



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Kandidatuppsats i arbetsrätt 15 hp
Institutionen för Handelsrätt
Lunds universitet, april 2010

Rätten till det intellektuella kapitalet

- en studie av rättsläget i förhållande till dagens arbetsmarknad

Handledare: professor Reinhold Fahlbeck

Författare: Anna Teresa Siecke

Abstract

Keywords: labour law, intellectual capital, non-compete clauses contract of employment, company secrets

During the last two decades, the labour market has undergone significant changes. The demand of flexibility in work relations and legislation has increased due to the internationalization of the labour market and the development of larger global companies. The technical developments and the rise of companies which products consist of knowledge in it self has laid ground for discussions between the labour market parties and the legislators regarding the need for a modernization of the Swedish law. Also, this raises the question in regards to whom the legal owner of the intellectual capital really is. And also, it awakens a need of a definition of the concept intellectual capital. There have been several attempts in doing so, both within the business economics and juridical fields. However, the concept is diversified and difficult to approach. This essay will try to outline the legal status of today in relation to the development and changes of the labour market during the decades at the turn of the century 1900-2000.

Sammanfattning

Nyckelord: arbetsrätt, intellektuellt kapital, konkurrensklausuler, anställningskontrakt, företagshemligheter

Arbetsmarknaden har under de senaste decennierna genomgått en betydande förändring. Den ökande internationaliseringen av arbetsmarknaden och framväxten av stora globala aktörer har bidragit till högre krav på flexibilitet. Med den tekniska utvecklingen och de framväxande kunskapsföretagen i spetsen har det mellan de olika arbetsmarknadsparterna och lagstiftarna uppstått diskussioner kring den svenska lagstiftningen om behovet att modernisera denna. En viktig fråga som uppstår då är vem som äger det intellektuella kapitalet. Vidare uppstår ett behov av en definition av begreppet. Olika försök har gjort både ur företagsekonomiska och rättsliga perspektiv. Begreppet är dock mångfacetterat och svårbedömt, vilket också framkommit ur den rättsliga praxisen. Denna studie försöker sammanfatta det rättsliga läget av idag i förhållande till den arbetsmarknad som vuxit fram under decennierna kring sekelskiftet 1900-2000.

Innehållsförteckning

1. Inledning	6
2. Ämnet	7
2.1. Syfte och frågeställning	7
2.2. Metod	7
2.2.1. Rättsvetenskaplig metod	7
2.2.2. Rättssociologi	8
2.2.3. Praktisk modell för teoribildning	8
2.3. Begrepp och definitioner	9
2.3.1. Arbetstagarbegreppet	9
2.3.2. Anställningsavtal	10
2.3.3. Intellektuellt kapital och intellektuell egendom	10
2.4. Disposition	14
2.5. Avgränsning	15
3. Lagstiftning	15
3.1. EU-rätt	15
3.1.1. Bakgrund	15
3.1.2. Artikel 45 och artikel 56 i EUF-fördraget	16
3.2. Svensk lagstiftning	17
3.2.1. Bakgrund	17
3.2.2. Avtalsrätt	18
3.2.2.1. Avtalslagen	18
3.2.3. Konkurrens- och immaterialrätt	20
3.2.3.1. Konkurrenslagen	20
3.2.3.2. Lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar	21
3.2.3.3. Lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter	21
3.2.4. Arbetsrätt	23
3.2.4.1. Lojalitetsplikt	23
3.2.4.2. Konkurrensklausuler och 1969 års överenskommelse	25
4. Ny arbetsmarknad – nya krav	29
4.1. Strukturella förändringar på arbetsmarknaden	29
5. Analys	33
5.1. Rätten till det intellektuella kapitalet	33
6. Slutsatser	36
7. Käll- och litteraturförteckning	38
7.1. Offentligt tryck	38
7.1.1. Författningar	38
7.1.2. Departementsserien	38
7.1.3. Propositioner	38

7.1.4. Utredningar.....	38
7.2. Litteratur	38
7.3. EU-rättsliga källor	40
7.3.1. Fördrag.....	40
7.3.2. Direktiv.....	40
7.4. Internetkällor.....	40
7.5. Övriga källor	40
7.6. Rättsfallsförteckning.....	40
8. Bilagor	40

Förkortningar

- AD Arbetsdomstolen
- AUL Lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar
- AvtL Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
- Ds Departementsserien
- EG Europeiska gemenskapen/EG-fördraget
- EU Europeiska unionen
- EUF Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
- FHL Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
- FML Lag (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen
- HD Högsta domstolen
- KL Konkurrenslagen (2008:579)
- LAS Lag (1982:80) om anställningsskydd
- MBL Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
- RF Regeringsformen

1. Inledning

Arbetsrättens utveckling har under de senaste decennierna kommit att präglas av ett behov av flexibilitet och anpassning orsakad av den ökade globalisering och internationalisering som samhället genomgår. En del av denna process kan leda till att den svenska modellen, med sina kollektivavtal som bas för en självreglering mellan arbetsgivar- och arbetstagarparterna, alltmer kommer att få stå tillbaka inför de starka flexibilitetskrav som framförts både inom näringslivet men även inom en del av de politiska partierna. Den borgerliga sidan av de svenska riksdagspartierna vill i dagsläget reformera den svenska modellen och luckra upp lagen (1982:80) om anställningsskydd som de anser hindra unga att komma in på arbetsmarknaden. Andra partier är mer försiktiga i sina uttalanden och vill behålla den svenska modellen till största delen intakt. Hur det än blir med den saken i framtiden så torde det nog anses som givet att arbetslivets ökade krav på flexibilitet handlar om en allt högre anpassningsförmåga och friare rörlighet hos de anställda än tidigare sett i modern tid. Primärt är det den enskildes kvalifikationer och färdighet att vidmakthålla och utveckla den egna kompetensen som är avgörande för hans eller hennes förmåga att säkra sin position på arbetsmarknaden. Då det på arbetsmarknaden inte längre anses som negativt att en anställd byter anställning med mer eller mindre korta intervaller, utan att detta snarare är ansett som strategiska steg i individens karriärplanering, uppkommer det dock behov hos företagen att försöka skydda det intellektuella kapital som investerats i de anställda i form av kunskap, kunnande, utbildningar men även i form av strategier rörande företagets kärnverksamhet, kundstock och andra företagshemligheter. Det intellektuella kapitalet är dock svårdefinierat varför det är svårt att formulera rätten till detta med hjälp av lagregler. Företagens ökade krav på flexibilitet och konkurrenskraft samt den ökade individualiseringen i samhället bidrar till framväxten av nya anställningsformer men också samtidigt till behovet av skydd för företagen. Denna uppsats är ett försök att kartlägga den rättsliga situationen idag ur ett kombinerat rättsdogmatiskt och rättsociologiskt perspektiv.

2. Ämnet

2.1.Syfte och frågeställning

Denna studie ska först och främst undersöka vilka lagliga möjligheter som står en arbetsgivare till buds för att skydda sin verksamhet då en anställd säger upp sig. Hur långt sträcker sig den anställdes lojalitetsplikt? Vem har rätt till det intellektuella kapitalet? Vilka olika typer av intellektuellt kapital finns det? Och hur är de skyddade? Studien vill vidare även visa på vilka rättigheter den anställda har för att kunna utnyttja sina kunskaper och sin kompetens till sin egen fördel. Var går gränsen mellan individens och företagets rättigheter? Vilka lagliga rättigheter har parterna? Studien är också tänkt att analysera arbetsrättens utveckling och situationen idag i förhållande till arbetslivets ökande krav på flexibilitet. Studien kommer bland annat beskriva hur konkurrensklausuler i anställningskontrakt regleras, men också hur dessa kan innebära en konfliktfaktor mellan de olika disciplinerna avtalsrätt, konkurrensrätt och arbetsrätt. Vidare kommer studien att belysa problematiken som uppkommer mellan å ena sidan EU-rättens fria rörlighet och å andra sidan företagets behov av skydd av företagets intellektuella kapital.

