

Susanne Stenberg, Martin Fransson



Juridiska institutionen
HANDELSHÖGSKOLAN VID GÖTEBORGS UNIVERSITET



Tillämpade studier
20 poäng, VT 2002

FÖRETAGSHEMLIGHETER

- EN VÄRDESKAPANDE STRATEGI

Martin Fransson

Susanne Stenberg

Handledare:
Ulf Petrusson

Sammanfattning	2
Förkortningar	3
1. Inledning	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Metod	5
1.4 Disposition	5
2. Diskussion	6
2.1 Nya förutsättningar?	6
2.2 Värna teknik och kunskap från otillbörligt utnyttjande	8
2.3 Företagshemlighet – humankapital transformeras till strukturkapital	9
3. Rättskonstruktioner	12
3.1 Företag använder sig av rättskonstruktioner när de skapar värde	12
3.2 Förståelsen för rättskonstruktionen	13
3.2.1 Företagshemlighet som komplement till immaterialrätt	13
3.2.2 Kunskapsarbetarens perspektiv	17
3.2.3 Företagshemligheter vid konkurs	19
4. Skydd för företagshemligheter – rättskonstruktionen i lagstiftning	22
4.1 Generellt om konstruktionen i lagstiftningen	22
4.2 Värden och intressen	24
4.3 Skapa en företagshemlighet i enlighet med lagen	28
4.4 Utnyttjanden av företagshemligheter	30
4.4.1 Brott och straff	31
4.4.2 Förtroendesituationer	32
5. Företagshemlighetskonstruktionen i praxis	35
5.1 Företagshemlighetskonstruktionen applicerad i domstol	35
5.2 Skyddsobjekt i anställningsrelationer	36
5.3 Skyddsobjekt i konkurrensrelationer	39
5.4 Förfogande över företagshemligheter som kommersiellt värde	42
6. Företagshemlighetskonstruktionen under kommunikativ omvandling	45
6.1 Förklarande teori	45
6.2 Förståelsen för företagshemligheter	47
6.3 Kommunikativ omvandling mot egendomskonstruktion	50
7. Företagshemlighet – destruktivt eller konstruktivt	54
Källförteckning	56

Sammanfattning

Tillgångarna i dagens företag baseras allt mer på det intellektuella kapitalet, vilket brukar delas upp i dels strukturkapital, dels humankapital. Strukturkapital består av tillgångar såsom databaser, kundregister, manualer och organisationsstrukturer. Humankapital utgörs av de anställdas kompetens. I syfte att kontrollera det intellektuella kapitalet läggs idag en allt större vikt vid immaterialrättigheter, eftersom just kontrollen över värdet av kunskap avgör företags konkurrensförmåga på den internationella marknaden.

I stort sett alla immaterialrättigheter kan behandlas som företagshemligheter, även om det omvända inte gäller. Betydelsen av att förstå och använda företagshemligheter ökar eftersom företagshemligheter kan användas både som komplement till, och som substitut för, immaterialrättigheter. Företagshemligheter kan nämligen användas till att skydda även sådant som *inte* kan skyddas genom patent, upphovsrätt, varumärke eller andra immaterialrättigheter. Lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter, FHL, avser sådan information om affärs- eller driftsförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. I princip kan varje uppgift i en näringsverksamhet utgöra en företagshemlighet. Alla uppgifter som näringsidkaren önskar hemlighålla skyddas emellertid inte, utan lagen gäller endast obehöriga angrepp på företagshemligheter. Med angrepp avses såväl att bereda sig tillgång till, utnyttja som att röja företagshemligheter.

Lagen innehåller också specialstraffrättsliga regler, vilka innebär att den som med uppsåt olovligen bereder sig tillgång till en företagshemlighet kan dömas för företagsspioneri till böter eller fängelse i högst två år eller, om brottet är grovt, till fängelse i högst sex år. Brottet kan begås av såväl en utomstående som en anställd i företaget. En viktig begränsning för tillämpningen av lagen är att grova missförhållanden kan avslöjas till myndighet eller offentligt göras utan att ansvar *enligt FHL* kan utkrävas. Denna restriktion tillkom efter debatt i media och riksdag och benämns ibland Lex Bratt. Utöver straffbestämmelserna ger lagen också förutsättningar för att utkräva skadestånd om företagshemligheter utnyttjas eller röjs i strid med tystnadsplikt i affärs- och anställningsförhållanden. De rättsliga gränserna för företagshemligheter är dock diffusa, eftersom det är företaget som avgör vad som utgör företagshemlighet. Även om företaget definierar viss information som företagshemlighet är det enligt lagtexten inte detta objekt som skyddas, utan en metod som beivras. Denna diskrepans mellan vad som upplevs vara företagshemlighet och vad som lagen skyddar medför en viss förvirring när företagshemlighet används. Samtidigt som denna oklarhet råder ökar alltså betydelsen av att kunna kontrollera kunskap.

De värden och intressen som ligger bakom konstruktionen med företagshemligheter kan sägas härröra från respekt för förtroendesituationer. Samtidigt använder företag konstruktionen som om företagshemligheter vore objekt, objekt som kan överlåtas, utbytas och kanske till och med utgöra säkerhetsrätter. Genom företags ageranden, vilka är kommunikativa, påverkas innehållet, betydelsen, av lagen om skydd för företagshemligheter. Företagshemligheter kan således också uppfattas som en ny form av egendom.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område
CF	Sveriges civilingenjörsförbund
Dir	Direktiv
Ds	Departementsserien
EG	Europeiska gemenskapen
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
KL	Konkurrenslagen (1993:20)
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LU	Lagutskottet
PLKom	Patentlagskommittén
Prop	Proposition
PRV	Patent och registreringsverket
RB	Rättegångsbalken
SAF	Svenska arbetsgivareföreningen
SALF	Sveriges arbetsledareförbund (numera ledarna)
SIF	Svenska industritjänstemannaförbundet
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
TRIPs	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Företag har hittills sökt lösa problem som uppkommer i fråga om skydd av humankapitalet genom anpassning av traditionella rättsinstitut. Inom flera rättsområden har utvecklats en mängd olika avtalstyper utöver själva anställningsavtalet och det enkla uppdragsavtalet. Som exempel kan nämnas särskilda avtalstyper som gäller uthyrning av arbetskraft, samarbetsavtal, delägarskapsavtal, franchising, kommissionärsavtal, underentreprenadavtal, långtidskontrakt och tidsbegränsade anställningar.

Ett annat angreppssätt som företag försöker använda sig av, i syfte att få kontroll över värdet av kunskap, är att transformera humankapital till strukturkapital och därmed skapa hanterbara objekt. Om information kan lagras separat och skiljas från subjektet, arbetstagaren, innebär det att företaget kan hantera informationen som sin egen, som egendom. Informationen blir företagets kunskap.

Lagen om skydd för företagshemligheter är i svensk rätt inordnad under konkurrensrätt men till stor del behandlas företagshemligheter som egendom av företag. Frågan är då om det finns *rättsliga* förutsättningar för att överhuvudtaget se kunskap som en tillgång tillhörig ett företag. Det är viktigt att notera att konstruktionen i den svenska lagen om skydd för företagshemligheter inte innebär att företagshemligheten som sådan, själva informationen, skyddas utan snarare ger lagen ett skydd mot otillbörliga metoder att angripa information som behandlas som företagshemlighet av företaget.

Ett första steg mot skydd enligt rättskonstruktionen är att företaget definierar viss information som hemlig. Kan företaget forma ett objekt av information och kunskap, exv genom att företagshemligheter skapas i enlighet med lagen, blir hanteringen och kontrollen över densamma mer bestämd. I syfte att kommunicera: ”denna kunskap är företagets egendom, vår företagshemlighet” tänjer företag på betydelsen av den rättsliga konstruktion företagshemlighet. Desto starkare företaget kan kommunicera sitt budskap desto troligare är det att domstolar kommer att ”legitimera” användandet. Företag deltar således alltid i skapandet av strukturer.

Huruvida strukturerna som skapas kommer att vara stabila eller inte beror av vilken kollektiv samstämmighet som kan uppnås. Genom att skapa en medvetenhet runt det ansvar som varje samhällsaktör har kan rättskonstruktionen användas konstruktivt. För ett litet företag, som har svårt att hävda sig i affärsförhandlingar, kan företagshemlighet användas för att garantera ett bättre skydd för det ”objekt” som omfattas av förhandlingen. Företagshemlighet utgör i detta sammanhang ett billigt komplement till immaterialrätten. För det större företaget kan en medveten strategi som innefattar företagshemligheter säkra dess marknadsposition för lång tid.

1.2 Syfte och frågeställningar

I ett försök att konkretisera och förklara svårigheten med att förstå företagshemligheter gör vi en kraftig förenklad jämförelse med egendom. Egendomsbegreppet bygger på att någon har äganderätt till ett objekt. I praktiken uppfattas och hanteras också företagshemligheter som om de är objekt. En strikt rättsdogmatisk analys ger dock att det som lagen om skydd för företagshemligheter inriktar sig mot är otillbörliga förfaranden. Företagshemligheter, som ett objekt, har då ingen självständig rättslig existens. Enligt lagtexten är företagshemlighet ”sådan information om affärs- eller driftsförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende.” Konstruktionen innebär inte en renodlad rättighet för den som har informationen i sin hand, men väl en skyldighet för andra att inte bereda sig tillgång till, utnyttja eller röja denna. Finns där en rättighet är det snarare en rätt att kräva att andra inte drar fördel av informationen utan tillåtelse. Beroende på vad företag vill uppnå använder de rättskonstruktionen för att skapa ett objekt eller för att skydda en metod. Därmed uppkommer problem med hur företagshemlighetskonstruktionen ska förstås, vilket vi genomgående återkommer till i uppsatsen.

Vi kommer i uppsatsen behandla tre huvudproblem. Det första rör huruvida företagshemligheter kan användas i syfte att skapa värde för företag, och i så fall hur. Vår andra frågeställning härrör från att företagshemligheter inom svensk rätt inordnats under konkurrensrätt. Enligt vår mening kan nämligen konstruktionen kategoriseras in under såväl arbetsrätt, immaterialrätt, straffrätt som konkurrensrätt. Det sista och övergripande temat beror av att skyddet för företagshemligheter rör kunskap som är företagsspecifik. Svårigheten ligger i kunskapens natur – kunskap kan nämligen inte förstås på samma sätt som fysiska tillgångar. Frågan är då om det finns rättsliga förutsättningar för att överhuvudtaget se kunskap som en tillgång tillhörig ett företag. Den följdfråga vi slutligen behandlar är om kunskap genom företagshemligheter kan ägas som egendom.

1.3 Metod

Det finns flera strategier mot att kontrollera kunskap i samband med det ökade utbytet av tekniskt och kommersiellt kunnande, där ett användande av företagshemligheter kan spela en nyckelroll. Vi växlar därför perspektiv, från juristens synvinkel till företagets, i olika delar av uppsatsen. Metoden vi valt bygger därför inte heller på en traditionell disposition där den främsta uppgiften är att tolka ”gällande rätt”. På grund av ämnets karaktär, och i syfte att öka förståelsen för rättens dynamik, har vi istället valt att fokusera på de rättsliga konstruktionerna. Detta betyder inte att klassisk rättskällelära inte studerats, utan endast att vi söker ytterligare ett annat förhållningssätt till rätten, i hopp om att själva nå en djupare förståelse och kunna förmedla detta till läsaren.

1.4 Disposition

Grovt schematiskt är uppsatsens upplägg följande. I kapitel 2 ges en bakgrund och diskussion kring värdet av intellektuella prestationer, och då särskilt företagshemligheter. Diskussionen fortsätter i kapitel 3 mer inriktad mot rättsliga konstruktioner och hur olika rättsområden samspelar med företagshemligheter. Kapitel 4 undersöker själva lagen om skydd för företagshemligheter och analyserar de bakomliggande intressena samt de

enskilda rekvisiten enligt lagtexten. Kapitel 5 tar därefter upp hur domstolarna har behandlat företagshemligheter och undersöker hur väl tillämpningen stämmer överens med bilden som ges via förarbeten etc. Rättsfallen är vägledande genom att de ger en precisering av lagkonstruktionen. Slutligen, i kapitel 6, laborerar vi med kommunikationens betydelse för hur rätten uppfattas och om företagshemligheter kan behandlas som egendom.

2. Diskussion

2.1 Nya förutsättningar?

Precis som vid övergången från jordbrukssamhälle till industrisamhälle präglas debatten idag av samhällets integration och individers identitet.¹ I industrisamhället var basen för produktionen starkt knuten till maskiner och annan materiell utrustning, arbetarna var frikopplade från resultatet av sitt arbete och det var ofta långt avstånd mellan producent och konsument. I dagens tjänstesamhälle är produktionen starkare knuten till individer² och det finns en mer nära relation mellan producent och konsument.³ Ytterligare en skillnad är att producerade varor i industrisamhället kunde lagras, vilket inte är lika lätt gjort med en tjänst. Tjänster konsumeras i samma ögonblick som de utförs. Det är därför svårare att avskilja den tjänsteproducerande individen från resultatet av hennes arbete och nu kan individen själv tillgodogöra sig mervärdet av sitt arbete lättare än under den industriella eran.

Framväxten av det postindustriella samhället har i första hand skett i vad som kan kallas den sociala sfären av samhället.⁴ Tre drag märks särskilt tydligt i denna utveckling. För det första kan en övergång från varu- till tjänsteproduktion observeras. För det andra en klassmässig omstrukturering som leder till att olika yrkeskategorier baserade på professionell/teknisk kunskap får allt större betydelse. Slutligen har teoretisk kunskap, och kanske framförallt kontrollen av denna, blivit avgörande. I tjänstesamhället, av vissa numera benämnt kunskapssamhället, ökar alltså efterfrågan på specialiserad arbetskraft med hög teoretisk kompetens.

De så kallade kunskapsföretagen, eller snarare företagen i kunskapssamhället, har pga. dessa olikheter till traditionell industri gärna andra styrformer och arbetssätt än traditionella industriföretag. Verksamheten är inriktad mot problemlösning, kreativt arbete och kund Anpassning i platta organisationer. Dessa kunskapsorganisationer koncentrerar sig i stort sett helt och hållet på sin kärnverksamhet. Den specialisering detta

¹ Svensson, L. Orban, P. (red), Människan i tjänstesamhället, s 15.

² Ett "nödvändigt ont" då det är individernas kunskap som är den viktigaste tillgången i företagen. I största möjliga mån försöker företag kodifiera kunskapen för att inte bli lika "individberoende". Företaget kan försöka skapa verktyg såsom rutiner för insamling och sammanställning av kunskap för att på det sättet bättre skydda sig mot "avhopp" och dylikt.

³ I samband med detta kan nämnas att ordet tjänst bör reserveras för produktion av icke-materiella nyttigheter.

⁴ Människan i tjänstesamhället, s 37f: Bell, som förknippas med begreppet det postindustriella samhället, delar in samhället i tre sfärer: social, politisk och kulturell. Vi tolkar begreppet kongruent med tjänste- och/eller kunskapssamhället.

resulterar i medför att företagen blir mer beroende av samarbetspartners och strategiska allianser där nätverk är betydelsefulla tillgångar för att kunna vara framgångsrik. Nätverken, vilka bara delvis består av kunskapsföretagets egna anställda, är ofta prestigelösa och löst sammansatta och innehåller individer från flera olika företag. Nätverket är på samma gång en språngbräda för den aktivt deltagande enskilde individen, som en förutsättning för att det enskilda företaget ska överleva.⁵ Samarbete är nödvändigt. Varje medarbetare kan således sägas vara en nyckelperson i företaget eftersom stora delar av verksamheten bygger på intellektuell förmåga. Företaget blir på så vis beroende av sina anställda på ett helt annat sätt än tidigare - en enskild persons kunnande är idag mer specifikt för den individen och därför inte direkt överförbart till någon annan. Företagen måste för att locka, och behålla, rätt personer erbjuda något extra, t ex särskilda arbetsförmåner, utbildning, hög lön eller delägarskap. När företaget bygger upp strukturen för sin kunskapsverksamhet, i detta ”nya” entreprenörsklimat med en förändrad arbetsmodell,⁶ spelar en nära samverkan mellan olika incitamentsstrukturer och strategier för intellektuellt kapital en nyckelroll.

För företag är det idag således av yttersta nödvändighet att knyta tekniskt och kommersiellt kunnande till sig. Detta kunnande är ofta av ogripbar karaktär, vilket medför att immaterialrättens betydelse ökar. Med immaterialrätt förstås ofta patent, varumärke och upphovsrätt, med andra ord i någon mån ”synliga” rättigheter. Men detta är endast toppen på isberget – vad som ibland benämns som ”tacit knowledge” har egentligen ett större värde. Denna kunskap innefattar såväl medarbetares och kunders relationer, affärsrelationer samt organisatoriska strukturer. Kunskapen omfattar därmed förnyelsekraften inom organisationen.⁷

Företagshemligheter blir därför intressanta både för små och stora företag, om än på olika grunder. För det lilla företaget kan företagshemligheter vara det enda alternativet, eftersom kostnaderna är för stora för att upprätthålla exv. ett patent. För företaget som överväger att fullfölja patentstrategin utgör företagshemligheter ett starkt komplement, framförallt i inledningen av forsknings- och utvecklingsfasen (FoU). Lagen om skydd för företagshemligheter fyller syftet att klargöra, stärka och samordnat hantera alla de olika rättsregler som tangerar området. FHL inordnades dock inte under immaterialrätten⁸ i lagstiftningsprocessen, utan systematiserades som konkurrensrätt.⁹ Vi återkommer till denna problematik eftersom vi menar att kategoriseringen inskränker företagens möjligheter, och minskar deras vilja, till att utnyttja rättskonstruktionen i syfte att skapa

⁵ Hyde, Alan, How Silicon Valley Has Eliminated Trade Secrets: Hyde förklarar den explosiva utvecklingen av Silicon Valley med dess höga rörlighet hos arbetskraften, trots att rörligheten skulle kunna begränsas med konkurrensklausuler och ”trade secret law”. Klimatet innebär dock att företag som stämmer andra, blir utsatta för informella sociala och ekonomiska sanktioner, vilket skulle spolia det samarbete med andra företag som är nödvändigt p.g.a. specialisering och vikten av kreativa miljöer.

⁶ Se exv Fahlbeck, Reinhold; Ett revolutionerande arbetsliv? Informationssamhället och arbetslivets omvandling, JT 1997/98 nr 4 – som föreslår att situationen idag kan benämnas som ”arbetsköpare – arbetssäljare” i stället för arbetsgivare – arbetstagare.

⁷ Blomgren, Å. och Kuikka, A., Företaget i kunskapsekonomin, s 9.

⁸ På internationellt plan har dock företagshemligheter inordnats tillsammans med immaterialrätt, se exv TRIPS (General Agreement om Trade Related aspects of Intellectual Property Rights) .

⁹ Prop 1987/88:155.

kommersiellt värde samt möjligheterna att förhindra degenerering av företagsspecifik kunskap.

2.2 Värna teknik och kunskap från otillbörligt utnyttjande

I dagens forskningsintensiva företagsklimat är det därför nödvändigt att förstå hur man kan skapa och skydda egendom och kunskap. En förståelse för samspelet mellan olika skyddsmetoder är nödvändig dels för att i möjligaste mån förhindra värd förstöring, dels för att strategiskt kunna använda företagsstrukturer i syfte att behålla värdet, men även skapa en värdeökning.

Eftersom kunskap, i alla fall som utgångspunkt, är knutet till ett subjekt, en fysisk person, riskerar företaget alltid att gjorda ”kunskapsinvesteringar” snabbt minskar i värde om kunskapsbäraren försvinner, t ex genom att en anställd slutar eller avlider. I syfte att värna om företagets teknik och kunskap kan en strategi vara att ”objektifiera” kunskapen, d v s transformera humankapital till strukturkapital. I praktiken föreställer vi oss, och hanterar, företagshemligheter som objekt, t ex genom licensavtal. Avtalet reglerar användandet av t ex know-how vad gäller hur licenstagaren får hantera kunskapen, men sällan vad ”objektet” egentligen är, dvs. exakt vilken kunskap licensen innefattar. Ett konkret exempel är vid licensiering av datorprogram; licenstagaren hyr, snarare än köper, ett program med vissa funktioner – licensen omfattar sällan källkoden. Källkoden, som utgörs av ett programspråk, exv. C++, behövs för att kunna göra förändringar eller tillägg till programmet. Den är alltså av väsentlig betydelse i licensförhållandet, framförallt om något går fel mellan parterna. Licensavtalet medför inte en äganderätt till själva objektet, källkod, utan endast en möjlighet att få utnyttja funktionen och användargränssnittet hos programmet – inte förstå hur programmeringen är uppbyggd. Källkoder kan behandlas som företagshemligheter. Genom att licensiera, dvs. utge en nyttjanderätt, och låta källkoden utgöra företagshemlighet kan programmeraren effektivt värna sin teknik och specifika kunskap. Värdet av datorprogrammet kan alltså inte enbart beskrivas i termer av de funktioner som programmet har, utan också möjligheten till förändringar och förbättringar. Trots att datorprogram är lättkopierade kan alltså värdet bevaras och skyddas från illojalt utnyttjande genom att källkoden förblir hemlig.¹⁰

Eftersom kunskap ytterst är knutet till individer måste företag hitta former att förhindra illojalt utnyttjande. Ett vanligt sätt är att använda sig av olika kontraktuella instrument, såsom sekretessavtal, konkurrensklausuler och överlåtelseavtal. I förhållandet till anställda kan företag genom att i anställningsavtal skriva en precis arbetsbeskrivning åstadkomma en differentiering av kunskap. Detta kan medföra att ett annars olovligt förfarande med skadeståndsansvar också kriminaliseras.¹¹ Dessa kontraktuella instrument måste samverka med andra strukturer inom företaget, exv. policies och guidelines. En strategi som omfattar företagshemligheter kräver att företaget definierar vad som är hemlighet, och samtidigt uppmuntrar ett informationsflöde.

¹⁰ Källkoder behandlas ibland som företagshemlighet även om de i första hand omfattas av upphovsrätt, men eftersom praktiken lever i villfarelsen att upphovsrätt tillfaller programmeraren används företagshemlighetskonstruktionen.

¹¹ Fahlbeck, Reinhold, Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet, s 210.

I takt med den ökade internationaliseringen öppnas nya marknader, samtidigt som konkurrensen intensifieras. Företag av idag måste värna sin teknik och kunskap, framförallt det intellektuella kapitalet. Skulle detta illojalt utnyttjas riskerar företaget att förlora sitt kunnande, sin komparativa fördel och därmed sin marknadsposition. En överlevnadsstrategi, och som vi vill visa också en i sig värdeskapande strategi vilken kan rendera företaget spetskompetens, är därför att hålla kritisk information hemlig. Den rättsliga konstruktionen ”företagshemlighet” kan i detta läge användas förstärkande som ett led i både riskmanagement och fristående värdeskapande.

