



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sophie Rettig

Sekretessavtal

– utformning och förhållande till lojalitetsplikt och
FHL vid utlämning av företagshemligheter i
avtalsförhandling

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Lars Gorton

Avtalsrätt

Termin 9

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Inledning	6
1.2 Syfte	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	11
1.5 Disposition	12
2 LOJALITETSPLIKT	14
2.1 Allmänt	14
2.2 Lojalitetsplikt för parter i avtalsförhandling	15
2.3 Tystnadsplikt som ett utflöde av en lojalitetsplikt näringsidkare emellan	16
3 SEKRETESSAVTAL	19
3.1 Regleringsbehov	19
3.2 Begränsning av parter avtalsfrihet vid upprättande av sekretessavtal	20
3.2.1 Sekretessavtal och FHL	22
3.2.2 Sekretessavtal och 38 § avtalslagen	24
3.2.3 Sekretessavtal och 36 § avtalslagen	26
3.3 Utformning	28
3.3.1 Avtal som ”rättskälla”	28
3.3.1.1 Inledande klausuler	28
3.3.1.2 Sekretessobjekt	29
3.3.1.3 Undantag från sekretess	32
3.3.1.4 Användning av information	33
3.3.1.5 Övriga hänsyn	34
3.3.1.6 Avtalstid	35
3.3.1.7 Ersättning vid kontraktsbrott	36
3.3.1.8 Skilje- och jurisdiktionsklausul	38
3.4 Tolkning av sekretessavtal	38

3.4.1	Allmänt	38
3.4.2	Precisering av avtalsinnehåll	39
3.4.3	Tolkning av avtalsinnehåll	40
3.4.3.1	Om tolkning i snäv och vid bemärkelse	40
3.4.3.1.1	Tolkning i snäv bemärkelse	41
3.4.3.1.2	Tolkning i vid bemärkelse – utfyllnad	42
3.4.4	Särskilda problem	44
4	RÖJANDE ELLER OBEHÖRIGT UTNYTTJANDE AV FÖRETAGSHEMLIGHET OCH SKADESTÅNDSANSVAR ENLIGT FHL	46
4.1	Allmänt	46
4.2	Företagshemlighet enligt FHL	47
4.2.1	”Företagshemlighet”, legaldefinition enligt 1 § FHL	47
4.2.1.1	Information avseende affärs- eller driftförhållande i näringsidkarens rörelse	48
4.2.1.2	Hemlig information	50
4.2.1.3	Information vars röjande är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende	51
4.2.2	Obehörigt angrepp enligt 2 § FHL	53
4.3	Skadeståndsansvar vid röjande eller obehörigt utnyttjande av företagshemlighet	54
4.3.1	Skadeståndsansvar enligt 6 § FHL	54
4.3.2	Beräkning av skadestånd enligt 9 § FHL och vitesföreläggande enligt 11 § FHL	59
4.3.2.1	Beräkning av skadestånd enligt 9 § FHL	59
4.3.2.2	Vitesföreläggande enligt 11 § FHL	62
5	STOCKHOLMS TR:S AVGÖRANDE, MÅL NR. T1894-03	63
5.1	Allmänt	63
5.2	Tvisten	63
5.2.1	Omständigheterna	63
5.2.2	Parternas ståndpunkter	64
5.2.3	Tingsrättens bedömning	66
5.2.3.1	Bestämmenslens prekluderande verkan på Arlas möjligheter att i tvist åberopa bevisning eller omständigheter om att informationen varit allmänt känd eller känd för Arla	66
5.2.3.2	Frågan huruvida Arla hade visat att informationen varit allmänt känd eller känd för Arla	67
5.2.3.3	Skadeståndets beräkning	68
5.3	Kommentarer	70
6	AVSLUTANDE KOMMENTARER	72
6.1	Den avtalade tystnadspliktens sakliga och tidsmässiga omfattning	72
6.2	Utformning	73

6.3 Skadeståndsansvar enligt FHL för röjande eller obehörigt utnyttjande vid avtalad tystnadsplikt	75
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	77
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	81
BILAGA A MODELLAVTAL	82
BILAGA B SEKRETESSFÖRBINDELSE MÅL T 1894-03	83

Sammanfattning

I avtalsförhandling mellan privata näringsidkare kan hemlig information behöva utlämnas för att ett avtal skall kunna komma till stånd. En sådan avtalsförhandling kan tänkas avse en mängd olika typer av avtal. Parter kan exempelvis ha inlett förhandling i önskan att senare ingå licensavtal varigenom en immateriell rättighet är tänkt att upplåtas. Inför ett företagsförvärv kan förhandling ha initierats och ett due diligence-förfarande (en företagsundersökning) ha påbörjats. Avtalsförhandling kan även avse förvärv av rättigheterna till att använda information som framarbetats hos den ena parten utan att åtnjuta skydd som immateriell rättighet. I sistnämnda situation kan det exempelvis röra sig om förvärv av rättigheten till användningen av viss metod för tillverkning av produkt eller en affärsplan. Den sagda informationen utgör ofta företagshemlighet hos den part som har utarbetat och innehar informationen. Uppsatsen behandlar i huvudsak den sistnämnda situationen.¹

Information som uppfyller de kriterier som uppställs enligt lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter (FHL) åtnjuter skydd enligt samma lag. FHL fastlägger dock inte, avseende privata näringsidkare i avtalsförhandling, någon legal tystnadsplikt. Det krävs därför för skadeståndsansvar enligt FHL att en skyldighet för den mottagande parten att iaktta sekretess har uppkommit på annat vis och att denna skyldighet har åsidosatts. En sådan skyldighet kan uppkomma genom att tystnadsplikt särskilt har, eller kan anses ha, avtalats om. Uppsatsen behandlar således en explicit eller underförstått avtalad tystnadsplikt och dess förhållande till FHL: s bestämmelser om skadeståndsansvar vid röjande eller obehörigt utnyttjande av information som utgör företagshemlighet. Utredningen uppmärksammar framförallt möjligheten att ingå särskilt avtal om tystnadsplikt och vilken utformning detta avtal kan tänkas ha.

Uppsatsen behandlar inledningsvis frågor avseende förekomsten av en lojalitetsplikt för näringsidkare i avtalsförhandling. Av denna studie framgår att det avgörande för huruvida ett röjande eller obehörigt utnyttjande av hemlig information utlämnad i avtalsförhandling, kan grunda skadeståndsansvar enligt FHL, är huruvida en tystnadsplikt kan anses vara avtalad mellan parterna. Utredningen har visat att en viss underförstådd tystnadsplikt för den mottagande parten kan anses följa redan enligt allmänna avtalsrättsliga principer, som ett utflöde ur en lojalitetsplikt. Tystnadsplikt anses då vara underförstått avtalad mellan parterna. Om en sådan underförstådd tystnadsplikt har uppkommit i en affärsförbindelse, är den part som erhållit information som utgör företagshemlighet, även utan att

¹ Sammanställningen kan dock tänkas äga relevans även avseende förhandling om andra typer av avtal eftersom en generell redogörelse av skydd mot motpartens röjande eller obehöriga utnyttjande av information i avtalsförhandling också ges.

ett uttryckligt sekretessavtal har upprättats, skadeståndsansvarig enligt FHL vid röjande eller obehörigt utnyttjande av informationen. Det sagda gäller utan någon begränsning i tiden så länge mottagaren vid tidpunkten för mottagandet av informationen var under tystnadsplikt. Tystnadspliktens tidsmässiga omfattning begränsas istället genom företagshemlighetens bestånd som sådan, d.v.s. informationen kan skyddas så länge som den uppfyller FHL:s definition av företagshemlighet.

Tystnadsplikt för den mottagande parten kan också, som tidigare nämnts, grunda sig i ett särskilt avtal om sekretess. Den information som är avsedd att hemlighållas genom avtalet anges då i ett i avtalet angivet sekretessobjekt. Sekretessobjektet utgör då utgångspunkt avseende avtalets sakliga omfattning, d.v.s. vilken information som motparten enligt avtalet är skyldig att hålla hemlig. Sekretessobjektet kan knytas till definitionen av företagshemlighet enligt FHL eller ges ett individuellt anpassat innehåll. Sekretessavtalet innehåller ofta bestämmelser om undantag från tystnadsplikt enligt avtalet. Information som vanligtvis undantas är tidigare på marknaden känd information eller som till följd av lagstadgad skyldighet att lämna information måste röjas. I sekretessavtal kan parter också t.ex. ange former för hantering av överlämnad information hos den mottagande parten. Eftersom den skada som ett röjande eller obehörigt utnyttjande av företagshemlighet har orsakat kan vara svår att styrka, kan parter i nämnda avtal också föreskriva att en på förhand bestämd ersättning skall utgå vid ett röjande eller obehörigt utnyttjande av den information som avtalet skyddar.

Avtalsfriheten avseende sekretessavtals sakliga omfattning för skadeståndsansvar enligt FHL, begränsas genom 1-2 § § FHL. Avtal som stadgar ett längre gående skydd ger inte upphov till skadeståndsansvar enligt samma lag. Skadeståndsskyldighet för mottagande part till följd av brott mot en avtalad tystnadsplikt kan dock anses föreligga såväl enligt 6 § FHL som enligt allmänna kontraktsrättsliga principer. Av utredningen har framgått att detta torde innebära att skadestånd i nu nämnda situation kan utgå även på den senare grunden. Skadeståndets beräkning kan ske enligt 9 § FHL eller avtalade regler om skadestånd. Vid en beräkning enligt 9 § FHL har skadelidande part rätt till ersättning även för skada av annan än ekonomisk art genom s.k. allmänt skadestånd. Såväl 6 som 9 § § FHL utgör dispositiv rätt. Vid tolkning av avtalade regler om skadestånd kan 6 och 9 § § FHL tillmätas betydelse som vägledning i bedömningen av de avtalade reglernas innehåll. Enligt 11 § FHL kan angripande part vid vite förbjudas att fortsätta sitt röjande eller obehöriga utnyttjande av motpartens företagshemligheter.

Om ett avtal föreskriver att tystnadsplikt måste iaktas rörande viss information medför denna restriktion även att den enligt avtalet förpliktade parten förhindras att exploatera den utlämnade informationen, t.ex. i samarbeten med andra näringsidkare. Sekretessavtalet kan under sådana omständigheter därför också ses som ett avtal som begränsar den förpliktade näringsidkarens möjlighet att bedriva konkurrerande verksamhet.

Om sekretessavtalet anses utgöra ett oskäligt konkurrensbegränsande avtal kan det tänkas att parter avtalsfrihet begränsas rättsligen genom förbudet

mot oskäliga konkurrensbegränsande avtal i 38 § avtalslagen. Om avtalet av domstol befinns oskäligt, utan att vara konkurrensbegränsande, torde det kunna jämkas med stöd av 36 § avtalslagen. För att avgöra huruvida sekretessavtalet utgör ett oskäligt konkurrensbegränsande avtal måste hänsyn tas till den information som skyddas genom föreskrift om sekretess. En avvägning måste göras mellan avtalets konkurrensbegränsande egenskaper och bakomliggande skyddsintressen som kan motivera en föreskrift om restriktioner i utnyttjandet av viss information. Bedömningar om informationens ”skyddsvärdhet” ur en konkurrenssynpunkt måste vidtas. Av utredningen har framgått att om sekretessavtalet skyddar information som utgör företagshemlighet i FHL: s mening (och därför skyddas enligt FHL), detta inte torde anses utgöra ett oskäligt konkurrensbegränsande avtal mellan privata näringsidkare enligt 38 § avtalslagen. Sekretessens omfattning torde inte heller kunna anses som oskälig enligt 36 § avtalslagen. Eftersom uppsatsen endast berör information som utgör företagshemlighet i FHL: s mening, faller bedömningar av sekretessavtalets tillåtlighet i konkurrenshänseende då det skyddar övrig information i princip utanför området för denna uppsats.

I uppsatsen redogörs slutligen för tingsrättens avgörande i mål T1894-03. Tvisten avsåg obehörigt utnyttjande av företagshemlighet. Domen är det enda domstolsavgörande som hittills avgivits där, sedan parter i avtalsförhandlingar ingått ett uttryckligt sekretessavtal och ett brott mot detta gjorts gällande, sekretessavtals betydelse för och förhållande till FHL:s bestämmelser om skadeståndsansvar belysts. Genom domstolens avgörande i målet illustreras hur en avtalad tystnadsplikt kan kopplas till FHL: s bestämmelser om skadestånd. Målet är således, trots att det avgivits i första instans och därför inte på något vis är prejudicerande, intressant i den del det ger uttryck för avtalets praktiska användning och domstolens bedömningar av det.

Förord

Ett flertal kompetenta jurister har bidragit till denna framställning. Ett hjärtligt tack till Professor Reinhold Fahlbeck som delat med sig av sin unika kunskap och insikt om regleringen av företagshemligheter närhelst jag har behövt ledning. Ytterligare ett varmt tack riktas till Advokat Raoul Smitt som väckte mitt intresse för sekretessavtals användning i näringslivet och som har medverkat till denna uppsats genom att tålmodigt granska tidiga utkast och delge mig sina synpunkter. Man skall bara ha ett budskap i varje mening.

Härutöver vill jag även tacka min handledare Lars Gorton. Han har granskat manuskriptet i sin helhet och kommit med värdefulla synpunkter som väsentligen har påverkat uppsatsens slutliga innehåll.

Det är en ynnest att ha fått ta del av Er samlade kunskap.

Advokatfirman Törngren och Magnell i Stockholm har låtit mig utnyttja byråns bibliotek och ett flertal andra resurser för mitt arbete med uppsatsen. Detta har väsentligen underlättat mitt arbete. Till alla Er som nu är mina kollegor vill jag uttrycka min tacksamhet.

Till min väninna jur kand, civ ek Josefin Nowén (Advokatfirman Vinge) som med en oförtruten gnista och schvung har varit en källa till inspiration under författandet av denna uppsats; tack för alla sena kvällar då vi diskuterat nutid, framtid och drömmar.

Ett särskilt omnämnande med sedvanlig placering i detta sammanhang, tillägnas slutligen min familj. Tack för allt Ert tålamod och stöd under denna långa utbildning. Och än viktigare, tack för att ni har givit mig en fastare kurs, som människa och som jurist. Det är bättre att lära sig segla än att be om medvind.

Stockholm i februari 2007

Sophie Rettig

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
Bestämmelsen	Den i bilaga B redovisade Bestämmelsen, även återgiven nedan 5.2.3.1
CF	Sveriges Civilingenjörskförbund
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
HD	Högsta domstolen
IPR	Intellectual property rights
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
KKVFS	Konkurrensverkets författningssamling
KL	Konkurrenslag (1993:20)
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PECL	Principles of European Contract Law
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
SAF	Svenska Arbetsgivareföreningen
SAO	Svenska Akademiens Ordlista
SALF	Sveriges Arbetsledareförbundet
SIF	Svenska Industritjänstemannaförbundet
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
TR:n	Tingsrätten
UniP	Unidroit Principles of Commercial Contracts

1 Inledning

1.1 Inledning

Stockholms tingsrätt meddelade i maj 2006 sin dom i mål nr. T 1894-03.² Tvisten stod mellan uppfinnarföretaget Fermigel och mejerijätten Arla och rörde obehörigt utnyttjande av företagshemligheter. Arla och Fermigel hade under en tid bedrivit avtalsförhandling eftersom Arla var intresserat av en produktionsmetod för tillverkning av kokbar lätt crème fraiche som Fermigel hade utvecklat. Under förhandlingarna fick Arla ta del av produktionsmetoden för att kunna testa denna i sin egen tillverkningsanläggning. Vid utlämnandet av informationen ingicks ett sekretessavtal. I detta avtals punkt 3.1 stadgades följande:

”Arla åtager sig härmed att behandla det material som erhålles från Lindstam (Fermigels grundare, eg. anm.) med sekretess. Det innebär också att Arla inte får använda konfidentiell information för exploatering eller annan kommersiell verksamhet än den utvärdering som följer av detta avtal. Arla får ej lämna vidare till tredje man det material som erhålles från Lindstam. Åtagandet gäller både materialet i sig, som metoder, principer eller tillämpningar som Arla direkt eller indirekt kan tillgodogöra sig från överlämnat material. Allt kallas nedan sekretessbelagt material.

Sekretessbelagt material får ej kopieras, skrivas av eller på annat sätt mångfaldigas./.../”³

Arla avbröt efter en tid avtalsförhandlingarna, utan att avtal om förvärv av rättigheterna till informationen hade kommit till stånd. Ytterligare en tid därefter startade Arla egen produktion av kokbar lätt crème fraiche. Fermigel gjorde i förevarande mål gällande att Arla vid denna produktion obehörigen hade utnyttjat Fermigels företagshemligheter.

Utgångspunkten för den här uppsatsen tas i nu nämnda situation, d.v.s. då en näringsidkare⁴ till en annan näringsidkare i avtalsförhandling om förvärv av rättigheter till information, som framarbetats hos den ena parten utan att denna information skyddas som immateriell rättighet, lämnar ut samma information. Föremålet för uppsatsen är frågan om hur upprättande och ingående av ett sekretessavtal kan skapa förutsättningar för skadeståndsskyldighet enligt lag (1990:409) om skydd för

² Målet refereras nedan 5.

³ Sekretessavtalet bilägges i sin helhet i bilaga B.

⁴ I förarbetena till FHL har det avseende begreppet ”näringsidkare” uttalats att det härmed avses samma mening som inom konsumenträtten (enligt prop.1984/85:110 Konsumenttjänstlag). Begreppet omfattar således ”.../varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art, oavsett om verksamheten är inriktad på vinst eller ej./.../” Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 34. Av prop.1984/85:110 Konsumenttjänstlag, s. 141, framgår att näringsidkarbegreppet även kan omfatta offentlig verksamhet. I denna framställning avses med begreppet ”näringsidkare” den innebörd som följer av prop.1984/85:110 Konsumenttjänstlag, s. 141.

företagshemligheter (FHL) då dessa företagshemligheter⁵ röjs eller obehörigen utnyttjas.

Ett informationsutlämnande i ovan nämnda situation, innan avtal om förvärv av rättighet till samma information har kommit till stånd, kan vara motiverat (som i ovan nämnda avgörande) t.ex. för att motparten skall kunna bedöma huruvida informationen är intressant att förvärva rättigheterna till. Mot intresset av att få till stånd ett avtal måste vägas att huvudregeln i svensk rätt rörande ansvar i avtalsförhandling är att en näringsidkare som bedriver avtalsförhandling i princip gör detta på egen risk⁶ och att, om hemlig information lämnas ut, bevisbördan för att informationen lämnats under tystnadsplikt vilar på den som lämnat ut informationen.⁷ Av det sagda följer att, om hemlig information lämnats ut innan ett avtal om förvärv av rättigheterna att använda denna information har ingåtts, det ligger på den utlämnande näringsidkaren att på något vis styrka att motparten varit under sekretessskyldighet. Ett uttryckligt, skriftligen upprättat sekretessavtal kan i detta avseende utgöra ett viktigt bevismedel.⁸ Eftersom den information som här avses inte skyddas som immateriell rättighet är dess hemlighållande av avgörande betydelse. Enligt 1 § FHL avses med företagshemlighet enligt lagen nämligen endast ”/.../ sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren *håller hemlig* (eg. kurs.) och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom *i konkurrenshänseende*.”

Av de anledningar som nu nämnts⁹ förekommer det att näringsidkare ingår avtal om tystnadsplikt med sina motparter i avtalsförhandling.¹⁰ Det ovan refererade sekretessåtagandet i mål nr T1894-03 avser informationsutlämnande i avtalsförhandling om ett framtida förvärv av rättigheterna till att bruka samma information. Den aktuella informationen utgjorde företagshemlighet hos den utlämnande parten. Nu nämnda förhållanden är även, som tidigare nämnts, utgångspunkten för detta arbete. Eftersom den information som sekretessavtalet föreskriver tystnadsplikt kring också utgör företagshemlighet enligt lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter (FHL) spelar, som redan nämnts, denna lags

⁵ Med ”företagshemlighet” avses i den här uppsatsen sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende, d.v.s. information som utgör företagshemlighet enligt lag (1990:409) om företagshemligheter (FHL), se 1 § FHL. Om legaldefinitionen av begreppet företagshemlighet, se nedan 4.2.1.

⁶ Se t.ex. Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 2002 (cit. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*), s. 111 samt Ramberg, Jan och Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 2003 (cit. Ramberg och Ramberg), s. 83. En viss tystnadsplikt kan följa som ett utflöde av en lojalitetsplikt, se nedan 2.3.

⁷ Fahlbeck, Reinhold, *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter*, 2004 (cit. Fahlbeck), s. 292.

⁸ Hultmark, Christina, *Kontraktstyper* (cit. Hultmark), s. 290. Om parternas regleringsbehov och sekretessavtalets betydelse som bevismedel, se nedan 3.1 samt 3.3.1.2.

⁹ Vidare om parternas regleringsbehov, se nedan 3.1.

¹⁰ Fahlbeck, s. 292.

bestämmelser en central roll.¹¹ Som uppmärksammats ovan innehåller 1 § FHL en definition av vad som förstås med begreppet företagshemlighet enligt lagen. Av 2 § FHL framgår vidare att FHL endast syftar till att förhindra obehöriga angrepp på företagshemligheter. Bestämmelserna är tvingande i den meningen att ett sekretessavtal som föreskriver en mer omfattande tystnadsplikt inte kan leda till skadeståndsansvar enligt 6 § FHL.¹² Åsikterna i doktrin om huruvida ett skadeståndsansvar därutöver kan göras gällande enligt allmänna kontraktsrättsliga principer om skadestånd på grund av motpartens kontraktsbrott, är inte helt samstämmiga. Den i den här uppsatsen förfäktade uppfattningen är dock att dessa avtal är civilrättsligt bindande. Skadeståndsansvar torde således kunna aktualiseras vid motpartens kontraktsbrott som en följd av allmänna kontraktsrättsliga principer. Frågan har i skrivande stund inte belysts i rättspraxis.¹³

Sekretessavtals betydelse i förhållande till FHL:s bestämmelser (och då främst skadeståndsansvar enligt 6 § FHL) då en näringsidkare i avtalsförhandling avseende ett framtida förvärv av rättigheterna till information som utgör företagshemlighet, har endast i begränsad omfattning tidigare behandlats i doktrin. Inte heller har utformning av sekretessavtal i nu nämnda situation, behandlats i litteraturen i någon större utsträckning. Eftersom upprättande och ingående av sekretessavtal är vanligt förekommande i näringslivet¹⁴ kan det därför finnas skäl att undersöka dess betydelse i dessa delar.

1.2 Syfte

Den situation som främst skall behandlas i uppsatsen är, som ovan nämnts, den när en näringsidkare lämnar ut information som utgör företagshemlighet till en annan näringsidkare i avtalsförhandling om ett förvärv av rättigheterna till samma information. Mellan privata näringsidkare¹⁵ kan skydd för företagshemligheter skapas genom föreskrift eller avtal om sekretess vid utlämnandet av informationen.¹⁶

¹¹ Om FHL:s placering i rättsystemet, se Fahlbeck s. 33-34. Fahlbeck anför där att det är svårt att tänka sig att ett ekonomiskt system baserat på markandsekonomi och i huvudsak fri konkurrens skulle kunna klara sig utan regler till skydd för företagshemligheter. Se även nedan 4.1.

¹² Om legaldefinitionen av begreppet företagshemlighet enligt 1 § FHL nedan 4.2.1 och om kravet på obehörigt angrepp enligt 2 § FHL, nedan 4.2.2. Om röjande eller obehörigt utnyttjande av företagshemlighet och skadeståndsansvar, se nedan 4.3.1.

¹³ Se vidare nedan 3.2.1.

¹⁴ Se Fahlbeck, s. 292, där han uttrycker att ”/.../många näringsidkare torde rutinmässigt ingå sekretessavtal/...”. Detta är även min personliga erfarenhet efter att ha talat med ett antal i branschen verksamma affärsjurister och efter att själv ha studerat en mängd modellavtal om avseende olika förvärvssituationer, t.ex. sekretess i due diligence-förfaranden och vid avtal om licensiering av materiella rättigheter.

¹⁵ Endast privata näringsidkare avses.

¹⁶ Begreppet ”skydd” för företagshemligheter används av Reinhold Fahlbeck i Fahlbeck, s. 244. Fahlbeck anger där att ”Mellan privata näringsidkare skapas *skydd* genom föreskrift eller avtal om sekretess/.../. Ingen legal tystnadsplikt åsyftas. Om skydd enligt FHL:s bestämmelser, se nedan 4.1. En viss tystnadsplikt kan också följa enligt allmänna avtalsrättsliga principer som ett utflöde ur en lojalitetsplikt. Se om detta, nedan 2.3.

I ovan nämnda situation och avseende information som utgör företagshemlighet, är uppsatsens syfte för det första att svara på frågorna:

1. Vilken saklig och tidsmässig omfattning kan tystnadsplikt enligt sekretessavtal ges?
2. Vad gäller enligt FHL i fråga om skadeståndsansvar vid brott mot tystnadsplikt till följd av sekretessavtal?

Uppsatsen syftar för det andra till att belysa utformning och tolkning av sekretessavtal i ovan nämnda situation. Uppsatsen avser här att uppmärksamma allmänna och specifika frågor relaterade till sekretessavtals utformning och tolkning som kan kräva parter och deras ombuds uppmärksamhet vid utformning av sekretessavtal avseende ovan nämnda förhandlingssituation.

1.3 Avgränsningar

Denna redogörelse behandlar primärt svensk rätt. En utvidgning har gjorts för vissa allmänna kontraktsrättsliga principer i PECL¹⁷ och UniP.¹⁸ Dessa principer har tagits med för att belysa vad som gäller i internationella rättsförhållanden avseende parter skyldighet att iaktta lojalitet i avtalssammanhang. Någon komparativ studie kommer dock inte att göras.

Endast avtalsförhandlingar, avseende ett framtida förvärv av rättigheterna till information som utgör företagshemlighet, mellan *jämbördiga, privata näringsidkare* kommer att beröras. Detta innebär följande. För det första omfattas inte specifika hänsyn rörande näringsverksamhet som bedrivs av det offentliga, t.ex. inom de affärsdrivande verken, av uppsatsen. För det andra hålls den tystnadsplikt som kan uppkomma som ett utflöde ur en lojalitetsplikt i anställningsförhållanden utanför.¹⁹ För det tredje förutsätts förhandlande parter vara lika starka i den meningen att de båda är näringsidkare. Det kan även framhållas att uppsatsen främst avser frivilligt utlämnad information. Den situation då information ”läckt ut” utan näringsidkares medgivande därtill, t.ex. till följd av att en hos denne tidigare anställd tar anställning hos en annan näringsidkare och i sin nya anställning använder näringsidkarens företagshemligheter eller annars obehörigen sprider informationen, behandlas i huvudsak inte. Problemet uppmärksammas dock kort vid redogörelsen för sekretessavtals utformning.²⁰

Kapitel 2 behandlar den tystnadsplikt som möjligen kan förkomma som ett utflöde ur en lojalitetsplikt i avtalsförhandlingar. Syftet med redogörelsen är

¹⁷ Principles of European Contract Law.

¹⁸ Unidroit Principles of Commercial Contracts.

¹⁹ Om denna plikt, se t.ex. Fahlbeck, s. 112.

²⁰ Om sekretessavtalets utformning, se nedan 3.3 Se särskilt punkt 3.3.1.5.

att fastställa denna *tystnadsplikts* förhållande till FHL: s bestämmelse om skadeståndsansvar för näringsidkare vid röjande eller obehörigt utnyttjande av företagshemlighet enligt 6 § FHL. Övriga skyldigheter som en lojalitetsplikt kan tänkas ge upphov till kommer inte att behandlas. Inte heller ersättningsansvar enligt principen om culpa in contrahendo omfattas av uppsatsen.

Kapitel 3 uppmärksammar vissa begränsningar i parternas avtalsfrihet avseende avtalad tystnadsplikt. 36 och 38 §§ avtalslagen berörs. I fråga om dessa regleringar kan uppsatsen omöjligen, av utrymmesskäl vara uttömmande. Bedömningen har ändå gjorts, med hänsyn till regleringarnas relevans, att ett översiktligt perspektiv är att föredra framför att helt utesluta dem från uppsatsen. I förenlighet med uppsatsens övergripande karaktär kommer därför översiktliga perspektiv att ges. Det sagda gäller även redogörelsen avseende tolkning av avtal. I denna redogörelse tas det marknadsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande avtal enligt KL inte upp. Avgränsningen kan anses motiverad då uppsatsen i huvudsak har en avtalsrättslig inriktning. Ett stort antal beröringspunkter finns dock.²¹ Författarna uttrycker där att även om lagarna (avtalslagen och konkurrenslagen, eg. anm.) har olika syften och rättslig teknik, dessa samverkar i viss mån. En individuell intresseavvägning kontra skadlighetsprövning från allmän synpunkt kan också påverka intresseavvägningen enligt 38 § avtalslagen. Avvägningen mellan de skilda partsintressena bör överensstämma med vad som främjar en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens inom näringslivet. Den konkurrensrättsliga frågan kan på detta sätt komma in i den civilrättsliga. En kvalitativ studie av konkurrensrätten har dock bedömts svår att vidta av utrymmesmässiga skäl, varför KL: s reglering inte vidare behandlas inom ramen för denna uppsats. Slutligen kan tystnadsplikt även följa av bestämmelser i lag, t.ex. sekretesslagen.²² Lagstadgade regler om tystnadsplikt skall dock inte behandlas inom ramen för denna uppsats. Framställningen behandlar endast den (uttryckligen eller underförstått) avtalade tystnadsplikten.

Kapitel 4 avser röjande eller obehörigt utnyttjande av företagshemlighet enligt FHL. Denna framställning avser endast att sätta sekretessavtalet i sitt sammanhang. Således kommer lagens bestämmelser inte att redovisas i sin helhet. Framställningen redogör för legaldefinitionen av företagshemlighet i 1 § FHL. Kravet på obehörigt angrepp enligt 2 § FHL uppmärksammas i anslutning härtill. Regler om skadeståndsansvar för näringsidkare vid röjande eller obehörigt utnyttjande i 6 § FHL redogörs för. FHL: s regler om beräkning av skadestånd i 9 § FHL och om vite i 11 § FHL tas avslutningsvis upp. Övriga bestämmelser i lagen omfattas inte. Detta innebär t.ex. att skadestånd enligt 7 § FHL för arbetstagare gentemot arbetsgivare samt straff enligt 3 och 4 §§ FHL därför inte kommer att beröras. Straffansvar för *missbruk* av företagshemligheter kan inte följa av

²¹ Se t.ex. Adlercreutz, Axel och Flodgren, Boel, Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse (cit. Adlercreutz och Flodgren), s. 48 ff.

²² Fahlbeck, s. 290.

FHL. Ett sådant ansvar kan dock följa av andra regler. Dessa skall inte behandlas här efter som de faller utanför uppsatsens syfte.²³

Kapitel 5 redogör för tingsrättens avgörande i mål nr. T1894-03.

Den praktiska användningen av sekretessavtal belyses därigenom. Eftersom avgörandet är ett tingsrättsavgörande och inte är vägledande, har framställningen främst som syfte att belysa hur sekretessavtal kan användas liksom dess eventuella fördelar som bevismedel. Målet används också för att illustrera hur presenterade tolkningsmodeller i praktiken kan appliceras på ett dylikt avtal. Syftet med redogörelsen för detta mål är således inte att ingående redogöra för det däri förekommande avtalets samtliga processrättsliga verkningar eller att ge uttryck för gällande rätt i dessa delar.²⁴

1.4 Metod och material

Jag har utgått ifrån traditionell juridisk metod. Detta innebär att jag i första hand sökt ledning i lag och förarbeten. I den mån lagens bestämmelser eller förarbetena inte varit klargörande, har jag använt mig av rättspraxis och doktrin. Källmaterialet har studerats och analyserats i syfte att sedan kunna ta ställning till innehållet i gällande rätt. Egna åsikter framförs såväl löpande i texten som i de avslutande kommentarerna. De avslutande kommentarerna är med hänsyn till att viss analys skett löpande, därför primärt av sammanfattande beskaffenhet.