2.2.Metod

2.2.1. Rättsvetenskaplig metod

Studien inleds med en kartläggning av gällande regler utifrån en *rättsdogmatisk metod*. Rättsvetenskapen omfattar olika juridiska discipliner, t ex civilrätt, processrätt och straffrätt, där varje enskild disciplin innehåller rättsdogmatiska inslag inriktade på att systematisera och tolka gällande rätt. Med hjälp av den rättsdogmatiska metoden undersöks gällande rättsregler genom granskning av olika rättskällor såsom förarbeten, författningar, sedvanerätt och myndighetsuttalanden. Ett av målen med den rättsdogmatiska metoden är att försöka gestalta rättsordningen som ett nätverk av huvudregler och undantag. Verktygen är dels olika typer av juridisk argumentation, dels analysen av lagens ändamål. Även rättshistoriska, rättssociologiska och andra perspektiv kan förekomma inom de olika disciplinerna. Rättsdogmatiken utvecklar normativa ståndpunkter som antingen rättfärdigar eller kritiserar olika delar av gällande rätt,

vilket resulterar i innefattandet av värderande ståndpunkter. Rättsdogmatiken är sålunda inte varken rent deskriptiv eller normativ utan kan sägas vara "deskriptivnormativ".¹

2.2.2. Rättssociologi

Vi står idag mitt uppe i ett systemskifte där industrisamhället allt mer ersätts av ett informationssamhälle eller kanske hellre benämnt, ett kunskapssamhälle. Sociala förhållanden ändras och nya värderingar och sociala koder uppstår. Medan det rättsdogmatiska perspektivet är vertikalt och bygger på deduktion från principer och regler till handling eller beteende, kan det *rättssociologiska* istället sägas vara en del av det samhällsvetenskapliga perspektivet, och belyser därför en horisontell dimension. Rättssociologin kan fylla i där rättsdogmatikens paradigmatiska uppbyggnad utgör ett hinder. Inom rättssociologin studeras förutsättningarna för lagarnas genomförande. Forskaren ställer andra frågor till rättsordningen och använder teorier och metoder hämtade från samhällsvetenskapen.² Fokus ligger inom rättssociologin på rättens orsaker och dess konsekvenser utifrån faktorer såsom ekonomiska och politiska. Genom att fastställa olika typer av reglers konkreta innehåll, användning och betydelse kartläggs deras betydelse t ex för det ekonomiska livet.³ Utgör de hinder eller möjligheter? Hur påverkas de av övergången från industrisamhälle till informationssamhälle? Vilken inverkan har reglerna på denna övergång? Då rätten till det intellektuella kapitalet kan ses ur ett mer långsiktigt samhällsperspektiv har jag valt att kombinera den rättsdogmatiska metoden med ett rättssociologiskt perspektiv, och utifrån denna kombination försöka kartlägga situationen av idag.

2.2.3. Praktisk modell för teoribildning

Den rättsvetenskapliga teoribildning som arbetats fram i denna studie liknar till stor del Sandgrens praktiska modell för teoribildning vilken börjar med så kallad **förförståelse**.⁴ Förförståelse kan i mitt fall liknas vid de förkunskaper jag tillägnat mig under fördjupningsstudierna i arbetsrätt. Med utgångspunkt i **ämnesvalet** – rätten till det

¹ A. Peczenik, SvJT 2005, s 249f.

² H. Hydén, Rättssociologi som rättsvetenskap, s 15f.

³ A.a., s 26.

⁴ C. Sandgren, s 311f – Figur 3 "En praktisk modell för teoribildning".

intellektuella kapitalet – har jag försökt formulera **problemet**, dvs. *Vad består det intellektuella kapitalet av?, Vem äger det?, och Vad säger lagstiftningen?*. Den deskriptivnormativa **metod** som använts har varit av både rättsdogmatisk och rättsociologisk karaktär. **Materialinsamling** har skett av olika rättskällor – förarbeten, domar och doktriner – och dessa har använts induktivt snarare än på i förväg uppställda teorier. Därmed har **tolkningen** av materialet fått leda till resultatet/teorierna. Tolkningen har lagts till grund för min **analys**, och **resultatet** av denna sammanfattas i slutsatsen. Målsättningen är att resultatet kan ses som en **förståelse** av hur och varför förhållandena är som de är i dag. I studiet har avgränsningar varit nödvändiga. Ytterligare fördjupning kan sålunda göras genom att inkludera andra problem, frågeställningar och perspektiv. I dessa fall kan **problemformuleringen** modifieras, justeras och Sandgrens cirkelformiga modell för teoribildning har övergått till en dynamisk spiral utan slut. Rättsvetenskapen uppstår därigenom i samspelet mellan den konkreta och den abstrakta nivån.⁵

2.3. Begrepp och definitioner

2.3.1. Arbetstagarbegreppet

Arbetstagarbegreppet spelar en väsentlig roll inom arbetsrätten och begreppet får sitt innehåll i rättspraxis. Genom en helhetsbedömning av alla relevanta fakta i det enskilda fallet beslutar domstolen om det rör sig om en arbetstagarare, och då vilken typ av arbetstagarare, eller om det rör sig om en *uppdragstagarare, egenföretagarare* etc.

Arbetsledningsbegreppet är ett av de centrala fundamenten vid definitionen av om parten anses vara en arbetstagarare eller uppdragstagarare. Genom förnyade arbets- och organisationsformer har många arbetstagarare själva blivit ansvariga för de arbetsledande uppgifterna. Många av uppdragstagararna, eller egenföretagararna, har samtidigt ställts i allt högre grad under beställarens arbetsledning. Det finns således en mängd arbetsrelationer där

⁵ C. Sandgren, s 320. Författaren presenterar olika teorier om rättens struktur i form av "nivåer". Karakteristiskt för dessa teorier är att den konkreta nivån – rättsreglerna – hålls isär från en abstrakt nivå bestående av grundläggande mönster, principer, allmänna läror etc.

gränsdragningen är problematisk. Då uppdragstagarna och egenföretagarna är en del av arbetsmarknaden men också av marknaden för varor och tjänster, innebär detta ett dilemma bland annat i förhållande till konkurrenslagstiftningen.⁶ Det kan också vara svårt att förutse om en part är att anse som arbetstagare eller uppdragstagare vilket har lett till att även andra bedömningsgrunder utvecklats såsom sedvana inom branschen, ekonomisk beroendeställning och hur parterna har uppfattat avtalet.⁷ Ett ökande antal arbetstagare arbetar idag under förhållanden som påminner om uppdragstagarnas arbetsvillkor. De traditionella anställnings- respektive uppdragsavtalen förändras därmed, och det bör vara en central uppgift för domstolarna att i rättstillämpningen kontinuerligt och kritiskt granska om de tidigare bedömningsgrunderna fortfarande är relevanta. Diskussioner har också förts fram om de uppdragstagare som är särskilt ekonomiskt beroende av sina huvudmän borde omfattas av delar av det arbetsrättsliga regelverket, men det har i nuläget inte befunnits något påtagligt behov av en utvidgning av lagstiftningen.⁸

2.3.2. Anställningsavtal

Det typiska anställningsavtalet förutsätts vila på avtalsgrund enligt domstolspraxis och innebär att arbetstagaren *ställer sin arbetskraft till förfogande mot en ersättning*. Frågan om gränsdragningen mellan anställningsavtal och andra avtalstyper har dock under lång tid diskuterats. Graden av frågans betydelse påverkas av vad en eventuell tvist rör och huruvida det konkreta fallet kopplas till någon speciell rättsverkan. Rättsverkningarna som är kopplade till anställningsavtalet som avtalstyp är ofta i form av tvingande minimiregler till ena partens förmån. Det kan därför bli intressant för den part som köper tjänsten/arbetet att försöka undkomma anställningsavtalens specifika rättsverkningar genom andra avtalskonstruktioner.⁹

2.3.3. Intellectuellt kapital och intellektuell egendom

Det finns otaliga definitioner av begreppet *intellektuellt kapital*. I begreppet inkluderas såväl anställdas kompetens som märkesnamn och varumärken, men också tekniskt ledarskap,

⁶ M. Glavå, Arbetsrätt, 2001, s 81.

⁷ Ds 2002:56, s 4ff.

⁸ A.a., s 6.

⁹ M. Glavå, Arbetsrätt, 2001, s 75f.

pågående personalutbildning och serviceanda. Begreppet kan också sägas ha med ett företags förmåga att lära sig och anpassa sig.¹⁰ Vidare ingår ett företags teknologi, tillverkningsmetoder, information om kunder och leverantörer. T. A. Stewart uttrycker det som att intellektuellt kapital är den kunskap, information, intellektuell egendom och erfarenhet som kan användas för att skapa förmögenhet.¹¹ Patent och upphovsrätt anses därmed också vara en del av del intellektuella kapitalet då brukar gå under begreppet *intellektuell egendom*.¹²

Begreppet intellektuellt kapital är således svårdefinierat men samtidigt viktigt för företagen att skydda ur konkurrenssynpunkt. T. A. Stewart skiljer på intellektuellt arbetande kapital (vardagsinformationen som förändras hela tiden) och intellektuellt kapital (t ex metoden för att skaffa fram de fakta som behövs, kunskapsmassa).¹³ Edvinsson och Malone har definierat begreppet intellektuellt kapital som lika med humankapitalet adderat med strukturkapitalet.¹⁴ I begreppet *humankapitalet* inkluderar författarna de anställdas individuella kunskaper, skicklighet, erfarenhet och innovativa begåvning samt dessas förmåga att utföra sina aktuella uppgifter.¹⁵ Även företagets värderingar och kultur ingår delvis i detta begrepp men det avser främst den konkurrensmässiga dynamiken, kunskapsflödet, kreativiteten och innovationsförmågan i en organisation.¹⁶ Humankapitalet ägs enligt författarna inte av företaget. *Strukturkapitalet* kan däremot både ägas, köpas och säljas av företaget. Detta begrepp inkluderar t ex datorutrustning, datorprogram, databaser, organisationsstrukturer, patent och varumärken men också vissa kundrelationer och annat kundkapital. Strukturkapitalet kan därmed sägas utgöra den grundläggande uppbyggnaden för möjliggörandet av humankapitalets förkroppsligande. Edvinsson och Malone delar vidare upp strukturkapitalet i tre typer av kapital: *organisations-, innovations- och processkapital*.¹⁷

¹⁰ L. Edvinsson och M. Malone, Det intellektuella kapitalet, 1997, s 19f.

