

Justitiedepartementet
Enheten för fastighetsrätt och associationsrätt
103 33 STOCKHOLM

2017-09-15

Lise Donovan

070-2856210
Lise.Donovan@TCO.se

Ny lag om företagshemligheter

Ju2017/05104/L1

TCO har beretts tillfälle att yttra sig över betänkandet *Ny lag om företagshemligheter (SOU 2017:45)* som i huvudsak bygger på direktivet (EU 2016/943 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs, i det följande direktivet, och inkommer härmed med följande synpunkter.

Sammanfattning av TCO:s inställning

TCO har inledningsvis följande tre övergripande kritiska synpunkter på utredningens förslag

- Skyddet för företagshemligheter har stärkts samtidigt som tillräcklig hänsyn inte har tagits till grupper som direktivet uttryckligen angett ska skyddas, det gäller särskilt arbetstagare och visseblåsare.
- Direktivet har i flera fall ”överimplementerats” och ytterligare förstärkt skyddet för företagshemligheter, vilket inte krävs för att uppfylla direktivet.
- Det straffrättsliga ansvaret har utökats och en ny brottstyp införts, vilket inte krävs för att uppfylla direktivet och behov har inte heller kunnat visas.

TCO har följande inställning till utredningens enskilda förslag

- TCO delar utredningens bedömning att en helt ny lag behövs för att genomföra direktivet.
- TCO anser att begreppet företagshemlighet har givits en allt för vid definition och att den bör begränsas så att den överensstämmer med vad som krävs i direktivets men inte går därutöver. (5.4 och 1 § i kommentaren till lagförslaget)
- TCO hävdar att det föreligger en betydande risk att utformningen av den nya lagen om företagshemligheter får en inlåsningseffekt och begränsar arbetstagares fria rörlighet, främst på grund av i vissa delar bristande implementering (skyddet för visseblåsare) och i andra delar överimplementering samt det utökade straffansvaret.

- TCO anser att det skydd för visselblåsare som medges i direktivet ska införas fullt ut i den nya lagen om företagshemligheter. (5.7.1)
- TCO vill att det ska göras ett förtydligande i lagtexten eller åtminstone i den kommande propositionen att utgångspunkten är att den information som en arbetstagare röjt för sin arbetstagarföreträdare inom ramen för facklig rådgivning för att kunna tillvarata sina rättigheter i arbetslivet är att anses som nödvändig och därmed utgör ett behörigt angrepp på eventuella företagshemligheter och att motsvarande ska gälla sedan en rättslig tvist uppstått. (5.7.3)
- TCO avstyrker att ett förfarande som skett utan innehavarens samtycke ska kunna utgöra ett angrepp i lagens mening. (5.6.2)
- TCO avstyrker i första hand skadeståndsskyldighet enligt förslaget i 8 § andra stycket (oaktsamhetsfallen) och anser i andra hand att i vart fall arbetstagare bör undantas från detta skadeståndsansvar. (7.3)
- TCO avstyrker samtliga föreslagna ändringar av 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, inklusive förslaget att sekretess ska gälla utan begränsning i tid. (10.3.2)
- TCO avstyrker upphävandet av 36 kap. 2 a § OSL. (10.3.2)
- TCO avstyrker de föreslagna tilläggen i 5 kap. 4 § rättegångsbalken, RB, 23 kap. 10 § RB, 9 kap. 6 § RB och 39 § förvaltningsprocesslagen (1971:271), FPL. (10.3.6 - 10.3.8)
- TCO avstyrker ett utökat straffansvar och avstyrker 5 § i lagförslaget i företagshemlighetslagen. (11.6)
- Om regeringen går vidare med förslaget om ett utökat straffansvar för olovligt utnyttjande/röjande av företagshemlighet bör åtals väckande vara beroende av att arbetsgivaren angett gärningen till åtal och alltså inte faller under allmänt åtal. (11.6)
- TCO välkomnar och tillstyrker utredningens förslag i fråga om förutsättningar för skadeståndsskyldighet under och efter anställning i lagförslaget 10 §. (10 § i kommentaren till lagförslaget)
- TCO avstyrker att 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. (11 § i kommentaren till lagförslaget)
- TCO avstyrker förslaget att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet 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. (12 § i kommentaren till lagförslaget)

TCO:s utgångspunkter

TCO anser att det finns ett berättigat behov av att skydda företagshemligheter i näringslivet och inom forskningen. Det är väsentligt att skydda företagsspecifik know how och annan företagsinformation som är frukterna av ett självständigt utvecklingsarbete inom ett företag. Verksamheter är helt beroende av att sådana genuina företagshemligheter förblir hemliga. Det gynnar forskning och utveckling inom företagen och bidrar till stabila företag och trygga anställningar.

Det är dock i stor utsträckning de anställda som skapar och hanterar företagshemligheter i sitt arbete hos sina arbetsgivare och det är i huvudsak de som är utsatta för risken att drabbas av olika straffrättsliga påföljder, skadestånd och andra sanktioner och åtgärder till skydd för dessa.

TCO konstaterar att det har blivit allt svårare i arbetslivet att bestämma vad en företagshemlighet är. En arbetstagare kan uppfatta något som en del av den erfarenhet och färdighet som denne förvärvat hederligt under normal yrkesutövning, men detta kan falla under definitionen för en företagshemlighet.

Den vanligaste påföljden som arbetstagare hittills drabbats av är skadestånd, ibland till mycket höga belopp. Det kan röra sig om flera miljoner kronor, vilket i praktiken ruinerar en genomsnittlig arbetstagare och kan förstöra resten av dennes liv.

Flera TCO-förbund har en samstämmig uppfattning om att antalet mål mot arbetstagare och före detta arbetstagare som berör frågor om företagshemligheter, tystnadsplikt och konkurrensklausuler, har ökat.

TCO vill understryka betydelsen av att den nya lagstiftningen till skydd för företagshemligheter blir tydlig och lättolkad, förutsägbar och rimlig/proportionerlig samt transparent och rättssäker, för både arbetstagare och arbetsgivare.

TCO:s allmänna synpunkter

TCO kan konstatera att utredningens förslag om en ny företagshemlighetslag innebär en inte obetydlig förstärkning av skyddet för företagshemligheter. Ett exempel på denna förstärkning är den utökade kriminaliseringen och att fler förfaranden föreslås omfattas av skadeståndsskyldighet, bl.a. till följd av att även ett anskaffande av företagshemligheter i vissa fall kan ge upphov till skadestånd och inte endast, som tidigare, ett utnyttjande och röjande. Andra exempel på förstärkningar är att legaldefinitionen av

företagshemligheter blir vidare och att vitesförbud ska kunna meddelas i fler situationer än tidigare.

TCO kan vidare konstatera att utredningens förslag i flera delar innebär att företagshemlighetsdirektivet överimplementeras samtidigt som tillräcklig hänsyn inte tagits till sådana förhållanden som enligt direktivet ska skydda arbetstagare och visselblåsare.

Enligt direktivet ska vissa undantag göras för ansvar om ett angrepp på en företagshemlighet ägt rum för att avslöja fall av försummelse, oegentligheter eller olagligheter (dvs. visselblåsning). I utredningens förslag tas dock inte erforderlig hänsyn till detta utan ribban läggs högre för att visselblåsaren ska åtnjuta vissa "undantag" från lagen. Det krävs att det som avslöjas ska avse "allvarliga missförhållanden" eller "brott med fängelse i straffskalan" för att visselblåsaren ska kunna undgå sanktion.

