

Regeringskansliet
(Justitiedepartementet)
103 33 Stockholm

Remiss: Ny lag om företagshemligheter (SOU 2017:45)

Fakultetsnämnden tillstyrker förslaget om att stifta en ny lag (2018:0000) om företagshemligheter ("nya FHL"). Den föreslagna lagen får en tydligare och mer pedagogisk formulering än nuvarande lag (1990:409) ("FHL").

Fakultetsnämndens kommentarer och särskilda synpunkter beskrivs i det följande med utgångspunkt i Nya FHL. Övriga författningsförslag kommenteras inte.

Definitionen av företagshemligheter

Utredningen föreslår att 1 § FHL första stycket ska ändras på så sätt att det inte är tillräckligt med att informationen hålls hemlig, utan innehavaren ska, med hänsyn till omständigheterna, ha vidtagit rimliga åtgärder för att hemlighålla informationen för att den ska skyddas av lagen.

Uppkomsten av en företagshemlighet är enligt nuvarande bestämmelse "formlös". Däremot förutsätter dagens regler en viss aktivitet av näringsidkaren för att information ska skyddas. Det uppställs ett krav på att näringsidkaren håller informationen hemlig. Det krävs däremot inte att det är påtalat att en viss information är hemlig. Enligt rådande praxis är det dock tillräckligt att det är underförstått att informationen inte får röjas för att något vid en domstolsprövning ska anses vara en företagshemlighet. Det föreligger därför inte i dag något krav på en aktiv handling av näringsidkaren för att denne ska åtnjuta skydd. Fakultetsnämnden vill erinra om att det i förarbetena till lagen uttryckts att avsikten är att markera att näringsidkaren ska ha ambitionen att behålla informationen inom den krets där den är känd. En sådan ambition kan uttryckas på olika sätt (se Prop.1987/88:155 s. 36).

Den nu föreslagna regleringen innebär ett införande av ett krav på ett agerande av innehavaren för att information ska anses vara en företagshemlighet. Förändringen kan komma att innebära en begränsning av vad som kan skyddas av den nya lagen.

Juridiska fakultetsnämnden

Utredningen framhåller att lagändringen är nödvändig för att skapa en harmonisering med EU:s direktiv 2016/943. Fakultetsnämnden vill framhålla att innehavaren av information som ska hemlighållas förmodligen vidtar åtgärder för att hemlighålla sådan information. Det kan därför diskuteras om inte 1 § FHL i nuvarande form är tillfredsställande för innehavaren, eftersom det ligger i dennes intresse att agera för ett hemlighållande. Däremot förskriver direktivet ett mer uttryckligt krav på aktiv handling av innehavaren, något som också går tillbaks på bestämmelserna i TRIPS-avtalet. Den föreslagna lagändringen kan på så sätt anses som nödvändig, i vart fall ur ett harmoniseringsperspektiv.

Oaktat denna slutsats medför ändringen flera praktiska förändringar. Lagändringarna medför krav på ett tydligare agerande från innehavarens sida. Det kommer rimligen att leda till att innehavaren behöver vidta fler, eller aktivare åtgärder för att än vad som tidigare krävts. Det kan till exempel handla om införandet av en sekretesspolicy. Bedömningen av vad som anses utgöra rimliga åtgärder kommer variera i enlighet med nationella regler och sedvänja. Det medför därmed (åtminstone initialt) en osäkerhet om innebörden i kravet på rimliga åtgärder som drabbar juridiska och fysiska personer som önskar skydda viss information. Lagändringen ställer också krav på rättstillämpningen att närmare utforma innebörden i begreppet rimliga åtgärder.

Det kan inte heller uteslutas att lagändringen i praktiken innebär ett visst formkrav för att något ska kunna utgöra en företagshemlighet. Ett sätt att hemlighålla information är att underlåta att sprida denna utanför en viss krets. En viktig fråga är om underlåtande att handla kan anses vara en rimlig vidtagen åtgärd för att hemlighålla information och därmed att informationen skyddas av den nya lagstiftningen. Bedömningen kommer naturligtvis att variera beroende på omständigheter i det enskilda fallet, som exempelvis branschtillhörighet. Därmed kan inte uteslutas att tolkningen i enskilda fall kan medföra effekter på detaljnivå, och därmed likställas med indirekta formkrav. Även om utredningen understryker att förändringen inte kommer att innebära ett formkrav, kan tolkningen av begreppet rimliga åtgärder i domstolar medföra uppkomsten av indirekta formkrav, som lagstiftningen saknar.