Mot bakgrund av det ovan 1.2 formulerade syftet är framställningen oundvikligen i vissa delar av praktisk karaktär. Detta gäller huvudsakligen redogörelsen för sekretessavtals utformning. Jag har i redogörelsen använt mig av dispositionen av och kommentarerna till ett i affärlivet förekommande sekretessavtal.²⁵ Huruvida detta är att anse som en rättskälla kan ifrågasättas. De *värderingar och riskövertväganden* som legat till grund för avtalet och som lett fram till utformningen av detta, är till sist en produkt av avtalsskrivaren i den enskilda situationen. I denna uppsats syftar avtalet till att belysa sekretessavtals möjliga utformning. Inga normativa diskussioner förs om avtalets rättsliga grund och inga anspråk görs på att just det modellavtal som använts utgör normen i näringslivet. Att uppsatsen är av praktisk karaktär i detta avseende har dock inte medfört att uppsatsen uteslutande är praktiskt inriktad. Juridiska problem av teoretisk kvalitet uppmärksammas och diskuteras löpande i uppsatsen.

²³ För en utförlig genomgång hänvisas till Fahlbeck, s. 300 och de kapitel som författaren där hänvisar till.

²⁴ Viss processrättslig diskussion har dock ansetts nödvändig bl.a. för att föra resonemang kring innebörden av den så kallade Bestämmelsen (se nedan 5.1.3.1).

²⁵ Confidentiality Agreement, IPR-helpdesk, http://www.ipr-helpdesk.org/documentos/docsPublication/html_xml/8_ConfidentialityAgreements%5B0000000200_00%5D.html. Modellavtalet är framtaget inom ramen för ett europeiskt samarbete kring bl.a. frågor om skydd för uppfinningar, know-how och patent. Samarbetet är sponsrat av kommissionen. Avtalet skall dock inte ses som en publikation utgiven av kommissionen.

De rättsområden som avhandlas har föranlett ett källmaterial av skiftande art.

Lojalitetsplikt har inte särskilt reglerats i lag. I redogörelsen härför har därför stöd hämtats främst ur doktrin och internationella avtalsrättsliga principer.²⁶ Hans Nicanders artikel Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden²⁷ har varit en användbar källa. Jag har även haft stor användning för Jan och Christina Rambergs (nu Christina Hultmark), Allmän Avtalsrätt.²⁸

Förutom det ovan nämnda modellavtalet och kommentarerna till detta har redogörelsen för sekretessavtals tänkbara utformning baserats på doktrinuttalanden. Här har Hans Berglunds skrift Företags sekretesskydd – särskilt genom avtal²⁹ och Kristoffer Magnussons artikel i JT, Sekretessavtal i skiljeförfarandet³⁰, varit till stor nytta.

Avseende redogörelsen för FHL:s reglering har förarbetena till lagen givit mycket ledning om innebörden i dess bestämmelser. Härutöver kan Reinhold Fahlbecks kommentar till FHL i Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter³¹ särskilt nämnas. Kommentaren har utgjort en viktig källa för den del av uppsatsen som behandlar FHL:s bestämmelser, men har även i övrigt varit klagörande. Uppsatsens terminologi har till stor del hämtats härifrån.

Kapitel 5 har främst baserats på doktrin. Bland författare och verk kan särskilt nämnas Kurt Grönfors, Avtalslagen,³² Axel Adlercreutz, Avtalsrätt I och II³³, Mattias Hedwall, Tolkning av kommersiella avtal³⁴, Jan Ramberg och Christina Ramberg, Allmän avtalsrätt³⁵ samt Bert Lehrberg, Avtalsstolkning och Avtalsrättens grundelement.³⁶

1.5 Disposition

Uppsatsen är disponerad enligt följande.

²⁶ Här avses de principer som kommit till uttryck i Principles of European Contract Law (PECL) och Unidroit Principles of Commercial Contracts (UniP).

²⁷ Nicander, Hans, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, JT 1995/-96.

²⁸ Ramberg och Ramberg

²⁹ Berglund, Hans, Företags sekretesskydd, 1982 (cit Berglund).

³⁰ Magnusson, Kristoffer, Magnusson, Kristoffer, Sekretessavtal i skiljeförfarandet, JT 2002/03 (cit. Magnusson).

³¹ Fahlbeck, Reinhold, Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter, 2004.

³² Grönfors, Kurt, Avtalslagen, 1995 (cit. Grönfors).

³³ Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt I, 2002 (cit. Adlercreutz, avtalsrätt I) och Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt II, 2001 (cit. Adlercreutz, Avtalsrätt II).

³⁴ Hedwall, Mattias, Tolkning av kommersiella avtal, 2004 (cit. Hedwall).

³⁵ Ramberg och Ramberg

³⁶ Lehrberg, Bert, Avtalsstolkning, 1995 (cit. Lehrberg, Avtalsstolkning) samt Lehrberg, Bert, Avtalsrättens grundelement, 2006 (cit. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement).

Kapitel 2 behandlar lojalitetsplikt i avtalsförhållanden i svensk rätt. Särskild uppmärksamhet ägnas här frågan om en tystnadsplikt kan vara ett utflöde ur en lojalitetsplikt i avtalsförhandlingar mellan näringsidkare.

Kapitel 3 behandlar uttryckligen avtalad tystnadsplikt genom sekretessavtal. Inledningsvis redogörs för parternas tänkbara behov av reglering av tystnadsplikten i ett sekretessavtal (nedan 3.1). Därefter diskuteras avtalsfriheten i förhållande till avtalad tystnadsplikt (nedan 3.2). Den avtalade tystnadspliktens förhållande till FHL:s bestämmelser (nedan 3.2.1.1) och den avtalsrättsliga ogiltigheten av oskäligt konkurrensbegränsande avtal enligt 38 § avtalslagen (nedan 3.2.1.2) berörs. Även domstols möjlighet till jämkning av oskäliga avtal enligt 36 § avtalslagen (nedan 3.2.1.3) diskuteras. Därefter belyses sekretessavtals utformning (nedan 3.3). Avslutningsvis redogörs för tolkning av oklara eller bristfälliga sekretessavtal (nedan 3.4).

Kapitel 4 tar med avseende på den ovan 1.2 definierade situationen upp skyddet för företagshemligheter enligt FHL. Här redogörs först för vad som krävs för att information skall falla in under den legaldefinition av begreppet ”företagshemlighet” som ges i 1 § FHL (nedan 4.1) och vad som förstås med obehörigt angrepp enligt 2 § FHL (nedan 4.2). Därefter belyses näringsidkarens skadeståndsansvar vid ett röjande eller otillbörligt utnyttjande av företagshemlighet enligt 6 § FHL (nedan 4.3.1). Slutligen redogörs för skadeståndets beräkning enligt 9 § FHL samt FHL:s bestämmelser om vite i 11 § FHL (nedan 4.3.2).

I kapitel 5 refereras Stockholms tingsrätts avgörande i mål nr. T1894-03.

Uppsatsen fullbordas i kapitel 6 med avslutande kommentar och en återknytning till syftet.

2 Lojalitetsplikt

2.1 Allmänt

I doktrin har det framförts att det i svensk rätt finns en plikt att bete sig *lojalt* mot sin avtalspart.³⁷ Denna *lojalitetsplikt* är enligt Nicander ett begrepp som har sin grund i allmänna avtalsrättsliga principer och anses gälla som en allmän rättsgrundsats.³⁸ Tanken bakom att det skulle finnas en lojalitetsplikt är, enligt Nicander, att parter inte skall tillåtas hävda sina egna intressen i den utsträckning att det skadar motparten, utan att de skall vara skyldiga att beakta varandras intressen i viss mån.³⁹

Enligt Nicander kommer en lojalitetsplikt till *uttryck* genom en mängd lagbestämmelser, även om den inte blivit föremål för någon generell lagstiftning.⁴⁰ Som exempel härpå nämner Nicander bestämmelser i svensk gällande rätt avseende olika typer av uppdragsförhållanden, enligt vilka parter på ett eller annat sätt uppmanas att iaktta olika former av lojalt beteende. Som exempel härpå kan nämnas aktiebolagslagens bestämmelser om skyldighet för bolags styrelse och VD att utföra sina uppdrag med iakttagande av bolagets intresse samt bestämmelserna i 5 och 7 § § lagen (1991: 351) om handelsagentur, enligt vilka parter skall handla "lojalt och redigt" emot varandra.⁴¹ Nicander uppmärksammar även bestämmelser som ger uttryck för lojalitetsplikt i anställningsförhållanden.⁴² Eftersom

³⁷ Se exempelvis Ramberg och Ramberg, s. 39, Nicander, s. 31 ff., Regnér, Emma, Varför inte lojalitetsplikt? JT 2001/-02 (cit. Regnér), s. 717 samt Taxell, Erik, Avtal och rättsskydd, 1972, s. 81-82. Se dock Gorton som diskuterar förekomsten av och möjliga bakomliggande motiv till en generell princip om "good faith" eller om lojalitetsplikt i samband med avtal, i sin festskrift till Reinhold Fahlbeck. Gorton uttrycker där att "In my view it may be discussed to what extent there is in Swedish law a principle of loyalty applying generally. Different opinions have been raised in this respect." Gorton, Lars, Good Faith (Loyalty) in Contractual Relations, Festskrift till Reinhold Fahlbeck, 2005 (cit. Gorton), s. 257 samt där angivna källor.

³⁸ Nicander, s. 31-32. Fahlbeck uttrycker att det finns ".../allmänna avtalsrättsliga principer enligt vilka en avtalspart inte får handla på ett sätt som medför skada för motparten." Fahlbeck, s. 293.

³⁹ Nicander, s. 31. Se även Fahlbeck, s. 293.

⁴⁰ Nicander, s. 32. Nicander anger att lojalitetsplikten som sådan har inte blivit föremål för lagstiftning, men väl legat till grund för en del regleringar, Nicander, s. 32. Enligt Gorton finns det en avgörande skillnad i synen på rättvise- eller lojalitetsprincipens ställning i rätten. Gorton uttrycker att det går en "...basic dividing line between the view that there is a general fairness/loyalty principle and the view that there are a number of fairness/loyalty islands in the legal landscape." Gorton, s. 267.

⁴¹ Författaren nämner därutöver även t.ex., 7 § lagen (1914: 45) om kommission, enligt vilken kommissionären vid fullgörande av sitt uppdrag måste tillgodose kommittentens intresse samt för syssломän och andra uppdragstagare gällande riktlinjer (t.ex. bestämmelserna i 8 kap 6 § aktiebolagslagen rörande styrelsens och VD:s skyldigheter gentemot bolaget och mäklares, enligt 9 § lagen (1984:81) om fastighetsmäklare, skyldighet att utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och med iakttagande av god fastighetsmäklarsed). Nicander, s. 32 ff.

⁴² Ibid., s. 38 samt där angivna avgöranden och litteratur.

uppsatsen endast behandlar avtalsförhandlingar mellan jämbördiga, privata näringsidkare kommer dessa regleringar inte att kommenteras vidare här.

Avseende internationella rättsförhållanden finns bestämmelser om parter skyldigheter att iakttä good faith i PECL och UniP.⁴³ Enligt Regnér kommer principen om lojalitetsplikt i internationella förhållanden ofta till uttryck genom principen om ”good faith”.⁴⁴

Enligt PECL gäller att:

Art. 1:201:

“(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing.

(2) The parties may not exclude or limit this duty”

Art 1:202 :

“Each party owes the other party a duty to co-operate in order to give full effect to the contract.”

Motsvarande regleringar återfinns i UniP Art. 1.7. Bestämmelser om skyldighet att iakttä tystnadsplikt avseende information som utlämnats under förhandlingar, s.k. ”Duty not to disclose”, finns i PECL såväl som i UniP. Dessa redogörs för nedan 2.3.

2.2 Lojalitetsplikt för parter i avtalsförhandling

Huvudregeln i svensk rätt avseende ansvar för parter i avtalsförhandling är att en part som bedriver avtalsförhandlingar i princip gör detta på egen risk.⁴⁵ Det kan dock tänkas att, i likhet med den inbördes lojalitetsplikt som föreligger under ett avtalsförhållande,⁴⁶ också avtalsförhandlingar och annat agerande före avtals ingående kan aktualisera en viss lojalitetsplikt.⁴⁷ Nicander anför att lojalitetsplikten grundar sig redan i det faktum att avtalsparterna har valt att träda i förbindelse med varandra. Genom att parterna valt att träda i förbindelse med varandra har det enligt Nicander uppkommit en ”rättslig gemenskap” redan före själva avtalslutet.⁴⁸

⁴³ Ramberg och Ramberg hänvisar till de generella bestämmelserna om good faith i UniP, Art. 1.7 samt PECL, Art. 1:201. Gorton hänvisar dessutom till Art. 1:202, 2:301 samt 2:302 PECL, Gorton, s. 260. Om PECL 2:302, se nedan 2.2.2.

⁴⁴ Regnér, s. 717. Se även Ramberg och Ramberg, s. 39. Författarna framhåller att lojalitetsförpliktelser ofta understryks genom generella bestämmelser om good faith.

⁴⁵ Se t.ex. Adlercreutz, Avtalsrätt I, s. 111 samt Ramberg och Ramberg, s. 83.

⁴⁶ Om lojalitetsplikt under avtalsförhållanden, se Nicander, s. 31 ff.

⁴⁷ Denna plikt torde dock inte vara lika omfattande som den lojalitetsplikt som föreligger under ett avtalsförhållande. Se Adlercreutz, Avtalsrätt I, s. 111.

⁴⁸ Nicander, s. 46. Frågan om lojalitetsplikt för parter i avtalsförhandling har behandlats bl.a. i NJA 1978 s.147 där HD uttalade att det i anledning av ett ingånget projekteringsavtal

I internationella rättsförhållanden finns bestämmelser om parter ansvar i avtalsförhandling i PECL och UniP.⁴⁹

Enligt PECL gäller att:

Art. 2:301

“(1) A party is free to negotiate and is not liable to reach an agreement.

(2) However, a party which has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.”

Motsvarande regleringar återfinns i UniP Art. 2.15.

Enligt Ramberg och Ramberg kan det antas att, även om svensk rätt saknar uttrycklig reglering om parter ansvar i avtalsförhandling, ett liknande ansvar också gäller enligt svensk rätt.⁵⁰

2.3 Tystnadsplikt som ett utflöde av en lojalitetsplikt näringsidkare emellan

Vad lojalitetsplikt i avtalsförhandling innefattar torde inte kunna besvaras generellt. Istället kan det vara nödvändigt att se till omständigheterna i den enskilda situationen.⁵¹ Ledning kan då, enligt Nicander, sökas i typen av avtal, sedvana eller branschpraxis.⁵²

Exempel på skyldigheter som kan följa av lojalitetsplikt i avtalsförhandlingar är informationsplikt och upplysningsplikt.⁵³ Vidare kan

hade uppstått förpliktelser för parterna att i framtiden samarbeta och att då även ta skäligen hänsyn till varandras intressen. Vidare befanns svaranden av HD vara skyldig att lojalt verka för ett beständigt avgörande i etableringsfrågan och hålla käranden underrättad om utvecklingen. I NJA 1990 s. 745 ansåg HD att förhandlingarna *nått så långt* att det hade uppstått en plikt för den ena parten att i viss mån ta hänsyn till den andra partens intresse. HD ansåg att skadeståndsskyldighet på denna grund skulle ha kunnat komma ifråga om svaranden uppträtt illojalt mot käranden.

⁴⁹ Om PECL: s samt UniP: s bestämmelser om *tystnadsplikt* under förhandlingarna, se vidare nedan.

⁵⁰ Ramberg och Ramberg, s. 83.

⁵¹ Nicander, s. 46.

⁵² Ibid., s. 32 och 46.

⁵³ Ibid., s. 46-48. Nicander benämner de skyldigheter som kan följa av lojalitetsplikten så som ”plikter”. Även Fahlbeck använder sig av benämningen ”tystnadsplikt” som ett utflöde av lojalitetsplikt. I detta sammanhang kan det därför förtydligas att det inte finns någon

parter bli tvungna att iaktta viss *tystnadsplikt* som ett utflöde av *lojalitetsplikten*.⁵⁴ Det finns således i svensk rätt ingen allmän princip som särskilt föreskriver skyldighet att inte röja information som utlämnats under avtalsförhandlingar. Nicander uttrycker dock att kravet på att iaktta lojalt beteende bör anses vara starkt när företagshemligheter delas.⁵⁵ En part som i avtalsförhandling tar del av ”information vars röjande är ägnat att skada den andra parten” har således en skyldighet att hemlighålla informationen.⁵⁶

Avseende internationella rättsförhållanden finns bestämmelser om parter ”Duty not to disclose” (Duty of confidentiality) i avtalsförhandling i PECL och UniP.

Enligt PECL gäller att:

Art 2:302

”If *confidential information* (eg. kursivering) is given by one of the parties in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party.”

Motsvarande reglering återfinns i UniP Art 2.16.

Enligt Fahlbeck är, med hänsyn till UniP Art. 2.16, viss försiktighet påkallad vid resonemang kring en *tystnadsplikt* som ett utflöde ur en *lojalitetsplikt*. Detta eftersom bestämmelsen förutsätter en redan uppkommen *tystnadsplikt*.⁵⁷ Detta betyder dock inte, enligt Fahlbeck, att *tystnadsplikt* inte kan föreligga utan uttrycklig sekretessförklaring. En *tystnadsplikt* kan även ha avtalats underförstått.⁵⁸

generell plikt till *tystnad*. En ”*tystnadsplikt*” grundar sig i nu nämnda avseende i *lojalitetsplikt*. Vad gäller näringsidkares skadeståndsansvar vid röjande eller obehörigt utnyttjande av företagshemlighet, förutsätter 6 § FHL en (annorledes än i lagen) uppkommen *tystnadsplikt*. En *tystnadsplikt* kan t.ex. uppkomma genom ingåendet av ett uttryckligt sekretessavtal eller genom att *tystnadsplikt* på annat sätt *anses* avtalad. Se om 6 § FHL: s relation till *tystnadsplikt* mellan näringsidkare, Fahlbeck, s. 72 samt 287 ff.

⁵⁴ Nicander, s. 34 samt Regnér, s. 717 f.

⁵⁵ Ibid., s. 36.

⁵⁶ Se t.ex. Nicander, s. 47 och Regnér, s. 717 f samt där angivna källor.

⁵⁷ Fahlbeck, s. 293. Enligt Art 2.16 är utgångspunkten att *tystnadsplikt* föreligger endast ”(W)ere information is given is confidential.” Enligt den första kommentaren till Art 2.16 är ”(P)arties in general not under a duty of confidentiality”. Detta sägs, i samma kommentar, innebära att förhandlande parter ”are normally under no obligation to treat information they have exchanged as confidential. In other words, since a party is normally free to decide which facts relevant to the transaction under negotiation to disclose, such information is as a rule to be considered non-confidential, i.e. information which the other party may either disclose to third persons or use for purposes of its own should no contract be concluded.”

⁵⁸ I andra kommentaren anges att ”Yet even in the absence of such an express declaration the receiving party may be under a duty of confidentiality. This is the case where, in view of the particular nature of the information or the professional qualifications of the parties, it

Det avgörande för om tystnadsplikt som ett utflöde ur lojalitetsplikt är för handen är, enligt Fahlbeck, vad som är eller kan anses avtalat.⁵⁹ I kommentarerna till 6 § FHL anför Fahlbeck, med hänvisning till förarbetena, att detta också kan ”uttryckas så att det krävs, men också är tillräckligt, att uppgifterna har delgivits under sådana former att mottagaren insåg eller borde ha insett att han inte fick avslöja dem eller, med utredningens ordval, fått dem i förtroende.”⁶⁰

Ytterligare en fråga är hur länge en tystnadsplikt varar utan uttryckligt avtal om sekretess. Enligt Nicander kan under vissa förhållanden parter även efter ett avtals upphörande vara tvungna att iaktta lojalitet gentemot varandra.⁶¹ Normalt sett upphör dock plikten att vara lojal mot sin motpart i och med att avtalsförhållandet upphört. Nicander hänvisar för skydd av företagshemligheter till FHL och särskilt avtal om tystnadsplikt.⁶² Nicander framhåller att när den information som mottagits i förtroende i en affärsförbindelse utgör företagshemligheter, är mottagaren även utan särskilt åtagande om sekretess förhindrad att röja eller utnyttja informationen.⁶³ Detta, anför Nicander, gäller utan någon begränsning i tiden.⁶⁴ Det sagda innebär att så länge mottagaren vid tidpunkten för mottagandet av informationen var under tystnadsplikt gäller denna tidsmässigt obegränsat avseende företagshemlighet enligt FHL. Nicander använder uttrycket ”även utan särskilt åtagande”. Av detta torde, enligt min mening, följa att det samma gäller för en i ett sekretessavtal avtalad tystnadsplikt så länge den information som skyddas enligt avtalet utgör företagshemlighet enligt FHL. Frågan om hur länge en uttryckligt avtalad eller underförstådd tystnadsplikt består i förhållande till information som utgör företagshemlighet behandlas vidare i anslutning till 6 § FHL, nedan 3.3.1 samt i anslutning till sekretessavtals förhållande 36 samt 38 § § avtalslagen, nedan 3.2.1.- 3.2.3.

would be contrary to good faith and fair dealing for the receiving party to disclose it, or to use it for its own purposes after the breaking off of negotiations.” (eg. kursivering).

⁵⁹ Fahlbeck, s. 293. Om lojalitetspliktens betydelse vid avtalstolkning, se nedan 3.4.3.1.2.

⁶⁰ Fahlbeck, s. 293. Fahlbeck hänvisar till prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 22, där det uttalas att det krävs att ”.../ uppgifterna har delgivits under sådana former att mottagaren insåg eller borde ha insett att han inte fick avslöja dem, eller med utredningens ordval, fått del av dem i förtroende.” Om uttrycket ”i förtroende” och skadeståndsansvar enligt 6 § FHL, se nedan, 4.3.1.

⁶¹ Enligt Nicander kan en lojalitetsplikt göra sig gällande även efter avtals upphörande avseende vad han kallar för ”postkontraktuella förpliktelser”. Nicander anger att t.ex. garanti eller service kan utgöra sådana förpliktelser. Vid fullgörande av postkontraktuella förpliktelser får på motsvarande sätt som under avtalstiden anses gälla en lojalitetsplikt enligt Nicander. Se Nicander, s. 48.

⁶² Ibid., s. 48.

⁶³ Ibid., s. 48.

⁶⁴ Ibid., s. 48.

3 Sekretessavtal

3.1 Regleringsbehov

En möjlighet för den informationsutlämnande parten att precisera den tystnadsplikt som kan anses följa redan av lojalitetsplikten, kan vara att upprätta ett uttryckligt sekretessavtal. I avtalet kan informationsutlämnande part definiera den information som mottagande part i avtalsförhandlingar är skyldig att iaktta tystnadsplikt kring.⁶⁵

En detaljerad avtalsreglering avseende avtalets sekretessobjekt, d.v.s. vad som skall vara hemligt enligt avtalet, kan tänkas bidra till en för parterna ökad förutsebarhet avseende deras skyldighet att iaktta tystnadsplikt.⁶⁶ Det är dock inte självklart att sekretessobjektet uteslutande reglerar vad som kan anses ha avtalats avseende tystnadspliktens sakliga omfattning. Domstol har alltid möjlighet att vid avtalstolkning genom utfyllnad bestämma att avtalets skriftliga innehåll skall kompletteras med ytterligare omständigheter för att återge den underliggande partsavsikten.⁶⁷

Det kan inte desto mindre vara psykologiskt viktigt att uttryckligen reglera vad som är hemligt.⁶⁸ Motparten blir genom avtalet då medveten om att överlämnat material är tänkt att vara hemligt.⁶⁹ Genom nedtecknandet av ett specifikt sekretessobjekt, kan det även tänkas att den som ålagts sekretessskyldighet bättre kan komma ihåg vilken information som inte får spridas vidare.⁷⁰

Ytterligare ett syfte som sekretessavtal kan fylla är att den informationsutlämnande parten genom att han gjort sig besväret att upprätta sekretessavtalet och däri stadga tystnadsplikt har visat sin *vilja* att hålla informationen hemlig.⁷¹ Ett uttryckligt sekretessavtal kan även underlätta

⁶⁵ 6 § FHL bygger inte på legal tystnadsplikt, se nedan 4.1. Genom ett uttryckligt avtal om tystnadsplikt skyddas informationen enligt 6 § FHL. Om tystnadsplikt som är underförstådd, se ovan 2.3 samt nedan 4.3.1. rekvisit (3). Om utformning, se nedan 3.3.

⁶⁶ Magnusson, s. 170.

⁶⁷ Om utfyllnad, se nedan 3.4.3.1.2.

⁶⁸ Hultmark, s. 289, där det även anges att det kan vara viktigt att klargöra varför informationen skall vara hemlig. Genom en sådan förklaring, menar författaren, blir det lättare att i efterhand genom avtalstolkning, fastställa omfattningen av sekretessskyldigheten då det rör sig om oklara fall.

⁶⁹ Ståhlros, Leif, Företagshemligheter – know-how, 1986, s. 348 (cit. Ståhlros).

⁷⁰ Hultmark, s. 290.

⁷¹ Ståhlros, s. 348. Detta är viktigt eftersom det enligt FHL krävs, för att informationen skall utgöra företagshemlighet i lagens mening, bl.a. att näringsidkaren håller informationen hemlig. Detta innebär enligt Fahlbeck ett krav på någon typ av aktivitet (subjektiv såväl som objektiv) från näringsidkarens sida. Aktivitetskravet är dock inget formkrav. Se Fahlbeck, s. 241 och där angivna källor. Se om kravet på att näringsidkaren måste hålla informationen hemlig, nedan 4.2.1.2.

för den informationsutlämnande parten att fullgöra sin bevisbörda för att information har lämnats med sekretesskyldighet.⁷²

3.2 Begränsning av parter avtalsfrihet vid upprättande av sekretessavtal

En av de grundläggande principerna i den allmänna avtalsrätten är friheten att ingå avtal och att detta avtal sedan måste efterföljas.⁷³ Principen om att avtal skall hållas (pacta sunt servanda) har motiverats bl.a. med att den främjar avtalsparternas intresse av förutsebarhet,⁷⁴ torde vara moraliskt förankrad⁷⁵ samt att den främjar marknadsekonomin.⁷⁶ Ramberg och Ramberg framhåller att det för att gynna omsättningsintresset i samhället krävs att rättsordningen skyddas, och att domstolarna ställs till förfogande för, den part som lider skada på grund av att principen inte efterlevs.⁷⁷

Avtalets funktion som ”partsbindningsmedel”⁷⁸ är dock inte utan undantag. Adlercreutz anför att ståndpunkten att avtal skall hållas numera blivit betydligt mjukare. Som exempel på företeelser som han anser ha bidragit till denna ”uppmjukning” nämner Adlercreutz bl.a. domstols möjlighet till jämkning av avtalsvillkor till följd av ändrade förhållanden efter avtalsslutet eller på grund av avtalsvilkors oskälighet enligt 36 § avtalslagen.⁷⁹ 36 § innehöll i sin ursprungliga form endast en möjlighet att jämka vitesklausuler eftersom en obegränsad avtalsfrihet på detta område ansågs kunna ge anledning till missbruk.⁸⁰ Den jämkningsregel som fanns krävde, för att oskälighet skulle kunna anses vara för handen, att utkrävandet av vitet var ”uppenbart obilligt”.⁸¹ Under 1970-talet tillsattes generalklausulutredningen ledd av Jan Hellner. Utredningens arbete resulterade i betänkande SOU 1974:83 och föranledde att ett förslag till en ny generalklausul framlades.⁸² Den föreslagna generalklausulen är den nuvarande 36 § avtalslagen. Grönfors anför att införandet av en så vidsträckt möjlighet för domstolen att genom jämkning korrigera avtalsinnehåll som följer av 36 § avtalslagen, får betydelse för den grundläggande principen om avtalsbundenhet. Denna ”målkonflikt” är enligt Grönfors, endast lösbar genom en balans mellan

⁷² Hultmark, s. 290. Om bevisbörda, se även nedan om 6 § FHL avseende rekvisit (3) där det uttrycks att bevisbördan för att information lämnats under tystnadsplikt anses ligga på den som lämnat informationen.

⁷³ Ramberg och Ramberg, s. 26.

⁷⁴ Ibid., s. 26.

⁷⁵ Ibid., s. 26.

⁷⁶ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 23. Se vidare angående de ekonomiska motiveringarna av principen om pacta sunt servandas nyttighet för rättsordningen och samhället i Dahlman, Christian, m.fl., *Rättsekonomi*, 2005.

⁷⁷ Ramberg och Ramberg, s. 26

⁷⁸ Begreppet ”partsbindningsmedel” används av Adlercreutz. Med detta begrepp menas att parterna i princip är bundna vid avtalet. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, s. 35.

⁷⁹ Ibid., s. 22. ff.

⁸⁰ Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, 1995 (cit. Grönfors), s. 219.

⁸¹ Ibid., s. 205.

⁸² Ibid., s. 219.

principerna.⁸³ Adlercreutz nämner också konkurrens- respektive konsumentlagstiftningen som exempel på avsteg från ett strängt upprätthållande av principen om avtalsbundenhet.⁸⁴

Även när det är fråga om sekretessavtal torde dess partbindningsfunktion och skyddet som avtalet kan erbjuda bero på vad parterna *kan* avtala om därigenom. Detta leder fram till frågan om *hur tidsmässigt och sakligt omfattande avtalet kan göras* innan begränsningar i avtalsfriheten av lagstiftaren har ansetts befogade.⁸⁵

I det följande belyses vissa bestämmelser som kan medföra att avtalsfriheten avseende sekretessavtals sakliga och tidsmässiga omfattning begränsas.⁸⁶ Inledningsvis behandlas sekretessavtalets förhållande till FHL.⁸⁷ Därefter tas den avtalsrättsliga ogiltigheten av oskäligen konkurrensklausuler enligt 38 § avtalslagen upp. Då ett avtals konkurrensbegränsande verkningar behandlas, aktualiseras även bedömningar i enlighet med KL: s regler om förbud mot konkurrensbegränsande avtal. Såväl 6 § KL som 38 § avtalslagen syftar till att motverka (av lagstiftaren oönskade) konkurrensbegränsningar genom avtal. Bestämmelserna avser dock två olika skyddsaspekter; den marknadsrättsliga och den avtalsrättsliga. KL: s regler syftar, som nedan anges, till att skydda *marknaden* från ett snedvridande av konkurrensen medan 38 § avtalslagen tar sikte på de berörda parternas motstående *enskilda intressen*.⁸⁸ Enligt Grönfors kan en konkurrensklausul finnas på ett otillbörligt sätt t.ex. hämma effektiviteten inom näringslivet eller hindra annans från att bedriva näringsverksamhet. Klausulen kan då, enligt Grönfors, bli föremål för bedömning enligt KL.⁸⁹ En möjlighet att med stöd av KL ingripa mot en sådan bestämmelse är dock inte på något vis beroende av 38 § avtalslagen.⁹⁰ I denna redogörelse tas det marknadsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande avtal enligt KL inte upp.⁹¹ Avslutningsvis skall möjligheten till jämkning av oskäligen sekretessavtal enligt 36 § avtalslagen belysas.

⁸³ Grönfors, s. 249.

⁸⁴ Adlercreutz, Avtalsrätt I, s. 22 ff. Se t.ex. lag om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (1994/95:17).

⁸⁵ Jfr Grönfors om 3 kap avtalslagen, Grönfors, s. 178 ff.

⁸⁶ Det kan inte uteslutas att även andra hänsyn än de som nedan redovisas, kan göra sig gällande i den enskilda avtalssituationen. Framställningen gör således inga anspråk på att vara heltäckande avseende begränsningar i avtalsfriheten.

⁸⁷ De hänsyn som beskrivs nedan 3.2.1 uppmärksammas i viss mån i uppsatsens övriga kapitel. Här kommer ändå att ges en kort sammanfattning över dessa hänsyn i förtydligande och jämförande syfte.

⁸⁸ Jfr lydelsen i de respektive lagrummen och Fahlbeck s. 94-98.