¹¹ T. A. Stewart, Intellektuellt kapital, 1997, s 14.

¹² A.a., s 13.

¹³ A.a., s 103.

¹⁴ L. Edvinsson och M. Malone, Det intellektuella kapitalet, 1997, s 28f. Efter forskning baserad på sammanställda resultat av en undersökning utförd i bolaget Skandia.

¹⁵ A.a., s 28f.

¹⁶ A.a., s 55f.

¹⁷ A.a., s 55.

Organisationskapitalet är de investeringar som företagen gör i system, verktyg och verksamhetsfilosofier med avseende att öka kunskapsflödet både inom företaget och gentemot kunder och leverantörer. Innovationskapitalet omfattar företagets *intellektuella egendom*, såsom varumärken och patent, men också andra immateriella tillgångar, såsom t ex företagsstrategier som ligger som grund för ledningen av företaget. Vidare inkluderar begreppet den begåvning som används vid skapandet och marknadsförandet av nya produkter och tjänster. Den tredje och sista typen är processkapitalet som innefattar de arbetsprocesser, verktyg samt personalprogram som effektiviserar produktionen av varor eller tjänster, men också den praktiska kunskap som används för företagets kontinuerliga värdeskapande. Edvinsson och Malone menar dock inte att det intellektuella kapitalet skapas och utvecklas utav en av ovanstående typer kapital utan genom "samspelet och integrationen mellan dem".¹⁸ Oberoende av vilken definition som används är det intellektuella kapitalets värde av betydande roll för företagen. Vissa forskare har uppskattat att värdet av denna typ av tillgångar kan uppgå till mer än tre eller fyra gånger ett företags materiella tillgångar.¹⁹ Det är därför mycket angeläget för ett företag att kunna identifiera och skydda det intellektuella kapitalet. Om ett företag inte kan mäta sitt ekonomiska värde på ett avpassat sätt kan det inte heller på ett riktigt sätt fördela sina resurser eller korrekt belöna sina medarbetare.²⁰

Inom begreppet intellektuellt kapital torde även det som benämns *kunskap, know-how, kompetens* eller *kvalifikationer* ligga. Begreppen ligger nära varandra och har sinsemellan ett komplext förhållande med en gemensam innebörds kärna, och på samma gång var sin specifika innebörd som innebär att de olika begreppen har sin givna betydelse vid en viss uppgift, situation eller kontext.²¹ Anknytningen till juridisk terminologi är dock inte tydlig. Granberg menar att kärnan i kompetens är *kunskap* och att kunskap i sig fungerar som ett redskap. Han delar vidare upp kunskap i fyra olika former; faktakunskap ("vetande om isolerade sakförhållanden"); förståelse ("insikt om samband samt uppfattning om mening och innebörd i

¹⁸ A.a., s 55ff.

¹⁹ A.a., s 22.

²⁰ A.a., s 24f.

²¹ P-E. Ellström, *Kompetens, utbildning och lärande i arbetslivet*, 1992, s 20.

det man varseblir"); färdighet ("kunskap om hur något ska göras och att jag kan utföra detta") samt förtrogenhet ("att kunna handskas med vissa fenomen så att jag vet vad det är frågan om och dessutom vet vilka följder olika åtgärder kan få ... utvecklas i handling").²² Kunskap kan vara både direkt knutet till ett subjekt men också fristående. Den kan vara medveten eller omedveten.²³ I förarbetena till lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter har en del ansatser gjorts till att definiera begreppet kunskap. Kunskap är ett mångfacetterat begrepp och kan vara av många olika slag. Förarbetena inkluderar i kunskapsbegreppet både teknisk, kommersiell och administrativ kunskap. Vidare nämner utredningen systemkunnande och lagrad kunskap samt ren minneskunskap. Även uttrycken för kunskap kan variera såsom t ex skriftlig form eller i form av en prototyp.²⁴ Det finns dock ingen specifik legaldefinition av begreppet kunskap. Vidare kan begreppet *know-how* komma att användas för att beteckna denna företeelse. Know-how kan användas både vidsträckt för att beteckna all den kunskap och erfarenhet som krävs för att driva en viss näringsverksamhet. I en snävare betydelse kan know-how komma att användas för att beskriva viss kunskap som behövs t ex för att på ett ekonomiskt sätt producera en viss vara. I förarbetena till FHL torde det dock vara karakteristiskt för begreppet att det skall vara säreget för ett eller flera företag. Detta gäller även begreppet företagshemlighet. Skillnaden dem emellan är dock att det inte föreligger något krav på hemlighet beträffande termen know-how. Hemlig know-how anses vedertaget vara en avgränsad del av know-how i allmänhet, och skulle kunna täcka samma sakförhållanden som begreppet företagshemligheter.²⁵ Skillnaden dem emellan menar dock utredningen kunna vara att begreppet företagshemlighet vanligtvis används för att beteckna mer specifika företeelser, medan hemligt know-how används för mer komplexa sådana. Dock kan inte någon säker gränsdragning göras.²⁶

²² O. Granberg, *Lära eller läras. Om kompetens och utbildningsplanering i arbetslivet*, 2004, s 97f.

²³ Ö. Edström, *Anställningsskydd och ...*, s 24.

²⁴ SOU 1983:52, s 17.

²⁵ A.a., s 56. Denna uppfattning delar utredarna med bland andra Internationella Handelskammaren.

²⁶ A.a., s 56.

Skillnaden mellan *kompetens* och *kvalifikation* kan beskrivas som att begreppet kompetens generellt sett *utgår från individen och dennes potentiella förmåga* i relation till en viss uppgift, medan begreppet kvalifikation vanligen *utgår från uppgiften eller arbetet och vilka kompetenskrav dessa ställer* på individen.²⁷ Kompetens kan sålunda ses som kunskap i form av erfarenhet bunden till en person. Det kan uttryckas som att kompetens är "individens förmåga att använda kunskap oavsett om kunskapen är icke-personlig i form av information eller om den är av typen inlärd påståendekunskap".²⁸ Kvalifikationer kan definieras som "individuell kunskap och kompetens som utifrån arbetsuppgifterna bedöms vara nödvändig för att en arbetstagare på ett tillfredsställande sätt skall kunna utföra arbetet."²⁹

Formell kompetens eller *formella kvalifikationer* är i regel knutna till en viss utbildning hos individen, ofta med examina eller annat bevis. Detta innebär att individen har en formell behörighet för vissa uppgifter eller tjänster och därmed antas denne/denna ha förmågan att utföra vissa typer av uppgifter eller hantera vissa typer av situationer. I begreppet ingår således både kunskaper och erfarenheter men också instuderat yrkeskunnande. Vidare ingår förhållningssätt och förmåga till korrekt bedömning och värdering i begreppet.³⁰ Den formella kompetensen bygger dock inte på egen yrkeserfarenhet. Detta brukar istället betecknas som *informella kvalifikationer*.³¹

2.4. Disposition

Den första delen av denna studie behandlar de inledande frågeställningarna, vilka syftar till att kartlägga innehållet i nuvarande gällande rätt. Denna kartläggning sker genom studier av olika typer av rättskällor, framför allt av förarbeten och författningar men också av kollektivavtal. Även juridisk doktrin kommer att användas här, med avsikt att komplettera rättskällorna och förklara begrepp och teoretiska modeller. I den andra delen av uppsatsen behandlas frågeställningarna ur ett mer rättssociologiskt perspektiv. Därefter görs en analys av det hur

²⁷ O. Granberg, *Lära eller läras. Om kompetens och utbildningsplanering i arbetslivet*, 2004, s 93.

²⁸ Ö. Edström, *Anställningsskydd och...*, s 24f.

²⁹ A.a., s 25.

³⁰ O. Granberg, *Lära eller läras. Om kompetens och utbildningsplanering i arbetslivet*, 2004, s 92.

³¹ Ö. Edström, *Anställningsskydd och ...*, s 24.

gällande rätt påverkar och påverkas av samhällsförändringarna och det nya samhällets krav på flexibilitet och uppsatsen avslutas med en sammanfattning.