En ytterligare effekt är en tydligare placering av bevisbördan för att rimliga åtgärder vidtagits på innehavaren av en påstådd företagshemlighet. Därmed ökar fokus på bevisfrågor om vad innehavaren av informationen har gjort för att skydda den, och beviskraven kommer att bli högre för innehavaren. Även här kommer frågan om indirekta formkrav naturligtvis att få betydelse.

Fakultetsnämndens slutsats är således att, även om det kan anses vara motiverat att ändra lagstiftningen till att kräva vidtagandet av rimliga åtgärder och på så sätt harmonisera den svenska lagstiftningen med direktiv 2016/943 och TRIPS-avtalet, en sådan ändring kommer att innebära flera praktiska förändringar som medför högre krav på innehavaren av en företagshemlighet att handla aktivt för att säkra skyddet enligt lag.

Anskaffande

Utredningen föreslår inga ändringar i nuvarande FHL med anledningen av skrivelsen i artikel 4.2 om olagligt anskaffande. Fakultetsnämnden vill framhålla att det trots detta kan anses oklart huruvida bestämmelserna om anskaffande i nuvarande lagstiftning även omfattar de fall som beskrivs i artikel 4.2. Detta med anledning av följande.

Utredningen uttalar att begreppet *obehörigen bereder sig tillgång till* motsvaras av nuvarande skrivelse om företagsspioneri i 3 § FHL, undantaget kravet på uppsåt. Även

om lösningen är tillfredställande anser fakultetsnämnden att det möjligen innebär en utvidgning av det nuvarande begreppet företagsspioneri. Om lagstiftningen ska tolkas konformt med direktivet kommer tillämpningen av den även behöva omfatta ringa fall av företagsspioneri som i dag eventuellt hamnar utanför bestämmelsens tillämpningsområde.

Nästa anskaffningssituation, att obehörigen *tillägna sig* en företagshemlighet, kan enligt utredningen möjligen innefatta att någon som redan har lovligen tillgång till informationen (exempelvis genom sina arbetsuppgifter), olovligen tar med sig material från innehavaren. Ett sådant förfarande skulle i sig kunna utgöra ett tillgreppsbrott enligt svensk lag, enligt utredningen. Fakultetsnämnden vill framhålla att detta inte är en tillfredställande lösning. Det är troligt att den straffrättsliga regleringen om tillgreppsbrott inte kommer att omfatta samtliga former av anskaffande av företagshemligheter och därmed inte kunna avhjälpa de brister som finns i nuvarande 6 § FHL.

Utredningen menar vidare att begreppet obehörigen *tillägna sig* i artikel 4.2 inte skulle få någon självständig betydelse om det infördes i nuvarande lagstiftning. Denna slutsats motiveras med att, om begreppet *tillägna sig* avser situationer där någon anskaffar företagshemligheter som personen inte har tillgång till, förfarandet ryms inom att någon obehörigen *bereder sig tillgång* till en företagshemlighet (som omfattas av bestämmelsen i 3 § FHL). Enligt utredningen tillför alltså inte begreppet *tillägna sig* något i förhållande till begreppet *bereda sig tillgång till*.

En naturlig följdfråga blir därmed varför EU-lagstiftaren valt att införa begrepp som konsumeras av varandra. En annan fråga är av mer semantisk och praktisk karaktär. Är verkligen handlingen ”att *tillägna sig*” något som alltid innefattas av handlingen ”*bereda sig tillgång till*”? Att obehörigen bereda sig tillgång till något behöver inte innebära att personen i fråga sedan faktiskt tillägnar sig hemligheten. Att bereda sig tillgång till något kan innebära att en person bryter en spärr för att möjliggöra ett tillägnande av material. Själva beredandet av tillgång till en företagshemlighet behöver däremot inte alltid medföra ett faktiskt tillägnande av själva hemligheten. För tillägnandet kan det behövas en aktiv handling, exempelvis inläsning eller liknande. Vidare kan det finnas situationer där en person inte bereder sig tillgång till en företagshemligt för att tillägna sig den. Ett sådant fall kan vara när en spärr inte existerar eller när personen i fråga har tillgång till ett visst material.