2.3 Företagshemlighet – humankapital transformeras till strukturkapital

Med ”omstrukturering från humankapital till strukturkapital” avses ofta insamling och databashantering av material/idéer. Detta är dock inte en tillräcklig resurs för att ett företag ska kunna hantera sina intellektuella tillgångar på ett värdeskapande sätt. Det krävs fruktbara nätverk för att de anställda ska kunna tillgodogöra sig tyst kunskap. I ett försök att objektifiera kunskap byggs exv. databaser – men vad är dessa värda utan samarbete? Ett gott samarbete och en vilja att dela med sig av erfarenheter och kunskaper är avgörande för framgång, eftersom ett mervärde skapas. Ju fler anställda som har kunskap om något specifikt desto mindre sårbart blir företaget för avhopp och liknande, samtidigt som risken ökar för att informationen sprids genom andra kanaler. Denna nödvändighet av öppenhet kolliderar med intresset av att knyta informationen så starkt som möjligt till företaget och begränsa åtkomsten till så få individer som möjligt.¹²

Information, speciellt om behandlad som intellektuell egendom, exv. som företagshemlighet, skiljer sig kraftigt från materiell, fysisk egendom. Det kan vara kostsamt att framställa information, men att överföra den till någon annan kostar i stort sett ingenting. I samma ögonblick som någon köper information blir han en, i varje fall potentiell, konkurrent till säljaren och kan sälja vidare informationen till en kostnad som motsvarar överföringskostnaden, dvs. transaktionskostnaderna för informationsöverföring är nära noll. Potentiell därför att säljaren på olika sätt kan skydda sig mot att köparen använder sig av informationen på ett illojalt sätt. Ytterligare kännetecknande för information och andra ”intellektuella” egendomar är att de kan användas av flera personer samtidigt. Om jag till exempel ger dig mitt recept på äppelpaj finns det inget som hindrar att vi båda bakar och äter en god paj på samma gång. Däremot kan jag inte gärna ge dig min cykel och cykla på den själv, samtidigt som du använder den.

Med *hemlighet* menas semantiskt idéer, åsikter, planer, fantasier, fakta, kunskap eller intentioner som ännu inte yppats till någon, ej ens i förtroende. Kunskapen finns fortfarande bara i en persons tankevärld. Spridandet av den kunskapen vidare är till syvende och sist ett enskilt beslut, det är en av våra grundläggande rättigheter. (Med ett utilitaristiskt synsätt skulle det kunna finnas skäl till att tvinga en person att avslöja sin idé om detta skulle gagna samhället i stort.¹³ Vi menar dock att de eventuella samhällsliga vinster som detta skulle medföra inte kan väga tyngre än individens rättighet

¹² Exv genom policyn ”need to know basis”.

¹³ Dåliga idéer skulle individen självmant välja att inte avslöja, för samhällets bästa.

att inte avslöja sina innersta tankar.)¹⁴ Med *företagshemlighet* menas däremot sådan information som rör viss verksamhet och som finns tillgänglig för mer än en person, men fortfarande bara inom en viss bestämd grupp av individer.

Det är alltså inte frågan om att hålla något helt hemligt, (- till vilken nytta i så fall?) utan begreppet hemligt ska förstås relativt. I uttrycket hemlighet ligger att näringsidkaren måste ha ambitionen att behålla uppgifterna inom en viss bestämd krets.¹⁵ Det krävs dock inte att några särskilda regler för behandling av uppgifterna är utfärdade. Även utan sådana regler kan det stå klart för anställda och andra att det rör sig om hemliga företagsspecifika uppgifter.¹⁶ Företagshemligheter kan således beskrivas som information, vilken är hemlig för det stora flertalet. Begreppet är elastiskt avgränsat. Detta implicerar svårigheten i att ålägga ansvar för ett tagande av hemligheten, även om detta tagande skett utan tillstånd. Lagen har ett normativ syfte, såtillvida att den pekar ut sanktioner mot handlingar som snedvrider konkurrensen. FHL ger ett ”skydd”¹⁷ mot obehöriga angrepp som riktar sig mot tillgångar som av företaget klassats som hemliga. Skulle däremot företagshemligheter behandlas utifrån ett egendomsperspektiv, dvs den hemliga informationen likställas med egendom, blir det tydligare hur ett ansvar för ett icke medgivet tagande av hemligheten kan utdömas.

I realiteten behandlas företagshemligheter som egendom av olika företag, samtidigt som svensk rätt inte tillerkänner företagshemligheter den statusen. Kan detta bero på att intellektuellt värde är så annorlunda till sin karaktär? För att konkretisera svårigheten att förstå vad en intellektuell rättighet är, kan vi ta det gamla klassiska exemplet om den romerske skulptören. Han tog en bit lera som tillhörde någon annan, gjorde en skulptur och frågan som uppstod var: ”vem äger rätten till skulpturen”? Ett tankesteg längre ger att det egentligen inte är den fysiska skulpturen som är intressant – utan snarare idén och utförandet av skulpturen med just den leran. Det intressanta med en CD-skiva är inte själva skivan eller dess teknik, utan musiken. I propositionen till lagen om företagshemlighet sägs: ”En företagshemlighet kan vara såväl en immateriell tillgång som ett objekt i form av exempelvis en teknisk förebild.”¹⁸ Med detta uttalande i ryggen borde alltså företag kunna förfoga över företagshemligheter i kommersiella transaktioner, i alla fall som en tillgång i form av en ensamrätt. I USA har också domstolar kommit fram till att man kan behandla företagshemligheter som egendom.¹⁹

Inom ett företag kan olika incitamentsplaner användas i syfte att stimulera till olika specificerade mål. Inom verksamheten finns alltid motstridiga intressen – varje individ har sina egna motiv. Bonussystem för att premiera kostnadsbesparande metoder eller som utfaller när exv. viss försäljning uppnåtts är relativt vanligt. En på senare år populär, och omdiskuterad, metod för att försöka konvergera de anställdas intressen med ägarnas intressen är optionsprogram. Att motivera hela organisationen att dra åt samma håll är till

¹⁴ Vi talar dock fortfarande om individer. Det är inte säkert att företag kan eller skall ha samma skydd.

¹⁵ Jfr AD 1995 s 347.

¹⁶ Det måste alltså finnas ett visst mått av medvetande av att det är hemligt.

¹⁷ ”Skydd” är inte ett helt lyckat ordval eftersom det snarare handlar om att avskräcka från angrepp.

¹⁸ Prop 1987/88:155, s 12.

¹⁹ exv *Carpenter v. United States*, 1987.

stor del ledningens uppgift och även om det långsiktiga klimatet är centralt, kan detta också ge omedelbara resultat. Incitamentsstrukturer är dock så mycket mer och kan rätt använt utgöra starka komplement till en strategi där företaget metodiskt kan överföra så mycket som möjligt av humankapitalet till företaget, dvs en omvandling till strukturkapital. Lyckas detta, minskar också behovet av specifika individer som bärare av kunskapen. Kan information lagras separat innebär det att företaget kan hantera informationen som dess egen, som dess egendom. Informationen blir företagets kunskap. Incitamentsstrukturer fyller på detta vis fler syften än att motivera personal – de utgör verktyg för att dels synliggöra, dels bestämma vad som är företagets egendom. Incitamentsstrukturer är i sig del av företagets strukturkapital.

Ett sätt att förfoga kommersiellt över företagshemligheter är genom att sälja en verksamhet eller en gren av en verksamhet. Exempelvis kan ett företag som betalar ett ”övervärde” vid ett köp redovisa en post, så kallad goodwill, på sin balansräkning. Om liknande möjligheter accepteras vad gäller *humankapital* kommer det att få stor betydelse för kommersiella transaktioner.²⁰ Ett annat är att överföra kunskaper genom en know-how licens, vilket innebär att företaget, genom ett kontraktuellt instrument, ger någon annan rätt att mot ersättning använda företagets kunskap, företagshemligheter, för en viss tid. Information kan också hanteras precis som annan egendom genom att köpekontrakt kan ingås. Detta förekommer, exv. när SMHI ”säljer” sina väderleksprognoser. Denna typ av information har relativt kortvarigt värde, men så behöver det inte vara; ytterligare ett konkret exempel är marknadsföretag som säljer adressuppgifter utifrån viss målgruppsavgränsning. Detta betyder att företag idag faktiskt förfogar över information såsom om de hade äganderätt till informationen – trots lagens negativa inställning till att betrakta företagshemligheter som egendom. Distinktionen immateriell – materiell rätt blir härigenom suddig, när vi betraktar själva rätten mer än ytligt.

²⁰ I vad som kallas ”god redovisningssed” godtas inte liknande förfarande.

3. Rättskonstruktioner

3.1 Företag använder sig av rättskonstruktioner när de skapar värde

Vi använder oss alla av olika rättskonstruktioner i vardagen. En av de mer vanligt förekommande konstruktionen är avtalet – avtalet som ingås när vi reser med bussen, när vi tittar på TV, när vi lämnar barnen på dagis. Vi använder oss dagligen av olika konstruktioner för att kunna beskriva vad vi uppfattar som verkligt, även om de egentligen inte utgör något fysiskt. Som ett beskrivande exempel kan nämnas pengar. Sedeln som används vid betalning är en bit behandlat papper utan eget ekonomiskt värde. Den fungerar endast som bärare av ett ekonomiskt värde. Värdet ligger i att individer i samhället kommit överens om att använda sig av den gemensamma föreställningen ”betalningsmedel”. Det viktiga är att den monetära strukturen stöds av deltagarna.

För att fortsätta resonemanget kan vi fråga oss: ”vad är ett företag”? Många skulle svara att företaget är dess fabriker och anställda osv. Men detta är endast de fysiska delarna som vi kan uppfatta som verkliga – ”företaget” är en abstraktion, en föreställning om en sammanbindande enhet. Enligt sociologiska teorier består en organisation av dess medlemmar, närmare bestämt av vad som binder dessa medlemmar samman. Organisationer uppstår för att den enskilde individen inte själv kan uppnå sina mål, ett samarbete krävs. Föreställningen om företaget är dock reell.

De fysiska enheterna är i sig ingenting värda utan värdet uppkommer via en etablerad rättskonstruktion, exv ett köpeavtal. Ofta uppfattas rättskonstruktionerna som bakomliggande, vi tar dem för givet – samtidigt som ett medvetet användande av dem ger möjlighet att definiera olika agerande utifrån egna preferenser. Genom att formulera ett äganderättsanspråk kan företag skydda gjorda investeringar, t ex forskningsrön inom läkemedelsindustrin, nanoteknologi eller IT. Ett konkret exempel är den debatt som uppstått i samband med upptäckten av specifika mänskliga gener. Enligt patentlagar kan upptäckter inte patenteras, trots detta ligger ett antal ansökningar hos EPO från olika företag. Denna aktivitet från företag påverkar synen på vad som ryms inom konstruktionen patent. När företag argumenterar och benämner viss kunskap utifrån en egendomskonstruktion utövar de inflytande på övriga aktörer i samhället.

Vi ansluter oss till tanken om att rätten är en avspegling av de rådande idésystem²¹ som gäller vid en viss tidpunkt i samhället. Företagens anspråk verkar normerande i de idésystem, vilka rätten är uppbyggd för att skydda. Detta synsätt resulterar i en dynamisk rätt där varje aktörs ansvar måste poängteras. Även om rätten på detta vis är föränderlig vill vi understryka rättens enhet. Här ligger att varje beteende måste analyseras utifrån dess konsekvenser. Oavsett de enskilda motiv och syften som ligger bakom särskilda beteenden måste hänsyn tas till de övergripande strukturer som gynnar helheten – den värdegrund som samhället vilar på blir vägledande för varje konsekvensanalys oberoende av enskilda disparata åsikter. Företags agerande bedöms även internt utifrån en

²¹ Petrusson, Ulf, Patent och industriell omvandling, s 295 ff: menar att de rättsliga betydelseerna påverkas av andra idésystem: ekonomiskt, politiskt, kulturellt m fl.

anpassning till den strukturella nivån – en lojalitet gentemot den värdegrund som upprätthåller rättsstrukturerna är i och för sig ett normativt värde, men ett värde som måste framhållas och vårdas.

3.2 Förståelsen för rättskonstruktionen

3.2.1 Företagshemlighet som komplement till immaterialrätt

För att förstå rättskonstruktionen företagshemlighet blir det nödvändigt att utgå ifrån värdet av kontroll över kunskap. Det är inte meningsfullt att se på de olika skyddsmetoderna som lagen ger isolerade från varandra. Snarare måste skyddet för företagshemligheter förstås utifrån dess funktion och interaktion med upphovsrätten, patenträtten, arbetsrätten, avtalsinstitutionen etc. För företag är det viktigt att nå en förståelse för hur de kan skapa kontroll med hjälp av systemet av rättigheter och konstruktionen företagshemlighet.

Som redan berörts kan säkerställandet av företagshemligheter vara problematiskt för företaget. Vid en jämförelse med andra konstruktioner som bygger på ensamrätter, exv patent och firma, kan konstateras att någon form av registreringsförfarande tillämpas. Genom en registrering kan företag klassificera sin ”nya” information i enlighet med de vedertagna rättsliga konstruktioner som existerar. Därmed uppnås ”rättighetsstatus” avseende sagda information, vilket innebär att andra aktörer inte utan tillåtelse från ursprungsföretaget kan använda vad ”rättigheten” innefattar. Ytterst krävs det en statlig sanktion för att rättighetskonstruktionen ska kunna användas fullt ut, men som visats har företaget möjlighet att influera de rättsliga konstruktionernas innebörd, och i ett längre perspektiv till och med omvandla rätten. För företagshemligheter finns inget registreringsalternativ och de är inte heller en exklusiv ensamrätt.

Ett effektivt sätt att påverka är genom självreglering. Ett exempel är Sif-Saf avtalet, vilket reglerar användningen och omfattningen av konkurrensklausuler.²² Avtalet är idag vägledande för alla arbetsmarknadens parter. Dessa har i Sverige fått stort utrymme att genom kollektivavtal reglera arbetsrätten. Kollektivavtal fyller ut, och ersätter, på så vis i stora delar lag. Om inte denna korporativistiska samarbetsanda funnits hade med all säkerhet en reglering om konkurrensklausuler instiftats i arbetslagstiftning, och inte enbart med en paragraf i avtalslagen (AvtL 38 §) som rör skälighetsbedömning. Ett annat exempel, vilket rör upphovsrättsligt skyddade källkoder, är konstruktionen ”escrow agreement”. En synergieffekt av ett sådant depositionsavtal blir att konstruktionen också skyddar källkod såsom företagshemlighet.²³ Ett liknande system med registrering av företagshemligheter i privat regi skulle givetvis också kunna skapas för andra typer av företagshemligheter. Genom deposition uppkommer också den fördelen att bevisning i eventuell process underlättas vad gäller fastställande av vad och vid vilken tidpunkt ensamrätten uppstått, vilket kan vara avgörande när för användarrätt till patent vill hävdas.

²² Överenskommelse mellan Svenska Arbetsgivareföreningen samt Svenska Industritjänstemannaförbundet, Sveriges Arbetsledareförbund och Sveriges Civilingenjörsförbund angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i s.k. konkurrensklausuler i tjänsteavtal, 1969

²³ se exv. www.deposit.se 2002-01-24. Escrow agreement kan jämföras med depositionsavtal.

På en dynamisk och ofta komplex marknad tjänar varumärken, vilka kan vara ord, ljud eller symboler, till att identifiera ett specifikt företags produkter och tjänster för dess konsumenter. Ett varumärke kan etableras antingen genom inarbetning eller genom registrering hos PRV. Märket används alltså främst i ett särskiljande syfte, men ett företags strategi kan också vara att skapa förvirring och därmed dra fördel av ett liknande varumärke. Originalmärket riskerar då att degenereras, dvs. tappa i värde. Både patent och varumärken ger endast territoriellt skydd, dvs. det är nationellt skydd som erbjuds, inte globalt. Coca-Colas val av skyddsmetod utgör ett intressant exempel. Varumärket är registrerat i ett flertal klasser i de flesta länder, ändå anser företaget självt att det är deras företagshemlighet, själva receptet på essensen, som är kärnan – inte varumärket. Hade receptet varit patenterat skulle skyddet för länge sedan upphört och formeln hade kunnat användas av vem som helst. I och för sig skulle formeln kunna användas av vem som helst nu också, men problemet är att det kan vara svårt att utföra reversed engineering för att ta reda på det exakta innehållet. I och med valet av företagshemlighetskydd har Coca-Cola lyckats behålla sitt skydd sedan 1886. Företagshemligheter kan nämligen i teorin vara för evigt. En ”uppfinring” som är svår att undersöka genom reversed engineering kan alltså med fördel behandlas som företagshemlighet.

Upphovsrätt innebär en exklusiv rätt för skapare av konstnärliga och litterära verk att förfoga över dem genom att exv. framställa exemplar och tillgängliggöra dem för allmänheten. Skyddet gäller normalt så länge upphovsmannen lever och 70 år därefter. Inom high tech industrin används upphovsrätt för att skydda datorprogram, ritningar etc. och ger innehavaren exklusiv rätt att kopiera, distribuera, förändra och offentliggöra det upphovsrättsligt skyddade verket. En för företag viktig upplysning är att datorprogram omfattas av upphovsrätt, och det ska poängteras att upphovsrätten här tillfaller arbetsgivaren, såvida inte något annat avtalats.²⁴ Motsatt förhållande gäller som huvudregel patenterbara uppfinningar.²⁵ Upphovsrätt uppkommer automatiskt, utan registrering under förutsättning att verket är självständigt och originellt.²⁶ Det är viktigt att komma ihåg att upphovsrätt endast skyddar uttrycket, inte idén eller funktionen hos ett verk. För att inkludera själva funktionen av ett upphovsrättsligt skyddat verk, exv. datorprogram, kan företagshemlighetskonstruktionen appliceras och på så vis erhålla något av ett ”dubbelt” skydd, både för funktionen och för uttrycket. Inom upphovsrätten finns även så kallat katalogskydd och databasskydd, vilka bygger på att systematiska sammanställningar inte får efterapas. Detta innebär att även kundregister och liknande skulle kunna få ”dubbelt” skydd, dels med upphovsrätt, dels som företagshemlighet. Vid misstanke om intrång kan om upphovsrättsligt skydd åberopas det processuella institutet intrångsundersökning användas, vilket är ett enklare förfarande än det som erbjuds via rättegångsbalken vars regler gäller vid intrång i företagshemligheter.²⁷

²⁴ URL 40a §.

²⁵ Huvudregeln är att alltså att patenträtt tillfaller uppfinnaren, men om uppfinningen görs inom arbetsverksamhetsområde får arbetsgivaren lösenrätt, se Lag (1949:345) om rätten till arbetstagaras uppfinningar.

²⁶ I USA är tecknet © vanligt förekommande, men från och med 1989 behövs ingen copyright notion eller registrering hos den federala Copyright Office för att upphovsrätt skall kunna hävdas. Tecknet används dock rutinmässigt för att underlätta bevisningen av ”bad faith”.

²⁷ Jfr Lyxell, Ralf, Intrångsundersökning och discovery, s 82ff.

Både upphovsrätt och företagshemlighet är icke-exklusiva skydd. Upphovsrätten till den del att uttrycket skyddas exklusivt men inte själva idéen och företagshemligheter eftersom de skyddas mot otillbörliga angrepp, men samma ”hemlighet” kan existera parallellt oberoende av varandra. En medveten kombination av dem båda kan resultera i ett starkare skydd än vad som kan uppnås enbart var för sig, samtidigt som skyddet från samhällssynpunkt inte är lika konkurrensbegränsande som ett patentskydd. Generellt sett gäller för intellektuella produkter att utvecklingskostnaderna är höga, medan reproduktionskostnaderna är i stort sett lika med noll. Dessutom är livslängden ofta kort. Sammantaget krävs en strategi som syftar till ”first to market” för att återfå investerade medel. Incitamenten för att producera exv. mjukvara existerar således även utan en stark ensamrätt. Den mest kritiska perioden i mjukvaruprodukters livscykel är under utvecklingsfasen. I detta stadium kan inte patent erhållas – företaget måste satsa på en strategi som bygger på företagshemligheter och upphovsrätt.

Ett effektivt sätt att kontrollera teknisk kunskap är genom patent, vilket innebär att uppfinnaren erhåller en exklusiv ensamrätt att under en begränsad tidsperiod använda, tillverka och sälja en uppfinning. Monopolet kan ses som en belöning vilken erhålls gentemot offentliggörande.²⁸ Patentet erbjuder patenthavaren exklusivitet, dvs. ingen annan får utan tillåtelse använda sig av den patenterade uppfinningen, oavsett hur de erhållit kunskap om uppfinningen. Ett problem med patent är tidsaspekten. PRV:s handläggningstid kan ta upp till 3 år,²⁹ vilket är längre tid än vissa produkters korta livscykel. Eftersom processen för att erhålla patent dessutom medför stora kostnader måste företaget/uppfinnaren utvärdera risken för att produkten inte har något marknadsvärde när patentet äntligen beviljats. Idag rör 40 % av alla tvister bland mindre företag företagshemligheter. Detta indikerar att patent inte bedömts vara ett alternativ.

Eftersom teknikutvecklingen sker allt snabbare är det således inte säkert att det bästa sättet att skydda sin uppfinning är genom patent. Om livslängden på uppfinningen bara är några år kan det vara en onödig procedur att ansöka om patent. Detta gäller särskilt när det rör sig om metoder eller liknande som kan skyddas som företagshemlighet. I ett ”first to file” system, som det svenska, är prioritetsprincipen stark, vilket innebär att den som först ansöker om, och blir beviljad, patent får hela rätten att utnyttja uppfinningen. Detta gör att en uppfinnare som gjort samma uppfinning men inte ansökt om patent kan komma att drabbas hårt ekonomiskt. I ett ”first to invent” system, som i USA, är det däremot just den som kommit på uppfinningen först som får hela rätten. Ett ”first to invent” system kan tyckas mer rättvist ur denna aspekt, men samtidigt innebär det stora bevissvårigheter att visa vem som var först och det är inte säkert att en enskild uppfinnare eller ett mindre företag kan bära de kostnader som kommer att uppstå vid en eventuell tvist. (Den ekonomiska verkligheten innebär att få rätt är inte samma sak som att ha rätt.)

Om någon, i ett ”first to file” system, som har börjat eller är på väg att börja använda en uppfinning, totalt förbjuds att fortsätta sin användning av uppfinningen skulle det innebära stora samhällsförluster genom att resurser i form av redan gjorda investeringar

²⁸ Patent beviljas utifrån kriterierna: nyhet, uppfinningshöjd och industriellt tillgodogörande, dvs teknisk effekt och reproducerbarhet.