2.5. Avgränsning

Begreppsförklaringen är på grund av begreppet intellektuellt kapital tvärvetenskapliga karaktär relativt omfattande, framför allt inom diskussionen av definitionerna av kompetens, kunskap och kvalifikationer, även om stora avgränsningar har gjorts. Rättskällorna som använts har bestått till merparten av förarbeten, lagtexter, rättspraxis och doktriner. I en framtida studie finns givetvis möjligheter att kunna fördjupa dessa studier och kanske även utveckla den rättsdogmatiska studien genom t ex intervjuer av nyckelpersoner på företag. Tid och nivå på studier har dock fått sätta gränserna. Det har också gjorts en avgränsning gentemot offentlig verksamhet vilken inte alls behandlas i studien. Tystnadsplikten inom offentlig verksamhet regleras genom Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), och denna lag ligger således utanför uppsatsens avgränsning. På grund av ämnets omfattning har jag valt att inrikta mig på svensk rätt med enbart en kortare översiktlig inblick i de EU-rättsliga förhållandena där det givetvis finns mycket mer material att hämta vid en mer omfattande studie .

3. Lagstiftning

3.1. EU-rätt

3.1.1. Bakgrund

EUF-fördraget ersatte EG-fördraget, eller Romfördraget, när Lissabonfördraget trädde i kraft 1 december 2009 och reglerar de funktionella förhållandena inom EU. EUF-fördraget ger EU:s institutioner makt att lagstifta och döma med bindande verkan för både medlemsstaternas företag och individer, samt kompletterar EU-fördraget som reglerar EU:s övergripande och konstitutionella funktioner.³² EU-rätten saknar regler om företagshemligheter och konkurrensklausuler trots att dessa är viktiga faktorer inom konkurrensrätten som i sin tur är

³² "Om EU-rätten", EU-upplysningen, Sveriges Riksdags hemsida <http://www.eu-upplysningen.se/Lagar-och-regler/Om-EUs-fordrag/EUF-fordraget/> samt "EG-rätt" f.d. JÄMO:s hemsida.

ett av EU-rättens huvudområden.³³ En skriftlig fråga skickades till kommissionen 2002 men i svaret menade kommissionen att det inte fanns några planer på en utvidgad lagstiftning. Istället betonade kommissionen balansen mellan arbetstagarens grundläggande rätt att arbeta och till fri rörlighet, och arbetsgivarens rätt att skydda sina legitima intressen mot konkurrenter såvida denna inte i oskäligt hög grad begränsade arbetstagarens rätt till fri rörlighet.³⁴

3.1.2. Artikel 45 och artikel 56 i EUF-fördraget

I *artikel 45 EUF-fördraget* (f.d. artikel 36 EG) fastställs att fri rörlighet skall säkerställas inom gemenskapen. Vidare lagstadgas att denna fria rörlighet ska innebära att all diskriminering av arbetstagare på grund av nationalitet ska avskaffas beträffande anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor. Artikeln innefattar rätten att anta erbjudanden om anställning, förflytta sig fritt inom EU:s territorium för detta ändamål, uppehålla sig i en medlemsstat för att där inneha en anställning i överensstämmelse med de lagar som gäller för anställning av medborgare i den staten samt att stanna kvar i medlemsstaten efter att ha varit anställd där efter vissa villkor. Artikelns bestämmelser ska inte tillämpas på anställning i offentlig tjänst.³⁵ AD har sammanfattat innebörden i dåvarande artikel 39 EG med att denna i princip förbjuder varje regel som utgör ett hinder för fri rörlighet för arbetstagare.³⁶ Enligt EU-domstolens praxis är dock sådana regler godtagbara om det de tillämpas på ett icke-diskriminerade sätt, om de är motiverade med hänsyn till ett allmänintresse, om de är ägnade att säkerställa förverkligandet av syftet i fråga samt om tillämpningen inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte.

En på den fria rörligheten oproportionerligt inskränkande avtalsklausul kan även utgöra ett hinder enligt *artikel 56 EUF* (f.d. artikel 49 EG). Artikel 56 i EUF-fördraget innehåller bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster inom medlemsstaterna. Även här måste dock de fyra kriterierna uppräknade ovan vara uppfyllda för att en sådan avtalsklausul kan

³³ R. Fahlbeck, *Lagen om företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter*, 2004, s 214f.

³⁴ A.a., s 217ff. Appendix: Skriftlig fråga E-1637/02 från Riita Myller (PSE) till kommissionen 10 juni 2002 samt Svar från Mario Monti på kommissionens vägnar 11 juli 2002.

³⁵ EUF-fördraget artikel 45, p. 1-4.

³⁶ AD 2002 nr 15.

anses skälig. Kommissionen menar dock att det är varje medlemsstats myndigheters och domstolars sak att tillämpa kriterierna samt avgöra frågan om huruvida ett avtal uppfyller dessa eller ej.³⁷

3.2.Svensk lagstiftning

3.2.1. Bakgrund

Arbetsmarknaden i Sverige har under efterkrigstiden präglats av varaktiga yttre konstitutionella ramar. En hög facklig men också en hög arbetsgivarmässig organisationsgrad har bidragit till denna stabilitet. Kollektivavtalet har varit och är fortfarande den centrala formen för reglering av lön och anställningsvillkor. Vid den arbetsrättsliga lagstiftningens tillkomst på 1970-talet i form av LAS, MBL, FML och lagen om styrelserepresentation utgick lagstiftarna från en enhetlig arbetsmarknad med långvariga och stabila anställningsförhållanden som huvudregel. Den djupa krisen på 1990-talet med hög arbetslöshet bidrog dock till att omvandla den svenska arbetsmarknaden. De regionala skillnaderna beträffande sysselsättningsgrad kom att öka. Samtidigt ökade även segregeringen på arbetsmarknaden. Både individer och organisationer blev alltmer rörliga, vilket ledde till en segmentering av befolkningen beträffande tillgången av arbetstillfällen och anställningsvillkor.³⁸ Under 1990-talet kom arbetsrättsutvecklingen därför att präglas av konflikter samt oförmåga hos arbetsmarknadens parter att utöva något avgörande inflytande på lagstiftningsprocessen. Arbetsrätten blev svårtolkad, otillgänglig och komplicerad. Regeringen gav därför bland annat Arbetslivsinstitutet i uppdrag att under åren 2000-2001 se över den arbetsrättsliga lagstiftningen för att undersöka om denna uppfyllde kraven på trygghet och inflytande för de anställda inom ramen för en flexibel och effektiv arbetsmarknad. Utgångspunkten skulle ligga i den utveckling och de pågående förändringar som det kunskapsbaserade och internationaliserade arbetslivet kräver i form av en effektiv och flexibel arbetsmarknad och ett gynnsamt företagsklimat.³⁹

³⁷ R. Fahlbeck, Lagen om företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter, 2004, s 217ff. Appendix: Skriftlig fråga E-1637/02 från Riita Myller (PSE) till kommissionen 10 juni 2002 samt Svar från Mario Monti på kommissionens vägnar 11 juli 2002.

³⁸ Ds 2002:56, s 56.

³⁹ A.a., s 53.

Utvecklingen på arbetsmarknaden efter 1995 har i många delar gått från hierarkisk styrning mot målstyrning. Detta har påverkat och vidgat utrymmet för beslutsfattandet under den tid då anställningsavtalet gäller. Därigenom har frågan om samverkan inom anställningsförhållandet aktualiserats. Även frågor om vad som kan och ska krävas av en avtalspart i ett anställningsförhållande eller huruvida parternas rättigheter och skyldigheter är entydiga och klara enligt lagstiftning och praxis har kommit att belysas.⁴⁰ Arbetsrättsutvecklingen har även kommit att påverkas av det svenska medlemskapet i EU. Ett flertal speciallagar har tillkommit och en del lagar reviderats vid implementeringen av EU-direktiven. Diskussioner har förts om förhållandet mellan arbetsrätten och den ekonomiska lagstiftningen, bland annat om konkurrensregleringen. Den ökande internationaliseringen har lett till en ny typ av rörlighet både för kapitalet och för produktionen. Genom ständiga förändringar, omstruktureringar och global konkurrens har många av de svenska stora företagen blivit globala aktörer. Andra företag har kommit att bli delar av större multinationella koncerner. Medlemskapen i EU och EMU har inneburit att den öppna arbetsmarknaden står inför en ökad konkurrensutsatthet och en ökad mobilitet. Arbetsmarknaden har därigenom kommit att präglas av övergångar under det senaste decenniet. Individen måste ständigt vara beredd på att anpassa sig till förändringar och på rollbyten från arbetstagare till entreprenör och tillbaka, mellan anställning och arbetslöshet samt mellan arbete och utbildning.

