sund och effektiv konkurrens”⁶³. Konkurrensförmågan ska alltså inte bygga på att näringsidkare underlåter att följa föreskrifter och lagar för att på det sättet tillskansas sig fördelar som konkurrenterna inte har. Med skada menas sådant som skyddas av rättsordningen genom att skadan kan föranleda skadestånd.⁶⁴ Det krävs inte att skada faktiskt uppstår vid röjande av informationen, utan det räcker att ett röjande typiskt sett leder till skada.

I direktivet, artikel 2.1 b, anges att informationen ska ha *kommersiellt värde på grund av att den är hemlig*, för att kunna utgöra en företagshemlighet. Sett till ordalydelsen är begreppet skada i konkurrenshänseende något vidare än kommersiellt värde, eftersom begreppet kommersiellt värde lätt för tankarna till något som går att omsätta på en marknad. Så är dock oftast inte fallet med t.ex. en prislista eller ett avtal. Sådant information kan skyddas enligt nuvarande FHL, om röjandet skulle påverka konkurrensen negativt.

I skälen till direktivet ges begreppet kommersiellt värde en vidare innebörd. I skäl (14) nämns att begreppet företagshemlighet ska

⁶² A. prop. s. 35.

⁶³ Fahlbeck s. 94.

⁶⁴ A.a. s. 95.

innefatta information eller know-how som har ett faktiskt eller potentiellt kommersiellt värde, på så sätt att innehavaren sannolikt skadas om denna information/know-how olagligen röjs, utnyttjas eller anskaffas. Skadan anges kunna bestå av undergrävande av innehavarens vetenskapliga eller tekniska potential, affärsintressen, ekonomiska intressen, strategiska ställning eller konkurrensförmåga.

Denna innebörd stämmer nära överens med hur information som har kommersiellt värde i TRIPS-avtalet har beskrivits i doktrinen. Daniel Gervais har beskrivit det som information, som ger försteg i konkurrensen. Därutöver har han angett att informationen inte nödvändigtvis måste användas på ett sätt som genererar inkomst, utan att det är tillräckligt att kunder eller konkurrenter anser att informationen är värdefull.⁶⁵ I TRIPS-avtalet anges även att medlemmarna ska skydda företagshemligheter för att säkerställa ett skydd mot otillbörlig konkurrens.⁶⁶ Sammantaget är det alltså sådan information som kan ge sunda konkurrens fördelar som kan falla in under begreppet företagshemligheter enligt TRIPS-avtalet.

Det torde inte göra någon skillnad vid tillämpningen av lagen om begreppet *skada i konkurrenshänseende* används i stället för *kommersiellt värde på grund av att den är hemlig*. Uttrycket i FHL kan därmed inte sägas strida mot direktivet. Begreppet skada i konkurrenshänseende utesluter sådan information som visserligen kan ha ett kommersiellt värde, men ändå inte förtjänar rättsordningens skydd. Begreppet är både beskrivande och omfattande och bör behållas.

5.4.6 Brott och andra allvarliga missförhållanden kan inte vara företagshemligheter

Information om brott och andra allvarliga missförhållanden faller utanför skyddet i FHL. Lagen ska inte kunna användas för att dölja eventuella oegentligheter i ett företag. Även om hemlighållande av sådan information kan innebära konkurrens fördelar för innehavaren, så innebär nämligen inte ett röjande av sådan information en ersättningsgill skada i konkurrenshänseende, och utgör därför heller inte

⁶⁵ Gervais s. 541–542.

⁶⁶ Artikel 39.1 i TRIPS-avtalet.

en skada i FHL:s mening.⁶⁷ I lagrådsremissen från 2013 föreslogs att detta förhållande skulle komma till klarare uttryck i lagen. Det konstaterades även att lagen, trots uttalanden i förarbetena, uppfattas som oklar när det gäller anställdas möjligheter att yttra sig om sådan information. I remissen framhölls också att det finns ett samhällsintresse av att brott och andra allvarliga missförhållanden läggs i dagen. Det föreslogs därför att det uttryckligen borde framgå redan av lagens inledande bestämmelser att information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande aldrig utgör en företagshemlighet i lagens mening.⁶⁸

EU-direktivet syftar till att skydda information i fråga om vilken det finns både ett legitimt intresse av hemlighållande och berättigade förväntningar på att informationen hålls hemlig.⁶⁹ Definitionen av företagshemlighet i artikel 2.1 i EU-direktivet innehåller dock inte något uttryckligt undantag för information som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande – i fråga om vilken ett legitimt intresse av och berättigade förväntningar om hemlighållande inte kan finnas. Dock gör artikel 5 bl.a. klart att inget av det skydd som EU-direktivet föreskriver för företagshemligheter ska tillämpas i fall röjandet av företagshemlighet skett för att avslöja fall av försummelser, oegentligheter eller olaglig verksamhet, förutsatt att svaranden agerade i syfte att skydda allmänintresset. Bestämmelsen motsvarar i huvudsak vad 2 § nuvarande FHL stadgar angående obehöriga angrepp.⁷⁰

Gränsen mellan sådana missförhållanden som helt faller utanför skyddet för företagshemligheter och sådana som definitionsmässigt kan omfattas av FHL inte är helt klar. Det står dock utom tvivel att skyddet inte omfattar information beträffande vilken det vid ett objektivt bedömande från allmän synpunkt framstår som fullt försvarligt och även önskvärt att den kommer till allmänhetens kännedom.⁷¹ Vad som avses är med andra ord sådan information vars röjande inte ska kunna beivras enligt vare sig EU-direktivet eller FHL.

⁶⁷ Fahlbeck s. 330 ff. med hänvisningar.

⁶⁸ Lagrådsremiss – Ett bättre skydd för företagshemligheter, 12 december 2013, s. 11–15.

⁶⁹ Jfr EU-direktivets skäl 14.

⁷⁰ Förhållandet mellan innebörden av 2 § FHL och artikel 5 i EU-direktivet diskuteras utförligare i avsnitt 5.7.2.

⁷¹ LU30 s. 106.

Med hänsyn till vad som nu sagts kan det inte vara oförenligt med EU-direktivets bestämmelser att låta information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande vara utesluten från definitionen av företagshemlighet i lagens mening. Mot denna bakgrund och i övrigt av de skäl som framhölls i 2013 års lagrådsremiss bör lagen kompletteras på så sätt att det ska framgå att information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande aldrig är en företagshemlighet.

5.4.7 Arbetstagares personliga skicklighet och egna erfarenheter utgör inte företagshemligheter

Som anförts ovan är det endast företagsspecifik information som kan utgöra en företagshemlighet, inte arbetstagares personliga skicklighet och erfarenheter. I förarbetena till nuvarande FHL uttalas att principen bör vara att information som vem som helst med adekvat utbildning kan omsätta i praktiskt resultat bör anses som information i näringsidkarens rörelse. Om informationen däremot är knuten till individen, så att den inte genom en instruktion eller anvisning kan överflyttas till någon annan, bör den anses vara av personlig art och således inte ingå i näringsidkarens rörelse.⁷² Bengt Domeij har uttryckt gränsdragningen mellan yrkesskicklighet och företagshemlighet på följande sätt: ”Ett sätt att beskriva skillnaden är att yrkesskicklighet bara över tiden och med ansträngning kan överföras mellan individer, medan företagshemligheter är lättöverförda.”⁷³

I EU-direktivets inledande artikel framhålls att inget i direktivet ska tas till grund för att begränsa arbetstagares rörlighet. I synnerhet ska detta gälla arbetstagares användning av erfarenhet och färdigheter som förvärvats hederligt under deras normala yrkesutövning, se artikel 1.3 b. Även i skälen (14) anges att definitionen av företagshemligheter inte omfattar arbetstagares erfarenhet och färdigheter som förvärvats vid normal yrkesutövning. Principen i FHL att personlig skicklighet och erfarenhet inte utgör företagshemligheter måste därför anses överensstämma med EU-direktivet.

Det är angeläget att en arbetstagare inte känner sig hindrad att byta arbete och fritt använda sina färdigheter. En osäkerhet i detta

⁷² Prop. 1987/88:155 s. 35.

⁷³ Domeij s. 104.

avseende för arbetstagare kan hindra rörligheten på arbetsmarknaden. Det bör därför tydligt framgå av lagen att personlig erfarenhet och färdighet inte kan utgöra en företagshemlighet.

5.4.8 Övriga definitioner i artikel 2

Flera andra begrepp definieras i artikel 2.2–2.4. Dessa är

- *innehavare av en företagshemlighet*: en fysisk eller juridisk person som lagligen kontrollerar en företagshemlighet,
- *intrångsgörare*: en fysisk eller juridisk person som olagligen har anskaffat, utnyttjat eller röjt en företagshemlighet,
- *intrångsgörande varor*: varor vilkas formgivning, egenskaper, funktion, produktionsprocess eller marknadsföring gynnas avsevärt av olagligen anskaffade, utnyttjade eller röjda företagshemligheter.

Begreppen återkommer åtskilliga gånger i direktivet. Definitionerna klargör att både fysiska och juridiska personer kan inneha en företagshemlighet, och därmed vara berättigade att föra talan om skadestånd och andra åtgärder mot en intrångsgörare. Likaså kan både juridiska och fysiska personer vara intrångsgörare. Av definitionen framgår även att varor på ett flertal olika sätt kan anses göra intrång på en företagshemlighet.

Motsvarande definitioner finns inte i den svenska lagtexten. I stället för *innehavaren* talas i nuvarande FHL om *näringsidkaren* (1, 2, 6 och 9 §§), *arbetsgivaren* (7 §), *den som utsatts för det rättsstridiga angreppet* (11 och 14 §) och *den som har ansökt om vitesförbud* (13 §), beroende på sammanhanget i lagtexten. Ordet *intrångsgörare* eller motsvarande används inte i nuvarande FHL. I stället skrivs *den som* eller *han* för att markera att var och en omfattas av lagen. Därutöver används *arbetstagare*, när just sådana omfattas. Beträffande *intrångsgörande varor* används i nuvarande FHL (14 §) beskrivningen *en handling eller ett föremål [...] som innefattar hemligheten*.

Begreppet näringsidkare används, såsom nämnts ovan, i en vid mening. Även en arbetsgivare, som är en juridisk person, kan bli skadeståndsskyldig enligt FHL för något som en arbetstagare gör.

Direktivets definitioner av begreppen i artikel 2.2–2.4 innebär inte något nytt i förhållande till FHL. Det finns trots det skäl att införa

definitionen av *intrångsgörande varor* i svensk lagtext, enligt skäl som framförs i avsnitt 5.6.6, som rör artikel 4.5. Begreppen innehavare av en företagshemlighet och intrångsgörare torde däremot inte behöva definieras i lagtexten.

5.5 Lagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter – artikel 3

Bedömning: Det behövs inte någon regel som anger vad som är tillåtna beteenden och som därmed faller utanför lagen. Någon särskild bestämmelse till följd av artikel 3 behöver därför inte införas.

5.5.1 Inledning

I FHL finns inte någon uttrycklig beskrivning av hur en företagshemlighet kan anskaffas på laglig väg. I FHL anges i stället de ageranden som utgör otillåtna sätt att komma över företagshemligheter.⁷⁴

Bestämmelsen i nuvarande 2 § stadgar att avslöjanden av företagshemligheter inte omfattas av lagen, om avslöjande inte skett obehörigen. Anskaffande, utnyttjande eller röjande i syfte att avslöja något som *skäligen kan misstänkas* utgöra brott på vilket fängelse kan följa, eller som kan anses utgöra annat allvarligt missförhållande, anses inte obehörigt, enligt 2 § andra stycket. Inte heller är utnyttjande eller röjande som sker i *god tro* att anse som obehörigt, enligt tredje stycket.

Utöver de angivna undantagssituationerna finns andra fall då ett angrepp inte är obehörigt enligt 2 § första stycket. Exempel är att röjandet eller utnyttjandet sker med näringsidkarens medgivande, och då det finns en lagstadgad vittnesplikt eller annan lagstadgad skyldighet eller möjlighet att lämna ut uppgifter.

Sådant som är lagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter beskrivs i artikel 3 i EU-direktivet. Medlemsstaterna får inte inskränka det lagliga anskaffande, utnyttjande eller röjande som nämns artikel 3 (se artikel 1.1). Det som nämns i

⁷⁴ A.a. s. 113.

artikel 3 ska alltså vara tillåtet enligt medlemsstaternas lagstiftning. Artikel 3.1 gäller *anskaffande*, medan 3.2 även gäller *utnyttjande* och *röjande*.

En lagligen anskaffad företagshemlighet måste därmed antas kunna få utnyttjas och röjas av anskaffaren. Skyddet för företagshemligheter innebär ju inte någon ensamrätt till användning (såsom exempelvis upphovsrätten gör) utan skyddet syftar till att just hemlighålla information. Undantaget skulle dock vara när arbetstagare och arbetstagarföreträdare får information enligt sin lagliga rätt från arbetsgivaren, se nedan avsnittet om artikel 3.1 c. I dessa fall är det inte säkert att röjande och utnyttjande är tillåtet, även om själva anskaffandet är det.

5.5.2 Artikel 3.1 a – oberoende upptäckt eller skapande

Det ska anses lagligt att anskaffa information genom en från företagshemligheten oberoende upptäckt eller skapande, enligt artikel 3.1 a i EU-direktivet.

Företagshemligheter innebär varken enligt FHL eller enligt EU-direktivet⁷⁵ någon ensamrätt till viss information. Det betyder att det är fullt möjligt för två (eller flera) personer att vara innehavare av likadana företagshemligheter, om de båda personerna på var sitt håll har arbetat fram informationen. De kan då båda åtnjuta skydd för företagshemligheten var för sig. Det innebär också att om den ena personen skulle röja företagshemligheten för allmänheten, blir följden att informationen inte längre kan klassas som företagshemlighet för den andre personen heller. En oberoende upptäckt eller skapande från en konkurrent kan visserligen innebära negativa konsekvenser för den näringsidkare som använder sig av liknande upptäckter sedan tidigare. Men företeelsen är inte en skada i konkurrenshänseende i FHL:s mening, utan snarare resultatet av en fri och sund konkurrens. Bestämmelserna i direktivet – att det är lagligt att anskaffa information genom en oberoende upptäckt eller skapande – innebär för svensk rättstillämpning inga nyheter, även om principen inte direkt har uttryckts i lagtexten i FHL. Eftersom förfarandet inte innebär någon skada i konkurrenshänseende i lagens mening, torde

⁷⁵ Se exempelvis EU-direktivets skäl 16.

artikel 3.1 c inte föranleda någon ytterligare särskild bestämmelse i svensk lag.

5.5.3 Artikel 3.1 b – omvänd ingenjörskonst

Denna del av direktivet stadgar att så kallad omvänd ingenjörskonst (reverse engineering) är ett lagligt sätt att anskaffa en företags-hemlighet på. Det vill säga, det ska vara tillåtet att skaffa en produkt och sedan undersöka och montera isär den, för att få information om produkten eller tillverknings sättet.

Att komma åt information genom omvänd ingenjörskonst hindras inte genom nuvarande FHL. Liksom vid oberoende upptäckt eller skapande, kan omvänd ingenjörskonst av en lagligt anskaffad produkt vara en del i en sund konkurrens.

Omvänd ingenjörskonst innebär inte nödvändigtvis att informationen blir allmänt känd. Liksom vid oberoende upptäckt eller skapande, är det möjligt att flera personer blir innehavare av en företags-hemlighet, där var och en fritt kan disponera informationen.⁷⁶

I EU-direktivet stadgas som sagt att omvänd ingenjörskonst är ett tillåtet sätt att erhålla information på. Förutsättningen är att produkten ska ha gjorts tillgänglig för allmänheten eller att personen innehar den lagligen. Undantaget är om det rör sig om ett föremål som personen har en *lagenlig skyldighet* att begränsa anskaffandet av information från. Lagenlig skyldighet får antas främst syfta på avtal om att omvänd ingenjörskonst inte ska få användas. I skälen (16) anges nämligen att omvänd ingenjörskonst är laglig om inte annat har avtalats. I samma skäl anges även att friheten att ingå sådana avtalsarrangemang kan begränsas genom lag. Avtal som begränsar rätten till omvänd ingenjörskonst skulle exempelvis kunna vara en överenskommelse mellan näringsidkare, där ena parten vid avtalsförhandlingar överlämnar en prototyp med krav på sekretess.

Det kan i sammanhanget nämnas att det beträffande datorprogram, som är skyddade enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL), finns begränsningar i rätten att komma åt information genom omvänd ingenjörskonst.⁷⁷

⁷⁶ Fahlbeck s. 403.

⁷⁷ Se 26 g § och 26 h § URL.

Dessa bestämmelser i URL är resultat av datorprogramdirektivet⁷⁸. En sådan motsvarande begränsning ska således finnas för samtliga medlemsstater. Begränsningarna hanteras inom URL och kräver inga särskilda bestämmelser i lag om företagshemligheter.

I skälen (17) till direktivet anges att för de fall omvänd ingenjörskonst i stället innebär renommésnyltning, ska detta hanteras enligt bestämmelser om otillbörlig konkurrens, inte som ett angrepp på en företagshemlighet.

Bestämmelserna i direktivet i denna del innebär för svensk rättstillämpning inga nyheter.⁷⁹ Omvänd ingenjörskonst, som inte utövas i strid mot avtal eller förtroendeförhållande, innebär inte i FHL:s mening skada i konkurrenshänseende. Någon särskild bestämmelse på grund av artikel 3.1 b torde inte behöva införas i svensk lag.

5.5.4 Artikel 3.1 c – arbetstagares rätt till information m.m.

Arbetstagare och arbetstagarföreträdare ska enligt direktivet kunna anskaffa företagshemligheter, om det sker genom "...utövandet av sin rätt till information och i samråd i enlighet med unionsrätten och nationell lagstiftning och praxis." Bestämmelser om arbetstagarinflytande har antagits genom flertalet EU-rättsliga direktiv såsom samrådsdirektivet⁸⁰, företagsrådsdirektivet⁸¹, direktivet om kollektiva uppsägningar⁸² och övergångsdirektivet⁸³. Direktiven har det gemensamma syftet att inrätta minimiföreskrifter som gör det möjligt för arbetstagare att få information från och samråda med arbetsgivaren, om sådant som kan komma att påverka deras anställningssituation. De direktiven har lämnat åt medlemsstaterna att inom direktivens ramar själva bestämma formerna för information och samråd, i enlighet med nationell lagstiftning och den praxis som finns för relation-

⁷⁸ Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.

⁷⁹ Se exempelvis Domeij s. 114.

⁸⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/14/EG av den 11 mars 2002 om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen.

⁸¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/38/EG av den 6 maj 2009 om inrättande av ett europeiskt företagsråd eller ett förfarande i gemenskapsföretag och grupper av gemenskapsföretag för information till och samråd med arbetstagare.

⁸² Rådets Direktiv 98/59/EG av den 20 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar.

⁸³ Rådets Direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.

erna mellan arbetsmarknadens parter. I samrådsdirektivet och företagsrådsdirektivet finns även bestämmelser om tystnadsplikt för arbetstagarrepresentanter som i förtroende mottagit information från arbetsgivarsidan.

Samrådsdirektivet gav upphov till några ändringar i MBL beträffande skyldigheten för en arbetsgivare, som inte var bunden av kollektivavtal, att lämna information till lokal arbetstagarorganisation. Sedan tidigare hade redan en arbetstagarrepresentant som mottagit information med tystnadsplikt, rätt att utan hinder av tystnadsplikten föra informationen vidare till en ledamot av styrelsen för sin organisation. Tystnadsplikten gäller i sådant fall även för styrelseledamoten, enligt 22 § MBL. Företagsrådsdirektivet gav upphov till en ny lag (2011:427) om företagsråd. Även enligt denna lag har en arbetstagarrepresentant, som mottagit något med tystnadsplikt, rätt att föra informationen vidare till andra arbetstagarledamöter. Det stadgas även att arbetstagarrepresentanten är skyldig att informera om tystnadsplikten och att den då även gäller för mottagaren. En liknande bestämmelse finns beträffande skyddsombud, som förordnats i enlighet med Arbetsmiljölagen. Enligt den lagen får ett skyddsombud trots sin tystnadsplikt lämna uppgifter till arbetstagarorganisationens styrelse. Skyddsombudet är då skyldigt att upplysa om tystnadsplikten för mottagaren, varefter tystnadsplikten gäller även för denne.⁸⁴

I både samrådsdirektivet och företagsrådsdirektivet finns bestämmelser om att företag inte är skyldiga att lämna ut vissa känsliga uppgifter som kan skada företaget. Några motsvarande lagregler infördes inte i Sverige. Anledningen var att det redan genom förarbeten och praxis framgår att informationsplikten är begränsad till uppgifter som arbetstagaren behöver.⁸⁵ Sådant som exempelvis kan undantas är utvecklings- och forskningsarbete av synnerligen hemlig natur samt uppgifter i samband med anbudsgivning i konkurrens med andra företag. Denna möjlighet avser endast rena undantags-situationer, när ett utlämnande av informationen allvarligt skulle skada eller vara till förfång för företagets verksamhet.⁸⁶

⁸⁴ Se 7 kap. 13 § Arbetsmiljölagen (1977:1160).

⁸⁵ SOU 2004:85 s. 113.

⁸⁶ A. SOU s. 114.

Det finns alltså både nationella och unionsrättsliga bestämmelser om att arbetstagare och arbetstagarrepresentanter har rätt att få information från och samråda med arbetsgivaren. Sådan information kan inte sällan innehålla företagshemligheter. Att arbetstagare och arbetstagarrepresentanter erhåller företagshemligheter genom sin lagstadgade rätt, definieras enligt artikel 3.1 c i EU-direktivet som lagligt anskaffande.

Det kan enligt svensk lagstiftningstradition ses som onödigt att stadga att det är lagligt att en person erhåller information, som personen ändå har rätt till att få tillgång till enligt en annan lag. Funktionen hos bestämmelsen tycks snarare vara att direktivet ska täcka alla tänkbara situationer av anskaffande, och att då alla former av tillåtet anskaffande behöver definieras. Därefter definieras sådant röjande och utnyttjande, som inte kan tillåtas, i senare artiklar (se artikel 4). Genom bestämmelsen står det ändå klart att arbetsgivaren inte kan neka arbetstagersidan viss information och samråd genom att enbart hänvisa till att informationen innehåller företagshemligheter.

I skäl (18) anges att ett lagligt anskaffande av en företagshemlighet inte påverkar eventuella skyldigheter att bevara informationen fortsatt hemlig. Arbetstagaren har således rätt att anskaffa informationen, men kan ha en skyldighet att bevara informationen hemlig. Detta skulle kunna betyda att en arbetstagare som genom samråd med arbetsgivarparter får reda på företagshemligheter, inte har rätt att använda informationen för andra ändamål än att dels utöva sina arbetsuppgifter, dels att bevaka sina arbetsrättsliga intressen. Ett röjande eller utnyttjande skulle således kunna vara otillåtet enligt artikel 4.3 b respektive c, även om själva anskaffandet skett på ett tillåtet sett. På så sätt överensstämmer bestämmelserna i 3.1 c med andra bestämmelser som ger arbetstagersidan rätt till information och samråd, såsom samrådsdirektivet och företagsrådsdirektivet.

Bestämmelserna i direktivet i denna del innebär för svensk rättstillämpning inga nyheter. Arbetstagare och arbetstagarrepresentanter har självklart rätt att ta till sig sådan information som de erhåller från arbetsgivaren. Någon ny lagregel behövs således inte till följd av direktivet i denna del.

5.5.5 Artikel 3.1 d – god affärssed

Sådant anskaffande som under omständigheterna överensstämmer med god affärssed ska anses lagligt enligt direktivet. I TRIPS-avtalet finns angett vissa förfaranden som anses strida mot god affärssed, se ovan avsnitt 5.4.1 och nedan avsnitt 5.6.3. Bestämmelsen i artikel 3.1 d har karaktären av en generalklausul och det finns utrymme för tolkning. Den bedömning, som en domstol ska göra enligt artikel 3.1 d, ingår i den bedömning av om ett anskaffande kan anses behörigt, som ska ske enligt 2 § nuvarande FHL.

5.5.6 Artikel 3.2 – anskaffande, utnyttjande och röjande kan vara lagligt enligt unionsrätt eller nationell rätt

Artikel 3.2 hänvisar till sådant som är lagligt enligt unionsrätt och nationell rätt, och omfattar förutom anskaffande även utnyttjande och röjande. Bestämmelsen tangerar bestämmelserna i punkt c ovan, där arbetstagares och arbetstagarrepresentanters anskaffande av information behandlas. Bestämmelsen omfattar även utnyttjande och röjande. En laglig rätt att röja en uppgift skulle här kunna vara den hos en arbetstagarrepresentant som för vidare information till sin organisation, enligt 22 § MBL.

Ageranden som är lagliga enligt svensk rätt

De svenska grundlagsbestämmelserna om meddelar- och anskaffarfrihet har företrädare framför FHL. I den mån en tillämpning av FHL skulle strida mot grundlagsbestämmelserna får FHL alltså inte tillämpas (se avsnitt 3.4). Offentligt anställda har rätt att utnyttja sin meddelarfrihet utan repressalier från arbetsgivaren, eftersom arbetsgivaren är en representant för det allmänna. De som är anställda eller uppdragstagare i verksamheter i vilka offentlighetsprincipen tillämpas, kan alltså, utan hinder av regleringen om företagshemligheter, röja företagshemligheter när det är fråga om att utnyttja den grundlagsreglerade meddelar- och anskaffarfriheten. För privat verksamhet gäller dock inte samma skydd för anställda. Det finns inget efterforskningsförbud för privata arbetsgivare som inte har att tillämpa

offentlighetsprincipen. Bestämmelserna i TF och YGL gäller nämligen mellan det allmänna och enskilda, inte mellan enskilda.

Här ska dock nämnas lagen (2017:151) om meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter, som ska träda i kraft den 1 juli 2017. Den lagen innebär ett stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet.⁸⁷ Anställda, uppdragstagare och andra som på liknande grund deltar i yrkesmässigt bedriven enskild verksamhet inom skola, vård och omsorg, som till någon del är offentligt finansierad, ska ha motsvarande rätt som offentligt anställda att lämna uppgifter om verksamheten för publicering i medier som omfattas av tryckfrihetsförordningen eller yttrandefrihetsgrundlagen, t.ex. radio, tv och tidningar. Den som bedriver verksamheten förbjuds att efterforska vem som har utnyttjat sin meddelarfrihet eller medverkat till en grundlagsskyddad framställning och får inte heller utsätta denne för negativa åtgärder på grund av detta. Skyddet begränsas av de regler om tystnadsplikt som finns på respektive område och medför ingen rätt att lämna ut handlingar. Lagen innehåller bestämmelser om straff för den som ingriper eller efterforskar i strid med lagen.

Ytterligare en utredning inom området är utredningen om offentlighetsprincipen i fristående skolor. Utredningen överlämnade i oktober 2015 sitt betänkande Ökad insyn i fristående skolor (SOU 2015:82). I betänkandet föreslås att offentlighetsprincipen ska införas hos samtliga huvudmän för fristående skolor. En annan utredning har undersökt hur offentlighetsprincipen i praktiken kan införas i privat utförd offentligt finansierad vård och omsorg, fristående förskolor och fritidshem samt vuxenutbildning, vissa särskilda utbildningsformer i 24 kap. skollagen (2010:800) och annan pedagogisk verksamhet enligt 25 kap. samma lag, till den del de erbjuds av privata anordnare. Utredningens uppdrag redovisades den 3 oktober 2016 (SOU 2016:62). Dessutom har regeringen tillsatt en utredning som ska utreda hur ett stärkt meddelarskydd kan införas för privatanställda i andra verksamheter än skola, vård och omsorg som är helt eller delvis offentligt finansierade, t.ex. kollektivtrafik (dir. 2016:4). Utredningen ska redovisa sitt uppdrag den 23 maj 2017.

Det finns ett flertal bestämmelser i svensk lag som ligger utanför direktivets område, men som ändå har betydelse för när företags-hemligheter kan anskaffas, röjas eller utnyttjas lagligt. Det kan exem-

⁸⁷ Prop. 2016/17:31.

pelvis röra lagstadgad vittnesplikt (36 kap. 6 § RB) eller bestämmelser om att bankanställda ska rapportera misstänkt penningtvätt till Finansinspektionen. Därtill kan nämnas ”lex Maria” och ”lex Sarah”, som innebär att anställda inom hälso- och sjukvården respektive socialtjänsten har en rätt och skyldighet att påtala missförhållanden inom verksamheten. Ett röjande som består i att lämna uppgifter till en tillsynsmyndighet kan sällan ses som obehörigt.⁸⁸ För tillsynsmyndigheters verksamhet finns bestämmelser om sekretess i OSL. I skälen (18) till direktivet nämns lagstadgad revision som sådana nationella regler som kan föreskriva att myndigheter ska tillgång till företagshemligheter. I samma skäl påpekas att direktivet inte ska påverka samma myndigheters skyldighet att hålla informationen konfidentiell. Angående domstolars och andra myndigheters möjlighet att sekretessbelägga företagshemligheter, se avsnitt 10.

Det finns alltså ett antal bestämmelser i svensk rätt som medger att företagshemligheter avslöjas, utan att det kan anses som obehörigt enligt FHL. Hänvisningen i artikel 3.2 innebär ingen skillnad i förhållande till gällande rätt och föranleder inte behov av någon ny särskild bestämmelse.

5.6 Olagligt anskaffande, utnyttjande och röjande – artikel 4

5.6.1 Inledning

Artikel 4 rör otillåtet anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter. I direktivet används termen olagligt. I svensk terminologi förs lätt tankarna på ordet olagligt till straffrätten. En mer passande term inom civilrätten kan vara *otillåtet*. Hädanefter kommer därför ordet *otillåtet* användas i stället för direktivets *olagligt*. Några rättsverkningar av det otillåtna anskaffandet, utnyttjandet och röjandet anges inte i denna artikel, utan artikeln definierar endast vad som är otillåtet.

Första punkten i artikel 4 innehåller inte några materiella regler, utan anger endast att medlemsstaterna ska se till innehavaren av en

⁸⁸ Prop. 2016/17:22, Effektiv bekämpning av marknadsmissbruk, s. 370.

företagshemlighet får möjlighet till skydd för denna i enlighet med direktivet.

5.6.2 En definition av vad som utgör angrepp på företagshemligheter behövs i svensk lag

Förslag: Lagen ska kompletteras med en definition av vad som avses med angrepp. Enligt definitionen ska det inte krävas uppsåt eller oaktsamhet för att ett angrepp ska föreligga; det ska räcka med att förfarandet skett utan innehavarens samtycke. Ordet angrepp ska användas som en samlingsbeteckning för sådana förfaranden som i dag avses med anskaffande, utnyttjande eller röjande. Därtill ska med angrepp även avses import, export och lagring av intrångsgörande varor i syfte att utnyttja dem.

Förfaranden kan enligt direktivet vara otillåtna, oberoende av uppsåt eller oaktsamhet

I artikel 4 görs ingen skillnad beroende på vem det är som har anskaffat, röjt eller utnyttjat en företagshemlighet. Inte heller är det av betydelse huruvida förfarandet ska anses otillåtet eller inte. Bestämmelserna i artikel 4.2 och 4.3 ställer inte upp några krav på att personen som anskaffar/utnyttjar/röjer företagshemligheten har gjort det med uppsåt, eller ens varit oaktsam. Även någon som agerat i god tro kan således enligt direktivet anses ha otillåtet anskaffat, utnyttjat eller röjt en företagshemlighet. Den godtroende personen kan dock inte bli skadeståndsskyldig för förfarandet (se artikel 14 och avsnitt 7.2 och 7.3). Enligt artikel 4.2 och 4.3 i direktivet kan således ett förfarande anses vara otillåtet, oberoende av den avsikt som personen i fråga hade. Det räcker att det i objektiv mening föreligger ett anskaffande/utnyttjande/röjande. Detta får till följd att det räcker att innehavaren kan visa att en viss person utfört ett angrepp, för att en domstol ska kunna ålägga personen ett förbud eller andra åtgärder mot denne. Det krävs alltså inte att innehavaren ska kunna visa att personen i fråga hade något uppsåt eller var oaktsam för ett förbud eller annan åtgärd ska kunna meddelas.

Inte heller krävs att innehavaren ska kunna visa vem som ursprungligen anskaffat/röjt/utnyttjat företagshemligheten i de fall företagshemligheten har erhållits från personer i flera led. I sådana fall där en företagshemlighet erhållits i flera led, kan förbud, åtgärder och skadestånd åläggas en person som kände till (eller borde ha känt till) att ett tidigare otillåtet anskaffande/röjande/utnyttjande förelåg, oavsett om någon person tidigare i ”överlåtelsekedjan” varit i god tro, enligt artikel 4.4. Direktivet föreskriver i artikel 4.5 att även import, export och lagring av intrångsgörande varor som sker i syfte att utnyttja dem ska anses utgöra otillåtet utnyttjande.

Inte heller enligt svensk lag ska uppsåt eller oaktsamhet krävas för att ett angrepp på företagshemlighet ska anses föreligga

I nuvarande FHL stadgas skadeståndsskyldighet för vissa förfaranden i 5–8 §§. Brottsliga förfaranden, som även kan leda till skadestånd, anges i 3–4 §§. Dessa bestämmelser ligger därefter till grund för att domstol ska kunna meddela förbud enligt 11 och 13 §§ eller åtgärder enligt 14 §. Det krävs alltså enligt nuvarande FHL att innehavaren av en företagshemlighet ska kunna visa att ett angrepp skett med uppsåt eller av oaktsamhet, för att förbud eller åtgärder ska kunna meddelas. Enligt nuvarande FHL hänger alltså skadeståndsskyldigheten samman med förbud och åtgärder på ett sätt som skiljer sig från direktivet. Direktivet erbjuder innehavaren ett starkare skydd för företagshemligheter än nuvarande FHL, i och med att det inte finns något direkt krav på visat uppsåt/oaktsamhet för att en domstol ska kunna besluta om förbud eller åtgärder.

Det bör införas svenska bestämmelser som lever upp till direktivets krav i dessa avseenden. Det ligger nära till hands att låta bestämmelserna om åtgärder och förbud vara oberoende från bestämmelserna om skadeståndsskyldighet. Det bör införas en bestämmelse som på ett omfattande och neutralt sätt definierar vad som utgör ett *angrepp*, där det inte uppställs krav på uppsåt eller oaktsamhet. Ordet *angrepp* ska användas som ett samlingsbegrepp för flera olika förfaranden. Det räcker då att ange *angrepp* som förutsättning för tillämpningen av bestämmelser som rör förbud och åtgärder. Den nya bestämmelsen avses inte innebära någon saklig ändring av begreppen utnyttjande eller röjande enligt nuvarande FHL.

Bedömningen av huruvida ett angrepp på företagshemlighet föreligger eller ej ska ske frikopplat från sådana skadestandsbedömningar som i dag görs enligt nuvarande 5–8 §§ FHL. Det är alltså fråga om att objektivt sett bedöma om ett förfarande utgör ett angrepp eller inte. Inom immaterialrätten gäller motsvarande objektivitet, dvs. ett intrång i en immaterialrätt kan anses föreligga, även om intrångsgöraren inte hade ont uppsåt eller var oaktsam. Exempelvis gäller inom patenträtten att en intrångsgörare ska betala ersättning för utnyttjandet av uppfinningen, om och i den mån det är skäligt. Om intrångsgöraren hade uppsåt eller var oaktsam kan dessutom både ekonomiskt och allmänt skadestånd utgå.⁸⁹

Ett förfarande ska således kunna ses som ett angrepp på en företagshemlighet oberoende av utövarens uppsåt eller oaktsamhet. Följden blir att även ett förfarande som någon vidtagit i god tro ska kunna ses som ett angrepp och kunna få vissa rättsverkningar. Bestämmelsen i 2 § tredje stycket nuvarande FHL behöver därmed tas bort. Angrepp som sker i god tro ska behandlas i andra paragrafer, se nedan avsnitt 8.

Krav på uppsåt eller oaktsamhet ska även fortsättningsvis gälla i de bestämmelser där det behövs, såsom i skadestandsbestämmelserna.

Angrepp på företagshemligheter bör även fortsättningsvis utgöras av anskaffande, röjande och utnyttjande som sker mot innehavarens vilja. Därtill bör även fortsättningsvis gälla att angreppet ska vara obehörigt, för att det ska kunna leda till några rättsföljder. Det framgår av 2 § nuvarande FHL att lagen endast rör obehöriga angrepp. Om ett förfarande utgör ett angrepp enligt den föreslagna definitionen, men angreppet inte är obehörigt enligt nuvarande 2 §, ska angreppet således inte kunna leda till några av rättsverkningarna i de övriga bestämmelserna i lagen.

Definitionen av angrepp bör även innefatta de förfaranden som anges i artikel 4.5, nämligen import, export och lagring av intrångsgörande varor som sker i syfte att utnyttja dem, se mer om detta i avsnitt 5.6.6.

Definitionen av angrepp bör endast ha civilrättslig verkan. Straffbestämmelserna bör behandlas för sig. Gärningarna som beskrivs i straffbestämmelserna faller även de in under definitionen av angrepp. Följden av detta blir att en talan om förbud eller åtgärder kan bifallas

⁸⁹ Patentlagen (1967:837) 9 kap. 58 §. Se även motsvarande bestämmelse i 7 kap. 54 § URL.

trots att åtalet ogillas i en brottmålsprocess, exempelvis på grund av att den åtalades uppsåt inte kan styrkas.

Bestämmelser om skadeståndsskyldighet enligt 8 §, förbud enligt 11 § och åtgärder 14 § i nuvarande FHL har alla den begränsningen att bestämmelserna endast kan tillämpas om ett angrepp skett *enligt* FHL. Sådana förfaranden som inte i någon del omfattas av de nuvarande bestämmelserna i 3–4 eller 6–8 §§, kan inte leda till några sanktioner såsom skadestånd eller överlämnande enligt nuvarande FHL. Om i stället en omfattande och neutral definition av angrepp införs samt att orden ”enligt denna lag” tas bort, kommer motsvarande bestämmelser att kunna tillämpas i större omfattning. Angrepp som i dag faller utanför FHL, kan med en annan definition av ordet angrepp leda till sanktioner enligt respektive bestämmelse, se nedan avsnitt 7.3.5, som rör skadestånd enligt nuvarande 8 § FHL samt avsnitt 8, som rör åtgärder mot angrepp.

Som konstateras i avsnitt 7.1.5 regleras styrelseledamöters skadeståndsskyldighet i ABL och inte i FHL. Genom att använda en neutral och omfattande definition av angrepp kan dock styrelseledamöter åläggas förbud eller åtgärder enligt FHL. Inte heller kommer det längre krävas att det föreligger synnerliga skäl för att en tidigare arbetstagare ska kunna åläggas förbud eller åtgärder, se nedan avsnitt 8.

Det finns sammanfattningsvis goda skäl för att införa en definition av angrepp av företagshemligheter. Definitionen bör införas i en ny, egen paragraf. *Angrepp* bör användas i stället för *anskaffande, utnyttjande eller röjande* om det inte finns skäl att särskilja just dessa sätt att angripa en företagshemlighet på. Angrepp ska därvid föras in i bl.a. bestämmelser som motsvarar nuvarande 8, 11, 13 och 14 §§.

5.6.3 Artikel 4.2 – anskaffande

Bedömning: Bestämmelserna om anskaffande av företagshemligheter i nuvarande FHL behålls.

Det anges inledningsvis i artikel 4.2 att anskaffande av företagshemligheter är otillåtet, om anskaffandet sker utan innehavarens samtycke. Skrivningen om samtycke förefaller onödig eftersom

samtycke inte rimligen skulle kunna föranleda att anskaffandet är obehörigt (a) eller strider mot god affärssed (b).

Ett otillåtet anskaffande måste antas sällan leda till någon ersättningsgill ekonomisk skada så länge det inte sker något utnyttjande eller röjande. Ett otillåtet anskaffande kan dock få betydelse i fråga om andra rättsverkningar enligt direktivet, såsom förbud, se nedan avsnitt 8 där artiklarna 10–13 behandlas.

Förfarandena som beskrivs i artikel 4.2 ställer inte upp några krav på att personen som anskaffat företagshemligheten har gjort det med uppsåt, eller ens varit oaktsam. Även någon som agerat i god tro kan således enligt direktivet anses ha otillåtet anskaffat en företagshemlighet.

Föreskrifterna i artikel 4.2. om otillåtet anskaffande av företagshemlighet innefattar fyra olika tillvägagångssätt, nämligen att obehörigen

- bereda sig tillgång till (handlingar, föremål etc.)
- tillägna sig (handlingar, föremål etc.)
- eller kopiera (handlingar, föremål etc.)
- eller på annat sätt anskaffa som under omständigheterna anses strida mot god affärssed.

Obehörigen bereda sig tillgång till

Det första tillvägagångssättet – bereda sig tillgång – torde motsvaras av bestämmelserna om företagsspionage i 3 § nuvarande FHL, undantaget kravet på uppsåt. Anskaffandet kan ske på flera olika sätt, men ska röra sig om sådan information som personen i fråga inte redan har tillgång till på annat sätt, exempelvis genom sina arbetsuppgifter. Någon ytterligare regel torde inte behöva införas på grund av denna del av artikel 4.2.

Obehörigen tillägna sig

Det andra sättet – tillägna sig – kan möjligen innefatta att någon, som redan har lovlig tillgång till informationen (exempelvis genom sina arbetsuppgifter), olovligen tar med sig material från inne-

havaren. Ett sådant förfarande skulle i sig kunna utgöra ett tillgreppsbrott enligt svensk lag. Om begreppet tillägna sig i direktivet avser situationer där någon anskaffar företagshemligheter som denne inte har tillgång till, inryms förfarandet under *bereda sig tillgång till* enligt ovan. Det får antas att begreppet *tillägna sig* inte skulle få någon självständig betydelse om det infördes i nuvarande FHL. Eftersom det är svårt att förutse någon situation där *tillägna sig* skulle tillföra något, bör det begreppet inte införas i lagtext.

Obehörigen kopiera

Det tredje sättet – kopiera – måste antas endast vara ett sätt att beskriva hur ett anskaffande kan gå till. Kopiering av information innebär ju att innehavaren fortfarande har tillgång till den, men kan ha gått miste om det värdefulla med hemlighållandet. Fråga är då vad som menas med obehörig kopiering i bestämmelsen.

En arbetstagare måste rimligen, om inte annat har klargjorts av arbetsgivaren, kunna hantera sitt arbetsmaterial så att han kan genomföra sina arbetsuppgifter även om det innebär att hemliga handlingar behöver kopieras. Sådant hanterande bör givetvis ske så aktsamt att inte företagshemligheter riskerar att avslöjas för utomstående. Det kan inte antas att direktivet innebär att allt kopierande av sådana företagshemligheter som en anställd redan har tillgång till skulle vara obehörigt om arbetsgivaren uttryckt att kopiering inte är tillåtet. Det kan tänkas förekomma att anställda mot arbetsgivarens vilja kopierar handlingar endast för att de lättare ska klara sina arbetsuppgifter, utan att beteendet för den skull behöver betraktas som att det strider mot lagregler om skydd för företagshemligheter, om än beteendet är olämpligt. Det får antas att det inte är en arbetstagares kopierande av sitt eget arbetsmaterial inom ramen för sina arbetsuppgifter, som ordet kopierar i artikel 4.2 a i direktivet syftar på. En annan sak är att arbetstagaren i en sådan situation kan ha åsidosatt eventuella ordningsföreskrifter om kopiering vilka arbetsgivaren har utfärdat.

Frågan är hur det förhåller sig då en affärspart kopierar handlingar som innehåller företagshemligheter, på ett sätt som strider mot vad som avtalats. Det kan tänkas att det i en affärssuppgörelse mellan två parter överenskommit att företagshemligheter får användas på visst

sätt, men att handlingar/föremål varifrån företagshemligheten kan härledas inte får kopieras. Om part bryter mot överenskommelsen har denne visserligen begått ett kontraktsbrott. Det får dock antas att parten inte ska anses ha anskaffat företagshemligheten genom kopiering, eftersom han redan hade tillgång till den. I sådana fall skulle möjligen skadeståndsskyldighet kunna föreligga enligt kontraktsrättsliga regler, men knappast ett åsidosättande av bestämmelser om företagshemligheter.

Snarare måste antas att begreppet *obehörigen kopiera* i direktivet syftar på situationen att en person kopierar handlingar (eller annan information), som ett sätt bland många andra att anskaffa företagshemligheter. Exempelvis skulle det kunna röra sig om någon som inte har behörig tillgång till företagshemligheterna, som kopierar handlingar (ett beteende som i dag i FHL skulle kunna utgöra företags-spioneri). Det förefaller inte vara nödvändigt att i svensk lagtext exemplifiera olika sätt att obehörigen anskaffa företagshemligheter på.

Det kan i sammanhanget nämnas att kopiering av föremål/handlingar som innehåller företagshemligheter kan få betydelse beträffande tidigare arbetstagares skadeståndsskyldighet för sådana angrepp på företagshemligheter som skett efter anställningens upphörande. Om arbetstagaren under sin anställning förberett angreppet genom att kopiera handlingar, kan det innebära att sådana synnerliga skäl föreligger som är en förutsättning för dennes skadeståndsskyldighet. Detsamma gäller om den tidigare arbetstagaren under anställningen tagit med sig material som tillhör arbetsgivaren. (Se avsnitt 7.1.3)

Någon bestämmelse om kopiering som ett otillåtet sätt att anskaffa en företagshemlighet, bör sammanfattningsvis inte införas i lagtexten.

Anskaffande på sätt som under omständigheterna strider mot god affärssed

Det fjärde sättet – på annat sätt som strider mot god affärssed – synes vara en skrivning för att ringa in de fall som inte skulle täckas av de tre ovanstående. Begreppet *god affärssed* finns omnämnt i TRIPS-avtalet i notis 10 till artikel 39, se ovan avsnitt 5.4.1. Där anges att med förfaranden som strider mot god affärssed avses åtminstone ”kontraktsbrott, röjande av förtroende eller anstiftan till sådana handlingar, och inbegriper anskaffning av företagshemlig-

heter av tredje man som hade vetskap eller av grov oaktsamhet inte hade vetskap om att sådana handlingar var förbundna med anskaffandet”. Denna notis är inte en fastställd definition av begreppet, men ger exempel på situationer som inte kan ses som god affärssed. En domstol som har att besluta i ämnet ska beakta såväl nationella som internationell affärssed.⁹⁰ Termen god affärssed används i flera EU-rättsliga akter, t.ex. inom immaterialrätten.⁹¹

Det synes alltså vara förhållanden i affärslivet som avses i artikel 3.1 d och 4.2 b. Vad som är god affärssed kan variera i förhållande till sedvänjan i branschen. Under alla förhållanden ska dock de förfaranden som anges i TRIPS-avtalet anses strida mot god affärssed. Det kan förväntas att EU-domstolen kommer att behöva ge begreppet god affärssed ett mer bestämt innehåll.

I 6 § nuvarande FHL finns den skadeståndsbestämmelse som avser kommersiella kontakter mellan näringsidkare. Enligt bestämmelsen ska den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare som han i förtroende har fått del av i samband med en affärsförbindelse med denne, ersätta den skada som uppkommer genom förfarandet. En viss tystnadsplikt följer av allmänna avtalsrättsliga principer enligt vilka en avtalspart inte får handla på ett sätt som medför skada för motparten. Ett särskilt sekretessavtal kan ha tecknats, men en tystnadsplikt kan också vara underförstådd.⁹² I TRIPS-avtalet anges som sagt att kontraktsbrott och röjande av förtroende anses strida mot god affärssed. Ett agerande som aktualiserar bestämmelsen i 6 § måste sägas strida mot god affärssed. Bestämmelsen om att den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som erhållits i förtroende kan bli skadeståndsskyldig, bedöms därför leva upp till direktivets bestämmelser.

Beträffande *anskaffande* som strider mot god affärssed kan bestämmelsen i 6 § nuvarande FHL inte tillämpas. Otillåtet anskaffande som är uppsåtligt kan i stället bedömas som företagsspioneri eller olovligt förfarande med företagshemlighet. Utredningen föreslår nedan, avsnitt 7.3.1, en bestämmelse om att den som av oaktsamhet anskaffar en företagshemlighet kan bli skadeståndsskyldig.

⁹⁰ Gervais, s. 543.

⁹¹ Se bl.a. artikel 6.1 c i Rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar.

⁹² Fahlbeck s. 425 ff.

TRIPS-avtalet nämner att anskaffande av företagshemligheter från tredje man strider mot god affärssed, om den tredje mannen hade vetskap om, eller var grovt oaktsam till, att förfarandet innefattade innebar kontraktsbrott eller röjande av ett förtroende. Direktivet kan här sägas gå längre än så, eftersom ett otillåtet anskaffande enligt artikel 4 i direktivet inte förutsätter uppsåt eller oaktsamhet hos den som företagshemligheter erhålls ifrån. Den typ av anskaffande av företagshemligheter från tredje man som omnämns i TRIPS-avtalet, kan inrymmas under bestämmelserna i 8 § nuvarande FHL, med de ändringar i den bestämmelsen som utredningen i övrigt föreslår (se avsnitt 5.6.5 och 7.3.5).

5.6.4 Artikel 4.3 – utnyttjande eller röjande

Bedömning: Bestämmelserna om utnyttjande och röjande i nuvarande FHL behålls.

Även bestämmelsen i artikel 4.3 inleds med att det otillåtna utnyttjandet eller röjandet förutsätter att samtycke saknas från innehavaren. Bestämmelsen ställer inte upp något krav på att personen som utnyttjat/röjt företagshemligheten har gjort det med uppsåt, eller ens varit oaktsam. Även någon som agerat i god tro kan således enligt direktivet anses ha otillåtet utnyttjat eller röjt en företagshemlighet. Det anges att utnyttjande eller röjande är otillåtet om personen

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

Fallet a ovan torde inte innebära mer än att ett otillåtet anskaffande som resulterar i ett röjande/utnyttjande, inte kan anses annat än otillåtet. Med otillåtet anskaffande avses sådant som framgår av artikel 4.2, se ovan.

Fallen b och c tycks innehållsmässigt endast skiljas åt genom att b rör röjande och c rör utnyttjande. Bestämmelserna handlar dels om avtal, dels om andra skyldigheter. Här skulle lojalitetsplikten hos en anställd i privat sektor kunna inrymmas, men även att parter i ett avtalsförhållande kan ha en skyldighet att inte skada varandra.⁹³ Sådana situationer som avses i bestämmelsen i 6 § nuvarande FHL måste antas inrymmas här, dvs. någon som vid en affärsförbindelse tar emot en företagshemlighet, under förutsättning att hemligheterna inte röjs, har ingått ett avtal även om avtalet inte nödvändigtvis formaliserats.⁹⁴

Bestämmelsen i artikel 4.3 b och c måste antas även avse skyldigheter enligt OSL att inte röja företagshemligheter. Röjande eller utnyttjande av en företagshemlighet i strid mot OSL sanktioneras i första hand genom bestämmelsen om brott mot tystnadsplikt i 20 kap. 3 § BrB. Därtill kan någon enligt 8 § första stycket andra meningen nuvarande FHL bli skadeståndsskyldig om denne röjer eller utnyttjar en företagshemlighet som röjts i strid med OSL. Någon ytterligare ändring än ovan föreslagna i nuvarande FHL torde inte behövas på grund av artikel 4.3.

5.6.5 Artikel 4.4 – företagshemligheter som angripits av någon annan

Förslag: Den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet ska inte kunna undgå skadeståndsskyldighet av det skälet att företagshemligheten har erhållits från någon som själv fått del av företagshemligheten i god tro.

Bestämmelsen i artikel 4.4 avser person som i ond tro anskaffar/utnyttjar/röjer företagshemlighet som angripits av annan person, på sätt som anges i artikel 4.3. Bestämmelsen täcker både uppsåtliga och

⁹³ Niklas Selberg har angående detta i samband med Kommissionens förslag 2013 i EU & arbetsrätt 4/2013 uttryckt: Lagförslaget anger särskilt att angrepp på företagshemligheter kan ske i form av brott mot avtal om tystnadsplikt, men också i form av brott mot andra typer av skyldigheter att hålla information hemlig. Det sistnämnda skulle innebära ett tydligare lagstöd för oskrivna och allmänna rättsliga principer, och detta skulle på sikt kunna innebära att den arbetsrättsliga lojalitetsplikten förstärks.

⁹⁴ Fahlbeck s. 427.

oaktsamma fall. Däremot krävs det inte att den person, som företagshemligheten erhöles ifrån, hade uppsåt eller var oaktsam.

Bestämmelsen i artikel 4.4 skiljer sig från nuvarande regel i FHL, där det i 2 § tredje stycket stadgas att det inte anses som ett obehörigt angrepp att någon utnyttjar eller röjer en företagshemlighet, som erhållits från någon som själv fått del av företagshemligheten i god tro. En person som förstår att det rör sig om en företagshemlighet, kan alltså fritt använda företagshemligheten, om den erhållits från en person som inte förstod (eller borde ha förstått) att företagshemligheten inte fick röjas, enligt nuvarande FHL.

Den svenska lagen behöver alltså ändras. Det tredje stycket i 2 § nuvarande FHL behöver tas bort, såsom även föreslagits ovan i avsnitt 5.6.2. Utnyttjande och röjande som sker i god tro ska behandlas i andra paragrafer. (Även en godtroende person ska kunna drabbas av rättsverkningar om han eller hon angripit en företagshemlighet, nedan avsnitt 8.6.3). Definitionen av angrepp som föreslagits i avsnitt 5.6.2, inrymmer de typer av anskaffande, utnyttjande eller röjande som avses i artikel 4.4. Genom denna definition, kan även åtgärder och förbud beslutas i de fall direktivet avser. (Domstols beslut om förbud och åtgärder behandlas i avsnitt 8.4–8.6.)

En bestämmelse behöver införas med innebörden att en person som erhåller en företagshemlighet med vetskap om att företagshemligheten har angripits på ett otillåtet sätt, inte ska kunna undkomma skadestånd av det skälet att företagshemligheten erhöles från någon annan som handlat i god tro. Den definition av ordet angrepp som anges i avsnitt 5.6.2 är inte beroende av uppsåt eller oaktsamhet. Om den definitionen införs i en bestämmelse som motsvarar den nuvarande 8 § FHL kan den önskvärda effekten uppnås, se nedan avsnitt 7.3.5.

5.6.6 Artikel 4.5 – utnyttjande i vid bemärkelse

Artikel 4.5 beskriver olika typer av otillåtna förfaranden med intrångsgörande varor. Vad som menas med intrångsgörande varor framgår av artikel 2.4⁹⁵. Bestämmelsen är omfattande och inbegriper

⁹⁵ Vad som menas med intrångsgörande varor enligt artikel 2.4: varor vilkas formgivning, egenskaper, funktion, produktionsprocess eller marknadsföring gynnas avsevärt av olagligen anskaffade, utnyttjade eller röjda företagshemligheter.

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. Med import menas införsel från tredje land utanför EU, enligt skäl (28). Bestämmelsen avser fall där någon kände till eller borde ha känt till att företags-hemligheten hade utnyttjats på otillåtet sätt. Bestämmelsen skiljer sig således från bestämmelserna i artikel 4.5 och 4.3. där ett förfarande kan anses vara otillåtet objektivt sett, dvs. oavsett vilket insikt personen i fråga hade.

Det torde vara förfaranden med intrångsgörande varor i kommersiellt syfte som avses i bestämmelsen, med hänsyn till ordvalen *producera, utbjuda till försäljning* och *släppa ut på marknaden*. Det måste likaså antas att direktivet inte avser att belägga en privatpersons införsel av varor för eget bruk med sanktioner.

Kommissionen har förklarat att det var nödvändigt att införa bestämmelsen om intrångsgörande varor i artikel 4.5, för att på det sättet göra det möjligt att kunna återkalla eller förstöra varor, som tillverkats innan domstol beslutat att förbjuda utnyttjandet av en företagshemlighet.⁹⁶ Artikel 4.5 kan jämföras med bestämmelser i varumärkeslagen, där det anges att med användning av ett varumärke avses bl.a. att bjuda ut varor till försäljning under ett varukännetecken, föra ut dem på marknaden eller lagra dem för dessa ändamål.⁹⁷ En motsvarande bestämmelse finns i varumärkesförordningen.⁹⁸

Bestämmelsen i artikel 4.5 får antas ta sikte på den som lagerhåller/importerar/exporterar för att själv sälja varorna vidare eller medverka vid försäljning, och alltså inte en oberoende mellanhand.

Att *producera, utbjuda till försäljning* och *släppa ut på marknaden* måste antas falla in under vad som anses som *utnyttjande* enligt allmänt svenskt språkbruk. Begreppet utnyttja ska alltså även fortsättningsvis i den svenska lagen anses innefatta dessa förfaranden. Däremot kan knappast förfarandena *import, export* och *lagring* av intrångsgörande varor omfattas av ordalydelsen av begreppet *utnyttja* i nuvarande FHL. Direktivet anger att när import, export och lagring av intrångsgörande varor sker *i syfte* att utnyttja dem, ska även dessa förfaranden anses vara utnyttjande som är otillåtet. Det ska alltså

⁹⁶ Se European Commission, Draft summary report, 1st Workshop on the transposition of the Trade Secret Protection Directive, Brussels, 16 december 2016.

⁹⁷ 1 kap. 10 § varumärkeslagen (2010:1877).

⁹⁸ Artikel 9 Förordning (EG) nr 207/2009.

inte vara tillåtet att exempelvis importera varor från tredje land, om en angripen företagshemlighet har varit en förutsättning för att kunna tillverka varorna. Att ett förfarande som det i exemplet inte kan tolereras kan knappast anses framgå av nuvarande FHL. Det finns alltså skäl att i svensk lag klargöra att även import, export och lagring av intrångsgörande varor i syfte att obehörigen utnyttja dem kan utgöra angrepp på företagshemligheter. En bestämmelse med sådan innebörd bör således införas. Därtill finns det även ett behov att i svensk lag definiera vad som avses med intrångsgörande varor, för att svensk lag ska kunna anses leva upp till direktivets bestämmelser. Även en bestämmelse där intrångsgörande varor definieras enligt artikel 2.2–2.4 bör därför införas.

De förfaranden som beskrivs i artikel 4.5 ska alltså ingå i definitionen av angrepp som föreslagits ovan i avsnitt 5.6.2. Den definition av ordet angrepp som utredningen föreslagit innebär att det ska göras en objektiv bedömning huruvida ett förfarande utgör ett angrepp eller inte. En anledning till att införa en sådan definition av angrepp är att direktivet föreskriver att vissa rättsverkningar, såsom förbud, ska kunna meddelas mot någon om ett otillåtet anskaffande/röjande/utnyttjande objektivt sett föreligger. Innehavaren behöver då inte bevisa någons uppsåt eller oaktsamhet för att kunna få till ett förbud mot vidare användning. I artikel 4.5 föreskrivs i stället att förfarandena ska anses vara otillåtet utnyttjande om personen i fråga *kände till eller borde ha känt till* att företagshemligheterna hade utnyttjats olagligt. Principen att åtgärder ska kunna vidtas mot intrångsgörande varor om ett objektivt sett otillåtet anskaffande/utnyttjande/röjande har konstaterats, är därmed inte riktigt förenligt med ordalydelsen i artikeln. Det vore dock inte förenligt med direktivets krav på ett fullgott skydd för företagshemligheter, om innehavaren inte kunde utverka ett förbud mot försäljning av importerade intrångsgörande varor, enbart av den anledningen att importören varit i god tro. Däremot gör importörens goda tro att något skadestånd inte kan utgå. Det kan i dessa fall även bli aktuellt att importören trots allt kan få utnyttja varorna mot att erlægga en viss avgift till innehavaren av företagshemligheten, enligt artikel 13.3, se avsnitt 8.6.3.

Att låta förfarandena i artikel 4.5 (import, export och lagring av intrångsgörande varor i syfte att utnyttja dem) ingå i definitionen av angrepp i svensk lag kan inte anses vara oförenligt med direktivet. I

den mån den svenska bestämmelsen avviker från direktivet ger den ett högre skydd än vad direktivet föreskriver.

5.7 Undantagen från skyddet – artikel 5

Förslag: Det ska tydligare än i dag framgå att lagen inte innehåller en uttömmande beskrivning av vad som utgör behöriga angrepp på företagshemligheter.

Exemplen på behöriga angrepp ska inte längre innehålla krav om att det ska vara fråga om missförhållanden *i näringsidkarens rörelse*.

Artikel 5 stadgar om undantag från EU-direktivets skydd för företagshemligheter. Undantagen från skydd enligt artikel 5 innebär att ansökningar om åtgärder, förfaranden och rättsmedel från en innehavare ska avslås om det påstådda angreppet har skett under vissa förutsättningar. Enligt artikel 5 ska en ansökan avslås om angreppet skett

- a) för att utöva rätten till yttrande- och informationsfrihet enligt stadgan, inbegripet rätten till respekt för mediernas frihet och mångfald,
- b) för att avslöja fall av försummelser, oegentligheter eller olaglig verksamhet, förutsatt att svaranden agerade till skydd för allmänintresset,
- c) då arbetstagare röjt företagshemligheten för sina arbetstagarföreträdare inom ramen för företrädarnas utövande av sina uppdrag i enlighet med unionsrätt eller nationell rätt, förutsatt att röjandet var nödvändigt för utövandet av det uppdraget eller
- d) i syfte att skydda ett i unionsrätt eller nationell rätt erkänt legitimt intresse.

Artikeln behandlar alltså sådana förfaranden som i och för sig är att betrakta som olovliga angrepp på företagshemligheter, men som utifrån sina syften ska anses tillåtna, eller till och med önskvärda. Undantagen i artikel 5 avser på så vis inte minst att förhindra att skyddet för företagshemligheter ska medföra begränsningar för

visselblåsare. Skyddet för företagshemligheter bör följaktligen bl.a. inte omfatta fall där ett röjande av en företagshemlighet tjänar allmänintresset genom att direkt relevanta försummelser, oegentligheter eller olaglig verksamhet avslöjas.⁹⁹

Artikel 5 är en sådan bestämmelse som enligt artikel 1.1 inte får frångås av medlemsstaterna, även om en avvikelse från bestämmelsen skulle leda till högre skydd för företagshemligheter. Enligt skälen till EU-direktivet bör artikel 5 inte anses hindra behöriga rättsliga myndigheter från att tillåta undantag från tillämpningen av åtgärder, förfaranden och rättsmedel i fall då svaranden hade all anledning att i god tro utgå från att hans eller hennes beteende var förenligt med de tillämpliga kriterierna i direktivet (se skäl 20).

Direktivet ska inte påverka rätten för arbetsmarknadens parter att ingå kollektivavtal, se artikel 1.2 d. Det är enligt direktivet möjligt att ingå kollektivavtal som rör frågor om att företagshemligheter inte får röjas eller utnyttjas, se skäl (12). Samma skäl (12) anger även att kollektivavtal inte får begränsa undantagen i direktivet, vad gäller när en domstol ska avslå en ansökan om åtgärder, förfaranden eller rättsmedel. Kollektivavtal får alltså inte syfta till att begränsa undantagen i artikel 5. Det ska alltså inte vara tillåtet att avtala om att någon ska kunna bli skadeståndsskyldig, eller utsättas för förelägganden eller andra åtgärder, i de fall som räknas upp i artikel 5.

5.7.1 Punkten a – yttrandefrihet m.m.

Om innehavaren ansöker hos domstol om åtgärder mot en påstådd intrångsgörare, ska ansökan avslås om det påstådda intrånget skett för att utöva rätten till yttrande- och informationsfrihet enligt stadgan (dvs. EU:s stadga för de grundläggande rättigheterna). Rätten ska även innefatta respekt för mediernas frihet och mångfald.

Som ovan konstaterats (avsnitt 5.2.2), finns det ingen anledning att i FHL skriva in att en sådan övergripande bestämmelse som stadgan har företräde framför annan lag vid rättstillämpningen. Bestämmelsen i denna del innebär inget nytt för svensk rättstillämpning.

⁹⁹ Jfr EU-direktivets skäl nr 20.

5.7.2 Punkten b – avslöjande av missförhållanden

Artikel 5 b stadgar om undantag för skydd för angrepp mot företagshemligheter om angreppet skett för att avslöja fall av ”försummelse, oegentligheter eller olaglig verksamhet”, förutsatt att svaranden agerade till skydd för allmänintresset. Undantaget enligt punkten b är det som mest precist tar sikte på angrepp från s.k. visselblåsare, även om det också omfattar avslöjanden som inte sker inom ramen för en arbetsrelaterad relation. Nedan kommer ”visselblåsare” för enkelhets skull användas som samlingsbegrepp för alla de former av avslöjare som artikel 5 b rör.

Jämfört med flera övriga språkversioner av EU-direktivet, som här talar om undantag i fall av angrepp som skett *i syfte* att skydda allmänintresset, ligger det närmast till hands att även för svenskt vidkommande tolka punkten b i enlighet med en sådan skrivning.¹⁰⁰ Utredningen utgår alltså från att punkten b avser avslöjanden som skett *i syfte* att skydda allmänintresset.

Punkten b och Europakonventionen

Undantaget för visselblåsare enligt punkten b bör läsas i ljuset av rätten till yttrandefrihet enligt artikel 11 i stadgan och artikel 10 i Europakonventionen och Europadomstolens praxis avseende de avvägningar som ska ske vid bedömningen av om ett visselblåsande skyddas av artikel 10 eller ej (angående att rätten till yttrandefrihet enligt artikel 10 i Europakonventionen också gäller mellan enskilda, se avsnitt 3.4.6).

Vad avser avvägningen av intresset av visselblåsande i förhållande till intresset av skydd för företagshemligheter, finns ännu inget europarättsligt avgörande som ger stöd för att intresset av skydd för företagshemligheter är en sådan rättighet som skyddas under de mänskliga rättigheterna i stadgan eller Europakonventionen. Diskussioner i den juridiska litteraturen har rört frågan om företagshemlig-

¹⁰⁰ Jfr den engelska versionen: “for revealing misconduct, wrongdoing or illegal activity, provided that the respondent acted for the purpose of protecting the general public interest”, den franska: “pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général” och den tyska: ”zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit, sofern der Antragsteller in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen”, m.fl.

heter skulle kunna täckas av skyddet för egendom i artikel 1 i Europakonventionens första tilläggsprotokoll eller artikel 17 i stadgan. Inte minst det faktum att EU-direktivet inte behandlar företagshemligheter som egendom, har på sina håll föranlett slutsatsen att företagshemligheter inte kan bli föremål för någon europarättsligt skyddad mänsklig rättighet.¹⁰¹

Det skydd Europakonventionen ger för bl.a. rätten till yttrandefrihet enligt artikel 10 är ett minimiskydd. Med utgångspunkten att rätten till yttrandefrihet hos en visselblåsare som röjer företagshemligheter inte står i konflikt med någon konventionsskyddad rättighet hos innehavaren av företagshemligheten, skulle det därför kunna hävdas att det står öppet att tolka artikel 5 b i EU-direktivet bokstavligt, och att varje röjande som sker för att avslöja t.ex. en ”försummelse” eller oegentlighet i syfte att skydda ett allmänt intresse skulle vara acceptabelt, oavsett t.ex. digniteten hos försummelsen eller oegentligheten i fråga.

En sådan tolkning av artikel 5 b framstår dock som orimligt långtgående. Skälen till EU-direktivet talar här också om *direkt relevanta* (utredningens kursivering) försummelser, oegentligheter eller olaglig verksamhet (skäl 20). Begreppet ”försummelser” i den svenska versionen av direktivet kan också jämföras med bl.a. ”misconduct” i den engelska versionen, ”faute” i den franska, ”Fehlverhaltens” i den tyska och ”una condotta scorretta” i den italienska. Enligt utredningen leder begreppet ”misskötsamhet” närmare dessa övriga språkversioner än ”försummelser”.¹⁰² Utredningen utgår därför ifrån att artikel 5 b tar sikte på den typ av misskötsamhet och oegentligheter som är tillräckligt relevant ur ett allmänintresse, för att motivera angreppet på företagshemligheten i fråga. Det torde också kunna uttryckas så att vad artikel 5 b här avser är tillräckligt allvarliga missförhållanden.¹⁰³

¹⁰¹ Se Tanya Aplin, *Right to property and trade secrets i Research handbook on human rights and intellectual property*, red. Christophe Geiger, 2015, s. 421 ff. med hänvisningar.

¹⁰² Den danska versionen använder här begreppet ”forseelser”, med vilket avses mindre allvarliga lagbrott, vilket å andra sidan nog leder till en annorlunda avgränsning än vad direktivet här avser.

¹⁰³ Jfr också Europarådets parlamentariska församlings resolution om skydd för visselblåsare, 1729 (2010), som talar om att de nationella reglerna ska skydda alla larm om olika typer av lagbrott som påverkar eller hotar liv, hälsa, frihet eller andra legitima intressen som skattebetalare, aktieägare, anställda eller kunder har (artikel 6.1.1).

Även om skydd för företagshemligheter inte skulle vara en sådan rättighet som äger direkt skydd under stadgan eller Europakonventionen, är det likväl fråga om en lagligen grundad rättighet som enligt såväl stadgan som Europakonventionen i och för sig kan skyddas genom inskränkning av yttrandefriheten (artikel 52.1 i stadgan respektive artikel 10.2 i Europakonventionen).

Som påpekats i samband med diskussionen om 2 § nuvarande FHL och artikel 10 i Europakonventionen (avsnitt 3.4.6) saknas det skäl att anta att Europadomstolen skulle pröva ett fall av rövande av företagshemligheter i förhållande till rätten till yttrandefrihet enligt artikel 10 enligt andra kriterier än de som redan utvecklats i Europadomstolens praxis avseende visselblåsning, även om frågan om visselblåsning angående företagshemligheter där ännu inte ställts på sin spets. Såsom också redogjorts för i avsnitt 3.4.6 måste ett visselblåsande för att aktualisera skydd under artikel 10 enligt Europadomstolen för det första röra information som avser ett allmänt intresse och som är autentisk (dvs. är precis och trovärdig). Vidare krävs att spridandet av informationen varit en nödvändig åtgärd i förhållande till sitt syfte. Det allmänna intresset i att informationen sprids måste vidare väga över den skada som spridandet innebär för den drabbade parten. Därtill måste den som sprider informationen ha varit i god tro om att informationen var autentisk. Slutligen måste den lagsanktionerade åtgärd som vidtagits mot den som spridit informationen vara proportionerlig i förhållande till sitt syfte.

Såsom utredningen förstår artikel 5 b saknas anledning att utgå från att den syftar till att låta prövningen av visselblåsande i förhållande till företagshemligheter ske enligt andra kriterier än de som nu nämnts. Utredningen utgår alltså ifrån att artikel 5 b avser att göra klart att visselblåsande avseende företagshemligheter äger samma skydd under stadgans artikel 11 och Europakonventionens artikel 10 som visselblåsande i övrigt, med det förtydligandet att inga av EU-direktivets åtgärder är tillämpliga för det fall visselblåsandet enligt dessa kriterier kan anses försvarligt.

Avslöjanden av missförhållanden och hänsyn till allmänintresset enligt Europakonventionen

Huruvida de missförhållanden som avslöjats genom ett angrepp på företagshemligheter varit tillräckligt allvarliga för att motivera angreppet beror alltså enligt artikel 5 b på i vilken grad de äger ett allmänt intresse. Enligt Europadomstolens praxis finns ett sådant intresse inte minst avseende information som är viktig för en upplyst politisk debatt. Det gäller även information angående fackliga angelägenheter. Konstnärliga och kommersiella yttranden anses dock inte i lika hög grad vara skyddade med hänsyn till allmänintresset.¹⁰⁴

Allmänintresset kan ibland vara så starkt att legala tystnadsplikter får vika. Europadomstolen har bland annat ansett att allmänintresset är starkt med avseende på vanvård inom äldreomsorgen, polisbrutalitet, politikers försök att påverka rättsutredningar, grym och oetisk djurhållning, oetiska anställningsförhållanden, skogsskövling och utnyttjande av barn och deras föräldrar genom aggressiv marknadsföring av ohälsosam mat.¹⁰⁵ Allmänintresset är inte konstant utan ett ämne kan vara av förhöjt allmänintresse därför att lagstiftningsåtgärder övervägs eller därför att en fråga är aktuell i den offentliga debatten.¹⁰⁶

I det s.k. LuxLeaks-fallet, som berörts i avsnitt 3.4.6, ansåg appellationsdomstolen i Luxemburg att allmänintresset i att företagshemligheter röjdes för att avslöja lagliga men kontroversiella upplägg kring skatteflykt var tillräckligt tungt vägande för att göra röjandet försvaret enligt artikel 10 i Europakonventionen.¹⁰⁷

Punkten b i förhållande till FHL

Information om brott eller andra allvarliga missförhållanden kan överhuvudtaget inte utgöra företagshemligheter i nuvarande FHL:s mening. Som diskuterats i avsnitt 5.4.6 är en sådan ordning förenlig med EU-direktivet.

¹⁰⁴ Jfr Müller med flera mot Schweiz (dom den 24 maj 1988), se vidare SOU 2014:31 s. 138 ff.

¹⁰⁵ Se Guja mot Moldavien (dom den 12 februari 2008), Heinisch mot Tyskland (dom den 21 juli 2011) och Steel och Morris mot FK (dom den 15 februari 2005).

¹⁰⁶ Fressoz och Roire mot Frankrike (dom den 21 januari 1999) och Barthold mot Tyskland (dom den 25 mars 1985).

¹⁰⁷ Arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg nr 117/17 X, den 15 mars 2017, se avsnitt 3.4.6.

Nuvarande FHL medger i övrigt enligt 2 § första stycket att företagshemligheter angrips om angreppet kan anses behörigt. I 2 § andra stycket förtydligas att ett angrepp inte ska anses obehörigt om angreppet på företagshemligheten skett för att offentliggöra eller hos behörigt organ avslöja något som skäligen kan misstänkas utgöra brott på vilket fängelse kan följa, eller som kan anses utgöra annat allvarligt missförhållande.

Med missförhållande i 2 § andra stycket avses något som är av allmänt intresse.¹⁰⁸ De missförhållanden som avses i andra stycket ska vidare vara av viss kaliber, t.ex. kvalificerade överträdelser av gällande normer och föreskrifter. Det ska således finnas ett starkt allmänt intresse av att förhållandena kan rättas till. Exempel på allvarliga missförhållanden kan vara att ett företag överträder bestämmelserna i arbetsmiljölagen eller miljöskyddslagen eller på annat sätt utsätter de anställda eller kringboende för allvarliga miljörisker. Det kan också vara att i strid med marknadsföringslagen eller livsmedelslagstiftningen tillhandahålla konsumenterna hälsofarliga eller andra uppenbart otjänliga produkter.¹⁰⁹ Liksom vid bedömningen avseende ett angrepps behörighet enligt generalklausulen i 2 § första stycket, bygger regleringen i andra stycket på en proportionalitetsprincip. Detta innebär att en företagshemlighet får röjas endast i den mån det behövs för att ett missförhållande ska kunna bringas till allmän kännedom. Den innebär vidare att missförhållandet ska stå i något så när rimlig proportion till värdet av företagshemligheten för innehavaren.¹¹⁰

Misstanken avseende brott enligt 2 § andra stycket ska vara *skäligen*. Kravet innebär att den som offentliggör eller annars avslöjar informationen ska ha goda skäl för sina misstankar. Misstankegraden har generellt beskrivits som att det ska föreligga sannolikhetsövertikt för att misstanken är riktig.¹¹¹

Vad gäller sådana allvarliga missförhållanden i 2 § andra stycket FHL som inte avser brott på vilket fängelse kan följa, kräver lagen att förhållandena *kan anses* utgöra sådana. Detta innebär att de

¹⁰⁸ Domeij, s. 144.

¹⁰⁹ NJA II 1990 s. 575 ff.

¹¹⁰ Fahlbeck, s. 385 med hänvisningar.

¹¹¹ Simon Andersson, *Skäligen misstanke*, 2016, s. 484.

omständigheter som avslöjaren känner till objektivt sett kan anses utgöra ett allvarligt missförhållande.¹¹²

De båda nu nämnda kraven i nuvarande FHL har utformats med utgångspunkten att det ska finnas *fog* för ett avslöjande, och att ogrundade eller löst grundade misstankar inte räcker.¹¹³ Såsom kraven i 2 § andra stycket formulerats avses dock att det ska ställas ”något högre krav på den enskilde än att han ska ha haft fog för sin bedömning”.¹¹⁴

Av ordalydelsen i artikel 5 b tycks det krävas att missförhållandena måste vara konstaterade för att ett undantag ska föreligga. Av skäl (20) framgår dock att direktivet inte bör hindra undantag i fall då någon hade *all anledning att i god tro* utgå från att hans eller hennes beteende var förenligt med de tillämpliga kriterierna. Detta är också i enlighet med kriteriet i Europadomstolens praxis om att informationen ska vara autentisk, dvs. vara precis och trovärdig, och att den som röjer informationen ska vara i god tro om att denna är autentisk. Undantaget i punkten b kräver alltså inte konstaterade missförhållanden, utan endast att angriparen objektivt sett hade goda skäl – ”all anledning” – att utgå från att missförhållandena förelåg. Någon skillnad i förhållande till FHL:s krav om att misstanke om brott ska vara skälig, respektive att övriga allvarliga missförhållanden ska kunna anses vara för handen – dvs. att de omständigheter som avslöjaren känner till objektivt sett kan anses utgöra ett allvarligt missförhållande – torde därför knappast finnas.

Beträffande förhållandet mellan artikel 5 b och 2 § nuvarande FHL bör anmärkas att 2 § andra stycket inte ska läsas motsatsvis. Andra stycket är med andra ord inte uttömmande, utan ger endast exempel på vad som inte utgör obehöriga angrepp.¹¹⁵ Som påpekats i avsnitt 3.4.6 innebär detta alltså inte att avslöjande avseende mindre allvarliga angrepp alltid ska anses obehöriga.¹¹⁶ Angrepp som enligt artikel 5 b inte ska kunna ligga till grund för några åtgärder enligt EU-direktivet och som till äventyrs inte kan anses behöriga enligt nuvarande 2 § FHL andra stycket, kommer i stället i enlighet med en

¹¹² Fahlbeck s. 388 med hänvisningar.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ LU37 s. 29.

¹¹⁵ LU30 s. 32.

¹¹⁶ Jfr dock Fahlbeck s. 393.

direktivkonform tolkning av generalklausulen om behöriga angrepp i 2 § första stycket FHL anses behöriga enligt denna bestämmelse.

För att tydliggöra att bestämmelsen i nuvarande 2 § andra stycket FHL endast avser att ge exempel på behöriga angrepp föreslår utredningen att lydelsen i bestämmelsen i andra stycket ändras på så sätt att det av den framgår att dess exempel avser fall där ett angrepp *aldrig* kan anses obehörigt.

Enligt 2 § andra stycket nuvarande FHL avses uttryckligen missförhållanden *i näringsidkarens rörelse*. I förhållande till att EU-direktivet föreskriver om skydd för företagshemligheter även för icke-kommersiella forskningsinstitutioner, blir en sådan skrivning för avgränsande. Därtill finns överhuvudtaget inte någon motsvarande uttrycklig begränsning i artikel 5 b om att missförhållandena måste avse missförhållanden hos innehavaren av företagshemligheten. Mot denna bakgrund bör kravet i nuvarande 2 § andra stycket FHL om att ett behörigt avslöjande ska avse missförhållanden i näringsidkarens rörelse slopas.

Förhållandet mellan FHL och visselblåsarlagen

Vid sidan om FHL har Sverige avseende visselblåsning i allmänhet sedan den 1 januari 2017 antagit den s.k. visselblåsarlagen¹¹⁷ (se avsnitt 3.4.5). I frågan om en implementering av artikel 5 b finns anledning att diskutera kravet på misstankegrad för avslöjande i FHL i förhållande motsvarande krav i visselblåsarlagen.

Visselblåsarlagen innebär en förstärkning av det skydd som redan finns för visselblåsare genom att lagen innebär en rätt till skadestånd för den arbetstagare som drabbas av repressalier på grund av att denne slagit larm om allvarliga missförhållanden i arbetsgivarens verksamhet. Med allvarliga missförhållanden avses, liksom enligt FHL, brott med fängelse i straffskalan eller därmed jämförliga missförhållanden. Det är tillräckligt att det genom larmet framställs konkreta misstankar om sådana missförhållanden. Vid interna larm behöver inte några ytterligare krav vara uppfyllda för att skyddet mot repressalier ska inträda. Detsamma gäller vid larm till den egna

¹¹⁷ Lagen (2016:749) om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

arbetstagarorganisationen. Vid externa larm, dvs. när arbetstagaren offentliggör uppgifter eller lämnar uppgifter för offentliggörande, eller slår larm genom att vända sig till en myndighet, krävs för skydd mot repressalier att han eller hon haft *fog* för påståendet om allvarliga missförhållanden. Arbetstagaren ska också först ha larmat internt utan att arbetsgivaren vidtagit skäliga åtgärder, om inte arbetstagaren av något annat skäl hade befogad anledning att slå larm externt. Lagens skydd mot repressalier gäller inte om en arbetstagarare begår brott genom att slå larm.

Visselblåsarlagen reglerar inte arbetstagares rätt att avslöja företagshemligheter och ska överhuvudtaget inte påverka tillämpningen av andra regelverk.¹¹⁸

En arbetstagarare skyddas enligt visselblåsarlagen mot repressalier om han avslöjar uppgifter om konstaterade brott med fängelse i straffskalan eller därmed jämförliga missförhållanden. Ett sådant larmande aktualiserar heller inga åtgärder enligt FHL, eftersom sådan information inte kan utgöra företagshemligheter.

Vad avser annan information som används för att slå externa larm om allvarliga missförhållanden, krävs alltså enligt visselblåsarlagen att arbetstagaren haft *fog* för påståendet om allvarliga missförhållanden. Som redan anförts avser kraven om misstankegrad i 2 § andra stycket FHL att ange ett ”något” högre krav för avslöjande av företagshemligheter än att den enskilde ska ha haft *fog* för sin bedömning.¹¹⁹ I propositionen till visselblåsarlagen uttalades angående denna skillnad att¹²⁰

regeringen [anser] visserligen att det finns ett värde i att definitionen av vad som utgör allvarliga missförhållanden ligger i linje med vilka förhållanden någon kan avslöja utan att det står i strid med lagen om skydd för företagshemligheter. Syftet med den lagen är emellertid att skydda obehöriga angrepp på företagshemligheter som är ägnade att medföra skada i konkurrenshänseende. Det är alltså fråga om att skydda särskilt känslig information. Att det ställs något högre krav i det sammanhanget innebär enligt regeringens mening inte att lika höga krav bör ställas för att skyddet ska inträda enligt den lag som nu föreslås.

Regeringen konstaterade därtill att det inte borde införas en bestämmelse som utesluter skadeståndsansvar enligt annan lagstiftning för

¹¹⁸ Prop. 2015/16:128 s. 94.

¹¹⁹ JU37 s. 29.

¹²⁰ Prop. 2015/16:128 s. 72.

arbetstagare som slår larm på ett sätt som skyddas av visselblåsarlagen. Ordningen med olika misstankegrader i visselblåsarlagen respektive FHL godtogs alltså. Regeringen bedömde dock att situationen med motstridiga resultat vid en rättslig bedömning sällan borde uppstå i praktiken. Om så skedde, skulle enligt regeringen ett skadeståndsansvar för arbetstagaren i många fall helt eller delvis kunna jämkas.¹²¹

Det framhölls i förarbetena till visselblåsarlagen att ett skäl till att regeringen inte valt att låta denna lag definiera allvarliga missförhållanden som förhållanden vilka *skäligen kan misstänkas* avse brott är att en sådan definition framstod som onödigt komplicerad.¹²² Om regleringen i nuvarande 2 § andra stycket FHL har sagts att den framstår som synnerligen svårförståelig och att utgången av en prövning enligt detta stycke är svårförutsebar eftersom det bygger på ”påtagligt subtila avvägningar mellan olika allvarlighetsgrader av missförhållanden.”¹²³

Det bör dock återigen påpekas att andra stycket endast innehåller exempel på fall då ett angrepp är behörigt. Såväl i förarbetena till visselblåsarlagen som i 2008 års utredning har det vidare konstaterats att utformningen av regleringen i 2 § FHL har sina skäl för sig, i förhållande till den särskilda typ av information som företagshemligheter utgör.¹²⁴ I samband med tillkomsten av FHL framförde Meddelarskyddskommittén att det enligt 2 § andra stycket borde räcka med att avslöjaren haft fog för sina bedömningar.¹²⁵ Lagrådet å sin sida förordade att regeln i stället skulle utformas som krav på en intresseavvägning i det enskilda fallet.¹²⁶ Den utformning 2 § fått kan sägas utgöra resultatet av en noggrant avvägd kompromiss mellan dessa två synsätt, vilken av allt att döma fungerat väl.¹²⁷ Med hänsyn till detta, och till att 2 § FHL i detta avseende kan anses förenlig med kraven i artikel 5 b, anser utredningen att den nuvarande formuleringen bör behållas.

¹²¹ A. prop. 2015/16:128 s. 23 f.

¹²² A. prop. 2015/16:128 s. 44.

¹²³ Fahllbeck, s. 395.

¹²⁴ Prop. 2015/16:128 s. 72, 2008 års utredning s. 99 f.

¹²⁵ LU37 s. 29.

¹²⁶ LU37 s. 25.

¹²⁷ Jfr 2008 års utredning, s. 99 f.

5.7.3 Punkten c – arbetstagarföreträdares uppdrag

Artikel 5 c rör fall då arbetstagare *röjt* företagshemligheten för sina arbetstagarföreträdare. En ansökan om åtgärder som innehavaren gjort i dessa fall ska avslås om röjandet skett inom ramen för företrädares uppdrag och då var nödvändigt.

Denna punkt kan jämföras med artikel 3.1 c som handlar om arbetstagare och deras företrädare som *anskaffar* information. I artikel 5 c är det i stället *arbetstagare* som anges som den som röjer informationen till sin arbetstagarföreträdare. Artikel 5 c tycks alltså avse situationer när en arbetstagare vänder sig till en arbetstagarföreträdare i olika frågor.

Direktivet föreskriver som sagt att en arbetstagare har rätt att inför sin arbetstagarföreträdare avslöja en företagshemlighet, om röjandet skett inom ramen för företrädares uppdrag och det var nödvändigt för att företrädaren skulle kunna utföra sitt uppdrag. I ett förhandsavgörande från EG-domsolen har en liknande situation behandlats.¹²⁸ Fallet rörde visserligen handel med värdepapper, där bestämmelser om insiderhandel ska tillämpas, men informationen som hade röjts var företagshemligheter. Situationen var att ett danskt bolag planerade en fusion med ett annat bolag. Bolagsstyrelsens arbetstagarrepresentant informerade sitt fackförbund om planerna. Fusionen påverkade aktievärdet, vilket en av de personer, som fått höra talas om fusionen innan den offentliggjordes, hade utnyttjat. En dansk domstol bad om ett förhandsavgörande hur direktivet om insiderhandel skulle tolkas, beträffande arbetstagarrepresentantens möjlighet att inför fackförbundet avslöja informationen i fråga. Enligt EU-domstolens förhandsbesked får som huvudregel sådan information inte avslöjas, och undantag från denna huvudregel ska tillämpas restriktivt. Domstolen uttalade att röjandet av sådan information är ”endast berättigat om det är absolut nödvändigt för att fullgöra tjänsten, verksamheten eller åliggandena samt överensstämmer med proportionalitetsprincipen”.¹²⁹ Vidare uttalade domstolen att det främst åligger den nationella domstolen att avgöra om det utgör ett normalt led i en arbetstagarrepresentants fullgörande av sin tjänst att röja insiderinformation till fackordförän-

¹²⁸ EG-domstolen, C-384/02, brottmålet mot Grøngaard och Bang, den 22 november 2005.

¹²⁹ domskäl nr 34.

den.¹³⁰ Den danska domstolen Højesteret friade arbetstagarrepresentanten från straffansvar.¹³¹

Om samma princip tillämpas även i de fall som åsyftas i artikel 5 c i direktivet, ska alltså bedömningen av arbetstagarföreträdarens utövande av sitt uppdrag ta sin utgångspunkt i nationell rätt. Följaktligen är det den nationella domstolen som utifrån den nationella rätten har att avgöra om röjandet var nödvändigt för utövandet av arbetstagarföreträdarens uppdrag.

Arbetstagarföreträdare i svensk rätt

Begreppet arbetstagarföreträdare definieras inte i direktivet, vilket måste antas bero på att begreppet ska tolkas enligt nationell rätt (se avsnitt 5.3). I svensk rätt används begreppet arbetstagarföreträdare inte på annat sätt än vad som får anses överensstämma med allmänt språkbruk. En vedertagen princip är att parterna på arbetsmarknaden själva väljer vem som ska företräda dem vid en förhandlingssituation enligt MBL.¹³² Begreppet arbetstagarföreträdare kan således användas i vid bemärkelse för en person som arbetstagarare på en arbetsplats har utsett som företrädare. En arbetstagarorganisation som är eller brukar vara bunden av kollektivavtal med arbetsgivaren kan utse en facklig förtroendemans enligt förtroendemannalagen.¹³³ Den lagen innehåller regler till skydd för fackliga förtroendemen i deras fackliga verksamhet. Förtroendemännen kan exempelvis vara ledamot i klubbstyrelse, arbetsplatsombud, kontaktman, skyddsombud eller jämställdhetsombud.¹³⁴ Arbetstagarföreträdare kan vara en företrädare på en arbetstagarorganisation på lokal eller central nivå. Med arbetstagarföreträdare kan även avses exempelvis skyddsombud som är utsedda enligt Arbetsmiljölagen.¹³⁵

En arbetstagarföreträdare har inte någon uttalad tystnadsplikt eller behörighet enligt nuvarande FHL att ta emot företagshemligheter. Den arbetstagarare som rådfrågar en arbetstagarföreträdare bör

¹³⁰ domskäl nr 46.

¹³¹ Fahlbeck s. 380.

¹³² Per Dalekant, Anders Weihe, Karnov, lagkommentarer 14 § MBL och AD 1988 nr 76.

¹³³ Lagen (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen.

¹³⁴ Hans Blyme, kommentar till lagen (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen, Karnov 2017-01-17.

¹³⁵ SFS (1977:1160).

därför vara försiktig med att avslöja företagshemligheter, eftersom det finns risk för att arbetstagaren kan bli skadeståndsskyldig för röjandet enligt FHL.¹³⁶ Skadeståndsskyldighet i sådana situationer förutsätter givetvis att arbetstagarens röjande inför arbetstagarföreträdare var obehörigt. Situationen när en arbetstagarföreträdare rådgör med sin arbetstagarföreträdare angående sådant som innefattar företagshemligheter har inte behandlats i förarbetena till FHL.

Direktivets krav på att röjandet ska vara nödvändigt för arbetstagarföreträdarens uppdrag är uppfyllt genom bestämmelsen i 2 § nuvarande FHL

Det är som sagts ovan de nationella bestämmelserna och nationell praxis som ska avgöra om det ingår i en arbetstagarföreträdarens fullgörande av sin tjänst att ta med uppgifter om företagshemligheter från en arbetstagarföreträdare. Toleransen för vad som ska anses vara *nödvändigt* måste antas sammanfalla med bedömningen i nuvarande 2 § om röjandet varit obehörigt. Det kan i vissa fall vara svårt för den enskilde arbetstagaren att avgöra om röjandet är nödvändigt eller inte. Utgångspunkten bör emellertid vara att den information som en arbetstagarföreträdare röjt för sin arbetstagarföreträdare inom ramen för facklig rådgivning för att kunna tillvarata sina rättigheter i arbetslivet är att anse som nödvändig. Förutom i de mest uppenbara fallen av missbruk, bör det vara den som påstår att röjandet inte var nödvändigt, som har att bevisa detta. Bedömningen av vad som skett inom ramen för företrädarens uppdrag och därtill var nödvändigt, får antas inte skilja sig från en bedömning enligt FHL om ett avslöjande varit obehörigt. Det får antas att domstolarna utgår från omständigheterna i det enskilda fallet vid bedömningen av frågan om röjandet varit nödvändigt för arbetstagarföreträdarens utövande av sitt uppdrag. Någon särskild bestämmelse som mer detaljerat reglerar just vad en arbetstagarföreträdare får röja för sin arbetstagarföreträdare är därför inte påkallad.

Det kan anmärkas att bestämmelserna i artikel 4 är av betydelse i fall då arbetstagaren på goda grunder har trott att röjandet var tillåtet, men arbetstagarföreträdaren förstod (eller borde ha förstätt)

¹³⁶ Fahlbeck s. 388–389.

att det var otillåtet. Artikel 4 innebär då att arbetstagarföreträdaren inte kan röja eller utnyttja företagshemligheten utan att riskera skadeståndsskyldighet.

5.7.4 Punkten d – legitimt intresse för avslöjande

Artikel 5 d rör angrepp som företagets i syfte att skydda ett i unionsrätt eller nationell rätt erkänt legitimt intresse. Det är oklart hur denna punkt skiljer sig från punkt b eller från sådant som har definierats som lagliga förfaranden enligt artikel 3. Anskaffande, utnyttjande och röjande kan ju vara sådana att de överhuvudtaget inte är otillåtna eftersom det rör sig om sådant som omfattas av artikel 3. Anskaffande, utnyttjande och röjande kan också vara sådant som enligt övriga punkter i artikel 5 inte ska förhindras, eftersom ett annat intresse är viktigare än intresset för att bevara företagshemligheten. Punkten d tycks snarare ha kommit till för att fånga upp sådant som möjligen inte träffas av övriga punkter.

Kommissionen har nämnt följande exempel då bestämmelsen kan bli tillämplig.¹³⁷ En arbetstagar har rätt till särskild ersättning/bonus från sin arbetsgivare för något han eller hon uppfunnit för arbetsgivarens räkning. Arbetstagaren har rätt att avslöja en företagshemlighet för sitt juridiska ombud eller inför en domstol, om det är nödvändigt för att kunna ta till vara sin rätt till i fråga om ersättning/bonus.

En domstols bedömning huruvida ett förfarande skett för att skydda ett legitimt intresse, får anses rymmas inom den obehörighetsbedömning som ska göras enligt 2 § nuvarande FHL. Någon särskild bestämmelse torde inte behöva införas i detta avseende.

¹³⁷ Se European Commission, Draft summary report, 1st Workshop on the transposition of the Trade Secret Protection Directive, Brussels, 16 december 2016.

6 Allmänna bestämmelser i EU-direktivet – artikel 6–8

6.1 Allmän skyldighet – artikel 6

Bedömning: Någon ändring i FHL till följd av artikel 6 behöver inte göras.

I artikel 6 i EU-direktivet föreskrivs en allmän skyldighet för medlemsstaterna att tillhandahålla åtgärder, förfaranden och sanktioner som är nödvändiga för att säkerställa skyddet för företagshemligheter. Dessa ska vara rättvisa och skäliga, inte vara onödigt komplicerade eller kostsamma eller vara förenade med oskäliga tidsfrister eller omotiverade dröjsmål samt vara effektiva och avskräckande. Artikel 6 är en sådan bestämmelse som enligt artikel 1 inte får frångås av medlemsstaterna, även om en avvikelse från bestämmelsen skulle erbjuda högre skydd för företagshemligheter.

Principerna i artikel 6 är sådana som ska följas vid lagstiftning i allmänhet. Påföljden för brott mot FHL är skadestånd, eller straff vid brottsliga förfaranden. Direktivet rör inte straffrättsliga förfaranden för angrepp på företagshemligheter, men hindrar inte nationella straffbestämmelser. Skadeståndsbestämmelser finns i 5–9 §§ nuvarande FHL. Skadestånd kan utgå för uppkommen ekonomisk skada och för skada av icke-ekonomisk natur, s.k. allmänt skadestånd. Skadeståndet ska vara så pass högt att det inte ska löna sig för en konkurrent att angripa företagshemligheten i stället för att laglig tillgång till den genom exempelvis ett licensavtal.¹

I nuvarande FHL finns därtill bestämmelser om vitesförbud mot fortsatt användning (11 §) och förelägganden om andra åtgärder

¹ Prop. 1987/88:155 s. 27.

(14 §). I förarbetena uttalades att ett vite i det enskilda fallet ska bestämmas så att en överträdelse inte lönar sig.²

Det får antas att skadestånd, förbud och andra åtgärder enligt FHL:s normer och domstolarnas praxis är rättvisa, skäliga, effektiva, proportionella och avskräckande. Utredningen gör sammantaget bedömningen att de allmänna skyldigheterna i direktivet tillvaratas på ett tillfredsställande sätt i svensk rätt, med de ändringar som ska införas med anledning av direktivets övriga bestämmelser. Någon särskild bestämmelse behöver inte införas i anledning av just artikel 6.

6.2 Proportionalitet och rättegångsmissbruk – artikel 7

Bedömning: Någon ändring i FHL till följd av artikel 7 behöver inte göras.

6.2.1 Inledning

Första punkten i artikel 7 är av allmän karaktär. Där föreskrivs att åtgärder, förfaranden och rättsmedel på området ska tillämpas på ett sätt som är proportionellt. Vid tillämpningen ska även undvikas att hinder skapas för laglig handel på den inre marknaden. Bestämmelserna ska även innefatta ett skydd mot att åtgärder, förfarandena och rättsmedlen missbrukas. Artikel 7.1 är en sådan bestämmelse som enligt artikel 1 inte får frångås av medlemsstaterna, även om en avvikelse från bestämmelsen skulle erbjuda högre skydd för företags-hemligheter.

Enligt andra punkten i artikel 7 ska medlemsstaterna se till att en rättslig myndighet får vidta lämpliga åtgärder om en ansökan som rör företags-hemligheter är uppenbart ogrundad och domstolsförfarandet har inletts otillbörligen eller i ond tro.