²⁹ Jfr Petrusson, Ulf, manus våren 2002, s 140.

raserades. Genom för användarrätten kan han fortsätta att utnyttja uppfinningen, i och för sig under vissa förutsättningar. För användarrätten innebär att lagstiftaren har tagit vissa billighetshänsyn gentemot den som varit i god tro.³⁰

För användarrätten medför inte att det uppstår någon ensamrätt. För användaren har ingen möjlighet att förbjuda någon annan att använda uppfinningen, och kan heller inte kräva ersättning eller dylikt om så sker. Det ”enda” som han kan göra är att själv fortsätta sitt eget användande av uppfinningen. Detta kan göras i kvantitativt hänseende men inte i kvalitativt. I lagen uttrycks detta som att för användaren ska vid användande av uppfinningen bibehålla dess ”allmänna art”. Vidare ska uppfinningen ha utnyttjats yrkesmässigt eller så ska åtgärder ha vidtagits för att ett utnyttjande ska komma att ske.

Utnyttjandet måste ha skett i hemlighet för att regeln om för användarrätt ska kunna användas. Om uppfinningen har blivit allmänt tillgänglig har nyhetsvärdet gått förlorat och då kan den inte patenteras överhuvudtaget. En strategi som bygger på hemlighållande, i syfte att kontrollera kunskap genom att hävda företagshemlighet har således alltid en bakdörr i form av för användarrätten, för det fall att någon annan oberoende av innehavaren av företagshemligheten konstruerar samma uppfinning och patenterar densamme. Detta medför att något tillstånd, licens, för att fortsätta använda uppfinningen inte behövs. I praktiken är det ofta endast metoder och liknande som kommer i fråga.

Den som får en för användarrätt kan inte heller överlåta sin rätt till någon annan, med mindre än att han överlåter den rörelse i vilken uppfinningen tillkommit. Efter att uppfinningen patenterats av någon annan kan företaget inte genom licens eller andra kvantitativa åtgärder förfoga över uppfinningen pga. de inskränkningar som finns i för användarrätten. Frågan är vad som kommer att hända om ett företag har licensierat ut företagshemligheter eller know-how till andra redan innan en annan aktör beviljas patent på samma uppfinning? Det kan mycket väl finnas ett intresse hos företagen att kunna fortsätta sitt samarbete.³¹

I och med en allt snabbare teknikutveckling, och allt kortare livscyklar, blir tidsintervallet mellan uppfinning, saluföring och nästa generation produkter kortare, och situationen för kommersialisering av idéer har förändrats. Det blir därför nödvändigt att snabbt kunna erhålla skydd, samtidigt som det inte längre är lika intressant med en lång skyddstid. I Japan har denna företeelse haft en särskild utveckling. Enligt en undersökning börjar saluföringen av bruksmodellskyddade³² produkter i Japan ofta under tiden mellan

³⁰ Angående tolkningen, se PLKom, 1980, s. 116 ff. En för användarrätt med liknande innehåll kan i vissa fall uppkomma också efter det att patentansökningen gjorts.

³¹ Jfr Koktvergaard, Levin, s 250f: ”för användarrätt är en nordisk företeelse”, Levin ger dock inte något svar på vår fråga, inte heller annanstans i doktrin finns svar.

³² I likhet med patent är bruksmodell ett skydd som uppkommer i samband med registrering och ger innehavaren ett exklusivt skydd för sin ”uppfinning”. En bruksmodell måste ha inslag av nyhet, uppfinningshöjd och vara industriellt tillämpbar. Kraven är dock lägre ställda än vid patent och ingen förprovning för att fastslå kraven görs. Detta innebär, å ena sidan, att skydd kan erhållas snabbare och till en lägre kostnad, samtidigt som skyddsperioden är kortare och mer osäker. Skydd för bruksmodell finns ännu inte i Sverige.

ingivandet av ansökningen och offentliggörandet av den icke prövade ansökningen.³³ Enligt en enkät³⁴ av den amerikanska patentbyrån (USPTO) finns det i USA en tendens mot snabbare utveckling av nya uppfinningar inom alla industrisektorer. Den genomsnittliga livslängden för en uppfinning är för närvarande inte mer än sex år. Detta pekar på att det kommer att krävas nya och mer flexibla former för immaterialrättsligt skydd. En medvetenhet om och förståelse för verktyget företagshemlighet skulle kunna bidra till att ett mer flexibelt skydd kan uppnås. Lagen om företagshemligheter kan med detta synsätt användas som ett alternativ till annan immaterialrättslig lagstiftning och inte enbart som medel för att upprätthålla en sund konkurrens. Detta blir tydligt när fokus sätts på rättskonstruktionernas funktion, nämligen kontroll över kunskap. Idag saknar dock många företag en väl genomtänkt strategi och rutiner för att säkra intellektuella prestationer.³⁵

3.2.2 Kunskapsarbetarens perspektiv

En av de mer använda administrativa strategierna för att skydda företagshemligheter är att kräva att anställda m fl undertecknar sekretessavtal. Detta avtal ska typiskt sett föreskriva att den anställde inte avslöjar eller använder konfidentiell information, under eller efter anställning, såvida inte företaget specifikt ger tillåtelse. Strikt sett är inte sådana sekretessavtal nödvändiga då lojalitetsplikten innebär att alla anställda har en skyldighet att inte avslöja en arbetsgivares företagshemligheter. Denna plikt återfinns i ett flertal rättsordningar, se tex common law principen:

"During employment and after termination, an employee is obligated not to divulge his employer's trade secrets, whether or not the use or disclosure of such trade secrets are prohibited or restricted by an express contract." ³⁶

Lojalitetsprincipen, som har funnits länge och är stark, innebär att en anställd ska uppträda enligt god sed i förhållande till sin arbetsgivare, exv. gäller tystnadsplikt för känslig information. Huvudregeln är att när anställningen upphör är arbetstagaren löst från sin lojalitetsplikt. Utöver denna princip av hävd finns även lagstadgade tystnadsplikter, varav vi endast berör den som återfinns i FHL. Det enda undantaget från nämnda huvudregel i svensk rätt är att tystnadsplikten kan sträckas ut till att fortsätta även efter anställningen om det finns ”synnerliga skäl”.³⁷ Synnerliga skäl föreligger till exempel när den anställdes syfte med tjänsten har varit att skaffa hemlig information eller

³³ Undersökning av det rättsliga skyddet för resultaten av forskning och utveckling utförd av det japanska institutet för immateriell äganderätt, 1991, vilken refereras till i utkast till Europaparlamentets och Rådets direktiv om tillnärmning av de rättsliga ordningarna för bruksmodellskydd för uppfinningar, s 20, http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/model/utillsv.pdf, 2002-06-11.

³⁴ Business Week, Science & Technology den 3 augusti 1992, CHI Research Inc.

³⁵ Kansmark, K, Kunskapsföretag utnyttjar inte det skydd som finns, Dagens Industri, 3 jan 1997, s 3.

Nicander, H, Anställda har alltid en lojalitetsplikt, Dagens Industri, 14 jan 1997, s 4.

³⁶ Picker International Inc. v. Blanton, 1990, vilket rörde en ingenjör som inte kunde avslöja och utnyttja sina kunskaper om magnetiska vågor till/hos senare arbetsgivare. För ingenjörer finns dessutom i deras etiska regler en föreskrift om att inte röja företagshemligheter (National Society of Professional Engineers [NSPE], 1996).

³⁷ Undantaget står i FHL 7§ 2 st.

om han innehaft en särskild förtroendeställning, såsom exv. VD eller forskningschef.³⁸ I övrigt krävs att avtal träffas för att tystnadsplikt efter anställningens upphörande ska fortsätta råda. Ofta upprättas konkurrensklausuler, vilka då implicit också innebär en tystnadsplikt.

FHL är delvis skapad som ett stöd för företag i dess arbete att behålla information, dvs. kontroll över kunskap, eftersom de annars med all sannolikhet skulle försöka göra detta genom att skriva strikta individuella kontrakt. Om inte heller kontraktsmöjligheten fanns skulle arbetsgivarna framförallt anställa personer som de hade ett personligt förhållande till, eftersom ett tillitsförhållande redan existerar mellan dessa. Arbetstagaren kommer då att bli allt mer beroende av om han har ett stort kontaktnät. Staten erkänner idag sekretess- och konkurrensklausuler samtidigt som legal tystnadsplikt föreskrivs i FHL, vilket ger institutionellt stöd till företag som söker hindra arbetstagare att sprida hemlig information. Detta kan i viss mån ersätta absolut tillit och personlig kännedom om de anställda.³⁹ Ur arbetstagarens perspektiv kan lagen därför ses som en form av skyddslagstiftning eftersom å ena sidan strikta kontrakt och å andra sidan vikten av kontaktnät skulle medföra oönskade inlåsningseffekter.

Konkurrens är ett nödvändigt inslag i en marknadsekonomi, vilket starkt talar för att arbetstagaren efter en anställning ska vara fri att utnyttja sina kunskaper och erfarenheter på det sätt som han finner lämpligast. Det råder stor enighet om att denna princip är skyddsvärd när det gäller arbetstagarens kunskap, så länge som de inte rör olika former av tekniska förebilder eller om informationen är inhämtad i syfte att röjas.⁴⁰ Inom EU är fri rörlighet på den inre marknaden av central betydelse.⁴¹ Häri ingår fri rörlighet för arbetskraft inom unionen, eftersom en mer samordnad arbetsmarknad eftersträvas, bland annat i syfte att förebygga asymmetriska chocker. De regler i FHL som tar sikte på sekretess och de kontraktuella möjligheter som finns att binda arbetstagare till sig utgör undantag till en egentligen överordnad princip. En vanlig ekonomisk teori, som stöd för undantaget genom FHL, är att det behövs starka skydd för att företagen ska våga investera och därmed driva utvecklingen framåt. Kritiker framhåller däremot att fria informationsflöden bättre befrämjar utveckling.

Som ovan nämnts, består företag av individer som slutit sig samman för att uppnå ett gemensamt mål. Detta stämmer åtminstone så långt som att grundarna av företaget, de som ställde upp det ursprungliga målet, hade ett gemensamt syfte med detta. Huruvida andra som tillkommer i organisationen längre fram har samma mål med sitt ”medlemskap” kan diskuteras.⁴² Varje individ besitter en grundläggande rätt till sina tankar. I denna rätt ingår när, var och hur dessa ska kommuniceras. Delgivandet av tankarna sker oftast när en förtroendesituation föreligger. Den som då får tillgång till

³⁸ Kommentar till FHL, not 20, Karnov.

³⁹ Paine, Lynn, Trade Secrets and the Justification of Intellectual Property, s. 256. Denna synpunkt förutsätter att det anses vara en nyttighet att kunna hindra informationsflödet. Det behöver dock inte vara fallet, snarare kan fritt kunskapsutbyte vara det bästa sättet att driva utvecklingen framåt.

⁴⁰ Prop.1987/88:155 s. 20.

⁴¹ Se exv artikel 9, 48, 67 m fl Romfördraget.

⁴² T ex kan en arbetstagares motiv till att ta anställning vara att skaffa sig en utkomst. Den enskilde individens mål behöver inte stämma överens med företagets mål.

idéerna får inte röja dem pga. respekt för förtroendet. Även en tredje man som av tillfälligheter får reda på den specifika informationen måste respektera förtroendeförhållandet.⁴³ Skulle inte denna rätt respekteras reduceras individers vilja till att dela med sig av kunskaper och idéer. Ett utbyte av tankar och idéer är något av ett fundament för att skapa en kreativ process, vilket långsiktigt syftar till förbättringar och innovationer. Innovationerna behöver inte nödvändigtvis vara av teknisk karaktär utan snarare gäller att utan nytänkande sker inte den utveckling som vår kultur centreras mot. Argumentationen bygger på att resultatet av att respektera förtroenden, på en individuell nivå, blir ett ökat kunskapsutbyte. Utgångspunkten är att ett förtroende mellan två individer, A och B, ska respekteras.

Men kan ett system med företagshemligheter rättfärdigas på samma grund om A istället för att vara en individ är ett företag som i sin tur anställer en person, B, för att utföra vissa uppgifter. I denna situationen finns inte längre något direkt förtroendeförhållande mellan två individer. Förhållandet rör förehavanden mellan en organisation och en person. Om någon som är anställd inom A lämnar hemlig information till B i förtroende, ska A i så fall kunna hindra B från att använda denna information så som han önskar till sin eller någon annans fördel? Ett tungt argument för att A inte ska ha denna rätt är att det hindrar den fria rörligheten av arbetskraft eftersom B då inte har full tillgång till sina förvärvade kunskaper. Det kommer att inskränka hans möjligheter att ta vissa jobb. Mycket i svensk rätt tyder ändå på att arbetstagaren blir tvungen att ge upp sina personliga mål i och med att han accepterar anställningen, och måste p g a lojalitetsplikten sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget - han ger alltså upp en del av sin suveränitet.

3.2.3 Företagshemligheter vid konkurs

Företag av idag är till större del än i det gamla industrisamhället uppbyggda kring intellektuellt kapital: exv. med hjälp av patent, licenser, kontrakt och företagshemligheter, vilket medför att konkurser i den nya ekonomin kräver nya synsätt.⁴⁴ I den industriella eran erbjöd företag säkerhet i materiell egendom, vilken är som mest värdefull i början då också behovet av att kunna erbjuda säkerhet är som störst. Med immateriella tillgångar i den nya ekonomin är förhållandet delvis motsatt. Tillgångarnas värde är litet, och inte minst osäkert, i början, även om behovet av investeringsmedel också här är störst i uppstartsfasen av ett företag. Det finns detta till trots en stor vilja hos investerare att satsa pengar på nya företag som upplevs ha en framtid. I detta avsnitt försöker vi därför tydliggöra de problem som uppstår när de rättsliga föreställningarna om konkurser inte är anpassade till de reella värden som skapas med hjälp av rättskonstruktionen företagshemlighet.

Den föreställning, vilken konkursinstitutet är uppbyggt kring, är föråldrad eftersom den förutsätter att företag består av fysiska byggstenar, dvs realkapital som maskiner och fastigheter - egendom som inte ”försvinner”, som kan sättas en prislapp på och i sista hand säljas på auktion. Men om ett kunskapsföretag går i konkurs består dess tillgångar till stor del av intellektuella sådana, exv. företagshemligheter, eller material som skulle

⁴³ Ett uttryck för detta återfinns i t ex SFS 2000:1087, 4 §, den sk Insiderlagen.

⁴⁴ Kunskap har alltid varit viktigt för företagen men det är först på senare tid som den har lyfts fram som varande det primära kapitalskapande.

kunna vara företagshemlighet, är arbetsprocesser. Kunskapen om en viss process är värdefull, även om företaget/ konkursförvaltaren inte direkt ser värdet av det kan en samarbetspartner eller konkurrent uppfatta kunskapen som den spetskompetens de själva saknar.⁴⁵

En central fråga är hur intellektuella tillgångar ska identifieras – och värderas. Tillgångarna finns i alla företag men syns inte i balansräkningarna. Och även om företag skulle kunna synliggöra mycket av de intellektuella tillgångarna, existerar fortfarande en stor del av kunskapen i form av anställda och deras kontaktnät - och hur ska deras insatser ”prissättas”? I en obeståndssituation ska dels fastställas vilka tillgångar som finns och vilket värde dessa har och dels ska äganderättsförhållandena till dessa tillgångar utredas. Olika värderingsmetoder har på senare tid modifierats. T ex kan ett företag värderas utifrån sin förväntade andel av marknaden. När detta väl är gjort räknar man tillbaka till nutid och försöker uppskatta ett korrekt värde på företaget. Noggranna riskanalyser blir avgörande för hur exakt värdet kan uppskattas.

Ett angreppssätt för att förstå och komma fram till det ”rätta” värdet på intellektuella tillgångar är att dela upp dem i strukturkapital och humankapital. Det som en borgenär kan få säkerhet i blir då det strukturella kapitalet. Men värdet av detta kommer snabbt att tappa i värde eftersom de intellektuella tillgångarna ryckts ur sitt sammanhang. Alla idéer härstammar från, och uppstår, i en bestämd kontext och intellektuella prestationer kan därför knappast ses som självständiga tillgångar. Det är till stor del den växel- och samverkan som finns mellan människor och teknik som resulterar i intellektuellt kapital. För företagshemligheter kan detta ske i olika utsträckning. Ett kundregister kan dokumenteras och lagras, medan en process eller ett arbetssätt till stor del beror av individerna som ingår och framförallt av de kommunikationsvägar, de sociala mönster som skapats mellan dessa. Den del som består av humankapital går inte att på ett korrekt sätt värdera och därför kan inte heller strukturkapitalet värderas på ett rättvisande sätt då de beror av varandra. Individer kan inte tas som säkerhet. Om antagandet att värdet av intellektuell egendom uppstår först i ett senare skede är korrekt, måste det betyda att investerare är villiga att ta stora risker. De kan i ett tidigt skede aldrig veta om en given säkerhet har något värde.

Det kan vara dags att överge konstruktionen med förmånsrätter för att konkurslagen bättre ska stå i samklang med de värden, normer och realiteter som styr dagens ekonomi, vilket uppmärksammats av bl a lagutskottet.⁴⁶ Från en gäldenärs sida spelar det egentligen ingen roll om borgenären kräver säkerhet eller inte. Borgenär som erhåller en säkerhet hos gäldenären kan ta ut en lägre ränta än den borgenär som saknar säkerhet medan den borgenär som saknar säkerhet kommer att kompensera detta med att ta ut en högre ränta. Jämfört med om säkerhet inte alls kan erbjudas kommer kostnaden för gäldenären totalt sett bli samma, eftersom räntenivåerna som de olika borgenärerna kan erhålla närmar sig varandra. På grund av att borgenärer har olika riskbenägenhet kommer räntorna dock aldrig att bli exakt samma.

⁴⁵ Jfr Skeel, David, Valuing the Invisible – How to manage bankruptcies of knowledge-based companies.

⁴⁶ Lagutskottets betänkande 2001/02:LU26.

En investerare idag räknar med en avkastning på 1/10 av gjorda investeringar och denna avkastning ska täcka förlusterna för övriga investeringarna som inte ger någon vinst.⁴⁷ Istället för förmånsrätter kräver de andelar i företaget och en försäljning när dessa är mer värda blir deras ”exit”. Genom att kräva andelar i företaget ökar deras möjligheter till insyn i företagets dagliga verksamhet. Ett vanligt argument är att borgenärer genom att få säkerhet kan kompenseras för bristande information. Vid en jämförelse mellan olika borgenärer är det dock så att de som har lättast att skapa sig en bild av företaget, banker och stat, också är de som har möjlighet att kräva någon form av förmånsrätt. Däremot har exv. leverantörer inte samma möjligheter att få en bra bild av företaget och de har heller inte samma möjligheter att få säkerheter hos företaget.

En slopad förmånsrätt till fördel för en starkare likhetsprincip skulle ge incitament till att alla kreditgivare skaffar sig information om företagets potential. Borgenärer skulle lägga mer kraft på att kontinuerligt utvärdera gäldenärens förehavanden och inte som idag förlita sig på t ex en stor banks kreditprövning, som har gjorts med den förutsättningen att säkerhet lämnas. Trots att så få som 4% av de borgenärer som endast har oprioriterade fordringar får täckning för dessa vid konkurser investerar de ständigt i nya företag.⁴⁸

En starkare likhetsprincip manifesterad genom att systemet med förmånsrätter blir mindre tongivande skulle gynna små företag, speciellt i uppstartsfasen. Som vi tidigare sett har små företag i praktiken inga möjligheter att skaffa sig patent, framförallt pga. höga kostnader under flera år. Företagshemligheter kan antagligen inte pantsättas, vilket dock patent kan, varför investerare idag fokuserar på patentet som säkerhet. Fanns inte säkerhetskonstruktionen för immateriella tillgångar skulle fler groddföretag lyckas erhålla kapital på basen av sin affärsidé snarare än på bas av sina möjligheter att skaffa patent. Med andra ord skulle investeringar allokeras till de mindre företag som har bäst potential att lyckas växa. Dessa företag är också avgörande för tillväxt på en strukturell nivå, för samhället. Små företag driver både innovationsutvecklingen och tillväxten framåt.

Ett dynamiskt samhälle är en nödvändig förutsättning för utveckling av nya idéer men för att denna dynamik ska kunna existera krävs det mer än etablering av nya företag och nya idéer. Det krävs också att det gamla fasas ut och ger plats åt det nya. I detta sammanhang är konkursinstitutet ett viktigt inslag för att så smärtfritt och snabbt som möjligt likvidera företag som grundar sig på en äldre struktur som inte längre kan generera något samhällsekonomiskt värde. Detta kan benämnas kreativ förstörelse. Det egentliga syftet med en konkurs är att fördela gäldenärens kapital ”rättvist” mellan borgenärerna men även ta hänsyn till andra intressenter, såsom arbetstagare, intresse. Det samhällsekonomiska intresset består i att likvidera företag som inte genererar tillväxt. I början av den nya ekonomiska eran var inte vinst något självändamål utan det som investerare och andra tittade efter var tillväxt och framtida marknadsandel.⁴⁹ Till stor del avspeglar detta synsätt immaterialrättigheternas karaktäristik.⁵⁰

⁴⁷ Föreläsning under ICM, Vt. 2001.

⁴⁸ Undersökning refererad i SOU 1999:1.

⁴⁹ Efter ”IT-kraschen” tycks detta ha klingat av och numer ses till reella värden.

⁵⁰ Jämför t ex med ett varumärke som är värt noll innan det bland konsumenter associeras till något särskilt och känns igen.

4. Skydd för företagshemligheter – rättskonstruktionen i lagstiftning

4.1 Generellt om konstruktionen i lagstiftningen

Skydd för företagshemligheter är en del av det regelverk som skapats i WTO: s regi, närmare bestämt genom TRIPS avtalet, vilket Sverige ratificerat.⁵¹ Vad gäller företagshemligheter kan avtalet sägas innehålla en jämkning av två synsätt: ”fair competition” och ”property”⁵². Den europeiska traditionen tillhör det förra och den amerikanska det senare perspektivet. Med de olika förhållningssätten till företagshemligheter tydliggörs också hur användningen av rättskonstruktionen skiljer sig, Europa – inriktat mot teknik, USA – inriktat mot marknad. TRIPS föreskriver att hemlighållna information, såsom företagshemligheter eller know-how, ska åtnjuta skydd (39 §). Information måste vara kommersiellt användbar, ha ett värde, just på grund av att det är en hemlighet för att skydd ska föreskrivas.⁵³ TRIPS stipulerar inte uttryckligen att den värdefulla informationen behöver behandlas som egendom, men regleringen kräver att innebörden av anslutna staters lagar ska bli sådan att den som har en laglig, eller kontraktuell, rätt till informationen också ska ha makt att förhindra att informationen avslöjas eller används av andra på ett sätt som inte stämmer överens med god affärsed, såvida det inte finns ett uttryckligt medgivande från rättsinnehavaren.