⁸⁹ Grönfors, s. 260.

⁹⁰ Ibid., s. 260. Jfr även Adlercreutz och Flodgren, s. 48 ff.

⁹¹ Se ovan 1.3.

3.2.1 Sekretessavtal och FHL

FHL bygger, som ovan nämnts, inte på en legal tystnadsplikt.⁹² Istället åligger det den näringsidkare som vill hålla enligt honom hemlig information hemlig att vidta åtgärder för att skydda informationen. Detta kan ske t.ex. genom att ingå avtal om tystnadsplikt.⁹³

Den legaldefinition av begreppet företagshemlighet som återfinns i 1 § FHL och kravet på obehörigt röjande enligt 2 § FHL anses utgöra ett *maximum* avseende den information vars röjande eller obehöriga utnyttjande som kan leda till skadeståndsansvar enligt 6 § FHL. Även om föremålet för denna uppsats endast är information som utgör företagshemligheter enligt FHL och det skadeståndsansvar som följer enligt samma lag, kan det finnas skäl att se till den situation då näringsidkare i ett sekretessavtal avser att skydda information som inte utgör företagshemlighet enligt FHL. Avseende sådan information har nämligen åsikten framförts, att definitionen skulle medföra ett maximum avseende den information som med *rättslig giltighet* kan skyddas genom en skyldighet att iaktta tystnadsplikt.⁹⁴ Enligt detta resonemang skulle avtal om sekretess som stadgar en mer omfattande tystnadsplikt än vad som följer av 1 och 2 § § FHL inte vara rättsligen bindande eftersom avtalet då strider mot tvingande lagstiftning.⁹⁵ Skiljedomsutredningen har i anledning av 1 och 2 § § FHL uttalat att ”/.../avtal om tystnadsplikt som går längre... kan inte göras gällande.”⁹⁶ I samma utredning uttalas även att ”/.../avtal om tystnadsplikt rörande sådana uppgifter i näringsverksamheten som företagaren vill hålla hemliga men som faller utanför 1-2 § § FHL torde sakna rättslig verkan.”⁹⁷ En uppfattning enligt vilken 1 och 2 § § FHL skulle utgöra ogiltighetsregler kan jag, efter att ha studerat avtalsrättslig doktrin såväl som i näringslivet förekommande sekretessavtal, inte ansluta mig till. Ett avtal som stadgar en längre gående sekretess torde, oavsett att det inte kan grunda skadeståndsansvar enligt 6 § FHL, fortfarande vara civilrättsligt bindande enligt allmänna avtalsrättsliga principer. Ingenting i bestämmelsens ordalydelse tyder på att det skulle vara fråga om en ogiltighetsregel. Denna ståndpunkt har även framförts av Magnusson.⁹⁸ Enligt Magnusson saknas dessutom ändamålsskäl till varför två näringsidkare skulle hindras från att med civilrättsligt bindande verkan ingå ömsesidigt bindande avtal om

⁹² Se ovan 3.1.

⁹³ Se ovan 3.1.

⁹⁴ Detta kommer till uttryck i förarbetena, se t.ex. lagutskottets betänkande 1988/89:LU30 med anledning av proposition 1987/88:155 Företagshemligheter m.m., s. 22 och 41. Se även Fahlbeck, s. 227 som där uttrycker att avtal som stadgar en längre gående sekretess inte är rättsligen bindande samt Westberg, Peter, professor samt jur. dr. i processrätt vid Lunds universitet, rättsutlåtande 2006-02-23, mål nr. T 1894-03 (aktbilaga 1) (cit. Westbergs rättsutlåtande) Westberg uttrycker i detta avseende i allt väsentligt samma åsikt som den som framhållits i förarbetena och av Fahlbeck.

⁹⁵ Fahlbeck s. 227 samt Skiljedomsutredningen i nedan nämnda SOU 1995:65, s. 183.

⁹⁶ SOU 1995:65 s. 183.

⁹⁷ Ibid., s. 183.

⁹⁸ Magnusson, s. 171.

sekretess.⁹⁹ De skyddshänsyn som gör sig gällande vid t.ex. konsumentavtal och som föranlett en tvingande konsumentlagstiftning är inte för handen vid näringsidkaravtal.¹⁰⁰ Utgångspunkten är istället, som ovan nämnts, principen om avtalsbundenhet. Sekretessavtal mellan näringsidkare (likt avtal i allmänhet) torde, även om bestämmelsens primära fokus inte är näringsidkaravtal, kunna bli föremål för jämkning enligt 36 § avtalslagen i den mån de är oskäligen.¹⁰¹ En jämkning enligt denna bestämmelse kan avse delar av det förevarande avtalet såväl som en ”jämkning till noll”.¹⁰² Enligt Grönfors innebär ”jämkning till noll” total ogiltighet. Om avtalet inte jämkas till noll, utan endast delvis jämkas påverkas inte dess partsbindningsfunktion.¹⁰³ Även Fahlbeck har i detta sammanhang uttryckt att avtal som stadgar en längre än FHL gående tystnadsplikt fortfarande är civilrättsligt bindande. Fahlbeck menar dock att, eftersom information som inte skyddas enligt FHL är av ringa värde ur konkurrenssynpunkt, ett skadestånd vid brott mot ett sådant avtal därför skulle bli lågt.¹⁰⁴ Ett brott mot ett sekretessavtal vilket föreskriver att ”allt är hemligt”, torde därför, enligt min mening och i linje med ovan förda resonemang, principiellt kunna medföra skadeståndsansvar enligt allmänna kontraktsrättsliga principer. I de fall informationen är av ringa värde ur konkurrenssynpunkt, t.ex. därför att den blivit allmänt känd, torde dock ett sådant skadestånd bli lågt eller kanske till och med obefintligt. Min uppfattning är att ett lågt skadeståndsbelopp i dessa situationer även torde kunna motiveras av att det enligt allmänna kontraktsrättsliga principer för skadestånd i princip krävs att den skadelidande kan styrka skada (såväl som dennas omfattning) till följd av kontraktsbrottet.¹⁰⁵

Parter har dock en viss möjlighet att *avtala* om att information i förhållandet dem emellan skall utgöra företagshemlighet i enlighet med dispositionsfriheten. En sådan möjlighet är för handen, enligt Fahlbeck, då fråga är om information som ”alldeles uppenbart inte hör till det område som skall falla utanför FHL”.¹⁰⁶ Principen är motiverad främst av processekonomiska skäl.¹⁰⁷

⁹⁹ Ibid., s. 171.

¹⁰⁰ Se även t.ex. Ramberg och Ramberg, s. 33.

¹⁰¹ Om jämkning enligt 36 § avtalslagen, se nedan 3.2.3.

¹⁰² Se Grönfors, s. 261. En jämkning enligt 36 § avtalslagen kan således leda till ogiltighet. Detta torde dock inte vara det samma som den situation då avtalet är ogiltigt på grund av en ogiltighetsregel.

¹⁰³ Ibid., s. 261.

¹⁰⁴ Angående FHL:s underliggande värderingar om att främja en sund konkurrens, se nedan 4.1. Efter att ha studerat de olika uppfattningar i doktrin som redogjorts för, och efter det att jag själv funnit en lösning varigenom sekretessavtal i strid med 1-2 §§ FHL inte anses rättsligen bindande, så som en alltför långtgående tolkning av bestämmelsernas tvingande karaktär (se ovan detta stycke) vände jag mig personligen till Reinhold Fahlbeck för klargörande kommentarer. Fahlbeck uttryckte vid dessa kontakter den åsikt som ovan redogjorts för.

¹⁰⁵ Se t.ex. Ramberg och Ramberg, s. 43 f. Enligt min uppfattning kan det vara svårt att se hur själva röjandet av, i extremfallet, allmänt känd information skulle kunna ge upphov till en omfattande ekonomisk skada hos den utlämnande parten. Här torde det dock krävas en bedömning av informationens värde i den enskilda situationen.

¹⁰⁶ Fahlbeck hänvisar till Svea Hovrätts avgörande i ”Hot Line-målet”. I målet hade Stockholms tingsrätt underlåtit att pröva att vissa kretslösningar skulle utgöra

Giltigheten avseende avtal som stadgar en mer begränsad sekretess än vad som gäller enligt FHL har däremot inte ifrågasatts.¹⁰⁸

Skyddet för företagshemligheter är enligt FHL tidsmässigt obegränsat.¹⁰⁹ Eftersom avtalsfrihet råder om sekretessens tidsmässiga omfattning uppkommer ingen konflikt med lagens bestämmelser.¹¹⁰

3.2.2 Sekretessavtal och 38 § avtalslagen

I den mån ett avtalsvillkor uppställer en konkurrensbegränsning som sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt, är detta villkor icke bindande enligt 38 § avtalslagen. Enligt Grönfors skall nu nämnda villkor vara föremål för samma slags skälighetsprövning som 36 § avtalslagen.¹¹¹

En utfästelse om inte konkurrera (t.ex. genom en konkurrensklausul i ett avtal) är en s.k. negativ förpliktelse. Denna typ av förpliktelse utgör en skyldighet att underlåta något¹¹² och har, enligt Grönfors fått stor betydelse i svensk avseende skydd för *know-how*.¹¹³ I äldre rätt var utfästelser att inte konkurrera helt giltiga, d.v.s. full avtalsfrihet rådde.¹¹⁴ Efter införandet av den ursprungliga 38 § avtalslagen vidtog under 1970-talet en omarbetning av klausulen. Genom prop. 1975/76: 81 infördes en möjlighet att enligt den nya lydelsen av 38 § avtalslagen, fränta konkurrensförbud verkan i den mån

företagshemlighet med hänvisning till att detta ostridigt mellan parterna var fallet. Svea hovrätt menade att tingsrätten "haft fog" för detta. Fahlbeck nämner inte vilken information som "alldeles uppenbart skall falla utanför FHL: s tillämpningsområde". Ibid., s. 228.

¹⁰⁷ Ibid., s. 228.

¹⁰⁸ Ibid., s. 227.

¹⁰⁹ Ovan 3.2.1.2.

¹¹⁰ Se Fahlbeck, s. 95, 104 och 295.

¹¹¹ Se Grönfors, s. 257 ff. Se även Fahlbeck s. 97.

¹¹² Grönfors, s. 259

¹¹³ Ibid., s. 259. Begreppet *know-how* definieras i SAO som "kunnande i fråga om tillvägagångssätt." Denna definition kan tänkas avse såväl "företagshemlighet" i FHL: s mening som annan information. I Juridikens termer uttrycks att användningen av begreppet inte är enhetlig. Där uttrycks att begreppet ibland används allmänt om kunskap och erfarenhet som utan att vara skyddad som immateriell rättighet, är nödvändig för t.ex. marknadsföring av en viss produkt. Denna definition synes, i allt väsentligt utgöra den som Grönfors använder sig av på s. 259. Ibland används *know-how* dock, enligt Juridikens termer, i en smalare innebörd. Då avses endast sådant som är "*/.../hemlighållet ("företagshemlighet")/.../", Juridikens termer, 2001, s. 89. I överenskommelsen mellan SAF, SIF, SALF och CF från 1969 angående begränsning av användningsområdet för och innehåll i konkurrensklausuler (cit. 1969 års överenskommelse) anges att visst utvecklingsarbete (företagens produkt- och metodutveckling samt marknadsanalys och marknadsföring) "*/.../ leder emellanåt fram till *know-how* eller där med jämförbart kunnande, (eg. kursivering) som kan vara specifikt för de företag, där arbetet ägt rum." I linje med vad som uttrycks i dessa referenser torde *know-how* vara ett vidare begrepp än företagshemlighet enligt FHL. I denna framställning avses med begreppet *know-how* kunnande och erfarenhet om tillvägagångssätt. Med företagshemlighet avses den innebörd som begreppet givits i 1 § FHL. Begreppet *know-how*, så som det används i denna uppsats, är således inte synonymt med företagshemlighet.

¹¹⁴ Grönfors, s. 257.

detta villkor var oskäligt.¹¹⁵ Av 38 § framgår dock motsatsvis att konkurrensklausuler i och för sig är giltiga i svensk rätt. Enligt Fahlbeck skall en konkurrensklausul i princip tillämpas enligt sitt innehåll då det rör sig om ett kommersiellt avtal mellan två näringsidkare, så länge klausulen inte är oskälig.¹¹⁶ I skälighetsbedömningen, som skall ske på samma grunder som enligt 36 § avtalslagen (se ovan) kan klausulens geografiska tillämpningsområde, tidsmässiga omfattning samt den verksamhet som omfattas tillmätas betydelse.¹¹⁷

Användningen av konkurrensklausuler kan motiveras av olika intressen. Dessa olika intressen kan i sin tur ha olika skyddsvärde ur en allmän synpunkt.¹¹⁸ Som ett viktigt intresse kan skydd för företagshemligheter och know-how nämnas.¹¹⁹ Adlercreutz och Flodgren anför att ett viktigt skäl till att skydd för företagshemligheter anses vara särskilt skyddsvärda är att om en konkurrerande näringsidkare obehörigen tillägnar sig och gör bruk av en annan näringsidkares företagshemligheter detta är (på ett helt annat sätt än t.ex. en överströmning av kunder från en verksamhet till en annan) ett resultat av illojalt beteende.¹²⁰ En konkurrensklausul som skyddar företagshemligheter är därför tämligen okontroversiell avseende det underliggande skyddsintressets legitimitet.¹²¹ Personliga erfarenheter och kunnande (jfr know-how som inte utgör företagshemlighet) skyddas dock inte enligt lagen. Gränsen mellan information som skyddas respektive inte skyddas kan i praktiken vara svår att dra.¹²²

¹¹⁵ Ibid., s. 257 f. samt där angiven hänvisning till departementschefens uttalande i SOU 1974:83 s. 192.

¹¹⁶ Ibid., s. 97. Stadgandet i 38 § avtalslagen är tillämplig mellan näringsidkare. Bestämmelsen syftar dock främst på konkurrensklausuler i anställningsförhållanden. I anställningsförhållanden begränsas användningen av konkurrensklausuler kraftigt genom 1969 års överenskommelse. Se ibid., s. 97. Dessa begränsningar gäller som huvudregel inte mellan näringsidkare. Ibid., s. 97. I 1969 års överenskommelse, s. 149, uttrycks att "(N) är det gäller konkurrensklausuler i rent affärsmässiga avtal saknas som regel anledning att göra någon ingående jämförelse med vad som gäller enligt kollektivavtal". Det nämns dock vidare att också då det är fråga om klausuler mellan näringsidkare det ".../emellertid ibland (kan, eg. anm.) finnas anledning att beträffande någon specifik fråga hämta vägledning från kollektivavtalet, t ex för att belysa/.../vad som kan anses rimligt i fråga om konkurrensbegränsningstidens längd."

¹¹⁷ Ibid., s. 97.

¹¹⁸ Se t.ex. Adlercreutz och Flodgren, s. 99 ff, där författarna redogör för bl. a. näringsidkares intresse av att bevara sin kundkrets och hålla kvar nyckelpersoner inom verksamheten samt intresset av att forsknings- och utvecklingsarbete inte skall hindras. Ett viktigt och övergripande samhällsintresse i detta sammanhang torde vara önskan om att skapa och bibehålla en sund konkurrens på marknaden, jfr. Adlercreutz och Flodgren, s. 17 ff. som uttrycker att fri konkurrens är en av "hörnpelarna" i en liberal samhällsordning och är tänkt att leda till det bästa utnyttjandet av de ekonomiska resurserna i samhället.

¹¹⁹ Ibid., s. 107 ff.

¹²⁰ Ibid., s. 108..

¹²¹ Adlercreutz och Flodgren, s. 114. Jfr även Fahlbeck nedan 4.1 som uttrycker att ett skydd för företagshemligheter enligt FHL främst motiveras genom informationens betydelse i konkurrenshänseende. Ett flertal konkurrensrättsliga värderingar har färgat skyddet för företagshemligheter i FHL.

¹²² Adlercreutz och Flodgren, s. 114. Svårigheter i denna bedömning torde främst röra det nedan 4.2.1.3 angivna kriteriet (3) om skada i konkurrenshänseende eftersom lagens

Av det ovan sagda följer att en konkurrensklausul mellan privata näringsidkare, vilken skyddar information som utgör företagshemligheter, i princip är giltig och torde inte bedömas så som oskälig enligt 38 § avtalslagen i den mån bindningstiden inte överskrider företagshemlighetens bestånd som sådan. Enligt prop. 1975/76:81 förekommer det att en konkurrensklausul kombineras med en vitesklausul. Konkurrensklausulen prövas då enligt 38 § avtalslagen, medan vitesklausulen prövas enligt 36 § avtalslagen.¹²³

Enligt Adlercreutz och Flodgren är en till konkurrensklausuler närliggande, men mindre ingripande avtalsbindning, sekretessklausulen.¹²⁴ Om en näringsidkare, genom ett åtagande om sekretess (som också utgör en s.k. negativ förpliktelse, se ovan) förhindras att yppa/exploatera den information som åtagandet avser i ett samarbete med andra näringsidkare, skulle detta åtagande, enligt min mening, även kunna sägas innebära en konkurrensbegränsning för den förpliktade näringsidkaren. Sekretessåtagandet är i en sådan situation, enligt min mening, *tillika en konkurrensklausul*. I de fall ett avtalat sekretessåtagande får konkurrensbegränsande effekter torde åtagandet, enligt min mening, därför kunna bli föremål för samma bedömningar som en uttalad konkurrensklausul. Prövning av åtagandets skälighet torde då ske enligt 38 § avtalslagen enligt den ordning som ovan beskrivits. Om åtagandet avser sekretess kring information som utgör företagshemlighet enligt FHL, och avtalets giltighetstid knyts till företagshemlighetens bestånd, torde åtagandet inte, på samma grunder som en konkurrensklausul, anses vara oskäligt enligt 38 § avtalslagen.

3.2.3 Sekretessavtal och 36 § avtalslagen

Enligt 36 § avtalslagen kan ett avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende om detta är oskäligt med hänsyn till dess innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt.

Subjekten i denna uppsats frågeställning är jämbördiga, privata näringsidkare. 36 § avtalslagen syftar främst till att ge en möjlighet till jämkning av konsumentavtal eller avtal med svagare part varför tillämpning därför bör ske med försiktighet då fråga är om jämbördiga näringsidkare.¹²⁵

. I prop. 1975/76:81 understryks själva underlägsenheten i ett avtalsförhållande. Här kan det enligt prop. 1975/76:81, dock röra sig om

informationsbegrepp omfattar i stort sett all information som har ett kommersiellt värde, se om 4.2.

¹²³ Prop. 1975/76:81 s. 149.

¹²⁴ Adlercreutz och Flodgren, s. 14.

¹²⁵ Gorton, s. 257. Se även Grönfors som uttrycker att särskild hänsyn, enligt 36 § avtalslagen, skall tas till behovet av den som är underlägsen, t.ex. en konsument.

såväl konsumenter som näringsidkare.¹²⁶ En tillämpning av 36 § mellan privata näringsidkare torde således vara möjlig.¹²⁷ Nicander har i detta sammanhang uttryckt att sekretessklausuler kan bli föremål för jämkning enligt 36 §.¹²⁸

Avseende jämningsförfarandet är det centrala elementet oskälighet.¹²⁹ Oskälighet kan ha sin grund i avtalets innehåll, men också omständigheter vid avtalets tillkomst och senare inträffade eller ändrade förhållanden kan grunda oskälighet enligt 36 § avtalslagen.¹³⁰ Ramberg och Ramberg anför att lydelsen i 36 § avtalslagen i viss mån saknar vägledning för hur domaren skall avgöra ett avtalsvillkors oskälighet.¹³¹ Även om bestämmelsens lydelse inte ger mycket ledning ges i prop. 1975/76:81 en mängd anvisningar om vilka faktorer som kan tillmätas betydelse i oskälighetsbedömningen.¹³² Syftet är dock att oskälighetsbedömningen som sådan skall ske i den enskilda situationen och vara öppen för att förhållanden och värderingar inte är statiska.¹³³ Enligt Ramberg och Ramberg är det vanligt att bedömningen går till så att det påstått oskäligen avtalsvillkoret bedöms gentemot vad som är normalt i den förevarande avtalsituationen. Här kan vägledning hämtas från såväl lag som marknadspraxis. Om dessa vägledningsmöjligheter saknas kan, enligt Ramberg och Ramberg, de riktlinjer för utformning av avtalsvillkor och ingående av avtal som gäller enligt PECL och UniP vara en hjälp i bedömningen.¹³⁴

Vad som kan tänkas utgöra ett oskäligt sekretessåtagande är vanskligt att uttala generellt, enligt Fahlbeck, eftersom kunskapen om sekretessklausuler är begränsad.¹³⁵ Det torde på grund härav vara svårt att uppställa en norm gentemot vilken skäligheten kan bedömas i den enskilda situationen.

Sekretessavtalets sakliga omfattning, avseende skadeståndsansvar enligt FHL, begränsas genom definitionen av företagshemlighet i 1-2 § § FHL.¹³⁶ Bedömningen av ett villkors oskälighet enligt 36 § kan ske bl.a. med vägledning av lagregler.¹³⁷ Om information enligt avtalets sekretessobjekt omfattas av begreppet företagshemlighet i FHL, torde inte avtalsvillkorets sakliga omfattning, enligt min mening, anses oskälig enligt 36 § avtalslagen.

¹²⁶ Prop. 1975/76:81 s. 117,

¹²⁷ Se om tillämpningen av 36 § i kommersiella sammanhang mellan näringsidkare t.ex. NJA 1989 s. 346 ("pälsstölden") samt NJA 1983 s. 332 ("jeansköpet").

¹²⁸ Nicander, s. 49. Se Nicander ovan 2.3. Han tillägger dock att företagshemligheter kan åtnjuta ett tidsmässigt obegränsat skydd förutsatt att informationen mottogs i förtroende.

¹²⁹ Grönfors, s. 223.

¹³⁰ För en utförlig redogörelse av jämkning enligt 36 § avtalslagen, se Grönfors, s. 217 ff.

¹³¹ Ramberg och Ramberg, s. 149.

¹³² Se prop. 1975/76:81 s. 166 ff. samt Grönfors, s. 226.

¹³³ Se Grönfors, s. 226 samt där refererat uttalande av lagrådet.

¹³⁴ Ibid., s. 149. Om UniP: s och PECL: s bestämmelser om parternas skyldigheter under avtalsförhandlingar, se ovan 2.2.

¹³⁵ Det har uttalats att kunskapen om sekretessklausuler är ".../ magert, både i rättsligt och praktiskt avseende". Fahlbeck, s. 150.

¹³⁶ Nedan 4.2.1.

¹³⁷ Ramberg och Ramberg, s. 149.

Är sekretessobjektet mer omfattande än företagshemlighetsbegreppet enligt FHL avses informationen inte skyddsvärd enligt lagen. Sekretessavtalet har i dessa situationer fortfarande i princip kvar sin civilrättsliga giltighet och således även sin partsbindningsfunktion.¹³⁸ Det kan, enligt min mening, tänkas att sekretessavtalet i dessa situationer skulle kunna jämkas med stöd av 36 § avtalslagen.

Samma resonemang torde, enligt min mening, gälla avseende sekretessavtalets tidsmässiga omfattning. Ett avtal som föreskriver obegränsad giltighetstid avseende sekretess kring information som utgör företagshemlighet torde således inte kunna anses oskäligt. Detta eftersom företagshemligheter skyddas enligt lag så länge som de består.¹³⁹ Tillämpligheten och tillämpningen av 36 § avtalslagen på sekretessklausuler som avser företagshemligheter i FHL: s mening, har dock aldrig prövats, varför rättsläget får anses oklart.

3.3 Utformning

3.3.1 Avtal som ”rättskälla”

Som inspiration till detta avsnitt om sekretessavtalets utformning har tjänat ett på marknaden förekommande modellavtal.¹⁴⁰ Avtalsförslaget har sedan kompletterats med uttalanden i svensk, i huvudsak avtalsrättslig, doktrin.

Även om utformningen av ett sekretessavtal bör ske individuellt och anpassas efter den rådande situationen¹⁴¹ kommer här att ges några förslag på områden som kan regleras. Uttryckliga avtalsvillkorslydelser har av utrymmesskäl uteslutits.

3.3.1.1 Inledande klausuler

Parter

Avtalet bör ange vilka parter som är bundna av sekretessen enligt avtalet. Här föreslås att namnen på den informationslämnande parten (person eller organisation) samt den mottagande parten anges.¹⁴² Det kan även specificeras att den mottagande parten är ansvarig för att säkerställa sekretessen.¹⁴³

¹³⁸ Se ovan 3.2.1.

¹³⁹ Se ovan 3.2.1.

¹⁴⁰ Confidentiality Agreement, IPR- helpdesk, http://www.ipr-helpdesk.org/documentos/docsPublication/html_xml/8_ConfidentialityAgreements%5B0000000200_00%5D.html, (cit. Essential elements document). Som ovan uppmärksammats kan det ifrågasättas huruvida detta är att anse som en rättskälla i egentlig mening. Om avtalet, se ovan 1.4.

¹⁴¹ Wallin, Bo-Göran, Immaterialrätt för innovatörer och entreprenörer, 2006, s. 332.

¹⁴² Confidentiality Agreement, IPR- helpdesk, http://www.ipr-helpdesk.org/documentos/docsPublication/html_xml/8_ConfidentialityAgreements%5B0000000200_00%5D.html, s.1, punkt 1.

¹⁴³ Essential elements document , s. 1, punkt 1.

I det fall båda parter är juridiska personer och dessa vid undertecknandet företräds av ställföreträdare, torde det för att uppnå bundenhet för bolagens räkning, krävas att sekretessförbindelsen undertecknas av behörig firmatecknare.¹⁴⁴ För uppgift om vem som är behörig firmatecknare när det är fråga om svensk juridisk person kan hänvisas till Patent- och registreringsverket. Genom tillhandahållande av registreringsbevis (som sedan kan fogas till sekretessförbindelsen så som bilaga) kan osäkerhet avseende rätten att teckna bolagets firma minskas.¹⁴⁵

Syfte

Parternas syfte med avtalet torde ofta utgöra ett viktigt *tolkningsdata* om en tvist rörande tillämpligheten av detta skulle uppstå.¹⁴⁶ Enligt Westberg finns det endast en begränsad tillgång på kunskap om sekretessavtals generella syfte.¹⁴⁷ Det kan därför tänkas vara nyttigt att inledningsvis klargöra vad parternas syfte med sekretessavtalet är.¹⁴⁸ Parterna kan här ange i vilket sammanhang den hemliga informationen utlämnas och vilka skälen för utlämnandet är.¹⁴⁹

Definitioner

En förteckning där de begrepp som används fortsättningsvis i avtalet definieras kan tänkas vara klargörande och ett viktigt hjälpmedel i tolkningen av avtalet såväl som av parternas avsikter.¹⁵⁰

Begrepp som definieras kan vara t.ex. vad som avses med ”information”, ”avslöjande”,¹⁵¹ ”sekretess”, ”allmän tillgänglighet” eller innebörden av förekommande tekniska termer.¹⁵²

3.3.1.2 Sekretessobjekt

Information

Berglund anför att särskild uppmärksamhet bör ägnas utformningen av klausulen som anger avtalets sekretessobjekt. Detta eftersom det är

¹⁴⁴ Ibid., s. 2, punkt 1 samt Ramberg och Ramberg, s. 66-67. Även Hedwall uppmärksammar denna problematik, se Hedwall, s. 23.

¹⁴⁵ Essential elements document, s. 2, punkt 1 samt Ramberg och Ramberg, s. 66-67.

¹⁴⁶ Om ingressens betydelse för avtalstolkningen se Ramberg och Ramberg, s. 263 samt vidare om avtalstolkning och om avtalets syfte och bakgrund som tolkningsdata, se nedan 3.4.2.

¹⁴⁷ Westberg uttrycker att det finns begränsad kunskap om ”/.../sekretessklausuler/... /i rent kommersiella affärsförbindelser. Utan tillgång till sådan kunskap är det självfallet vanskligt att, med anspråk på empiriskt stöd, göra uttalanden om vilka syften /.../en sekretessklausul normalt sett får anses ha. Frånvaron av kunskap medför också att parter i ett avtal i högre grad än annars måste bemöda sig om att i avtalet noggrant reglera rättsförhållandet.” Westbergs rättsutlåtande, s. 4. Se även Berglund, s. 40.

¹⁴⁸ Se Berglund, s. 40.

¹⁴⁹ Essential elements document, s. 2 punkt 2.

¹⁵⁰ Ibid., s. 2 punkt 3.

¹⁵¹ Eng. ”disclosure”, Essential elements document, s. 2 punkt 3.

¹⁵² Ibid., s. 2 punkt 3.

sekretessobjektet som bestämmer avtalets sakliga omfattning.¹⁵³ Förtydligas bör kanske att, som tidigare nämnts, tystnadsplikt även principiellt sett i vissa situationer kan anses avtalad som ett utflöde av en lojalitetsplikt.¹⁵⁴ Vid avtalstolkning har domstol genom utfyllnad möjlighet att beakta allmänna rättsgrundsatser, däribland t.ex. lojalitetsplikten.¹⁵⁵ Av det nu sagda följer att tystnadsplikt även avseende sådan information som inte explicit angivits i sekretessobjektet kan komma att anses avtalad. Skadeståndsansvar för ett röjande eller obehörigt utnyttjande enligt FHL skulle då även avse denna information.

Vid utformningen av sekretessobjektet kan det ändå vara relevant att ta ställning till hur detaljerat detta sekretessobjekt bör anges.¹⁵⁶

Ett vidsträckt och oprecist skyddsobjekt kan tänkas leda till svårigheter i bedömningen avseende vilken information som omfattas enligt avtalet.¹⁵⁷ Magnusson har föreslagit att skyddsobjektet bör ges en detaljerad utformning i vilken den sekretessbelagda informationen preciseras noggrant.¹⁵⁸ Enligt Magnusson och Berglund ökas genom en sådan reglering, förutsebarheten avseende vilken information som tystnadsplikten gäller (till ledning för parterna) samtidigt som risken för tvister om avtalets rätta tolkning minimeras.¹⁵⁹

Det förekommer att parter knyter definitionen av vad som skall anses vara hemlig information enligt sekretessavtalet till definitionen av företagshemlighet enligt 1 § FHL.¹⁶⁰ Hedwall anför att ett sekretessobjekt vilket definitionsmässigt knyts till FHL innebär att såväl förarbetena till FHL som praxis avseende lagens tillämpning, blir användbara så som hjälpmedel i tolkningen i det fall tvist skulle uppstå rörande avtalets innehåll eller innebörd.¹⁶¹ Även handelsbruk och sedvana torde vara viktiga hjälpmedel vid tolkning i den mån sådan finns att tillgå.¹⁶²

I praktiken kan det tänkas uppstå svårigheter att bevisa att viss (hemlig) information spridits och i så fall av vem.¹⁶³ För att underlätta en framtida bevisföring kan det därför vara av intresse att förse informationen med en ursprungsangivelse och klassificera dessa så som hemliga.¹⁶⁴ Berglund

¹⁵³ Berglund, s. 40.

¹⁵⁴ Se ovan 2.3.

¹⁵⁵ Se om utfyllnad, nedan 3.4.3.1.2.

¹⁵⁶ Ibid., s. 40 samt Magnusson, s. 170.

¹⁵⁷ Berglund, s. 40.

¹⁵⁸ Magnusson, s. 170.

¹⁵⁹ Se Berglund s. 40 och Magnusson, s. 170.

¹⁶⁰ Hedwall, s. 182.

¹⁶¹ Ibid., s. 182. Jfr Westbergs som ovan *Syftet med avtalet enligt parterna*, uttrycker att det är osäkert huruvida man kan vid tolkning av ett oprecist avtal, kan uttala något för sekretessavtal sedvanligt syfte eller innebörd. Westbergs rättsutlåtande, s. 4.

¹⁶² Se vidare om tolkning av sekretessavtal, nedan 3.4 och särskilt nedan 3.4.4 om för tolkningen av sekretessavtal särskilda svårigheter.

¹⁶³ Hultmark, s. 290.

