

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

(Ju2017/05104/L1)

---

### Sammanfattning

Hovrätten har flera invändningar mot förslaget till lag om företagshemligheter (FHL) och avstyrker helt förslaget till 5 § FHL om olovligt utnyttjande av företagshemlighet och olovligt röjande av företagshemlighet i sin föreslagna utformning.

Utformningen av förslaget till 5 § FHL tillgodoser enligt hovrätten inte grundläggande krav på rättssäkerhet och det är enligt hovrätten otydligt vilken handlingsdirigerande verkan som eftersträvas. Hovrätten har också synpunkter på förutsättningarna för åtal för det nya brottet.

När det gäller genomförandet av Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2016/943 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs (EU-direktivet) har hovrätten invändningar mot utredningens förslag. Förslagets systematik avviker från EU-direktivets på ett sätt som gör att genomförandet riskerar att bli otydligt. Också förslagets definition av vad som är en företagshemlighet avviker från EU-direktivets struktur och uttryckssätt på ett sätt som enligt hovrätten inte är motiverat. Enligt hovrätten har utredningen inte heller i tillräcklig utsträckning analyserat hur förslagen förhåller sig till den immaterialrättsliga lagstiftningen. Utredningen har inte heller beaktat risken för att bestämmelserna om s.k. offentlighetsdop i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400; OSL) kan vara oförenliga med EU-direktivets krav på sekretess. Hovrätten har också vissa andra synpunkter på utformningen av författningsförslaget.

Hovrätten vidhåller slutligen sin i tidigare lagstiftningsärende framförda ståndpunkt att mål om företagshemligheter bör handläggas enligt lagen (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar (PMDI).

I det följande lämnar hovrätten synpunkter på betänkandet och följer i huvudsak ordningsföljden i den föreslagna lagstiftningen.

### **Strukturen i förslaget till ny lag om företagshemligheter, m.m.**

Det framstår enligt hovrätten som att utredningen i förslaget till FHL har utgått från den nu gällande lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter och med denna utgångspunkt utformat bestämmelser för införande av EU-direktivet samt den nya straffbestämmelsen. Enligt hovrätten avviker förslaget från systematiken och terminologin i EU-direktivet på ett sätt som inte är motiverat. Införandet av en samlande definition av begreppet angrepp i förslaget till 2 § FHL har inte heller fått genomslag fullt ut i förslaget till FHL.

Enligt hovrätten är det inte ett självändamål att behålla formuleringar och andra lösningar i nu gällande rätt, utan det är tvärt om lämpligt att de förändringar som genomförandet av EU-direktivet föranleder får tydligt genomslag i utformningen den nya lagstiftningen.

Enligt hovrätten medför den föreslagna ordningen risk för ett otydligt införande av EU-direktivet, vilket också ger återverkningar bl.a. på förslaget till nykriminalisering i 5 § FHL. Det är därför enligt hovrätten nödvändigt att omarbete strukturen och samordna terminologin innan förslaget till FHL kan leda till lagstiftning. Utformningen av en ny lag om företagshemligheter bör enligt hovrätten ligga närmare EU-direktivets systematik och terminologi än det som utredningen föreslår.

### **Förhållandet till särskilt upphovsrätten**

Enligt förslaget till 1 § FHL ska sammanställningar av information, i enlighet med vad som föreskrivs i EU-direktivet, uttryckligen omfattas av skyddet för företagshemligheter. Detta skydd tangerar katalogskyddet enligt 49 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). Hovrättens erfarenhet är att det inte är ovanligt att en part i samma mål framställer yrkande om vitesförbud både enligt den nu gällande lagen om skydd för företagshemligheter och enligt någon av de immaterialrättsliga lagarna. Påståenden om angrepp på företagshemligheter förekommer inte sällan som alternativ till ett påstått immaterialrättsligt intrång. Så torde bli fallet i än större utsträckning när nu skyddet för företagshemligheter ytterligare närmas katalogskyddet.