² A. prop. s. 28.

6.2.2 Proportionalitet

Utredningen anser att åtgärder och rättsliga förfaranden enligt FHL – med de ändringar som tillkommer till följd av direktivet – är proportionerliga. När det så kallade civilrättsliga sanktionsdirektivet³ skulle införas i svensk rätt, uttalades i förarbetena:⁴

Eftersom frågan om proportionalitet har en sådan allmängiltighet, bör den endast komma till uttryck i lagtext i särskilda fall, exempelvis när det är fråga om ett rättsinstitut som är nytt och hittills främmande för svensk lagstiftning.

Av samma skäl bör det inte införas någon särskild regel om proportionalitet i FHL.

I direktivet behandlas frågor om proportionalitet även i de artiklar som rör interimistiska beslut respektive åtgärder i slutliga avgöranden (artikel 11.2 och 13.1), och då mer utförligt (se avsnitt 8.4.4 och 8.6.1). En proportionalitetsbedömning ska även göras innan domstolen beslutar om att ett avgörande ska offentliggöras enligt artikel 15 (se avsnitt 9.3).

6.2.3 Förutsättningar för handel på den inre marknaden

Sverige har genom medlemskapet i EU åtagit sig att följa unionslagstiftningen, vid varje ny lagstiftning. Unionslagstiftningen ska följas även vid rättstillämpningen på så sätt att EU-rätten alltid ska överordnas den nationella rätten, även grundlagar, inom de områden unionsrätten omfattar.⁵ Målet för direktivet är att skapa en smidigt fungerande inre marknad genom att alla medlemsländer ska erbjuda ett tillräckligt och jämförbart skydd för företagshemligheter.⁶ Principen om en fungerande inre marknad är allmängiltig och ska beaktas vid lagstiftningsarbetet generellt. Det finns ingen anledning att särskilt uttrycka detta i lagtext.

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (det civilrättsliga sanktionsdirektivet).

⁴ Prop. 2008/09:67 s. 193. Uttalandet rör vitesförbud men kan vara till ledning i andra sammanhang.

⁵ Gröning, Zetterquist, s. 126 f.

⁶ Se bl.a. EU-direktivets skäl 36.

6.2.4 Skydd mot rättegångsmissbruk

I artikel 7 handlar punkten 1 c om att bestämmelserna i direktivet ska tillämpas på ett sätt som innefattar skydd mot sådana förfaranden som kan kallas för rättegångsmissbruk. Punkten 2 i samma artikel stadgar att domstolar får, på begäran av svaranden, vidta lämpliga åtgärder om en ansökan om rättsmedel är uppenbart ogrundad och det kan konstateras att kändanden har inlett domstolsförfarandet otillbörligen eller i ond tro. Åtgärderna mot sådana förfaranden ska utformas efter vad som är lämpligt enligt nationell rätt. Åtgärderna får innefatta skadestånd, sanktioner eller beslut om att informera om ett avgörande i enlighet med artikel 15.

Skydd mot rättegångsmissbruk i rättegångsbalken

Några rättegångsbestämmelser som motsvarar artikel 7.1 c och 7.2 finns inte i FHL. I stället tillämpas processrättsliga regler i rättegångsbalken (RB), som gäller för tvistemål i allmänhet. I kapitel 9 RB finns bestämmelser om böter för den som mot bättre vetande föranleder rättegång (rättegångsförseelse). I 42 kap. 5 § RB finns en bestämmelse om att en domstol kan meddela dom, utan att först utfärda stämning, om en stämningsansökan är uppenbart ogrundad. Därtill finns bestämmelser om ersättningskyldighet för motparts rättegångskostnader i 18 kap. RB.

Bestämmelser om rättegångsförseelser

Bestämmelser om böter för den som mot bättre vetande inleder eller föranleder rättegång i tvistemål finns i 9 kap. 1 § RB. Bestämmelsen rör den som orsakar en onödig rättegång. För att en kändandepart ska kunna dömas till ansvar krävs att talan är ogrundad och att han eller hon inser detta. Kompletterande bestämmelser finns i 2–4 §§. Bestämmelsen i 2 § rör part som överklagar ett avgörande mot bättre vetande. 3 § rör part som förhalar rättegången. I 4 § stadgas att de ovan nämnda paragraferna även gäller för motsvarande beteenden hos ställföreträdare, ombud eller biträde. En domstol kan ex officio pröva frågan om ansvar i samband med det mål i vilket förseelsen har begåtts. Ansvarsfrågan kan också tas upp med anledning av att

åklagaren väcker åtal.⁷ Bestämmelserna förutsätter alltså inte att svaranden begär att domstolen agerar, eller polisanmäler motpartens agerande.

Uppenbart ogrundade stämningsansökningar

En domstol kan meddela en ogillande dom direkt på uppenbart ogrundade stämningsansökningar, se 42 kap. 5 § RB. Det samma gäller om det inte finns någon laga grund för dom i kärandens framställning. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och endast när talan i sin helhet är ogrundad.⁸

Förlorande part ska ersätta den vinnande partens rättegångskostnader⁹

18 kap. RB innehåller detaljerade bestämmelser om ersättning för rättegångskostnad i tvistemål. Huvudregeln är, enligt 1 §, att den part som förlorar målet ska ersätta motpartens rättegångskostnad. Om parterna ömsom vinner ömsom förlorar, t.ex. att endast vissa av partens yrkanden bifalls eller att ett yrkande endast bifalls till viss del, ska rättegångskostnaden om möjligt fördelas på motsvarande sätt (4 §). Ersättningen ska, enligt 8 §, fullt motsvara kostnaden för rättegångens förberedande och talans utförande jämte arvode till ombud eller biträde, såvitt kostnaden skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt. Ersättning ska enligt samma paragraf även utgå för partens arbete och tidspillan i anledning av rättegången. Ränta ska utgå på beloppet från dagen då målet avgörs till dess betalning sker.

Det finns vissa undantag från denna huvudregel. Exempelvis gäller att en part som har föranlett en onödig rättegång – eller genom vårdslöshet eller försummelse orsakat merkostnader – kan oavsett utgången i målet åläggas att stå för hela eller del av rättegångskostnaderna (3, 3 a och 6 §§). Det finns också bestämmelser i 8 a § som begränsar den ersättning som kan utgå i mål där tvisteföremålet

⁷ För utförligare beskrivning, se Fitger m.fl., kommentaren till 9 kap., inledning och 1–2 §§ RB, Zeteo 30 juni 2016.

⁸ För utförligare beskrivning, se Fitger m.fl., kommentaren till 42 kap. 5 § RB, Zeteo 30 juni 2016.

⁹ Framställningen är till stor hämtad ur prop. 2008/09:67 s. 236 f.

uppenbart inte överstiger hälften av basbeloppet enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring.

Svensk lag uppfyller EU-direktivets krav om skydd mot rättegångsmissbruk

Artikel 7.2 stadgar att medlemsstaterna ska se till att de åtgärder, som ska kunna vidtas av domstolarna, ska vara lämpliga. Det finns inte anledning att anta att någon av de bestämmelser i RB som ovan angetts skulle strida mot direktivets intentioner eller vara olämpliga. Bestämmelserna innebär att det finns ett skydd mot att domstolsförfaranden missbrukas. Därmed måste kravet i artikel 7.1 antas vara uppfyllt.

I artikel 7.2 ges exempel på åtgärder som en domstol ska kunna besluta om (skadestånd till svaranden, sanktioner för käranden eller beslut om att informera om ett avgörande), men bestämmelsen är inte tvingande, se första styckets sista mening. Sanktioner för käranden är möjliga i och med att böter kan dömas ut enligt RB. Det finns inte anledning att införa bestämmelser om skadestånd till svaranden. Någon särskild bestämmelse behöver inte införas i anledning av artikel 7.

I sista stycket i artikel 7.2 anges att åtgärderna ska kunna behandlas i ett separat domstolsförfarande. Inte heller denna bestämmelse är tvingande. Det finns inte anledning att i svensk rätt införa bestämmelser om ett särskilt domstolsförfarande.

6.3 Preskriptionstid – artikel 8

Förslag: Domstolen ska vid talan om åtgärder endast få beakta angrepp och försök till angrepp som innehavaren känt till eller borde ha känt till under de fem senaste åren innan talan väcktes. Bestämmelsen förs in som ett nytt stycke i den bestämmelse som i dag reglerar tidsfristen för skadeståndstalan väckande.

6.3.1 Preskription i allmänhet

Med preskription avses att borgenären förlorar rätten att kräva ut sin fordran efter viss lagbestämd tidsfrist, om borgenären under denna tid inte agerat på visst sätt. Det är i huvudsak två skäl som brukar anföras till stöd för att det bör finnas regler om preskription. Det är dels svårigheterna att efter lång tid föra bevisning om ett rättsförhållande, dels olägenheten för gäldenären att under obestämd tid bevara bevis om rättsförhållandet. Ett rättsförhållande bör således enligt allmänna principer inte kunna hållas svävande under hur lång tid som helst.¹⁰ Allmänna bestämmelser om preskription finns i preskriptionslagen (1981:130). Huvudregeln är att en fordran preskriberas tio år efter tillkomsten, om inte preskriptionen avbryts innan dess. Preskriptionslagens bestämmelser gäller dock endast om inte annat föreskrivs i annan lagstiftning. Föreskrifter som innehåller särskilda preskriptionsbestämmelser, s.k. specialpreskription, finns i flera olika författningar, däribland 10 § nuvarande FHL.

6.3.2 Preskription enligt FHL

Skadestånd

I preskriptionsregeln i 10 § nuvarande FHL föreskrivs att skadeståndstalan endast kan avse skada under de fem senaste åren innan talan väcktes. När den angivna tiden löpt ut går rätten till skadestånd för skada under tid dessförinnan förlorad.

En motsvarande bestämmelse om preskription finns i 58 § patentlagen¹¹, vilken bestämmelse lagstiftaren använde som förebild under lagstiftningsarbetet.¹² Liknande bestämmelser om preskription finns även i bl.a. varumärkeslagen, firmalagen och mönsterskyddslagen.¹³

Det avgörande är tiden för talans väckande, och preskriptionen räknas från den tidpunkten fem år bakåt i tiden. Varje skadeståndsgrundande användning av en företagshemlighet ska utgöra en utgångs-

¹⁰ Prop. 2006/07:79 s. 59.

¹¹ Patentlagen (1967:837).

¹² Prop. 1987/88:155 s. 50.

¹³ 8 kap. 6 § varumärkeslagen (2010:1877), 19 § fjärde stycket firmalagen (1974:156) och 36 § tredje stycket mönsterskyddslagen (1970:485). Se även 9 kap. 6 § tredje stycket växtförädlar-rättslagen (1997:306).

punkt för preskriptionsfrist.¹⁴ Preskriptionstiden räknas från tidpunkten då skadan visar sig, vilken inte behöver sammanfalla med tiden för den skadevållande handlingen.¹⁵ Skadegörande handlingar kan dock pågå under en längre tid såsom i form av ett utnyttjande där flertalet intrångsgörande varor säljs efter hand. Varje sådan försäljning kan då vara en skadegörande handling och preskriptionstiden räknas från varje sådan försäljning.¹⁶ Den preskriptionsbrytande handlingen är när talan väcks i domstol.

Förbud och åtgärder

Någon talefrist beträffande förbud eller åtgärder finns inte i nuvarande FHL. Som ovan angetts ska varje skadeståndsgrundande användning av en företagshemlighet utgöra en utgångspunkt för preskriptionsfrist enligt FHL. Vid talan om åtgärder är saken något annorlunda. En domstols förbud att utnyttja en företagshemlighet syftar till att förhindra att käranden drabbas av (ytterligare) skada i framtiden. Även beslut om andra åtgärder, såsom överlämnande av föremål som innefattar företagshemligheter, syftar till att förhindra framtida skada. Det är dock inte ett krav att innehavaren ska kunna visa att skada verkligen har uppstått eller kan komma att uppträda, utöver det skaderekvisit som förutsätts i definitionen av företagshemligheter. Domstolens beslut om åtgärder kan endast avse vad som ska gälla för framtiden, även om beslutet grundar sig på svarandens tidigare agerande. Domstolen är inte tvungen att besluta om förbud och åtgärder enligt FHL, även om kriterierna för ett sådant beslut i och för sig är uppfyllda.¹⁷ Bifall till en förbudstalan eller talan om andra åtgärder, torde förutsätta att risk för framtida skada i vart fall potentiellt föreligger vid tiden för domstolens beslut, eftersom ändamålet med vitet annars skulle sakna betydelse. Typiskt sett måste dock antas att det föreligger risk för framtida skada om någon har begått ett angrepp på en företagshemlighet. Om någon har ut-

¹⁴ Fahlbeck, s. 510.

¹⁵ SOU 1983:52 s. 395.

¹⁶ Se NJA 2011 s. 270. Det rättsfallet avsåg patentintrång, men principen torde gälla även för preskription enligt FHL.

¹⁷ NJA 2000 s. 435.

nyttjat en företagshemlighet, torde det således vara möjligt att vid vite förbjuda såväl utnyttjande som röjande.¹⁸

Avtalade tidsfrister och preskriptionsbestämmelser i kollektivavtal

Bestämmelsen om preskription i 10 § nuvarande FHL är inte tvingande utan kan sättas ur kraft genom avtal.¹⁹

Inom arbetsrätten finns i flera kollektivavtal förhandlingsordningar, där tidsfrister för förhandling i rättstvister och väckande av talan regleras. Arbetsdomstolen tillämpar i förekommande fall de talefrist- och preskriptionsbestämmelser som finns i förhandlingsordningen i kollektivavtal som gäller mellan parterna.

Förhandlingsordningarna innehåller normalt tre olika frister: en för att påkalla lokal förhandling, en för att påkalla central förhandling och en för att väcka talan.²⁰ En förhandlingsordning i kollektivavtal mellan kollektivavtalsslutande parter kan något förenklat sägas innebära följande. Om förhandling mellan arbetstagarorganisation och arbetsgivarorganisation angående en rättstvist inte har hållits ska talan, efter invändning av motparten, avvisas av domstolen. Om en part försitter fristen att påkalla förhandling har den förlorat rätten till förhandling angående anspråket. Om förhandling har hållits på föreskrivet sätt, men talan vid domstolen väcks för sent ska talan inte avvisas. Däremot kan talan, på invändning av part, ogillas såsom preskriberad. Förhandlingsordningar fungerar alltså både som tale- och preskriptionsregler.²¹

6.3.3 Preskription enligt EU-direktivet

Enligt EU-direktivets åttonde artikel ska medlemsstaterna fastställa bestämmelser om preskriptionstider, som ska tillämpas på materiella rättsanspråk och ansökningar om sådana åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs i direktivet. Det ska framgå av bestämmelserna när preskriptionstiden börjar löpa, preskriptionstidens längd

¹⁸ Se Fahlbeck, s. 517–518.

¹⁹ A.a., s. 509.

²⁰ AD 2014 nr 65.

²¹ Ibid.

och under vilka omständigheter preskriptionstiden ska avbrytas eller tillfälligt upphöra att löpa. Preskriptionstiden får inte vara längre än sex år.

Direktivet föreskriver att medlemsstaterna ska fastställa preskriptionstid inte bara för skadestånd, utan även för åtgärder, förfaranden och rättsmedel, såsom förbud mot utnyttjande samt om beslut om åtgärder (vilket kan innefatta sådant som överlämnande, korrigerande, förstöring eller återkallande från marknaden av intrångsgörande varor).

Artikel 8 är en sådan bestämmelse som enligt artikel 1 inte får frångås av medlemsstaterna, även om en avvikelse från bestämmelsen skulle erbjuda högre skydd för företagshemligheter.

Den nuvarande bestämmelsen om skadestånd är förenlig med EU-direktivet

Enligt 10 § nuvarande FHL kan skadestånd utgå för skada som svaranden har orsakat i tiden före talans väckande. Om skadan ligger längre än fem år bakåt i tiden, är det inte möjligt att få skadestånd enligt FHL. Den svenska bestämmelsen om preskription för skadestånd i faller innanför direktivets tidsram. Bestämmelsen anger att preskriptionsfristen är fem år från skadan och att tiden bryts när talan väcks. Beträffande skadeståndspreskription uppfyller således nuvarande FHL direktivets krav.

Förbud och andra åtgärder – preklusion

Den svenska lagtexten i nuvarande FHL om preskription rör endast skadeståndstalan. Någon motsvarande bestämmelse om åtgärder finns inte.

Det måste antas att ordalydelsen i artikel 8 innebär att medlemsstaterna ska införa en tidsgräns, som klargör hur långt tillbaka i tiden svarandens beteende ska få beaktas av domstolen vid dess beslut om åtgärder. Situationen blir då sådan att termen preskription inte riktigt är en rättvisande benämning. Snarare är det fråga om en tidsfrist beträffande vilka omständigheter som ska få åberopas, dvs. en verkan av innehavarens passivitet. I RB finns flera regler som beskär en part möjlighet att efter en viss tidsfrist eller en viss processhandling åbe-

ropa nya grunder eller bevis.²² En term som används för sådana situationer i doktrin och praxis är *preklusion*.²³ En part kan alltså avskäras från möjligheten att få vissa grunder för sin talan prövad i domstol.

En sådan bestämmelse om en tidsfrist för omständigheter som kan föranleda vitesförbud kan i vissa fall framstå som överflödig – antingen finns det risk för framtida skada och därmed skäl för beslutet, eller så finns det inte det. Emellertid föreskriver direktivet att en sådan tidsfrist ska införas. För att svensk lag ska uppfylla direktivets krav behöver således lagen kompletteras så att en domstols beslut om åtgärder och förbud endast får grunda sig på ett sådant svarandens beteende som har förekommit inom viss tid före talans väckande. Domstolens beslut att meddela en åtgärd och förbud ska grunda sig i omständigheterna i det enskilda fallet (se artikel 11.2 och 13).

Det finns fall där en tidsfrist åtminstone teoretiskt skulle få betydelse för domstolens bedömning. Om svaranden nyligen utfört en skadegörande handling, exempelvis försäljning av varor som innefattar företagshemligheten, torde det finnas större skäl att meddela ett förbud om framtida försäljning än om försäljningen ligger långt bak i tiden. En tidsfrist innebär i dessa fall en gräns för när i tiden en skadegörande handling senast ska ha företagits, för att en domstol ska få låta handlingen väga in bedömningen. Med andra ord så skulle domstolen exempelvis vid en förbudstalan inte i bedömningen få väga in en försäljning som ägt rum för sju år sedan, medan en försäljning som skett ett år tidigare får beaktas.

På vissa områden inom immaterialrätten finns i dag bestämmelser om att en rättighetshavare som förhåller sig passiv till ett presumtivt intrång efter viss tid kan förlora rätten att invända mot intrånget (se 1 kap. 14 och 15 §§ varumärkeslagen²⁴ samt 8 § firmalagen²⁵). Enligt varumärkeslagen måste innehavaren av ett äldre varumärke inom viss tid vidta åtgärder mot ett yngre varumärke. Om innehavaren av det äldre varumärket trots vetskap om det yngre varumärket inte agerar, kan följden bli att rätten till rättsliga åtgärder går förlorad på grund

²² Exempelvis RB:s regler i 13 kap. 3 § där det stadgas att väckt talan inte får ändras, s.k. stupstocksföreläggande enligt 42 kap. 15 § och 15 a § samt bestämmelser i 50 kap. 25 § och 55 kap. 13 § om överklagande till högre instans. För fördjupning, se Bengt Lindell, *Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken*, Norstedts Juridik, 1993.

²³ Se exempelvis Lindell och NJA 2006 s. 326.

²⁴ SFS (2010:1877).

²⁵ SFS (1974:156).

av passivitet.²⁶ Om det yngre varumärket har registrerats, inträder passivitet om innehavaren avstår från att vidta åtgärder i mer än fem år. Om det yngre varumärket i stället är ett inarbetat varumärke, finns ingen fastställd tidsgräns, utan åtgärderna ska ha vidtagits inom *rimlig tid*. Vad som är rimlig tid avgörs av domstol, men rimlig tid bör normalt utgöra en kortare period än fem år.²⁷

Lämpligen kan en sådan passivitetsregel som direktivet föreskriver angående företagshemligheter innebära en tidsgräns på fem år. Detta skulle innebära att innehavaren efter att ha fått kännedom om ett angrepp på en företagshemlighet har fem år på sig att väcka talan om åtgärder. Det är lämpligt att tidsfristen är lika lång som preskriptionstiden för skadestånd. Den nya bestämmelsen bör innebära att domstolen vid talan om åtgärder till grund för sin bedömning endast får beakta angrepp och försök till angrepp som innehavaren känt till eller borde ha känt till under de fem senaste åren innan talan väcktes. Om angreppet ligger mer än fem år bakåt i tiden, kan det alltså inte ligga till grund för talan om åtgärder.

²⁶ Följden av passivitet kan bli att varumärkena får samexistera, i vissa fall med ett tillägga av ortsnamn eller innehavarens namn. Se även Richard Wessman, kommentaren till 1 kap. 16 § varumärkeslagen, Zeteo 1 jan. 2014.

²⁷ Wessman, kommentaren till 1 kap. 15 § varumärkeslagen, Zeteo 1 jan. 2014.

7 Skadestånd – artikel 14

7.1 Allmänt om skadestånd enligt FHL¹

Skadeståndsbestämmelserna i nuvarande FHL är uppbyggda så att olika kategorier av potentiella angripare regleras var för sig, vilket innebär att förutsättningarna för ansvar skiljer sig mellan affärspartners, anställda, före detta anställda och utomstående. I den mån en skadeståndsrättslig fråga lämnats oreglerad i FHL ska skadeståndslagens regler användas som komplement.

Bestämmelser om ersättning för skada orsakade av angrepp på företagshemligheter finns i 5–9 §§ nuvarande FHL. Skadestånd på grund av brott regleras i 5 §, medan skadestånd på civilrättslig grund regleras i 6–8 §§. En gemensam regel om beräkning av skadeståndet finns i 9 §. I den bestämmelsen stadgas att skadeståndets storlek ska bestämmas även utifrån omständigheter som inte är av ren ekonomisk betydelse. Där finns även en bestämmelse att skadeståndet kan jämkas.

Skadeståndsansvar för röjande och utnyttjande av företagshemlighet som någon fått lovlig tillgång till kan endast utkrävas av dem som omfattas av 6 och 7 §§, dvs. arbetstagare och de som anförtrott informationen i samband med en affärsförbindelse. Andra personkategorier kan endast ådra sig skadeståndsansvar vid eget brottsligt handlande enligt 3 eller 4 § FHL eller om vederbörande tar emot en uppgift och därvid inser eller borde ha insett att denna är åtkommen genom ett angrepp i strid med nuvarande FHL, men trots detta röjer eller utnyttjar den, enligt 8 §.

¹ Texten är till stor del hämtad ur 2008 års utredning, s. 188 ff.

7.1.1 Skadestånd på grund av brott

Den som gör sig skyldig till brott enligt nuvarande FHL, dvs. företagsspioneri eller olovlig befattning med företagshemlighet, ska ersätta den skada som uppkommer genom brottet eller genom att företagshemligheten obehörigen utnyttjas eller röjs, enligt 5 §. Gärningsmannen kan bli skadeståndsskyldig för eget utnyttjande eller röjande av företagshemligheten. I de fall gärningsmannen röjer företagshemligheten till en annan person som i sin tur utnyttjar hemligheten, kan gärningsmannen ådra sig ansvar även för skada som uppkommer genom detta utnyttjande. Om mottagaren av företagshemligheten var i god tro kan denne inte drabbas av skadeståndsansvar (se 2 § tredje stycket nuvarande FHL). Var vederbörande tvärtom i ond tro blir även hon skadeståndsskyldig enligt 5 §.

I den mån en skadeståndsrättslig fråga lämnats oreglerad i FHL ska skadeståndslagens regler användas som komplement. I det nu angivna exemplet innebär det att gärningsmannen och mottagaren med tillämpning av 6 kap. 4 § skadeståndslagen blir solidariskt ansvariga för den skada som uppkommit.²

När det gäller anställda som begått brott enligt FHL mot sin arbetsgivare uttalade Lagrådet att även om det brottsliga handlandet också inneburit ett brott mot en tyst eller uttrycklig bestämmelse i kollektivavtalet, det får anses att skadeståndsregeln i FHL ska ges företräde framför skadeståndsbestämmelserna i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL).³

7.1.2 Missbruk av företagshemligheter som har anförtrotts någon i samband med en affärsförbindelse

Enligt 6 § nuvarande FHL ska den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare som han i förtroende har fått del av i samband med en affärsförbindelse med denne, ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. För skadeståndsskyldighet krävs uppsåt eller oaktsamhet.

Utgångspunkten för bestämmelsen i 6 § är att någon i förtroende har fått del av en företagshemlighet hos en näringsidkare i samband

² Jfr prop. 1987/88:155 s. 58.

³ Ibid.

med en affärsförbindelse med denne. Om mottagaren handlar i strid med vad de är överens om är detta ett avtalsbrott som kan utgöra grund för skadestånd.

Ofta föreligger det en avtalsrelation mellan näringsidkaren och den som har fått del av företagshemligheten. I uttrycket affärsförbindelse ligger emellertid inte att det måste föreligga något bindande avtal mellan parterna. Redan under ett förhandlingsskede kan mottagaren ha fått del av en företagshemlighet på ett sådant sätt att ett förtroendeförhållande kan anses föreligga.⁴ Kravet på förtroende är uppfyllt endast när mottagaren inser eller bör inse att en förutsättning för att hon ska få del av uppgiften är att hon inte obehörigen utnyttjar eller röjer den. Det saknar betydelse om denna förutsättning är uttalad eller t.o.m. har blivit föremål för ett särskilt avtal eller om den är underförstådd på så sätt att den kan anses framgå av omständigheterna. Frågan vad som omfattas av förtroendet måste bedömas med ledning av omständigheterna i det enskilda fallet. Det är den som lämnar ut uppgiften som har bevisbördan för att den lämnas ut i förtroende.⁵ I fråga om information som lämnas i affärsförbindelser och som ligger vid sidan av eller som går klart utöver det som parternas kontakter gäller föreligger inte någon tystnadsplikt.⁶

Kravet på att det ska vara fråga om mottagande av företagshemlighet i samband med en affärsförbindelse innebär i praktiken att mottagaren måste vara en näringsidkare eller någon som är anställd hos en näringsidkare. Det ställs inga särskilda krav på affärsförbindelsen utan den kan vara av vilket slag som helst. I förarbetena nämns som exempel samarbete mellan två företag, ett avtalsförhållande mellan en näringsidkare och en utomstående konsult av något slag eller att ett företag från ett annat företag fordrat in ett anbud med förtroliga uppgifter.⁷

Skadeståndsskyldighet kan drabba en part i en affärsförbindelse även om det är en anställd hos denne som har missbrukat förtroendet. Att det förhåller sig på detta sätt i kontraktsförhållanden anses

⁴ A. prop. s. 42.

⁵ A. prop s. 43.

⁶ Ibid.

⁷ A. prop. s. 42.

framgå av allmänna bestämmelser.⁸ I kontraktsförhållanden gäller nämligen i allmänhet ett oinskränkt principalansvar.⁹

Paragrafen innehåller ingen begränsning av den tid under vilken mottagaren av företagshemligheten inte får utnyttja eller röja denna. Även om affärsförbindelsen har avbrutits finns således en kvardröjande lojalitetsplikt. Skyldigheten att inte röja eller utnyttja företagshemligheten kvarstår i allmänhet så länge som företagshemligheten som sådan består. Av preskriptionsregeln i 10 § nuvarande FHL följer emellertid att skadeståndstalan endast kan avse skada under de senaste fem åren före talans väckande.

Tystnadsplikt för företagshemligheter mellan näringsidkare i affärskontakter bygger på avtal. Enligt FHL i råder i princip avtalsfrihet om sekretessens omfattning.¹⁰ En avtalsbestämmelse om tystnadsplikt som omfattar brott och allvarliga missförhållanden kan dock inte vara bindande för parterna. Inte heller kan avtalas med bindande verkan om skydd mot obehöriga angrepp på företagshemligheter, såsom anges i nuvarande 2 § FHL.¹¹

Det kan finnas skäl för parterna att avtala om tystnadsplikt för information som inte är hemlig och som därmed inte utgör företagshemligheter, exempelvis inom ett konsultavtal. Det kan finnas ett värde för en part att inte själv behöva leta upp information som visserligen inte är hemlig, men omständlig att få tag på. Prövningen av om sådana avtal är giltiga faller utanför FHL, eftersom det inte rör sig om företagshemligheter. Avtalens giltighet kan i stället komma att prövas enligt allmänna avtalsrättsliga bestämmelser och konkurrenslagstiftning.¹²

⁸ A. prop. s. 63.

⁹ Prop. 1972:5 s. 483.

¹⁰ Fahlbeck s. 106.

¹¹ A.a. s. 75 och 107 samt LU37 s. 23.

¹² Se diskussion i Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Norstedts Juridik AB, 2 uppl. 2010, avsnitt 6.7 och 7.7 samt Eric M. Runesson, *Licens till patent och företagshemligheter i avtals- och kontraktsrätten*, 2014, s. 38–39.

7.1.3 Arbetstagares angrepp på företagshemligheter

Skadeståndsansvar för anställda

I ett anställningsförhållande krävs att en arbetstagare är lojal mot arbetsgivaren. Denna lojalitetsplikt innefattar bl.a. att inte konkurrera med eller på annat sätt skada eller hindra arbetsgivarens verksamhet. Lojalitetsplikten har byggts upp genom sedvänjor och praxis på arbetsmarknaden och kan sägas utgöra en oskriven rättsregel.¹³ I lojalitetsplikten ingår att inte röja arbetsgivarens företagshemligheter.

FHL är tillämplig i såväl privat som offentlig sektor. Dock är den information som kan skyddas i offentlig sektor klart begränsad jämfört med den i privat verksamhet. Hos myndigheter och andra allmänna organ är nämligen huvudregeln att handlingar är offentliga. Det är bestämmelserna i OSL som reglerar tystnadsplikt och förbud att lämna ut allmänna handlingar, inte FHL. Till den del en myndighet bedriver affärsverksamhet, kan sekretess gälla för uppgift om myndighetens affärs- eller driftförhållanden, om det kan antas att någon som driver likartad rörelse gynnas på myndighetens bekostnad om uppgiften röjs, enligt 19 kap. 1 § OSL. (Se ovan avsnitt 3.5) Som regel faller sådana uppgifter som avses i den paragrafen in under definitionen i 1 § FHL. För information i offentlig sektor som även skyddas enligt FHL, gäller bestämmelserna i 7 § nuvarande FHL även för offentligt anställda.

En arbetstagare som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos arbetsgivaren som hon har fått del av i sin anställning under sådana förhållanden att hon insåg eller borde ha insett att hon inte fick avslöja den, ska enligt 7 § ersätta den skada som uppkommer genom hennes förfarande. Om den skadegörande handlingen äger rum efter det att skadevållaren avslutat sin anställning hos arbetsgivaren är skadeståndsansvaret mer begränsat genom att skadeståndsskyldighet inträder endast om det finns synnerliga skäl.

För att ansvar ska inträda krävs till en början att det är fråga om en företagshemlighet som arbetstagaren har fått del av i sin anställning. Hemligheten ska ha sådant samband med anställningen att den

¹³ Fahlbeck s. 128–130.

omfattas av den lojalitetsplikt som följer av varje anställningsförhållande. Vidare ska arbetstagaren ha haft någon form av insikt om att informationen inte fick avslöjas. Är arbetsrutinerna, säkerhetsinstruktionerna eller liknande utformade på ett sådant sätt att arbetstagaren har insett eller borde ha insett att det var fråga om en företagshemlighet, inträder skadeståndsskyldighet om hon utnyttjar eller röjer hemligheten.

Av lojalitetsplikten följer emellertid en längre gående förpliktelse att hemlighålla uppgifter. Lagrådet påpekade att det följer av anställningsavtalet att arbetstagaren är skyldig att iaktta tystnadsplikt i fråga om arbetsgivarens företagshemligheter helt oberoende av om dessa har någon anknytning till arbetstagarens egna arbetsuppgifter.¹⁴

För skadeståndsansvar enligt bestämmelsen förutsätts vidare att utnyttjandet eller röjandet sker obehörigen. Tystnadsplikten bryts exempelvis av vittnesplikt i vissa fall (36 kap. 6 § RB) och enligt 22 § MBL om en arbetstagare lämnar över information till en ledamot i styrelsen för sin arbetstagarorganisation.¹⁵ Tystnadsplikten bryts även av yttrandefriheten enligt tryckfrihetsförordningen, yttrandefrihetsförordningen och Europakonventionen. Dessa undantag behandlas inte närmare i detta kapitel, utan i avsnitt 3.4. Ett annat undantag är arbetstagarers kritikrätt, dvs. rätten att offentligt kritisera förhållanden på arbetsplatsen, se avsnitt 3.4.4. Kritikrätten har vuxit fram ur AD:s praxis.¹⁶

Bestämmelsen i 7 § första stycket nuvarande FHL har, i egenskap av *lex specialis*, företräde framför skadeståndslagen. Om det däremot finns bestämmelser i kollektivavtal om arbetstagarers ansvar för företagshemligheter, ska skadeståndsansvar på grund av brott mot en sådan avtalsbestämmelse bedömas utifrån reglerna i medbestämmandelagen i stället för enligt FHL.¹⁷

¹⁴ Prop. 1987/88:155 s. 61.

¹⁵ A. prop. s. 45.

¹⁶ För vidare läsning om kritikrätt, se bl.a. Fahlbeck s. 137 f.

¹⁷ A. prop. s. 44.

Begränsat skadeståndsansvar för tidigare anställda

Enligt 7 § andra stycket nuvarande FHL krävs synnerliga skäl för att en tidigare arbetstagare ska bli skadeståndsskyldig för ageranden som skett efter anställningens upphörande. Huvudregeln är att en arbetstagare som slutat sin anställning är löst från sin lojalitetsplikt och därför har rätt att utnyttja den erfarenhet, yrkesskicklighet och kunnighet som hon förvärvat i sin anställning.¹⁸ Även om kunnandet i vissa fall har sådan särskild anknytning till den tidigare arbetsgivaren att kunnandet räknas som en företagshemlighet är arbetstagaren i princip fri att använda detta efter anställningens upphörande, om inte synnerliga skäl talar mot det.¹⁹ Det ska vara fråga om fall då arbetstagaren på ett stötande sätt har missbrukat det förtroende som följer av anställningsförhållandet. Såsom synnerliga skäl får i allmänhet anses att en arbetstagare har tagit anställning hos näringsidkaren i syfte att komma över hemlig information eller då hon under sin anställning har förberett ett överförande av hemlig information till en konkurrerande verksamhet. Likaså kan den omständigheten att företagshemligheten utnyttjats med hjälp av dokumentation i någon form, t.ex. en teknisk förebild, tala för att det föreligger synnerliga skäl. Vidare kan det påverka bedömningen om vederbörande har haft en särskild förtroendeställning hos näringsidkaren, såsom verkställande direktör eller annan hög chefsposition. Även skadans storlek har viss betydelse för bedömningen, nämligen på det sättet att synnerliga skäl knappast kan sägas vara för handen om arbetsgivarens konkurrensförmåga påverkats endast i ringa utsträckning av förfarandet.²⁰ Om den tidigare arbetstagaren utnyttjat företagshemligheter endast vid ett fåtal tillfällen, kan det medföra att synnerliga skäl inte föreligger, och därmed inte heller någon skadeståndsskyldighet enligt FHL.²¹

I propositionen framhölls att i de fall arbetstagaren själv har utvecklat hemligheten hos sin tidigare arbetsgivare det ofta kan finnas anledning att inte frångå huvudprincipen om att arbetstagare har rätt att fritt utnyttja sin kunskap och erfarenhet.²²

¹⁸ A. prop. s. 45 f.

¹⁹ Se Lagrådets yttrande, a. prop. s. 61.

²⁰ A. prop. s. 46.

²¹ AD 2003 nr 61.

²² A. prop. s. 46.

Det ska framhållas att bestämmelsen är dispositiv, vilket innebär att arbetsgivare och arbetstagare kan avtala om en tystnadsplikt för arbetstagaren som går längre än som följer av paragrafen och då gälla tystnadsplikt efter anställningens upphörande.²³ Avtal om tystnadsplikt för sådant som inte rör företagshemligheter kan inte göras gällande enligt FHL²⁴. Angående avtal om tystnadsplikt hänvisas till avsnittet nedan. Om en tidigare anställd bryter mot en avtalad tystnadsplikt avseende tiden efter anställningens upphörande, skulle detta enligt uttalanden i den juridiska litteraturen innebära att det föreligger synnerliga skäl och därmed skadeståndsskyldighet enligt 7 § andra stycket.²⁵ Frågan har dock inte prövats i praxis.

Konkurrensklausuler och sekretessavtal

FHL innehåller inga regler om förbud mot att en anställd konkurrerar med sin arbetsgivare, utan detta regleras inom arbetsrätten. Som sagts ovan upphör i princip arbetstagares lojalitetsplikt mot arbetsgivaren när anställningen avslutas. Ibland kan det emellertid i privat sektor vara motiverat att utsträcka förbudet mot att arbeta i konkurrerande verksamhet och skyldigheten att iakttä tystnadsplikt till att gälla även efter det att anställningen har upphört. Ett sådant utsträckande av förpliktelser som följer av anställningsavtalet kan ske genom att parterna i anställningsavtalet tar in en s.k. konkurrensklausul (utsträckt konkurrensförbud) eller sekretessklausul (utsträckt tystnadsplikt). En konkurrensklausul har till syfte att hindra en arbetstagare från att ta anställning i verksamhet som konkurrerar med arbetsgivaren eller att i egen regi starta sådan verksamhet efter det att anställningen har upphört. Sekretessklausuler innebär typiskt sett att arbetstagaren även efter avslutad anställning har tystnadsplikt beträffande vissa förhållanden som rör arbetsgivaren. Konkurrensklausuler och sekretessklausuler kan användas av flera olika skäl, bl.a. för att skydda företagshemligheter.

Möjligheten att avtala om konkurrensklausuler begränsas framför allt av 36 och 38 §§ avtalslagen. En arbetstagare är inte bunden av en utfästelse att inte bedriva konkurrerande verksamhet i den mån

²³ A. prop. s. 44.

²⁴ Se SOU 1995:65 sid 183–184 och Fahlbeck s. 292.

²⁵ Fahlbeck s. 465–466.

utfästelsen sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt. Vid den skälighetsbedömning som enligt dessa bestämmelser ska göras tas hänsyn till å ena sidan vikten av det intresse arbetsgivaren önskar skydda och å andra sidan arbetstagarens intresse av att fritt kunna nyttja sin arbetskraft.²⁶ Vid bedömningen kan även den överenskommelse som år 1969 ingicks inom industrisektorn mellan å ena sidan SAF (numera Svenskt Näringsliv) och å andra sidan SIF (Svenska Industritjänstemannaförbundet), SALF (numera Ledarna) och CF (numera Sveriges Ingenjörer) tjäna som bedömningsgrund.²⁷ Enligt den överenskommelsen bör konkurrensklausuler inte komma i fråga annat än hos ”sådana arbetsgivare, som är beroende av självständig produkt- eller metodutveckling och som genom utvecklingsarbete av angivet slag skaffar sig tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart företagsspecifikt kunnande, vars yppande för konkurrenter skulle kunna medföra påtagligt men”. 1969 års överenskommelse innebar omfattande begränsningar av möjligheterna att ta in konkurrensklausuler i anställningsavtal.²⁸ Genom Arbetsdomstolens praxis torde det följa att en konkurrensklausul kan tillerkännas bindande verkan även utanför det i 1969 års avtal åsyftade tillämpningsområdet om det finns särskilda skäl, framför allt ett berättigat och betydande intresse för arbetsgivaren av klausulen.²⁹ Överenskommelsen kan dock inte sägas vara bindande rätt utanför avtalsområdet. Arbetsdomstolen har uttalat att överenskommelsen inte kan användas för att arbetsgivare ska kunna skydda arbetstagares personliga skicklighet, personliga kunskaper och personliga erfarenhet, liksom i regel inte heller mer allmän kännedom om marknads- och branschförhållanden.³⁰

Under 2014 sade Svenskt Näringsliv upp 1969 års avtal. Efter förhandlingar har Svenskt Näringsliv och Förhandlings- och samverkansrådet PTK den 2 juli 2015 enats om ett nytt avtal om användning av konkurrensklausuler. I avtalet har bl.a. framhållits att konkurrensklausuler ska användas restriktivt, men inte begränsas till någon specifik yrkeskategori. Behovet av, och skäligheten i en kon-

²⁶ Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv, s. 330.

²⁷ Överenskommelse 1969 angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i s.k. konkurrensklausuler i tjänsteavtal, punkt 1.

²⁸ Sten Zetreaus, *Konkurrensklausuler i anställningsavtal* i Festskrift till Hans Stark, 2001, s. 399.

²⁹ SOU 2008:63, s. 198–199.

³⁰ *Ibid.*

kurrensklausul, ska bedömas efter förhållandena i det enskilda fallet, enligt det nya avtalet. Vidare framhålls att en intresseavvägning ska göras av arbetsgivarens intresse av att företagshemligheter kan behållas i verksamheten och arbetstagares intresse av att fritt kunna utnyttja sina kunskaper och förmågor. Avtalet innehåller också bestämmelser om ekonomisk kompensation för en arbetstagare som efter anställningens slut hindras i sin yrkesutövning på grund av en konkurrensklausul. Avtalet innefattar även bestämmelser om hur lång bindningstid en konkurrensklausul kan ha.

Sekretessklausuler är mindre ingripande än konkurrensklausuler såvida att de inte innebär ett förbud att utöva konkurrerande verksamhet utan endast ett förbud att röja viss information som den anställde fått del av i arbetsgivarens verksamhet. Ofta ingår tystnadsplikt i en konkurrensklausul, men sekretessklausuler kan också vara fristående.³¹

Utgångspunkten för en sekretessklausul är att avtalsfrihet råder och att de begränsningar som finns framgår av 36 § avtalslagen. Vid en skälighetsbedömning enligt 36 § avtalslagen får emellertid beaktas arbetstagarens intresse av att kunna använda sina kunskaper och erfarenheter på arbetsmarknaden. Vid bestämmande av vilken information som en sekretessklausul får omfatta, kan såväl överenskommelsen från 1969 som gäller konkurrensklausuler och FHL tjäna till ledning.³² Principen måste antas vara att endast information som är knuten till näringsidkaren, dvs. företagsspecifik information, kan omfattas av en sekretessklausul. Avtal som begränsar arbetstagarens användning av egen erfarenhet, yrkesskicklighet och kunnighet, kan förklaras ogiltiga om avtalet strider mot 1 § nuvarande FHL.³³ Det är inte möjligt att komma överens om en tystnadsplikt om sådana förhållanden som utgör brott och andra allvarliga missförhållanden och som därmed inte utgör företagshemligheter enligt 1 § FHL.³⁴ Även 2 § nuvarande FHL, som rör obehöriga angrepp, innebär en begränsning av vad en sekretessklausul får omfatta, eftersom det inte går att avtala bort denna bestämmelse.

³¹ Fahlbeck s. 146.

³² A.a. s. 185.

³³ A.a. s. 311.

³⁴ LU37 s. 45.

Ett avtal om konkurrensförbud eller sekretessförbindelse kan ofta innehålla en bestämmelse om normerat skadestånd, dvs. ett på förhand bestämt belopp eller beräkningsgrund.

7.1.4 Skadeståndsansvar i andra fall

Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som, enligt vad hon inser eller bör inse har angripits enligt lagen, ska ersätta den skada som uppkommer genom förfarandet, enligt 8 § första stycket nuvarande FHL. Detsamma gäller om någon i annat fall uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som, enligt vad hon inser eller bör inse, har röjts i strid med OSL. Bestämmelsen i 8 § är ett komplement till skadeståndsbestämmelserna i 5–7 §§ nuvarande FHL och innebär att skadeståndsskyldighet inträder också för den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som en gång tidigare varit föremål för ett obehörigt angrepp enligt lagen och som hon har fått tillgång till i ett senare led. För skadeståndsansvar krävs att mottagaren inser eller bör inse att hemligheten utsatts för ett rättsstridigt angrepp och röjandet eller utnyttjandet ha skett uppsåtligen eller av oaktsamhet.

I propositionen nämns som exempel att om en näringsidkare med branschkännedom har anledning att misstänka att ett rättsstridigt förfarande ligger bakom röjandet, bör denne iaktta försiktighet och undersöka förhållandena. I annat fall inte riskerar näringsidkaren att bli skadeståndsskyldig om hon sedan utnyttjar eller sprider den mottagna informationen.³⁵

Skadeståndsskyldighet även kan drabba den som i annat fall uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som, enligt vad hon inser eller bör inse, har röjts i strid med OSL, enligt 8 § andra meningen första stycket. Denna bestämmelse infördes under riksdagsbehandlingen av lagutskottet. Beträffande oaktsamhetsbedömningen i detta fall anförde lagutskottet att det ligger i sakens natur att den som på begäran får en uppgift från en myndighet i allmänhet kan förlita sig på att utlämnandet inte strider mot sekretesslagen (nuvarande OSL). I de fall personen själv utövat

³⁵ Prop. 1987/88:155 s. 48.

påtryckningar på en offentliganställd för att få ut informationen eller då en offentliganställd på eget initiativ röjer en uppgift för en näringsidkare som mot bakgrund av sin erfarenhet bör förstå att det är fråga om hemlig information, kan emellertid förutsättningar för skadeståndsskyldighet föreligga.³⁶

Enligt paragrafens andra stycke ska ansvar enligt 20 kap. 3 § brottsbalken för brott mot tystnadsplikt inte ådömas någon på grund av överträdelse av första stycket. Regeln i andra stycket tillkom eftersom avsikten inte var att ett röjande i strid med första stycket skulle bestraffas enligt 20 kap. 3 § brottsbalken.³⁷ Däremot kan ansvar inträda om någon röjer en företagshemlighet som omfattas av sekretess enligt OSL eller någon annan lag.

7.1.5 På vilket sätt skiljer sig förutsättningarna för ansvar mellan affärspartners, anställda, före detta anställda och utomstående?

Särskilt om gränsdragningen mellan arbetstagare och uppdragstagare

För att skadeståndsansvar ska inträda krävs för både affärspartners och arbetstagare att utnyttjande/röjande sker med uppsåt eller av oaktsamhet och att det är obehörigt. Beräkningen av skadeståndet ska ske enligt samma regel (9 § nuvarande FHL) men möjligheten till jämkning är större för en arbetstagare. Huruvida 6 eller 7 §§ tillämpas får störst betydelse i den situationen att den skadegörande handlingen ägt rum i tiden efter det att avtalsförhållandet upphört. För tidigare arbetstagare är skadeståndsansvaret i dessa fall begränsat på det sättet att det krävs synnerliga skäl för ansvar. För uppdragstagare/affärspartners finns inte någon motsvarande inskränkning. I praktiken kan denna skillnad mellan uppdragstagare och arbetstagare få mindre genomslag, på så sätt att arbetstagare med tillgång till känsliga uppgifter om företaget kan åläggas förlängd tystnadsplikt i avtal, se avsnitten som behandlar konkurrens- och sekretessavtal.

Huruvida det är fråga om en arbetstagare eller uppdragstagare får betydelse också i fråga om rättegångsordningen. Vid talan om skade-

³⁶ LU37 s. 51.

³⁷ A. prop. s. 48 f.

ståndsansvar enligt 6 § förs talan enligt RB. En tvist mellan arbetsgivare och arbetstagare eller tidigare arbetstagare om skadestånd för angrepp mot företagshemlighet ska – oavsett om skadeståndsräkandet grundas på FHL eller på bestämmelser i kollektivavtal – som regel handläggas enligt lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister. Detta gäller dock inte om målet gäller skadestånd i anledning av brott och talan förs i samband med åtal för brottet.

Vad gäller då i fråga om sådana arbetstagare som är anställda hos ett företag – uthyrningsföretaget – men utför arbete hos ett annat företag – inhyrningsföretaget?³⁸ Dessa anställda omfattas inte av nuvarande 7 § om de röjer eller utnyttjar en företagshemlighet hos inhyrningsföretaget eftersom de inte är anställda där. Inte heller är de uppdragstagare eftersom uppdragsavtalet är ingånget mellan inhyrningsföretaget å ena sidan och uthyrningsföretaget å den andra. På grund av uttalanden i förarbetena står det klart att skadeståndsskyldighet enligt nuvarande 6 § ska drabba den som är part i en affärsförbindelse även om det är en anställd hos denne som har missbrukat förtroendet.³⁹ 2008 års utredning bedömde att inhyrd personal som är anställd i ett uthyrningsföretag med vilket inhyrningsföretaget har ett avtal, inte blir personligen ansvarig gentemot inhyrningsföretaget för skada som uppkommer genom röjande eller utnyttjande av företagshemligheter på ett olovligt sätt. I kontraktsförhållanden gäller nämligen i allmänhet ett oinskränkt principalansvar. Däremot kan ett sådant handlande medföra skadeståndsskyldighet för den anställde i ett uthyrningsföretaget gentemot den egna arbetsgivaren på grund av avtal eller på grundval av arbetsrättsliga eller allmänna skadeståndsbestämmelser. Enligt 4 kap. 1 § skadeståndslagen är arbetstagaren ansvarig för skada som hon vållar genom fel eller försummelse i tjänsten endast i den mån synnerliga skäl föreligger med hänsyn till handlingens beskaffenhet, arbetstagarens ställning, den skadelidandes intresse och övriga omständigheter. För att regeln ska bli tillämplig krävs att det är fråga om fel eller försummelse som begås i tjänsten. Den gäller alltså inte när en arbetstagare handlar som privatperson eller för annans än arbetsgivarens räkning.

³⁸ Termen "inhyrningsföretag" är hämtad ur Fahlbeck s. 248.

³⁹ Prop. 1987/88:155 s. 63.

Särskilt om styrelseledamöter och revisorer i aktiebolag

Skadeståndsbestämmelserna i aktiebolagslagen ska tillämpas beträffande styrelseledamöter i aktiebolag, inte bestämmelserna i FHL

Bestämmelser om skadeståndsansvar för styrelseledamöter m.fl. i aktiebolag återfinns i 29 kap. aktiebolagslagen (ABL). En styrelseledamot som när hon fullgör sitt uppdrag uppsåtligen eller av oakt-samhet skadar bolaget ska ersätta skadan, enligt 29 kap. 1 §. Utgångs-punkten vid oakt-samhetsbedömningen är att styrelseledamoten ska iaktta den omsorg som krävs av en syssloman i allmänhet.⁴⁰

Enligt 11 § lagen (1987:1245) om styrelserepresentation för privatanställda ska, om inte annat anges i lagen, vad som är före-skrivet i annan lag eller författning om styrelseledamot och styrelse-suppleant i ett företags styrelse tillämpas på arbetstagarledamöter och suppleanter för sådan ledamot. En arbetstagarare som är styrelse-representant är, liksom andra styrelseledamöter i bolaget, skyldig att visa lojalitet och har därmed också skyldighet att iaktta diskretion om förhållanden vars röjande kan föranleda skada för bolaget.

Skadeståndet kan jämkas efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art, skadans storlek och omständigheterna i övrigt, enligt 29 kap. 5 § ABL. Om flera ska ersätta samma skada, svarar de solidariskt för skadeståndet i den mån inte skadeståndsskyldigheten har jämkats för någon av dem. I 10–13 §§ samma kapitel finns bestämmelser om preskriptionstid. Huvudregeln är att talan mot bl.a. styrelseledamot om skadestånd på grund av beslut eller åtgärd under ett räkenskapsår ska väckas senast ett år från det att års-redovisningen för räkenskapsåret lades fram på bolagsstämman. I vissa fall, exempelvis om det har lämnats felaktiga eller ofullständiga uppgifter till bolagsstämman om den skadeståndsgrundande hand-lingen, medges längre preskriptionstid. Denna är dock längst fem år från utgången av det räkenskapsår då de beslut eller åtgärder som talan grundas på fattades eller vidtogs.

Angående FHL:s räckvidd konstaterade 2008 års utredning att lagen inte är tillämplig när en styrelseledamot obehörigen avslöjar eller utnyttjar en företagshemlighet som hon har fått del av igenom sitt uppdrag.⁴¹ Den slutsatsen drogs med hänvisning till att riks-

⁴⁰ Prop. 1997/98:99 s. 184.

⁴¹ SOU 2008:63 s. 208 f.

dagens lagutskott uttalat att FHL inte är tillämplig när styrelse-representanter och skyddsombud m.fl. avslöjar hemliga uppgifter som de fått del av i denna egenskap.⁴² Om en styrelseledamot obehörigen avslöjar eller utnyttjar en företagshemlighet som hon har fått del av i denna egenskap, kan ansvar enligt FHL alltså inte utkrävas. Däremot kan vederbörande ha ådragit sig skadeståndsskyldighet enligt ABL, om skadan orsakats uppsåtligen eller av oaktsamhet vid fullgörande av uppdraget. ABL ger rätt till ersättning för ren förmögenhetsskada, men ersättningsnivån motsvarar ändå inte den som gäller enligt FHL, eftersom ABL saknar föreskrifter om allmänt skadestånd. Vidare är de mer restriktiva reglerna om preskriptionstid, talerätt etc. i ABL tillämpliga, vilket typiskt sett torde minska bolagets möjligheter att kompenseras för liden skada.⁴³ Utredningen delar uppfattningen i 2008 års betänkande i denna del.

Kan FHL tillämpas i ett senare led?

I 8 § nuvarande FHL föreskrivs skadeståndsansvar för den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som, enligt vad han eller hon inser eller bör inse, har angripits *enligt den lagen*. Angreppet kan ha skett genom företagsspioneri eller olovlig befattning med företagshemlighet, alternativt innebära ett sådant obehörigt röjande eller utnyttjande som kan föranleda skadeståndsansvar enligt nuvarande 6 eller 7 §. Enligt 2008 års utredning innebär lagtexten i 8 § att ett obehörigt röjande av en företagshemlighet från en styrelseledamot till en utomstående person inte är ett sådant angrepp som gör att en skadeståndstalan kan föras enligt FHL mot en mottagare som i ond tro utnyttjar/röjer den hemliga informationen.⁴⁴ Styrelseledamoten har nämligen inte angripit företagshemligheten enligt just FHL. Utredningen delar uppfattningen i 2008 års betänkande i denna del.

⁴² LU30 s. 39 och LU37 s. 43. Se även Fahlbeck s. 247.

⁴³ SOU 2008:63 s. 209.

⁴⁴ SOU 2008:63 s. 210.

*Revisorer – allmänt*⁴⁵

En revisor ska granska bolagets årsredovisning, bokföring och styrelsens och verkställande direktörens förvaltning. Revisorn utses av bolagsstämman, men är inte en del av bolagsledningen. De uppgifter om bolaget som en revisor tar del av, tar hon del av i förtroende och med tystnadsplikt. Revisorn kan bli skadeståndsskyldig vid oaktsamhet i uppdraget, exempelvis om hon inte ser till att brister i styrelsens rutiner för tillsynen av verksamheten rättas till, enligt 29 kap. 2 § ABL. En revisor är ersättningskyldig enligt samma grunder som gäller för bl.a. styrelseledamöter enligt ABL. Oaktsamhetsbedömningen för en revisor ska göras utifrån de krav som rimligen kan ställas på en revisor. Föreskrifter om tystnadsplikt för revisorer finns i ABL och i revisorslagen (2001:883). Revisorn får inte till en enskild aktieägare eller till någon utomstående obehörigen lämna upplysningar om sådana bolagets angelägenheter som revisorn får kännedom om när hon fullgör sitt uppdrag, om det kan vara till skada för bolaget. En revisor får inte heller till fördel för sig själv eller till skada eller nytta för någon annan, använda uppgifter som revisorn har fått i sin yrkesutövning.

Kan revisorer bli skadeståndsskyldiga enligt FHL?

I det betänkande som föregick nuvarande FHL, föreslogs en straffbestämmelse om missbruk av företagshemligheter i affärsförbindelse, för näringsidkare som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som denne fått del av i förtroende. Under den bestämmelsen skulle även falla uppdragsavtal, såsom då uppdragstagaren vore en kvalificerad konsult, en advokat eller en revisor.⁴⁶ Uppsåtliga förfaranden föreslogs vara straffbara, medan vårdslöshet föreslogs kunna leda till skadestånd.

I propositionen anslöt sig statsrådet till utredningens förslag att en näringsidkare som missbrukar en företagshemlighet som delgivits i förtroende i en affärsförbindelse, skulle kunna bli skadeståndsskyldig. Däremot avstyrktes utredningens förslag att ett sådant miss-

⁴⁵ Se exempelvis Rolf Dotevall, *Aktiebolagsrätt, Fördjupning och komparativ belysning*, avsnitt 18.1 och 21.2.1, Zeteo 2015-04-21.

⁴⁶ SOU 1983:52 s. 19, 320 och 327.

bruk av företagshemligheter även skulle vara straffbart.⁴⁷ En bestämmelse föreslogs, som i huvudsak motsvaras av 6 § nuvarande FHL.⁴⁸ I propositionen anfördes att affärsförbindelser som avsågs kunde vara av vilket slags som helst, såsom ett samarbete mellan två näringsidkare eller ett förhållande mellan en näringsidkare och en konsult av något slag. Revisorer nämndes inte i propositionen. Inte heller nämnde lagutskottet huruvida en revisors uppdrag för ett bolag skulle anses vara en sådan affärsförbindelse som avsågs i bestämmelsen. Lagutskottet var dock tydligt med att styrelseledamöter, som avslöjar företagshemligheter de fått del av inom ramen för sina uppdrag, inte skulle omfattas av någon bestämmelse i nuvarande FHL.⁴⁹

2008 års utredning bedömde att reglerna i nuvarande FHL inte är tillämpliga om en revisor röjer eller utnyttjar en företagshemlighet som revisorn fått del av genom sitt uppdrag. Resonemanget byggde dels på att revisorn inte kan anses ha fått del av företagshemligheterna enligt 6 eller 7 § i nuvarande FHL (dvs. varken som anställd eller genom en affärsförbindelse), dels på en analog tolkning av uttalandena i förarbetena om att bestämmelserna i FHL inte skulle tillämpas på styrelseledamöter. Frågan är emellertid om denna slutsats kan dras beträffande revisorer med ledning av förarbetsuttalandena.

Såsom Fahlbeck har konstaterat är reglerna om skadeståndsansvar för styrelseledamöter och revisorer i ABL inte heltäckande, vilket får till följd att skadeståndslagens bestämmelser kan behöva tillämpas. Därtill har han konstaterat att eftersom FHL som regel har företrädare framför skadeståndslagen, torde principerna i FHL kunna tillämpas trots uttalandena i förarbetena om styrelseledamöters ansvar.⁵⁰ Den frågan hade då inte ännu prövats i praxis.⁵¹ I Arbetsdomstolens publicerade dom 2014 nr 55 har därefter fastslagits att FHL inte är avsedd att tillämpas när en styrelseledamot i ett aktiebolag obehörigen röjer eller utnyttjar en företagshemlighet som denna fått del av i egenskap av styrelseledamot.⁵²

En revisor är inte såsom en styrelseledamot en del av bolagsledningen. Revisorn har en granskande funktion och får sitt uppdrag

⁴⁷ Prop. 1987/88:155 s. 22.

⁴⁸ Endast ordet "obehörigen" togs bort från förslaget, i samband med att bestämmelsen i 2 § FHL kom att införas, där det stadgas att lagen endast gäller obehöriga angrepp.

⁴⁹ LU30 s. 39 och LU37 s. 33 och 43.

⁵⁰ Fahlbeck s. 250.

⁵¹ A.a. s. 250.

⁵² Arbetsdomstolens dom den 3 september 2014 i mål nr B 118/13.

genom bolagsstämmbeslut. Skadeståndsreglerna för revisorer i ABL tar sikte på när revisorn missköter sitt *uppdrag* som bolagets revisor. Revisorns uppdrag är mera begränsat än en styrelseledamots. Därmed blir utrymmet för ett handlande utanför uppdraget större för revisorn än för en styrelseledamot, vilkens uppdrag är mer eller mindre allomfattande. Revisorn är således ett bolagsorgan men har rollen som utomstående uppdragstagare. En utomstående uppdragstagare, såsom en konsult, anses som regel ha ingått en sådan affärsförbindelse som avses i skadeståndsregeln i 6 § nuvarande FHL. Slutatsen blir att en revisor kan bli skadeståndsskyldig enligt antingen ABL eller FHL och att gränsdragningen är en fråga för rättstillämpningen

7.1.6 Skadeståndets beräkning

Storleken på skadeståndet

Vid bestämmande av skadeståndet enligt 5–8 §§ nuvarande FHL för ett angrepp på en näringsidkares företagshemlighet ska enligt 9 § nuvarande FHL hänsyn tas även till dennes intresse av att hemligheten inte obehörigen utnyttjas eller röjs och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse. Enligt paragrafens andra stycke kan, om det är skäligt, skadeståndet sättas ned eller helt falla bort.

Syftet med utformningen av skadeståndsregeln var att skadeståndssanktionen skulle bli effektiv. Den skulle i första hand ha en reparativ funktion genom att i princip ge full ersättning för uppkommen skada.⁵³ Samtidigt avsågs skadeståndssanktionen få en preventiv betydelse på det sättet att skadeståndet ska ligga på en sådan nivå att ett otillbörligt angrepp för en konkurrent inte i något fall ter sig som ekonomiskt fördelaktigt vid en jämförelse med en laglig åtkomst.

Rätten till s.k. allmänt skadestånd, dvs. skadestånd beräknat utifrån omständigheter som inte är av rent ekonomisk betydelse, infördes för att undgå eller i vart fall minska den skadelidandes

⁵³ Prop. 1987/88:155 s. 27 och 49.

svårigheter att bevisa skadans storlek.⁵⁴ Allmänt skadestånd förekommer även inom immaterialrätten och arbetsrätten.

Skadeståndet ska spegla det värde som företagshemligheten har i konkurrenshänseende på marknaden.⁵⁵ I enlighet med allmänna bevisregler är det den skadelidande som har att visa hur stor den uppkomna skadan är. Kan den skadelidande visa den faktiska skadan, ska denna ligga till grund för skadeståndsberäkningen.⁵⁶

Det torde dock många gånger vara lättare att utreda skadevållarens vinst än den skadelidandes uteblivna vinst. En sådan beräkningsgrund kan alltså användas. Andra beräkningsgrunder kan också användas, såsom företagshemlighetens utvecklingskostnader. Eftersom det ofta föreligger bevissvårigheter, bör vid beräkning av skadan kunna vägas in näringsidkarens allmänna intresse av att behålla företagshemligheten, liksom skadevållarens bevekelsegrunder för angreppet, dvs. båda parter bedömning av konkurrensläget. En sak som kan tala för att viss information är av stor betydelse i konkurrenshänseende är vilka åtgärder näringsidkaren vidtagit för att skydda informationen.⁵⁷

De omständigheter som är av betydelse vid bestämmande av skadeståndet hänför sig dels till parterna, dels till arten och graden av angreppet på företagshemligheten.⁵⁸ Gärningsmannens avsikter är också av betydelse för bedömningen på så sätt att uppsåtliga angrepp bör föranleda ett högre skadeståndsbelopp än gärningar som framstår som mindre allvarliga.⁵⁹

Departementschefen ansåg att det var mindre lämpligt att – i de fall den faktiska skadan inte kunde visas – sätta skadeståndet i relation till vad som vid tiden för angreppet var gängse vederlag för att nyttja den angräpna uppgiften eller till vad det vid denna tidpunkt skulle ha kostat att förvärva eller utveckla hemligheten.⁶⁰ Det innebar en mer flexibel lösning att i stället ge möjlighet att beakta även andra omständigheter av betydelse än rent ekonomiska för den skadelidande.

⁵⁴ A. prop. s. 26.

⁵⁵ Fahlbeck s. 497.

⁵⁶ A.a. s. 498.

⁵⁷ Prop. 1987/88:155 s. 27.

⁵⁸ A. prop. s. 49.

⁵⁹ A. prop. s. 50.

⁶⁰ A. prop. s. 26.

Jämkning av skadeståndet

Jämkningsmöjligheten i 9 § andra stycket nuvarande FHL infördes på initiativ av riksdagens lagutskott, som tyckte att den föreslagna regleringen innebar ett alltför långtgående skadeståndsansvar för arbetstagare. Regeln ska alltså främst tillämpas i fall då en arbetstagare blir skyldig att ersätta sin arbetsgivare för ett obehörigt angrepp på dennes företagshemlighet. I dessa fall utgör uppsägning eller avskedande den viktigaste sanktionen.⁶¹

Vid skälighetsbedömningen bör samtliga omständigheter i det enskilda fallet kunna vägas in. Exempel på omständigheter är att arbetstagaren inte insett företagshemlighetens värde i näringsverksamheten eller att den oaktsamhet som ligger henne till last inte framstår som särskilt allvarlig. Det bör också vara möjligt att få ledning av det skadestånd som skulle ha kunnat utgå om i stället medbestämmandelagen varit tillämplig. Om tillämpning av den lagen skulle medföra ett lägre skadestånd bör skadeståndet enligt FHL sättas ned. En annan faktor av betydelse är vilket behov den skadelidande har av ersättningen. Skäl mot en jämkning kan vara att arbetstagaren har en ledande eller på annat sätt förtroendefull ställning i verksamheten eller att arbetstagaren genom angreppet berett sig betydande vinning.⁶²

I de fall skadestånd ska utges av andra än arbetstagare, bör jämkningsregeln tillämpas endast i rena undantagsfall och då restriktivt.⁶³ I förarbetena utvecklades inte i vilka undantagsfall jämkning ändå kunde vara berättigat. Det måste dock antas att det är möjligt att jämka skadeståndet för uppdragstagare, vars situation är jämförbar med arbetstagares.

7.2 Skadestånd enligt EU-direktivet – artikel 14

Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet (kände till eller borde ha känt till) olagligen anskaffat, utnyttjat eller röjt en företagshemlighet ska betala skadestånd till innehavaren, enligt artikel 14. Skadeståndet ska vara skäligt i förhållande till den faktiska skada som uppstått.

⁶¹ LU37 s. 52.

⁶² LU37 s. 53.

⁶³ Ibid.

När de rättsliga myndigheterna bestämmer storleken på skadeståndet, ska de beakta alla relevanta omständigheter, såsom de negativa ekonomiska konsekvenserna, inklusive utebliven vinst för den drabbade parten, den obehöriga vinst som intrångsgöraren har gjort. Därtill ska, i tillämpliga fall, beaktas omständigheter som inte är av ekonomisk art, såsom ideell skada orsakad genom det olagliga anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet. Eftersom direktivet föreskriver att ideell skada ska ersättas *i tillämpliga fall*, måste det antas att det finnas utrymme för nationella bestämmelser i detta avseende.

Som ett alternativ till denna beräkningsmodell ska de rättsliga myndigheterna, där så är lämpligt, kunna bestämma skadeståndet till ett engångsbelopp på grundval av faktorer som åtminstone summan av de royaltier eller avgifter som skulle ha utgått om intrångsgöraren hade begärt tillstånd att nyttja företagshemligheten. Syftet med bestämmelsen är inte att införa ett straffliknande skadestånd, utan att införa en möjlighet till ersättning baserad på en objektiv beräkningsgrund, se skäl (30). Det är således fråga om en beräkning som alternativt ska kunna användas om det är svårt att fastställa den faktiska ekonomiska skadan eller värdet av den ideella skadan.

I direktivet görs inte skillnad på om skadevällaren är en affärspart, anställd, tidigare anställd eller annan, förutom i bestämmelsen i andra stycket i artikel 14.1. Där stadgas nämligen att skadeståndet för en arbetstagare kan jämkas vid angrepp som begåtts utan uppsåt.

7.3 Skadestandsreglerna i FHL i förhållande till EU-direktivet

7.3.1 Förutsättningar för skadestånd

Förslag: De nuvarande skadestandsbestämmelserna kompletteras så att den som av oaktsamhet gör sig skyldig till sådant förfarande som skulle utgöra företagsspioneri om det var uppsåtligt ska ersätta den skada som uppkommer genom förfarandet.

Skadestånd på grund av olovligt anskaffande

En förutsättning enligt direktivet för att skadestånd ska kunna utgå är att skadan uppkommit genom olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande. Därtill krävs att den som utfört den otillåtna handlingen hade uppsåt eller var oaktsam.

Som utredningen bedömer saken är det svårt att se i vilka situationer endast ett anskaffande, som inte följs av utnyttjande eller röjande, skulle kunna leda till en ekonomisk skada. Det kan dock inte uteslutas att det kan finnas sådana situationer, till exempel om anskaffandet innebär utredningskostnader för innehavaren. I vart fall kan innehavaren ha rätt till allmänt skadestånd vid olovligt anskaffande, dvs. en kompensation för innehavarens intresse av att angrepp inte begås.

Ett otillåtet anskaffande kan straffas såsom företagsspioneri eller som olovlig befattning med företagshemlighet enligt 3 respektive 4 §§ i nuvarande FHL. Dessa brott förutsätter uppsåt hos gärningsmannen och kan leda till skadeståndsskyldighet enligt nuvarande 5 §. Eftersom direktivet även föreskriver att *oaktsamt anskaffande* ska kunna leda till skadestånd, behöver den svenska lagen kompletteras. Den nya bestämmelsen bör alltså innebära att den som av oaktsamhet anskaffar en företagshemlighet, kan bli skadeståndsskyldig gentemot innehavaren.

Bestämmelsen i nuvarande 8 § rör skadestånd vid uppsåtligt eller oaktsamt utnyttjande/röjande av företagshemlighet som tidigare angripits av någon annan. Utredningen föreslår nedan i avsnitt 7.3.5 att bestämmelsen i nuvarande 8 § även ska omfatta företagshemligheter som *anskaffats* från någon som tidigare angripit samma företagshemlighet. Direktivets krav att även oaktsamt anskaffande ska kunna leda till skadestånd är därmed uppfyllt avseende företagshemligheter som angripits i tidigare led.

Företagsspioneri är som sagt ett uppsåtligt brott. I bestämmelsen om företagsspioneri anges att det är straffbart olovligen *bereda sig tillgång till* en företagshemlighet, vilket i stort sett är det samma som *anskaffa*. Oaktsamma fall av företagsspioneri är i dag inte reglerat i den svenska lagen. Utredningen föreslår en bestämmelse att den som av oaktsamhet begår en handling, som skulle kunna utgöra företagsspioneri om den vore uppsåtlig, ska kunna leda till skadeståndsskyldighet. Bestämmelsen bör föras in som ett nytt andra stycke i den

bestämmelse som i dag rör skadestånd på grund av brott (nuvarande 5 §). Genom bestämmelsen blir direktivets krav på att oäktsamma anskaffanden ska kunna leda till skadeståndsskyldighet uppfyllt.

Skadeståndsskyldigheten bör vila på civilrättslig grund. Är det fråga om anskaffande som är brottsligt (företagsspioneri eller olovlig befattning med företagshemlighet), bör i stället bestämmelsen som motsvarar nuvarande 5 § tillämpas.

Särskilt om jämkning för arbetstagare som av oäktsamhet anskaffar företagshemligheter

Med den föreslagna bestämmelsen om oäktsamt anskaffande kan alltså skadestånd utgå i fler fall än i dag. Även arbetstagare som i anställningen av oäktsamhet bereder sig tillgång till en företagshemlighet träffas av bestämmelsen. Regeln om jämkning av skadeståndet i nuvarande 9 § andra stycket är avsedd att kunna tillämpas när en arbetstagare blir skadeståndsskyldig mot sin arbetsgivare för ett obehörigt angrepp på företagshemligheter, se ovan avsnitt 7.1.6. Jämkningsmöjligheten infördes eftersom den särskilda bestämmelsen om arbetstagares skadeståndsansvar i 4 kap. 1 § skadeståndslagen inte var tillämplig, och den allmänna regeln om jämkning i 6 kap. 2 § skadeståndslagen ansågs vara alltför restriktiv.⁶⁴ Bestämmelserna om skadestånd för arbetstagare i 5 och 7 §§ nuvarande FHL har som speciallag företrädare framför bestämmelsen i 4 kap. 1 § skadeståndslagen, där det stadgas att arbetstagare som vållar skada genom fel eller försummelse i tjänsten endast ansvarar för skadan i den mån synnerliga skäl föreligger. Uttalandena i förarbetena till nuvarande FHL om jämkningsmöjligheterna tar sikte på arbetstagares skadeståndsansvar vid brott och vid röjande eller utnyttjande. Om en arbetstagare oäktsamt anskaffar en företagshemlighet torde detta sällan leda till någon större skada för arbetsgivaren. Ersättningsgilla skador skulle kunna vara utredningskostnader och ideellt skadestånd. Det ligger nära till hands att bedöma att ett sådant skadestånd ska jämkas till noll, såvida det inte föreligger starka skäl för att ett skadestånd ändå ska utgå. Det har inte framkommit skäl för att låta arbetstagares skadeståndsansvar för oäktsamt anskaffande av före-

⁶⁴ LU37 s. 52.

tagshemligheter principiellt skilja sig från skadeståndsskyldigheten för andra skador som arbetstagare kan orsaka i tjänsten.

Bestämmelsen om jämkning av skadeståndet bedöms vara förenlig med EU-direktivet, se nedan avsnitt 7.3.2.

Skadestånd på grund av olovligt utnyttjande eller röjande

De svenska skadeståndsbestämmelserna i 6–8 §§ i nuvarande FHL gäller inte vid anskaffande, utan endast vid röjande eller utnyttjande. Bestämmelserna i nuvarande 6 och 7 §§ avser fall när någon utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som hon redan har fått lovlig tillgång till. Innebörden av 6 och 7 §§ bör stå kvar i dessa avseenden och alltså tillämpas vid utnyttjanden/röjande av företagshemlighet, men inte vid anskaffande. Är det fråga om olovligt anskaffande kan skadeståndsskyldighet uppkomma genom de uppsåtliga brotten företagsspioneri eller olovlig befattning med företagshemlighet, eller om endast oaktsamhet kan påvisas genom den nya bestämmelsen som behöver införas, se stycket ovan.

Angående skadestånd för angrepp på företagshemlighet som angripits i tidigare led (nuvarande 8 §), se nedan avsnitt 7.3.5.

7.3.2 Arbetstagares skadeståndsskyldighet

Bedömning: Någon ändring beträffande arbetstagares skadeståndsskyldighet, eller jämkningsmöjligheterna enligt nuvarande FHL behöver inte göras.

Skadeståndsansvar för tidigare anställda

Fråga är om de svenska bestämmelserna om jämkning och om att synnerliga skäl krävs för att en tidigare arbetstagare ska bli skadeståndsskyldig överensstämmer med direktivets krav.

För att en arbetstagare ska bli skadeståndsskyldig när hon utnyttjat eller röjt en företagshemlighet efter att anställningen upphört, krävs att det föreligger *synnerliga skäl*, enligt 7 § andra stycket nuvarande FHL (se ovan avsnitt 7.1.3). Huvudregeln är med andra

ord att den anställdes lojalitetsplikt har upphört efter anställningens upphörande. Samtidigt är det så att nuvarande 7 § är dispositiv, vilket betyder att arbetsgivare och arbetstagare kan ingå avtal om att exempelvis att en arbetstagare inte får röja/utnyttja en företagshemlighet efter anställningens upphörande (sekretessavtal och konkurrensavtal).

I artikel 4.3 b och c anges att utnyttjande/röjande är olagligt om personen bryter mot *avtal* (och *avtalsförpliktelse*) att inte röja eller utnyttja företagshemligheten. Lojalitetsplikt under ett pågående avtalsförhållande eller pågående anställning får antas inrymmas under bestämmelsen.

Vad som menas med *annan skyldighet* i artikel 4.3 b och c anges inte i direktivet. Enligt FHL kan som nämnts skadeståndsskyldighet uppkomma för en tidigare anställd, när den skadegörande handlingen har begåtts efter anställningens upphörande endast om det föreligger synnerliga skäl. Denna skadeståndsskyldighet skulle kunna tänkas vara en sådan *annan skyldighet* som avses i artikel 4.3 b och c.

Direktivet innehåller inga uttryckliga bestämmelser om vad som ska gälla för tidigare anställda. Sett endast till ordalydelsen torde en tidigare anställd inte omfattas av bestämmelserna i artikel 4.3 b och c, om det inte har ingåtts något avtal om kvarstående sekretess eller konkurrensbegränsning.

I litteraturen har uttalats att en ordning där en tidigare anställd i avsaknad av sekretessavtal har rätt att röja/utnyttja företagshemligheter knappast kan vara förenlig med direktivets syfte, utan att syftet snarare är att en tidigare anställd är skyldig att inte avslöja information som denne erhållit genom anställningen, så länge informationen utgör företagshemligheter.⁶⁵ Det finns dock två omständigheter som talar mot detta resonemang. Den första är att direktivet har sin legitimitet främst ur artikel 114 FEUF, vilken artikel undantar anställdas rättigheter och intressen från det område där EU har rätt att lagstifta (se ovan avsnitt 5.1 och 5.2). Den andra omständigheten är att artikel 1.3 i direktivet stadgar att direktivet inte får tas till grund för att begränsa arbetstagares rörlighet och då särskilt införa begränsningar i deras anställningsavtal.

Med rörlighet i EU-rättsliga sammanhang menas främst arbetstagares möjlighet att ta en ny anställning i ett annat EU-land.

⁶⁵ För utförligare resonemang, se Domeij, *Från anställd till konkurrent*, s. 197–201.

Artikel 1.3 och dess hänvisning i punkten c till nationell rätt talar dock för att det med arbetstagares rörlighet menas något mer än diskrimineringsförbudet. Punkten c i artikel 1.3 talar nämligen om att direktivet inte får tas till grund för att införa ytterligare begränsningar för arbetstagare i deras anställningsavtal. Vad som avses med begränsning i ett anställningsavtal anges inte i direktivet. Enligt svensk terminologi kan begränsningar i ett anställningsavtal innefatta avtal om sekretess eller konkurrensförbud efter att anställningen upphört. Även regeln om synnerliga skäl i 7 § andra stycket nuvarande FHL kan sägas innebära en begränsning av anställningsavtalet, eftersom den regeln innebär en inskränkning av en tidigare anställds rätt att efter anställningens upphörande använda all den kunskap som förvärvats i anställningen. Risken att bli skadeståndsskyldig mot den tidigare arbetsgivaren kan verka hämmande för den som vill byta anställning eller starta en egen verksamhet. Begränsningar i ett anställningsavtal som reglerar vad en tidigare anställd får göra efter anställningens upphörande, är alltså en begränsning av rörligheten på arbetsmarknaden generellt sett. Direktivet får inte tas som grund för att i detta avseende utforma en ny lagregel så att arbetstagare hindras i sin framtida yrkesverksamhet mer än vad som skäligen kan motiveras för att skydda företagshemligheter. Samtidigt innebär den nuvarande regeln om synnerliga skäl att en näringsidkare får ett skydd mot sådant röjande/utnyttjande av företagshemligheter som tidigare anställda kan göra och som framstår som stötande. Bestämmelsen innebär alltså att domstolen ska väga arbetstagares intresse av att kunna använda all sin kunskap i en ny sysselsättning på arbetsmarknaden, mot näringsidkarens intresse av att företagshemligheter inte röjs eller utnyttjas. Den svenska bestämmelsen om synnerliga skäl måste även ses i ljuset av andra stycket i artikel 14.1, som stadgar att skadeståndsansvaret får begränsas i de fall arbetstagaren handlat utan uppsåt. Det måste antas att det sällan föreligger synnerliga skäl när en arbetstagare har röjt/utnyttjat företagshemligheter utan uppsåt, utan endast varit oaktsam.

Som ovan konstaterats ska EU-direktivet inte tas som grund för att ytterligare begränsa arbetstagares rörlighet. I synnerhet ska direktivet inte användas för att införa fler begränsningar i ett anställningsavtal utöver vad som följer av nationell rätt eller unionsrätt. Det måste antas att varje medlemsstat har friheten att reglera omfatt-

ningen av en tidigare anställds kvardröjande lojalitetsplikt mot en tidigare arbetsgivare.⁶⁶

Sammanfattningsvis gör utredningen bedömningen att bestämmelsen i 7 § andra stycket nuvarande FHL kan kvarstå oförändrad.

Jämkning

Beträffande en arbetstagares skadeståndsskyldighet gentemot sin arbetsgivare, stadgas i andra stycket i artikel 14.1 att skadeståndsansvaret får begränsas i de fall arbetstagaren handlat utan uppsåt, dvs. endast varit oaktsam. Bestämmelsen är inte tvingande, eftersom det står ”får” i artikeln.

En bestämmelse om jämkning finns i 9 § andra stycket nuvarande FHL. Där stadgas att skadeståndet kan sättas ned eller falla bort om det är *skäligt*. Som konstaterats ovan i avsnitt 7.1.6 ska jämkningsregeln i FHL främst tillämpas i fall då en arbetstagare blir skyldig att ersätta sin arbetsgivare för ett obehörigt angrepp på dennes företagshemlighet. Regeln är alltså främst en skyddsregel för arbetstagare. Dock är det inte uteslutet att andra jämkningsgrunder kan tillämpas. Det kan finnas större anledning till jämkning om den som begick röjandet/utnyttjandet inte hade uppsåt, utan endast var oaktsam.

En sådan skälighetsbedömning som den i nuvarande 9 § bör vara möjlig att göra även enligt EU-direktivet, med hänsyn till de allmänna bestämmelserna i artikel 6 och 7. Dessa artiklar stadgar bland annat att åtgärderna/förfarandena/rättsmedlen som ska kunna vidtas, ska vara skäliga och rättvisa samt tillämpas proportionerligt.

Såsom konstaterats ovan ska EU-direktivet fastställa minimiskydd för företagshemligheter, medan anställdas intressen ska skyddas genom nationell lagstiftning, eller i förekommande fall genom annan unionslagstiftning. Direktivet ska inte heller tillämpas för att begränsa arbetstagares rörlighet. Det måste antas att den skyddsregel som jämkningsregeln i FHL utgör inte är oförenlig med EU-direktivet. Bestämmelsen i 9 § andra stycket nuvarande FHL – att skadeståndet kan sättas ned eller falla bort om det är skäligt – kan stå därmed kvar oförändrad.

⁶⁶ Reinhold Fahlbeck, *Få arbetsrättsliga nyheter i direktiv om företagshemligheter*, artikel i EU & arbetsrätt 3–4, 2016.

7.3.3 Skadeståndsansvar för styrelseledamöter

Bedömning: Skadeståndsskyldigheten för styrelseledamöter ska även fortsättningsvis regleras i främst ABL och inte i FHL.

I artikel 4.3 b och c anges att utnyttjande och röjande är olagligt om personen bryter mot avtalsförpliktelse eller annan skyldighet att inte röja eller utnyttja företagshemligheten. Som ovan konstaterats har styrelseledamöter en lojalitetsplikt som följer av uppdraget, samt tystnadsplikt beträffande sådana uppgifter de fått reda på inom sitt uppdrag och vars avslöjande kan skada bolaget. I fall då dessa personer ändå obehörigen utnyttjar eller röjer företagshemligheter som de erhållit genom uppdraget, blir i dag FHL inte tillämplig, utan skadeståndsreglerna i ABL.

Enligt artikel 14.2 i direktivet ska allmänt skadestånd⁶⁷ kunna utgå *i tillämpliga fall*. Det måste därmed antas det inte är ett krav enligt direktivet att allmänt skadestånd ska kunna dömas ut vid angrepp på företagshemligheter i samtliga fall. Det torde vara tillräckligt att den skadelidande får möjlighet till ekonomiskt skadestånd, för att direktivet ska anses vara uppfyllt.

På grund av en styrelseledamöts särskilda ställning i ett aktiebolag finns speciella regler i ABL avseende dennes skadeståndsansvar. Dessa regler medger ekonomiskt skadestånd till bolaget. Eftersom det måste antas att det enligt direktivet är tillräckligt med ekonomiskt skadestånd, finns det inte skäl att utöka skadeståndsansvaret av den anledningen. Styrelseledamöters skadeståndsskyldighet enligt ABL får således anses vara tillräcklig för att nå direktivets krav, och någon särskild skadeståndsbestämmelse i FHL torde inte behöva införas. Däremot kan det finnas skäl att låta en styrelseledamot kunna bli föremål för andra åtgärder, såsom vitesförbud, vilket kommer att behandlas nedan i samband med artikel 10–13.

⁶⁷ Enligt artikel 14 ska de rättsliga myndigheterna vid bestämmandet av skadestånd i tillämpliga fall ta hänsyn till sådana "[...] omständigheter som inte är av ekonomisk art, såsom ideell skada [...]". Sådana omständigheter kan inom svensk skadeståndsrätt benämnas allmänt skadestånd.

7.3.4 Skadeståndsansvar i samband med affärsförbindelse

Bedömning: Någon ändring avseende skadeståndsansvar i samband med en affärsförbindelse behöver inte göras.

I 6 § nuvarande FHL behandlas skadeståndsskyldighet för den som i samband med en affärsförbindelse bryter ett förtroende genom att röja/utnyttja en företagshemlighet (se avsnitt 7.1.2). Ofta föreligger vid affärsförbindelsen en avtalsrelation mellan näringsidkaren och den som har fått del av företagshemligheten. Att ett avtal ska ha ingåtts är dock inte ett krav, utan redan under ett förhandlingsskede kan mottagaren ha fått del av en företagshemlighet på ett sådant sätt att ett förtroendeförhållande kan anses föreligga. Bestämmelsen i 6 § nuvarande FHL avseende skadeståndsgrundande handlingar vid en affärsförbindelse måste därmed antas omfattas av artikel 4.3 b och c, både avseende begreppet avtal/avtalsförpliktelse och begreppet annan skyldighet. Någon ny bestämmelse behövs därför inte i denna del.

Såsom utredningen konstaterat ovan i avsnitt 7.1.5, kan även en revisor blir skadeståndsskyldig enligt principerna i 6 § nuvarande FHL.

7.3.5 Utnyttjande och röjande av företagshemlighet som angripits av någon annan

Förslag: Bestämmelsen som motsvarar den i 8 § nuvarande FHL ska ändras så att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet *angriper* en företagshemlighet, som erhållits från någon annan som angripit samma företagshemlighet, ska kunna bli skadeståndsskyldig mot innehavaren.

Kravet att ett angrepp ska ha skett *enligt denna lag*, ska slopas.

Alla angrepp ska omfattas, även anskaffande

I 8 § nuvarande FHL stadgas att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som, enligt vad han eller hon bör inse, har angripits enligt den lagen, ska bli skadeståndsskyldig. Det är alltså fråga om fall där någon utnyttjar/röjer en

företagshemlighet som erhållits från någon annan som angripit den tidigare.

Direktivet stadgar i artikel 14 att även anskaffande av företags-hemlighet ska kunna leda till skadeståndsskyldighet. Utredningen föreslår att bestämmelsen i nuvarande 8 § ska ändras så att även anskaffande av företagshemlighet som tidigare angripits av någon annan ska kunna leda till skadeståndsskyldighet. Ändringen bör göras på så sätt att i stället för *utnyttjar eller röjer* anges i bestämmelsen att den som *angriper* en företagshemlighet som erhållits från någon som angripit den, kan bli skadeståndsskyldig. Begreppet angriper bör ha den definition som föreslås ovan i avsnitt 5.6.2. På så sätt kan alla typer av angrepp på företagshemligheter, som erhållits från någon som angripit samma företagshemlighet, leda till skadeståndsskyldighet.

Det tidigare angreppet måste inte längre ha skett enligt FHL

Enligt 8 § nuvarande FHL krävs för skadeståndsskyldighet att företagshemligheten angripits *enligt FHL*. Bestämmelsen avser alltså endast situationer när förangreppet skett enligt någon av de övriga bestämmelserna i nuvarande FHL.

Kravet att förangreppet ska ha skett enligt FHL har kritiserats i litteraturen.⁶⁸ Fahlbeck uppställer här följande exempel. En arbetstare lämnar sin anställning hos Bolag A och anställs hos konkurrenten Bolag B. Den anställde röjer för Bolag B en företagshemlighet som hon tagit med sig från sin tidigare arbetsgivare Bolag A. Om Bolag B utnyttjar företagshemligheten i ond tro, kan skadeståndsskyldighet uppkomma gentemot Bolag A, enligt nuvarande 8 §. En förutsättning är dock att det föreligger synnerliga skäl enligt 7 § andra stycket nuvarande FHL för skadeståndsskyldighet även beträffande den anställda, eftersom nuvarande 8 § ställer upp kravet på att angreppet ska ha skett *enligt FHL*. Föreligger inte synnerliga skäl för den tidigare anställdas agerande, kan inte heller den efterföljande näringsidkaren bli skadeståndsskyldig. Inte heller kan vitesförbud eller andra åtgärder enligt nuvarande FHL beslutas.

⁶⁸ Se bl.a. Fahlbeck s. 484–487.

Kravet på att företagshemligheten ska ha angripits enligt nuvarande FHL betyder även att nuvarande 8 § inte kan tillämpas om företagshemligheten har angripits enligt någon annan rättsordning, såsom att den anskaffats utomlands. Följden blir att skyddet för företagshemligheter uteblir vad gäller såväl skadestånd som övriga åtgärder och förbud.

Kravet att förangreppet måste ha skett enligt FHL begränsar skyddet för företagshemligheter. Kravet bör strykas så att det i bestämmelsen i stället innebär att skadeståndsskyldighet kan uppkomma om företagshemligheten tidigare har *angripits* av annan. Ordet angrepp bör ha den innebörd som föreslagits i avsnitt 5.6.2.

Om det tidigare angreppet har lett till att informationen har röjts och därmed blivit allmänt känd, har informationen förlorat sin status som företagshemlighet. I sådana fall ska den föreslagna bestämmelsen inte tillämpas. Informationen uppfyller nämligen inte då längre hemlighetskraven i 1 §.

Utnyttjande i ond tro, när företagshemligheten erhållits från någon som var i god tro

I avsnitt 5.6.5 har artikel 4.4 behandlats. Bestämmelsen i den artikeln avser en person som i ond tro anskaffar/utnyttjar/röjer en företagshemlighet som angripits av en annan person. Bestämmelsen täcker både uppsåtliga och oaktsamma fall. Däremot krävs det inte att den person, som företagshemligheten erhöles ifrån, hade uppsåt eller var oaktsam. Denna bestämmelse skiljer sig alltså från 2 § tredje stycket nuvarande FHL, där det stadgas att det inte anses som ett obehörigt angrepp att någon utnyttjar eller röjer en företagshemlighet, som erhållits från någon som själv fått del av företagshemligheten i god tro. FHL behöver alltså ändras.

För det första måste 2 § tredje stycket nuvarande FHL tas bort, såsom föreslagits ovan i avsnitt 5.6.2. För det andra bör det införas en bestämmelse med innebörden att en person som erhåller en företagshemlighet med vetskap om att företagshemligheten har angripits på ett obehörigt sätt, inte ska kunna undkomma skadestånd eller andra rättsverkningar av det skälet att företagshemligheten erhöles från någon annan som handlat i god tro. Enligt den föreslagna definitionen av angrepp (se avsnitt 5.6.2) krävs det inte uppsåt eller

oaktsamhet för att ett angrepp ska anses föreligga. Genom att ordet angrepp används blir följden att den tidigare angriparens uppsåt/oaktsamhet inte får någon betydelse för en efterföljande angripares skadeståndsskyldighet.

7.3.6 Skadeståndets storlek

Förslag: Skadeståndsbestämmelsen ska kompletteras så att det anges att hänsyn ska tas till innehavarens uteblivna vinst och den obehöriga vinst som den som har begått intrånget har gjort.

De kriterier som anges i artikel 14 är sådana som redan i dag enligt motiven till nuvarande FHL ska beaktas vid skadeståndsberäkningen. Först och främst ska skadeståndet vara skäligt, enligt artikel 14.1. I första stycket i artikel 14.2 anges att när skadeståndet beräknas, ska hänsyn tas till alla relevanta faktorer, även icke-ekonomiska. Skadeståndsberäkningen ska alltså göras enligt samma principer som i dag. Det bör emellertid klargöras att den uteblivna vinsten i förekommande fall kan beräknas utifrån intrångsgörarens vinst. Det bör därför i lagtexten anges att hänsyn ska tas till innehavarens uteblivna vinst och den obehöriga vinst som den som har begått intrånget har gjort, när skadeståndet ska bestämmas. Utgångspunkten i direktivet är inte att den skadelidande ska få ersättning för såväl utebliven vinst som för skadevällarens vinst, eftersom den senare i de allra flesta fall utgör bevisning för den egna uteblivna vinsten. Precis som tidigare ska hela den faktiska skadan ersättas.

Enligt andra stycket i artikel 14.2 kan *som alternativ* skadeståndet beräknas på grundval av de avgifter som skulle ha debiterats om företagshemligheten hade använts med tillstånd från innehavaren. De svenska bestämmelserna är, till skillnad från direktivets, inte alternativa utan medger att alla relevanta omständigheter beaktas. En fiktiv ersättning för utnyttjandet kan beaktas som en av alla omständigheter vid bestämmandet av skadeståndet. Skadestånd kan alltså bestämmas med beaktande av de avgifter som hade utgått om företagshemligheten använts med tillstånd, vid sidan av ett allmänt skadestånd.

8 Åtgärder mot angrepp – artikel 10–13

8.1 Inledning – åtgärder enligt direktivet i korthet

Såväl i FHL som i direktivet finns åtgärder som syftar till att minska innehavarens skada vid ett angrepp. Åtgärderna kan beslutas när ett mål om angrepp på företagshemligheter avgörs, och vissa av åtgärderna kan beslutas även interimistiskt.

I direktivet behandlas först de interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder som ska kunna användas i medlemsstaterna vid angrepp på företagshemligheter, i artikel 10. Villkoren för de interimistiska åtgärderna, såsom att de ska vara proportionerliga, behandlas i artikel 11. Därefter behandlas de åtgärder som ska kunna användas vid avgörande i huvudsaken, dvs. när målet slutligt avgörs, i artikel 12. De allmänna villkoren för åtgärderna behandlas i artikel 13. När det gäller proportionalitetsbedömningen är bestämmelserna där till innehållet desamma som i artikel 11. Artiklarna 11, 10.2 och 13 får inte frångås av medlemsstaterna, även om avvikelserna skulle erbjuda ett högre skydd för företagshemligheter (se artikel 1.1). Av artikel 16 framgår att domstolar får ålägga personer som inte rättar sig efter beslut enligt artiklarna 9, 10 och 12 sanktioner. En sanktion som domstolar ska ha möjlighet att besluta är vitesföreläggande.

8.2 Nuvarande ordning

8.2.1 Förbud och åtgärder i FHL

Vitesförbud enligt FHL

Den som har angripit en företagshemlighet enligt FHL kan enligt nuvarande 11 § av domstol vid vite förbjudas att utnyttja eller röja företagshemligheten (vitesförbud). Talan om vitesförbud får föras av den som utsatts för det rättsstridiga angreppet, samt i samband med åtal för brott enligt nuvarande 3 eller 4 §. Vitesförbudet innebär att en domstol får, på yrkande av innehavaren, vid vite förbjuda den som angripit en företagshemlighet att fortsätta angreppet. För att ett vitesförbud ska kunna meddelas krävs alltså att ett angrepp har begåtts, men angreppet behöver inte vara pågående. Ett vitesförbud innebär alltså en skyldighet för den som ålagts beslutet att avhålla sig från något, exempelvis att utnyttja företagshemligheten. Det måste tydligt framgå av beslutet vad det är som förväntas av den vitesförelagde.

Om personen trots förbudet utnyttjar företagshemligheten, kan vitet komma att dömas ut. Talan om utdömande av vite får föras av den som har rätt att föra talan om vitesförbud. Den som har överträtt ett vitesförbud får inte dömas till straff för en gärning som omfattas av förbudet. Om vite döms ut tillfaller medlen staten, inte den till vars förmån vitesförbudet meddelats. Den angripnes fördel av vitesförbudet är att framtida utnyttjande/röjande av företagshemligheten hindras, och därmed den ekonomiska förlust denne annars riskerar.

I propositionen till nuvarande FHL anfördes att ett angrepp på en företagshemlighet kan leda till att hemligheten efter angreppet under lång tid utnyttjas som ett illojalt konkurrensmedel. Möjligheten till ett vitesförbud avsågs kunna förhindra sådant ur konkurrenssynpunkt ej önskvärt beteende. Det finns här dock anledning att påminna att företagshemlighet inte är förenad med en ensamrätt av den styrka och karaktär som exempelvis följer av ett patent.¹ Om informationen blivit allmänt känd, kan den inte längre utgöra en företagshemlighet och ett vitesförbud är därmed inte längre möjligt. Avsikten med vitesförbud är i dag endast att skydda näringsidkaren

¹ Prop. 1987/88:155 s. 28.

så länge företagshemligheten enligt lagens definition består. Ett förbud kan därför bara komma i fråga vid rättsstridiga angrepp på företagshemligheten och bara kunna riktas mot den som enligt lagen kan göras ansvarig för angreppet.

Det möjligt att rikta ett vitesförbud mot både en juridisk och en fysisk person. Ett vitesförbud kan riktas mot flera personer, exempelvis både mot den som röjt företagshemligheten för någon och mot den som senare utnyttjar den.

Det är särskilt angivet i lagtexten att domstolen får besluta om vitesförbud endast om röjandet/utnyttjandet av företagshemligheten var obehörigt. Stadgandet om obehörigt röjande eller utnyttjande infördes i lagtexten av främst pedagogiska skäl. Att lagen endast gäller obehöriga angrepp framgår redan av 2 § första stycket nuvarande FHL.