TCO:s allmänna EU-rättsliga synpunkter

TCO anser att skäl och författningskommentarer i den kommande propositionen i högre utsträckning bör skrivas med utgångspunkt i direktivet och EU-rättens principer. I utredningen görs på många ställen hänvisningar till förarbetena till nuvarande *lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter*, FHL, och till doktrinen om lagen. Förarbeten till nu gällande FHL kommer inte ha någon självständig betydelse när den lagen upphört att gälla och kan inte heller i sig per automatik användas som förarbeten till en lag som genomför det nya direktivet. I relevanta delar behöver därför de nu gällande förarbetena överföras till propositionen om en ny företagshemlighetslag.

TCO anser även att texterna bör ses över så att innehållet i propositionen i högre grad tar sin utgångspunkt i vad som krävs respektive ryms inom direktivet och EU-rättens allmänna principer och EU-domstolens praxis. Det är enligt TCO:s uppfattning viktigt att skälen och författningskommentarerna till den nya lagen blir tydliga "nya" förarbeten.

Det förtjänar också att lyftas fram att det nya direktivet med civilrättsliga sanktioner också kommer få en "indirekt" påverkan på tidigare förarbeten till de rent nationella bestämmelserna om straff för vissa brott mot FHL. För även om ett straff varken krävs eller omfattas av direktivet så har direktivet indirekt påverkan på de bedömningar som ska göras av det straffrättsliga ansvaret och för skadestånd på grund av brott. Det beror på att sådan brottslighet framöver måste prövas också med beaktande av det nya direktivets krav på proportionalitet och i ljuset av de allmänna EU-rättsliga principerna, inte minst i fråga om avvägningen mot arbetstagares fria rörlighet.

Omvänt har också det straffrättsliga ansvaret och skadeståndsansvar vid brott påverkan på sanktioner för överträdelser av det civilrättsliga direktivet. Detta eftersom proportionalitetsbedömningarna måste göras utifrån en samlad bedömning av sanktionernas omfattning. Dessa förhållanden kräver regeringens närmare överväganden och måste ge avtryck i propositionen.

TCO:s synpunkter på vissa avsnitt i utredningen

Avsnitt 5.2.2 Artikel 1

TCO menar att redovisningen av artikelns innehåll bör kompletteras med en närmare beskrivning av rekvisiten och förutsättningarna för när medlemsstaterna får föreskriva ett mer långtgående skydd.

Artikel 1.1 andra stycket föreskriver ett sådant utrymme för medlemsstaterna ”under uppfyllande av bestämmelserna i EUF-fördraget”. Artikeln innehåller alltså en direkt referens till fördragets principer. Viktigast i sammanhanget torde vara de fria rörligheterna och fördragets proportionalitetsprincip som har utvecklats närmare i EU-domstolens praxis.

Innehållet i den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen och domstolens praxis om hur lämplighetsbedömning och nödvändighetstest närmare ska göras vid bedömning av nationell lagstiftning bör redovisas i den kommande propositionen. Det gäller inte minst frågan om målsättningen med åtgärden (dvs. i detta fall skyddet för företagshemligheter) hade kunnat uppnås med mindre ingripande åtgärder för att inte hindra arbetstagares fria rörlighet. Detta är särskilt angeläget eftersom artikel 1.3 uttryckligen stadgar att inget i direktivet ska tas som grund för att begränsa arbetstagares rörlighet, vilken måste bedömas också i ljuset av artikel 114.2. EUF-fördraget.¹

TCO anser att en sådan komplettering behövs trots att direktivet innehåller en särskilt proportionalitetsbestämmelse i artikel 13. Artikel 13 reglerar endast den specifika frågan om proportionalitetsbedömningen som ska göras av de rättsliga myndigheterna inom ramen för en ansökan om föreläggande eller korrigeringsåtgärder enligt artikel 12. Referensen till bestämmelserna i EUF-fördraget i artikel 1 utgör istället ett led för en grundläggande och helt central fråga, nämligen direktivets syfte och tillämpningsområde.

TCO hävdar att det föreligger en betydande risk att utformningen av den nya lagen om företagshemligheter får en inlåsningseffekt och begränsar arbetstagares fria rörlighet, främst på grund av i vissa

¹ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

delar bristande implementering (skyddet för visselblåsare) och i andra delar överimplementering samt den utökade kriminaliseringen

Avsnitt 5.4 Definitionen av företagshemligheter – artikel 2

TCO välkomnar utredningens tydliga ansats och ambition att föreslå en definition som är direktivskonform. Som exempel på detta är att det i förslagets 1 § uttryckligen anges att information om brott eller annat allvarligt missförhållande inte är en företagshemlighet och det är inte heller en arbetstagares erfarenhet och färdigheter som erhållits vid normal yrkesutövning.

Utredningen föreslår att FHL:s definition förändras på så sätt att kravet på att informationen ska avse affärs- eller driftsförhållanden i en näringsidkares rörelse tas bort. Det görs utan att kravet ersätts med något annat rekvisit som pekar på att det ska röra just en företagshemlighet. Resultat blir att den nya definitionen öppnar upp för att i princip vilken hemlighet som helst som innebär skada i konkurrenshänseende faller in under definitionen.

Utredningens föreslagna definition skiljer sig på en viktig punkt från direktivets definition. Direktivet föreskriver att informationen ska ha ett ”kommersiellt värde”, artikel 2.1. b). Det kommersiella värdet får anses vara det som skiljer en företagshemligheter från andra hemligheter.

De rekvisit som finns i artikel 2 1. a) om att information inte är *allmänt känd hos eller lättillgänglig för personer i de kretsar som normalt sett handskas med typen av information i fråga* bör förklaras tydligare i författningskommentaren. Även om utredningen bedömer att det i stort sett motsvarar hur nuvarande FHL har uppfattats så är det här fråga om en helt central fråga, nämligen definitionen av vad som kvalificerar sig som en företagshemlighet och som därmed ska åtnjuta det skydd som regleras i direktivet.

När det gäller kriterierna i punkten 2 i 1 § bör författningskommentaren närmare redovisa och utveckla vad kravet på innehavaren att ha *vidtagit rimliga åtgärder* för att hålla informationen hemlig innebär.

TCO anser att kretsen möjliga *innehavare* också bör förtydligas i författningskommentaren. Där anges för närvarande bara att *näringsidkares rörelse* har slopats för att klargöra att företagshemlighet också kan avse information hos t.ex. en icke-kommersiell forskningsinstitution, så länge informationen har ett potentiellt kommersiellt värde. Såvitt TCO kan förstå är det bara icke-kommersiella forskningsinstitutioner som åsyftas eftersom dessa uttryckligen omnämns i direktivet men att tanken inte har varit att öppna upp för fler icke-näringsdrivande rörelser än så. Det bör förtydligas i den kommande propositionen.

I utredningsförslagets 1 § tredje stycke framgår att ett förhållande som utgör *brott eller annat allvarligt missförhållande* inte är en företagshemlighet, och därmed falla utanför definitionen för företagshemlighet. Enligt FHL anses det inte utgöra ett obehörigt angrepp att röja en företagshemlighet genom att offentliggöra något som skäligen kan misstänkas utgöra brott, på vilket fängelse kan följa (2 § andra stycket FHL). Motsvarande bestämmelse finns även med i utredningens förslag till ny lag (3 § andra stycket).

TCO delar uppfattningen att uppgifter om brott inte bör omfattas av definitionen av vad som är en företagshemlighet och anser att ett förtydligande av hur de två paragraferna förhåller sig till varandra är nödvändigt.