Samtidigt finns det en risk att innehavaren av en företagshemlighet som samtidigt kan göras gällande som immateriell rättighet inte är samma innehavare som rättighetshavaren till immaterialrättigheten. Detta kan potentiellt leda till kollisioner och ge upphov till nya tvister.

Förhållandet mellan FHL och särskilt katalogskyddet enligt URL har inte analyserats av utredningen. Även om lagstiftningsärendet avser genomförandet

av ett EU-direktiv finns enligt hovrätten goda skäl att i det fortsatta lagstiftningsarbetet analysera följderna av ett överlappande skydd.

Att skyddet för företagshemligheter ytterligare närmas den immaterialrättsliga lagstiftningen är också ett skäl för att mål om angrepp på företagshemligheter bör handläggas enligt PMDL. Se vidare om detta under rubriken Forum nedan.

### Förslaget till 1 § lagen om företagshemligheter

Utredningen har gjort bedömningen att uttrycket *skada i konkurrenshänseende*, som återfinns i nu gällande lagstiftning, täcker in vad som avses med direktivets formulering *kommersiellt värde på grund av att den är hemlig* (s. 112 f. i betänkandet).

Det finns enligt hovrätten goda skäl att hålla sig så nära direktivets formulering som möjligt. Det är ytterst EU-domstolen som har att avgöra innebörden av bestämmelsen och det kan leda till tillämpningsproblem för nationella domstolar om bestämmelsen avviker i förhållande till vad direktivet föreskriver.

Hovrätten konstaterar vidare att inskränkningen i definitionen av vad som är en företagshemlighet i paragrafens tredje stycke inte har sin motsvarighet i EU-direktivet. I EU-direktivet definieras vad som är en företagshemlighet i art. 2.1. I art. 5 föreskrivs sedan undantag från skyddet för företagshemligheter.

Utredningens förslag avviker från denna struktur. I förslaget har undantag från skyddet tagits in såväl i definitionen i förslaget till 1 § FHL av vad som är en företagshemlighet som i förslaget till 3 § FHL om begränsning av lagens tillämpningsområde till obehöriga angrepp. Den föreslagna regleringen är också otydlig, då begränsningarna i förslagen till 1 och 3 §§ FHL delvis överlappar varandra. En reglering som avviker från direktivets struktur och som dessutom är otydlig riskerar att medföra betydande svårigheter i tillämpningen. Hovrätten förordar att i stället systematiken i EU-direktivet följs.

### Förslaget till 4 § lagen om företagshemligheter

Terminologin i bestämmelsen, som motsvarar den i nu gällande bestämmelse om företagsspioneri, avviker från den som föreslås i 2 § FHL. Det framgår inte av övervägandena om det med *bereder sig tillgång till* avses något annat än *ansöka*. Semantiskt skulle *bereder sig tillgång till* inte heller omfattas av definitionen av angrepp i förslaget till 2 § FHL och således inte heller av begränsningen till obehöriga angrepp i förslaget till 3 § FHL.

Av förutsebarhetsskäl och eftersom en enhetlig terminologi eftersträvas i lagförslaget i övrigt, bör terminologin i förslaget till 2, 3 och 4 §§ FHL ses över. Om olika terminologi väljs, bör skillnaderna tydliggöras.

## Förslaget till 5 § lagen om företagshemligheter

### *En alltför komplex konstruktion*

Enligt förslaget till 1 § FHL kan information om ett förhållande som utgör brott eller annat allvarligt missförhållande inte vara en företagshemlighet enligt lagen. Lagen gäller vidare endast obehöriga angrepp (3 §), varvid avslöjande på visst sätt av något som skäligen kan misstänkas utgöra brott av viss svårighetsgrad eller kan anses utgöra annat allvarligt missförhållande enligt andra stycket i samma paragraf aldrig anses obehörigt. Enligt förslaget till 5 § FHL ska inte dömas till ansvar om gärningen är försvarlig eller annars mindre allvarlig.

Vid bedömningen av om ett handlande är straffbart enligt 5 § FHL måste således tre paragrafer tillämpas, som innehåller olika avgränsningar av det straffbara området, vilka i vart fall delvis kräver skälighetsbedömningar. Straffbarheten får alltså bedömas i flera led, enligt kriterier som inte är tydliga och förutsebara.

