

Stockholm den 15 september 2017

R-2017/1024

Till Justitiedepartementet

Ju2017/05104/L1

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 7 juni 2017 beretts tillfälle att avge yttrande över betänkandet Ny lag om företagshemligheter (SOU 2017:45) och önskar framföra följande synpunkter med utgångspunkt från förslagen till ny lag (2018:0000) om företagshemligheter (Nya FHL) och förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (OSL).

Förslag till ny lag (2018:0000) om företagshemligheter

1 §

I enlighet med vad som utvecklas i betänkandet (s. 103) föreslås det att 1 § första stycket 3 mom. FHL (dvs. ”vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende”) förs över från FHL till Nya FHL, i stället för att använda EU-direktivets motsvarande förutsättning (i artikel 2.1(b)) för att något ska vara en företagshemlighet (dvs. att ”[d]en har kommersiellt värde på grund av att den är hemlig”). De övriga förutsättningarna i 1 § första stycket motsvarar i stort sett ordagrant förutsättningarna som anges i artikel 2.1 i EU-direktivet. Det kan förutsättas att Nya FHL kan komma att tillämpas i fall av gränsöverskridande angrepp på företagshemligheter. I sådana fall, men även i övrigt, kan det förutsättas att alla eventuella skillnader mellan Nya FHL och EU-direktivet kan orsaka oklarheter som försvårar en effektiv tvistelösning. Det kan motverka syftet som anges i EU-direktivets skäl (10) och (14) om att säkerställa en ”enhetlig möjlighet till civilrättslig prövning” och ”en enhetlig definition av begreppet företagshemlighet”.

Förslaget till 1 § första stycket 3 mom. Nya FHL motiveras i betänkandet med att det inte torde göra någon skillnad mot EU-direktivets motsvarande förutsättning och det därför inte strider mot direktivet samt att begreppet är både beskrivande och omfattande (s. 112-113). Vid en nödvändig direktivkonform tolkning av EU-direktivet, som är ett s.k. minimidirektiv i relevant avseende, kan dock en skillnad mellan Nya FHL och EU-

direktivet endast leda till att svensk rätt ger ett vidare skydd för företagshemligheter än enligt EU-direktivet. Det tycks dock inte vara avsikten med 1 § Nya FHL. Fördelarna med att hålla sig till EU-direktivets formulering bör därför väga tyngre. Advokatsamfundet förordar därför att 1 § första stycket 3 mom. Nya FHL i stället ändras till följande: ”som har kommersiellt värde på grund av att den är hemlig.”

Advokatsamfundet noterar vidare att det tycks finnas viss motsägelse mellan vad som anges i betänkandet om att 1-2 §§ FHL (som motsvaras av 1-3 §§ Nya FHL) skulle vara ”tvingande” (s. 76-77) och vad som noteras om att giltighetsprövningen av avtal som ålägger tystnadsplikt för mer information än vad som definitionsmässigt utgör företagshemlighet faller utanför FHL (s. 170). Advokatsamfundet uppfattar det som att det är det sistnämnda som i betänkandet anses utgöra gällande rätt och som ska förutsättas gälla även enligt Nya FHL. Det är önskvärt att detta förtydligas i lagrådsremissen för att undvika tvistedrivande oklarheter.

2 §

Artikel 4.5 i EU-direktivet innebär en utvidgning av vilka åtgärder som utgör angrepp jämfört med FHL, eftersom intrångsgörande varor per definition kan omfatta sådant som inte innebär ett *utnyttjande* av företagshemlighet enligt art. 2.4 EU-direktivet (”gynnats avsevärt av”; se 2 § andra stycket Nya FHL). Advokatsamfundet anser inte, till skillnad från vad som anges i betänkandet (s. 137 och s. 396), att det är klart att *utnyttjande* av företagshemlighet omfattar produktion av intrångsgörande varor eller utbudande av dem till försäljning enligt artikel 4.5 i EU-direktivet. Varor som nu avses kan inte alltid sägas innehålla några företagshemligheter (efter att de färdigutvecklats) och företagshemligheter utnyttjas då sannolikt inte heller när sådana varor hanteras. Advokatsamfundet förordar därför att även dessa angrepp, dvs. produktion och utbud av varor som framställts med utnyttjande av en företagshemlighet, uttryckligen omfattas av 2 § första stycket Nya FHL (för att EU-direktivet ska bli korrekt implementerat).