TCO anser att begreppet företagshemlighet har givits en allt för vid definition och att den bör begränsas så att den överensstämmer med direktivets krav men inte går därutöver.

Avsnitt 5.4.7 Arbetstagares personliga skicklighet och egna erfarenheter utgör inte företagshemligheter

TCO kan inte nog poängtera vikten av så tydliga och förutsägbara regler som möjligt i frågan om arbetstagares personliga skicklighet och egna erfarenheter inte utgör företagshemligheter. Den enskilde arbetstagaren bör rimligen genom förarbetena kunna få så mycket ledning som möjligt för att förstå vad som utgör skyddade företagshemligheter och vad som är sådana personliga erfarenheter och kunskaper som ska stå arbetstagaren fritt att använda.

Mot bakgrund av TCO-förbundens erfarenhet av de problem och den osäkerhet som kan uppstå hos arbetstagare som arbetar hos arbetsgivare med mycket företagshemligheter är TCO:s uppfattning att hindren för arbetstagarens rörlighet kan uppstå inte bara till följd av risken för sanktioner utan också till följd av att regelverket inte är tillräckligt tydligt och förutsägbart. Med hänvisning till att frågor om företagshemligheter ofta innehåller mycket komplexa bedömningar är det också viktigt utifrån perspektivet att arbetstagaren ska kunna få hjälp och rådgivning från sitt fackförbund för att kunna tillvarata sina rättigheter vid anspråk från arbetsgivaren.

Det är också viktigt för en arbetstagare att kunna bedöma vad hen kan använda inom ramen för en ny anställning istället för att behöva avstå från att använda sin kompetens och från att röra sig på arbetsmarknaden "för säkerhets skull" även i situationer där det vid en senare analys visar sig inte vara fråga om en företagshemlighet. Det skulle vara en mycket olycklig konsekvens såväl ur den enskilda arbetstagarens perspektiv som ut ett mer övergripande perspektiv eftersom det leder till inlåsnings effekter som kan hindra svensk innovations- och konkurrensförmåga.

Det är extra angeläget att inte hindra arbetstagares fria rörlighet i en tid då arbetsmarknaden i ständigt ökande grad präglas av en efterfrågan på och betonar värdet av de anställdas personliga skickligheter, kunskaper och kompetens.

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

11.6.7 Straffansvaret i förhållande till anställdas yttrandefrihet

Hänvisningarna i dessa avsnitt till den nya *lagen (2017:151) om meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter* bör uppdateras då lagen nu trätt i kraft. Dessutom bör innehållet i den lagen närmare beskrivas vad gäller förhållandet till företagshemligheter eftersom den nya lagen omfattar meddelarskydd också för företagshemligheter och där meddelarskyddet så att säga ”tar över”. Det är angeläget att det framstår som mycket tydligt för de många arbetstagare som finns i sådana verksamheter som omfattas av den nya lagen.

Det finns också behov att ytterligare utveckla och klarlägga frågan om vad som gäller avseende straffansvar för brott mot den nya företagshemlighetslagen för anställda med meddelarskydd enligt svensk lag som inte är grundlagsfäst, t.ex. anställda i landstings- och kommunägda bolag enligt OSL.

Avsnitt 5.6.2 En definition av vad som utgör angrepp på företagshemlighet behövs i svensk lag.

Utredningen föreslår att inte bara röjande som sker uppsåtligt eller av oaktsamhet ska kunna utgöra ett angrepp i lagens mening utan det ska räcka med att förfarandet har skett utan innehavarens samtycke. Förslaget innebär bland annat att ett förfarande som en anställd vidtagit i god tro ses som ett angrepp och kan få vissa rättsverkningar.

TCO delar inte den uppfattningen, detta är ett av flera exempel på när utredningen går långt utöver vad som krävs enligt direktivet för att införliva det i svensk rätt.

TCO avstyrker att ett förfarande som ”endast” har skett ”utan innehavarens samtycke” ska kunna utgöra ett angrepp i lagens mening och anser att det även fortsättningsvis bör krävas att angreppet skett uppsåtligt eller av oaktsamhet

Avsnitten 5.7.1 Punkten a – yttrandefrihet m.m. och

5.7.3 Punkten b – avslöjande av missförhållanden

En viktig och omdiskuterad del av direktivet är den del som gäller skydd för visselblåsare i artikel 5. Det var en artikel som diskuterades in i det sista och det slutgiltiga förslaget förhandlas fram i trilogien.

I Sverige är vi stolta över vår tryck- och yttrandefrihet. Det meddelarskydd som innebär att vissa anställda har rätt att vända sig

till media med uppgifter om sin arbetsgivares verksamhet går före lagen om företagshemligheter. Det är en viktig och bra princip.

TCO vill dock erinra om att det för anställda finns många olika sätt att utöva sin yttrandefrihet. Det är inte alla yttranden som skyddas av tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen och det är därför viktigt att skyddet för yttrandefriheten markeras.

Direktivet öppnar upp för att införa ett tydligt skydd för visselblåsare i lagen. Enligt direktivet ska vissa undantag göras för ansvar om ett angrepp på en företagshemlighet ägt rum för att avslöja fall av försummelse, oegentligheter eller olagligheter (dvs. visselblåsning). I utredningens förslag tas dock inte erforderlig hänsyn till detta utan ribban läggs högre för att visselblåsaren ska åtnjuta vissa ”undantag” från lagen. Det krävs att det som avslöjas ska avse ”allvarliga missförhållanden” eller ”brott med fängelse i straffskalan” för att visselblåsaren ska kunna undgå sanktion.

Frånvaron av skydd för visselblåsare i kombination med att utredningen vill utvidga lagens tillämpningsområde gör enligt TCO att utredningen får slagsida. Om förslaget genomförs kan det komma att innebära en ökad rädsla hos anställda för att dela med sig av uppgifter som kan bidra till att avslöja försummelser och andra oegentligheter.

Avsnitt 5.7.2 Punkten b – avslöjande av missförhållanden Förhållandet mellan FHL och visselblåsarlagen

I utredningens förslag i 3 § andra stycket krävs det att avslöjande av brott med fängelse i straffskalan eller allvarliga missförhållanden skäligen kan misstänkas. Detta skiljer sig från misstankegraden i *lagen (2016: 749) om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden* (visselblåsarlagen) där det för skydd är tillräckligt att den anställde haft fog för påståendet om allvarliga missförhållanden. Det uppställs alltså ett något högre krav för avslöjande av företagshemligheter än att den enskilde haft fog för sin bedömning. Detta leder till uppenbara tolkningsproblem för arbetstagaren och risk för att denne, av rädsla för stränga sanktioner, väljer att inte avslöja missförhållanden på arbetsplatsen.

Avsnitt 5.7.3 Punkten c – arbetstagarföreträdares uppdrag

Det bör förtydligas i den kommande propositionen att rekvisiten för vad som är ”nödvändigt” i artikel 5 c) inom ramen för en arbetstagarföreträdares uppdrag inte motsvarar uppräkningslistan i vad som inte är obehörigt enligt de föreslagna rekvisiten i lagförslagets 3 § andra stycket. Det behöver varken vara fråga om brott eller allvarliga missförhållanden utan kan istället vara frågor på företaget där arbetstagare och deras företrädare kan ha intresse av att utbyta information för bevakande av arbetstagarnas intressen och

därmed som ett led i fackets arbete. Komplexiteten i regelverket motiverar att bedömningen av vad som får anses nödvändigt inte ska göras utifrån en strikt bedömning.