3.2.2. Avtalsrätt

3.2.2.1. Avtalslagen

Inom ett avtalsförhållande ska parterna samverka för att tillvarata bägges intressen. Detta innebär bland annat att de inom skälig tid ska tillhandahålla den information som de besitter samt göra avkall på egna intressen om detta behövs för att tillvarata motpartens intressen. Denna så kallade lojalitetsplikt inom avtalsförhållanden är konstruerad som en ömsesidig,

⁴⁰ A.a., s 291.

tvångande generell förpliktelse.⁴¹ En arbetstagares anställning hos en arbetsgivare utgör en avtalsrelation och bygger således på en ömsesidig lojalitet. Speciellt vid långvariga avtal ligger fokus inom avtalsrätten på lojalitet och samverkan. Även om ett anställningsavtal inte är bundet av t ex ett kollektivavtal så är avtalsfriheten ändå inte obegränsad. Konkurrensbestämmelser är för arbetstagaren långtgående förpliktelser och därför bara giltiga om de kan anses rimliga. I avtalslagen 38 § finns en bestämmelse som behandlar konkurrensklausuler i olika situationer, både i anställningsförhållanden och i kommersiella förhållanden. 38 § AvtL lyder enligt följande: *Har någon för att förebygga konkurrens betingat sig av annan att denne icke skall bedriva verksamhet av visst slag eller icke taga anställning hos någon som bedriver sådan verksamhet, är den som gjort utfästelsen icke bunden därav i den mån utfästelsen sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt.* Vidare stipulerar 36 § AvtL 1 st. att: *avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.* Denna bestämmelse är en generalklausul och innebär att en domstol kan jämka konkurrensklausuler som är oskäliga. Den som därmed gjort en sådan utfästelse är inte bunden i den mån utfästelsen sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt.⁴² Vägledande för tillämpningen av 38 § AvtL kan antas vara den överenskommelse om konkurrensklausuler, vilken träffades 1969 mellan SAF och olika tjänstemannaorganisationer. Denna överenskommelse föreskriver relativt snäva begränsningar för användandet av konkurrensförbud.⁴³ Vidare säger bestämmelsen att domstolen ska göra en avvägning mellan arbetsgivarens och den före detta anställdes intressen. Konkurrensbestämmelsen får bara användas för att skydda kunskap som arbetsgivaren vill hålla hemlig och således ska den inte gälla en anställdes kompetens och erfarenhet. Det senare innebär ofta ett

⁴¹ A.a., s 289.

⁴² Enligt rättspraxis som framgår av bland annat AD 1991 nr 38, AD 1992 nr 9, AD 2002 nr 115.

⁴³ T. Sigeman, Arbetsrätten en översikt, 2006, s 150.

syfte att hindra en anställd från att sluta och detta är direkt förbjudet. Om en konkurrensklausul inte anses strida mot 38 § AvtL kan i vissa fall jämkning ske enligt 36 § AvtL.⁴⁴

3.2.3. Konkurrens- och immaterialrätt

3.2.3.1. Konkurrenslagen

I Sverige regleras konkurrensen både av Konkurrenslagen (2008:579) och EU-rätten. KL tillämpas i Sverige med nationella begränsningar, men den nationella rätten får inte förhindra att EU-rätten når full genomslagskraft. Vid en kollision dem emellan har EU-rättens regler företräde i kraft av högre dignitet. Systemen fungerar dock parallellt och den svenska KL har väsentligen utformats efter EU:s konkurrensrättsliga mönster.

Enligt 1 § KL har lagen till ändamål att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter. Emellertid är enligt 2 § KL inte konkurrensbestämmelserna tillämpliga på överenskommelser mellan arbetsmarknadens parter om arbetsvillkor, då arbete i sig inte anses utgöra en vara. Löne- och andra anställningsvillkor ligger istället inom vad som kallas kärnområdet för anställningen och ett anställningsavtal anses inte som ett avtal i KL:s mening. Därmed är KL:s regler inte tillämpliga på löne marknaden. Detta ligger i linje med EU:s konkurrensrätt som på samma sätt gör liknande undantag för arbetsmarknadsförhållanden.⁴⁵ Kollektivavtal om lön och andra anställningsvillkor kan således tänkas ha en konkurrensbegränsande verkan då prissättningen av arbetsprestationer bidrar till att konkurrensmöjligheterna inskränks. En konkurrensklausul i ett kollektivavtal kan också förhindra eller snedvrider konkurrensen på andra marknader än arbetsmarknaden såsom t ex tjänstemarknaden. En del forskare menar att i dessa fall bör undantaget i 2 § KL ej vara tillämpligt.⁴⁶

Då ibland en företagare kan vara i beroendeställning till större bolag med vilka denne gör affärer skulle den svagare parten i förhandlingarna kunna anses vara arbetstagare med en vid

⁴⁴ AD 2005 nr 28.

⁴⁵ Mål C-67/96 Albany International BV (1999) REG I-5751.

⁴⁶ T. Sigeman, Arbetsrätten en översikt, 2006, s 78.

tolkning av lagen, men enligt Marknadsdomstolen ska dock KL tolkas snävt. I motsats till detta tolkas däremot begreppet företag i 3 § KL vidsträckt och omfattar i princip varje fysisk eller juridisk person som driver någon form av ekonomisk eller kommersiell verksamhet.⁴⁷

Därigenom borde enskilda personer som ingår uppdragsavtal med ett företag, men då det inte föreligger något anställningsavtal, att generellt kunna anses som företag i KL:s mening.

Marknadsdomstolen hänvisar till EU-rätten och konstaterar i målet *Norsk Hydro* att fysiska personer såsom t ex konsulter, uppträdande artister, professionella idrottsmän och uppfinnare har ansetts utgöra företag, även om bedömningen är beroende av omständigheterna i fallet.⁴⁸

3.2.3.2. Lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar

Lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar 4 § beskriver en definition av rätten till det intellektuella kapitalet när detta utvecklats till en uppfinning. Enligt denna paragraf måste en arbetstagare som gör en uppfinning vars utnyttjande faller inom arbetsgivarens verksamhetsområde utan dröjsmål underrätta arbetsgivaren om detta. AUL 7 § 2 st. innehåller en bestämmelse om att en arbetstagare även efter det att anställningen upphört måste ta hänsyn till lojalitetsplikten då arbetstagaren måste vänta ett år efter anställningens upphörande innan han/hon får förfoga över en dylik uppfinning. Då lagen enligt 1 § endast avser i Sverige patenterbara uppfinningar av arbetstagare i allmän eller privat tjänst faller AUL något utanför denna studie även om själva idén som ligger till grund för uppfinningen skulle kunna räknas tillhöra det intellektuella kapitalet.

3.2.3.3. Lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter

I FHL finns skrivna regler som skydd mot röjande av företagshemligheter som medför skada för näringsidkare i konkurrenshänseende. 7 § FHL stadgar att en arbetstagare som uppsåtligt eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos arbetsgivaren som arbetstagaren fått del av i sin anställning under sådana förhållanden att han/hon insåg eller borde insett att han/hon inte fick avslöja den blir *skyldig att ersätta skada uppkommen* genom hans/hennes

⁴⁷ L. Gustafsson m.fl., Svensk Konkurrensrätt, 2004, s 28.

⁴⁸ MD 1996:33.

förfarande. I 1 § FHL definieras begreppet företagshemligheter genom angivandet av tre kriterier; 1) det ska röra information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse, 2) näringsidkaren ska hålla informationen hemlig och 3) röjande av informationen ska vara ägnat att medför skada för näringsidkaren i konkurrenshänseende. Med begreppet information förstås både sådana uppgifter som dokumenterats i någon form men också enskilda personers kännedom om visst förhållande, även om detta inte har dokumenterats på något särskilt sätt. Vidare skall information enligt förarbetena tillskrivas samma betydelse som i allmänt språkbruk och därmed fungera som "en neutral samlingsbeteckning för uppgifter, kunskaper och vetande av vad slag som helst".⁴⁹ Det föreligger inte heller något krav på att informationen ska ha blivit vedertagen eller konkretiserad och inte heller att själva hemlighållandet ska vara motiverat av särskilda omständigheter.⁵⁰ Begreppet näringsidkare används i samma mening som i övrig lagstiftning samt även offentlig näringsverksamhet. Beträffande näringsidkarens rörelse så måste informationen vara specifik för näringsidkaren, dvs. allmänt förekommande information omfattas ej inom begreppet.⁵¹ Kriteriet att ett röjande av informationen innebär skada för näringsidkaren i ett konkurrensförhållande måste också vara uppfyllt. Lagen innehåller ingen generell eller uttrycklig definition av vilken information som ska anses som hemlig utan detta lämnas åt företagen att själva bestämma.⁵²

Enligt förarbetena måste en gräns "dras mellan sådan information om affärs- eller driftförhållanden som finns i näringsidkares rörelse och vad som kan klassas som *personlig skicklighet, erfarenhet och kunskap* hos någon som är anställd i näringsverksamheten" (min kursivering).⁵³ Personlig skicklighet, erfarenhet och kunskap anses hänföra sig till den enskilde arbetstagaren och faller därmed utanför begreppet näringsidkarens rörelse och företagshemlighet i FHL. Enligt förarbetena ska gränsdragningen ske enligt "principen bör vara att information som vem som helst med adekvat utbildning kan omsätta i praktiskt resultat bör

⁴⁹ Proposition 1987/88:155 med förslag till lag om företagshemligheter, s 34.