¹⁶⁴ Ibid., s. 290. En sådan märkning uppfyller även avtalskriteriet enligt 6 § FHL. Detta innebär att en tystnadsplikt har uppkommit. Näringsidkaren kan då bli skadeståndsansvarig

anför att då det gäller skriftliga dokument, dessa bör märkas. Muntligen överlämnad information kan specificeras så som hemlig i ett mötesprotokoll eller liknande, vilket sedan förses med hemligstämpel.¹⁶⁵ Vid ett informellt överlämnande bör, enligt Berglund, den överlämnande parten *göra klart* för den mottagande parten att informationen betraktas som hemlig och begära bekräftelse på detta.¹⁶⁶

Då det gäller sekretess i förhandling om ett framtida förvärv av hemlig information kan det även tänkas att åtminstone två frågor rörande formerna för informationens överlämnande gör sig gällande, beroende på vilken typ av framtida samarbete parterna kan tänkas ha i åtanke.¹⁶⁷ Dels kan överlämnandet av informationen avse ett visst projekt.¹⁶⁸ Dels kan det tänkas att, i ett längre gående samarbete mellan parterna, information måste delas i olika steg.¹⁶⁹ Beroende bl.a. på vilken av dessa situationer som är för handen, kan sekretessavtalets skyddsobjekt utformas olika.¹⁷⁰ Detta skall kort belysas i det följande.

Överlämnande av information avseende visst projekt

I detta fall kan det vara fråga om t.ex. en uppfinnare som vill ingå ett kontrakt med en tillverkare rörande marknadsföringen av dennes uppfinning.¹⁷¹ Den relevanta, hemliga, informationen som måste lämnas ut kan då sannolikt avgränsas redan inledningsvis (t.ex. hemlig information som rör just den aktuella uppfinningen). I denna situation är det lämpligt att så precist som möjligt nedteckna informationen och de aktuella dokumenten i en förteckning.¹⁷²

Överlämnande av information stegvis

Ett längre gående samarbete¹⁷³ kan medföra att information istället måste överlämnas stegvis. Det kan i längre gående samarbeten vara svårt att från början överblicka vilken information som kan bli aktuell för överlämnande.¹⁷⁴ För att undvika missförstånd rörande vilken information som det råder sekretess kring, föreslås i kommentarerna till modellavtalet att det kan utarbetas ett system för hemlighållande av information som överlämnas vid olika tidpunkter.¹⁷⁵ Exempel på ett sådant system kan vara

enligt 6 § FHL för röjande eller obehörigt utnyttjande av företagshemlighet. Se nedan 4.3.1 samt Fahlbeck, s. 293.

¹⁶⁵ Berglund, s. 41.

¹⁶⁶ Ibid., s. 41.

¹⁶⁷ Essential elements document, s. 3 punkt 5.

¹⁶⁸ T.ex. beskrivningen av en viss uppfinning. Ibid, s. 3 punkt 5.

¹⁶⁹ Ibid., s. 3 punkt 5.

¹⁷⁰ Ibid., s. 3 punkt 5.

¹⁷¹ Exemplet är hämtat från Essential elements document, s. 3 punkt 5.

¹⁷² Information och dokument vilka med fördel kan medtagas i en sådan förteckning kan vara: en beskrivning av den aktuella uppfinningen, tekniska ritningar och design, matematiska formler, etc. Ibid., s. 3 punkt 5.

¹⁷³ "In case of a medium or long term partnership/.../" Essential elements document, s. 3 punkt 5b.

¹⁷⁴ Ibid., s. 3 punkt 5b.

¹⁷⁵ Ibid., s. 4 punkt 5b.

att konsekvent märka informationen enligt ovan.¹⁷⁶ Här kan olika typer av restriktioner knytas till parts handhavande av informationen utifrån hur känslig den anses vara.¹⁷⁷

Bevisbördan för att information omfattas av tystnadsplikten

Enligt Hultmark är det den part som gör gällande att sekretessbelagd information spridits som har bevisbördan för detta påstående.¹⁷⁸ Denna part skall enligt författaren även visa vilken information som spridits samt till vem spridningen skett.¹⁷⁹

3.3.1.3 Undantag från sekretess

Information som generellt undantas

Som Magnusson med flera anför, kan det tänkas sakna syfte att iaktta sekretess angående information som är allmänt känd.¹⁸⁰ Denna information undantas därför ofta från sekretessplikten enligt avtalet.¹⁸¹

Förutom allmänt känd information, föreslås också information vilken tillgängliggjorts för mottagaren av tredje man som förvärvat denna i god tro undantas från tystnadsplikten enligt avtalet.¹⁸² För mottagaren tidigare känd information, förutsatt att mottagaren kan bevisa sin tidigare vetskap föreslås också undantas enligt avtalet.¹⁸³ Dessutom torde information som erhållits självständigt av mottagaren (exempelvis genom egen forskning) undantas.¹⁸⁴ information som annorledes i avtalet skriftligen av parterna undantagits, kunna utgöra undantag från skyldigheten att iaktta tystnadsplikt.¹⁸⁵

Vidare undantas även vanligtvis information som till följd av en i lag grundad upplysningsplikt (t.ex. vittnesplikt) måste röjas.¹⁸⁶

¹⁷⁶ Se ovan samma rubrik samt *ibid.*, s. 4 punkt 5b.

¹⁷⁷ Det föreslås t.ex. att viss information (som klassificerats så som motsvarande mycket känslig) kan föras med ett förbud mot mångfaldigande. Annan information (som ansetts vara mindre ömtålig) kan få distribueras av mottagaren till en viss tredje mottagare eller krets av mottagare. *Ibid.*, s. 4 punkt 5b.

¹⁷⁸ Hultmark, s. 290.

¹⁷⁹ *Ibid.*, s. 290.

¹⁸⁰ Se t.ex. Magnusson, s. 174, Westbergs rättsutlåtande s. 4 f samt Essential elements document, s. 4 punkt 6, där det uttrycks att information som kan undantas t.ex. kan vara "Information which forms part of the public domain at the time of the conclusion of the agreement, or which then comes into the public domain through no fault that could be attributed to the recipient...". Om 1 § FHL som ett tvingande maximum för ansvar enligt FHL, se t.ex. ovan 3.2.1. Om kravet på obehörigt angrepp enligt 2 § FHL, se nedan 4.2.2.

¹⁸¹ Magnusson, s. 174. Se även sekretessförbindelsen i det nedan 5 refererade tingsrättsavgörandet, bilaga B.

¹⁸² Essential elements document, s. 4 punkt 6. Ett angrepp på sådan information anses inte utgöra obehörigt angrepp enligt 2 § FHL. Se nedan 4.2.2.

¹⁸³ *Ibid.*, s. 4 punkt 6.

¹⁸⁴ *Ibid.*, s. 4 punkt 6.

¹⁸⁵ *Ibid.*, s. 4 p. 6. Om ett angrepp skett med näringsidkarens medgivande anses det inte utgöra obehörigt angrepp enligt 2 § FHL. Se nedan 4.2.2.

¹⁸⁶ Magnusson, s. 177-178. Detta utgör inte heller som obehörigt angrepp enligt 2 § FHL. Se nedan 4.2.2.

Det föreslås i kommentarerna till modellavtalet¹⁸⁷ att det till undantagen ifrån tystnadsplikt, fogas en bestämmelse enligt vilken den mottagande parten görs skyldig att inom 30 dagar ifrån mottagandet av informationen skriftligen meddela den överlämnande parten om att informationen utgör undantag enligt avtalet.¹⁸⁸ Vilken innebörd detta stadgande har och vilka rättsverkningar som kan anses följa av det torde dock vara oklart.¹⁸⁹

En tänkbar innebörd är, enligt Westberg, att den mottagande parten härigenom åläggs informationsplikt.¹⁹⁰

Bevisbördan för att undantag föreligger enligt avtalet

Bevisbördan för att viss information utgör undantag ifrån sekretessåtagandet ligger på den som gör gällande undantaget.¹⁹¹ Westberg anför att det alltid faller på den som gör gällande att det är information som varit *hemlig* som har spridits eller utnyttjats i strid mot avtalet, att visa detta.¹⁹² Motpartens bevisning blir sedan, enligt Westberg, en fråga om *motbevisning* och skall inte anses utgöra bevisbörda för vilkens fullgörande motparten måste sörja.¹⁹³

3.3.1.4 Användning av information

Här kan anges vilken användning av det överlämnade materialet som skall vara godtagbar enligt avtalet.¹⁹⁴ Godtagbar användning kan vara bl.a. användning för forskningsändamål eller i användning i syfte att tekniskt eller kommersiellt utvärdera exempelvis en produkt eller en uppfinning.¹⁹⁵ Användningsmöjligheterna bör vara klart angivna för att undvika tolkningssvårigheter avseende vilken användning som kan anses vara

¹⁸⁷ Essential elements document, s. 4 punkt 6.

¹⁸⁸ Essential elements document, s. 5 punkt 6. Jfr den omtvistade Bestämmelsen, punkt 3.2 i sekretessavtalet, bilaga B. Se även nedan 5 om prövningen i mål nr. T 1894-03.

¹⁸⁹ Se nedan 5 och 6.

¹⁹⁰ Se Westbergs rättsutlåtande s. 2 ff. Stockholms tingsrätt har i det nedan 5 refererade mål nr. T1894-03 uttalat att en dylik bestämmelse inte torde kunna tillmätas prekluderande verkan (se nedan 5.1.3..1) såtillvida att den part som gör gällande att informationen varit allmänt känd genom avtalets undertecknande skulle ha frångagits rätten att invända detta i en senare tvist. Även Westberg är av denna åsikt. Han anger som ett alternativt syfte med Bestämmelsen att denna eventuellt skulle kunna ses som en informationsskyldighet. Westbergs rättsutlåtande, s. 2 ff. Vilken påföljd brott mot en informationsplikt skulle få angavs dock inte i sekretessavtalet (se Bestämmelsen, bilaga B). Bengt Lindell, som i nu behandlade mål ingav rättsutlåtande till förmån för kärandesidan (Fermigel) är dock av motsatt åsikt. Enligt Lindell torde en preklusionspåföljd vara det avsedda med nämnda reglering och domstolen skulle därför, enligt Lindell, bortse från svarandes (Arlas) invändning om att informationen var allmänt känd. Lindell, Bengt, Professor i processrätt vid Uppsala universitet, rättsutlåtanden 2004-12-13 samt 2006-03-15, mål T 1894-03 (aktbilagor 101 samt 133). Se närmare om omständigheterna i avgörandet nedan 5.

¹⁹¹ Se Berglund, s. 42 samt Essential elements document, s. 5 punkt 6.

¹⁹² Westbergs rättsutlåtande, s. 6.

¹⁹³ Ibid., s. 6.

¹⁹⁴ Essential elements document, s. 5 punkt 7.

¹⁹⁵ Ibid., s. 5 punkt 7.

tillåten.¹⁹⁶ I kommentarerna till modellavtalet föreslås att möten kan hållas på en regelbunden basis för att kontrollera att användningen följer den godtagbara användning som angivits i sekretessavtalet.¹⁹⁷

3.3.1.5 Övriga hänsyn

Formkrav för överlämnande eller mottagande av information och för mottagaren föreskrivna säkerhetsåtgärder

Det kan föreskrivas att den mottagande parten vid mottagandet av den hemliga informationen skall underteckna en bekräftelse¹⁹⁸ som innehåller en beskrivning av den överlämnade informationen, datum för övergången samt, om så kan ske, datum för när informationen skall återlämnas.¹⁹⁹ Parterna kan också föreskriva att den mottagande parten skall förpliktas att vidta åtgärder för att hålla informationen hemlig då den befinner sig under hans tillsyn.²⁰⁰

Personer som äger ta del av informationen

Den mottagande parten kan åläggas en skyldighet att begränsa spridningen av det överlämnade materialet.²⁰¹ Ett sekretessavtal mellan juridiska personer endast ålägger de avtalsslutande parterna en sekretessplikt. De anställda blir inte bundna av sekretess enligt avtalet.²⁰² De anställda kan åläggas sekretessskyldighet genom att var och en som bereds tillgång till informationen får underteckna en separat sekretessförbindelse.²⁰³ Den separata sekretessförbindelsen kan sedan knytas till det bakomliggande sekretessavtalet, genom att innehållet i detta avtal återges även i den separata förbindelsen.²⁰⁴ En annan lösning är att *avtalsparterna* görs ansvariga för ett röjande som kan hänföras till dess anställda.²⁰⁵ Enligt FHL

¹⁹⁶ Ibid., s. 5 punkt 7. Se även Berglund, s. 41, som i och för sig förordar en reglering av användningsfrågan under en punkt vilken han kallar ”Åtagande”, men som uttrycker i huvudsak samma åsikt rörande behövligheten att reglera vilken användning som skall anses tillåten.

¹⁹⁷ Essential elements document, s. 5 punkt 7.

¹⁹⁸ I Essential elements document sägs att ”Receipts can be signed by the recipient...”s. 5 punkt 6.

¹⁹⁹ Essential elements document, s.5 punkt 6.

²⁰⁰ Ibid., s.5 punkt 7.

²⁰¹ Berglund uttrycker att mottagaren ”brukar” åta sig att inte sprida informationen utanför en viss krets. Berglund, s. 41. I Essential elements document nämns att “ The parties can agree on persons to whom information will be revealed...”. Essential elements document, s. 5 punkt 7.

²⁰² Magnusson, s. 174-175.

²⁰³ Berglund, s. 41.

²⁰⁴ I kommentarerna anges att det kan vara ”/.../useful to oblige the recipient to have these persons sign confidentiality clauses reiterating the terms of the confidentiality agreement (egen kursivering).” Essential elements document, s. 5 punkt 8.

²⁰⁵ Enligt Fahlbeck kan en näringsidkare enligt *allmänna avtalsrättsliga principer* under vissa förhållanden bli ansvarig för sina anställdas handlande även om dessa inte varit vållande. Ett sådant ansvar kan göra sig gällande vid näringsidkarens val av arbetstagare som får ta del av företagshemligheten. Likaså kan näringsidkaren vid anvisningar om hur företagshemligheterna får användas och vid övervakande av hur dessa används, ådra sig ett principalansvar. Fahlbeck, s. 298, samt vidare om principalansvar enligt 6 § FHL, nedan 4.3.1. Eftersom osäkerhet, enligt Magnusson, råder kring omfattningen av detta ansvar kan det vara nyttigt att i sekretessavtalet ålägga avtalsparten ansvar i det fall någon av dess

6 § gäller även ett principalansvar för näringsidkare för anställdas vållande.²⁰⁶

Återställande

Denna klausul syftar till att tydliggöra hur parterna skall behandla överlämnad information då samarbetet mellan dem upphör.²⁰⁷ Det kan exempelvis föreskrivas att vissa dokument skall lämnas tillbaka eller förstöras.²⁰⁸

3.3.1.6 Avtalstid

Vid angivande av avtalets giltighetstid, kan parterna ange ett visst datum för avtalets upphörande, en viss tidsperiod under vilken avtalet skall gälla (t.ex. X år från och med avtalets upprättande) eller en viss annan tidsgräns (t.ex. X år efter ett visst gemensamt projekt har slutförts).²⁰⁹

När det är fråga om arbetstagares skyldigheter att till följd av en sekretessklausul iaktta där föreskriven sekretess efter anställningens upphörande, har Fahlbeck uttalat att en viktig faktor i bedömningen av en sekretessklausul är dennas tidsmässiga omfattning.²¹⁰ Även i ett sekretessavtal upprättat mellan näringsidkare kan det tänkas att den tidsmässiga omfattningen av avtalet kan utgöra en viktig faktor i bedömningen av avtalet.²¹¹

Huvudregeln avseende giltighetstid torde, som annars i avtalsförhållanden, vara att avtalsfrihet råder. Begränsningar kan följa av 3 kap avtalslagen.²¹² De avtalsrättsliga begränsningar som främst gör sig gällande avseende sekretessavtals giltighetstid är 36 och 38 § § avtalslagen. Som ovan 3.2.2-3.2.3 har angivits torde inte ett sekretessavtal mellan privata näringsidkare, som skyddar *företagshemligheter* anses så som oskäligt enligt dessa bestämmelser, även då avtalet föreskriver en tidsmässigt obegränsad giltighet. Detta gäller så länge som företagshemligheten som sådan består. Om informationen blivit allmänt känd under den löpande avtalstiden torde

anställda eller uppdragstagare använder information i strid med avtalet. Se Magnusson, s. 174-175 samt där angivna källor.

²⁰⁶ Se nedan 4.3.1 samt där angivna källor,

²⁰⁷ Berglund tillägger att denna punkt torde behöva anpassas individuellt i det enskilda fallet. Berglund, s. 42.

²⁰⁸ Essential elements document, s. 6 punkt 12.

²⁰⁹ Ibid., s. 6 punkt 12.

²¹⁰ Fahlbeck anför att det främst torde vara två villkor som gör sig gällande i bedömningen av sekretessklausuler (efter anställningens upphörande); den sakliga och den tidsmässiga omfattningen av förpliktelsen. Fahlbeck, s. 151.

²¹¹ Reglering av avtalstiden föreslås t.ex. av såväl Berglund, s. 42 samt enligt Essential elements document, s. 6. Jfr ovan 2.3.1 om varaktigheten av en tystnadsplikt som avtalats underförstått. Se även ovan 3.2 om inskränkningar i avtalsfriheten.

²¹² Jfr Fahlbeck, s. 295.

det dock inte kunna krävas att avtalsparten skall iaktta sekretess. Sekretessavtalet torde i denna situation, som ovan nämnts, kunna jämkas.²¹³

I anställningsförhållanden görs en liknande avvägning. Då en före detta anställd åläggs sekretess efter anställningens slut anger Fahlbeck livslängden av det skyddade kunnandet samt arbetstagarens intresse av att fritt kunna använda sin arbetskraft som två för bindningstiden styrande faktorer.²¹⁴ Dessa faktorer torde inte vara direkt tillämpliga i kommersiella sammanhang, eftersom de hänför sig till arbetstagarens disposition över sin arbetskraft.²¹⁵ Ytterligare aspekter på godtagbar giltighetstid i anställningsförhållanden skall inte ges här eftersom dessa förhållanden faller utanför ramen för uppsatsen.

3.3.1.7 Ersättning vid kontraktsbrott

Ett särskilt problem avseende situationen då ett obehörigt utnyttjande av information som skyddas av ett sekretessavtal under avtalsförhandlingar har skett, har av flera författare angivits vara den skadelidandes möjligheter att bevisa vilken skada denne lidit till följd av detta röjande.²¹⁶ Hultmark uttrycker att ersättning i princip skall utgå enligt det positiva kontraktsintresset. Enligt Hultmark kan det dock vara svårt att föra bevisning om skadans storlek eftersom det ofta torde röra sig om värden en viss information skulle ha haft om den fortsatt att vara hemlig. Är produkten dessutom ny, kan det vara svårt att uppskatta produktens marknadsvärde.²¹⁷ Även Berglund uttrycker att det vara ”.../svårt att visa hur stort det framtida värdet skulle ha varit för visst unikt know-how.”²¹⁸ På grund av dessa svårigheter kan skadestånd som enda möjlighet till ersättning vid brott mot sekretessavtal vara olämpligt.

Bevisvärdigheterna avseende skadans storlek och uppkomst, kan föranleda en önskan att ta in en ersättningsbestämmelse i sekretessavtalet.²¹⁹ Det kan

²¹³ Jfr ovan 2.3 och 3.2.1- 3.2.3. I SOU 1983:52 Företagshemligheter, uttrycks att avtal ofta anger som sin yttersta gräns för giltighet (tidsmässigt), den tidpunkt då informationen som avtalet skyddar blivit allmänt känd, s. 189, 448 samt 385.

²¹⁴ Fahlbeck, s. 152.

²¹⁵ Jfr de begränsningar i användningen av konkurrensklausuler i anställningsförhållanden som gäller genom 1969 års överenskommelse och bedömningar i övrigt hänförliga till sekretessens omfattning i förhållande 38 § avtalslagen, ovan 3.2.2. Applicerat på förhållanden mellan privata näringsidkare kan ett resonemang, enligt min mening, på liknande sätt föras om relevansen av den information som skall hållas hemlig och önskan av att företag på marknaden skall kunna bedriva en sund konkurrens. I denna uppsats behandlas endast sekretessavtal som skyddar information som utgör företagshemlighet i FHL: s mening.

²¹⁶ Se t.ex. Hultmark, s. 290, Berglund, s. 42, Hedwall, s. 183 och Magnusson, s. 181.

²¹⁷ Hultmark, s. 290.

²¹⁸ Berglund, s. 42.

²¹⁹ Se t.ex. Hultmark, s. 290, Berglund, s. 42, Hedwall, s. 183. Det kan, enligt min mening, vara en tänkbar fördel med ett separat sekretessavtal att parter däri även kan reglera olika biförpliktelser i anledning av själva sekretessåtagandet som sådant. I avtalet kan bl.a., som illustrerats ovan, formerna för informationens överlämnande och motpartens handhavande av informationen regleras. I avtalet kan parter även ta in en särskild bestämmelse om ersättning vid brott mot sekretessåtagandet. En ersättningsbestämmelse kan dock även tas

här röra sig om en vitesbestämmelse.²²⁰ Frågor om vite och vitesklausuler i avtal är en fråga i sig själv. Syftet i detta sammanhang är endast att kort belysa den praktiska funktion en dylik klausul kan fylla då företagshemligheter röjts eller obehörigen utnyttjats.²²¹

Hedwall föreslår att man i avtalet kan ta in en skrivning enligt vilken det räcker att den överlämnande parten kan visa att den mottagande parten har spridit informationen (eller att informationen blivit publik i vissa fall).²²² En Hedwall tillägger att det är viktigt, för att undvika framtida tolkningsbekymmer, att reglera formerna för vitets erläggande.²²³ I brist på sådan reglering, anför Hedwall, kommer troligtvis sedvanliga tolkningsregler att tillämpas enligt vilka vite vanligen utgår för den första spridningen.²²⁴

Hultmark anför att ett vitesbelopp i en del fall sätts medvetet högt för att avskräcka från kontraktsbrott.²²⁵ Viss försiktighet kan tänkas vara påkallad, vid beloppsbestämningen eftersom ett oskäligt vitesbelopp (även om inget sådant fall ännu uppmärksammas i svensk praxis) torde kunna jämkas.²²⁶ Möjligheten att falla tillbaka på ett förbestämt vite torde även kunna ses som en begränsning av ansvaret i vissa fall.²²⁷ Enligt Gorton och Samuelsson kan man, då vitet bestämts till ett belopp som underskrider det belopp som den skadelidande parten hade kunnat erhålla i skadestånd beräknat enligt det

in i "huvudavtalet" vid användning av separat sekretessklausul. Om parternas regleringsbehov, se ovan 3.1.

²²⁰ Detta föreslås bl.a. av Hultmark, s. 290, Berglund, s. 42, Hedwall, s. 183 samt av Magnusson, s. 181

²²¹ För en utförlig behandling av vitesbestämmelser i svensk rätt, se t.ex. Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*, 1956.

²²² Hedwall, s. 183.

²²³ Författaren nämner att det kan vara viktigt att noga reglera vilka situationer som skall ge upphov till skyldighet att utge vite samt om beloppet skall vara i form av en engångssumma eller betalas varje gång en spridning har skett. Hedwall, s. 183-184.

²²⁴ *Ibid.*, s. 184. Se dock tingsrättens bedömning i det nedan 5 refererade mål nr. T1894-03. Vite utdömdes där för varje enskilt utnyttjande, utan att detta särskilt hade föreskrivits i avtal.

²²⁵ Hultmark, s. 290. Utgångspunkten för denna uppsats är, som ovan nämnts, i huvudsak svensk rätt. Hultmarks uttalande att beloppet i vitesklausulen kan sättas högt i avskräckande syfte, kan dock, enligt Ramberg och Ramberg, välla problem i avtal som lyder under common law. I common law länder gäller enligt författarna som huvudregel att vitesklausulen torde vara godtagbar så länge klausulen uppfattas vara en skälig bedömning av hur stor skadan av ett kontraktsbrott kan tänkas bli. Sätts beloppet högre (i avskräckande eller straffande syfte) kan klausulen anses utgöra en s.k. penalty clause, vilka anges vara ogiltiga enligt common law. En mängd svensk såväl som utländsk litteratur har uppmärksammat denna problematik, se t.ex. Lando, Ole, *Udenrigshandelens kontrakter – Udenrigshandelsret 1*, 4 udgave, 1991, Atiyah P. S., *An introduction to the law of Contract*, third edition 1981 samt fourth edition 1989, Beatson and Friedmann, *Good faith and fault in contract law*, 1997, om penalty clauses i common law och underliggande värderingar Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990 samt ovan nämnda Ramberg, Jan och Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 2003.

²²⁶ Ramberg, och Ramberg, s. 284. Se även Gorton och Samuelsson i festskrift till Ingemar Ståhl.

²²⁷ Berglund, s. 42.

positiva kontraktssintresset, använda sig av avtalstolkning.²²⁸ Om parterna här klargjort att klausulen är tänkt att utgöra (och accepterad så som) en friköpsklausul (jfr s.k. ”efficient breach” i amerikansk rätt, eg. anm.) kommer klausulen, enligt författarna, troligen att tillämpas enligt sin lydelse.²²⁹

3.3.1.8 Skilje- och juristidiktionsklausul

Sekretessavtal kan, liksom de flesta avtal, innehålla en skiljeklausul.²³⁰ Som en fördel med ett skiljeförfarande kan nämnas att ett sådant förfarande i de flesta fall torde vara ett snabbare sätt att avgöra tvisten (jämfört med att anhängiggöra den vid allmän domstol). Dessutom blir vare sig förfarandet eller utkomsten offentligt. Ytterligare fördelar är att parterna själva kan utse skiljemän som de anser vara särskilt kvalificerade att slita tvisten samt att skiljedomen enligt lag inte kan överklagas.²³¹ En nackdel med förfarandet är dock att det i regel är kostsamt och att det är den förlorande parten som måste betala såväl arvoden till skiljemännen som till de juridiska ombuden.²³² Berglund understryker därför att då parterna inte är jämbördiga, detta i vissa fall kan medföra att klausulen anses oskälig. Klausulen torde då kunna jämkas med stöd i 36 § avtalslagen.²³³

En bestämmelse avseende enligt vilket lands lag tvister i anledning av avtalet skall avgöras kan slutligen fogas till sekretessavtalet.²³⁴ Om ingen skiljeklausul stadgar behörigt forum (skiljedomstol) kan denna klausul innehålla bestämmelse därom.²³⁵

3.4 Tolkning av sekretessavtal

3.4.1 Allmänt

Syftet med detta avsnitt är att översiktligt redogöra för vad som gäller då parter är oense om vad som skall anses vara avtalat mellan dem, d.v.s., då avtalets innehåll och dess rättsverkningar för parterna måste fastställas genom tolkning.

²²⁸ Se Gorton, Lars och Samuelsson, Per, Festskrift till Ingemar Ståhl, 2005, s. 105.

²²⁹ Ibid., s. 105. Författarna uttrycker där att handelsbruk och sedvänja också kan tillmätas betydelse vid denna bedömning. Om tolkning av avtal, se vidare nedan 3.4.

²³⁰ Berglund, s. 42.

²³¹ Berglund, Hans, Företags sekretesskydd, 1982, s. 43 samt Ramberg och Ramberg, s. 284-285.

²³² Ramberg och Ramberg, s. 285.

²³³ Berglund, Hans, Företags sekretesskydd, 1982, s. 43 samt där refererade NJA 1979 s. 666 där enligt HD, bl.a. på grund av att käranden hade begränsade ekonomiska resurser och erfarenhet i branschen, en av det väletablerade svarandebolaget introducerad skiljeklausul, bedömdes vara oskälig.

²³⁴ Essential elements document, s. 6 punkt 12.

²³⁵ Ibid., s. 6 punkt 12.

Det kan konstateras att det på detta område i princip saknas lagregler för *hur tolkning av avtal skall genomföras*.²³⁶ Adlercreutz framhåller att det främst är domstolarnas prejudicerande tolkningsverksamhet som har gett upphov till ett system av relativt oprecisa principer och tolkningsmetoder²³⁷ och att dessa principer och metoder sedan anpassas till omständigheterna i det aktuella fallet.²³⁸ Enligt Ramberg och Ramberg varierar tillvägagångssättet vid tolkning beroende på var tolkningen avser.²³⁹ Författarna framhåller, likt Adlercreutz, att tolkningsmetoder med nödvändighet måste anpassas till den enskilda situationen, eftersom ett på förhand fixerat system riskerar att inte i erforderlig utsträckning ta hänsyn till avtalshelheten.²⁴⁰ Vid tolkning av innebörden av vissa tekniska termer kan den rådande branschuppfattningen utgöra ett viktigt tolkningsdata. Om lagregler har utvecklats för en typsituation kan dessa bli utslagsgivande, eller ge upphov till möjliga analogier avseende närliggande situationer.²⁴¹

3.4.2 Precisering av avtalsinnehåll

Då avtalets innehåll skall fastställas sker först ett urval av omständigheter som kan tillmätas betydelse vid detta fastställande.²⁴² Ramen som omständigheterna bildar kallas av Adlercreutz för den intersubjektiva ramen.²⁴³ Då denna ram givits tolkningsförfarandet, sker en inledande *tydning* av avtalets lydelse. Då avtalet är felaktigt utformat, såtillvida att det inte ger uttryck för den gemensamma partsviljan,²⁴⁴ blir avtalet gällande mellan parterna i enlighet med den gemensamma partsviljan.²⁴⁵ Det skriftliga avtalet är dock vanligen det viktigaste bevismedlet för vad som avtalats och utgör underlag för ett *presumerat avtalsinnehåll*.²⁴⁶ Enligt Ramberg och Ramberg måste avtalets skriftliga lydelse, när det är fråga om kommersiella avtal, i största utsträckning prioriteras framför andra, mer svårbevisbara tolkningsdata.²⁴⁷ Enligt Hedwall kan parter i kommersiella

²³⁶ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 9.

²³⁷ *Ibid.*, s. 9.

²³⁸ *Ibid.*, s. 9. Inom ramarna för denna uppsats har det inte varit möjligt att fördjupa sig i domstolarnas (omfattande) prejudicerande tolkningsverksamhet. Av detta skäl har ett svagare rättskälleunderlag i form av uttalanden i doktrin accepterats. Eftersom detta avsnitt endast har som syfte att ge en översikt över hur tolkningsoperationer generellt sätt kan genomföras torde det svagare underlaget inte påverka uppsatsens rättsliga förankring. I huvudsak har jag använt mig av Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, Hedwall, Lehrberg, *Avtalstolkning*, Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, Ramberg, och Ramberg och Grönfors.

²³⁹ Ramberg och Ramberg, s. 185.

²⁴⁰ *Ibid.*, s. 187 samt där angivna uttalanden av bl.a. Vahlén och Grönfors.

²⁴¹ *Ibid.*, s. 185.

²⁴² Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 44.

²⁴³ *Ibid.*, s. 45. Tillåtliga tolkningsdata är då enligt Adlercreutz i huvudsak de omständigheter som varit synliga för parterna vid avtalstillfället eller då anbud eller accept kommit till mottagarens kännedom.

²⁴⁴ T.ex. vid dissens (se 6 § avtalslagen), förklaringsmisstag (se 32 § 1 st. avtalslagen) eller skenavtal (se 34 § avtalslagen), Lehrberg, *Avtalsrättens grundelement*, s. 247.

²⁴⁵ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 49.

²⁴⁶ *Ibid.*, s. 49.