Sverige har i likhet med de flesta europeiska länder valt att se konventionens statuter om ”trade secrets” som en del i arbetet mot sund konkurrens. Det primära syftet med lagen är därför, enligt förarbeten, att förhindra otillbörlig konkurrens. I ett anställningsförhållande utgör lagen en precisering av lojalitetsplikten inom arbetsrätten, medan i relationen till utomstående parter rör den säkerställande av sund konkurrens. Givet den stora vikt som läggs vid innovativa klimat inom högteknologiska företag och avsikten att skydda kreativa, nyskapande idéer blir det nödvändigt att undersöka vilken rättslig kategori FHL tillhör. Detta för att kunna använda begreppet företagshemlighet på det mest effektiva sättet, alternativt på det sätt ett företag åsyftar. I Sverige har företagshemligheter traditionellt sett placerats in under konkurrensrätten. Detta är något som genomsyrar hela synsättet på det legala begreppet företagshemligheter.⁵⁴ Vilket rättsligt system företagshemligheter tillhör är dock en komplex fråga; konkurrensrätt, arbetsrätt, straffrätt, immaterialrätt eller flera olika system samtidigt. Det finns dels en historisk förklaring, dels en politisk systematisk förklaring till att FHL kategoriseras som konkurrensrätt.

Konkurrensrättens övergripande syfte är att reglera spelreglerna på marknaden så att en effektiv och fungerande konkurrens uppnås; dels att förhindra onödiga konkurrensbegränsningar, dels att förhindra missbruk, dvs. tillse att de konkurrensmetoder som används är tillbörliga. Konkurrensrekvisitet återfinns tydligt i FHL, så tillvida att företagets situation på marknaden måste ha förändrats negativt för att

⁵¹ Avtalet trädde i kraft den 1 januari 1996. (En övergångsperiod om ytterligare fyra – tio år gäller för vissa länder beroende på utvecklingsnivå.)

⁵² Correa, C. Yusuf, A. Intellectual Property and International Trade: The TRIPs Agreement, s 242f.

⁵³ 39§ 2 st TRIPS. Möjligen kan det svenska rekvisitet ”skada i konkurrenshänseende” motsvara uttrycket.

⁵⁴ Talande är att den tidigare lagen benämndes lag om illojal konkurrens. Se också prop. 1987/88:155 s 1.

skada ska anses ha uppstått. På detta vis kan FHLs inordning under konkurrensrätten härledas systematiskt till regler mot otillbörlig konkurrens. Lagen föregicks av en i tiden lång och utdragen process, med ett flertal utredningar, och propositionen omarbetades efter riksdagsbehandling.⁵⁵ Tidigare lagstiftning, som benämndes lag om illojal konkurrens, täckte delvis ett liknande syfte.

Lagen om skydd för företagshemligheter utgör som berörts ett starkt komplement till immaterialrättsligt skydd. Denna vinkling är viktig i Sverige, kanske mer viktig här än i t ex USA, eftersom immaterialrätten begränsats tydligare här. Ett konkret exempel är vad som är patenterbart – här är inte affärsmetoder, terapeutisk behandling, dataprogram och källkoder patenterbara, men de kan skyddas genom en övertänkt hemlighetsstrategi. Med andra ord kan sådant som inte är patenterbart skyddas såsom företagshemlighet genom det enskilda företags struktur.

Den immaterialrättsliga ensamrättighetskonstruktionen är ett tydligt exempel på att det inom rättssystemet finns regleringar som bygger på etablerade positioner.⁵⁶ Genom att uppnå en viss position, med hjälp av regelsystemet, erhålls en (ensam)rätt. Den konkurrensbegränsning som ensamrätten får som effekt är alltså tillåten inom rättssystemet eftersom ensamrätterna anses fungera som drivkraft och skydd för investeringar, vilket syftar till att främja samhällsutvecklingen.⁵⁷ Olika intellektuella prestationer kan på detta vis erhålla skydd i form av reglerade monopol. Ur detta perspektiv kan vi betrakta företagshemligheter som en del av den immaterialrättsliga lagstiftningen. De immateriella ensamrätterna bygger, precis som företagshemligheter, på intellektuella prestationer och regleringen avser i båda fallen att skydda värden av icke-materiell natur efter att en etablerad position uppnåtts. I fallet patent genom att en patentansökan beviljats och i fallet företagshemlighet genom att företaget vidtagit medvetna, främst interna, åtgärder.

Lagen om skydd för företagshemligheter innehåller också straffrättsliga regler och kan, med tanke på detta, systematiseras som specialstraffrätt.⁵⁸ För brott kan alltid skadestånd utgå,⁵⁹ men FHL stadgar även ersättning för ren förmögenhetsskada utan att brott begåtts. Detta skadestånd har främst en preventiv funktion eftersom själva skadan pga. förlorad information som utgör företagshemlighet sällan i efterhand till fullo kan repareras. Som nämnts tangerar FHL även arbetsrätten, främst genom att utgöra en precisering av lojalitetspliktens innebörd, vad gäller tystnadsplikt för anställda. Ytterligare ett syfte med lagen var att skapa ett överskådligt reglerverk till hjälp för företag att skapa kontroll över kunskap. I ett pedagogiskt perspektiv utgör FHL en modern lag med ett lättfattligt språk som sammanställer en mängd olika regler, som tidigare fanns utspridda i allmän lag.⁶⁰

⁵⁵ Källenfors, P. Svensson, J; Syddet för företagshemligheter, s 2 där den utdragna lagstiftningsprocessen beskrivs, se vidare SOU 1983:52, prop 1987/88:155, 1988/89:LU30, 1989/90:LU37.

⁵⁶ jfr prof Anna Christensens forskning inom socialförsäkringsrätt.

⁵⁷ Petrusson, Ulf; Det industriella rättsskyddets betydelse för näringsidkaren, s 48f.

⁵⁸ Se exv Karnovs systematisering, där FHL återfinns under straffrätt.

⁵⁹ SkL 1:3.

⁶⁰ Till stor del kan dessa fortfarande återfinnas – MFL, BrB, SekrL etc.

Det är viktigt att notera att konstruktionen i den svenska lagen om skydd för företagshemligheter inte innebär att företagshemligheten som sådan, själva informationen, skyddas utan snarare ger lagen ett skydd mot otillbörliga metoder att angripa information som behandlas som företagshemlighet av företaget.⁶¹ Lagen ger näringsidkare möjligheter att ingripa mot otillbörliga konkurrensmetoder. Det rör sig dock inte om en legal konkurrensbegränsning även om effekten i praktiken kan bli densamma.

Med tanke på att de allra flesta länder/stater har valt att skapa två olika rättskonstruktioner, patent och företagshemlighet, är en möjlig slutsats att tänka sig att dessa två konstruktioner vilar på olika grunder. Skulle den bakomliggande tesen vara att skydd för företagshemligheter, likaväl som patent, gynnar teknisk utveckling, kan det tyckas att även skyddet för företagshemligheter skulle ha utformats som ett skydd mot imitationer.⁶² Men är det inte just precis ett skydd mot imitationer som är innebörden av konstruktionen med företagshemligheter, med andra ord en ensamrätt att utnyttja information så länge den hålls hemlig, en ensamrätt till direkt kopiering? FHL ger visserligen inget skydd mot ”reversed engineering”⁶³ och liknande av produkter, utan snarare är metoden för framställning av en produkt, vilken har släppts på marknaden, allmängods.

Enligt vår mening, är det primära med rättskonstruktionen företagshemlighet dock inte produktskydd – vilket synes tämligen meningslöst eftersom produkten inte utgör en hemlighet efter att den omsatts på marknaden som vara. Det som skiljer mellan konstruktionerna patent och skydd för företagshemlighet är att den totala exklusivitet som kan uppnås med ett patent inte kan erhållas via FHL. Den som gjort samma uppfinning oberoende från idéen, kan när patent finns förhindras att använda sin idé.⁶⁴ Företagshemlighetskydd kan inte ensamt uppnå sådan total exklusivitet, eftersom denna konstruktion inte hindrar att två företag, oberoende av varandra, använder samma hemlighet – kärnan i fallet med företagshemligheter är att informationen inte ska ha tillkommit på ett ”olovligt” sätt.

4.2 Värden och intressen

“The property may be denied but the confidence can not be.”⁶⁵

I och med medlemskapet i EU har konkurrensrättens ställning i svensk rätt förstärkts, bland annat genom att huvudlinjen numera är förbud mot konkurrensbegränsningar.⁶⁶ Föreställningen om att en effektiv och sund konkurrens inom näringslivet är väsentlig från samhällsekonomisk synpunkt framhävs också i förarbeten till FHL. Lagen anses, som tidigare konstaterats, stävja beteenden som inte medför en sund konkurrens. Med en

⁶¹ Med ”angrepp på företagshemlighet” anses enligt FHL anskaffa, utnyttja och/eller röja företagshemlighet.

⁶² Paine, L. s 258

⁶³ Domstol har ansett att företetselsen reversed engineering inte utgör grund för ”misappropriation”, vilket är det amerikanska rekviritet för ”angrepp”, se *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 1974.

⁶⁴ Såvida inte för användarrätt kan hävdas, se ovan.

⁶⁵ Justice Oliver Holmes, *E.I. DuPont de Nemours Powder Co. v. Masland*, 1917.

⁶⁶ Tidigare gällde missbruksprincipen där myndighet övervakade – men inte direkt förbudstanken.

”sund konkurrens” menas inte den nationalekonomiskt renodlade modellen om fri konkurrens,⁶⁷ även om den rättsliga sfären till stor del hämtar teorier från den ekonomiska sfären som om de vore fakta.⁶⁸ Snarare eftersträvas en funktion utifrån en rättsligt begränsad marknadsekonomi.

Konkurrensförmågan hos företag är till stor del beroende av dess ackumulerade kunskap; rörande produktion, utveckling och förnyelse, branschförhållanden och affärsförbindelser, marknadsföring, administration och liknande. Karaktäristisk är att kunskapen handlar om förhållanden som ständigt förändras och kontinuerligt uppdateras. Viss kunskap kan dessutom ha ekonomisk betydelse under lång tid. Kunskap blir på detta vis ett konkurrensmedel, men samtidigt också konkurrensbegränsande. Begränsande genom den acceptans som manifesteras i FHL för att kunskap kan tillhöra en person, oavsett om denne är fysisk eller juridisk.

Ur ett företagsperspektiv utgör således skydd för företagshemlighet ett minst lika viktigt verktyg som skydd för andra immateriella tillgångar, eftersom kunskaper idag är liktydigt med förmåga att konkurrera på marknaden. Samhällsekonomiskt innebär vikten av kunskap, på en alltmer internationell marknad, att svenska regler inte får missgynna företag. Med Sveriges bästa för ögonen måste staten premiera, och framhålla vikten av, kunskap och kvalitet som konkurrensmedel. Annars riskerar vi att bli hänvisade till att konkurrera med priset. Om företagen erbjuder tjänster, och produkter, som baseras på högkvalificerad kunskap kan de få avsättning för dessa utan att pressa priserna, vilket långsiktigt kan undvika en negativ pris-löne spiral.

Skydd för företagshemligheter kan således också förstås utifrån en önskan att skapa ett skydd för satsat kapital i kunskapsföretag, dvs. ett skydd för investeringar. En fungerande kapitalmarknad är nödvändig för att uppbringa den mängd av kapital som kunskapsintensiv verksamhet kräver, speciellt i uppstartsfasen. Det är främst genom att tillvarata idéer utifrån specialkompetens som företag formeras. Den drivande entreprenören har mycket sällan själv tillräckliga medel, utan måste attrahera investerare till sitt bolag. Business angels, utvecklingsfonder (vilka ofta är uppbyggda med offentliga medel) och riskkapitalbolag är egentligen de enda alternativen, med andra ord kan inte den del av kapitalmarknaden, dvs. aktiemarknaden, som vi normalt associerar till uppbringande av stora medel via börsen utnyttjas i dessa lägen. Tesen om investeringsskydd bygger på att fler satsningar kommer att ske om ett ökat skydd för information ges, speciellt då ett skydd som bygger på förtroende eftersom aktuella aktörer normalt har en relation till entreprenören vars bolag de satsar på.

Resonemanget bygger alltså på att innovationsviljan ökar genom att institutioner som stödjer ett hemlighållande av specifik information instiftas. Den som plöjer ner de stora belopp som krävs i verksamheter baserade på FoU har ett starkt intresse av att resultaten

⁶⁷ Perfekt konkurrens råder under de orealistiska antagandena om att alla aktörer har fullständig information, inga transaktionskostnader existerar, inga inträdeshinder finns till marknaden, ett stort antal köpare och säljare av identiska produkter/tjänster, Parkin & King, Economics, s 281.

⁶⁸ Petrusson, Ulf; Patent och industriell omvandling, s 296, ref Bladini, Filip, Den konkurrensrättsliga argumentationen.

inte kopieras och kommersialiseras utan att compensation eller avkastning tillförs dem. Under förutsättning att det finns effektiva verktyg för att hindra sådant illojalt utnyttjande av resultat och information, kommer viljan att investera tid och pengar i forskning och utveckling att öka i takt med att riskerna minskar. Ett skydd för investeringar skulle därför öka möjligheterna till satsningar inom kunskapsintensiva branscher. Oavsett om skydd för företagshemligheter leder till utvecklingsdrivande innovationer och därmed kan berättiga lagen, finns andra argument som innebär att företagshemlighetskyddet kan rättfärdigas med hänvisning till individens självbestämmande, allmänna moralprinciper och rättvis konkurrens.⁶⁹

Respekten för idéer blir vid en första tanke logisk endast i den mån som vi erkänner att de institutioner som vi har byggt upp runt idéer är till för att föra fram dessa i ljuset till förmån för övriga samhällsaktörer – och därmed långsiktigt komma konsumenterna tillgodo. Om institutionerna misslyckas med detta måste vi tänka om och försöka modifiera dem. Intellectuellt ägande skulle således motiveras med ett nyttoargument.⁷⁰ Med detta synsätt skulle alla former av intellektuellt ägande grunda sig på ett och samma argument, ett utilitaristiskt, innebärande att alla system syftar till att driva samhällsutvecklingen framåt för allas bästa. Men behöver det vara så att alla system står och faller tillsammans, att ett ”grundargument” gäller?⁷¹ Schumpeters teori är att utvecklingen i samhället främst drivs framåt av innovationsviljan hos enskilda och företag. Innovationsskapande är kostsamt och för att garantera att kostnaderna för forskning och utveckling täcks kan monopol tillåtas i vissa fall. Monopol behöver således inte vara negativt för utvecklingen, utan tvärtom nödvändigt, vilket skulle kunna förklara intellektuella rättigheter. Ett exempel är patentsystemet som legaliserar en monopolställning för innovatörer under en viss begränsad tidsrymd. Ett annat exempel är gruppundantagen inom konkurrenslagstiftning⁷² som tillåter forsknings- och utvecklingsavtal och därmed en viss monopolställning mellan företag som samarbetar.

Villkoren för dagens kunskapsintensiva företag utgår till stor del utifrån de kontaktytor de lyckas etablera för kunskapsgenerering. Samarbete mellan företag, såväl inom landet som internationellt, är tänkt att underlättas genom ett lagstadgat skydd för information, för att kontroll över specifik kunskap ska kunna behållas samtidigt som informationsutbyten sker. För att överleva behöver även stora företag ingå strategiska allianser för att komplettera – och därmed öka – sin kunskapsmassa.⁷³ Sådana kreativa miljöer alstrar ett betydelsefullt mervärde, vilket långsiktigt resulterar i tillväxt. Även här kan påpekas att kärnan består av förtroende – företagen måste kunna lita på att deras kunskaper verkligen tillhör dem, annars kan de inte sänka garden tillräcklig för att ett fruktbart samarbete ska uppnås. Vikten av kontaktnät och samarbete understryks också genom ett uttalande i

⁶⁹ Paine, L. s 257.

⁷⁰ Hettinger, Edwin, *Idéer om ägande*, s 182.

⁷¹ Strömberg, Tore, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*, s 69: även Uppsalaskolans företrädare Lundstedt menar att all lagstiftning syftar till samhällsnytta – det övergripande argumentet för rätten är samhällsnyttan.

⁷² Förordning (2001:255) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om forskning och utveckling.

⁷³ Exv Sony-Ericsson eller olika privata standardiseringsorganisationer.

propositionen: ”Utan ett rimligt skydd kan det vidare bli svårt för svenska företag att förvärva betydelsefullt kunnande från utländska företag.”⁷⁴

I takt med att fria informationsflöden blir allt viktigare i vårt kunskapsbaserade samhälle måste risken för att företagshemligheter, till skillnad från patent, kan leda till ett minskat flöde av information beröras. Genom FHL införs nämligen restriktioner för informationsutbyte; möjligheterna att anskaffa teknologisk kunskap reduceras, hemlighållande uppmuntras, fri rörlighet för arbetskraft förhindras etc., vilka egentligen innebär negativa konsekvenser för fritt informationsflöde och kunskapsutbyte. För den enskilde individen som kunskapsarbetare är den egna erfarenheten och kunskapen en del av dennes person, en identifikation av jaget utifrån sin skicklighet och kunnande. När kunskap inte får utnyttjas och utvecklas blir det en integritetskränkande och närgången restriktion. Det finns också konkreta exempel på att kunnande investerat i fysiska personer inte strikt behöver kontrolleras av företagen. Genom att istället tillåta friare relationer kan ett mer kreativt klimat stimuleras där kunskapsutbyte blir en naturlig del av en strategi i en klusterbildning. Silicon Valley är ett lysande exempel på detta där även rättsväsendet förstått vikten av informationsflöden. Försök till att skapa kluster görs också i Sverige, exv. Telematic Valley i Göteborgsområdet, Medicon Valley i Öresundsregionen och Kista Science City. Här har vi än så länge inte lyckats skapa ett klimat som gynnar en kommersialisering av idéer.⁷⁵ Sammantaget kan den utveckling mot innovationer som är en med ekonomisk teori förklarad motivering till lagen rent av motverkas.

Uppfattar vi däremot rätten till idéer som ingående i ett socialt system mellan individer, står det klart att fokus måste vara på individerna och deras relationer, eftersom en förståelse för företagshemligheter och dess rättighetsgrunder skapas genom att poängtera respekt för förtroende och tillit.⁷⁶ Genom att FHL förbjuder vissa sätt att anskaffa företagshemligheter, kan konstruktionen sägas återspegla de moraliska rättesnören som finns i vårt samhälle. Moraliska imperativ är dock riktade till individer och enligt oss är det inte självklart att dessa kan överföras direkt från individnivå till organisationsnivå, till företag. Ett företag kan juridiskt sett i och för sig åläggas ansvar och ikläda sig skyldigheter men om vi för ett ögonblick frigör oss från de rättsliga föreställningarna ser vi att företag är en abstraktion. En abstraktion kan inte ha något självständigt ansvar, varför ansvaret i grunden vilar på de enskilda individerna.

Rättskonstruktionerna med intellektuellt ägande kan således inte endast förklaras med att deras syfte är att skapa incitament för innovation. Istället för att se allt intellektuellt ägande som grundat på *ett* argument måste rättigheterna skiljas åt, för att tydliggöra att företagshemligheter bygger på andra grunder än t ex patent. Resultatet av användandet av olika konstruktioner för intellektuella prestationer kan ändå vara detsamma; skydd, där

⁷⁴ Prop 1987/88:155 s 8f.

⁷⁵ Jfr undersökning ref av prof. Claes Sandgren, Stockholm Universitet, i lagutskottets betänkande 1997/98: LU11 i vilken en ranking av immaterialrättsliga skyddsmöjligheter bland europeiska länder gjorts. Sverige placerade sig som 12 (16).

⁷⁶ Tillit kan också förklara många andra regler inom rättsordningen, exv. avtalsrätt, krediträtt, familje – och arbetsrätt etc.

konstruktionen företagshemlighet kan ses som respekt för den enskilde individens frihet, allmän moral och rätten att bevara hemligheter. Här kan en koppling göras till det svenska synsättet som kommer till uttryck i förarbetena till FHL, trots att där inget direkt sägs om respekt för individuella rättigheter. Skyddet för företagshemligheter beskrivs istället främst genom ett konkurrensperspektiv, med motiveringen att företagshemligheter kan vara ett hjälpmedel för att upprätthålla en ”sund” konkurrens, med andra ord att skydda mot otillbörliga metoder. Lagen försöker, om betraktad som styrmedel, påverka beteenden genom att föreskriva och ge medel att upprätthålla en viss, i och för sig individbaserad, moral.

Till sist måste spekuleras i om legalt skydd för gjorda investeringar verkligen är den motivator som driver kunskapsintensiva branscher framåt. Den roll som företagen spelar ska inte underskattas vad gäller att influera rättsliga betydelser. Näringslivet hävdar gärna egendomsanspråk efter att de gjort kraftiga investeringar. Genom att de agerar som om de har kontroll över, till och med äger, information, exv. via licensavtal, sker en omvandling av rätten. En medvetenhet om denna makt innebär att ansvarstagande måste understrykas. Den egentliga drivkraften är rent affärsmässig: att få kontroll över värdefull kunskap, och därmed ett kraftigt konkurrensmedel.

4.3 Skapa en företagshemlighet i enlighet med lagen

Ett första steg mot skydd enligt rättskonstruktionen är att företaget definierar viss information som hemlig. För ett effektivt skydd krävs också kontinuerligt utförda administrativa och exekutiva säkerhetsåtgärder,⁷⁷ dvs. ett aktivt engagemang och delaktighet från ledning och anställda. Strukturer inom företaget måste upprättas på ett sätt som skapar, bibehåller och säkerställer hemlighållande genom en medveten värdeskapande strategi. Det är dock inget krav att den information som företaget anser utgöra företagshemlighet, och som riskerar att förloras, dokumenteras. Enskilda personers kännedom om ett visst förhållande räcker.⁷⁸ Samtidigt ska poängteras att det *är* viktigt att dokumentera all information. Detta kan tyckas motsägelsefullt men företagshemligheter skyddas bäst genom att de skrivs ner, fotograferas och/eller på andra sätt exakt beskrivs. Dokumentation bör innehålla data om hur företagshemligheten arbetades fram, hur den används i verksamheten och på vilket sätt den gynnar verksamheten.⁷⁹ Även om utgångspunkten är att all information ska kunna skyddas såsom företagshemlighet⁸⁰ är en strategisk differentiering av företagets information önskvärt, då det dels synliggör hemligheten för anställda och affärspartners, dels förbättrar företagets chanser att i domstol hävda att informationen är företagshemlighet.

Ett klagörande från företagets sida tjänar således flera syften: först och främst att det i sig skapar och stärker omfattningen av hemligheten men också att rättsliga åtgärder

⁷⁷ Maurer, S. Zugelder, M. Trade Secret Management in High Technology: A Legal Review and Research Agenda: i USA är vidtagna säkerhetsåtgärder ett krav enligt trade secrets laws på delstatnivå.

⁷⁸ Information är hemlig, i FHLs mening, när den inte är ”tillgänglig för envar”, se prop. 1987/88:155 s 35.

⁷⁹ Det är därför lämpligt att strategier kring företagshemligheter samverkar med incitamentsstrukturer.