En förutsättning för att ett vitesförbud ska kunna meddelas är att företagshemligheten har angripits *enligt* nuvarande FHL. Angreppet kan alltså vara sådant brottsligt förfarande enligt 3 eller 4 §, eller sådant angrepp som kan vara skadestandsgrundande enligt 6, 7 eller 8 §. Alla rekvisiten för angreppen i respektive lagparagraf måste vara uppfyllda för att ett vitesförbud ska kunna meddelas. Bestämmelsen om synnerliga skäl i 7 § andra stycket rör skadestånd, men samma princip gäller vid beslut om förbud enligt 11 § och åtgärder enligt 14 §. Det vill säga, förbud och åtgärder får riktas mot en tidigare anställd som företagit den skadegörande handlingen efter anställningens slut, om det föreligger synnerliga skäl.

Ett vitesförbud kan med nuvarande regler endast komma ifråga om ett angrepp enligt FHL redan har skett. Endast ett innehav av företagshemligheter kan inte utgöra grund för vitesförbud enligt nuvarande FHL. Exempelvis kan ett vitesförbud inte meddelas mot en tidigare anställd, som endast innehar kopior av handlingar innehållande företagshemligheter som tidigare var dennes arbetsmaterial. Så länge den tidigare anställde inte röjer/utnyttjar företagshemligheterna har något nämligen angrepp inte skett.

En domstol kan inte besluta om vitesförbud mot en person som handlat i god tro beträffande företagshemligheten, eftersom det enligt nuvarande 2 § tredje stycket inte anses vara ett obehörigt angrepp när någon utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon fått del av i god tro.

Vitesförbud enligt FHL kräver inte att det finns något bakomliggande krav på skadestånd. Skadan av ett angrepp kan därtill minska desto tidigare angriparen upphör med utnyttjandet.² En talan om vitesförbud kan föras separat eller tillsammans med exempelvis en talan om skadestånd. I båda fallen gäller RB:s regler om talan i tvistemål. Det är också möjligt att föra en sådan talan inom ramen för ett straffrättsligt förfarande. I sådana fall handläggs frågan enligt bestämmelserna i 22 kap. RB om enskilt anspråk.

Lagen om viten

Lagen om viten³ tillämpas vid vitesförbud enligt FHL. Talan om utdömmande av vite ska handläggas enligt reglerna i RB för bötesmål. Vite är av offentlighetsrättslig karaktär. Det betyder bl.a. att utdömt vite tillfaller staten. Parterna kan inte heller förlikas i fråga om vitet. Ett vitesbeslut förutsätter dock ett yrkande från käranden.

När domstolen bestämmer vitesbeloppet, ska den ta hänsyn till vad som är känt om vitespersonens ekonomiska förhållanden och omständigheterna i övrigt, för att avgöra om vitet kan antas förmå denne att följa föreläggandet. Vite får inte föreläggas om det kan antas att personen i fråga saknar möjlighet att följa föreläggandet.

Vitet får föreläggas som löpande vite, dvs. till ett visst belopp för varje tidsperiod av viss längd under vilken föreläggandet inte har följts. Om vitesföreläggandet innefattar ett förbud eller någon liknande föreskrift eller det annars är lämpligt, kan i stället bestämmas att vitet ska betalas för varje gång föreskriften överträds.

Har ändamålet med vitet förlorat sin betydelse, ska vitet inte dömas ut. Finns det särskilda skäl till det, får vitet jämkas.

Upphävande av förbud

Ett vitesförbud kan hävas på talan av den som har ålagts förbudet, om ändamålet med förbudet har förlorat sin betydelse enligt 12 § nuvarande FHL. Så kan exempelvis vara fallet om informationen

² Henrik Bengtsson, Oskar Arndt, *Interimistiska förbud och bevissäkring vid angrepp på företags-hemligheter*, Juridisk Tidskrift 2008–09 nr 2.

³ SFS (1985:206).

blivit allmänt känd och därmed inte längre utgör en företagshemlighet. Bestämmelsen får betydelse framför allt i de fall då det är tveksamt om ändamålet med ett vitesförbud har förlorat sin betydelse. Redan av lagen om viten följer nämligen att ett förelagt vite inte ska dömas ut om ändamålet med vitet har förlorat sin betydelse. Den som har förelagts vitet kan i ett sådant läge få klarlagt vad som gäller.⁴

Överlämnande och andra åtgärder enligt FHL

En domstol kan också besluta att en handling eller ett föremål som innefattar företagshemligheten ska överlämnas till den som har utsatts för angreppet, se 14 § nuvarande FHL. Handlingen eller föremålet kan vara sådant som tillgripits eller sådant som angriparen själv har tagit fram, såsom en sammanställning som gjorts genom obehöriga efterforskningar. Det kan även vara sådant som innehavaren lämnat över i en affärsrelation under förutsättning att föremålet inte fick utnyttjas på annat än visst angivet sätt.⁵ En förutsättning för ett förordnande om överlämnande är att informationen i fråga fortfarande utgör en företagshemlighet.⁶ Det krävs vidare att företagshemligheten har angripits *enligt* FHL, se ovan under avsnittet ”Vitesförbud enligt FHL”.

Om det finns skäl för det får domstolen besluta att överlämnandet ska ske mot lösen. Ett förordnande om utelämnande mot lösen skulle kunna bli aktuellt i de fall angriparen lagt ned arbete på företagshemligheten som är av värde även för rättighetsinnehavaren, exempelvis genom att ha byggt en prototyp.⁷

Om det inte är möjligt att överlämna handlingen eller föremålet, får domstolen i stället besluta att handlingen eller föremålet får förstöras, ändras eller utsättas för annan åtgärd som är ägnad att förebygga missbruk. Så kan exempelvis vara fallet om det rör sig om kopierade handlingar, vars information rättsinnehavaren redan har tillgång till.⁸

⁴ Prop. 2008/09:67 s. 51.

⁵ Fahlbeck s. 534.

⁶ A.a. s. 535.

⁷ Prop. 1987/88:155 s. 29.

⁸ Fahlbeck s. 535.

Domstolen får inte besluta om någon åtgärd enligt nuvarande 14 §, om beslut om förverkande eller annan åtgärd i stället ska beslutas enligt 36 kap. brottsbalken (BrB). Reglerna i 36 kap. BrB rör särskild rättsverkan av brott och kan därför komma att användas vid brott enligt 3 eller 4 § nuvarande FHL. Åtgärder enligt 14 § nuvarande FHL får därför störst betydelse vid angrepp som inte är brottsliga.

8.2.2 Interimistiska beslut

Interimistiskt vitesförbud enligt FHL

I 13 § nuvarande FHL ges möjlighet för domstol att på yrkande av den som ansökt om vitesförbud enligt 11 § meddela interimistiskt beslut om vitesförbud, dvs. ett förbud som gäller för tiden intill dess att målet slutligt har avgjorts eller annat förordnats. Förutsättningen för detta är att sökanden kan visa sannolika skäl för att en företags-hemlighet har angripits enligt FHL och att det skäligen kan befaras att svaranden genom att fortsätta angreppet förringar värdet av företags-hemligheten.

Den som vill ansöka om ett interimistiskt förbud enligt 13 § nuvarande FHL måste inleda med att väcka talan om vitesförbud enligt nuvarande 11 §. Ogillas det interimistiska yrkandet av domstolen kvarstår talan om vitesförbud enligt 11 §.⁹ Interimistiska beslut kan inte meddelas enligt nuvarande FHL för sådana åtgärder som anges i 14 §, utan endast för vitesförbud.

Vid beslut om interimistiska åtgärder ska 15 kap. 5–8 §§ rättegångsbalken (RB) tillämpas. RB:s bestämmelser kräver bl.a. att kâranden ställer säkerhet för det skadestånd som han eller hon kan bli skyldig att betala, om det senare visar sig att något angrepp inte har ägt rum.¹⁰ Sökanden har då ett strikt ansvar motpartens skada.¹¹ Saknar kâranden ekonomiska möjligheter att ställa säkerhet kan dock han eller hon befrias från detta krav. Innan ett vitesförbud meddelas ska svaranden ha fått tillfälle att yttra sig, om inte ett dröjsmål skulle medföra risk för skada.

⁹ NJA 2000 s. 435.

¹⁰ 15 kap. 6 § RB.

¹¹ Fitger m.fl., kommentaren till 15 kap. RB, Zeteo 2016-12-20.

Kvarstad och andra säkerhetsåtgärder enligt rättegångsbalkens regler

En domstol kan enligt reglerna i 15 kap. RB meddela beslut om kvarstad och andra säkerhetsåtgärder, som blir ett provisoriskt rättsskydd för en part som annars riskerar att lida skada. Som huvudregel gäller att sådana civilprocessuella säkerhetsåtgärder kan beviljas endast i samband med sådan talan som syftar till en verkställbar dom. Som verkställbara domar räknas fullgörelsedomar, inbegripet förbudsdomar.¹²

Enligt 15 kap. RB kan säkerhetsåtgärder meddelas innan talan har väckts. Det provisoriska rättsskyddet ska säkerställa att en verkställbar dom senare kan meddelas. Ett beslut om en säkerhetsåtgärd upphör senast när dom eller beslut har meddelats i huvudsaken.¹³ När målet slutligt avgörs ska domstolen alltid ta ställning till om åtgärden fortfarande ska bestå.¹⁴

Har en säkerhetsåtgärd beviljats innan sökanden har väckt talan i saken, ska sökanden inom en månad från beslutet väcka sådan talan vid domstol eller, om anspråket ska prövas i annan ordning, enligt vad som gäller därom. Väcks inte någon sådan talan inom angiven tid ska åtgärden omedelbart gå åter.¹⁵

En säkerhetsåtgärd ska omedelbart hävas om den som är föremål för säkerhetsåtgärden ställer säkerhet som tillgodoser ändamålet med åtgärden. Om någon som har fått sin egendom belagd med kvarstad för en fordran ställer säkerhet för denna fordran, ska alltså kvarstaden hävas. Likaså ska säkerhetsåtgärden hävas om det annars inte längre finns skäl för åtgärden.

Enligt 15 kap. 5 § tredje stycket RB är huvudregeln att ett yrkande om kvarstad inte får bifallas utan att motparten beretts tillfälle att yttra sig. Om det är fara i dröjsmål får dock åtgärden, enligt samma stycke, beviljas att gälla till dess annat förordnas. För att kravet på fara i dröjsmål ska vara uppfyllt krävs att det finns en beaktansvärd anledning att svaranden inte ska beredas tillfälle att yttra sig. Vidare ska sökandens intresse av åtgärden vägas mot de olägenheter som en omedelbar åtgärd kan tänkas innebära för motparten.¹⁶

¹² NJA 1993 s. 182.

¹³ Fitger m.fl., kommentaren till 15 kap. RB, Zeteo 2016-12-20.

¹⁴ 15 kap. 8 § RB.

¹⁵ 15 kap. 7 § RB.

¹⁶ Se prop. 2008/09:67 s. 205 och Fitger m.fl., kommentaren till 15 kap. RB, Zeteo 2016-12-20.

Kvarstad enligt 15 kap. 1 § RB

En bestämmelse om kvarstad finns i 15 kap. 1 § RB, som i korthet innebär att domstol, på yrkande av sökanden, kan förordna om att egendom som tillhör motparten ska omhändertaras eller på annat sätt undandras dennes förfoganderätt, för att underlätta verkställighet av en kommande dom om betalningsskyldighet. Ett sådant förordnande förutsätter att sökanden visar sannolika skäl för att han eller hon har en fordran på exempelvis skadestånd som är eller kan antas bli föremål för rättegång eller prövning i annan liknande ordning, exempelvis prövning av en skiljenämnd. Vidare krävs att det skäligen kan befaras att motparten genom att avvika, skaffa undan egendom eller förfara på annat sätt undandrar sig att betala skulden. Det ska alltså finnas en risk för sabotage från svarandens sida. Kvarstad får avse så mycket av motpartens egendom att fordringen kan antas bli täckt vid utmätning. I domstolens beslut anges normalt inte vilken egendom som ska tas i anspråk, utan det beslutas av kronofogdemyndigheten vid verkställighet av kvarstaden.¹⁷

En innehavare av en företagshemlighet, som avser att väcka eller har väckt talan om skadestånd enligt FHL, kan således begära att angriparens egendom beläggs med kvarstad enligt RB.

Lämplig åtgärd för att säkerställa sökandens rätt enligt 15 kap. 3 § RB

Bestämmelser som kompletterar reglerna om kvarstad finns i 15 kap. 3 § RB. Om någon visar sannolika skäl för att han eller hon mot någon annan har ett anspråk, som är eller kan antas bli föremål för rättegång eller prövning i annan liknande ordning, får domstolen förordna om lämplig åtgärd för att säkerställa sökandens rätt. Förutsättningar för ett sådant beslut är att det skäligen kan befaras att motparten genom att utöva viss verksamhet eller företa eller underlåta viss handling eller på annat sätt hindrar eller försvårar utövningen av sökandens rätt eller väsentligt förringar dess värde.

Säkerhetsåtgärden ska vara ägnad åt att hindra motparten från att sabotera för sökanden eller orsaka sökanden skada. Exempelvis kan bestämmelsen tillämpas vid förbudstalan. Ett beslut om säkerhetsåtgärd kan i dessa fall innebära ett förbud att utöva viss verksamhet.

¹⁷ 15 kap. 10 § RB hänvisar till 1 kap. 3 § och 16 kap. 13–16 §§ UB.

Inom immaterialrätten kan domstolen med stöd av bestämmelsen förordna om att varor som misstänks göra intrång i en immateriell rättighet ska omhändertas, för att säkerställa ett anspråk på att de exempelvis ska ändras eller förstöras. Ett sådant omhändertagande kan ske genom kronofogdemyndighetens försorg eller genom att en syssloman, exempelvis en advokat, förordnas att omhänderta, förvara och vårda egendomen.¹⁸

Enligt andra stycket i bestämmelsen kan ett föreläggande förenas med vite.

Om en innehavare av en företagshemlighet kan visa sannolika skäl för att en företagshemlighet har angripits enligt FHL, finns alltså en möjlighet för innehavaren att utverka en provisorisk skyddsåtgärd enligt 15 kap. 3 § RB mot angriparen.¹⁹ Huvudtalan mot angriparen kan vara exempelvis förbudstalan enligt 11 § nuvarande FHL eller begäran om överlämnande enligt 14 § nuvarande FHL, men talan behöver inte ännu ha väckts för att 15 kap. 3 § RB ska kunna tillämpas. Enligt 13 § nuvarande FHL är en förutsättning för beslut att motparten genom angreppet förringar värdet av företagshemligheten, medan kravet enligt RB:s regler är att värdet *väsentligt* förringas. En viss skillnad mellan förutsättningarna finns alltså mellan de olika bestämmelserna.

Proportionalitetsbedömning vid beslut om säkerhetsåtgärder

Bestämmelserna om säkerhetsåtgärder enligt RB och FHL är fakultativa, dvs. domstolen får – men måste inte – besluta om säkerhetsåtgärder även om förutsättningarna enligt respektive bestämmelse formellt sett är uppfyllda. Det finns inte något uttryckligt lagstöd för att en domstol måste göra en proportionalitetsbedömning i fråga om att väga sökandens fördel av säkerhetsåtgärden mot de skadeverkningar åtgärden kan få för motparten. Högsta domstolen har dock uttalat att domstolarna ändå kan göra en sådan proportionalitetsbedömning.²⁰ Även Arbetsdomstolen har vägt parternas mot-

¹⁸ Se prop. 2008/09:67 s. 177, som hänvisar till Westberg, *Det provisoriska rättskyddet i tvistemål*, Bok 2, 2004, s. 48.

¹⁹ Se Fahlbeck s. 513–514.

²⁰ Se Fitger m.fl., inledande kommentar till 15 kap. RB, Zeteeo 2016-12-20, som hänvisar till NJA 1993 s. 182.

stående intressen vid tillämpningen av 15 kap 3 § RB.²¹ Av Högsta Domstolens uttalanden i NJA 1995 s. 631 kan slutsatsen dras, att ju starkare skäl som talar för att sökanden i slutändan kommer att vinna bifall till sin talan, desto mindre blir utrymmet för en proportionalitetsbedömning.²²

Vid proportionalitetsbedömningen torde domstolen även behöva beakta om en ställd säkerhet räcker för det fall det visar sig att något angrepp inte skett. Ett interimistiskt förbud kan riskera att orsaka omfattande skador eller skador som inte ens kan repareras.²³

8.3 Överväganden i allmänhet vad avser förbud och åtgärder

Förslag: Ordet *angrepp* ska användas i de bestämmelser som rör förbud och åtgärder, i stället för *anskaffande*, *utnyttjande* och *röjande*, om det inte är någon särskild typ av angrepp som avses i en specifik bestämmelse.

Det ska inte längre krävas att angrepp på en företagshemlighet har skett *enligt* FHL, för att bestämmelser om förbud och åtgärder ska kunna tillämpas.

I avsnitt 5.6.2 angavs skäl till att införa en definition av vad som ska utgöra otillåtna angrepp av företagshemligheter. Ordet angrepp används som ett samlingsbegrepp över olika förfaranden. Angrepp ska enligt definitionen utgöras av obehörigt anskaffande, utnyttjande och röjande som sker mot innehavarans vilja. Därtill ska med angrepp avses även import, export och lagring av intrångsgörande varor i syfte att utnyttja dem. Bestämmelsen föreslås få en egen paragraf.

De nuvarande bestämmelserna om skadeståndsskyldighet enligt 8 §, förbud enligt 11 § och åtgärder 14 § har alla den begränsningen att bestämmelserna endast kan tillämpas om ett angrepp skett *enligt* FHL. Utredningen föreslår att det i bestämmelserna endast ska anges att *angrepp* på företagshemlighet ska ha skett, för att rätts-

²¹ Se Fitger m.fl., inledande kommentar till 15 kap. RB, Zeteo 2016-12-20, som hänvisar till AD 1990 nr 44.

²² Se även Bengtsson, Arndt.

²³ Ibid.

följder ska kunna träda in enligt lagen. Det ska inte längre krävas att angrepp på en företagshemlighet har skett *enligt* FHL. Genom att betydelsen av angrepp används enligt den föreslagna definitionen i avsnitt 5.6.2 får bestämmelserna en vid räckvidd. Endast i de fall där det har någon betydelse ska typen av angrepp anges. Bestämmelserna om förbud och andra åtgärder ska kunna tillämpas även om den som utfört angreppet saknade uppsåt eller inte var oaktsam.

Huruvida den som angripit en företagshemlighet hade uppsåt eller var oaktsam kan givetvis få betydelse vid bedömningen av om åtgärder och förbud är skäliga och proportionerliga. Exempelvis blir angriparens goda tro avgörande i fall som avses i artikel 13.3, där en företagshemlighet kan tillåtas att fortsätta utnyttjas mot viss ekonomisk ersättning till innehavaren. Även fortsättningsvis ska åtgärder endast kunna beslutas efter vad som är skäligt. Prövningen av frågan om åtgärder kan riktas mot personer som förvärvat egendomen i god tro ska i fortsättningen göras inom ramen för den skälighetsbedömningen.

Med dagens lagstiftning kan utnyttjande och röjande förbjudas. Ordet angrepp ska även innefatta anskaffande. Även ett pågående anskaffande skulle kunna behöva förbjudas i vissa fall. Ett pågående anskaffande skulle kunna antas bestå av ett kontinuerligt insamlande av uppgifter genom exempelvis ett förfarande liknande dataintrång.

8.4 Interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder enligt direktivet – artikel 10 och 11

8.4.1 Beslut om förbud, överlämnande m.m. – artikel 10.1

Bedömning: Bestämmelserna i 15 kap. 3 § RB uppfyller direktivets krav på möjlighet till interimistiska beslut om civilrättsliga beslag i artikel 10.1 c.

Enligt artikel 10.1 ska medlemsstaterna se till att de behöriga rättsliga myndigheterna (dvs. allmän domstol i Sverige), på begäran av innehavaren av en företagshemlighet, får besluta om att interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder ska vidtas mot den påstådda intrångsgöraren. De interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder som domstol ska kunna besluta om ska vara följande

- a) Interimistiskt föreläggande om upphörande med eller interimistiskt förbud mot utnyttjande eller röjande av företagshemligheten.
- b) 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.
- c) Beslag eller överlämnande av de varor som misstänks göra intrång, inbegripet importerade varor, för att förhindra att de införs till eller omsätts på marknaden.

Interimistiskt förbud

Punkten a i artikel 10.1 måste antas betyda att det ska vara möjligt för en domstol att besluta om förbud för någon att utnyttja och röja företagshemligheter, vilka förfaranden anges som otillåtna i artikel 4.3 och 4.4. Punkten b måste antas syfta på de förfarandena som definieras som otillåtna i artikel 4.5 (se avsnitt 5.6.6).

Som ovan angetts är det i dag enligt 11 och 13 §§ nuvarande FHL möjligt för en innehavare av en företagshemlighet att utverka ett interimistiskt vitesförbud. Förutsättningen är att sökanden kan visa sannolika skäl för att en företagshemlighet har angripits *enligt* FHL och att det skäligen kan befaras att svaranden genom att fortsätta angreppet förringar värdet av företagshemligheten. Förutsättningen att angreppet måste ha skett *enligt* FHL ska enligt utredningens förslag i det föregående tas bort. Direktivet stadgar att ett interimistiskt förbud att utnyttja en företagshemlighet ska kunna meddelas, enligt artikel 10.1 a–b.

Möjligheterna att utverka ett interimistiskt förbud när talan har väckts i huvudsaken får i och för sig antas uppfylla direktivets krav. Likaså måste antas att möjligheten att utverka ett interimistiskt vitesförbud innan talan har väckts såsom en säkerhetsåtgärd enligt 15 kap. 3 § RB är förenligt med direktivet. Emellertid kräver direktivet att det även ska vara möjligt innan talan väcks att interimistiskt besluta om tidsbegränsade vitesförbud för den som har röjt en företagshemlighet, så att informationen inte längre är företagshemlig. Ett sådant interimistiskt tidsbegränsat vitesförbud kan knappast beslutas

med stöd av 15 kap. 3 § RB, varför en ny bestämmelse behövs i det avseendet. Utredningen utvecklar detta nedan i avsnitt 8.4.5 och föreslår där nya bestämmelser för göra det möjligt att interimistiskt besluta om tidsbegränsade vitesförbud och ”vanliga” vitesförbud även innan talan har väckts.

Civilrättsligt beslag

Punkten c i artikel 10.1 innehåller bestämmelser om åtgärder för att hindra att varor som misstänks vara intrångsgörande varor införs eller omsätts på marknaden. I direktivet benämns åtgärderna *beslag* och *överlämnande av varor*. För att de åtgärder som avses inte ska förväxlas med de straffrättsliga åtgärder som enligt svensk rättsordning avses med uttrycket beslag används här uttrycket civilrättsligt beslag i den beskrivande texten.

Som tidigare angetts kan den som angripit en företagshemlighet av domstol åläggas att överlämna handling eller föremål som innefattar företagshemligheten, till den rätte innehavaren av företagshemligheten, enligt nuvarande 14 § FHL. Förutsättningen är att angriparen har föremålet/handlingen i sin besittning. En annan förutsättning är att angreppet skett *enligt* FHL. Den sistnämnda förutsättningen ska tas bort enligt utredningens förslag i det föregående. Om handlingen/föremålet inte kan överlämnas, kan domstol i stället förordna att det ska förstöras, ändras eller utsättas för annan lämplig åtgärd. Domstolen kan i dag besluta om åtgärderna när målet avgörs, men inte interimistiskt enligt nuvarande FHL.

Begreppen *beslag* och *överlämnande av varor* förekommer även i civilrättsliga sanktionsdirektivet. När det direktivet skulle införlivas i svensk rätt uttalades i förarbetena att uttrycket *överlämnande av varor* är ett annat sätt att omhänderta egendom än vad som i direktivet benämns som *beslag*. Skillnaden skulle enligt förarbetena främst vara att ett civilrättsligt beslag typiskt sett förutsätter att en myndighet kan ta sig in i de aktuella lokalerna med tvång och hämta egendomen, medan ett beslut om överlämnande av varor typiskt sett innebär att innehavaren föreläggs att överlämna egendomen till en i beslutet angiven person.²⁴

²⁴ Prop. 2008/09:67 s. 180.

Som beskrivits ovan kan en domstol med stöd av 15 kap. 3 § RB besluta att varor som misstänks utgöra ett utnyttjande av en företagshemlighet ska omhändertas för att säkerställa ett anspråk på att de ska överlämnas, ändras eller förstöras, när det skäligen kan befaras att motparten genom att utöva viss verksamhet eller företa eller underlåta viss handling eller på annat sätt hindrar eller försvårar utövningen av sökandens rätt eller väsentligt förringar dess värde. En åtgärd enligt 15 kap. 3 § RB innebär att egendomen på samma sätt som vid ett civilrättsligt beslag och överlämnande av varor omhändertas. Ett sådant omhändertagande kan ske genom kronofogdemyndighetens försorg eller genom att en syssloman förordnas att omhänderta egendomen. Därmed förhindras att egendomen införs eller omsätts på marknaden, fram till dess målet avgörs i sin helhet eller domstolen beslutar annat. Ett omhändertagande ska dock inte kunna resultera i att egendomen förstörs eller överlämnas till den som påstår sig vara den rätta innehavaren av företagshemligheten. Ett sådant förfarande skulle nämligen innebära en verkställighet av en ännu inte beslutad dom, vilket inte är möjligt enligt svensk rätts-tradition.²⁵

Bestämmelserna i 15 kap. 3 § RB måste därmed antas ha samma effekt som bestämmelsen i artikel 10.1 c i direktivet. Utredningen slutsats är således att några lagändringar för att genomföra artikel 10.1 c inte behövs. Den slutsatsen är densamma som i propositionen avseende det civilrättsliga sanktionsdirektivet.²⁶

8.4.2 Fortsatt utnyttjande mot ställande av säkerhet – artikel 10.2

Förslag: Det ska vara möjligt att interimistiskt besluta att någon, som på sannolika skäl utnyttjat en företagshemlighet, ska få fortsätta utnyttja företagshemligheten mot ställande av säkerhet för ekonomisk ersättning till innehavaren.

²⁵ Fitger m.fl., kommentaren till 15 kap. 3 § RB, Zeteo 2016-12-20.

²⁶ Prop. 2008/09:67 s. 180.

I stället för att besluta om interimistiska säkerhetsåtgärder, ska en domstol kunna besluta att ett påstått olagligt *utnyttjande* av en företagshemlighet ska få fortsätta, enligt artikel 10.2. En förutsättning är att det ställs säkerhet för ersättning till innehavaren företagshemligheten. Det ska dock inte vara möjligt att tillåta att en företagshemlighet *röjs*, mot ställande av säkerhet. I skälen (26) framhålls att möjligheten att fortsätta ett utnyttjande mot ställande av säkerhet, intill dess att frågan slutligen prövas, ska kunna tillämpas framför allt om risken för att företagshemligheter ska bli röjd för allmänheten är liten. Domstolen ska alltså inte besluta om fortsatt utnyttjande mot säkerhet, om det finns en risk att hemligheten röjs till allmänheten till följd av utnyttjandet.

Ett interimistiskt beslut att få fortsätta utnyttja en företagshemlighet mot ställande av säkerhet enligt artikel 10.2, måste antas ha sin motsvarighet i slutligt avgörande enligt artikel 13.3. I artikel 13.3 ska det nämligen vara möjligt för en domstol att tillåta att någon som i god tro utnyttjat en företagshemlighet, ska få fortsätta utnyttjandet mot ersättning till den som skadelidande parten, se avsnitt 8.6.3 nedan.

Även i de svenska immaterialrättsliga lagarna kan en intrångsgörare som handlat i god tro få fortsätta att använda föremålet för intrånget, mot en ersättning till rättighetsinnehavaren. I förarbetena till de lagändringar som gjordes på grund av det civilrättsliga sanktionsdirektivet uttalades beträffande sannolika immaterialrättsliga intrång, att det redan med de befintliga reglerna i 15 kap. 3 och 8 § RB finns möjligheter att låta ett immaterialrättsligt intrång fortsätta mot att den förmodade intrångsgöraren ställer säkerhet till rättighetsinnehavaren.²⁷ Med andra ord, om käranden visar sannolika skäl för att immaterialrättsligt intrång förekommer och om det skäligen kan befaras att svaranden genom att fortsätta intrånget förringar värdet av ensamrätten till patentet, får domstolen meddela ett interimistiskt vitesförbud. Om svaranden i dessa fall kan ställa säkerhet för det förmodade skadestånd som denne kan bli skyldig käranden, ska det interimistiska vitesförbudet hävas, om det inte finns andra skäl till att låta förbudet bestå.

Bestämmelserna i 15 kap. 3 och 8 §§ RB skulle alltså i och för sig kunna uppfylla kraven i artikel 10.2 i direktivet att en företags-

²⁷ A. prop. s. 202.

hemlighet ska kunna utnyttjas mot ställande av säkerhet, fram till dess domstol beslutat om annat. Här ska dock beaktas att en företagshemlighet skiljer sig från immaterialrätter på så sätt att innehavaren av en företagshemlighet inte har en ensamrätt till informationen, såsom en innehavare av en immaterialrätt har. Skyddet för företagshemligheter innebär i stället ett skydd för hemlighållandet av information. Ett utnyttjande av en företagshemlighet kan få till följd att informationen även röjs, vilket medför att informationen inte längre är företagshemlig. Det kan därför finnas skäl att låta ett interimistiskt vitesförbud bestå trots att svaranden kan ställa säkerhet. För att ett sannolikt utnyttjande av en företagshemlighet ska kunna tillåtas att fortgå till ställande av säkerhet, får utnyttjandet inte innebära att företagshemligheter därigenom kan komma att röjas. Direktivet är här tydligt – det får inte vara tillåtet att röja en företagshemlighet mot ställande av säkerhet.

Det är alltså endast den typ av angrepp som utgör *utnyttjande* som kan tillåtas att fortsätta mot ställande av säkerhet. Den möjligheten ska inte finnas om det rör sig om röjande eller anskaffande av företagshemlighet. Det finns därför skäl att i lagtexten klargöra att det endast är utnyttjande av företagshemligheter mot ställande av säkerhet som kan tillåtas, då ett utnyttjande sannolikt har skett. Bestämelsen bör utformas så, att det är svaranden – alltså den som kan bli föremål för ett interimistiskt vitesförbud – som ska göra det sannolikt att förutsättningarna för ett sådant beslut är uppfyllda. Förutsättningarna i detta sammanhang är de som uppställs i artikel 13.3, se nedan avsnitt 8.6.3.

8.4.3 Förutsättningar för beslut om skyddsåtgärder, även vid försök och förberedelse – artikel 11.1

Bedömning: Ingen ändring behövs avseende beviskravet *sannolika skäl* vid interimistiska beslut.

Förslag: Vitesförbud, beslut om åtgärder och interimistiska vitesförbud ska kunna meddelas även mot någon som har försökt begå eller som har förberett ett angrepp på en företagshemlighet.

För att en domstol ska kunna besluta om en interimistisk åtgärd/säkerhetsåtgärd enligt artikel 10, stadgas i artikel 11.1 att det krävs att käranden lägger fram bevisning för sin sak. Det står även att det gäller bevisning som *skäligen kan anses som tillgänglig* för domstolarna. Därefter anges att domstolarna kunna med *tillräcklig säkerhet* ska kunna förvissa sig om att det rör sig om en företagshemlighet, att käranden är innehavare till företagshemligheten och att företagshemligheten har anskaffats, utnyttjats eller röjts på otillåtet sätt. Därtill anges att domstolarna kan besluta om säkerhetsåtgärd i fall då sådana otillåtna förfaranden är *nära förestående*.

Beviskrav

Domstolarna ska enligt artikel 11.1 vid sin bedömning av begäran om åtgärder beakta den bevisning som *skäligen kan anses som tillgänglig*. Det måste antas att denna formulering lagtekniskt utformats för att kunna tillämpas i rättssystem där domstolen själv kan infordra utredning genom att förordna att sökanden ska ge in viss preciserad bevisning. Enligt den svenska rättstraditionen är det sökanden själv som väljer vilken utredning han eller hon vill förebbringa och därefter överlämnar åt domstolen att värdera denna bevisning. Med tanke på att direktiv är bindande just med avseende på det resultat som ska uppnås, men överlåter åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet, torde den svenska rättstraditionen inte stå i strid med direktivets syften.²⁸

Både interimistiska förbud enligt 13 § nuvarande FHL och bestämmelserna om åtgärder enligt 15 kap. 1 och 3 § RB hänför sig beviskravet till det anspråk som ska säkerställas genom åtgärden. Sökanden måste visa *sannolika skäl* för att han eller hon har en fordran respektive ett anspråk på att egendomen exempelvis ska förstöras. Beviskravet sannolika skäl används även i den immaterialrättsliga lagstiftningen vad gäller interimistiska förbud för vissa åtgärder.²⁹

När det gäller säkerhetsåtgärder och andra beslut som föregår den slutliga prövningen av saken förekommer enligt svensk rätt i huvudsak tre olika bevisnivåer som innebär bevislättnad. Det lägsta av

²⁸ Se resonemanget i a. prop. s. 180–181.

²⁹ Se bl.a. 53 b § andra stycket URL och 57 b § patentlagen (1967:837).

dessa beviskrav är att ”det finns anledning att anta” något. Ett något högre beviskrav är att något ”skäligen kan antas.” Högst av dessa beviskrav är att det ska föreligga ”sannolika skäl” för något.³⁰ I doktrinen har nivån på beviskravet sannolika skäl uttryckts

[...] det framstår som mera troligt att sökanden har det anspråk som han hävdar än att han inte har det.³¹

När det gäller säkerhetsåtgärder och andra beslut som föregår den slutliga prövningen av saken, har genom rättspraxis fastställts att samma beviskrav ska gälla för alla aspekter som innefattas i frågan.³² Det vill säga beviskravet sannolika skäl ska vara uppnått såväl beträffande om informationen i fråga utgör en företagshemlighet, som om en påstådd åtgärd innebär ett angrepp och om åtgärden har vidtagits.³³ Den som ansöker om ett interimistiskt vitesförbud har alltså att visa att det föreligger sannolika skäl för att han eller hon ska vinna bifall till sin talan i huvudsaken.³⁴

Direktivet preciserar inte beviskravets nivå på annat sätt än att domstolen med *tillräcklig säkerhet* ska kunna förvissa sig om dels att sökanden är rättighetshavare, dels att det har begåtts ett angrepp på dennes företagshemlighet eller att ett sådant angrepp är nära förestående. Detta innebär att direktivet lämnar ett tolkningsutrymme och att vad som är tillräckligt därför bör kunna avgöras med hänsyn till den aktuella åtgärdens karaktär. Eftersom det beviskrav som hittills tillämpats i svensk rätt har fungerat väl finns det goda skäl för slutsatsen att beviskravet *sannolika skäl* uppnår det resultat som direktivet syftar till.

Nära förestående angrepp – försök och förberedelse

Det krävs enligt artikel 11.1 c att domstolarna ska kunna besluta om säkerhetsåtgärd för de fall otillåtna förfaranden är *nära förestående*. Det krävs alltså inte att ett otillåtet angrepp redan har skett, men det ska åtminstone föreligga någon form av försök eller förberedelse.

³⁰ A. prop. s. 114.

³¹ Torkel Gregow, *Kvarstad och andra säkerhetsåtgärder*, 2014, s. 48.

³² NJA 2012 s. 975 och RH 2012:44.

³³ Bengtsson, Arndt, s. 242–243.

³⁴ Henrik Bengtsson, Ralf Lyxell, *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, 2006, s. 170.

Det ska alltså vara möjligt att ingripa med vitesförbud även innan ett fullbordat angrepp har skett.

Enligt gällande svensk rätt kan försök eller förberedelser till företagsspionage föranleda såväl straff som civilrättsliga åtgärder. Det finns i dag däremot inga bestämmelser som ger möjlighet att meddela vitesförbud vid försök eller förberedelser till angrepp på företagshemligheter som inte är straffbara.

Vad menas med nära förestående?

I artikel 11.1 föreskrivs att de rättsliga myndigheterna, dvs. domstolarna, inför ett beslut om interimistiska säkerhetsåtgärder enligt artikel 10, ska med tillräcklig säkerhet förvissa sig dels att en företagshemlighet föreligger, dels att käranden är innehavaren, dels att företagshemligheten på otillåtet sätt anskaffats/utnyttjats/röjts eller att sådant förfarande är *nära förestående*. Vad som menas med nära förestående utvecklas inte i direktivet eller i skälen. De övriga kraven måste antas inte skilja sig från hur begreppen används i direktivet i övrigt.

Enligt 10.1 c ska *civilrättsligt beslag* eller *överlämnande* kunna beslutas beträffande intrångsgörande varor. Ett angrepp i dessa fall ska alltså sannolikt redan ha inträffat, i och med att de intrångsgörande varorna tillverkats, anskaffats eller importerats. Det kan därför antas att begreppet nära förestående inte syftar på dessa situationer. Av samma anledning torde inte heller föreläggande att *upphöra* med utnyttjande eller röjande av företagshemligheter i artikel 10.1 a samt vissa av förfarandena i artikel 10.1 b nämligen *utbjuda till försäljning, släppa ut på marknaden* eller *använda intrångsgörande varor, exportera eller lagra intrångsgörande varor i dessa syften* omfattas av sådant som kan vara nära förestående. Däremot måste antas att interimistiska *förbud mot utnyttjande eller röjande* såsom anges i artikel 10.1 a samt interimistiska förbud mot att *producera intrångsgörande varor* eller *importera intrångsgörande varor* såsom anges i artikel 10.1 b kunna avse sådana angrepp som kan vara nära förestående. Således utgår utredningen från att det med nära förestående avses situationer där inte någon form av angrepp ännu har fullbordats. Exempelvis skulle det kunna vara att någon med lovlig tillgång till en företagshemlighet, som förbereder en konkurrerande

tillverkning av varor med hjälp av företagshemligheten, i strid mot innehavarens samtycke. I dessa fall ska det således vara möjligt att meddela vitesförbud eller beslut om civilrättsligt beslag eller överlämnande av handlingar eller föremål som innefattar företagshemligheten.

Försök och förberedelse inom immaterialrätten

När skyddsåtgärden *intrångsundersökning* skulle införas i de immaterialrättsliga lagarna uttalades i propositionen följande.

I lagrådsremissen föreslog därför regeringen att en intrångsundersökning också skulle kunna göras hos den som på goda grunder misstänks förbereda ett intrång. Begreppet förbereder var i lagrådsremissen inte begränsat till straffbar förberedelse. Lagrådet har invänt emot regeringens förslag i denna del. Lagrådet har inga invändningar så länge uttrycket förbereder syftar på försök eller förberedelse till brott. Att gå längre och tillåta intrångsundersökning vid förberedande åtgärder som inte kan föranleda några sanktioner enligt de immaterialrättsliga lagarna vore däremot, enligt Lagrådet, att gå för långt. Regeringen kommer därför att överväga om möjligheterna att meddela vitesförbud och vidta vissa åtgärder med olovligt framställda produkter m.m. bör utökas till att omfatta även sådana förberedande åtgärder som inte utgör försök eller förberedelse till brott. I avvaktan på dessa överväganden godtar regeringen Lagrådets förslag att begränsa intrångsundersökning på förberedelsestadiet till straffbara försök och förberedelser till intrång.³⁵

I det civilrättsliga sanktionsdirektivet finns liknande bestämmelser som i direktivet om skydd för företagshemligheter, nämligen att ett interimistiskt *förbud* ska kunna meddelas i syfte att hindra ett *omedelbart förestående immaterialrättsintrång*. I propositionen till de svenska lagar som kom att införas till följd av det direktivet diskuterades hur denna bestämmelse skulle införas.³⁶ Det uttalades bl.a. att ett interimistiskt vitesförbud i svensk lag syftar till att säkerställa framtida verkställighet av en dom. Därmed ansågs att det inte kunde komma i fråga att införa möjligheter att interimistiskt förordna om något som inte kunde meddelas slutligt i en dom. Det konstaterades att försök eller förberedelser till immaterialrättsliga intrång enligt gällande svensk rätt kan föranleda såväl straff som andra typer av

³⁵ Prop. 1998/99:11 s. 50.

³⁶ Prop. 2008/09:67 s. 188–190.

åtgärder. I departementpromemorian som föregick propositionen uttalades följande angående förhållandet till tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen.³⁷

Immaterialrättsintrång kan i vissa fall ske i tryckt skrift eller något annat grundlagsskyddat medium, t.ex. cd- eller dvd-skivor. För sådana medier gäller det s.k. censurförbudet, vilket innebär att någon förhandsgranskning eller något av det allmänna uppställt hinder mot framställning eller utgivning inte får ske (1 kap. 2 § tryckfrihetsförordningen respektive 1 kap. 12 § yttrandefrihetsgrundlagen). Bestämmelser som möjliggör vitesförbud på försöks- eller förberedelsestadiet kommer bl.a. att innebära att ingripande kan ske mot medier som ännu inte är utgivna.

I förarbetena konstaterades vidare att intrång i immaterialrätter som sker med uppsåt eller genom grov oaktsamhet är straffbara, liksom försök och förberedelse till sådana intrång. Resultatet av övervägandena blev att det infördes bestämmelser i de immaterialrättsliga lagarna som uttryckligen förordnade att bestämmelserna om vitesförbud också ska gälla vid straffbara försök eller straffbara förberedelser till intrång. Det skulle dock inte kunna bli möjligt att meddela ett vitesförbud för sådana förberedelser som inte kan anses vara straffbara. Att kunna meddela vitesförbud för sådana förberedelser som inte är straffbara ansågs vara en långtgående åtgärd som skulle kräva ytterligare avväganden.³⁸

Skyddsåtgärder vid försök och förberedelser till angrepp på företagshemligheter?

Förberedelse och försök till angrepp på företagshemligheter är i dag inte straffbara förutom vid företagsspionage. Brottet olovlig befattning med företagshemlighet (4 § nuvarande FHL) är endast straffbart om brottet är fullbordat. Utredningen föreslår i avsnitt 11 bestämmelser där straffansvaret ska utökas beträffande anställda, uppdragstagare eller för annan som deltar i en näringsidkares rörelse på liknande grund. Brotten som föreslås är *olovligt utnyttjande företagshemlighet* och *olovligt röjande av företagshemlighet*. Även försök och förberedelse föreslås bli straffbara. Straffbarheten är begränsad på så

³⁷ Ds 2007:19 s. 226.

³⁸ A. Ds s. 230 och prop. 2008/09:67 s. 193.

sätt att den förutsätter att gärningar som är försvarliga eller mindre allvarliga inte straffas.

Beträffande angrepp på företagshemligheter där även försök och förberedelse är straffbelagt skulle det alltså kunna införas bestämmelser som möjliggör att säkerhetsåtgärder inklusive interimistiska vitesförbud meddelas även vid försök och förberedelse till företagsspionage, enligt den modell som valts i de immaterialrättsliga lagarna.

Fråga är hur en bestämmelse ska kunna utformas avseende interimistiska förbud vid nära förestående angrepp som inte är straffbara försök eller förberedelser, för att direktivets krav ska anses uppfyllda.

Jämförelse med förbud mot den som medverkar till upphovsrättsintrång

En jämförelse kan även göras med det medverkandeansvar som finns i 53 b § upphovrättslagen. Där stadgas att på yrkande av upphovsrättsinnehavaren, kan domstolen vid vite förbjuda den som vidtar eller *medverkar* till en åtgärd som innebär intrång. Bestämmelsen att även den som medverkar ska kunna förbjudas utföra vissa åtgärder infördes till följd av artikel 8.3 i Infosocdirektivet³⁹, som lyder

Medlemsstaterna skall se till att rättsinnehavare har möjlighet att begära ett föreläggande gentemot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av en tredje part för att begå intrång i en upphovsrätt eller närstående rättighet.

Bestämmelsen är avsedd att tillämpas på internetleverantörer, vars tjänster utnyttjas av andra för att begå upphovsrättsintrång. I förarbetena till 53 b § URL angavs att medverkansansvaret skulle vara sådant som avses i de straffrättsliga bestämmelserna i 23 kap. 4 § BrB, i *objektiv* bemärkelse. För att någon objektivt skulle anses vara medverkare, så krävdes något mer än endast tillhandahålla en tjänst till intrångsgöraren. För att ett vitesbeslut skulle kunna meddelas mot medverkaren, skulle det enligt förarbetena räcka att innehavaren visade att medverkan förelåg i objektiv bemärkelse, men något uppsåt eller någon oaktsamhet hos medverkaren behövde inte visas.

Resonemanget i förarbetena om medverkan enligt BrB:s bestämmelser ansågs av Patent- och marknadsöverdomstolen i dom den

³⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

13 februari 2017 inte vara förenligt med kraven i Infosocdirektivet, mot bakgrund av uttalande av EU-domstolen.⁴⁰ Domstolen uttalade att Infosocdirektivet liksom 53 b § URL är civilrättsliga bestämmelser, och vitesförbud handläggs enligt RB:s bestämmelser för tvistemål. Enligt domstolen är syftet med artikel 8.3 i Infosocdirektivet att ett förbud ska kunna meddelas mot en mellanhand, i detta fall en internetleverantör, utan att det krävs att medverkan föreligger objektivt sett enligt straffrättsliga bestämmelser. En internetleverantör kan således behöva vidta åtgärder mot en tredje man som använder tjänsten för att begå upphovsrättsintrång, oavsett om internetleverantören själv har något ansvar för intrånget.

Patent- och marknadsöverdomstolens dom öppnar upp för en princip om att krav på att civilrättsliga bestämmelser i EU-direktiv inte kan begränsas av nationella straffrättsliga bestämmelser. Följden kan alltså bli att på samma sätt som en mellanhand i Infosocdirektivet inte kan tolkas såsom medverkare enligt BrB:s bestämmelser, kan inte *nära förestående* i direktivet om skydd för företagshemligheter inte vara det samma som försök och förberedelse enligt 23 kap. 1 resp. 2 § BrB. *Nära förestående* måste därför antas kunna användas som ett civilrättsligt begrepp, om än att innebörden till stor del är samma som *försök* och *förberedelse* inom straffrätten.

Försök och förberedelse till angrepp ska kunna förbjudas interimistiskt och leda till andra åtgärder

Som ovan konstaterats föreskriver direktivet att det ska vara möjligt för de nationella domstolarna att besluta om säkerhetsåtgärd för de fall otillåtna förfaranden är nära förestående. En bestämmelse behöver alltså införas, så att angrepp som är nära förestående, men ännu inte har fullbordats, ska kunna förbjudas vid vite. Likaså ska andra åtgärder, såsom överlämnande av föremål eller handlingar som innefattar företagshemligheten kunna beslutas även vid försök och förberedelse.

Begreppet nära förestående måste antas innefatta såväl försök som förberedelse. Utredningen föreslår att begreppen försök och förberedelse används i sammanhanget, framför begreppet nära före-

⁴⁰ Patent- och marknadsöverdomstolen hänvisar bl.a. till EU-domstolens domar av den 27 mars 2014, UPC Telekabel, C-314/12 och den 7 juni 2016, Tommy Hilfiger, C-494/15.

stående. Begreppen härrör från BrB:s bestämmelser, men bör användas i sammanhanget även för förfaranden som inte är straffbelagda. Försök och förberedelse bör i sammanhanget innebära att i stället för vad som anges om *brott* i 23 kap. 1 och 2 §§, ska definitionen av *angrepp* användas. För ett försök innebär detta att förutsättningarna i 23 kap. 1 § BrB ska vara uppfyllda, men att kändanden inte behöver styrka vare sig uppsåt eller oaktsamhet hos den som gör försöket till angrepp. En förberedelse förutsätter emellertid redan enligt 23 kap. 2 § BrB att de åtgärder som nämns där vidtas med uppsåt att utföra eller främja brott. Det kravet måste vara uppfyllt även i dessa fall, fast i stället för brott gäller angrepp.⁴¹ Följden blir således att innehavaren, för att kunna få till stånd ett vitesförbud (eller annan åtgärd), behöver styrka att den som förberett ett angrepp även hade uppsåt att utföra eller främja angreppet. Rör det sig om ett förmodat försök till angrepp, behöver innehavaren övertyga domstolen att det objektivt sett förelagat ett försök, men det behöver inte styrkas uppsåt eller oaktsamhet hos den som försökt utföra angreppet.

Som beskrivits i avsnitt 8.4.1 ovan, är utredningens slutsats att bestämmelserna i 15 kap 3 § RB uppfyller direktivets krav på civilrättsliga beslag i artikel 10.1 c beträffande ett sannolikt angrepp på en företagshemlighet. Liksom interimistiska vitesförbud, syftar säkerhetsåtgärder i svensk lag till att säkerställa framtida verkställighet av en dom. Det borde därför inte komma ifråga att använda 15 kap. 3 § RB för interimistiska beslut, om inte motsvarande ”slutliga beslut” kan meddelas i dom. För att 15 kap. 3 § RB ska kunna tillämpas även vid misstänkta försök och förberedelser till angrepp, behövs en motsvarande bestämmelse avseende företagshemligheter med den innebörden. Utredningen föreslår därför att det särskilt ska anges att åtgärder, såsom överlämnande, förstöring m.m. (som finns i 14 § nuvarande FHL) även ska kunna åläggas den som försökt eller förberett att angripa en företagshemlighet, i ett ”slutligt” beslut. Det ska på så sätt även bli möjligt att ingripa med säkerhetsåtgärder enligt 15 kap. 3 § RB även innan ett fullbordat angrepp har skett.

⁴¹ Se prop. 2008/09:67 s. 263.

Följder för anställda som innehar företagshemligheter

En arbetstagare som inom sin anställning har fått del av en företags-hemlighet är enligt FHL (som huvudregel, i privat sektor) skyldig att inte röja eller utnyttja informationen. I praxis har ansetts att enbart ett innehav av en företagshemlighet inte är att anse som utnyttjande i nuvarande FHL:s mening.⁴² En ”förberedelse” till obehörigt röjande/utnyttjande av företagshemligheter genom att en person kopierar av information som denne redan har tillgång till inom sina arbetsuppgifter, kan alltså inte förhindras genom vitesförbud eller andra åtgärder med dagens bestämmelser i FHL, så länge informationen inte har utnyttjats.⁴³ Med de ovan föreslagna lagändringarna ska även försök och förberedelse till angrepp kunna leda till sanktioner.

I vissa fall skulle anställdas kopiering kunna utgöra förberedelse till utnyttjande/röjande. Om en anställd kopierar känsligt material, utan att det kan motiveras av arbetsuppgifterna och i ett läge då denne t.ex. planerat att gå till konkurrerande verksamhet, ligger det nära till hands att bedöma förfarandet som en förberedelse till utnyttjande. Det måste dock vara arbetsgivaren som har bevisbördan för att kopieringen skett utanför den anställdes arbetsuppgifter och varit obehörig. Bedömningen måste vara beroende av omständigheterna i det enskilda fallet, såsom typen av information och hur den används för att utföra arbetsuppgifterna. Avgörande omständigheter kan vara om kopieringen skett inom ramen för hur arbetsuppgifterna såg ut vid tillfället och i vilket syfte det gjordes.

Vilka instruktioner arbetsgivaren har gett angående kopiering får betydelse för bedömningen. I de fall då kopiering i strid med sådana instruktioner i praktiken ändå har tillåtits av arbetsgivaren, får arbetstagarens förfarande bedömas utifrån detta.

Domstolen ska således bedöma om kopieringen skett obehörigen eller på ett sätt som var behörigt inom ramen för den anställdes arbetsuppgifter. Även kopiering som skett utanför den anställdes arbetsuppgifter kan i vissa fall ändå vara behörig. Behörighetsprövningen kan ske inom ramen för bestämmelserna i nuvarande 2 §. Det behöver alltså inte föreligga ”synnerliga skäl” eller liknande, för att

⁴² AD 2015 nr 39. Se även Domeij, *Från anställd till konkurrent*, s. 162 f, som hänvisar till bl.a. Svea hovrätts beslut 2003-12-30 i Ö 9002-03.

⁴³ Domeij, a.a. s. 221.

en domstol ska kunna ålägga arbetstagaren förbud eller andra åtgärder. Har kopieringen skett obehörigt enligt bestämmelsen i nuvarande 2 § FHL, ska domstol kunna meddela beslut om förbud eller åtgärder, såsom överlämnande av material till arbetsgivaren. Beslutet om vitesförbud/åtgärder ska vara skilt från frågan om skadestånd på grund av utnyttjande eller röjande. För skadeståndsskyldighet ska liksom tidigare krävas dels uppsåt eller oaktsamhet, dels synnerliga skäl om det är fråga om en tidigare anställd.

8.4.4 Proportionalitetsbedömning vid beslut om skyddsåtgärder – artikel 11.2

Förslag: Domstolen ska endast *efter vad som är skäligt* få besluta om åtgärder och vitesförbud.

Bestämmelserna om proportionalitet i artikel 11.2 är till sitt innehåll likalydande med artikel 13.1. Dessa båda artiklar kommer därför kommenteras här i ett sammanhang. Artiklarna föreskriver att domstolarna, när de behandlar en ansökan om interimistiska förbud och säkerhetsåtgärder som avses i artikel 10 respektive förbud och åtgärder som avses i artikel 12, ska göra en proportionalitetsbedömning. Domstolarna ska göra en avvägning mellan parternas i ett domstolsförfarande intressen, tredje parter intressen och allmänintresset. Vad som avses med allmänintresset, se avsnitt 5.7.2. Därtill ska beaktas bl.a. företagshemlighetens värde, intrångsgörarens beteende, effekterna av angreppet. De olika omständigheterna som räknas upp (punkterna a–h) i artikel 11.2 och 13.1 är domstolarna skyldiga att ta hänsyn till i det enskilda fallet. Det anges dock att hänsyn ska tas *i tillämpliga fall*. Att omständigheterna endast ska beaktas i tillämpliga fall öppnar upp för att samtliga omständigheter ändå inte måste tillmätas betydelse, och för att medlemsstaternas egen lagstiftning kan få betydelse. Samtidigt är det så att bestämmelserna i artiklarna 11 och 13 inte får frångås, även om avvikelser skulle ge ett högre skydd för företagshemligheter.⁴⁴ Omständigheterna måste sägas vara generella och i viss mån självklara vid en proportionalitetsbedömning.

En kort redogörelse för de olika omständigheterna:

⁴⁴ Se artikel 1.1.

- a) *företagshemlighetens värde eller andra specifika kännetecken hos företagshemligheten*

Det får antas att en företagshemlighet som representerar ett stort ekonomiskt värde ska tillmätas större betydelse vid avvägningen mellan parternas respektive intresse, än något som inte är så ekonomiskt värdefullt.

- b) *de åtgärder som vidtagits för att skydda företagshemligheten*

Det får antas att de resurser och den tid som en innehavare lägger ned på att skydda en företagshemlighet, i sig kan vara en indikation på företagshemlighetens värde.

- c) *svarandens/intrångsgörarens beteende vid anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten*

Det får antas att det som avses är att angriparens beteende kan ha varit särskilt svekfullt och inneburit utnyttjande av innehavarens förtroende. Sådant beteende som kan utgöra synnerliga skäl för skadestånd enligt 7 § andra stycket nuvarande FHL skulle kunna vara sådana omständigheter som avses.

- d) *effekterna av det olagliga utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten*

Med effekterna får antas att ekonomiska skador avses, liksom även goodwill-skador.

- e) *parternas legitima intressen och den effekt som ett bifall till eller avslag på ansökan om åtgärder skulle kunna få på parterna*

Det får antas att med effekt i denna bestämmelse avses hur ingripande ekonomiskt en åtgärd skulle bli för parternas respektive verksamhet till följd av åtgärder, eller avsaknande av åtgärd.

- f) *tredje parters legitima intressen*

Enligt skäl (21) bör det även säkerställas att domstolarna har utrymme för att göra en avvägning mellan intressena hos parterna i ett domstolsförfarande och tredje parters intressen, inbegripet, om så är lämpligt, konsumenternas intressen. Det får antas att det kan beaktas även hur ett beslut kan påverka marknaden i stort.

g) *allmänintresset*

I fråga om vad som avses med allmänintresset hänvisas till avsnitt 5.7.2.

h) *skyddet av grundläggande rättigheter*

EU:s stadga för de grundläggande rättigheterna måste givetvis beaktas vid all lagstiftning och tillämpning av lag. Enligt svensk rättstradition är det inte nödvändigt att i varje lag skriva in sådana självklarheter.

Generellt måste effekterna av ett beslut särskilt beaktas vid interimistiska beslut och säkerhetsåtgärder, eftersom ett sådant beslut kan komma att ändras när målet i sin helhet avgörs. Som ovan anförts (avsnitt 8.2.2) ska en svensk domstol göra en proportionalitetsbedömning innan ett beslut om säkerhetsåtgärder, även om något direkt lagstöd inte finns. Även vid ett vitesförbud görs en proportionalitetsbedömning, eftersom ett förbud vid vite inte får meddelas om vitet inte antas bidra till att den avsedda effekten uppnås.

Även om det inte står uttryckligen i nuvarande FHL, måste antas att domstolar generellt gör skälighets- och proportionalitetsbedömningar inför beslut om åtgärder. De bedömningar som domstolarnas regelmässigt gör redan i dag torde uppfylla direktivets krav. I samtliga immaterialrättsliga finns det dock uttryckliga krav på att denna typ av åtgärder ska vara skäliga.⁴⁵ I bestämmelserna anges att domstolen *efter vad som är skäligt* får besluta om åtgärder, t.ex. besluta att egendomen ska förstöras. Kraven innebär att det ska göras en avvägning mellan olika motstående intressen. Som framhölls i förarbetena i anledning av det civilrättsliga sanktionsdirektivet torde en sådan skälighetsbedömning normalt sett leda till slutsatsen att ett ingripande inte bör ske mot en slutkonsument, dvs. en privatperson, som har förvärvat intrångsgörande varor i god tro.⁴⁶

För att kravet på en skälighetsbedömning ska framgå tydligt och för att bestämmelserna ska leva upp till direktivets krav, föreslås att det i lagtexten införs att domstolen *efter vad som är skäligt* får besluta

⁴⁵ 41 § varumärkeslagen, 55 § URL, 59 § patentlagen, 37 § mönsterskyddslagen, 20 § andra stycket firmalagen, 12 § kretsmönsterlagen och 9 kap. 7 § växtförädlarrättslagen

⁴⁶ Prop. 2008/09:67 s. 220.

om åtgärder. Bestämmelsen kan lämpligen införas i den bestämmelse som reglerar beslut om åtgärder, 14 § nuvarande FHL.

8.4.5 Upphävande av interimistiskt beslut – artikel 11.3

Förslag: Ett interimistiskt vitesförbud ska kunna meddelas enligt bestämmelserna i FHL redan innan talan väckts.

Ett interimistiskt tidsbegränsat vitesförbud ska kunna meddelas mot den som orsakat att en viss information inte längre är företagshemlig. Ett sådant beslut ska kunna meddelas även innan talan väckts.

Medlemsstaterna ska enligt artikel 11.3 se till att de åtgärder som avses i artikel 10 (dvs. interimistiska förbud, civilrättsliga beslag eller överlämnande) på begäran av svaranden kan upphävas eller på annat sätt kan upphöra att gälla om

- a) kändan inte väcker talan som leder till ett avgörande i huvudsaken inom en period på högst 20 arbetsdagar eller 31 kalenderdagar, beroende på vilken som är längst, eller om
- b) den berörda informationen inte längre utgör en företagshemlighet av orsaker som inte kan tillskrivas svaranden.

De säkerhetsåtgärder som beslutats av domstol ska alltså upphöra eller återgå om talan inte väcks inom viss tid. Inte heller ska beslutet bestå om informationen i fråga inte längre uppfyller kraven på att vara en företagshemlighet. Är det dock angriparen själv som har röjt informationen på ett otillåtet sätt, kan beslutet om säkerhetsåtgärd ändå bestå.

Interimistiska beslut enligt nuvarande FHL kan inte utfärdas förrän sökanden har väckt talan i sak. Dock finns det möjlighet att genom bestämmelserna i 15 kap. 3 § RB få beslut om vitesförbud och säkerhetsåtgärder redan innan talan har väckts.

Upphörande av interimistiskt beslut därför att talan inte väcks

Tidsfrist

En bestämmelse om tidslängden som motsvarar bestämmelsen i 11.3 a finns i artikel 50.6 i TRIPS-avtalet. EG-domstolen har uttalat sig om tolkningen av den bestämmelsen och indikerat att den inte hindrar att en medlemsstat föreskriver att åtgärden automatiskt ska förfalla, även då svaranden inte har framfört någon begäran om detta, enbart av det skälet att inget förfarande har inletts inom den föreskrivna tiden.⁴⁷ Sverige har valt den lösning som omnämns i EG-domstolens dom. Följaktligen anges i 15 kap. 7 § RB att en åtgärd ska gå åter om sökanden inte inom en månad från beslutet väcker talan eller på något annat sätt inleder ett förfarande om saken. Denna frist överstiger inte den längsta tiden av 20 arbetsdagar eller 31 kalenderdagar och är därför förenlig med direktivet. Utredningen bedömer alltså att det inte krävs någon lagändring i den delen med anledning av artikel 11.3 a i direktivet.

Interimistiskt beslut innan talan väckts

I det civilrättsliga sanktionsdirektivet finns en bestämmelse att en interimistisk åtgärd ska upphävas eller upphöra att gälla, på begäran av svaranden, om inte sökanden inom skäligen tid väcker talan om saken vid den behöriga rättsliga myndigheten. I de svenska förarbetena som följde av direktivet uttalades att det av bestämmelsen framgår indirekt att de interimistiska åtgärderna ska kunna beslutas redan innan kändaren har väckt talan i sak. Utredningen anser inte att det finns skäl att göra en annan bedömning beträffande den snarlika bestämmelsen i artikel 11.3 i direktivet om skydd för företags-hemligheter.

Enligt direktivet ska det alltså vara möjligt med interimistiska säkerhetsåtgärder redan innan talan har väckts. Interimistiskt förbud enligt 13 § nuvarande FHL kräver visserligen att talan om förbud redan har väckts. Som har konstaterats i avsnitt 8.2.2 är det dock möjligt att utverka säkerhetsåtgärder (både vitesförbud och andra

⁴⁷ Se a. prop. s. 185, som hänvisar till EG-domstolens dom den 13 september 2001 i mål C-89/99, punkt 57.

åtgärder) redan innan talan väckts, enligt bestämmelserna i 15 kap 3 § RB. Så långt uppfyller alltså dagens lagstiftning direktivet i denna del.

Upphäva interimistiskt beslut för att informationen inte längre är företagshemlig

I punkten b i artikel 11.3 anges att en åtgärd enligt artikel 10 får upphävas om informationen inte längre utgör en företagshemlighet, av orsaker som inte kan tillskrivas svaranden. Det vill säga, ett beslut kan bestå, om det är svaranden själv som har röjt informationen så att den inte längre är företagshemlig.

Nuvarande FHL innebär att om informationen inte längre är företagshemlig, så går det inte att besluta om förbud för den som röjt företagshemligheten eller låta ett tidigare meddelat förbud bestå. Följaktligen går det inte heller med nuvarande FHL eller 15 kap. RB att meddela motsvarande interimistiska förbud.

Bestämmelser om upphävande av ”slutliga” vitesförbud finns i artikel 13.1 andra stycket och artikel 13.2, se nedan avsnitt 8.6.2. I det avsnittet föreslår utredningen att en bestämmelse ska införas att den som röjt information så att den inte längre är företagshemlig, får förbjudas att under viss tid utnyttja informationen. Ett sådant beslut ska även kunna meddelas interimistiskt, enligt artikel 11.3 b.

Utredningens bedömning är att ett interimistiskt vitesförbud, som avser information som inte längre är företagshemlig, inte är kan meddelas enligt 15 kap. 3 § RB. En bestämmelse bör därför införas i FHL som möjliggör ett interimistiskt tidsbegränsat vitesförbud. En företagshemlighet utgör ingen ensamrätt, utan bestämmelserna på området syftar främst till att skydda själva hemlighållandet. Har informationen blivit allmänt tillgänglig står det var och en fritt att använda den, enligt huvudregeln. Den föreslagna bestämmelsen om tidsbegränsat förbud är ett undantag. Ett tidsbegränsat vitesförbud torde få ses som en sanktion mot den som röjt företagshemligheten, inte som en typ av ensamrätt för sökanden. Eftersom informationen inte längre är hemlig, har den inte något värde såsom företagshemlighet. Bestämmelserna i 15 kap. 3 § RB, som förutsätter att motpartens agerande *hindrar eller försvårar utövningen av sökandens rätt eller väsentligt förringar dess värde*, kan därmed inte tillämpas. Eftersom ett tidsbegränsat förbud inte kan meddelas interimistiskt enligt

15 kap. RB behöver det alltså införas en ny bestämmelse som möjliggör detta.

Den nya bestämmelsen ska möjliggöra interimistiska tidsbegränsade beslut även innan talan har väckts, för att direktivets krav ska uppfyllas. Det är inte rimligt att det ställs krav på att ”vanliga” interimistiska vitesförbud kan meddelas enligt FHL endast om talan redan har väckts, medan tidsbegränsade förbud kan meddelas oavsett om talan väckts eller inte. Bestämmelserna ska således utformas utan krav på att talan väckts både beträffande ”vanliga” och tidsbegränsade vitesförbud.

Sammanfattningsvis föreslår alltså utredningen att ett interimistiskt vitesförbud ska kunna meddelas enligt bestämmelserna i FHL redan innan talan väckts. Vidare föreslås att det ska kunna meddelas ett interimistiskt tidsbegränsat vitesförbud för den som orsakat att en viss information inte längre är företagshemlig, och att ett sådant beslut ska kunna meddelas även innan talan väckts.

8.4.6 Säkerhet ska ställas som skydd för motpartens och för andra personers skada – artikel 11.4

Bedömning: De svenska bestämmelserna om ställande av säkerhet enligt 15 kap. RB uppfyller direktivets krav vad gäller säkerhet till skydd för motpartens skada.

Någon ny bestämmelse behöver inte införas som rör säkerhet till andra personer än motparten.

Säkerhet för motpartens skada

Medlemsstaterna ska se till att beslut om säkerhetsåtgärder får göras avhängigt att käranden ställer lämplig säkerhet eller motsvarande garanti avsedd att trygga ersättning för eventuell skada som åsamkas motparten, enligt artikel 11.4. Finns det andra personer som påverkas av åtgärderna, ska domstol kunna besluta att säkerhet även ska ställas till skydd för deras skada, i förekommande fall.

Det måste antas att det inte är obligatoriskt för medlemsländerna att låta ett beslut vara beroende av en ställd säkerhet, eftersom bestämmelsen i direktivet stadgar att säkerhetsåtgärder *får* göras avhängigt av att käranden ställer lämplig säkerhet. Direktivets reglering i artikel 11.4

innebär att det är tillåtet för medlemsstaterna att uppställa krav på att säkerhet ska ställas av sökanden. Direktivet bör, enligt utredningens uppfattning, inte tolkas så att bestämmelsen hindrar att medlemsstaterna i sin nationella lagstiftning preciserar när en åtgärd ska göras avhängig av att det ställs säkerhet. Direktivet kan inte heller anses hindra att vissa aktörer undantas från skyldigheten att ställa säkerhet.

I nuvarande FHL hänvisas till att reglerna 15 kap. 5–8 §§ RB ska tillämpas. Där finns bestämmelser i 6 § att sökanden måste ställa säkerhet till skydd för den skada som motparten kan drabbas av till följd av säkerhetsåtgärden. Vissa undantag från kravet på säkerhet finns i samma paragraf. Utredningens bedömning är att de svenska bestämmelserna om ställande av säkerhet uppfyller direktivets krav vad gäller säkerhet till skydd för motpartens skada.

Säkerhet för andra personers skada

I direktivet stadgas att interimistiska beslut i *förekommande fall* får göras avhängiga att säkerhet ställs även för andra personer som kan påverkas av åtgärderna. Som ovan konstaterats ska i dag som regel en sökande ställa säkerhet för den skada som kan tillfogas motparten till följd av ett interimistiskt beslut. Som konstateras nedan i avsnitt 8.4.7 har sökanden ett strikt skadeståndsansvar. Ersättningsskyldighet gäller alltså oberoende av vårdslöshet och omfattar all förlust – även ren förmögenhetsskada, inbegripet utebliven vinst – som har orsakats genom verkställigheten av ett interimistiskt förbud. För det fall motparten i sin tur kommer att bli ersättningsskyldig till en annan part, exempelvis sin avtalspart, kan den skadan som regel komma att betraktas som en icke ersättningsgill följdskada, se nedan avsnitt 8.4.7. Är det så att motpartens skadeståndsskyldighet till sin avtalspart har sådant adekvat orsakssamband med förbudet att sökanden kan bli skadeståndsskyldig även för denna skada, torde den skadan räknas som motpartens egen skada. Om skadan ska räknas som motpartens, ska således säkerhet även ställas för denna skada.

Eftersom det i direktivet står att säkerhet ska kunna krävas för andra personer i *förekommande fall*, måste det antas säkerhet för andra personers skada inte behöver vara mer omfattande än som ovan redogjorts för. Någon ny bestämmelse behöver inte införas på grund av artikel 11.5.

8.4.7 Ersättning till svaranden och till tredje man om beslutet upphävs eller förfaller – artikel 11.5

Bedömning: De nuvarande bestämmelserna om ersättning till svaranden om en säkerhetsåtgärd upphävs eller förfaller, uppfyller direktivets krav.

Någon ny bestämmelse behöver inte införas som rör tredje mans rätt till ersättning.

Ersättning till svaranden

Om ett interimistiskt beslut om förbud eller beslut om civilrättsligt beslag m.m. förfallit på grund av att sökanden inte väckt talan i rätt tid, ska domstol på svarandens begäran kunna ålägga sökanden att betala skälig ersättning för skada till följd av beslutet, enligt artikel 11.5. Detsamma gäller om det framkommer att det inte föreläggat något angrepp eller hot om angrepp på företagshemligheten. Även en skadelidande tredje part ska kunna på begäran få ersättning från käranden. Medlemsstaterna får föreskriva att begäran om ersättning ska handläggas i ett separat domstolsförfarande.

Enligt 3 kap. 22 § tredje stycket utsökningsbalken (UB) gäller att om en exekutionstitel upphävs efter verkställighet är sökanden skyldig att ersätta skada som motparten har lidit genom verkställigheten. Enligt ordalydelsen är denna bestämmelse begränsad till fall då exekutionstiteln upphävs, vilket torde hänga samman med att bestämmelsen i första hand är utformad för slutliga avgöranden.⁴⁸ Bestämmelsen anses dock vara tillämplig även i andra fall där en säkerhetsåtgärd har upphört på grund av en handling eller underlåtenhet från sökandens sida eller där det i efterhand kan konstateras att sökanden inte haft något berättigat anspråk.⁴⁹ Att sökanden kan åläggas att utge skadestånd i sådana fall framgår också indirekt av kravet på säkerhet i 15 kap. 6 § RB, som syftar till att säkerställa sådant skadestånd. Att bestämmelsen i 3 kap. 22 § tredje stycket UB utgör den rättsliga grunden för sökandens skadeståndsansvar har

⁴⁸ Fitger m.fl., kommentaren till 15 kap. 6 § RB, Zeteo 2016-12-20.

⁴⁹ Ibid.

också bekräftats av Högsta domstolen i dom den 7 februari 2017.⁵⁰ Målet rörde skadestånd på grund av ett upphävt interimistiskt förbud att använda ett varumärke. I domen fastslogs att sökanden har ett rent strikt skadeståndsansvar. Ersättningsskyldighet gäller alltså oberoende av vårdslöshet och omfattar all förlust – även ren förmögenhetsskada, inbegripet utebliven vinst – som har orsakats genom verkställigheten. I övrigt ska allmänna skadeståndsrättsliga principer tillämpas. Högsta domstolen påpekade också att det för skadeståndsansvar krävs att det är just det interimistiska förbudet som orsakat svaranden skada och att det föreligger kausalitet mellan förbudet och skadan. Skadeståndet ska enligt domen inte beräknas enligt varumärkeslagens bestämmelser. (Varumärkeslagens skadeståndsbestämmelser innebär att den som gör sig skyldig till varumärkesintrång ska betala skäligen ersättning för utnyttjandet av varumärket samt ersättning för ytterligare skada som intrånget medfört, även skador av annan än rent ekonomisk betydelse.) Skadeståndet ska i stället beräknas enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer, där allmänt skadestånd som regel inte utgår.

De nuvarande svenska bestämmelserna om skadestånd till svaranden bedöms uppfylla direktivets krav.

Ersättning för tredje mans skada

Direktivet kräver att även en skadeslidande tredje part ska kunna utkräva skadestånd till följd av interimistiskt beslut, enligt artikel 11.5. I skälen (21) anges att tredje parts intressen kan inbegripa konsumenters intressen. Det kan vara så att direktivet med tredje part syftar även på marknaden i stort.

Till skillnad från åtgärder i samband med slutligt avgörande (se artikel 12) finns det inte i artikel 10 någon bestämmelse som rör återkallande av intrångsgörande varor från marknaden. Återkallande av varor är annars sådant som skulle kunna beröra tredje man, se exemplet med grossisten i avsnittet nedan som rör artikel 12.1 c och 12.2. Det får antas att vad som avses kan vara svarandens avtalspart, exempelvis en näringsidkare som tillverkar varor för svarandens räkning. Den näringsidkaren riskerar då en förlust vid ett interimistiskt förbud.

⁵⁰ Högsta domstolens dom den 7 februari 2017 i mål nr T 230-15.

Möjligheter till skadestånd för tredje man

En allmän skadeståndsrättslig princip i Sverige som inte kommer till direkt uttryck i skadeståndslagen gäller s.k. tredjemansskada.⁵¹ Huvudregeln är att den som vållat person- eller sakskada inte är skyldig att ersätta den förmögenshetförlust som tredje man kan lida till följd av skadan. Tredjemansskador som enligt huvudregeln inte är ersättningsgilla kan vara exempelvis den skadades arbetsgivare, som lider skada genom att han inte kan få annan lämplig arbetskraft, eller en kund som fått löfte om att köpa saken av dess ägare. Undantag från principen om tredjemansskador förekommer när det har förelagat särskilda omständigheter. Exempelvis gäller att en efterlevande efter omkomna personer kan få ersättning för skada avseende sin psykiska hälsa. Om det finns ett relevant orsakssamband kan en tredje man få ersättning om denne skadats till person eller egendom.⁵²

Högsta domstolen har i ett fall uttalat att en nyttjanderättshavare – dvs. en tredje man – i vissa fall kan tillerkännas ersättning i ägarens ställe om föremålet för nyttjandet skadas.⁵³ Vid sakskada är det tredje mans relation till den skadade saken som är central, och som en förutsättning för ersättning gäller att tredje mannen måste ha konkreta och närliggande intressen knutna till saken. Fallet rörde en bostadsrättsinnehavare, som trots sin ställning som tredje man, tillerkändes ersättning för merkostnader när en entreprenör av vårdslöshet orsakat en bostadsrättsförening skada.⁵⁴ Entreprenören hade alltså primärt orsakat föreningen skada, inte bostadsrättsinnehavaren, genom att skada den fastighet föreningen ägde. Det faktum att en bostadsrättshavaren i många avseenden intar en ägarliknande ställning och har en stark anknytning till den skadade egendomen, innebar att det fanns förutsättningar för att tillerkänna bostadsrättsinnehavaren rätt till ersättning för ren förmögenhetsskada från entreprenören. Ersättningen utgick på utomobligatorisk grund.

I rättsfallet NJA 1988 s. 62 orsakade en skadad elkabel strömavbrott i en fabrik. Fabriken yrkade ersättning av den som var ansvarig för vållandet, dels för material som förstördes vid ström-

⁵¹ Bengtsson m.fl., kommentaren till 1 kap. 1 § skadeståndslagen, Zeteo 2016-05-12.

⁵² Ibid.

⁵³ NJA 2009 s. 16.

⁵⁴ Ibid.

avbrottet, dels ersättning för produktionsbortfall för viss tid. Högsta domstolen ansåg att den som var ansvarig för vållandet skulle ersätta fabriken för det förstörda materialet. Ersättning skulle dock inte utgå för produktionsbortfall, eftersom det ansågs vara en förmögensförlust, som är en följdskada och därigenom enligt huvudregeln inte ersättningsgill.

Tredjemansskador och följdskador ersätts således endast undantagsvis i svensk skadeståndsrätt. Direktivet kräver att det ska vara möjligt att tillerkänna en tredje man ersättning för skada som denne drabbats av genom ett interimistiskt beslut, som förfaller eller upphävs till följd av att sökanden inte haft ett berättigat anspråk. Det är i dag inte uteslutet i svensk skadeståndsrätt att tredje man kan få ersättning för sina skador. Avgörande torde vara hur starkt orsakssamband som finns mellan den skadegörande handlingen och tredjemansskadan. Utredningen anser att det orsakssamband som krävs mellan det interimistiska förbudet och tredje mans skada bör bedömas enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer. Skadestånd till tredje man bör alltså endast i vissa fall undantagsfall utdömas, när orsakssambandet är tillräckligt adekvat och förutsebart för sökanden. Finns ett tillräckligt stort orsakssamband, torde ansvaret följa principerna i Högsta domstolens dom den 7 februari 2017, dvs. att ansvaret är oberoende av vårdslöshet.

Någon särskild bestämmelse för att tredje man ska kunna kräva skadestånd behövs inte. Skadeståndstalan kan väckas enligt gängse rättegångsbestämmelser.

8.5 Förbud och korrigeringsåtgärder – artikel 12

8.5.1 Förbud, korrigeringsåtgärder, förstörelse eller överlämning – artikel 12.1 och 12.2

Förslag: Föremål eller handlingar som innefattar företagshemligheten ska kunna överlämnas till innehavaren, förstöras, återkallas från marknaden, ändras eller utsättas för annan åtgärd som är ägnad att förebygga missbruk. Detta gäller även vid försök eller förberedelse till angrepp.

Enligt artikel 12.1 i direktivet ska medlemsstaterna se till att de behöriga rättsliga myndigheterna (dvs. i Sverige allmän domstol), när de har fastställt att ett otillåtet anskaffande, utnyttjande eller röjande begåtts, på begäran av käranden får besluta att en eller flera av följande åtgärder ska vidtas mot intrångsgöraren:

- a) Föreläggande om upphörande med eller förbud mot utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten
- b) 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.
- c) Lämpliga korrigeringsåtgärder avseende de intrångsgörande varorna. Korrigeringsåtgärder ska enligt artikel 12.2 a–c kunna vara
 - Återkallande av de intrångsgörande varorna från marknaden.
 - Undanröjande av de intrångsgörande varornas intrångsgörande karaktär.
 - Förstöring av de intrångsgörande varorna eller, om så är lämpligt, tillbakadragande av dem från marknaden, under förutsättning att tillbakadragandet inte undergräver skyddet för den berörda företagshemligheten.
- d) Förstöring, helt eller delvis, av handlingar, föremål, material, ämnen eller elektroniska filer som innehåller eller utgör företagshemligheten eller, om så är lämpligt, överlämnande till käranden, helt eller delvis, av dessa handlingar, föremål, material, ämnen eller elektroniska filer.

I de svenska bestämmelserna om åtgärder vid angrepp på företagshemligheter anges att domstol kan förordna att den som angripit en företagshemlighet och har handlingar eller föremål som innefattar företagshemligheten i sin besittning, ska lämna över dessa till innehavaren, se 14 § första stycket nuvarande FHL. Överlämnandet kan i vissa fall ske mot lösen. För det fall handlingen/föremålet inte kan överlämnas får domstolen i stället förordna om att handlingen/föremålet ska förstöras, ändras eller utsättas för någon annan åtgärd som

är ägnad att förebygga missbruk. De svenska bestämmelserna måste sägas ligga nära de bestämmelser som finns i direktivet.

Punkten a och b – förbud att utnyttja mm

Punkten a i artikel 12.1 måste antas betyda att det ska vara möjligt för en domstol att besluta om förbud mot någon utnyttja och röja företagshemligheter, vilka förfaranden som anges som otillåtna i artikel 4.3 och 4.4 (se avsnitt 5.6.4 och 5.6.5). Punkten b måste antas syfta på de förfarandena som definieras som otillåtna i artikel 4.5 (se avsnitt 5.6.6).

De bestämmelser som utredningen har föreslagit i det föregående måste antas uppfylla direktivets krav vad gäller vitesförbud att anskaffa/utnyttja/röja företagshemligheter. Bestämmelsen om vitesförbud föreslås alltså innebära att den som har angripit en företags-hemlighet, på sätt som faller in under definitionen av angrepp, ska kunna förbjudas vid vite att begå ytterligare angrepp.

Det ska även vara möjligt att vid vite förbjuda någon som endast försökt eller förberett ett angrepp, att begå angrepp framöver, se ovan avsnitt 8.4.3. Där diskuteras att det enligt artikel 11.1 c ska kunna meddelas beslut om interimistiska förbud för otillåtet anskaffande, utnyttjande eller röjande som är *nära förestående*. Med nära förestående måste antas innebära försök och förberedelse till angrepp. Eftersom ett interimistiskt vitesförbud i svensk lag syftar till att säkerställa framtida verkställighet av en dom, kan det inte komma i fråga att införa möjligheter att interimistiskt förordna om något som inte kunde meddelas slutligt i en dom. Följaktligen ska det vara möjligt att meddela ”slutliga” vitesförbud även vid försök eller förberedelse till angrepp.

Punkten c samt artikel 12.2 – lämpliga korrigeringsåtgärder

Uttrycket ”lämpliga korrigeringsåtgärder” i artikel 12.1 c måste antas innebära att medlemsstaterna får ge domstolen ytterligare alternativ att välja mellan, än de som åtgärder anges i artikel 12.2 a–c. Listan torde alltså inte vara uttömmande. Även beträffande sådana åtgärder gäller dock att de inte får påverka det skadestånd som kan utgå till innehavare på grund av angreppet, såsom det stadgas i artikel 12.4, se nedan.

Återkallande från marknaden

Vad som avses med åtgärden *återkallande* (artikel 12.2 a) anges inte närmare i direktivet. Även detta begrepp återfinns i det civilrättsliga sanktionsdirektivet. I propositionen till de immaterialrättsliga bestämmelser som följde av det direktivet gavs följande exempel på återkallande från marknaden. Om en tillverkare av intrångsgörande varor har sålt dessa till en grossist, som ännu inte sålt varorna vidare, ska tillverkaren kunna åläggas att återkalla dem från grossisten.⁵⁵ I förarbetena konstaterades vidare att detta måste innebära att den som begått angreppet ska vidta rimliga åtgärder för att återkalla varorna. Intrångsgöraren kan ju inte tvinga den som innehar varorna att lämna tillbaka dessa till honom. En rimlig åtgärd skulle således exempelvis kunna vara att upplysa en grossist om att varor har konstaterats innefatta företagshemligheter och därför inte får säljas samt återbetala den ersättning som grossisten har erlagt för varorna. Utredningen instämmer i de anförda synpunkterna. Om grossisten i exemplet inte medverkar till åtgärden riskerar han eller hon att innehavaren av företagshemligheten väcker en separat talan, eftersom grossistens eventuella tidigare goda tro inte är ett hinder mot förbud och åtgärder. I dessa fall kan antas att ett beslut om återkallande från marknaden i praktiken ofta kommer att kompletteras med ett beslut om att egendomen ska förstöras eller att annan åtgärd ska vidtas med den när intrångsgöraren har återfått egendomen.

Återkallande av varor skulle kunna omfattas av 14 § andra stycket nuvarande FHL, där det anges att föremål som innefattar en företagshemlighet får utsättas för *annan åtgärd* som är ägnad att förebygga missbruk. Återkallande är dock inte detsamma som återlämna till innehavaren eller förstöra. Av pedagogiska skäl bör begreppet återkallande av varor införas i en bestämmelse som motsvarar nuvarande 14 §.

Direktivet bygger alltså på principen att beslut om åtgärder kan meddelas beträffande egendom som har överlåtits till tredje man. Alla åtgärder ska dock vara *skäliga*. En skälighetsbedömning borde normalt sett leda till slutsatsen att ett ingripande inte bör ske mot en

⁵⁵ Prop. 2008/09:67 s. 215.

slutkonsument, dvs. en privatperson, som har förvärvat intrångsgörande varor i god tro.⁵⁶

Undanröjande av varors intrångsgörande karaktär

Artikel 12.2 b anges att en lämplig korrigeringsåtgärd kan vara att de intrångsgörande varornas intrångsgörande karaktär undanröjs.

I 14 § nuvarande FHL anges att en handling eller ett föremål som innefattar en företagshemlighet kan ändras eller utsättas för annan åtgärd som är ägnad att förebygga missbruk. Bestämmelsen i 14 § nuvarande FHL är vid och torde redan i dag uppfylla direktivets krav. Någon ändring föreslås inte i den delen.

Förstöring av intrångsgörande varor

I artikel 12.2 c anges att en lämplig korrigeringsåtgärd kan vara att intrångsgörande varor förstörs. I 14 § nuvarande FHL anges att en handling eller ett föremål som innefattar en företagshemlighet får förstöras. Bestämmelsen torde redan i dag uppfylla direktivets krav. Någon ändring torde inte behöva göras i den delen.

Tillbakadragande från marknaden

I punkten c i artikel 12.2 nämns att även tillbakadragande från marknaden kan vara en lämplig korrigeringsåtgärd. I det civilrättsliga sanktionsdirektivet används inte begreppet *tillbakadragande* från marknaden, däremot *slutligt avlägsnande*. Begreppet slutligt avlägsnande från marknaden har hämtats ur TRIPS-avtalet artikel 46. I doktrinen har som exempel på avlägsnande från marknaden nämnts att egendom lämnas till innehavaren eller skänks till en välgörenhetsorganisation.⁵⁷ Just åtgärderna *överlämnas till innehavaren eller till en välgörenhetsorganisation* återfinns i artikel 12.3 som sådana åtgärder en domstol kan besluta om. Det får därför antas att begreppet *tillbakadragande* har samma innebörd i direktivet som *slutligt avlägsnande*.

⁵⁶ A. prop. 2008/09:67 s. 220.

⁵⁷ Gervais s. 585.

Den nuvarande bestämmelsen att domstol får besluta att handling eller föremål som angriparen har i sin besittning ska överlämnas till innehavaren kan därför antas uppfylla direktivets krav. Det är mera tvivelaktigt om bestämmelsen att överlämnande kan ske mot lösen är förenlig med direktivet. Skäl för lösen kan nämligen vara att föremålet som innefattar företagshemligheten har ett visst värde, exempelvis att det är en avancerad prototyp. Innehavaren skulle alltså ha en ekonomisk nytta av det arbete som intrångsgöraren lagt ned. Överlämnande mot lösen kan därmed inte sägas vara ett tillbakadragande på marknaden. En sådan åtgärd kan dock vara lämplig i vissa fall, om det är fråga om att innehavaren kan få en avsevärd fördel av att få tillgång till det föremål som innefattar företagshemligheten. Bestämmelsen om återlämnande mot lösen föreslås därför få stå kvar.

Punkten d – förstöring av föremål mm

Artikel 12.1 d föreskriver att en den som angripit en företagshemlighet kan åläggas att helt eller delvis förstöra en handling, ett föremål etc. som innehåller eller utgör företagshemligheten. Om så är lämpligt kan handlingen eller föremålet i stället överlämnas till kändan. Skillnaden mellan förstöring i denna bestämmelse jämfört med förstöring enligt artikel 12.2 c tycks endast vara att 12.1 d avser vilka handlingar eller föremål som helst som innefattar företagshemligheten, medan 12.2 c avser varor som kan omsättas på marknaden. Det är svårt att se att denna uppdelning ska få någon betydelse för utformningen av de svenska bestämmelserna.

Bestämmelsen i 14 § nuvarande FHL torde redan i dag uppfylla direktivets krav i denna del. Någon ändring torde inte behöva göras i den delen.

8.5.2 Överlämnande av intrångsgörande varor – artikel 12.3

<p>Bedömning: Någon bestämmelse till följd av artikel 12.3 bör inte införas.</p>

Medlemsstaterna får föreskriva att deras behöriga rättsliga myndigheter, när de beslutar att de intrångsgörande varorna ska dras tillbaka från marknaden, på begäran av innehavaren av företagshemligheten även får besluta att varorna ska överlämnas till innehavaren eller till välgörenhetsorganisationer, enligt artikel 12.3.

Bestämmelsen är inte tvingande och måste alltså inte införas av medlemsstaterna.

Av artikel 12.1 d framgår att domstol ska kunna besluta att handlingar och föremål som innehåller företagshemligheterna i fråga ska överlämnas till kändanden. I artikel 12.3 stadgas i stället att domstolen får ges möjligheten att besluta att intrångsgörande varor ska överlämnas till kändanden i samband med ett beslut om att intrångsgörande varor dras tillbaka från marknaden. Ett sådant beslut om tillbakadragande från marknaden ska kunna göras, enligt artikel 12.2 c.

Enligt 14 § nuvarande FHL kan domstolen besluta att föremål som innefattar en företagshemlighet ska överlämnas till innehavaren. Ett sådant överlämnande torde betyda att varor därmed anses tillbakadragna från marknaden. Skulle fallet vara sådant att innehavaren kan dra nytta av varorna och att varorna har ett ekonomiskt värde för honom eller henne, torde bestämmelsen om överlämnande mot lösen kunna aktualiseras. Om en domstol beslutar att intrångsgörande varor ska överlämnas till innehavaren, kan denne i sin tur själv välja att lämna varorna till välgörenhet. Det finns ingen anledning att en domstol i detta läge ska inskränka innehavarens förfoganderätt över varorna. Ett läge där ingen av parterna har någon rätt till egendomen, och att domstol av den anledningen beslutar att varorna ska gå till välgörande ändamål, framstår som främmande för svensk rätt. Eftersom bestämmelsen i artikel 12.3 inte måste införas av medlemsstaterna, föreslås att så inte heller görs.

8.5.3 Åtgärderna ska vidtas på intrångsgörarens bekostnad – artikel 12.4

Förslag: Det införs uttryckliga bestämmelser om att åtgärderna ska bekostas av svaranden, om det inte finns särskilda skäl mot detta.

Enligt direktivets artikel 12.4 ska de rättsliga myndigheterna förordna om att korrigeringsåtgärder, förstöring eller överlämning av föremål eller handlingar som innehåller företagshemligheten ska vidtas på intrångsgörarens bekostnad, om det inte finns särskilda skäl mot detta. Åtgärderna ska inte påverka eventuella skadestånd som innehavaren av företagshemligheten kan ha rätt till på grund av det olagliga anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten. Innehavaren ska således enligt huvudregeln hållas skadefri vid ett angrepp. Det måste antas att ett högt skadestånd som intrångsgöraren tvingas betala till den skadelidande parten inte ska vara ett skäl till att slippa vissa av kostnaderna.

Svensk rätt innehåller inte några uttryckliga bestämmelser om vem som ska stå kostnaden för denna typ av åtgärder. Av allmänna principer anses dock följa att kostnaden ska betalas av den som begått angreppet. För att det inte ska råda någon tvekan om att svensk rätt uppfyller direktivets krav i denna del, bör införas uttryckliga bestämmelser om detta.

Att korrigeringsåtgärderna inte får påverka det skadestånd som kan utgå till innehavaren gäller redan enligt svensk rätt. Det saknas därför skäl att införa uttryckliga bestämmelser om detta i lagtexten.

8.6 Tillämpningsvillkor, skyddsbestämmelser och alternativa åtgärder – artikel 13

8.6.1 Proportionalitetsbedömning – artikel 13.1

I artikel 13.1 föreskriver direktivet att domstolarna, när de behandlar en ansökan om de säkerhetsåtgärder som avses i artikel 12 och bedömer deras proportionalitet, är skyldiga att ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Dessa omständigheter är likalydande med dem som även finns uppräknade i artikel 11.2. För resonemang om proportionalitet hänvisas till avsitt 8.4.4 ovan, som behandlar den artikeln.

8.6.2 Tidsbegränsade förbud och upphävande av förbud – artikel 13.1 sista stycket och 13.2

Förslag: Den som röjt information så att den inte längre är företagshemlig, får förbjudas att under viss tid utnyttja informationen.

I sista stycket i artikel 13.1 finns en bestämmelse om fall då de behöriga rättsliga myndigheterna begränsar varaktigheten för de åtgärder som avses i artikel 12.1 a och b. Enligt bestämmelsen ska denna varaktighet vara tillräcklig för att undanröja eventuella kommersiella eller ekonomiska fördelar som intrångsgöraren kan ha vunnit genom det olagliga anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten. Bestämmelsen innebär alltså att domstolar får besluta om förbud att utnyttja av en företagshemlighet för en viss tid. Bestämmelsen tycks inte innebära att ett förbud måste kunna tidsbegränsas, men att det är tillåtet att medlemsstaterna har sådana tidsbestämmelser, så länge tidsgränsen är tillräckligt lång för att ge ett skydd för företagshemligheterna i fråga.

Domstolarna ska enligt artikel 13.2 kunna upphäva ett beslut om förbud på begäran av svaranden. Förutsättningen för ett upphävande är att den berörda informationen inte längre utgör en företagshemlighet av orsaker som inte kan tillskrivas svaranden. Om svaranden röjer företagshemligheten så att informationen inte längre uppfyller hemlighetskravet i definitionen av företagshemlighet, ska svaranden alltså fortfarande kunna förbjudas att använda sig av informationen. Förbudet ska då gälla mot svaranden som röjt informationen, men en utomstående person kan utnyttja informationen, eftersom den inte längre är företagshemlig. En motsvarande bestämmelse som gäller för säkerhetsåtgärder och interimistiska förbud finns i artikel 11.3 b.

Direktivets bestämmelser om att den som röjer en företagshemlighet kan förbjudas använda informationen utgör en skillnad gentemot nuvarande FHL.⁵⁸ Om informationen har röjts så att den inte längre är företagshemlig, går det inte med nuvarande regler att besluta om förbud för den som röjt företagshemligheten eller låta ett tidigare meddelat förbud bestå. Den sanktion som kan användas mot

⁵⁸ Fahlbeck, EU & arbetsrätt 3–4, 2016.

den som röjt en företagshemlighet enligt nuvarande FHL är skadestånd. Det krävs därför att de svenska bestämmelserna ändras. Här ska beaktas att skyddet för en företagshemlighet inte utgör någon ensamrätt till information, utan ett skydd mot avslöjande av värdefull information.

I detta avseende kan beaktas den så kallade språngbrädeprincipen (the Springboard Doctrine), som förekommer i engelsk rätt och har kommenterats i svensk litteratur.⁵⁹ Språngbrädeprincipen tar sin utgångspunkt i avtalsrättsliga principer, medan ett angrepp på en företagshemlighet ofta både kan ske inom som utom ett avtalsförhållande. En jämförelse med direktivets bestämmelser och språngbrädeteorin kan ändå vara på sin plats. I korthet behandlar språngbrädeprincipen följande situationer. Enligt ett licensavtal får en licenstagare tillgång till viss information, mot betalning under viss period. Även om informationen offentliggörs av tredje man, är licenstagaren tvungen att betala licensavgifterna enligt avtalet till dess försprånget på marknaden till följd av licensen klingat av. Licenstagaren måste alltså betala för att använda informationen för en tid som ska relateras till hur lång tid det hade tagit att själv ta fram och utveckla informationen. Svårigheten med språngbrädeprincipen är att det givetvis ofta är svårt att fastställa hur lång tid det hade tagit den som röjt informationen att själv utveckla densamma. Principen bygger också på dispositiva avtalsrättsliga förhållanden där något avtalsbrott i egentlig mening inte har begåtts.⁶⁰

De situationer som artikel 13.1 sista stycket och 13.2 avser är att den som röjt information, själv ska kunna förbjudas att använda den under en period. Ett sådant förbud kan antas få viss betydelse när ett skadestånd inte kan täcka de skador som orsakats. Förbudet skulle kunna jämföras med ett straff för ett oacceptabelt beteende. Ett förbud för en enda aktör kan i praktiken vara till föga tröst för innehavaren, om andra konkurrenter ändå har rätt att använda informationen. Men just den som röjt företagshemligheten hindras från att dra fördel av sitt ur konkurrenssynpunkt oacceptabla beteende.

Under hur lång tid ett förbud skulle kunna gälla måste vara beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, och då främst egenskaperna hos den tidigare företagshemligheten. Vissa företags-

⁵⁹ Bengt Domeij, Festskrift till Marianne Levin, 2008, s. 238 ff.

⁶⁰ För utförligare resonemang, se *ibid*.

hemligheter kan det ta årtal att utveckla och ha en kort livslängd, medan andra kan utvecklas snabbt men ändå ha ett värde under flera år. Tiden bör dock vara tillräckligt lång för att undanröja eventuella kommersiella eller ekonomiska fördelar den som utfört angreppet annars skulle ha haft. Med andra ord, den som obehörigen gjort en företagshemlighet allmänt känd ska inte kunna tillskansa sig en otillbörlig fördel i konkurrenshänseende. Den lämpligaste lösningen på hur en lagregel ska kunna utformas kan då vara att utnyttjandet får förbjudas under *viss tid* och att den närmare bedömningen överlämnas till rättstillämpningen. Eftersom förbudet innefattar en avvikelse från principen att en företagshemlighet endast kan få skydd så länge informationen är hemlig bör det även anges i lagen att förbud får meddelas efter vad som är skäligt.

8.6.3 Utnyttjande och röjande som skett i god tro – artikel 13.3

Förslag: En person som har handlat i god tro ska kunna tillåtas fortsätta utnyttja en företagshemlighet mot en skälig ersättning.

Enligt artikel 13.3 i direktivet ska medlemsstaterna införa bestämmelser som innebär att domstol, på begäran av den som kan drabbas av ett vitesförbud eller ett beslut om att egendom exempelvis ska förstöras, får besluta att ekonomisk ersättning i stället ska utgå till den skadelidande parten. För att ett sådant beslut ska kunna meddelas krävs att personen i fråga varken har handlat uppsåtligt eller oaktsamt, att personen tagit emot företagshemligheten från någon annan som angripit företagshemligheten, att ett verkställande av åtgärderna skulle orsaka denne oproportionerligt stor skada samt att ekonomisk ersättning till den skadelidande parten framstår som rimlig. Bestämmelsen i direktivet innebär alltså motsatsvis att även en godtroende person som använt sig av företagshemligheter på ett otillåtet sätt kan drabbas av rättsverkningar, såsom förbud eller korrigeringsåtgärder enligt artikel 12.