²⁴⁷ Ramberg, och Ramberg, s. 182.

avtal anses vara under en skyldighet att uttrycka sin vilja klart och exakt genom avtalets skrivna lydelse.²⁴⁸

Inte desto mindre förekommer i praktiken fall då kommersiella avtal till sin lydelse är motstridiga eller oklara.²⁴⁹ Om lydelsen är oklar, medvetet²⁵⁰ eller omedvetet, torde lydelsens presumerade verkan som bevisfaktum *reduceras* i förhållande till andra faktorer som kan tillmätas betydelse vid tolkningen.²⁵¹

Om avtal till sin skriftliga lydelse är oklara utgörs ett väsentligt tolkningsdata av avtalssituationen i sig.²⁵² Exempelvis kan avtalets *bakgrund och syfte* då vara av betydelse vid tolkningen.²⁵³ Inledning och bakgrundsinformation anses förvisso normalt sett inte utgöra en del av avtalet²⁵⁴ men kan ge uttryck för det bakomliggande syftet med detta. I praktiken kan ingressen således komma att tillmätas stor betydelse när avtalstolkaren vid ett otydligt eller motstridigt avtal måste tillgripa tolkning eller utfyllnad för att fastställa avtalsinnehållet.²⁵⁵

3.4.3 Tolkning av avtalsinnehåll

3.4.3.1 Om tolkning i snäv och vid bemärkelse

Då avtalstolkaren enligt ovan, har preciserat avtalets innehåll, gäller det att bestämma vad som skall anses följa av detta innehåll. Man talar i doktrin om i huvudsak två moment avseende tolkning; tolkning i snäv respektive i vid bemärkelse (utfyllnad).²⁵⁶

Tolkning i ”snäv” bemärkelse rör *fastställandet av betydelsen* i avtalet. Till sin hjälp i denna process har avtalstolkaren de relevanta tolkningsdata som framkommit i den process som beskrivits ovan 3.4.2 samt tillämpliga

²⁴⁸ Hedwall, s. 68.

²⁴⁹ Se exempelvis lydelsen i det i det nedan 5 refererade avgörandet i mål nr. T1894-03 upprättade sekretessavtalet. Se särskilt formuleringen i Bestämmelsen till vilken ingen sanktion utpekats.

²⁵⁰ Se Ramberg och Ramberg, s. 190, där författarna uttrycker att det kan ligga i parternas (eller ena partens) intresse att uttrycka sig otydligt i avtalet.

²⁵¹ Adlercreutz, Avtalsrätt II, s. 50.

²⁵² *Ibid.*, s. 50.

²⁵³ Adlercreutz nämner här dessutom parternas förhållande, såväl inbördes som till avtalsföremålet, deras uppträdande och den vikt som den ena parten fäster vid en viss omständighet på ett för den andra parten *uppfattbart sätt* (eg. kursivering) som tolkningsdata av betydelse (Jfr tingsrättens resonemang vid tolkningen av Bestämmelsen i det nedan 5 refererade mål nr. T1894-03). Vad parterna förutsätter, eftersträvar och förväntar sig med anledning av avtalet kan också enligt Adlercreutz utgöra relevanta tolkningsdata. Dessa omständigheter kan, enligt Adlercreutz, få betydelse vid tydning, utfyllning och/eller vid omtolkning av avtalet. Adlercreutz, s. 52.

²⁵⁴ Hedwall, s. 53.

²⁵⁵ *Ibid.*, s. 53. Se även Adlercreutz, Avtalsrätt II, s. 54 samt där refererat avgörande.

²⁵⁶ Hedwall, s. 66. Ramberg och Ramberg synes vara av samma åsikt. Dessa betonar dock att avtalstolkning bör inrikta sig på avtalshelheten och ”utgå från att denna beror på ett samspel mellan parternas förklaringar och avsikter *samt* (eg. kursivering) för typen av avtal gällande normer.” Ramberg och Ramberg, s. 183.

tolkningsmetoder. Ramberg och Ramberg behandlar t.ex. Språkinriktad metod (i vilket utgångspunkt tas i avtalets ordalydelse), branschriktad metod (i vilken hänsyn särskilt tas till språkbruket i en viss bransch), norminriktad metod (vars fokus ligger på tolkning i enlighet med dispositiv rätt), systeminriktad metod (vilken går ut på att finna en tolkning av bestämmelsen som harmonierar med avtalets utformning i övrigt), partsinriktad/subjektivistisk metod (i vilken hänsyn tas till parts subjektiva insikt, ex. ond tro hos ena parten) samt skälighetsinriktad metod (vars främsta syfte är att ge avtalsvillkor en skälig avfattning).²⁵⁷

Med tolkning i ”vid” bemärkelse åsyftas situationen då oklara eller bristande rättshandlingar *kompletteras* med annan information på olika sätt. Detta kallas även utfyllnad i doktrinen.²⁵⁸ Gränsen mellan tolkning och utfyllnad av avtalet uttrycks av Lehrberg ungefär så att man då måste gå utanför avtalet och söka ledning i andra rättsregler.²⁵⁹ Riktlinjer av betydelse för avtalstolkning ges även i UniP kapitel 4 och PECL kapitel 5.²⁶⁰

3.4.3.1.1 Tolkning i snäv bemärkelse

Vid tolkning av avtal i snäv bemärkelse talar man ofta i termer av att domstolen använder sig av olika *tolkningsinriktningar*.²⁶¹ Den inriktning som domstolen väljer är sedan bestämmande för vilka omständigheter som skall tillmätas betydelse och i så fall vilken vikt dessa skall tillmätas.

Tolkningen kan vara inriktad på viljehandlingens avgivare och vad denne önskat, på viljeförklaringen själv (alltså avtalets text, *eg. anm.*), eller på den som är menad att mottaga viljeförklaringen. Vilken av inriktningarna som används varierar beroende på vilket perspektiv som anses viktigast.²⁶² Då viljan hos avgivaren ses som det enda rättsskapande momentet använder man sig av *viljeprincipen* eller den *subjektiva tolkningsprincipen*. Avgörande för bestämmandet av innehållet i avtalet blir då vad avgivaren avsett. Kontrasterande mot denna syn är *tillitsprincipen* där avgörande vikt fästs vid mottagarens befogade förväntan eller tillit. I mitten återfinns

²⁵⁷ Ramberg och Ramberg, s. 186 ff.

²⁵⁸ Hedwall, s. 66. Se även Ramberg och Ramberg, s. 183.

²⁵⁹ Lehrberg, Avtalstolkning, s. 111. ”Utfyllning är den verksamhet, som måste tillgripas när underlaget för tolkningen inte längre är bärande. Man kan då inte komma till något resultat med hjälp av tolkning på grundval av det uttryckta avtalsinnehållet och parternas respektive uppfattningar om vad deras överenskommelse innebär. Istället får man ta till utfyllning, som grundar sig på andra rättsregler än tolkningen.” Se även Ramberg och Ramberg, s. 183.

²⁶⁰ Enligt Ramberg och Ramberg kan ett flertal av dessa ”riktlinjer” även återfinnas i de tolkningsmetoder och tolkningsregler som utvecklats i svensk rätt, s. 187.

²⁶¹ Adlercreutz, Avtalsrätt II, s. 31 ff. Benämningarna på dessa olika metoder eller principer skiljer sig åt mellan olika författare (jfr exempelvis den terminologi som används av Lehrberg i Avtalstolkning och avtalsrättsens grundelement och den som används av Ramberg och Ramberg i Allmän avtalsrätt). Innehållet i metoderna eller principerna verkar dock, enligt min mening, till stor del överensstämma.

²⁶² Adlercreutz, Avtalsrätt II, s. 32.

Förklaringsprincipen, vilken bygger på själva viljeförklaringen, det vill säga i huvudsak avtalets lydelse utan att det är fråga om ren bokstavstolkning.²⁶³

Enligt Adlercreutz synes inställningen i svensk rätt vara att, som ovan redan framgått, ta utgångspunkt i avtalstexten och tillmäta den ”synnerlig” betydelse. Adlercreutz skriver att det därför framstår som att svensk domstol i praktiken tillämpar *förklaringsprincipen*.²⁶⁴ Enligt ”betydelseregeln” skall man dessutom vid tolkning utgå ifrån att avtalstext inte är överflödig, utan åtminstone ha någon betydelse.²⁶⁵ Enligt UniP Art. 4.5 gäller att ”/.../ all terms to be given legal effect/.../.

Oberoende av tolkningsprincipernas inbördes ställning i svensk rätt finns det vidare, enligt Adlercreutz, dessutom en *objektiv tolkningsprincip* inom förmögenhetsrätten som i stort går ut på att i den mån det är möjligt finna ”/.../en av individuella hänsyn så oberoende innebörd som möjligt i rättshandlingen.”²⁶⁶ Den ”objektiva” betydelsen anses då enligt Adlercreutz ofta vara den betydelse som är gemensam för en större krets av personer inom det område på vilket avtal slutits.²⁶⁷

När väl inriktning för tolkning har valts, kan det bli fråga om tillämpning av olika *tolkningsmodeller*, t.ex. de som nämnts ovan 3.4.3.1. Även en tolkningsmodell som innebär att ett visst faktum prioriteras genom *prioritetsregler* kan tillämpas.²⁶⁸ De olika tolkningsverksamheterna är i sig relativt omfattande och invecklade, och skall därför inte djupare analyseras inom ramarna för denna uppsats.

3.4.3.1.2 Tolkning i vid bemärkelse – utfyllnad

Exakt var tolkningen i snäv bemärkelse upphör och utfyllnaden av avtalet tar vid är svårt att säga, men i huvudsak torde det röra sig om utfyllnad då avtalstolkaren inte kan finna någon ledning i avtalet utan tvingas vända sig till externa rättsregler/källor för att komplettera detta.²⁶⁹

Avtalet kan kompletteras med rättsregler. Dessa kan vara tvingande såväl som dispositiva.²⁷⁰ Skillnaden är att den tvingande regeln hade applicerats

²⁶³ Ibid., s. 33.

²⁶⁴ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 34.

²⁶⁵ Denna regel omnämns av Ramberg och Ramberg som ”betydelseregeln”, Ramberg och Ramberg, s. 201.

²⁶⁶ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 34.

²⁶⁷ Som exempel på en gemensam betydelse anför Adlercreutz exempelvis gängse språkbruk i en bransch. Denna objektiva tolkning fylls sedan ut i en mer omfattande tolkningsprocess där avgörande vikt läggs på det som Adlercreutz kallar för ”den intersubjektiva innebörden i avtalet” (se ovan). Tolkningen går således, enligt Adlercreutz, likväl ut på att fastställa vad parterna faktiskt gemensamt avsett, även om detta skulle vara något annat än resultatet av den objektiva tolkningen. Ibid., s. 34.

²⁶⁸ Ibid., s. 34.

²⁶⁹ Se ovan 3.4.3.1.

²⁷⁰ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 15.

på avtalet oavsett om detta var bristfälligt eller inte (om tvingande regler appliceras på avtalet är det en allmän avtalsrättslig princip att avtalets reglering slås ut) medan den dispositiva regeln först kan komma ifråga efter det konstaterats att det omtvistade avtalet är oklart eller tyst. Valet av rättsregler sker med utgångspunkt i vad för slags avtal det rör sig om (det kan vara förvärv av olika typer av egendom, hyra, gåva etc.).²⁷¹ Vid utfyllnad av bristfälliga eller oklara sekretessavtal torde det avseende utfyllnad med dispositiv rätt, främst röra sig om en applicering av dispositiva bestämmelser i FHL (t.ex. 6 och 9 § FHL) och allmänna avtalsrättsliga regler och principer.²⁷² Dessa tolkningsbedömningar (dock med ändring avseende vilka dispositiva rättsregler som äger relevans) gäller i tolkning av avtal i allmänhet. Någon specifik tolkningsprocess för sekretessavtal har inte behandlats i doktrin. Enligt min mening är en separat process inte heller nödvändig eftersom, som ovan 3.4.1 nämnts, tolkningsprocessen i allmänhet måste anpassas till den enskilda situationen, då ett på förhand bestämt system riskerar att inte i tillräcklig mån ta hänsyn till avtalshelheten. De tolkningsmetoder som utvecklats för tolkning av avtal i allmänhet torde även kunna anpassas så att hänsyn tas till de specifika problem som kan vara för handen när det är fråga om tolkning av ett sekretessavtal.²⁷³

Eftersom allmänna avtalsrättsliga regler kan tänkas gälla som en standard för ett stort antal olika typer av avtal, torde avtal (som tolkats), partsbruk och branschsedvänja kunna beaktas innan en utfyllnad med allmänna avtalsrättsliga regler blir aktuell.²⁷⁴ Hierarkin är dock inte fixerad. Domstolen torde här ha avsevärd möjlighet att pröva bundenheten individuellt t.ex. med anledning av brukets skälighet i det aktuella fallet.²⁷⁵

Avtalet kan vidare fyllas ut med *allmänna rättsgrundsatser*.²⁷⁶ Här handlar det om sådana principer som återfinns i flera olika rättsregler inom spridda rättsområden och/eller som genomsyrar all rätt. En betydelsefull sådan allmän rättsgrundsats torde vara exempelvis lojalitetsplikten.²⁷⁷

Slutligen, i brist på utfyllande regler, kan domstolen göra en skönsässig bedömning av tvisten i fråga. Domstolen bör då enligt Lehrberg sträva efter

²⁷¹ Adlercreutz, Avtalsrätt II, s. 15.

²⁷² Se nedan 4.3.1 och 4.3.2.1 om 6 och 9 § § FHL: s dispositiva karaktär och dessa bestämmelsers eventuella betydelse i avtalstolkningssammanhang samt där redovisade källor.

²⁷³ Om anpassning av tolkningsmetoder till den enskilda situationen, se ovan 3.4.1. Om särskilda problem vid tolkning av sekretessavtal, se nedan 3.4.4.

²⁷⁴ Tvingande rättsregler tillämpas alltid. De dispositiva regleringarna kan vara mer eller mindre lämpliga från fall till fall. Hellner skriver exempelvis att många dispositiva regler inte är att betrakta som uttryck för vad som skulle vara generellt eller ens genomsnittligt sett bäst utan att de bara är de bästa "reservreglerna". Hellner, Jan, Kommersiell avtalsrätt, (cit. Hellner, Kommersiell avtalsrätt) s. 92. Adlercreutz anför att partsbruk och branschsedvänja båda utgör regler av "mera differentierad beskaffenhet" än de dispositiva lagreglerna. Adlercreutz, Avtalsrätt II, s. 17.

²⁷⁵ Lehrberg, Avtalstolkning, s. 112 samt där refererade rättsfall.

²⁷⁶ Ibid., s. 113.

²⁷⁷ Se Nicander, s. 32.

att avgöra frågan på grundval av principer som kan tillämpas i andra, liknande fall.²⁷⁸

I de fall avtalets mening inte går att fastställa genom tolkning som nu beskrivits, kan domstolen tillämpa oklarhets- eller minimumregeln.²⁷⁹

Enligt oklarhetsregeln skall ett oklart avtalsvillkor tolkas till nackdel för den part som författat villkoret eller önskat inkorporera det i avtalet.²⁸⁰ En användning av oklarhetsregeln aktualiseras enligt Adlercreutz främst vid tolkning av ensidigt utformade avtal som lagts fram till motparten för undertecknande.²⁸¹ Vad som inträder i stället för den oklara bestämmelsen varierar. Här kan domstolen troligtvis använda sig av utfyllnad (se ovan).

Enligt minimumregeln, skall vid tvekan om vilken prestation som avtalats den minst betungande för den som skall utföra naturaprestationen, d.v.s. vanligtvis gäldenären, väljas.²⁸²

3.4.4 Särskilda problem

Hedwall har i sin bok *Tolkning av kommersiella avtal*²⁸³ behandlat en del särskilda problem som kan aktualiseras för avtalstolkaren då denne skall fastställa vad som är avtalat i sekretessavtal. Hedwall anför att *syftet* med dessa avtal i praktiken främst är att klargöra för parterna att informationen skall anses hemlig och att de därför skall iaktta försiktighet då de handhar den.²⁸⁴ Sekretessavtal torde kunna förekomma i en mängd olika avtal inom spridda bransch- och rättsområden. Sekretessavtal har dessutom sällan kommit under domstolens prövning. Det torde därför vara svårt att, som Westberg anför, uttala något på empirisk grund vedertaget syfte.²⁸⁵

Enligt Hedwall är tolkningen ofta komplicerad.²⁸⁶ Detta beror på, anför han, att det kan vara svårt att avgöra vad som skall anses vara skyddsvärt (för att det är hemligt) och vad som skall anses vara känt hos mottagaren, eftersom aktörerna ofta är i samma bransch och därför kan tänkas inneha liknande kunskaper (om än inte identiska).²⁸⁷

Som ett ytterligare problem anför Hedwall att bevisläget avseende den skada som ett röjande kan orsaka (samt denna skadas storlek) är dåligt. En lösning på detta problem föreslås av Hedwall vara införandet av en vitesklausul i

²⁷⁸ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 114.

²⁷⁹ Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 91 och 98.

²⁸⁰ *Ibid.*, s. 98. Förfarandet bygger enligt Adlercreutz på klargörandeprincipen.

²⁸¹ *Ibid.*, s. 102.

²⁸² Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, s. 102.

²⁸³ *Tolkning av kommersiella avtal*, kapitel 8.5 Sekretessklausuler och sekretessavtal, s. 183 f.

²⁸⁴ Hedwall, s. 183.

²⁸⁵ Se Westbergs rättsutlåtande, s. 4, ovan 4.3.1.2.

²⁸⁶ Hedwall, s. 183.

²⁸⁷ *Ibid.* s. 183.

avtalet om sekretess.²⁸⁸ I samband med tillämpningen av vitesklausulen kan tolkningsproblem uppstå om parterna inte utförligt har reglerat under vilka förhållanden vite skall utgå samt formerna för erläggande.²⁸⁹

²⁸⁸ Se ovan 3.3.1.7 om ersättningsbestämmelse i avtal om sekretess.

²⁸⁹ Hedwall, s. 183.

4 Røjande eller obehörigt utnyttjande av företagshemlighet och skadeståndsansvar enligt FHL

4.1 Allmänt

Om information som lämnats ut under avtalsförhandlingar utgör företagshemlighet²⁹⁰ kan ett røjande eller obehörigt utnyttjande av sådan information sanktioneras enligt FHL.

FHL bygger inte, som ovan nämnts, på *legal tystnadsplikt*.²⁹¹ I stället är utgångspunkten att en tystnadsplikt måste ha uppkommit på annat vis. Detta kan ske exempelvis genom uttryckligt avtal om tystnadsplikt.²⁹² Avtal om tystnadsplikt utgör, som nämnts ovan 3.2.2, en s.k. negativ förpliktelse, eftersom avtalet ålägger den förpliktade parten att *underlåta* att exploatera eller røja information.

Enligt förarbetena är FHL en avvägning mellan olika intressen.²⁹³ Här anför Fahlbeck i sin kommentar till FHL att nämnda lag intar en central position i rättssystemet eftersom denna står i ”skärningspunkten” mellan flera olika rättsområden.²⁹⁴ De rättsområden som främst berörs är konkurrensrätten, yttrandefriheten, arbetsrätten och immaterialrätten. Ett till FHL underliggande intresse är att sund konkurrens skall främjas i näringslivet.²⁹⁵ Detta betyder t.ex. att enskilda näringsidkare inte skall gynnas på bekostnad av övriga aktörer.²⁹⁶ Enligt Fahlbeck medverkar FHL även till att skydda marknadsrätten.²⁹⁷ För att inte bromsa investeringsviljan eller försvåra samarbetet mellan företag är ett skydd för företagens unika och strategiska kunnande av stor vikt.²⁹⁸ I förarbetena anges ett dylikt skydd vara ur näringsidkares synvinkel minst lika viktigt som skydd för materiella

²⁹⁰ Se legaldefinitionen av företagshemlighet i 1 § FHL återgiven nedan 4.2.1.

²⁹¹ Med undantag för regleringen i 7 § 2 st. och 8 § FHL.

²⁹² Fahlbeck, s. 226. Jfr även ovan 2.3 om tystnadsplikt som ett utflöde ur en lojalitetsplikt.

²⁹³ Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 10.

²⁹⁴ Fahlbeck, s. 33.

²⁹⁵ Se t.ex. lagutskottets betänkande 1988/89: LU30 med anledning av proposition 1987/88:155 Företagshemligheter m.m., s. 14. Fahlbeck anger att det främst är av detta skäl som företagshemligheter anses skyddsvärda genom lagstiftning. Fahlbeck, s. 226. Enligt Fahlbeck hör FHL ur rättssystematisk synvinkel främst till konkurrensrätten. Ibid., s. 33.

²⁹⁶ Dessa kan vara enskilda näringsidkare, innovatörer och uppfinnare, näringslivet i stort, arbetstagare eller konsumenter. Ibid., s. 226.

²⁹⁷ Ibid., s. 33.

²⁹⁸ Ibid., s. 226.

respektive immateriella tillgångar.²⁹⁹ Endast information som ur samhällets synpunkt har betydelse för en sund konkurrens skyddas dock eftersom konkurrens som är osund skall motverkas.³⁰⁰ Som skall belysas nedan är därför lagen tvingande avseende vilken information som kan skyddas enligt lagen (nedan 4.2.1-4.2.2). Ett avtal som stadgar ett mer omfattande skydd kan därför inte ge upphov till skadeståndsansvar enligt FHL.

4.2 Företagshemlighet enligt FHL

4.2.1 "Företagshemlighet", legaldefinition enligt 1 § FHL

I 1 § FHL definieras företagshemlighet³⁰¹ enligt följande:

"Med företagshemlighet avses i denna lag sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende.

Med information förstås både sådana uppgifter som har dokumenterats i någon form, inbegripet ritningar, modeller, och andra liknande tekniska förebilder, och enskilda personers kännedom om ett visst förhållande, även om det inte har dokumenterats på något särskilt sett."

Enligt 1 § FHL skall således den aktuella (1) informationen röra affärs- eller driftförhållande i en näringsidkares rörelse och (2) hållas hemlig av näringsidkaren. Dessutom skall ett röjande av informationen vara (3) ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende. Dessa tre kriterier innehåller i sin tur ett flertal aspekter.³⁰²

²⁹⁹ Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 9.

³⁰⁰ Fahlbeck, s. 33. Jfr den tvingande karaktären av 1-2 § § FHL för ansvar enligt lagen, ovan 3.2.1.

³⁰¹ Fahlbeck uttalar att begreppet är "föga lyckat" främst eftersom FHL inte endast omfattar hemligheter i företag utan *i all näringsverksamhet*. Detta inbegriper även offentlig näringsverksamhet vilken bedrivs t.ex. i de affärsdrivande verken. Fahlbeck föreslår därför "affärshemlighet", "näringshemlighet" eller "yrkeshemlighet" så som lämpligare begrepp. Fahlbeck begränsar därför tillämpningen av sin kommentar avseende 1 § FHL, till att äga tillämpning endast på den privata sektorn, *om ingenting annat särskilt anges*. Fahlbeck, s. 224-225. För denna uppsats vidkommande används begreppet "företagshemlighet". Ordet "Företagshemlighet" används genomgående i förarbetena till FHL och brukas av Fahlbeck i kommentaren till lagen. Begreppet "företagshemlighet" synes även användas i annan litteratur som behandlar den information som skyddas enligt lagen (se t.ex. av Sandgren, Claes i Skyddet för företagshemligheter, JT 1998/99, s. 666 ff. (cit. Sandgren) och Nicander, s. 48. Användningen av begreppet "företagshemlighet" i den här redogörelsen torde inte komma i konflikt med bestämmelser rörande offentlig näringsverksamhet eftersom föremålet för uppsatsen är privata näringsidkare.

³⁰² Fahlbeck, s. 228-229. För en uttömmande utredning av samtliga nu nämnda kriterier hänvisas till Fahlbeck, s. 223 ff. Redogörelsen nedan gör inga anspråk på att fullständig.

4.2.1.1 Information avseende affärs- eller driftförhållande i näringsidkares rörelse

Begreppet ”information” kan inledningsvis kräva en förklaring eftersom det avgör vilket objekt som till sin *art* omfattas av FHL.³⁰³ Begreppet har ansetts ha en vid innebörd.³⁰⁴ Enligt förarbetena krävs exempelvis ingen särskild kvalificerande nivå (jfr t.ex. verkshöjdsbegreppet inom upphovsrätten) eller vederhäftighet.³⁰⁵ Begreppets vida omfång torde dock beskäras av de övriga kriterierna i 1 § FHL.³⁰⁶ Lagen skyddar därför i praktiken inte all information som omfattas av begreppet ”information”. I praxis har uttalats att informationen, för att omfattas av definitionen i 1 § FHL, skall ha ett *kommersiellt värde*.³⁰⁷

Ett i sammanhanget viktigt avgörande är NJA 1998 s.633 (JAHAB- målet). Eftersom målet berör ett flertal av de frågor som berörs i uppsatsen, kan det i korthet återges här.³⁰⁸ I nu nämnda mål förekom inget sekretessavtal i avtalsförhandlingarna. Tystnadsplikt för mottagande part ansågs av HD likväl ha uppkommit. Omständigheterna i målet var i huvudsak följande.

Jan H, tidigare anställd vid Sveriges Lärarförbund, ägnade sig efter anställningens slut åt verksamhet i syfte att öka och effektivisera användningen av datorer som läromedel i skolan. Jan H bildade i detta syfte bolaget Jan H Konsult Aktiebolag (JAHAB).

Jan H kontaktade Lärarförbundet (LF) och Apple Computer AB (Apple). Jan H framlade vid dessa kontakter förslag till ett kommersiellt samarbete (JAHAB: s affärsplan, ”verket”) mellan JAHAB respektive LF och Apple i syfte att främja användningen av datorer i skolan. Innebörden av verket var bl.a. att ett nytt bolag (Lärarnas skolutveckling AB) skulle bildas med JAHAB, en läraranknuten organisation och en dataleverantör som intressenter. LF beslutade en tid därefter att utan JAHAB: s medverkan bilda bolaget Lärarnas Informationsutveckling AB (LIUAB).

JAHAB yrkade i HD att LF och Apple solidariskt skulle åläggas att till JAHAB utge skadestånd på den grunden att LF och Apple obehörigen hade utnyttjat eller röjt informationen i verket vid genomförandet av bolagsbildningen i LIUAB utan JAHAB: s medverkan. I andra hand yrkade JAHAB att LF skulle göras ensamt skadeståndsansvarigt. Som grund för sitt andrahandsyrkande gjorde JAHAB gällande att LF genom sitt handlande

³⁰³ Ibid., s. 229. I förarbetena har det uttalats att begreppet ”information” ”/.../ har samma betydelse som i allmänt språkbruk och fungerar som en neutral samlingsbeteckning för uppgifter, kunskaper och vetande av vad slag som helst/.../” och att ”/.../alla uppgifter oberoende av om dessa är enkla och okomplicerade eller unika, komplexa eller på annat sätt kvalificerade/.../” i princip omfattas. Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 34. I denna framställning avses med begreppet ”information” samma samlingsbeteckning som den som åsyftats i förarbetena.

³⁰⁴ Fahlbeck, s. 230.

³⁰⁵ Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 34 samt Fahlbeck, s. 229.

³⁰⁶ Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 34. Se särskilt kriteriet (3) att det måste röra sig om information vars röjande är ägnat att medföra skada i *konkurrenshänseende*, nedan 4.2.1.3.

³⁰⁷ Se domstolens resonemang i AD 1998:80 där domstolen uttryckte att det i målet aktuella registret innehöll information som ”i sig uppenbarligen hade ett kommersiellt värde.”

³⁰⁸ HD uttalar sig bl.a. om innebörden i rekvisiten ”affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse”, att informationen skall hållas ”hemlig” samt vad som menas med att ett röjande av informationen skall vara ”ägnat att medföra skada för näringsidkaren i konkurrenshänseende”, i 1 § FHL. JAHAB-målet refereras utförligt av Sandgren, s. 666 ff. och Regné, s. 717 ff.

ådragit sig en skyldighet, enligt principen om culpa in contrahendo, att ersätta den skada som JAHAB lidit till följd av LF: s förbigående av bolaget i det bildade bolagssamarbetet i LIUAB. LF såväl som Apple bestred käromålet.

HD konstaterade inledningsvis att det samarbete som hade inletts mellan LF och Apple innehöll samma huvudpunkter som verket. HD genomgick sedan de olika kriterier som följer av legaldefinitionen i 1 § FHL (se ovan 4.2.1). Avseende kriteriet (1), information, uttalade HD att ”alla typer av uppgifter oberoende av om de är enkla och okomplicerade eller unika, komplexa eller på annat sätt kvalificerade” omfattas av informationsbegreppet (jfr prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 34 i prop. HD återgav förarbetena ordagrant, (eg. anm)). HD ansåg att verket uppfyllde informationskriteriet. Avseende kriteriet (2), hemlighållande, uttalade HD att kriteriet inte innebär ett krav på absolut hemlighållande. HD anförde att ”(K)ravet på att näringsidkaren skall hålla informationen hemlig får anses vara uppfyllt då han har klargjort eller det ändå stått klart att informationen inte får spridas utanför en viss krets.” HD uttalade att i målet hade information delats med framtida ”samarbetsparter”. Eftersom JAHAB presenterat verket för förbundet ”inom ramen för förhandlingar” i ”det uttalade syftet att få till stånd ett samarbete” ansågs JAHAB ha hållit verket hemligt. Med hänsyn till omständigheterna ansåg HD att Jan H ”haft befogad anledning att utgå ifrån att det - även utan uttrycklig förklaring från hans sida - stod klart för förbundet att JAHAB ville hålla informationen hemlig.” HD konstaterade slutligen avseende kriteriet (3) skada i konkurrenshänseende, att det fick anses att verket var tillräckligt kvalificerat för att ett röjande typiskt sätt var ägnat att medföra skada. Verket befanns sålunda utgöra företagshemlighet i 1 § FHL: s mening.

Informationen ansågs ha lämnats i förtroende eftersom det enligt HD ”/.../måste ha stått klart för förbundet att JAHAB ville hålla informationen hemlig.” Lärarförbundet ansågs sålunda av HD ha obehörigt utnyttjat JAHAB: s företagshemligheter och gjordes skadeståndsansvarigt enligt 6 § FHL för den skada som uppkommit genom utnyttjandet. Något skadeståndsansvar för Apple ansågs dock inte föreligga (se om Apples indirekta utnyttjande, nedan 4.3.1 i anslutning till 6 § FHL, kriteriet (4), företagshemlighet utnyttjas eller röjs).

HD uttalade att hänsyn skall tas även till ”näringsidkarens intresse av att hemligheten inte obehörigen utnyttjas eller röjs och till omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse” vid en skadeståndsberäkning enligt 9 § FHL. HD uppmärksammade att det kan utgöra en svårighet att visa den faktiska skadans storlek. Skadeståndet borde därför enligt HD kunna påverkas av andra faktorer, som t.ex. skadevällarens vinst. Till grund för skadeståndets beräkning lades, som utgångspunkt JAHAB: s kostnader för utveckling av affärsplanen. Till detta lades det tänkta belopp som LF kunde antas ha sparat in vid sitt obehöriga utnyttjande av verket. Det utdömda skadeståndet uppgick till 2 miljoner kronor. Jfr tingsrättens beräkning av skadeståndsbeloppet i nedan 5 refererade mål nr. T1894-03, s. 34, nedan 5.1.3.3, samt om beräkningen av skadestånd enligt 9 § FHL, nedan 4.3.2.1.

Ovan nämnda avgörande har bl.a. ansetts ytterligare stärka den uppfattningen att i stort sett all kommersiell information omfattas (till sin art) av 1 § FHL.³⁰⁹

Informationen måste vidare ha *anknytning* till näringsidkarens rörelse.³¹⁰ Informationsbegreppet torde inte omfatta all information bara för att den finns i näringsidkarens rörelse.³¹¹ Information som är ”allmänt

³⁰⁹ Se Fahlbeck, s. 232 samt Sandgren, s. 670.

³¹⁰ Med ”rörelse” avses enligt prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 35 samma betydelse som den som kommer till uttryck i sekretesslagen 6:1. Innebörden i ”rörelsekriteriet” beskrivs nedan samma stycke. Den av uppsatsen använda terminologin avser att, för att undvika oklar begrepps användning, vara synonym med den innebörd som uttryckts i förarbetena till FHL. Samma terminologi används av Fahlbeck, s. 235.