⁸⁰ Jfr prop. 1987/88:155 s 13: ”Varje uppgift i en näringsverksamhet bör i och för sig kunna utgöra en företagshemlighet.” s 34: ”I begreppet ryms således alla typer av uppgifter oberoende av om dessa är enkla och okomplicerade eller unika, komplexa eller på annat sätt kvalificerade.”

underlättas, dvs. både preventivt och reparativt. Vid en eventuell förlust av en företagshemlighet kräver en intrångsprocess att företaget kan bevisa förekomsten av att objektet för processen verkligen existerar. Utan dokumentation är det mycket svårare att bevisa förekomsten av själva processobjektet, än vad det är i exv. en varumärkesprocess, där en registrering i sig är tillräcklig för att avgöra frågan om existensen av processens objekt. Rättsliga åtgärder kan emellertid vara för sent aktualiserade för att faktiskt förhindra skada, och otillräckliga för att fullt kompensera alternativkostnaden för förlorad information.

För att överhuvudtaget kunna föra en intrångsprocess i fallet företagshemlighet måste vissa grundläggande kriterier vara uppfyllda: informationen måste röra ett affärsförhållande, informationen måste betraktas som hemlighållen och ett röjande av informationen måste innebära skada i konkurrenshänseende för företaget.⁸¹ Upptäcks ett intrång av något slag måste företaget identifiera vad som har blivit avslöjat, eller vad som riskerar att avslöjas. Företaget måste också kunna visa att den person som avslöjat eller hotat med att avslöja hemligheten visste om att det var en företagshemlighet och att förfarandet skulle kunna skada företaget. Skadan måste vara så stor att den är av betydelse ur konkurrenshänseende. Det är tillräckligt att det typiskt sett blir till skada för företaget. Trots identifikation av företagshemligheten efter ett avslöjande kan det vara svårt att visa att den som avslöjade hemligheten visste om att det rörde sig om en företagshemlighet om detta inte finns väl definierat i strategier, policys och i individuella avtal med den anställde, exv. sekretessklausuler i anställningsavtalet.

När policys, guidelines eller belöningsystem utarbetas måste således domstolspraxis som berör skyddande av företagshemligheter påverka utformningen av företagsstrukturen, eftersom exempelvis de rekvisit som statuerar företagshemlighet måste kunna bevisas för att sanktioner mot obehöriga och illojala angrepp mot företaget ska kunna sättas in. Detta innebär att företagets ledning, och jurister, måste ha kompetens att se hur juridiken kan integreras med affärsverksamheten för att uppnå – och därefter skydda – eftersökt marknadsposition.

Ett tillvägagångssätt för att minska riskerna för förlust av företagshemlighet är att kunskap differentieras på en need to know basis. Detta innebär att om känslig information skulle läcka kommer det förhoppningsvis endast röra sig om en liten del av den totala företagshemligheten. Denna strategi tillämpas av Coca-Cola Company: det är endast några få personer från företaget som känner till receptet på essensen, vilket är inlåst i ett kassaskåp i Atlanta, och de får till exempel inte resa tillsammans. Denna strategi lämpar sig väl när ett reellt värde, ett objekt, kan urskiljas.⁸² Företaget blir då i högre grad beroende av att kunna implementera strukturer inom sin organisation som omvandlar humankapital till strukturkapital. Lyckas inte denna transformation blir företaget alltför sårbart för avhopp, angrepp el liknande. I ett expansivt skede kan dock strategin hämma den kreativa miljön inom företaget eftersom need to know taktiken bygger på att nära nog ingen ser helheten.

⁸¹ legaldefinitionens krav enligt 1§ FHL.

⁸² Ett annat exempel är hämtat från CISCO där endast två personer hade rätt att veta lösenordet till det första programmets källkod, <http://www.entrepreneur.com> 2002-05-29.

Genom att implementera strukturer och utforma policier för dokumentation och differentiering kan företaget objektifiera kunskap. Ett noggrant studium av rättskonstruktioner ger företagsledningen vägledning i hur de ska designa nämnda styrinstrument. Kan företaget forma ett objekt av information och kunskap, exv genom att företagshemligheter skapas i enlighet med lagen, blir hanteringen och kontrollen över densamma mer bestämd. Genom att agera som om företagshemligheter är objekt kan informationen/kunskapen kapitaliseras, eftersom objekt kan överlåtas, utbytas och värderas.

4.4 Utnyttjanden av företagshemligheter

FHLs reglering gäller endast obehöriga angrepp⁸³ på företagshemligheter och utgår därvid från vilken typ av relation parterna har. Lagen kan delas upp i två typfall där det ena fallet är när någon olovligen bereder sig tillgång till en företagshemlighet och det andra fallet är när någon i och för sig lovligen har tillgång till informationen men därefter utnyttjar eller röjer den. Det förra kan utgöra företagsspioneri (3 §), vartill det även finns kopplat en paragraf med karaktär av häleri.⁸⁴ Detta kan sägas utgöra skydd mot externa angripare. I det senare fallet karaktäriseras situationen snarare av att ett lojalitetsförhållande föreligger, dvs. vi har att göra med en intern angripare. Så är fallet i anställningsförhållanden (7§) eller när någon fått information vilken utgör företagshemlighet i förtroende, t ex i olika affärsrelationer (6§).⁸⁵

Företagshemligheter är enligt lagen (1 §) information rörande affärs- eller driftsförhållande som rör näringsidkares rörelse⁸⁶ och som denne håller hemlig. Ett röjande av sådan information måste ha varit ägnat att skada näringsidkaren i konkurrenshänseende för att lagen ska kunna tillämpas. ”Ägnat att” innebär i lagens mening att det obehöriga angreppet typiskt sett kan skada rättsinnehavaren i konkurrenshänseende. Det krävs således inte att någon skada uppstått i det enskilda fallet utan det är tillräckligt att röjandet typiskt sett är av det slaget att det medför skada. Det kan vara värt att notera att rekvisitet ”... och vars röjande är ägnat att medföra skada...” ingår i legaldefinitionen av vad en företagshemlighet är. Detta skulle kunna innebära att definitionen av företagshemlighet bygger på en handlingsnorm, dvs. även genom en nog så säker dokumentation av information från ett företags sida kan information inte utgöra företagshemlighet innan någon angriper den. Handlingsnormen återfinns inte i lagens senare paragrafer vilka behandlar påföljder. Snarare ska lokutionen förstås som en precisering av vilken typ av information som kan klassificeras som företagshemlighet. Eftersom företagshemlighet inte behöver vara intellektuellt fristående uppgifter är det vid en värdering svårt att jämföra med uppfinningshöjd. Precis som i immaterialrätten måste

⁸³ Se FHL 2§, vilken enligt Fahlbeck, s 195, har karaktär av generalklausul, och innebär att röjande av företagshemlighet som rör brott varpå fängelse kan följa, allvarliga missförhållanden eller där angriparen fått del av informationen i god tro inte kan åläggas ansvar enligt FHL. Detta sammanhänger med den ”kritikrätt” som ytterst manifesteras genom den grundlagsskyddade yttrandefriheten.

⁸⁴ FHL 4 §: olovlig befattning med företagshemlighet.

⁸⁵ Noteras kan att 7 §, till skillnad från 6 §, inte innehåller ordet förtroende. Förtroendesituationen har dock uppstått i och med att anställningsförhållandet innebär en lojalitetsplikt.

⁸⁶ Uttrycket inbegriper varje fysisk och juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk art, inklusive verksamhet driven av det allmänna eller olika typer av organisationer, oavsett om vinstsyfte finns eller ej.

dock en kvalificering av materialet göras: om röjandet medför en skada som förändrar konkurrensförmågan i negativ riktning är uppgiften så väsentlig att den kan anses utgöra en företagshemlighet.⁸⁷

FHL är tillämplig vad gäller såväl offentlig som privat verksamhet. Nedan kommer vi dock endast att beröra, med TF:s terminologi, anskaffarfrihet ur den privata sektorns perspektiv. Trots att principen är att lag, i detta fall FHL, viker för grundlag gäller avtal (implicit eller explicit) om diskretion och sekretess inom den privata sektorn.⁸⁸ TF behandlar som bekant förhållandet enskild och det allmänna. Det finns dock undantag: när någon anskaffar information som rör allvarliga missförhållanden eller brottsliga handlingar varpå fängelse kan följa i syfte att offentliggöra den anses inte detta som obehörigt angrepp i lagens mening (2 §). En utvidgning av yttrandefriheten har således indirekt gjorts genom FHL, tvärtemot de farhågor som ligger bakom den långa lagstiftningsprocessen, eftersom 2 § går före avtalad tystnadsplikt.⁸⁹ Trots att arbetstagaren kan vara belagd med tystnadsplikt är alltså den grundläggande kritikerrätten inte kringskuren vad avser grava missförhållanden.

Med andra ord kan aldrig avslöjad information som rör grava brott utgöra företagshemlighet eftersom det brister i rekvisitet skada i konkurrenshänseende. Med skada menas nämligen ersättningsgill skada skyddad av rättsordningen. Principen är att ”endast information som är av betydelse för ett företags konkurrensförmåga ska åtnjuta skydd som företagshemlighet”.⁹⁰ Detta kan också uttryckas som att information, vilken utgör företagshemlighet, måste ha ett värde i näringsidkarens hand.⁹¹

4.4.1 Brott och straff

Företagsspioneri

Ett obehörigt angrepp på företagshemlighet är i princip att någon olovligen bereder sig tillgång till den. Tillvägagångssättet på vilket gärningsmannen bereder sig tillgång är irrelevant enligt FHL. Det primära är att det skett olovligen. Brottet kan alltså begås av såväl anställda som icke-anställda. För att företagsspioneri ska föreligga krävs inte heller att gärningsmannen utnyttjar eller röjer uppgifterna. Syftet är att förhindra den skada som uppkommer endast av att en obehörig tar reda på hemligheten. Skadestånd kan utverkas både för anskaffandet och för utnyttjandet av företagshemligheter, till täckande av sakskada såväl som ren förmögenhetsskada. Skadeståndet utgår dels som ersättning för brottet, dels som ersättning för skada som uppkommer genom att hemligheten obehörigen utnyttjas eller röjs. För företagsspioneri kan dessutom dömas till fängelse, upp till 6 år.

⁸⁷ Prop. 1987/88:155 s 13.

⁸⁸ Skyddet för företagshemligheter får dock inte utsträckas så att det hotar den fria opinionsbildningen.

⁸⁹ Fahlbeck, s 68. Notera dock att brott mot tystnadsplikt kan aktualiseras enligt BrB, trots att ansvarsfrihet råder under FHL 2 §, Fahlbeck, s 141.

⁹⁰ Fahlbeck, s 190 ref PM 1998 av LU:s kansli ang. det i prop. 1987/88:155 framlagda förslaget om skydd för företagshemligheter; intaget i LU30 s 83 (och LU37).

⁹¹ Prop. 1987/88:155, s 36.

Brott i brottsbalken

Straffansvar enligt BrB aktualiseras i regel i två typer av fall: antingen när endast skadestånd eller förbud kan uppnås med hjälp av FHL eller när inga ingripanden alls kan komma till stånd med stöd av FHL. Där åtkomsten av företagshemlighet har varit lovlig kan trolöshet mot huvudman, mutbrott, brott mot tystnadsplikt, förskingring och olovligt förfogande aktualiseras. En i rättsfall förekommande situation är när en före detta anställd utnyttjar företagshemligheter i nystartad konkurrerande verksamhet. Av olika skäl kan det ibland vara psykologiskt taktiskt, när en skadeståndstalan i civilmål planeras, att först anmäla ett brottmål – trots att en straffrättslig dom egentligen inte har beviskraft i det senare tvistemålet. Domstolar har också fällt för ansvar enligt BrB i fall som rört vad som skulle kunna utgöra företagshemligheter.

4.4.2 Förtroendesituationer

I 6 § och 7 § FHL behandlas situationer där tillgången till företagshemligheter inte är olovligt men väl utnyttjandet eller röjandet skett obehörigt. Förtroende och tillit är i dessa situationer centralt. Sanktionen som används mot brott mot detta är skadeståndsskyldighet. I fråga om kommersiella relationer, dvs. vilken affärsförbindelse som helst, återfinns regleringen i 6§. Parterna måste vara näringsidkare, vilket även inkluderar verksamheter utan vinstsyfte, eller anställd hos näringsidkare. Vid en eventuell process ligger bevisbördan för att uppgifterna lämnats i förtroende hos givaren. Denne måste visa att mottagaren insåg eller borde ha insett att sekretess var en förutsättning för att överhuvudtaget få del av uppgifterna. Tystnadsplikten kvarstår i princip tills ett röjande av företagshemligheten inte längre skulle medföra skada.

Konkurrensklausuler

Arbetsförhållanden karaktäriseras av att de innehåller en stark lojalitetsplikt för arbetstagare, vilket i sig medför en omfattande tystnadsplikt.⁹² Denna upphör, enligt allmänna arbetsrättsliga principer, när anställningen upphör. Ett undantag gäller när ”synnerliga skäl” finns (7 § 2 st.), då skadeståndsansvar kan aktualiseras även efter anställningens upphörande. I syfte att förlänga tystnadsplikten efter anställningens upphörande förekommer också avtal innehållande konkurrensklausuler, speciellt om arbetstagare har haft en nyckelposition och/eller vet om flera företagshemligheter, vilka kan ålägga arbetstagare att under en tid av högst 24 månader inte yppa eller utnyttja kunskande från den tidigare anställningen.⁹³ Sådana avtal ska ingå i samband med anställningsavtalet eller under bestående anställning och regleras av ett kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter, det s.k. SIF-SAF avtalet från 1969.⁹⁴

⁹² Brott mot tystnadsplikt medför skadeståndsansvar enligt FHL 7 § 1 st. – noteras kan att om regler om tystnadsplikt ges i kollektivavtal skall istället skadestandsregler i MBL användas.

⁹³ En skrivning som stipulerar att arbetstagaren efter sin anställning inte kan ta ny anställning eller starta eget i konkurrerande verksamhet är inte bindande ”i den mån utfästelsen sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt”, AvtL 38§.

⁹⁴ Överenskommelsen gäller ”begränsning av användningsområdet för och innehållet i s.k. konkurrensklausuler i tjänsteavtal” och gäller idag större delen av privatjänstemannaområdet. Ursprungliga parter till avtalet var SAF och SIF, SALF o CF, men enligt rättspraxis o litteratur gäller avtalet också såväl icke fackanslutna (AD 1984:20) som utanför användningsområdet för överenskommelsen (AD 1992 nr 9).

Konkurrensklausuler kan således användas för att skydda företagshemligheter, under ”den beräknade livslängd[en] för arbetsgivarens skyddsvärda know-how eller därmed jämförbara kunnande”.⁹⁵ Gränsdragningen är dock svår vad gäller vad som egentligen kan skyddas med hjälp av konkurrensklausuler, jfr AD 1991 nr 38 s 256: [att] ”man i varje fall numera inom näringslivet i princip inte godtar konkurrensklausuler som rättsligt bindande, om de syftar enbart till att kvarhålla arbetstagare med särskilda kunskaper och särskild kompetens i deras anställning”. Med andra ord kan den företagsspecifika kunskapen skyddas, men samtidigt gäller principen om fri rörlighet för arbetstagare, dvs. arbetstagarens personliga kunnande och erfarenheter kan inte bindas till ett företag, varför denna allmänna men ändå särskilda personliga kompetens aldrig anses utgöra företagshemlighet – en ”inlåsning” av /f d / anställda kommer att underkännas i domstol.⁹⁶

I företag som fokuserar på kunskap syns vissa tendenser till en ny sorts ofrihet. Företagens viktigaste kapital är människorna som jobbar där och därför knyts deras kunskap så hårt som möjligt till företaget. Ofta används då olika former av kontrakt, såsom konkurrensklausuler och tystnadspliktsklausuler, för att åstadkomma sådan kontroll. I förlängningen innebär detta att arbetaren blir mindre fri att välja var han vill arbeta.⁹⁷ ”[I] den mån arbetskraften säljs en gång för alla förvandlas dess bärare till slav”.⁹⁸ Det är frågan om två motstående intressen, varför en avvägning måste göras mellan arbetskraftens fria rörlighet och företagets krav på ett adekvat skydd för företagsspecifik kunskap, och även om jämförelsen med slavar synes drastisk är en kontroll av personer, och dess tankar, ytterst liktydigt med att vara ofri.

Intrångsundersökning

Genom en lagändring som trädde i kraft den 1 januari 1999 har det bland annat i patentlagens 59a § införts en ny skyddsåtgärd kallad intrångsundersökning.⁹⁹ Denna skyddsåtgärd har också införts i övriga lagar på immaterialrättens område. Syftet är att öka möjligheterna att säkra bevisning i civilrättsligt förfarande i immaterialrättsliga intrångstvister. Orsaken torde särskilt vara den allt mer förekommande piratkopieringen av datorprogram. Vidare är också varumärkesskyddade produkter, fonogram och andra immaterialrättsligt skyddade ting särskilt känsliga för otillåtna plagiat och andra utnyttjanden. Bevisning som kan styrka ett intrång kan ofta med lätthet undanhållas, förvanskas eller förstöras. Det kan därför vara angeläget att snabbt och ibland oannonserat få tillträde till den misstänktes lokaler för att man där ska kunna leta efter föremål som utgör intrångsobjekt eller som används vid intrång.

⁹⁵ Sif-Saf avtalet punkt 3.

⁹⁶ Se exv. AD 1984 nr 20 s 177 där domstolen uttalar att: [överenskommelsen] “inte kan ha den innebörden att som företagshemlighet skall räknas de anställdas personliga skicklighet, personliga kunskaper och personliga erfarenhet.”

⁹⁷ Inte endast pga. ett ekonomiskt tvång, jfr Arbetslivet, kap 2 s 4, även om så kan vara fallet i realiteten, utan snarare eftersom han inte kan användas sina kunskaper fullt ut i vilken verksamhet som helst.

⁹⁸ Furåker, Bengt; Människan i tjänstesamhället s 3 i kap. 3 ”Arbetsmarknaden”.

⁹⁹ Se Ds 1998:24, prop. 1998/99:11, 1998/99:LU5.

Regleringen som rör intrångsundersökning bygger på TRIPS avtalet, vilket förutom de immaterialrättsliga ensamrätterna också rör företagshemligheter.¹⁰⁰ De skyddsåtgärder som omnämns i artikel 50 i TRIPS, och som bestämmelserna om intrångsundersökning bygger på, gäller alltså även företagshemligheter. Men regler om intrångsundersökning när det gällde intrång i företagshemligheter ansågs dock inte behövas i Sverige utan de regler som redan fanns i RB, främst i 37 och 38 kap., och FHL ansågs uppfylla de krav som ställdes i TRIPS avtalet.¹⁰¹ Regeringen valde att tills vidare lämna denna fråga då det ansågs att det skulle krävas mer ingående överväganden än som var möjliga i ärendet. Det är fortfarande RB:s regler som gäller angående ”intrångsundersökning” till följd av ett intrång i företagshemligheter.

¹⁰⁰ TRIPS, kap. 7, ”Protection of undisclosed information”.

¹⁰¹ Prop. 1998/99:11, s. 50ff.

5. Företagshemlighetskonstruktionen i praxis

5.1 Företagshemlighetskonstruktionen applicerad i domstol

Efter att vi har undersökt konstruktionen företagshemlighet såsom den uttrycks i lagstiftningen, övergår vi till att se hur konstruktionen appliceras i praxis. Det är nämligen inte tillräckligt att undersöka lagens uppbyggnad, utan relevant är även vad domare lägger vikt vid. Inom rättstillämpningen sker en precisering av de förutsättningar som krävs för att konstruktionen ska kunna användas. Det blir nödvändigt att studera de omständigheter som i rättsfall bedömts vara avgörande för att information i en specifik situation ska skyddas som företagshemlighet. Företag måste därför vara medvetna om rättens argumentation för att kunna genomföra en god ”prognos” av hur deras konkreta fall skulle bedömas.

Tyngdpunkten har, som tidigare redogjorts för, i dagens samhälle förskjutits från varuproduktion till tjänsteproduktion. Intellectuella prestationer har därför kommit att värderas allt mer, vilket också inneburit att rättskonstruktioner anpassade till mer icke-materiella företeelser efterfrågats. Inom näringslivet används konstruktioner för att minska risktagandet och skapa större förutsägbarhet. Ett exempel är patentpooler eller organisationer för att åstadkomma en de facto standard, där olika företag kommer överens om att utnyttja varandras resurser. Genom framförallt avtal kan de reglera förhållanden emellan. Straffrättsliga sanktioner kan aldrig uppnås med hjälp av kontraktuella instrument, men efterfrågas sådana av företag? En mer effektiv sanktion är ofta uteslutning.¹⁰² Sådan samverkan, s.k. co-opetition, är konstruktiv såtillvida att ett dynamiskt och flexibelt system uppstår, eftersom systemet blir föränderligt i takt med utvecklingens behov. Å andra sidan krävs gedigna rättskonstruktioner för att effektiv handel och kunskapsutbyte ska garanteras mellan okända parter. Det är statens roll att tillhandahålla dessa och syftet är då ytterst att öka välbefindandet för medborgarna.

Konstruktioner som rör intellektuella prestationer är idag mycket viktiga. I sina försök att omvandla rätten tänjer företag på betydelsen av konstruktioner. Även om det är staten som tillhandahåller konstruktionerna,¹⁰³ medför företags anspråk på att de har rätt till intellektuella prestationer såsom tillgångar att omfattningen och betydelsen av skyddet för företagshemligheter delvis är företagsdrivet. Intellectuella tillgångar ökar i värde när det finns reell makt bakom den formella juridiska rätten. Värdet av samma intellektuella tillgång är alltså beroende av ägarens maktposition, ett företag som kan satsa stora belopp i marknadsföring har inte bara stärkt sitt varumärke utan även sina företagshemligheter. Ju bättre företaget lyckas kommunicera att dess kunskap renderar dem en stark marknadsposition, desto lättare att få rätt i domstol genom att bevisningen underlättas då fler uppfattat att företagets position bygger på företagshemligheter. Med denna strategi kan dessutom risken för degenerering av ett varumärke minskas eftersom företaget samtidigt kommunicerat att de verkligen *äger* en företagshemlighet, som varumärket helt baseras på. Strategin bygger på att varumärket då inte blir liktydigt med företagets tjänst

¹⁰² Statens sanktion är ytterst straff, men har företag behov av en sådan sanktion? Skiljeförfarande är ett uttryck för att ett straffrättsliga förfarande inte önskas. Avgränsning: vi har inte undersökt skiljedomar.

¹⁰³ Genom sin lagstiftningsmakt baserad på våldsmonopol och den demokratiska legitimiteten.

eller produkt, såsom Termos, Dynamit eller Nylon. Med andra ord skulle även här ett ”dubbelt” skydd uppstå – både varumärkesrättsligt och som företagshemlighet. Den som utnyttjat varumärkets renommé, har då också utnyttjat företagshemligheten. Strategin kräver makt, utan makt kan inte kommunikationen bli tillräckligt stark – det gäller att kommunicera mer än vad FHL medför, att skapa en kollektiv föreställning om att informationen/kunskapen tillhör företag som egendom. Även mer konkret kan ett multinationellt företag med större ekonomiska möjligheter och med en hord jurister skrämja den lille konkurrenten till tystnad. Rättsregler kan användas för att eliminera hot och risker genom uppköp etc av konkurrerande innovationer, vilket innebär att även goda, mer resurseffektiva innovationer kan undgå att exploateras.¹⁰⁴

Som vi sett i kapitel 4, är FHL inte strikt avgränsad, eftersom där inte ställs upp en klart begränsad legaldefinition, vilket delvis kan bero på att det inte går att förutsäga exakt hur teknikutvecklingen kan användas och vilka krav som därför kommer att ställas på ett relevant skydd. Snarare måste företagen själva definiera vilken information som de anser utgöra företagshemlighet och staten/lagen överlämnar till rättstillämparen att sätta de närmare gränserna. Rättstillämparen har också en annan möjlighet att följa utvecklingen i samhället. För att klargöra vilka legala krav domstolar värdesätter och vilka intressen de lägger vikt vid krävs att vi närmare undersöker utvecklingen av praxis.