Advokatsamfundet noterar att det förekommer en olycklig hänvisning till EU-direktivets skäl (28) i betänkandet (s. 137), som skulle kunna tolkas som att tillämpningen av 2 § Nya FHL ska begränsas till import från länder utanför EU. Det kan naturligtvis inte vara avsikten och skulle stå i motsättning till andra genomgående ändringar i Nya FHL. Hänvisningen till angrepp ”enligt denna lag” bör strykas för att möjliggöra för sanktioner i Sverige även vid förangrepp begångna i t.ex. annat EU-land.

3 §

Även om 3 § Nya FHL överensstämmer med 2 § FHL, anser Advokatsamfundet att konstruktionen med att endast delvis definiera vad som utgör obehöriga angrepp genom att ange vad som aldrig kan anses som ett obehörigt angrepp, riskerar att skapa oklarhet i ljuset av den direktivkonforma tolkning som måste ske i förhållande till art. 3 i EU-direktivet. Som anges i art. 1 är art. 3 tvingande för medlemsstaterna. Exempelen som ges i 3 § andra stycket Nya FHL är dessutom mindre relevanta enligt Nya FHL, jämfört med motsvarande skrivning i 2 § andra stycket FHL, i och med att information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande uttryckligen kommer att

undantas från information som kan utgöra företagshemlighet (enligt 1 § tredje stycket Nya FHL). Att i princip de enda exempel som anges i 3 § Nya FHL avser hantering av sådan typ av information som uttryckligen inte utgör en företagshemlighet enligt 1 § Nya FHL, gör att utrymmet för att faktiskt tillämpa exemplet i 3 § Nya FHL blir relativt litet och att det som exempel därför blir högst oklart. Överlappandet mellan skrivningarna i 1 § Nya FHL och 3 § FHL blir helt enkelt opedagogiskt. Advokatsamfundet förordar därför, i första hand, att hela art. 3 används som text för 3 § Nya FHL (t.ex. att uppräkningsen i art. 3.1 skrivs in som exemplifieringen i andra stycket till 3 § Nya FHL) och, i andra hand, att fler exempel och begrepp från art. 3 införs i 3 § Nya FHL (i synnerhet ”god affärssed”, som ändå kan förutses åberopas i de flesta fall av påstått angrepp). Det kan annars vara mycket svårt för den som inte är insatt i rättsområdet att förstå vad som gäller. Risken för att Nya FHL tolkas i strid med EU-direktivet blir också högre.

Behovet av tydlighet måste även beaktas i ljuset av att 3 § Nya FHL också är avgörande för om en handling är brottslig enligt Nya FHL eller inte. Även om EU-direktivet inte harmoniserar straffrätten, är den svenska lösningen att i 3 § Nya FHL ange undantag från vad som annars utgör angrepp gäller för både civilrättsligt och straffrättsligt ansvar. Då avsikten är att 3 § Nya FHL ska tolkas så att alla situationer som nämns i artikel 3 i EU-direktivet omfattas, kommer därför en direktivkonform tolkning behöva göras även straffrättsligt (samma bestämmelse kan naturligtvis inte ges en civilrättslig tolkning och en annan straffrättslig tolkning, utan måste vara entydig).

5 §

Frågan om personer som innehar uppdrag under omständigheter som inte liknar dem som utförs i ett anställningsförhållande, t.ex. styrelseuppdrag, verkligen bör undantas från det straffrättsliga området, borde ha utretts i betänkandet (i stället för att bara hänvisa till 2013 års lagrådsremiss; se s. 353). Advokatsamfundet förordar att denna fråga utreds ytterligare. Det kan inte uteslutas att det uppstår allmän debatt om det ändamålsenliga med att t.ex. en receptionist, som är fast anställd eller inhyrd genom bemanningsföretag, har ett straffrättsligt ansvar enligt Nya FHL, men att styrelseledamöter i samma företag inte har det.

Om straffansvaret ska begränsas enligt betänkandets förslag, anser Advokatsamfundet att den personkrets som kan anses delta i en näringsidkares rörelse till följd av ”uppdrag”, inte tillräckligt klart framgår av den föreslagna lagtexten. Att det, enligt vad som anges i utredningen (s. 353), skulle utesluta bl.a. revisorer och styrelseledamöter kan inte anses framgå, med den tydlighet som bör krävas av straffrättsliga bestämmelser. Detta tycks baseras på ytterligare rekvisit som inte framgår av lagtexten, nämligen att det ska röra sig om arbete under omständigheter som liknar dem som utförs i ett anställningsförhållande och att sådana omständigheter är viss varaktighet, underkastelse av arbetsledning och kontroll samt fortlöpande ställande till förfogande. Advokatsamfundet förordar att detta förtydligas i 5 § Nya FHL.