³¹¹ Ibid., s. 237.

förekommande” omfattas inte.³¹² Inte heller torde den personliga skickligheten hos arbetstagarna omfattas av sådant som anses ha anknytning till näringsidkarens rörelse.³¹³

4.2.1.2 Hemlig information

Detta rekvisit har i sin tur ansetts innehålla tre kriterier, nämligen; (1) tidsfaktorn (hur lång tid skyddet enligt FHL kan anses bestå), (2) vilken krets av personer som avses och (3) vilken aktivitet som fordras för att hålla informationen hemlig.³¹⁴

(1) Det tidsmässiga omfånget för skydd enligt FHL är i princip obegränsat. Skyddet gäller så länge informationen hålls inom godtagbar personkrets och hemlighålls genom erforderlig aktivitet från näringsidkarens sida.³¹⁵ Fahlbeck anför att skyddet i detta avseende därför skiljer sig ifrån det skydd som ges genom de immateriella ensamrätterna.³¹⁶ Enligt förarbetena kan den berättigade ”inte hävda någon rätt till företagshemligheten” om den skulle bli allmänt känd.³¹⁷ Informationen kan, enligt min mening, tänkas bli känd utan att någon obehörig åtgärd vidtagits. Så kan exempelvis vara fallet då andra näringsidkare, genom självständig forskning eller produktutveckling utvecklats och innehar samma information. Det kan också, enligt min mening tänkas att någon med uppsåt tillägnar sig och sprider informationen. Det spelar ingen roll om den information som tidigare utgjorde företagshemlighet röjts eller utnyttjats behörigen eller obehörigen, rätten till företagshemligheten går förlorad i båda dessa situationer.³¹⁸

(2) Fahlbeck anger att informationen för att anses hemlig inte får vara tillgänglig för alla men att det inte krävs att vetskapen begränsas till en enda person.³¹⁹ I förarbetena anges hemlighetsbegreppet vara av ”relativ innebörd”.³²⁰ Information kan således anses så som hemlig i lagens mening trots att den lämnats till personer utanför företaget så länge spridningen inte

³¹² Fahlbeck hänvisar här till AD 2003:21 där domstolen uttalade att visst innehåll i en receptsamling hade en för *allmän prägel* för att kunna utgöra sådan företagsspecifik information som avses i FHL. Fahlbeck, s. 237. I förarbetena uttrycks detta ungefär så att informationen måste vara av sådan karaktär att ett röjande, genom att förändra konkurrensen, skulle skada näringsidkaren. Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 13.

³¹³ Fahlbeck, s. 237.

³¹⁴ Fahlbeck, s. 239.

³¹⁵ Ibid., s. 239 samt det där refererade avgörandet i NJA 1999 s. 469. Om varaktigheten av en underförstådd tystnadsplikt som grund för näringsidkares skadeståndsansvar enligt 6 § FHL, se nedan 3.3.1. Om personkrets och aktivitet, se vidare nedan.

³¹⁶ Dessa kan göras offentliga men åtnjuter å andra sidan endast ett tidsmässigt begränsat skydd. Se Fahlbeck, s. 239. Om näringsidkares valmöjlighet mellan att skydda information som immaterialrätt eller som företagshemlighet, se Fahlbeck, s. 103-107.

³¹⁷ Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 28. Se även Fahlbeck, s. 104.

³¹⁸ Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 28. Se även Fahlbeck, s. 104.

³¹⁹ Fahlbeck, s. 241.

³²⁰ I propositionen anges att informationen inte får ”spridas utanför en krets som åtminstone i princip är identifierbar och sluten”. Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 35.

är ”allmän och okontrollerad”.³²¹ Denna innebörd bekräftades av HD i det ovan 4.2.1.1 i korthet återgivna JAHAB-målet.

(3) Fahlbeck anför att hemlighållanderekvisitet förutsätter att näringsidkaren dels har för avsikt att hålla informationen hemlig samt dels att denna avsikt kommer till någon typ av *objektivt uttryck*.³²² Detta innebär inte att ett skriftligt avtal om tystnadsplikt måste upprättas.³²³ HD uttalade i JAHAB-målet i att kravet får anses uppfyllt då det klargjorts av den utlämnande parten eller ändå stått klart, att informationen inte får spridas utanför en viss krets.³²⁴ Detta gäller även utan att ett visst avtal om sekretess upprättats så länge det under omständigheterna funnits befogad anledning att utgå ifrån att det stod klart för motparten att informationen skulle hållas hemlig.³²⁵ Att ingå ett sådant avtal kan ändå, enligt förarbetena, vara en god idé eftersom det är näringsidkaren som står risken för huruvida informationen varit eller hållits hemlig.³²⁶ Ett skriftligt sekretessavtal kan således, då ett påstått röjande eller obehörigt utnyttjande är för handen, vara ett viktigt bevismedel för att informationen lämnats med föreskrivande om tystnadsplikt.³²⁷

4.2.1.3 Information vars röjande är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende

Även detta rekvisit innehåller i huvudsak tre kriterier. Dessa rör (1) vad som avses med att röjandet skall vara ”ägnat” att medföra skada i konkurrenshänseende, (2) hos vilken näringsidkare skadan skall uppstå samt (3) vad som menas med skada i konkurrenshänseende.³²⁸

(1) Att förfarandet skall vara ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende innebär att det inte krävs att faktisk skada uppkommit i det enskilda fallet.³²⁹ HD uttalade i JAHAB-målet att det är tillräckligt att röjandet till sin art, ”typiskt sett” kan tänkas medföra skada.³³⁰ Skaderekvisitet kan således vara uppfyllt även om skada inte uppstått (och aldrig kommer att uppstå).³³¹

³²¹ Ibid., s. 35.

³²² Fahlbeck, s. 241.

³²³ Se Prop.1987/88:155 Företagshemligheter, s. 13 och 36.

³²⁴ Se JAHAB-målet ovan 4.2.1.1. Ytterligare belysande avgöranden angående relevant personkrets och hemlighållande är AD 2003:21 samt ifrån hovrätten ”Lotsbåten Robina” och ”Vi i Villa”. Samtliga avgöranden behandlas av Fahlbeck, s. 242-243.

³²⁵ Se HD i JAHAB-målet. Sandgren påtalar att HD inte uttryckte vilka dessa omständigheter var, men att det av underinstansernas domar framgår att det bl.a. fördes ”ingående och långvariga diskussioner” mellan parterna. Sandgren, s. 671.

³²⁶ Se t.ex. Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 13 där det sägs att ”Det ligger givetvis i näringsidkarens eget intresse att så tydligt som möjligt klargöra att informationen skall hållas hemlig”. Se även Hultmark, s. 289.

³²⁷ Se ovan 3.1.

³²⁸ Fahlbeck, s. 243.

³²⁹ Lagens skadebegrepp anges i 9 §. Av lydelsen följer att inte bara rent ekonomisk skada omfattas utan även näringsidkarens ”/.../ intresse av att hemligheten inte obehörigen utnyttjas eller röjs/.../.” Se 9 § FHL samt Prop.1987/88:155 Företagshemligheter, s. 36.

³³⁰ Se HD s. 14 i JAHAB-målet.

³³¹ Sandgren, s. 671.

(2) Generellt kan sägas att det är hos den näringsidkare hos vilken den hemliga informationen utarbetats som röjandet skall vara ägnat att medföra skada. Situationen kan kompliceras om informationen finns hos flera samverkande näringsidkare. Enligt förarbetena skall skaderekvisitet då anses uppfyllt om röjandet sker hos annan än den näringsidkare hos vilken informationen tillkommit.³³²

(3) Enligt Fahlbeck innebär lagens rekvisit om att handlandet skall vara ägnat att medföra skada i *konkurrenshänseende* att företagshemlighetsbegreppet beskärs avsevärt.³³³ Fahlbeck har med stöd i förarbetena uttryckt innebörden av detta kriterium ungefär så att endast *relevanta* företagshemligheter skyddas.³³⁴ Information som skyddas är sådan som har betydelse för näringsidkaren då han genom sin verksamhet deltar i en sund konkurrens på marknaden.³³⁵

Om informationen är av allmän art kan det tänkas att den inte har ett sådant värde för näringsidkaren att röjandet är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende.³³⁶

Ett röjande skall, för att uppfylla skaderekvisitet, enligt Fahlbeck grunda ett legitimt, och av rättsordningen skyddat, ersättningsanspråk hos den skadelidande parten.³³⁷ Information om bevisad brottslig verksamhet eller om särskilt allvarliga missförhållanden faller därför inte under FHL: s definition av företagshemlighet.³³⁸ Nu nämnda intresseavvägning kommer även till uttryck genom stadgandet i 2 § FHL.³³⁹

Informationen måste vidare, för att uppfylla rekvisitet skada i konkurrenshänseende, ha ”nått en viss grad av precisering”.³⁴⁰ Information som inte är tillräckligt preciserad kan, trots att den kan falla in under informationsbegreppet, inte generellt sett skyddas enligt FHL.³⁴¹

Även ”passiv information”, d.v.s. sådan information som inte aktivt används av näringsidkaren, kan utgöra företagshemlighet hos denne.³⁴²

³³² Se Prop.1987/88:155 Företagshemligheter, s. 36 samt Fahlbeck, s. 245.

³³³ Fahlbeck, s. 241. Se även Sandgren, s. 671.

³³⁴ Fahlbeck hänvisar till bl.a. till uttalandet i förarbetena enligt vilket ”endast sådan information som är av betydelse för ett företags konkurrensförmåga skall åtnjuta skydd som företagshemlighet”. Fahlbeck, s. 241. Jfr ovan 4.1 om till FHL underliggande värderingar.

³³⁵ Fahlbeck, s. 248.

³³⁶ Fahlbeck, s. 248 samt där redovisade avgöranden.

³³⁷ Ibid., s. 247.

³³⁸ Ibid., s. 252. 1 och 2 § § anges av Fahlbeck vara tätt sammanflätade och kan därför, enligt denne, med fördel läsas tillsammans. Ibid., s. 247 samt s. 252 ff.

³³⁹ Se vidare om 2 § FHL, nedan 4.2.2.

³⁴⁰ Fahlbeck, s. 248.

³⁴¹ Ibid., s. 248.

³⁴² Ibid., s. 248. Fahlbeck uttrycker att sådan information är vanlig i företagets forskning och produktutveckling, s. 248.

4.2.2 Obehörigt angrepp enligt 2 § FHL

Fahlbeck anför att 1 och 2 §§ FHL har många anknytningspunkter.³⁴³ För en ingående analys hänvisas dock till Fahlbecks kommentarer till 2 § FHL.³⁴⁴

Legaldefinitionen av företagshemlighet i 1 § FHL innehåller tre objektiva kriterier (se ovan 4.2.1).³⁴⁵ Inom begreppet ”företagshemlighet” faller som ovan nämnts, inte” information om bevisligen förövad brottslig verksamhet samt information om särskilt allvarliga missförhållanden”.³⁴⁶ Information om brottslig verksamhet som inte har blivit bevisad eller är tillräckligt allvarlig för att utgöra ”särskilt allvarliga missförhållanden” skyddas därför fortfarande principiellt enligt definitionen i 1 §. Genom stadgandet i 2 § FHL kan dock sådan information angripas³⁴⁷ utan att ansvar aktualiseras enligt FHL.³⁴⁸ 2 § FHL är, liksom 1 § tvingande i den meningen att ett (sekretess) avtal som stadgar att ett enligt lagen icke-obeleggt angrepp skall anses obehörigt enligt avtalet, inte kan leda till skadeståndsansvar enligt lagen.³⁴⁹ I kommentarerna till 2 § FHL anger Fahlbeck tre situationer då angrepp inte är obehöriga.³⁵⁰ Den första är angrepp på företagshemlighet för att blottlägga vissa missförhållanden.³⁵¹ Den andra situationen gäller angrepp i (ursprunglig) god tro.³⁵² Den tredje situationen då angrepp inte anses obehörigt är angrepp i andra fall då motstående intressen väger tyngre.³⁵³

Avseende situationen då angrepp skett i (ursprunglig) god tro anför Fahlbeck att det för skadeståndsansvar enligt 6 § FHL krävs (ursprunglig) ond tro. Den som har förstått eller borde ha förstått att det rörde sig om en företagshemlighet när hon mottog informationen kan således bli skadeståndsansvarig för angreppet enligt 6 § FHL medan den som fått vetskap om informationen i tron om att den inte var hemlig, inte kan göras ansvarig enligt FHL.³⁵⁴

³⁴³ Fahlbeck, s. 253.

³⁴⁴ Ibid., s. 253.

³⁴⁵ Ibid., s. 253.

³⁴⁶ Ibid., s. 253.

³⁴⁷ Begreppet ”angrepp” används i FHL, enligt Fahlbeck, för att beteckna varje olovligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av företagshemlighet, oavsett om handlingen är straffbar enligt 3-4 § § FHL eller grundar skadestånd enligt 6-8 §§ FHL. Fahlbeck, s. 253.

³⁴⁸ Fahlbeck, s. 253.

³⁴⁹ Se Fahlbeck som uttrycker att avtal som uppställer längre gående tystnadsplikt än 2 § FHL inte är rättsligen bindande, Fahlbeck, s. 227. Som ovan 3.2.1 redogjorts för torde 2 § FHL inte utgöra en ogiltighetsregel. Det Fahlbeck, enligt min mening (vilken också bekräftats av Fahlbeck vid personliga kontakter), torde åsyfta är att ett sådant avtal kan bli föremål för en omfattande jämkning, eventuellt en ”jämkning till noll”. Se om detta ovan 3.2.1.

³⁵⁰ Se Fahlbecks kommentar till 2 § FHL, s. 253 ff.

³⁵¹ Här avses sådan information som inte är skyddsvärd ur samhällets synpunkt. Alla missförhållanden kan dock inte angripas, se Fahlbeck, s. 254-262.

³⁵² Ibid., s. 253 samt vidare nedan.

³⁵³ Ibid., 253. Se vidare om rekvisitet (3) ond tro enligt 6 § FHL, nedan 4.3.1.

³⁵⁴ Fahlbeck, s. 263.

Ett röjande som sker efter att näringsidkaren samtyckt till det anses inte som obehörigt enligt 2 § FHL. Detta medgivande kan vara uttryckligt eller underförstått.³⁵⁵ Angrepp på grund av lagstadgad vittnesplikt och i andra situationer då en skyldighet att lämna ut uppgifter är föranledd enligt lag, anses inte heller som obehörigt angrepp enligt 2 § FHL.³⁵⁶

4.3 Skadeståndsansvar vid röjande eller obehörigt utnyttjande av företagshemlighet

4.3.1 Skadeståndsansvar enligt 6 § FHL

Fahlbeck anför att det vid affärskontakter³⁵⁷ mellan näringsidkare är vanligt att hemlig information överförs mellan dem. Han uttrycker att det i dessa situationer även är vanligt att *avtal om tystnadsplikt ingås*. 6 § FHL syftar, enligt författaren, på denna situation.³⁵⁸ Regler avseende skadeståndets beräkning och utdömning av vite redogörs för nedan 4.3.2. Redogörelsen som följer har medvetet gjorts fyllig (även om den inte avser att vara heltäckande), eftersom nu nämnda bestämmelse är av stor vikt med avseende på uppsatsens syfte och frågeställning.

Enligt 6 § FHL gäller att:

”Den som uppsåtligt eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare *som han i förtroende har fått del av* i samband med en affärsförbindelse med denne skall ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande.”

För ansvar³⁵⁹ enligt 6 § skall fem objektiva och ett subjektivt rekvisit uppfyllas. De objektiva rekvisiten är (1) att informationen utgör *företagshemlighet* (jfr 1 § FHL), (2) att näringsidkaren fått del av företagshemligheten *i samband med en affärsförbindelse*, (3) att näringsidkaren var i *ond tro* (kravet på att näringsidkaren skall ha fått del av informationen ”i förtroende”), (4) att näringsidkaren *utnyttjar eller röjer*

³⁵⁵ Prop.1987/88:155 Företagshemligheter, s. 19, 45 och 47.

³⁵⁶ Fahlbeck, s. 265.

³⁵⁷ Fahlbeck använder uttrycket ”vid affärskontakter”, Fahlbeck, s. 290. Lagen använder uttrycket ”i samband med en affärsförbindelse”. Som framgår nedan äger 6 § tillämpning såväl då det finns en tidigare avtalsrelation mellan näringsidkarna som då ett uttryckligt avtal om tystnadsplikt saknas. I förarbetena sägs att ”Redan under ett förhandlingsskede kan mottagaren ha fått del av en företagshemlighet på sådant sätt att ett förtroendeförhållande får anses föreligga”, prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 42. Uttrycken ”vid affärskontakter” och ”i samband med affärsförbindelse” torde kunna omfatta situationen då företagshemligheter lämnas ut under avtalsförhandlingar. Dessa uttryck används därför parallellt i uppsatsen. Samma innebörd åsyftas.

³⁵⁸ Fahlbeck, s. 291. Dessa avtal kan, enligt Fahlbeck, vara uttryckliga eller underförstådda. Om en tystnadsplikt som ett utflöde ur en lojalitetsplikt, se ovan, 2.3. Den avtalade tystnadsplikten är då underförstådd. Om rekvisitet (3) ond tro, se vidare nedan.

³⁵⁹ Med ”ansvar” menas i detta sammanhang skadeståndsansvar. Straffansvar enligt FHL för *missbruk* av företagshemligheter enligt 6 §, kan inte följa. Se Fahlbeck, s. 300.

företagshemligheten och (5) att *skada* uppkommit. Avseende det subjektiva rekvisitet uppställs enligt lydelsen krav på uppsåt eller oaktsamhet. Dessutom krävs, enligt 2 §, att röjandet eller utnyttjandet är obehörigt.³⁶⁰

6 § fastslår enligt Fahlbeck, som tidigare nämnts, ingen legal tystnadsplikt. Bestämmelsen bygger i stället på en redan uppkommen tystnadsplikt.³⁶¹ Fahlbeck anför att detta i lagtexten markeras genom att det anges att en förutsättning för ansvar är att näringsidkaren *i förtroende* har fått del av den hemliga informationen. Enligt författaren ger 6 § FHL därför endast förutsättningarna för skadeståndsansvar vid brott mot en redan (på annat sätt än genom FHL, eg. anm.) existerande tystnadsplikt.³⁶²

(1) Informationen som röjts eller obehörigen utnyttjats skall utgöra företagshemlighet enligt 1 § FHL.³⁶³

(2) Näringsidkaren skall ha fått del av informationen i samband med en *affärsförbindelse*. I förarbetena uttalas att mottagaren redan under förhandlingen ”kan ha fått del av en företagshemlighet på sådant sätt att ett förtroendeförhållande får anses föreligga.”³⁶⁴ 6 § FHL har i JAHAB-målet av HD ansetts vara tillämplig såväl inom ett avtalsförhållande som under avtalsförhandlingar.³⁶⁵ Också Fahlbeck uttrycker att, även om det ofta föreligger en tidigare avtalsrelation mellan näringsidkarna, detta inte är en förutsättning för bestämmelsens tillämplighet.³⁶⁶

Som ovan nämnts, avser 6 § FHL kommersiella förhållanden. Detta innebär, enligt förarbetena, att den som lämnar ut företagshemligheten såväl som mottagaren av informationen måste vara näringsidkare³⁶⁷ eller någon som är anställd hos en näringsidkare.³⁶⁸

Enligt Fahlbeck kan affärsförbindelsen vara av vilket slag som helst.³⁶⁹ Inom ramen för uttrycket *affärsförbindelse* kan det enligt förarbetena t.ex. vara fråga om ”/.../samarbete mellan två företag eller om ett förhållande mellan en näringsidkare och en utomstående konsult av något slag.”³⁷⁰

(3) Näringsidkaren skall ha fått del av företagshemligheten ”*i förtroende*”. Enligt Fahlbeck innebär detta uttryck att näringsidkaren skall ha insett eller

³⁶⁰ Ibid., s. 290.

³⁶¹ En sådan plikt kan uppkomma genom att privata näringsidkare ingår avtal om detta. Om tystnadsplikt som ett utflöde ur lojalitetsplikt, se ovan 2.3.

³⁶² Fahlbeck, s. 290. Om rekvisitet 3 (ond tro, ovan), se vidare nedan. Se även ovan, 4.1. om skydd för företagshemligheter enligt FHL.

³⁶³ Fahlbeck, s. 290. Om legaldefinitionen av begreppet ”företagshemlighet”, se ovan 4.2.

³⁶⁴ Se Prop.1987/88:155 Företagshemligheter, s. 42. Jfr ovan 2.2 om tystnadsplikt som utflöde ur en lojalitetsplikt.

³⁶⁵ Se ovan 4.2.1.1. Se även Sandgren, s. 672.

³⁶⁶ Se Fahlbeck, s. 290, där han anger att det i uttrycket ”affärsförbindelse” inte avses att något bindande avtal måste föreligga mellan parterna

³⁶⁷ Om begreppet ”näringsidkare”, se ovan 1.1.

³⁶⁸ Prop.1987/88:155 Företagshemligheter, s. 42.

³⁶⁹ Se Fahlbeck, s. 291.

³⁷⁰ Prop.1987/88:155 Företagshemligheter, s. 42.

bort inse att den hemliga informationen inte fick röjas (eller utnyttjas). Den avgörande tidpunkten för ond tro är, enligt Fahlbeck, tidpunkten då näringsidkaren *fick del av informationen* och inte tidpunkten för röjandet (eller utnyttjandet).³⁷¹ Om en näringsidkare tagit emot informationen då han var i god tro, aktualiseras inget skadeståndsansvar enligt 6 § FHL. Detta gäller således även vid ett efterföljande röjande eller utnyttjande, trots att näringsidkaren då kan ha insett (eller borde ha insett) att informationen lämnades i förtroende.³⁷² Bevisbördan för att information lämnats under tystnadsplikt anses ligga på den som lämnat uppgiften.³⁷³

Innebörden av uttrycket ”i förtroende” innebär även följande. Tystnadsplikt kan avtalas mellan näringsidkare. Detta kan ske, som ovan nämnts, genom upprättandet av sekretessavtal. Det förekommer, enligt Fahlbeck, att näringsidkare från förhandlingarnas påbörjande märker handlingar så som hemliga. Tystnadsplikt anses då vara avtalad mellan parterna.³⁷⁴ Den avtalade tystnadsplikten kan även, enligt Fahlbeck, vara *underförstådd*.³⁷⁵ Fahlbeck anger som exempel härpå den tystnadsplikt som han menar ”torde följa av allmänna avtalsrättsliga principer enligt vilka en avtalspart inte får handla på ett sätt som medför skada för motparten. Tystnadsplikten är ett *naturale negotii* eller ett utflöde av en lojalitetsplikt näringsidkare emellan.”³⁷⁶ Omfattningen av denna underförstådda tystnadsplikt har inte kommenterats i förarbetena till FHL. Fahlbeck har uttryckt att ”Avgörande för om tystnadsplikt föreligger blir till sist vad som är eller kan anses avtalat”.³⁷⁷ Fahlbeck hänvisar också till departementschefens uttalande i förarbetena till FHL och anger att detta ”också kan uttryckas så att det krävs, men också är tillräckligt, att uppgifterna har delgivits under sådana former att mottagaren insåg eller borde ha insett att han inte fick avslöja dem eller, med utredningens ordval, fått dem i förtroende.”³⁷⁸

³⁷¹ Fahlbeck, s. 292. Fahlbeck hänvisar här till stadgandet i 2 § 3 st. FHL. Enligt bestämmelsen anses inte som ett obehörigt angrepp ”att någon utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller någon före honom fått del av i god tro.” Stadgandet kommenteras av Fahlbeck, s. 253 f samt s. 263 f. Där anges att *den som fått vetskap* om informationen i tron att den inte var hemlig inte kan ställas till ansvar enligt FHL för utnyttjande eller röjande. Se Fahlbeck, s. 263 samt där angivna källor. Se även ovan 4.2.2.

³⁷² Fahlbeck, s. 292.

³⁷³ Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 43. Se även Sandgren, s. 673 och Fahlbeck, s. 290 samt där angivna källor.

³⁷⁴ Se Fahlbeck, s. 293. Om märkning av handlingar så som hemliga, se även ovan 3.3.1.3 avseende sekretessavtals utformning.

³⁷⁵ Fahlbeck, s. 292.

³⁷⁶ Fahlbeck, s. 292. Fahlbeck hänvisar här till Nicander, s. 36 och s. 47. Om tystnadsplikt som utflöde ur en lojalitetsplikt, se ovan 2.3.

³⁷⁷ Se Fahlbeck, s. 293 samt där refererade källor. Fahlbeck stöder sin ståndpunkt på ett uttalande i SOU 1983:52 Företagshemligheter (betänkande av utredningen om skydd för företagshemligheter (cit. SOU 1983:52 Företagshemligheter). I uttalandet anges att ”/.../vad som är eller kan anses vara avtalat/.../ blir bestämmande för huruvida tystnadsplikt föreligger, SOU 1983:52 Företagshemligheter, s. 385.

³⁷⁸ Se Fahlbeck, s. 293 och departementschefens uttalande i prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 22 (se även s. 47). Departementschefen uttrycker att ”/.../ uppgifterna har delgivits under sådana former att mottagaren insåg eller borde ha insett att han inte fick avslöja dem eller, med utredningens ordval, fått del av dem i förtroende/.../” .

Fahlbeck anger vidare att uttrycket ”i förtroende” i 6 § används för att uttrycka ett krav på ond tro.³⁷⁹ Uttrycket ”i förtroende” skall således tolkas så som innebärande det samma som uttrycket ”insåg eller bort inse” i 7 § 1 st. FHL.³⁸⁰ Enligt Sandgren är det avgörande kriteriet för huruvida skadeståndsskyldighet skall vara för handen ifall informationen som röjts har erhållits som resultat av eller inom ett *förtroendeförhållande*.³⁸¹ Fahlbeck anför dock att i uttrycket ”i förtroende”, utöver det förtroende som ligger i att företagshemligheter överlämnas, inte ligger att det krävs att det etablerats ett förtroendeförhållande i den meningen att parterna hyser förtroende för varandra. Uttrycket framstår som olämpligt ur denna synvinkel, eftersom det kan missförstås.³⁸²

Som nu har beskrivits, krävs det enligt 6 § FHL inte att en avtalsrelation föreligger. En fråga som väcks med anledning av detta är hur länge en tystnadsplikt varar.³⁸³ 6 § FHL innehåller ingen uttalad bestämmelse om tystnadspliktens varaktighet. Enligt Fahlbeck är utgångspunkten att avtalsfrihet råder.³⁸⁴ Om ett uttryckligt avtal saknas anger förarbetena till FHL, att följande torde gälla. Enligt förarbetena kvarstår tystnadsplikten ”så länge som företagshemligheten som sådan består, d v s så länge som ett röjande av informationen är ägnat att medföra skada” för den utlämnande näringsidkaren.³⁸⁵ Enligt Fahlbeck har detta uttalande ”karaktären av en rättsregel”.³⁸⁶ Författaren anför att uttalandet också kan förstås som ett ”utflöde” av en allmän avtalsrättslig princip.³⁸⁷ Fahlbeck hänvisar här till principen om lojalitetsplikt.³⁸⁸ Detta innebär att tystnadsplikt består under en lång tid och inte görs avhängig av om affärsförbindelsen som sådan kvarstår.³⁸⁹

³⁷⁹ Fahlbeck, s. 293. Om rekvisitet 3, se ovan samt vidare nedan.

³⁸⁰ Fahlbeck uttrycker att någon saklig skillnad inte torde vara avsedd trots de skilda formuleringarna. *Ibid.*, s. 292.

³⁸¹ Se Sandgren, s. 673-674. Enligt Sandgren synes inte förtroenderekvisitet ha någon självständig innebörd i förhållande till kravet på att näringsidkaren skall *hemlighålla* informationen (om hemlighållande, se ovan 4.2.1.2) enligt 1 § FHL. Om näringsidkaren haft en vilja att hemlighålla informationen och denna har kommit till ett objektivt uttryck torde det, enligt Sandgren, således föreligga ett *förtroendeförhållande*. Fahlbeck anger i sin kommentar att den tolkning av 6 § som framförs av Sandgren inte är överensstämmande med den som framläggs av honom. Tolkningen som Fahlbeck ger uttryck för i kommentaren till FHL innebär att det inte finns ett krav på förtroendeförhållande enligt FHL. Se Fahlbeck, s. 294.

³⁸² Fahlbeck poängterar att ett sådant krav inte är ”praktiskt att tänka sig” eftersom 6 § FHL omfattar även inledande kontakter då parterna inte känner varandra och långt mindre har förtroende för varandra. Fahlbeck, s. 294. Jfr även kommentarerna till PECL 2:301 samt UniP 2.15.

³⁸³ Se Fahlbeck, s. 295 där denne uttrycker att ”Tystnadsplikt kan sålunda uppkomma även innan en avtalsrelation föreligger/.../ En ytterligare fråga är hur länge tystnadsplikten varar.”

³⁸⁴ *Ibid.*, s. 295. Avtal begränsas av de allmänna reglerna i 3 kap avtalslagen. Om inskränkningar i avtalsfriheten, se ovan 3.1.

³⁸⁵ Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 43.

³⁸⁶ Fahlbeck, s. 295.

³⁸⁷ *Ibid.*, s. 295.

³⁸⁸ *Ibid.*, s. 295. Jfr Nicander s. 48 och ovan 2.3.

³⁸⁹ Fahlbeck, s. 295.

(4) Företagshemligheten *utnyttjas eller röjs*.

Fahlbeck anger att orden har samma innebörd som i 5 § FHL.³⁹⁰ I kommentarerna till 5 § FHL uttrycker Fahlbeck med stöd i förarbetena att detta rekvisit innebär ett krav på en viss aktivitet.³⁹¹ Det krävs inte att det är gärningsmannen³⁹² själv som utnyttjar eller röjer företagshemligheten. Även om en mottagare i senare led röjer informationen kan ansvar uppkomma för denne.³⁹³ Begreppet ”utnyttjande” prövades av HD i JAHAB-målet.³⁹⁴ Domen ger enligt Fahlbeck uttryck för att en näringsidkare har relativt långtgående möjligheter att utnyttja information som erhållits under avtalsförhandlingar, förutsatt att utnyttjandet skett indirekt.³⁹⁵ Enligt den ovan 2.3 angivna Art. 2.16 i UniP, är utgångspunkten att näringsidkaren kan, avseende information som näringsidkaren tagit emot under förhandlingar, ”/.../either disclose to third persons or use for purposes of its own should no contract be concluded.”³⁹⁶ Fahlbeck anger att domen i denna del följer principen i UniP.³⁹⁷ En annan uppfattning kan, enligt min mening vara att domen *ger uttryck* för att samma princip återfinns i svensk rätt.

(5) För att ansvar för missbruk skall kunna göras gällande, måste *skada* ha uppkommit.³⁹⁸ I 9 § FHL behandlas FHL:s skadeståndsregler. Dessa tas upp nedan 3.2.3.

(6) Det *subjektiva* rekvisitet uttrycks genom att missbruket av företagshemligheten skall ske ”upsåtligen eller av oaktsamhet”.³⁹⁹ Enligt förarbetena är det fråga om ett culpaansvar.⁴⁰⁰ För näringsidkare gäller enligt 6 § FHL principalansvar för de anställdas vållande.⁴⁰¹ Näringsidkaren kan under vissa förhållanden också bli ansvarig för en anställds handlande även om den anställda inte varit vållande.⁴⁰² Ett sådant ansvar kan göra sig

³⁹⁰ Ibid., s. 296. Jfr Nicander, s. 48 och ovan 2.3.

³⁹¹ I förarbetena till 5 § FHL uttalas det att det ”Med utnyttjande avses att någon i egen verksamhet praktiskt tillämpar den information som företagshemligheten innebär. Det skall var fråga om ett kommersiellt utnyttjande, men det krävs inte att verksamheten går med vinst. Med röjande avses att gärningsmannen avslöjar hemligheten för någon annan. Det saknar i princip betydelse huruvida detta röjande sker mot ersättning eller ej.” Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 41.

³⁹² 5 § FHL avser bl.a. ådömande av skadestånd då det föreligger ett brott enligt 3 och 4 § § FHL. Begreppet gärningsman används därför i kommentarerna till lagrummet. Ansvaret enligt 6 § FHL avser kommersiella avtalsförhållanden och tystnadsplikten avtalad (uttryckligen eller underförstått). Begreppet gärningsman förekommer därför inte i kommentarerna till 6 § FHL.