Utredningen föreslår vidare att skrivelsen *obehörigen kopierar* i artikel 4.2 inte ska införas i FHL, med anledning av att uttrycket endast beskriver ett sätt hur ett anskaffande kan gå till. Det kan förvisso anses kopiering som sådan utgör ett sätt att anskaffa sig information, men med anledning av att utredningen föreslår ett utelämnande av begreppet obehörigen *tillägna sig* jämfört med direktivtydelsen måste skyddet anses bli snävare. Det kan uppstå fall där en person inte behöver bereda sig tillgång till ett visst material för att kunna tillägna sig det kopiering. En sådan situation omfattas inte av utredningens förslag. Dessutom är det sannolikt en vanlig företeelse att någon kopierar material för att anskaffa sig företagshemligheter.

Slutligen föreskriver direktiv 2016/943 att medlemsstaterna ska se till att innehavare av företagshemligheter ska ha rätt att ansöka om åtgärder, förfaranden och rättsmedel om någon anskaffar företagshemligheter på något sätt som anses strida mot god affärssed. Utredningen framhåller att nuvarande 6 § i FHL, som föreskriver skadeståndsskyldighet för den som röjer en företagshemlighet som den erhållit i förtroende i samband med en affärsförbindelse, uppfyller det krav som ställs i direktivet. Fakultetsnämnden bedömer att detta är en snäv tolkning och vill i detta sammanhang framhålla att god affärssed kan

ingripa situationer som inte avser en affärsförbindelse mellan två eller fler parter. Skrivningen i direktiv 2016/943 är därför vidare än vad som avses i 6 § FHL.

Sammanfattningsvis menar fakultetsnämnden att de föreslagna lagändringarna (utan ett ordagrant genomförande av direktivbestämmelserna) kan medföra att svenska domstolar får söka vägledning från EU-domstolen i flera fall.

Utnyttjande i vid bemärkelse

Utredningen föreslår, i enlighet med artikel 4.5, att *producera, utbjuda till försäljning och släppa ut på marknaden* ska anses vara sådana utnyttjanden som redan omfattas av dagens FHL. Däremot ska *import, export och lagring* införas i lagstiftningen under bestämmelsen om *angrepp*.

Fakultetsnämnden understryker med anledning av detta att avsaknaden av en bestämmelse om att producera, utbjuda, försälja eller släppa ut på marknaden kräver att rättstillämparna tolkar lagstiftningen konformt med direktivet och på så sätt tillämpar bestämmelser om utnyttjande på dessa handlingar. Dessutom krävs ett förtydligande om huruvida bestämmelsen om angrepp kommer att infatta import av varor som producerats i utlandet där produktionen inneburit ett utnyttjande av annans företagshemlighet.

Arbetstagares skadeståndsskyldighet

Utredningen föreslår ingen ändring av 7 § andra stycket FHL om arbetstagares skadeståndsskyldighet med anledning av direktivet. Fakultetsnämnden vill framhålla att även om direktivet inte uttryckligen reglerar arbetstagares skadeståndsskyldighet under eller efter anställning, gör direktivet en tydligare distinktion mellan vad som anses som en företagshemlighet och en erfarenhet samt färdighet som förvärvats hederligt under normal yrkesövning (se artikel 1.3).

Eftersom 7 § andra stycket FHL inte är tydlig i detta avseende bör bestämmelsen därför omformuleras så att det tydliggörs att arbetstagarens rätt efter anställning omfattar vunna erfarenheter och skickligheter samt att denna rätt inte omfattar företagshemligheter. Fakultetsnämnden anser att nuvarande lydelse av 7 § andra stycket FHL inte uppenbart strider mot direktivet, men avsaknaden av en distinktion mellan en företagshemlighet och erfarenhet förvärvad genom normal yrkesutövning skapar en rättsosäkerhet för arbetstagare såväl som arbetsgivare.

Sammanfattning

Fakultetsnämnden tillstyrker förslaget om att stifta en ny lag om företagshemligheter. Den föreslagna lagen får en tydligare och mer pedagogisk formulering än nuvarande lag. Fakultetsnämnden välkomnar den harmonisering som följer av direktivet, och de möjligheter till rättslig prövning i hela EU då en företagshemlighet utsätts för angrepp. Däremot skiljer sig den föreslagna lagtexten från direktivtexten på några viktiga punkter, vilket kan få konsekvenser. Det gäller framför allt lagens grundläggande definitioner, såsom definitionen av en företagshemlighet och även för begreppet anskaffande. Enligt fakultetsnämnden bör den föreslagna lagtexten nära anpassas till direktivtexten där så är möjligt, för att undvika definitionsmässiga skillnader som kan försvåra nationell tvistlösning och ytterst kräver tolkning av EU-domstolen.