Det finns situationer när det skulle vara oskäligt att inte låta innehavaren av ett föremål som innefattar en angripen företagshemlighet få fortsätta att förfoga över föremålet. En godtroende person kan i dessa fall i stället för att drabbas av åtgärder eller förbud behöva

betala viss ersättning till den som är den rättmätiga innehavaren till företagshemligheten, enligt artikel 13.3. Enligt skäl (29) i direktivets ingress bör denna typ av beslut inte meddelas om ett utnyttjande av företagshemligheten skulle strida mot annan lagstiftning eller kan förmodas orsaka konsumenter skada. Domstolen ska med andra ord göra en proportionalitetsbedömning. Det är självklart inte möjligt att meddela ett förbud mot den som inte kan klandras för att informationen blivit allmän egendom, se skäl (27).

Ett fortsatt utnyttjande av en företagshemlighet mot ersättning till innehavaren innebär en nyhet i förhållande till FHL.

Det kan här nämnas att liknande bestämmelser finns i URL. Enligt 54 § URL ska den som utnyttjar ett upphovsrättsligt skyddat verk i strid mot lagen betala skälig ersättning för utnyttjandet till upphovsmannen (eller dennes rättsinnehavare). Därtill får domstolen enligt 56 § URL besluta att om det med hänsyn till det konstnärliga eller ekonomiska värdet hos ett exemplar av ett verk eller övriga omständigheter är skäligt, på yrkande av den som har handlat i god tro, meddela tillstånd att exemplaret mot särskild ersättning till upphovsmannen görs tillgängligt för allmänheten eller används för annat avsett ändamål. URL ger alltså möjlighet för en godtroende person att fortsätta att utnyttja det som är upphovsrättsligt skyddat, om personen betalar ersättning till den som innehar upphovsrätten. En bestämmelse med liknande princip finns i 59 § tredje stycket patentlagen. Om det finns synnerliga skäl, kan en person som har handlat i god tro enligt den bestämmelsen tillåtas fortsätta förfoga över en egendom som innebär ett patentintrång, mot en skälig ersättning.

En bestämmelse med liknande princip – fast för företagshemligheter – behöver alltså införas i svensk rätt.

8.7 Vitessanktioner – artikel 16

Bedömning: Någon lagändring behövs inte till följd av artikel 16.

Direktivet föreskriver i artikel 16 att domstolarna ska få ålägga sanktioner för personer som inte rättar sig efter beslut om åtgärder enligt artiklarna 9, 10 eller 12. Artikel 9 behandlas inte här, utan i avsnitt 10. Sanktionerna måste i vart fall kunna utgöras av vite,

beträffande åtgärder som beslutats enligt 10 och 12 artiklarna. Vilka övriga sanktioner som skulle kunna beslutas anges inte i direktivet. Artikel 16 måste antas innebära att det inte är nödvändigt att domstol beslutar om vitessanktioner i varje beslut om förbud eller andra åtgärder, men att möjligheten för domstolen att fatta ett vitesbeslut måste finnas. Vitessanktioner får enligt artikel 16 åläggas den som underlåter eller vägrar efterleva ett domstolsbeslut. Direktivet föreskriver alltså inte att medlemsstaterna ska införa bestämmelser om böter eller avgifter för redan inträffade angrepp. Bestämmelsen i artikel 16 innebär i stället en möjlighet till påtryckningsmedel för att svaranden framöver ska följa domstolsbeslut.

Förbud att utnyttja eller röja en företagshemlighet får redan i dag förenas med vite enligt 11 § nuvarande FHL. De ändringar som utredningen föreslår innebär inte att denna möjlighet tas bort. Enligt utredningens förslag ska det även vara möjligt för domstol att meddela vitesförbud vid försök och förberedelse till angrepp.

Förelägganden om säkerhetsåtgärder som meddelas med stöd av 15 kap. 3 § får förenas med vite. Av allmänna principer följer att den typ av föreläggande som innebär att svaranden måste prestera något kan förenas med vite.⁶¹ Beslut om exempelvis överlämnande enligt 14 § nuvarande FHL skulle alltså kunna vara förenat med vite.

Vite får emellertid inte föreläggas om adressaten kan antas sakna faktisk eller rättslig möjlighet att följa föreläggandet (2 § lagen om viten). Så kan vara fallet om personen i fråga inte har det som kändan vill ha utlämnat i sin besittning. Denna begränsning är av särskild betydelse när det gäller ett föreläggande om att återkalla egendom, eftersom angriparen inte kan tvinga innehavaren av egendomen att återlämna den. Domstolens beslut är ju inte bindande för tredje man.⁶²

Viteslagens regler måste anses uppfylla direktivets krav. Någon ändring till följd av artikel 16 föreslås därför inte.

⁶¹ Fitger m.fl., inledande kommentar till 13 kap. RB, Zeteo 2016-12-20, och Rune Lavin, kommentaren till 1 § viteslagen, Zeteo 2015-09-21.

⁶² Fitger m.fl., kommentaren till 17 kap. 11 § RB, Zeteo 2016-12-20.

9 Offentliggörande av domstolsavgöranden – artikel 15

9.1 En ny bestämmelse om informationsspridning av dom behövs

Artikel 15 i EU-direktivet stadgar att medlemsstaterna ska se till att de rättsliga myndigheterna får, efter ansökan av käranden, besluta om lämpliga åtgärder för att informera om ett avgörande (eller delar av ett avgörande) i ett mål om angrepp på en företagshemlighet. En förutsättning är att företagshemligheten inte röjs i samband med åtgärderna för offentliggörandet. Åtgärderna ska ske på intrångsgörarens bekostnad. De rättsliga myndigheterna ska göra en proportionalitetsbedömning inför beslutet. De ska även beakta huruvida informationsspridning om intrångsgöraren kan skada en fysisk persons personliga integritet och anseende.

Eftersom någon motsvarande bestämmelse inte finns i FHL, måste den svenska lagen kompletteras.

9.2 Bestämmelse om informationsspridning efter samma principer som i immaterialrättslig lagstiftning

Förslag: En domstol ska kunna besluta att den som har begått eller medverkat till ett angrepp på företagshemligheter ska bekosta lämpliga åtgärder för att sprida information om domen. Detta gäller också i fråga om försök eller förberedelse till angrepp.

I Sverige är en dom i princip offentlig i dess helhet, se 43 kap. 8 § OSL. Vem som helst kan därför sprida information om innehållet i en dom, så länge detta sker på ett sätt som är förenligt med bl.a. marknadsföringslagen (2008:486) eller personuppgiftslagen (1998:204). Angående bestämmelser om undantag från domars offentlighet beträffande företagshemligheter, se kapitel 10.

Enligt direktivets artikel 15 ska medlemsstaterna se till att de rättsliga myndigheterna i mål om angrepp på företagshemligheter, på begäran av sökanden och på intrångsgörarens bekostnad, får besluta om lämpliga åtgärder för att sprida information om avgörandet, innefattande att avgörandet ska offentliggöras helt eller delvis. Med rättsliga myndigheter avses i Sverige allmän domstol. Eftersom domstolen förväntas ha tagit ställning till vem som är intrångsgörare och bestämmelsen talar om ”avgörandet” kan bestämmelsen endast anses gälla avgöranden där frågan om angrepp på företagshemligheter har avgjorts genom dom. Av direktivets ingress skäl (31) framgår också att syftet med åtgärderna är att avskräcka personer från att begå framtida angrepp och att öka medvetenheten hos allmänheten. Även detta talar för att direktivet syftar på slutliga avgöranden.

Medlemsstaterna har utrymme att själva avgöra vilka lämpliga åtgärder domstolen ska kunna besluta om för att sprida information om domen i målet, dock att åtgärderna åtminstone ska innefatta att avgörandet (eller delar av det) ska offentliggöras. Uttrycket *offentliggöras* i den svenska lydelsen av direktivet, motsvaras i den engelska lydelsen av ordet *publishing*. Detta tyder på att ordet offentliggöras i första hand avser *publicering*.¹ I skäl (31) anges att framträdande annonser kan vara ett lämpligt sätt att offentliggöra en dom.

Av direktivet framgår inte hur bestämmelsen ska vara uppbyggd eller hur den beslutade åtgärden ska genomföras. Den frågan har överlämnats till medlemsstaterna. En bestämmelse som liknar artikel 15 finns i det civilrättsliga sanktionsdirektivet². Bestämmelsen har införts i de svenska lagarna om immaterialrätter, bl.a. genom 57 h § patentlagen och 53 h § URL. Dessa bestämmelser innebär att den som drabbats av ett immaterialrättsligt intrång kan yrka att domstolen ålägger intrångsgöraren (eller en medverkare) att bekosta

¹ Se diskussion i prop. 2008/09:67 s. 238.

² Artikel 15 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

upplysningar till allmänheten om domen. Även försök eller förberedelse till intrång kan leda till sådant åläggande. I förarbetena till dessa lagar framhölls fördelen med att ge bestämmelserna en generell utformning.³ Det konstaterades även att uttrycket lämpliga åtgärder gav domstolarna möjlighet att anpassa åtgärderna efter omständigheterna i det enskilda fallet, självfallet med de begränsningar som det aktuella yrkandet i målet ger. I förarbetena ansågs även att bestämmelserna i 5 kap. 6 § skadeståndslagen och 6 § lagen om namn och bild i reklam kunde vare en förebild för utformningen.⁴ Principerna bakom dessa bestämmelser bygger på att svaranden kan åläggas att *bekosta* lämpliga åtgärder för att sprida information om domen, men inte åläggas att vidta någon annan åtgärd. Inte heller kan bestämmelserna innebära någon skyldighet för tredje man att medverka till åtgärden. I förarbetena gavs som exempel på en domstols beslut om åtgärder som skulle kunna vara lämpliga, att intrångsgöraren åläggas att bekosta tryckning av hela eller delar av domen i en eller flera tidningar. Andra exempel som angavs var att den som begått angreppet ska stå kostnaden för att domen kopieras och sänds till en viss bestämd krets eller anslås på ett eller flera ställen.⁵

Det måste antas att domstolen även enligt artikel 15 i det nu aktuella EU-direktivet ska bedöma vad som är lämpliga åtgärder efter att ha beaktat omständigheterna i det enskilda fallet. Regeln innebär inte att en domstol måste besluta om offentliggörande, utan att den *får* fatta sådant beslut efter en ansökan. Huruvida domen ska offentliggöras eller inte måste antas ligga inom den lämplighetsbedömning som domstolen ska göra.

Varken i det nu aktuella EU-direktivet eller i det civilrättsliga sanktionsdirektivet uppges hur delaktig en person måste vara för att betraktas som intrångsgörare. När det civilrättsliga sanktionsdirektivet infördes uttrycktes i förarbetena att de svenska lagreglerna bör utformas så att även en medverkande kan åläggas att bekosta åtgärder för att sprida information om domen. Samtidigt konstaterades att även om en bestämmelse om medverkare i detta avseende skulle vara en avvikelse från direktivets reglering, så är den till fördel för rättighetshavaren och därmed tillåten.⁶ Möjligheten att ålägga en

³ A. prop. s. 241.

⁴ A. prop. s. 239 f.

⁵ A. prop. s. 270.

⁶ A. prop. s. 240.

intrångsgörare att bekosta vissa åtgärder för att sprida information om domen inskränker inte på något sätt en innehavares möjligheter att själv sprida information om domen på egen bekostnad.⁷

Bestämmelserna om offentliggörande av domstolsavgöranden, som finns i de immaterialrättsliga lagarna, framstår som väl avvägda. Bestämmelserna infördes med anledning av det civilrättsliga sanktionsdirektivet och måste antas på motsvarande sätt uppfylla kravet i nu aktuellt direktiv om skydd för företagshemligheter. Den nya bestämmelse som behöver införas i FHL bör därmed utformas med de regler som redan finns i de svenska immaterialrättsliga lagarna som förebild. Enhetliga regler torde även underlätta domstolarnas tillämpning.

Försök och förberedelse till angrepp på företagshemligheter kan leda till vissa sanktioner (se avsnitt 8.4.3). Följaktligen bör domstolen kunna besluta om informationsspridning av dom även beträffande konstaterade försök och förberedelser till angrepp.

Bestämmelsen ska kunna åberopas även av målsäganden i brottmål. Målsäganden ska alltså på samma sätt som käranden i ett tvistemål således kunna yrka att domstolen fattar beslut om informations-spridning.

9.3 Proportionalitet – artikel 15.3

Förslag: Domstolen ska få besluta om informationsspridning av dom endast om det är skäligt. Vid skälighetsbedömningen ska domstolen beakta vad informationsspridningen kan medföra för en enskild persons integritet och anseende.

När en domstol beslutar om en åtgärd om offentliggörande av ett domstolsavgörande ska den göra en proportionalitetsbedömning, enligt artikel 15.3. Vid denna proportionalitetsbedömning ska – när så är lämpligt – beaktas företagshemlighetens värde, intrångsgörarens beteende vid angreppet, effekterna av angreppet samt sannolikheten för ytterligare angrepp från intrångsgörarens sida. Därtill ska domstolarna enligt andra stycket i bestämmelsen beakta huruvida infor-

⁷ Se prop. 2008/09:67 s. 270.

mationen om intrångsgöraren skulle göra det möjligt att identifiera en fysisk person och, i sådana fall, om det är motiverat att offentliggöra den informationen, i synnerhet mot bakgrund av den möjliga skada som åtgärden kan medföra för intrångsgörarens personliga integritet och anseende. Kort sagt så ska nyttan med åtgärden uppväga den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den.

I det civilrättsliga sanktionsdirektivet finns inte någon bestämmelse som motsvarar artikel 15.3. I förarbetena till de lagändringar som följde av sanktionsdirektivet framfördes dock att det i domstolens bedömning av vad som i det enskilda fallet är lämpliga åtgärder, ligger att åtgärderna måste vara rimliga i förhållande till vad målet rör.⁸ Artikel 15.3 är dock en sådan bestämmelse som enligt första artikeln i direktivet inte får frångås. Det är osäkert om det är tillräckligt att ange att åtgärderna ska vara lämpliga för att de svenska bestämmelserna ska anses leva upp till direktivets krav. Det bör således föras in en bestämmelse som tydliggör att domstolen måste göra en avvägning mellan olika motstående intressen. De omständigheter som enligt artikel 15.3 ska beaktas vid proportionalitetsbedömningen är främst sådana som har med själva angreppet att göra (företagshemlighetens värde, effekten av angreppet samt beteendet hos den som begått angreppet och sannolikheten för att denne ska begå ytterligare angrepp). Det får därmed antas att ett beslut om publicering av dom ska användas som ytterligare en sanktion mot någon som angripit företagshemligheter. Det anges även i bestämmelsen att de uppräknade omständigheterna ska beaktas *när så är lämpligt*. Därmed måste det antas att det inte är nödvändigt för domstolen att vid varje fall beakta just de uppräknade omständigheterna. Snarare torde bestämmelsen innebära att domstolen ska göra en skälighetsbedömning efter omständigheterna i det enskilda fallet. Det måste även antas att bestämmelsen inte är uttömmande, utan att domstolen även kan beakta andra omständigheter vid bedömningen.

Utredningen föreslår att det i lagtexten förs in en bestämmelse att domstolen får ålägga någon att bekosta informationsspridning om domen *om det är skäligt*. En skälighetsbedömning ska innefatta de omständigheter som omnämns i direktivet. Är det fråga om en mycket värdefull företagshemlighet och angreppet inneburit stor

⁸ Prop. 2008/09:67 s. 241.

skada för innehavaren, föreligger typiskt sett starkare skäl än annars för ett beslut om att bekosta informationsspridning av domen. Detsamma gäller om angreppet har varit särskilt svekfullt. Därtill ska det vara lämpligt med ett beslut om informationsspridning.

I skälighetsbedömningen bör även beaktas de kostnader som beslutet medför för svaranden. Kostnaderna för att publicera information i exempelvis en rikstäckande tidning kan inte sällan förväntas bli så höga att en privatperson inte kan bära dem utan svårighet. Det torde därför endast i undantagsfall vara lämpligt att ålägga en privatperson att bekosta sådan informationsspridning om domen. Är svaranden i stället ett större företag, kan en publiceringskostnad vara mer överkomlig.

En fysisk persons personliga integritet och anseende ska beaktas av domstolen innan den fattar beslut om informationsspridning av domen, enligt 15.3 andra stycket i direktivet. Bestämmelsen måste antas innebära att domstolen i varje enskilt fall ska beakta huruvida informationsspridningen gör det möjligt att identifiera en enskild person, och i sådana fall beaktar om dennes personliga integritet och anseende kan skadas. Det bör därför särskilt anges i den svenska lagtexten att domstolen vid skälighetsbedömningen ska beakta en enskild persons integritet och anseende. Vid skälighetsbedömningen bör domstolen exempelvis beakta vad informationsspridningen kan få för konsekvenser för arbetstagare som söker ny anställning. En publicering av innehållet i en dom är olämplig om informationsspridningen innebär hinder för en arbetstagares möjligheter till senare anställning. Personuppgiftslagens bestämmelser kan betyda att personuppgifter behöver anonymiseras vid publicering av domar. Vid publicering av en dom torde det dock mycket sällan finnas skäl att namnge inrådgöraren om denne är privatperson.⁹ Domstolen ska utifrån kändens yrkanden avgöra vilka åtgärder för offentliggörandet som är lämpliga. Det åligger domstolen att beakta personuppgiftslagens bestämmelser, när den bestämmer vad som är lämplig informationsspridning. Personuppgiftslagen är tillämplig vid spridning av personuppgifter och någon särskild bestämmelse om att just den lagen ska tillämpas torde inte behövas i sammanhanget.

⁹ Se a. prop. s. 242

9.4 Någon särskild bestämmelse som rör den som väcker talan mot bättre vetande, bör inte införas.

Bestämmelsen i artikel 15 kan även användas som en sanktion mot käranden, om denne har inlett ett domstolsförfarande mot bättre vetande, se artikel 7.2. Denna bestämmelse måste inte införas av medlemsländerna, så länge inte ett avstående från att införa bestämmelsen ger ett sämre skydd för företagshemligheter än vad direktivet föreskriver, se artikel 1.

Utredningen har i avsnitt 6.2.4, som rör artikel 7.1 c och 7.2, kommit fram till att det redan finns svenska bestämmelser som är tillräckliga för att förhindra att domstolsförfaranden missbrukas. Det har inte framkommit tillräckliga skäl för att införa bestämmelser om ytterligare sanktioner mot den som väcker talan mot bättre vetande. Bestämmelsen om informationsspridning av domstolsavgöranden bör därför endast omfatta svaranden, i de fall där ett angrepp på en företagshemlighet har konstaterats, liksom vid försök eller förberedelse till angrepp.

10 Skydd för företagshemligheter under och efter domstolsförfaranden – artikel 9

10.1 Inledning

Som framhålls i skälen till EU-direktivet avskräcker ofta risken för att en företagshemlighets konfidentialitet¹ går förlorad under ett domstolsförfarande legitima innehavare av företagshemligheter från att väcka talan för att skydda sina företagshemligheter, vilket äventyrar de materiella skyddsreglernas genomslag.² Möjligheten att bevara företagshemligheters konfidentialitet genom en domstolsprocess och även efter domstolsförfarandets slut är överhuvudtaget av grundläggande betydelse för ett effektivt rättsskydd för företagshemligheter. EU-direktivet fastställer därför, med förbehåll för lämpliga skyddsåtgärder som säkerställer rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol, specifika krav som syftar till att skydda konfidentialiteten för den omtvistade företagshemligheten under det domstolsförfarande som inletts för att skydda denna, samt till att låta detta skydd fortsätta att gälla efter domstolsförfarandets

¹ Angående detta begrepp, se avsnitt 4 not 12.

² Skäl (24) i EU-direktivet. För en detaljerad redogörelse angående frågan om skyddet för företagshemligheter i samband med domstolsprocess i ett europeiskt perspektiv, se t.ex. *Commission Staff Working Document Impact Assessment SWD (2013) 471 Final*, 2013-11-28, Annex 15, s. 216-225 och Baker & McKenzie (2013), *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market (MARKT/2011/128/D)*, s. 34 ff. och Appendix 1. Frågor kring oförutsebarhet och osäkerhet rörande skyddet för företagshemligheter i samband med rättegång vid allmän domstol har uppmärksammats särskilt av Henrik Thyselius, *Företagshemligheter i allmän domstol*, Ny Juridik 2:05. Se även Fahlbeck s. 272 och där gjorda hänvisningar. Se även (ur ett amerikanskt perspektiv) t.ex. *How to Keep Trade Secrets "Secret" During Litigation*, Baker Botts, <http://www.bakerbotts.com/-/ideas/publications/2000/12/how-to-keep-trade-secrets-secret-during-litigation>

slut och så länge som den information som utgör företagshemligheten inte är röjd.

10.2 Allmänt om gällande rätt

10.2.1 Sekretess under och efter rättegång

Huvudregel om offentlighet vid domstol

Hos domstolarna gäller som regel offentlighet, dvs. alla uppgifter som är tillgängliga i domstolen är också tillgängliga för allmänheten. Offentlighetsprincipen har sagts vara en spegelbild av den grundlagskyddade informationsfriheten i 2 kap. 1 § regeringsformen (RF), innebärande rätt för varje medborgare att inhämta och motta upplysningar samt att i övrigt ta del av andras yttranden.³ Offentlighetsprincipen vid domstol får begränsas endast genom lag (2 kap. 20 § RF). Varje instans i domstolshierarkin prövar frågor om begränsning av offentligheten (sekretess) där. Högre instans är inte bunden av beslut i lägre instans. Avtal mellan parterna om sekretess under och efter rättegång vid domstol saknar verkan gentemot domstolen (och andra än avtalsparterna, t.ex. vittnen). Offentligheten i domstolarna har två former: handlingsoffentlighet och förhandlingsoffentlighet.

Närmare regler om handlingsoffentligheten finns i tryckfrihetsförordningen (TF). De går i korthet ut på att vem som helst har rätt att ta del av handlingar som finns hos domstolarna. Handlingsoffentligheten begränsas av reglerna i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, som föreskriver sekretess för vissa typer av uppgifter. Sekretessen innebär att uppgifterna inte får röjas för enskilda och i princip inte heller för andra myndigheter (3 kap. 1 §, 8 kap. 1 § OSL). En handling som innehåller sekretessbelagda uppgifter får således inte lämnas ut. De sekretessbelagda uppgifterna får heller inte röjas på något annat sätt; den som är skyldig att iakttä sekretess har tystnadsplikt. Till förbudet att röja uppgifter är enligt 7 kap. 1 § OSL kopplat ett förbud mot att på något annat sätt utnyttja uppgifterna utanför den verksamhet där de är sekretessbelagda. Med detta menas bl.a. att den som är bunden av en sekretessregel inte får använda de sekretessbelagda uppgifterna för egen

³ SOU 1995:65 s. 179. Se vidare avsnitt 3.4.2.

ekonomisk vinning även om han eller hon kan göra detta utan att röja uppgifterna.⁴

Förhandlingsoffentligheten vid domstolarna är grundlagsskyddad enligt 2 kap. 11 § RF (upprepad i 5 kap. 1 § första stycket rättegångsbalken [RB]) och har även stöd av artikel 6 angående rätten till en rättvis rättegång i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europa-konventionen), vilken enligt lag (SFS 1994:1219) gäller som svensk rätt. Även förhandlingsoffentligheten begränsas av OSL. Förekomsten av sekretessbelagda uppgifter vid en förhandling kan bl.a. föranleda att förhandlingen hålls inom stängda dörrar (5 kap. 1 § andra stycket RB, se nedan).

I Arbetsdomstolen och i patent- och marknadsdomstolarna gäller samma regler om förhandlingsoffentlighet som i de allmänna domstolarna.⁵ I stort sett samma regler gäller även i de allmänna förvaltningsdomstolarna (16 § förvaltningsprocesslagen, FPL).

Meddelarfrihet

Innebörden av meddelarfrihet har berörts under avsnitt 3.4. Meddelarfriheten gäller, som huvudregel, även för anställd vid domstol eller vid annan myndighet som lämnar sekretessbelagd uppgift som han eller hon har fått del av i sitt arbete. Ett undantag från meddelarfriheten avser uppsåtligt åsidosättande av tystnadsplikt i de fall som anges i OSL (7 kap. 3 § första stycket 3 TF och 5 kap. 3 § första stycket 3 YGL). Bestämmelser om i vilken mån tystnadsplikt som följer av sekretessbestämmelserna i avd. IV–VI OSL (15–43 kap.) eller av förbehåll som uppställts med stöd av dessa bestämmelser begränsar meddelarfriheten har tagits in sist i varje kapitel i dessa avdelningar. Beträffande tystnadsplikter som följer av annan författning än OSL finns motsvarande bestämmelser i avd. VII (kap. 44). Vad avser företagshemligheter kan meddelarfriheten begränsas genom förbehåll eller s.k. yppandeförbud, se nedan. I detta sammanhang är också viktigt att komma ihåg att regleringen om meddelar-

⁴ Se Sigvard Holstad, *Sekretess i allmän verksamhet: en introduktion till de grundläggande reglerna*, 5 uppl., 2013, s. 20.

⁵ 5 kap. 3 § lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister respektive 3 kap. 1 och 2 §§ lagen (2016:18) om patent- och marknadsdomstolar.

frihet inte har någon betydelse för frågan om det är straffbart att lämna ut en hemlig handling till pressen. Det är enligt TF alltid straffbart att uppsåtligen lämna ut en hemlig handling för publicering. Någon meddelarfrihet finns alltså inte i sådant fall.⁶

Partsinsyn

De svenska huvudreglerna om såväl handlings- som förhandlingsoffentlighet gentemot allmänheten befinner sig i ett internationellt perspektiv bland de mest generösa ur offentlighetssynpunkt. Principen att en part i ett mål eller ärende har en rätt att ta del av materialet i målet eller ärendet är däremot uttryck för en grundläggande och vitt internationellt erkänd rättssäkerhetsprincip. Således har den bl.a. stöd i rätten till en rättvis rättegång enligt artikel 6 i Europakonventionen, särskilt i form av rätten till ett kontradiktoriskt förfarande (adversarial procedure) och principen om parternas likställdhet (equality of arms), vilka bl.a. innebär att en domstol inte får grunda sitt avgörande på annat material än sådant som båda parter haft tillfälle att yttra sig över.⁷

Rätten till partsinsyn enligt artikel 6 i Europakonventionen är dock inte absolut. Motstående intressen som kan behöva beaktas är bl.a. rikets säkerhet, risk för hämndaktioner mot vittnen, skydd för andra individers grundläggande rättigheter eller skydd för polisiära utredningsmetoder.⁸

I svensk rätt har principen om parts rätt till insyn i processmaterialet vid allmän domstol ansetts så självklar att den bortsett från Europakonventionens regler inte generellt fastslagits i lag. Av RB:s bestämmelser följer dock – direkt eller indirekt – bl.a. att en part alltid har rätt att ta del av alla omständigheter som domstolen grundar sitt avgörande på.⁹

Insynsrätten för en misstänkt i brottmål inträder i och med att han eller hon i samband med förhör underrättas enligt 23 kap. 18 § första stycket RB om skäligen misstanke om brott. Från denna

⁶ Jfr Holstad s. 113.

⁷ Se t.ex. SOU 2010:14, s. 84 ff.

⁸ Se t.ex. domar den 26 mars 1996 i målet Doorson mot Nederländerna och den 23 april 1997 i målet Van Mechelen m.fl. mot Nederländerna.

⁹ Jfr t.ex. NJA 2008 s. 883, prop. 1986/87:89 s. 145 och prop. 1979/80:2 Del A s. 335.

tidpunkt har den misstänkte rätt att fortlöpande, i den mån det kan ske utan men för utredningen, ta del av det som har förekommit vid förundersökningen (23 kap. 18 § andra stycket RB). Denna insynsrätt gäller med de begränsningar som följer av 10 kap. 3 § OSL. Från underrättelse om skälig misstanke om brott har därför en misstänkt rätt att ta del av företagshemlig information i förundersökningen så länge detta inte är till men för utredningen eller, i den mån informationen är sekretessbelagd, så länge det inte bedöms vara av synnerlig vikt att så inte sker (se vidare om begränsning av insynsrätten enligt 10 kap. 3 § OSL nedan). Från slutdelgivning av förundersökningen gäller begränsningarna enligt 10 kap. 3 § OSL mot den misstänkte endast om det är fråga om uppgift som inte har betydelse för beslutet i åtalsfrågan och det står klart att det intresse som sekretessen ska skydda har företräde framför den misstänktes intresse att ta del av uppgiften (10 kap. 3 a § OSL).

Lagen (1996:242) om domstolsärenden (ärendelagen) har i 22 § en bestämmelse om att ett ärende som huvudregel inte får avgöras utan att den som är part har fått kännedom om en uppgift som har tillförts ärendet genom någon annan än parten och har fått tillfälle att yttra sig över uppgiften.

För förvaltningsdomstolar stadgar 43 § FPL att sökande, klagande eller annan part har rätt att ta del av det som tillförts målet med de begränsningar som följer av 10 kap. 3 § OSL.¹⁰

Enligt förvaltningslagen (FL) har en sökande, klagande eller annan part¹¹ rätt, med de begränsningar som följer av 10 kap. 3 § OSL, att ta del av det som har tillförts ärendet, om detta avser myndighetsutövning mot någon enskild. Enligt 32 § FL gäller inte 16 § Kronofogdemyndighetens exekutiva verksamhet eller Polisens, Åklagarmyndighetens, Skatteverkets, Tullverkets eller Kustbevakningens brottsbekämpande verksamhet. Enligt doktrinen ska dock detta inte förstås som att partsinsyn i dessa fall enligt FL – lika lite som enligt

¹⁰ Därutöver finns regler om förvaltningsdomstolarnas skyldighet att kommunicera material till part i 10, 12 och 18 §§ FPL. Med sökande förstås en person som hos en myndighet har gjort en ansökan eller annan framställning som i något avseende rör hans offentlighetsrättsliga ställning. Som klagande räknas inte bara en sökande som har anfört besvär över ett beslut utan i regel också annan besvärberättigad som klagat över beslutet. Med beteckningen annan part avses en person som intar en ställning som är jämförbar med sökandens eller klagandens, t.ex. en förklarande (Lenberg, m.fl., kommentaren till 10 kap. 3 § OSL, Zetee 2016-11-08).

¹¹ Angående innebörden av dessa begrepp, se föregående not.

gamla förvaltningslagen (ÄFL) – skulle vara utesluten. Enligt kommentaren till förvaltningslagen får frågan bedömas med ledning av de allmänna syften som ligger bakom 16 § och med hänsyn till vilken typ av ärende det är frågan om.¹²

Såsom uttryckligen framgår av bl.a. 43 § FPL begränsas parts rätt till insyn av reglerna i 10 kap. 3 § OSL. Bestämmelsen har följande lydelse.

Sekretess hindrar inte att en enskild eller en myndighet som är part i ett mål eller ärende hos domstol eller annan myndighet och som på grund av sin partsställning har rätt till insyn i handläggningen, tar del av en handling eller annat material i målet eller ärendet. En sådan handling eller ett sådant material får dock inte lämnas ut till parten i den utsträckning det av hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagd uppgift i materialet inte röjs. I sådana fall ska myndigheten på annat sätt lämna parten upplysning om vad materialet innehåller i den utsträckning det behövs för att parten ska kunna ta till vara sin rätt och det kan ske utan allvarlig skada för det intresse som sekretessen ska skydda.

Sekretess hindrar aldrig att en part i ett mål eller ärende tar del av en dom eller ett beslut i målet eller ärendet. Inte heller innebär sekretess någon begränsning i en parts rätt enligt rättegångsbalken att få del av alla omständigheter som läggs till grund för avgörande i ett mål eller ärende.

Om det i lag finns bestämmelser som avviker från första eller andra stycket gäller de bestämmelserna.

Regleringen i 10 kap. 3 § OSL innebär att bestämmelser om sekretess i hög grad får vika för parts rätt till insyn i ett mål eller ärende. Bestämmelsen utgör en kollisionsnorm som syftar till att lösa konflikten mellan insynsrett och sekretessbehov. Regeln i OSL ger således inte i sig en rätt till insyn utan denna rätt måste framgå av lag, rättspraxis eller allmänna principer.¹³

För att partens möjlighet till insyn enligt paragrafen ska gälla ska det vara fråga om uppgifter ”i” målet eller ärendet. Det spelar inte någon roll av vem – parten, rätten eller någon annan (jfr RÅ 2003 ref. 78) – materialet tillförts. Allmän bakgrundsinformation som en myndighet har tillgång till och som inte har särskild relevans i målet eller ärendet omfattas däremot inte.¹⁴

¹² Trygve Hellners, Bo Malmqvist, kommentaren till 16 § förvaltningslagen, Zeteo 2010-05-31.

¹³ Jfr RÅ 2001 ref. 27 och NJA 2008 s. 883.

¹⁴ Lenberg m.fl., kommentaren till 10 kap. 3 § OSL, Zeteo 2016-11-08. Huruvida uppgifter som har tillförts ett mål eller ärende är relevanta för prövningen av detta saknar betydelse (Kammarrättens i Stockholm dom den 3 juli 1997 i mål 3053-1997).

Huvudregeln i 10 kap. 3 § OSL är att sekretess inte inskränker partens rätt till insyn i utredningen. Dock får handlingar eller annat material inte lämnas ut, i den utsträckning det av hänsyn till något allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagda uppgifter i materialet inte röjs. Det krävs därför tungt vägande skäl för att domstolen ska vägra att lämna ut sekretessbelagd handling eller material till part.¹⁵ Som framgår av första stycket tredje meningen ska i sådana fall myndigheten på annat sätt lämna parten upplysning om vad materialet innehåller i den utsträckning det behövs för att parten ska kunna ta till vara sin rätt och det kan ske utan allvarlig skada för det intresse som sekretessen ska skydda. I sistnämnda bestämmelse görs således – med viss avvikelse från det synsätt som annars ligger till grund för OSL – skillnad mellan å ena sidan utlämnande av en handling eller annat redan befintligt material och å andra sidan upplysning om innehållet i materialet. Denna skillnad har till syfte att klargöra partsinsynens överordnade karaktär (jfr prop. 1971:30 s. 431).¹⁶

Av andra styckets första mening framgår att sekretess aldrig hindrar en part i ett mål eller ärende från att få tillgång till en dom eller ett beslut i målet eller ärendet. Uppgifter i en dom eller ett beslut kan således vara sekretessbelagda i förhållande till tredje man, men aldrig i förhållande till en part. Bestämmelsen kan medföra att det behövs särskilda överväganden om utformningen av en dom eller ett beslut när det finns uppgifter som inte bör komma till motpartens kännedom.

Enligt andra styckets andra mening innebär sekretess inte någon begränsning i en parts rätt enligt RB att få del av alla omständigheter som läggs till grund för avgörande av mål eller ärende. Av RB:s bestämmelser följer – direkt eller indirekt – att en part alltid har rätt att ta del av alla omständigheter som domstolen grundar sitt avgörande på. Detta innebär dock inte att han eller hon har rätt att få ut *en handling* varav omständigheterna framgår. Beträffande formen för partsinsynen och hur den ska förverkligas i det enskilda fallet finns ett visst utrymme för allmänna lämplighetsöverväganden (se bl.a. NJA 2008 s. 883). Någon motsvarande absolut rätt att få del av

¹⁵ Jfr Bertil Wennergen, Ulrik von Essen, kommentaren till 43 § FPL, Zeteeo 2016-11-01 och RÅ 1994 ref. 79.

¹⁶ Lenberg, m.fl., kommentaren till 10 kap. 3 § OSL, Zeteeo 2016-11-08.

omständigheter som ligger till grund för en dom eller ett beslut i ett mål eller ärende som har handlagts enligt förvaltningslagen eller FPL finns inte. Bestämmelserna om rätt till partsinsyn i dels ett ärende om myndighetsutövning mot en enskild (16 § FL), dels ett mål i en förvaltningsdomstol (43 § FPL) gäller nämligen enligt nämnda bestämmelser med de begränsningar som följer av 10 kap. 3 § OSL.

Andra styckets andra mening har genom en ändring som trädde i kraft den 1 juni 2014 justerats med anledning av ändringar i RB, som i sin tur har införts med anledning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2012/13/EU om rätten till information vid straffrättsliga förfaranden. Ändringarna i RB innebär att en anhållen person numera har en något större rätt till insyn än vad som gällde tidigare. För en häktad person innebär ändringarna i RB att den rätt till insyn som den häktade tidigare har ansetts ha enligt grunderna för RB och enligt artikel 5 i Europakonventionen nu kommer till direkt uttryck i RB (se 23 kap. 18 § och 24 kap. 9 a § RB och prop. 2013/14:157 s. 20 f.). De ändringar som gjorts i 10 kap. 3 § andra stycket andra meningen OSL syftar enligt förarbetena till att tydliggöra att det inte bara är slutliga avgöranden i mål eller ärenden som omfattas av den kollisionsnormen utan även beslut under förundersökning och rättegång (prop. 2013/14:157 s. 26).

Bestämmelsen i andra stycket andra meningen hänvisar inte till ärendelagen. I den lagens 22 § regleras som nämnts partens rätt att få del av uppgifter i sådana ärenden som lagen gäller utan någon sådan hänvisning till OSL som finns i 16 § FL och 43 § FPL. I lagkommentaren till 10 kap. 3 § OSL har anförts att förhållandet mellan 22 § ärendelagen och sekretessbestämmelserna i OSL därför är oklart.¹⁷ Mot detta kan sägas att det inte behöver råda någon tvekan om att begränsningarna av rätt till partsinsyn enligt 10 kap. 3 § OSL gäller oavsett vad partsinsynsrätten grundar sig i, bortsett från vad som särskilt stadgas om partsinsynsrätt med grund i RB. Hänvisningarna i 16 § FL och 43 § FPL kan på så vis anses överflödiga.

Av 10 kap. 4 a § första stycket OSL framgår vidare att sekretess inte hindrar att en tilltalad i ett mål, som slutligt har avgjorts, tar del av uppgifter i den förundersökning som har föregått avgörandet eller av annan uppgift som har tillförts målet och som har haft betydelse för beslutet i åtalsfrågan eller för avgörandet av målet i sak. Samma

¹⁷ Lenberg m.fl., kommentaren till 10 kap. 3 § OSL, Zeteo 2016-11-08.

sak gäller för uppgifter som inte har haft någon sådan betydelse, om det inte av hänsyn till ett allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att den sekretessbelagda uppgiften inte röjs, och det står klart att det intresset har företräde framför den enskildes intresse av att ta del av uppgiften. Enligt andra stycket hindrar sekretess inte heller, under motsvarande förutsättningar som anges i första stycket, att den som har godkänt ett strafföreläggande eller ett föreläggande av en ordningsbot tar del av uppgifter i en sådan brottsutredning som har utförts enligt bestämmelserna i 23 kap. rättegångsbalken och som har föregått föreläggandet.

Sekretess vid domstol angående företagshemligheter

FHL innehåller inga regler om hur företagshemligheter kan skyddas i samband med rättegång. I stället gäller för dessa uppgifter allmänna regler i bl.a. RB, FPL och OSL.

Tystnadsplikt rörande det allmännas företagshemligheter är lagfäst enligt 19 kap. 1 § OSL.¹⁸ Sekretessen enligt 19 kap. 1 § OSL tillämpas dock inte hos en domstol i dess rättsskipande eller rättsvårdande verksamhet (43 kap. 3 § OSL). Tystnadsplikten rörande privata näringsidkares företagshemligheter är inte lagfäst utan bygger i stort sett på avtal.¹⁹ För såväl det allmännas som enskildas företagshemligheter gäller således huvudregeln om offentlighet under domstolsförfarandet.

36 kap. 2 § OSL

Den centrala bestämmelsen rörande sekretess för företagshemligheter under domstolsförfaranden återfinns i 36 kap. 2 § första stycket första meningen OSL. Enligt denna bestämmelse gäller sekretess hos domstol [...] för uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftförhållanden, om det kan antas att den som

¹⁸ 19 kap. 1 § OSL stadgar att sekretess rörande myndigheters affärsverksamhet gäller för uppgift om myndighetens affärs- eller driftförhållanden, om det kan antas att någon som driver likartad rörelse gynnas på myndighetens bekostnad om uppgiften röjs. I förarbetena till FHL och i litteraturen har förutsatts att bestämmelsen omfattar företagshemligheter (jfr Fahlbeck s. 62 f.).

¹⁹ Fahlbeck s. 74 ff.

uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs. Innebörden av rekvisiten ”affärs- eller driftförhållanden” liksom ”avsevärd skada” i förhållande till företagshemligheter har varit föremål för diskussion.²⁰ Att uppgifter om ”affärs- eller driftförhållanden” i och för sig omfattar företagshemligheter torde stå klart. Kravet på ”avsevärd skada” har av Lagrådet uppfattats som att sekretess gäller för företagshemlighet ”av någon betydelse”.²¹ Lagkommentaren till 36 kap. 2 § OSL återger vad som sägs i förarbetena och anger att bestämmelsen ”i regel” bör bli tillämplig ”i fall där en företagshemlighet annars skulle röjas”, men att ”[s]ådana uppgifter om affärs- eller driftförhållanden som affärsidkare gärna vill hålla för sig själva men vilkas röjande inte kan antas få några nämnvärda ekonomiska konsekvenser” däremot inte omfattas av sekretess.²²

Det kan konstateras, bl.a. mot bakgrund av att det inte sällan kan vara svårt att bedöma skadan av ett angrepp på företagshemligheter utifrån enbart ekonomiska faktorer²³, att ordalydelsen i 36 kap 2 § första stycket första meningen OSL är ägnad att sätta i fråga om alla företagshemligheter enligt FHL omfattas av bestämmelsen.²⁴ Som utredningen tidigare pekat på finns också en risk att företagshemligheter såsom begreppet ska förstås enligt EU-direktivet även gå utanför vad som rymms inom rekvisitet affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse (se avsnitt 5.4.3).

²⁰ Se Fahlbeck s. 257 med där gjorda hänvisningar.

²¹ LU30 s. 109.

²² Lenberg m.fl., kommentaren till 36 kap. 2 § OSL, Zeteo 2016-11-08, prop. 1979/80:2 Del A s. 248 f.

²³ Se avsnitt 7.1.6.

²⁴ Skiljedomsutredningens slutbetänkande Näringslivets tvistlösning (SOU 1995:65) anmärker bl.a. att för det fall skadestandsregeln i FHL blir tillämplig mot en skiljeman som röjer företagshemligheter ”ger den [...] ett starkare skydd än reglerna om sekretess i domstol, eftersom [36 kap. 2 § första stycket första meningen OSL] som en förutsättning för sekretess föreskriver att risken för skada skall vara avsevärd” (s. 186). Thyselius, som menar att begreppet ”affärs- eller driftförhållanden” anses ha en vidare innebörd än begreppet ”företagshemlighet” i 1 § FHL och att det därmed rymmer affärshemligheter av mer allmänt slag, gör i ett visst sammanhang gällande att om en uppgift bedöms utgöra en företagshemlighet är den skyddsvärd också enligt OSL (Thyselius, s. 34). Avsaknad av närmare stöd för denna uppfattning har påpekats av Fahlbeck (Fahlbeck, s. 257). Thyselius konstaterar emellertid (något motsägelsefullt) i samma artikel att de skilda skaderekvisiten i FHL och OSL (SekrL) angående företagshemligheter kan leda till att domstolen inte anser informationen skyddsvärd i sekretesshänseende, men samtidigt kan anse den skyddsvärd enligt FHL (Thyselius, a.s.). Diskrepansen mellan definitionen av affärs- och driftförhållanden som ska omfattas enligt 36 kap. 2 § första stycket första meningen OSL, i förhållande till FHL och definitionen av affärshemligheter i direktivförslaget har även påpekats av Advokatsamfundet i dess remissvar angående direktivförslaget (R-2013/2111).

Skaderekvisitet är rakt, vilket innebär presumtion för offentlighet. Beviskravet för avsevärd skada är dock lågt, ”kan antas”. Sekretess enligt bestämmelsen gäller i både tvistemål och brottmål. Enligt förarbetena ska dock sekretess inte gälla till förmån för tilltalad eller misstänkt.²⁵ En tilltalad eller misstänkt kan alltså enligt vad förarbetena uttalar inte begära stängda dörrar enbart på den grunden att dennes företagshemligheter kommer att förebringas.²⁶

I andra meningen finns en särskild regel för uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftförhållanden i mål eller ärenden enligt vissa paragrafer i konkurrenslagen (2008:599). I dessa fall gäller samma sekretess hos domstolen som hos Konkurrensverket, dvs. med ett vanligt rakt skaderekvisit (se 30 kap. 1 och 3 §§ OSL). Det har ansetts att behovet av sekretess är särskilt stort i detta sammanhang eftersom det ofta är fråga om prövning av grundläggande förutsättningar för hela företagets verksamhet; strategiska bedömningar, marknadsandelar, konkurrenssituation m.m.²⁷

I 36 kap. 2 § andra stycket stadgas ett undantag innebärande att första stycket inte ska tillämpas om någon annan sekretessbestämmelse till skydd för samma intresse är tillämplig på uppgiften och innebär att sekretess inte ska gälla.²⁸

Av 36 kap. 2 § tredje stycket framgår att det råder en presumtion för sekretess för uppgift som avses i första stycket och som lämnas vid ett förhör enligt 26 eller 50 § lagen (1999:116) om skiljeförfarande, om part begär det. Presumtionen för sekretess bryts om det står klart att uppgiften kan röjas utan att den som uppgiften rör lider skada. Anledningen till att strängare sekretess med omvänt skaderekvisit gäller för dessa uppgifter, är att de inte ska utgöra underlag för något rättens avgörande och att det som annars bär upp

²⁵ Prop. 1979/80 :2 s. 249.

²⁶ Henrik Edelstam, *Offentlighet och sekretess i rättegång. Principen om förhandlingsoffentlighet*, 2001, s. 140.

²⁷ Se prop. 1997/98:130 s. 59 f.

²⁸ Det förekommer att det av en särskild bestämmelse i OSL följer att i en viss typ av ärenden ska sekretess inte gälla hos domstol till skydd för något nu aktuellt intresse. Exempel härpå finns i 27 kap. 1 och 2 §§ OSL om sekretess i skatteärenden. Enligt nämnda paragraf gäller som huvudregel ingen sekretess för en skattedomstols beslut i där angivna ärenden, även om i beslutet skulle ingå uppgifter om enskilds affärs- eller driftförhållanden. En sådan specialreglering tar alltså över den generella regeln i förevarande paragraf. Det samma gäller även undantaget från sekretessen enligt 31 kap. 22 a § OSL angående mål om varu- eller näringskännetecken. Enligt bestämmelsen, som trädde i kraft den 1 juli 2011 (SFS 2010:1890, prop. 2009/10:225 s. 380–386), gäller att uppgifter som har betydelse för bedömningen av ensamrättens giltighet eller skyddets omfattning inte omfattas av sekretess.

intresset av insyn i domstolarnas verksamhet således i stor utsträckning saknas i dessa fall.²⁹

Sekretess enligt lagrummet för uppgifter i allmänna handlingar gäller i högst 20 år. Rätten att meddela och offentliggöra uppgifter (meddelarfrihet) gäller enligt 13 kap. 1 § OSL.

Sekretess i skadeståndsmål för uppgift som förekommer i process vid den enhetliga patentdomstolen

Enligt den ännu inte ikraftträdde bestämmelsen i 36 kap. 2 a § OSL³⁰ gäller sekretess hos domstol i mål om ett sådant skadeståndskrav som avses i 11 kap. 93 b § patentlagen (1967:837) för uppgift om affärs- eller driftförhållanden som förekommer i processen vid den enhetliga patentdomstolen, om det kan antas att den som uppgiften rör lider skada om uppgiften röjs. I den följande framställningen behandlas bestämmelsen i 36 kap. 2 a § som gällande lag. Skälen till det okvalificerade raka skaderekvisitet i bestämmelsen är i huvudsak desamma som nämnts ovan angående 36 kap. 2 § första stycket andra meningen avseende vissa mål enligt konkurrenslagen.³¹

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst trettio år. Rätten att meddela och offentliggöra uppgifter (meddelarfrihet) gäller även här.

Sekretess i mål eller ärende om varu- eller näringskännetecken³²

Enligt 31 kap. 22 a § OSL gäller sekretess i ett mål eller ärende om varu- eller näringskännetecken för uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftförhållanden, om en part har begärt detta och det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs. Sekretess gäller dock inte för uppgift som har betydelse för bedömningen av ensamrättens giltighet eller skyddets omfattning.

²⁹ Lenberg m.fl., kommentaren till 36 kap. 2 § OSL, Zeteo 2016-11-08.

³⁰ SFS 2016:728.

³¹ Prop. 2015/16:124 s. 17 f.

³² Texten under denna rubrik är till största delen hämtad från Lenberg m.fl., kommentaren till 31 kap. 22 a § OSL, Zeteo 2016-11-08.

Bestämmelsen trädde i kraft den 1 juli 2011. Bestämmelsen gäller för alla slags mål eller ärenden om varu- eller näringskännetecken som handläggs vid myndigheter, t.ex. Patent- och registreringsverket eller Bolagsverket, eller vid domstolar.

Innan denna bestämmelse infördes fanns det inte några särskilda bestämmelser om sekretess när det gäller varukännetecken eller näringskännetecken. Det innebar att det inte fanns någon möjlighet för exempelvis PRV eller Bolagsverket att besluta om sekretess för uppgifter i ett ärende om registrering av ett varumärke eller en firma. Om ett sådant ärende överklagades till domstol blev däremot den generella bestämmelsen om domstolssekretess i 36 kap. 2 § första stycket OSL tillämplig. Varumärkeskommittén (SOU 2001:26) ansåg att denna ordning var inkonsekvent och att den innebar en risk för att tyngdpunkten i t.ex. ärenden om registrering av varumärken där uppgifter om sökandens affärs- eller driftförhållanden utgör en del av utredningen förskjuts från PRV till dess överinstanser. Regeringen gjorde bedömningen att regleringen i fråga om vilka uppgifter som omfattas av sekretess bör vara enhetlig.

I mål eller ärenden om varukännetecken eller näringskännetecken kan det finnas uppgifter om affärs- eller driftförhållanden. Ett exempel är när en näringsidkare har ansökt om registrering av ett varumärke som saknar ursprunglig särskiljningsförmåga, dvs. i sig inte kan särskilja näringsidkarens varor eller tjänster från dem som andra näringsidkare tillhandahåller. Ett sådant varumärke kan registreras om det genom användning har förvärvat särskiljningsförmåga (se prop. 2009/10:225 s. 157 f). För att visa att varumärket har förvärvat särskiljningsförmåga kan det bli nödvändigt för sökanden att ge in utredning om detta till PRV, exempelvis en marknadsundersökning. Ett annat exempel är om innehavaren av ett registrerat varumärke eller en registrerad firma anser att varumärket eller firman har ett utökat skydd (jfr prop. 2009/10:225 s. 113f). Även i ett sådant fall kan innehavaren behöva ge in en marknadsundersökning eller liknande för att visa att förutsättningarna för att varumärket eller firman ska anses ha ett utökat skydd är uppfyllda. I den typen av undersökningar kan uppgifter framkomma som rör sökandens affärs- eller driftförhållanden men som inte är av direkt relevans för prövningen av den aktuella ansökan. Det kan exempelvis vara uppgifter i en marknadsundersökning som omfattar även andra kännetecken än de som målet eller ärendet rör.

När det gäller vilka uppgifter som kan omfattas av sekretess, uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftförhållanden, motsvarar det vad som gäller enligt bestämmelsen om domstolssekretess i 36 kap. 2 § OSL, se ovan.

En viktig begränsning jämfört med bestämmelsen om domstolssekretess enligt 36 kap. 2 § OSL är att uppgifter som har betydelse för bedömningen av ensamrättens giltighet eller skyddets omfattning inte omfattas av sekretess. Detta undantag redogörs närmare för i avsnitt 10.3.9.

Frågan om sekretess aktualiseras bara på yrkande av part. Det kan vara svårt för PRV att självmant bedöma om det finns någon uppgift i ärendet som omfattas av sekretess, särskilt med hänsyn till den stora mängd ärenden som verket handlägger. Detsamma gäller beträffande de myndigheter som handhar firmaregistrering. I sekretessbestämmelsen som rör ärenden om registrering av mönster i 31 kap. 22 § OSL är det endast sökanden som kan begära att sekretess ska gälla. När det gäller sekretess i frågor som rör varu- och näringskännetecken är dock tillämpningsområdet inte begränsat till registreringsärenden. Därför används ordet ”part” i stället för ”sökande”.

När det gäller handläggning i domstol av mål eller ärenden om varu- eller näringskännetecken innebär 31 kap. 22 a § att sekretess kommer att gälla i färre fall än tidigare. I de fall en part inte begär att sekretess ska gälla eller när det är fråga om en uppgift som har betydelse för bedömningen av ensamrättens giltighet eller skyddets omfattning, innebär 31 kap. 22 a § att sekretess inte gäller och därmed gäller inte heller sekretess enligt 36 kap. 2 § första stycket (se bestämmelsen i sistnämnda paragrafs andra stycke). Ett exempel på en uppgift som har betydelse för bedömningen av ensamrättens giltighet eller skyddets omfattning är hur känt det aktuella kännetecknet är.

I den motsatta situationen, dvs. att en uppgift i ett mål eller ärende vid domstol omfattas av sekretess enligt 31 kap. 22 a §, torde sekretess gälla även enligt den generella sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § första stycket. I ett sådant fall aktualiseras inte undantagsbestämmelsen i sistnämnda paragrafs andra stycke. När flera sekretessbestämmelser är tillämpliga samtidigt ska enligt 7 kap. 3 § den eller de bestämmelser som innebär att uppgiften är sekretessbelagd i det enskilda fallet ha företräde. Både 31 kap. 22 a § och

36 kap. 2 § blir alltså tillämpliga på uppgiften i målet eller ärendet hos domstolen i denna situation.

Sekretesstiden för uppgifter i allmänna handlingar är högst 20 år. Det är samma tid som anges i 36 kap. 2 § OSL.

Rätten att meddela och offentliggöra uppgifter gäller (jfr 31 kap. 26 § OSL).

Förhandlingssekretess m.m.

Om det kan antas att det vid en förhandling³³ kommer att läggas fram uppgift, för vilken hos domstolen gäller sekretess enligt 36 kap. 2 § OSL, får rätten besluta att förhandlingen i den del som rör uppgiften ska hållas inom stängda dörrar (5 kap. 1 § andra stycket RB, 16 § FPL). Beslutet om stängda dörrar är sålunda något som rätten ensam förfogar över. I och med bestämmelsen kan allmänheten uteslutas från förhandlingen, men i princip inte parterna (se avsnittet om partsinsyn ovan).

Om en sekretessbelagd uppgift läggs fram vid domstolsförhandling som hålls inom stängda dörrar, är sekretessbestämmelsen tillämplig även under den fortsatta handläggningen om inte domstolen bestämmer något annat (43 kap. 5 § OSL). Att sekretessen består på detta sätt innebär att domstolsanställda blir bundna av sekretess. Även personer knutna till någon annan myndighet och som har deltagit i förhandlingen kan vara bundna av sekretess som gäller hos den myndigheten. Även advokater har tystnadsplikt för det som förekommit inom stängda dörrar när god advokatsed kräver det (8 kap. 4 § RB).

Ett beslut om stängda dörrar får inte överklagas särskilt (49 kap. 3 § andra stycket och 5 § samt 54 kap. 5 § RB, se vidare avsnitt 10.2.6).

³³ Som förhandling är att anse inte endast huvudförhandling eller muntlig förberedelse utan även t.ex. upptagande av bevis utom huvudförhandling eller till framtida säkerhet, syn på stället samt förhandling i häktningsfråga. Offentligheten omfattar inte en sådan föredragning inför domstol som kan behövas för ett avgörande på handlingarna. Offentlighetsprincipen måste tillämpas även i det fallet att domstolen håller ett sammanträde där någon eller några deltar genom en ljudöverföring eller en ljud- och bildöverföring (se 5 kap. 10 § RB). Offentligheten gäller dock i sådant fall knappast någon annan lokal än den där domstolen befinner sig. Ett samtal som domstolen har med endast en av flera parter måste till sin karaktär vara sådant att det inte faller in under begreppet sammanträde eller förhandling (se Fitger m.fl., kommentaren till 5 kap. 1 § RB [Zeteo 2016-12-20]).

I anslutning till frågan om vad av företagshemligheter som kan hållas hemligt under en förhandling genom regler om sekretess, kan här även nämnas möjligheten för ett vittne enligt 36 kap. 6 § RB att helt avstå från att avge en utsaga, om utsagan skulle avslöja en yrkeshemlighet.³⁴ Samma rätt föreligger också för part (vid förhör under sanningsförsäkran)³⁵ samt för parts- och domstolssakkunnig.³⁶ Enligt vad Processlagberedningen uttalade (se NJA II 1943 s. 472) omfattar yrkeshemlighet fabrikationsätt, anordning, affärsförhållande eller annat som kan anses såsom något för ett visst affärsföretag egendomligt och beträffande vilket innehavaren har ett skäligt anspråk att det inte uppenbaras. Beredningen hänvisade i det sammanhanget till lagen (1931:152) med vissa bestämmelser om illojal konkurrens, som har ersatts av FHL. Den i FHL intagna definitionen på begreppet företagshemlighet torde enligt bl.a. kommentaren till 36 kap. 6 § RB i allt väsentligt överensstämma med begreppet yrkeshemlighet enligt 1931 års lag. Enligt rättsfallet NJA 1995 s. 347 har begreppet företagshemlighet i vart fall inte en vidare innebörd än uttrycket yrkeshemlighet.³⁷ Enligt 36 kap. 6 § tredje stycket RB gäller ett undantag från ett vittnes rätt att vägra uttala sig om yrkeshemlighet om det finns synnerlig anledning att vittnet hörs om denna.³⁸

Yppandeförbud

Parterna är inte bundna av någon tystnadsplikt i och med ett beslut om stängda dörrar. Det kan även finnas andra personer som har medverkat eller närvarat vid en förhandling inom stängda dörrar som inte är bundna av någon tystnadsplikt. Enligt 5 kap. 4 § RB har rätten möjlighet ålägga sådana personer tystnadsplikt, innebärande förbud mot att uppenbara uppgiften, beträffande uppgifter för vilka

³⁴ Detta innebär dock inte att vittnet kan avstå från att avlägga ed eller att yttra sig om annat än yrkeshemligheter, se Fitger m.fl., kommentaren till 36 kap. 6 § RB, Zeteo 2016-12-20.

³⁵ 37 kap. 3 § andra stycket RB (hänvisar till 36 kap. 6 § RB).

³⁶ 40 kap. 19 § andra stycket RB (hänvisar till 36 kap. 6 § RB) resp. 40 kap. 4 § punkten 3. Edelstam s. 142.

³⁷ Fitger m.fl., kommentaren till 36 kap. 6 § RB, Zeteo 2016-12-20, jfr prop. 1987/88:155 samt Lars Heuman i Juridisk Tidskrift 1989/90 s. 40 och 1995/96 s. 449 f.

³⁸ I vissa fall, särskilt i brottmål, borde enligt Processlagberedningen intresset av yrkeshemlighetens bevarande få vika för vikten av fullständig utredning, se Fitger m.fl., kommentaren till 36 kap. 6 § RB, Zeteo 2016-12-20.

sekretess gäller hos domstolen och som har förekommit vid en förhandling inom stängda dörrar, s.k. yppandeförbud.

Ett förordnande om yppandeförbud enligt 5 kap. 4 § RB träffar alla som är närvarande vid förhandlingen, alltså även de personer som har tystnadsplikt utan ett sådant förordnande.³⁹ Yppandeförbudet har nämligen den särskilda innebörden att det inte gäller någon rätt enligt TF och YGL att meddela eller offentliggöra uppgifter som förordnandet avser (se 44 kap. 2 § OSL).⁴⁰ Det anses bl.a. av denna anledning vara väsentligt att yppandeförbudet tidsbegränsas till den tid som kan bedömas som nödvändig för det sekretessintresse som ska skyddas med förbudet.⁴¹ Finns ingen tidsgräns bör tystnadsplikten vara så länge som uppgiften åtnjuter skydd enligt OSL.⁴² Brott mot förordnande enligt 5 kap. 4 § RB straffas med böter (9 kap. 6 § RB, 39 § FPL).

Tystnadsplikt enligt OSL innebär som nämnts ett förbud mot att röja uppgiften och mot att utnyttja den (8 kap. 1 § och 7 kap. 1 § OSL). Den tystnadsplikt som följer av ett yppandeförbud enligt 5 kap. 4 § RB innebär dock endast ett förbud mot att uppenbara uppgiften. I fråga om företagshemligheter innebär detta en tydlig lucka i skyddet för informationen.⁴³

Utlämnande med förbehåll

En åtgärd med vissa beröringspunkter med yppandeförbud enligt 5 kap. 4 § RB är utlämnande av uppgift med förbehåll. Enligt 10 kap 14 § OSL har en myndighet, exempelvis en domstol, möjlighet att till en enskild lämna ut uppgifter som är sekretessbelagda enligt en sekretessbestämmelse som har ett skaderekvisit, om den risk för

³⁹ De som inte varit närvarande träffas däremot inte av beslutet, JK 1993 s. 149. Det innebär bl.a. att den som närvarat vid förhandling men lämnat förhandlingen innan den avslutats inte träffas av ett yppandeförbud som meddelas efter att denne lämnat förhandlingen (Edelstam, s. 187). Det är inte möjligt att bifalla ett yrkande om yppandeförbud som framställs efter förhandlingen, NJA 1953 s. 621.

⁴⁰ Edelstam har kritiserat regleringen avseende yppandeförbud som onödigt komplicerad och föreslagit att ett beslut om stängda dörrar, efter dansk förebild, automatiskt borde innebära tystnadsplikt för samtliga närvarande samt att meddelarfriheten upphör. (Edelstam, s. 189 f.).

⁴¹ Fitger m.fl., kommentaren till 5 kap. 4 § RB, Zeteo 2016-12-20, Heuman m.fl., *Sekretess m.m. hos allmän domstol, en handbok*, 4 uppl., 2013, s. 120.

⁴² Edelstam s. 188.

⁴³ Samma problem har konstaterats inom tysk rätt, se avsnitt 10.2.7, *Internationell utblick*.

skada, men eller annan olägenhet som hindrar att uppgifterna lämnas ut till enskild kan undanröjas genom ett förbehåll. I denna situation ska myndigheten uppställa ett sådant förbehåll när uppgifterna ges ut. Bestämmelsen innebär att myndigheten är skyldig att lämna ut uppgifterna med det aktuella förbehållet. Förbehållet kan gälla förbud mot vidarespridning av uppgifterna, mot kopiering av handlingar eller mot publicering av namn eller hemliga uppgifter ut handlingarna. Förbehållet kan också avse att handlingar ska förvaras på ett betryggande sätt eller att de ska förstöras inom viss tid. Ett förbehåll kan således ställas upp endast i fråga om sekretessbestämmelser som innehåller någon form av skaderekvisit, och förbehållet får bara rikta sig mot enskild.

Den tystnadsplikt som uppkommer genom ett förbehåll enligt 10 kap. 14 § OSL innebär, liksom den tystnadsplikt som följer av ett yppandeförbud, att det inte gäller någon rätt enligt TF och YGL att meddela eller offentliggöra uppgifter som förbehållet avser (10 kap. 14 § andra stycket och 13 kap. 5 § andra stycket OSL).

Ett förbehåll måste ha en viss precision. Förbehåll som görs i samband med utlämnande av handlingar måste ange vilken handling det är fråga om, vem som är bunden av förbehållet och vad förbehållet har för innebörd, se JO 1992/93 s. 197 och JO 1994/95 s. 574. Den som får ut en handling med förbehåll har rätt att överklaga beslutet (2 kap. 15 § TF och 6 kap. 7 § OSL).

Överträdelse av förbehåll är straffbelagt enligt 20 kap. 3 § brottsbalken.

Det har i litteraturen särskilt påpekats att ett förbehåll inte kan ställas upp vid utlämnande av uppgifter till en forskare som bedriver sin forskning inom ramen för en myndighets verksamhet – t.ex. ett universitet – eftersom forskaren i sådant fall inte är en enskild. I stället får en skadebedömning göras enligt skaderekvisiten i tillämpliga materiella sekretessbestämmelser. Därvid kan beaktas att domstolssekretessen överförs till den myndighet som forskaren tillhör (11 kap. 3 § OSL).⁴⁴

⁴⁴ Vidare ska i fråga om överlämnande till myndighet beaktas den s.k. generalklausulen i 10 kap. 27 § OSL enligt vilken en sekretessbelagd uppgift får överlämnas till en myndighet om det är uppenbart att intresset av att uppgiften lämnas ut har företräde framför det intresse som sekretessen ska skydda. Se Heuman m.fl. s. 132.

Utlämnande med förbehåll i förhållande till part

Enligt 10 kap. 3 § första stycket, 3 a § och 4 a § första och andra stycket OSL hindrar som huvudregel inte sekretess att en part i ett mål eller ärende hos domstol eller annan myndighet och som på grund av sin partsställning har rätt till insyn i handläggningen, tar del av en handling eller annat material i målet eller ärendet.⁴⁵

Enligt 10 kap. 4 § första stycket OSL får dock en domstol eller annan myndighet när den enligt 3 eller 3 a § lämnar en sekretessbelagd uppgift till en enskild part, en misstänkt, en ställföreträdare, ett ombud, en försvarare eller ett biträde, göra ett förbehåll som inskränker mottagarens rätt att lämna uppgiften vidare eller att utnyttja uppgiften. Förbehållet får inte innebära ett förbud mot att utnyttja uppgiften i målet eller ärendet eller mot att lämna muntlig upplysning till en part, en misstänkt, ställföreträdare, ett ombud eller ett biträde. Den lydelse första stycket fått genom en ändring som trädde i kraft den 1 april 2017 innebär att det är möjligt att ställa upp förbehåll mot part även då sekretessbelagd uppgift lämnas i ett förfarande enligt RB med tillämpning av såväl 10 kap. 3 § som den nyare 3 a § OSL, något som enligt praxis tidigare inte varit fallet.⁴⁶

Enligt 10 kap. 4 § andra stycket OSL får ett sådant förbehåll inte innebära ett förbud för parten eller den misstänkte att själv ta del av material ur en domstols akt som lämnas ut enligt 6 kap. 1 § RB eller protokoll eller annan handling ur förundersökningen som lämnas ut enligt 23 kap. 21 a § RB. Denna bestämmelse är menad att tydliggöra att förbehåll i förfarande enligt RB inte får innebära en föreskrift om att försvarare eller ombud endast får lämna muntlig upplysning till parten. Det kan dock t.ex. innebära förbud för försvarare eller ombud att låta huvudmannen själv förfoga över en kopia av materialet.⁴⁷

Enligt 10 kap. 4 a § tredje stycket OSL får uppgifter som en tilltalad eller den som godkänt ett strafföreläggande eller föreläggande av en ordningsbot har rätt att ta del av enligt första och andra

⁴⁵ Se avsnittet om partsinsyn ovan.

⁴⁶ Se framför allt rättsfallen NJA 2002 s. 433 och NJA 2008 s. 883, jfr prop. 2016/17:68 s. 89 ff. och 118 f. Det kan anmärkas att den tidigare ordningen haltat i förhållande till att det då som nu varit möjligt att belägga part med yppandeförbud enligt RB avseende sekretessbelagda uppgifter som förekommit inom stängda dörrar.

⁴⁷ A. prop. s. 119, som anger en rad ytterligare exempel på acceptabla typer av förbehåll gentemot part i detta sammanhang.

stycket, lämnas ut med förbehåll som inskränker den enskildes rätt att lämna uppgiften vidare eller att utnyttja den.

Ett förbehåll som avses i dessa bestämmelser innebär att mottagaren av uppgifterna inte fritt får använda sig av dem. Genom förbehållet uppstår en tystnadsplikt. Denna tystnadsplikt innebär, liksom den som följer av ett yppandeförbud eller ett förbehåll enligt 10 kap. 14 § OSL, att det inte gäller någon rätt enligt TF och YGL att meddela eller offentliggöra uppgifter som förbehållet avser (10 kap. 4 § tredje stycket, 10 kap. 4 a § fjärde stycket och 13 kap. 5 § andra stycket OSL). Om den som förbehållet riktar sig mot inte följer villkoren i förbehållet kan ansvar för brott mot tystnadsplikt (20 kap. 3 § BrB) komma i fråga.

Sekretess för uppgift i dom eller beslut

I 43 kap. 8 § första stycket OSL föreskrivs som huvudregel att en sekretessbestämmelse som gäller för en uppgift i ett mål eller ett ärende i en domstols rättskipande eller rättsvårdande verksamhet upphör att vara tillämplig i målet eller ärendet om uppgiften tas in i en dom eller ett slutligt beslut i samma mål eller ärende. Detsamma gäller om uppgiften tas in i ett beslut som inte är slutligt om beslutet innebär att domstolen tar ställning till om en tvångs- eller säkerhetsåtgärd ska riktas mot någon enskild eller att domstolen bestämmer vad som tills vidare ska gälla i en fråga som målet eller ärendet rör.

Enligt andra stycket ska dock inte första stycket tillämpas om domstolen i sitt avgörande har bestämt att sekretessbestämmelsen ska vara tillämplig även i fortsättningen. Bestämmelsen innebär alltså en möjlighet att sekretessbelägga sådan del i domen som innehåller uppgift om företagshemlighet.⁴⁸

Enligt 43 kap. 8 a § första stycket OSL ska ett beslut enligt 8 § andra stycket om att en sekretessbestämmelse ska fortsätta att vara tillämplig fattas om intresset av sekretess för en uppgift i domen eller beslutet väger väsentligt tyngre än intresset av offentlighet. Vid denna bedömning ska särskild vikt läggas vid intresset av offentlighet för uppgift om vilka överväganden domstolen har gjort vid sin pröv-

⁴⁸ Se i praxis t.ex. *Ericsson-målet*. Se även t.ex. *Ericsson 2-målet* eller Hovrätten för Västra Sverige, B 3146-04, dom 2005-05-19 (*Swedmec*).

ning, om resultatet av prövningen och om identiteten på någon som en anklagelse för brott har riktats mot eller vars rörelsefrihet inskränks genom avgörandet.

Enligt förarbetena innebär regeln i 43 kap 8 a § OSL att bestämmelserna om beslut om fortsatt sekretess ska tillämpas med stor restriktivitet. Det aktuella sekretessintresset måste väga mycket tungt för att ett beslut om fortsatt sekretess ska komma i fråga. Normalt kommer alltså offentlighetsintresset att väga tyngst. Där nämns också att även om de dittills gällande formella begränsningarna i 8 § tredje stycket tagits bort i samband med införandet av 43 kap. 8 a § OSL⁴⁹ torde det inte komma i fråga att besluta om fortsatt sekretess för den tilltalades identitet i en dom annat än i särpräglade undantagsfall (prop. 2015/16:144 s. 38 ff.).

Ett beslut enligt 8 § andra stycket ska alltid fattas i fråga om en uppgift berörd av internationella avtal som sekretess gäller för enligt 27 kap. 5 § andra och tredje styckena samt 34 kap. 4 § om det skulle strida mot de avtal som anges där att uppgiften röjs.

10.2.2 Sekretess för företagshemligheter vid förundersökning och brottsförebyggande verksamhet

Ett antal sekretessbestämmelser aktualiseras till skydd för det allmännas verksamhet avseende att förebygga eller beivra brott, samt för att skydda känsliga uppgifter om enskilds personliga och ekonomiska förhållanden som förekommer i samband med sådan verksamhet. I fråga om skyddet för företagshemligheter kan särskilt bestämmelserna i 18 kap. 1 § om s.k. utredningssekretess och 35 kap. 1 § OSL här omnämnas.

⁴⁹ Tidigare gällde enligt det nu borttagna 43 kap. 8 § tredje stycket att förordnande om att en sekretessbestämmelse skulle fortsätta att vara tillämplig inte fick omfatta domslutet eller motsvarande del av ett annat beslut, såvida inte rikets säkerhet eller annat intresse av synnerlig vikt oundgängligen påkallade det. Rörde målet eller ärendet någons civila rättigheter och skyldigheter eller anklagelse mot någon för brott, gällde dessutom att förordnande som omfattade domslut eller motsvarande del av ett annat beslut fick meddelas endast om riket skulle befinna sig i krig eller krigsfara eller om det skulle råda andra utomordentliga förhållanden som vore föranledda av krig.

Sekretess enligt 18 kap. 1 § OSL

Sekretess till skydd för det allmännas verksamhet gäller enligt 18 kap. 1 § första stycket OSL för företagshemlig information som förekommer i förundersökning i brottmål eller till angelägenhet som avser användning av tvångsmedel i sådant mål eller i annan verksamhet för att förebygga brott, om det kan antas att syftet med beslutade eller förutsedda åtgärder motverkas eller den framtida verksamheten skadas om uppgiften röjs.

Här åsyftas åtgärder och verksamhet för att på olika stadier bekämpa brottsligheten. Med "åtgärder" förstås främst beslut och ingripanden som hänför sig till ett särskilt ärende. En uppgift, vars röjande t.ex. kan försvåra en pågående brottsutredning, kan alltså hållas hemlig.⁵⁰

Sekretess gäller under samma förutsättningar enligt andra stycket för uppgift som hänför sig till verksamhet som rör utredning i frågor om näringsförbud eller förbud att lämna juridiskt eller ekonomiskt biträde (p. 1), och annan verksamhet än sådan som redan nämnts som syftar till att förebygga, uppdaga, utreda eller beivra brott och som bedrivs av en åklagarmyndighet, Polismyndigheten, Säkerhetspolisen, Skatteverket, Tullverket eller Kustbevakningen (p. 2), eller Finansinspektionens verksamhet som rör övervakning enligt lagen (2005:377) om straff för marknadsmissbruk vid handel med finansiella instrument (p. 3).

För uppgift i en allmän handling gäller sekretess enligt 18 kap. 1 § i högst fyrtio år.

Sekretess enligt bestämmelsen blir tillämplig hos domstol som i sin rättskipande eller rättsvårdande verksamhet från myndighet tar emot en uppgift som skyddas av sekretess enligt bestämmelsen hos den överförande myndigheten. I den mån företagshemlig information omfattas av sekretess hos domstolen enligt 36 kap. 2 eller 2 a § OSL gäller emellertid dessa primära sekretessbestämmelser framför sekretessen i 18 kap. 1 § OSL (43 kap. 2 § och 7 kap. 3 § OSL).

⁵⁰ Lenberg m.fl., kommentaren till 18 kap. 1 § OSL, Zeteo 2016-11-08.

Sekretess enligt 35 kap. 1 § OSL

Till skydd för enskild följer av 35 kap. 1 § första stycket 1 och 2 pp. OSL en presumtion om sekretess för företagshemlig information, i vart fall i den mån den utgör sådan uppgift som avses i 36 kap. 2 § OSL, som förekommer under en förundersökning eller angelägenhet som avser användning av tvångsmedel i brottmål eller i annan verksamhet för att förebygga brott. (35 kap. 1 § OSL stadgar bl.a. om sekretess för enskilds ”ekonomiska förhållanden”, vilket såsom framgår av 35 kap. 7 § första stycket p. 1 OSL omfattar sådan uppgift som avses i 36 kap. 2 § OSL). Detsamma gäller enligt 35 kap. 1 § första stycket p. 4. om informationen förekommer i annan verksamhet som syftar till att förebygga, uppdaga, utreda eller beivra brott och som bedrivs av en åklagarmyndighet, Polismyndigheten, Säkerhetspolisen, Skatteverket, Tullverket eller Kustbevakningen.

Sekretess enligt bestämmelsen blir tillämplig hos domstol som i sin rättskipande eller rättsvårdande verksamhet från myndighet tar emot en uppgift som skyddas av sekretess enligt bestämmelsen hos den överförande myndigheten. I förhållande till förundersökningssekretess enligt 35 kap. 1 § p. 1 gäller en sådan överföring av sekretess dock endast om det kan antas att den enskilde eller någon närstående till denne lider skada eller men om uppgiften röjs (43 kap. 3 § andra stycket OSL). Enligt andra stycket gäller även sekretessen enligt första stycket 2 med ett rakt skaderekvisit hos domstol i dess rättskipande eller rättsvårdande verksamhet.

I den mån uppgiften omfattas av sekretess hos domstolen enligt 36 kap. 2 eller 2 a § OSL gäller emellertid dessa primära sekretessbestämmelser framför sekretessen i 35 kap. 1 § OSL (43 kap. 2 § och 7 kap. 3 § OSL).

Bestämmelsen i 35 kap. 1 § andra stycket berör alltså endast i vad mån sekretess till skydd för enskild ska gälla hos domstolarna. Bestämmelserna påverkar således inte möjligheten till sekretess med stöd av t.ex. utredningssekretessen enligt 18 kap. 1 § OSL.

Enligt 35 kap. 6 § OSL gäller sekretessen enligt 1 § första stycket bl.a. inte beslut om huruvida åtal ska väckas, beslut om att förundersökning inte ska inledas eller beslut om att förundersökning ska läggas ned, för uppgift i ärende om strafföreläggande eller föreläggande av ordningsbot.

Enligt 35 kap. 7 § OSL upphör inte sekretess avseende företagshemlig information enligt 35 kap. 1 § att gälla hos de myndigheter och i de verksamheter som anges där, om uppgiften lämnas till domstol med anledning av åtal, i den mån uppgiften omfattas av sekretess enligt 36 kap. 2 § OSL. Detsamma gäller om uppgiften uppenbarligen saknar betydelse i målet, eller om uppgiften finns i en handling som har kommit från en annan myndighet där uppgiften är sekretessreglerad.

10.2.3 Skydd för företagshemligheter i samband med införskaffande av bevisning m.m.

Förutom de allmänna bestämmelserna angående angrepp på företagshemligheter finns i FHL inga regler om införskaffande av bevisning för t.ex. den näringsidkare som drabbats av ett sådant angrepp. Att på egen hand införskaffa bevisning sker därmed bl.a. mot bakgrund av vad FHL stadgar om företagsspioneri enligt 2 och 3 §§ FHL och är således förknippat med vissa risker.⁵¹

Bevis angående angrepp på företagshemligheter kan emellertid också erhållas genom processuella åtgärder enligt t.ex. RB. Även i mål och ärenden rörande annat än företagshemligheter kan processuella åtgärder, såsom editionsföreläggande, intrångsundersökning, informationsföreläggande, husrannsakan och beslag, komma att omfatta information som innehåller företagshemligheter. Vilket skydd företagshemligheter har i samband med dessa åtgärder har också betydelse i frågan om bevarandet av företagshemligheters konfidentialitet under ett domstolsförfarande.

Editionsföreläggande

Enligt 38 kap. 2 § första stycket RB är den som innehar en skriftlig handling som kan antas äga betydelse som bevis skyldig att på yrkande förete den. Enligt 38 kap. 5 § RB får ett editionsföreläggande förenas med vite, eller så kan rätten förordna att handlingen skall tillhandahållas genom Kronofogdemyndighetens försorg.

⁵¹ Jfr Fahlbeck s. 259.

Editionsplikt gäller dock inte för den som är misstänkt i brottmål eller någon närstående till denne. Det finns enligt 38 kap. 2 § andra stycket RB heller ingen skyldighet för part att förete skriftligt meddelande mellan parten och någon till denne närstående eller mellan sådana närstående inbördes.

Den tystnadsplikt som gäller för befattningshavare eller annan som avses i 36 kap. 5 § RB gäller enligt 38 kap. 2 § andra stycket framför skyldighet att förete handling med innehåll som kan antas omfattas av denna, och även den part till vars förmån sådan tystnadsplikt gäller undantas på samma sätt från editionsplikten.

Sist i 38 kap. 2 § andra stycket nämns ett viktigt undantag från editionsplikten vad beträffar företagshemligheter, nämligen att stadgandet i 36 kap. 6 § RB om vittnes rätt att vägra att yttra sig om yrkeshemlighet äger motsvarande tillämpning i fråga om innehavare av skriftlig handling som innehåller yrkeshemlighet.⁵² Genom hänvisningen till 36 kap. 6 § RB innebär det att en innehavare av handlingen dock kan bli skyldig att förete denna om det finns synnerlig anledning till det.⁵³

Enligt huvudregeln föreligger således inte editionsplikt om handlingen innehåller företagshemlighet (yrkeshemlighet). Läget har uppfattats så att det, med hänsyn till konkurrensskador, råder ytterst stor restriktivitet när det gäller att låta ett editionsföreläggande omfatta yrkeshemligheter.⁵⁴ Detta innebär ett skydd mot s.k. ”fishing expeditions” för att otillbörligen inhämta information.⁵⁵

För att utreda frågor om bl.a. identifiering av handlingar, dessas innehåll och vem som innehar dem kan s.k. editionsförhör hållas enligt 38 kap. 4 § RB.⁵⁶ För sådant förhör gäller vad som är stadgat

⁵² Angående innebörden av begreppet ”yrkeshemlighet” i förhållande till ”företagshemlighet”, se avsnitt 10.2.1 *Förhandlingssekretess m.m.*

⁵³ Enligt rättsfallet NJA 2003 s. 107 står klart att editionsplikten i princip har samma omfattning som skyldigheten att avge muntlig utsaga om urkundens innehåll.

⁵⁴ Jfr bl.a. Lagrådets yttrande i lagutskottets betänkande 1988/89:LU30, s. 109 och prop. 2004/05:117 s. 44 med hänvisning till NJA 1995 s. 347. Se vidare Fahlbeck s. 260 f. med där gjorda ytterligare hänvisningar. Enligt 38 kap. 3 § RB stadgas förvisso att en innehavare av skriftlig handling som på grund av rättsförhållande mellan honom och part eller annars enligt lag är skyldig att utgeva handlingen eller låta annan ta del av den på samma sätt ovillkorligen är skyldig att förete den i rättegång. Som påpekats i litteraturen torde en sådan förutsättning dock endast undantagsvis vara uppfylld i rättsförhållanden där näringsidkare är part, se Fahlbeck, s. 260.

⁵⁵ Se Fahlbeck s. 260 med där gjorda hänvisningar.

⁵⁶ Problemet med att en editionssökandes motpart i någon mån behöver beskriva en ifrågasatt yrkeshemlighet för att undgå editionsplikt, respektive editionssökandens behov av kännedom om den ifrågasatta yrkeshemligheten för att kunna göra antagligt att det inte rör

angående vittnes- och partsförhör i 36 respektive 37 kap. RB. Uppgifter om företagshemligheter i ett editionsförhör kan föranleda beslut om stängda dörrar och yppandeförbud.⁵⁷

Uppgifter om företagshemligheter som ges in till domstol i samband med och efter ett editionsföreläggande aktualiserar de regler om sekretess som redogjorts för i avsnitt 10.2.1.

Intrångsundersökningar

I sju immaterialrättsliga lagar finns regler om intrångsundersökningar.⁵⁸ Undersökningen, som står husrannsakan enligt RB nära, är en civilprocessuell bevissäkringsåtgärd efter beslut av domstol för att undersöka om intrång skett på en immaterialrätt.⁵⁹ Beslutet verkställs av Kronofogdemyndigheten. För beslut om intrångsundersökning krävs att ett intrång ”skäligen kan antas”. Beslut kan även fattas interimistiskt, utan motpartens hörande. Någon motsvarande reglering i FHL angående misstänkta angrepp på företagshemligheter finns inte.

Inför ett beslut om intrångsundersökning ska domstolen göra en intresseavvägning mellan å ena sidan skälen för intrångsundersökningen och å andra sidan de men som intrångsundersökningen medför för den som drabbas av den.⁶⁰

Beslut om intrångsundersökning kan komma att omfatta material som innehåller företagshemligheter. Det finns ingen särskild reglering avsedd att skydda företagshemligheter i samband med intrångsundersökningar. Hänsyn till i vad mån företagshemligheter berörs av en undersökning är enligt lagstiftaren menad att ges utrymme i den allmänna proportionalitetsbedömningen: ”Enligt regeringens mening

sig om en yrkeshemlighet, diskuteras av Heuman i *Editionssökandens moment 22 och yrkeshemligheter*, Juridisk Tidskrift 1995/96 s. 449 f. Som lösning de lege ferenda föreslår Heuman att rätten ensam under tystnadsplikt skulle kunna få ta del av hemlig information för att på ett fylligare underlag än vad som annars typiskt sett ges bedöma den processuella frågan om editionsyrkandet ska bifallas.

⁵⁷ Angående sekretess vid editionsförhör inom ramen för ett skiljeförfarande, se avsnitt 10.2.4.

⁵⁸ Nämligen URL, patentlagen (1967:837), mönsterskyddslagen (1970:485), firmalagen (1974:156), lagen (1992:1685) om skydd för kretsmönster i halvledarprodukter och växtförädlarrättslagen (1997:306).

⁵⁹ Prop. 1998/99:11 s. 47.

⁶⁰ A. prop. s. 64 ff. Se vidare Henrik Bengtsson, *Intrångsundersökning*, [http://www.delphi.se/\\$-1/file/artiklar/aldre/00intrangsundersokninghenrik-bengtsson.pdf](http://www.delphi.se/$-1/file/artiklar/aldre/00intrangsundersokninghenrik-bengtsson.pdf), s. 502 ff.

åstadkommer man ett adekvat skydd [för företagshemligheter] om domstolen med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet gör en samlad intresseavvägning och, för det fall intrångsundersökning beviljas, anger de villkor och begränsningar som skall gälla för denna”.⁶¹ I denna bedömning ska domstolen vad avser företagshemligheter vara uppmärksam på om det föreligger konkurrensförhållanden mellan sökanden och motparten.⁶² Domstolens proportionalitetsbedömning kan alltså ge till resultat att en intrångsundersökning inte får ske, trots att ett intrång i en immaterialrätt skäligen kan antas, pga. att intresset av att inte röja företagshemligheter väger över.

Ett yrkande om intrångsundersökning kan även avslås om omständigheterna visar att sökandens intresse inte egentligen – eller i vart fall inte väsentligen – avser att klarlägga om ett intrång skett.⁶³

De flesta intrångsundersökningar beslutas utan motpartens hörande.⁶⁴ Mot denna bakgrund har påpekats att man kan utgå ifrån att domstolen i normalfallet saknar information dels om parternas inbördes relationer, dels om huruvida en intrångsundersökning i enlighet med sökandens yrkande kan tänkas omfatta information som utgör företagshemlighet. Sökandens begäran om intrångsundersökning torde därmed i normalfallet inte avslås eller ens begränsas med hänvisning till att det finns risk för röjande av företagshemligheter.⁶⁵ Därtill utgör många gånger t.ex. upphovsrättsskyddat material också företagshemlighet.⁶⁶ Risken att företagshemligheter omfattas av en intrångsundersökning får sammantaget sägas vara stor.

⁶¹ A. prop. 1998/99:11, s. 65. Se även prop. 2004/05:117 med förslag till skadestånd enligt konkurrenslagen, m.m., s. 44.

⁶² Prop. 1998/99:11 s. 87.

⁶³ Domstolen måste här, liksom vid yrkande om edition, vara uppmärksam på missbruk av institutet i form av *fishing expeditions* och andra otillbörliga syften. Jfr Fahlbeck, s. 265, Henrik Bengtsson, Ralf Lyxell, *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, s. 133.

⁶⁴ Henrik Bengtsson, Oskar Arndt, *Interimistiska förbud och bevissäkering vid angrepp på företagshemligheter*, JT 2008-09, s. 257 och 260, 2008 års utredning, s. 253. Jfr prop. 1998/99:11 s. 71 och 78 angående att interimistiska beslut utan motpartens hörande bör meddelas när det gäller material som kan undanskaffas på kort tid, t.ex. datorlagrat material.

⁶⁵ Bengtsson, *Intrångsundersökning*, [http://www.delphi.se/\\$-1/file/artiklar/aldre-00intrangsundersokninghenrik-bengtsson.pdf](http://www.delphi.se/$-1/file/artiklar/aldre-00intrangsundersokninghenrik-bengtsson.pdf), s. 506, jfr Fahlbeck, s. 265 f.

⁶⁶ Fahlbeck s. 267.

Sekretess för företagshemligheter vid intrångsundersökningar

En intrångsundersökning verkställs som nämnts av Kronofogdemyndigheten. Hos Kronofogdemyndigheten gäller enligt 34 kap. 1 § OSL sekretess i bl.a. mål eller ärende om utsökning eller indrivning för uppgift om en enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den enskilde eller någon närstående till denne lider skada eller men. I princip all tillämpning av UB och annan verkställighet omfattas av bestämmelsen.⁶⁷

En presumtion för sekretess gäller alltså hos Kronofogdemyndigheten för de uppgifter som anges i 34 kap. 1 § OSL. Tidigare gällde att sådan uppgift omfattades av sekretess endast om det kunde antas att den enskilde eller någon honom eller henne närstående skulle lida avsevärd skada eller betydande men om uppgiften röjdes. Regeringen anförde angående det tidigare gällande skaderekvisitet att ”vad gäller ekonomiska förhållanden torde man kunna utgå från att skaderekvisitet är uppfyllt om [...] informationen rör sådana kvalificerade uppgifter om affärs- eller driftsförhållanden att de kan betecknas som företagshemligheter.”⁶⁸

All personal som deltar i utförandet av intrångsundersökningen har tystnadsplikt (2 kap. 1 § OSL).

2008 års utredning har behandlat en fråga om verkan av sekretessen för företagshemligheter i förhållande till part i samband med intrångsundersökning. Enligt betänkandet utgör de handlingar som Kronofogdemyndigheten ”tar hand om” i samband med intrångsundersökningar och ”lämnar över” till sökanden inte allmänna handlingar. Något lagstöd för att besluta om förbehåll i fråga om dem finns enligt betänkandet alltså inte.⁶⁹ I betänkandet anges inget stöd för påståendet, som delvis synes bygga på ett missförstånd. Vid intrångsundersökning har Kronofogdemyndigheten inte rätt att beslagta originalhandlingar utan har endast rätt att ta kopior av material som omfattas av intrångsundersökningen. Fotografier och film- och ljudupptagningar av föremål samt kopior av och utdrag ur handlingar ska förtecknas och hållas tillgängliga för sökanden och

⁶⁷ Lenberg m.fl., kommentaren till 34 kap. 1 § OSL, Zeteo 2016-11-08.

⁶⁸ Prop. 1998/99:11 s. 77.

⁶⁹ 2008 års utredning, s. 306

motparten.⁷⁰ Det handlar alltså om kopior som tas under tjänsteutövning av befattningshavare vid Kronofogdemyndigheten och som sedan förvaras där, och vilka därmed tveklöst utgör allmänna handlingar.⁷¹ Sekretessbestämmelsen i 34 kap. 1 § OSL blir därför tillämplig avseende dessa. Presumtionen för sekretess kan därför i förhållande till andra än parterna brytas genom ett förbehåll enligt 10 kap. 14 § OSL som utformas på så sätt att det därmed står klart att uppgiften kan lämnas ut utan att den enskilde eller någon närstående till denne lider skada eller men.

Oavsett om en rättegång inletts eller inte vid beslut om intrångsundersökning är RB:s regler tillämpliga på handläggningen av frågor som rör undersökningen.⁷² Parternas insynsrätt angående det material undersökningen omfattar synes därför i litteraturen ha förutsatts grunda sig i RB. I förhållande till den ändring av 10 kap. 4 § OSL som gäller från och med 1 april 2017 innebär detta numera inget hinder mot att en part i förfarandet får ta del av sekretessbelagd information med förbehåll. De särskilda begränsningarna avseende förbehåll mot part som nämns i 10 kap. 4 § andra stycket OSL träffar enligt ordalydelsen inte de fall då förbehållet ställs upp av Kronofogdemyndigheten. Det är dock tveksamt om en motsatstolkning har skäl för sig i med hänsyn till det huvudsakliga syftet bakom bestämmelsen, nämligen att en part i ett förfarande enligt RB inte får förbjudas att själv ta del av materialet.⁷³ (Om i stället parternas insynsrätt ska anses grunda sig i respektive regel i de immaterialrättsliga lagstiftningarna om att materialet från en intrångsundersökning ska hållas tillgängligt för parterna kan också ett förbehåll enligt 10 kap. 4 § OSL meddelas, dock att de särskilda begränsningarna enligt 10 kap. 4 § andra stycket i sådant fall inte blir gällande). Det är också i princip möjligt att vägra part att ta del av uppgiften i den utsträckning det med hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att uppgiften inte röjs (10 kap. 3 § första stycket andra meningen OSL). Med hänsyn till att reglerna om intrångsundersökning stadgar att materialet från undersökningen ska

⁷⁰ Se t.ex. 9 kap. 59 f och h §§ patentlagen (1967:837).

⁷¹ Jfr t.ex. JO 1986/87 s. 195. Förarbetena till intrångsundersökningsreglerna har heller inte utgått från annat än att det skulle röra sig om allmänna handlingar, varför det där bl.a. poängteras att det krävs lagstöd för att återlämna dessa till den som utsatts för undersökningen vid de fall sökanden inte väcker talan i rätt tid, se prop. 1998/99:11 s. 81.

⁷² Se t.ex. 7 kap. 56 c § andra stycket URL.

⁷³ se prop. 2016/17:68 s. 118 f.

hållas tillgängligt för parterna är det dock svårt att tänka sig att det skulle komma på fråga att hemlighålla delar av materialet för part på denna grund.

För det fall företagshemligheter som blivit föremål för en intrångsundersökning blir del av material vid domstolen kan det gälla sekretess för uppgifterna där enligt OSL (se avsnitt 10.2.1).

Tillämpliga sekretessbestämmelser avseende företagshemlig information hos Kronofogdemyndigheten är inte tillämpliga hos domstol som mottager den sekretessreglerade uppgiften i den mån uppgiften omfattas av sekretess där enligt 36 kap. 2 § eller 2 a § OSL (43 kap. 2 och 3 §§ OSL).

Övrigt angående företagshemligheter vid intrångsundersökningar

I den juridiska litteraturen har framhållits att det är vanligt att bevis angående angrepp på företagshemligheter uppdragas i samband med intrångsundersökningar gällande immaterialrättsintrång.⁷⁴ Domstolarnas acceptans gentemot att sådan ”överskottsinformation” åberopas som bevisning i mål om angrepp på företagshemligheter ska ha lett till att de starka krav som tidigare rests på att regler om intrångsundersökningar skulle införas även beträffande företagshemligheter nu synes ha avtagit.⁷⁵

Fahlbeck har ifrågasatt om denna tillämpning av principen om fri bevisprövning kan anses förenlig med Europakonventionens krav om rätt till respekt för egendom (artikel 1, Tilläggsprotokoll 1), samt även rätten till skydd för privatlivet (artikel 8) och rätten till rättvis rättegång (artikel 6).⁷⁶

⁷⁴ Se t.ex. 2008 års utredning s. 254, Bengtsson, Lyxell s. 112 f., Bengtsson, Arndt s. 252, samt Henrik Bengtsson, Johan Kahn, *Företagshemligheter i domstolarnas praxis*, Ny Juridik, 3:05, s. 31 och 34 f.

⁷⁵ Fahlbeck, s. 267.

⁷⁶ *Ibid.* s. 267.

Informationsföreläggande

I samma sju immaterialrättsliga lagar som möjliggör intrångsundersökningar finns även regler om informationsföreläggande.⁷⁷ Liksom intrångsundersökning är informationsföreläggande en civilprocessuell åtgärd för att undersöka om intrång skett på en immaterialrätt. Åtgärden innebär ett föreläggande för den som påstås ha gjort eller medverkat till ett intrång att tillhandahålla information om ursprung och distributionssätt för de varor eller tjänster som intrånget gäller. Den är även tillämplig vid försök eller förberedelse. Föreläggande kan meddelas interimistiskt.

För att ett föreläggande ska meddelas krävs att sökanden visar ”sannolika skäl” för att det har begåtts ett intrång. Ett föreläggande kan meddelas oberoende av om det pågår en rättegång om immaterialrättsintrång och även om informationen inte är avsedd för framtida rättegång, utan t.ex. endast för att identifiera en distributör av vissa intrångsgörande varor, för att sedan begära information från denna om vem som har tillverkat eller importerat varorna.⁷⁸

Informationen ska lämnas till rättighetshavaren. Någon myndighet är alltså inte inblandad av verkställigheten av beslutet om informationsföreläggande.⁷⁹ Den som tar emot informationen har i princip frihet att utnyttja denna, så även information om företagshemligheter. OSL:s regler om sekretess blir överhuvudtaget inte tillämpliga på informationen i detta sammanhang. Om informationen skyddas av annan lagstiftning, t.ex. inom immaterialrätten, kvarstår dock de begränsningar som följer av detta.

Liksom inför beslut om intrångsundersökning ska ett beslut om informationsföreläggande föregås av en proportionalitetsbedömning där domstolen ska pröva om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär.

I frågan om det lägre beviskravet ”sannolika skäl” i förhållande till ett normalt beviskrav (styrkt) riskerar att leda till att företagshemligheter röjs i allt för stor utsträckning har regeringen i förarbetena uttalat att⁸⁰

⁷⁷ Se not 58.

⁷⁸ Prop. 2008/09:67 s. 260.

⁷⁹ Olsson m.fl., kommentaren till 7 kap. 53 c URL, Zeteo 2016-09-22.

⁸⁰ Prop. 2008/09:67 s. 149 f.