5.2 Skyddsobjekt i anställningsrelationer

”As business...become[s] more dependent on technology, the importance of trade secrets increases...As competitive forces increase, so do the temptations to steal or misappropriate the trade secrets of a competitor.”¹⁰⁵

Hos dagens kunskapsbaserade företag finns en mycket stor del anställda som är ingenjörer, forskare och andra högutbildade som utför avancerade arbetsuppgifter. Den huvudsakliga avsikten med detta är att skapa innovationer, idéer, tekniker och processer som ger företaget en konkurrensfördel gentemot andra inom samma fält när det gäller att skapa nya produkter, processer och tjänster. Ett företags förmåga att överleva beror till stor del på om de kan skapa nya idéer och omforma dessa idéer till produkter och tjänster, vilka kan kapitaliseras på marknaden. Det ekonomiska värdet av dessa idéer är stort och såväl anställda som före detta anställda kan komma att tillskansas sig företagsspecifik kunskap.

Anställningsrelationernas utformning blir därför av vikt för företag. Den grundläggande lojalitetsplikten existerar vid alla förhållanden mellan arbetstagaren och arbetsgivaren. Ansvar gentemot arbetsgivaren beror till stor del på den anställdes befattning och förtroendet i relationen. Chefer och personer i företagsledning omfattas av en starkare lojalitetsplikt, eftersom förtroendet och ansvaret här är större. Liknande skyldighet återfinns i ABL 15 kap för styrelseledamöter, där skadeståndsansvar kan ådömas för ageranden som skadat bolaget eller aktieägare. Sådan skada kan bland annat uppstå genom att känslig information, företagshemligheter röjs. Avtal som reglerar förhållanden

¹⁰⁴ Jfr Lagercrantz, David; Ett svenskt geni – berättelsen om Håkan Lans och kriget han startade.

¹⁰⁵ Martin, D.P. An employers guide to protecting trade secrets from employee misappropriation.

med personer i företagsledande ställning omfattas inte av LAS och innehåller därför ofta konkurrensklausuler, vilket även tillämpas för olika nyckelpersoner i företag. Även skiljeklausuler kan användas för att skydda företagshemligheter¹⁰⁶ och är giltiga också i förhållande till arbetstagare som omfattas av LAS.¹⁰⁷ Det är relativt vanligt förekommande att arbetsgivaren står för kostnader i skiljeförfarandet oavsett utgång, eftersom det främst är i företagets intresse att skiljeklausul avtalas – förfarandet är snabbt och inte offentligt.¹⁰⁸ Skiljeförfarande är således gynnsamt då företaget har anställda med vetskap om företagshemligheter.

I rättsfallet AD 1999 nr 61 fastslogs att en konsult i databranschen som sagt upp anställningen med en månads uppsägningstid och samtidigt lämnat ett anbud på ett arbete hos en uppdragsgivare till arbetsgivaren brutit mot lojalitetsplikten. Konsulten var mycket värdefull och en tillgång för företaget, vilket var en bidragande orsak till att arbetsgivaren i denna situation varit berättigad att genom avskedande skilja arbetstagaren från hans anställning.

I fallet AD 1999 nr 144 var förhållandet något annorlunda. En försäljare hos ett företag i säkerhetsbranschen lät under pågående anställning tillsammans med en installationstekniker registrera ett handelsbolag med en verksamhetsinriktning som delvis sammanföll med arbetsgivarens. Domstolen uttalade att redan arbetstagarens planer på konkurrerande verksamhet utgör påtaglig risk för skada för företaget och därför medförde brott mot lojalitetsplikten.

I AD 2000 nr 3 konstaterades att begreppet företagshemlighet ska tolkas vidsträckt och att kundregister typiskt sett innehåller information som har karaktären av företagshemligheter. Som vi vet faller även odokumenterad information in under begreppet företagshemlighet. Det var således utan betydelse att det inte fanns ett nedskrivet kundregister, frågan var om den anställde hade utnyttjat ett eventuellt register till fördel för hennes make som verkade i samma bransch. I domskälen fastslås att hon bedrivit konkurrerande verksamhet genom att hennes make fått del av kunduppgifter.¹⁰⁹ Av bevisningen i målet framgår inte om det funnits något kundregister överhuvudtaget, varför skadestånd enligt FHL inte aktualiserades. Domstolen utdömde istället skadestånd p g a att den anställde brutit mot lojalitetsplikten som följer av hennes anställning.

Idag är rättsläget, i alla fall enligt praxis, således relativt klart vad gäller kundregister, vilka typiskt sett anses vara företagshemligheter. Hur ser det ut med andra register, över personal, distributörer o liknande? Sådana *kan* utgöra företagshemlighet, men en mer noggrann prövning görs av omständigheterna. AD 1998 nr 80 handlar om tre arbetstagare som lämnade sina anställningar hos ett företag som bedrev personaluthyrning. De inledde konkurrerande verksamhet och rekryterade också vissa av personalen. Domstolen

¹⁰⁶ AD 1991 nr 61.

¹⁰⁷ Bylund, Bo mfl, Anställningsskyddslagen med kommentar, s 348f. Noteras kan att i konsumentförhållanden är i förhand avtalade skiljeklausuler ogiltiga.

¹⁰⁸ Bylund, s 342. Noteras kan att för sekretess även efter skiljeförfarandets avgörande är avtal om tystnadsplikt dock att rekommendera, jfr NJA 2000 s 58.

¹⁰⁹ Jfr även AD 1998 nr 80.

uttalade att det inte är givet att ett personalregister kan utgöra företagshemlighet, men i detta fall förelåg särskilda omständigheter genom att det var ett detaljerat register med uppgift om varje anställds personliga kvalifikationer, kontaktnät och löneuppgifter, varför det ansågs vara företagshemlighet. De tre f d anställda förklarades skadeståndsskyldiga dels för brott mot lojalitetsplikten, dels för missbruk av arbetsgivarens företagshemlighet.

Generellt sett ersätts den skadelidande vid skadeståndsberäkningen för skada under anställningen enligt SkL, medan skadestånd för skada efter anställningen utgår enligt FHL. Företaget, med vilket de anställda senare började driva konkurrerande verksamhet, yrkade dock ersättning också för den värdeminskning dessa anställda orsakat genom att lämna sina tjänster. Ytterst är humankapital inte något som företaget kan råda över, även om det gärna vill tillräkna sig det – humankapital är alltid knytet till en individ i en social kontext. Företags förlust av humankapital, via tidigare arbetstagares uppsägning, kan således inte ingå vid skadeståndsbedömningen eftersom värdet av humankapitalet inte kan tillgodoräknas företaget när arbetstagaren lämnat.

Den personliga skickligheten och kunskapen och erfarenheten kan aldrig ha den innebörden att sagda humankapital kan utgöra företagshemlighet.¹¹⁰ Inom näringslivet godtas i princip inte konkurrensklausuler som enbart syftar till att behålla, låsa in arbetstagare med speciell kompetens och särskild yrkeskunskap.¹¹¹ Sif-Saf avtalet anno 1969 ger inte företag rätt att binda arbetstagare enbart pga. att de är särskilt värdefulla i verksamheten. Humankapitalet har arbetstagaren alltid rätt att själv utnyttja, även om det skulle innebära konkurrerande verksamhet med en tidigare arbetsgivare. Företagen kan dock utveckla strategier för att omvandla anställdas kunskaper till strukturkapital, exv. kan dokumentation användas i syfte att kommunicera: ”denna kunskap är företagets egendom, vår företagshemlighet”. Genom ett medvetet agerande kan karaktären av subjektbunden kunskap, genom objektifiering, förändras till en föreställning om att kunskapen utgör egendom. Rättskonstruktionen förändras härmed genom att kategoriseringen av egendom medför ett antal rättsföljder som inte företagshemlighetskonstruktionen innebär idag, framförallt exklusivitet för ägaren, dvs. rätten att förfoga över objektet. Konstruktionen idag omfattar inte exklusivitet mer än genom skydd mot otillbörliga metoder, företagshemligheter kan inte ”skyddas” mot att någon annan självständigt upptäcker samma sak. Genom sitt agerande kan samhällsaktörer, och främst de med makt, omvandla rätten till sin egen fördel. Men med makt följer också ett stort ansvar – ett ansvar mot samhällsstrukturerna. Om rättsbetydelsen ändras så att humankapital utan större rättsliga följder kan omvandlas till strukturkapital kommer detta att ge effekter på arbetsmarknaden, och enskildas innovationsvilja och företags innovationsmöjligheter. Företag måste därför när de försöker omvandla rätten ständigt överväga konsekvenserna av rättskonstruktionernas förändring ur ett långsiktigt perspektiv. Det är makthavarnas ansvar att förändringen är konstruktiv.

I USA har sekretessavtal visat sig vara en viktig faktor för möjligheterna att legalt skydda företagshemligheter. Trots att lojalitetsprincipen gäller också där, är frågan kring om

¹¹⁰ AD 1984 nr 20.

¹¹¹ AD 1991 nr 38.

anställda insåg eller borde ha insett att viss information utgjorde företagshemlighet svår att visa i en efterföljande process om det inte finns, eller åtminstone åsyftats, avtal om tystnadsplikt; frånvaro av ett sekretessavtal försvårar uttryckligen möjligheten att skydda en företagshemlighet eller att få ersättning för eventuell förlust.¹¹² Denna omständighet var exv en nyckelfaktor för att skydda hemligheter med avseende på tillverkning av intraokulära linser,¹¹³ programmering av CAD mjukvara,¹¹⁴ och den kemiska formeln för frigörande av polytetrafluoretylen (PTFE).¹¹⁵ I Sverige finns dock inga renodlade fall som behandlar verkan av sekretessklausuler.¹¹⁶ Olika sekretessavtal, dvs avtal om tystnadsplikt för arbetstagaren, begränsas här genom FHL i och med att lagen definierar objektet för ett sådant avtal: företagshemligheten. Information som inte kan klassas som företagshemlighet, eller beteenden som inte utgör ett obehörigt angrepp på informationen, kan inte heller bli föremål för tystnadsplikt. Avtal, eller klausuler, som går utanför FHLs regler kan ogiltigförklaras eller jämkas enligt 36§ AvtL.

För nyckelpersoner skrivs istället för sekretessavtal ibland konkurrensbegränsande avtal. En tumregel för dessa är att de ska användas för att skydda företagshemligheter, för att inte anses oskäligen. Huvudregeln är fri rörlighet för arbetskraft.¹¹⁷ Den arbetsrättsliga bedömningen av konkurrensklausuler inriktar sig därför särskilt på skydd av företagsspecifikt kunnande, dvs kunskap som inte i första hand är personlig. För att utforma korrekta konkurrensklausuler krävs enligt 38§ AvtL att företaget kombinerar dessa med konstruktionen företagshemlighet, dvs FHL måste användas som ett verktyg för att skapa strukturer som understöder företagets möjligheter att åberopa konkurrensklausulen. Information och kunskap som inte utgör företagshemlighet kan alltså inte skyddas med hjälp av en konkurrensklausul. En konkurrensbegränsning måste syfta till skydd för företagshemlighet.¹¹⁸

Både skyddet för företagshemligheter och reglerna om konkurrensklausuler är inom amerikansk rätt reglerat främst hos varje delstat, den federala Uniform Trade Secrets Act är av en harmoniseringskaraktär.¹¹⁹ Vi har även tidigare berört att vissa delstater inte ens tillåter konkurrensklausuler.¹²⁰ Domstolarnas resonemang utgår ifrån ett individuellt frihetsbegrepp – makten ska ligga hos individen, det är individens fria rörlighet som uppmuntras, i syfte att skapa fri konkurrens. Argumentet skiljer sig något från det europeiska om fri rörlighet för arbetstagare, eftersom detta syftar till en mer flexibel arbetsmarknad och ett effektivt resursutnyttjande på en strukturell nivå.

5.3 Skyddsobjekt i konkurrensrelationer

Bortsett från de straffrättsliga inslagen i FHL utgörs kärnan i rättskonstruktionen företagshemlighet av förtroende. Förtroendet mellan parter gäller generellt i alla

¹¹² Julie Research Laboratories Inc. v. Select Photographic Engineering Inc., 1992.

¹¹³ Surgidev Corp. v. Eye Technology Inc., 1986.

¹¹⁴ Vermont Microsystems Inc. v. Autodesk Inc., 1996.

¹¹⁵ Mangren R&D v. National Chemical Co., 1996.

¹¹⁶ Fahlbeck, s 126.

¹¹⁷ Romfördraget artikel 48.

¹¹⁸ AD 1991 nr 38. Notera även att 6§ Konkurrenslagen eventuellt kan aktualiseras.

¹¹⁹ Noteras kan att företagsspioneri återfinns i den federala lagen Industrial Espionage Act.

¹²⁰ Skillnaderna i rättskonstruktioner öppnar därmed för möjligheten till forum shopping.

relationer, i förhållandet arbetsgivare – arbetstagare, köpare – säljare, producent – konsument och mellan partners av varierande grad. Vad gäller förtroendet i konkurrensrelationer motiveras konstruktionen av att den skulle vara moralskapande genom att stävja illojalt beteende och främja en sund konkurrens. Tidigare har behandlats fall av konkurrens där en bakomliggande anställningsrelation funnits, varför detta avsnitt fokuseras mot affärsförbindelser där själva förbindelsen medför att känslig information utbyts. Situationen innebär, om inte explicit så i alla fall implicit, att informationen ges under förutsättning att den inte får föras vidare.

Ett tydligt rättsfall där situationen karaktäriseras av förtroende, är NJA 1998 s 633 där en konsult hade utarbetat en affärsplan för att främja användning av datorer som ett pedagogiskt hjälpmedel. Vid tidpunkten för de samtal om samarbete som fördes, där affärsplanen presenterades, med två utomstående parter, vilka var nödvändiga som samarbetspartners för att kunna realisera idén, var datorer knappt använda i pedagogiskt syfte utan i stort sett endast för ordbehandling eller undervisning i programmering. Planen var att bli marknadsledande i Sverige och också att utvidga verksamheten till övriga Norden. En av parter som diskussion förts med bildade ett bolag och startade verksamheten på egen hand, och konsulten förbisågs. HD meddelar att en affärsplan kan betraktas som företagshemlighet. Kravet på hemlighållande var uppfyllt eftersom konsulten endast röjde planen för framtida samarbetspartners, vilket innebär att spridningen inte varit ”allmän och okontrollerad” samt att den krets som visste om informationen i princip var identifierbar och sluten. Fallet klargör också att det inte behöver föreligga ett skriftligt avtal mellan parterna utan förtroendet anses uppstå redan på förhandlingsstadiet. Huruvida detta innebär att domstolen utnyttjat sin makt att påverka rättstillämpningen eller om denna slutsats indirekt kan sägas framgå av lagkonstruktionens anda är oklart. En intressant tolkning av HDs utslag är att företagshemligheter får användas på ett normalt affärsmässigt sätt utan att förlora sin hemliga karaktär.¹²¹

AD-målet som tidigare omnämnts, 2000 nr 3, är värt att se även ur perspektivet konkurrensrelationer. Den forne arbetsgivaren yrkade nämligen skadestånd enligt 6§ FHL för utnyttjande av företagshemlighet *efter* anställningens upphörande, vilket är uppseendeväckande; 6§ berör förtroendesituationer i affärsförbindelser medan anställningsrelationer normalt hänförs till 7§. Visserligen kräver 2 st (7§) synnerliga skäl för att skadestånd ska kunna utgå efter anställningens upphörande. Synnerliga skäl kan dock vara att den anställda förbereder överförande av hemlig information under anställningen.¹²² Utnyttjade hemliga uppgifter om kunder uppfyller normalt kraven på ”information, hemlighållande och att röjandet är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende”. Personalregister faller inte lika självklart under lagen men om det kompletterats med uppgifter om personalens speciella färdigheter, bl a vilka kunder de står på god fot med, representerar det enligt AD ett kommersiellt värde. AD fastslog att utnyttjandet av kundregistret utgjorde obehörigt angrepp i den mån att utnyttjandet riktats

¹²¹ Petrusson, Ulf, manus s 414.

¹²² Jfr AD 1998 nr 80 där konkurrens klausulen blev ointressant eftersom synnerliga skäl ansågs föreligga efter att anställningarna upphört.

mot företagets kunder med anlitan­de av företagets tidigare personal. Det var på detta sätt företaget menade att fallet kan kategoriseras som illojalt beteende i affärsförbindelse.

Rekvisitet ”skada i konkurrenshänseende”, vilket återfinns i lagtexten, har av domstolarna fått en förklarande precisering eftersom flera fall uttalar att informationen, vilken hävdas utgöra företagshemlighet, måste ha ett ”ekonomiskt värde”.¹²³ Det finns en risk för att ledamöterna av rätten förväxlat ”företagshemlighet” med det äldre begreppet yrkeshemlighet, vilket innehåller krav på ekonomiskt värde. Begreppen har i och för sig sagts vara liktydigt i ytterligare rättsfall, men om ekonomiskt värde krävs, och inte endast vara en specificering av det värde som företagshemligheter kan ha, skulle betydelsen av ”företagshemlighet” förändras. Företagshemlighet omfattar mer än yrkeshemlighet. Vi exemplifierar med situationen för en ideell förening, vars hemliga information skulle kunna skyddas med företagshemlighetskonstruktionen eftersom de har sämre möjligheter att nå ut med sitt budskap om de förlorar den. Informationen har då inget ekonomiskt värde, samtidigt som det faktiskt orsakar skada i konkurrenshänseende. Det kan påpekas att konkurrerande verksamhet inte är en förutsättning för att utslaget i domstol ska bli utnyttjande av företagshemlighet, men väl att rekvisitet skada i konkurrenshänseende måste vara uppfyllt.

Till sist finns det ett flertal rättsfall som berör bankers verksamhet och vad som kan innefatta företagshemlighet inom bankväsendet. Det ska noteras att dessa fall till stor del avgjorts i efterdyningarna av fastighetskrisen i början av 1990-talet, vilket medför att omständigheterna är speciella och långt ifrån regelbundet återkommande. Traditionellt sett utgörs bankverksamhet av in- och utlåning, vilket ger dem en central roll för funktionaliteten av kreditmarknaden. Banker är ett slags mäklare av investeringar, så tillvida att de matchar risktagande med kapitalbehov. NJA 1999 s 469 handlar dels om editionsplikt, dels om tidsaspekten på en företagshemlighet. Editionsplikt innebär att handlingar, uppgifter och information som kan utgöra bevis i en process kan begäras utlämnad enligt RB. En proportionalitetsavvägning sker där ena partens intresse av att få ut bevis vägs mot den andra partens intresse av att behålla informationen hemlig. Banken hävdade i rätten att en tio år gammal kreditinstruktion utgjorde företagshemlighet och därför inte kunde utlämnas. Domstolen avlog också editionsyrkandet med hänsyn till att handlingen rörde bankens kärnverksamhet. Det kan ändå tyckas att olika bankers instruktioner torde likna varandra så pass mycket att ett offentliggörande av instruktionen inte skulle påverka konkurrenssituationen för den enskilda banken. Den editionsyrkande parten avsåg att visa att krediten givits på lösa grunder, varför ett bakomliggande skäl till avslag kan vara risken för att allmänheten helt tappar förtroendet för banker, med tanke på den kris verksamheten just genomlidit. En förtroendeförlust skulle få negativa effekter på dess samhällsfunktion, vilket skulle bidra till felallokeringar av investeringar och kapital. Även om avslaget kan betraktas med en nypa salt visar målet ändå tydligt att flera år gamla handlingar kan skyddas som företagshemlighet.

Ytterligare ett bankmål som kan nämnas är NJA 1995 s 347 eftersom det handlar om ett skadeståndsyrkande i tvistemål där svaranden tidigare för samma handlande fällts för bedrägeri i brottmål. Fallet rörde en instruktion rörande legitimering vid kassauttag.

¹²³ AD 1995 s 347.

Instruktionen ansågs utgöra företagshemlighet. Huruvida brottmålet inverkat på utgången av målet kan endast spekuleras i, men tydligt är att banken inte ansågs som medvållande till skadan p g a bristfälliga instruktioner, trots att instruktionerna aldrig förevisades. Också här godtog domstolen argumentet att bankens konkurrenssituation skulle komma att förändras negativ vid fall av offentliggörande.

5.4 Förfogande över företagshemligheter som kommersiellt värde

Det finns idag inte några svenska rättsfall som behandlar överlåtelse eller liknande. Något uttryckligt uttalande för att förfogande över företagshemligheter sker med hjälp av egendomskonstruktionen kan inte beläggas av rättsfall.¹²⁴ Företag kan dock sägas förfoga över företagshemligheters kommersiella värde genom att de hindrar andra från att ta del av eller sprida kunskapen. Företagshemligheter kan ha ett stort kommersiellt värde, vilket framgår av ett hovrättsmål där utdömt skadestånd uppgick till totalt 6,8 miljoner.¹²⁵ Vid skadeståndsberäkningen sågs till den allmänna utvecklingen av marknaden och skadan ansågs motsvara inkomstbortfallet vilket var en följd av förlorad företagshemlighet. Det kommersiella värdet beror av att företagshemligheter kan vara avgörande för ett företags marknadsposition. Detta innebär att företag måste förstå och kunna använda konstruktionen så att de förfogar över informationen: att de kan kontrollera både teknisk och affärsmässig kunskap.

Med nationalekonomiska termer kan kunskap jämföras med kollektiva varor. Sådana varor är dels icke-exklusiva, dels icke-rivaliserande till sin natur.¹²⁶ Kunskap tillhör den förra kategorin eftersom det är svårt, i teorin omöjligt, att exkludera andra från denna kunskap. Om en person äger viss kunskap hindrar inte detta ägande att en annan person kan äga precis samma kunskap. Dessutom kan idéer förstås som kollektivt ägda så tillvida att kunskap aldrig är sprungna ur en enskilds persons medvetande. Hon har alltid förkunskaper som används när hon skapar ”sin” idé. Individen är endast ägare av de nya fragment av tankar och idéer som hon lyckats abstrahera ur den kollektivt ägda kunskapen - och även hennes ”nya” idéer tillhör denna pool av kunskap så snart hon uttrycker dem för någon annan. Detta synsätt innebär att en individ förverkar sin ensamrätt till information när hon fört den vidare på ett eller annat sätt, vilket är ett argument för att inte betrakta intellektuellt kapital som exklusiva rättigheter.