Enligt direktivets ordalydelse i artikel 5 c) omfattas röjande ”inom ramen för företrädarnas utövande av sina uppdrag”. Arbetstagaren har alltså rätt att röja företagshemligheter som denne känner till för fackliga förtroendemän och juridiska ombud i fackliga organisationer som agerar som rättsligt ombud för arbetstagare och för tillvaratagandet av dennes rätt.

TCO välkomnar utredningens skrivningar på sid 152 om att utgångspunkten bör vara att den information som en arbetstagare röjt för sin arbetstagarföreträdare inom ramen för facklig rådgivning för att kunna tillvarata sina rättigheter i arbetslivet är att anses som nödvändig. Det är en frågeställning som inte är ovanlig inom ramen för rådgivning.

Utredningen anger samtidigt att arbetstagaren bör vara försiktig med att avslöja företagshemligheter eftersom det finns en risk för att denne blir skadeståndsskyldig om röjandet är obehörigt. Formuleringen är olycklig då den riskerar att begränsa arbetstagens möjlighet att även i befogade fall söka hjälp hos sin fackliga företrädare. Den är inte heller i linje med direktivets syfte att skydda arbetstagare.

TCO vill därför att det ska göras ett förtydligande i lagtexten eller åtminstone i den kommande propositionen att utgångspunkten är att den information som en arbetstagare röjt för sin arbetstagarföreträdare inom ramen för facklig rådgivning för att kunna tillvarata sina rättigheter i arbetslivet är att anses som nödvändig och därmed utgör ett behörigt angrepp på eventuella företagshemligheter och att motsvarande ska gälla sedan en rättslig tvist uppstått.

Avsnitt 7.3 Skadestandsreglerna i FHL i förhållande till EU-direktivet

Mot bakgrund av att direktivet föreskriver att oaktsamt anskaffande ska kunna leda till skadestånd, föreslår utredningen en utvidgning av skadeståndsansvaret för arbetstagare genom lagförslag 8 § andra stycket. Regeln avser situationer då något av oaktsamhet anskaffar en företagshemlighet utan att sprida den vidare eller utnyttja den.

TCO ifrågasätter om det finns ett behov eller ens krav på en sådan skadeståndssanktion, i synnerhet när det gäller arbetstagare som inom ramen för sin anställning av oaktsamhet anskaffar en företagshemlighet. Skador för arbetsgivaren torde sällan uppstå i dessa fall. Utredningen anför i kapitel 7.3.1 att om en arbetstagare oaktsamt anskaffar en företagshemlighet torde det sällan leda till några större skador för arbetsgivaren och det ligger nära till hands att

bedöma att ett sådant skadestånd ska jämkas till noll. Vidare framgår det av direktivets artikel 14 andra stycket att medlemsstaterna får begränsa arbetstagares skadeståndsansvar gentemot sin arbetsgivare för olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande i de fall där de handlar utan uppsåt.

TCO avstyrker i första hand skadeståndsskyldighet enligt förslaget i 8 § andra stycket (oaktsamhetsfallen) och anser i andra hand att i vart fall arbetstagare bör undantas från detta skadeståndsansvar. Dessa fall borde istället kunna lösas inom ramen för anställningen och inte betunga rättsväsendet.

Avsnitt 9.3 Proportionalitet – artikel 15.3

TCO noterar att det i förslagets 25 § att det är den som har gjort eller medverkat till det obehöriga angreppet som ska bekosta lämpliga åtgärder för att sprida information om domen i ett mål. På sidan 254 anges att den skälighetsbedömning som ska göras bör även beaktas de kostnader som beslutet kan medföra för *svaranden*. TCO vill i detta sammanhang påminna om partskonstellationen i direktinstämnda mål i Arbetsdomstolen. Svaranden kan i dessa mål vara en arbetstagarorganisation och det är angeläget att det tydliggörs att arbetstagarorganisationen inte ska åläggas någon betalningsskyldighet för en sådan kostnad.

Avsnitt 10.2. Allmänt om gällande rätt

Utredningen innehåller en gedigen genomgång av de problem som offentlighetsprincipen medför för det företag som vill skydda en företagshemlighet genom att gå till domstol. I alla sekretessfrågor finns det ett avvägningsmoment – det finns ett intresse som ska skyddas och ett intresse av insyn och dessa måste vägas mot varandra. Utredningen har i sin iver att skydda företagshemligheter gjort det väldigt enkelt för sig och bara sett till skyddsintresset.

Med en sådan utgångspunkt i lagstiftningsarbetet, till exempel vid genomförande av direktiv kommer den grundlagsskyddade handlingsoffentligheten på sikt att urvattnas och det skulle till slut inte finnas några rimliga möjligheter till insyn kvar.

TCO anser inte att utredningens förslag om förändringar av *offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)*, OSL, är skäliga och TCO förutsätter att regeringen inte går vidare i dessa delar utan istället under den fortsatta beredningen analyserar vilka eventuella ändringar som är nödvändiga att göra i OSL med anledning av direktivets genomförande och lägger fram det i den kommande propositionen.

Avsnitt 10.3.2 Ändring av 36 kap. 2 § och upphävande av 36 kap. 2 a § OSL

Utredningen föreslår att 36 kap. 2 a § OSL ska upphävas och att 36 kap. 2 § OSL ska förändras. Enligt 2 § gäller i dag sekretess 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”. Enligt utredningens förslag ska bestämmelsen istället omfattas av absolut sekretess. Det avgörande för sekretessen ska dock vara om uppgiften kan anses vara en företagshemlighet eller inte enligt den nya lagens definition. Någon absolut sekretess i traditionell bemärkelse är det alltså inte frågan om.

TCO synpunkter på den nya definitionen av företagshemligheter framgår ovan och de går i korthet ut på att den föreslagna definitionen är för vid och stämmer dåligt förens med definitionen i direktivet. Redan på den grunden anser TCO att det finns anledning att avstyrka förslagen om förändringar av 36 kap. OSL.

Enligt utredningen ska det avgörande för om sekretess föreligger vara om uppgiften kan ”medföra skada i konkurrenshänseende”, vilket är ett led i definitionen av företagshemlighet. Som påpekats ovan kan en uppgift vara till skada ur konkurrenshänseende utan för den sakens skull vara en företagshemlighet. Frågan är också hur sekretessbestämmelsen ska tillämpas på organisationer som inte konkurrerar på någon marknad. Vid bedömningen av om informationen är en företagshemlighet eller inte ligger det nära till hands att se till om det är en uppgift där det typiskt sett innebär en skada i konkurrenshänseende att den offentliggörs. När en sekretessprövning görs bör myndigheten dock se till den faktiska skadan i konkurrenshänseende i det enskilda fallet. Det talar enligt TCO för att sekretessbestämmelsen inte bör sammanblandas med definitionen i lagen.

TCO tycker inte heller att det är ändamålsenligt att skaderekvisitet inte finns i bestämmelsen i OSL. En begäran om att ta del av allmänna handlingar ska kunna göras av alla medborgare och det är därför extra viktigt att inte i onödan krångla till lagstiftningen med korshänvisningar. Det är viktigt att det tydligt framgår av bestämmelsen i OSL vad som gäller. Inte minst eftersom myndigheterna hänvisar till just OSL när de avslår en begäran om att ta del av allmänna handlingar.