Advokatsamfundet anser vidare att användningen av ”annan liknande grund” är en för otydlig, och därmed rättsosäker, grund för straffrättsligt ansvar. Med uttryckligt angivande

av de specifika rekvisit som avses, enligt kommentaren direkt ovan, bör dock detta tillägg kunna strykas. Advokatsamfundet förordar därför även att ”annan liknande grund” utgår från 5 § Nya FHL.

Vad slutligen gäller 5 § andra stycket Nya FHL, efterlyser Advokatsamfundet ett förtydligande om vad som avses med att ”deltagande” upphört. Då definitionen av ”deltagande” blir avgörande för tillämpningen av tvåårsgränsen för ansvar, bör det inte kunna råda någon tvekan om från vilken tidpunkt som detta beräknas.

9 §

Advokatsamfundet delar inte slutsatsen i betänkandet om att styrelseledamöters angrepp av företagshemligheter inte ska falla in under Nya FHL och att skadestandsreglerna i ABL i stället är tillräckliga (betänkandet s. 194). Som konstateras i betänkandet innebär detta att styrelseledamöter, som i princip den enda undantagna personkretsen, inte kan bli skyldiga att utge allmänt skadestånd enligt Nya FHL. Det innebär potentiellt också ett striktare ansvar för arbetstagarrepresentanter än för andra styrelseledamöter, då arbetstagare vid angrepp möjligen kan anses också agera inom ramen för sin anställning och därmed ansvara för angreppet i egenskap av arbetstagare. Skadestandsreglerna i ABL är dessutom otydliga vad gäller dess tillämpning på angrepp av företagshemligheter som sker *efter* att ett styrelseuppdrag avslutats, även om företagshemligheterna erhållits under uppdraget. Det skulle kunna innebära att det inte finns något skadeståndsansvar för den ekonomiska skada, som en styrelseledamot förorsakar till följd av ett angrepp. Om skadeståndslagens bestämmelser skulle tolkas på detta sätt får det till konsekvens att Sverige inte korrekt implementerat art. 14 i EU-direktivet, enligt vilken bestämmelse det följer att en skadeståndssanktion för samtliga ”intrångsgörare” ska finnas. Därtill kommer att styrelseledamöter typiskt sett tillhör den personkrets som får del av flest och känsligast företagshemligheter. Att undanta dessa från skadeståndsansvar förefaller inte kongruent och inte förenligt med EU-direktivets ambition att åstadkomma ett effektivt skydd för företagshemligheter (se bl.a. skäl 4). De strikta preskriptionsreglerna i ABL framstår också som mindre lämpliga, i synnerhet för angrepp på företagshemligheter som potentiellt sker efter avslutande av styrelseuppdrag.

Det problem som uppmärksammas i utredningen om att avsaknad av ansvar för styrelseledamöter enligt FHL även utgör hinder mot att tillämpa FHL i senare led (s. 181), kan dessutom försvaga skyddet för företagshemligheter väsentligt och potentiellt stå i strid med art. 14 i EU-direktivet. Med hänvisning till vad som anges i betänkandet om att det tidigare angreppet inte längre måste ha skett enligt FHL (s. 196-197), är det inte tydligt angivet att det löser det identifierade problemet med tillämpning av FHL i senare led efter ”angrepp” av styrelseledamot. Att det tidigare angreppet inte längre måste ha skett enligt FHL, löser på ett mycket bra sätt att möjliggöra för sanktioner i Sverige även vid förangrepp begångna i annat land, men är mindre tydligt vad gäller styrelseledamöter (t.ex. om skadeståndsansvar enligt ABL kan anses som ett ”angrepp” samt vad som då gäller för tiden efter avslutande av styrelseuppdrag).

Advokatsamfundet förordar därför att skadeståndsansvar enligt Nya FHL utvidgas till att även omfatta angrepp av styrelseledamöter.

10 §

Advokatsamfundet ifrågasätter slutsatsen i betänkandet att bestämmelsen i 7 § andra stycket FHL, avseende ”synnerliga skäl”, kan kvarstå oförändrad (10 § andra stycket Nya FHL) och att Nya FHL ändå uppfyller EU-direktivet (s. 190-193). Denna slutsats tycks baseras på att ”synnerliga skäl” alltid föreligger om den tidigare arbetstagaren handlat med uppsåt. Om regeringen skulle instämma i betänkandets förslag förordar Advokatsamfundet att det, till undvikande av missförstånd, uttryckligen framgår av lagtexten att uppsåtliga angrepp alltid innebär att synnerliga skäl föreligger.