Vad gäller skyddet för företagshemligheter ger lagen om företagshemligheter [...] endast skydd för sådana kunskaper som har betydelse för näringsidkaren när denne konkurrerar på marknaden med de konkurrensmedel som är förenliga med sund konkurrens. Även med ett något sänkt beviskrav ska en domstol med viss säkerhet ha kommit fram till att handel med intrångsgörande varor eller tjänster skett. Sådan handel är inte ett konkurrensmedel som är förenligt med sund konkurrens. Även en intrångsundersökning, som kan beslutas när någon skäligen kan antas ha begått ett intrång, kan innebära att företagshemligheter av olika slag röjs. I de fallen har det ansetts tillräckligt att domstolen i det enskilda fallet gör en intresseavvägning och, för det fall att intrångsundersökning beviljas, anger de villkor och begränsningar som skall gälla för undersökningen. Motsvarande intresseavvägning ska göras i fråga om rätten till information [...]. Mot den bakgrunden anser regeringen att intresset av att skydda företagshemligheter inte bör hindra att det införs ett sänkt beviskrav i fråga om rätten till information [...].

Som nämnts finns det inget särskilt skydd avseende hur en sökande får använda information om företagshemligheter som han eller hon får del av genom ett informationsföreläggande. För det fall sådana uppgifter blir del av materialet vid domstolen kan det dock gälla sekretess för uppgifterna där enligt OSL (se avsnitt 10.2.1).

I litteraturen har påpekats att utnyttjande av information som erhållits genom ett informationsföreläggande möjligen skulle kunna aktualisera ansvar för olovligt brukande enligt 10 kap. 7 § BrB och skadeståndsansvar enligt 2 kap. 2 § SkadestL.⁸¹

Förvarstagande enligt 15 kap. RB (civilrättsligt beslag)

15 kap. RB innehåller regler om olika civilprocessuella säkerhetsåtgärder, såsom kvarstad m.m.⁸² I 15 kap. 3 § RB anges följande. Om någon visar sannolika skäl för att han mot någon annan har ett anspråk, som är eller kan antas bli föremål för rättegång eller prövning i annan liknande ordning, och det skäligen kan befaras att motparten genom att utöva viss verksamhet eller företa eller underlåta viss handling eller på annat sätt hindrar eller försvårar utövningen av

⁸¹ Fahlbeck s. 271.

⁸² Se även avsnitt 8.2.2.

sökandens rätt eller väsentligt förringar dess värde, får domstolen förordna om lämplig åtgärd för att säkerställa sökandens rätt. Domstolen kan på grundval av 15 kap. 3 § RB förordna om att varor som misstänks göra intrång i en immateriell rättighet ska omhändertas, för att säkerställa ett anspråk på att de exempelvis skall ändras eller förstöras. På motsvarande sätt kan rätten förordna att viss information kan tas i förvar. Beslut enligt 15 kap. 3 § RB kan på så vis omfatta företagshemlig information. Ett yrkande om beslag jämlikt 15 kap. 3 § RB syftar till att frånhända angriparen besittning över angreppsföremålet och i förlängningen förhindra ett vidare förfogande över detsamma. Beslut enligt 15 kap. 3 § RB kan meddelas interimistiskt utan parts hörande (15 kap. 5 § RB).

Åtgärden får beviljas endast om sökanden hos rätten ställer säkerhet för skada som kan tillfogas motparten. Om sökanden visar synnerliga skäl för sitt anspråk, får dock rätten besluta om åtgärd utan säkerhet. Staten, kommuner, landstingskommuner och kommunalförbund behöver inte ställa säkerhet (15 kap. 6 § RB).

Trots att det inte framgår uttryckligen av bestämmelserna i 15 kap. RB ska inför varje beslut om säkerhetsåtgärd göras en proportionalitetsbedömning vad avser sökandens intresse av åtgärden i förhållande till de skadeverkningar den kan ha.⁸³ En säkerhetsåtgärd enligt 15 kap. 3 § RB skulle därmed, i vart fall i teorin, kunna komma att avslås på grund av att den skulle omfatta företagshemligheter (tillkommande annan än sökanden) i oproportionerlig grad.

Förvarstagande enligt 15 kap. 3 § RB är, liksom övriga åtgärder i 15 kap. RB, alltså inte avsett att fungera som en bevissäkringsåtgärd, utan för att säkerställa en meningsfull dom, dvs. för att garantera en framtida effektiv verkställighet.⁸⁴ I litteraturen har påpekats att åtgärden dock i praktiken många gånger kommit att fungera som en utrednings- och bevissäkringsåtgärd, med beslut från domstol om möjlighet för sökanden att undersöka förvarstagat material eller beslut om att materialet ska överlämnas till sökanden.⁸⁵ I det senare fallet blir det förvisso inte ens fråga om ett förvarstagande. Om överlämnandet i sådant fall avser företagshemlig information tillhörande

⁸³ Jfr bl.a. rättsfallen NJA 1993 s. 182 och NJA 1995 s. 631.

⁸⁴ Peter Westberg, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål*, bok 1, 2004, s. 94.

⁸⁵ Bengtsson, Arndt s. 249.

sökanden är det i praktiken närmast fråga om ett beslut om överlämnande jämlikt 14 § FHL.⁸⁶

Ett förvarstagande enligt 15 kap. 3 § RB verkställs av Kronofogdemyndigheten. I litteraturen har förordats att rätten ska förordna en syssloman, exempelvis en advokat, att omhänderta, förvara och vårda egendomen.⁸⁷

Hos Kronofogdemyndigheten gäller enligt 34 kap. 1 § OSL sekretess för företagshemliga uppgifter enligt vad som redogjorts för ovan angående intrångsundersökningar. Tystnadsplikt för en av rätten förordnad syssloman torde följa med själva uppdraget, i den mån tystnadsplikt för denne inte också ska anses gälla enligt 36 kap. 2 § och 2 kap. 1 § andra stycket OSL.

I litteraturen har framförts att förvarstagen information inte kan göras tillgänglig för sökanden eftersom syftet med bestämmelsen i 15 kap. 3 § RB inte är att säkra bevisning åt denne.⁸⁸ Emellertid gäller förmodligen partsinsyn hos Kronofogdemyndigheten vid ett civilrättsligt beslag.⁸⁹ Mot bakgrund av att förvarstagande enligt bestämmelsen är en åtgärd grundad i RB kan det diskuteras om det förbehåll som kan tillämpas vid ett utlämnande av sekretessbelagda uppgifter enligt 10 kap. 4 § första stycket OSL dessutom ska vara underkastat de begränsningar som följer av andra stycket (jfr diskussionen under *Intrångsundersökningar* ovan).

I den mån företagshemliga uppgifter från ett civilrättsligt beslag blir del av materialet hos domstolen kan det omfattas av sekretess där enligt 36 kap 2 § OSL, se avsnitt 10.2.1. Tillämpliga sekretessbestämmelser avseende företagshemlig information hos Kronofogdemyndigheten är inte tillämpliga hos domstol som tar emot den sekretessreglerade uppgiften i den mån uppgiften omfattas av sekretess där enligt 36 kap. 2 § OSL (43 kap. 2 och 3 §§ OSL).

⁸⁶ Se även avsnitt 8.4.2.

⁸⁷ Peter Westberg, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål*, bok 2, 2004, s. 48.

⁸⁸ Bengtsson, Arndt s. 249, med där gjorda hänvisningar.

⁸⁹ Jfr rättsfallet RÅ 1994 ref 79 och Regeringsrättens dom den 7 juni 2001 i mål nr 2808-2000. Jfr även Trygve Hellners, Bo Malmqvist, kommentaren till 16 § förvaltningslagen (1986:223), Zeteo 2010-05-31.

Beslag enligt 27 kap. RB (straffrättsligt beslag)

Enligt 27 kap. 1 § RB får föremål som skäligen kan antas ha betydelse för utredning om brott eller vara avhänt någon genom brott eller förverkat på grund av brott tas i beslag. Detsamma gäller föremål som skäligen kan antas ha betydelse för utredning om förverkande av utbyte av brottslig verksamhet enligt 36 kap. 1 b § BrB. Åtgärden ska enligt tredje stycket föregås av en proportionalitetsbedömning.

Enligt 27 kap. 2 § RB får en skriftlig handling inte tas i beslag om den kan antas innehålla uppgifter som en befattningshavare eller någon annan som avses i 36 kap. 5 § inte får höras som vittne om och handlingen innehåller av honom eller henne eller av den som tystnadsplikten gäller till förmån för.

Huvudregeln i 27 kap. 2 § andra stycket om att ett skriftligt meddelande mellan den misstänkte och en närstående som avses i 36 kap. 3 §, eller mellan sådana närstående inbördes, inte får tas i beslag, gäller inte vid förundersökning om företagsspioneri enligt 3 § FHL, om det finns anledning att anta att gärningen har begåtts på uppdrag av eller har understötts av en främmande makt eller av någon som har agerat för en främmande makts räkning. Detta undantag gäller även vid utredning om grovt företagsspioneri och grov olovlig befattning med företagshemlighet enligt 3 och 4 §§ FHL, liksom för en rad andra brott där företagshemligt material kan förekomma (se 27 kap. 2 § andra stycket 1, 5 och 6).

Det råder presumtion för sekretess under förundersökningen avseende företagshemliga uppgifter som omfattas av beslag enligt 35 kap. 1 § första stycket 1 OSL. Det kan även råda utredningssekretess för uppgiften enligt 18 kap. 1 § OSL (se avsnitt 10.2.2).

Som redogjorts för ovan i avsnitt 10.2.1 *Partsinsyn* har en misstänkt från underrättelse om skälig misstanke som huvudregel insynsrätt enligt RB.

Angående överföring av förundersökningssekretess till domstol, se avsnitt 10.2.2. I den mån företagshemliga uppgifter blir del av materialet hos domstolen kan det omfattas av sekretess där enligt 36 kap. 2 § OSL, se avsnitt 10.2.1. Efter åtal fortsätter sekretessen enligt 35 kap. 1 § OSL att gälla hos de myndigheter och i de verksamheter som anges där om sekretess för uppgiften gäller hos domstol enligt 36 kap. 2 § OSL (35 kap. 7 § första stycket 1, se 10.2.2).

Husrannsakan

Om det finns anledning att anta att ett brott har begåtts på vilket fängelse kan följa, får enligt 28 kap. 1 § första stycket RB husrannsakan företas i hus, rum eller slutet förvaringsställe för att söka efter föremål som kan tas i beslag eller i förvar eller annars för att utröna omständigheter som kan vara av betydelse för utredning om brottet eller om förverkande av utbyte av brottslig verksamhet enligt 36 kap. 1 b § BrB. Husrannsakan förutsätter att en brottsutredning pågår och verkställs av Polismyndigheten eller Tullverket.

Fängelse ingår i straffskalan för företagsspioneri enligt 3 § FHL och för olovlig befattning med företagshemlighet enligt 4 § FHL. Fängelse ingår vidare i straffskalan för åtskilliga brott i BrB som avser hemligt material, t.ex. spioneri, liksom för ett antal andra brott som kan vara aktuella vid brottsundersökningar där företagshemligt material kan finnas, som t.ex. brotten trolöshet mot huvudman enligt 10 kap. 5 § BrB och olovligt brukande enligt 10 kap. 7 § BrB.

Det råder presumtion för sekretess avseende uppgifter som omfattas av husrannsakan under förundersökning enligt 35 kap.

1 § första stycket 1 OSL. Utredningssekretess kan även gälla enligt 18 kap. 1 § OSL. Angående misstänkts insynsrätt se avsnitt 10.2.1 *Partsinsyn*. Om överföring av sekretess till domstol, se 10.2.2. I den mån företagshemliga uppgifter blir del av materialet hos domstolen kan det omfattas av sekretess där enligt 36 kap 2 § OSL, se avsnitt 10.2.1.

Hemliga tvångsmedel

Bevissäkring i brottmål får även under vissa förutsättningar ske genom hemliga tvångsmedel enligt 27 kap. RB. Åtgärder som ryms inom denna kategori är hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation (27 kap. 18 §), hemlig övervakning av elektronisk kommunikation (27 kap. 19 §), hemlig kameraövervakning (27 kap. 20 a §) och hemlig rumsavlyssning (27 kap. 20 d §). Åtgärderna kan i varierande grad aktualiseras vid utredning om brott enligt FHL, och kan i även andra sammanhang omfatta företagshemlig information. För användande av ett hemligt tvångsmedel ställs bl.a. det kravet att åtgärden är av synnerlig vikt för utredningen.

Förundersökningssekretess gäller för företagshemlig information enligt 35 kap. 1 § första stycket OSL. Den tystnadsplikt som följer av regeln till om skydd för det allmännas brottsförebyggande och brottsbeivrande verksamhet i 18 kap. 1 § OSL för uppgift som hänförs till förundersökning i brottmål eller till angelägenhet som avser användning av tvångsmedel i sådant mål, innebär i fråga om hemliga tvångsmedel att det enligt 18 kap. 19 § OSL inte heller råder någon meddelarfrihet. Angående misstänkts insynsrätt se avsnitt 10.2.1 *Partsinsyn*. Om överföring av sekretess till domstol, se 10.2.2.

När en ansökan eller anmälan om hemlig avlyssning av elektronisk kommunikation, hemlig kameraövervakning eller hemlig rumsavlyssning har kommit in till rätten, ska rätten enligt 27 kap. 19 § RB så snart som möjligt utse ett offentligt ombud i ärendet och hålla ett sammanträde. Vid sammanträdet ska åklagaren och det offentliga ombudet närvara.

Det torde alltid finnas förutsättningar att med stöd av 18 kap. 1 § (eller 18 kap. 7 §) OSL förordna att sammanträdet enligt 5 kap. 1 § RB ska hållas inom stängda dörrar.⁹⁰ Sekretessbestämmelsen är då tillämplig även under domstolens fortsatta handläggning av ärendet, om domstolen inte beslutar annat. Förutsättningar att meddela yppandeförbud föreligger likaså. Sedan domstolen skilt ärendet från sig fortsätter dock sekretessbestämmelsen att vara tillämplig endast i den utsträckning domstolen i beslutet har förordnat om det (se avsnitt 10.2.1).

Enligt 27 kap. 30 § RB får den som förordnats som offentligt ombud i ett ärende om hemliga tvångsmedel inte obehörigen röja vad han eller hon i ärendet fått kännedom om. Den tystnadsplikt som föreskrivs i paragrafen innebär att det offentliga ombudet kan dömas enligt 20 kap. 3 § BrB, om ombudet obehörigen röjer en uppgift som han eller hon fått del av genom uppdraget. Det bör särskilt framhållas att ombudet inte står i något särskilt förhållande till den misstänkte eller till någon annan som berörs av verkställigheten av tvångsmedlet. Skulle det offentliga ombudet lämna ut uppgifter om det hemliga tvångsmedlet till någon av dessa, kan det därför inte anses ske behörigen på grund av någon särställning dem emellan. Det offentliga ombudet är dock inte förhindrad att lämna

⁹⁰ Heuman m.fl. s. 59.

uppgifter till en högre rätt i samband med ett överklagande eller till tillsynsmyndigheter i syfte att påtala missförhållanden.

Det offentliga ombudet omfattas inte av regleringen i OSL på annat sätt än att meddelarfriheten inskränks, om domstolen enligt 5 kap. 4 § RB vid sammanträdet förordnar att en sekretessbelagd uppgift som förekommit under sammanträdet inte får uppenbaras (se 44 kap. 2 § OSL). Ett offentligt ombud som bryter mot domstolens förordnande enligt den paragrafen kan dömas till böter enligt 9 kap. 6 § RB (för advokater gäller även sanktionerad tystnadsplikt enligt 8 kap. 4 § RB). Uppgifter som omfattas av sekretess kan enligt 10 kap. 10 § andra stycket OSL lämnas ut till det offentliga ombudet utan hinder av sekretessreglerna. Det framgår av 10 kap. 13 § samma lag att ett sådant utlämnande inte får förenas med villkor enligt den paragrafen.⁹¹

10.2.4 Skydd för företagshemligheter i samband med skiljeförfarande

Ett alternativ till domstolsförfarande för att erhålla ett avgörande med samma rättsverkan som det från domstol utgör skiljeförfarande enligt lagen (1999:116) om skiljeförfarande (LSF). Även om det är fråga om ett privat alternativ till domstolsförfarandet, är det alltså likväl ett alternativ som sanktioneras av lag. Det blir därför i detta sammanhang av intresse vilka möjligheter till skydd för företagshemligheters konfidentialitet som rättsordningen ställer upp för denna form av tvistelösning.

Skiljenämnder är inte domstolar eller myndigheter i grundlagarnas mening. Offentlighetsprincipen gäller därför inte i en skiljenämnd. Därav följer emellertid inte automatiskt någon sekretess, dvs. någon sanktionerad skyldighet för de inblandade att hemlighålla uppgifter. OSL gäller inte heller i en skiljenämnd.

En allmän utgångspunkt för bedömningen av bevarandet av företagshemligheters konfidentialitet vid ett skiljeförfarande är att förfarandet grundas på ett avtal. Härav följer att förfarandet är av privat

⁹¹ Fitger m.fl., Kommentaren till 27 kap. 30 § RB, Zeteo 2016-12-20. Märk här att bestämmelsen är svårförenlig med möjligheten att förordna om yppandeförbud för det offentliga ombudet avseende samma uppgifter.

karaktär, något som inte rubbas av att förfarandet i vissa hänseenden är reglerat i lag.⁹²

Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 2000 s. 538 uttalat följande:

Av skiljeförfarandets privata karaktär följer att utomstående inte har någon rätt att vara närvarande vid förhandling under förfarandet eller att ta del av inlagor i tvisten. Det torde vidare råda en i princip enhälligt uppfattning om att skiljemän på grund av det uppdrag som givits dem har att iakta diskretion om skiljeförfarandet; detta gäller även en skiljeman som har utsetts av domstol. Ett partsombud torde anses ha en liknande skyldighet gentemot huvudmannen grundad på det erhållna uppdraget.⁹³ För parterna gäller dock inte tystnadsplikt, såvida dessa inte har träffat överenskommelse därom.

Vad gäller företagshemligheter har Högsta domstolen i samma rättsfall dock dessutom uttalat att det enligt 6 § FHL gäller att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare, som han i förtroende har fått del av i samband med en affärsförbindelse med denne, ska ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. Vidare uttalade domstolen följande.

Ifall dessa förutsättningar är uppfyllda beträffande något som förekommer i ett skiljeförfarande, föreligger alltså skyldighet på grund av lag att inte lämna ut uppgiften vid äventyr av skadeståndsskyldighet (jfr NJA II 1990 s. 590).

Vid sidan om den diskretion som Högsta domstolen uttalat allmänt anses åvila en skiljeman, har i litteraturen föreslagits att en skiljeman i fråga om företagshemligheter i ett skiljeförfarande också faller under skadeståndsregeln i 6 § FHL.⁹⁴

Skiljedomsutredningen har sammanfattningsvis påpekat, vad gäller möjligheten att hemlighålla själva tvisten, att⁹⁵

⁹² Lagregleringen syftar närmast till att ge skiljeförfarandet en viss stadga och kvalitet och krävs för att skiljeavtal och skiljedom ska tillerkännas rättsverkan, bl.a. i fråga om rättegångshinder och verkställbarhet, se rättsfallet NJA 2000 s. 538, NJA II 1929 s. 6 f. och prop. 1998/99:35 s. 41 f.

⁹³ För advokater gäller dessutom lagfäst tystnadsplikt enligt 8 kap. 4 § RB.

⁹⁴ Fahlbeck s. 273, SOU 1995:65 s. 185 f.

⁹⁵ SOU 1995:65 s. 186.

Det praktiska resultatet torde i allmänhet vara att en tvist inte kommer till allmänhetens kännedom när den prövas i skiljeförfarande medan motsatsen är fallet i rättegång. Man måste emellertid hålla i minnet att skiljeförfarandets konfidentiella karaktär vilar på en ganska svag rättslig grund. En part som av någon anledning vill ge offentlighet åt tvisten är oförhindrad att göra det. Vid t.ex. klander av skiljedomen kan även domstolsoffentligheten röja tvisten.

Som nämnts i avsnitt 10.2.1 gäller enligt 36 kap. 2 § tredje stycket presumtion för sekretess för uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftförhållanden och som lämnas vid ett förhör enligt 26 eller 50 § LSF, om part begär det.

Regleringen i 36 kap. 2 § tredje stycket omfattar dock inte alla bevisupptagningsituationer. Bl.a. omfattas inte editionsföreläggande. Skälet härför är att den som ansöker om ett sådant har möjlighet att begära att handlingen ska utlämnas till någon annan än domstolen, t.ex. direkt till skiljenämnden, och därigenom undvika att handlingen blir offentlig.⁹⁶

I fråga om editionsförhör vid domstol som kan komma att hållas i anledning av ett editionsyrkande från en part i skiljeförfarande, har Edelstam påpekat att presumtionen för sekretess enligt 36 kap. 2 § tredje stycket OSL uttryckligen endast gäller för förhör enligt 26 och 50 §§ LSF, och att sådant förhör inte omfattar editionsförhör med annan än part, vittne eller sakkunnig. För editionsförhör med annan än nu nämnda kan det därför vara tveksamt om presumtionen för sekretess enligt 36 kap. 2 § tredje stycket OSL gäller. Edelstam menar dock att ändamålet bakom sekretessregeln talar för att den borde tillämpas även i detta fall. Även här inskränker sig ju domstolens roll till att registrera och vidarebefordra bevisfakta till skiljenämnden, dvs. domstolen ska inte själv lägga dessa till grund för något avgörande.⁹⁷

⁹⁶ Edelstam s. 144, SOU 1995:65 s. 191 och prop. 1998/99:35 s. 119.

⁹⁷ Edelstam s. 144.

10.2.5 Sekretess till skydd för enskild inom verksamhet som rör skatt, tull, m.m. enligt 27 kap. OSL

Som huvudregel gäller absolut sekretess för uppgift om enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden i verksamhet som avser bestämmande av skatt och vissa andra åtgärder inom skatteförfarandet (27 kap. 1 och 2 första stycket §§ OSL). Från denna absoluta sekretess gäller vissa undantag enligt 27 kap. 2 och 6–9 §§ OSL.⁹⁸ Den sekretess som kan gälla för företagshemligheter enligt 27 kap. 1 och 2 §§ OSL gäller även för dessa uppgifter hos Tullverket, om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att den enskilde lider skada eller men, dvs. med en presumtion om sekretess (27 kap. 3 § första stycket OSL).⁹⁹ Vad avser uppgift om en enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden i samband med tullkontroll som inte utgör särskilt ärende om skattekontroll utan som består i faktisk verksamhet, såsom rutinmässig fysisk kontroll av gods och transportmedel, gäller absolut sekretess enligt 27 kap. 2 § första stycket p. 1 OSL. I förhållande till bestämmelsen om presumtion för sekretess med omvänt skaderekvisit angående uppgifter hos Tullverket enligt 27 kap. 3 § OSL, som alltså inte föreskriver absolut sekretess angående det som omfattas av 27 kap. 1 och 2 §§, kan detta te sig motsägelsefullt. I den tidigare SekrL framgick tydligare genom bestämmelserna i 9 kap. 1 och 2 §§ att det gällde absolut sekretess för uppgift i samband med sådan tullkontroll som avses i nuvarande 27 kap 2 § första stycket p. 1 OSL, framför den sekretess med omvänt skaderekvisit som i övrigt gällde för uppgift hos Tullverket. Kommentaren till OSL utgår från att nuvarande regler i 27 kap. – som liksom de övriga reglerna i 21–40 kap. OSL inte är avsedda att innebära någon saklig skillnad jämfört med SekrL¹⁰⁰ – innebär att absolut sekretess för uppgift i samband med tullkontroll enligt 27 kap. 2 § första stycket punkten 1 OSL gäller framför presumptionen om sekretess för uppgift hos Tullverket enligt 27 kap 3 § OSL.¹⁰¹

⁹⁸ Se not 28 angående exempel på undantag enligt 27 kap. 1 och 2 §§ OSL, se vidare avsnitt 10.3.9.

⁹⁹ Motsvarande sekretess gäller enligt 27 kap. 3 § andra stycket i en myndighets verksamhet som avser förande av eller uttag ur tulldatabasen enligt lagen (2001:185) om behandling av uppgifter i Tullverkets verksamhet för uppgift som har tillförts databasen. Undantag från sekretess enligt 27 kap. 6 § gäller enligt 27 kap. 3 § tredje stycket även hos Tullverket.

¹⁰⁰ Se prop. 2008/09:150 s. 373.

¹⁰¹ Jfr Lenberg m.fl., kommentaren till 27 kap. 2 § OSL, Zeteo 2016-11-08.

Sekretess för företagshemlighet i allmän handling enligt nu nämnda bestämmelser gäller i högst 20 år.¹⁰²

Vid skatteprocess i domstol gäller sekretess enligt 27 kap. 1–3 §§ OSL om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs, alltså med ett vanligt rakt skaderekvisit.¹⁰³ Får en domstol i ett mål från en annan myndighet en sekretessreglerad uppgift och saknar uppgiften betydelse i målet, blir dock sekretessbestämmelsen tillämplig på uppgiften även hos domstolen (27 kap. 4 § OSL). Vid förvaltningsdomstol kan reglerna om förbehåll enligt såväl 10 kap. 4 § som 14 § OSL tillämpas.

Gällande undantag från sekretess för företagshemlig information i samband med vissa beslut på skatteområdet, se avsnitt 10.3.9.

Skydd för företagshemligheter i samband med Tullverkets undersökning om immaterialrättsintrång

Tullverket kan efter ansökan inleda ett förfarande i syfte att fastställa om en immateriell rättighet har utsatts för intrång. När Tullverket misstänker att varor utgör intrång i immateriella rättigheter ska verket i vissa fall lämna rättighetshavaren uppgifter om varorna och om varornas ursprung och distributionskanaler. Reglerna finns i rådets förordning (EU) nr 608/2013 av den 12 juni 2013 (nedan "Förordningen")¹⁰⁴ med kompletterande bestämmelser i tullagen (2016:253). 27 kap. 9 § OSL förtydligar att det i Förordningen finns bestämmelser om att uppgift i vissa fall får lämnas till enskild.

Förordningen ger sökanden en ovillkorlig rätt att använda informationen för att ta till vara sin rätt i förhållande till ett immaterialrättsintrång, men tillåter enligt artikel 21 inte annan användning av informationen. Om sökanden använder de uppgifter som lämnats av den behöriga tullmyndigheten för andra ändamål än de som föreskrivs i artikel 21 får den behöriga tullenheten i den medlemsstat där informationen lämnades eller missbrukades bl.a. återkalla beslutet att bevilja ansökan och vägra att förlänga den period under vilken tull-

¹⁰² För uppgift om avgift enligt lagen om avgift till registrerat trossamfund gäller dock sekretessen i högst 70 år.

¹⁰³ Kommentaren till 27 kap. 4 § OSL utgår från att uppgifter om ett företags affärs- eller driftförhållanden normalt torde vara sekretessbelagda (Lenberg m.fl., kommentaren till 27 kap. 4 § OSL, Zeteo 2016-11-08).

¹⁰⁴ Se bl.a. artiklarna 17.4, 18.5, 19, och 26.8.

myndigheterna ska ingripa (artikel 16). Bortsett konsekvenser för själva förfarandet innehåller Förordningen i övrigt inga sanktioner mot den som missbrukar den information denne fått ut. Förordningen överlåter emellertid till medlemsstaterna att avgöra om det ska finnas andra sanktioner mot otillåten användning av informationen.

I lagstiftningsärendet avseende den ursprungliga förordningen på området ([EG] nr 1383/2003) diskuterades frågan om det borde införas ytterligare användningsbegränsningar beträffande information som erhållits från tullmyndigheterna och sanktioner avseende överträdelse av dessa. Sveriges Advokatsamfund ansåg att Sverige borde utnyttja möjligheten att införa bestämmelser i FHL som begränsar rätten att använda information som lämnats ut. Lunds universitet ansåg att det eventuellt borde skapas ytterligare och starkare garantier för att den information som rättighetshavaren får ta del av inte missbrukas. Regeringen ansåg att det inte fanns beredningsunderlag för att då föreslå några särskilda bestämmelser om saken men att det dock kunde finnas anledning att återkomma till frågan i samband med den översyn av FHL som kom att ske i och med 2008 års utredning.¹⁰⁵ I sitt betänkande anförde 2008 års utredning följande.¹⁰⁶

Förvaltningsmyndigheter och domstolar som inte tillämpar RB kan [...] när en sekretessbelagd uppgift lämnas ut till en enskild ställa upp förbehåll som inskränker den enskildes rätt att lämna uppgiften vidare eller att utnyttja den. De som bryter mot ett sådant förbehåll kan straffas för brott mot tystnadsplikt. Enligt vår bedömning innebär dessa regler att det redan i dag finns goda möjligheter att skydda företagshemligheter i allmänna handlingar som lämnas ut till en part hos en förvaltningsmyndighet eller en förvaltningsdomstol. Detta gäller t.ex. handlingar som Tullverket lämnar ut till rättighetshavare i vissa fall vid misstanke om att varor utgör intrång i immateriella rättigheter.

Utgångspunkten att Tullverket skulle kunna ställa upp förbehåll gentemot part när information lämnas över i samband med en undersökning enligt Förordningen förutsätter att sekretess enligt OSL gentemot parten i och för sig gäller, men att denna inte hindrar parten att ta del av informationen. Förordningens regler tillsammans

¹⁰⁵ Prop. 2005/06:89 s. 19 f.

¹⁰⁶ 2008 års utredning s. 24.

med 27 kap. 9 § OSL skulle därmed inte innebära annat än det som gäller om parts rätt till insyn trots sekretess enligt 10 kap. 3 § OSL. Detta synes vara riktigt. I detta sammanhang är värt att notera att Förordningen inte ger någon annan än en innehavare av ett beslut om undersökning rätt till information, dvs. till någon som utgör part i förhållande till Tullverket enligt 16 § FL. Reglerna om parts rätt till information från Tullverkets undersökning innebär alltså inte att sekretess enligt OSL inte i och för sig gäller för informationen.¹⁰⁷ Det finns därför, som 2008 års utredning uttalat, möjlighet för Tullverket att lämna ut informationen med ett förbehåll enligt 10 kap. 4 § OSL. Ett sådant förbehåll kan, i enlighet med Förordningens regler, förbjuda all användning av informationen som inte innebär ett tillvaratagande av partens rätt enligt artikel 21.

I den mån företagshemlig information från Tullverkets undersökning blir del av material vid domstol kan sekretess gälla för denna enligt vad som redogjorts för ovan (se avsnitt 10.2.1). Tillämpliga sekretessbestämmelser avseende företagshemlig information hos Tullverket är inte tillämpliga hos domstol som mottager den sekretessreglerade uppgiften i den mån uppgiften omfattas av sekretess där enligt 36 kap. 2 § OSL (43 kap. 2 och 3 §§ OSL).

10.2.6 Beslut om sekretess och möjlighet att överklaga

Frågor om sekretess avseende företagshemlig information i samband med domstolsförfaranden prövas som nämnts inledningsvis i avsnitt 10.2.1, av den beslutande myndigheten ensam. Som också framgått under nämnda avsnitt är i dock två fall parts yrkande om sekretess en förutsättning för att frågan om sekretess ska prövas, nämligen när det rör företagshemlig information i samband med upptagning av förhör vid domstol inom ramen för ett skiljeförfarande (36 kap 2 § tredje stycket OSL), eller i samband med mål eller ärende om varu- eller näringskännetecken (31 kap. 22 a § OSL).¹⁰⁸ I övrigt ankommer det alltså på den beslutande myndig-

¹⁰⁷ Kommentaren till 27 kap. 9 § OSL om att bestämmelsen utgör ett ”undantag” till sekretess enligt kapitlet, är såtillvida inte korrekt, jfr Lenberg m.fl., kommentaren till 27 kap. 9 § OSL, Zeteo 2016-11-08.

¹⁰⁸ Även i familjemål är en förutsättning för sekretess att part begär det (36 kap. 1 § OSL).

heten att pröva fråga om sekretess ex officio.¹⁰⁹ Något formellt ansökningsförfarande angående sekretessbeläggande finns inte, vilket förutom rättens principiella skyldighet enligt huvudregeln att pröva frågor om sekretess ex officio hänger samman med att rätten inte kan fatta något beslut om sekretess med någon för den framtida handläggningen bindande verkan (se följande stycke). I förhållande till företagshemligheter kan det dock förutsättas att parterna i de flesta fall själva aktivt måste fästa t.ex. domstolens uppmärksamhet på förekomsten av företagshemlig information i förfarandet för att sekretess ska komma att beslutas för denna.¹¹⁰

Vad gäller handlingssekretess sker ett egentligt beslut i fråga om hemlighållande i samband med att myndigheten tar ställning till om uppgiften ska lämnas ut eller inte. Beslutar myndigheten att uppgiften på grund av sekretess inte ska lämnas ut, eller att den ska lämnas ut med förbehåll, föreligger ett beslut om att sekretess gäller.¹¹¹ Som berörts i avsnitt 10.2.1 är beslutet i sig inte bindande för den framtida handläggningen, vare sig för den myndighet som meddelat det eller högre instans.¹¹² Varje gång en handling begärs utlämnad måste alltså en prövning göras med hänsyn till då föreliggande omständigheter. Någon motsvarighet till exempelvis s.k. "sealing orders" i engelsk och amerikansk rätt, varigenom en handling eller akt görs hemlig intill dess ordern upphävs, existerar inte i svensk rätt.

Ett förordnande enligt 43 kap. 8 § andra stycket OSL om att sekretessbestämmelse ska fortsätta att vara tillämplig för uppgift trots att uppgiften tagits in i dom eller vissa beslut, utgör alltså ett beslut om att sekretessbestämmelsen ska fortsätta att tillämpas, men är inte bindande för en framtida prövning mot sekretessbestämmelsen av begäran om att få ut uppgiften. Förordnandet innebär bara att en sådan prövning ska ske.¹¹³

¹⁰⁹ I detta ligger även en principiell undersökningsplikt för rätten, jfr JO 2009/10 s. 47, JO 1986/87 s. 28, JK 1993 s. 26, och Edelstam s. 196 f.

¹¹⁰ Jfr t.ex. Thyselius, s. 13.

¹¹¹ Även avslag av en enskilds begäran enligt 6 kap. 6 § första stycket OSL att få använda tekniska hjälpmedel för automatiserad behandling som myndigheten förfogar över kan sägas innebära ett beslut om sekretess, om begäran avslås på grund av att någon bestämmelse om sekretess innebär hinder för begäran (6 kap. 6 § första stycket punkten 3 OSL).

¹¹² Att sekretessbestämmelsen för en sekretessreglerad uppgift hos en myndighet eller domstol som huvudregel enligt 43 kap. 2 § första stycket OSL också *blir tillämplig* hos en domstol som i sin rättskipande eller rättsvårdande verksamhet får uppgiften från myndigheten eller domstolen, innebär alltså inte i sig att den mottagande domstolen är bunden av den tidigare myndighetens eller domstolens bedömning.

¹¹³ Jfr Edelstam s. 214 f.

En handling kan sekretessmarkeras redan i samband med att den inkommer eller upprättas vid en myndighet (2 kap. 16 § TF och 5 kap. 5 § första stycket OSL), men en sådan markering har ingen rättsverkan och innebär inget annat än en påminnelse om att det behövs en noggrann sekretessprövning för det fall det uppkommer en fråga om att lämna ut handlingen.¹¹⁴

Enligt 6 kap. 7 § första stycket OSL får en enskild överklaga ett beslut av en myndighet att inte lämna ut en handling till den enskilde, att lämna ut en handling med förbehåll som inskränker den enskildes rätt att röja innehållet eller annars förfoga över den, eller att avslå den enskildes begäran om att få använda tekniska hjälpmedel för automatiserad behandling som myndigheten förfogar över enligt 6 § första stycket. Enligt andra stycket får en myndighet överklaga ett beslut av en annan myndighet att avslå den förstnämnda myndighetens begäran att få ta del av en handling eller på annat sätt få del av en uppgift, om inte annat anges i lag eller förordning. Enligt tredje stycket får beslut av riksdagen, regeringen, Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen inte överklagas.¹¹⁵ Ett beslut angående parts rätt att ta del av uppgift enligt RB får inte överklagas särskilt (NJA 2008 s. 634).

Den som anser sig bli lidande av att en handling lämnas ut kan inte överklaga ett beslut om utlämnande.¹¹⁶ Inte heller här är dock beslutet att lämna ut handlingen i sig bindande i frågan om sekretess. Däremot kan beslutet att lämna ut handlingen innebära att uppgiften sprids på sådant sätt att ett senare utlämnande inte längre innebär sådan skada som kan krävas för fortsatt sekretess. Det kan i sammanhanget tilläggas att ett beslut att lämna ut en uppgift naturligtvis i och för sig kan innebära brott mot tystnadsplikt enligt 20 kap. 3 § BrB, och kan föranleda rätt till skadestånd för den drabbade enligt 2 kap. 2 § och 3 kap. 2 § första stycket p. 1 skadeståndslagen (1972:207).

Tas uppgiften in i dom eller beslut upphör sekretessen automatiskt i målet eller ärendet (43 kap. 8 § OSL). Detsamma gäller som

¹¹⁴ Heuman m.fl. s. 25.

¹¹⁵ För beslut av en myndighet som lyder under riksdagen gäller särskilda bestämmelser om överklagande, 6 kap. 7 § fjärde stycket OSL.

¹¹⁶ se RÅ 81 2:18, RÅ 1999 not. 272 och RÅ 2005 ref. 88. Inte heller en myndighet får överklaga ett beslut, som ålägger den att lämna ut en allmän handling (se bl.a. RÅ 84 2:101, RÅ 1992 not. 337, RÅ 1993 not. 339, RÅ 1994 not. 551, RÅ 1996 not. 301 och RÅ 1997 not. 164).

huvudregel om uppgiften läggs fram vid en offentlig förhandling (43 kap. 5 § OSL).¹¹⁷ Ett sådant "offentlighetsdop" gäller bara i det mål eller ärende där dopet skett, hos andra myndigheter eller i andra mål eller ärenden vid samma domstol blir regler om sekretess fortfarande tillämpliga, dock att den spridning som offentlighetsdopet innebär även här kan föranleda att utlämnande inte längre riskerar sådan skada som kan krävas för fortsatt sekretess. Att "offentlighetsdöpa" uppgiften kan inte innebära brott mot tystnadsplikt, men kan aktualisera ansvar för tjänstefel enligt 20 kap. 1 § BrB och möjlighet till skadestånd enligt ovan.

Ett förordnande om fortsatt sekretess i dom eller beslut enligt 43 kap. 8 § andra stycket kan inte överklagas särskilt (49 kap. 5 § RB *e contrario*) och kan förmodligen överhuvudtaget inte överklagas.¹¹⁸ Som nämnts är det heller inte bindande för en framtida prövning om uppgiften ska lämnas ut. I samband med överklagande av avgörandet i vilket förordnandet meddelats kan förordnandet upphävas av högre instans.¹¹⁹ Resning mot ett förordnande om fortsatt sekretess kan dock beviljas (se NJA 1996 C 7 och NJA 1997 C 56).

För förhandlingssekretess gäller att varken beslut om stängda dörrar eller förordnande om yppandeförbud kan överklagas särskilt, oavsett om beslutet innebär att åtgärden vidtas eller inte vidtas. Förmodligen går dessa beslut överhuvudtaget inte att överklaga.¹²⁰ Troligen kan dock ett förordnande om stängda dörrar angripas med det extraordinära rättsmedlet resning. Med hänsyn till att beslutet oftast lär vara överspelat då resningsfrågan avgörs, har denna möjlighet mycket begränsad praktisk betydelse.¹²¹ Som nämnts ovan kan ett röjande av företagshemlig information genom underlåtenhet att besluta om stängda dörrar aktualisera ansvar för tjänstefel och skadeståndsskyldighet.

¹¹⁷ Även hänvisning till handlingar enligt 43 kap. 8 §, 46 kap. 6 och 8 §§ RB såvitt avser parternas utveckling av talan, bevisning eller personalia innebär att uppgifterna är framlagda vid förhandling i OSL:s mening, Lenberg m.fl., kommentaren till 43 kap. 5 § OSL, Zeteco 2016-11-08.

¹¹⁸ Jfr Edelstam s. 214 f.

¹¹⁹ se t.ex. rättsfallet NJA 2003 s. 313.

¹²⁰ Jfr vad som sagts ovan angående möjligheten att överklaga förordnande om fortsatt handlingssekretess och rättsfallet NJA 1993 s. 591. Jfr dock Edelstam s. 213 och 225 f., angående möjlighet att överklaga på grund av att beslutet utgör ett rättegångsfel.

¹²¹ Jfr Edelstam s. 215 ff. Edelstam har föreslagit att frågor om stängda dörrar lämpligen skulle kunna handläggas före förhandlingen, med möjlighet till särskilt överklagande, se Edelstam s. 220 ff.

10.2.7 Internationell utblick

Skyddet för företagshemligheters konfidentialitet under domstolsförfaranden varierar mellan medlemsstaterna.¹²² Enligt Baker & McKenzies studie utförd på uppdrag åt Kommissionen skulle endast Ungern, Tyskland och Förenade Konungariket i Europa, och Japan och USA utanför Europa, förefalla ha ett effektivt skydd för att förhindra röjande av företagshemligheter i samband med domstolsförfaranden.¹²³ Andra undersökningar har stannat vid att det inte finns en enda medlemsstat med ett till fullo fungerande skydd för företagshemligheter under en process i domstol.¹²⁴ Nedan följer en kortare redogörelse för rättsläget på området inom EU, med några nationella exempel.

Alla medlemsstater tillämpar huvudregeln om offentliga domstolsförhandlingar i enlighet med artikel 6 Europakonventionen. Flera medlemsstater har dock möjlighet att i varierande grad hålla förhandlingar inom stängda dörrar. För vissa medlemsländer stadgar de nationella reglerna dock endast om sådan möjlighet för att värna säkerhet, allmän ordning och ”moral”.¹²⁵ I andra medlemsstater har en part en uttrycklig möjlighet att begära stängda dörrar för att skydda företagshemligheter, men enligt Baker & McKenzie så förefaller detta sällan beslutas i praktiken och det skulle enligt studien heller inte finnas någon praxis på området.¹²⁶

Tyskland

Tysk rätt ger inga möjligheter till sekretess för företagshemligheter i det inledandet skedet av en process. I praktiken är därför käranden rekommenderad att hålla sig så summarisk som möjligt i förhållande till företagshemligheter i inledande inlagor, och vänta med mer detaljerad information till den muntliga delen av processen, då andra

¹²² Hogan Lovells International LLP, *Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes)*, MARKT/2010/20/D, Report on Trade Secrets for the European Commission, s. 44, Baker & McKenzie s. 34 ff.

¹²³ Baker & McKenzie s. 35.

¹²⁴ Joanna Rindell, *Protecting Trade Secrets In Litigation - The Impact Of Article 9 of The EU Trade Secret Directive Especially on Finnish Law*, magisteruppsats vid Åbo universitet, maj 2016.

¹²⁵ T.ex. Belgien, Tjeckien och Grekland, Baker & McKenzie s. 34.

¹²⁶ Baker & McKenzie s. 34.

möjligheter till hemlighållande finns.¹²⁷ Regler i §§ 169 och framåt i Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) ger rätten möjlighet att utesluta allmänheten från en förhandling eller del därav. Vad gäller företagshemligheter aktualiseras särskilt § 172.2 GVG, som stadgar att rätten kan besluta om stängda dörrar om en viktig yrkes-, drifts-, uppfinnings-, eller skattehemlighet kommer på tal, genom vilket en offentlig förhandling skulle skada övervägande skyddsvärda intressen.¹²⁸

De som närvarar vid en förhandling kan vidare åläggas tystnadsplikt avseende vad som förekommit vid förhandlingen.¹²⁹ Brott mot sådan tystnadsplikt kan straffas med fängelse upp till ett år eller böter.¹³⁰ Emellertid kan inte motparten uteslutas från förhandlingen, och ett förordnande om tystnadsplikt innebär, liksom i Sverige, endast förbud mot att föra vidare informationen, inte att utnyttja den för egen del, vilket utgör en i Tyskland erkänd lucka vad avser skyddet för företagshemligheter.¹³¹

Tysk rätt medger endast två undantag från regeln att part inte kan uteslutas från förhandling eller i övrigt undanhållas fakta och bevis i målet eller ärendet. Det ena finns i form av det s.k. *Düsseldorf-förfarandet*, det andra i form av en från domstolen fristående bevisgranskning av en oberoende expert, s.k. *Wirtschaftsprüfervorbehalt*.

Düsseldorf-förfarandet har utvecklats som ett slags preliminär bevisupptagning med begränsad insyns rätt för kåranden, framför allt i samband med intrångsundersökningar i patentmål. De tyska reglerna om intrångsundersökningar är (liksom de svenska) inte tillämpliga vad avser angrepp på företagshemligheter.¹³² Emellertid kan ett liknande resultat uppnås gällande angrepp på företagshemligheter genom en tillämpning av allmänna tyska civilrättsliga regler.¹³³ Düsseldorf-förfarandet innebär i korthet följande. När en undersökning vidtas för att säkra bevis om ett angrepp, så utförs undersökningen av en expert, medföljd av kårandens ombud, som har

¹²⁷ AIPPI Group Report Q247 angående Tyskland, 2015-06-15, s. 6.

¹²⁸ § 172.2 GVG: „Das Gericht kann für die Verhandlung oder für einen Teil davon die Öffentlichkeit ausschließen, wenn ein wichtiges Geschäfts-, Betriebs-, Erfindungs- oder Steuergeheimnis zur Sprache kommt, durch dessen öffentliche Erörterung überwiegende schutzwürdige Interessen verletzt würden“.

¹²⁹ § 174 st. 3 GVG.

¹³⁰ § 353d.2 Strafgesetzbuch (StGB).

¹³¹ AIPPI Q247 Tyskland, s. 6.

¹³² Reglerna bygger på det civilrättsliga sanktionsdirektivet, som inte omfattar åtgärder avseende angrepp på företagshemligheter.

¹³³ §§ 809 och 810, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

tystnadsplikt. Käranden själv är utesluten från undersökningen. Expertens utlåtande från undersökningen lämnas över till domaren och görs tillgängligt för alla aktörer i processen, förutom käranden. Om domaren finner att ett angrepp sannolikt skett, får alla aktörer i processen del av informationen, alltså inklusive käranden, även mot svarandens vilja. Om ett angrepp inte befinns sannolikt så får käranden inte del av informationen och tystnadsplikten kvarstår.¹³⁴

Düsseldorf-förfarandet utgör således en, om än begränsad, möjlighet att hålla företagshemligheter från kärandens vetskap, och är särskilt ägnad att motverka *fishing expeditions*. Emellertid fungerar den inte som ett skydd för företagshemligheter under den fortsatta processen när ett angrepp befunnits sannolikt. Den är också endast utformad för att skydda svarandens företagshemligheter, inte kärandens.¹³⁵

Det andra tyska undantaget från parts insyns rätt avser en oberoende expertgranskning av parts bevisning, det nämnda *Wirtschaftsprüfungsvorbehalt*. Om en part vill göra gällande en omständighet, men är ovillig att föra bevisning om den på grund av risk att röja företagshemlighet, är det etablerad praxis att tillåta en expert att verifiera dessa fakta. Om t.ex. en part hävdar att den sålt ett visst antal varor till ett visst antal kunder eller till ett visst pris, så är det möjligt att låta en oberoende revisor bedöma partens bevisning om detta. I detta fall kan revisorn under tystnadsplikt ta del av underliggande information om t.ex. namn på kunder och vinster. Så länge som parternas frågor till experten angående bevismat därefter kan besvaras med ett ja eller nej så gäller enligt praxis att rätten kan ta dessa svar för goda.¹³⁶

Mot bakgrund av att det inte existerar några fullständiga garantier enligt tysk rätt för att skydda företagshemligheter eller annan konfidentiell information från motpart har införande av ett s.k. in camera-förfarande diskuterats i Tyskland. Vad som åsyftats i denna diskussion är ett förfarande där den konfidentiella informationen presenteras endast för rätten och ett oberoende juridiskt ombud. Mot bakgrund av ett par avgöranden från Tysklands författningsdomstol (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) spåddes från visst håll,

¹³⁴ AIPPI Q247 Tyskland, s. 7.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ AIPPI Q247 Tyskland, s. 7 f.

mot bakgrund av innehållet i det tidigare förslaget till EU-direktivet, att en tysk implementering av EU-direktivet torde innebära att möjlighet till ett sådant in camera-förfarande införs i den tyska processrätten.¹³⁷ Det har å andra sidan framförts att lydelsen av artikel 9.2 tredje stycket i EU-direktivet nu möjligen innebär att en in camera-procedur av detta slag inte kan tillämpas, och att även Düsseldorf-förfarandet kan vara oförenligt med direktivets krav på möjlighet till partsinsyn under processen.¹³⁸

Det finns i övrigt inga särskilda regler som medger att handlingar hålls hemliga för part. Gentemot tredje man är det dock möjligt att besluta om begränsningar i tillgång till handlingar i målet eller ärendet.

Det tillhör sällsynta undantag att hemlighålla delar av dom för allmänheten.

Rätten äger, liksom i Sverige, frågor om hemlighållande ex officio.

*Förenade Konungariket*¹³⁹

Enligt gällande rätt för England och Wales kan en part ansöka om att allmänhetens tillträde till en förhandling ska begränsas. Skälen för detta kan vara antingen att offentlighet skulle omintetgöra föremålet för förhandlingen¹⁴⁰, eller att förhandlingen rör konfidentiell information och där offentlighet skulle skada konfidentialiteten. Enligt nyare praxis är det mycket svårt att övertyga rätten att stängda dörrar ("private hearing") är nödvändigt i affärstvister. Att endast hänvisa till information under en offentlig förhandling, gör den emellertid inte offentlig för allmänheten.

Att en handling innehåller företagshemlig information innebär inte per se att den kan hemlighållas för part. Rätten kan emellertid låta part ta del av informationen med förbehåll om tystnadsplikt och kan begränsa kretsen av personer som får ta del av informationen. Det inbegriper möjligheten att endast låta parts ombud ta del av

¹³⁷ AIPPI Q247 Tyskland, s. 8.

¹³⁸ Christopher Weber, Jonas Block, *The EU Directive Regarding the Protection of Trade Secrets & Inspection Proceedings In Duesseldorf Regarding Patent Cases*, www.katheraugenstein.com/en/the-eu-directive-regarding-the-protection-of-trade-secrets-inspection-proceedings-in-duesseldorf-regarding-patent-cases/

¹³⁹ AIPPI Group Report Q247 angående Förenade Konungariket, 2015-06-07, s. 6–9.

¹⁴⁰ "... where publicity would defeat the object of the hearing", AIPPI Q247 FK, s. 5.

särskilt känsliga uppgifter. Rätten kan också utesluta part från att ta del av "irrelevant" material.

Inlagor till rätten med redogörelse för omständigheter (statements of case) är allmänt tillgängliga, men inte bilagor till dessa. En part som önskar att uppgifter i en inlaga ska hemlighållas för allmänheten kan ansöka om att rätten begränsar allmänhetens tillgång till uppgiften. Rätten har långtgående möjligheter till detta, inklusive möjligheten att helt utesluta andra än parterna att ta del av akten (s.k. "sealing of the case").

Parterna kan också, efter rättens beslut, i samarbete bilda en s.k. "confidentiality club" (också kallad "confidentiality ring"), med avtalade regler som dock ytterst rätten diskretionärt bestämmer. Reglerna för en "confidentiality club" kan inkludera begränsningar av vilka som har tillgång till dokument, hur dessa dokument får kopieras, var dokumenten kan ses och hur information från dokumenten får spridas. Bildandet av dess "klubbar" har beskrivits som allt mer vanligt.¹⁴¹ De är dock särskilt vanliga under förberedelsen. Inför huvudförhandlingen blir det allt svårare att hålla en part utanför "klubben". Rätten kan utesluta part från att ta del av bevisning under förhandlingen, men det anses utgöra ett exceptionellt undantag.

Generellt gäller att domar och beslut är offentliga. Det är dock för det mesta möjligt för rätten att utforma domen så att konfidentiell eller privat information kan utelämnas eller generaliseras. Rätten kan också besluta om att förbjuda publicering av en parts namn eller konfidentiell information i målet.

Rätten kan även, i förhållande till ett beslut om en rättegångs-åtgärd, besluta om s.k. "super-injunction", bestående i förbud att publicera känslig information om sökanden avseende åtgärden och förbud att röja existensen av beslutet om åtgärden och förfarandet angående denna. Grunden för detta ska vara att åtgärden i sig blir meningslös utan ett sådant förbud. Mot bakgrund av att en sådan "super-injunction" utgör en avsevärd avvikelse från principen om en öppen rättegång ("open justice") är de ovanliga.

Rättens skydd av känsligt material under rättegången bygger på att part ansöker om det. En ansökan ska stödjas av bevis som visar

¹⁴¹ Paul Matthews, Hodge M. Malek, *Disclosure*, 2012, s. 441.

att utan detta undantag från principen om en öppen rättegång kan rättvisa inte skipas ("justice could not be done").

En part som tagit del av uppgift som lagts fram under en offentlig förhandling kan som huvudregel använda denna uppgift för vilket ändamål som helst. Rätten kan dock besluta om begränsningar av parts användande av sådan uppgift. De begränsningar som varit på fråga i praxis synes ha rört publicering av materialet (och alltså inte utnyttjande för egen del).¹⁴² "Mycket goda skäl" krävs dock för att en sådan begränsning ska meddelas, vilket förstås som mycket goda *specifika* skäl, där en allmän hänvisning till att informationen är känslig och skulle medföra skada vid röjande inte torde räcka.

*Ungern*¹⁴³

Det finns enligt ungersk rätt möjlighet att hålla förhandling eller del därav inom stängda dörrar, när det bedöms vara absolut nödvändigt för bl.a. skyddet av företagshemligheter.¹⁴⁴

Parterna har tillgång till handlingar innehållande företagshemligheter endast under tystnadsplikt, och i övrigt i enlighet med de villkor rätten efter omständigheterna i det enskilda fallet bestämmer. Dessa regler kan innebära att endast partens ombud får ta del av handlingen och att denna inte får kopieras, etc. Part som innehar företagshemligheten har rätt att medge undantag från detta. Om samma part i rätt tid förklarar att denne vägrar att motparten tar del av handlingen, så får endast rätten ta del av den. Tredje man har rätt att ta del av företagshemlig information endast under förutsättning att innehavaren medger det.

I praktiken ska parterna uppmärksamma rätten på frågor om hemlighållande av uppgifter och part som yrkar om sekretess behöver bevisa att informationen förtjänar skydd.

Vittne har rätt att vägra att yttra sig om företagshemlighet som han fått del av i förtroende, dock under förutsättning att innehavaren inte godkänt att denne får yttra sig om den.

¹⁴² SmithKline Beecham Biologicals S.A. v Connaught Laboratories Inc [1999] All E.R. 498.

¹⁴³ AIPPI Group Report Q247 angående Ungern, 2016-06-16, s. 3 f.

¹⁴⁴ § 5.2 i den ungerska civilprocesslagen, 1952. évi III. törvény a polgári perrendtartásról (Pp). Nämnda lag kommer att ersättas av den nya ungerska civilprocesslagen 2016. évi CXXX. törvény a polgári perrendtartásról (CPC) den 1 januari 2018.

Domar publiceras endast i en anonym version där namnen på parterna och annan information som kan avslöja parterna utelämnas. Rätten får i samband med att den bestämmer villkor för hur företagshemlig information får användas av parterna, bestämma att informationen inte får utnyttjas, även efter att domstolsförfarandet avslutats.

Reflektion

Som nämnts inledningsvis i denna utblick var slutsatsen i Baker & McKenzies studie att i Europa endast Ungern (genom möjlighet att utesluta part från att ta del av företagshemlig information), Tyskland (genom det s.k. Düsseldorf-förfarandet) och Förenade Konungariket (genom s.k. confidentiality clubs) i Europa, föreföll ha ett effektivt skydd för att förhindra röjande av företagshemligheter i samband med domstolsförfaranden.

Som framgått av redogörelsen ovan utgör dock varken Düsseldorf-förfarandet eller "confidentiality clubs" något heltäckande skydd för företagshemligheter i domstolsförfaranden, utan endast möjligheter till sådant skydd i vissa sammanhang. Den typ av exkluderande av direkt partsinsyn som den ungerska civilprocessen synes ge utrymme för, innebär ett långtgående skydd för företagshemligheter, men står i uppenbar strid med EU-direktivets krav enligt artikel 9.2 tredje stycket. Även Düsseldorf-förfarandet, liksom andra s.k. in camera-lösningar som går ut på att part i vissa skeden av en process inte har tillgång till materialet vid förfarandet annat än genom särskilda representanter med tystnadsplikt, ter sig principiellt svårförenligt med kraven på partsinsyn enligt artikel 9.2 tredje stycket. Detsamma gäller även för den typ av bortavtalad partsinsyn som en "confidentiality club" av brittiskt snitt innebär.

10.3 Överväganden

Företagshemligheter som på ett eller annat vis tas in i ett domstolsförfarande blir del av en verksamhet där en grundläggande offentlighet råder. Offentligheten får den effekten att uppgifter sprids, vilket för övrigt är ett av syftena med offentlighetsprincipen. Som skiljedomsutredningen påpekat beror inte spridningseffekten på att

domare eller andra anställda vid domstolarna aktivt sprider information om mål vid domstolen utan på att den intresserade allmänheten och massmedia – ofta systematiskt – inhämtar uppgifter från domstolen.¹⁴⁵ I fråga om företagshemligheter kan givetvis i regel förutsättas ett särskilt starkt intresse från innehavarens konkurrenter.

Av redovisningen ovan framgår att det, trots den ofrånkomliga risken att företagshemligheter röjs i samband med ett domstolsförfarande, likväl finns möjligheter att begränsa offentligheten avseende företagshemligheter genom att sekretess kan gälla för dessa, i vissa fall utifrån en presumtion om sekretess. Genom förbehåll och yppandeförbud kan även meddelarfriheten avseende företagshemligheter inskränkas. Ett problem är dock att skyddet som på detta vis kan ges företagshemlig information i domstolsförfarandet är oförutsebart för parterna. En stor del av oförutsebarheten ligger i att parterna själva inte disponerar över frågan om sekretess vid domstolen.¹⁴⁶ Bidragande till oförutsebarheten är också bristen på möjlighet för part att efter ansökan erhålla ett beslut om att en uppgift *kommer att hållas* hemlig i målet eller ärendet, motsvarande s.k. sealing orders. Som framgått ovan finns det också med hänsyn till det kvalificerade skaderekvisitet i 36 kap 2 § första stycket första meningen OSL skäl till tvivel om all information som utgör företagshemligheter enligt nuvarande FHL också omfattas av sekretess enligt denna bestämmelse. Samma tvivel gäller för bestämmelsen i 31 kap. 22 a § och i viss mån även för regeln i 36 kap. 2 a § OSL.¹⁴⁷

En brist i skyddet för företagshemligheter vad avser uppgifter under förhandling är att ett yppandeförbud enligt 5 kap. 4 § RB endast kan avse förbud mot att uppenbara uppgiften, men inte mot att utnyttja den för egen del.

En part eller dennes företrädare som får ta del av företagshemlig information i samband med ett domstolsförfarande kan aldrig förbjudas att använda uppgiften i den mån det behövs för att ta tillvara

¹⁴⁵ SOU 1995:65 s. 186.

¹⁴⁶ Bortsett från att prövning av sekretess enligt 31 kap. 22 a § OSL och sekretess vid förhör inom ramen för skiljeförfarande enligt 36 kap. 2 § tredje stycket OSL förutsätter parts begäran.

¹⁴⁷ Vad gäller 36 kap. 2 a § OSL, liksom 36 kap. 2 § första stycket andra meningen OSL, innehåller dessa bestämmelser till skillnad från 36 kap. 2 § första stycket första meningen och 31 kap. 22 a § OSL inte ett kvalificerat skaderekvisit, men omfattar likväl endast uppgifter inom affärs- och driftförhållanden, med risk att få ett för snävt tillämpningsområde i förhållande till definitionen av företagshemligheter enligt EU-direktivet, se avsnitt 10.2.1 och 5.4.3.

partens rätt i målet eller ärendet. Således finns det en lovlig möjlighet för parten eller företrädaren att sprida sådan information vidare, i den mån detta kan anses nödvändigt. Det finns enligt gällande rätt dock ingen sanktion mot angrepp från den som på detta sätt har fått ta del av en företagshemlighet.

En ytterligare lucka i skyddet avseende företagshemlig information i samband med förfarande vid domstol är att den information som en part får del av efter beslut om ett informationsföreläggande överhuvudtaget inte omfattas av sekretess enligt OSL eller någon annan sanktionsbestämmelse i samband med att denna lämnas över till sökanden.

En annan brist i förhållande till företagshemligheter är att den sekretess som kan gälla för dessa vid ett domstolsförfarande är tidsbegränsad på så vis att den kan upphöra att gälla innan informationen har förlorat sin egenskap av företagshemlighet.

Uppsåtligt röjande eller utnyttjande av en företagshemlighet i strid mot gällande tystnadsplikt under ett domstolsförfarande, bestraffas enligt 20 kap. 3 § BrB med böter eller fängelse i högst ett år. Röjande i strid mot ett yppandeförbud kan enbart bestraffas med böter (9 kap. 6 § RB, 39 § FPL). Det kan diskuteras, i en koppling till diskussionen om kriminalisering av angrepp på företagshemligheter erhållna i förtroende, om dessa straffsatser speglar allvaret i ett sådant angrepp på företagshemligheter.

10.3.1 Utgångspunkter

Artikel 9 i EU-direktivet

Enligt artikel 9.1 första stycket i EU-direktivet ska medlemsstaterna se till att parterna, deras advokater eller andra företrädare, domstolstjänstemän, vittnen, sakkunniga och varje annan person som deltar i ett domstolsförfarande om olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet, eller som har tillgång till handlingar som ingår i domstolsförfarandet, inte har rätt att utnyttja eller röja företagshemligheter eller påstådda företagshemligheter som de behöriga rättsliga myndigheterna, efter en vederbörligen motiverad ansökan av en intressent, har identifierat som konfidentiella och om vilka de har blivit medvetna till följd av ett sådant deltagande eller en

sådan tillgång. Medlemsstaterna får i detta avseende också tillåta att behöriga rättsliga myndigheter handlar på eget initiativ.

Den skyldighet som avses i första stycket ska enligt artikel 9.1 andra stycket fortsätta att gälla efter det att domstolsförfarandet har avslutats. Skyldigheten ska dock upphöra om någon av följande omständigheter föreligger:

- a) Om den påstådda företagshemligheten enligt ett avgörande som fått laga kraft inte anses uppfylla de krav som anges i artikel 2.1, eller
- b) om den berörda informationen över tid blir allmänt känd bland eller lättillgänglig för personer i de kretsar som normalt sett handskas med denna typ av information.

Enligt artikel 1.1 andra stycket får medlemsstaterna inte föreskriva ett skydd för företagshemligheter som inkräktar på den bortre gräns för det skydd som artikel 9.1 andra stycket stadgar.

Enligt artikel 9.2 första stycket ska medlemsstaterna också se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, efter en vederbörligen motiverad ansökan av en part, kan vidta de specifika åtgärder som krävs för att bevara konfidentialiteten för företagshemligheter eller påstådda företagshemligheter som utnyttjas eller som det hänvisas till under ett domstolsförfarande som rör det olagliga anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av en företagshemlighet. Medlemsstaterna får också tillåta att behöriga rättsliga myndigheter vidtar sådana åtgärder på eget initiativ.

De åtgärder som avses i första stycket ska enligt andra stycket omfatta minst möjligheten

- c) att begränsa tillgången till sådana handlingar innehållande företagshemligheter eller påstådda företagshemligheter som lämnats in av parterna eller av tredje part, helt eller delvis, till ett begränsat antal personer,
- d) att begränsa tillträdet till domstolsförhandlingar där företagshemligheter eller påstådda företagshemligheter kan komma att röjas, och tillgången till protokoll eller utskrifter från sådana förhandlingar, till ett begränsat antal personer,
- e) att tillhandahålla varje annan person än de personer som ingår i det begränsade antal personer som avses i leden a och b en icke-

konfidentiell version av varje domstolsavgörande där de passager som innehåller företagshemligheter har avlägsnats eller redigerats.

Enligt tredje stycket ska det antal personer som avses i andra stycket leden a och b inte vara större än vad som är nödvändigt för att säkerställa att den rätt som parterna i domstolsförfarandet har till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol iakttas och ska omfatta minst en fysisk person från vardera parten samt respektive advokater eller andra företrädare för parterna i domstolsförfarandet.

Enligt punkten 3 i artikel 9 ska de behöriga rättsliga myndigheterna när de beslutar om de åtgärder som avses i punkt 2 och bedömer åtgärdernas proportionalitet, ta hänsyn till nödvändigheten att säkerställa rätten till ett effektivt rättsmedel och rätten till en opartisk domstol, de berörda parternas och, i tillämpliga fall, tredje parts legitima intressen samt till sådan skada som någon av parterna och, i tillämpliga fall, tredje part skulle kunna åsamkas till följd av ett bifall till eller avslag på ansökan om sådana åtgärder.

Enligt artikel 16 första stycket ska medlemsstaterna se till att de behöriga rättsliga myndigheterna får besluta om sanktioner mot alla personer som underlåter eller vägrar att efterleva åtgärder som antas enligt artikel 9.

Enligt punkten 4 i artikel 9 ska all behandling av personuppgifter enligt punkten 1 ske i enlighet med direktiv 95/46/EG.

Artikel 9 tar uttryckligen sikte på domstolsförfaranden där den talan förfarandet rör gäller angrepp på företagshemligheter. Mot bakgrund av att det i bestämmelsen föreskrivs ett minimiskydd har Kommissionen inte rest några invändningar mot utgångspunkten att skyddet för företagshemligheter i domstolsförfaranden är detsamma, oavsett vad förfarandet gäller.¹⁴⁸ Utredningens överväganden har skett enligt detta synsätt. För de undantag som behandlas i avsnitt 10.3.9 föreslås dock inte några ändringar.

¹⁴⁸ IST Workshop on the transposition of the Trade Secret Protection Directive, Draft summary report, 16 december 2016, s. 3 f. och 8. Kommissionen framhöll i detta sammanhang artikel 58 i Avtalet om en enhetlig patentdomstol (2013/C 175/01) som exempel på en bestämmelse om skydd för företagshemligheters konfidentialitet i domstolsförfaranden rörande annat än angrepp på företagshemligheter.

Artikel 9 och rätten till en rättvis rättegång

På det europarättsliga området bryts kraven i artikel 9 om bevarandet av företagshemligheters konfidentialitet under domstolsförfaranden framför allt mot kraven i artikel 6 Europakonventionen och artikel 47 i stadgan om rätt till en rättvis rättegång. Denna rätt till en rättvis rättegång innebär en principiell rätt till offentlig, muntlig och kontradiktorisk rättegång, rätt att bli hörd och aktivt delta i processen, rätt till jämställdhet mellan parterna (equality of arms) och rätt till ett offentligt avgörande. Å andra sidan hamnar en brist på skydd för en företagshemlighet under en domstolsprocess, särskilt i en process där talan rör just företagshemligheten i fråga, i strid med rätten till ett effektivt rättsmedel enligt såväl artikel 13 Europakonventionen som artikel 47 i stadgan.

Att utestänga media och allmänheten i övrigt från hela eller delar av rättegången (förhandlingen), i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse, är uttryckligen förenligt med artikel 6.1. Europakonventionen. Någon uttrycklig möjlighet att utestänga part från någon del av rättegången innehåller artikel 6 däremot inte.

Artikel 9.2 tredje stycket föreskriver bl.a. att det antal personer som ska ha tillgång till handlingarna i målet och tillträde till förhandling ska omfatta minst en fysisk person från vardera parten samt respektive advokater eller andra företrädare för parterna i domstolsförfarandet. Artikel 9.2 tredje stycket innehåller också uttryckligen som princip (till skillnad från tidigare artikel 8 i förslaget till EU-direktivet) att det antal personer som kan uteslutas från en förhandling inte ska vara större än vad som är nödvändigt för att säkerställa att den rätt som parterna i domstolsförfarandet har till ett effektivt rättsmedel och till en rättvis rättegång¹⁴⁹ iakttas. (Som nyss nämnts hamnar emellertid dessa två rättigheter inte sällan i konflikt med varandra när det gäller frågan om insyn i domstolsförfarandet gällande företagshemligheter.)

Det står alltså numera klart att en lösning för bevarandet av företagshemligheters konfidentialitet innebärande att part inte får del av

¹⁴⁹ "Fair trial" i den engelska versionen av direktivet, "opartisk domstol" i den svenska versionen.

handlingar i målet och utestängs från förhandling inte är acceptabel enligt EU-direktivet.¹⁵⁰

TRIPS-avtalet och det civilrättsliga sanktionsdirektivet

TRIPS-avtalet föreskriver i artikel 42 att avtalsländerna vad gäller immateriella rättigheter (intellectual property right) bl.a. ska säkra möjligheter att göra gällande dessa rättigheter i ett domstolsförfarande, som tillhandahåller sätt för att identifiera och skydda konfidentiell information, om inte detta går i strid med existerande konstitutionella krav. Denna generella princip utvecklas ytterligare i artikel 43 vad avser bevisning. Denna artikel, liksom artikel 6 i det civilrättsliga sanktionsdirektivet¹⁵¹, möjliggör för rättsliga myndigheter att ålägga parterna att inge bevis, förutsatt att sekretessbelagd och annan konfidentiell information skyddas. Artikel 34(3) i TRIPS-avtalet tar med denna princip även i förhållande till patenttvister. Artikel 34 medger att bevisbördan i vissa fall kan åläggas svaranden att visa att angrepp på det som skyddas enligt patentet inte har skett, men enligt artikel 34(3) under förutsättning att svarandens legitima intressen av skydd för sina tillverknings- och affärshemligheter beaktas.

Enligt det civilrättsliga sanktionsdirektivets artikel 7.1 får domstol besluta om omedelbara och effektiva interimistiska åtgärder för att säkra relevant bevisning om det påstådda intrånget (intrångsundersökning), förutsatt att sekretessbelagd och annan konfidentiell information skyddas.

Varken TRIPS-avtalet eller de EU-rättsliga reglerna om sanktioner avseende immateriella rättigheter innehåller emellertid några närmare riktlinjer för hur skyddet för företagshemlig information ska skyddas under ett domstolsförfarande.¹⁵²

¹⁵⁰ Förslagets möjligheter till begränsning av partsinsyn under artikel 8 kritiserades bl.a. av Advokatsamfundet som ur rättssäkerhetssynpunkt helt avstyrkte dem (Advokatsamfundets remissvar angående Europeiska kommissionens förslag till direktiv om skyddet för företagshemligheter, R-2013/2111).

¹⁵¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

¹⁵² Jfr *Commission Staff Working Document Impact Assessment SWD (2013) 471 Final, 2013-11-28, Annex 15*, s. 219.

Lösningar för svensk del

Enligt vad som framgått ovan har medlemsstaterna alltså att sörja för att det finns sanktioner för att tillse att företagshemligheter som förekommer i ett domstolsförfarande, och om vilka domstolen eller annan behörig myndighet blivit varse genom initiativ från en intressent eller alternativt ex officio, hålls hemliga – dvs. bevaras som företagshemligheter – under och efter förfarandet. Kravet på skydd för företagshemligheters konfidentialitet under och efter de förfaranden som träffas av artikel 9 gäller tydligen utan undantag, bortsett från vad som särskilt är stadgat i artikel 9.1 andra stycket om upphörande av denna skyldighet efter det att förfarandet avslutats.

Det existerande svenska regelverket vad avser skydd för företagshemligheter under domstolsförfaranden har goda förutsättningar, dock inte utan vissa modifikationer, att leva upp till EU-direktivets krav. Bland annat den starka princip om rätt till partsinsyn som enligt svensk rätt genomsyrar inte bara domstolsverksamheten utan verksamheten vid myndigheter i allmänhet, kombinerat med existerande möjligheter till sekretess för företagshemlig information, innebär att det nuvarande regelsystemet är väl ägnat att utan några stora förändringar komma i samklang med kraven enligt artikel 9. Särskilda lösningar för företagshemligheter innebärande t.ex. förfaranden utan direkt partsinsyn kan redan med hänsyn till artikel 9.2 tredje stycket däremot lämnas därhän. Utredningen föreslår heller inte, i linje med utgångspunkten att skydd för företagshemligheter i princip bör finnas oavsett vad domstolsförfarandet gäller, några särlösningar för bevarandet av företagshemligheters konfidentialitet specifikt för förfaranden angående angrepp på företagshemligheter. Det grundläggande skälet till detta är att en innehavare av en företagshemlighet har samma intresse av skydd för denna oavsett vad förfarandet gäller i sak. Vidare är det så att om en bestämmelse om domstolssekretess endast för företagshemligheter om vilka talan väckts skulle ersätta den nuvarande generellt tillämpliga sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § OSL så skulle det innebära en påtaglig försämring för det svenska skyddet för företagshemligheter i domstol. En sådan ordning framstår som omotiverad från såväl svensk som EU-rättslig synpunkt.

Utgångspunkten för utredningen är således att med justeringar och tillägg söka täppa till de luckor i förhållande till artikel 9 som

finns i det skydd för företagshemligheter i domstolsförfaranden som den nuvarande regleringen erbjuder.

10.3.2 Ändring av 36 kap. 2 § och upphävande av 36 kap. 2 a § OSL

Begreppet företagshemlighet i OSL

Förslag: Sekretess för företagshemligheter i domstol ska uttryckligen omfatta företagshemligheter enligt den föreslagna lagen om företagshemligheter.

Som framhållits i avsnitt 10.2.1 innehåller den centrala bestämmelsen för att skydda företagshemligheters konfidentialitet under domstolsförfaranden i 36 kap. 2 § OSL ett kvalificerat skaderekvisit, ägnat att sätta i fråga om alla företagshemligheter enligt FHL är skyddsvärda enligt bestämmelsen. I förhållande till direktivets krav att företagshemligheter som identifierats som (alltjämt) konfidentiella ska skyddas från att utnyttjas eller röjas under ett domstolsförfarande, blir denna oklarhet knappast acceptabel. Begränsningen av sekretess till uppgifter inom näringsidkares drifts- eller affärsförhållanden riskerar även den att låta sådana företagshemligheter som enligt EU-direktivets definition kan förekomma hos icke-kommersiella forskningsinstitutioner hamna utanför sekretess enligt 36 kap. 2 § OSL.

I tidigare diskussioner angående skyddet för företagshemlig information vid domstolarna har bl.a. de lege ferenda föreslagits att det kunde ligga nära till hands att låta parterna i affärstvister i viss mån disponera över graden av offentlighet. Sekretess skulle på så sätt kunna få gälla för vissa uppgifter i den mån parterna var överens om det.¹⁵³ I Förenade Konungariket råar som nämnts parterna över frågan om sekretess på liknande sätt (se under *Internationell utblick* ovan). Skiljedomsutredningen tog upp frågan om att ta bort kravet i 36 kap. 2 § första stycket första meningen OSL (8 kap. 17 § SekrL) på att skadan ska vara avsevärd. Tre skäl anfördes där för att en sådan ändring *inte* borde ske. Det påpekades först att insynsintresset gör sig särskilt starkt i domstolarnas rättskipande verksamhet. För det

¹⁵³ Se Edelstam s. 145 och där gjorda hänvisningar.

andra menade Skiljedomsutredningen att möjligheten till sekretess för det mesta i liten omfattning påverkar parternas val av tvistlösningsform. Det tredje skälet var att en ökad sekretess skulle komma i konflikt med intresset av ökad prejudikatbildning.¹⁵⁴ Edelstam har, bortsett från sist nämnda skäl, ifrågasatt dessa argument mot en strängare sekretess.¹⁵⁵

Med hänsyn till att EU-direktivet kräver ett generellt skydd för företagshemligheters konfidentialitet under ett domstolsförfarande, och med utgångspunkten att detta i princip ska gälla oavsett vad rättegången handlar om, får den nu angivna diskussionen om ändring av 36 kap. 2 § första stycket första meningen OSL anses överspeld.¹⁵⁶ Den fråga som återstår att besvara är hur bestämmelsen lämpligast utformas så att en kategorisk sekretess för företagshemligheter enligt kraven i artikel 9 uppnås.

Av redogörelsen ovan framgår att det inte finns skäl att utgå ifrån att regeln i 36 kap. 2 § OSL (tidigare 8 kap. 17 § SekrL) någonsin varit avsedd att täcka mer än vad som kan utgöra företagshemligheter enligt FHL. Bestämmelsen i 36 kap. 2 § OSL bör därför utformas på sådant sätt att den kommer att omfatta företagshemligheter i enlighet med den definition av företagshemligheter som utredningen föreslår. På så vis garanteras möjlighet till skydd för företagshemligheters konfidentialitet enligt bestämmelsen, utan att det för den skull finns risk att annan information som tidigare omfattats av bestämmelsen kan komma att hamna utanför bestämmelsens område.

För att det inte ska råda någon tvekan om att sekretessbestämmelsen i 36 kap. 2 § OSL är avsedd att omfatta vad som kan antas utgöra företagshemligheter enligt lag, framstår det lagtekniskt som mest ändamålsenligt att låta bestämmelsen i 36 kap. 2 § OSL hänvisa till definitionen av företagshemlighet i den föreslagna lagen om företagshemligheter. En återupprepning av rekvisiten för vad som utgör en företagshemlighet i 36 kap. 2 § OSL framstår som onödig och mer ägnad att leda till osäkerhet i tillämpningen av bestämmelsen än tvärt om. En sådan lösning med hänvisning avviker visserligen lagtekniskt från övriga bestämmelser i OSL. Det är i och för sig

¹⁵⁴ SOU 1995:65 s. 189 f.

¹⁵⁵ Edelstam s. 145 f.

¹⁵⁶ Jfr Advokatsamfundets remissvar till direktivförslaget (R-2013/2111, s. 4), i vilket konstateras att ändringar i OSL i förhållande till direktivets definition på företagshemligheter kommer att bli nödvändiga.

möjligt att uppnå samma resultat i sak genom att i stället införa rekvisiten för en företagshemlighet direkt i berörda bestämmelser i OSL. Valet mellan dessa alternativ ter sig därför främst som en smaksak.

För att en uppgift ska utgöra företagshemlighet enligt 1 § i såväl den föreslagna lagen om företagshemligheter som i nuvarande FHL krävs bl.a. att ett röjande av uppgiften är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende för innehavaren. Bestämmelsen om vad som utgör en företagshemlighet innehåller på så vis redan ett skaderekvisit. Med utgångspunkten att sekretess ska gälla för företagshemligheter ligger det därför närmast till hands att låta 36 kap. 2 § OSL stadga en absolut sekretess för uppgift som kan antas utgöra företagshemlighet enligt den föreslagna lagen om företagshemligheter, dvs. utan ett skaderekvisit utöver det som redan föreslås gälla enligt denna lag.

Denna lösning innebär att det för sekretess för företagshemligheter enligt 36 kap. 2 § OSL inte uttryckligen, men dock indirekt, kommer att gälla ett skaderekvisit. I och med att skaderekvisitet försvinner från bestämmelsen blir det inte möjligt att med tillämpning av bestämmelsen i 10 kap. 14 § OSL lämna ut sekretessbelagda företagshemligheter med förbehåll till annan än part och de övriga aktörer som nämns i 10 kap. 4 § OSL. Denna konsekvens framstår som lämplig. Ett skäl för detta är vad som bl.a. påpekas i förarbetena till 36 kap. 2 a § OSL, nämligen att insynsintresset i allmänhet inte gör sig gällande på samma sätt än annars i fråga om affärs- eller driftförhållanden, och vidare att¹⁵⁷

Det är tydligt att ett röjande av en känslig uppgift om affärs- eller driftförhållanden [...] kan skada den som uppgiften rör. Omvärldens berättigade intressen av att ta del av de affärsstrategier och annat som det är fråga om framträder inte lika klart.

Vad regeringen i detta sammanhang har uttalat angående affärs- eller driftförhållanden har samma bärkraft på företagshemligheter i allmänhet. Det saknas skäl för att en domstol skulle vara berättigad att sprida vad som kan antas utgöra företagshemligheter till annan än part, om än med förbehåll, när det grundläggande syftet med regler-

¹⁵⁷ Prop. 2015/16:124 s. 17 ff.

ingen avseende skydd företagshemligheter är att dessa ska värnas från att bl.a. spridas mot innehavarens vilja.

Med hänsyn till omvärldens intresse av insyn i uppgifter av större allmänintresse är det i detta sammanhang är av vikt att påpeka att, enligt utredningens förslag till definition av företagshemlighet, information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande aldrig kan utgöra en företagshemlighet. Tillräcklig utredning om att uppgiften i fråga avser sådan information kan därför göra att uppgiften inte omfattas av sekretess. Om det lagakraftvunnet avgjorts att uppgiften inte utgör företagshemlighet, t.ex. på grund av att den utgör information om brott eller annat allvarligt missförhållande, ska sekretessen i alla händelser upphöra därmed (se nedan angående tidsbegränsning för sekretessen).

Intresset av konsekvens och enhetlighet vid tillämpningen av 36 kap. 2 § OSL talar för att det ska gälla sekretess även för uppgift som förekommer vid förhör vid allmän domstol inom ramen för ett skiljeförfarande enligt tredje stycket, i den mån uppgiften kan antas utgöra företagshemlighet enligt den föreslagna lagen om företagshemligheter. Sekretessprövningen kommer därmed även i detta fall att ske med tillämpning av det raka skaderekvisitet i 1 § i den föreslagna lagen. Någon praktisk skillnad i tillämpningen av bestämmelsen i förhållande till det nuvarande omvända skaderekvisitet bör dock inte uppkomma. 36 kap. 2 § OSL är i grunden avsedd att träffa företagshemligheter, även vad avser uppgift i förhör inom ramen för ett skiljeförfarande, för vilka det enligt utredningens förslag alltid ska gälla sekretess. Med denna absoluta sekretess för företagshemligheter torde det i praktiken bara komma på fråga att inte låta sekretess gälla för uppgift om myndighets eller enskilda affärs- eller driftförhållanden som lämnas inom vid förhör inom ramen för ett skiljeförfarande, om det står klart att uppgiften kan röjas utan skada (i konkurrenshänseende). I annat fall måste det i princip kunna antas att uppgiften utgör företagshemlighet, för vilken sekretess ska gälla.

Med en bestämmelse om absolut sekretess för företagshemligheter i 36 kap. 2 § OSL återstår inte längre något reellt behov av det omvända skaderekvisitet angående uppgift vid förhör i domstol inom ramen för ett skiljeförfarande i 36 kap 2 § tredje stycket. Dock kvarstår skälen för bestämmelsen om att sekretess i ett sådant fall endast gäller om part begär det.

Sekretess utan tidsbegränsning

Förslag: Sekretessen för företagshemligheter vid domstol ska inte vara tidsbegränsad

Enligt artikel 9.1 andra stycket fortsätter skyldigheten att bevara företagshemligheters konfidentialitet enligt första stycket att gälla efter det att domstolsförfarandet har avslutats, och upphör endast om den påstådda företagshemligheten enligt ett avgörande som fått laga kraft inte anses uppfylla de krav som anges i artikel 2.1 eller om den berörda informationen över tid blir allmänt känd bland eller lättillgänglig för personer i de kretsar som normalt sett handskas med denna typ av information. Enkelt uttryckt består skyldigheten att hålla företagshemligheter hemliga så länge de utgör företagshemligheter. En annorlunda tidsbegränsning för sekretess för företagshemligheter är inte förenlig med denna skyldighet. Det avgörande för sekretessens bestånd blir därför huruvida uppgiften alltjämt kan antas utgöra en företagshemlighet enligt den föreslagna lagen om företagshemligheter. Det framstår som lämpligt att i lag förtydliga att sekretess inte ska gälla efter det att uppgiften enligt ett avgörande som fått laga kraft inte utgör en företagshemlighet enligt den föreslagna lagen om företagshemligheter.

Sekretess i mål eller ärende enligt konkurrenslagen och för uppgifter i skadeståndstalan med samband med mål vid den enhetliga patentdomstolen

Förslag: De särskilda reglerna om sekretess för uppgift om affärs- eller driftförhållanden i mål eller ärende enligt konkurrenslagen och om sekretess för uppgift om sådana förhållanden som förekommer i processen vid den enhetliga patentdomstolen ska upphävas.

De särskilda bestämmelserna om sekretess för uppgifter om affärs- och driftförhållanden i 36 kap. 2 § första stycket andra meningen OSL avseende mål enligt konkurrenslagen respektive för sådana uppgifter i skadeståndstalan med samband med mål vid den enhetliga patentdomstolen enligt 36 kap. 2 a § OSL avser samma uppgifter

som i 36 kap. 2 § första stycket första meningen OSL, men stadgar en strängare sekretess med ett vanligt rakt skaderekvisit. Med utredningens förslag om en generell bestämmelse om sekretess för företagshemligheter i 36 kap. 2 § OSL, utan kvalificerat skaderekvisit, blir de särskilda bestämmelserna i 36 kap. 2 § första stycket andra meningen och 2 a § överflödiga. Dessa bestämmelser bör därför upphävas.

10.3.3 Ändring av 31 kap. 22 a § OSL

Förslag: Även sekretess för företagshemlighet i mål eller ärende om varu- eller näringskännetecken ska uttryckligen och utan tidsbegränsning omfatta företagshemlighet enligt den föreslagna lagen om företagshemligheter.

De uppgifter som kan omfattas av sekretess enligt 31 kap. 22 a § avser samma typ som avses i 36 kap. 2 § och 36 kap. 2 a § OSL. Vad som har anförts i avsnitt 10.3.2 angående skäl att ändra bestämmelsen i 36 kap. 2 § OSL för att denna otvetydigt ska omfatta företagshemligheter enligt den föreslagna lagen om företagshemligheter, gäller även för 31 kap. 22 a § OSL.

Vad som har anförts om att sekretess enligt 36 kap. 2 § OSL bör gälla utan tidsbegränsning gör sig även det på samma sätt gällande för 31 kap. 22 a § OSL, i den mån sekretess enligt 31 kap. 22 a § OSL tillämpas i ett domstolsförfarande. Med hänsyn till att 31 kap. 22 a § OSL är avsedd att ge ett enhetligt skydd i förhållande till 36 kap. 2 § OSL bl.a. för att inte förskjuta utredningen från PRV till dess överinstanser, bör samma tidsbegränsning gälla oavsett om sekretess enligt 31 kap. 22 a § OSL tillämpas i domstol eller inte.

Förutsättningarna för sekretess enligt 31 kap. 22 a § OSL i övrigt bör dock inte ändras, se vidare avsnitt 10.3.9.

10.3.4 Ändring av tidsbegränsningen för sekretess för företagshemligheter hos Kronofogdemyndigheten och Tullverket

Förslag: Sekretess för företagshemligheter hos Kronofogdemyndigheten och Tullverket ska gälla utan tidsbegränsning.

Såväl Kronofogdemyndigheten som Tullverket kan komma att hantera företagshemlig information bl.a. i samband med undersökningar som företas på initiativ av en innehavare av en immateriell rättighet som ett led i att skydda denna rättighet. Vad gäller de intrångsundersökningar som verkställs av Kronofogdemyndigheten grundar sig dessa på beslut av domstol. Syftet med Kronofogdemyndighetens och Tullverkets undersökningar i dessa sammanhang är att säkra bevisning åt sökanden för denne att använda för att ta till vara sin rätt i förhållande till ett immaterialrättsintrång. Kronofogdemyndighetens och Tullverkets hantering av företagshemligheter i samband med dessa undersökningar har en sådan nära koppling till ett domstolsförfarande rörande den immateriella rättigheten ifråga, och många gånger indirekt rörande angrepp på företagshemligheter, att det framstår som angeläget och i linje med syftet i artikel 9 i EU-direktivet att sekretess för företagshemligheter hos Kronofogdemyndigheten och Tullverket i dessa sammanhang inte gäller med en annorlunda tidsbegränsning än den som enligt utredningen ska gälla för sekretess vid domstol.

I lagstiftningsärendet avseende den ursprungliga förordningen gällande Tullverkets undersökningar ([EG] nr 1383/2003) förut-sattes att såväl sekretess enligt nuvarande 27 kap. 2 § som 3 § OSL (dåvarande 9 kap. 1 och 2 §§ SekrL) kan aktualiseras för företagshemligheter i samband med en sådan undersökning.¹⁵⁸ Sekretess enligt 27 kap. 2 och 3 §§ gäller för uppgift i allmän handling i högst 20 år. Samma tidsgräns gäller enligt 34 kap. 1 § för sekretess för företagshemligheter hos Kronofogdemyndigheten. I förhållande till att någon tidsbegränsning för sekretess för företagshemligheter vid domstol enligt utredningen inte ska gälla (se avsnitt 10.3.2), kan denna bestämda tidsbegränsning för sekretessen hos Tullverket och

¹⁵⁸ Se prop 2005/06:89, t.ex. s. 29.

Kronofogdemyndigheten bl.a. utgöra incitament för t.ex. en konkurrent att företa en *fishing expedition* med syfte att få in företagshemlig information till dessa myndigheter för att på sikt (om än tämligen lång sådan) med full frihet få tillgång till information som även efter sekretessens upphörande hos dessa myndigheter alltjämt utgör företagshemlighet enligt FHL.

Mot denna bakgrund föreslår utredningen att sekretessens bestående för företagshemligheter vid Tullverket och Kronofogdemyndigheten därför ska prövas mot huruvida uppgiften alltjämt kan antas utgöra en företagshemlighet enligt den föreslagna lagen om företagshemligheter. I förhållande till de skilda beviskrav som gäller för sekretess för företagshemlighet respektive för att styrka att företagshemligheten faktiskt föreligger, framstår det som lämpligt att förtydliga att sekretess inte ska gälla efter att uppgiften enligt ett avgörande som fått laga kraft inte anses utgöra företagshemlighet enligt den föreslagna lagen.

Tidsbegränsningen för sekretess enligt nu berörda bestämmelser för uppgift hos Kronofogdemyndigheten eller Tullverket som inte utgör företagshemlighet ska inte ändras. Ett särskilt tillägg om sekretess utan tidsbegränsning avseende just företagshemligheter ska därför införas i dessa bestämmelser.

10.3.5 Skadestånd vid utnyttjande och röjande av företagshemlighet som erhållits på grund av en domstols beslut

Skadeståndsansvar för parter och tredje man

Förslag: Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utan giltigt skäl röjer eller utnyttjar en företagshemlighet som han eller hon i egenskap av part eller partsrepresentant har fått del av genom beslut av en domstol ska ersätta den skada som uppkommer genom förfarandet. Skadeståndsskyldighet ska också uppkomma för den som fått del av uppgiften från part eller partsrepresentant i anledning av målet eller ärendet.

Även om förbehåll gentemot part i förfaranden enligt RB avseende sekretessbelagda uppgifter numera är möjligt, så finns det i fråga om företagshemlig information som part får del av genom ett informationsföreläggande (om innebörden av ett sådant föreläggande se avsnitt 10.2.3) inga förutsättningar att meddela ett förbehåll eftersom informationen överlämnas till sökanden av informationsinnehavaren direkt, utan att någon myndighet medverkar i verkställigheten av föreläggandet. Den information som kommer sökanden till del utgör likväl information som sökanden får del av genom domstolens beslut om informationsföreläggandet. I förarbetena till reglerna om informationsföreläggande avvisades tanken att införa en särreglering för denna information (prop. 2008/09:67 s. 169). 2008 års utredning framlade ett förslag om att regeln i 8 § FHL om skadeståndsskyldighet för den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som har röjts i strid med OSL (SkrL) skulle kompletteras med en regel om skadeståndsansvar för den som utan giltigt skäl utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon i egenskap av part har fått del av genom beslut av en domstol. I betänkandet föreslogs att regeln skulle omfatta både handlingar som finns hos domstolen och handlingar som finns på annat håll men som lämnas till parten på grund av ett domstolsbeslut. En sådan regel skulle bli tillämplig även på företagshemlig information som framkommit genom ett informationsföreläggande.¹⁵⁹

2008 års utredning framhöll att giltiga skäl att röja uppgiften kan t.ex. vara att den ska utnyttjas i det mål eller förfarande i övrigt som har föranlett domstolens beslut och att även andra situationer givetvis kan tänkas, t.ex. att den som har fått del av uppgiften måste använda den för att rådgöra med juridisk expertis eller företrädare för en arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation. 2008 års utredning påpekade också att meddelarfriheten givetvis inte är ägnad att kring-skäras genom en sådan sanktionsregel. 2008 års utredning anförde därtill att¹⁶⁰

den avgränsning i FHL som innebär att lagen endast är tillämplig på obehöriga angrepp rimligen måste bli tillämplig på en sanktionsregel av nu diskuterat slag. Den som i samband med ett förfarande hos en domstol eller annan myndighet på laglig väg har fått del av en företags-

¹⁵⁹ Jfr Fahlbeck s. 270.

¹⁶⁰ 2008 års utredning s. 307 f

hemlighet måste alltså ha den rätt som följer av 2 § andra stycket FHL att utnyttja eller röja hemligheten för att offentliggöra eller inför en myndighet eller annat behörigt organ avslöja något som skäligen kan misstänkas utgöra brott på vilket fängelse kan följa eller som kan anses utgöra annat allvarligt missförhållande i näringsidkarens rörelse. Av vad som nu har sagts följer att en eventuell sanktionsregel inte får träffa ageranden som är att hänföra till 2 § andra stycket FHL.

En skadeståndsregel enligt ovan skulle bli ett lämpligt komplement till en ny regel om möjlighet till utlämnande med förbehåll gentemot part, liksom till den redan existerande skadeståndsregeln i 8 § FHL. Till skillnad från 2008 års utredning anser utredningen dock inte att det ska vara en förutsättning för skadeståndsansvar på grund av utnyttjande att detta har skett i näringsverksamhet.

Den föreslagna skadeståndsbestämmelsen bör även omfatta ombud eller annan sådan partsrepresentant som nämns i 10 kap. 4 § OSL och som utan giltigt skäl utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon i egenskap av partsrepresentant har fått del av genom beslut av en domstol.

Ett förbehåll enligt 10 kap. 4 § OSL gentemot part eller partsrepresentant kan aldrig hindra mottagaren från att utnyttja uppgiften i målet eller ärendet eller lämna muntlig upplysning till en part, en misstänkt, en ställföreträdare, ett ombud, en försvarare eller ett biträde. På så vis finns en i alla lägen lovlig ventil för part eller partsrepresentant att sprida företagshemlighet. Som värn mot en vidare spridning av uppgiften bör skadeståndsskyldighet därför även omfatta någon som uppsåtligen eller av oaktsamhet röjer eller utnyttjar företagshemlighet som han eller hon har fått del av från part eller partsrepresentant i anledning av målet eller ärendet.

Angrepp på företagshemlighet som röjts i strid med förordnande eller förbehåll

Förslag: Skadeståndsansvar ska gälla för den som uppsåtligen eller av oaktsamhet röjer eller utnyttjar en företagshemlighet som han eller hon inser eller bör inse har röjts i strid med ett förordnande eller ett förbehåll som har meddelats med stöd av OSL.

2008 års utredning föreslog att den som i ond tro tar emot företagshemlig information som denne inser eller bör inse har röjts i strid med ett förordnande eller ett förbehåll som har meddelats med stöd av OSL (SekrL) ska åläggas skadeståndsansvar vid uppsåtligt eller oaktsamt röjande eller utnyttjande av informationen. 2008 års utredning anförde därvid följande.¹⁶¹

Enligt 8 § första stycket FHL ska den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som, enligt vad han inser eller bör inse, har röjts i strid med [OSL], ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. Om någon får del av en företagshemlighet som han eller hon inser eller bör inse har röjts trots att det egentligen råder sekretess enligt [OSL] för uppgiften så kan skadeståndsskyldighet alltså uppkomma om mottagaren utnyttjar eller i sin tur röjer uppgiften. Den person som felaktigt har lämnat ut uppgiften kan ha gjort sig skyldig till brott mot tystnadsplikt enligt 20 kap. 3 § brottsbalken. För brott mot tystnadsplikt kan även den dömas som har röjt eller utnyttjat en uppgift i strid med ett förbehåll eller förordnande som har meddelats med stöd av [OSL]. Däremot finns det ingen regel i FHL som innebär att den som tar emot en uppgift från en person som lämnar ut den i strid med ett sådant förbehåll eller förordnande som nu sagts ådrar sig skadeståndsskyldighet vid ett efterföljande röjande eller utnyttjande av informationen. I de fall en domstol eller myndighet har lämnat ut en företagshemlighet till en person med förbehåll enligt [10 kap. 4 eller 14 § OSL] att inte utnyttja den eller föra den vidare kan alltså den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot förbehållet straffas för brott mot tystnadsplikt (om det skett av oaktsamhet dock inte i ringa fall). Däremot kan en ondtröende mottagare av en företagshemlighet som lämnas ut till honom eller henne på detta sätt inte drabbas av några sanktioner enligt FHL. Detta är enligt utredningens mening inte en tillfredsställande ordning. Vi tycker att skadeståndsskyldighet bör kunna aktualiseras även i de fall en företagshemlighet har röjts i strid med ett förordnande eller förbehåll som har meddelats med stöd av [OSL]. Med hänsyn härtill föreslår vi att ett tillägg av denna innebörd görs i 8 § första stycket FHL.

Utredningen instämmer i dessa överväganden och föreslår därför ett tillägg till FHL:s bestämmelser i enlighet med vad 2008 års utredning förespråkat. Inte heller i detta fall anser utredningen att det finns något skäl att i lagtexten ange att förutsättning för skadeståndsansvar vid utnyttjande är att utnyttjandet skett i näringsverksamhet.

¹⁶¹ 2008 års utredning s. 309.