Den nya ordalydelsen ger också intrycket av att absolut sekretess gäller för uppgifterna, vilket inte är avsikten enligt utredningen. Absolut sekretess används i vissa fall enligt OSL för uppgifter som har ett särskilt stort skyddsintresse. Utredningens förslag till ny

sekretessbestämmelse kan lätt sammanblandas med dessa bestämmelser med ”riktig” absolut sekretess. Detta är enligt TCO ytterligare en omständighet som gör att skaderekvisitet bör framgå av bestämmelsen.

Rekvisitet ”uppgift om affärs- eller driftförhållanden” förekommer frekvent i OSL, och är både känt och väl inarbetat. Man bör därför nog överväga om det är lämpligt att byta ut det.

TCO avstyrker den föreslagna ändringen av 36 kap. 2 § OSL och följdändringen som innebär upphävande av 36 kap. 2 a § OSL.

Utredningen föreslår att den nya sekretessbestämmelsen ska gälla utan begränsning i tid med hänsyn till artikel 9 i direktivet. En förutsättning för att sekretessen ska bestå är dock att uppgiften fortsatt bedöms utgöra en företagshemlighet enligt den nya definitionen, en definition som TCO kritiserat för att vara allt för vid. I dag gäller motsvarande sekretess i högst 20 år. Utredningen har inte framfört några övertygande skäl eller anfört konkreta behov av att förlänga denna tid.

TCO avstyrker förslaget och anser att sekretesstiden även i fortsättningen bör vara högst 20 år.

Avsnitt 10.3.3. Ändring av 31 kap.22 a OSL

Utredningen föreslår att bestämmelserna 31 kap. 22 a §, 27 kap. 2 och 3 §§ och 34 kap. 1 § OSL ska ändras på ett sätt som motsvarar förändringen av 36 kap. 2 § OSL. Argumenten är de samma som för förändringarna av 36 kapitlet.

TCO avstyrker förslaget av samma anledningar som anförts ovan gällande 36 kap. OSL.

Avsnitten 10.3.6 Förbud mot utnyttjande av företagshemlighet ska kunna meddelas i samband med ett yppandeförbud från domstol,

10.3.7 Förbud mot utnyttjande av företagshemlighet ska även kunna meddelas i samband med ett yppandeförbud från förundersökningsledare, och

10.3.8 Bestämmelserna om brott mot tystnadspliktsförordnande ska även omfatta utnyttjande av uppgift i strid med sådant förordnande

Utredningen föreslår att regeln om tystnadspliktsförordnande enligt 5 kap. 4 § RB ska få ett tillägg med innebörden att rätten, avseende sekretessbelagd uppgift som lagts fram inom stängda dörrar, får besluta att uppgiften inte får ”utnyttjas”. Detsamma gäller regeln i 23 kap. 10 § sista stycket RB, enligt vilken en förundersökningsledare i samband med förhör ska kunna besluta att det som förekommit vid förhöret inte får ”utnyttjas”. Motsvarande förändring föreslås av den särskilda regeln om brott mot tystnadspliktsförordnande i 9 kap. 6 § RB respektive 39 § FPL.

Som utredningen påpekar kommer de föreslagna förändringarna som motiveras av direktivet att få konsekvenser inte bara för processer som rör företagshemligheter utan även andra uppgifter i motsvarande situation.

Enligt TCO kan förändringarna få både oönskade och oönskade effekter. Ska en sådan förändring genomföras måste termen ”utnyttjas” definieras tydligare och det måste utredas vilka konsekvenser ändringarna får, inte minst ur ett yttrandefrihetsperspektiv.

TCO avstyrker förslagen.

Avsnitt 11.6 Ett utökat straffansvar

TCO är starkt kritiskt till att införa en ny straffbestämmelse (5 §) i den nya lagen.

De argument mot ett utökat straffansvar som framfördes av flera remissinstanser redan i samband med 2008 års utredning är fortfarande relevanta.

Argumenten har till följd av den nödvändiga EU-harmoniseringen till och med i vissa delar en ännu större tyngd i dag. Den tidigare kritiken, som TCO alltjämt anser är relevant, utvecklas nedan och kan sammanfattas i följande tre huvudpunkter:

- 1) Det ska inte förekomma straffsanktioner mot brott mot avtalsförpliktelser som redan har verkningsfulla civilrättsliga sanktioner.
- 2) Straffsanktioner ökar risken för inlåsnings effekter och minskad rörlighet på arbetsmarknaden.
- 3) Behovet av straffsanktioner och konsekvenserna av sådana har inte undersökts tillräckligt.²

FHL innebär att en anställd eller tidigare anställd som bryter mot t.ex. förbudet att utnyttja eller röja företagshemligheter kan dömas att betala ett högt (allmänt) skadestånd, detta även om innehavaren av företagshemligheten inte lidit någon ekonomisk skada. Domstolspraxis visar att både de allmänna och de ekonomiska skadestånden kan uppgå till betydande belopp.³

Enligt TCO-förbundet Unionens erfarenhet av förhållandena för tjänstemännen på den privata arbetsmarknaden är redan risken för att drabbas av ett omfattande skadeståndskrav mycket avskräckande för anställda.

² SOU 2017:45 s. 347

³ Se t.ex. AD 2017 nr 12.

Det finns därutöver en risk för att den svenska lagstiftningen, det vill säga de samlade straff- och skadeståndsbestämmelserna för obehöriga angrepp på företagshemligheter, helt enkelt kommer att gå för långt mot bakgrund av att direktivets avsikt är att harmonisera skyddet för företagshemligheter i EU:s medlemsstater.

Rättsläget skiljer sig också åt från det som gällde vid tidpunkten för den förra utredningen om skydd för företagshemligheter.⁴ De bestämmelser som nu *måste* införas till följd av direktivet innebär att fler rättsliga sanktioner kan riktas mot arbetstagare och tidigare arbetstagare.

Utredningens förslag innebär dessutom ännu en nyhet då angrepp som har begåtts sedan anställningen upphört kan föranleda vitesförbud och andra åtgärder (såsom överlämnande av handlingar), även när synnerliga skäl inte föreligger för att ådöma en tidigare anställd skadeståndsskyldighet. Dessutom kan beslut om förbud och åtgärder meddelas mot en arbetstagare och tidigare arbetstagare även vid försök och förberedelse till angrepp.

TCO vill i det sammanhanget också peka på att utredningens definition av företagshemligheter i sig innebär en utvidgning av begreppet.

Utredningen har visserligen i kommittédirektiven fått i uppdrag att föreslå en utökad kriminalisering avseende olovligt utnyttjande av företagshemlighet eller olovligt röjande av företagshemlighet med, vilket beror på det så kallade Ericsson-målet från början av 2000-talet. Det har dock inte framkommit att något liknande fall uppkommit sedan det 2003 stod klart genom hovrättens dom att det finns en sådan "lucka" i lagen. Behovet av straffbestämmelsen kan därför ifrågasättas.

TCO anser att det som anförts ovan utgör så starka skäl mot att nu införa straffbestämmelser för nya brott att regeringen måste omvärdera denna fråga.

Om sådant behov framöver skulle visa sig, och bedömningen görs att lagstiftningen inte når en tillräckligt hög skyddsnivå för skyddet av företagshemligheter vid en avvägning av andra skyddsvärda intressen, inte minst arbetstagares fria rörlighet, har regeringen alltid möjlighet att återkomma i frågan.