Advokatsamfundet noterar också att det inte förekommer något resonemang i betänkandet om bestämmelsen i 7 § andra stycket FHL, avseende ”synnerliga skäl”, bör kvarstå oförändrad. Detta är förvånande sett till den mycket betydande ändringen som föreslås genom 1 § tredje stycket Nya FHL, med innebörden att arbetstagares erfarenhet och färdigheter som erhålls vid normal yrkesutövning inte utgör företagshemligheter. Eftersom arbetstagares erfarenhet och färdigheter undantas från vad som kan utgöra företagshemlighet, tycks bestämmelsen i 7 § andra stycket FHL inte längre behövas. Bestämmelsen fungerade tidigare som ett hinder för arbetsgivare att verkställa skydd för företagshemligheter motsvarande arbetstagares erfarenhet och färdigheter i förhållande till sina tidigare arbetstagare.

Vidare innebär förslaget att behålla i 7 § andra stycket FHL, avseende ”synnerliga skäl”, att tidigare arbetstagare potentiellt har ett striktare straffrättsligt ansvar än civilrättsligt ansvar under de första två åren efter avslutad anställning. Detta framgår vid en jämförelse mellan de civilrättsliga förutsättningarna för ansvar enligt 10 § Nya FHL och den straffrättsliga förutsättningen för ansvar enligt 5 § Nya FHL. Undantaget för ansvar enligt 5 § andra stycket Nya FHL om försvarliga eller annars mindre allvarliga gärningar, torde kunna vara mer begränsande än att undanta alla gärningar där det inte föreligger ”synnerliga skäl”, dvs. att vissa gärningar efter anställnings upphörande innebär straffrättsligt ansvar enligt 5 § Nya FHL, men inte civilrättsligt ansvar enligt 10 § Nya FHL. Advokatsamfundet ifrågasätter slutsatsen i betänkandet, som inte förklaras närmare, att det inte torde kunna uppstå en situation där en gärning är brottslig, utan att det samtidigt föreligger synnerliga skäl för skadestånd (s. 407). En arbetsgivare kan därmed bli hänvisad till att anmäla till åtal enligt 5 § Nya FHL för att kunna få skadestånd enligt 8 § Nya FHL, trots att arbetsgivaren annars skulle vara nöjd med en civilrättslig skadeståndsdöm. Enligt Advokatsamfundet bör det vid lagstiftning undvikas att straffrättsliga processer inleds utan att målsägande finner det nödvändigt och att det i stället säkerställs att civilrättsliga åtgärder finns som fullgoda alternativ, vilket bl.a. kan spara resurser för samhället.

Advokatsamfundet förordar därför att behovet av bestämmelsen i 10 § andra stycket FHL, om ”synnerliga skäl”, övervägs ytterligare. Om bedömningen förblir att sådan bestämmelse bör kvarstå, förordar Advokatsamfundet att samma bedömningsgrund (och

samma lagtext) tillämpas för undantaget från ansvar i 5 § andra stycket (och 6 § andra stycket) Nya FHL, som i 10 § andra stycket Nya FHL.

Motsvarande diskrepans mellan straffrättsligt och civilrättsligt ansvar som inte är motiverat, dvs. en situation där en gärning är brottslig utan att det samtidigt föreligger civilrättslig ansvarsgrund, kan också uppstå på grund av det särskilda kravet på insikt i 10 § första stycket Nya FHL. Det kravet förekommer inte i 5 § Nya FHL. Den situation som avses träffas av insiktskravet i 10 § första stycket Nya FHL, dvs. säkerställa att arbetsgivare rimligen informerar arbetstagare vad de får och inte får göra med den information som de får tillgång till, borde i stället fullgott tillgodoses genom kravet på vidtagande av rimliga åtgärder för hemlighållande (1 § första stycket 2 mom. Nya FHL; vilket utgör ett striktare krav på tydligt agerande från innehavaren än enligt FHL, se s. 109-112). Advokatsamfundet förordar därför att insiktskravet i 10 § första stycket Nya FHL tas bort.