Enligt hovrätten riskerar denna konstruktion att medföra sådana gränsdragningsproblem att det är otydligt vilka förfaranden som straffbeläggs genom bestämmelsen i 5 § FHL. Det föreslagna straffbudet brister därför enligt hovrätten i förutsebarhet och tillgodoser inte grundläggande krav på rättssäkerhet. Förslaget bör enligt hovrätten inte leda till lagstiftning i sin nuvarande utformning.

### *Fråga om den eftersträvade handlingsdirigerande verkan*

Bestämmelsen, sedd tillsammans med bl.a. de föreslagna skadeståndsbestämmelserna i FHL, väcker också frågan om vilken handlingsdirigerande verkan som eftersträvas med den föreslagna ordningen.

På s. 360 f. i betänkandet exemplifieras förfaranden som i och för sig skulle vara försvarliga och därmed straffria, bl.a. utifrån berättigade konsumentintressen. Samtidigt förutsätts den föreslagna ordningen leda till att förfarandena i exemplen ändå kan vara skadeståndgrundande. Hovrätten utgår från att den felande även ska kunna åläggas vitesförbud och att bekosta spridning av domen i målet.

En ansvarstagande person som söker svar i den föreslagna lagstiftningen på frågan om det är tillåtet att vidta en viss åtgärd, riskerar på så sätt att mötas av motstridiga svar. Hovrätten ifrågasätter det lämpliga i en ordning där ett förfarande som uttryckligen bedömts som försvarligt och därmed straffritt ändå kan mötas av sanktioner. Frågan vilken handlingsdirigerande verkan som lagstiftningen ska ha bör enligt hovrätten klargöras i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

### *Begränsningen till anställda m.fl. i en näringsidkares rörelse*

Hovrätten noterar att den personkrets som träffas av straffbestämmelsen i förslaget till 5 § FHL är anställda m.fl. i en näringsidkares rörelse. På så sätt träffas

t.ex. inte anställda i en icke kommersiell forskningsverksamhet, som enligt förslaget till 1 § FHL ska omfattas av skyddet för företagshemligheter. Begränsningen till en näringsidkares rörelse framgår inte av övriga föreslagna straff- eller skadeståndsbestämmelser. Någon tydlig motivering till varför förslaget har denna begränsning finns enligt hovrätten inte i betänkandet. Enligt hovrätten vore det mer följdriktigt om anställda m.fl. i *innehavarens verksamhet* skulle träffas av bestämmelsen.

#### *Förutsättningar för åtal*

Behovet av utvidgningen av det straffbara området enligt förslaget till 5 § FHL tar enligt utredningen, som hänvisar till tidigare lagstiftningsärende, sin utgångspunkt i en vilja att kriminalisera att anställda lämnar ut hemlig information till någon som bedriver spionage mot arbetsgivaren (hänvisning görs särskilt till det s.k. Ericsson-målet; s. 346 ff. i betänkandet).

Enligt hovrätten är i praktiken en minst lika viktig situation, som också träffas av bestämmelsen, att en anställd som slutar hos sin arbetsgivare tar med sig företagshemlig information, som han eller hon utnyttjar i en egen rörelse eller hos en ny arbetsgivare.

I det senare fallet är det möjligt att den tidigare arbetsgivaren och arbetstagaren hellre träffar en civilrättslig uppgörelse än deltar i en brottmålsrättegång. Parterna, inte minst innehavaren av företagshemligheten, kan också förväntas ha intresse av att hålla tvister av detta slag undan offentligheten. Skyddet för företagshemligheter torde i dessa fall främst tillgodose enskilda intressen. I ett sådant fall förefaller det enligt hovrätten inte ändamålsenligt med en obegränsad åtalsplikt hos åklagaren.

I det förra fallet gör sig allmänna intressen emellertid gällande desto tydligare, eftersom verksamheten i så fall många gånger kan tänkas ha koppling till grov organiserad brotthet eller åtal av annat skäl vara påkallat från allmän synpunkt.