TCO noterar också att utredningen själv anger att det finns en risk att den nya straffbestämmelsen och de ändringar som införs med anledning av direktivet kan få oönskade inlåsnings effekter i form av minskad rörlighet på arbetsmarknaden.⁵ Utredningen konstaterar

⁴ SOU 2008:63 Förstärkt skydd för företagshemligheter

⁵ SOU 2017:45 s. 389

dessutom att sådana effekter kan uppstå både tillsammans och var för sig genom straffbestämmelsen och övriga ändringar. TCO delar denna bedömning.

Dessutom finns det enligt TCO:s uppfattning en stor risk att förslaget om en utökad kriminalisering får en oönskad effekt genom att arbetstagare blir än mer försiktiga med att slå larm om missförhållanden och oegentligheter. Även detta är ju ett skyddsvärt intresse enligt direktivets regler och skyddas genom att ”dörren är stängd” för talan om olika typer av åtgärder för innehavaren i fall där det rör sig om visselblåsning enligt artikel 5 i direktivet.

Utöver det som redan sagts vill TCO - i frågan om de överväganden som lagstiftaren bör göra inför eventuell ny kriminalisering - hänvisa till Straffrättsanvändningsutredningens kriterier och resonemang om vad som bör straffas.⁶

TCO gör bedömningen att de kriterier om vad som bör straffas som ställs upp i Straffrättsanvändningsutredningen inte är uppfyllda och att det inte finns något tungt vägande skäl att göra undantag och ändå lagstifta samt att det inte heller finns något krav på straffrättsliga sanktioner i EU-rätten. Detta leder TCO till slutsatsen att regeringen bör avstå från att utöka straffansvaret till nya brottstyper.

I sammanhanget finns det anledning att också nämna den frekventa förekomsten av olika former av avtalade sekretessklausuler och konkurrensklausuler, inte minst på tjänstemannasidan. Det är en sådan alternativ metod som Straffrättsanvändningsutredningen tar upp och som torde vara en tillräckligt effektiv metod i kombination med lagstiftningens nuvarande kriminaliserade område för att skydda företagshemligheter.

I frågan om det föreslagna straffbudet kan tänkas få önskvärd effekt vill TCO slutligen hänvisa till den snabba tekniska utvecklingen och de hot och utmaningar som följer med det i form av många och omfattande cyberattacker. Det största och allvarligaste hotet mot företagshemligheter kan inte längre antas komma från enskilda och arbetstagare.⁷

⁶ SOU 2013:38 s. 19-20

⁷ Artikelserie i Svenska Dagbladet under våren/sommaren 2017 och ledare i Svenska Dagbladet den 13 juli 2017 <https://www.svd.se/innan-molnhopparen-kommer-till-just-din-dator> samt Myndigheten för samhällsskydd och beredskap, Årsrapport om incidentrapportering 2016 <https://www.msb.se/sv/Om-MSB/Nyheter-och-press/Nyheter/Nyheter-fran-MSB/Forsta-arsrapporten-inlamnad-till-regeringen-om-arbetet-med-allvarliga-it-incider/>

Nuvarande straffrättsliga regler och den förstärkning av skyddet för företagshemligheter som genomförandet av direktivet kräver är, enligt TCO:s uppfattning, således tillräckligt för att tillgodose företagets behov av att skydda sina kommersiella intressen.

I detta sammanhang vill TCO erinra om Lagrådets yttrande⁸ med anledning av lagrådsremissen den 12 december 2013 om bättre skydd för företagshemligheter som innehöll förslag om en liknande nykriminalisering som i detta betänkande. Lagrådet ifrågasatte om det fanns tillräckliga skäl för en så pass omfattande nykriminalisering. Lagrådet pekade dessutom på att skadeståndsbestämmelserna i det förslagets 5 och 7 §§ (som motsvaras av detta betänkandes förslag till 8 och 10 §§) i stor utsträckning överlappade varandra och att det framstod som olämpligt. Såvitt TCO kan förstå är Lagrådets kommentarer, i allt väsentligt, i dessa delar fortfarande relevanta.

Utredningen anger på sidan 375 i frågan om skadestånd att den situationen inte torde kunna uppstå att en gärning är brottslig utan att det samtidigt föreligger synnerliga skäl för skadestånd. Indirekt kommer det sannolikt att innebära att det utökade straffansvaret även utvidgar möjligheten att utkräva skadestånd sedan anställningen upphört.

TCO avstyrker 5 § i förslaget om företagshemlighetslag.

Ett utökat straffansvar är inte önskvärt eller behövt men skulle det införas måste straffansvaret begränsas så att det endast inkluderar de mest klandervärda angreppen. TCO noterar att utredningen inte anser att det finns något lagstiftningsbehov i fråga om mindre allvarliga fall. Så som utredningens förslag är utformat framgår det dock inte med önskvärd tydlighet vad som klassificeras som mindre allvarliga gärningar. Utrymmet för att bedöma en överträdelse som ringa bör inte heller göras för smalt. I enlighet med utredningens konsekvensanalys riskerar ett utökat straffansvar att leda till inlåsnings effekter för arbetstagare och minskad vilja att slå larm om missförhållanden på arbetsplatsen.

Om ett utvidgat straffansvar införs bör det, såsom förslaget är, krävas uppsåt, och inte oaktsamhet, för de nya brotten av de skäl som Straffrättsanvändningsutredningen anförde.

Talans väckande bör dessutom vara beroende av att arbetsgivaren angett gärningen till åtal och talan bör alltså inte falla under allmänt åtal. Detta kan lätt motiveras med de särskilda omständigheter som gäller för den här typen av brottslighet som utspelar sig på en arbetsplats av, typiskt sett, ostraffade, välutbildade och i övrigt

⁸ Lagrådsyttrande daterat den 8 januari 2014 om bättre skydd för företagshemligheter.

skötsamma arbetstagare som är eller har varit bundna till sin arbetsgivare genom ett anställningsavtal med inbördes lojalitetsplikt och där det kan finnas goda skäl för båda parter att reglera frågor av det här slaget på annat sätt än i ett brottmål i domstol. Det vanligaste sättet på svensk arbetsmarknad att lösa tvister är att man utom rätta ingår frivilliga ekonomiska uppgörelser och därefter avslutar sina mellanhavanden. Det är därför rimligt att låta arbetsgivare disponera över frågan om åtal ska väckas för den här typen av brottslighet i arbetslivet.

TCO:s lite mer tekniska synpunkter på författningsförslaget om en lag om företagshemligheter och på författningskommentaren

Inledning

TCO delar utredningens bedömning att en helt ny lag behövs. När det gäller utformningen av förslaget till ny lagtext anser TCO att den innehåller vissa förbättringar i pedagogiskt avseende jämfört med tidigare.

TCO anser dock att ett större fokus bör läggas på de rekvisit och tolkningsdata i direktivet som kan finnas i skälen till respektive artikel. Ett exempel på ett sådant EU-rättsligt resonemang utifrån direktivets syfte och innehåll i övrigt är kommentaren till 1 § tredje stycket (sid 394).

TCO anser att de förarbetsuttalanden m.m. till FHL som fortfarande är aktuella för den nya lagen bör tas med i propositionen i sin helhet istället för att ha lösryckta hänvisningar till dessa. Enligt TCO:s uppfattning riskerar denna typ av referenser till nuvarande förarbeten och praxis leda till en olycklig ordning där gamla förarbeten och praxis avseende FHL kan komma att leva kvar och läsas utan att de på något sätt redovisar direktivet och de olika EU-rättsliga bedömningar som måste göras vid tillämpning av den nya lagen.