⁵⁰ R. Fahlbeck, Lagen om företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter, 2004, s 229.

⁵¹ A.a., s 237.

⁵² Ds 2002:56, s 310.

⁵³ Proposition 1987/88:155 med förslag till lag om företagshemligheter, s 35.

anses som information i näringsidkares rörelse. Är emellertid informationen knuten till individen, så att den inte genom en instruktion eller anvisning kan överflyttas till någon annan, bör den anses vara av personlig art och således inte ingå i näringsidkares rörelse” (Prop. s 35)⁵⁴ I motsats till detta står de allmänna arbetsrättsliga regler som ger ”att arbetstagare står till arbetsgivarens förfogande med all sin personliga skicklighet och alla sina kunskaper” som angår arbetsgivarens rörelse.⁵⁵ Det är vanligtvis arbetstagarna som producerar eller har kunskap om de företagshemligheter lagen skyddar.⁵⁶

Ett företags konkurrensförmåga beror i hög grad på den samlade kunskapen inom företaget. När det gäller kunskapsföretag består företagets enda eller mest betydelsefulla tillgång av de anställdas kunskaper. Dock kan en arbetstagare förfoga över ett intellektuellt kapital i form av tankar, idéer och kunnande som också är av intresse för näringsidkarens rörelse men som inte efterfrågats. R. Fahlbeck benämner detta som en form av *överskottinformation* som inte berörs i varken förarbeten eller arbetsrättslig praxis och menar vidare att det inte finns något entydigt svar på hur denna typ av information ska behandlas arbetsrättsligt beroende på det mångfald av situationerna kan tänkas uppstå.⁵⁷

3.2.4. Arbetsrätt

3.2.4.1. Lojalitetsplikt

Den arbetsrättsliga lojalitetsplikten är inte generellt lagfäst i Sverige utan är i form av en allmän rättsgrundsats inkluderad i anställningsavtalet en s.k. oskriven rätt.⁵⁸ Inom begreppet lojalitetsplikt ryms bland annat: arbetskyldighet; lydnadsplikt; upplysningsplikt; tystnadsplikt; skyldighet att inte konkurrera med arbetsgivaren. Lojalitetsplikten gäller endast under tiden för anställning. Efter anställningen upphör förpliktelsen mellan parterna. En arbetstagare kan

⁵⁴ A.a., s 35.

⁵⁵ R. Fahlbeck, Lagen om företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter, 2004, s 238.

⁵⁶ Om en arbetstagare skapar en patenterbar uppfinning har han/hon dock principiell rätt till resultatet och arbetsgivaren kan mot ersättning få överta uppfinningen. Detta regleras genom AUL .

⁵⁷ R. Fahlbeck, Lagen om företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter, 2004, s 238.

⁵⁸ A.a., s 119f.

därmed fritt kritisera sin tidigare arbetsgivare, utnyttja sina kunskaper från den tidigare anställningen samt bedriva konkurrerande verksamhet. Det finns ett undantag i 7 § 2 st FHL där det stipuleras att en arbetstagare kan åläggas skadeståndsskyldighet efter anställningens upphörande för otillåtet förfarande enligt 7 § 1 st FHL om det finns synnerliga skäl. Ofta önskar dock arbetsgivarna ett mer långtgående skydd mot konkurrens eller att företagshemligheter röjs vilket således måste ske t ex genom avtal innehållandes konkurrensklausuler (om konkurrensklausuler, se nedan).⁵⁹

Förbudet att konkurrera med arbetsgivaren inkluderar både konkurrens genom ett utnyttjande av arbetsgivarens företagshemligheter, men också konkurrens där arbetstagaren använder sin *personliga skicklighet, erfarenhet och kunskap*.⁶⁰ Om en anställd under anställningen bedriver med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet bryter han/hon därmed mot lojalitetsplikten. Även under en eventuell uppsägningstid består förbudet att konkurrera. Den anställde är dock inte hindrad att söka annat arbete inom samma bransch som arbetsgivarens.⁶¹ Det är dock inte all konkurrerande verksamhet som kan anses utgöra lojalitetsbrott. Vanligtvis måste även kriteriet om att arbetstagarens konkurrerande verksamhet tillfogar, eller är ämnad att tillfoga, arbetsgivaren *mera påtaglig* skada uppfyllas.⁶² Det behöver dock inte vara fråga om någon verksamhet i egentlig mening, och inte heller behöver verksamheten konkurrera direkt med arbetsgivarens. Om en arbetstagare t ex använder sina kundkontakter för att göra tjänster åt en konkurrent eller knyta arbetsgivarens kunder till sin egen verksamhet har detta ansetts oförenligt med lojalitetsplikten, även om arbetstagarens verksamhet inte konkurrerar med arbetsgivarens.⁶³ Vid bedömningen om illojal konkurrens föreligger lägger domstolen stor vikt vid arbetstagarens ställning. Ju högre ställning arbetstagaren har, desto högre krav på lojalitet ställs. Andra faktorer som spelar in vid domstolens bedömning är om arbetstagaren innehar en särskild förtroendeställning, eller om arbetstagaren fått särskilda uppdrag eller uppgifter.

⁵⁹ A.a., s 122.

⁶⁰ A.a., s 110.

⁶¹ Ds 2002:56, s 322.

⁶² A.a., s 322.

⁶³ A.a., s 323.

Vidare beaktas arbetstagarens kännedom om företagshemligheter, om kundstockens behov och preferenser eller om kärnverksamhetens strategier vid helhetsbedömningen.⁶⁴

Under 1990-talet utvecklades en rättspraxis som visade att lojaliteten gentemot arbetsgivaren kunde få börja stå tillbaka för andra intressen. I de enskilda anställningsavtalen tog domstolarna hänsyn till garantier som hämtats från lagstiftningen om grundläggande fri- och rättigheter i 2 kap. RF.⁶⁵ När det gäller konkurrerande verksamhet har dock rättspraxis visat att domstolarna under slutet av 1990-talet och början av 2000-talet ställt kravet på lojalitet mycket högt. Som regel leder lojalitetsbrott till avskedande, även om det också finns fall där arbetstagarens handlande befunnits vara anmärkningsvärt men inte tillräckligt för en uppsägning.⁶⁶

3.2.4.2. Konkurrensklausuler och 1969 års överenskommelse

Då en arbetsgivare på grund av konkurrensskäl inte vill att den före detta anställde tar anställning hos en konkurrent eller startar en konkurrerande verksamhet kan arbetsgivaren använda sig av s.k. *konkurrensklausuler*. En konkurrensklausul är ett avtal om att den anställde under viss tid är förhindrad att ta anställning hos en konkurrent eller starta/medverka i en med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet. Om den anställde bryter mot avtalet blir han skyldig att betala ett i avtalet förutbestämt skadestånd till den förre arbetsgivaren. Inom upplägget för konkurrensklausuler uppstår av naturliga skäl en intressekonflikt och frågan innefattas i den rättsliga typ av avgöranden som består av "en avvägning mellan motstående intressen".⁶⁷ Den tidigare anställde har ett intresse av att försörja sig, och arbetsgivaren har ett intresse av att den anställde inte vidarebefordrar eller drar nytta av företagshemligheter till skada för arbetsgivaren. Det finns dock bara ett fåtal regler/kollektivavtal som reglerar detta i Sverige. 38 § AvtL är egentligen den enda lag som direkt reglerar konkurrensklausulers tillämplighet, men

⁶⁴ A.a., s 326.

⁶⁵ L. Lunning och G. Toijer, Anställningsskydd. Kommentar till arbetsskyddslagen, 2002, s 308 samt AD 1995 nr 122 gällande en officer som var medlem i en motorcykelklubb som i sin tur var s.k. "hang-around" till Hells Angels. Uppsägningen av officeren ogiltigförklarades då medlemskapet ansågs ligga under RF:s föreningsfrihet.

⁶⁶ A.a., s 307.

⁶⁷ A. Adlercreutz och B. Flodgren, Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse, 1992, s 44.