10.3.6 Förbud mot utnyttjande av företagshemlighet ska kunna meddelas i samband med ett yppandeförbud från domstol

Förslag: Regeln om tystnadspliktsförordnande enligt 5 kap. 4 § RB ska få ett tillägg med innebörd att rätten avseende sekretessbelagd uppgift som lagts fram inom stängda dörrar får besluta att uppgiften inte får utnyttjas.

Rätten kan enligt 5 kap. 4 § RB förordna om tystnadsplikt avseende företagshemlig information som lagts fram inom stängda dörrar. En sådan tystnadsplikt kan dock enligt regelns nuvarande lydelse endast avse förbud mot att uppenbara (röja) uppgiften. Regeln innebär en lucka i skyddet för företagshemligheter under domstolsförfarandet och är inte förenlig med kraven i artikel 9 om att medlemsstaterna ska se till företagshemligheter under sådant förfarande ska skyddas från att såväl utnyttjas som röjas. Det är därför nödvändigt att införa en regel om förbud mot att utnyttja företagshemlighet som lagts fram inom stängda dörrar.

Utredningen föreslår därför att ett tillägg till 5 kap. 4 § RB görs, med innebörd att rätten för uppgift för vilken det gäller sekretess gäller även får förordna att uppgiften inte får utnyttjas. Ett tystnadspliktsförordnande enligt 5 kap. 4 § RB vad avser företagshemligheter får därmed, tillsammans med de ändringar av 10 kap. 4 § OSL som utredningen föreslår, förutsättningar att utformas likalydande med ett skriftligt förbehåll enligt 10 kap. 4 § eller 10 kap. 14 § OSL.

Det framstår som lämpligt att låta möjligheten till ett ”utnyttjandeförbud” gälla inte endast för företagshemligheter. Även andra uppgifter för vilka sekretess gäller kan bli föremål för sådant utnyttjande som annars är förbjudet enligt 7 kap. 1 § OSL.¹⁶² Det finns knappast några vägande skäl mot en generell möjlighet till ett sådant utnyttjandeförbud. Förbud mot utnyttjande som del av tystnadsplikten gäller redan generellt enligt 7 kap. 1 § OSL och möjligheten till sådant förbud i samband med utlämnande med förbehåll är även den generell. Ett utnyttjandeförbud – om så enligt 7 kap. 1 § OSL, genom förbehåll eller i samband med förhandling – torde inte kunna bli betungande i fall där förbudet saknar praktisk betydelse. Om uppgif-

¹⁶² Jfr Lenberg m.fl., Kommentaren till 7 kap. 1 § OSL, Zeteo 2016-11-08.

ten inte kan utnyttjas för egen vinning, och ett utnyttjandeförbud ändå meddelas, har detta ingen praktisk betydelse för den som ska lyda under förbudet. Mot denna bakgrund framstår det som mest konsekvent att införa en generell möjlighet till utnyttjandeförbud i samband med förhandling.

10.3.7 Förbud mot utnyttjande av företagshemlighet ska även kunna meddelas i samband med ett yppandeförbud från förundersökningsledare

Förslag: En förundersökningsledare ska i samband med förhör kunna besluta att det som förekommit vid förhöret inte får utnyttjas.

En förundersökningsledare får enligt 23 kap. 10 § sista stycket RB besluta att det som förekommit vid förhör inte får uppenbaras. Det finns inte något sådant uttryckligt krav på att det som inte får yppas ska omfattas av sekretess enligt OSL som finns vad gäller yppandeförbud från rätten enligt i 5 kap. 4 § RB. Förundersökningssekretessen enligt OSL är dock så omfattande att ett förbud som behöver meddelas med stor säkerhet kommer att ha täckning i den lagen (se t.ex. 18 kap. 1–4 §§, 21 kap. 1–3 §§ samt 35 kap. 1 och 2 §§ OSL).¹⁶³ För uppgift som omfattas av ett yppandeförbud från förundersökningsledare gäller inte meddelarfrihet (44 kap. 2 § OSL). Liksom för yppandeförbud enligt 5 kap. 4 § RB kan ett förbud enligt 23 kap. 10 § sista stycket RB endast avse förbud mot att uppenbara vad som förekommit vid förhöret. I förhållande till företagshemlig information som kan förekomma vid ett förhör, givetvis inte minst i brottmål rörande angrepp mot företagshemlighet, framstår det som angeläget att förundersökningsledaren har möjlighet att även förbjuda att uppgift som förekommit vid förhöret inte får utnyttjas. Utredningen föreslår därför att ett tillägg till 23 kap. 10 § sista stycket RB görs med denna innebörd.

Det framstår även här som lämpligt att låta möjligheten till ett ”utnyttjandeförbud” gälla generellt, med möjlighet att förbjuda

¹⁶³ Fitger m.fl., kommentaren till 23 kap. 10 § RB, Zeteo 2016-12-20.

utnyttjande även av andra uppgifter än företagshemligheter (jfr avsnitt 10.3.6).

10.3.8 Bestämmelserna om brott mot tystnadspliktsförordnande ska även omfatta utnyttjande av uppgift i strid med sådant förordnande

Förslag: Den särskilda regeln om brott mot tystnadspliktsförordnande i RB 9 kap. 6 § respektive 39 § FPL ska även omfatta utnyttjande i strid mot ett sådant förordnande.

Brott mot tystnadsplikt som har sin grund i ett av rätten eller av förundersökningsledaren meddelat tystnadspliktsförordnande har en särskild sanktionsregel i 9 kap. 6 § RB, respektive i 39 § FPL såvitt avser yppandeförbud från rätten i förvaltningsprocess, som utgör lex specialis i förhållande till den allmänna regeln om brott mot tystnadsplikt i 20 kap. 3 § BrB. Enligt regeln döms den till böter som utan giltigt skäl röjer vad enligt rättens eller undersökningsledarens förordnande inte får uppenbaras.¹⁶⁴

Med utredningens förslag till möjlighet att meddela ett tystnadspliktsförordnande enligt 5 kap. 4 § RB respektive 23 kap. 10 § RB även med innebörd att uppgift om företagshemlighet inte får utnyttjas, kommer ett utnyttjande i strid med ett sådant förordnande inte att täckas av 9 kap. 6 § RB eller 39 § FPL i dessa paragrafers nuvarande lydelse. Ett sådant handlande kommer dock att täckas av bestämmelsen om brott mot tystnadsplikt enligt 20 kap. 3 § BrB, som i första stycket stadgar att den döms till böter eller fängelse i högst ett år som röjer eller olovligen utnyttjar någon uppgift, som han är pliktig att hemlighålla enligt lag eller annan författning eller enligt förordnande eller förbehåll som har meddelats med stöd av lag eller annan författning, om inte gärningen annars är särskilt belagd med straff. Den som av oaktsamhet begår gärning som avses i första stycket döms till böter. I ringa fall av oaktsamhet döms inte till ansvar.

¹⁶⁴ Under regeln faller också åsidosättande av tystnadsplikt enligt 27 kap. 9 § RB i samband med kvarhållande av försändelse hos befordringsanstalt (NJA II 1943 s. 363–364).

Uppsåtligt uppenbarande av uppgift i strid mot tystnadspliktsförordnande är, till skillnad från vad som gäller vid brott mot tystnadsplikten enligt 20 kap. 3 § BrB, inte alltid straffbart. För straffbarhet krävs att det skett ”utan giltigt skäl”. Det är sålunda inte avsett att ett tystnadspliktsförordnande ska medföra några inskränkningar i den allmänna vittnesplikten och under särskilda omständigheter kan även i annat fall den som ålagts tystnadsplikt anses obunden av den.¹⁶⁵ I doktrinen har nämnts som exempel på det sistnämnda att i brottmål den tilltalade, försvararen och målsäganden måste anses oförhindrade att vid rätten tala om vad som förekommit vid förhör under förundersökningen.¹⁶⁶ För att behålla denna möjlighet till straffrihet och samtidigt låta utnyttjande i strid mot ett tystnadspliktsförordnande i och för sig bli straffbart föreslår utredningen därför att bestämmelserna i 6 kap. 9 § RB och 39 § FPL i denna del görs likalydande med regeln om brott mot tystnadsplikt enligt 20 kap. 3 § BrB, dock med bibehållande av villkoret om ogiltigt skäl för straffbarhet. Även om det i och för sig kan finnas goda skäl för att överväga också en harmonisering av straffsatserna i bestämmelserna om brott mot tystnadspliktsförordnande gentemot regeln om brott mot tystnadsplikt¹⁶⁷ är det dock en fråga som inte lämpligen bör behandlas inom ramen för denna utredning.

10.3.9 Nu gällande undantag från domstolssekretess för företagshemligheter ska behållas

Bedömning: De undantag från domstolssekretess som gäller enligt 36 kap. 2 § andra stycket OSL ska behållas.

Enligt 36 kap. 2 § andra stycket OSL ska sekretessbestämmelsen i första stycket inte tillämpas, om någon annan sekretessbestämmelse till skydd för samma intresse är tillämplig på uppgiften och innebär att sekretess inte ska gälla.

De bestämmelser som aktualiseras av undantaget i andra stycket är regler om sekretess till skydd för enskild inom verksamhet som

¹⁶⁵ Fitger m.fl., kommentar till 9 kap. 6 § RB, Zeteo 2016-12-20.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Jfr Edelstam s. 190.

rör skatt, tull m.m. i 27 kap. 2 och 6 §§ OSL och bestämmelsen i 31 kap. 22 a § OSL om sekretess för uppgift i ett mål eller ärende om varu- eller näringskännetecken med betydelse för bedömningen av ensamrättens giltighet eller skyddets omfattning.

Undantag enligt 27 kap. OSL

Vad gäller bestämmelserna i 27 kap. så gäller enligt 2 § tredje stycket p. 1 OSL inte sekretess för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden i beslut i ärende om kompensation för eller återbetalning av skatt, beslut i ärende om anstånd med erläggande av skatt eller beslut i ärende enligt lagen (2007:324) om Skatteverkets hantering av vissa borgenärsuppgifter. Enligt p. 2 gäller inte sekretess för uppgift i beslut om undantag från skyldigheter som gäller kassaregister enligt 39 kap. 9 § skatteförfarandelagen. Enligt p. 3 gäller heller inte sekretess i beslut om kontrollavgift enligt 50 kap. skatteförfarandelagen. Däremot omfattas övriga beslut rörande kassaregister av sekretessen, t.ex. beslut om särskilda kontrollåtgärder och tillsyn.¹⁶⁸

Enligt 27 kap. 6 § OSL första stycket gäller inte sekretess beslut varigenom skatt eller pensionsgrundande inkomst bestäms eller underlag för bestämmande av skatt fastställs, med fyra undantag.¹⁶⁹ Till beslut som här avses hör bl.a. beslut om fastighetstaxering och beskattningsbeslut. Vidare är beslut om nedsättning av eller befrielse från skatt offentliga. Till beslut räknas inte bara själva beslutet utan också de skäl som myndigheten anger i beslutet. Uppgifter som har lämnats av den skattskyldige i t.ex. en självdeklaration och som ligger till grund för ett beslut ingår däremot inte i beslutet. Även tulltaxeringsbeslut är offentliga. Upptas beslutet på en tulldeklaration, gäller undantaget från sekretessen bara själva beslutet, medan reglerna i 3 § ska tillämpas på innehållet i tulldeklarationen.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Lenberg m.fl., Kommentaren till 27 kap. 2 § OSL, Zeteeo 2016-11-08.

¹⁶⁹ Sekretessen gäller om beslutet meddelas i ärende om förhandsbesked i taxerings- eller skattefråga (p.1), beskattning av utländska experter, forskare eller andra nyckelpersoner när beslutet har fattats av Forskarskattenämnden (p.2), trängselskatt (p.3), eller prissättningsbesked vid internationella transaktioner (p.4).

¹⁷⁰ Lenberg m.fl., Kommentaren till 27 kap. 2 § OSL, Zeteeo 2016-11-08.

Enligt 27 kap. 6 § andra stycket gäller sekretess för beslut i ärenden om trängselskatt endast för uppgift om vilken betalstation bilen har passerat och tidpunkten för denna passage.

De undantag från sekretess som nu redogjorts för avser alltså vissa beslut och är resultatet av en avvägning mot det beaktansvärda insynsintresse som ansetts föreligga i dessa fall (se bl.a. prop. 1979/80:2 Del a s. 249 ff.). Även om utredningens utgångspunkt är att ett skydd för företagshemligheter naturligen bör gälla oavsett vad rättegången handlar om, avser likväl dessa bestämmelser sådana förfaranden som ligger tämligen långt ifrån vad artikel 9 i EU-direktivet till sin lydelse tar sikte på. I förhållande till de avvägningar som ligger till grund för undantag till sekretess i dessa fall föreslås här därför inte några ändringar med anledning av artikel 9.

Som redogjorts för i avsnitt 10.2.5 utgör erinran i 27 kap. 9 § OSL om rätten till partsinsyn enligt i rådets förordning (EU) nr 608/2013 av den 12 juni 2013 inte något undantag till reglerna om sekretess i 27 kap. OSL och står inte i strid med artikel 9.

Undantag enligt 31 kap. 22 a § OSL

Enligt 31 kap. 22 a § första stycket gäller inte sekretess i ett mål eller ärende om varu- eller näringskännetecken för uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftförhållanden som har betydelse för bedömningen av ensamrättens giltighet eller skyddets omfattning. Ett exempel på en uppgift som har betydelse för bedömningen av ensamrättens giltighet eller skyddets omfattning är hur känt det aktuella kännetecknet är.

Bestämmelsen innebär t.ex. att uppgifter i marknadsundersökningar och annat som det annars skulle gällt sekretess för i många fall blir offentliga. Dock förekommer det i praktiken ofta marknadsundersökningar som omfattar flera olika kännetecken eller andra frågeställningar som rör ett företags affärs- eller driftförhållanden där alla uppgifter inte är relevanta för det aktuella kännetecknet.¹⁷¹

Motivet för begränsningen av sekretessens föremål är en avvägning mellan den enskildes intresse av skydd och det allmänna intresset av fri tillgång till uppgifter som är av betydelse i den nu

¹⁷¹ Lenberg m.fl., Kommentaren till 31 kap. 22 a § OSL, Zeteo 2016-11-08.

aktuella typen av mål och ärenden. Bortsett från den generella utgångspunkten att handläggning i domstol i största möjliga utsträckning ska vara öppen för allmänhetens insyn, har tredje man av rättssäkerhetsskäl ett intresse av att kunna bedöma om en giltig ensamrätt uppkommit och består samt, om så är fallet, vilket skyddsomfång denna ensamrätt har. I praxis har bestämmelsen i den äldre SekrL som motsvarade den nuvarande bestämmelsen om domstolssekretess (8 kap. 17 § första stycket SekrL, 36 kap. 2 § första stycket OSL) också tillämpats på så sätt att sekretess inte har gällt för uppgifter som kan ha betydelse för bedömningen av ett varukänneteckens giltighet och omfattning, se Patentbesvärslagens beslut den 16 oktober 1997 i mål nr 96–778 N.V. Duracell Batteries S.A. mot Detalj- och Maskinförsäljning i Oskarshamn AB.¹⁷²

Mot bakgrund av vad som nu sagts och att nu nämnda undantag inte är oförenligt med vad artikel 9 stadgar, föreslår utredningen inga ändringar vad avser bestämmelsen om undantag enligt 31 kap. 22 a § OSL.

10.3.10 Något särskilt ansökningsförfarande vad gäller sekretess för företagshemligheter behöver inte införas

Bedömning: Något särskilt ansökningsförfarande avseende sekretess för företagshemligheter behöver inte införas.

EU-direktivet fordrar att medlemsstaterna, genom att vidta de specifika åtgärder som krävs, skyddar konfidentialiteten hos företagshemligheter eller påstådda företagshemligheter som de behöriga rättsliga myndigheterna, *efter en vederbörligen motiverad ansökan av en intressent* (utredningens kursivering), har identifierat som konfidentiella och om vilka de har blivit medvetna till följd av ett domstolsförfarande om olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet. Medlemsstaterna får i detta avseende också tillåta att behöriga rättsliga myndigheter handlar på eget initiativ.

EU-direktivets krav i detta avseende aktualiserar frågan om hur prövning av sekretess gällande företagshemlig information initieras.

¹⁷² Ibid.

För en innehavare av företagshemlig information som han eller hon överväger att införa i ett domstolsförfarande, skulle det vara en fördel om det redan innan informationen lämnades in till domstolen kunde meddelas ett förhandsbesked huruvida informationen under förfarandet kommer att hållas hemlig. En sådan ordning möter dock flera problem. Till att börja med är det knappast tänkbart att ett förhandsbesked om sekretess för uppgiften skulle kunna meddelas endast genom ett blankt påstående från sökanden om att informationen utgör företagshemlighet. Och även om man skulle tänka sig en sådan möjlighet, vore det oundvikligt för sökanden att likväl i någon grad beskriva vad informationen handlar om. Annars skulle det ju bli omöjligt för domstolen att veta vilken information den ska hemlighålla. Som lösning på detta skulle man i och för sig kunna tänka sig att domstolen i en preliminär bedömning, under tystnadsplikt, skulle kunna ta ställning till frågan om sekretess för uppgiften, och att uppgiften i förhållande till denna processuella bedömning alltid skulle vara hemlig.¹⁷³ Dock möter även en sådan lösning svårigheter när det gäller frågan om hur ett sådant preliminärt förfarande ska initieras, dvs. hur en ansökan om en sådan bedömning ska utformas för att i sig undgå offentlighet och partsinsyn. Därtill stöter en lösning av detta slag på hinder med hänsyn till parts insynsrätt i förfarandet, vilken i EU-direktivets nuvarande form är klart uttryckt som en minimirättighet. En sådan procedur är givetvis också endast ägnad att skydda företagshemlig information disponerad av den part som överväger att föra in den i processen; i förhållande till företagshemligheter som en part för in tillhörande annan än parten och som parten inte har något intresse av att hålla hemlig, blir ett sådant förfarande oanvändbart.

Som redogjorts för under avsnitt 10.2.6 existerar inget formellt ansökningsförfarande vad gäller frågor om sekretess i svensk rätt. Även i de europeiska rättssystem som endast prövar frågor om sekretess efter en formell ansökan, som t.ex. enligt lagen för England och Wales (se avsnitt 10.2.1 *Internationell utblick*), krävs, såvitt utredningen kunnat utröna, att den som ansöker om sekretess måste styrka sin ansökan med bevis som visar att informationen är skyddsvärd. För i vart fall brittisk del sammanhänger förekomsten av ett

¹⁷³ Jfr Heumans förslag de lege ferenda avseende prövning av editionsyrkande i förhållande till påstående om företagshemligheter i det material editionsyrkandet avser, se not 56.

formellt ansökningsförfarande med att domstolen, åtminstone gällande företagshemligheter, inte beslutar om sekretess ex officio.

Mot bakgrund av vad som nu sagts föreligger det inte några övertygande skäl för att införa ett formellt ansökningsförfarande gällande sekretess för företagshemligheter i svensk rätt. Det framstår som en ändamålsenlig lösning i förhållande till EU-direktivets krav att frågor om sekretess informellt när som helst under processen kan väckas av parterna och att domstolen dessutom har en principiell skyldighet att iakttä frågor om sekretess ex officio. I sammanhanget kan understrykas möjligheten enligt 5 kap. 5 § OSL för en domstol eller annan myndighet att efter begäran av part eller ex officio sekretessmarkera företagshemliga uppgifter som en åtgärd ägnad att säkra att företagshemligheter inte lämnas ut av misstag.

Med hänsyn till att beviskravet för sekretess för företagshemligheter, såväl enligt nu gällande rätt som enligt utredningens förslag, är lågt – ”kan antas” – säkerställs att sekretess för uppgiften kan inträda mot bakgrund av svagare utredning än den som krävs för att visa att det faktiskt är fråga om en företagshemlighet. Detta kan sägas ligga i linje med utgångspunkten att företagshemligheter i ett domstolsförfarande överhuvudtaget inte ska riskera att hamna utanför skydd av sekretess samt att det ska vara möjligt för part att få en bedömning avseende frågan om sekretess från domstolen, t.ex. i samband med ett förordnande om stängda dörrar, utan att dessförinnan ha behövt blotta alltför mycket detaljer om företagshemligheten i fråga.

11 Straffbestämmelser

11.1 Uppdraget – utforma straffbestämmelser

Utredningens uppdrag är att överväga hur ett straffansvar, som utvidgas till att omfatta även den som obehörigen utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon har fått tillgång till inom ramen för sina arbetsuppgifter, bör utformas. Utredningen ska beakta de förslag om ett utökat straffansvar som lämnades i betänkandet SOU 2008:63, den lagrådsremiss med förslag till ändringar i FHL som den förra regeringen beslutade om den 12 december 2013 och Lagrådets yttrande från den 8 januari 2014.

Uppdraget är alltså inte att undersöka huruvida ett straffansvar ska införas eller inte, utan föreslå hur detta kan göras. För utveckling av utredningens utgångspunkter, se ovan avsnitt 2.3.2.

11.2 Nuvarande straffansvar

Kriminaliseringen i nuvarande FHL är inriktad på fall där någon olovligen bereder sig tillgång till eller anskaffar en företagshemlighet. Förfaranden som innebär att någon utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon redan har fått tillgång till på ett lovligt sätt, t.ex. inom ramen för sin anställning, omfattas däremot inte av straffansvaret. Sådana förfaranden kan dock omfattas av skadeståndsansvaret.

Straffansvaret för *företagsspioneri* omfattar fall där någon med uppsåt olovligen bereder sig tillgång till en företagshemlighet (3 §). Det brottsliga förfarandet består i det olovliga inhämtandet av den hemliga informationen. Gärningsmannens vilja ska vara inriktad på att komma över den information som hålls hemlig för honom eller henne. Företagsspioneri kan begås av såväl anställda som utomstående personer. Straffbestämmelsen täcker situationer då en anställd bereder sig

tillgång till information som ligger klart utanför ramen för hans eller hennes arbetsuppgifter. Däremot omfattas inte fall där en anställd får del av överskottsinformation som finns tillgänglig på den del av arbetsplatsen där han eller hon normalt har rätt att uppehålla sig eller som finns i material som han eller hon använder i tjänsten. Den som har lovlig tillgång till informationen som sådan anses inte heller göra sig skyldig till företagsspioneri genom att kopiera den.

Även *försök och förberedelse* till företagsspioneri är straffbart. Straffskalan för företagsspioneri är böter eller fängelse i högst två år. Om brottet är grovt, ska dömas till fängelse i högst sex år. Brottet kan anses som grovt om gärningen har varit av särskild farlig art, avsett betydande värden eller inneburit synnerligen kännbar skada.

För *olovlig befattning med företagshemlighet* döms den som anskaffar en hemlighet med vetskap om att den som tillhandahåller hemligheten, eller någon före honom eller henne, har berett sig tillgång till den genom företagsspioneri (4 §). På motsvarande sätt som i fråga om företagsspioneri är det själva anskaffandet som är det straffbara handlandet. Med anskaffande avses varje slags förvärv av uppgiften, men i överensstämmelse med vad som gäller beträffande företagsspioneri kan den som av en tillfällighet får reda på den hemliga informationen inte straffas. Straffskalan är böter eller fängelse i högst två år, eller om brottet är grovt fängelse i högst fyra år.

Gemensamt för brotten företagsspioneri och olovlig befattning med företagshemlighet är att en allmän förutsättning för straffansvar är att det handlar om ett olovligt anskaffande av företagshemligheten. En annan förutsättning är att angreppet inte omfattas av regleringen i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen. Så är fallet t.ex. om anskaffandet av en företagshemlighet sker i syfte att offentliggöra den i ett grundlagsskyddat medium, se ovan avsnitt 3.4.3

11.3 Bakgrund till införandet av nuvarande FHL

11.3.1 IKL

FHL föregicks av lag (1931:152) med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens, IKL. När FHL infördes upphörde IKL att gälla.

IKL innehöll bestämmelser om såväl straff som skadestånd för anställda som obehörigen använde sig av eller yppade arbetsgivarens yrkeshemlighet. Vad som menades med yrkeshemlighet definierades

inte, men innefattade dels kommersiella företagshemligheter såsom information om fabrikationssätt, anordning, affärsförhållande eller annat, dels tekniska förebilder, såsom exempelvis en ritning. Anställdas straff- och skadeståndsansvar för kommersiella företagshemligheter upphörde i och med anställningen. Om företagshemligheter bars upp av en teknisk förebild, kunde skadestånds- och straffansvar uppkomma vid utnyttjande av företagshemligheten, både för anställda och andra personer, som anförtrots hemligheten för affärsändamål. Lagen innehöll inte någon regel motsvarande dagens bestämmelser om företagsspioneri eller olovlig befattning med företagshemlighet.

Talan om skadestånd kunde väckas av innehavaren av företagshemligheten. Åklagare kunde väcka talan endast efter att innehavaren angett brottet till åtal.

11.3.2 1966 års utredning om otillbörlig konkurrens

Frågor om illojal konkurrens och företagshemligheter har utretts vid mer än ett tillfälle. Utredningen om illojal konkurrens lade 1966 fram ett lagsförslag, som dock inte ledde till några nya regler om företagshemligheter¹. Lagsförslaget innehöll bestämmelser om skydd för företagshemligheter, otillbörlig konkurrens samt mutor och bestickning. En nyhet i förhållande till IKL var en bestämmelse om straffansvar för den som på ett otillbörligt sätt bereder sig tillgång till företagshemligheter. Med otillbörligt sätt avsågs förfaranden där gärningsmannen använder sig av ”moraliskt förkastliga metoder” för att nå sitt mål.² Den som på ett otillbörligt sätt berett sig tillgång till en företagshemlighet, begick ytterligare brott om denne sedan yppade eller använde företagshemligheten.

I 1966 års betänkande föreslogs att det alltjämt skulle vara straffbart för anställda att obehörigen använda eller yppa företagshemlighet, som denne fått tillgång till genom sitt arbete. Även sådana företagshemligheter som den anställde fått reda på av en slump var denne skyldig att hålla hemliga. En uppdragstagare till näringsidkaren skulle på samma sätt som en anställd kunna straffas för obehörigen yppade eller använda företagshemligheter. Straffansvaret skulle dock inte

¹ SOU 1966:71 Otillbörlig konkurrens.

² A. SOU s. 141.

omfatta delägare och samarbetande företagare. Uppdragstagare omfattade alla som på näringsidkarens vägnar utförde ett givet uppdrag, såsom konsulter, reklambyråer och styrelseledamöter.

Straffansvaret för anställda och uppdragstagare skulle vara begränsat till gärningar under anställningstiden respektive uppdragstiden. Skälen till att ansvaret skulle begränsas var främst sådana som har att göra med gränsdragningsproblem.³ För det första ansågs att det fanns skäl att vara försiktig med att straffa sådant som inte är ett direkt åsidosättande av den lojalitetsplikt som följer av allmänna arbetsrättsliga rättsgrundsatser. Därtill ansågs det vara problematiskt att skilja mellan företagshemlighet och sådant som är personlig yrkesskicklighet. Ett straffbeläggande riskerade få till följd att personer blir återhållsamma med sin yrkeskunskap i stället för att utnyttja denna på arbetsmarknaden. Det andra skälet mot att utsträcka straffansvaret längre än anställningstiden var att det ansågs att det på det stora hela inte var särskilt många anställda som skulle kunna beröras av utsträckt tystnadsplikt. Endast ett fåtal personer i särskild förtroendeställning ansågs kunna ha sådan överblick över komplicerade företagshemligheter med stor ekonomisk betydelse. För det tredje ansågs att om ett straffansvar som sträcker sig efter anställningen/uppdragets slut ska införas, krävs en i lag införd tidsgräns. Sådana tidsgränser skulle tendera att bli schematiska, med tanke på att företagshemligheters livslängd varierar starkt beroende på typ och bransch. Därtill uttrycktes i betänkandet möjligheten till individuella avtalslösningar för att utsträcka skyddet företagshemligheter.

11.3.3 1983 års betänkande

En utredning om skydd för företagshemligheter tillsattes 1979 av dåvarande regeringen. Utredningen presenterade sitt betänkande 1983⁴. Förslaget innehöll bestämmelser om straff för *företagsspioneri*, som skulle tillämpas om någon obehörigen beredde sig tillgång till företagshemligheter. Därtill föreslogs straffbestämmelser för *näringsidkare* som *obehörigen utnyttjar eller röjer företagshemlighet* som

³ A. SOU s. 130–131.

⁴ SOU 1983:52 Företagshemligheter.

erhållits genom anbudsförfarande, affärsförhandling eller annars i affärsförbindelse. Åtal skulle endast vara påkallat om målsäganden angav brottet eller om det annars var påkallat ur allmän synpunkt.

Straffbestämmelser för anställda, som förekommit i IKL, skulle enligt förslaget avskaffas. I 1983 års betänkande motiverades detta bl.a. med att det är en lång svensk tradition att försöka undvika straffrättsliga sanktioner om civilrättsliga sanktioner är tillräckliga för att upprätthålla respekten för ingångna avtal. Därtill anfördes att straffpåföljderna i IKL i praktiken sällan utnyttjades, utan att i stället aktualiserades avskedande eller uppsägning vid anställdas angrepp på företagshemligheter. Särskilt påpekades vikten av arbetstagares fria rörlighet på arbetsmarknaden. Enligt den föreslagna lagen skulle skadeståndsskyldighet främst drabba den som angripit en företagshemlighet under anställningen. Huvudregeln skulle alltså vara att en anställd inte hade någon kvardröjande lojalitetsplikt mot den tidigare arbetsgivaren när anställningen upphört, och därför var fri att använda företagshemligheter som erhållits under anställningen. Emellertid konstaterades att det i vissa fall skulle framstå som stötande att en tidigare anställd utan någon form av sanktion kunde använda företagshemligheter som planmässigt samlats in under anställningen för att sedan användas i konkurrerande verksamhet. Utredningen föreslog därför att tidigare anställda som handlat *särskilt otillbörligt* skulle kunna drabbas av skadeståndsansvar.

En utvidgning av brottet *trolöshet mot huvudman* i 10 kap. 5 § brottsbalken (BrB) föreslogs i betänkandet, på så sätt att anställda i nyckelpositioner skulle kunna dömas för det brottet om de missbrukade en *teknisk angelägenhet* till förfång för sin huvudman. Även s.k. kvalificerade uppdragstagare skulle omfattas av straffansvaret, exempelvis tekniska konsulter.

11.3.4 Propositionen till FHL

I regeringens proposition 1987/88:155 om skydd för företagshemligheter, som byggde på 1983 års betänkande, föreslog regeringen bestämmelser om *företagsspioneri* och *olovlig befattning med företagshemlighet*, som sedan kom att antas som 3 respektive 4 §§ nuvarande FHL. För straffbarhet krävs att gärningsmannen på något sätt olovligen har berett sig tillgång till eller på annat sätt tagit olovlig befatt-

ning med företagshemligheten. Varken utnyttjande eller röjande är ett krav för straffbarhet. Straffbestämmelsen är inriktad på att förhindra den primära skaderisken med att den rättmätige innehavaren förlorar kontroll över hemligheten.⁵

Regeringen föreslog – i likhet med 1983 års betänkande – att det inte längre skulle vara straffbart när en anställd missbrukar en företagshemlighet som denne fått del av i anställningen. Som skäl för denna avkriminalisering anfördes att straffpåföljder för brott mot avtalsförpliktelser bör undvikas, när det finns andra effektiva sanktionsformer för att upprätthålla respekten för ingångna avtal. Regeringen framhöll, liksom 1983 års utredning, att det är en svensk rättstradition att söka undvika straffpåföljder i dessa fall. Skadestånd ensamt eller i kombination med andra arbetsrättsliga reaktioner bedömdes normalt vara tillräckliga sanktioner.

Huvudregeln skulle alltså vara att en arbetstagare efter anställningstidens slut har rätt att använda den information denne inhämtat under anställningen. Den rätten skulle gälla oberoende av om företagshemligheten dokumenterats eller inte.⁶ Regeringen konstaterade dock att det måste finnas möjlighet att ingripa rättsligt om en tidigare anställd röjer eller utnyttjar företagshemligheter på ett särskilt utmanande eller klandervärt sätt. Därmed kom bestämmelsen om synnerliga skäl i nuvarande 7 § andra stycket att införas. (För beskrivning av vad kan utgöra synnerliga skäl, se ovan avsnitt 7.1.3.)

Till skillnad från 1983 års betänkande ville regeringen inte att näringsidkare som anförtratts en företagshemlighet i en affärsförbindelse skulle kunna straffas, om näringsidkaren obehörigen röjde eller utnyttjade företagshemligheten.⁷ Skadestånd ansågs vara en tillräcklig sanktion. Den avgörande anledningen till ställningstagandet var – liksom vad gällde anställda – att respekten för avtal i största utsträckning bör vila på civilrättsliga regler. En bestämmelse om straffansvar ansågs av regeringen även kunna innebära problem ur rättssäkerhetssynpunkt. Flera remissinstanser hade nämligen påpekat att näringsidkare i samband med affärsförhandlingar delges företagshemligheter i större utsträckning än vad denne är beredd att ta ansvar för. Därtill kan det skilja sig mellan olika branscher hur

⁵ Prop. 1987/88:155 s. 14–15.

⁶ A. prop. s. 20.

⁷ A. prop. s. 22.

företagshemligheter delges och vilken tolerans det finns för att anförtrodda hemligheter utnyttjas. Dessutom kan det vara svårt att placera det straffrättsliga ansvaret på rätt person inom ett företag.

I samband med att bestämmelser infördes för att förstärka det straffrättsliga skyddet för datorrelaterade brott, ändrades bestämmelsen om trolöshet mot huvudman i 10 kap. 5 § BrB.⁸ Ändringen innebar att straffansvaret utsträcktes till att omfatta även den som av sin huvudman anförtrotts att självständigt handha eller övervaka skötsel av kvalificerade tekniska uppgifter. Regeringen konstaterade att det som 1983 års utredning åsyftade hade uppnåtts med den ändringen.⁹

11.3.5 Lagutskottets två betänkanden

Lagförslaget i propositionen om skydd för företagshemligheter behandlades av lagutskottet i två omgångar, vilket resulterade i två betänkanden (1988/89:LU30 och 1989/90:LU37), som sammanfattningsvis gick ut på att regeringens lagförslag skulle antas med vissa ändringar och tillägg.

Lagutskottet anförde att avkriminaliseringen av privatanställdas missbruk av företagshemligheter innebar en välbehövlig modernisering på området och en liberalisering av de anställdas tystnadsplikt.¹⁰ Tyngdpunkten i Lagutskottets betänkanden låg på andra delar av regeringens lagförslag än just avkriminaliseringarna för anställda och för näringsidkare inom affärsförbindelser.

Den nya lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter antogs och trädde i kraft under 1990.

⁸ A. prop. s. 24.

⁹ A. prop. s. 18.

¹⁰ LU37 s. 16.

11.4 Tidigare utredning om utökat straffansvar

11.4.1 2008 års utredning

Det så kallade Ericsson-målet¹¹ från 2003 gav upphov till en diskussion om huruvida FHL ger ett tillräckligt skydd mot att en arbetstagare utnyttjar eller röjer en företagshemlighet. I målet hade en anställd lämnat ut företagshemligheter till en utomstående person, som bedrev spionage mot bolaget Ericsson. Den anställde kunde inte dömas för företagsspioneri, eftersom den information som han hade lämnat ut var information som han hade tillgång till för att utföra sina arbetsuppgifter. Han hade inte olovligen berett sig tillgång till informationen.

Regeringen tillsatte 2007 en utredning, som hade i uppdrag att överväga om lagens straffstadganden har getts en ändamålsenlig utformning. Därvid skulle utredningen vid utformningen av straffbestämmelserna analysera vilken vikt som bör fästas på sättet som den som röjer eller utnyttjar företagshemligheten har fått tillgång till denna. Uppdraget innefattade också att överväga om straffskalan ligger på en lämplig nivå. Betänkandet med lagförslag överlämnades 2008.¹²

2008 års utredning bedömde att det finns behov av att utvidga straffansvaret till att även omfatta förfaranden med företagshemligheter, som utförs av personer med lovlig tillgång till hemligheten, såsom anställda. Därmed föreslogs ett utvidgat straffansvar, *olovligt utnyttjande eller olovligt röjande av företagshemlighet*, som skulle omfatta den som har fått del av en näringsidkares företagshemlighet med anledning av att han eller hon har deltagit i näringsidkarens verksamhet. Med deltagande i näringsidkarens verksamhet avsågs anställning, uppdrag eller liknande grund. Avsikten var att förutom anställda hos näringsidkaren skulle även anställda i bemannings- och konsultföretag, s.k. ensamkonsulter, styrelseledamöter och revisorer omfattas. Om gärningsmannen begått gärningen efter det att deltagandet i verksamheten upphört, skulle ansvar dömas ut om gärningsmannen agerat *särskilt illojalt* eller om gärningen var att bedöma som grovt brott. Det skulle inte dömas till ansvar om gärningen begåtts senare än två år efter det att deltagandet i näringsidkarens

¹¹ Svea hovrätts dom den 20 oktober 2003 i mål nr B 5221-03.

¹² SOU 2008:63 Förstärkt skydd för företagshemligheter.

rörelse upphörde, om gärningen var ringa eller om gärningen var belagd med strängare straff i BrB.

11.4.2 Kritik mot ökat straffansvar

Det lagförslag som 2008 års utredning upprättat var föremål för remiss. Flera remissinstanser inom näringslivet var på det stora hela positivt inställda till en utvidgning av straffansvaret. Många remissinstanser, däribland flera fackföreningar, var dock starkt kritiska till att utvidga straffansvaret för anställda m.fl. Kritiken bestod främst av tre huvudargument.

Det första argumentet var att det inom svensk rätt finns en lång tradition av att det inte ska förekomma straffsanktioner mot brott mot avtalsförpliktelser, om det finns verkningfulla civilrättsliga sanktioner. Befintliga sanktioner såsom skadestånd och arbetsrättsliga verkningar ansågs vara tillräckliga.

Det andra huvudsakliga argumentet mot ett utökat straffansvar var risken för inlåsnings effekter och minskad rörlighet på arbetsmarknaden. Redan i dag kräver dessutom flera arbetsgivare att de anställda undertecknar konkurrens- och sekretessklausuler. Även om vissa sådana klausuler inte skulle anses vara skäligen vid en domstolsprövning, vågar många arbetstagare som slutat sin anställning inte annat än att ta det säkra före det osäkra och iaktta klausulerna. Det råder redan i dag en osäkerhet bland anställda om vilka uppgifter som de får lämna till grundlagsskyddade medier eller till olika myndigheter för att påtala missförhållanden.

Det tredje argumentet var att behovet av att införa de nya straffbestämmelserna inte hade undersökts tillräckligt. Inte heller hade konsekvenserna för anställda analyserats tillräckligt. Skyddet för företagshemligheter ansågs redan vara starkt.

11.4.3 2013 års lagrådsremiss

Den förra regeringen beslutade i december 2013 att inhämta Lagrådets yttrande över ett lagförslag som bygger på betänkandet som 2008 års utredning lämnade.¹³ Förslaget innehöll en ny bestämmelse

¹³ Lagrådsremiss den 12 december 2013, Ett bättre skydd för företagshemligheter.

om straff för *olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet*, som skulle avse företagshemligheter som någon fått del av genom att delta i en näringsidkares rörelse till följd av anställning eller uppdrag eller annan liknande grund. Den föreslagna bestämmelsen löd:

3 a §

Den som olovligen utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon har fått del av genom att delta i en näringsidkares rörelse till följd av anställning eller uppdrag eller på annan liknande grund ska dömas för *olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet* till böter eller fängelse i högst två år eller, om brottet är grovt, till fängelse i lägst sex månader och högst sex år. Vid bedömning av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningen har varit av särskilt farlig art, avsett betydande värde eller inneburit synnerligen kännbar skada.

I ringa fall ska det inte dömas till ansvar. Det ska inte heller dömas till ansvar om gärningen har begåtts senare än två år efter det att deltagandet i näringsidkarens rörelse upphörde.

Till ansvar enligt första stycket ska det inte dömas om gärningen är belagd med strängare straff i brottsbalken.

För försök eller förberedelse till oloovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet döms det till ansvar enligt vad som föreskrivs i 23 kap. brottsbalken.

En komplettering av 4 § nuvarande FHL föreslogs också, så att *olovlig befattning med företagshemlighet* även skulle avse företagshemligheter som tillhandahållits genom sådant röjande som avses i den föreslagna 3 a §. Regeringen föreslog också att nuvarande 7 § skulle ändras till att omfatta inte bara anställda, utan alla som deltagit i en näringsidkares rörelse till följd av anställning eller uppdrag eller annan liknande grund.

11.4.4 Lagrådets invändningar mot 2013 års lagrådsremiss

Förslaget till nya straffbestämmelser i 2013 års lagrådsremiss mötte kritik från Lagrådet. Lagrådet ansåg att det visserligen var rimligt att utvidga det kriminaliserade området till sådana fall som Ericsson-målet rörde, men ifrågasatte om det finns något lagstiftningsbehov i fråga om mindre allvarliga fall.

Som exempel på en situation när ett straffansvar ter sig diskutabelt angavs följande. En anställd berättar för en konsument att beskrivningen i marknadsföringen av en tjänst som företaget tillhandahåller

är vilseledande på någon viktig punkt (så att undantaget för ringa fall i remissens 3 a § andra stycket inte blir tillämpligt). Om företaget vill hålla denna information hemlig för att den är oförmånlig, kan det röra det sig om en företagshemlighet enligt 1 § i lagen.

Därtill anförde Lagrådet att gränsdragningsproblem kan uppstå, eftersom lagen endast gäller obehöriga angrepp och att bedömningen därvid av vad som är obehörigt kunde komma att bli avgörande för avgränsningen. Lagrådet anmärkte även på att det i lagrådsremissen inte hade redovisats något behov av att kriminalisera mindre allvarliga fall, som ändå inte kan betraktas som ringa. Likaså anmärktes på att någon avvägning inte hade gjorts beträffande hur kriminaliseringen förhåller sig till intresset av yttrandefrihet för anställda. Därtill anfördes följande.

[Det kan] ifrågasättas om remissen innefattar tillräckliga skäl för en så pass omfattande nykriminalisering som förslaget innebär. Regeringen bör överväga om ytterligare någon begränsning av det straffbara området bör ske.

Lagrådet ansåg även att det var olämpligt att skadeståndsbestämmelsen i 5 § (som föreslogs omfatta även förfaranden enligt 3 a §) och skadeståndsbestämmelsen i 7 § överlappar varandra.

Lagrådsremissen ledde inte till lagstiftning.

11.5 Behovet av utökat straffansvar

Regeringen anförde i 2013 års lagrådsremiss att det nuvarande skyddet för företagshemligheter inte är tillräckligt. Vidare anfördes bl.a. följande.¹⁴

Företagshemligheter kan representera ett stort värde för en näringsidkare. Betydelsen av kunskap och information har blivit allt större för företagen. Om företagshemligheter sprids på ett oönskat sätt, kan det medföra betydande skada för verksamheten. Med ökad internationalisering och teknisk utveckling har möjligheterna till spridning ökat markant. Sett ur ett vidare perspektiv är angrepp på företagshemligheter ett hot mot den sunda konkurrensen i näringslivet. Om företagen inte kan bedriva verksamhet på lika villkor, störs marknadens funktion. Det finns därför ett samhällsintresse av ett tillräckligt skydd för företagshemligheter. [...]

¹⁴ A. lagrådsremiss s. 18–19.

Anställda och andra medarbetare måste många gånger få del av näringsidkarens företagshemligheter för att kunna utföra sina arbetsuppgifter. Utvecklingen har gått i den riktningen att medarbetare på olika nivåer i företagen, och inte bara ett fåtal personer i nyckelpositioner, oftare får kännedom om företagshemligheter av stor ekonomisk betydelse. I många företag kan det vara svårt att skydda informationen från att den används illojalt av personer som på detta sätt fått lovlig tillgång till den. Ett sätt för utomstående att komma åt information kan vara att värva en intern informatör på företaget.

Det fanns tidigare bestämmelser som föreskrev straffansvar för bl.a. anställda som obehörigen använde sig av eller yppade arbetsgivarens yrkeshemligheter (se 1931 års lag med vissa bestämmelser om illojal konkurrens). När lagen om skydd för företagshemligheter infördes ersattes detta straffansvar med skadeståndsansvar för arbetstagare som utnyttjar eller röjer företagshemligheter som han eller hon fått del av i sin anställning. Som skäl för denna avkriminalisering anfördes att straffpåföljder för brott mot avtalsförpliktelser bör undvikas, när det finns andra effektiva sanktionsformer för att upprätthålla respekten för ingångna avtal. Skadestånd ensamt eller i kombination med andra arbetsrättsliga reaktioner bedömdes normalt vara en tillräcklig sanktion (prop. 1987/88:155 s. 18).

Utvecklingen under senare år har visat att det finns skäl att ompröva detta ställningstagande.

[...]

Domen i Ericsson-målet har ofta nämnts som ett exempel på att gärningar som av många uppfattas som straffvärda ibland inte alls anses falla in under en träffande brottsbeskrivning i gällande lagstiftning. Domen har också fått illustrera att civilrättsliga sanktioner, dvs. arbetsrättsliga reaktioner och skadeståndsskyldighet på grund av lag eller avtal, inte alltid är tillräckligt effektiva för att förhindra att anställda missbrukar sin arbetsgivares företagshemligheter.

I brottsbalken finns det visserligen straffstadganden som under särskilda förutsättningar kan vara tillämpliga när arbetstagare missbrukar företagshemligheter som de har fått lovlig tillgång till genom tjänsten. Särskilt bestämmelsen om trolöshet mot huvudman är en viktig del i skyddet för företagshemligheter. Den omfattar den som på grund av förtroendeställning har fått till uppgift att sköta viss angelägenhet för annan och som missbrukar förtroendeställningen till skada eller förfång för huvudmannen (10 kap. 5 § brottsbalken). Detta skydd är begränsat, eftersom långtifrån alla anställda intar en sådan förtroendeställning som förutsätts för trolöshetsansvar.

I rättspraxis finns också exempel på att bestämmelserna om olovligt brukande (10 kap. 7 § brottsbalken) har tillämpats på arbetstagares olovliga förfaranden med företagshemligheter och i vissa fall kan straffbestämmelserna om utpressning (9 kap. 4 § brottsbalken) eller tagande av muta (10 kap. 5 a § brottsbalken) vara tillämpliga. Bestämmelserna är dock inte i huvudsak utformade för att kriminalisera sådana angrepp, utan är inriktade på andra typer av gärningar. Detta innebär att det kan

vara svårt att bedöma om ett visst angrepp är straffbart eller inte och att det i många fall kan vara straffritt för anställda att utnyttja eller röja företagshemligheter.

Av särskild vikt i sammanhanget är samhällsintresset av att svenska företag åtnjuter ett ändamålsenligt skydd för företagshemligheter och kan konkurrera på lika villkor. Det handlar alltså inte enbart om enskilda företags kommersiella intressen. I det perspektivet är det otillfredsställande att skyddet är avhängigt om den som angriper företagshemligheten har lovlig tillgång till den eller inte. Ett mer heltäckande straffrättsligt skydd är bättre ägnat att ta tillvara samhällsintresset av en väl fungerande marknad. Sverige bör ha en reglering som i detta avseende motsvarar den som finns i bl.a. andra nordiska länder och i Tyskland.

Sammantaget är möjligheterna till straffrättsliga ingripanden mot angrepp på företagshemligheter av personer inom näringsidkarens egen verksamhet otillräckliga.

Regeringen framhöll också att det utökade straffansvaret inte syftar till att skydda information om brott eller andra allvarliga missförhållanden. Det utökade straffansvaret ska därmed inte heller kunna användas för att dölja förekomsten av eventuella oegentligheter i ett företag. Eventuella svårigheter med att tolka arbetsrättsliga regler och avtalsklausuler – dvs. vad en arbetstagare har rätt att öppet uttala sig om – ansågs inte kunna avhjälpas genom en ändring i lagen om skydd för företagshemligheter.¹⁵

Utredningen har inte fått i uppdrag att ytterligare utreda behovet av ett utökat straffansvar.

11.6 Ett utökat straffansvar

11.6.1 Straffansvarets omfattning

Förslag: Det ska införas en bestämmelse om straff för *olovligt utnyttjande av företagshemlighet* och *olovligt röjande av företagshemlighet* för den som haft lovlig tillgång till den angripna företagshemligheten genom deltagande i en näringsidkares rörelse till följd av anställning eller uppdrag eller på annan liknande grund.

¹⁵ A. lagrådsremiss s. 12.

Olovligt utnyttjande och röjande

Regeringen föreslog i 2013 års lagrådsremiss att straffansvaret enligt FHL skulle utvidgas, för att på så sätt förhindra att företagshemligheter missbrukas av personer som arbetar i en näringsidkares verksamhet och för att förbättra möjligheterna att ingripa om så sker.

Som en första förutsättning för straffansvar angavs att det ska vara fråga om olovligt utnyttjande eller röjande, dvs. sådant som sker utan näringsidkares medgivande. När företagshemligheter används eller avslöjas som ett led i arbetet hos näringsidkaren måste enligt lagrådsremissen den enskilde som deltar i verksamheten som regel kunna räkna med att han eller hon har huvudmannens medgivande. Därtill angavs att det för straffbarhet krävs att personen i fråga varit medveten om dels att det var fråga om en företagshemlighet, dels att beteendet utgör ett utnyttjande/röjande och dels att det var olovligt. Därmed ansågs att det skulle ligga i näringsidkarens eget intresse att så tydligt som möjligt klargöra vilken information som ska hållas hemlig. Det utvidgade straffansvaret skulle därmed få betydelse för vilket krav som kan ställas på näringsidkarens upplysning till personerna i fråga. Kravet torde vara högre ställt i förhållande till personer som inte har en arbetstagares lojalitetsplikt eller som inte har kännedom om näringsidkarens verksamhet, såsom personer som inte är anställda direkt av näringsidkaren. Exempelvis gäller högre krav på tydlighet från näringsidkaren gentemot personer som är inhyrd eller inlånad arbetskraft.

Därutöver angavs att det utökade straffansvaret givetvis endast skulle röra obehöriga angrepp, enligt de allmänna förutsättningarna för lagens tillämplighet enligt nuvarande 2 §.

Det uttalades också att principen att grundlag har företräde framför vanlig lag föranleder att den föreslagna bestämmelsen inte ska tillämpas om den skulle komma i konflikt med meddelarskyddet enligt tryckfrihetsförordningen (TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (YGL). Detta kan inträffa exempelvis om en företagshemlighet röjs för att offentliggöras i grundlagsskyddad media.

Utredningen delar de ståndpunkter som framkom i lagrådsremissen i ovanstående del.

Den omfattning av straffansvaret som föreslogs i lagrådsremissen var *olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet*. Som utredningen ser på straffansvaret rör det sig om två olika typer av gär-

ningar, den ena är olovligt utnyttjande av företagshemlighet, medan den andra är olovligt röjande av företagshemlighet. Att utnyttja information behöver inte vara detsamma som att röja samma information, och vice versa. Att det rör sig om två olika gärningar måste framkomma i lagtexten. Därav föreslår utredningen att det i bestämmelsen ska anges två brott, nämligen *olovligt utnyttjande av företags-hemlighet* och *olovligt röjande av företags-hemlighet*.

Personkretsen

Utredningen utgår från att den personkrets som ska omfattas av utredningens lagförslag är densamma som i 2013 års lagrådsremiss.

Straffbestämmelsen i 2013 års lagförslag avsågs att främst komma att beröra anställda i en näringsidkares rörelse. Exempelvis skulle förslaget göra det möjligt att straffa en anställd ingenjör som avslöjar företagets hemliga uppfinningar för en konkurrent. Därtill avsågs att andra personer som har en motsvarande, eller nästintill motsvarande insyn i företaget som en anställd skulle omfattas. Som exempel angavs personer som var inlånade eller inhyrda från ett annat företag, deltagare i ett arbetsmarknadspolitiskt program och studerande som under en längre tid har praktik eller utbildning hos näringsidkaren. Det skulle röra sig om personer som deltar i näringsidkarens verksamhet under omständigheter som liknar dem som förekommer i ett anställningsförhållande. Sådana omständigheter angavs vara att arbetsförhållandet har viss varaktighet, att den som utför arbetet är underkastad näringsidkarens arbetsledning och kontroll samt att han eller hon har att fortlöpande ställa sin arbetskraft till förfogande.

Utanför straffansvaret skulle falla personer som utför tjänster av skilda slag och som har en lös koppling till den näringsidkare som anlitar dem, exempelvis hantverkare med egen firma som självständigt utför installationer eller reparationer åt andra.

I lagrådsremissen angavs inte att även revisorer och styrelseledamöter skulle ingå i den krets som skulle kunna drabbas av det nya straffansvaret, såsom 2008 års utredning föreslagit. Utredningen utgår därför från att revisorer och styrelseledamöter inte ska omfattas av straffbestämmelsen. Dessa personer kan inte heller sägas utföra arbete under omständigheter som liknar dem som utförs i ett anställningsförhållande.

Alla företagshemligheter i verksamheten ska omfattas

Regeringen ansåg i 2013 års lagrådsremiss att straffansvaret skulle omfatta olovligt utnyttjande och röjande av alla arbetsgivarens företagshemligheter som medarbetaren får del av genom sitt deltagande i rörelsen, oavsett eventuellt samband med arbetsuppgifterna. Även sådant som arbetstagaren fått reda på av en slump på arbetsplatsen skulle således omfattas.¹⁶ I detta avseende uttalades följande.

[S]kdeståndsansvar är inte begränsat till företagshemligheter som angår tjänsten och som arbetstagaren behöver ha vetskap om för att fullgöra sina arbetsuppgifter, utan inkluderar alla företagshemligheter som omfattas av lojalitetsplikten (prop. 1987/88:155 s. 60 f.). På motsvarande sätt får det anses straffvärt att medvetet utnyttja eller röja en företagshemlighet hos arbetsgivaren oavsett om den har med de egna arbetsuppgifterna att göra eller inte. Vetskapen om företagshemligheten har i båda fallen sin grund i ett förtroendeförhållande. Också tydlighetsskäl talar för att bestämmelsen bör avse alla företagshemligheter som blivit kända för medarbetaren genom deltagandet i rörelsen.

Utredningen instämmer i dessa uttalanden i lagrådsremissen. All information som utgör företagshemligheter och som medarbetaren fått del av genom att delta i näringsidkarens rörelse ska kunna omfattas av straffansvaret, så länge som medarbetaren har uppsåt till att det rör sig om en företagshemlighet som inte får avslöjas.

11.6.2 Endast röjande eller utnyttjande som är obehörigt kan falla in under en straffbestämmelse

Lagrådet anförde i sitt yttrande över 2013 års lagrådsremiss att, eftersom FHL endast gäller obehöriga angrepp enligt nuvarande 2 §, bedömningen av vad som är obehörigt kunde bli avgörande för avgränsningen av vad som är straffbart. Lagrådet ansåg att svåra gränsdragningsproblem kunde komma att uppstå i tillämpningen av den föreslagna bestämmelsen.

Angående de gränsdragningsproblem som Lagrådet pekat på kan följande anföras. Information om brott och andra missförhållanden utgör inte företagshemligheter, eftersom ett röjande av sådan infor-

¹⁶ A. lagrådsremiss s. 22.

mation inte är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende. Situationen är en annan i fråga om sådant som visserligen utgör företagshemligheter, men vars avslöjande kan accepteras i vissa fall. Bedömningen av om ett angrepp är obehörigt görs utifrån vilket i syfte angreppet har begåtts. Om syftet är att avslöja något som skäligen kan misstänkas utgöra ett brott med fängelse i straffskalan, eller som kan anses utgöra annat allvarligt missförhållande, är angreppet inte obehörigt, enligt nuvarande 2 § andra stycket. Syftet ska vara att avslöja något som är av allmänt intresse, inte ett egenintresse. Om någon avslöjar en företagshemlighet, som denne på goda skäl tror utgöra ett allvarligt missförhållande, är avslöjandet inte obehörigt och lagen därmed inte tillämplig, även om det senare visar sig att personen har misstagit sig. Angrepp i vinningssyfte anses som regel vara obehörigt angrepp enligt nuvarande 2 §. Ett avslöjande ska nämligen ha skett i *direkt syfte* att avslöja missförhållanden för att vara icke obehörigt. En annan sak är att gärningsmannen skulle kunna ha en biavsikt med sitt avslöjande, exempelvis ekonomisk ersättning från en tidning.¹⁷

Förhållandena som räknas upp i nuvarande 2 § andra stycket är inte uttömmande. Flera förfaranden kan anses vara icke obehöriga enligt första stycket. Bestämmelserna i nuvarande 2 § första stycket ska enligt utredningens förslag behållas. Andra stycket ska enligt utredningens förslag förtydligas på så sätt att förfarandena som anges där *aldrig* kan vara obehöriga angrepp, se avsnitt 5.7.2.

Eftersom lagen endast ska gälla obehöriga angrepp, blir följden att angrepp som inte är obehöriga inte heller blir straffbara enligt den föreslagna bestämmelsen om olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet. Om ett avslöjande inte var obehörigt, leder detta till att gärningen blir straffri.

Därtill föreslår utredningen nedan, avsnitt 11.6.3, att gärningar som är mindre allvarliga eller försvarliga inte ska straffas. Begreppen mindre allvarliga och försvarliga kan inrymma fler förfaranden än sådana som anses icke obehöriga. En gärning som inte kan sägas vara mindre allvarlig och inte heller är försvarlig, bör som regel anses obehörig. Ett förfarande som är obehörigt, kan å andra sidan vara mindre allvarligt eller försvarligt och falla utanför det straffbara

¹⁷ LU37 s. 30.

området. Det är alltså inte möjligt att straffa någon enligt den föreslagna straffbestämmelsen för en gärning som är icke obehörig.

11.6.3 Endast kvalificerat utnyttjande eller röjande ska vara straffbart

Förslag: Det ska inte dömas till ansvar om utnyttjandet eller röjandet av företagshemlighet med hänsyn till syftet och övriga omständigheter var försvarligt eller annars var mindre allvarligt.

Såsom Lagrådet påpekat i sitt yttrande över 2013 års lagrådsremiss har det inte framkommit att det finns något lagstiftningsbehov i fråga om mindre allvarliga fall. Utredningen delar den uppfattningen.

Mindre allvarliga gärningar ska inte straffas

Från det straffbara området ska uteslutas icke straffvärda överträdelser. En inom straffrätten ofta använd term för gärningar som inte är straffvärda eller som föranleder lägre straff är *ringa*. Både lagförslagen i 2008 års utredning och i 2013 års lagrådsremiss stadgade att ringa brott inte skulle leda till ansvar.¹⁸ Lagrådet ansåg trots detta att regeringen borde överväga om det straffbara området ytterligare behövde begränsas. En annan term som förekommer inom straffrätten är *mindre allvarlig*.

Jämförelse med annan brottslighet

Termen *mindre allvarlig* används vid vissa uppsåtliga brott, men då främst i fråga om att gradera gärningen. Exempelvis gäller att gärningar som i och för sig skulle kunna utgöra *rån*, men där våldet, hotet eller omständigheterna i övrigt gör att förfarandet ska ses som mindre allvarligt, i stället ska dömas för de andra brott som förfarandet innebär, exempelvis ringa misshandel och stöld.¹⁹ Ett annat

¹⁸ A. lagrådsremiss avsnitt 6.3 och SOU 2008:63 avsnitt 4.10.4.1

¹⁹ 8 kap. 5 § BrB, som lyder:

exempel är *mordbrand*, där straffskalan är lägre för förfaranden som är mindre allvarliga.²⁰

I fråga om *bidragsbrott* gäller en straffskala på fängelse i högst två år, eller om brottet är ringa, böter eller fängelse i högst sex månader.²¹ Om en sådan gärning begås av grov oaktsamhet i stället för uppsåtliga, döms för *vårdslöst bidragsbrott*, men om gärningen är mindre allvarlig är den straffri.²² I propositionen till bidragsbrottslagen angavs att rekvisitet mindre allvarlig har en mer vidsträckt innebörd än rekvisitet ringa i sammanhanget.²³

Mindre allvarliga gärningar av olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet

Rekvisitet mindre allvarligt kan alltså användas för att skilja ut sådana gärningar som är svårare än ringa. Utredningen föreslår att begreppet används för att i lagtexten skilja ut de fall av olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet som inte är så pass allvarliga att de är straffvärda. Det ska alltså röra sig om att låta vissa gärningar, som är mindre allvarliga, helt undgå straffansvaret helt. Det ska inte

Den som stjälar medelst våld å person eller medelst hot som innebär eller för den hotade framstår som trängande fara eller, sedan han begått stöld och anträffats på bar gärning, sätter sig med sådant våld eller hot till motvärm mot den som vill återtaga det tillgripna, dömes för rån till fängelse, lägst ett och högst sex år. Detsamma skall gälla om någon med sådant våld eller hot tvingar annan till handling eller underlåtenhet som innebär vinning för gärningsmannen och skada för den tvungne eller någon i vars ställe denne är. Lika med våld anses att försätta någon i vanmakt eller annat sådant tillstånd.

Är förfarande som avses i första stycket med hänsyn till våldet, hotet eller omständigheterna i övrigt av mindre allvarlig art, dömes dock ej för rån utan för annat brott som förfarandet innefattar.

²⁰ 13 kap. 1 § BrB, som lyder:

Om någon anlägger brand, som innebär fara för annans liv eller hälsa eller för omfattande förstörelse av annans egendom, döms för mordbrand till fängelse, lägst två och högst åtta år.

Är brottet mindre allvarligt, döms till fängelse, lägst ett och högst tre år.

²¹ 2 § bidragsbrottslagen (2007:612) som lyder:

Den som lämnar oriktiga uppgifter eller inte anmäler ändrade förhållanden som han eller hon är skyldig att anmäla enligt lag eller förordning, och på så sätt orsakar fara för att en ekonomisk förmån felaktigt betalas ut eller betalas ut med ett för högt belopp, döms för bidragsbrott till fängelse i högst två år eller, om brottet är ringa, till böter eller fängelse i högst sex månader.

²² 4 § bidragsbrottslagen (2007:612) som lyder:

Den som av grov oaktsamhet begår en sådan gärning som avses i 2 §, döms för vårdslöst bidragsbrott till böter eller fängelse i högst ett år.

Om gärningen med hänsyn till beloppet och övriga omständigheter är mindre allvarlig, döms inte till ansvar.

²³ Prop. 2006/07:80 s. 98–99.

vara fråga om att mildra straffet för mindre allvarliga fall av olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet.

Om en gärning är att anse som mindre allvarlig bör avgöras efter en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Hur omfattande näringsidkarens skada till följd av olovligt utnyttjade eller röjande av företagshemlighet är, bör få betydelse. Är den skada i konkurrenshänseende som näringsidkaren kan drabbas av liten, bör gärningen anses som mindre allvarlig och inte leda till ansvar. Det är alltså omfattningen av skadan i konkurrenshänseende som ska tillmätas betydelse. Även beaktansvärd risk för slutlig förlust bör jämföras med skada. Är näringsidkarens skada mindre omfattande, ska gärningen således inte vara straffbar.

Om en företagshemlighet röjs för en person som inte kan tänkas utnyttja den kommersiellt och inte heller i sin tur föra den vidare, kan gärningen vara mindre allvarlig. Att ett olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet framstår som särskilt illojalt bör utgöra kvalificerande omständigheter, i fråga om hur gärningen ska värderas. Även sådant som gärningsmannens förslagenhet och förtroendeställning hos arbetsgivaren bör beaktas.²⁴ Försvårande kan vara om gärningsmannen sålt eller försökt sälja informationen till en konkurrent. Om en gärning i och för sig framstår som särskilt illojal men näringsidkarens konkurrensförmåga inte annat än i liten utsträckning påverkas negativt bör emellertid ansvar inte utdömas eftersom gärningen då kan bedömas som mindre allvarlig.

Försvarligen ageranden ska inte straffas

Vissa fall av röjande/utnyttjande kan orsaka innehavaren så pass stor skada i konkurrenshänseende att gärningen knappast kan anses vara mindre allvarlig. Det kan dock finnas sådana gärningar, som med hänsyn till sitt syfte ändå är försvarligen och inte bör straffas.

Lagrådet ansåg i sitt yttrande att det inte skulle vara straffvärt om en anställd avslöjar en ofördelaktig uppgift om arbetsgivaren. Om en företagshemlighet avslöjas för allmänheten i syfte att visa att ett företags produkter inte är så bra som det påstås i marknadsföringen, kan den ekonomiska skadan för företaget bli avsevärd. Det är då

²⁴ SOU 2008:63 s. 175.

svårt att beteckna gärningen som mindre allvarlig. Förfarandet kan ändå tänkas vara försvarligt med hänsyn till omständigheterna, såsom konsumentintresset. Ett avslöjande om missvisande marknadsföring kan vara en del av en seriös nyhetsförmedling och opinionsbildning. Ett sådant förfarande bör inte vara straffbart. Utredningen föreslår därför att en gärning inte ska utgöra brott, om gärningen med hänsyn till omständigheterna är försvarlig.

Detta undantag för försvarliga gärningar avser att träffa sådant röjande och utnyttjande som kan vara nödvändiga för nyhetsförmedling, forskning eller opinionsbildning. Det är alltså syftet med gärningen som kan leda till att gärningen anses försvarlig. Generellt bör det vara försvarligt att röja information som är företagshemlig, om informationen avslöjar att ett företags marknadsföring är otillbörlig enligt bestämmelserna i marknadsföringslagen (2008:486).

Det kan även vara försvarligt för en medarbetare att fråga en branschkollega om råd, utbyta erfarenheter och i samband med detta avslöja vissa mindre värdefulla företagshemligheter. Ett sådant beteende kan dock inte vara försvarligt om avslöjandet sker inför en konkurrent som får en konkurrensfördel genom avslöjandet av uppgifterna.

Det kan tänkas vara försvarligt att röja en företagshemlighet så att det skadar arbetsgivaren, om röjandet skett för att skydda någon annan från en stor skada och arbetsgivaren annars skulle göra en i konkurrenshänseende otillbörlig fördel.

Begreppen mindre allvarlig och försvarlig kan ibland användas i samma betydelse i svenskt språkbruk. För olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet kan begreppen mindre allvarlig och försvarlig syfta till olika situationer. Icke försvarliga gärningar är avsedda att syfta till sådana gärningar som är omöjliga att rättfärdiga. Mindre allvarliga gärningar syftar i stället på situationer när skadan i konkurrenshänseende är inte är omfattande. En gärning kan vara så pass svekfull att den inte kan anses vara försvarlig, samtidigt som skadan i konkurrenshänseende inte är så stor att gärningen bör straffas. Det kan även förhålla sig så, att skadan i konkurrenshänseende är omfattande, men röjandet har skett i ett försvarligt syfte, och att gärningen därför inte är straffbar.

I vissa fall skulle det eventuellt kunna bli aktuellt med skadestånd, om röjandet av företagshemligheten var obehörigt enligt nuvarande 2 §. Ett agerande kan alltså anses vara icke-straffvärt, men likväl vara

skadeståndgrundande. I praktiken torde dock dessa två grunder i de flesta fall sammanfalla.

Tre exempel på ageranden, som knappast kan anses vara behöriga och som på grund av skadeverkningarna inte är mindre allvarliga men som är försvarliga ges enligt följande.

Exempel 1

Ett företag tillverkar olika sorters tvättmedel. En sort marknadsförs som ett extra effektivt tvättmedel, ”premiumtvättmedel” som är ganska kostsamt för konsumenterna. En anställd avslöjar att sammansättningen på premiumtvättmedlet är exakt det samma som det i handeln betydligt billigare budgettvättmedlet. Företaget drabbas av skada, i form av good will-förlust och minskad försäljning. Skadan är så stor att den inte kan betraktas som mindre allvarlig. Företagets marknadsföring är inte ett sådant allvarligt missförhållande, som gör att den anställdes avslöjande anses vara icke obehörigt. Det finns här knappast ett allmänintresse av att straffa den anställda för dennes agerande. Agerandet är försvarligt, eftersom konsumenter har ett berättigat intresse av att inte utsättas för en missvisande marknadsföring.

Förfarandet skulle – beroende på omständigheterna – kunna vara skadeståndgrundande.

Exempel 2

Anställda på ett företag arbetar efter delvis provisionsbaserad lön. Förhandlingar om lönenivå och provisionens storlek i förhållande till arbetsinsats pågår mellan företaget och en arbetstagarorganisation. Företaget har i en tidningsartikel, för att vinna allmänhetens stöd för sin sak, redogjort för hur den provisionsbaserade lönen beräknas. Företagets ledning framställer bolaget som väldigt generöst mot sina anställda. En anställd på ekonomiavdelningen avslöjar vissa räkenskaper för att visa att provisionen inte beräknas så fördelaktigt och generöst som företaget påstår. Informationen innehåller vinstmarginaler, försäljningskalkyler och liknande uppgifter, som är företags-hemligheter. Röjandet av informationen är försvarligt och ska således inte vara straffbart.

Röjandet av uppgifterna skulle kunna innebära skadeståndsskyldighet, även om det i exemplet kan vara svårt att visa på att skada har uppstått för näringsidkaren. Beroende på omständigheterna kan förfarandet utgöra sådan kritikrätt som arbetstagare har, se ovan avsnitt 3.4.4.

Exempel 3

Förhandlingar pågår mellan två företag, bolag A och bolag B. Bolag A ljuger om resultatet från en marknadsundersökning i förhandlingen med bolag B, för att få en bättre förhandlingsposition. En anställd på bolag A avslöjar det riktiga resultatet av marknadsundersökningen för bolag B. Även för det fall bolag A:s beteende inte kan anses utgöra brott, måste agerandet anses oegentligt. Den anställdes röjande kan dock i så fall knappast anses avse ett sådant allvarligt missförhållande som gör dennes röjande till ett behörigt angrepp. Det sker heller inte till skydd för allmänintresset. Dock framstår röjandet som så försvarligt att det inte bör vara straffbart.

Beroende på omständigheterna i övrigt kan förfarandet vara skadeståndgrundande. Den skada arbetsgivaren bolag A drabbas av, kan vara sådan att den inte är ersättningsgill på grund av bolaget A:s eget oegentliga beteende.

11.6.4 Gärning efter det att deltagande i näringsverksamheten upphört

Förslag: Samma förutsättningar för straffansvar ska gälla oavsett om gärningen begås under eller efter anställningen.

Straffansvaret ska inte omfatta olovligt utnyttjande av företagshemlighet eller olovligt röjande av företagshemlighet som sker senare än två år från det att deltagandet i näringsidkarens rörelse, normalt anställningen, har upphört.

Utredningen instämmer i förslaget enligt 2013 års lagrådsremiss om att straffansvaret inte ska omfatta olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet som sker senare än två år efter det att deltagandet i näringsidkarens rörelse har upphört.

Förutsättningar för ansvar föreslogs i lagrådsremissen vara desamma oavsett om gärningen begicks under eller efter anställningen. Regeringen angav i detta avseende följande.²⁵

[En] arbetstagare [kan] i princip sägas ha handlat lika klandervärt om han eller hon utnyttjar eller röjer en företagshemlighet direkt efter det att anställningsförhållandet upphört som om han eller hon gjort det något tidigare. Den unika kännedom om företagshemligheten som den anställde har fått har i vilket fall som helst sin grund i en relation till näringsidkaren som förutsätter lojalitet. Den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet missbrukar ett särskilt förtroende som han eller hon har getts. Det gäller oavsett om utnyttjandet eller röjandet sker medan anställningen fortfarande pågår eller om det sker en tid efter att den har upphört.

Detta betraktelsesätt bör vara utgångspunkten när det är fråga om att åstadkomma ett starkare skydd för företagshemligheter utifrån ett allmänt intresse. Hur långt lojalitetsplikten i anställningsförhållanden sträcker sig arbetsrättsligt är då inte avgörande. Gärningen är alltså i princip lika klandervärd även om den har begåtts efter anställningen.

Som Svenskt Näringsliv och flera andra remissinstanser påpekar kan också risken för ett olovligt utnyttjande eller röjande typiskt sett sägas vara som störst i anslutning till att arbetstagaren slutar sin anställning. Det finns därför också ett lika stort behov av rättsligt skydd i dessa fall.

Därefter konstaterades att ju längre tid som har gått sedan anställningen upphörde, desto mindre klandervärt kan förfarandet vara, vilket t.ex. kunde påverka straffvärdet. Skulle en gärning vid en helhetsbedömning anses som ett ringa fall bör den vara fri från ansvar.

Regeringen ansåg att den som har avslutat sin tjänstgöring hos en näringsidkare bör endast under begränsad tid därefter vara bunden av ett straffsanktionerat förbud att utnyttja eller röja företagshemligheter. En parallell drogs till s.k. konkurrensklausuler, som inte kan vara bindande i den mån de sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt. Det hänvisades till 1969 års överenskommelse mellan vissa av arbetsmarknadens parter angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i konkurrensklausuler i tjänsteavtal, där det anges att bindningstiden för en sådan klausul normalt inte bör överstiga två år. Vidare angavs att eftersom företagshemligheter oftast har ett skyddsvärde som avtar med tiden, skulle ett straffrättsligt ansvar som är tidsmässigt obegränsat kunna anses oskäligt ur

²⁵ A. lagrådsremiss s. 24–25.

arbetstagarens synpunkt. Därutöver ansågs ett tidsmässigt obegränsat skydd även onödigt från näringsidkarens och samhällets perspektiv. En bortre tidsgräns för straffrättsligt ansvar för gärningar som begås efter det att anställningen upphört, var därför motiverad, liksom för uppdrag eller det liknande förhållande som upphört. Tidsgränsen sattes till två år, vilket även 2008 års utredning föreslagit.

Utredningen delar den uppfattning som framkom i lagrådsremissen att två år är en rimlig tidsgräns för det straffrättsliga ansvaret. Ett utökat straffansvar riskerar att leda till en oönskad inlåsnings-effekt som kan hämma rörligheten på arbetsmarknaden och tillvaratagandet av lönetagarnas yrkeskunnande. Tvåårsgränsen medför att den risken i någon mån minskar.

Två år är den bortre tidsgränsen. I vissa fall kan tänkas att ett utnyttjande som skett direkt efter det att deltagandet i näringsidkarens rörelse avslutats, är mer klandervärt än motsvarande som sker efter längre tid, men fortfarande inom tvåårsgränsen. Detta skulle i vissa fall kunna leda till att det första förfarandet är straffbart, medan det senare betraktas som mindre allvarligt, och därmed inte straffbart. Omständigheterna i det enskilda fallet får bli avgörande.

11.6.5 Föresättningar för åtal

<p>Förslag: Brotten olovligt röjande av företagshemlighet eller olovligt utnyttjande av företagshemlighet ska omfattas av allmänt åtal.</p>
--

Brotten företagsspioneri och olovlig befattning med företagshemlighet omfattas av allmänt åtal. Det innebär att åklagaren har en skyldighet att åtala när det finns tillräckliga skäl att anta att sådant brott begåtts. Fråga är om det föreslagna brotten olovligt utnyttjande av företagshemlighet och olovligt röjande av företagshemlighet ska ligga under allmänt åtal, eller om det finns skäl för någon typ av åtalsbegränsning.

Jämförelse med annan brottslighet

I de immaterialrättsliga lagarna finns vissa begränsningar för åklagarens rätt att väcka åtal. Vid upphovsrättsintrång krävs att målsäganden anger brottet till åtal eller att åtal är påkallat från allmän synpunkt.²⁶ För varumärkesintrång och patentintrång är kraven högre ställda.²⁷ Åklagaren får där väcka åtal för brott endast om målsäganden anger brottet till åtal och åtal av särskilda skäl är påkallat från allmän synpunkt.

Bakgrunden till åtalsprövningsreglerna är att de intressen som berörs främst är av personlig art. Anledningen till att kraven ställts högre för att väcka allmänt åtal vid varumärkesintrång och patentintrång än vid upphovsrättsintrång beror på att samhällets intresse av att kunna beivra intrång bedömts starkare för upphovsrätten. I varumärkestvister är parterna ofta företag som både har tillräckliga ekonomiska resurser och kunskap för att driva en egen process. Företagen kan också ha ett intresse av att inte förekomma i en tvist. I upphovsrättsliga tvister däremot är det ofta upphovsmannen själv som är part, och som regel har upphovsmannen begränsade ekonomiska resurser och är ovillig till att processa på egen hand. Upphovsrätten har länge haft en central betydelse i samhället.²⁸ Som skäl för åklagarens rätt att självständigt väcka åtal för upphovsrättsintrång angavs i förarbetena till lagen bl.a. att samhället av kulturpolitiska skäl har ett självständigt intresse av att det upphovsrättsliga systemet efterlevs.²⁹

Generellt sett innebär restriktionerna i patentlagen och varumärkeslagen att de särskilda skäl som kan göra att åklagaren väljer att väcka åtal måste hänföra sig till omständigheterna i det enskilda fallet och inte kan utgöras av omständigheter som regelmässigt eller mycket frekvent förekommer vid brottstypen.³⁰ Ett allmänt intresse kan föreligga om intrång begås i stor omfattning eller avser betydande värden.³¹ I förarbeten har diskuterats möjligheten att ändra åtalsprövningen på så sätt att kravet på att ”särskilda skäl” slopas.

²⁶ Se 59 § upphovsrättslagen.

²⁷ Se 8 kap. 1 § varumärkeslagen (2010:1877) och 57 § patentlagen.

²⁸ Se Kommittédirektiv Straffskalorna för vissa allvarliga immaterialrättsintrång, den 19 januari 2017 (2017:4).

²⁹ Prop. 1993/94:122 s. 57.

³⁰ Ibid. s. 57.

³¹ A. prop. s. 58.

Ändringen har dock beräknats kunna komma att bli så kostsam för polis- och åklagarmyndigheter, att det inte är motiverat med en sådan ändring.³² Både anmälningar och åtal om patentintrång är sällsynta i svensk rätt.³³

Regeringen har gett en särskild utredare uppdraget att överväga om det behövs skärpta straffskalor för de allvarligaste fallen av upphovsrättsintrång och varumärkesintrång.³⁴ Om utredaren föreslår skärpta straffskalor, ska utredaren ta ställning till om åtalsprövningsreglerna bör ändras till följd av dessa förslag.

Behövs åtalsbegränsning vid olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet?

Olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet avser fall då gärningsmannen och målsäganden, dvs. näringsidkaren, står eller har stått i en relation på en arbetsplats. Det är alltså fråga om en något annan situation än när någon utomstående angriper en företagshemlighet. Det kan antas att en näringsidkare hellre vidtar åtgärder för att snabbt få ett stopp på ett olovligt utnyttjande, genom att väcka talan om interimistiska förbud och åtgärder, än att polisanmäla händelsen. I vissa fall kan arbetsrättsliga åtgärder ligga närmare till hands. Företagen kan framför allt också ha ett intresse av att inte förekomma i en tvist. En skadeståndsprocess kan därtill föras oavsett om brottet leder till åtal.

Utredningen har föreslagit att olovligt utnyttjande av företagshemlighet och olovligt röjande av företagshemlighet inte ska vara straffbart vid försvarliga eller mindre allvarliga fall. Innan åklagaren beslutar att väcka åtal ska han eller hon alltså göra en bedömning om det eventuella brottet har varit mindre allvarligt eller om det av någon anledning varit försvarligt att röja eller utnyttja företagshemligheten. Det är alltså endast vid kvalificerade fall som åklagaren kan väcka åtal. En viss sällning av anmälda brott kommer alltså att ske av åklagaren. Mindre allvarliga eller försvarliga fall kommer inte leda till åtal, vilket i sig innebär en begränsning i åklagarens skyldig-

³² A. prop. s. 59.

³³ SOU 2015:41 s. 198.

³⁴ A. kommittédirektiv.

het att väcka åtal. Någon ytterligare åtalsbegränsning är därför knappast motiverad.

Brottet företagsspioneri kan begås av såväl anställda som utomstående. En anställd som inom företaget olovligen bereder sig tillgång till företagshemligheter som ligger klart utanför dennes arbetsuppgifter, gör sig skyldig till företagsspioneri. Om informationen röjs eller utnyttjas kan företaget skadas. En lika stor skada kan orsakas av en anställd som röjer eller utnyttjar företagshemligheter som denne redan har tillgång till inom sina arbetsuppgifter. Även om de föreslagna brotten olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet har sin grund i ett avtalsbrott, är syftet med straffbarheten densamma som för företagsspioner, dvs. att skydda företagshemligheter. Skadeverkningarna är dessutom ofta desamma. Därtill kan det i början av en utredning vara oklart om en anställds misstänkta agerande innefattar företagsspioneri eller olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet, eller båda brottstyperna.

Som ovan angetts faller företagsspioneri under allmänt åtal. Utredningen anser att det inte har framkommit tillräckliga skäl för att förutsättningarna för åtals väckande inte ska vara desamma för samtliga brott enligt nya FHL. Brotten olovligt röjande av företagshemlighet och olovligt utnyttjande av företagshemlighet bör därför omfattas av allmänt åtal.

11.6.6 Försök och förberedelse

Förslag: Försök och förberedelse till olovligt röjande av företagshemlighet och olovligt utnyttjande av företagshemlighet ska vara straffbart.

Även försök och förberedelse till olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet föreslogs i 2013 års lagrådsremiss bli straffbart, i likhet med vad som gäller för företagsspioneri. Följande skäl anfördes, vilka utredningen delar.³⁵

Även försök till olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet är typiskt sett så allvarliga att de bör föranleda straffansvar. Vidare föregås ofta brottsligheten av planering och förberedande åtgärder, något

³⁵ A. lagrådsremiss s. 23.

som gör att det är viktigt att möjliggöra ett tidigt ingripande. Som utredningen anger bör därför det föreslagna nya brottet, i likhet med vad som gäller för företagsspioneri, vara straffbart också på försöks- och förberedelsestadiet.

11.6.7 Straffansvaret i förhållande till anställdas yttrandefrihet

Begränsningar av yttrande- och informationsfriheterna i FHL viker i den mån dessa inte är förenliga med dessa friheters grundlagsskydd, vilket har diskuterats ovan, se avsnitt 3.4. Grundlagsskyddad tryck- och yttrandefrihet gäller i allt väsentligt bara mot ingripanden från det allmänna, men i princip inte i förhållande till en privat arbetsgivares anspråk på hemlighållande. För offentliganställda är det främst bestämmelser inom offentlighets- och sekretesslagen som blir tillämpliga, se ovan avsnitt 3.5.

Det föreslagna utvidgade straffansvaret torde inte komma i konflikt med de grundlagsfästa yttrande- och meddelarfriheterna.

För det första rör förslaget angrepp på företagshemligheter i strid med avtalad tystnadsplikt, även sådan tystnadsplikt som följer av den allmänna lojalitetsplikten. Avtalad tystnadsplikt gäller framför reglerna i TF/YGL, se avsnitt 3.6.

För det andra är syftet med TF/YGL att säkerställa ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning. Är det ett offentliggörande i annat syfte, faller förfarandet utanför skyddet i TF/YGL. Beträffande brottsliga gärningar som begåtts genom meddelanden i tryckt skrift har i rättspraxis uttryckts följande.³⁶

[D]å skriftens innehåll endast ingått som ett led i ett förfarande, som varit straffbart enligt annan lag, den rättsliga prövningen ska ske enligt denna lag och inte enligt tryckfrihetsförordningen.

Sker det olovliga utnyttjandet eller röjandet i syfte som är brottsligt, faller förfarandet således utanför skyddsområdet i TF/YGL.

För det tredje garanteras rätten att påtala allvarliga missförhållanden, som omfattar företagshemligheter, genom bestämmelsen i 2 § nuvarande FHL, se ovan avsnitten 3.2 och 5.7.2. Enligt Europadomstolens praxis ska inte heller avtalad tystnadsplikt kunna åbe-

³⁶ AD 1981 nr 124.

ropas vid särskilt allvarliga missförhållanden i verksamheten, se ovan avsnitt 3.4.6.

Därtill kan nämnas att en medarbetare som lämnar företags-hemligheter till en nyhetsförmedlare för publicering, skyddas av anonymitetsskyddet³⁷ i viss mån. Anonymitetsskyddet innebär nämligen att meddelaren här rätt att vara anonym och skyddas mot efterforskning från det allmänna. Den private arbetsgivaren har dock rätt att efterforska vem som lämnat meddelandet, inom ramen för god arbetsmarknadssed.³⁸ Lagändringar³⁹ är dock på gång, där privatanställda i viss offentligt finansierad verksamhet ska få samma meddelarskydd som offentligt anställda, se ovan avsnitt 5.5.6.

11.6.8 Straff

Förslag: Straffet för olovligt utnyttjande eller röjande av företags-hemlighet ska vara böter eller fängelse i högst två år. Om brottet är grovt, ska straffet vara fängelse i lägst sex månader och högst sex år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningen har varit av särskilt farlig art, avsett betydande värde eller inneburit synnerligen kännbar skada.

Straffminimum för företagsspioneri, grovt brott, ska höjas till fängelse i sex månader.

Regeringen föreslog i 2013 års lagrådsremiss att straffet för olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet ska vara böter eller fängelse i högst två år och att straffet vid grova brott ska vara fängelse i lägst sex månader och högst sex år. Utredningen instämmer i att normalgraden för de föreslagna brotten olovligt utnyttjande av företagshemlighet och olovligt röjande av företagshemlighet ska vara fängelse i högst två år. Det är rimligt att med hänsyn till brottens allvar likställa grova former med grova former av förmögenhetsbrott i 8–10 kap. BrB. Straffskalan för såväl grov stöld, grovt bedrägeri och grov förskingring som för de grova svårhetsgraderna av häleri, penninghäleri, svindleri och trolöshet mot huvudman är fängelse lägst sex

³⁷ 3 kap. 1 § TF och 2 kap. 4 § YGL.

³⁸ Fahlbeck s. 49–51.

³⁹ Lagen (2017:151) om meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter, i kraft den 1 juli 2017.

månader och högst sex år. Samma straffskala bör gälla för grova fall av olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet.

Regeringen föreslog i lagrådsremissen samtidigt att straffminimum för grovt företagsspioneri ska höjas till sex månader. Det är inte rimligt att straffsatsen för grovt företagsspioneri är lägre än för grova fall av olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet. Utredningen föreslår därför att straffsatsen för grovt företagsspioneri bör ändras i enlighet med lagrådsremissen, för att harmonisera med straffsatsen i den föreslagna brottsligheten. I lagrådsremissen framfördes följande skäl till straffsatserna, i vilka skäl utredningen instämmer.⁴⁰

Straffminimum för grovt företagsspioneri bör höjas

Straffet för företagsspioneri av normalgraden bör liksom hittills vara böter eller fängelse i högst två år.

Om brottet är grovt är straffet i dag fängelse i högst sex år. Straffminimum är alltså detsamma som fängelseminimum, fängelse i fjorton dagar. Det är rimligt att med hänsyn till brottets allvar likställa grova former av företagsspioneri med grova former av förmögenhetsbrott i 8–10 kap. brottsbalken (jfr prop. 1987/88:155 s. 16). Detta eftersom brotten väsentligen är av jämförbar karaktär.

Straffskalan för såväl grov stöld, grovt bedrägeri och grov förskingring som för de grova svärhetsgraderna av häleri, penninghäleri, svindleri och trolöshet mot huvudman är fängelse lägst sex månader och högst sex år. Samma straffskala gäller även för flera andra grova brott, t.ex. grovt givande av muta, grovt tagande av muta, vissa brott mot borgenärer och grovt tjänstefel. Det saknas anledning att anse grovt företagsspioneri vara mindre allvarligt. Straffminimum för det brottet bör därför höjas till fängelse i sex månader.

Liksom tidigare bör endast särskilt kvalificerade fall av företagsspioneri anses som grovt brott. Det höjda minimistraffet innebär att överlappningen mellan straffskalorna för brott av normalgraden och grovt brott minskar. Avsikten är inte att förändra gränsdragningen mellan brott av normalgraden och grovt brott.

Straffet för olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet

Straffskalan för normalgraden av företagsspioneri och olovlig befattning med företagshemlighet är böter eller fängelse i högst två år. Samma straffskala bör gälla för normalgraden av det föreslagna nya brottet olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet.

⁴⁰ A. lagrådsremiss s. 26–28.

Liksom vid företagsspioneri och olovlig befattning med företagshemlighet bör en särskild straffskala för grovt brott övervägas. Regeringen gör i denna del följande bedömning.

Om ett företagsspioneri ska anses vara grovt brott eller inte ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, bl.a. förfarings sättet och de värden som har utsatts för angreppet (prop. 1987/88:155 s. 39). I lagtexten anges det uttryckligen att som försvårande omständigheter ska särskilt beaktas om gärningen har varit av särskilt farlig art, avsett betydande värde eller inneburit synnerligen kännbar skada (3 §).

Även vid fall av olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet kan sådana kvalificerande omständigheter föreligga. Detta innebär enligt regeringen att en särskild straffskala för grovt olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet bör införas. Straffskalan bör överensstämma med vad som gäller för företagsspioneri, grovt brott. Som framgår ovan föreslår regeringen att straffminimum för det brottet ska höjas. Regeringen föreslår därför att straffet för olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet, grovt brott, ska vara fängelse i lägst sex månader och högst sex år.

Bedömningen av om brottet är grovt bör grunda sig på en sammanvägning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Utredningen föreslår att det vid den bedömningen ska särskilt beaktas om gärningen har varit av särskilt farlig art, avsett betydande värde eller inneburit synnerligen kännbar skada. Detta överensstämmer med vad som gäller vid grovt företagsspioneri. De angivna omständigheterna är sådana som typiskt sett särskilt bör beaktas vid bedömningen av svårhetsgraden och framstår därför som lämpliga.

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet ifrågasätter dock vad som avses med att gärningen har varit av särskilt farlig art. Kvalifikationsgrunden särskilt farlig art återfinns i flera straffbestämmelser i brottsbalken, t.ex. i fråga om grov stöld, grovt bedrägeri och grov förskingring. Genom det valda uttrycket ges möjlighet till en allvarligare reaktion på vissa särskilt straffvärda beteenden.

Det som kan motivera att brottet hänförs till den högre skalan kan t.ex. vara att en person med insyn i företaget systematiskt och i större omfattning försett en utomstående med hemlig information. Det kan vidare vara fråga om ett upprepat handlande som har pågått under en längre period med utnyttjande av ett särskilt förtroende. Att bedöma brottet som grovt kan också vara befogat om gärningen har ingått som ett led i en brottslighet i organiserad form (jfr 29 kap. 2 § 6 brottsbalken) eller annars har präglats av särskild förslagenhet, eller om gärningsmannen försett främmande makt med företagshemligheter som gynnat den främmande maktens konkurrenskraft.

Regeringen föreslår i likhet med utredningen att det vid bedömandet av om ett olovligt utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet är grovt ska särskilt beaktas om gärningen har varit av särskilt farlig art, avsett betydande värde eller inneburit synnerligen kännbar skada.

Förhållandet till andra straffbestämmelser

I fråga om företagsspioneri och olovlig befattning med företagshemlighet anges det uttryckligen i lagen att till ansvar för dessa brott ska inte dömas, om gärningen är belagd med strängare straff i brottsbalken. För en viss gärning blir det alltså inte aktuellt att i brottskonkurrens tillämpa en straffbestämmelse i lagen om skydd för företagshemligheter och en annan i brottsbalken, om ett strängare straff är föreskrivet där. Bestämmelsen om olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet bör följa samma mönster. Bestämmelsen bör alltså inte tillämpas i de fall en konkurrerande gärning i brottsbalken skulle föreskriva strängare straff. Ett exempel på detta är grovt spioneri. I övriga fall där olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet utgör en brottslig gärning enligt brottsbalken, bör brottsbalken inte tillämpas (jfr prop. 1987/88:155 s. 56 f.).

11.6.9 Olovlig befattning med företagshemlighet

Förslag: Även den som anskaffar en företagshemlighet från den som gör sig skyldig till olovligt röjande av företagshemlighet ska kunna dömas för olovlig befattning med företagshemlighet.

I fall som är försvarliga eller mindre allvarliga ska det inte dömas till ansvar. Det ska inte heller vara straffbart att anskaffa en företagshemlighet från någon som går fri från ansvar för olovligt röjande av företagshemlighet med anledning av att gärningen begås senare än två år efter det att gärningsmannens deltagande i rörelsen upphörde.

Utredningen instämmer i det förslag som framfördes i lagrådsremissen, nämligen att bestämmelsen i 4 § nuvarande FHL, olovlig befattning med företagshemlighet, även ska omfatta förbrottet olovligt röjande av företagshemlighet enligt den föreslagna nya straffbestämmelsen. Utredningen instämmer i relevanta delar även i följande argument som framfördes i lagrådsremissen.⁴¹

I dag kan den som anskaffar en företagshemlighet som i ett tidigare led har åtkommit genom företagsspioneri dömas för olovlig befattning med företagshemlighet. En förutsättning är att personen har vetskap om förbrottet (4 § lagen om skydd för företagshemligheter). Motsvarande bör gälla för den som anskaffar en företagshemlighet från någon som gör sig skyldig till olovligt röjande av företagshemlighet.

⁴¹ A. lagrådsremiss s. 28–30.

Den som har varit så aktiv att han eller hon kan sägas ha förmått t.ex. en anställd att lämna ut en företagshemlighet kan ha gjort sig skyldig till anstiftan av den anställdes olovliga röjande av företagshemligheten. Mottagaren kan också ha haft en så central roll att han eller hon är att anse som gärningsman i ett företagsspioneri. Det kan emellertid också förekomma situationer där mottagaren inte är fullt så drivande, men där agerandet ändå får anses vara straffvärt. Så kan t.ex. vara fallet om han eller hon accepterar ett erbjudande från en anställd att mot betalning få del av dennes arbetsgivares företagshemligheter. Denna person bör kunna dömas för olovlig befattningsmed företagshemlighet. Motsvarande bör gälla om företagshemligheten i ett tidigare led har varit föremål för sådant olovligt röjande.

Det föreslås ovan att det inte bör dömas till ansvar i ringa fall av olovligt röjande av företagshemlighet. Gärningen kan ibland nämligen framstå som ursäktlig eller försvarlig eller annars mindre klandervärd vid den sammanvägda bedömning som ska göras. Det kan t.ex. handla om att gärningsmannen inte till fullo har förstått företagshemlighetens värde. Även i sådana fall kan röjandet av hemligheten leda till stor skada för näringsidkaren och motsvarande vinning för den som tar emot hemligheten. Mottagarens straffansvar bör därför även omfatta fall då förbrottet, dvs. det olovliga röjandet av företagshemligheten, bedöms som ringa. Däremot bör det inte vara straffbart att anskaffa en företagshemlighet från någon som går fri från ansvar för olovligt röjande av företagshemlighet med anledning av att gärningen begås senare än två år efter det att gärningsmannens deltagande i rörelsen upphörde.

Givetvis bör mottagarens straffansvar även omfatta fall då förbrottet bedöms enligt brottsbalken, t.ex. grovt spioneri. [...]

Många gånger är den gärning som mottagaren av företagshemligheten begår mindre straffvärd, eller i vart fall inte mer straffvärd, än förbrottet. Ringa fall av olovlig befattningsmed företagshemlighet bör därför inte vara straffbara, om förbrottet innefattar ett olovligt röjande av företagshemlighet.

Som Ytrandefrihetskommittén (Ju2003:04) fäster uppmärksamhet på kan konflikt uppkomma med reglerna om anskaffarfrihet i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen vid tillämpning av bestämmelsen. Skulle en sådan konflikt uppkomma, t.ex. om någon anskaffat en företagshemlighet i syfte att låta publicera uppgiften i media, har grundlagsbestämmelserna företräde. Regeringens förslag begränsar alltså inte anskaffarfriheten.

Straffskalan för olovlig befattningsmed företagshemlighet är böter eller fängelse i högst två år eller, om brottet är grovt, fängelse i högst fyra år. Gärningen är allmänt sett mindre straffvärd än dess förbrott. Den nuvarande straffskalan bör därför behållas.

Emellertid bygger argumentationen i lagrådsremissen på att det där föreslagna förbrottet inte var straffbart om det var *ringa*. Utredningen har föreslagit att olovligt röjande av företagshemlighet inte ska vara straffbart i fall som är *försvarliga* eller *mindre allvarliga*. Motsvarande som föreslagits i lagrådsremissen om ringa förbrott bör gälla för gärningar som är försvarliga eller mindre allvarliga. Följden blir alltså att mottagarens straffansvar även omfattar fall då förbrottet, dvs. det olovliga röjandet av företagshemligheten, bedöms som försvarligt eller mindre allvarligt. Däremot bör det inte vara straffbart att anskaffa en företagshemlighet från någon som går fri från ansvar för olovligt röjande av företagshemlighet med anledning av att gärningen begås senare än två år efter det att gärningsmannens deltagande i rörelsen upphörde. Därtill bör inte försvarliga eller mindre allvarliga fall av olovlig befattning med företagshemlighet vara straffbara, om förbrottet innefattar ett olovligt röjande av företagshemlighet

11.6.10 Skadeståndsbestämmelser

Förslag: Brotten olovligt röjande av företagshemlighet och olovligt utnyttjande av företagshemlighet ska leda till skadeståndsskyldighet.

Huruvida förfaranden som inte är straffvärda kan leda till skadeståndsskyldighet ska även fortsättningsvis bedömas enligt nuvarande skadeståndsprinciper.

Skadeståndsberäkningen ska ske enligt nuvarande principer.

Skadestånd på grund av brott

Den som gör sig skyldig till brott enligt nuvarande FHL, dvs. till företagsspioneri eller olovlig befattning med företagshemlighet, ska ersätta den skada som uppkommer genom brottet eller genom att företagshemligheten obehörigen utnyttjas eller röjs (nuvarande 5 §), se ovan avsnitt 7.1.1.