³⁹³ Se Fahlbecks kommentar till 5 § FHL samt där angivna källor, Fahlbeck, s. 287.

³⁹⁴ För en utförlig genomgång av HD: s (som fastställde Tingsrättens dom i denna fråga) prövning i denna fråga hänvisas till Fahlbeck, s. 296-297. Se även ovan 4.2.1.1.

³⁹⁵ Se Fahlbecks analys av JAHAB-målet, där Apple inte ansågs ha utnyttjat JAHAB: s företagshemligheter, Fahlbeck, s. 297.

³⁹⁶ Se ovan 2.3.

³⁹⁷ Fahlbeck, s. 298.

³⁹⁸ Ibid., s 298.

³⁹⁹ Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 45.

⁴⁰⁰ Ibid., s. 45. Bevisbördan för att handlingen begåtts med uppsåt eller av oaktsamhet vilar på den som söker skadestånd till följd av handlingen, Fahlbeck, s. 298.

⁴⁰¹ Fahlbeck, s. 298 och 199-200.

⁴⁰² Ibid., s. 298 och s. 199-200. Principalens skadeståndsskyldighet följer då, enligt Fahlbeck, av allmänna skadeståndsrättsliga regler, s. 298.

gällande vid näringsidkarens val av arbetstagare som får ta del av företagshemligheten. Likaså kan näringsidkaren vid anvisningar om hur företagshemligheterna får användas och vid övervakande av hur dessa används, ådra sig ett principalansvar.⁴⁰³

(7) Missbruket av företagshemligheten skall vara *obehörigt*. Här avses, enligt Fahlbeck, det krav på obehörigt angrepp som gäller enligt 2 § FHL.⁴⁰⁴ Obehörighet föreligger generellt sett om företagshemligheten används på annat sätt än vad som avsetts då den lämnades ut.⁴⁰⁵

Vid brott mot en avtalad tystnadsplikt är den angripande parten skadeståndsskyldig enligt allmänna kontraktsrättsliga principer och 6 § FHL.⁴⁰⁶ FHL skall tillämpas med SkL som komplement.⁴⁰⁷ Skadeståndsregler kan även följa av avtal.⁴⁰⁸ Om avtalsregler finns om skadestånd skall de tillämpas innan 6 §, eftersom bestämmelsen utgör dispositiv rätt. Även bestämmelsen i 9 § utgör dispositiv rätt. Huruvida FHL eller de avtalade reglerna om skadestånd skall tillämpas får avgöras genom avtalstolkning.⁴⁰⁹

4.3.2 Beräkning av skadestånd enligt 9 § FHL och vitesföreläggande enligt 11 § FHL

4.3.2.1 Beräkning av skadestånd enligt 9 § FHL

Som ovan nämnts, kan skadestånd när företagshemligheter röjts utgå enligt FHL, SkL och allmänna kontraktsrättsliga principer. Fahlbeck framhåller dock att den skadelidande parten vid beräkning av skadeståndet enligt 9 § FHL, torde ha bättre möjligheter att erhålla ett (högre) skadestånd än enligt SkL eller allmänna kontraktsrättsliga principer.⁴¹⁰ En orsak till detta är att ren förmögenhetsskada utanför en avtalsrelation i princip endast ersätts enligt SkL i samband med brott.⁴¹¹ En annan orsak att s.k. *allmänt skadestånd* inte utgår vare sig enligt SkL eller allmänna kontraktsrättsliga

⁴⁰³ Ibid., s. 299. Enligt SOU 1983:52 Företagshemligheter, s. 348 skall ”/.../endast sådana anställda som verkligen har behov av kunskapen i sitt arbete tillåtas få del av den och då endast i den utsträckning som var och en verkligen behöver. Mottagaren skall vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att den information han erhållit inte missbrukas.” Jfr den ovan 3.3.1.6 föreslagna regleringen i sekretessavtal, enligt vilken mottagaren görs skyldig att på olika sätt säkerställa sekretessen kontraktsrättsligt.

⁴⁰⁴ Fahlbeck, s. 299. Enligt 2 § första stycket FHL gäller FHL endast obehöriga angrepp på företagshemligheter. Om obehörigt angrepp enligt 2 § se ovan 4.2.2.

⁴⁰⁵ Fahlbeck, s. 299 samt där angivna källor.

⁴⁰⁶ Ibid., 301.

⁴⁰⁷ Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 42.

⁴⁰⁸ Fahlbeck, s 199.

⁴⁰⁹ Ibid., s. 199. Om utfyllnad med dispositiv rätt av oklara eller bristfälliga avtal, se ovan 3.4.3.1.2.

⁴¹⁰ Fahlbeck, s. 191-192.

⁴¹¹ Se SkL 2:4 samt 3:1.

principer.⁴¹² FHL är dessutom en speciallag och skall tillämpas framför SkL: s regler.⁴¹³

Den ersättningsgilla skadan har, enligt Fahlbeck, tre delar. Den första är ekonomisk skada.⁴¹⁴ Denna skada omfattar enligt bestämmelsen såväl den förlust i form av ”ekonomiskt minus” som drabbar den skadelidande näringsidkaren som hans uteblivna vinst.⁴¹⁵ Den andra delen utgörs av ren förmögenhetsskada.⁴¹⁶ Som tredje del kan skadestånd utgå för ideell skada, s.k. allmänt skadestånd.⁴¹⁷ Den ideella skadan utgörs enligt lydelsen i 9 § FHL av ”/.../dennes (näringsidkarens, eg. anm.) intresse av att hemligheten inte obehörigen utnyttjas eller röjs och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse.”⁴¹⁸ Detta är inte samma sak som att tilldöma en skadelidande näringsidkare punitive damage.⁴¹⁹ Det allmänna skadeståndet kan utdömas även om ingen ekonomisk skada uppstått.⁴²⁰

Syftet med skadestånd enligt 9 § FHL anges i förarbetena vara reparativt, d.v.s. det skall ersätta skadan hos den drabbade näringsidkaren. Skadeståndet skall även vara preventivt i den meningen att det inte skall löna sig att utnyttja någon annans företagshemligheter.⁴²¹

De många beräkningsgrunderna som anges i förarbetena till 9 § FHL är i viss mån tänkta att ersätta behovet av en skälighetsövervägning liknande den som beskrivs i RB 35:5.⁴²² Ibland dessa grunder kan nämnas den

⁴¹² Fahlbeck, s. 191-192 samt Hellner, Jan m.fl. Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, andra häftet, 2006, s. 217 ff. (cit. Hellner, Speciell avtalsrätt II)

⁴¹³ SkL 1:1 samt Fahlbeck, s. 193. SkL skall endast användas som ett komplement till FHL: s bestämmelser.

⁴¹⁴ Fahlbeck, s. 341.

⁴¹⁵ Ibid., s. 341. Enligt allmänna kontraktsrättsliga principer beräknas skada vid motpartens kontraktsbrott enligt det positiva kontraktsintresset. Detta innebär att den skadelidande parten skall försättas i samma situation som om avtalet hade fullgjorts. Den skadelidande parten har då rätt till ersättning upp till den vinst som han skulle ha gjort om avtalet hade fullgjorts. Se Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II, s. 218.

⁴¹⁶ Fahlbeck, s. 341. Ren förmögenhetsskada ersätts även enligt allmänna kontraktsrättsliga principer, ibid., s. 341.

⁴¹⁷ Ibid., s. 341.

⁴¹⁸ Skadeståndsbeloppet kan således sättas högre än den ekonomiska skadan. Fahlbeck, s. 339. Se även lydelsen i 9 § FHL.

⁴¹⁹ Syftet med punitive damage internalisera de kostnader som drabbat skadelidande, men avseende vilka de skadelidande inte sökt skadestånd. De skadelidande som söker skadestånd tilldöms därför en ersättning som överstiger den skada som hon eller han drabbats av (punitive damage). Detta tillägg är tänkt att svara mot de skador som andra lidit men inte sökt ersättning för. Punitive damages utdöms dock inte av svenska domstolar. För en översiktlig redogörelse se Dahlman m. fl., s. 124.

⁴²⁰ Ibid., s. 341 samt där angivna fall från hovrätten samt Arbetsdomstolen.

⁴²¹ Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 49. I propositionen uttalas även att om ett dylikt allmänt skadestånd inte skulle kunna utdömas, detta vore ”stötande” i vissa fall, eftersom skadevållaren kan stjäla hemligheten till samma pris som han lagligen hade kunnat förvärva den samma. Ibid., s. 26.

⁴²² Lagrummet ger domstolen möjlighet att göra en skälighetsbedömning av uppkommen skada då det finns svårigheter med att föra bevisning därom. Se Fahlbeck, s. 343 ff.

skadelidandes uteblivna vinst⁴²³ och utvecklingskostnader samt den angripande partens vinst till följd av utnyttjandet.⁴²⁴ Även det faktum att den drabbade parten intar en svagare ställning gentemot den utnyttjande parten utgör enligt förarbetena en beaktansvärd omständighet för bedömningen av skadeståndet.⁴²⁵

9 § FHL tillämpades i det ovan 3.2.1.1 angivna JAHAB-målet. Då baserades skadeståndsberäkningen på vissa av de kostnader som den skadelidande lagt ned på projektet, trots att inget avtal kom till stånd.⁴²⁶ I det nedan 5 refererade mål nr. T 1894-03 ansågs ett s.k. täckningsbidrag samt ersättning motsvarande den angripande partens obehöriga vinst, utgöra godtagbara grunder för beräkningen av skadeståndet.

9 § utgör dispositiv rätt, varför avtalade regler om skadeståndets beräkning äger företräde.⁴²⁷ När domstolen i det enskilda fallet skall avgöra om FHL: s regler för beräkningen av skadeståndets storlek eller bestämmelser i avtal skall tillämpas, är detta en fråga om avtalstolkning.⁴²⁸ I denna tolkning kan förekomsten av de generösa beräkningsmöjligheterna enligt 9 § FHL ha viss betydelse.⁴²⁹ Dessutom kan det tänkas att de avtalade ersättningsvillkoren kan jämkas enligt 36 § i det fall dessa skulle vara att anse som oskäligen mot bakgrund av omständigheterna (däribland den dispositiva rätten) i sammanhanget.⁴³⁰

⁴²³ Detta hade också varit fallet om ersättning hade utgått i enlighet med det positiva kontraktsintresset. Se Hellner, Speciell avtalsrätt II, s. 217-218.

⁴²⁴ Prop.1987/88:155 Företagshemligheter, s. 26 f samt 49 f.

⁴²⁵ Ibid., s. 49.

⁴²⁶ Alla kostnader ersattes inte, se HD i JAHAB-målet, refererat i korthet ovan 4.2.1.1. I sammanhanget kan nämnas att skadeståndsansvar kan basera sig antingen på en kontraktuell förpliktelse och därvid ge upphov till inomobligatoriskt skadestånd, eller på något annat förhållande och då eventuellt grunda ett utomobligatoriskt skadeståndsanspråk. Ramberg och Ramberg, s. 83. Hellner uttrycker, avseende skadeståndsansvar i avtalsförhandling, att ett illojalt handlande måste kunna läggas parten till last för att en eventuell ersättningsskyldighet skall kunna uppstå. Hellner, Jan, Kommersiell avtalsrätt, 1993, s. 37-38. Om den ena parten med avsikt vilselett den andra eller agerat vårdslöst under förhandlingarna kan skadeståndsansvar enligt principen om Culpa in contrahendo uppkomma. Se Ramberg, Jan och Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, 2003, s. 83 samt där angivna avgöranden och i not 3 angivna källor. Se även Kleineman, Jan, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, JT 1991/92 s. 125-140. Hellner har anfört att en skyldighet att utge ersättning på grund av culpa in contrahendo inte är att anse som skadeståndsskyldighet på grund av avtalsbrott, utan snarare utgör en utomobligatorisk skyldighet att utge ersättning enligt det negativa kontraktsintresset (d.v.s. den skadelidande parten skall försättas i samma situation som om något avtal aldrig hade ingåtts). Hellner, Jan m.fl. Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, andra häftet, 2006, s. 217-218.

⁴²⁷ Fahlbeck, s 198.

⁴²⁸ Ibid., s. 199.

⁴²⁹ Ibid., s. 200. Om tolkningen av avtal, se ovan 3.4.3. Se särskilt om möjligheten till utfyllnad med dispositiv rätt vid bristfälliga eller oklara avtal, ovan 3.4.3.1.2.

⁴³⁰ Om jämkning enligt 36 § avtalslagen och vägledning vid skälighetsbedömning, se ovan 3.2.3.

6 § FHL innefattar ett principalansvar för näringsidkaren i det fall dennes anställda röjer eller obehörigen utnyttjar en företagshemlighet.⁴³¹ Den drabbade parten kan således få *allmänt skadestånd* enligt 9 § FHL även i det fall en hos motparten anställd person har röjt eller obehörigen utnyttjat företagshemligheten.⁴³²

4.3.2.2 Vitesföreläggande enligt 11 § FHL

Enligt 11 § FHL kan domstolen utdöma vite då en företagshemlighet obehörigen utnyttjats eller röjts.⁴³³ Vitet kan utdömas separat och utgöra ett tillägg till skadeståndet.⁴³⁴

För utdömande krävs bl.a. att det skett ett angrepp på information som skyddas enligt FHL⁴³⁵ och att företagshemligheten fortfarande är hemlig. Dessutom torde krävas att vitesföreläggande yrkas av den som utsatts för angreppet.⁴³⁶ Enligt Fahlbeck har domstolen dock stor frihet i fråga om tidsbestämningen för vitet samt avseende vilket belopp som skall erläggas och på vilket sätt (löpande eller engångsbelopp).⁴³⁷

Som bakomliggande motiv till domstolens möjlighet att meddela ett vitessanktionerat förbud har angivits bl.a. att det ur den enskilde näringsidkarens synpunkt kan vara viktigt att få till stånd ett snabbt upphörande av röjandet eller det obehöriga utnyttjandets och att det ligger i det allmännas intresse att främja möjligheterna till en sund och ”affärsetisk” konkurrens.⁴³⁸

⁴³¹ Om principalansvar enligt 6 § FHL, se ovan 4.3.1.

⁴³² Fahlbeck, s. 200.

⁴³³ Ibid., s. 353 samt det nedan 5 refererade avgörandet från Stockholms tingsrätt, i vilket tingsrätten använde denna möjlighet till vitesåläggande. Se även bestämmelsen i RB 15:3 enligt vilken ytterligare möjlighet till vitesföreläggande (s.k. ”förbudsvite”) finns. Nu nämnda lagrum möjliggör vitesförbud i förebyggande syfte, till skillnad från FHL som kräver att ett angrepp har skett. Se RB 15:3 jämförd med 11 § FHL. I valet mellan dessa bestämmelser skall, enligt Fahlbeck vite utgå enligt FHL: s bestämmelser om vite i det fall det till en konkurrensklausul knutits en *sekretessklausul*. Fahlbeck, s. 103.

⁴³⁴ Se Fahlbeck, s. 353.

⁴³⁵ Se t.ex. kriterierna i 1, 2, samt 6 § § FHL samt ovan 4.2 -4.3.1.

⁴³⁶ Det är tveksamt huruvida domstol kan utdöma ett vitesföreläggande enligt 11 § FHL ex officio. Se Fahlbeck, s. 353 samt där angivna källor. *Talerätt* avseende talan om skadestånd enligt 6 § tillkommer enligt förarbetena den näringsidkare eller de näringsidkare gemensamt, som utsatts för ”det rättstridiga angreppet”. Fahlbeck, s. 359.

⁴³⁷ Ibid., s. 357.

⁴³⁸ Se Prop.1987/88:155 Företagshemligheter, s. 28. Jfr de till FHL underliggande samhälleliga värderingarna om sund konkurrens, ovan 4.1.

5 Stockholms TR:s avgörande, mål nr. T1894-03

5.1 Allmänt

För att kort belysa hur sekretessavtal kan används i praktiken, skall nu redogöras för omständigheterna i en av Stockholms tingsrätt nyligen avgjord tvist. Tvisten rörde ett påstått brott mot ett i avtalsförhandling upprättat sekretessavtal.⁴³⁹ Avgörandet är i skrivande stund överklagat av båda parterna till Svea hovrätt och har i hovrättens handläggning fått nytt nummer T 5027- 06. Inget datum för huvudförhandling har vid tidpunkten för författandet av denna uppsats blivit satt.

Å ena sidan kan i ljuset av att avgörandet avgivits i första instans och då det dessutom överklagats, den redogörelse som följer inte göra anspråk på att återspegla gällande rätt när det är fråga om tillämpning och tolkning av sekretessavtal. Å andra sidan har sekretessavtalets skyddsomfattning inte tidigare blivit föremål för domstolsprövning. Det kan därför vara av intresse att använda avgörandet som ett belysande underlag till frågorna som diskuteras i den här uppsatsen angående sekretessens möjliga skyddsomfång samt sekretessavtalets betydelse för skadeståndsansvar enligt FHL vid brott mot avtalet.

5.2 Tvisten

5.2.1 Omständigheterna

Parter i målet var Fermigel AB (Fermigel), kärke, och Arla Foods AB samt Arla Forskning & Utveckling AB (Arla), svarande.

Målet rörde huruvida Arla hade angripit Fermigels företagshemligheter och om så skett, huruvida angreppet gav upphov till skadeståndsskyldighet för Arla. Även skadeståndets beräkning prövades.

Ostridigt i målet var att Arla den 11 april 2000, efter undertecknande av ett sekretessavtal, tog emot information från C. Lindstam AB (Lindstam AB).⁴⁴⁰ Informationen avsåg en produktionsmetod (Informationen) för framställning av kokbar lätt crème fraiche (Produkten)⁴⁴¹. Metoden hade utarbetats av Christer Lindstam, Fermigels grundare.⁴⁴²

⁴³⁹ Mål nr T1894-03.

⁴⁴⁰ Avtalet bifogas i bilaga B.

⁴⁴¹ Med ”Informationen” och ”Produkten” avses samma information och produkter som tingsrätten hänvisar till i tvisten. ”Informationen” och ”Produkten” används i denna uppsats således synonymt med den betydelse tingsrätten avsåg dem ha i tvisten. Tingsrätten uttalar sig inte om, vid benämningen av produktionsmetoden så som ”Informationen”, huruvida

Enligt sekretessavtalet mellan Arla och Fermigel fick Arla inte använda den överlämnade informationen för exploatering eller annan kommersiell verksamhet än den utvärdering som Arla ville göra för att kunna bestämma om det var intressant att förvärva informationen genom licens.⁴⁴³

Enligt sekretessavtalet kunde avsteg från tystnadsplikten göras bl.a. om den lämnade informationen var allmänt känd eller tidigare känd hos Arla.⁴⁴⁴ Till dessa undantag från sekretessen enligt avtalet fogades följande skrivelse:

*”Arla skall senast 14 dagar från mottagandet av information från Lindstam skriftligen meddela dessa huruvida det föreligger omständigheter enligt punkt a/ - c/ (undantagen för sekretess enligt avtalet, författarens anmärkning) med andgivande av skriftliga bevis som innehas av Arla.”*⁴⁴⁵ Det var ostridigt mellan parterna att ett sådant meddelande inte lämnats.⁴⁴⁶

En tid efter det att Arla fått tillgång till informationen enligt avtalet, i oktober 2000, startade Arla egen produktion av kokbar lätt crème fraiche. Enligt Fermigel utnyttjade Arla informationen vid denna produktion.

5.2.2 Parternas ståndpunkter

Fermigel

Fermigel yrkade att Arla skulle förpliktigas att utge skadestånd till Fermigel,⁴⁴⁷ på den grunden att Arla obehörigen hade utnyttjat enligt sekretessavtal hemlig information. Fermigel menade att informationen även utgjorde företagshemlighet hos Fermigel. Rätten till skadestånd följde,

denna även utgjorde information i FHL: s mening (låt vara att tingsrätten senare konstaterade att så var fallet). Då *begreppsbildningen* inte i sig var föremål för tvist torde användningen av samma begrepp inte utgöra en ett ställningstagande för eller emot någon av parterna. Det får anses att ordet ”Information” i allmänt språkbruk kan omfatta, så som samlingsbegrepp, kunskaper och vetande om en produktionsmetod. Detta torde även gälla för omnämningen av ett i näringsverksamhet framställt födoämne, så som ”Produkten”.

⁴⁴² Denne har sedermera överlåtit know-how, patent och rättigheten att kräva skadestånd för intrång i eller obehörigt utnyttjande av dessa rättigheter, till Fermigel, T1894-03 s. 4.

⁴⁴³ Punkt 3.1 i sekretessavtalet mellan parterna, bilaga B.

⁴⁴⁴ Punkt 3.2 (a)- (c) sekretessavtalet mellan parterna, bilaga B.

⁴⁴⁵ Punkt 3.2 (c), stycke 3 (cit. Bestämmelsen), i sekretessavtalet mellan parterna, bilaga B. I tvisten använder tingsrätten begreppet ”14-dagarsbestämmelsen” om samma reglering.

⁴⁴⁶ Mål nr. T1894-03, s. 28.

⁴⁴⁷ Mål nr. T1894-03, s. 4-5, punkt 1 (a)- (d). Olika beräkningsmodeller för skadeståndsbeloppet presenterades. Skadestånd yrkades därför (alternativt) som (a) ersättning för Arlas påstått obehöriga vinster, (b) ersättning för förlorat täckningsbidrag, (c) ersättning motsvarande skäligt vederlag för utnyttjandet samt (d) ersättning enligt ett av rätten jämligt 35:5 RB skäligt belopp. Punkterna (a)- (c) kombinerades dessutom med ett yrkande om allmänt skadestånd (jfr beräkningsgrunderna enligt FHL, ovan 4.3.2). Skadestånd yrkades ”jämligt 6,8 samt 9 § § lagen om skydd för företagshemligheter *samt* allmänna inomobligatoriska skadeståndsrättsliga principer” se Fermigels grunder, Mål nr. T1894-03, s. 7.

enligt Fermigel, således såväl av allmänna avtalsrättsliga principer som av FHL.⁴⁴⁸

Fermigel yrkade, vid sidan om skadestånd enligt ovan, dessutom att Arla i enlighet med 11 § FHL, skulle förbjudas att vid löpande vite utnyttja eller röja Fermigels företagshemligheter.⁴⁴⁹

Fermigel gjorde även gällande följande. Arla hade inte inom 14 dagar från mottagandet av Informationen skriftligen meddelat Fermigel om att det förelåg omständigheter som medförde undantag i tystnadsplikten enligt avtalet. Arla ägde därför inte rätten, enligt Fermigel, att åberopa att informationen var allmänt känd eller tidigare känd hos Arla.⁴⁵⁰ Fermigel menade att Bestämmelsen (processrättsligt) *prekluderade* Arla från att hävda undantag från sekretessen enligt avtalet. Enligt Fermigel följde denna betydelse ”/.../ av avtalets syfte samt dess tillkomst historia och lydelse.”⁴⁵¹

Arla

Arla bestred Fermigels skadeståndsyrkanden på följande grunder.

Arla menade i första hand att den information de mottagit från Fermigel inte var sekretessbelagd och inte utgjorde företagshemlighet enligt FHL⁴⁵² eftersom Informationen, var både allmänt känd och känd hos Arla sedan tidigare. Arla anförde, i andra hand, att informationen inte utnyttjats eller röjts av Arla.⁴⁵³ I sista hand invände Arla att Arlas agerande i vart fall inte givit upphov till någon skada hos Fermigel.

Anledningen till att affären med Fermigel inte blev av berodde främst på att, enligt Arla, Arla innehade en likvärdig information redan innan sekretessavtalet undertecknades och att Fermigel i ljuset av detta krävde ett för högt pris.⁴⁵⁴ Arla angav att man därför valde att inleda ett samarbete med

⁴⁴⁸ Jfr ovan 4.2.1 om skadeståndsansvar enligt FHL respektive enligt allmänna avtalsrättsliga principer.

⁴⁴⁹ Mål nr. T 1894-03, s. 5, punkt 2. Om vite enligt FHL, se ovan 4.3.2.2.

⁴⁵⁰ Fermigel menade att bestämmelsen i detta avseende utgjorde en preklusionsregel, *ibid.*, s. 12.

⁴⁵¹ Mål nr. T1894-03, s. 14.

⁴⁵² *Ibid.*, s. 7, punkt 1. Arla uttrycker här att ”/.../ information /.../ var både allmänt känd och känd hos Arla. Den var, enligt Arla, inte heller av *sådan art att dess röjande har varit ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende* (författarens kursivering) för käranden/.../.” Om rekvisitet (3) skada i konkurrenshänseende enligt 1 § FHL, se ovan 4.2.1.3.

⁴⁵³ Mål nr. T1894-3, s. 8, punkt 3. Ett eventuellt utnyttjande, anförde Arla, har i vart fall inte skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Hur utnyttjandet i så fall gått till enligt Arla, framgår inte direkt av Arlas invändning. En uppfattning skulle kunna vara att de utgått ifrån att informationen varit allmänt känd och ett utnyttjande därför inte varit i strid med FHL. Ett obehörigt angrepp på företagshemlighet enligt 6 § FHL föreligger inte om en näringsidkare lämnar ut information som inte omfattas av FHL enligt 1 § FHL eller som inte skyddas enligt 2 § FHL. Fahlbeck, s. 299. Jfr även Art. 2.16 i UniP. Enligt bestämmelsen är utgångspunkten att information som näringsidkare erhåller under förhandlingar kan näringsidkaren ”/.../either disclose to third persons or use for purposes of its own should no contract be concluded”.

⁴⁵⁴ Mål nr T1894-03, s. 26.

en annan part och i detta samarbete använda, enligt Arla, redan inom företaget och allmänt på marknaden, känd information.

5.2.3 Tingsrättens bedömning

5.2.3.1 Bestämmenslens prekluderande verkan på Arlas möjligheter att i tvist åberopa bevisning eller omständigheter om att Informationen varit allmänt känd eller känd för Arla

Tingsrätten konstaterade inledningsvis att avtal i processrättsliga frågor (i detta fall ett avtal genom vilket, om man tillmäter Bestämmelsen den innebörd som Fermigel gjorde gällande, en part processrättsligt beskärns möjligheten att göra en materiell invändning) i regel fick anses som ogiltiga och att några bestämmelser som skulle ha medfört en annan bedömning i det aktuella fallet, inte kunde anses föreligga.⁴⁵⁵

Domstolen hänvisade vidare till ”sedvanlig avtalstolkning”⁴⁵⁶ och anförde att det inte uttryckligen i avtalet nämndes vad påföljderna för ett brott mot Bestämmelsen skulle vara.⁴⁵⁷ Tingsrätten uttalade därför att avtalets formulering inte utgjorde något stöd för antagandet att den påföljd som kopplats till bestämmelsen var att omständigheter eller annan bevisning om vad som var allmänt känt, skulle avvisas eller bevisning därom inte fick åberopas i tvisten.⁴⁵⁸

Det föreföll tingsrätten inte heller vara ”sannolikt att Arlas avsikt med avtalet”⁴⁵⁹ skulle inbegripa att den mottagna Informationen skulle utgöra företagshemlighet även i det fall den var allmänt känd eller känd för Arla.

⁴⁵⁵ Tingsrätten hänvisade till Fitger, Rättegångsbalken 4, s. 49:7 som grund för sitt antagande, s. 28 i avgörandet. Här kan kort uppmärksammas om bedömningen av s.k. *integrationsklausuler* i kommersiella avtal. Dessa föreskriver generellt sett att avtalet utgör parternas fullständiga reglering av de frågor som avtalet berör och att alla muntliga eller skriftliga åtaganden eller utfästelser som föregått avtalet ersätts därmed. Sjöman, Erik, Integrationsklausuler och dispositiv rätt, JT 2002/03, s. 935. Integrationsklausuler har inte ansetts kunna påverka den svenska tvingande processrätten (t.ex. domstolens rätt till fri bevisvärdering enligt RB 35:1) såtillvida att de tillmäts en betydelse vilken skär bort möjligheten för en part att anföra viss typ av bevisning. Adlercreutz, Axel, Om den rättsliga betydelsen av skriftlig avtalsform och om integrationsklausuler, Festskrift till Jan Ramberg, s. 28.

⁴⁵⁶ I detta skede benämnde tingsrätten sitt resonemang vara en produkt av ”sedvanlig avtalstolkning”. Ingen närmare bestämd metod angavs, men domstolen synes i första hand sett till den språkliga lydelsen av bestämmelsen. Jfr den objektiva tolkningsprincipen, ovan 3.4.3.1.1.

⁴⁵⁷ Reglering av påföljdsfrågan saknades helt, se sekretessförbindelsen i bilaga B. Mål nr. T 1894-03, s. 28.

⁴⁵⁸ Ibid., s. 28.

⁴⁵⁹ Mål nr. 1894-03, s. 28. Jfr den ovan 3.4.3.1.1 beskrivna förklaringsprincipen kompletterad med parternas intersubjektiva innebörd. I detta fall var dock avtalet tyst, varför ingen konflikt med det skriftliga avtalsinnehållet blev aktuell.

Den samlade slutsatsen blev därför, enligt tingsrätten, att det inte kunde anses visat att Bestämmelsen skulle ha en prekluderande verkan på Arlas möjligheter att i en process åberopa omständigheter eller bevisning om att Informationen varit allmänt känd eller tidigare känd för Arla.⁴⁶⁰

Tingsrätten fortsatte sin tolkning av Bestämmelsen med att uttrycka att ”parterna måste ha åsyftat någonting med 14-dagarsregeln (Bestämmelsen, författarens anmärkning)”⁴⁶¹ och gjorde därefter bedömningen att en tänkbar avsikt skulle kunna ha varit att låta bevisbördan, för huruvida informationen varit allmänt känd eller inte, vila på Arla.⁴⁶² Tingsrätten gick sedan vidare med observationen att Arla i tvisten vidgått att man hade bevisbördan⁴⁶³ för påståendet att informationen varit allmänt känd samt att ett sådant medgivande fick godtas i en dispositiv process. I enlighet med detta resonemang ålades Arla också bevisbördan för det sagda.

5.2.3.2 Frågan huruvida Arla hade visat att informationen varit allmänt känd eller känd för Arla

Tingsrätten ansåg att Arla inte hade förmått visa att informationen varit tidigare allmänt känd eller känd för Arla.

Arlas påståenden, menade tingsrätten, om att beskrivningarna⁴⁶⁴ skulle läsas på ett, för Arla förmånligare sätt, kunde inte tillmätas något egentligt bevisvärde ”/.../med beaktande av vad som i övrigt framkommit och då särskilt det förhållandet att *Arla skrivit under ett sekretessavtal utan att vare sig då eller senare meddela* att man i själva verket redan hade tillgång till en produktionsmetod som överensstämde med Informationen (författarens

⁴⁶⁰ Mål nr. 1894-03, s. 28.

⁴⁶¹ Mål nr. T1894-03, s. 29. Tingsrätten uttalade som skäl för sitt antagande att parterna ”uppenbarligen fäst stor vikt vid den (Bestämmelsen, eg., anm.)”, s. 29 i samma avgörande. Jfr ovan 3.4.3.1.1 angående den avtalsrättsliga principen (”betydelseregeln”) att man vid tolkning skall utgå ifrån att avtalstext inte är överflödiga, utan åtminstone ha någon betydelse. Ramberg och Ramberg, s. 201. Enligt UniP Art. 4.5 gäller även att ”/.../ all terms (are, eg. anm.) to be given legal effect/.../”. Tingsrätten anger dock inte någon explicit tolkningsregel som grund för sitt uttalande.

⁴⁶² Mål nr. T 1894-03, s. 29. Enligt tingsrätten åläggs bevisbördan normalt sett den part som påstår att en företagshemlighet föreligger. Denna åsikt stöds även av Peter Westberg i hans rättsutlåtande, se Westbergs rättsutlåtande, s. 6. Se ovan 3.3.1.4 om bevisbördans placering. I doktrin är den vedertagna åsikten dock att det är den part som åberopar undantaget från sekretess som skall bevisa detta. I detta fall åberopade Arla undantag från sekretess. Det vilade således, enligt detta resonemang, på Arla att visa att undantag från sekretessen var för handen. Tillämpas detta resonemang får Bestämmelsen, om den tillerkänns den betydelse som tingsrätten ansåg den ha, således i praktiken ingen självständig betydelse med avseende på bevisbördans placering. Bevisbördan vilade redan inledningsvis på Arla. Om bevisbörda för undantag ifrån sekretess, se ovan 3.3.1.4.