11 §

Advokatsamfundet efterlyser förtydligande i 11 § första stycket i Nya FHL om *när* sådan insikt som förutsätts ska föreligga samt hur denna bestämmelse förhåller sig till 19 § i Nya FHL. I 19 § första stycket andra streckpunkten Nya FHL anges som förutsättning att personen *vid angreppet* inte kände till eller borde ha känt till att företagshemligheten tidigare angripits. För att 19 § i Nya FHL ska ha någon praktisk funktion måste den vid perdurerande angrepp tillämpas som att *vid angreppet* motsvarar *inledandet* av det perdurerande angreppet och att bestämmelsen kan tillämpas även om angriparen senare försätts i ond tro. Bestämmelsen i 11 § första stycket FHL skulle däremot förlora sin praktiska funktion om en förutsättning för dess tillämpning är att insikt måste föreligga redan vid inledandet av ett perdurerande angrepp. Det framstår i stället som att avsikten med bestämmelsen torde vara att skadeståndsskyldighet föreligger *från och med* sådan insikt, t.ex. från och med avsändande av s.k. varningsbrev från näringsidkaren, som sätter angriparen i ond tro. Om så är fallet borde detta förtydligas, till undvikande av missförstånd.

13 §

Advokatsamfundet noterar att det i flera avsnitt i betänkandet görs uttalanden som skulle kunna tolkas som att 13 § första stycket Nya FHL, och nuvarande 9 § FHL, förutsätter att det föreligger en faktisk ekonomisk skada för att allmänt skadestånd ska kunna utdömas och därmed utgöra en bevislätnadsregel (se bl.a. s. 65 och s. 184-185). Så är inte fallet. Det framgår tydligt av rättspraxis att allmänt skadestånd är ett särskilt skadestånd, som är självständigt från det ekonomiska skadeståndet (se bl.a. AD 2006:49, AD 2003:61 och RH 2002:11). Utdömmande av allmänt skadestånd förutsätter därför ingen bevisning, eller ens påstående, om någon faktisk ekonomisk skada. Advokatsamfundet anser att detta bör förtydligas i förarbetena. Möjligheten till allmänt skadestånd för angrepp på företagshemligheter är relativt unikt inom svensk rätt (den förekommer i övrigt endast i 55 § medbestämmandelagen) och förekommer bl.a. inte vid intrång i immateriella rättigheter (jfr s. 185 i betänkandet). Denna särskilda skadeståndsbestämmelse har väsentlig betydelse, eftersom den innebär att det aldrig kan te sig fördelaktigt att kalkylera

med möjligheten att angripa någon annans företagshemlighet (se prop. 1987/88:155, s. 49). Advokatsamfundet förordar att lagtexten i 13 § första stycket Nya FHL övervägs ytterligare i ljuset av risken för missförstånd om förutsättningarna för allmänt skadestånd, i synnerhet vad gäller den andra meningen om beaktande av utebliven vinst och skadegörarens vinst som, till skillnad från det allmänna skadeståndet, tydligt utgör en bevislätnadsregel för det ekonomiska skadeståndet.

14 §

Advokatsamfundet önskar ett förtydligande, förslagsvis i lagrådsremissen, om vad som anges i betänkandet om obehörig kopiering som försök eller förberedelse till angrepp på företagshemlighet (s. 223). Advokatsamfundet ställer sig frågande till att en arbetsgivare skulle behöva bevisa att kopieringen, som alltså skulle vara den förberedande åtgärden, skett obehörigen. Enligt artikel 4.2 (a) i EU-direktivet ska det anses som ett angrepp på en företagshemlighet om någon ”kopierar handlingar, föremål, material, ämnen eller elektroniska filer som lagligen kontrolleras av innehavaren av företagshemligheten” varvid ”obehörigen” inte tycks syfta på kopieringen utan på beredande av tillgång eller tillägnande. Av artikel 4.2 (b) följer dessutom att anskaffande som anses strida mot god affärssed, vilket anskaffande exempelvis för ändamålet att förbereda konkurrerande verksamhet måste anses göra, är att anse som ett angrepp. Obehörig kopiering kan därför utgöra fullbordat angrepp. Vad gäller i sig behörig kopiering, som en förberedande åtgärd, bör det vara så att eftersom inget fullgjort angrepp föreligger vid den tiden, torde inte heller något obehörigt angrepp behöva föreligga vid den tiden, men däremot krävs bevisning för att kopieringen utgör försök eller förberedelse till något som senare skulle utgöra fullgott angrepp som också är obehörigt.

Advokatsamfundet efterlyser även ett förtydligande om ”obehörigen” även omfattar vad som i svensk rätt betecknas som ”utan befogenhet”, utöver vad som i svensk rätt annars (enligt t.ex. ABL) betecknas som ”utan behörighet”.