även i 1969 års överenskommelse mellan Svenska Arbetsgivareföreningen och Svenska Industritjänstemannaförbundet, Sveriges Arbetsledareförbund och Sveriges Civilingenjörskörbundet regleras löner och allmänna anställningsvillkor m.m. för industrins tjänstemän. För att en arbetstagare skall anses vara bunden av avtalet gäller också att ett individuellt avtal gällande honom/hennes ska ha upprättats.⁶⁸ 1969 års överenskommelse är fortfarande gällande och har länge varit normerande både inom och utanför kollektivavtalsområdet. Den ringa förekomsten av tvistigheter på området sägs visa på den pacificerande effekt som avtalet har haft.⁶⁹ Avtalet föreskriver relativt stora begränsningar av användandet av konkurrensklausuler och anger hos vilka arbetsgivare och för vilka arbetstagare konkurrensklausuler bör användas. I avtalet anges också vilken bindningstid, dvs. den normaltida under vilken en arbetstagare förbjuds att konkurrera med sin arbetsgivare. För att förhindra att yngres och nyutexaminerades rörelsefrihet begränsas gäller avtalet endast dessa om de varit anställda mer än 6 månader. Vidare beskrivs skadeståndsskyldigheten vid brott mot klausulerna. En arbetstagare måste avsiktligt eller genom grov vårdslöshet överträtt konkurrensförbudet för att skadestånd ska kunna utgå.⁷⁰

Vid en eventuell intressekonflikt mellan arbetsgivare och arbetstagare måste domstolen ta hänsyn till faktorer såsom vikten av arbetstagarens intresse av att fritt kunna utnyttja sin arbetskraft i förhållande till det intresse som arbetsgivaren önskar skydda.⁷¹ Det är dock inte enbart det betydande/berättigade intresset som är avgörande vid bedömningen utan domstolen tar även hänsyn till arbetstagarens situation beträffande lön, ställning, position och om annan kompensation utgått. Vid någon form av förtroendeställning ökar kravet på lojalitet. Vidare väger domstolen in de begränsningar i arbetstagarens möjligheter att ta anställning eller bedriva verksamhet som kan uppkomma genom konkurrensklausulerna. Även bindningstiden

⁶⁸ A.a., s 52ff.

⁶⁹ A.a., s 63.

⁷⁰ Se bilaga 2; utdrag ur 1969 års överenskommelse mellan SAF och Svenska Industritjänstemannaförbundet, Sveriges Arbetsledareförbund och Sveriges Civilingenjörskörbundet.

⁷¹ Ds 2002:56, s 330.

påverkar bedömningen.⁷² AD har uttalat att om arbetstagaren erhållit ekonomisk ersättning i utbyte mot att denne kvarstannar i anställningen eller om ett kvarstannande är att ses som en motprestation för betald utbildning kan detta godtas under vissa förutsättningar. Om arbetstagaren ändå lämnar anställningen i förtid bör detta kunna vara förenligt med skyldighet att återbetala kostnaden.⁷³ En konkurrensklausul dock kan inte göras gällande om arbetsgivaren sagt upp arbetstagaren såvida inte uppsägningen föranletts av den anställdes avtalsbrott.⁷⁴ Det verkar råda ett osäkert rättsläge när arbetsgivaren sagt upp den anställda på grund av arbetsbrist eller på grund av begränsning av sin verksamhet, men generellt torde gälla att konkurrensklausulerna förlorar sin verkan vid uppsägning från arbetsgivarens sida även då.⁷⁵

1969 års överenskommelses normerande verkan innebär att även arbetstagare vars arbete täcks av det sakliga användningsområdet men som tillhör fackförening vilken inte är bunden av avtalet bör skälighetsprövningen enligt 38 § AvtL göras med avtalet som förebild. Beträffande de konkurrensklausuler som ligger utanför användningsområdet gäller dock kraftfullare begränsningar. I dessa fall godkänns endast särskilda omständigheter som att arbetsgivaren skulle anses ha ett betydande eller berättigat intresse av konkurrensklausulen. Speciellt kunskapsföretag har varit representerade i fall där ett betydande intresse för konkurrensklausuler har förelegat. I AD 1977 nr 167 accepterade domstolen den nyckelställning i konkurrenshänseende som en chef på ett konsultföretag innehade som skäl för att godkänna konkurrensklausulen.⁷⁶ I en annan dom ansåg domstolen att ett berättigat arbetsgivarintresse förelåg för att hindra att arbetstagaren tog med sig arbetsgivarens befintliga kunder/klienter.⁷⁷

En arbetstagares professionella kunnande, användandet av detta eller kundkontakter har tidigare inte kunnat begränsas genom användandet av konkurrensklausuler. Användandet av

⁷² A.a., s 339 – de ovan uppräknade kriterierna vid skälighetsbedömningen.

⁷³ A.a., s 339.

⁷⁴ R. Fahlbeck, Lagen om företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter, 2004, s 129f.

⁷⁵ A. Adlercreutz och B. Flodgren, Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse, 1992, s 95ff.

⁷⁶ AD 1977 nr 167.

⁷⁷ AD 1992 nr 9.

konkurrensklausuler har istället varit begränsat till företagsspecifikt kunnande samt till information som kommit från företagets egen produkt- eller metodutveckling. Framväxten av kunskapsorienterade företag har dock föranlett AD att delvis frångå sin tidigare restriktiva syn på konkurrensklausulers tillåtlighet och ytterligare att domstolen i allt högre grad har börjat tillåta att företagen skyddar viss kunskap om t ex kunder och affärer. Någon modernisering av 1969 års överenskommelse verkar dock inte vara aktuell.⁷⁸ Kritiken mot att 1969 års överenskommelse skulle vara omodern och ej anpassad till dagens företag bemöts bland andra av R. Fahlbeck som menar att formuleringarna om produkt- och metodutveckling i ingressen till 1969 års överenskommelse innebär att även kunskapsorienterade företag skall kunna erhålla skydd enligt avtalet då ”dessa företag sysslar visserligen med icke-materiell produktion men även produktion av kunskap är produktion”.⁷⁹ Arbetsmarknadens parter har vidare menat att konkurrensklausuler och deras ersättningskrav i många fall används i rent avskräckande syfte för att hindra den anställde att byta anställning. I departementsutredningen *Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv* från 2002 anser utredarna att konkurrensklausuler i princip kan innebära ett hinder mot den fria rörligheten omfattad av artikel 45 EUF men att det då måste vara tal om ett utifrån påtvingat åtagande. Att ingå ett avtal om att inte ta anställning hos en konkurrent kan enligt utredarna inte anses utgöra ett hinder för den fria rörligheten.⁸⁰ Att använda konkurrensklausuler för att hindra den anställde från att byta anställning står dock i direkt strid mot EU-rättens fria rörlighet. Flertalet arbetstagare inom tjänsteindustrin har idag en internationell arbetsmarknad och många globala företag använder sig av konkurrensklausuler. Det har därför visat sig önskvärt att skapa en klar bild av rättsläget utan alltför många nationella särlösningar. Trots detta har Sveriges grannländer Danmark och Finland moderniserat sin lagstiftning på området.⁸¹ Frankrike har liksom Sverige en kollektivavtalsbaserad reglering av området. Tyskland, Österrike, Italien och Nederländerna har infört relativt restriktiva regleringar av konkurrensklausuler, medan Storbritannien saknar reglering.

⁷⁸ Ds 2002:56, s 425ff.

⁷⁹ R. Fahlbeck, Lagen om företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter, 2004, s 134f.

⁸⁰ Ds 2002:56, s 331.

⁸¹ A.a., s 427 – 18 § Funktionärsloven i Danmark samt Kap 3:5 Arbetsavtalslagen 2001/155 i Finland.

4. Ny arbetsmarknad – nya krav

4.1. Strukturella förändringar på arbetsmarknaden

I början av 1900-talet var uppdragsförhållandet den vanligaste typen av arbete. Många var jordbrukare, hantverkare, handelsmän eller frilansande yrkesutövare. Under industrialismen minskade denna andel och antalet arbetstagare ökade. Denna utveckling innebar vidare att den rättsliga reglering som växte fram fick stå som förebild även för andra grupper såsom privata och offentliga tjänstemän.⁸² Under 1970-talet tillkom LAS och MBL och löntagarsamhället nådde därigenom sin kulmen. Samhället har dock under de två sista decennierna av 1900-talet kommit att präglas av en dramatisk och fundamental förändring. Det framväxande samhället har fått bära epitet som det postindustriella eller det postmoderna samhället och det har också talats om informations-, kunskaps- och nätverkssamhället. Även delar av arbetsmarknaden har påverkats och denna beskrivs bland annat i termer av post-fordism eller tjänstesamhälle.

Samhällsutvecklingen har därigenom bidragit till framväxten nya typer av arbetsorganisationer. Från de traditionella fordistiska organisationerna har det utvecklats mer decentraliserade och flexibla organisationstyper där projektorganisation spelar en allt mer avgörande roll.⁸³ Arbetsförhållandena skiljer sig därmed från industrisamhällets typsituationer. I dessa nya kunskapsintensiva arbetsorganisationer utgör den digitala teknologin men framför allt de anställdas kunskaper en avgörande faktor beträffande företagets konkurrensmöjligheter.⁸⁴ Kunskap har därigenom blivit kanske den viktigaste beståndsdel i samhällsekonomin och förvaltandet av kunskapen, dvs. att finna, odla, lagra, sälja och dela med sig av kunskapen är en av de viktigaste uppgifterna för arbetsmarknadens parter.⁸⁵ I den nya kunskapsbaserade ekonomin krävs en ny sorts kompetens och nya modeller för organisation och ledarskap. Det

⁸² A.a., s 87f.

⁸³ A.a., s 56f.

⁸⁴ A.a., s 88.