⁴⁶³ För denna framställning har tingsrättens dom varit vägledande eftersom tvisten ännu inte avgjorts i hovrätten. Nämnas kan dock att, eftersom detta är en central del av avgörandet, Arla i sitt överklagande menar att man aldrig vidgått att bära bevisbördan så som tingsrätten påstår. Se Arlas överklagande i målet, nytt ärendenummer T 5027- 06.

⁴⁶⁴ Arla hade i målet åberopat produktbeskrivningar om tidigare kända produktionsätt som bevisning för sitt påstående att Informationen var allmänt känd eller tidigare känd hos Arla.

kursivering).”⁴⁶⁵ Detta resonemang återkopplas inte direkt av tingsrätten till innebörden av Bestämmelsen. En tänkbar uppfattning skulle, enligt min mening, kunna vara att Bestämmelsen, utöver att eventuellt vara en reglering rörande *bevisbördan*, tillmättes en verkan såtillvida att den gav anledning för tingsrätten att upprätthålla ett strängt *beviskrav* för Arla (jfr det ovan 3.3.1.4 där det anges att den part som gör gällande undantaget från bestämmelsen, har bevisbördan för sitt påstående). Ett strängt normalbeviskrav har förespråkats av Per Olof Ekelöf m.fl.⁴⁶⁶

Tingsrättens slutsats blev att Arla uppsåtligen och olovligen hade utnyttjat Informationen för sin egen produktion. Informationen ansågs utgöra företagshemlighet enligt FHL.

I fullföljandet av fann tingsrätten att Arla var skadeståndsskyldigt gentemot Fermigel enligt FHL, skadeståndslagen och allmänna avtalsrättsliga principer, för den skada Fermigel lidit.⁴⁶⁷

5.2.3.3 Skadeståndets beräkning

I beräkningen av skadeståndsbeloppet uppmärksammade tingsrätten det ovan nämnda förhållandet att skadestånd kan beräknas enligt 9 § FHL, SkL eller allmänna kontraktsträttsliga principer.⁴⁶⁸ Skillnaderna mellan dessa olika beräkningsmöjligheter och ordningen i vilken de skall tillämpas framgår ovan 4.3.2. Tingsrätten gjorde bedömningen att eftersom FHL: s bestämmelser om beräkningen anses vara heltäckande och utgöra specialbestämmelser, det endast i ett fåtal situationer torde krävas att man dessutom tillämpade SkL.⁴⁶⁹

Med hänvisning till förarbetena anförde tingsrätten vidare att skadeståndet enligt FHL, för att uppfylla sitt ideella såväl som sitt reparativa syfte, skall ersätta både den ekonomiska skada⁴⁷⁰ som uppkommit genom angreppet samt det intresse som näringsidkaren har av att hans hemlighet inte röjs.⁴⁷¹

⁴⁶⁵ Mål nr. T1894-03, s. 30.

⁴⁶⁶ Om bevisbörda och beviskrav se exempelvis Ekelöf, Per Olof och Boman, Robert, Rättegång IV, s. 70 f. Ytterligare en uppfattning kan tänkas vara (även om detta inte berörs av tingsrätten i nu nämnda tvist) den av Westberg tidigare framförda åsikten att stadgandet eventuellt skulle kunna ses som en föreskrift om informationsplikt för Arla, se ovan 3.3.1.4.

⁴⁶⁷ Mål nr. T1894-03, s. 32. Jfr ovan 4.3.1 om skadeståndsansvar vid röjande eller obehörigt utnyttjande av företagshemlighet.

⁴⁶⁸ Se ovan 4.3.1.

⁴⁶⁹ Se Mål nr. T1894-03, s. 32 samt ovan 4.3.2.1 om tillämpningen av 9 § FHL i förhållande till SkL samt allmänna kontraktsträttsliga principer och avtalade regler om skadeståndets beräkning.

⁴⁷⁰ Bevisbördan för denna skada åligger den skadelidande, mål nr. T1894-03, s. 33.

⁴⁷¹ Mål nr. T1894-03, s. 33 samt prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 43 ff. Se även ovan 4.3.2.1 om beräkning av skadestånd enligt 9 § FHL, och där särskilt distinktionen mellan det reparativa och det ideella syftet med skadeståndet enligt bestämmelsen. Här kan även uppmärksammas att om en ersättning enligt avtal bestäms på förhand, så som ovan 3.3.1.7 föreslås, kan denna ersättningsbestämmelse (t.ex. en bestämmelse om vite) komma att ses som en begränsning av ansvaret eller till och med ett friköp i vissa situationer, jfr Berglund s. 42 samt Gorton och Samuelsson i festskrift till Ingemar Ståhl. I den mån

I den mån den faktiska skadan inte kan visas anförde tingsrätten att täckningsbidrag har ansetts kunna vara en godtagbar beräkningsmetod.⁴⁷² Tingsrätten hänvisade till att det enligt förarbetena till FHL aldrig får te sig ”lönsammare” att stjäla någons företagshemlighet än att lagligen förvärva den.⁴⁷³

Tingsrätten konstaterande, med hänvisning till HD: s uttalande i JAHAB-målet,⁴⁷⁴ att det var förenat med svårigheter att beräkna den skada som ett obehörigt utnyttjande av företagshemligheter givit upphov till. En utgångspunkt därför kunde tas i det av Fermigel åberopade täckningsbidraget. Ersättning för den obehöriga vinst som Arla erhållit genom att Informationen utnyttjats i strid med avtalet borde också, enligt tingsrätten, kunna beaktas.⁴⁷⁵ Till grund för ett utdömande av allmänt skadestånd lades Arlas obehöriga vinst samt det förhållande att det olovliga utnyttjande hade skett uppsåtligen.⁴⁷⁶ Ett skäligt ”sammanlagt” skadestånd bedömdes vara 48 miljoner kronor.⁴⁷⁷

vitesklausulen med anledning härav eller av annan orsak skulle anses vara oskälig kan den bli föremål för jämkning enligt 36 § avtalslagen, se Grönfors, s. 259.

⁴⁷² Mål nr. T1894-03, s. 33. Tingsrätten hänvisar här till Fahlbeck, s. 343, som uttrycker att täckningsbidrag är en godtagbar beräkningsgrund.

⁴⁷³ Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 34. Jfr det ovan förda resonemanget om att en förutbestämd ersättningsbestämmelse (t.ex. en bestämmelse om vite) kan ses som en begränsning av ansvaret eller ett friköp i vissa situationer.

⁴⁷⁴ Se HD i det ovan 4.2.1.1 refererade JAHAB-målet. HD uttryckte där att ” /.../det är förenat med stora svårigheter att den verkliga storleken av en uppkommen skada.”

⁴⁷⁵ Detta borde, enligt tingsrätten, i så fall ske inom ramen för det allmänna skadeståndet enligt FHL, mål nr., T 18 94, s. 34. HD utdömde skadestånd för obehörig vinst i JAHAB-målet, se ovan 4.2.1.1. HD uttryckte inte detta explicit. Enligt HD i nu nämnda mål gällde att ”/.../Skadeståndsberäkningen får/.../ske med utgångspunkt i de kostnader som JAHAB har lagt ned på projektet. I den mån Lärarförbundet vid sitt utnyttjande av verket har sparat in motsvarande kostnader får de anses ersättningsgilla enligt lagen om företagshemligheter.” HD uttalade sedan att ”/.../ JAHAB: s *intresse* (eg. kursivering) av skydd mot obehörigt utnyttjande av verket inte (kan, eg.anm.) anses ha blivit tillgodosett fullt ut, om skadeståndet begränsas till ett belopp motsvarande de kostnader som kommit Lärarförbundet till godo/.../därför (bör, eg. anm.) JAHAB tillerkännas ytterligare ett belopp i kompensation.” Det allmänna skadeståndet skall enligt förarbetena hänföra sig till näringsidkarens *intresse* av att hemligheten inte obehörigen utnyttjas eller röjs. HD uttalade inte i målet om obehörig vinst skall anses ingå som en del i det allmänna skadeståndet. I Lotsbåten Robina ansåg hovrätten att käranden inte kunde ”/.../sagas i vedertagen mening visat någon till beloppet bestämd skada. Det är dock klarlagt att (svaranden, eg. anm.) genom att utnyttja företagshemligheten har besparats vissa kostnader och därigenom gjort en större vinst/.../ än vad man annars skulle ha gjort.” Hovrätten hänvisar till detta och till ”/.../det allmänna intresset av att företagshemligheter inte utnyttjas på ett sätt som skett här/.../” och utdömde ett allmänt skadestånd med 450 000 kronor. Enligt Fahlbeck och förarbetena utgör i vart fall den av angriparen uppnådda vinsten med ett obehörigt utnyttjande *en av de beräkningsgrunder* som enligt 9 § FHL kan ligga till grund för skadeståndets beräkning. Se Fahlbeck, s. 342 samt prop. 1987/88:155 Företagshemligheter, s. 26 f och 49 f.

⁴⁷⁶ Ibid., s. 34.

⁴⁷⁷ Enligt TT är detta det högsta skadestånd som någonsin utdömts enligt lagen om företagshemligheter. <http://www.sr.se/Ekot/artikel.asp?artikel=866226>

Tingsrätten ansåg det även behövt att meddela vitesförbud enligt 11 § FHL, om 500 000 kr vid varje enskild tillverkningsplats att utnyttja eller röja Fermigels företagshemligheter.⁴⁷⁸

5.3 Kommentarer

Som inledningsvis har nämnts, ovan 5.1, kan nu återgivna avgörande inte anses ge uttryck för gällande rätt. Enligt min mening kan det också sakna relevans att i detalj studera och kommentera tingsrättens bedömning eftersom ärendet är överklagat och inom snar framtid kommer under HovR:ns prövning. Vissa generella observationer kan dock göras.

I målet var inte avtalets sekretessobjekt i sig tvistigt. Av de omständigheter som presenterades vid tingsrätten framgår att parterna i och för sig var eniga om att den information som Arla påstods ha utnyttjat, i princip omfattades av tystnadsplikt. Arla gjorde dock gällande att undantag ifrån tystnadsplikt var tillämpligt eftersom informationen enligt Arla utgjorde allmänt känd information. Som ovan redogjorts för, åligger det den part som gör gällande sådant undantag att styrka detta.⁴⁷⁹ Arla ålades i förevarande mål bevisbördan för sitt påstående (även om detta delvis skedde med hänsyn till andra omständigheter). Det som tvisten i huvudsak avsåg var snarare *avtalets innebörd*. Bestämmelsen tillmättes av Arla och Fermigel olika innebörd. Tingsrätten var därför tvungen att fastställa vad som avsågs med Bestämmelsen (i enlighet med den gemensamma partsavsikten) genom avtalstolkning. I detta avseende kan konstateras att tingsrätten synes ha tillmätt avtalets skriftliga lydelse och den s.k. ”betydelseregeln” väsentlig betydelse.⁴⁸⁰ Tingsrätten förefaller också bl.a. ha använt sig av en skälighetsinriktad metod (jfr bedömningen ovan 5.2.3.1 där tingsrätten uttrycker att det inte heller kunde anses vara ”sannolikt att Arlas avsikt med avtalet” var att en preklusionspåföljd skulle inträda).

Enligt min mening gav sekretessavtalet även anledning för tingsrätten att upprätthålla ett strängt beviskrav för styrkande av att undantag ifrån sekretessen förelagat (jfr bedömningen ovan 5.2.3.2).

Eftersom parterna hade ingått ett sekretessavtal krävdes i förevarande mål ingen bedömning liknande den som HD vidtog i JAHAB-målet avseende huruvida LF hade erhållit då aktuell information ”i förtroende”. En avtalad tystnadsplikt kunde konstateras föreligga kring informationen. Denna utgjorde även företagshemlighet enligt 1- 2 § § FHL. Ansvar enligt 6 § FHL ansågs därför vara för handen.

Tingsrätten bedömningar följer, vid beräkning av skadeståndet, i princip vad som uttalats i förarbetena till FHL och tidigare avgöranden. Som redan nämnts ledde denna bedömning fram till ett utdömande av det högsta

⁴⁷⁸ Utdömande av vite ansågs behövt eftersom Arla enligt tingsrätten hade utnyttjat Fermigels företagshemligheter, Mål nr. T1894-03, s. 34. Om vite enligt 11 § FHL samt motiven bakom detta, se ovan 4.3.2.2.

⁴⁷⁹ Jfr ovan 3.3.1.3.

⁴⁸⁰ Jfr ovan 3.4.3.1.1.

skadeståndsbelopp som någonsin utdömts enligt FHL. Beloppet var avsevärt högre än det som utdömdes i JAHAB-målet. Med detta, och omständigheterna i övrigt i åtanke, emotses HovR: ns bedömning av ärendet med stor spänning. Inget datum är dock ännu, som inledningsvis nämnts, satt för huvudförhandling.

6 Avslutande kommentarer

6.1 Den avtalade tystnadspliktens sakliga och tidsmässiga omfattning

Avtalsfriheten avseende sekretessavtalets sakliga omfattning för skadeståndsansvar enligt FHL, begränsas genom 1-2 § § FHL. Den i den här uppsatsen förfäktade åsikten är att avtal som stadgar ett längre gående skydd inte ger inte upphov till skadeståndsansvar enligt FHL, men likväl är civilrättsligt bindande. Ett skadestånd på grund av brott mot ett sådant avtal blir dock troligen, med hänsyn till informationens ringa värde ur konkurrenssynpunkt, lågt. Av det sagda följer att ett sekretessavtal som skyddar känd information inte kan medföra skadeståndsansvar enligt FHL. Inte heller kan ett sekretessavtal som föreskriver tystnadsplikt om ett förhållande som inte skulle anses vara ett obehörigt angrepp enligt 2 § FHL leda till ansvar enligt samma lag.

Anledningen till de tvingande bestämmelserna avseende skadeståndsansvar enligt FHL måste eftersökas i de konkurrensfrämjande och marknadsrättsliga värderingar som ligger till grund för FHL. Den information som skyddas måste vara relevant. Informationsbegreppet beskärs huvudsakligen av kriteriet att förfarandet skall vara ägnat att medföra skada i *konkurrenshänseende*. Den information som skyddas enligt lagen åtnjuter detta skydd därför att informationen ur samhällelig synpunkt anses vara skyddsvärd. Informationen är skyddsvärd så länge dess skydd antas stimulera en sund konkurrens. Det torde sakna samhälleligt syfte att skydda känd information eftersom detta skulle bidra till en negativ inverkan avseende konkurrensen på marknaden. Avtal som föreskriver monopol utan stöd ur en samhällelig nyttsynpunkt kan svårligen godtas på en marknad där en sund konkurrens skall främjas.

Ansvar enligt 6 § FHL hänför sig till tidpunkten för mottagandet av informationen. Om informationen mottogs ”i förtroende”, d.v.s. under uttryckligt avtalad eller underförstådd tystnadsplikt, är mottagaren utan tidsmässig begränsning förhindrad att yppa hemligheten. Eftersom avtalsfrihet om sekretessens tidsmässiga omfattning råder enligt FHL, uppkommer vidare ingen konflikt mellan sekretessavtals giltighetstid och lagens bestämmelser.

I det fall sekretessavtalet tillika är ett konkurrensbegränsande avtal kan det bedömas enligt 38 § avtalslagen. En bedömning av sekretessavtals konkurrensbegränsande verkan enligt 38 § avtalslagen skiljer sig kraftigt åt beroende på om konkurrensbegränsningen avser en näringsidkare eller en anställd. I fråga om anställda följer stora begränsningar i bruket av konkurrensklausuler av 1969 års överenskommelse. Mellan näringsidkare gäller dock som utgångspunkt att konkurrensklausulen skall tillämpas enligt

sitt innehåll. Detta gäller så länge klausulen inte bedöms vara oskäligen. Samma bedömningsgrunder som enligt 36 § avtalslagen skall tillämpas i denna bedömning. Vid en skälighetsbedömning enligt 36 § kan vägledning bl.a. hämtas i lag. När information som skyddas av avtalet utgör företagshemlighet i FHL: s mening har den därmed också ansetts relevant enligt lag. Enligt min mening torde det då inte heller vara fråga om en *oskäligen* konkurrensbegränsning. Skulle information upphöra att vara företagshemlighet, t.ex. därför att den blivit känd, skyddas informationen inte enligt FHL. Enligt min mening kan det i sådana situationer tänkas att ett sekretessavtal som föreskriver tystnadsplikt under längre tid än företagshemligheten som sådan består, anses som ett oskäligt konkurrensbegränsande avtal enligt 38 § avtalslagen.

Bedömningen enligt 38 § avtalslagen sker på samma grunder som 36 § avtalslagen. I allt väsentligt samma resonemang med avseende på oskälighetsbedömningen gäller därför för möjligheterna till jämkning enligt denna bestämmelse.

6.2 Utformning

Parternas syfte med avtalet är ett viktigt tolkningsdata om en tvist avseende avtalets innebörd skulle uppstå. Syftet bör därför framgå av avtalet. När avtalstolkaren måste tillgripa tolkning eller utfyllnad för att fastställa avtalsinnehållet är dess skriftliga lydelse vanligen det viktigaste bevismedlet för vad som avtalats. Parter i kommersiella avtal bör med hänsyn till detta i största möjliga mån uttrycka sin vilja klart genom avtalets skrivna lydelse.

Ett definierat sekretessobjekt kan anges i avtalet. Sekretessobjektet utgör då utgångspunkt för avtalets sakliga omfattning. Eftersom tystnadsplikt även i vissa situationer kan anses avtalad som ett utflöde av en lojalitetsplikt har domstolen vid avtalstolkning möjlighet att beakta även denna tystnadsplikt. Vid utfyllnad har domstolen även i övrigt möjlighet att komplettera bristfälliga avtal med exempelvis dispositiv rätt och allmänna rättsgrundsatser, däribland t.ex. lojalitetsplikten. Sekretessobjektet kan knytas till definitionen av företagshemlighet enligt 1 § FHL. Genom en sådan reglering ökas såväl förutsebarheten avseende vilken information som tystnadsplikten gäller som risken för att tvister om avtalets rätta tolkning skall uppkomma. Ytterligare en fördel med att definiera hemlig information i ett bestämt sekretessobjekt är att kriteriet (3), hemlighållande, enligt 1 § FHL då anses uppfyllt. Även bevisföring om att information lämnats under tystnadsplikt underlättas genom ett definierat sekretessobjekt. I framför allt sistnämnda avseende har sekretessavtal stor praktisk betydelse för näringsidkare som lämnar ut hemlig information i förhandling.

Som visats stadgar sekretessavtal vanligtvis undantag ifrån tystnadsplikt avseende information som är allmänt känd. Avtalad tystnadsplikt om sådan information ger ändå inte upphov till skadeståndsansvar enligt FHL och ett skadestånd grundat på allmänna avtalsrättsliga principer sätts, om det inte

jämkas till noll, troligen lågt (se ovan 6.1). Förutom allmänt känd information undantas information som tillgängliggjorts för mottagaren av tredje man som förvärvat denna i god tro. Även information som skriftligen av parterna undantagits och information som till följd av en i lag grundad upplysningsplikt (t.ex. vittnesplikt) måste röjas, undantas vanligtvis. Ett angrepp på nu nämnd, undantagen information, utgör inte heller obehörigt angrepp enligt 2 § FHL. Bevisbördan för att information är undantagen tystnadsplikt ligger på den som gör gällande undantaget.

Den mottagande parten kan åläggas en skyldighet att begränsa spridningen av det överlämnade materialet. Här är ett förfarande med separata sekretessförbindelser för anställda som äger ta del av informationen en möjlighet. En annan lösning är att *avtalsparterna* görs ansvariga för ett röjande som kan hänföras till dess anställda. Såväl skadeståndsansvar för principalen genom 6 § FHL som principalansvar enligt allmänna avtalsrättsliga principer torde vid avtalstolkning kunna påverka avtalade regler om ansvar för anställdas röjande. En avtalsreglering som är förenlig med det principalansvar som följer enligt 6 § FHL och allmänna avtalsrättsliga principer torde därför bäst främja avtalets upprätthållande i domstol. Min uppfattning är att förutsebarheten också ökas, avseende parter skyldigheter, genom en sådan reglering.

Vid angivande av avtalets giltighetstid, kan som visats, parterna ange en viss tidsgräns. Som yttersta giltighetstid kan då tidpunkten för när informationen som avtalet skyddar blivit känd väljas. Ett längre gående skydd kan inte accepteras för ansvar enligt FHL eftersom informationen då inte längre utgör företagshemlighet. Tidsmässigt obegränsad giltighet *i sig* är dock inte i konflikt med lagens bestämmelser.

På grund av bevisvårigheterna avseende skadans storlek och uppkomst, kan det vara motiverat att ta in en förutbestämd bestämmelse om ersättning i sekretessavtalet. En sådan bestämmelse kan anpassas individuellt och utgöras av en vitesklausul. Såväl ersättningsbelopp som formerna för ersättningens erläggande kan regleras i avtalet. I jämförelse med det vite som kan utdömas enligt 11 § FHL kan denna möjlighet till individualisering vara en fördel. Parter kan i svensk rätt välja att låta det förutbestämda ersättningsbeloppet återspegla det värde de tillmäter den aktuella informationen eller avtala om ett avsiktligt högt vitesbelopp i preventivt syfte. Ett oskäligt vitesbelopp torde dock kunna jämkas. Det kan tänkas vara fördelaktigt att föreskriva att vite skall utgå vid varje enskilt utnyttjande. Detta eftersom vitet då kan användas som påtryckningsmedel, som ovan beskrivits, av en skadelidande part. Att ett lågt satt vitesbelopp eventuellt ses som ett friköp bör kunna accepteras om det framgår att detta också varit det som avsetts med bestämmelsen enligt den gemensamma partsviljan.

6.3 Skadeståndsansvar enligt FHL för röjande eller obehörigt utnyttjande vid avtalad tystnadsplikt

För att ett röjande eller obehörigt utnyttjande av företagshemlighet skall kunna aktualisera skadeståndsansvar enligt 6 § krävs att informationen mottogs ”i förtroende”. Som ovan angivits är detta bl.a. ett uttryck för att en annorledes uppkommen tystnadsplikt måste ha åsidosatts. Denna tystnadsplikt kan ha uppkommit som ett utflöde ur en lojalitetsplikt. Tystnadsplikt anses då ha avtalats underförstått. Tystnadsplikt kan även ha uttryckligt avtalats genom sekretessavtal.

Om en avtalad tystnadsplikt åsidosatts är angripande part skadeståndsskyldig enligt allmänna kontraktsrättsliga principer och 6 § FHL. Enligt allmänna kontraktsrättsliga principer beräknas skada vid motpartens kontraktsbrott enligt det positiva kontraktsintresset. Detta innebär att skadelidande part skall försättas i samma situation som om avtalet hade fullgjorts. Denna part har då rätt till ersättning upp till den vinst som han skulle ha gjort om avtalet hade fullgjorts. Ren förmögenhetsskada ersätts. Också enligt 9 § FHL har skadelidande part rätt till nu nämnda ersättning. Därutöver har skadelidande part även rätt till allmänt skadestånd. Enligt bestämmelsen skall hänsyn tas även till näringsidkarens intresse av att hemligheten inte obehörigen utnyttjas eller röjs och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse. Skadeståndet kan därför sättas högre än den ekonomiska skadan. Genom detta skyddas marknadsvärdet i informationen. Det skall aldrig gå ”jämt upp” att stjäla någons hemliga information jämfört med att förvärva den lagligt. Enligt 9 § har skadelidande part rätt till allmänt skadestånd även då ett röjande eller obehörigt utnyttjande av hemlig information är hänförligt till motparten anställda. Regler om skadeståndets beräkning kan också vara uttryckligt avtalade, t.ex. i sekretessavtal. Huruvida beräkning skall ske enligt 9 § FHL eller de avtalade reglerna om skadestånd får avgöras genom avtalstolkning. I avtalstolkning kan avtal bl.a. kompletteras med dispositiva rättsregler. Eftersom 6 och 9 § § FHL utgör dispositiv rätt torde bestämmelserna ha betydelse när avtalade regler om skadeståndets beräkning skall tillämpas. Även vid en jämkning av avtal enligt 36 § avtalslagen kan vägledning hämtas i dispositiva rättsregler. Om avtalade regler om skadeståndets beräkning är föremål för jämkning enligt 36 § torde således, enligt min mening, ledning avseende vad som är att anse som skälig beräkning, kunna hämtas i 6 och 9 § § FHL.

Enligt 11 § FHL kan domstolen utdöma vite. Vitet kan utdömas separat och således vara ett tillägg till skadeståndet. Så skedde i mål T 1894-03. Vitesföreläggande kan utgöra ett viktigt påtryckningsmedel för att få angripande part att upphöra med sitt obehöriga utnyttjande av den hemliga informationen. Domstolen är fri att bedöma vilket belopp som skall erläggas och på vilket sätt, löpande eller genom ett engångsbelopp, erläggandet skall ske.

Käll- och litteraturförteckning

EG-rättsligt tryck

Förordning (1996:345) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om tekniköverföring (cit. teknikgruppundantaget)

Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 81.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring EGT nr L 31, 9.2.1996

Svenskt offentligt tryck

Lagutskottets betänkande 1988/89: LU30 med anledning av proposition 1987/88:155 Företagshemligheter m.m.

Prop. 1987/88:155 Företagshemligheter

Prop. 1984/85:110 Konsumenttjänstlag

Prop. 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

SOU 1983: 52 Företagshemligheter. Betänkande av utredningen om skydd för företagshemligheter

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten

SOU 1995:65 Näringslivets tvistlösning

Facklig överenskommelse

Överenskommelsen mellan SAF, SIF, SALF och CF från 1969 angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i konkurrensklausuler (cit. 1969 års överenskommelse)

Litteratur

Böcker

Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt I, 12 uppl., 2002, Juristförlaget i Lund, Lund (cit. Adlercreutz, Avtalsrätt I)

- Adlercreutz, Axel, Avtalsrätt II, 5 uppl., 2001, Juristförlaget i Lund, Lund (cit. Adlercreutz, Avtalsrätt II)
- Adlercreutz, Axel och Flodgren, Boel, Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse, Handelsrättslig skriftserie nr. 6, 1993, Institutionen för handelsrätt vid Lunds universitet, Lund (cit. Adlercreutz och Flodgren)
- Berglund, Hans, Företags sekretesskydd, 1 uppl., 1982, Skrifter utgivna vid Stockholms universitet nr. 18, Stockholm (cit. Berglund)
- Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, Europarättens Grunder, 2 uppl., 2002, Nordstedts Juridik AB, Stockholm
- Dahlman, Christian, m.fl., Rättsekonomi, En introduktion, 1 uppl., 2004, Studentlitteratur, Lund. (cit. Dahlman m.fl.)
- Ekelöf, Per Olof och Boman, Robert, Rättegång IV, 5 uppl., 2002, Nordstedts Juridik AB, Stockholm
- Fahlbeck, Reinhold, Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter, 2 uppl., 2004, Nordstedts Juridik AB, Stockholm. (cit. Fahlbeck)
- Grönfors, Kurt, Avtalslagen, 3 uppl., 1995, Nordstedts Juridik AB, Stockholm (cit. Grönfors)
- Hedwall, Mattias, Tolkning av kommersiella avtal, 2 uppl., 2004, Nordstedts Juridik AB, Stockholm (cit. Hedwall)
- Hellner, Jan, Kommersiell avtalsrätt, 4 uppl., 1993, Nordstedts Juridik AB, Stockholm (cit. Hellner, Kommersiell avtalsrätt)
- Hellner, Jan m.fl. Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, andra häftet, 4 uppl., 2006, Nordstedts Juridik AB, Stockholm (cit. Hellner m.fl., Speciell avtalsrätt II)
- Hultmark, Christina, Kontraktstyper, 1 uppl., 2005, Nordstedts Juridik AB, Stockholm (cit. Hultmark)
- Lehrberg, Bert, Avtalsrättens grundelement, 2 uppl., 2006, Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Stockholm (cit. Lehrberg, Avtalsrättens grundelement)
- Lehrberg, Bert, Avtalstolkning, 1 uppl. 1995, Fritzes Förlag AB, Stockholm (cit. Lehrberg, Avtalstolkning)
- Ramberg, Jan och Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt, 2003, 6 uppl. Nordstedts Juridik AB, Stockholm (cit. Ramberg och Ramberg)

Ståhlros, Leif, Företagshemligheter – know-how, 1 uppl., 1986, Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms universitet, Stockholm (cit. Ståhlros)

Taxell, Erik, Avtal och rättsskydd, 1972, Åbo Akademi, Åbo

Wallin, Bo-Göran, Immaterialrätt för innovatörer och entreprenörer, 1 uppl., 2006, Nordstedts Juridik AB, Stockholm

Wetter, Carl m.fl., Konkurrenslagen – en handbok, 2 uppl., 2002, Thomson Fakta, Stockholm (cit. Wetter m.fl.)

Festskrift

Adlercreutz, Axel, Om den rättsliga betydelsen av skriftlig avtalsform och om integrationsklausuler, Festskrift till Jan Ramberg

Gorton, Lars, Good Faith (Loyalty) in Contractual Relations, Festskrift till Reinhold Fahlbeck, 2005 (cit. Gorton)

Gorton, Lars och Samuelsson, Per, Studier i rättsekonomi – Festskrift till Ingemar Ståhl, Studentlitteratur, 2005

Artiklar

Kleineman, Jan, Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, JT 1991/92

Magnusson, Kristoffer, Magnusson, Kristoffer, Sekretessavtal i skiljeförfarandet, JT 2002/03. (cit. Magnusson)

Nicander, Hans, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, JT 1995/-96 (cit. Nicander)

Regnér, Emma, Varför inte lojalitetsplikt? JT 2001/-02 (cit. Regnér)

Sandgren, Claes, Skyddet för företagshemligheter, JT 1998/99 (cit. Sandgren)

Sjöman, Erik, Integrationsklausuler och dispositiv rätt, JT, 2002/03

Rättsutlåtanden

Westberg, Peter, professor samt jur. dr. i processrätt vid Lunds universitet, rättsutlåtande 2006-02-23, mål nr. T 1894-03 (aktbilaga 1 i mål nr. T1894-03) (cit. Westbergs rättsutlåtande)

Lindell, Bengt, Professor i processrätt vid Uppsala universitet,
rättsutlåtanden 2004-12-13 samt 2006-03-15, mål T 1894-03 (aktbilagor 101
samt 133 i mål nr T1894-03)

Kontraktsrättsliga principer

Principles of European Contract Law (cit. PECL)

Unidroit Principles of Commercial Contracts (cit. UniP)

Ordlista

Svenska Akademiens Ordlista

Bergström, Sture, m.fl., Juridikens Termer, 8 uppl., 2001, Almqvist och
Wiksell, Stockholm

Modellavtal

Confidentiality Agreement, IPR- helpdesk, http://www.ipr-helpdesk.org/documentos/docsPublication/html_xml/8_ConfidentialityAgreements%5B0000000200_00%5D.html (information hämtad 2006-09-21, kl. 15.38)

Internet

<http://www.sr.se/Ekot/artikel.asp?artikel=866226> (information hämtad
2006-11-15, ca kl. 16)

Rättsfallsförteckning

AD

AD 2003:21

AD 1998:80

HD

NJA 1999 s. 469

NJA 1998 s.633 (JAHAB-målet)

NJA 1990 s. 745

NJA 1989 s. 346

NJA 1978 s.147

HovR: n

"Lotsbåten Robina" RH 2002:11, Svea hovrätt, T 8471/99

"Vi i Villa" RH 2002:61, Svea hovrätt, T 435/01

MD

MD 1996:33

TR:n

Mål nr. T 1894-03 (nytt nummer vid hovrätten T 5027- 06)

EG Domstolen

Delta Chemiel/DDD EGT nr L 309, 15.11.1988

Rich Products/ Jus Rol EGT nr L 69, 15.3.1988

Bilaga A Modellavtal

Bilaga B Sekretessförbindelse mål T 1894-03