1 §

I utredningsförslagets 1 § tredje stycket framgår att ett förhållande som utgör *brott eller annat allvarligt missförhållande* inte är en företagshemlighet, och därmed falla utanför definitionen för företagshemlighet. Enligt FHL anses det inte utgöra ett obehörigt angrepp att röja en företagshemlighet genom att offentliggöra något som skäligen kan misstänkas utgöra brott, på vilket fängelse kan följa (2 § andra stycket FHL). Motsvarande bestämmelse finns även med i utredningens förslag till ny lag (3 § andra stycket).

Att information om brott regleras på två olika ställen i den nya lagen väcker vissa frågor. Att döma av definitionen kan information om brott aldrig utgöra en företagshemlighet men att döma av förslaget

till ny 3 § kan dock information om mindre allvarliga brott där fängelse inte förekommer i straffskalan ändå utgöra ett ”obehörigt angrepp” på företagshemlighet. Eftersom en strikt tolkning av definitionen i 1 § ger intrycket av att uppgifter om brott aldrig kan anses som företagshemligheter framstår de två paragraferna som motsägelsefulla.

TCO delar uppfattningen att uppgifter om brott inte bör omfattas av definitionen av vad som är en företagshemlighet och anser att ett förtydligande av hur de två paragraferna förhåller sig till varandra är nödvändigt. Definitionen av begreppet företagshemlighet och lagens tillämpningsområde är två grundläggande och viktiga frågor för en vid krets av berörda, däribland arbetstagare. Av rättssäkerhets- och förutsägbarhetsskäl bör regeringen utveckla författningskommentaren till 1 § i kommande proposition så att det blir tydligare och lättare att förstå vilka som faktiskt kan komma att omfattas av lagen.

2 §

TCO välkomnar den lagtekniska lösningen att använda begreppet ”angrepp” som samlingsbegrepp för anskaffande, röjande och utnyttjande och vissa andra beteenden i den utsträckning som det motsvarar direktivets krav.

Utredningen föreslår att inte bara röjande som sker uppsåtligt eller av oaktsamhet ska kunna utgöra ett angrepp i lagens mening. Det ska istället räcka med att förfarandet har skett utan innehavarens samtycke. Detta är enligt TCO ett av flera exempel på när utredningen går långt utöver vad som krävs enligt direktivet för att införliva det i svensk rätt.

TCO avstyrker förslaget och anser att det även fortsättningsvis bör krävas att angreppet skett uppsåtligt eller av oaktsamhet.

Det kan dock konstateras att den nya 2 § väcker vissa frågor när det gäller förhållandet till 3 § liksom till 4 § och efterföljande paragrafer. I författningskommentaren till 2 § anges tydligt att direktivet och rekvisitet angrepp varken kräver uppsåt eller oaktsamhet. I 3 § stadgas sedan att lagen endast gäller obehöriga angrepp. Med tanke på att 3 § kommer direkt efter 2 § så innebär konstruktionen att användningen av rekvisitet ”angrepp” i 3 § läses med det innehåll som anges i 2 §. Samtidigt framgår av kommentaren till 3 § att den i viss mån utgår från syfte och därmed vilket uppsåt angriparen haft. Det närmare förhållandet mellan 2 och 3 §§ bör klargöras.

TCO föreslår vidare att det exempel från Kommissionen som refereras i avsnitt 5.7.4 på sid 153 om arbetstagarens rätt 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, tas med i författningskommentaren som ett konkret exempel på när ett angrepp är behörigt enligt 2 §.

Förhållandet mellan 2-3 §§ och straffbestämmelserna

Ännu knepigare blir det ur ett rättssäkerhetsperspektiv eftersom rekvisiten i straffbestämmelserna i 4-7 §§ överhuvudtaget inte förhåller sig till rekvisiten för angrepp i 2 § och obehöriga angrepp i 3 §. Av förslaget till rekvisit i 4 § finns inte något av rekvisiten för angrepp i 2 § med. Vad är avsikten med att det i 4 § står "olovligen bereder sig tillgång till" medan det i 2 § handlar om anskaffande utan innehavarens samtycke? Är avsikten att visa på kravet på uppsåt för att fråga ska kunna aktualiseras om straffansvar? Om så är fallet är den lagtekniska lösningen långt ifrån självklar.

TCO ställer sig också mot bakgrund av innehållet i 2 § frågande till förslaget att stryka rekvisiten "med uppsåt" i 4 §. Med beaktande av att 2 § som definierar ett angrepp och som inte förutsätter uppsåt och 3 § som avgränsar lagen till att bara gälla obehöriga angrepp så krävs enligt TCO:s uppfattning mer tydlighet i författandet av 4 § för att undvika missförstånd och osäkerhet ifråga om förutsättningarna för straffansvar i 4 §. Oavsett vilket så kan det konstateras att rekvisiten i 4 § inte enligt ordalydelsen omfattas av 2 och 3 §§.

Liknande frågor gör sig gällande beträffande 5 § och rekvisitet "olovligen". Eftersom ett angrepp i form av t.ex. utnyttjande eller röjande enligt 2 § kräver att det görs utan innehavarens samtycke så blir rekvisitet "olovligen" otydligt och verkar närmast vara någon form av spegelvariant av rekvisitet "utan innehavarens samtycke" i 2 §. Förhållandet och skillnaden mellan rekvisiten "olovligen" i 4 § och "utan samtycke" måste klargöras.

TCO anser vidare att ett förtydligande bör göras ifråga om att vad som kan konstituera ett samtycke får avgöras med ledning av omständigheterna i det enskilda fallet. Enligt TCO:s uppfattning finns här anledning att något förtydliga sambandet till 1 § och rekvisiten för vad som utgör en företagshemlighet. Att en innehavare anses ha vidtagit rimliga åtgärder med hänsyn till omständigheterna för att hemlighålla informationen och att det rör sig om en företagshemlighet enligt 1 § bör vara en fråga att bedöma i sig. Det innebär dock självfallet inte att "samtycke" enligt förslaget till 2 § saknas. Då författningskommentaren till 2 § anger att samtycke får avgöras med ledning av "omständigheterna i det enskilda fallet" bör det förtydligas att detta inte syftar på rekvisiten i 1 § första stycket 2 p. Det sagda innebär dock inte att ett antal omständigheter faktiskt kan ha betydelse såväl för de olika prövningarna som ska göras enligt 1 § och 2 §.

När det gäller den prövning som ska göras av huruvida samtycke förelegat enligt 2 § så anser TCO att det bör förtydligas att mer

allmänna omständigheter också kan ha betydelse. Den omständigheten att innehavaren (ofta arbetsgivaren) t.ex. i tidigare sammanhang inte reagerat eller invänt mot liknande "angrepp" på liknande företagshemligheter bör bedömas vara en omständighet som talar för att i vart fall ett underförstått samtycke föreläggat. Och även om det i en sådan situation skulle anses att samtycke saknats så bör det vara en omständighet som kan beaktas inom ramen för en bedömning av eventuellt skadestånd eller andra åtgärder och som grund för jämkning.

3 §

Direktivet anger i artikel 3 i vilka fall en företagshemlighet ett anskaffande, utnyttjande och röjande ska anses som lagligt. Det är olyckligt att denna uttryckliga grund för lagliga beteenden inte föreslås framgå tydligare i lagtexten än som en omvänd reglering med innehåll att bara obehöriga angrepp omfattas av lagen. Detta är särskilt beklagligt eftersom förslaget till 3 § inte på något sätt innehåller en uttömmande reglering utan bara en exemplifiering med utgångspunkt från den konstruktion som gäller i FHL i dag.