Det kan förutses att de förfaranden där det är angeläget att saken tas till åtal kommer att anges till åtal av målsäganden. Det torde ofta vara fallet i det förra fallet ovan. Samtidigt kan det inte uteslutas att en arbetsgivare även i ett sådant fall hellre håller angreppet undan offentligheten, t.ex. för att inte blotta informations säkerhetsbrister, trots att åtal är påkallat från allmän synpunkt. Enligt hovrätten är det av dessa skäl lämpligt att åklagaren får väcka åtal endast om brottet har angetts till åtal av målsäganden eller om åtal är påkallat från allmän synpunkt. På så sätt tillgodoses också intresset att hålla samman reglerna för åtalsbegränsning i FHL med dem som gäller vid upphovsrättsintrång enligt den närliggande URL (se 59 § URL).

Hovrätten erinrar också om att Utredningen om vissa allvarliga immaterialrättsintrång (Ju 2017:01; direktiv 2017:4) har att överväga behovet av åtalsbegräns-

ningsregler för vissa immaterialrättsliga brott. Eftersom skyddet för företags-hemligheter har flera beröringspunkter med det immaterialrättsliga skyddet, finns det goda skäl att i det fortsatta lagstiftningsarbetet följa den utredningens arbete i fråga om åtalsbegränsningsreglerna.

### **Förslaget till 11 § lagen om företagshemligheter**

Enligt hovrätten avspeglar den föreslagna lydelsen av 11 § FHL inte att det är ett angrepp *i senare led* som avses. Språkligt omfattar författningsförslaget alla angrepp, så länge företagshemligheten någon gång tidigare har angripits av någon annan. Lagtexten kan formuleras så att den avser angrepp av en företagshemlighet som ”... *i ett tidigare led* har angripits...”.

Angående straffrihetsbestämmelsen i tredje stycket, se under nästa rubrik.

### **Förslaget till 12 § lagen om företagshemligheter**

Utredningen gör på s. 409 i betänkandet bedömningen att en uppgift ska ha kommit parten till del på grund av domstols beslut om en handling med uppgiften lämnas ut till en part som begär det med stöd av rätten till partsinsyn. Ett utlämnande av en handling föregås visserligen alltid av en sekretessprövning, som i och för sig torde utmynna i ett, om än formlöst, beslut. Det kan ändå enligt hovrätten ifrågasättas om den som på så sätt får del av en företags-hemlighet kan anses få del av den på grund av en domstols beslut. Det samma torde gälla vid kommunikering av handlingar i ett mål hos domstolen. Detta bör analyseras ytterligare.

I förslaget till 12 § tredje stycket används termen *förbud* på ett sätt som enligt hovrätten kan orsaka förvirring. I konsekvensens namn bör termen förbud användas endast i den betydelse som avses i vitesförbudsbestämmelserna. Bestämmelsen bör därför omformuleras.

Hovrätten ifrågasätter vidare, när det gäller paragrafens tredje stycke, lämpligheten i att en straffrättslig ansvarsfrihetsbestämmelse är placerad i en paragraf som huvudsakligen avser skadestånd. Enligt hovrätten bör denna bestämmelse i stället, tillsammans med ansvarsfrihetsbestämmelsen i 11 § andra stycket, efter nödvändiga redaktionella ändringar inordnas under rubriken Straff.

### **Offentlighet för uppgift i avgörande i mål om bl.a. vitesförbud**

För att ett vitesförbud enligt FHL ska ha tillräcklig precision, torde det inte sällan krävas att den företagshemliga uppgift som förbudet avser tas in i ett beslut om sådant förbud. Även i andra mål där en företagshemlighet måste bedömas, torde uppgifter som är företagshemliga behöva ingå i avgörandet.

Enligt 43 kap. 8 § OSL upphör en sekretessbestämmelse att vara tillämplig i målet om, såvitt nu är av intresse, uppgiften tas in i dom eller interimistiskt beslut i målet. Sekretessbestämmelsen fortsätter emellertid att vara tillämplig om domstolen samtidigt förordnar om det. Enligt 8 a § första stycket OSL får sådant sekretessförordnande endast ges om intresset för sekretess väger väsentligt tyngre än intresset för offentlighet. Vid denna bedömning ska särskild vikt läggas vid intresset av offentlighet för bl.a. uppgift om vilka överväganden domstolen har gjort vid sin prövning och om resultatet av prövningen.