Med det föreslagna straffansvaret vid olovligt röjande av företagshemlighet och olovligt utnyttjande av företagshemlighet bör även följa ett skadeståndsansvar. Det föreslagna straffansvaret träffar

endast gärningar som begås uppsåtligen, inte av oaktsamhet. Vidare är det begränsat på så sätt att det inte omfattar försvarliga eller mindre allvarliga fall och inte heller fall då gärningen har begåtts senare än två år från det att deltagandet i näringsidkarens rörelse upphörde. Den skadeståndsskyldighet som grundar sig på brott blir i motsvarande mån begränsad.

Skadeståndsansvar ska kunna drabba anställda, uppdragstagare och andra som döms för det föreslagna brottet. Beträffande personer som genom uthyrning eller utlåning från andra företag utför arbete åt näringsidkaren blir situationen en annan. Bemanningsföretaget har enligt allmänna skadeståndsrättsliga bestämmelser ett vidsträckt skadeståndsansvar för sina anställdas vållande, se även ovan avsnitt 7.1.5. Om således den uthyrde personen röjer eller utnyttjar näringsidkarens företagshemligheter, svarar bemanningsföretaget gentemot näringsidkaren. Den uthyrde personen ansvarar endast om det finns synnerliga skäl gentemot den egna arbetsgivaren, dvs. bemanningsföretaget (4 kap. 1 § skadeståndslagen). Denna princip ska alltjämt gälla vid införandet av den nya straffbestämmelsen.

Skadestånd i övriga fall

Enligt dagens bestämmelser kan en arbetstagare bli skadeståndsskyldig vid uppsåtligt eller oaktsamt utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet hos arbetsgivaren, som arbetstagaren har fått del av i sin anställning, se ovan avsnitt 7.1.3. En självständig uppdragstagare kan bli skadeståndsskyldig, om uppdragstagaren uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon har fått del av i förtroende i samband med affärsförbindelsen, se ovan avsnitt 7.1.2. Utredningen anser inte att det finns anledning att ändra på principerna för hur skadestånd kan utgå vid utnyttjande eller röjande av företagshemligheter i dessa fall. Det ska inte bli någon direkt skillnad på principen hur skadeståndsskyldigheten ska fastställas jämfört med i dag. Den som befins skyldig till ett brott kan bli skadeståndsskyldig enligt samma principer som nuvarande 5 § FHL. Om en medarbetare frikänns från det föreslagna brottet i en process, kan denne trots detta vara skadeståndsskyldig enligt andra skadeståndsbestämmelser i lagen. Skadeståndsskyldighet kan exempelvis uppkomma om brott inte föreligger på grund av

bristande uppsåt, men oaktsamhet kan läggas medarbetaren till last. Skadeståndsskyldighet kan också föreligga om deltagandet i näringsidkarens rörelse har upphört sedan mer än två år innan angreppet skedde, men inom fem år som är talefristen för en skadeståndstalan.

Beträffande tidigare anställda som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet, gäller i dag att dessa endast kan bli skadeståndsskyldiga för angrepp som begåtts efter det att anställningen upphört om det föreligger *synnerliga skäl*. Utredningen anser att denna bestämmelse alltså ska gälla. Den situationen torde inte kunna uppstå, att en gärning är brottslig utan att det samtidigt föreligger synnerliga skäl för skadestånd.

Bestämmelsen om skadestånd på grund av brott och övriga skadeståndsbestämmelser är visserligen överlappande, men på så sätt att ett förfarande som är brottsligt kan föranleda skadeståndsskyldighet enligt båda bestämmelserna. Sättet att beräkna skadeståndet är det samma. Vid förfarande som inte är brottsliga kan endast de övriga skadeståndsbestämmelserna tillämpas. Väljer åklagaren att inte väcka åtal, är det således inte nödvändigt för näringsidkaren att bevisa att medarbetaren har begått ett brott för att kunna få skadestånd, utan det räcker med att visa att skadeståndsskyldighet föreligger enligt annan tillämplig bestämmelse.

Huruvida ett förfarande är brottsligt eller inte kan få betydelse för beräkningen av ränta på skadeståndet. Vid brott kan nämligen ränta utgå från dagen för brottet, enligt 4 § femte stycket räntelagen (1975:635). För civilrättsliga fordringar på skadestånd kan i stället ränta börja löpa när krav har framställts och behövlig utredning lagts fram.

11.6.11 Straffansvaret och definitionen av företagshemligheter

Bedömning: Till följd av den ändring av definitionen av företagshemligheter som föreslagits, kommer även området för vad som faller under straffansvar utökas marginellt.

Utredningen har i avsnitt 5.4.3 föreslagit vissa ändringar av vad som ska klassas som en företagshemlighet. Ändringarna föreslås i anledning av EU-direktivet⁴² på området. Kravet att informationen ska avse affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse föreslås slopas. Anledningen är att det är tveksamt om den nuvarande lagen skyddar företagshemligheter även hos icke-kommersiella forskningsinstitutioner, som investerar i utveckling av information och som institutionerna avser att hålla hemlig av samma anledningar som företag. Övriga ändringar i definitionen som föreslås är inte avsedda att utvidga begreppet företagshemligheter.

Straffansvaret för olovligt röjande av företagshemlighet och olovligt utnyttjande av företagshemlighet kommer endast kunna tillämpas för den som deltagit i en näringsidkares rörelse. Ordet näringsidkare har dock en vidsträckt innebörd. Under begreppet näringsidkare skulle även kunna rymmas planeringen av att kommersialisera information, även om denna information endast har *potentiellt* kommersiellt värde, vilket skulle kunna inrymma forskningsinstitutioners information i vissa fall.

Beträffande företagsspioneri är det inte ett krav att informationen tillgrips hos en näringsidkare. Ändringen av definitionen av företagshemlighet utökar det straffbara området på så sätt att företagsspioneri kan begås även mot icke-kommersiella forskningsinstitutioner som inte kan ses som näringsidkare. Utökningen av vad som faller in under begreppet företagshemligheter till följd av lagförslaget är dock endast ytterst marginell, liksom motsvarande utökning av straffansvaret.

⁴² 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.

12 Konsekvenser

12.1 Inledning

Allmänt

I kommittéförordningen (1998:1474) finns i 14–15 a §§ bestämmelser om konsekvensbeskrivningar. Enligt 14 § ska en utredning redovisa vilka konsekvenser som utredningens förslag får för kostnader eller intäkter för staten, kommuner, landsting, företag eller andra enskilda. Om förslagen innebär samhällsekonomiska konsekvenser i övrigt ska dessa redovisas. När det gäller kostnadsökningar och intäktsminskningar för staten, kommuner eller landsting ska kommittén föreslå en finansiering. Om förslagen har betydelse för den kommunala självstyrelsen, brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet, för sysselsättning och offentlig service i olika delar av landet, för små företags arbetsförutsättningar, konkurrensförmåga eller villkor i övrigt i förhållande till större företags, för jämställdheten mellan kvinnor och män eller för de integrationspolitiska målen ska konsekvenserna i dessa avseenden anges i betänkandet (15 §). Om ett betänkande innehåller förslag till nya eller ändrade regler, ska förslagens kostnadsmässiga och andra konsekvenser anges på ett sätt som motsvarar kraven i 6 och 7 § förordningen (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning (15 a §).

Enligt 6 § förordningen om konsekvensutredning vid regelgivning ska en konsekvensutredning innehålla bl.a. en beskrivning av problemet och vad man vill uppnå, en beskrivning av vilka alternativa lösningar som finns för det man vill uppnå och vilka effekterna blir om någon reglering inte kommer till stånd, uppgifter om vilka som berörs av regleringen, uppgifter om vilka kostnadsmässiga och andra konsekvenser regleringen medför och en jämförelse av konsekvenserna för de övervägda regleringsalternativen, en bedömning av om regleringen överensstämmer med eller går utöver de skyldigheter

som följer av Sveriges anslutning till EU samt en bedömning av om särskilda hänsyn behöver tas när det gäller tidpunkten för ikraftträdande och om det finns behov av speciella informationsinsatser.

Kan regleringen få effekter av betydelse för företags arbetsförutsättningar, konkurrensförmåga eller villkor i övrigt ska konsekvensutredningen därtill enligt 7 § innehålla beskrivning av bl.a. antalet företag som berörs och i vilka branscher, vilken tidsåtgång regleringen kan föra med sig för företagen, vad regleringen innebär för företagens administrativa kostnader och andra kostnader, vilka förändringar i verksamheten som företagen kan behöva vidta, vilken utsträckning konkurrensförhållandena kan komma att påverkas samt om särskilda hänsyn behöver tas till små företag vid reglernas utformning.

Kommittédirektivet

Av kommittédirektiven (se bilaga 1) framgår att utredningen allsidigt och grundligt ska belysa förslagets konsekvenser för näringslivet, anställda, staten, kommuner och landsting samt andra intressenter. Om förslagen medför ökade kostnader för staten, kommuner eller landsting, ska förslag till finansiering redovisas. Därtill ska utredningen göra de internationella jämförelser som anses befogade. I första hand ska jämförelserna avse länder med förhållanden som är jämförbara med Sverige.

12.2 Allmänt om konsekvenserna av den nya lagstiftningen

12.2.1 En ny lag om skydd för företagshemligheter

Utredningens uppdrag har varit att anpassa den nuvarande svenska lagstiftningen till EU-direktivet om skydd för företagshemligheter. Därtill har utredningen haft i uppdrag att föreslå en straffbestämelse för anställda m.fl. som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet denne fått lovlig tillgång till på arbetsplatsen.

Utredningen föreslår att den tidigare lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter (FHL) ska upphävas till förmån för en ny lag (2018:0000) om företagshemligheter. Flera nya bestämmelser

föreslås. Att införa dessa i den befintliga lagen hade medfört att lagen skulle bli svåröverskådlig. En helt ny lag blir mindre svårläst och är därför att föredra.

För att EU-direktivets krav på hemlighållande av företagshemligheter under och efter domstolsförfaranden, är det även nödvändigt att införa vissa följdändringar i rättegångsbalken (RB), förvaltningsprocesslagen (FPL) samt offentlighets- och sekretesslagen (OSL), se nedan avsnitt 12.4.

12.2.2 Internationell jämförelse

Med de ändringar som föreslås bedömer utredningen att svensk rätt kommer att vara förenlig med EU-rätten.

Internationella jämförelser har gjorts i 2008 års utredning.¹ Ytterligare jämförelser har utredningen inte ansett vara befogade, dels eftersom någon större ändring inte har skett i de jämförda länderna sedan 2008, dels eftersom det förväntas att andra länder kommer att anpassa sin lagstiftning efter EU-direktivet.

12.2.3 Ikraftträdande

Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 juni 2018, vilket är en följd av att EU-direktivet måste vara genomfört i svensk rätt senast den 9 juni 2018. Om Sveriges lagbestämmelser inte uppfyller EU-direktivets krav i rätt tid, kan konsekvensen bli att EU-kommissionen startar ett så kallat överträdelseförfarande.

Ändringarna av de straffrättsliga bestämmelserna har inte för-
anletts av EU-direktivet. Bestämmelserna är utformade på sådant sätt att de är skilda från de civilrättsliga bestämmelserna i lagen. De bestämmelser som behöver införas till följd av EU-direktivet skulle alltså i och för sig kunna införas utan att de utökade straffbestämmelserna införs samtidigt. Om de nya straffbestämmelserna ska införas i lagen är det dock en fördel om ändringarna görs samtidigt.

¹ SOU 2008:63, Förstärkt skydd för företagshemligheter, avsnitt 4.7.

12.2.4 Övriga konsekvenser

Förslagen bedöms inte medföra några konsekvenser för miljön, för den kommunala självstyrelsen, för regionalpolitiken, för jämställdheten mellan kvinnor och män eller för möjligheten att nå de integrationspolitiska målen.

12.2.5 Antal mål i domstol och hos åklagarmyndigheten som rör företagshemligheter

Det har inte varit möjligt att inom utredningen göra en statistisk beräkning över antalet tvistemål i domstol som rör företagshemligheter per år. Uppskattningsvis leder mindre än 10 mål per år till dom där domstolen tagit ställning till tvistefrågan, varav vissa mål även rör andra rättsområden såsom immaterialrätt. Utredningar antar att flertalet tvistemål i domstolarna leder till förlikning, där domstolen inte gör någon bedömning i sak. Unionen har uppgett att förbundet i år hanterar fyra domstolstvister som rör företagshemligheter. Lika många har Sveriges Ingenjörer hittills hanterat i år. Det har inte varit möjligt att för dessa förbund få fram uppgifter om antalet tvister under tidigare år. Utredningen anar en tendens att antalet tvistemål som rör företagshemligheter ökar något. Denna tendens antas beror på att samhället utvecklas alltmer mot ett kunskapsamhälle och förväntas inte påverkas av den föreslagna lagstiftningen.

Sedan år 2007 har det hos åklagarmyndigheten registrerats 69 brottsmisstankar avseende brott mot FHL. Av dessa har fyra lett till beslut om åtal. Brottsmisstankarna har i huvudsak rört *företagsspioneri*. I två fall har alternativmisstanken *olovlig befattning med företagshemlighet* angetts. Ett fall har rört *förberedelse till företagsspioneri* och ett fall *medhjälp till företagsspioneri*.

12.2.6 Lagförslag på grund av EU-direktivet

Bedömning: De kostnadsökningar som föranleds av författningsförslagen ryms inom befintliga anslag.

Inledning

Gällande rätt uppfyller i stora delar EU-direktivets krav. Ett antal anpassningar av svensk lag har dock varit tvungna att göras på grund av EU-direktivet. Eftersom ändringarna inte är omfattande, är inte heller konsekvenserna av direktivets införande särskilt stora.

Ökning av antalet tvister

Vad som avses med företagshemligheter

Definitionen av företagshemligheter som föreslagits i 1 § innebär att begreppet utökas i någon mån jämfört med i dag, genom att kravet på att informationen ska röra *affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse* slopas. Ändringen är en anpassning till EU-direktivet. Detta har diskuterats i avsnitt 5.4.3. Utökningen är marginell och avser information hos icke-kommersiella forskningsinstitutioner, som investerar i utveckling av information och som institutionerna avser att hålla hemlig av samma anledningar som företag.

Utredningens bedömning är att – förutom kravet på affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse – definitionen i den nu gällande FHL och hur den tillämpas, stämmer överens med direktivets krav. Ändringarna är dels avsedda att förtydliga att de svenska bestämmelserna stämmer överens med direktivet, dels att förtydliga det som redan gällde, nämligen att brott och personlig yrkesskicklighet m.m. inte kan utgöra företagshemligheter. Någon utvidgning av begreppet företagshemligheter är inte avsedd med dessa ändringar.

Vad som avses med angrepp

Utredningen föreslår en definition av vad som avses med *angrepp* på företagshemligheter i 2 §. Avsikten med en definition av ordet angrepp är att få ett samlingsbegrepp över flera olika förfaranden med företagshemligheter, som kan leda till rättsverkningar för den som utfört dem. Begreppet angrepp är oberoende av om utövaren hade uppsåt eller var oaktsam eller var i god tro. Som tidigare krävs uppsåt eller oaktsamhet för skadeståndsskyldighet. Nytt är alltså att även den som varit i god tro om ett angrepp på en företagshemlighet,

kan åläggas förbud eller åtgärder (såsom överlämnande, förstöring ändring eller återkallande från marknaden). Om personen i fråga varit i god tro eller inte får dock betydelse i bedömningen om det är skäligt med åtgärder/förbud. Detta är en anpassning efter EU-direktivet, eftersom direktivet föreskriver att förbud och åtgärder ska kunna meddelas oberoende av angrিপarens bevekelsegrunder. Bestämmelserna vidgar alltså den krets som kan åläggas förbud eller åtgärder för angrepp på företagshemligheter. De ökar alltså en innehavares möjlighet att få till åtgärder/förbud för att hindra angrepp. Därigenom kan antalet mål i domstol komma att öka, även beträffande interimistiska beslut.

Försök och förberedelse till angrepp

Enligt förslaget ska vitesförbud och andra åtgärder även kunna meddelas vid försök eller förberedelser till angrepp på företagshemligheter. De föreslagna reglerna innebär att vitesförbud/åtgärder ska kunna meddelas på ett tidigare stadium än nu, dvs. redan innan ett fullbordat angrepp ägt rum. Bestämmelserna vidgar alltså den krets som kan åläggas förbud eller åtgärder. De föreslagna bestämmelserna torde i första hand leda till att fler civilprocessuella säkerhetsåtgärder begärs och meddelas i redan befintliga mål om angrepp på företagshemligheter.

Fortsatt utnyttjande mot ersättning

En ny bestämmelse som införts till följd av direktivet är att den som i god tro angripit en företagshemlighet i vissa fall ska kunna få fortsätta utnyttja företagshemligheten, mot en skälig ekonomisk ersättning till innehavaren. Bestämmelsen kan endast åberopas i befintliga mål och inte ensam vara föremål för en talan. Bestämmelsen förväntas därmed inte öka antalet mål i domstol, utan endast tillföra en rättsfråga i ett befintligt mål.

Vitesförbud för viss tid

Ett vitesförbud för viss tid ska enligt förslaget kunna meddelas mot den som röjt en företagshemlighet så att informationen i fråga blivit allmänt känd och inte längre kan utgöra en företagshemlighet. Bestämmelsen är ny. Det måste antas att en förbudstalan i de fall när informationen i fråga inte längre är företagshemlig, främst kommer drivas i tvister som ändå skulle ha drivits i fråga om skadestånd. Förändringarna förväntas inte medföra någon ökad tillströmning av mål i domstolarna, dock att vissa tvister kommer innehålla ett ytterligare yrkande om vitesförbud för viss tid.

Korrigeringsåtgärder

Förändringarna, som är en anpassning av EU-direktivet, är marginella. Bestämmelsen i sig förväntas inte medföra någon ökning av antalet mål i domstol, utan endast tillföra en rättsfråga i tvister som skulle ha drivits ändå.

Skadestånd

Utredningen har föreslagit bestämmelser om skadeståndsskyldighet för den som utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som erhållits på grund av en domstols beslut, eller av motparten i ett mål eller ärende hos domstol. Det rör sig främst om motpartens bevisuppgifter, som kan innehålla företagshemligheter. Därtill har föreslagits skadeståndsskyldighet för någon som av oaktsamhet anskaffar en företagshemlighet. Ingen av dessa skadeståndsbestämmelser förväntas leda till annat än ett fåtal tvister i domstol.

De föreslagna bestämmelserna om skadeståndets beräkning syftar till att, i enlighet med EU-direktivet, förtydliga de kriterier som ska beaktas. Någon ändring i sak jämfört med dagens bestämmelse om skadeståndsberäkning är inte avsedd. Förtydligandet bedöms inte leda till fler processer i domstolarna.

Informationsspridning av innehållet i dom

Enligt förslaget ska domstolarna också ges möjlighet att ålägga den som har begått ett intrång att bekosta lämpliga åtgärder för att sprida information om dom i målet, exempelvis kostnader för att publicera den i en tidning. Reglerna kan givetvis medföra ökade kostnader för den som begått ett intrång men bedöms inte medföra några ökade kostnader för det allmänna.

Slutsats

De föreslagna bestämmelserna som införs på grund av EU-direktivet kommer sannolikt innebära något fler tvister både i Arbetsdomstolen och i de allmänna domstolarna. Det är dock svårt att med någon precision ange hur stor ökningen kommer att bli. Antalet tvister som rör företagshemligheter som når domstol är i dag få. Utredningen antar att de nya bestämmelserna främst kommer att användas som alternativa eller kumulativa grunder i tvister som ändå skulle ha drivits. Den ökning av antalet tvister som det kan röra sig om mellan parterna förväntas vara få, och av dessa tvister förväntas ännu färre nå domstolarna. Reglerna kan alltså leda till att antalet mål i domstolarna ökar något, men denna ökning bedöms bli marginell. Sammantaget görs bedömningen att de få mål som det rör sig om ryms inom befintliga ramar. Ökningen innebär alltså inte något behov av ökade anslag hos domstolarna. Förslaget bedöms därmed inte medföra några ökade kostnader för det allmänna.

Konsekvenser för företagen

Företagshemligheter förekommer inom alla branscher, eftersom begreppet är så vidsträckt. Det kan för att nämna några exempel röra sig om ritningar, formler och recept liksom kundregister, vinst-marginaler och marknadsundersökningar.

Genom att det finns ett EU-direktiv om skydd för företagshemligheter blir medlemsländernas lagstiftning mer enhetligt. Denna enhetlighet förväntas underlätta för de många företag som bedriver verksamhet på den inre marknaden. Härigenom skapas förutsätt-

ningar för stärkt export, tillväxt och konkurrenskraft. Bestämmelserna gynnar såväl större som mindre företag.

Förslagen bedöms ha långsiktiga positiva konsekvenser för företagen. Effekterna är emellertid av den karaktären att det inte är möjligt att göra beloppsmässiga beräkningar av den samhällsekonomiska effekten.

Alternativa lösningar?

Utredningar har strävat efter att så långt som möjligt knyta an till den nuvarande FHL och att ändra så lite som möjligt i övriga lagar. Utredningen bedömer att de ändringar som föreslås är nödvändiga för att uppfylla direktivets krav. Ett undantag rör ändringar av definitionen av företagshemligheter i den föreslagna 1 §. De ändringar i 1 § som inte är direkt motiverade av direktivet är tänkta att tydliggöra vad som redan i dag gäller enligt nuvarande FHL. Ändringarna motiveras av att tillämpningen underlättas genom tydliggörandet, vilket har diskuterats i avsnitt 5.4.6–7.

En definition av ordet angrepp har föreslagits (2 § i förslagen), se avsnitt 5.6.2. Om ordet angrepp inte används, måste i stället en beskrivning av förfaranden som kan utgöra angrepp införas i varje enskild bestämmelse. En sådan lagstiftning skulle resultera i att flera paragrafer blev långa och svårläsliga.

I direktivet finns en bestämmelse om åtgärder som kan vidtas mot någon som missbrukar ett domstolsförfarande om företagshemligheter, dvs. rättegångsmissbruk. Bestämmelserna är inte tvingande. Utredningen har bedömt att det inte finns anledning att införa bestämmelser om ytterligare åtgärder mot rättegångsmissbruk eller ett särskilt domstolsförfarande i detta avseende, vilket diskuterats i avsnitt 6.2.3. Sådana nya bestämmelser hade därtill krävt överväganden om följdändringar i bl.a. RB.

12.2.7 Lagförslag angående utökat straffansvar

<p>Bedömning: De kostnadsökningar som föranleds av författningsförslagen ryms inom befintliga anslag.</p>
--

Inledning

Utredningen har föreslagit nya brott: *olovligt utnyttjande av företagshemlighet* och *olovligt röjande av företagshemlighet* (5 § i förslaget). De föreslagna bestämmelserna om utökat straffansvar är inte en följd av EU-direktivet. Förslaget innebär ett straffansvar för bl.a. anställda som olovligen utnyttjar eller röjer företagshemligheter som de har fått lovlig tillgång till i sitt arbete. De som kan straffas ska ha fått tillgång till företagshemligheter genom deltagande i en näringsidkarens rörelse. Deltagandet ska ha sin grund i en anställning, ett uppdrag eller något annat liknande förhållande.

Definitionen av företagshemligheter som föreslagits i 1 § innebär att information utvidgas i någon mån genom att kravet på att affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkarens rörelse slopas. Denna ändring är marginell och avser information hos icke-kommersiella forskningsinstitutioner, som investerar i utveckling av information och som institutionerna avser att hålla hemlig av samma anledningar som företag. Ändringen förväntas i praktiken inte få något större genomslag på antalet ärenden och mål i rättsväsendet.

Konsekvenser för företagen

Bestämmelserna kommer att kunna ha effekt för alla näringsidkare som har anställda eller anlitar inhyrd arbetskraft. Effekten är ett starkare skydd mot allvarigare fall av missbruk av företagshemligheter från anställda och tidigare anställda. Det ökade skyddet gäller även i förhållande till personer som medverkar eller har medverkat i näringsidkarens rörelse till följd av uppdrag eller på annan anställningsliknande grund. Det utökade straffansvaret förväntas ha en avskräckande effekt för den person som överväger att angripa en företagshemlighet.

Syftet med lagen är att förhindra att företagshemligheter utnyttjas eller röjs. För att bestämmelserna ska ha en avskräckande effekt, och inte bara erbjuda en reaktion på redan genomförda angrepp, krävs att anställda och andra som kan komma ifråga för det utökade straffansvaret blir medvetna om de nya reglerna. För att det över huvud taget ska bli fråga om ett straffansvar krävs att angriparen haft uppsåt till att det rörde sig om en företagshemlighet som inte fick avslöjas. Om näringsidkaren inte varit tydlig med att informationen måste

hemlighållas, och medarbetaren inte har förstått att rörde sig företagshemligheter, kan straffansvar alltså inte komma ifråga. Det ligger i näringsidkares intresse informera sina medarbetare om vikten av diskretion. Utredningen utgår därför från att näringsidkare kommer att vid behov informera om bestämmelserna inom sin verksamhet. Påverkan på företagen blir begränsad och företagen kommer inte att behöva vidta några förändringar i verksamheten på grund av ändringarna. Utredningen föreslår inte att de nya bestämmelserna ska anslås på annat sätt än sedvanligt.

Den nya lagen bedöms innebära förbättringar för den sunda konkurrensen. De föreslagna bestämmelserna kommer att gälla lika för alla företag. Det kommer särskilt att gynna små seriösa och hederliga företag. Små företag är i högre grad än andra beroende av att konkurrensen är sund.²

Sammantaget bedöms förslagen ha långsiktiga positiva konsekvenser för företagen. Effekterna är emellertid av den karaktären att det inte är möjligt att göra beloppsmässiga beräkningar av den samhällsekonomiska effekten.

Konsekvenser för det allmänna

Det är svårt att förutse vilken påverkan på antalet polisanmälningar som förslaget till utvidgat straffansvar kommer att få. Det är inte möjligt att göra några säkra bedömningar om antalet nya ärenden hos åklagaren eller nya mål i domstol. Utredningen antar att antalet brottmål som rör de nya straffbestämmelserna kommer att vara färre än antalet brottmål som rör företagsspioneri. Den som gör sig skyldig till den nya brottsligheten föreslås också kunna bli skadeståndsskyldig.

Ett ökat antal brottmål som rör företagshemligheter kan komma att motsvaras av ett minskat antal tvistemål inom rättsområdet. Belastningen på domstolarna torde därför inte komma att påverkas på samma sätt som belastningen på polis- och åklagarväsendet. Utredningen utgår dock från att det endast kommer att röra sig om ett fåtal nya brottmål. Straffbestämmelserna är nämligen begränsade på så sätt att gärningar som är försvarliga, mindre allvarliga eller har

² Prop. 2015/16:128 s. 91.

begåtts mer än två år efter det att deltagandet i näringsidkarens verksamhet upphörde, inte kan straffas. Ökningen av antalet mål som rör företagshemligheter bedöms därför bli marginell. De mål som kommer upp i domstol kan dock bli resurskrävande med hänsyn till rättsområdets komplexitet. Sammantaget görs bedömningen att de få mål som det rör sig om rymms inom befintliga ramar hos polis, åklagare och domstolar.

De kostnadsökningar som föranleds av författningsförslagen rymms inom befintliga anslag. Förslaget bedöms därmed inte medföra några ökade kostnader för det allmänna.

Alternativa lösningar?

Regeringen anser att möjligheterna till straffrättsliga ingripanden mot angrepp på företagshemligheter av personer inom näringsidkarens egen verksamhet är otillräckliga i dag. Om bestämmelserna om utökat straffansvar inte införs, finns risken för fler fall liknande det s.k. Ericsson-målet³, se avsnitt 11.4.1 och 11.5.

Utredningen har föreslagit att straffbarheten för olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet begränsas på så sätt att gärningar som är *mindre allvarliga* eller *försvarliga* inte ska straffas. Begreppen mindre allvarlig och försvarlig kan ibland användas i samma betydelse i svenskt språkbruk. För olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet kan begreppen mindre allvarlig och försvarlig syfta till olika situationer. Icke försvarliga gärningar är avsedda att syfta till sådana gärningar som är omöjlig att rättfärdiga. Mindre allvarliga gärningar syftar i stället på situationer när skadan i konkurrens-hänseende är inte är omfattande. Att endast använda ett av begreppen riskerar att göra det straffbara området för stort.

Utredningen har övervägt att införa en åtalsbegränsning för den nya brottsligheten i likhet med de immaterialrättsliga lagarna, se avsnitt 11.6.5, men anser att en sådan inte bör införas. Allmänt åtal gäller för företagsspioneri och olovlig befattning med företagshemlighet. Det skulle kunna medföra tillämpningsproblem för åklagarna med en åtalsbegränsning för olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet, eftersom det i början av en utredning kan vara

³ Svea hovrätts dom den 20 oktober 2003 i mål nr B 5221-03.

oklart vilken brottslighet det rör sig om. En och samma gärningsman kan dessutom utföra gärningar som består av både företagsspioneri och olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet.

12.2.8 Inlåsnings effekter för arbetstagare

Bedömning: Den nya lagen innebär en risk för oönskade inlåsnings effekter på arbetsmarknaden.

Utredningens bedömning är att det föreligger en risk att den nya straffbestämmelsen och de ändringar som införs med anledning av EU-direktivet kan få oönskade inlåsnings effekter i form av minskad rörlighet på arbetsmarknaden. Straffbestämmelsen och övriga ändringar kan både tillsammans och var för sig ge sådana effekter, även om straffbestämmelserna bidrar mest.

En oönskad inlåsnings effekt kan hämma rörligheten på arbetsmarknaden och tillvaratagandet av lönetagarnas yrkeskunnande.

Ett utökat straffansvar kan leda till en ökad försiktighet bland anställda och de andra personerna som jämföras med anställda enligt lagen.⁴ Försiktigheten kan för det första innebära en minskad benägenhet att söka nytt arbete, dvs. minskad rörlighet på arbetsmarknaden. Den farhågan kan förhoppningsvis lindras av att det i den inledande paragrafen anges att arbetstagares erfarenhet och färdigheter som erhållits vid normal yrkesutövning inte utgör företagshemligheter. Avsikten är att klargöra att ingen på grund av just företagshemlighetslagen ska hindras från att till fullo utnyttja sin yrkesskicklighet i någon konkurrerande verksamhet.

För det andra kan en ökad försiktighet bland anställda leda till en minskad vilja att slå larm om missförhållanden på arbetsplatsen.⁵ En sådan risk kan i någon mån vägas upp av utredningens förslag att det ska tydliggöras att ett angrepp på en företagshemlighet för att avslöja något som skäligen kan misstänkas utgöra brott med fängelse i straffskalan, eller som kan anses utgöra allvarliga missförhållanden,

⁴ Se remissvaren från bl.a. Jusek, Svenska Journalistförbundet, TCO och LO i Justitiedepartementets sammanställning av remissyttranden över betänkandet Förstärkt skydd för företagshemligheter (SOU 2008:63), Ju2008/5168/L1.

⁵ Per Larsson, *Skyddet för arbetstagare i arbetslivet – en konstitutionell och arbetsrättslig studie*, 2015.

aldrig kan anses som ett obehörigt angrepp, och att även angrepp för avslöjanden av mindre allvarliga missförhållanden kan vara behöriga. En allmän minskad vilja till avslöjanden av missförhållanden på arbetsplatser, som inte förutsätter angrepp på företagshemligheter, torde också motverkas av den s.k. visselblåsarlagen. En viss skillnad finns här dock mellan de båda lagarna i kravet på grad av misstanke om missförhållanden, vilket kan leda till osäkerhet för en arbetstare om han eller hon i det enskilda fallet har uppnått tillräckligt fog för sina misstankar för att ge skäl för ett avslöjande. Den skillnaden har diskuterats i avsnitt 5.7.2.

Bestämmelsen att endast gärningar som skett inom två år från det deltagandet i näringsidkarens rörelse upphörde kan straffas, bör kunna minska risken för inläsningseffekter.

Förekomsten av konkurrensklausuler, där en tidigare arbetstare har avtalat att inte konkurrera med sin tidigare arbetsgivare, är en fråga som inte har betydelse i fråga om det utökade straffansvaret.

Syftet med EU-direktivet är inte att införa begränsningar i arbetstarens rörlighet på arbetsmarknaden. Lagförslagen som införts till följd av EU-direktivet har därför i och för sig inte något sådant syfte. Konsekvenserna kan trots det bli att arbetstare känner en ökad rädsla för att utsättas för rättsliga förfaranden av sin arbetsgivare eller tidigare arbetsgivare. De bestämmelser som måste införas till följd av direktivet ger nämligen möjlighet till fler rättsliga sanktioner som kan riktas mot arbetstare/tidigare arbetstare. Angrepp som har begåtts efter det att anställningen upphört kan föranleda vitesförbud och andra åtgärder (såsom överlämnande av handlingar m.m.), oberoende av om synnerliga skäl föreligger. Beslut om förbud och åtgärder kan meddelas mot en arbetstare/tidigare arbetstare även vid försök och förberedelse till angrepp.

Det inte är möjligt att göra beloppsmässiga beräkningar av den samhällsekonomiska effekten med anledning av de konsekvenser som nu har diskuterats.

12.3 Konsekvenser av ändringar i RB, FPL och OSL

För att implementera EU-direktivets bestämmelser om skydd för företagshemligheter under och efter domstolsförfaranden föreslår utredningen, förutom vissa nya skadeståndsbestämmelser, även

ändringar i RB, FPL samt OSL. Utredningens förslag avser att i enlighet med EU-direktivets krav täppa igen ett antal luckor i den befintliga svenska regleringen vad avser skydd för företagshemligheter i samband med domstolsförfaranden. Dessa luckor är i sig typiskt sett ägnade att verka avhållande på innehavare av företagshemligheter från att inleda processer där dessa företagshemligheter kan ingå. De ändringar och tillägg utredningen föreslår i denna del är ägnade att minska denna avhållande verkan. De kan därför förmodas leda till ett ökat antal domstolsförfaranden vari företagshemligheter ingår. Det saknas dock skäl att anta att det skulle röra sig om någon särskilt påtaglig ökning, även om det inte är möjligt att uppskatta i någon närmare mån.

Utredningens förslag att låta bestämmelserna om domstolssekretess i OSL hänvisa till definitionen av företagshemlighet i den nya lagen innebär att även företagshemligheter, enligt denna definition, som innehas av icke-kommersiella forskningsinstitutioner kan omfattas av domstolssekretess. I den mån sådan information inte kan anses tidigare ha omfattats av reglerna om domstolssekretess innebär denna lösning således en utökning av den information som kan undandras allmän insyn. Denna utökning, som är föranledd av EU-direktivets krav, kan dock antas ha liten praktisk betydelse.

Utredningens lösning att låta absolut sekretess gälla i domstol för uppgifter som kan antas utgöra företagshemligheter har till avsedd följd att det inte kommer att vara möjligt att lämna ut sådana uppgifter med förbehåll till allmänheten. Det kan dock redan i dag förmodas endast vara i undantagsfall som den risk för skada som det skulle innebära att domstol lämnade ut företagshemligheter till allmänheten på ett adekvat sätt skulle kunna avhjälpas i och med att uppgiften utlämnades med förbehåll. Det kan därför på goda grunder antas att möjligheten för domstol att lämna ut företagshemligheter med förbehåll till allmänheten har liten praktisk betydelse. I detta sammanhang bör erinras om att utredningen inte föreslår annat än att möjligheten att lämna ut handlingar med de företagshemliga uppgifterna maskerade naturligtvis kvarstår. Vidare ska här understrykas att utredningens förslag till definition av företagshemligheter innebär att om den förment företagshemliga informationen i sådan grad kan anses utgöra information om brott eller annat allvarligt missförhållande att informationen inte kan antas utgöra företagshemlighet, så ska domstolssekretess inte gälla för uppgiften. I dessa fall, och i

övrigt i de fall det lagakraftvunnet avgjorts att uppgiften inte utgör företagshemlighet, kommer det enligt utredningens förslag vara tydligt i lag att offentlighet gäller för uppgiften.

De föreslagna ändringarna avseende skydd för företagshemligheter under och efter domstolsförfaranden innebär sammanfattningsvis att det blir möjligt att på ett mer konsekvent sätt än tidigare låta sekretess gälla för företagshemligheter i alla delar av ett domstolsförfarande. Ändringarna kommer dock inte att i någon beaktansvärd grad inskränka omvärldens berättigade insyn i processer som innehåller företagshemligheter. Därtill kommer att ändringarna på ett tydligare sätt än tidigare skyddar allmänhetens rätt till insyn i domstol när det gäller sådana uppgifter om missförhållanden m.m. som överhuvudtaget inte är berättigade till lagens skydd.

13 Författningskommentar

13.1 Förslaget till lag (2018:0000) om företagshemligheter

Vad som avses med företagshemlighet

1 §

Paragrafen innehåller, liksom 1 § nuvarande FHL, legaldefinitionen av företagshemlighet. Bestämmelsen är utformad efter definitionen av företagshemlighet i artikel 2.1 i EU-direktivet.

I förhållande till definitionen i nuvarande FHL har kravet om att en företagshemlighet ska utgöra information om affärs- och driftförhållanden i en näringsidkares rörelse slopats för att låta lydelsen ligga närmare EU-direktivets och därmed klargöra att företagshemlighet också kan avse information hos t.ex. en icke-kommersiell forskningsinstitution, så länge informationen har ett potentiellt kommersiellt värde.

I förhållande till 1 § nuvarande FHL anges uttryckligen i överensstämmelse med artikel 2.1 i EU-direktivet att informationens egenhet av hemlig består i att den varken såsom helhet eller i den form dess beståndsdelar satts samman är allmänt känd hos eller lättillgänglig för personer som normalt har tillgång till information av det aktuella slaget. Någon skillnad i sak jämfört med hur kravet på informationens hemligvarande enligt nuvarande FHL uppfattats är inte avsedd. Lydelsen tjänar, bortsett från att vara direktivkonform, främst pedagogiska syften.

I första stycket andra punkten har införts vad EU-direktivet kräver, i likhet med TRIPS-avtalet, om att den person som lagligen kontrollerar informationen har med hänsyn till omständigheterna vidtagit rimliga åtgärder för att hålla den hemlig. I doktrinen har förutsatts att detta krav på hemlighållande från innehavaren går

något längre än 1 § nuvarande FHL. EU-direktivet lägger ett ansvar på innehavaren att vidta rimliga skyddsåtgärder, medan nuvarande FHL godtar att mottagaren förstod att innehavaren önskade ett hemlighållande. De skyddsåtgärder som här avses kan exempelvis vara att innehavaren upprättar instruktioner på en arbetsplats hur hemlig information ska hanteras, eller att särskild behörighet krävs av anställda för att komma åt viss information i företagets IT-system.¹ Något formkrav är dock inte uppställt.

Liksom i 1 § nuvarande FHL definieras företagshemlighet bl.a. som information vars röjande är ägnat att innebära skada för innehavaren i konkurrenshänseende. Med skada menas sådan skada som är ersättningsgill utifrån att informationen ger legitima konkurrensfördelar.² Att röjande av informationen är ägnat att innebära skada i konkurrenshänseende innebär på så vis samma sak som att informationen har ett ”kommersiellt värde på grund av att den är hemlig”, såsom denna del av definitionen av företagshemlighet kommer till uttryck i EU-direktivet.

Andra stycket anger liksom tidigare vad som avses med information enligt första stycket. Nytt är att även *sammanställningar* kan utgöra sådan information, för att på ett tydligare sätt än tidigare markera att även dessa kan åtnjuta skydd.

Enligt *tredje stycket* första meningen utgör information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande inte en företagshemlighet. Detta uttrycker vad som redan anses vara fallet enligt nuvarande FHL. EU-direktivet innehåller inte något liknande undantag i sin definition av företagshemlighet. Mot bakgrund av att EU-direktivet syftar till att endast skydda information i fråga om vilken det finns både ett legitimt intresse av hemlighållande och berättigade förväntningar på att informationen hålls hemlig, och att EU-direktivet enligt artikel 5 inte skyddar mot angrepp på företagshemligheter som sker för att avslöja fall av försummelse, oegentligheter eller olaglig verksamhet, förutsatt att svaranden agerade till skydd för allmänintresset, måste dock förtydligandet i tredje stycket första meningen anses vara förenligt med EU-direktivets bestämmelser.

¹ Domeij, s. 125.

² LU30 s. 105.

Vad gäller frågan om vilken verksamhet som är sådan att den utan att vara brottslig likväl inte omfattas av definitionen av företagshemlighet, har i förarbetena till nuvarande FHL anförts som exempel att ett företag utsätter sina anställda eller de kringboende för allvarliga miljörisiker eller att företaget i strid med marknadsföringslagen eller livsmedelslagstiftningen tillhandahåller konsumenter hälsofarliga eller uppenbart otjänliga produkter. Lagrådet har uttryckt att undantaget avseende annat allvarligt missförhållande blir tillämpligt i fall där det från allmän synpunkt är vid ett objektivet bedömande fullt försvarligt och t.o.m. önskvärt att informationen kommer till allmän kännedom.³

I EU-direktivets inledande artikel framhålls att inget i direktivet ska tas till grund för att begränsa arbetstagares rörlighet. I synnerhet ska detta gälla arbetstagares användning av erfarenhet och färdigheter som förvärvats hederligt under deras normala yrkesutövning (artikel 1.3 b). Även i skälen (14) anges att definitionen av företagshemligheter inte omfattar arbetstagares erfarenhet och färdigheter som förvärvats vid normal yrkesutövning. Samma princip om att personlig skicklighet och erfarenhet inte utgör företagshemligheter uttrycks i förarbetena till nuvarande FHL. För att tydliggöra denna princip har den tagits in i tredje stycket andra meningen. Avsikten är att klargöra att ingen på grund av just företagshemlighetslagen ska hindras från att till fullo utnyttja sin yrkesskicklighet i någon konkurrerande verksamhet.

Vad som avses med angrepp

2 §

Bestämmelsen, som definierar begreppet angrepp i lagens mening, är ny i förhållande till nuvarande FHL. Ett angrepp enligt bestämmelsen fungerar som ett samlingsbegrepp för anskaffande, röjande och utnyttjande av företagshemlighet som skett utan innehavarens samtycke, oberoende av om det skett med uppsåt eller av oaktsamhet. Angrepp omfattar även under viss förutsättning import, export eller lagring av intrångsgörande varor, som skett utan innehavarens samtycke.

³ LU30 s. 106.

I likhet med EU-direktivet avses med innehavare en fysisk eller juridisk person som lagligen kontrollerar en företagshemlighet. Begreppet innehavare är bl.a. menat att tydliggöra att företagshemligheter kan vara föremål för innehav, men inte kan vara föremål för några exklusiva äganderättigheter.

Ett samtycke kan ges uttryckligt eller underförstått. Det får avgöras med ledning av omständigheterna i det enskilda fallet om samtycke finns.

Den främsta anledningen till att definitionen av angrepp står oberoende av angriparens uppsåt och oaktsamhet är att åtgärder enligt EU-direktivet kan aktualiseras även om ett angrepp mot en företagshemlighet skett utan uppsåt eller oaktsamhet, t.ex. även vid ett angrepp i god tro. Detta till skillnad från ordningen i nuvarande FHL där tillämpningen av förbud eller andra åtgärder förutsätter uppsåt eller oaktsamhet hos angriparen. Frågan om ett anskaffande, röjande eller utnyttjande har skett ska alltså enligt bestämmelsen endast ske på objektiva grunder, i enlighet med vad som t.ex. redan gäller inom immaterialrätten.

Att producera intrångsgörande varor, utbjuda dem till försäljning eller släppa ut dem på marknaden ryms under vad som utgör ett utnyttjande av företagshemlighet. Vad gäller angrepp i form av import, export eller lagring av intrångsgörande varor krävs för att detta ska utgöra ett angrepp enligt bestämmelsen att så skett i syfte att utnyttja varorna, dvs. att utbjuda dem till försäljning eller släppa ut dem på marknaden. Det krävs här dock varken uppsåt eller oaktsamhet från angriparen i förhållande till att det är fråga om intrångsgörande varor för att förfarandet ska utgöra ett angrepp.

I andra stycket definieras i förtydligande syfte intrångsgörande varor, i enlighet med EU-direktivets definition (artikel 2.4). Vad som avses är fall när en angripen företagshemlighet på ett betydande sätt påverkar kvalitet, värde eller pris på den vara som är resultatet av angreppet, eller sänker kostnaderna för, underlättar eller påskyndar produktionen eller marknadsföringen av varan. Så är t.ex. givetvis fallet beträffande varor vars formgivning, produktion eller marknadsföring bygger på olovligt anskaffade företagshemligheter.

Lagen gäller obehöriga angrepp

3 §

Paragrafen anger, i likhet med 2 § nuvarande FHL, att lagen endast gäller obehöriga angrepp på företagshemligheter. Vad som i sig kan utgöra angrepp framgår av 2 §. I nämnda paragraf framgår att angrepp förutsätter att det skett utan innehavarens samtycke. Frågan om angreppet varit obehörigt avser därför här främst en avvägning av skyddet för företagshemligheter mot andra intressen än det som avser innehavarens medgivande. Angående hur denna avvägning ska ske avses ingen skillnad i förhållande till 2 § nuvarande FHL.

Exemplen på vad som ska anses som behöriga angrepp enligt paragrafens *andra stycke* är inte uttömmande, och ska alltså t.ex. inte läsas så att angrepp på företagshemligheter för att avslöja mindre allvarliga brott eller missförhållanden alltid är obehöriga. Till skillnad från nuvarande FHL är det inte ett krav enligt andra stycket att avslöjandet ska avse missförhållanden i ”näringsidkarens rörelse”, eller överhuvudtaget att avslöjandet måste avse missförhållanden hos just innehavaren av den angripna företagshemligheten.

Det bör anmärkas att bestämmelsen i andra stycket är tillämplig endast i fall då den information som röjts faktiskt inte utgör information om brott eller annat allvarligt missförhållande. Information om brott eller annat allvarligt missförhållande utgör enligt 1 § inte en företagshemlighet och omfattas alltså inte av lagen.

Tredje stycket i 2 § nuvarande FHL om att ett utnyttjande eller röjande av företagshemlighet av någon som denne eller någon tidigare har fått del av i god tro inte kan vara obehörigt har slopats. Hänsyn till att en angripare agerat i god tro ska i stället göras i en skälighetsbedömning avseende tillämpningen av åtgärder m.m. En angripares goda tro får även betydelse för frågan om denne kan tillåtas att fortsätta att utnyttja en företagshemlighet mot skäligen ersättning.

Straff

4 §

Paragrafen motsvarar 3 § nuvarande FHL och innehåller bestämmelser om straff för företagsspioneri.

I *första stycket* höjs minimistrafvet till fängelse i sex månader för det grova brottet. En konsekvens av ett minimistrafvet på fängelse sex månader är att hemlig övervakning av elektronisk kommunikation kan komma i fråga vid förundersökning vid misstanke om grovt brott, se 27 kap. 19 § rättegångsbalken (RB).

I första stycket utgår orden ”med uppsåt” eftersom de är överflödiga. Straffansvar förutsätter liksom hittills att gärningsmannen i subjektivt hänseende har uppsåt.

Innehållet i *andra stycket* är detsamma som tidigare.

Paragrafen justeras vidare språkligt.

5 §

Paragrafen, som är ny, innehåller bestämmelser om straff för olovligt utnyttjande av företagshemlighet och olovligt röjande av företagshemlighet.

Ett grundläggande krav för att straffansvar enligt paragrafen ska komma i fråga är att angreppet är obehörigt (se 3 §).

Av principen om att grundlag har företräde framför vanlig lag följer vidare att bestämmelserna inte ska tillämpas om de kommer i konflikt med meddelarfriheten enligt tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen.

I *första stycket* föreskrivs straffansvar för bl.a. anställda som olovligt utnyttjar eller röjer företagshemligheter som de har fått lovlig tillgång till i sitt arbete.

Det straffbara förfarandet består i att olovligen utnyttja eller röja en företagshemlighet. Begreppet företagshemlighet definieras i 1 §. Det krävs inte att företagshemligheten tillhör den näringsidkare som driver rörelsen.⁴ Informationen ska däremot hållas hemlig hos denne.

⁴ Jfr prop. 1987/88:155 s. 37.

Röjande eller utnyttjande

Med utnyttjande och röjande avses samma förfaranden som i den nuvarande lagstiftningen. Med att utnyttjandet eller röjandet är olovligt avses att det ägt rum utan näringsidkarens uttalade eller tysta medgivande. Huruvida ett medgivande föreligger får bedömas mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet.

Det är givetvis tillåtet för exempelvis en anställd att som ett led i sin tjänsteutövning använda sig av företagshemlig information. I normalfallet kan det inte vara fråga om ett olovligt röjande om en anställd vid samråd med kollegor hos samma näringsidkare nämner viss företagshemlig information. I vissa fall kan det också vara nödvändigt att vända sig till en utomstående expert och i det sammanhanget upplysa om vissa förhållanden som utgör företagshemligheter.

För straffansvar krävs att samtliga objektiva rekvisit täcks av gärningsmannens uppsåt. Gärningsmannen ska alltså ha uppsåt till utnyttjandet eller röjandet, informationens karaktär av företagshemlighet och till att utnyttjandet eller röjandet är olovligt.

Personkretsen

Den personkrets som straffbudet omfattar avgränsas genom kravet på deltagande i näringsidkarens rörelse. Deltagandet ska ha sin grund i en anställning, ett uppdrag eller något annat liknande förhållande.

Personer som är eller har varit anställda hos näringsidkaren kan under normala förhållanden antas uppfylla kravet på deltagande i rörelsen oavsett tjänstgöringstid och typ av arbetsuppgifter. Ett exempel på när kravet på deltagande inte är uppfyllt kan vara när en nyanställd ännu inte tillträtt tjänsten.

När det gäller uppdragstagare och andra funktionärer blir det oftare aktuellt att i en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet väga flera faktorer mot varandra för att kunna avgöra om kravet på deltagande är uppfyllt. Det avgörande är om personen i fråga utför eller har utfört arbete för näringsidkarens räkning under omständigheter som liknar dem som förekommer i ett anställningsförhållande. Särskilt tydligt är så fallet när den arbetspresterande parten har en sådan nära anknytning till företaget att han eller hon är inordnad i organisationen på samma sätt som om ett anställningsförhållande hade förelegat.

Faktorer som talar för att kravet på deltagande är uppfyllt är att det arbete som utförts hör till företagets kärnverksamhet och att arbetsförhållandet har viss varaktighet. Kravet på deltagande är ofta uppfyllt för fristående konsulter som utför arbete för näringsidkarens räkning inom dennes centrala verksamhetsområde. Det kan också vara uppfyllt för personer som har ett förtroendeuppdrag för företaget och för arbetskraft som ställts till näringsidkarens förfogande genom inhyrning eller inlåning från bemanningsföretag eller konsultföretag. Även delägare som arbetar i företaget får anses delta i rörelsen på det sätt som avses här. Detsamma gäller för lärlingar, studerande och andra som inom ramen för sin utbildning praktiserar på en arbetsplats och där sysselsätts på sätt som liknar det en anställd gör. Andra exempel är personer som medverkar i arbetsmarknadspolitiska program eller sysselsättningsprojekt.

Som exempel på personer som många gånger inte kan sägas delta i rörelsen kan nämnas hantverkare som anlitas tillfälligt för att utföra installationer eller reparationer samt självständiga formgivare, arkitekter eller personer inom reklambranschen som konsulteras för bestämda projekt. Andra exempel är datakonsulter, organisationskonsulter och juridiska ombud som anlitas för enstaka kortvariga uppdrag som saknar samband med näringsidkarens kärnverksamhet. Dessa personer faller alltså utanför straffbestämmelsen (men kan bli skadeståndsskyldiga enligt 9 §). Om ett uppdrag är av mer långvarig eller regelbunden karaktär så att personen i fråga lika gärna hade kunnat vara anställd, talar det däremot för att kravet på deltagande i rörelsen är uppfyllt.

Den arbetspresterande parten ska ha fått del av företagshemligheten på grund av sitt deltagande i rörelsen. Det krävs inte att företagshemligheten har med de egna arbetsuppgifterna att göra. Inte heller krävs att den enskilde uttryckligen har anförtrots företagshemligheten eller att han eller hon har utövat någon form av aktivitet för att få del av den; även den som av en tillfällighet får del av den hemliga informationen kan straffas.⁵ Om en anställd aktivt bereder sig tillgång till sådan hemlig information som ligger klart utanför ramen för hans eller hennes arbetsuppgifter, kan handlandet vara att bedöma som företagsspioneri enligt 4 §.⁶ Skulle den anställde där-

⁵ Prop. 1987/88:155 s. 44 f.

⁶ Prop. 1987/88:155 s. 38 f.

emot få del av företagshemligheter utan att olovligen ha berett sig tillgång till dem och han eller hon därefter olovligen utnyttjar eller röjer dem, är det fråga om ansvar enligt förevarande paragraf.

Övervägandena finns i avsnitt 11.6.1.

Det straffbara området

I *andra stycket* görs tre inskränkningar av det straffbara området. Inskränkningarna motiveras i avsnitt 11.6.3 och 11.6.4.

Den första inskränkningen avser *försvarliga fall*. Ansvar ska inte dömas ut om gärningsmannens handlande vid en samlad bedömning är att anse som försvarlig. En gärning kan vara försvarlig om röjandet eller utnyttjandet var nödvändigt för nyhetsförmedling, forskning eller opinionsbildning. Det är syftet med gärningen som kan leda till att gärningen anses försvarlig. En gärning kan ha orsakat så stor skada att den inte kan anses vara mindre allvarlig, men ändå vara fri från straff om den var försvarlig. Generellt bör det vara försvarligt att röja information som är företagshemlig, om informationen avslöjar att ett företags marknadsföring är otillbörlig enligt bestämmelserna i marknadsföringslagen (2008:486). I undantagsfall kan ett agerande vara icke-straffvärt, men samtidigt vara skadeståndsgrundande om röjandet/utnyttjandet av företagshemligheten var obehörigt enligt 3 §.

Den andra inskränkningen av det straffbara området finns i första meningens andra led. Där anges att ansvar inte ska dömas ut om gärningsmannens handlande är att anse som *mindre allvarligt*. En samlad bedömning av omständigheterna i fallet ska göras. En viktig faktor vid den bedömningen är i vad mån det uppkommit någon skada. Informationens art och dess värde för verksamheten, liksom risken för spridning, kan vara sådan att skadan är mycket begränsad. Om en gärning i och för sig framstår som särskilt illojal men näringsidkarens konkurrensförmåga inte annat än i mycket liten utsträckning påverkas negativt, bör ansvar inte utdömas eftersom gärningen då kan bedömas som mindre allvarlig. Om en företagshemlighet röjs för en person som inte kan tänkas utnyttja den kommersiellt och inte heller i sin tur föra den vidare, kan gärningen vara att anse som mindre allvarlig. Så är exempelvis i allmänhet fallet om en anställd berättar om sitt arbete för en nära anhörig och samtidigt i allmänna ordalag lämnar ut hemlig information. Skulle den som mottar infor-

mationen ha liknande arbetsuppgifter hos en konkurrent, kan bedömningen bli en annan. Vid bedömningen av om ansvarsfrihetsregeln är tillämplig är det också av betydelse vilken ställning gärningsmannen har i verksamheten. Om gärningsmannen har självständiga befogenheter finns det ofta större anledning att se allvarligt på gärningen.

Den tredje inskränkningen av straffansvaret är enligt andra stycket andra meningen en *avgränsning i tiden*. Om ett olovligt utnyttjande eller röjande äger rum senare än två år från det att deltagandet i näringsidkarens rörelse upphörde, blir ansvar enligt paragrafen aldrig aktuellt. Deltagandet får anses ha upphört när personen i praktiken inte längre utför arbete för näringsidkarens räkning i sådan utsträckning att han eller hon kan sägas delta i rörelsen. Vanligen, men inte alltid, sammanfaller detta med att det anställningsavtal, uppdragsavtal eller motsvarande som ligger till grund för deltagandet upphör.

Den uppställda tidsgränsen är inte avsedd att påverka bedömningen av huruvida det skaderekvisit som återfinns i 1 § är uppfyllt eller inte. Tidsfristen tar alltså bara sikte på straffansvaret enligt förevarande paragraf.

Syftet med tvåårsgränsen är bland annat att minska risken för de inlåsningseffekter på arbetsmarknaden som straffansvaret kan medföra.

Straff

Straffskalan överensstämmer med vad som gäller för företagsspioneri. De omständigheter som särskilt ska beaktas vid bedömningen av om brottet är grovt överensstämmer med vad som gäller för företagsspioneri. Omständigheterna beaktas endast om de omfattas av gärningsmannens uppsåt.

Exempel på omständigheter som talar för att brottet är grovt är att någon systematiskt och i stor omfattning eller under en längre period levererat hemlig information till en utomstående. Ett annat exempel är att gärningsmannen utnyttjat ett särskilt förtroende. Andra omständigheter som talar för att brottet är grovt är att gärningen har ingått som ett led i en brottslighet i organiserad form eller annars präglats av särskild förlagenhet.

Om den tilltalade har drabbats av avskedande eller uppsägning från anställning till följd av brottet, bör detta i skäligen omfattning beaktas vid straffmätningen vid såväl brott av normalgraden som grovt brott, enligt 29 kap. 5 § första stycket 7 brottsbalken (BrB).

Försök och förberedelse

I tredje stycket finns en bestämmelse som innebär att ansvar för försök respektive förberedelse till olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet inträder under de förutsättningar som anges i 23 kap. BrB. Försök eller förberedelse till ett olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemligheter kan ta sig uttryck t.ex. i form av kopiering eller insamling av dokument med företagshemlig information med avsikt att använda den i en egen framtida näringsverksamhet eller lämna ut den till en konkurrent.

Övervägandena finns i avsnitt 11.6.6.

6 §

Paragrafen motsvarar 4 § nuvarande FHL ”hälerifallet”, med tillägget i första stycket att förbrottet även kan utgöras av en gärning enligt 5 §.

I andra stycket, som är nytt, görs två undantag från det straffbara området. Det första undantaget gäller försvarliga eller mindre allvarliga fall av anskaffande. Enligt första meningen undantas fall där förbrottet består i olovligt röjande av företagshemlighet och anskaffandet av samma företagshemlighet bedöms som försvarligt eller mindre allvarligt. Så är ofta fallet om förbrottet, dvs. det olovliga röjandet av företagshemligheten, är fritt från ansvar på grund av att gärningen bedöms som mindre allvarlig eller försvarlig. Omständigheterna kan dock vara sådana att det finns anledning att se mer allvarligt på den olovliga befattningen med företagshemligheten än på det röjande av hemligheten som har skett i ett tidigare led. Det bör beaktas vilken skada för näringsidkaren som röjandet av hemligheten har lett till och vilken motsvarande vinning som den som tar emot hemligheten har haft.

Det andra undantaget är – i likhet med motsvarande undantag enligt 5 § andra stycket andra meningen – att ansvar inte heller ska dömas ut om förbrottet olovligt röjande av företagshemlighet äger

rum senare än två år från det att deltagandet i näringsidkarens rörelse upphörde.

Paragrafen justeras vidare språkligt.

7 §

I paragrafen anges att det inte ska dömas till ansvar enligt 4–6 §§, om gärningarna är belagda med strängare straff i BrB. Paragrafen är ny, men motsvaras av bestämmelserna i 3 § andra stycket respektive 4 § andra stycket nuvarande FHL, med tillägget att även den nya 5 § omfattas.

I de fall gärningarna i 4–6 §§ konkurrerar med en gärning som är straffbar enligt andra bestämmelser, tar bestämmelserna i lagen om företagshemligheter normalt över. Gärningsmannen ska då dömas till ansvar endast enligt förevarande lag. Enligt paragrafen ska det dock inte dömas till ansvar enligt lagen om företagshemligheter om gärningen är belagd med strängare straff i BrB, något som är fallet när det gäller grovt spioneri (19 kap. 6 § BrB).

Skadestånd på grund av brott

8 §

Paragrafens *första stycke* motsvarar närmast av 5 § nuvarande FHL, med tillägget att skadeståndsskyldighet även föreligger för den som gjort sig skyldig till olovligt utnyttjande av företagshemlighet eller olovligt röjande av företagshemlighet enligt 5 §. Den som är skyldig till ett brott kan bli skadeståndsskyldig enligt samma principer som i 5 § nuvarande FHL.

Talan som rör skadestånd för brott som har begåtts i tjänsten kan föras i samband med åtal för brott, och då enligt RB:s bestämmelser. Om i stället en fristående skadeståndstalan förs, blir lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister tillämplig. Det samma gäller om skadeståndstalan avskiljs från brottmålet och i stället handläggs som ett tvistemål.

Om en medarbetare frikänns från brottet i 5 §, kan denne trots detta vara skadeståndsskyldig enligt skadeståndsbestämmelsen i 10 §. Skadeståndsskyldighet kan exempelvis uppkomma om brott inte

föreligger på grund av bristande uppsåt, men oaktsamhet kan läggas medarbetaren till last.

Övervägandena finns i avsnitt 11.6.10. Genom bestämmelsen är EU-direktivets krav i artikel 14 uppfyllt, nämligen att uppsåtligt anskaffande ska kunna leda till skadeståndsskyldighet.

Andra stycket i paragrafen innehåller en helt ny bestämmelse om skadeståndsskyldighet vid oaktsamt anskaffande. Förfarandet är inte brottsligt. Angående *rubriken* kan nämnas att en rubrik inte behöver vara uttömmande.⁷

Bestämmelsen i andra stycket är införd eftersom EU-direktivets artikel 14 föreskriver att även oaktsamt anskaffande ska kunna leda till skadeståndsskyldighet. Om någon olovligen bereder sig tillgång en företagshemlighet, men inte hade uppsåt till rekvisiten för företagsspioneri enligt 4 §, kan den personen ändå bli skadeståndsskyldig mot innehavaren, om oaktsamhet kan läggas honom eller henne till last. Den skadeståndsskyldighet som i dessa fall kan uppstå kan avse exempelvis ideell skada eller ersättning för utredningskostnader.

Övervägandena finns i avsnitt 7.3.1.

I fråga om skadeståndsansvar för anställda som i tjänsten olovligen anskaffar företagshemligheter genom oaktsamhet, blir den generella jämningsregeln i 13 § andra stycket tillämplig, se nedan.

Skadestånd i samband med affärsförbindelse

9 §

Paragrafen rör skadeståndsskyldighet i samband med affärsförbindelse. Bestämmelsen motsvarar 6 § nuvarande FHL och har endast ändrats språkligt. Ingen ändring i sak mot vad som gällde enligt nuvarande FHL avses. Innebörden av bestämmelsen har beskrivits i avsnitt 7.1.2.

Bestämmelsen är inte tillämplig på styrelseledamöter i aktiebolag, utan deras skadeståndsansvar regleras enligt aktiebolagslagen.⁸ Däremot kan en revisor, såsom en av bolagets affärsförbindelser, bli skadeståndsskyldig enligt 9 § för sådant röjande/utnyttjande som sker utanför revisorns uppdrag.

⁷ Gröna boken – Riktlinjer för författningsskrivning, Ds 2014:1, avsnitt 5.2.3.

⁸ AD, dom 2014 nr 55 den 3 september 2014 i mål nr B 118/13.

Den nya straffbestämmelsen i 5 § och den följande skadeståndsskyldigheten i 8 § medför ingen skillnad i principen att part blir skadeståndsskyldig för skador som dennes anställde orsakar, enligt principalansvaret. Om en uttyrd arbetstagarare begår brott enligt 5 § och därmed orsakar skada för inhyrningsföretaget, är det uttyrningsföretaget som blir skadeståndsskyldigt gentemot inhyrningsföretaget. En annan sak är att arbetstagararen kan bli skadeståndsskyldig enligt skadeståndslagens regler gentemot sin arbetsgivare uttyrningsföretaget.

Övervägandena finns i avsnitt 5.6.3 och 7.3.4. Genom att paragrafen ger möjlighet till skadestånd till innehavaren för uppsåtligt och oaktsamt utnyttjande/röjande som innebär brott mot avtalsförpliktelse eller annan skyldighet att hemlighålla företagshemligheten, är bestämmelserna i artiklarna 4.3 och 14 EU-direktivet uppfyllda.

Arbetstagarers skadeståndsskyldighet

10 §

Paragrafen rör anställdas skadeståndsskyldighet gentemot arbetsgivaren, eller tidigare arbetsgivaren. Bestämmelsen motsvarar 7 § nuvarande FHL och har ändrats endast språkligt. Ingen ändring i sak mot vad som gäller enligt nuvarande FHL avses.

För anställda som befunnits skyldiga till brott enligt 5 § kan skadeståndsskyldighet föreligga enligt 8 § eller förevarande paragraf. Bestämmelserna är således överlappande vad gäller anställda som befins skyldiga för brott och principen för skadeståndets beräkning blir den samma, dock att dagen från vilken ränta kan börja löpa kan skilja sig åt. Vid skadestånd på grund av brott kan som regel ränta utgå från dagen för brottet, medan ränta på skadestånd på civilrättslig grund som regel kan utgå tidigast från dagen då kravet framförs.

Om en anställd frikänns från brottet i 5 §, kan denne trots detta vara skadeståndsskyldig enligt förevarande paragraf, om oaktsamhet kan läggas den anstälde till last. Skadeståndsskyldighet kan också föreligga om deltagandet i näringsidkarens rörelse har upphört sedan mer än två år innan angreppet skedde, men inom fem år som är den gängse talefristen för en skadeståndstalan.

I *andra stycket* stadgas att tidigare anställda endast kan bli skadeståndsskyldiga för angrepp som begåtts efter det att anställningen

upphört om det föreligger *synnerliga skäl*. Den situationen torde inte kunna uppstå, att en gärning är brottslig utan att det samtidigt föreligger synnerliga skäl för skadestånd.

Övervägandena finns i avsnitt 5.6.4 och 7.3.2. Genom att paragrafen ger möjlighet till skadestånd till innehavaren för uppsåtligt och oaktsamt utnyttjande/röjande som innebär brott mot anställds lojalitetsplikt, är bestämmelserna i artiklarna 4.3 och 14 EU-direktivet uppfyllda.

Skadestånd vid angrepp på företagshemlighet som tidigare angripits

11 §

Paragrafen motsvarar närmast 8 § nuvarande FHL och reglerar skadeståndsskyldighet för den som i ond tro angriper en företagshemlighet i ett andra led – efter ett tidigare angrepp eller ett röjande i strid med tystnadsplikt. Förslagen behandlas i avsnitt 7.3.5 och 10.3.6.

Innehållet i paragrafens *första stycke* motsvarar till största delen vad som stadgas i 8 § första stycket nuvarande FHL. En nyhet är att orden *utnyttjar eller röjer* har ersätts av *angriper*. På så sätt omfattas fler förfaranden än nu, såsom anskaffande. Skadeståndsskyldighet föreskrivs sålunda för den som i ond tro uppsåtligt eller av oaktsamhet angriper en företagshemlighet som tidigare har blivit angripen. Mot bakgrund av att angrepp fått en definition i 2 §, finns det till skillnad från lydelsen i 8 § nuvarande FHL inte längre något behov av att föreskriva att det tidigare angreppet ska ha skett enligt denna lag. Det följer också av definitionen av angrepp i 2 § att det tidigare angreppet inte behöver ha skett uppsåtligt eller av oaktsamhet för att skadeståndsskyldighet ska kunna inträda för den senare angriparen.

Enligt *första stycket andra meningen* gäller samma skadeståndsskyldighet för någon som av uppsåt eller oaktsamhet i ond tro angriper en företagshemlighet som röjts i strid med offentlighets- och sekretesslagen (OSL) eller, enligt ett tillägg till denna mening, i strid med ett förordnande eller förbehåll som har meddelats med stöd av OSL. Det ursprungliga röjandet har i de senare fallen alltså inte skett av någon som haft tystnadsplikt avseende företagshemligheten

omedelbart på grund av att den varit sekretessbelagd enligt OSL, utan som hamnat under tystnadsplikt avseende uppgiften på grund av att rätten eller förundersökningsledare beslutat om ett tystnadspliktsförordnande avseende uppgiften för denne, eller på grund av att denne fått ta del av uppgiften under ett förbehåll som förbjudit röjandet i fråga. Bl.a. mot bakgrund av att ett tystnadspliktsförordnande sker med grund i RB och inte i OSL finns ett behov av att särskilt stadga om ett förbud mot angrepp i ett andra led avseende dessa fall.

Bestämmelsen i *andra stycket* motsvarar vad som föreskrivs i 8 § andra stycket nuvarande FHL om att den lagstadgade tystnadsplikt som paragrafens skadeståndsregler innebär, aldrig i sig ska kunna föranleda straffrättsligt ansvar. Liksom tidigare så innebär denna bestämmelse däremot inte att straffansvarsfrihet föreligger om röjandet eller utnyttjandet innebär överträdelse i annan lag, exempelvis OSL. Exempel på detta är när det ursprungliga röjandet skett till en myndighet och att en anställd vid myndigheten med vetskap om det därefter röjer uppgiften i strid med OSL:s bestämmelser (jfr bl.a. laguskottets betänkande 1989/90:LU37, s. 49).

Skadestånd vid utnyttjande och röjande av företagshemlighet som erhållits på grund av en domstols beslut

12 §

Bestämmelsen, som är ny, stadgar skadeståndsskyldighet för part eller partsrepresentant som utnyttjar/röjer företagshemlighet som vederbörande fått del av på grund av beslut av domstol. I andra stycket föreskrivs även skadeståndsskyldighet för tredje man som i ond tro angriper företagshemlighet som denne fått del av från part eller partsrepresentant inom ramen för ett mål eller ärende.

Enligt *första stycket* ska den som uppsåtligen eller av oaktsamhet röjer eller utnyttjar en företagshemlighet som han eller hon i egenkap av part eller partsrepresentant har fått del av genom beslut av en domstol ersätta den skada som uppkommer genom förfarandet. Skadeståndsansvar enligt denna bestämmelse kan aktualiseras oavsett om röjandet eller utnyttjandet skett i strid med ett förbehåll eller ett tystnadspliktsförordnande eller om parten eller dennes representant tagit del av uppgiften utan någon sådan formell explicit begränsning. Det spelar ingen roll om uppgiften lämnats ut av domstol eller annan

myndighet eller om uppgiften utan något omedelbart agerande av myndighet lämnats ut till parten t.ex. till följd av ett beslut om edition eller beslut om informationsföreläggande. Bestämmelsen gäller även i den situationen att en part i ett skiljeförfarande utverkar ett beslut om edition hos en domstol. Även i den situationen att en part i en rättegång lämnar in en handling till domstolen, t.ex. som bevisning, och handlingen som en följd av rätten till partsinsyn lämnas över till motparten får uppgiften anses ha lämnats över på grund av ett beslut av domstolen, även om inget formellt beslut har antecknats någonstans i domstolens akt.

Redan genom kravet i 1 § på att innehavaren av företagshemlig information måste ha vidtagit rimliga åtgärder för att hemlighålla informationen följer att innehavaren i en process ger uttryck för att företagshemlig information som denne tillför processen utgör företagshemligheter och att dessa inte får hanteras hur som helst. Detta kan ske genom t.ex. en stämpling eller anteckning om att innehållet är konfidentiellt. Hur synliga innehavarens åtgärder för att hemlighålla företagshemligheten är får i alla händelser betydelse för prövningen av frågan om mottagaren varit i god tro vid ett eventuellt röjande eller utnyttjande. Sker röjandet eller utnyttjandet i strid med ett förbehåll eller tystnadspliktsförordnande föreligger naturligtvis normalt sett inga tvivel om att det skett i ond tro. I de fall en part lämnar över företagshemlig information direkt till en motpart, exempelvis till följd av ett editionsföreläggande, blir det självfallet av vikt för den överlämnande parten att påpeka att informationen innehåller företagshemligheter. Informationen kanske aldrig senare ges in eller åberopas i målet och då kan det bli svårt att visa att mottagaren insåg eller borde ha insett att det rörde sig om företagshemligheter.

Endast röjande och utnyttjande som sker utan giltigt skäl kan föranleda skadeståndsansvar enligt bestämmelsen. Detta följer av att lagen endast gäller obehöriga angrepp på företagshemligheter enligt 3 §. Det får i allmänhet anses finnas giltigt skäl att utnyttja uppgiften för att ta till vara sin rätt i det mål eller förfarande i övrigt som har föranlett domstolens beslut, enligt samma princip som utgör anledningen till att ett förbehåll vid utlämnande av uppgift till part enligt 10 kap. 4 § OSL inte kan innebära förbud mot att utnyttja uppgiften i målet eller ärendet eller mot att lämna muntlig upplysning till part eller partsrepresentant.

Eftersom part eller partsrepresentant som fått del av företags-hemlig information på grund av beslut av domstol sålunda alltid har en lovlig möjlighet att sprida informationen vidare så länge det handlar om att på ett giltigt sätt utnyttja uppgiften i målet eller ärendet, finns behov av att begränsa möjligheten att röja eller utnyttja uppgiften för den som i ett sådant sammanhang får del av uppgiften från parten eller dennes representant. I *andra stycket* föreskrivs därför en skadeståndsskyldighet för den som uppsåtligen eller av oaktsamhet angriper en företagshemlighet som denne i anledning av ett mål eller ärende fått ta del av från en part eller partsrepresentant i målet eller ärendet. Även i detta fall krävs givetvis att angreppet skett i ond tro om att uppgiften utgjort företagshemlighet.

Bestämmelsen i *tredje stycket* motsvarar vad som föreskrivs i nuvarande FHL om att den lagstadgade tystnadsplikt som paragrafens skadeståndsregler innebär, aldrig i sig ska kunna föranleda straffrättsligt ansvar. Liksom tidigare så innebär denna bestämmelse däremot inte att straffansvarsfrihet föreligger om röjandet eller utnyttjandet innebär överträdelse i annan lag, exempelvis OSL. Exempel på detta är när part röjer eller utnyttjar företagshemlig uppgift i strid med ett förbehåll som meddelats av domstol i samband med utlämnandet av uppgiften.

Skadeståndets storlek

13 §

Bestämmelsen i *första stycket* motsvarar närmast 9 § första stycket nuvarande FHL. Språkliga ändringar har gjorts i förhållande till den tidigare paragrafen. I bestämmelsen har förtydligats att när skadeståndets storlek bestäms, ska hänsyn tas till innehavarens uteblivna vinst och den vinst som skadevällaren gjort. Någon ändring i sak avseende hur skadeståndets storlek bestäms är inte avsedd. Bestämmelsen uppfyller kraven i artikel 14 EU-direktivet.

Andra stycket motsvaras av 9 § andra stycket nuvarande FHL och har inte ändrats. Jämkningsregeln blir även tillämplig vid de nya skadeståndsbestämmelserna. Såsom framhölls i förarbetena till nuvarande FHL ska bestämmelsen i första hand tillämpas när *arbets-tagare i tjänsten* orsakar innehavaren av en företagshemlighet skada. Bestämmelsen infördes främst av det skälet att den begränsning av

arbetstagares skadeståndsskyldighet som finns i 4 kap. 1 § skadeståndslagen inte är tillämplig. I den bestämmelsen stadgas att skadeståndsskyldighet för arbetstagare förutsätter synnerliga skäl. Lagen om företagshemligheter har som *lex specialis* företräde framför generella bestämmelser i skadeståndslagen. Principen i 4 kap. 1 § skadeståndslagen bör ändå vara till ledning för tillämpningen. I princip ska jämkning ske, om inte synnerliga skäl föreligger på motsvarande sätt som i 4 kap. 1 § skadeståndslagen. Särskilt gäller detta för arbetstagare som av oaktsamhet anskaffar företagshemligheter i tjänsten enligt 8 § andra stycket, då skadeståndet som huvudregel bör jämkas till noll, om inte synnerliga skäl föreligger.

Vitesförbud

14 §

Bestämmelsen har sin närmsta motsvarighet i 11 § nuvarande FHL. Två nyheter har införts.

Den första skillnaden, som finns i *första stycket*, är att det inte krävs att angrepp har skett *enligt* denna lag. Angrepp som uppfyller definitionen i 2 § kan ligga till grund för ett vitesförbud. Vid en begäran om förbud behöver rättighetshavaren inte styrka vare sig uppsåt eller oaktsamhet hos den som gör intrång och han eller hon behöver inte heller föra bevisning om intrångets skadeverkningar. Den fråga som prövas är om det i objektiv mening föreligger ett angrepp.

Den andra skillnaden mot den nuvarande bestämmelsen om vitesförbud, som finns i *andra stycket*, innebär att även *försök* och *förberedelse* till angrepp kan utgöra grund för vitesförbud. Även försök och förberedelse som inte är straffbara kan leda till vitesförbud. Termerna försök och förberedelse ska här ha en civilrättslig innebörd. Försök och förberedelse innebär i sammanhanget att, i stället för vad som anges om *brott* i 23 kap. 1 och 2 §, definitionen av *angrepp* ska användas. För ett försök innebär detta att förutsättningarna i 23 kap. 1 § BrB ska vara uppfyllda, men att käranden inte behöver styrka vare sig uppsåt eller oaktsamhet hos den som gör försöket. En förberedelse förutsätter emellertid redan enligt 23 kap. 2 § BrB att de åtgärder som nämns där vidtas med uppsåt att utföra eller främja brott. Det kravet måste vara uppfyllt även i dessa fall,

fast i stället för brott gäller angrepp. Följden blir således att innehavaren, för att kunna få till stånd ett vitesförbud, behöver styrka att den som förberett ett angrepp även hade uppsåt att utföra eller främja angreppet. Rör det sig om ett förmodat försök till angrepp, behöver innehavaren övertyga domstolen att det objektivt sett föreläggat ett försök, men det behöver inte styrkas uppsåt eller oaktsamhet hos den som försökt utföra angreppet.

Vitesförbud ska alltså kunna användas mot någon som ännu inte fullbordat angreppet. Det kan vara fråga om någon som haft tillgång till företagshemligheter genom anställning eller liknande och som har kvar föremål eller handlingar som företagshemligheten kan härledas från. Den som förbereder att använda företagshemligheten i konkurrerande verksamhet, kan förbjudas att vid vite angripa företagshemligheten. Förutsättningar är att det rör sig om en företagshemlighet enligt 1 §, att förberedelsen avser ett förfarande som skulle vara ett angrepp enligt 2 § samt att angreppet skulle vara obehörigt enligt 3 §.

Övervägandena finns i avsnitt 8.4.3 och 8.4.5.

Genom paragrafens första stycke uppfylls bestämmelserna i artiklarna 12.1 a och b samt 16 i EU-direktivet. Genom andra stycket uppfylls bestämmelsen i artikel 11.1 c.

15 §

Paragrafen är ny. Ett vitesförbud ska kunna meddelas mot den som angripit en företagshemlighet så att informationen blivit allmänt tillgänglig och därigenom orsakat att informationen inte längre kan utgöra en företagshemlighet. Ett sådant förbud att använda information, som har varit men inte längre är en företagshemlighet, ska meddelas för viss tid.

Domstolen kan alltså vid vite förbjuda någon att utnyttja viss information, som inte längre uppfyller hemlighetskravet enligt 1 § och därför inte kan utgöra en företagshemlighet. Det är endast den som genom ett angrepp har orsakat att informationen inte längre är hemlig som kan meddelas förbudet. Andra personer, som inte röjt företagshemligheten, har således möjlighet att utnyttja informationen. Går det inte att fastställa vem som har orsakat att informationen inte längre är företagshemlig, kan ett förbud inte meddelas mot någon.

I vissa situationer kan skadeverkningarna av att en företags-hemlighet röjs vara svåröverblickbara. Förbud kan då bli betydelsefullt för den skadelidande i situationer där ett skadestånd inte fullt kan kompensera för skadan. Förbud kan meddelas för att angriparen inte ska få ett otillbörligt försprång på marknaden gentemot den skadelidande genom att använda informationen i fråga. I dessa fall kan förbudet leda till att den skada som den skadelidande drabbas av blir mindre.

Ett förbud får inte endast verkan som en kompensation för den skadelidande, utan kan även fungera som ytterligare en sanktion för angriparens oacceptabla beteende.

Omständigheterna i det enskilda fallet får vara avgörande för när det är skäligt att meddela ett förbud och för vilken tid förbudet ska gälla. På grund av olika informationers egenskaper, såsom användningsområde, utvecklingstid och relevans är det inte möjligt att i lagtexten sätta en tid för vilket förbudet ska gälla. Ett riktmärke kan vara att förbudstiden ska vara så lång att angriparens försprång på marknaden till följd av utnyttjandet av informationen klingat av, om angriparen fått fortsätta användandet. Förbudstiden kan motsvaras av den tid det uppskattningsvis hade tagit att själv arbeta fram motsvarande information. Det är dock inte rimligt att tiden är längre än vad som kan anses vara företagshemlighetens livslängd, om den hade fått vara fortsatt hemlig.

Skälen till att bestämmelsen införs anges i avsnitt 8.4.5 och 8.6.2. Genom paragrafen uppfylls bestämmelserna i artiklarna 13.1 sista stycket, 13.2 och 16 i EU-direktivet.

16 §

Bestämmelsen motsvarar 12 § nuvarande FHL och har inte ändrats. Bestämmelsen uppfyller kraven i artikel 11.3 b och 13.2 EU-direktivet.

Andra åtgärder vid angrepp på företagshemligheter

17 §

Bestämmelsen motsvarar närmast 14 § nuvarande FHL.

Första stycket han ändrats från den nu gällande bestämmelsen på så sätt att det inte ska krävas att angreppet skett *enligt* denna lag. Med angripit avses förfaranden enligt 2 §. Ett beslut om åtgärd enligt paragrafen kräver inte att käranden kan styrka vare sig uppsåt eller oaktsamhet hos den som begår angrepp. Det är tillräckligt att det i objektiv mening föreligger ett angrepp enligt 2 §. Vad som avses med besittning, överlämnande och lösen har inte ändrats från bestämmelsen i nuvarande FHL.

I *andra stycket* finns såsom tidigare bestämmelser om att för det fall en handling eller ett föremål inte kan överlämnas enligt första stycket får domstolen förordna att handlingen/föremålet ska förstöras, ändras eller utsättas för annan åtgärd som är ägnad att förebygga missbruk. Därutöver har i andra stycket lagts till att handling eller föremål får *återkallas från marknaden*. Den som begått ett angrepp ska kunna åläggas att vidta rimliga åtgärder för att återkalla varorna. Om en tillverkare av intrångsgörande varor har sålt dessa till en grossist, som ännu inte sålt varorna vidare, ska tillverkaren kunna åläggas att återkalla dem från grossisten. En rimlig åtgärd kunde exempelvis vara att upplysa en grossist om att varor har konstaterats innefatta företagshemligheter och därför inte får säljas samt återbetala den ersättning som grossisten har betalat för varorna. Ett beslut om återkallande från marknaden kan kompletteras med ett beslut om att egendomen ska förstöras eller att annan åtgärd ska vidtas med den när intrångsgöraren har återfått egendomen.

Till *första och andra stycket* har jämfört med 14 § nuvarande FHL lagts till att domstolen ska besluta efter vad som är *skäligt*. Ändringen innebär ingen ändring i sak, utan utgör endast förtydligande av vad som gäller. Bestämmelserna i första och andra stycket uppfyller tillsammans kraven i artiklarna 12.1 c och d samt 12.2 EU-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.5.

Åtgärderna ska enligt *tredje stycket* kunna meddelas även vid *försök* eller *förberedelse* till angrepp, vilket är en nyhet till vad som nu gäller. För innebörden av försök och förberedelse hänvisas till vad som sägs om vitesförbud för försök och förberedelse till angrepp i kommentaren till 14 §.

Ändringarna har motiverats i avsnitt 8.4.3 och avser att uppfylla kraven i artikel 11.1 c EU-direktivet.

Liksom tidigare är det möjligt att utverka ett interimistiskt beslut genom bestämmelserna i 15 kap. 3 § RB.

Fjärde stycket klargör att åtgärderna ska bekostas av angriparen om det inte finns särskilda skäl mot det. Bestämmelsen tillför inget nytt jämfört med nuvarande FHL, utan är endast ett klargörande med hänsyn till artikel 12.4 i EU-direktivet.

18 §

Bestämmelsen motsvarar 14 § tredje stycket nuvarande FHL och har inte ändrats.

Fortsatt utnyttjande mot ekonomisk ersättning

19 §

Bestämmelsen är ny. En person som har handlat i god tro ska kunna tillåtas fortsätta utnyttja en företagshemlighet, mot en skälig ersättning. Den som i en process riskerar att drabbas av ett vitesförbud eller annan åtgärd, får begära att domstolen i stället ska besluta att ekonomisk ersättning ska utgå till den skadelidande parten (dvs. den som har utstatts för angreppet). För att ett sådant beslut ska kunna meddelas krävs enligt *första stycket* att personen i fråga varken har handlat uppsåtligt eller oaktsamt, att personen erhållit företagshemligheten från någon annan som angripit företagshemligheten, att ett verkställande av åtgärderna skulle orsaka denne oproportionerligt stor skada samt att ekonomisk ersättning till den skadelidande parten framstår som rimlig. Bestämmelsen avser situationer då det skulle vara oskäligt att inte låta innehavaren av ett föremål som innefattar en angripen företagshemlighet få fortsätta att förfoga över föremålet. Omständigheterna i det enskilda fallet får vara avgörande för när det är skäligt att meddela ett beslut om fortsatt utnyttjande mot ersättning. Ett sådant beslut ska inte meddelas om ett fortsatt utnyttjande innebär att företagshemligheten röjs.

Ersättningen får enligt *andra stycket* inte överstiga summan av de royaltier, licensavgifter eller liknande som skulle ha debiterats, om

personen hade begärt och beviljats tillstånd att utnyttja företags-hemligheten, under den period då ett utnyttjande hade kunnat förbjudas.

Skälen till att bestämmelsen införs framkommer av avsnitt 8.4.2 och 8.6.3. Bestämmelsen har införts till följd av artikel 13.3 i EU-direktivet.

Interimistiska beslut

20 §

Bestämmelsen i *första stycket* motsvarar närmast 13 § nuvarande FHL. Den första nyheten är att det inte längre ska krävas att talan redan har väckts i huvudsaken (dvs. vitesförbud enligt 14 §). Frågan om interimistiskt vitesförbud enligt lagen kan alltså tas upp av domstol såsom en säkerhetsåtgärd redan innan talan har väckts. Av 22 § framgår att talan måste väckas inom viss tid, genom hänvisningen till bl.a. 15 kap. 7 § RB.

Den andra nyheten är att det inte krävs att angreppet skett *enligt* denna lag. Det räcker med att det sannolika angreppet uppfyller kraven i 2 §.

Bestämmelserna i första stycket motsvarar i övrigt vad som redan gäller för beslut enligt 13 § nuvarande FHL. Skälen till att bestämmelsen i första stycket införs framkommer av avsnitt 8.3 och 8.4.5. Genom första stycket uppfylls bestämmelserna i artiklarna 10.1 a och b samt 11.3 a i EU-direktivet.

I *andra stycket* stadgas att domstolen får interimistiskt besluta om sådant fortsatt utnyttjande mot ersättning som är möjligt enligt 19 §. I stället för ersättning till innehavaren ska säkerhet för ersättningen ställas. Förutsättning för ett sådant beslut är att svaranden gör sannolikt att det föreligger förutsättningar för ett beslut enligt 19 §.

Skälen till att bestämmelsen i andra stycket införs framkommer av avsnitt 8.4.2. Genom bestämmelsen avses att uppfylla artikel 10.2 i EU-direktivet.

21 §

Även ett tidsbegränsat vitesförbud enligt 15 § ska kunna meddelas interimistiskt. Domsolen ska först och främst bedöma om sökanden visat sannolika skäl för att det rör sig om en företagshemlighet som har angripits av svaranden. Därtill ska domstolen bedöma om det är skäligt att interimistiskt besluta om ett tidsbegränsat vitesförbud. Som vid ”vanliga” vitesförbud enligt 14 § ska domstolen som regel bedöma om ett sådant beslut är proportionellt (se avsnitt 8.2.2).

Skälen till att bestämmelsen införs framkommer av avsnitt 8.4.5. Genom paragrafen uppfylls bestämmelserna i artiklarna 10.1 a och b samt 11.3 b EU-direktivet.

22 §

Paragrafens *första stycke* motsvarar närmast bestämmelsen i 13 § första stycket sista meningen nuvarande FHL och innebär att 15 kap. 5–8 §§ RB ska tillämpas vid beslut enligt 20 och 21 §§. I RB finns bestämmelser om bl.a. att talan måste väckas inom viss tid och att säkerhet som huvudregel ska ställas. Genom bestämmelsen är artiklarna 11.3 a, 11.4 och 11.5 uppfyllda.

Andra stycket rör rättegångsbestämmelser när ett beslut enligt 20 och 21 §§ överklagas. Bestämmelsen motsvaras av 13 § andra stycket nuvarande FHL. Bestämmelsen har anpassats redaktionellt efter de nya paragraferna. Någon ändring i övrigt är inte avsedd.

Talerätt

23 §

Första stycket reglerar vem som har rätt att föra talan. Bestämmelsen är gemensam för flera i lagen angivna paragrafer. Som i nuvarande FHL är det den som har utsatts för det rättsstridiga angreppet som har rätt att föra talan. Liksom tidigare är det även möjligt att föra talan om förbud och åtgärder i ett brottmål. Någon ändring av denna ordning har inte gjorts. I artiklarna 10.1 och 12.1 EU-direktivet anges att talan om förbud och åtgärder förs av innehavaren respektive käranden. Paragrafens första stycke avser att motsvara dessa bestämmelser.

Bestämmelserna i *andra och tredje styckena* avser vitesbeslut som meddelats enligt lagen. Andra stycket motsvaras av bestämmelsen i 11 § tredje stycket nuvarande FHL. Tredje stycket motsvaras av bestämmelsen i 11 § fjärde stycket nuvarande FHL

Preskription

24 §

Preskriptionstiden i *första stycket* för skadeståndstalan är densamma som i 10 § nuvarande FHL. Den bestämmelsen har inte ändrats.

Nytt är att det genom ett *andra stycke* införs en bestämmelse om att ett angrepp inte kan åberopas som skäl för en ansökan om förbud eller åtgärder, om angreppet ägt rum mer än fem år innan ansökan gjordes. Angrepp och försök till angrepp som innehavaren känt till eller borde ha känt till dessförinnan får inte ligga till grund för domstolens bedömning. Har ett angrepp begåtts, men innehavaren inte har reagerat genom att väcka talan i domstol inom fem år, har innehavaren försuttit sin chans till förbud och andra åtgärder. Däremot kan det finnas grund för förbud och åtgärder för likadana angrepp som begåtts inom femårsgränsen. Bestämmelsen i andra stycket har införts till följd av artikel 8 i EU-direktivet.

Övervägandena finns i avsnitt 6.3.

Spridning av information om dom

25 §

Bestämmelsen är ny. Enligt *första stycket* får domstolen, i mål om ett angrepp på företagshemligheter, ålägga den som har gjort eller medverkat till angreppet att bekosta lämpliga åtgärder för att sprida information om domen i målet, eller delar av domen. Beslutet får alltså meddelas på yrkande av käranden i ett mål om företagshemligheter. Bestämmelsen kan tillämpas i både brottmål och tvistemål. Målsäganden i ett brottmål ska på samma sätt som käranden i ett tvistemål kunna yrka att domstolen fattar beslut om informations-spridning.

Genom uttrycket ”lämpliga åtgärder” markeras att åtgärderna ska anpassas efter omständigheterna i det enskilda fallet, självfallet med

de begränsningar som det aktuella yrkandet i målet ger. I bedömningen av vad som i det enskilda fallet kan anses vara lämpligt ligger att åtgärden måste vara rimlig i förhållande till vad målet rör. Regeln innebär inte att en domstol måste besluta om att svaranden ska bekosta informationsspridning av domen, utan att den *får* fatta sådant beslut efter en ansökan. Huruvida ett sådant beslut om informationsspridning ska fattas eller inte, måste antas ligga inom den lämplighetsbedömning som domstolen ska göra.

Det ankommer på kåranden att se till att den beslutade åtgärden kommer till stånd. Svaranden kan åläggas att bekosta lämpliga åtgärder för att sprida information om domen, men inte åläggas att vidta någon annan åtgärd. Inte heller kan bestämmelserna innebära någon skyldighet för tredje man att medverka till åtgärden.

Domstolen ska göra en skälighetsbedömning inför ett beslut om att svaranden ska bekosta informationsspridning. Nyttan med åtgärden ska uppväga den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den. Är det fråga om en mycket värdefull företagshemlighet och angreppet inneburit stor skada för innehavaren, föreligger starkare skäl för ett beslut om att bekosta informationsspridning av domen. Likaså om angreppet skett uppsåtligt och varit särskilt svekfullt. Därtill ska det vara lämpligt med ett beslut om informationsspridning.

I skälighetsbedömningen bör även beaktas de kostnader som beslutet medför för svaranden. Kostnader för att publicera information i exempelvis en rikstäckande tidning kan inte sällan förväntas bli så höga att en privatperson inte kan bära dem utan svårighet. Det torde därför endast i undantagsfall vara lämpligt att ålägga en privatperson att bekosta sådan informationsspridning om domen. Är svaranden i stället ett större företag, kan en publiceringskostnad vara mer överkomlig.

Vid skälighetsbedömningen ska domstolen beakta vad informationsspridningen kan få för konsekvenser en enskild persons anseende, exempelvis för en arbetstagare som söker ny anställning. En publicering av innehållet i en dom är olämplig om informationsspridningen innebär hinder för en arbetstagares möjligheter till senare anställning. Personuppgiftslagens bestämmelser kan betyda att personuppgifter behöver anonymiseras vid publicering av domar. Det torde dock mycket sällan finnas skäl att namnge intrångsgöraren om denne är privatperson.

Av *andra stycket* framgår att bestämmelserna i första stycket ska tillämpas också i fråga om försök och förberedelse till angrepp.

Bestämmelsen införs i anledning av artikel 15 EU-direktivet. Skälen finns i avsnitt 9.

Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

Punkt 1.

Lagen bör träda i kraft den 1 juni 2018, eftersom EU-direktivet måste vara genomfört i svensk rätt senast den 9 juni 2018.

Punkt 2.

För angrepp på företagshemligheter som skett före ikraftträdandet, ska den nuvarande FHL tillämpas.

13.2 Förslaget till lag om ändring av rättegångsbalken (1942:740)

5 kap.

4 §

Paragrafen har ändrats endast på så sätt att det förordnande om tystnadsplikt som rätten kan meddela med stöd i denna bestämmelse inte bara ska kunna avse ett förbud mot att uppenbara uppgift som lagts fram inom stängda dörrar, utan också förbud mot att utnyttja uppgiften. Genom detta tillägg skapas förutsättningar för att skydda sekretessbelagd företagshemlig information som läggs fram vid förhandling inom stängda dörrar mot såväl röjande som utnyttjande av de som närvarat vid förhandlingen. Ändringen tar emellertid inte exklusivt sikte på företagshemligheter, utan blir tillämplig även för andra sekretessbelagda uppgifter där behov av förbud mot utnyttjande kan finnas. Utredningen behandlar ändringen i avsnitt 10.3.6.

9 kap.**6 §**

Paragrafen, som innehåller den straffbestämmelse som gäller för brott mot tystnadspliktsförordnande meddelat av rätten enligt 5 kap. 4 § RB eller av förundersökningsledare enligt 23 kap. 10 § RB, har kompletterats på så sätt att även ett utnyttjande i strid mot ett sådant tystnadspliktsförordnande omfattas av straffbestämmelsen. Ändringen är föranledd av att utredningen föreslår att ett tystnadspliktsförordnande enligt 5 kap. 4 § RB respektive 23 kap. 10 § RB också ska kunna innebära förbud mot att utnyttja uppgiften i fråga. Förslaget behandlas i avsnitt 10.3.8. Ändringen av bestämmelsen i övrigt är endast språklig.

23 kap.**10 §**

Sedan tidigare gäller enligt paragrafens sista stycke att förundersökningsledare får besluta att det som förekommit vid förhör inte får uppenbaras. I stycket har ett tillägg gjorts innebärande att förundersökningsledaren även får besluta att det som förekommit vid förhör inte får utnyttjas. Genom ändringen får förundersökningsledaren således möjlighet att förbjuda såväl röjande som utnyttjande av t.ex. företagshemlig information som förekommit vid förhör, i likhet med den ändring som utredningen föreslår avseende bestämmelsen om rättens möjligheter till tystnadspliktsförordnande enligt 5 kap. 4 § RB. Utredningen behandlar frågan i avsnitt 10.3.7.

**13.3 Förslaget till lag om ändring
av förvaltningsprocesslagen (1971:291)****39 §**

Paragrafen, som innehåller den straffbestämmelse som gäller för brott mot tystnadspliktsförordnande meddelat av rätten i förvaltningsdomstol enligt 5 kap. 4 § RB (tillämplig i förvaltningsprocess enligt 16 § FPL), har kompletterats på så sätt att även ett utnyttjande

i strid mot ett sådant tystnadspliktsförordnande omfattas av straffbestämmelsen. Ändringen är föranledd av att utredningen föreslår att ett tystnadspliktsförordnande enligt 5 kap. 4 § RB också ska kunna innebära förbud mot att utnyttja uppgiften i fråga. Utredningen behandlar frågan i avsnitt 10.3.8.

13.4 Förslaget till ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

27 kap.

2 §

Paragrafen, som bl.a. avser uppgift som förekommer i tullkontroll, har ändrats endast på så sätt att sekretess enligt bestämmelsen för uppgift som kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter inte ska gälla med samma tidsbegränsning som i övrigt gäller för sekretess enligt denna bestämmelse. I stället ska sekretess för företagshemligheter enligt paragrafen gälla under tid med samma förutsättningar som utredningen föreslår vad gäller domstolssekretess för företagshemligheter. Sådan sekretess ska enligt utredningens förslag gälla så länge uppgiften kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter, dock inte efter det att uppgiften enligt ett lagakraftvunnet avgörande inte anses utgöra sådan företagshemlighet. I paragrafens sista stycke har således ett tillägg gjorts med denna innebörd. Förslaget behandlas i avsnitt 10.3.4.