TCO anser i första hand att det bör framgå direkt av lagtexten vilket anskaffande som är lagligt. Av särskilt vikt i det sammanhanget är från ett arbetstagar- och fackligt perspektiv artikel 3. 1. c om arbetstagens eller arbetstagarföreträdarens utövande av sin rätt till information och samråd i enlighet med unionsrätten och nationell lagstiftning och praxis.

Även om regeringen skulle välja att gå vidare med en proposition med ett författningsförslag som motsvarar utredningens måste författningskommentaren kompletteras med närmare vägledning om vad som utgör lagliga beteenden.

TCO vill också kommentera att det i förslaget till författningskommentaren, sid 397, anges att ingen skillnad avses ifråga om hur avvägning ska göras av skyddet för företagshemligheter mot andra intressen i förhållande till 2 § FHL. Med hänvisning till att det nu är fråga om genomförandet av ett harmoniserande direktiv och vad som framförts ovan i den frågan anser TCO att en sådan beskrivning blir felvisande. Som framförts tidigare är det en stor skillnad eftersom prövningarna framöver ska göras i ljuset av direktivet, dess syfte och dess karaktär av harmoniserande direktiv för den inre marknaden och inte minst proportionalitetsprincipen (se avsnitt 5.2.2 ovan). Dessutom utvidgas området för potentiella obehöriga angrepp till följd av den slopade avgränsningen till att fråga ska vara om missförhållanden i "näringsidkarens rörelse".

I sak anser TCO också att direktivet enligt sin ordalydelse undantar mer än bara allvarliga missförhållanden. Även om de olika språkversionerna i viss mån kan sägas ge stöd för utredningens

slutsatser så finns en uppenbar risk att direktivet implementeras onödigt snävt i 1 och 2 §§ i den nya svenska lagen och att artikel 5 i direktivet ej fullt ut säkerställs.

4 §

Se kommentarerna ovan om riskerna med missförstånd till följd av strykningarna av rekvisiten ”med uppsåt”. I vilket fall bör 4-7 §§ och deras förhållande till 2 och 3 §§ förtydligas.

5 §

Av förslaget till författningskommentar framgår att det är ett grundläggande krav att det är fråga om ett obehörigt angrepp med hänvisning till 3 §. För att fråga överhuvudtaget ska vara om ett angrepp krävs dock enligt 2 § att anskaffande, utnyttjande eller röjande ska ske ”utan samtycke”. Hur förhåller sig rekvisitet ”olovligen” i förslaget till 5 § och hur förhåller det sig till 2 § och rekvisitet ”utan samtycke”? Detta måste förtydligas och utvecklas i skälen och författningskommentaren. Av resonemangen bakom förslaget synes närmast istället vara fråga om att någon angriper en företagshemlighet genom att hen utnyttjar eller röjer en företagshemlighet utan samtycke.

Fotnoterna till propositionen och lagutskottets betänkande från 1987 riskerar att bli förvirrande och vilseledande om det inte också tydligt redovisas att, i vad mån och på vilket sätt bedömningen framöver också måste göras mot direktivet och de EU-rättsliga principerna.

I förarbetena bör det erinras om de s.k. billighetsskälen i 29 kap. 5 § BrB. Det bör även anges att rätten vid straffmätningen utöver brottets straffvärde i skälig omfattning också ska beakta bl.a. om den tilltalade förorsakas men till följd av att hen på grund av brottet blir eller kan antas bli avskedad eller uppsagd från anställning eller drabbas av annat hinder eller synnerlig svårighet i yrkes- eller näringsutövning (punkt 7).

Förhållandet mellan 8 och 10 §§

TCO hänvisar till resonemanget i avsnittet 11.6 Ett utökat straffansvar på sidan 17 i detta remissvar om Lagrådets yttrande om olämpligheten i delvis överlappande skadeståndsbestämmelser.

TCO anser att regeringen i den fortsatta beredningen bör klarlägga omfattningen av överlappningen och analysera konsekvenserna av denna när det gäller arbetstagare i och efter anställning.

10 §

TCO välkomnar att skadeståndsskyldighet enligt 10 § inte föreslås för anskaffande.

TCO konstaterar att arbetstagares skadeståndsskyldighet enligt förslaget till 10 § förutsätter uppsåt eller oaktsamhet. Det innebär att

det kan vara fråga om ett angrepp enligt 2 § utan att det för den skull är ett skadeståndssanktionerat beteende enligt 10 §.

TCO välkomnar och tillstyrker också i övrigt utredningens förslag i fråga om förutsättningar för skadeståndsskyldighet, särskilt för personer sedan anställningen upphört. En viktig utgångspunkt inom svensk arbetsrätt är att lojalitetsplikten upphör då anställningen upphör och att den anställde då har rätt att utnyttja den erfarenhet, yrkesskicklighet och kunnande denne har förvärvat i sin anställning. Att inte tillåta detta skulle leda till en minskad rörlighet på arbetsmarknaden och risk för inlåsningsseffekt. Detta är en mycket viktig reglering som TCO värnar särskilt om.

11 §

Utredningen har inte visat på att det skulle vara ett problem idag att uppgifter röjts i strid med förordnande eller förbehåll. Tvärtom kan denna typ av skadeståndsbestämmelser precis som den ovan nämnda ha en hämmande inverkan på möjligheten till insyn i processen.

TCO avstyrker förslaget.

12 §

Utredningen föreslår att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet 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.

Utredningen har inte visat att det skulle vara ett problem i dag att parter röjer uppgifter som de fått del av. Tvärtom kan denna typ av skadeståndsbestämmelser ha en hämmande inverkan på möjligheten till insyn i processen.

TCO avstyrker förslaget.

Förslaget till övergångsbestämmelse, punkt 2:

TCO skulle vilja att regeringen i propositionen förtydligar hur förslaget till övergångsbestämmelse ska uppfattas.

Enligt förslaget upphävs FHL och ”Bestämmelserna i den lagen tillämpas dock alltjämt i fråga om angrepp mot företagshemligheter som har företagits före ikraftträdandet.” TCO utgår från att avsikten är att angrepp som företagits före ikraftträdandet inte heller ska kunna bemötas med några av de nya processuella åtgärderna vid angrepp. För undvikande av otydligheter och missförstånd som i värsta fall kan leda till processförluster bör detta klargöras.

Mer konkret: vad ska gälla i det fall att en arbetstagare vidtar en handling den 30 maj 2018, som inte är straffbar enligt FHL och alltså före den nya lagens föreslagna ikraftträdande, t.ex. röjer en företagshemlighet som hen haft lovlig tillgång till. Av

övergångsbestämmelsen följer att ett sådant handlande då inte skulle kunna bedömas enligt förslaget till ny 5 §. Men vad ska gälla för det fall någon därefter, t.ex. den 3 juni 2018 agerar på ett sådant sätt som anges i 6 § första stycket, andra meningen?

Mot bakgrund av att förslaget till ny definition av företagshemlighet utökar gällande straffansvar "bakvägen" så uppstår kanske också frågan om detta behöver beaktas vid formuleringen av övergångsbestämmelsen. Som förslaget nu är utformat är det inte helt tydligt att och om rekvisitet "angrepp mot företagshemligheter" ska förstås som syftande på rekvisitens innebörd i den FHL som upphävs. TCO utgår från att övergångsbestämmelsen avses ha den innebörden och att det bör kunna förtydligas förutsatt att detta medges av direktivet.

Eva Nordmark
Ordförande

Lise Donovan
Chefsjurist