Det förefaller som att art. 9 i EU-direktivet förutsätter att svensk lag anpassas så att sekretess alltid ska gälla för en företagshemlighet som förekommer i ett domstolsförfarande rörande vissa angrepp på en företagshemlighet. Utredningen har inte redovisat några bedömningar i frågan hur bestämmelserna i 43 kap. 8 § andra stycket och 43 kap. 8 a § första stycket OSL förhåller sig till särskilt art. 9.2 i EU-direktivet.

Det bör enligt hovrätten i det fortsatta lagstiftningsarbetet övervägas huruvida intresset av sekretess för en uppgift som utgör en företagshemlighet alltid kan bedömas väga väsentligt tyngre än intresset av offentlighet, eller om i annat fall bestämmelsen i 43 kap. 8 a § första stycket OSL bör ges en annan lydelse.

## Forum

Även om forumfrågor legat utanför utredningens uppdrag, finns det enligt hovrätten skäl att i det fortsatta lagstiftningsarbetet överväga om mål enligt FHL ska handläggas av Patent- och marknadsdomstolen som exklusivt forum, förutsatt att det inte är fråga om arbetstvister. Hovrätten är alltså av uppfattningen att det samband och de avgränsningsfrågor som blir än mer uppenbara med det nu föreslagna skydd som tangerar katalogskyddet i URL talar starkt för att mål om företagshemligheter ska handläggas i denna ordning (se även hovrättens yttrande 2014-04-10 över departementspromemorian Patent- och marknadsdomstol, Ds 2014:2, Ju2014/129/DOM, på s. 7). De gränsdragningsfrågor som kan uppkomma i förhållande till mål som ska handläggas av Arbetsdomstolen har delvis fått sina svar genom en serie avgöranden från Patent- och marknadsöverdomstolen och Arbetsdomstolen (se bl.a. Patent- och marknadsöverdomstolens beslut den 18 januari 2017 i mål nr PMÖ 10350-16 och Arbetsdomstolens beslut den 4 juli 2017 i mål nr B 62/17). Även om vissa gränsdragningsfrågor kvarstår, påverkas de inte av att de tvister om företagshemligheter som enligt nuvarande regelverk hanteras enligt allmänna forumregler i stället styrs till Patent- och marknadsdomstolen. Tvärtom innebär det förenklingar. Att mål om företagshemligheter har kopplingar till ytterligare rättsområden – såvitt här är av intresse kanske särskilt yttrandefrihetsrätt – utgör inte heller skäl mot att målet handläggs enligt PMDL (prop. 2015/16:187 s. 184). Om sådana frågor uppkommer i ett mål i Patent- och marknadsöverdomstolen

är det i stället, som också uttalades i samma proposition, skäl för meddelande av s.k. ventil (jfr a. prop. s. 180).

### Avslutande synpunkter

Det följer av den kritik hovrätten riktar mot utredningens förslag att hovrätten anser att förslaget till FHL behöver arbetas om i flera avseenden. Även om fristen för genomförandet av EU-direktivet ger en tidspress är det mycket viktigt att denna omarbetning sker. Riskerna är annars uppenbara dels att EU-direktivet inte blir korrekt genomfört, dels att lagstiftningen leder till stora problem i rättstillämpningen.

Det är också hovrättens uppfattning att en stor del av utredningens argumentation kan användas, även om ett omarbetat förslag läggs närmare EU-direktivets utformning. Det medför att det inte borde bli alltför tidskrävande att göra den nödvändiga omarbetningen.

---

I handläggningen av ärendet har deltagit hovrättspresidenten Fredrik Wersäll, hovrättslagmannen Christine Lager, hovrättsrådet Ulrika Ihrfelt och tf. hovrättsassessorn Erik Hellsten, föredragande.



Fredrik Wersäll



Erik Hellsten