Vad därutöver gäller formuleringen av förbudsbestämmelserna, framstår det som att likhet med motsvarande bestämmelser i immaterialrättslagarna skulle vara tydligare än behållandet av likhet med förbudsbestämmelserna i FHL. Detta då ingen skillnad tycks avses med motsvarande bestämmelser i immaterialrättslagarna. Det innebär bl.a. att 14 § och 20 § i Nya FHL kunde skrivas ihop till en och samma bestämmelse.

14 och 15 §§

I 14 och 15 §§ FHL finns ingen möjlighet att meddela vitesförbud mot den som medverkar till angrepp på företagshemligheter. Utan uttryckligt lagstöd är det tveksamt om vitesförbud alls kan meddelas mot den som medverkat (jfr Justitieråden Blomstrands och Thorssons skiljaktiga mening i NJA 2008 s 1082: ”Det bör inte komma i fråga att utan lagstöd (jfr 53 b § upphovsrättslagen och regeringens lagrådsremiss den 9 oktober 2008 Civilrättsliga sanktioner på immaterialrättens område - genomförande av direktiv 2004/48/EG) tillämpa de offentlighetsreglerna om vitesförbud på den som endast medverkar till annans varumärkesintrång.”). I den immaterialrättsliga lagstiftningen finns det ett långtgående medverkansansvar (se bl.a. Svea hovrätts dom den 2 juni 2016 i mål nr

T 5406-15 respektive Patent- och Marknadsöverdomstolens dom i mål nr T 11706-15). Av den immaterialrättsliga lagstiftningen följer sedan implementeringen av Infosocdirektivet (direktiv 2001/29/EG, implementerat genom prop. 2004/05:110 s. 422 f.) respektive sanktionsdirektivet (direktiv 2004/48/EG, implementerat genom prop. 2008/09:67, s. 187 ff.) ett uttryckligt medverkansansvar i de immaterialrättsliga förbudsbestämmelserna (se exempelvis 53 (b) första stycket upphovsrättslagen). Eftersom det är angeläget med kongruens mellan bestämmelserna om vitesförbud i immaterialrätten respektive för företagshemligheter förordar Advokatsamfundet att 14 och 15 §§ Nya FHL justeras på ett sådant vis att bestämmelserna också omfattar den som medverkar till angrepp.

17 §

Advokatsamfundet noterar att slutsatsen i betänkandet är att möjligheterna till bevissäkring som ges enligt 15 kap. rättegångsbalken är tillräckliga (s. 205-208). Efter Högsta domstolens beslut den 12 juni 2017 i mål nr Ö 5078-16, kan dock den slutsatsen ifrågasättas vad gäller bevissäkring vid angrepp på företagshemligheter. Detta sett till följande uttalande i i beslutet:

”[Det]följer att en säkerhetsåtgärd enligt 15 kap. 3 § rättegångsbalken inte kan utverkas för att säkerställa en processuell rättighet. Åtgärden får således inte enbart ha till syfte att säkra bevisning (jfr Peter Westberg, Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål, Bok 1, 2004, s. 93 och 153 ff.). Åtgärden får inte heller syfta till att ge sökanden möjlighet att gå igenom material som omhändertagits för att därigenom kunna klarlägga om det finns grund för ett visst yrkande eller för att få en uppfattning om omfattningen av en skada eller ett intrång. Säkerhetsåtgärden kan därmed inte fylla den funktion som en intrångsundersökning gör på det immaterialrättsliga området, jfr exempelvis 56 a–h §§ lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk”.

Advokatsamfundet önskar därför ett tilläggsuppdrag för att bedöma den frågan närmare.

Advokatsamfundet önskar också ett förtydligande om att ”föremål som [...] innefattar hemligheten” omfattar även intrångsgörande varor. Som kommenterats ovan i förhållande till 2 § första stycket Nya FHL, kan intrångsgörande varor i många fall inte alls i sig innehålla några företagshemligheter (efter att de färdigutvecklats).

20 §

Av 14 § Nya FHL framgår det att slutligt vitesförbud kan meddelas vid försök eller förberedelse till angrepp. Enligt ordalydelsen i 20 § Nya FHL finns ingen motsvarande möjlighet att meddela interimistiskt vitesförbud vid försök eller förberedelse. Detta förefaller vara en lapsus, då samtliga bestämmelser om slutliga vitesförbud och interimistiska vitesförbud i immaterialrätten är kongruenta, dvs. samma förutsättningar gäller för meddelande av såväl interimistiska som slutliga vitesförbud. Därtill kommer att det av art. 4.1 i EU-direktivet följer att innehavaren av en företagshemlighet ska kunna ansöka om de åtgärder, förfaranden och rättsmedel som föreskrivs i detta direktiv även i ett tidigt skede. Av art. 10 i EU-direktivet följer sedan att interimistiskt föreläggande ska

kunna meddelas. Likaså följer av art. 11 i EU-direktivet att åtgärder enligt art. 11 ska kunna meddelas om angrepp är nära förestående.