I praktiken är användandet av konstruktionen företagshemlighet möjlig i affärsförhandlingar¹²⁷ men problemet är hur man ska säkerställa informationens ursprung, dvs tillhörigheten till företaget. Företaget måste antingen i förväg eller i efterhand kunna visa att informationen oberoende härrör från dem i händelse av att exv ett kontrakt inte fullföljs.¹²⁸ Hur företaget väljer att säkerställa detta blir avgörande för skyddet. I princip

¹²⁴ Detta kan bero på att flera fall rörande förfogandesituationer avgörs i skiljeförfarande.

¹²⁵ Skadeståndet som utdömdes i detta mål, HovR mål nr T 435-01, uppgick till 6 miljoner kronor för inkomstbortfall. Dessutom utgick ett allmänt skadestånd om 800 000 kronor. Den anställda förbjöds också, vid vite om 1 miljon kronor, att utnyttja eller röja uppgifter ur Vi i Villas kundregister.

¹²⁶ Olsson, Ola, 2002-02-14.

¹²⁷ NJA 1998 s 633.

¹²⁸ Granstrand, Ove, The economics and management of intellectual property: towards intellectual capitalism, s 85, antingen ex ante eller ex post; obs notera att Granstrand inte riktigt särskiljer information och

utgår parterna i en affärsförhandling från att en tystnadsplikt föreligger för allt som sägs rörande affären. Ett förtroende föreligger och det är god affärssed att respektera det förtroendet. Ett explicit uttryckande av förtroendet, exv genom sekretessavtal, ger dock dels en preventiv effekt, dels en starkare position vid en eventuell tvist. En medvetenhet om företagshemlighetskonstruktionen kommer därför att underlätta parternas förståelse för varandras syften med affären. Istället för att parter måste lita till personlig kännedom, erbjuder staten genom verktyget FHL skydd för känslig information så fort det föreligger en förtroendesituation, jfr NJA 1998 s 633.

Det kan vara svårare att bevisa informationens tillhörighet än det är att bevisa att en förtroendesituation förelåg. I Vi i Villa målet¹²⁹ konstaterades återigen att ett kundregister kan vara företagshemlighet. Kundregistret innehöll uppgifter om annonsörer, nuvarande och presumtiva, samt uppgifter om kontaktpersoner hos dessa. För att kunna ses som företagshemlighet krävs dock att informationen hålls hemlig. I målet framgår att även om det inte fanns några skriftliga instruktioner eller liknande som ”pekade ut” information såsom hemlig borde detta ha framgått för Bo (konsult och VD) av bolagets agerande. Med tanke på att bolaget var litet bör detta även ha framgått för övrig personal. Vidare ska det ha uppstått skada i konkurrenshänseende för bolaget. Bo invände att liknande register går att anskaffa på andra ställen, vilket vid en första anblick försvårar för bolaget att hävda exklusivitet genom företagshemlighetskonstruktionen. Rätten menar dock att registret innehöll uppgifter som inte skulle kunna återfinnas någon annanstans.

Det finns ett antal omständigheter som är speciella för fallet. Vi i Villa är en gratistidning och annonsintäkterna utgör de totala intäkterna för bolaget, vilket enligt rätten kom att medföra en stor skada. Den av Bo nystartade tidningen Villafamiljen utvecklades och spreds snabbt. Domstolen ansåg det osannolikt att denna utveckling kunnat ske utan tillgång till Vi i Villas kundregister. Angreppet var således klart obehörigt enligt 6 och 8 §§ FHL.

Det finns situationer som innebär att företaget kan förfoga över företagshemligheter även om de inte har ett kontrakt eller en förtroendesituation med den som angripit företagshemligheten. Företagsspioneri är exempel på detta men även allmän straffrätt har av domstolar tillämpats för att beivra otillbörliga metoder. I hovrättsmål, B 81/94 dom nr 268, dömdes till egenmäktigt förfarande. Arbetstagaren hade tagit med sig känsliga handlingar vilka innehöll företagshemligheter till sin nya arbetsplats. Materialet kunde till viss del jämföras med kundregister. Det fastslogs att arbetstagaren handlat illojalt gentemot sin före detta arbetsgivare då syftet var att använda handlingarna i konkurrerande verksamhet. I mål nr B 602/99 dömdes en anställd för olovligt förfogande då han fört över företagets kunddatabas på två disketter. De båda hovrättsfallen visar att det inte bara är illojalt, utan att det också kan vara brottsligt att kopiera kundregister.

upppfinning, dvs om det rör sig om hemlighållande av information finns inget direkt nyhetskrav, snarare ett oberoende ursprungskrav.

¹²⁹ HovR dom meddelad 2001-10-26 mål nr T 435-01.

Rättsfallet NJA 1993 s 188 handlar om Gillette, vars distributionsförteckning, säljcykel m m hanterades som företagshemlighet. Gillette hade tecknat avtal innehållande konkurrensklausuler med ett marknadsföringsbolag, när ett annat bolag i samme ägares hand utnyttjade företagshemligheterna i sin konkurrerande verksamhet. Bolaget, vilket inte hade undertecknat avtal med Gillette, förelades att inte använda företagshemligheterna och blev skadeståndsskyldiga. En fundering rör om FHLs häleriparagraf skulle kunnat användas i situationen. Fallet är också intressant eftersom bolag inom samma koncern, där kontrollen finns hos samma fysiska person, omfattas av förtroenderelationen. Resonemanget förstärker tanken om bolag är föreställningar som vi konstruerat. Det är inte den juridiska personen som utgör skyddsobjektet i FHL, utan det legala skyddet rör förtroendet mellan fysiska personer. Det är förtroendet som ska respekteras. Fallet tyder därmed på att bolag inte kan ha ett självständigt ansvar, vilket kan kopplas till tidigare resonemang om det problematiska med att överföra principerna om förtroende mellan människor från individnivå till företagsnivå.

En praktikant som aktivt kopierat och samlat på sig material från sin arbetsgivares kunddatabas efter avsked ansågs inte vara företagsspioneri och inte heller olovligt eftersom han hade tillgång till databasen i sitt dagliga arbete.¹³⁰ Uppsägningen i sig begränsar nämligen inte de befogenheter en anställd har i sin anställning men arbetsgivaren får begränsa dem under denna tid. Det tycks som om HD tolkat legaldefinitionen i FHL så att ”ägnat att medföra skada” endast ska ses som en värderingsgrund och inte som en handlingsnorm. För att kunna använda sig av 3§ krävs däremot enligt HD att någon aktivitet utförts. När det gäller frågan om praktikanten gjort sig skyldig till olovligt förfogande anför HD att företaget genom kopieringen har berövats sin ensamrätt till kunddatabasen men däremot har inte deras ägande- eller säkerhetsrätt rubbats, varför brott ej föreligger. HD menar att ensamrätt till immateriell egendom straffas enligt andra lagrum än 10:4 BrB. Detta indikerar tydligt att HD inte ser immateriella rättigheter som egendomsrättigheter utan endast som ensamrättigheter.

¹³⁰ NJA 2001 s 362 (dvs samma mål som det tidigare HovR B 602/99).

6. Företagshemlighetskonstruktionen under kommunikativ omvandling

6.1 Förklarande teori

Som vi sett används företagshemligheter av företag för att rättsligt skydda olika typer av register, affärsplaner och idéer. Konstruktionen kan appliceras på tjänstekoncept, strukturkapital och övriga objekt som visserligen skulle kunna skyddas med hjälp av andra rättskonstruktioner, men som av olika anledningar behandlas som företagshemlighet. Företag försöker, i syfte att få kontroll över värdet av kunskap, transformera humankapital till strukturkapital och därmed skapa ett hanterbart objekt. Detta möjliggör att information och kunskap avpersonifieras och inte längre uppfattas som knutet till ett subjekt. Det hanterbara objektet är dessutom en nödvändighet för att lyckas skapa en föreställning om att företagshemligheter kan ägas, att de utgör egendom. Uppfattas företagshemligheter som egendom blir den rättsliga följderna att överlåtelser och kapitalisering av dem underlättas. Trots den osäkerhet som fortfarande finns kring företagshemlighet kan olika strategier utnyttjas för att uppnå ett effektivt rättsligt skydd, där utformningen av rutiner och kontrakt medför att synen på företagshemligheter som objekt förstärks.

För att slutsatsen om att företags ageranden kan medföra att företagshemligheter uppfattas som objekt, måste rätten betraktas som av människor i samhället skapade konstruktioner. Företag utnyttjar, och påverkar genom sitt beteende, rättskonstruktioner likaväl som en domare gör det i en dom. Genom kommunikation uppfattar och förstår vi verkligheten, vilket medför att detta instrument med fördel kan användas dels som förklaringsmodell, dels som ett verktyg för resultatnriktad förändring. Detta förhållningssätt medför att vi inte behöver begränsa oss till att rättsverksamhet (dvs lagstiftningsprocess och dömande process) skapar innehållet av rätten. Den undersökning och analys av företagshemligheter vi gjort, dels med hjälp av förarbeten och lagtext (kap 4), dels med hjälp av rättsfall (kap 5) måste då kompletteras med hur även andra aktörer agerar. Alla samhällsaktörer är således delaktiga i en ständig dynamisk omvandlingsprocess av rätten.

Den teoretiska bakgrunden till detta synsätt står att finna i nutida realism. Med rättsvetenskaplig terminologi skulle inriktningen kunna kategoriseras som rättspragmatisk, vilket innebär starka influenser från den skandinaviska rättsrealismen, den sk Uppsalaskolan, vad gäller analysen av rättssystemet och dess regler men också drag av rättssociologi såtillvida att metoden präglas av att studera verkligheten, dvs mer empiriskt inriktad än traditionellt studium av juridisk rättskällelära.

Det karaktäristiska för de skandinaviska rättsrealisterna är att de söker kunskap om rätten såsom faktiska sociala fenomen. Rätten har inte sin grund i något övernaturligt andeväsen och kan inte heller förklaras av viljeteorin.¹³¹ Tvärtom ska rättens förklaring sökas i

¹³¹ Strömholm, Stig, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, s 88.

verkligheten. Detta verklighetsbegrepp¹³² blir därför bestämmande för vad som enligt Uppsalaskolan ryms inom rätten som vetenskap. Verkligheten definieras då främst av att vara placerbart i rums- och tidsdimensionerna. Något annat är inte förståeligt för människan. Ur denna verklighetsuppfattning springer den välkända teorin om att värderingar aldrig kan vara objektiva sanningar/verkliga. Hägerström betecknar det icke-verkliga som metafysik och menar att rättsvetenskapen ska rensa ut dessa metafysiska begrepp, dvs sådana som inte är bestämda eller som är motsägelsefulla. Ett exempel är begreppet ”gällande rätt”, vars effektivitet förklaras av individuella föreställningar om det nödvändiga med en rättsordning. Föreställningarna är beroende av en psykologisk mekanism vilken gör att rättsreglerna upplevs bindande. För att analysera rätten måste dessa föreställningar undersökas. Föreställningarna påverkar människors beteenden, varför rätten måste studeras även ur detta perspektiv.

Rätten kan alltså analyseras utifrån beteenden och hur beteenden influeras av olika föreställningar. Rättsordningen kan också beskrivas i termer av makt, i och med att rättsverksamheterna de facto tillämpar rättsordningens regler. Rättsordningen innehåller mängder av metafysiska begrepp och värderingar, vilka framställs som verkliga, som fakta. Dessa rättsliga föreställningar och konstruktioner måste blottläggas. En viktig del i synen på rätten blir då ideologikritiken, vilken inriktas på att uppdaga de faktiska intresse- och värdemotsättningar som inte syns i rättsordningen, men som faktiskt påverkar hur den fungerar och i praktiken tillämpas. Bilden av ett socialt maskineri, vars kuggar utgörs av människorna, används metaforiskt för att förstå rätten samtidigt som vi inser att den ingenting är. Rätten som illusion blir tydlig när rättighetsbegreppet analyseras av rättsrealisternas främsta förespråkare; Lundstedt framför i linje härmed att samhällsnyttan är det verkliga motivet, vilket vägleder i rättsverksamhet, snarare än metafysik som ”rätt” och ”rättvisa”, medan Olivecrona är den hos vilken vi kan hitta tendenser mot att uppfatta beteckningar för olika begrepp som ingående i en språklig process, en social kommunikation.

Utvecklingen av den skandinaviska rättsrealismen i nutida tappning sker framförallt på två vis; där det första ledet utgör något av en fusion av teorierna från den skandinaviska realismen med tankar från Habermas kommunikationsteori och det andra består av de slutsatser kring metodologi som påpekas att Uppsalaskolan förbisåg. Kommunikationens betydelse för hur människor uppfattar föreställningar och begrepp kombineras med ett poängterande av dynamiken i rätten. Rätten kan så beskrivas som kommunikativa processer. Vidare framhålls vikten av att förstå rätten ur flera perspektiv, att det handlar om påverkan av flera idésystem än enbart det rättsliga. Resultatet av den kommunikativa processen är reellt och öppnar för att studera rätten empiriskt. Metodologiskt närmar man sig rättsociologin, men håller fast vid det normativa värdet av rättens enhetstanke. Beteckningen som används är rättspragmatism.

Rätten kan i samklang med alternativ jurisprudence således uppfattas som ett instrument för förändring och omvandling, dels genom ett medvetet användande av rätten inom det möjliga, dvs rättsordningens, ram, dels genom att det rättsliga handlingssystemet

¹³² a.a s 101: endast det som är placerbart i tid och rumsdimensionerna är verkligt enligt Hägerström – vilket vi delvis opponerar oss emot, men den diskussionen är inte nödvändig för att förstå resonemanget.

influeras och återför värderingar från även ekonomiska, politiska och kulturella idésystem, vilket skapar ett omvandlingstryck på rätten. Rättsliga begrepp och föreställningar kan användas strategiskt för att uppnå åsyftade resultat. Denna insikt leder också till att olika lojalitetsstrukturer och det individuella ansvarstagandet understryks.

Med insikt om att rätten kan förklaras, och framförallt förändras, med hjälp av kommunikation följer att varje aktivt åberopande och varje juridisk handling, såväl inom daglig företagsverksamhet som inom rättsverksamhet, måste medföra ständig konsekvensanalys av det egna beteendet - och vad det beteendet baseras på för föreställning.

6.2 Förståelsen för företagshemligheter

Ur ett kunskapsperspektiv består, förenklat sett, ett företag av samverkan mellan dess interna och externa struktur. Den externa strukturen består av relationer till kunder, tillverkare och hur företaget uppfattas av utomstående. En del av dessa relationer kan omvandlas till legala rättigheter såsom varumärken och firmanamn. Värdet av dessa tillgångar ges av hur företaget uppfattas, hur väl de hanterar kunder o.s.v. Företagets rykte och dess förhållanden till utomstående ändrar värdet på dessa tillgångar och därmed ändras värdet över tid.

Den interna strukturen består av t ex patent, koncept, modeller och administrativa system. Strukturen är skapad av de anställda och är en del av organisationen. Interna strukturer finns oberoende av individerna och även om ett stort antal av de anställda slutar kommer delar av strukturen finnas kvar. Till den interna strukturen hör också informella delar såsom kultur och stämning. Om alla inom organisationen stödjer föreställningen om att viss kunskap är företagsspecifik kommer denna föreställning att permanentas inom just denna struktur och alltså därmed uppfattas som verklig. De beteenden som uppfattningen genererar utgör kommunikativa handlingar i en process mot att betrakta företagshemligheter som egendom. Precis som propositioner, utredningar och andra materiella uttryck förstärker samhälleliga strukturer kan avtal, policys och strategiska dokument förstärka konstruktionen företagshemlighet.

Detta agerande kommer i olika utsträckning att smitta av sig när företagshemligheten används utanför organisationen som kommersialiserad egendom. Beroende på vilket perspektiv vi anlägger kan olika grad av permanent förmedlas till övriga aktörer i samhället. I syfte att upprätthålla ett sken av beständighet kan en mer tillförlitlig struktur byggas. Sådana strukturer återfinns på flera plan, framförallt inom olika grupper, och kan vara lika påtagliga inom kommersiell verksamhet som inom samhällsfunktioner. En stat är ur denna vinkling en organisation som består av individer som, mer eller mindre indirekt, slutit sig samman för att nå vissa mål eller åtminstone för att maximera sina möjligheter till måluppfyllelse. Den övergripande strukturen kan sägas existera inom ett visst kulturellt mönster. Om rätten uppfattas som permanent och bestämd kan upplevelsen av rättssäkerhet och förutsägbarhet förstärkas, till fördel för handel och specialisering men även känslor av trygghet och förtroende. Människors ageranden, efter denna föreställning, är reella.

Genom lagstiftningsprocessen kan alltså stabila strukturer skapas. Strukturerna kan även skapas av kommersiella aktörer, vilka också har medel av förmedla föreställningar både genom påverkan av attityder och sitt eget beteende. Aktörens maktposition blir då avgörande för hur stark kommunikationen kan bli. De värden och intressen som kommuniceras måste internaliseras av aktörens målgrupp för att en gemensam värdegrund ska nås. Finns en sådan gemenskap kommer en lojalitet gentemot kollektivet att uppstå.

Företag och samarbeten mellan företag kan med andra ord skapa stabila strukturer. Ett konkret exempel är de facto standardisering vilket bygger på att företag samverkar i syfte att uppnå en teknisk standard exv Bluetooth. Organisationen är till för att nå en acceptans för lösningen i samhället. Exemplet rör både en teknisk struktur, men kan också översättas till en social struktur som förändrar människors beteenden för hur kommunikation sker. Det företagen vill uppnå är att skapa en marknad, skapa ett behov. Ju fler människor som uppfattar att strukturen är till nytta, desto mer lojala mot sagda struktur kommer de att vara. När de agerar utifrån denna föreställning förstärks strukturen och expanderar. På samma sätt kan rättsordningen uppfattas som en struktur. Rättskonstruktionerna måste accepteras och ha en värdemässig grund som internaliseras hos tillräckligt många medborgare för att ageranden ska komma att ske utifrån konstruktionerna såsom de var avsedda. De rättsliga strukturerna utgör en normativ miljö vilket människor föds in i, varför de till stor del tas för givna. När strukturer upplevs som självklara är risken stor att den kritiska granskningen av dem avstannar. Rättsregler kan också beskrivas som imperativ, vilka ytterst styr beteenden genom avskräckning – genom rädsla för straff, med hjälp av våldsmonopol, skulle då strukturen upprätthållas. Den strukturella fångenskap som dessa två alternativ resulterar i är inte eftersträvansvärd eftersom de förminskar människor till kontrollerbara enheter och knappast uppmuntrar till det kritiska förhållningssätt som är nödvändig för att driva samhällsutvecklingen. Mer önskvärt är att tydliggöra och nå en medvetenhet om att utnyttjande av rättskonstruktioner måste kombineras med ett individuellt ansvar och grundas på gemensamma värden. En frigörelse från strukturen kommer också att leda till ett stödjande av strukturen, ser vi nyttan av strukturerna stödjer vi dem och ser vi hur de är uppbyggda kan vi ta en aktiv del i samhällsbygget.

Företaget kan skapa värden genom kunskapsöverföringar mellan de externa och interna strukturerna. Det är också i själva överföringsmomentet konstruktionen med företagshemligheter blir mest intressant. Genom att behandla information och kunskap som företagshemligheter blir rättskonstruktionen applicerbar på företagets verksamhet. Avtal och dokumentation genererar byggstenen företagshemligheter. När ett utbyte av företagshemligheter sker kan värdet relativt enkelt fastslås genom att betrakta det kunskapsutbyte som då sker i form av en normal kommersiell transaktion. På detta vis kan påstås att konstruktionen med företagshemligheter möjliggör en kapitalisering av information och kunskap. Genom nätverk kan företag därför utöka sin kunskapsmängd, och därmed öka värdet, samtidigt som riskerna minskar då föreställningen om företagshemligheter medför att en tillhörighet kommuniceras. Parterna utgår ifrån att företagshemlighetskonstruktionen är applicerbar och därmed kan samarbete ske med utgångspunkten att förtroendet mellan dem och inom nätverket respekteras.

När företagshemligheter i praktiken behandlas som om utbytet är liktydigt med en transaktion innebär detta faktiskt att informationen betraktas som om den vore egendom. Ett användande av företagshemlighetskonstruktionen som innebär att företagshemligheter ses som egendom kommer att minska den osäkerhet som idag finns. Företags agerande kan påverka synen på företagshemligheter som om de vore objekt grundade på en egendomskonstruktion. På detta vis dras fördel av den acceptans som redan finns för egendomskonstruktioner. I teorin skulle, när uppfattningen om att företagshemligheter som egendom internaliserats, handel underlättas eftersom transaktionskostnaderna blir lägre när gränserna för företagshemligheter därmed blivit mindre osäkra, och företagshemligheter kan då överlåtas precis som annan egendom, varför de ekonomiska effekterna blir direkta för företagen.

En situation som tydliggör om en företeelse rättsligt kan behandlas som egendom är när ett företag, A, kommit på obestånd. Om vi antar att företaget A licensierat know-how till företaget C, överlåtit företagshemligheter till D och deponerat en källkod till ett datorprogram för uppdragsgivaren E hos en tredje man – hur ska en eventuell konkursförvaltare agera, om vi lämnar det rent värderingsmässiga problemet som berörts i avsnitt 3.2.3, för att reda ut de korrekta ägandeförhållandena? Huvudprincipen är att tradition eller denuntiation måste vara uppfyllt för att äganderätten ska ha övergått till någon annan än A. Det sakrättsliga momentet måste innebära att A förlorar rådigheten över företagshemligheten för att en övergång av rättigheten, egendomen ska vara rättsligt hållbar. Det första problemet består då i hur rådighetsförlust kan inträffa när tillgångarna är ”levande” i människors tankar, dvs fortfarande möjlig att utnyttja av ”överlåtaren”? Olika immateriella rättigheters ställning vid konkurs är på liknande sätt omdiskuterat, även om där delvis finns speciella regler inom respektive rättsområde.¹³³ Vad gäller just datorprogram kan tyckas att URL 40a § skulle visa att överlåtelse är möjligt, men så är inte fallet eftersom endast en ”övergång” av själva rättigheten sker.¹³⁴ Datorprogram tas som regel fram med ett utpräglat kommersiellt syfte och utvecklingskostnaderna utgör ofta betydande investeringar, varför (förfoganderätten av) upphovsrätten borde vara fritt överlåtbar om inte annat avtalas.¹³⁵

Andra sakrättsliga moment som kan tänkas gälla för immaterialrättigheter är endast själva avtalet, såsom vid olika leasingförhållanden, eller registrering i likhet med fast egendom, trots att immaterialrätt kategoriseras som lös egendom. Enligt Patentlagen kan en begäran om registrering framställas till PRV vid överlåtelse, vilket då skulle kunna tolkas som att det sakrättsliga momentet var uppfyllt. En analogi, vilken emanerar från Köplagen 54 § och som stödjer att avtalet i sig håller sakrättsligt, kan medföra att istället för att uppfatta exv källkodsdeposition som ett avtalat exekutionsförbud, vilket därmed kan vara ogiltigt, innebär avtalet snarare ett hävningsförbehåll.¹³⁶ Ytterligare en jämförelse kan göras med

¹³³ Exv finns förmögenhetsobjekt som inte kan separat överlåtas eller utmätas men ändå ingå i ett konkursbo, se Firmalagen 14 §, Varumärkeslagen 34 §, Upphovsrättslagen 27 § etc. Notera också exekutionsförbudet URL 42 §.