27 kap.

3 §

Paragrafen, som bl.a. avser uppgift som förekommer hos Tullverket, har ändrats endast på så sätt att sekretess enligt bestämmelsen för uppgift som kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter inte ska gälla med samma tidsbegränsning som i övrigt gäller för sekretess enligt denna bestämmelse. I stället ska sekretess för företagshemligheter enligt paragrafen gälla under tid med samma förutsättningar som utredningen föreslår vad gäller domstolssekretess för företagshemligheter. Sådan sekretess ska enligt

utredningens förslag gälla så länge uppgiften kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter, dock inte efter att uppgiften enligt ett lagakraftvunnet avgörande inte anses utgöra sådan företagshemlighet. I paragrafens sista stycke har således ett tillägg gjorts med denna innebörd. Förslaget behandlas i avsnitt 10.3.4.

31 kap.

22 a §

Paragrafen, som rör sekretess för företagshemligheter i mål eller ärende om varu- eller näringskännetecken vid såväl PRV som dess överinstanser, har ändrats på så vis att de uppgifter som kan bli föremål för sekretess enligt bestämmelsen anges som uppgift som kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter. Även tidsbegränsningen för sekretess enligt paragrafen har ändrats.

Ändringen av föremålet för sekretess enligt paragrafen från ”uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftförhållanden”, ”om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs”, till uppgift som kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter, avser bl.a. att undanröja alla tvivel om att sekretess enligt bestämmelsen ska gälla för företagshemligheter, såsom lagen om företagshemligheter definierar detta begrepp. Mot bakgrund av att 31 kap. 22 a §, liksom 36 kap. 2 § OSL, aldrig varit avsedd att täcka annat än det som i vart fall kan utgöra företagshemligheter, leder denna ändring inte till någon inskränkning av området för sekretess enligt bestämmelsen i förhållande till vad som gällt tidigare.

Ändringen innebär att en absolut sekretess för företagshemligheter kommer att gälla enligt paragrafen, dvs. utan något krav på risk för skada vid röjande i själva sekretessbestämmelsen. Däremot ingår ett skaderekvisit i prövningen av om uppgiften utgör företagshemlighet enligt lagen om företagshemligheter. Sekretess enligt bestämmelsen kan alltså endast gälla om ett röjande av uppgiften kan antas att vara ägnat att medföra skada i konkurrens hänseende för innehavaren. En prövning av risken för skada vid röjande kommer alltså likväl behöva ske för att sekretess enligt bestämmelsen ska kunna tillämpas.

Eftersom något skaderekvisit inte ska ingå i själva sekretessbestämmelsen kommer möjligheten att lämna ut företagshemlighet med förbehåll enligt 10 kap. 14 § OSL till annan än part eller sådan partsrepresentant som omnämns i 10 kap. 4 § OSL, inte finnas kvar. Utlämnande med förbehåll till tredje man enligt 10 kap. 14 § OSL kräver nämligen att förbehållet kan undanröja den risk för skada som enligt en bestämmelse om sekretess hindrar att en uppgift lämnas till en enskild, dvs. att sekretessbestämmelsen i fråga innehåller ett skaderekvisit. Att möjligheten till utlämnande av företagshemlighet till tredje man med förbehåll på så vis upphävt är ägnat att begränsa den krets av personer som kan ta del av företagshemlighet i ett domstolsförfarande, i enlighet med vad artikel 9 i EU-direktivet föreskriver.

Den tidigare bortre tidsgränsen för sekretess enligt bestämmelsen på 20 år har upphävt och i stället ska sekretess enligt paragrafen gälla så länge uppgiften kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter, dock inte efter att uppgiften enligt ett lagakraftvunnet avgörande inte anses utgöra sådan företagshemlighet. I paragrafens sista stycke har således ett tillägg gjorts med denna innebörd.

Kravet på att sekretess enligt första stycket första meningen endast kan gälla om part begärt det, samt undantaget från sekretess i första stycket andra meningen för uppgift som har betydelse för bedömningen av ensamrättens giltighet eller skyddets omfattning, har inte ändrats.

Utredningens förslag och bedömningar avseende paragrafen behandlas i avsnitt 10.3.3 och 10.3.9.

34 kap.

1 §

Paragrafen, som avser uppgift som förekommer hos Kronofogdemyndigheten i dess tillämpning av utskönningsbalken och vid annan verkställighet, har ändrats endast på så sätt att sekretess enligt bestämmelsen för uppgift som kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter inte ska gälla med samma tidsbegränsning som i övrigt gäller för sekretess enligt denna bestämmelse. I stället ska sekretess för företagshemligheter enligt

paragrafen gälla under tid med samma förutsättningar som utredningen föreslår vad gäller domstolssekretess för företagshemligheter. Sådan sekretess ska enligt utredningens förslag gälla så länge uppgiften kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter, dock inte efter att uppgiften enligt ett lagakraftvunnet avgörande inte anses utgöra sådan företagshemlighet. I paragrafens sista stycke har således ett tillägg gjorts med denna innebörd. Förslaget behandlas i avsnitt 10.3.4.

36 kap.

2 §

Paragrafen, som utgör den centrala primära sekretessbestämmelsen vid domstol avseende företagshemligheter, har ändrats på så sätt att de uppgifter som kan bli föremål för sekretess enligt bestämmelsen är uppgift som antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter. Även tidsbegränsningen för sekretess enligt paragrafen har ändrats. Ändringen av föremålet för sekretess enligt paragrafen från ”uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftförhållanden, om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs”, till uppgift som antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter, avser bl.a. att undanröja alla tvivel om att sekretess enligt bestämmelsen ska gälla för företagshemligheter, såsom lagen om företagshemligheter definierar detta begrepp. Mot bakgrund av att bestämmelsen aldrig varit avsedd att täcka annat än det som i vart fall kan utgöra företagshemligheter, leder denna ändring inte till någon inskränkning av området för sekretess enligt bestämmelsen i förhållande till vad som gällt tidigare.

Ändringen innebär att en absolut sekretess för företagshemligheter kommer att gälla enligt paragrafen, dvs. utan något krav i själva sekretessbestämmelsen på risk för skada vid röjande. Däremot ingår ett skaderekvisit i prövningen av om uppgiften utgör företagshemlighet enligt lagen om företagshemligheter. Sekretess enligt bestämmelsen kan alltså endast gälla om ett röjande av uppgiften kan antas att vara ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende för innehavaren. En prövning av risken för skada vid röjande kommer alltså likväl behöva ske för att sekretess enligt bestämmelsen ska kunna tillämpas.

Eftersom något skaderekvisit inte ska ingå i själva sekretessbestämmelsen kommer möjligheten att lämna ut företagshemlighet med förbehåll enligt 10 kap. 14 § OSL till annan än part eller sådan partsrepresentant som omnämns i 10 kap. 4 § OSL, inte finnas kvar. Utlämnande med förbehåll till tredje man enligt 10 kap. 14 § OSL kräver nämligen att förbehållet kan undanröja den risk för skada som enligt en bestämmelse om sekretess hindrar att en uppgift lämnas till en enskild, dvs. att sekretessbestämmelsen i fråga innehåller ett skaderekvisit. Att möjligheten till utlämnande av företagshemlighet till tredje man med förbehåll på så vis upphävts syftar till att begränsa den krets av personer som kan ta del av företagshemlighet i ett domstolsförfarande, i enlighet med vad artikel 9 i EU-direktivet föreskriver.

I och med att första stycket har ändrats till att föreskriva absolut sekretess för vad som kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter, har den särskilda bestämmelsen om sekretess med vanligt skaderekvisit för uppgift i vissa mål eller ärenden enligt konkurrenslagen som tidigare fanns i första stycket andra meningen upphävts som överflödig.

Möjligheten i andra stycket till undantag från sekretess enligt paragrafen, vilken rör undantag för företagshemlig uppgift som har betydelse för bedömningen av ensamrättens giltighet eller skyddets omfattning i mål eller ärende om varu- eller näringskännetecken (31 kap. 22 a § OSL), samt undantag enligt bestämmelser i 27 kap. OSL för företagshemlig information som kan förekomma i vissa beslut inom skatteförfarandet, har inte ändrats.

Bestämmelsen i tredje stycket om sekretess för uppgift som lämnas vid förhör vid allmän domstol inom ramen för ett skiljeförfarande har ändrats på så vis att föremålet för sekretess här, liksom i 36 kap. 2 § i övrigt, har angetts som uppgift som kan antas utgöra företagshemlighet enligt 1 § lagen om företagshemligheter. Någon skillnad i tillämpningen av bestämmelsen i förhållande till tidigare, då tredje stycket föreskrev en presumtion för sekretess för uppgift om myndighets eller enskilds affärs- eller driftförhållanden med ett omvänt skaderekvisit, är inte avsedd. Ändringen är med andra ord inte menad att leda till att sekretess inte ska tillämpas för myndighets eller enskilds affärs- eller driftförhållanden annat än när det står klart att uppgiften kan röjas utan att den som uppgiften rör lider skada (i konkurrenshänseende). Står det inte klart att röjande kan ske utan

sådan skada måste uppgiften nämligen kunna antas utgöra företags-hemlighet, för vilken sekretess alltså ska gälla.

Den tidigare bortre tidsgränsen för sekretess enligt bestämmelsen på 20 år har ersatts med en föreskrift om att sekretess enligt para-grafen ska gälla så länge uppgiften kan antas utgöra företagshemlig-het enligt 1 § lagen om företagshemligheter, dock inte efter att upp-giften enligt ett lagakraftvunnet avgörande inte anses utgöra sådan företagshemlighet. I paragrafens sista stycke har således ett tillägg gjorts med denna innebörd.

Utredningen behandlar förslagen angående 36 kap. 2 § i avsnitt 10.3.2.

Referenser

Litteratur

- Simon Andersson (2016): *Skälig misstanke*.
- Tanya Aplin (2014): *A Critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive*, King's College London Law School Research Paper nr 2014-25.
- Tanya Aplin (2015): *Right to property and trade secrets*, C Geiger (red.) Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property
- Henrik Bengtsson och Oskar Arndt (2008): *Interimistiska förbud och bevissäkring vid angrepp på företagshemligheter*, Juridisk Tidskrift 2008–09 nr 2.
- Henrik Bengtsson och Johan Kahn (2003): *Företagshemligheter i domstolarnas praxis – del 2*, Ny Juridik, 3:05.
- Henrik Bengtsson och Ralf Lyxell (2006): *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*.
- Bertil Bengtsson och Erland Strömbäck (2016-05-12, Zeteo): *Skadeståndslagen kommentaren till 1 kap. 1 §*.
- Ulf Bernitz och Anders Kjellgren (2014): *Europarättens grunder*, 5 uppl.
- Hans Blyme (2016-01-01, Karnov): *Kommentar till 1 § lagen (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen*.
- Per Dalekant och Anders Weihe (2017-01-01, Karnov): *Kommentar till 14 § Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet*.
- Bengt Domeij (2008): *Know-howlicenser efter ett offentliggörande*, Festskrift till Marianne Levin.
- Bengt Domeij (2016): *Från anställd till konkurrent*.
- Bengt Domeij (2010): *Patentavtalsrätt*, 2 uppl.

- Rolf Dotevall (2015): *Aktiebolagsrätt, Fördjupning och komparativ belysning.*
- Henrik Edelstam (2001): *Offentlighet och sekretess i rättegång. Principen om förhandlingsoffentlighet.*
- Örjan Edström (2014-05-02, Lexino): *1 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.*
- Reinhold Fahlbeck (2016): *Få arbetsrättsliga nyheter i direktiv om företagshemligheter, EU & arbetsrätt 3–4/2016.*
- Reinhold Fahlbeck (2013): *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter, 3 uppl.*
- Peter Fitger m.fl. (2016-06-30, Zeteo): *Kommentaren till 9 kap., inledning och 1–2 §§ rättegångsbalken.*
- Daniel Gervais (2012): *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis, 4 uppl.*
- Torkel Gregow (2014): *Kvarstad och andra säkerhetsåtgärder.*
- Linda Gröning och Ola Zetterquist (2010): *EU: Konstitution, Institution, Jurisdiktion.*
- Christina Helgesson (2000): *Affärshemligheter i samtid och framtid.*
- Trygve Hellners och Bo Malmqvist (2010-05-31, Zeteo): *Kommentaren till 16 § förvaltningslagen.*
- Sigvard Holstad (2013): *Sekretess i allmän verksamhet: en introduktion till de grundläggande reglerna, 5 uppl.,*
- Michaël Koch (2001): *Tio år med lagen om skydd för företagshemligheter, Festskrift till Hans Stark.*
- Per Larsson (2015): *Skyddet för arbetstagare i arbetslivet – en konstitutionell och arbetsrättslig studie.*
- Eva Lenberg m.fl. (2016-11-08, Zeteo): *Kommentaren till 10 kap. 3 § OSL.*
- Bengt Lindell (1993): *Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken.*
- Paul Matthews och Hodge M. Malek (2012): *Disclosure.*
- Birgitta Nyström (2011): *EU och arbetsrätten, 4 uppl.*
- Niklas Selberg (2013): *Kommissionen föreslår EU-regler om företagshemligheter, EU & arbetsrätt 4/2013.*

Henrik Thyselius (2005): *Företagshemligheter i allmän domstol*, Ny Juridik 2:05.

Richard Wessman (2014-01-01, Zeteo): *Kommentaren till 1 kap. 15 § varumärkeslagen*.

Peter Westberg (2004): *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål, Bok 2*.

Sten Zetræus (2001): *Konkurrensklausuler i anställningsavtal, Festskrift till Hans Stark*.

Kommittédirektiv 2016:38

Skyddet för företagshemligheter

Beslut vid regeringssammanträde den 19 maj 2016

Sammanfattning

En särskild utredare ska överväga vilka lagändringar som behövs för att anpassa svensk rätt till de nya EU-regler om skyddet för företagshemligheter som sannolikt antas inom den närmaste tiden. Genom reglerna harmoniseras medlemsstaternas civilrättsliga skydd mot att någon obehörigen befattar sig med en företagshemlighet. Harmoniseringen ska säkerställa företagets konkurrenskraft och förbättra förutsättningarna för innovation och kunskapsöverföring på den inre marknaden.

Utredaren ska också, utan direkt samband med EU-reglerna, överväga hur ett straffansvar kan utformas när det gäller en anställd som obehörigen utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon har fått tillgång till inom ramen för sina arbetsuppgifter.

Vid utformningen av sina förslag ska utredaren särskilt uppmärksamma och värna om tryck- och yttrandefriheten, den svenska arbetsmarknadsmodellen och skyddet för anställda och andra som avslöjar brott eller andra allvarliga missförhållanden i en verksamhet.

Uppdraget ska redovisas senast den 19 maj 2017.

Den svenska regleringen

Skyddet för företagshemligheter är viktigt för att säkerställa företagets konkurrenskraft och för att skapa förutsättningar för innovation och kunskapsöverföring.

Lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter trädde i kraft 1990 (jfr prop. 1987/88:155 och bet. 1989/90:LU37). Med företagshemlighet avses sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som hålls hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för näringsidkaren i konkurrenshänseende.

Lagen gäller endast obehöriga angrepp på företagshemligheter. Som ett obehörigt angrepp anses inte att någon anskaffar, utnyttjar eller röjer en företagshemlighet för att offentliggöra eller inför en myndighet eller annat behörigt organ avslöja något som skäligen kan misstänkas utgöra brott där det kan följa fängelse eller som kan anses utgöra annat allvarligt missförhållande i näringsidkarens rörelse. Hänsynen till yttrandefriheten och den fria opinionsbildningen väger alltså i vissa situationer tyngre än skyddet för företagshemligheter.

Ett obehörigt angrepp på en företagshemlighet medför enligt lagen skadeståndsskyldighet. Lagen innehåller även bestämmelser om straff. Straffansvaret tar, till skillnad från skadeståndsansvaret, bara sikte på den som olovligen skaffar sig tillgång till företagshemligheten eller som på annat sätt befattar sig med företagshemligheten utan lov.

Uppdraget att föreslå hur EU-direktivet ska genomföras

Det har tidigare saknats EU-rättsliga regler om skyddet för företagshemligheter.

Europeiska kommissionen lade 2013 fram ett förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om att skydda know-how och företagsinformation (företagshemligheter) som inte har röjts från att olagligen anskaffas, utnyttjas och röjas (COM[2013] 813). Syftet är att stärka företagets konkurrenskraft och att förbättra förutsättningarna för innovation och kunskapsöverföring på den inre marknaden. Kommissionen, Europaparlamentet och Europeiska unionens råd har under förhandlingarna enats om rättsaktens innehåll. Den preliminära överenskommelsen om direktivets innehåll innebär i sak följande.

Medlemsstaterna ska säkerställa att det finns en enhetlig civilrättslig reglering av skyddet mot att företagshemligheter anskaffas, utnyttjas och röjs utan lov.

Som en företagshemlighet ska sådan information behandlas som inte är allmänt känd eller lätt tillgänglig, har kommersiellt värde genom att den är hemlig och som innehavaren av företagshemligheten vidtar rimliga åtgärder för att hålla hemlig.

Det ska anses olovligt att anskaffa en företagshemlighet om det sker utan innehavarens samtycke och genom att någon obehörigen kopierar eller skaffar sig tillgång till dokument, elektroniska filer m.m. som kontrolleras av innehavaren.

Det ska vidare anses olovligt att utnyttja eller röja en företagshemlighet om det sker utan innehavarens samtycke av någon som har anskaffat informationen olovligen eller bryter mot ett sekretessavtal eller ett avtal som begränsar utnyttjandet. Att tillverka, sälja eller marknadsföra intrångsgörande varor ska också anses som ett olovligt utnyttjande av företagshemligheten.

De åtgärder och sanktioner som anges i direktivet ska inte få användas om företagshemligheten anskaffats, utnyttjats eller röjts för att avslöja innehavarens menliga agerande, oegentligheter eller olagliga verksamhet och den som gjort det har handlat i syfte att skydda allmänintresset. Detsamma gäller den som gjort det i samband med att han eller hon utövat rätten till yttrande- och informationsfrihet eller för att informera en företrädare för arbetstagarerna eller annars för att skydda ett legitimt intresse.

Att anskaffa, utnyttja och röja en företagshemlighet ska anses lagligt om handlandet krävs eller är tillåtet enligt nationell rätt.

När en företagshemlighet olovligen anskaffas, utnyttjas eller röjs ska det finnas civilrättsliga åtgärder, förfaranden och rättsmedel som står till buds för innehavaren av hemligheten. De ska vara rättvisa, ändamålsenliga och avskräckande.

Medlemsstaterna ska slå fast en talefrist som ett anspråk ska göras gällande inom. Talefristen får inte vara längre än sex år.

Bland de sanktioner mot intrångsgöraren som ska stå till buds finns skadestånd och föreläggande om att utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten ska upphöra. Ett skadestånd ska stå i proportion till den faktiska skadan. Det ska beräknas på grundval av alla relevanta faktorer, inbegripet storleken på oskäligen vinst och omständigheter som inte är av ekonomisk art.

Parter och andra aktörer i en rättegång ska inte få utnyttja eller röja en företagshemlighet som de har fått tillgång till under rättegången. Det ska också finnas möjligheter för en domstol att i en

rättegång besluta om sekretess i fråga om dokument som innehåller företagshemligheter och att begränsa tillträdet till en förhandling.

Direktivet innehåller inte några straffrättsliga regler. Det ska inte heller påverka rörligheten på arbetsmarknaden eller möjligheterna för arbetsmarknadens parter att reglera frågor om företagshemligheter i kollektivavtal.

Tiden för genomförande är två år från ikraftträdandet.

Det finns anledning att analysera EU-reglerna och överväga vilka ändringar i lagen om skydd för företagshemligheter och andra lagar som behövs med anledning av EU-reglerna. En särskild utredare bör få i uppdrag att göra detta.

Utredaren ska utarbeta nödvändiga lagförslag för att genomföra de regler som föreslås i EU-direktivet.

Utredaren ska ta till vara det mervärde för skyddet av företagshemligheter som direktivet kan föra med sig. Utredarens förslag ska främja företagets konkurrenskraft och vilja till innovationer. Utredaren ska i sitt arbete ta särskild hänsyn till de små och medelstora företagens behov av en reglering som är ändamålsenlig, förutsebar och lätt att tillämpa.

Utredaren ska också fästa vikt vid intresset av en rimlig balans mellan, å ena sidan, företagets behov av att kunna skydda kommersiella hemligheter och, å andra sidan, intresset av att lagen inte hindrar människor från att fritt utnyttja sina erfarenheter och sitt kunnande och det samhällsekonomiska intresset av att låta kunskap flöda fritt.

Utredaren ska utgå från att lagen inte ska vara ett hinder för anställda och andra att påtala och avslöja allvarliga missförhållanden på arbetsplatserna och att lämna uppgifter till en tillsynsmyndighet.

Utredaren ska beakta tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens regler om bl.a. anskaffarfrihet och meddelarfrihet. EU-direktivet motiverar inte några ändringar i grundlag.

Utredaren ska vidare värna den svenska arbetsmarknadsmodellen, bl.a. när det gäller arbetstagarföreträdares tillgång till information för utförandet av sina uppgifter, liksom rätten att träffa kollektivavtal om företagshemligheter och näraliggande frågor. Dessutom ska rörligheten på arbetsmarknaden, dvs. möjligheten för arbetstagare att byta arbetsgivare, värnas.

Vid utformningen av förslagen ska utredaren ansluta till den systematik och terminologi som används i svensk rätt. De lösningar

som föreslås ska i möjligaste mån ligga i linje med de principer som hittills har legat till grund för lagstiftningen på området.

Utredaren får i mån av tid även ta upp andra närliggande frågor om skyddet för företagshemligheter som aktualiseras under utredningsarbetet.

Utredarens huvuduppgifter är således att

- överväga vilka ändringar som måste göras i lagstiftningen för att genomföra direktivet,
- beakta att det finns starka skäl att värna tryck- och yttrandefriheten, den svenska arbetsmarknadsmodellen och skyddet för anställda och andra som avslöjar brott eller andra allvarliga missförhållanden i en verksamhet, och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Uppdraget att se över straffansvarets omfattning

Som framgår ovan behandlas sedan lång tid tillbaka skyddet för företagshemligheter i Sverige i en särskild lag som ger en förhållandevis god skydds nivå och som, till skillnad från EU-direktivet, innehåller bestämmelser om straff.

I lagen om skydd för företagshemligheter föreskrivs att den som med uppsåt olovligen skaffar sig tillgång till en företagshemlighet ska dömas för företagsspioneri. Den som anskaffar en företagshemlighet med vetskap om att den som tillhandahåller hemligheten eller någon före honom har skaffat sig tillgång till denna genom företagsspioneri ska dömas för olovlig befattning med företagshemlighet. Straffet för företagsspioneri är böter eller fängelse i högst två år eller, om brottet är grovt, fängelse i högst sex år. Straffskalan för olovlig befattning med företagshemlighet sträcker sig från böter till fängelse i högst två år eller, om brottet är grovt, högst fyra år.

I det s.k. Ericsson-målet (Svea hovrätt, dom den 20 oktober 2003 i mål nr B 5221-03) ansågs en anställd inte kunna dömas för företagsspioneri eftersom den information som han hade lämnat ut var information som han hade tillgång till för att utföra sina arbetsuppgifter. Han hade inte olovligen berett sig tillgång till informationen. Domen gav upphov till en diskussion om huruvida lagen ger

ett tillräckligt skydd mot att en arbetstagare utnyttjar eller röjer en företagshemlighet.

Med anledning av framför allt Ericsson-målet uttalade riksdagen under våren 2005 att regeringen borde ta initiativ till en översyn av lagen (bet. 2004/05:LU12 och rskr. 2004/05:179). Den dåvarande regeringen beslutade 2007 att en särskild utredare skulle ges i uppdrag att se över bl.a. straffansvarets omfattning (dir. 2007:54). Utredningen tog namnet Utredningen om skyddet för företagshemligheter. Utredningens förslag är redovisade i betänkandet Förstärkt skydd för företagshemligheter (SOU 2008:63).

Den förra regeringen beslutade i december 2013 att inhämta Lagrådets yttrande över ett lagförslag som bygger på betänkandet. Enligt förslaget ska lagen om skydd för företagshemligheter kompletteras med en ny bestämmelse om straff för olovligt utnyttjande eller röjande av företagshemlighet. Förslaget gör det t.ex. möjligt att straffa en ingenjör som avslöjar företagets hemliga uppfinningar för en konkurrent. Enligt lagrådsremissen ska det vidare göras tydligare att skyddet för företagshemligheter inte hindrar någon att avslöja allvarliga missförhållanden i verksamheten.

Förslaget mötte kritik från Lagrådet. Lagrådet ansåg visserligen att det är rimligt att utvidga det kriminaliserade området till sådana fall som Ericsson-målet rörde, men ifrågasatte om det finns något lagstiftningsbehov i fråga om mindre allvarliga fall. Regeringen borde enligt Lagrådet därför överväga om inte någon begränsning av det straffbara området bör göras. Lagrådet ansåg också att svåra gränsdragningsproblem kan uppkomma i tillämpningen.

Lagrådsremissen ledde inte till lagstiftning.

Regeringen för en aktiv politik som syftar till att skapa bättre förutsättningar för innovationer och kunskapsintensivt företagande. Ett utökat straffansvar skulle förbättra möjligheterna att ingripa mot att företagshemligheter sprids och används illojalt. Detta är viktigt för att främja en sund konkurrens på lika villkor och företagens innovationskraft. En nödvändig förutsättning för en sådan reform är dock att det går att åstadkomma ett utökat straffansvar utan att det går ut över andra viktiga intressen, särskilt intresset av öppenhet och ett fritt informationsutbyte. Givetvis bör en eventuell lagstiftning också utformas så att icke straffvärda handlingar hamnar utanför det straffbara området.

Mot denna bakgrund och med beaktande av de förslag om ett utökat straffansvar som lämnas i betänkandet SOU 2008:63 och den lagrådsremiss med förslag till ändringar i lagen om skydd för företagshemligheter som den förra regeringen beslutade om den 12 december 2013 samt av Lagrådets yttrande från den 8 januari 2014 ska utredaren

- överväga hur ett straffansvar som utvidgas till att omfatta även den som obehörigen utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon har fått tillgång till inom ramen för sina arbetsuppgifter bör utformas, för att lagen ska uppfylla de krav som Lagrådet ställer med anledning av en sådan utvidgning,
- ta ställning till vilka andra lagändringar som bör göras med anledning av ett utvidgat straffansvar,
- vid sina överväganden beakta att det finns starka skäl att värna tryck- och yttrandefriheten, den svenska arbetsmarknadsmodellen och skyddet för anställda och andra som avslöjar brott eller andra allvarliga missförhållanden i en verksamhet, och
- utarbeta nödvändiga författningsförslag.

Det ingår inte i uppdraget att föreslå ändringar i grundlag.

Konsekvensbeskrivningar och internationella jämförelser

Utredaren ska allsidigt och grundligt belysa förslagets konsekvenser för näringslivet, anställda, staten, kommuner och landsting samt andra intressenter. Om utredarens förslag medför ökade kostnader för staten, kommuner eller landsting, ska förslag till finansiering redovisas.

Utredaren ska göra de internationella jämförelser som anses befogade. I första hand ska jämförelserna avse länder med förhållanden som är jämförbara med Sverige.

Genomförande och redovisning av uppdraget

Utredaren bör diskutera genomförandefrågor med EU-kommissionen när det är lämpligt.

Utredaren ska i sitt arbete föra en dialog med och inhämta synpunkter från myndigheter, arbetsmarknadens parter och andra organisationer i den utsträckning som det behövs.

Uppdraget ska redovisas senast den 19 maj 2017.

(Justitiedepartementet)

Parallelluppställning över genomförandet av EU-direktivet om skydd för företagshemligheter

Förkortningar i parallelluppställningen

LFH	lagen (2018:0000) om företagshemligheter
FPL	förvaltningsprocesslagen
OSL	offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)
RB	rättegångsbalken (1942:740)
TF	tryckfrihetsförordningen (1949:105)
YGL	yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469)

Artikel i EU-direktivet	Svenska bestämmelser
1	Avser direktivets syfte och harmoniseringsnivå
2.1	1 § LFH
2.2 och 2.3	Uttrycken kräver ingen särskild definition, jfr 1 och 2 §§ LFH
2.4	2 § andra stycket LFH
3	En uttrycklig bestämmelse med detta innehåll är inte nödvändig.
4.1	Bestämmelsen uppfylls i och med övriga bestämmelser som syftar till att skydda hemlighållandet av företagshemligheter.
4.2-5	2 § LFH
5 a	YGL, TF och EU:s stadga för de grundläggande rättigheterna har företräde framför LFH.
5 b–d	3 § LFH
6	Avser principer som ska följas vid lagstiftning i allmänhet.
7.1 a	Bestämmelser ska i allmänhet tillämpas proportionellt.

7.1 b	EU-rätten är överordnad den nationella rätten.
7.1 c och 7.2 första stycket	9 kap. 1–4 §§, 42 kap. 5 § och 18 kap RB
7.2 andra stycket	Bestämmelsen är inte obligatorisk och införs inte.
8	24 §
9	12 § LFH 5 kap. 4 §, 9 kap. 6 §, 23 kap. 10 § RB 39 § FPL 10 kap. 3, 3 a, 4 och 4 a §§, 27 kap. 2–3 §§, 31 kap. 22 a §, 34 kap. 1 §, 36 kap. 2 § OSL
10	Avseende talerätt 23 § LHF
10.1	20 och 21 §§ LHF samt 15 kap. 3 § RB
10.2	20 § andra stycket
11.1 a–b	Avser beviskrav vid interimistiska beslut. 20 och 21 §§ LHF samt 15 kap. 3 § RB
11.1 c	14 § andra stycket, 17 § tredje stycket och 25 § andra stycket LHF.
11.2	Avser principer som ska tillämpas i allmänhet.
11.3 a	22 § LHF och 15 kap. 7 § RB
11.1 b	21 §
11.4	15 kap. 6 § RB och 3 kap. 22 § UB
11.5	15 kap. 6 § RB och 3 kap. 22 § UB
12.1	Avseende talerätt 23 § LHF
12.1 a–b	14 och 15 §§ LHF
12.1 c–d och 12.2	17 § LHF
12.3	Bestämmelsen är inte obligatorisk och införs inte.
12.4	17 § fjärde stycket LHF
13.1 första stycket	Bestämmelser ska i allmänhet tillämpas proportionellt.
13.1 andra stycket och 13.2	15 § LHF
13.3	19 § LHF
14	8–13 §§
15	25 § LHF
16	14 och 15 §§ LHF samt allmänna rättsprinciper att domstol får förena förelägganden, där svaranden måste prestera något, med vite.
17	En uttrycklig bestämmelse med detta innehåll är inte nödvändig.
18	Olika EU-organ ska följa upp och utvärdera tillämpningen av direktivet.
19	Ikraftträdande den 9 juni 2018.

I

(Lagstiftningsakter)

DIREKTIV

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

(Text av betydelse för EES)

EUROPAPARLAMENTET OCH EUROPEISKA UNIONENS RÅD HAR ANTAGIT DETTA DIREKTIV

med beaktande av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, särskilt artikel 114,

med beaktande av Europeiska kommissionens förslag,

efter översändande av utkastet till lagstiftningsakt till de nationella parlamenten,

med beaktande av Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs yttrande ⁽¹⁾,

i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet ⁽²⁾, och

av följande skäl:

- (1) Företag och icke-kommersiella forskningsinstitutioner investerar i anskaffning, utveckling och tillämpning av know-how och information som är kunskapsekonomins valuta och som ger en konkurrensfördel. Dessa investeringar i att generera och utnyttja intellektuellt kapital är av avgörande betydelse för deras konkurrenskraft och innovationsrelaterade resultat på marknaden och följaktligen deras investeringsavkastning, som är den underliggande drivkraften till forskning och utveckling i företag. Företag har olika sätt att tillägna sig resultaten av sin innovationsrelaterade verksamhet när öppenhet inte medger att deras investering i forskning och innovation utnyttjas till fullo. Ett sådant sätt är att utnyttja immateriella rättigheter som patent, mönsterskydd eller upphovsrätt. Ett annat sätt att tillägna sig resultaten av innovation är att skydda tillgången till, och utnyttja, kunskap som är värdefull för företaget och inte allmänt känd. Sådan värdefull know-how och företagsinformation, som inte har röjts och som är avsedd att förbli konfidentiell, benämns företagshemlighet.
- (2) Företag oavsett storlek skattar företagshemligheter lika högt som patent och andra former av immateriella rättigheter. De använder konfidentialitet som ett verktyg för förvaltning av företagets konkurrenskraft och forskningsinnovation och med avseende på olika slags information som utöver tekniska kunskaper omfattar även kommersiella uppgifter som information om kunder och leverantörer, affärsplaner, marknadsundersökningar och marknadsstrategier. Små och medelstora företag värdesätter och förlitar sig på företagshemligheter i ännu större

⁽¹⁾ EUT C 226, 16.7.2014, s. 48.

⁽²⁾ Europaparlamentets ståndpunkt av den 14 april 2016 (ännu ej offentliggjord i EUT) och rådets beslut av den 27 maj 2016.

utsträckning. Genom att företagshemligheter skyddas en sådan bred räckvidd av know-how och företagsinformation, antingen som ett komplement eller ett alternativ till immateriella rättigheter, gör de det möjligt för upphovsmän och innovatörer att generera vinst från sina skapelser och innovationer, vilket gör företagshemligheter särskilt viktiga för företagets konkurrenskraft samt för forskning, utveckling och innovationsrelaterade resultat.

- (3) Öppen innovation är en katalysator för nya idéer som tillgodoser konsumenternas behov och tar itu med samhällsutmaningar, och gör det möjligt för idéerna att nå fram till marknaden. Sådan innovation är en viktig metod för att skapa ny kunskap och stöder framväxten av nya och innovativa affärsmodeller som baseras på att man använder kunskap som skapats av flera aktörer. Forsknings-samarbeten, däribland gränsöverskridande samarbete, är särskilt viktigt för att öka nivån på företagets forskning och utveckling på den inre marknaden. Spridning av kunskap och information bör betraktas som en förutsättning för att man ska kunna säkerställa dynamiska, positiva och likvärdiga utvecklingsmöjligheter för företagen, särskilt för de små och medelstora företagen. På en inre marknad där hinder för gränsöverskridande samarbete minimeras och där samarbete inte snedvrids bör intellektuellt skapande och intellektuell innovation främja investeringar i innovativa processer, tjänster och produkter. En sådan för intellektuellt skapande och intellektuell innovation gynnsam miljö, där arbetskraftens rörlighet inte hindras, är också viktig för att öka sysselsättningen och förbättra unionsekonomins konkurrenskraft. Företagshemligheter spelar en viktig roll för att skydda kunskapsutbytet mellan företag, särskilt små och medelstora företag, och forskningsinstitutioner både inom och över den inre marknadens gränser i samband med forskning, utveckling och innovation. Företagshemligheter är ett av näringslivets vanligaste sätt att skydda intellektuellt skapande och innovativ know-how, men samtidigt har de i unionens befintliga regelverk det sämsta skyddet mot andra parter olagliga anskaffande, utnyttjande eller röjande.
- (4) Innovativa företag utsätts i ökande utsträckning för ohederliga metoder som syftar till angrepp på deras företagshemligheter, t.ex. stöld, otillåten kopiering, företagsspioneri eller underlåtenhet att iaktta krav på konfidentialitet, som bedrivs av aktörer såväl inom som utanför unionen. Utvecklingen på senare tid, exempelvis globalisering, ökad utkontraktering, längre leveranskedjor och ökad användning av informations- och kommunikationsteknik, bidrar till att öka risken för att sådana metoder används. Om någon olagligen anskaffar, utnyttjar eller röjer en företagshemlighet äventyrar detta möjligheten för legitima innehavare av företagshemligheter att genom sina innovationsrelaterade satsningar uppnå de vinster som tillfaller den som är först på marknaden. Utan effektiva och jämförbara rättsliga medel för att skydda företagshemligheter i hela unionen undergrävs incitamenten att bedriva innovationsrelaterad gränsöverskridande verksamhet inom den inre marknaden och företagshemligheter kan inte förverkliga sin potential att driva på ekonomisk tillväxt och sysselsättning. Därigenom motverkas innovation och skapande och investeringarna minskar, vilket inverkar på den inre marknadens smidiga funktion och undergräver dess tillväxtfrämjande potential.
- (5) Internationella insatser för att ta itu med detta problem inom ramen för Världshandelsorganisationen ledde till avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (Trips-avtalet). Trips-avtalet innehåller bland annat bestämmelser om skydd mot att företagshemligheter olagligen anskaffas, utnyttjas eller röjs av tredje part som utgör gemensamma internationella standarder. Samtliga medlemsstater samt unionen är bundna av detta avtal, som godkändes genom rådets beslut 94/800/EG⁽¹⁾.
- (6) Trots Trips-avtalet finns det viktiga skillnader mellan medlemsstaternas lagstiftning när det gäller skydd mot att företagshemligheter olagligen anskaffas, utnyttjas eller röjs av andra personer. Exempelvis har inte samtliga medlemsstater antagit nationella definitioner av begreppen företagshemlighet eller olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemligheter, vilket innebär att kunskapen om skyddets omfattning inte är lättillgänglig och att skyddets omfattning skiljer sig åt mellan medlemsstaterna. Vidare saknas enhetlighet när det gäller civilrättsliga rättsmedel vid olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemligheter, eftersom domstolsförelägganden som förbjuder en viss åtgärd inte alltid är tillgängliga i samtliga medlemsstater mot tredje parter som inte är konkurrenter till den legitima innehavaren av företagshemligheten. Det finns också skillnader mellan medlemsstaterna när det gäller behandlingen av en tredje part som i god tro anskaffat en företagshemlighet men som därefter, vid tiden för utnyttjandet, upptäcker att anskaffandet byggde på ett tidigare olagligt anskaffande från en annan parts sida.
- (7) Nationella bestämmelser skiljer sig också åt när det gäller huruvida legitima innehavare av företagshemligheter har rätt att begära förstöring av varor som producerats av tredje parter som olagligen utnyttjar företagshemligheter, eller att handlingar, filer eller material som innehåller eller utgör den olagligt anskaffade eller utnyttjade

⁽¹⁾ 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) (EGTL 336, 23.12.1994, s. 1).

företagshemligheten återlämnas eller förstörs. Tillämpliga nationella bestämmelser om beräkning av skadestånd beaktar inte heller alltid företagshemlighetens immateriella beskaffenhet, vilket gör det svårt att styrka den faktiska förlorade vinsten eller intrångsgörarens obehöriga vinst i fall då något marknadsvärde inte kan fastställas för informationen i fråga. Enbart ett fåtal medlemsstater medger tillämpning av abstrakta regler om beräkning av skadestånd på grundval av en skäligen royalty eller avgift som skulle ha kunnat tas ut om det funnits en licens för att utnyttja företagshemligheten. Vidare saknas i många nationella bestämmelser lämpligt skydd för företagshemlighetens konfidentialitet om innehavaren av företagshemligheten framställer ett rättsligt anspråk som grundar sig på att en tredje part olagligen anskaffat, utnyttjat eller röjt en företagshemlighet, vilket gör befintliga åtgärder och rättsmedel mindre attraktiva och försvarar det skydd som erbjuds.

- (8) Skillnaderna mellan de olika medlemsstaternas rättsliga skydd av företagshemligheter innebär att dessa hemligheter inte har en likvärdig skyddsnivå i hela unionen, vilket leder till en uppsplittring av den inre marknaden på detta område och försvarar de relevanta bestämmelsernas övergripande avskräckande effekt. Den inre marknaden påverkas i den mån som dessa skillnader minskar företagets incitament att företa innovationsrelaterad gränsöverskridande ekonomisk verksamhet, inbegripet forsknings- eller produktionssamarbete med partner, utkontraktering eller investeringar i andra medlemsstater, som är beroende av användning av information som skyddas som företagshemligheter. Gränsöverskridande nätverksbaserad forskning och utveckling samt innovationsanknuten verksamhet, däribland relaterad produktion och efterföljande gränsöverskridande handel, blir mindre attraktiva och svårare inom unionen, vilket alltså även medför innovationsrelaterade ineffektiviteter i hela unionen.
- (9) Risken för företag blir dessutom högre i medlemsstater som har en jämförelsevis lägre skyddsnivå, till följd av att företagshemligheter där lättare kan stjälas eller på annat sätt olagligen anskaffas. Detta medför att allokeringen av kapital till tillväxtfrämjande innovation på den inre marknaden blir ineffektiv till följd av de högre utgifterna för skyddsåtgärder för att kompensera för det otillräckliga rättsliga skyddet i vissa medlemsstater. Det främjar också den verksamhet som bedrivs av illojala konkurrenter som, till följd av ett olagligt anskaffande av företagshemligheter, skulle kunna sprida varor som är resultatet av sådant anskaffande på den inre marknaden. Skillnader i lagstiftning underlättar även import av varor från tredjeländer till unionen via införselställen där skyddet är svagare, i fall där varornas formgivning, produktion eller marknadsföring bygger på stulna eller på annat sätt olagligen anskaffade företagshemligheter. På det hela taget hindrar sådana skillnader den inre marknads goda funktion.
- (10) Det är lämpligt att det föreskrivs bestämmelser på unionsnivå om tillnärmning av medlemsstaternas lagar så att man säkerställer en tillräcklig och enhetlig möjlighet till civilrättslig prövning på den inre marknaden i fall då en företagshemlighet olagligen anskaffas, utnyttjas eller röjs. Dessa bestämmelser bör inte påverka medlemsstaternas möjlighet att föreskriva ett mer långtgående skydd mot olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemligheter så länge de skyddsåtgärder som uttryckligen föreskrivs i detta direktiv till skydd för andra parterns intressen iaktas.
- (11) Detta direktiv bör inte påverka tillämpningen av unionsbestämmelser eller nationella bestämmelser som kräver att information, inklusive företagshemligheter, ska röjas för allmänheten eller offentliga myndigheter. Direktivet bör inte heller påverka tillämpningen av bestämmelser som gör det möjligt för myndigheter att samla in information för sin tjänsteutövning eller bestämmelser som tillåter eller kräver att dessa myndigheter därefter röjer relevant information för allmänheten. Detta gäller till exempel bestämmelser om unionens institutioners och organs eller nationella offentliga myndigheters röjande av affärsrelaterad information som de innehar i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001⁽¹⁾, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1367/2006⁽²⁾ och Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/4/EG⁽³⁾ eller i enlighet med andra bestämmelser om allmänhetens tillgång till handlingar eller om nationella offentliga myndigheters skyldigheter när det gäller öppenhet.
- (12) Detta direktiv bör inte påverka rätten för arbetsmarknadens parter att ingå kollektivavtal, om detta föreskrivs i arbetsrätten, vad gäller skyldigheter att inte röja en företagshemlighet eller att begränsa dess utnyttjande och

(1) Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EUT L 145, 31.5.2001, s. 43).

(2) Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1367/2006 av den 6 september 2006 om tillämpning av bestämmelserna i Århuskonventionen om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor på gemenskapens institutioner och organ (EUT L 264, 25.9.2006, s. 13).

(3) Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/4/EG av den 28 januari 2003 om allmänhetens tillgång till miljöinformation och om upphävande av rådets direktiv 90/313/EEG (EUT L 41, 14.2.2003, s. 26).

följderna av att den part som omfattas av sådana skyldigheter handlar i strid med dem. Detta bör gälla enbart under förutsättning att sådana kollektivavtal inte begränsar undantagen i detta direktiv när en ansökan om sådana åtgärder, förfaranden eller rättsmedel som föreskrivs i detta direktiv beträffande påstått anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet ska avslås.

- (13) Detta direktiv bör inte tolkas som en begränsning av den etableringsfrihet, den fria rörlighet för arbetstagare eller den rörlighet för arbetskraften som föreskrivs i unionsrätten. Avsikten är inte heller att det ska inverka på möjligheten att ingå avtal om konkurrensförbud mellan arbetsgivare och arbetstagare, i enlighet med tillämplig rätt.
- (14) Det är viktigt att införa en enhetlig definition av begreppet *företagshemlighet*, utan att man begränsar det föremål som ska skyddas från angrepp. En sådan definition bör således utformas så att den täcker know-how, företagsinformation och teknisk information i fråga om vilken det finns både ett legitimt intresse av konfidentialitet och berättigade förväntningar på att konfidentialiteten bevaras. Vidare bör sådan know-how eller information ha antingen faktiskt eller potentiellt kommersiellt värde. Sådan know-how eller information bör anses ha kommersiellt värde, till exempel om dess olagliga anskaffande, utnyttjande eller röjande sannolikt skadar intressen hos den person som lagligen kontrollerar den, genom att undergräva den personens vetenskapliga och tekniska potential, affärsintressen eller ekonomiska intressen, strategiska ställning eller konkurrensförmåga. Definitionen av företagshemlighet omfattar inte obetydlig information eller den erfarenhet och de färdigheter som arbetstagare får vid normal yrkesutövning och inte heller information som är allmänt känd bland eller lättillgänglig för personer inom de kretsar som normalt hanterar typen av information i fråga.
- (15) Det är också viktigt att identifiera de omständigheter under vilka ett rättsligt skydd av företagshemligheter är motiverat. Därför är det nödvändigt att fastställa vilka beteenden och metoder som ska betraktas som olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet.
- (16) För att främja innovation och konkurrens bör bestämmelserna i detta direktiv inte skapa exklusiva rättigheter till know-how eller information som skyddas som en företagshemlighet. Det förblir således möjligt att olika aktörer oberoende av varandra upptäcker samma know-how eller information. Att använda omvänd ingenjörskonst på en lagligt anskaffad produkt bör anses vara ett lagligt sätt att anskaffa information såvida inte annat överenskommit genom avtal. Friheten att ingå sådana avtalsarrangemang kan dock begränsas i lag.
- (17) I vissa branscher, där upphovsmän och innovatörer inte kan dra fördel av ensamrätter och där innovation traditionellt sett har byggts på företagshemligheter, kan *reverse engineering* numera enkelt användas på produkter när de väl finns på marknaden. I dessa fall kan berörda upphovsmän och innovatörer bli offer för metoder såsom renommésnyltning eller slaviska efterbildningar som åker snålskjuts på deras anseende och innovationssatsningar. Dessa metoder behandlas i vissa nationella lagar om otillbörlig konkurrens. Även om syftet med detta direktiv inte är att reformera eller harmonisera konkurrensrätten i allmänhet, vore det lämpligt om kommissionen noga kunde undersöka behovet av unionsåtgärder på det området.
- (18) Vidare bör anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemligheter som föreskrivs eller tillåts i lag, anses vara lagligt vid tillämpningen av detta direktiv. Detta gäller särskilt anskaffande och röjande av företagshemligheter i samband med arbetstagarföreträdares utövande av sin rätt till information, samråd och deltagande i enlighet med unionsrätten och nationell lagstiftning och praxis, och i samband med kollektivt tillvaratagande av arbetstagarnas och arbetsgivarnas intressen, inklusive medbestämmande, samt anskaffande eller röjande av en företagshemlighet i samband med lagstadgad revision som utförs i enlighet med unionsrätt eller nationell rätt. Att anskaffandet av en företagshemlighet behandlas som lagligt bör inte påverka eventuella skyldigheter i fråga om företagshemlighetens konfidentialitet eller eventuella begränsningar av utnyttjandet av företagshemligheten som enligt unionsrätt eller nationell rätt ska iakttas av mottagaren eller anskaffaren av informationen. Detta direktiv bör framför allt inte undanta offentliga myndigheter från deras skyldigheter i fråga om konfidentialitet i samband med information som överlämnas av innehavare av företagshemligheter, oavsett om dessa skyldigheter fastställs i unionsrätt eller i nationell rätt. Sådana skyldigheter omfattar bl.a. skyldigheterna i fråga om information som

överlämnas till upphandlande myndigheter i samband med upphandlingar enligt t.ex. Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU ⁽¹⁾, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU ⁽²⁾ och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU ⁽³⁾.

- (19) Samtidigt som detta direktiv föreskriver åtgärder och rättsmedel som kan bestå i att hindra röjande av information i syfte att skydda företagshemligheters konfidentialitet, är det av väsentlig betydelse att utövat av yttrande- och informationsfriheten, i vilken mediernas frihet och mångfald ingår enligt artikel 11 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad *stadgan*), inte begränsas, särskilt med avseende på undersökande journalistik och skyddet för journalistiska källor.
- (20) De åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs i detta direktiv bör inte medföra begränsningar för visseblåsare. Skyddet för företagshemligheter bör följaktligen inte omfatta fall där ett röjande av en företagshemlighet tjänar allmänintresset genom att direkt relevanta försummelse, oegentligheter eller olaglig verksamhet avslöjas. Detta bör inte anses hindra behöriga rättsliga myndigheter från att tillåta undantag från tillämpningen av åtgärder, förfaranden och rättsmedel i fall då svaranden hade all anledning att i god tro utgå från att hans eller hennes beteende var förenligt med de tillämpliga kriterierna i detta direktiv.
- (21) I linje med proportionalitetsprincipen bör åtgärder, förfaranden och rättsmedel som är avsedda att skydda företagshemligheter utformas så att man uppnår målet om en smidigt fungerande inre marknad för forskning och innovation, särskilt genom att avskräcka från olagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter. En sådan utformning av åtgärder, förfaranden och rättsmedel bör inte äventyra eller undergräva grundläggande rättigheter och friheter eller allmänintresset – såsom den allmänna säkerheten, konsumentskyddet, folkhälsan och miljöskyddet – och inte heller påverka arbetstagares rörlighet. I detta hänseende är syftet med de åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs i detta direktiv att säkerställa att de behöriga rättsliga myndigheterna beaktar faktorer såsom värdet av en företagshemlighet, graden av allvar i det beteende som leder till att en företagshemlighet olagligen anskaffas, utnyttjas eller röjs och konsekvenserna av detta beteende. Det bör även säkerställas att de behöriga rättsliga myndigheterna har utrymme för att göra en avvägning mellan intressena hos parterna i ett domstolsförfarande och tredje parter intressen, inbegripet, om så är lämpligt, konsumenternas intressen.
- (22) Den inre marknadens smidiga funktion skulle undergrävas om de åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs användes för orättmätiga ändamål som är oförenliga med målen med detta direktiv. Det är därför viktigt att ge rättsliga myndigheter befogenhet att vidta lämpliga åtgärder mot käreande som väcker talan otillbörligen eller i ond tro och inger uppenbart ogrundade ansökningar till exempel i syfte att på ett illojalt sätt försena eller begränsa svarandens tillträde till marknaden eller på annat sätt hota eller trakassera svaranden.
- (23) För rättssäkerhetens skull och med tanke på att legitima innehavare av företagshemligheter förväntas iakttä aksamhetskrav när det gäller att bevara sina värdefulla företagshemligheters konfidentialitet och övervaka utnyttjandet av dem, är det lämpligt att begränsa de materiella rättsanspråken eller möjligheten att väcka talan om skydd för företagshemligheter till en begränsad tidsperiod. Det bör också i nationell rätt tydligt och otvetydigt anges när denna tidsperiod börjar löpa och under vilka omständigheter den avbryts eller tillfälligt upphör att löpa.
- (24) Risken för att en företagshemlighets konfidentialitet går förlorad under domstolsförfarandet avskräcker ofta legitima innehavare av företagshemligheter från att väcka talan för att skydda sina företagshemligheter, vilket äventyrar effektiviteten i föreskrivna åtgärder, förfaranden och rättsmedel. Av detta skäl är det nödvändigt att, med förbehåll för lämpliga skyddsåtgärder som säkerställer rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol, fastställa specifika krav som syftar till att skydda konfidentialiteten för den omtvistade företagshemligheten under det domstolsförfarande som inlett för att skydda denna. Ett sådant skydd för konfidentialiteten bör fortsätta att gälla efter domstolsförfarandets slut och så länge som den information som utgör företagshemligheten inte är allmän egendom.

⁽¹⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 28.3.2014, s. 1).

⁽²⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 28.3.2014, s. 65).

⁽³⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 28.3.2014, s. 243).

- (25) Sådana krav bör åtminstone innefatta möjligheten att begränsa den krets av personer som har rätt att få tillträde till bevisning eller domstolsförhandlingar, med beaktande av att alla dessa personer bör omfattas av de konfidentialitetskrav som föreskrivs i detta direktiv, samt att endast offentliggöra de icke-konfidentiella delarna av domstolsavgöranden. Med tanke på att en bedömning av den omtvistade informationens art är ett av huvudsyftena med domstolsförandet, är det i detta sammanhang särskilt viktigt att säkerställa såväl att företags-hemligheters konfidentialitet ges ett effektivt skydd som att rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol för parterna i domstolsförandet iaktas. Den begränsade kretsen av personer bör därför utgöras av minst en fysisk person från var och en av parterna samt parternas respektive advokater och, i tillämpliga fall, andra företrädare som enligt nationell rätt anses kvalificerade att försvara, företräda eller tillvarata en parts intressen i ett domstolsförande som omfattas av detta direktiv, som alla bör ha fullt tillträde till sådan bevisning eller sådana förhandlingar. Om någon av parterna är en juridisk person bör denna part ha möjlighet att föreslå en eller flera fysiska personer som bör ingå i kretsen av personer, så att det säkerställs att den juridiska personen tillbörligen företräds, med förbehåll för lämplig domstolsprövning för att förhindra att syftet med det begränsade tillträdet till bevisning och förhandlingar undergrävs. Sådana skyddsåtgärder bör inte tolkas som att det föreligger ett krav på att parterna ska företrädas av en advokat eller annan företrädare under domstolsförandet om krav på sådana företrädare saknas i nationell rätt. Inte heller bör de tolkas som att de begränsar domstolarnas behörighet att i enlighet med tillämpliga bestämmelser och tillämplig praxis i den berörda medlemsstaten besluta om och i vilken utsträckning berörda domstolstjänstemän också bör ha fullt tillträde till bevisning och förhandlingar för sin tjänsteutövning.
- (26) Om en tredje part olagligen anskaffar, utnyttjar eller röjer en företagshemlighet kan detta få förödande effekter för den legitima innehavaren, eftersom det när en företagshemlighet väl har röjts offentligt är omöjligt för innehavaren att återgå till den situation som förelåg innan hemligheten gick förlorad. Följaktligen är det nödvändigt att föreskriva snabba, effektiva och tillgängliga 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. Det är av avgörande betydelse att en sådan åtgärd är tillgänglig utan att man behöver invänta ett avgörande i huvudsaken, med vederbörlig respekt för rätten till försvar och proportionalitetsprincipen och med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet. I vissa fall bör det vara möjligt att låta den påstådda intrångsgöraren, mot ställande av en eller flera säkerheter, fortsätta att utnyttja företagshemligheten, framför allt om risken för att den ska bli allmän egendom är liten. Det bör också vara möjligt att kräva säkerheter som är tillräckliga för att täcka de kostnader och den skada som svaren den åsamkas vid en obehörig ansökan, särskilt om dröjsmål skulle vålla den legitima innehavaren av företagshemligheten irreparabel skada.
- (27) Av samma skäl är det också viktigt att föreskriva slutliga åtgärder för att förhindra olagligt utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet, även då den utnyttjas för att tillhandahålla tjänster. För att sådana åtgärder ska vara effektiva och proportionella bör deras varaktighet, när omständigheterna kräver en begränsad varaktighet, vara tillräcklig för att undanröja alla eventuella kommersiella fördelar som en tredje part kan ha vunnit genom att olagligen anskaffa, utnyttja eller röja företagshemligheten. Under alla omständigheter bör åtgärder av denna typ inte vara verkställbara om den information som ursprungligen omfattades av företagshemligheten har blivit allmän egendom av skäl som inte kan tillskrivas svaren.
- (28) En företagshemlighet skulle kunna utnyttjas olagligen för att utforma, producera eller marknadsföra varor eller delar av varor som skulle kunna spridas över den inre marknaden och därmed påverka företagshemlighetens innehavares kommersiella intressen och den inre marknads funktion. I dessa fall, och när företagshemligheten i fråga på ett betydande sätt påverkar kvalitet, värde eller pris på den vara som är resultatet av det olagliga utnyttjandet, eller sänker kostnaderna för, underlättar eller påskyndar produktionen eller marknadsföringen av varan, är det viktigt att rättsliga myndigheter ges befogenhet att besluta om effektiva och lämpliga åtgärder för att se till att dessa varor inte släpps ut på marknaden eller att de dras tillbaka från den. Med tanke på handelns globala karaktär är det också nödvändigt att sådana åtgärder innefattar förbud mot import av varorna i fråga till unionen eller lagring av dem i syfte att utbjuda dem till försäljning eller släppa ut dem på marknaden. Med beaktande av proportionalitetsprincipen bör korrigeringsåtgärder inte nödvändigtvis innebära förstöring av varor om det finns andra möjliga lösningar, exempelvis att undanröja varornas intrångsgörande egenskaper eller att avvyrta varorna utanför marknaden, t.ex. genom donationer till välgörenhetsorganisationer.
- (29) Det är tänkbart att en person ursprungligen har anskaffat en företagshemlighet i god tro men först senare blir medveten om, inbegripet genom meddelande från den ursprungliga innehavaren av företagshemligheten, att personens kännedom om företagshemligheten bygger på källor som utnyttjat eller röjt företagshemligheten på ett olagligt sätt. För att undvika risken för att föreskrivna korrigeringsåtgärder eller förelägganden i sådana fall vållar denna person oproportionell skada, bör medlemsstaterna föreskriva en möjlighet att den skadelidande parten i lämpliga fall som ett alternativ till döms ekonomisk ersättning. Sådan ersättning får dock inte överstiga summan

av de royaltier eller avgifter som skulle ha debiterats om personen hade fått tillstånd att utnyttja företagshemligheten, under den tidsperiod då utnyttjandet av företagshemligheten skulle ha kunnat förhindras av den ursprungliga innehavaren av företagshemligheten. I de fall ett olagligt utnyttjande av företagshemligheten skulle utgöra en annan överträdelse av lagstiftning än den som anges i detta direktiv eller sannolikt skulle skada konsumenter bör dock ett sådant olagligt utnyttjande inte tillåtas.

- (30) För att undvika att personer som olagligen anskaffar, utnyttjar eller röjer en företagshemlighet trots att de är medvetna om, eller skäligen borde vara medvetna om, att de gör det olagligen, kan dra nytta av detta beteende och för att säkerställa att den skadelidande innehavaren av företagshemligheten i största möjliga utsträckning försätts i den situation i vilken han, hon eller den skulle ha befunnit sig i frånvaro av detta beteende, är det nödvändigt att föreskriva en tillräcklig ersättning för den skada som vållats av det olagliga beteendet. Vid fastställandet av det skadestånd som den skadelidande innehavaren av företagshemligheten tilldöms bör samtliga lämpliga faktorer beaktas, såsom den inkomstförlust som innehavaren av företagshemligheten har lidit eller intrångsgörarens obehöriga vinst och, i lämpliga fall, den ideella skada som innehavaren av företagshemligheten eventuellt har vållats. Som ett alternativ, till exempel om det med hänsyn till företagshemlighetens immateriella beskaffenhet är svårt att fastställa den faktiska skadans storlek, skulle skadeståndsbeloppet kunna grundas på t.ex. de royaltier eller avgifter som skulle ha debiterats om intrångsgöraren hade begärt tillstånd att utnyttja företagshemligheten. Andamålet med den alternativa metoden är inte att införa en skyldighet att föreskriva straffskadestånd, utan att säkerställa ersättning som grundar sig på ett objektivi kriterium samtidigt som hänsyn tas till de kostnader som innehavaren av företagshemligheten har ådragit sig, t.ex. kostnader för identifiering och forskning. Detta direktiv bör inte hindra medlemsstaterna från att i nationell rätt föreskriva en begränsning av arbetstagares skadeståndsansvar i fall där dessa handlat utan uppsåt.
- (31) För att uppnå en kompletterande avskräckande effekt på framtida intrångsgörare och bidra till medvetenheten hos allmänheten i stort, är det lämpligt att avgöranden i fall som rör olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemligheter offentliggörs, om så är lämpligt även med hjälp av framträdande annonser, under förutsättning att offentliggörandet inte medför att företagshemligheten röjs eller oproportionellt inverkar på någon fysisk persons personliga integritet och anseende.
- (32) Effektiviteten i de åtgärder, förfaranden och rättsmedel som är tillgängliga för innehavare av företagshemligheter kan undergrävas om de beslut som behöriga rättsliga myndigheter fattar inte efterlevs. Av detta skäl är det nödvändigt att se till att dessa myndigheter har lämpliga befogenheter att ålägga sanktioner.
- (33) För att underlätta en enhetlig tillämpning av de åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs i detta direktiv är det lämpligt att det föreskrivs system för samarbete och informationsutbyte dels mellan medlemsstaterna, dels mellan medlemsstaterna och kommissionen, särskilt genom att man inrättar ett nätverk av kontaktpersoner utsedda av medlemsstaterna. För att se över huruvida dessa åtgärder uppnår sitt avsedda mål bör kommissionen dessutom, vid behov biträdd av Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet, granska tillämpningen av detta direktiv och de nationella åtgärdernas effektivitet.
- (34) Detta direktiv respekterar de grundläggande rättigheter och principer som särskilt erkänns i stadgan, i synnerhet rätten till respekt för privatliv och familjeliv, rätten till skydd av personuppgifter, yttrandefriheten och informationsfriheten, rätten till fritt yrkesval och till att arbeta, näringsfriheten, rätten till egendom, rätten till god förvaltning, särskilt rätten till tillgång till handlingar, med samtidig respekt för skyddet av affärshemligheter, rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol samt rätten till försvar.
- (35) Det är viktigt att rätten till respekt för privatliv och familjeliv och rätten till skydd av personuppgifter iakttas med avseende på varje person vars personuppgifter kan komma att behandlas av innehavaren av företagshemligheten när åtgärder vidtas för att skydda en företagshemlighet och varje person som är involverad i ett domstolsförfarande som rör olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemligheter enligt detta direktiv och vars personuppgifter behandlas. I Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG⁽¹⁾ regleras den behandling av personuppgifter som utförs i medlemsstaterna inom ramen för det här direktivet och under övervakning av medlemsstaternas behöriga myndigheter, särskilt de oberoende myndigheter som medlemsstaterna utsett. Det här direktivet bör sålunda inte påverka de rättigheter och skyldigheter som föreskrivs i direktiv 95/46/EG, i synnerhet

(1) Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (EGT L 281, 23.11.1995, s. 31).

den registrerades rätt att få tillgång till sina behandlade personuppgifter och få uppgifterna rättade, utplånade eller blockerade i de fall där de är ofullständiga eller felaktiga och, i förekommande fall, skyldigheten att behandla känsliga uppgifter i enlighet med artikel 8.5 i direktiv 95/46/EG.

- (36) Eftersom målet för detta direktiv, nämligen att skapa en smidigt fungerande inre marknad genom fastställande av en tillräcklig och jämförbar tillgång till rättslig prövning på hela den inre marknaden i fall då en företagshemlighet olagligen anskaffas, utnyttjas eller röjs, inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna utan snarare, på grund av dess omfattning och sina verkningar, kan uppnås bättre på unionsnivå, kan unionen vidta åtgärder i enlighet med subsidiaritetsprincipen i artikel 5 i fördraget om Europeiska unionen. I enlighet med proportionalitetsprincipen i samma artikel går detta direktiv inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.
- (37) Detta direktiv syftar inte till att fastställa harmoniserade bestämmelser för rättsligt samarbete, jurisdiktioner och erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område eller att behandla frågan om tillämplig lag. Andra unionsinstrument som i allmänna ordalag reglerar sådana frågor bör i princip vara lika tillämpliga på det område som omfattas av detta direktiv.
- (38) Detta direktiv bör inte påverka tillämpningen av konkurrensregler, särskilt artiklarna 101 och 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). De åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs i detta direktiv bör inte användas för att begränsa konkurrensen på ett otillbörligt sätt i strid med EUF-fördraget.
- (39) Detta direktiv bör inte påverka tillämpningen av annan relevant lagstiftning på andra områden, däribland immateriella rättigheter, eller avtalsrätten. I fall då tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG⁽¹⁾ och tillämpningsområdet för det här direktivet överlappar varandra har emellertid det här direktivet företräde som *lex specialis*.
- (40) Europeiska datatillsynsmannen har hörts i enlighet med artikel 28.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 45/2001⁽²⁾ och avgav ett yttrande den 12 mars 2014.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

KAPITEL I

Syfte och tillämpningsområde

Artikel 1

Syfte och tillämpningsområde

1. I detta direktiv fastställs bestämmelser om skydd mot att företagshemligheter olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs.

Medlemsstater får, under uppfyllande av bestämmelserna i EUF-fördraget, föreskriva ett mer långtgående skydd mot att företagshemligheter olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs än vad som krävs enligt detta direktiv, under förutsättning att det säkerställs att artiklarna 3, 5, 6, 7.1, 8, 9.1 andra stycket, 9.3, 9.4, 10.2, 11, 13 och 15.3 efterlevs.

⁽¹⁾ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter (EUT L 157, 30.4.2004, s. 45).

⁽²⁾ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 45/2001 av den 18 december 2000 om skydd för enskilda då gemenskapsinstitutionerna och gemenskapsorganen behandlar personuppgifter och om den fria rörligheten för sådana uppgifter (EGT L 8, 12.1.2001, s. 1).

2. Detta direktiv ska inte påverka
 - a) utövandet av rätten till yttrande- och informationsfrihet enligt stadgan, inbegripet respekten för mediernas frihet och mångfald,
 - b) tillämpningen av unionsbestämmelser eller nationella bestämmelser som innebär att innehavare av företagshemligheter är skyldiga att av hänsyn till allmänintresset röja information, inbegripet företagshemligheter, för allmänheten eller för administrativa eller rättsliga myndigheter, så att dessa myndigheter kan fullgöra sina uppgifter,
 - c) tillämpningen av unionsbestämmelser eller nationella bestämmelser enligt vilka unionens institutioner och organ eller nationella offentliga myndigheter är skyldiga eller har rätt att röja sådan information som lämnats av företag och som institutionerna, organen eller myndigheterna innehar enligt – och i överensstämmelse med – de skyldigheter och befogenheter som fastställs i unionsrätt eller nationell rätt,
 - d) arbetsmarknadens parter självständighet och deras rätt att ingå kollektivavtal i enlighet med unionsrätt och nationell lagstiftning och praxis.
3. Inget i detta direktiv ska tas som grund för att begränsa arbetstagares rörlighet. I synnerhet ska detta direktiv, när det gäller utövandet av sådan rörlighet, inte utgöra någon grund för att
 - a) begränsa arbetstagares användning av information som inte utgör någon företagshemlighet enligt definitionen i artikel 2.1,
 - b) begränsa arbetstagares användning av erfarenhet och färdigheter som förvärvats hederligt under deras normala yrkesutövning,
 - c) införa ytterligare begränsningar för arbetstagare i deras anställningsavtal utöver sådana begränsningar som följer av unionsrätt eller nationell rätt.

Artikel 2

Definitioner

I detta direktiv avses med

1. **Företagshemlighet:** 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.
2. **innehavare av en företagshemlighet:** en fysisk eller juridisk person som lagligen kontrollerar en företagshemlighet,
3. **Intrångsgörare:** en fysisk eller juridisk person som olagligen har anskaffat, utnyttjat eller röjt en företagshemlighet,
4. **intrångsgörande varor:** varor vilkas formgivning, egenskaper, funktion, produktionsprocess eller marknadsföring gynnas avsevärt av olagligen anskaffade, utnyttjade eller röjda företagshemligheter.

KAPITEL II

Anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter

Artikel 3

Lagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter

1. Anskaffande av en företagshemlighet ska anses som lagligt när den erhållits på något av följande sätt:
 - a) Oberoende upptäckt eller skapande.
 - b) Iakttagelse, undersökning, demontering eller test av produkter eller föremål som har gjorts tillgängliga för allmänheten eller som den person som anskaffat informationen innehar, om den personen inte har någon lagenlig skyldighet att begränsa anskaffandet av företagshemligheten.
 - c) Arbetstagares eller arbetstagarföreträdares utövande av sin rätt till information och samråd i enlighet med unionsrätten och nationell lagstiftning och praxis.
 - d) Varje annan metod som under omständigheterna överensstämmer med god affärsed.
2. Anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet ska anses som lagligt i den utsträckning som sådant anskaffande, utnyttjande eller röjande krävs eller medges enligt unionsrätt eller nationell rätt.

Artikel 4

Olagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter

1. Medlemsstaterna ska se till att innehavare av företagshemligheter har rätt att ansöka om de åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs i detta direktiv för att förhindra, eller få ersättning för, att deras företagshemlighet olagligen anskaffats, utnyttjats eller röjts.
2. Anskaffande av en företagshemlighet utan att innehavaren av företagshemligheten samtycker ska anses som olagligt, om detta sker genom att någon
 - a) obehörigen bereder sig tillgång till eller tillägnar sig eller kopierar handlingar, föremål, material, ämnen eller elektroniska filer som lagligen kontrolleras av innehavaren av företagshemligheten och som innehåller företagshemligheten eller från vilka företagshemligheten kan härledas,
 - b) anskaffar den på något annat sätt som under omständigheterna anses strida mot god affärsed.
3. Utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet utan att innehavaren av företagshemligheten samtycker ska anses som olagligt om detta görs av en person som konstateras uppfylla något av följande villkor:
 - a) Personen har anskaffat företagshemligheten olagligen.
 - b) Personen bryter mot ett avtal om konfidentialitet eller någon annan skyldighet att inte röja företagshemligheten.
 - c) Personen bryter mot en avtalsförpliktelse eller någon annan skyldighet att begränsa utnyttjandet av företagshemligheten.
4. Anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet ska anses olagligt även då en person vid tidpunkten för anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet kände till, eller under omständigheterna borde ha känt till, att företagshemligheten direkt eller indirekt hade erhållits från en annan person som utnyttjat eller röjt företagshemligheten olagligt i den mening som avses i punkt 3.

5. 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, ska också anses utgöra olagligt utnyttjande av en företagshemlighet när den person som utför sådana handlingar kände till, eller under omständigheterna borde ha känt till, att företagshemligheten hade utnyttjats olagligt i den mening som avses i punkt 3.

Artikel 5

Undantag

Medlemsstaterna ska se till att en ansökan om de åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs i detta direktiv avslås om det påstådda anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten ägde rum i något av följande fall:

- a) För att utöva rätten till yttrande- och informationsfrihet enligt stadgan, inbegripet rätten till respekt för mediernas frihet och mångfald.
- b) För att avslöja fall av försummelser, oegentligheter eller olaglig verksamhet, förutsatt att svaranden agerade till skydd för allmänintresset.
- c) Då arbetstagare röjt företagshemligheten för sina arbetstagarföreträdare inom ramen för företrädnarnas utövande av sina uppdrag i enlighet med unionsrätt eller nationell rätt, förutsatt att röjandet var nödvändigt för utövandet av det uppdraget.
- d) I syfte att skydda ett i unionsrätt eller nationell rätt erkänt legitimt intresse.

KAPITEL III

Åtgärder, förfaranden och rättsmedel

Avsnitt 1

Allmänna bestämmelser

Artikel 6

Allmän skyldighet

1. Medlemsstaterna ska föreskriva de åtgärder, förfaranden och rättsmedel som krävs för att säkerställa möjligheten till civilrättslig prövning av ärenden om olagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter.
2. De åtgärder, förfaranden och rättsmedel som avses i punkt 1 ska
 - a) vara rättvisa och skäliga,
 - b) inte vara onödigt komplicerade eller kostsamma eller vara förenade med oskäliga tidsfrister eller omotiverade dröjsmål, och
 - c) vara effektiva och avskräckande.

Artikel 7

Proportionalitet och rättegångsmissbruk

1. De åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs i detta direktiv ska tillämpas på ett sätt som
 - a) är proportionellt,
 - b) undviker att hinder skapas för laglig handel på den inre marknaden, och
 - c) innefattar ett skydd mot att de missbrukas.

2. Medlemsstaterna ska se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, på begäran av svaranden, får vidta lämpliga åtgärder enligt nationell rätt i fall då en ansökan med avseende på olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet är uppenbart ogrundad och det konstateras att käranden har inlett domstolsförandet otillbörligen eller i ond tro. Dessa åtgärder får, beroende på vad som är lämpligt, innefatta skadestånd till svaranden, sanktioner för käranden eller beslut om att informera om ett avgörande i enlighet med artikel 15.

Medlemsstaterna får föreskriva att frågan om åtgärder som avses i första stycket ska handläggas i ett separat domstolsförande.

Artikel 8

Preskriptionstid

1. Medlemsstaterna ska i enlighet med denna artikel fastställa bestämmelser om de preskriptionstider som är tillämpliga på materiella rättsanspråk och ansökningar om sådana åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs i detta direktiv.

Av de bestämmelser som avses i första stycket ska framgå när preskriptionstiden börjar löpa, preskriptionstidens längd och under vilka omständigheter preskriptionstiden ska avbrytas eller tillfälligt upphöra att löpa.

2. Preskriptionstiden får inte vara längre än sex år.

Artikel 9

Bevarande av konfidentialiteten för företagshemligheter under domstolsföranden

1. Medlemsstaterna ska se till att parterna, deras advokater eller andra företrädare, domstolstjänstemän, vittnen, sakkunniga och varje annan person som deltar i ett domstolsförande om olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet, eller som har tillgång till handlingar som ingår i domstolsförandet, inte har rätt att utnyttja eller röja företagshemligheter eller påstådda företagshemligheter som de behöriga rättsliga myndigheterna, efter en vederbörligen motiverad ansökan av en intressent, har identifierat som konfidentiella och om vilka de har blivit medvetna till följd av ett sådant deltagande eller en sådan tillgång. Medlemsstaterna får i detta avseende också tillåta att behöriga rättsliga myndigheter handlar på eget initiativ.

Den skyldighet som avses i första stycket ska fortsätta att gälla efter det att domstolsförandet har avslutats. Skyldigheten ska dock upphöra om någon av följande omständigheter föreligger:

- a) Om den påstådda företagshemligheten enligt ett avgörande som fått laga kraft inte anses uppfylla de krav som anges i artikel 2.1, eller
- b) om den berörda informationen över tid blir allmänt känd bland eller lättillgänglig för personer i de kretsar som normalt sett handskas med denna typ av information.

2. Medlemsstaterna ska också se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, efter en vederbörligen motiverad ansökan av en part, kan vidta de specifika åtgärder som krävs för att bevara konfidentialiteten för företagshemligheter eller påstådda företagshemligheter som utnyttjas eller som det hänvisas till under ett domstolsförande som rör det olagliga anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av en företagshemlighet. Medlemsstaterna får också tillåta att behöriga rättsliga myndigheter vidtar sådana åtgärder på eget initiativ.

De åtgärder som avses i första stycket ska omfatta minst möjligheten

- a) att begränsa tillgången till sådana handlingar innehållande företagshemligheter eller påstådda företagshemligheter som lämnats in av parterna eller av tredje part, helt eller delvis, till ett begränsat antal personer,

- b) att begränsa tillträdet till domstolsförhandlingar där företagshemligheter eller påstådda företagshemligheter kan komma att röjas, och tillgången till protokoll eller utskrifter från sådana förhandlingar, till ett begränsat antal personer,
- c) att tillhandahålla varje annan person än de personer som ingår i det begränsade antal personer som avses i leden a och b en icke-konfidentiell version av varje domstolsavgörande där de passager som innehåller företagshemligheter har avlägsnats eller redigerats.

Det antal personer som avses i andra stycket leden a och b ska inte vara större än vad som är nödvändigt för att säkerställa att den rätt som parterna i domstolsförandet har till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol iakttas och ska omfatta minst en fysisk person från vardera parten samt respektive advokater eller andra företrädare för parterna i domstolsförandet.

3. När de behöriga rättsliga myndigheterna beslutar om de åtgärder som avses i punkt 2 och bedömer åtgärdernas proportionalitet ska de ta hänsyn till nödvändigheten att säkerställa rätten till ett effektivt rättsmedel och rätten till en opartisk domstol, de berörda parternas och, i tillämpliga fall, tredje parts legitima intressen samt till sådan skada som någon av parterna och, i tillämpliga fall, tredje part skulle kunna åsamkas till följd av ett bifall till eller avslag på ansökan om sådana åtgärder.

4. All behandling av personuppgifter enligt punkterna 1, 2 eller 3 ska ske i enlighet med direktiv 95/46/EG.

Avsnitt 2

Interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder

Artikel 10

Interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder

1. Medlemsstaterna ska se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, på begäran av innehavaren av en företagshemlighet, får besluta att någon av följande interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder ska vidtas mot den påstådda intrångsgöraren:

- a) Interimistiskt föreläggande om upphörande med eller, alltefter omständigheterna, interimistiskt förbud mot utnyttjande eller röjande av företagshemligheten.
- b) 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.
- c) Beslag eller överlämnande av de varor som misstänks göra intrång, inbegripet importerade varor, för att förhindra att de införs till eller omsätts på marknaden.

2. Medlemsstaterna ska se till att de rättsliga myndigheterna, som ett alternativ till de åtgärder som avses i punkt 1, som villkor för att det påstått olagliga utnyttjandet av en företagshemlighet ska få fortsätta, får kräva att det ställs säkerheter för ersättning till innehavaren av företagshemligheten. Det får inte vara tillåtet att röja en företagshemlighet mot ställande av säkerheter.

Artikel 11

Tillämpningsvillkor och skyddsbestämmelser

1. När det gäller de åtgärder som avses i artikel 10 ska medlemsstaterna se till att de behöriga rättsliga myndigheterna har befogenhet att kräva att käranden lägger fram bevisning som skäligen kan anses som tillgänglig för att de rättsliga myndigheterna med tillräcklig säkerhet ska kunna förvissa sig om

- a) att en företagshemlighet föreligger,

- b) att kändan är innehavaren av företagshemligheten, och
- c) att företagshemligheten har anskaffats olagligen, utnyttjas eller röjs olagligen, eller att ett olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemligheten är nära förestående.
2. Medlemsstaterna ska se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, när de beslutar att bifalla eller avslå ansökan och när de bedömer dess proportionalitet, är skyldiga att ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, i lämpliga fall inbegripet
- a) företagshemlighetens värde eller andra specifika kännetecken hos företagshemligheten,
- b) de åtgärder som vidtagits för att skydda företagshemligheten,
- c) svarandens beteende vid anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten,
- d) effekterna av det olagliga utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten,
- e) parternas legitima intressen och den effekt som ett bifall till eller avslag på ansökan om åtgärderna skulle kunna få på parterna,
- f) tredje parternas legitima intressen,
- g) allmänintresset, och
- h) skyddet av grundläggande rättigheter.
3. Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som avses i artikel 10, på begäran av svaranden, upphävs eller på annat sätt upphör att gälla om
- a) kändan inte väcker talan som leder till ett avgörande i huvudsaken vid den behöriga rättsliga myndigheten inom en rimlig tidsperiod som fastställs av den rättsliga myndighet som beslutar om åtgärderna i de fall där medlemsstatens lagstiftning så tillåter eller, om ingen sådan tidsperiod har fastställts, inom en period på högst 20 arbetsdagar eller 31 kalenderdagar, beroende på vilken som är längst, eller om
- b) den berörda informationen inte längre uppfyller kraven i artikel 2.1 av orsaker som inte kan tillskrivas svaranden.
4. Medlemsstaterna ska se till att de behöriga rättsliga myndigheterna får göra de åtgärder som avses i artikel 10 avhängiga av att kändan ställer lämplig säkerhet eller motsvarande garanti avsedd att trygga ersättning för eventuell skada som åsamkas svaranden och, i förekommande fall, andra personer som påverkas av åtgärderna.
5. Om de åtgärder som avses i artikel 10 upphävs på grundval av punkt 3 a i den här artikeln, om de förfaller på grund av en handling eller underlåtenhet från kändans sida eller om det senare framkommer att det inte förekommit något olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemligheten eller något hot om sådant beteende, ska de behöriga rättsliga myndigheterna ha befogenhet att, på begäran av svaranden eller en skadelidande tredje part, ålägga kändan att ge svaranden eller den skadelidande tredje parten lämplig ersättning för eventuell skada till följd av dessa åtgärder.
- Medlemsstaterna får föreskriva att den begäran om ersättning som avses i första stycket ska handläggas i ett separat domstolsförfarande.

Avsnitt 3

Åtgärder efter avgörande i huvudsaken

Artikel 12

Förelägganden och korrigeringsåtgärder

1. Medlemsstaterna ska se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, om det i ett domstolsavgörande i huvudsaken har befunnits föreligga olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet, på begäran av käranden får besluta att en eller flera av följande åtgärder ska vidtas mot intrångsgöraren:

- a) Föreläggande om upphörande med eller förbud mot utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten.
- b) 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.
- c) Lämpliga korrigeringsåtgärder avseende de intrångsgörande varorna.
- d) Förstöring, helt eller delvis, av handlingar, föremål, material, ämnen eller elektroniska filer som innehåller eller utgör företagshemligheten eller, om så är lämpligt, överlämnande till käranden, helt eller delvis, av dessa handlingar, föremål, material, ämnen eller elektroniska filer.

2. De korrigeringsåtgärder som avses i punkt 1 c ska inbegripa följande:

- a) Återkallande av de intrångsgörande varorna från marknaden.
- b) Undanröjande av de intrångsgörande varornas intrångsgörande karaktär.
- c) Förstöring av de intrångsgörande varorna eller, om så är lämpligt, tillbakadragande av dem från marknaden, under förutsättning att tillbakadragandet inte undergräver skyddet för den berörda företagshemligheten.

3. Medlemsstaterna får föreskriva att deras behöriga rättsliga myndigheter, när de beslutar att de intrångsgörande varorna ska dras tillbaka från marknaden, på begäran av innehavaren av företagshemligheten även får besluta att varorna ska överlämnas till innehavaren eller till välgörenhetsorganisationer.

4. De behöriga rättsliga myndigheterna ska besluta att de åtgärder som avses i punkt 1 c och d ska vidtas på intrångsgörarens bekostnad, såvida det inte finns särskilda skäl mot detta. Åtgärderna ska inte påverka eventuella skadestånd som innehavaren av företagshemligheten kan ha rätt till på grund av det olagliga anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten.

Artikel 13

Tillämpningsvillkor, skyddsbestämmelser och alternativa åtgärder

1. Medlemsstaterna ska se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, när de behandlar en ansökan om sådana förelägganden och korrigeringsåtgärder som avses i artikel 12 och bedömer deras proportionalitet, är skyldiga att ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, i tillämpliga fall inbegripet

- a) företagshemlighetens värde eller andra specifika kännetecken hos företagshemligheten,
- b) de åtgärder som vidtagits för att skydda företagshemligheten,

- c) intrångsgörarens beteende vid anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten,
- d) effekterna av det olagliga utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten,
- e) parternas legitima intressen och den effekt som bifall eller avslag på ansökan om åtgärderna skulle kunna ha på parterna,
- f) tredje parts legitima intressen,
- g) allmänintresset, och
- h) skyddet av grundläggande rättigheter.

Om de behöriga rättsliga myndigheterna begränsar varaktigheten för de åtgärder som avses i artikel 12.1 a och b ska denna varaktighet vara tillräcklig för att undanröja eventuella kommersiella eller ekonomiska fördelar som intrångsgöraren kan ha vunnit genom det olagliga anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten.

2. Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som avses i artikel 12.1 a och b, på begäran av svaranden, upphävs eller på annat sätt upphör att gälla om den berörda informationen inte längre uppfyller kraven i artikel 2.1 av orsaker som varken direkt eller indirekt kan tillskrivas svaranden.

3. Medlemsstaterna ska föreskriva att den behöriga rättsliga myndigheten, på begäran av den person som kan bli föremål för de åtgärder som föreskrivs i artikel 12, får besluta att ekonomisk ersättning ska betalas ut till den skadelidande parten i stället för att tillämpa dessa åtgärder, om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- a) Den berörda personen kände vid tidpunkten för utnyttjandet eller röjandet inte till, och borde under omständigheterna inte heller ha känt till, att företagshemligheten erhållits från en annan person som utnyttjade eller röjde företagshemligheten olagligen.
- b) Om de berörda åtgärderna verkställdes skulle den personen åsamkas oproportionellt stor skada.
- c) Den ekonomiska ersättningen till den skadelidande parten framstår som rimligen tillfredsställande.

Om det fattas beslut om ekonomisk ersättning i stället för om sådana åtgärder som avses i artikel 12.1 a och b får den ekonomiska ersättningen inte överstiga summan av de royaltyer eller avgifter som skulle ha debiterats, om personen hade begärt tillstånd att utnyttja den berörda företagshemligheten, under den tidsperiod då utnyttjandet av företagshemligheten kunde ha förbjudits.

Artikel 14

Skadestånd

1. Medlemsstaterna ska se till att de behöriga rättsliga myndigheterna, på begäran av den skadelidande parten, ålägger intrångsgörare som kände till eller borde ha känt till att deras handlande utgjorde olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet, att till innehavaren av företagshemligheten betala ett skadestånd som är skäligt i förhållande till den faktiska skada som uppstått till följd av det olagliga anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten.

Medlemsstaterna får begränsa arbetstagares skadeståndsansvar gentemot sina arbetsgivare för olagligt anskaffande, utnyttjande av eller röjande av en företagshemlighet i de fall där de handlar utan uppsåt.

2. Vid fastställandet av det skadestånd som avses i punkt 1 ska de behöriga rättsliga myndigheterna ta hänsyn till alla relevanta faktorer, såsom de negativa ekonomiska konsekvenserna, inbegripet utebliven vinst för den skadelidande parten, intrångsgörarens eventuella obehöriga vinst och, i tillämpliga fall, omständigheter som inte är av ekonomisk art, såsom ideell skada som innehavaren av företagshemligheten åsamkats genom det olagliga anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten.

Som ett alternativ får de behöriga rättsliga myndigheterna i lämpliga fall fastställa skadeståndet till ett engångsbelopp på grundval av omständigheter såsom, åtminstone, summan av de royaltyer eller avgifter som skulle ha debiterats om intrångsgöraren hade begärt tillstånd att utnyttja den berörda företagshemligheten.

Artikel 15

Offentliggörande av domstolsavgöranden

1. Medlemsstaterna ska se till att de rättsliga myndigheterna, i domstolsförfaranden som inletts med avseende på olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet, på begäran av käranden och på inrådgörarens beaktning, får besluta om lämpliga åtgärder för att informera om avgörandet, inbegripet att offentliggöra det helt eller delvis.

2. Vid varje åtgärd som avses i punkt 1 i denna artikel ska konfidentialiteten för företagshemligheter bevaras i enlighet med artikel 9.

3. När de behöriga rättsliga myndigheterna beslutar huruvida en sådan åtgärd som avses i punkt 1 ska vidtas och bedömer dess proportionalitet, ska de när så är lämpligt beakta företagshemlighetens värde, inrådgörarens beteende vid anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten, effekterna av det olagliga utnyttjandet eller röjandet av företagshemligheten samt sannolikheten för ytterligare olagligt utnyttjande eller röjande av företagshemligheten från inrådgörarens sida.

De behöriga rättsliga myndigheterna ska även beakta huruvida informationen om inrådgöraren skulle göra det möjligt att identifiera en fysisk person och, i sådana fall, huruvida det vore motiverat att offentliggöra den informationen, i synnerhet mot bakgrund av den möjliga skada som en sådan åtgärd kan medföra för inrådgörarens personliga integritet och anseende.

KAPITEL IV

Sanktioner, rapportering och slutbestämmelser

Artikel 16

Sanktioner om detta direktiv inte efterlevs

Medlemsstaterna ska se till att de behöriga rättsliga myndigheterna får lägga alla personer som underlåter eller vägrar att efterleva åtgärder som antas enligt artiklarna 9, 10 och 12 sanktioner.

Sanktionerna ska inbegripa möjligheten att förelägga viten i fall då en åtgärd som antagits i enlighet med artiklarna 10 och 12 inte efterlevs.

Sanktionerna ska vara effektiva, proportionella och avskräckande.

Artikel 17

Informationsutbyte och kontaktpersoner

För att främja samarbete, inklusive informationsutbyte, dels mellan medlemsstaterna, dels mellan medlemsstaterna och kommissionen, ska varje medlemsstat utse en eller flera nationella kontaktpersoner för frågor som rör genomförandet av de åtgärder som anges i detta direktiv. De ska överlämna uppgifter om den eller de nationella kontaktpersonerna till övriga medlemsstater och till kommissionen.

Artikel 18

Rapporter

1. Senast den 9 juni 2021 ska Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet, inom ramen för verksamheten vid Europeiska observatoriet avseende intrång i immateriella rättigheter, utarbeta en första rapport om utvecklingstendenserna när det gäller rättstvister om olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemligheter med tillämpning av detta direktiv.

2. Senast den 9 juni 2022 ska kommissionen utarbeta en lägesrapport om tillämpningen av detta direktiv och överlämna den till Europaparlamentet och rådet. I denna rapport ska vederbörlig hänsyn tas till den rapport som avses i punkt 1.

I lägesrapporten ska särskilt behandlas de konsekvenser som tillämpningen av detta direktiv eventuellt har för forskning och innovation, arbetstagares rörlighet samt utövandet av rätten till yttrande- och informationsfrihet.

3. Senast den 9 juni 2026 ska kommissionen göra en utvärdering av konsekvenserna av detta direktiv och överlämna en rapport till Europaparlamentet och till rådet.

Artikel 19

Införlivande

1. Medlemsstaterna ska senast den 9 juni 2018 sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv. De ska genast överlämna texten till dessa bestämmelser till kommissionen.

När en medlemsstat antar dessa bestämmelser ska de innehålla en hänvisning till detta direktiv eller åtföljas av en sådan hänvisning när de offentliggörs. Närmare föreskrifter om hur hänvisningen ska göras ska varje medlemsstat själv utfärda.

2. Medlemsstaterna ska till kommissionen överlämna texten till de centrala bestämmelser i nationell rätt som de antar inom det område som omfattas av detta direktiv.

Artikel 20

Ikraftträdande

Detta direktiv träder i kraft den tjugonde dagen efter det att det har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*.

Artikel 21

Adressater

Detta direktiv riktar sig till medlemsstaterna.

Utfärdat i Strasbourg den 8 juni 2016.

På Europaparlamentets vägnar
M. SCHULZ
Ordförande

På rådets vägnar
A.G. KOENDERS
Ordförande

Statens offentliga utredningar 2017

Kronologisk förteckning

1. För Sveriges landsbygder – en sammanhållen politik för arbete, hållbar tillväxt och välfärd. N.
2. Kraftsamling för framtidens energi. M.
3. Karens för statsråd och statssekreterare. Fi.
4. För en god och jämlik hälsa. En utveckling av det folkhälsopolitiska ramverket. S.
5. Svensk social trygghet i en globaliserad värld. Del 1 och 2. S.
6. Se barnet! Ju.
7. Straffprocessens ramar och domstolens beslutsunderlag i brottmål – en bättre hantering av stora mål. Ju.
8. Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2017. Kärnavfallet – en fråga i ständig förändring. M.
9. Det handlar om oss. – unga som varken arbetar eller studerar. U.
10. Ny ordning för att främja god sed och hantera oredlighet i forskning. U.
11. Vägs katt. Volym 1 och 2. Fi.
12. Att ta emot människor på flykt. Sverige hösten 2015. Ju.
13. Finansiering av infrastruktur med privat kapital? Fi.
14. Migrationsärenden vid utlandsmyndigheterna. Ju.
15. Kvalitet och säkerhet på apoteksmarknaden. S.
16. Sverige i Afghanistan 2002–2014. UD.
17. Om oskuldspresumtionen och rätten att närvara vid rättegången. Genomförande av EU:s oskuldspresumtionsdirektiv. Ju.
18. En nationell strategi för validering. U.
19. Uppdrag: Samverkan. Steg på vägen mot fördjupad lokal samverkan för unga arbetslösa. A.
20. Tillträde för nybörjare – ett öppnare och enklare system för tillträde till högskoleutbildning. U.
21. Läs mig! Nationell kvalitetsplan för vård och omsorg om äldre personer. Del 1 och 2. S.
22. Från värdekedja till värdecykel – så får Sverige en mer cirkulär ekonomi. M.
23. digitalforvaltning.nu. Fi.
24. Ett arbetsliv i förändring – hur påverkas ansvaret för arbetsmiljön? A.
25. Samlad kunskap – stärkt handläggning. S.
26. Delningsekonomi. På användarnas villkor. Fi.
27. Vissa frågor inom fastighets- och stämpelskatteområdet. Fi.
28. Ett nationellt centrum för kunskap om och utvärdering av arbetsmiljö. A.
29. Brottstatlag. Ju.
30. En omreglerad spelmarknad. Del 1 och 2. Fi.
31. Stärkt konsumentskydd på bostadsrättsmarknaden. Ju.
32. Substitution i Centrum – stärkt konkurrenskraft med kemikaliesmarta lösningar. M.
33. Stärkt ställning för hyresgäster. Ju.
34. Ekologisk kompensation – Åtgärder för att motverka nettoförluster av biologisk mångfald och ekosystemtjänster, samtidigt som behovet av markexploatering tillgodoses. M.
35. Samling för skolan. Nationell strategi för kunskap och likvärdighet. U.
36. Informationssäkerhet för samhällsviktiga och digitala tjänster. Ju.
37. Kvalificerad välfärdsbrottslighet – förebygga, förhindra, upptäcka och beivra. Ju.

38. Kvalitet i välfärden – bättre upphandling och uppföljning. Fi.
39. Ny dataskyddslag. Kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning. Ju.
40. För dig och för alla. S.
41. Meddelarskyddslagen – fler verksamheter med stärkt meddelarskydd. Ju.
42. Vem har ansvaret? M.
43. På lika villkor! Delaktighet, jämlikhet och effektivitet i hjälpmedelsförsörjningen. S.
44. Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning. U.
45. Ny lag om företagshemligheter. Ju.

Statens offentliga utredningar 2017

Systematisk förteckning

Arbetsmarknadsdepartementet

- Uppdrag: Samverkan. Steg på vägen mot fördjupad lokal samverkan för unga arbetslösa. [19]
- Ett arbetsliv i förändring – hur påverkas ansvaret för arbetsmiljön? [24]
- Ett nationellt centrum för kunskap om och utvärdering av arbetsmiljö. [28]

Finansdepartementet

- Karens för statsråd och statssekreterare. [3]
- Vägs katt. Volym 1 och 2. [11]
- Finansiering av infrastruktur med privat kapital? [13]
- digitalforvaltning.nu. [23]
- Delningsekonomi. På användarnas villkor. [26]
- Vissa frågor inom fastighets- och stämpel-skatteområdet. [27]
- En omreglerad spelmarknad. Del 1 och 2. [30]
- Kvalitet i välfärden – bättre upphandling och uppföljning. [38]

Justitiedepartementet

- Se barnet! [6]
- Straffprocessens ramar och domstolens beslutsunderlag i brottmål – en bättre hantering av stora mål. [7]
- Att ta emot människor på flykt. Sverige hösten 2015. [12]
- Migrationsärenden vid utlandsmyndigheterna. [14]
- Om oskuldspresumtionen och rätten att närvara vid rättegången. Genomförande av EU:s oskuldspresumtionsdirektiv. [17]
- Brottsdatalag. [29]
- Stärkt konsumentskydd på bostadsrättsmarknaden. [31]
- Stärkt ställning för hyresgäster. [33]

- Informationssäkerhet för samhällsviktiga och digitala tjänster. [36]
- Kvalificerad välfärdsbrottslighet – förebygga, förhindra, upptäcka och beivra. [37]
- Ny dataskyddslag. Kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning. [39]
- Meddelarskyddslagen – fler verksamheter med stärkt meddelarskydd. [41]
- Ny lag om företagshemligheter. [45]

Miljö- och energidepartementet

- Kraftsamling för framtidens energi. [2]
- Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2017. Kärnavfallet – en fråga i ständig förändring. [8]
- Från värdekedja till värdecykel – så får Sverige en mer cirkulär ekonomi. [22]
- Substitution i Centrum – stärkt konkurrenskraft med kemikaliesmarta lösningar. [32]
- Ekologisk kompensation – Åtgärder för att motverka nettoförluster av biologisk mångfald och ekosystemtjänster, samtidigt som behovet av markexploatering tillgodoses. [34]
- Vem har ansvaret? [42]

Näringsdepartementet

- För Sveriges landsbygder – en sammanhållen politik för arbete, hållbar tillväxt och välfärd. [1]

Socialdepartementet

- För en god och jämlik hälsa. En utveckling av det folkhälsopolitiska ramverket. [4]
- Svensk social trygghet i en globaliserad värld. Del 1 och 2. [5]

Kvalitet och säkerhet
på apoteksmarknaden. [15]
Läs mig! Nationell kvalitetsplan
för vård och omsorg om äldre personer.
Del 1 och 2. [21]
Samlad kunskap – stärkt handläggning. [25]
För dig och för alla. [40]
På lika villkor! Delaktighet, jämlikhet och
effektivitet i hjälpmedelsförsörjningen.
[43]

Utbildningsdepartementet

Det handlar om oss.
– unga som varken arbetar eller studerar. [9]
Ny ordning för att främja god sed
och hantera oredlighet i forskning. [10]
En nationell strategi för validering [18]
Tillträde för nybörjare – ett öppnare och
enklare system för tillträde till hög-
skoleutbildning. [20]
Samling för skolan.
Nationell strategi för kunskap och
likvärdighet. [35]
Entreprenad, fjärrundervisning
och distansundervisning. [44]

Utrikesdepartementet

Sverige i Afghanistan 2002–2014. [16]