Advokatsamfundet förordar därför att 20 § Nya FHL justeras på ett sådant vis att den också uttryckligen omfattar en möjlighet att meddela interimistiskt vitesförbud vid försök och förberedelse till angrepp på företagshemligheter. Uttrycks inte detta i bestämmelsen, finns en betydande risk att 20 § inte anses omfatta försök eller förberedelse (jfr den skiljaktiga meningen i NJA 2008 s. 1082, som refererats ovan gällande 14 och 15 §§ Nya FHL). Om så är fallet kan en sådan möjlighet möjligen inte heller tolkas in genom direktivkonform tolkning, eftersom en sådan tolkning skulle kunna stå i strid med legalitetsprincipen. Om 20 § Nya FHL inte omfattar försök och förberedelse implementeras EU-direktivet således inte på ett korrekt vis.

Advokatsamfundet förordar även att det förtydligas i 20 § andra stycket Nya FHL hur sådant beslut ska formuleras. Som påminnelse till domstolarna borde det åtminstone anges att sådant beslut måste innehålla också ett förbud mot framtida röjande av företagshemligheten, då detta är en förutsättning för ett tillåtande av fortsatt obehörigt utnyttjande av en företagshemlighet enligt 20 § andra stycket Nya FHL.

24 §

Advokatsamfundet förordar att rubriken till 24 § i Nya FHL ändras till ”Preskription och preklusion”. Medan 24 § första stycket behandlar preskription, behandlar 24 § andra stycket i stället preklusion.

Advokatsamfundet förordar vidare att effekten av preklusion enligt 24 § andra stycket Nya FHL övervägs ytterligare. När preklusionstidpunkten är tidpunkten för talans väckande, torde det vara tillräckligt att omständigheter som föreligger viss tid tillbaka (fem år enligt förslaget) är prekluderade utan att det *också* uppställs ett krav på att endast omständigheter som det funnits insikt om beaktas. Efter talans väckande torde den rimliga, och praktiska enklare, lösningen vara att *alla* omständigheter som föreligger upp till fem år tillbaka i tiden kan beaktas, oavsett om de framkommer först under processens gång (t.ex. genom edition). Om syftet är att säkerställa att näringsidkare väcker talan inom fem år från insikt om ett förhållande, uppfylls det redan med en enkel preklusionsregel som baseras enbart på tid. Annorlunda vore om en näringsidkare vore förhindrad att över huvud taget göra gällande några rättigheter i förhållande till en viss företagshemlighet, även i senare led, om talan inte väcks inom fem år från det att näringsidkaren först får insikt om något angrepp på företagshemligheten.

Advokatsamfundet ställer sig slutligen frågande till varför 24 § andra stycket Nya FHL endast hänvisar till försök och inte också förberedelse till angrepp. Det är svårt att se vad som skulle motivera att endast försök omfattas.

Övergångsbestämmelser

Advokatsamfundet anser att övergångsbestämmelserna övervägas ytterligare vad gäller dess tillämpning i förhållande till perdurerande angrepp. Advokatsamfundet förutser tillämpningsproblem i förhållande till exempelvis de nya reglerna i Nya FHL om vad som gäller i fall av god tro, till skillnad från FHL.