¹³⁴ Prop 1992/93:48 s 117f. Jfr också URL 28 §.

¹³⁵ Möller, Mikael; *Insolvensrättsligt forum*, s 20: som de lege lata anser slutsatsen tveksam men de lege ferenda mycket önskvärd.

¹³⁶ Håstad, Torgny; *Insolvensrättsligt forum*, s 45 ff.

de regler om pantsättning om immaterialrättigheter om vi som HD betrakta företagshemligheter som säkerhetsrätter, jfr NJA 2001 s 362. Ett av de problem som uppstår då beror av att panträttsliga principer därmed blir tillämpliga, vilket bl a innebär att en pant i sig inte får tas i akt, konsumeras, för att täcka en fordran, tillgången måste realiserars.¹³⁷ Detta innebär att ett företag som förlitar sig på att de har en säkerhetsrätt i företagshemlighet aldrig självt kan få en rätt till själva företagshemligheten, endast en rätt att täcka sin fordran genom att tillgodogöra sig värdet av den hemliga informationen. Som tidigare nämnts är dock värdet så starkt beroende av kontexten att det blir en högst riskfylld affär att betrakta informationen separat. Sammantaget innebär ovanstående att pusselbiten företagshemlighet betraktad som en egendomskonstruktion inte utan problem passar in i det övriga sakrättsliga pusslet. Det antyds inte heller vare sig i förarbeten, lagtext eller rättsfall hur en obeståndssituation exakt ska lösas då företagshemligheter licensierats, överlåtit eller deponerats. De transaktioner som A, C, D och E genomfört är ur detta perspektiv sakrättsligt tveksamma.

6.3 Kommunikativ omvandling mot egendomskonstruktion

Som visats finns många olika kopplingar mellan flera rättskonstruktioner, och interaktionen mellan dem tydliggörs när värdet av kontroll över kunskap poängteras. Med denna utgångspunkt kan konstruktionen företagshemlighet användas strategiskt i syfte att uppnå kontroll. Vi skulle därför kunna kalla juridiken för ett hjälpmedel, ett verktyg för att skapa, bygga kontroll över intellektuellt kapital. Den kontrollerbara kunskap som emanerar ur ett korrekt användande av verktygen utgör en byggsten. I likhet med detta resonemang kan t ex ett aktieägaravtal ses som *ett* verktyg bland flera för att skapa byggstenen bolag. Företag kan alltså använda rättskonstruktioner som verktyg för att uppnå ett visst syfte, ett visst resultat. Byggstenen företagshemlighet är det som skapas genom att företaget använder sig av lagen om skydd för företagshemligheter i kombination med kontraktuella instrument.

Inom rättsverksamhet, dvs lagstiftnings- och rättsskipningsprocessen, hämtas idéer och föreställningar från andra områden än det rättsliga när betydelsen av rättskonstruktioner avgörs. Ett skäl som kan uttrycks i förarbeten till FHL är att öka investeringsviljan. Den tanke som lagen bygger på, att ett skydd för företagshemligheter ökar incitamenten till investeringar, är en tes som antas i ekonomisk teori. Denna hypotes överförs från det ekonomiska idésystemet till det rättsliga som om det vore ett faktum. Rättskonstruktionen bygger på att skyddet verkligen har en funktion som incitament för investeringar. På liknande sätt övertar rätten tankar från sociala, kulturella och politiska idésystem. När rättsliga konstruktioner både bygger på och tolkas via vad som snarare kan betecknas som osäkra teorier än beskrivningar av verkligheten framstår det klart att rätten är en illusion.

Företag utgör en organisation som består av flera individer som slutit sig samman, och även om personliga motiv kan avvika från organisationens mål, är individerna lojala mot företagsstrukturen under hot om uteslutning. Företaget måste kommunicera sina mål, såväl internt som externt, för att kunna slita sig loss ur ett rådande paradigm. De måste

¹³⁷ AvtL 37 §.

hitta nya idéer för att skapa nya marknader. Konkurrens skapar ett tryck på enskilda företag och även på föråldrade branscher. När företagen agerar i syfte att skaffa sig marknadsandelar utnyttjar och tänjer de samtidigt på olika rättskonstruktioner genom att deras beteende återförs som normerande för dessa konstruktioners omfattning och betydelse. När inte längre den tänkta rättskonstruktionen kan appliceras på företagens byggstenar har så stor avvikelse uppstått att den strukturella lojaliteten undanröjs. Då uppkommer ett omvandlingstryck på rätten och det kan till och med krävas nya konstruktioner för att en stabil struktur ska uppstå. Alla aktörer ingår ur detta perspektiv i en kommunikativ process som är bestämmande för de kollektiva föreställningarna om rättens innehåll.

Aktörer använder, medvetet eller omedvetet, rättsliga föreställningar för att kommunicera med intressenter. Anläggs ett hermeneutiskt synsätt, som syftar till förståelse, blir dynamiken mellan de rättsliga föreställningarna och de faktiska beteenden delar i en kommunikativ process. Synsättet grundar sig på människors vilja att skapa en social samexistens genom att föra en dialog i syfte att förstå. Ett väl fungerande demokratiskt samhälle kräver att det finns en sfär där åsikter kan kanaliseras till det politiska beslutssystemet.¹³⁸ Den tillit som byggs upp genom detta skapar positiva förutsättningar för ett samhälles individer att nå en gemensam värdegrund, vilket är grunden till strukturell lojalitet. Företag och andra organisationer har en funktion som går utöver grundarnas ursprungliga mål eftersom deras kommunikativa handlingar påverkar de rättsliga föreställningarna. Medvetenhet inom företag om dess kommunikativa roll leder till att de har makt att rekonstruera den rättsliga föreställningen om vad företagshemligheter omfattar och betyder till egendomsanspråk. Detta synsätt leder till ”kommunikationen mellan individer utgör en viktigare kunskapskälla av vad som är rätten, än analyserna av de rättsliga texterna”¹³⁹

Egendom

Skrivningarna i lagen indikerar, enligt oss, att syftet med FHL är helt inriktat mot konkurrenssituationer. I lagen har valts att definiera företagshemlighet utifrån att ställa krav på en handling, dvs ”...vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende”. Detta kan tolkas som att det inte är tillräckligt att en näringsidkare genom en medveten strategi håller viss information hemlig. En företagshemlighet uppstår egentligen inte förrän någon annan än näringsidkaren angriper informationen. Denna skrivning medför att företagshemligheter svårligen kan behandlas som en egendomskonstruktion.

Å andra sidan har det i flera rättsfall av domstolar fastslagits att ”ägnat att skada i konkurrenshänseende” ska förstås som en värderingsgrund. Rekvisetet berör endast en ekonomisk värderingsgrund, varför rekvisetet inte ska tolkas som en handlingsnorm. Argumentet, som bygger på legaldefinitionen i FHL, faller då platt eftersom rekvisetet snarare ska uppfattas som att information, för att utgöra företagshemlighet, måste ha ett ekonomiskt värde. Genom resonemanget utgår dessutom såväl parter som domare från att

¹³⁸ Andersen, Klassisk modern samhällsteori, s. 400.

¹³⁹ Petrusson, Ulf, s 38.

företagshemligheter utgör objekt. Inställningen förstärker därmed föreställningen om att humankapital kan objektifieras. Företag upplever då att de innehar en självständig rättighet till ”sina företagshemligheter”, en äganderätt. Ytterligare en företeelse som baseras på ett normargument är att det idag är vanligt att företag deponerar material hos tredje man för att eliminera risker i avtalsförhållanden. Det rör sig ofta om olika ”utvecklingssamarbeten”. Deposition uppfattas som ett sätt att uppnå skydd för materialet som företagshemlighet. Materialet som deponeras utlämnas normalt till uppdragsgivaren vid kontraktsbrott. Upplägget kan jämföras med rättskonstruktionen tredjemanspant, där gäldenär ställer pant vilken borgenär kan ianspråka i fall av kontraktsbrott. Pantbegreppet förutsätter att ett objekt kan urskiljas. Konstruktionen med deposition av material bygger således på att företagshemligheter kan betraktas som egna objekt. Detta talar också för att rättskonstruktionen företagshemligheter kan förstås som en egendomskonstruktion.

I Sverige hittas sällan drag av en mer filosofisk diskussion i den rättsliga argumentationen i domskäl som är mer vanligt förekommande inom common-law traditionen. I fallet Peabody v. Norfolk, det första stora amerikanska företagshemlighetsmålet, uttalade Massachusetts Supreme Judicial Court en princip som tillämpas rörande alla grenar av intellektuell egendom: ”If a man establishes a business and makes it valuable by his skill and attention, the good will of that business is recognized by the law as property.” I USA har då bl a Lockes teorier återopats, vilka baseras på tanken om att när en person blandar sitt eget arbete med någonting har denne en äganderätt till den slutliga produkten.¹⁴⁰ Teorin syftade inte direkt till ett skydd av intellektuella prestationer, men den är ofta använd för att rättfärdiga t ex upphovsmäns rätt till sina verk. Lockes argument är att alla har självbestämmanderätt till sin kropp och därmed äganderätt till det mervärde som skapas av det arbete som utförs. När Lockes argument återopas idag uppstår en liknande problematik som den vi nämnt tidigare, nämligen att argumentet appliceras på juridiska personer, som endast är föreställningar om abstrakta enheter, trots att det egentligen utgår från fysiska personers situation.

Högsta Domstolen i Sverige har dock i rättsfallet som handlar om praktikanten, som kopierade ett kundregister, uttalat ”att företaget genom kopieringen har berövats sin ensamrätt till kunddatabasen men däremot har inte deras ägande- eller säkerhetsrätt rubbats”. Detta uttalande innebär e contrario att en företagshemlighet kan ägas, konstruktionen måste med andra ord bygga på en egendomskonstruktion.

Det finns således ett antal rättsliga argument som indikerar att företagshemligheter kan behandlas som egendom. Byggstenen företagshemlighet såsom varande egendom ryms alltså inom den rättsliga föreställningen företagshemlighet. Genom de processer där olika aktörer kommunicerar sin bild av vad som krävs för att den strukturella lojaliteten ska upprätthållas av dem, omvandlas den kollektivt föreställda konstruktionen. Studeras lagen om skydd för företagshemligheter i enlighet med traditionell juridisk metod med hjälp av

¹⁴⁰ Glöm dock inte det Lockska förbehållet: att ingen ska skada någon annans liv, frihet eller ägodelar. Nozick har invänt att en person snarare förlorar det hon blandar sitt arbete med, än erhålla en äganderätt till det. Nozick ställer en retorisk fråga: om jag håller en burk tomatjuice i havet kan jag då anses erövrat havet eller bara förlorat min tomatjuice?.

Susanne Stenberg, Martin Fransson

rättskällevärdet kan en egendomskonstruktion knappt märkas, men vi hoppas att en förståelse för hur rättsliga föreställningar kan omvandlas har tydliggjort hur äganderätt till företagshemligheter kan hävdas.

7. Företagshemlighet – destruktivt eller konstruktivt

Med utgångspunkten att företagshemligheter kan användas strategiskt i syfte att uppnå kontroll över kunskap uppkommer också frågan hur företagshemlighetslagstiftningen ska användas för att vara konstruktiv. Lagen om skydd för företagshemligheter är omdiskuterad. Kritiska argument om att yttrandefriheten urholkas bygger på att främst arbetstagare åläggs tystnadsplikt som kan liknas vid munkavel, att kritikrätten kvävs och dessutom att personlig kunskap och erfarenhet inte kan fullt utnyttjas genom att rörligheten på arbetsmarknaden stagnerar. I ett försök att motverka dessa risker har i lagen inarbetats vad som ibland kallas lex Bratt, dvs principen att avslöjanden av grova missförhållanden inte är otillbörliga. Fahlbeck påstår till och med att yttrandefriheten inom privat verksamhet därmed har utökats efter lagens tillkomst. Junesjö menar däremot att eftersom företagen själva definierar vad som utgör företagshemligheter är risken för att yttrandefriheten hotas överhängande.¹⁴¹ Ett användande av företagshemligheter kan få destruktiva följder. Om lagen om skydd för företagshemligheter tillsammans med strikta tystnadsplikter används kan det medföra en inlåsning av både arbetstagare och kunskap. Ett fritt kunskapsutbyte genererar ett mervärde, både för det enskilda företaget och samhället i stort, vilket innebär att praktikern måste göra en avvägning mellan kontroll och fria informationsflöden. Med hänsyn till de övergripande uppfattningarna i samhället, såsom den demokratiska idéen, ska därför inte lagen användas i syfte att försvåra t ex åsiktsfrihet, kunskapsutbyte och fri rörlighet för arbetskraft.

Även om marknadens uppgift inte i första hand är att vara ett forum för debatt och åsiktsbildning kan medvetna marknadsaktörer som använder och påverkar rättskonstruktioner på ett konstruktivt sätt delta i kommunikationen inom det civila samhället. På detta sätt skapas strukturer som på grund av en gemensam föreställning kommer att vara stabil. FHL kan, som en motvikt till strikta och hämmande kontraktuella instrument, också uppfattas som en del i en skyddslagstiftning syftande till att öka flexibiliteten på arbetsmarknaden. Genom att lagen blir ett verktyg för att skydda känslig information är det inte nödvändigt för företag att kräva inlåsande konkurrensklausuler och sekretessavtal. För mindre företag ges via företagshemlighetskonstruktionen en god möjlighet att förfoga över sin kunskap. Företaget som inte har lika snäva budgetramar kan välja företagshemlighetsstrategin för att säkra sitt tekniska eller kommersiella kunnande över lång tid.

Individer tillhör flera gemenskaper, t ex familjen, nationen, en viss religion, där varje gemenskap har ett visst normsystem. Företaget (eller egentligen de personer inom företaget som avgör vad som utgör företagshemlighet) verkar också inom dessa normsystem varför byggstenen, dvs hur företagshemlighetskonstruktionen används i praktiken, blir en avspegling av de normer som existerar hos grupper i samhället. Normerna kan i sin tur kommuniceras av företaget i strategiska interna och externa dokument i samverkan med incitamentsstrukturer och med kraft i och genom domstolarna. ”I” domstolen eftersom argumentation, inte enbart muntligt utan också genom beteenden och agerande, kommer påverka domare i beslutsprocessen, och

¹⁴¹ Junesjö, Kurt, Hur tyst får det lov att bli i en demokrati?, Helsingborgs Dagblad, 2001-06-25.

”genom” eftersom den normerande effekt som domstolens avgörande kommer att få på företagshemlighetskonstruktionen. När rättskonstruktionen företagshemlighet appliceras på byggstenen måste domarna ta hänsyn till de normer de anser vara avgörande, vilket i sin tur blir normerande genom föreställningen om prejudikat.

När företag implemeterar, genomför en strategi för att kapitalisera företagshemligheter krävs därför att de samtidigt ständigt utvärderar konsekvenserna av sitt beteende. Detta ansvar måste betonas eftersom de faktiskt påverkar betydelsen av rättskonstruktioner. I en situation där företagshemligheter uppfattas som egendom kan kunskap *ägas*. Den äganderätt som uppstår innebär att andra kan utestängas, att ny kunskap inte fullt utnyttjas och att utvecklingen därmed hämmas.

Som berörts tidigare betraktas och behandlas företagshemligheter idag faktiskt som egendom. Företag kan på detta sätt enklare hantera kunskap i relation till andra parter. Genom att underbygga föreställningen om objekt, kan transaktioner genomföras och företagshemligheter kan ges en avgränsad definition, vilket minskar riskerna i affärssammanhang. Även internt, i förhållande till anställda, tydliggörs då den företagsspecifika kunskapen. Genom objektifiering kan värdet av företagshemligheter frigöras.

Källförteckning

Litteratur

- Andersen m fl, Klassisk modern samhällsteori, Studentlitteratur, Lund, 1999
- Blomgren, Å. Kuikka, A. Företaget i kunskapsekonomin, Industrilitteratur, Stockholm 1998
- Bylund, Bo m fl; anställningsskyddslagen – med kommentar, 7 uppl, tiden/Rabén Prisma, Stockholm, 1997
- Cohen m fl; Idéer om ägande, volym 7 i Tidens idéserie, Tidens förlag, Stockholm, 1994
- Correa, C. Yusuf, A. (Ed) Intellectual Property and International Trade: the TRIPs Agreement, Kluwer Law International, London, 1998
- Fahlbeck, Reinhold; Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet – en kommentar, Norstedts Gula Bibliotek, Norstedts Juridik, upplaga 1:1, Göteborg, 1992
- Granstrand, Ove; The economics and management of intellectual property: towards intellectual capitalism, Edward Elgar, Cheltenham, 2000
- Insolvensrättsligt forum, 22-23 januari 1997, Iustus förlag AB, Uppsala, 1997
- Koktvedgaard, M. Levin, M. Lärobok i immaterialrätt, 5 uppl, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1997
- Källenfors, Svensson; Skyddet för företagshemligheter – det nya rättsläget, Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms universitet, Juristförlaget, Stockholm, 1991
- Lagercrantz, David; Ett svenskt geni – berättelsen om Håkan Lans och kriget han startade, Bokförlaget DN, Stockholm, 2000
- Lyxell, Ralf; Intrångsundersökning och discovery – en komparativ studie avseende förberedelse i patentintrångsmål, SACG, Stockholm, 2001
- Parkin, M. King, D. Economics, 2 ed, Addison-Wesley Publishers Ltd, London, 1995
- Petrusson, Ulf; Det industriella rättsskyddets betydelse för näringsidkaren, Göteborgs Patentbyrås Skriftserie, nr 2, Göteborg, 1991
- Petrusson, Ulf; manus våren 2002
- Petrusson, Ulf; Patent och industriell omvandling – en studie av dynamiken mellan rättsliga och ekonomiska idésystem, Norstedts Juridik AB, upplaga 1:1, Stockholm, 1999
- Strömholm, Stig; Rätt, rättskällor och rättstillämpning – en lärobok i allmän rättslära, 5 uppl, Norstedts Juridik, Stockholm, 1996
- Strömberg, Tore; Rättsfilosofins historia i huvuddrag, Studentlitteratur, Lund, 1989
- Svensson, L. Orban, P. (red) Människan i tjänstesamhället, Studentlitteratur, Lund, 1995

Artiklar

- Bladini, Filip; Konkurrensrättens tillämpning på ekonomiska föreningar: några principiella frågeställningar, Fritze, Stockholm, 1994 (Ds 1994:42) ????
- Business Week, Science & Technology den 3 augusti 1992, CHI Research Inc.
- Date Posted: April 29, 1997
- Fahlbeck, Reinhold; Ett revolutionerande arbetsliv? Informationssamhället och arbetslivets omvandling, JT 1997/98 nr 4
- Friedman, D. Landes, W. Posner, R. Some Economics of Trade Secret Law, Journal och Economic Perspectives, Vol 5, # 5, winter 1991
- Hyde, Alan, How Silicon Valley Has Eliminated Trade Secrets (and Why This is Efficient), Rutgers University School of Law, Working Paper Series,
- Kansmark, K, Kunskapsföretag utnyttjar inte det skydd som finns, Dagens Industri, 3 jan 1997, s 3.
- Martin, D.P. An employers guide to protecting trade secrets from employee misappropriation. Brigham Young University Law Review, # 3 (1993)
- Nicander, H, Anställda har alltid en lojalitetsplikt, Dagens Industri, 14 jan 1997, s 4.
- Pain, Lynn; Trade Secrets and the Justification of Intellectual Property: A comment on Hettinger, Philosophy and Public Affairs, Vol 20, Issue 3, summer 1991
- Skeel, David A, Valuing the Invisible – How to manage bankruptcies of knowledge-based companies, Knowledge@Wharton, [http:// knowledge.wharton.upenn.edu](http://knowledge.wharton.upenn.edu)
- Maurer, Steven D.; Zugelder, Michael T, Trade Secret Management in High Technology: A Legal Review and Research Agenda, Journal of High Technology Management Research, Autumn 2000, Vol. 11 Issue 2, p155, 20p

Rättsfall

- AD 1984 nr 20
- AD 1991 nr 38
- AD 1991 nr 61
- AD 1992 nr 9
- AD 1995 s 347
- AD 1998 nr 80
- AD 1999 nr 144
- AD 1999 nr 61
- AD 2000 nr 3

- HovR dom meddelad 2001-10-26 mål nr T 435-01
- HovR mål nr B 602/99

- NJA 1993 s 188
- NJA 1995 s 347
- NJA 1998 s 633
- NJA 1998 s 633
- NJA 2000 s 58

- NJA 2001 s 362

Amerikanska rättsfall

- Carpenter v. United States, 108 S.Ct. 315 (1987)
- E.I. DuPont de Nemours Powder Co. v. Masland, 244 U.S. 100 (1917)
- Julie Research Laboratories Inc. v. Select Photographic Engineering Inc. 810 F. Supp. 513 (SDNY 1992)
- Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp., US Supreme Court 416 US 470 (1974)
- Mangren Research and Development v. National Chemical Co., 87 F.3d 937 (7th Cir.1996)
- Peabody v. Norfolk, 98 Mas. 452 (1868)
- Picker Internation Inc. v Blanton 756 F. Suppl 971 (ND Tex. 1990)
- Surgidev Corp. v. Eye Technology Inc., 648 F. Supp. 661 (D. Minn 1986)
- Vermont Microsystems Inc. v. Autodesk Inc., 88 F. 3d 142 (2nd Cir. 1996)

Offentligt tryck

- Romfördraget
- Förordning (2001:255) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om forskning och utveckling

- Prop 1987/88:155
- Prop. 1998/99:11

- SOU 1999:1
- SOU 1983:52
- DsJU 1998:24
- rskr. 1998/99:24

- 1988/89:LU30
- 1989/90:LU37
- 1997/98:LU11
- 1998/99:LU5
- 2001/02:LU26

Övrigt tryck

- Särtryck, Arbetslivet, sociologiska institutionen vid Göteborgs universitet, våren 2002
- Överenskommelse mellan Svenska Arbetsgivareföreningen samt Svenska Industritjänstemannaförbundet, Sveriges Arbetsledareförbund och Sveriges Civilingenjörsförbund angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i s.k. konkurrensklausuler i tjänsteavtal, 1969
- Karnov, årgång.....

Internetmaterial

- http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/model/utlsv.pdf , 2002-06-11
- <http://www.entrepreneur.com> 2002-05-29
- www.deposit.se 2002-01-24

Muntligt material

- Ola Olsson, forskare, Nationalekonomiska institutionen, Göteborgs Universitet, 2002-02-14
- Föreläsning under ICM vt 2001
- Bengt Lundberg, Volvo HR Security, Göteborg, 2002-01-18