En alternativ lösning till övergångsbestämmelser är att den äldre lagen ska tillämpas i fråga om talan som har väckts före ikraftträdandet. Med denna utformning av bestämmelsen blir det tydligare att angrepp som är perdurerande och pågår över ikraftträdandet ska behandlas enligt den nya lagen när talan väcks därefter. Eftersom vissa angrepp är straffsanktionerade uppnår man en samstämmighet med den förhärskande uppfattningen att ny lag ska tillämpas vid perdurerande brott vid en prövning enligt 5 § promulgationslagen till Brottsbalken, om någon del av det brottsliga förfarandet inträffat under den lagens giltighetstid. Det sagda har också betydelse i de fall någon del av den nya lagen innebär en inskränkning av nuvarande omfattning av skyddet för företagshemligheter. Det torde exempelvis kunna vara fallet gällande 1 § tredje stycket eller 3 § Nya FHL. Av 5 § andra stycket promulgationslagen till Brottsbalken följer att en gärning som var att betrakta som ett angrepp enligt äldre lag ska bedömas enligt den nya lagen om det leder till frihet från straff eller lindrigare straff (även om det kan antas få begränsad praktiskt betydelse, bör i ett motivuttalande dessutom anmärkas att detta är avsett att gälla även angrepp som avslutats och blivit föremål för talans väckande före ikraftträdandet). En sådan lösning bör anses som implementering av EU-direktivet i tid (se t.ex. övergångsbestämmelserna till lag (2016:1145) om offentlig upphandling och följande uttalande i HFD 2016 ref. 85: ”Det nya direktivet saknar särskilda övergångsregler och gäller endast förhållanden som uppkommit efter ikraftträdandet, se t.ex. EU-domstolens avgörande i Kommissionen mot Frankrike (C-337/98, EU:C:2000:543).”).

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

Sekretessprövningen

Vad gäller 27 kap. 2 § tredje stycket, 27 kap. 3 § fjärde stycket, 31 kap. 22 a § första stycket, 34 kap. 1 § fjärde stycket, och 36 kap. 2 § fjärde stycket OSL, som gäller tiden för sekretess, efterlyser Advokatsamfundet ett förtydligande om hur sekretessprövningen ska gå till. Advokatsamfundets uppfattning är att det alltid, vid varje förfrågan om utlämnande av allmän handling, ska göras en bedömning om en uppgift kan ”antas” utgöra företagshemlighet. Om det framgår av ett avgörande som fått laga kraft att en uppgift inte kan anses utgöra företagshemlighet, kan naturligtvis den relevanta myndigheten inte göra en annan bedömning av vad som kan ”antas”. Det kan dock inte innebära att myndigheten inte också i annat fall än vid lagakraftvunnen dom kan komma till slutsatsen att ett tidigare antagande (om att en uppgift utgör företagshemlighet) inte längre gäller. Den som vill få tillgång till en uppgift i allmän handling skulle annars kunna tvingas till att inleda negativ fastställelsetalan om en uppgift som denne inte har tillgång till, om att uppgiften

inte utgör en företagshemlighet, vilket torde vara en nästintill omöjlig uppgift. Det kan inte vara avsikten.

Avsaknad av motsvarande ändringsförslag för 31 kap. 20-22 §§ som för 31 kap. 22a

Advokatsamfundet ställer sig frågande till varför inte samma ändring föreslås för 31 kap. 20-22 §§ OSL, som gäller patent, arbetstagares uppfinningar och mönster, som för 31 kap. 22a OSL, som gäller varumärken. Det är svårt se vad som motiverar en annorlunda reglering i de fallen.

Advokatsamfundet förordar även att tidsbegränsningen för sekretess enligt 31 kap. 12 § tredje stycket OSL ses över, vilket för tillfället endast möjliggör sekretess upp till 50 år för allmän handling hos PRV.

Inkonsekvens mellan författningsförslag för 27 kap. 2 §, 27 kap. 3 § och 34 kap. 1 § i jämförelse med 31 kap. 22 a § och 36 kap. 2 §

Advokatsamfundet ställer sig frågande till varför författningsförslag för 27 kap. 2 §, 27 kap. 3 § och 34 kap. 1 § OSL saknar angivande i inledande stycke att sekretess faktiskt gäller för uppgift som kan utgöra företagshemlighet enligt nya lagen (jfr 31 kap. 22a § första stycket och 36 kap. 2 § första stycket OSL). Utan sådant inledande stadgande framstår ändringsförslagen för dessa bestämmelser om tiden för sekretess, med hänvisning till företagshemligheter, som svårtillämpade.

Övergångsbestämmelser

Advokatsamfundet förordar att det övervägs om det finns något behov av övergångsbestämmelser. För de uppgifter som tiden för sekretess förlängs för i och med ändringarna, utgår Advokatsamfundet annars från att de uppgifterna kommer skyddas enligt den tiden under förutsättning att tidigare skyddstiden den dagen då ännu inte löpt ut. För t.ex. företagshemlighet som förekommit i tidigare mål om angrepp på företagshemligheter och därmed getts in som allmän handling till domstol åtminstone 20 år innan den dagen, kommer dock inget förlängt skydd att ges, eftersom de då redan blivit offentliga (även om ingen skulle ha bett om att få ut uppgifterna innan dess).

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg/

genom Maria Billing