⁸⁵ T. A. Stewart, *Intellectuellt kapital*, 1997, s 38.

tidigare uniforma och standardiserade anställningsförhållandet fyller inte längre på samma sätt arbetsmarknadens behov utan det uppstår istället efterfrågan på olika och nya typer av uppdrags- och anställningsrelationer. Arbetstagarna är relativt välutbildade och har specifika kompetensprofiler. Tryggheten i långa anställningar och rutinmässiga befordringar har minskat.

Den nya drivkraften är en kombination av lönsamhet för företagens ägare men också av kundernas behov och förväntningar – där fokuseringen på kunderna är har blivit avgörande. Nya förutsättningar för entreprenörskap och företagsamhet skapas då efterfrågan ökar på informations- och andra tjänster utan stora kapital- och investeringskostnader.⁸⁶ Den digitala teknologins frammarsch har inneburit att kunskapssamhället har producerat nya typer av produkter och tjänster. Även tjänsteindustrin har i högsta grad påverkats av den digitala intelligensen. Den nya teknologin, de kundernas ökade förväntningar på produkterna och en förändrad demografi har tvingat företagen att omarbeta stora delar av sina organisationer. Därmed har även företagens behov av att sin egendom ökat. Många företag är idag vad som kan kallas virtuella företag. Ett virtuellt företag är en organisation som ”använder en kombination av högteknologi och utbildade, flexibla medarbetare som kan modifiera dess form beroende på behovet i verklig tid.”⁸⁷ Företagen har blivit alltmer beroende av kunskap för att locka till sig kunder, samt av informationsteknologi för att kunna driva verksamheten. Men i det nya kunskapssamhället har det även skett en förskjutning från tekniska till sociala system, vilket bland annat inneburit att tekniken alltmer underordnats människan i arbetslivet.⁸⁸ Det intellektuella kapitalet har kommit att spela en allt större roll vid konkurrensen mellan företag. Detta har bidragit till att den *immateriella ekonomin* fått ett allt större utrymme där företagen tidigare endast utgick från den materiella ekonomin.⁸⁹ En av skillnaderna mellan intellektuellt kapital och materiella varor är att när någon köpt intellektuellt kapital kan denne sälja det vidare samtidigt som han/hon behåller det förutsatt att de följer lagstiftningen om intellektuell egendom är det fullt möjligt för dessa att sälja vidare det de lärt av någon annan. Det

⁸⁶ Ds 2002:56, s 88.

⁸⁷ L. Edvinsson och M. Malone, Det intellektuella kapitalet, 1997, s 117f.

⁸⁸ T. A. Stewart, Intellektuellt kapital, 1997, s 10f - förord av Lars Wiberg maj 1999.

⁸⁹ A.a., s 216f.

intellektuella kapitalet kan frigöra traditionellt kapital som utrustning, betalningsmedel och lager. Genom detta kan det också frigöra ekonomiska tillgångar, intensifiera aktiviteten i företaget och därmed också öka lönsamheten dramatiskt. För att företagsledningen ska kunna få ett grepp om de immateriella tillgångarna i ett företag måste begreppet definieras så att det blir påtagligt och hanterbart. Enligt T. A. Stewart består det intellektuella kapitalet av tre delar; 1) *humankapital*, vilket innefattar människors förmåga till problemlösning och tillvarata möjligheter, 2) *strukturkapital*, dvs. teknologi, organisationsstrukturer, arbetsprocesser etc. samt 3) *kundkapital*, vilket är en ekonomisk bas för verksamheten. Författaren menar vidare att det verkliga måttet på ett företags effektivitet är med vilken skicklighet och snabbhet det kan öka sitt humankapital.⁹⁰

Kunskapsrevolutionen har därigenom omvandlat arbetslivet, samhällsekonomin och det sociala samhället. Det intellektuella kapitalet kräver andra insatser än det traditionellt fysiska kapitalet i industrisamhället. När individuell kunskap och kompetens blir den resurs som många verksamheter står och faller med finns det mycket som talar för att arbetsgivare och arbetstagare på individnivå blir alltmer jämbördiga. Det individuella anställningsavtalets betydelse ökar. Edström anser att arbetsrätten alltmer kommer att präglas av *regler om individers likabehandling ur ett diskrimineringsperspektiv*. Med detta, menar författaren, står regleringen inte i motsatsförhållande till marknadens princip om att välja den som är bäst lämpad för arbetsuppgiften. Det arbetsrättsliga området kommer troligen att bygga på ökade inslag av mer traditionell avtalsrätt med kompletteringar av regleringar bland annat kring nya arbetstagarformer som t ex "self-employed".⁹¹ Organisationsformer som bygger på dialog och samverkan mellan arbetstagare och arbetsgivare blir allt fler och fler. Arbetsledningsmetoderna bygger på involvera arbetstagarna i produktions- och utvecklingsprocesserna. I konkurrensen om de bäst lämpade arbetstagarna spelar arbetstagarnas möjligheter att påverka sitt arbete genom engagemang och eget ansvarstagande en betydande roll. Då den tidigare regleringen av arbetsmarknaden var uppbyggd på industrisamhällets mer långtgående arbetsdelning och

⁹⁰ A.a., s 185.

⁹¹ Ö. Edström, s 232f.

hierarkiska detaljstyrning har det växt fram ett behov för att möta dessa moderna organisations- och arbetsledningsformer.⁹²

Framväxten och behovet av nya anställningsformer visar att arbetsmarknaden befinner sig i en förändringsfas som ska svara mot flexibilitetskraven från arbetsmarknadens parter. Det anställningsavtal mellan arbetstagare och arbetsgivare som är vanligast idag kan komma att trängas undan av nya avtal om arbetsprestationer eller av avtal som kan inplaceras mellan det ovan definierade anställningsavtalsbegreppet (enligt LAS) och uppdragsavtalsbegreppet i olika varianter. Troligtvis kommer denna utveckling att fortsätta och alltfler på arbetsmarknaden kommer att omfattas av arbetsformer som inte regleras av LAS. Begreppen lojalitet och samverkan samt deras betydelse blir därmed allt viktigare genom framväxandet av ett antal nya situationer i förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare. I kunskapssamhällets olika företag finns många olika populationer av anställda, från distansarbetare till konsulter, uppdragstagare eller andra tillfälligt anställda. Samexistensen dem emellan resulterar i en komplexitet av blandade lojaliteter som inte fanns i det traditionella företagets organisationsschema. Med tanke på denna komplicerade struktur kan det bli svårt att mäta och skydda det intellektuella kapitalet. Förståelsen av sina egna immateriella tillgångars värde är dock en viktig framgångsfaktor för många företag.⁹³

De nya arbets- och organisationsformerna har även lett till att EU, ILO, OECD samt flertalet enskilda länder har uppmärksammat arbetsrättens tillämpning. Diskussionen har främst kretsat kring vilka grupper av arbetspresterande parter som ska räknas inom gränsen för arbetsrättens tillämpningsområde. Lagstiftarna har diskuterat huruvida det finns ett behov av en mellangrupp mellan arbetstagare och uppdragstagare, såsom t ex de ekonomiskt beroende uppdragstagarna. Subordination har kommit att bilda utgångspunkt för diskussionen. En sida har menat att arbetsrättens tillämpningsområde bör begränsas och en återgång till den strikta definitionen av begreppet är önskvärd. Den andra sidan i debatten har ansett att arbetsrättens

⁹² Ds 2002:56, s 414.

⁹³ L. Edvinsson och M. Malone, Det intellektuella kapitalet, 1997, s 199f.

tillämpningsområde istället bör utvidgas genom att inte enbart subordinationen ska beaktas.⁹⁴ Bemanningsbranschen är ett exempel på en situation där det har uppstått behov av att utforma kompletterande arbetsmarknadsmässiga regleringar. I bemanningsföretagen är det, beroende på vilken arbetskraft som efterfrågas, vanligtvis individens intellektuella kapital i form av know-how och kunskap som hyrs ut.

5. Analys

5.1.Rätten till det intellektuella kapitalet

Rätten till det intellektuella kapitalet är en komplex och mångfacetterad fråga. Vid sidan om avtalsrätt, konkurrensrätt, arbetsrätt, immaterialrätt möter vi frågor som rör den rättssociologiska dimensionen i form av samhällliga och ekonomiska perspektiv. Det finns en stor osäkerhet på området om hur konkurrensklausuler och andra avtalsrättsliga begränsningar skall tolkas. Vidare är det svårt för de tillämpande parterna att överblicka rättspraxis.

För många av de kunskapsbaserade företagen är det avgörande för verksamhetens vidare utveckling och konkurrensförmåga att stora delar av företagets samlade intellektuella kapital sprids inom företaget. Företagen kan investera i sina anställda för att öka sina tillgångar i form av intellektuellt kapital för hela företaget. På samma sätt kan de tillsammans med kunderna utveckla ett intellektuellt kapital som är bägges gemensamma egendom.⁹⁵ Intellektuellt kapital ägs således av både organisationen, kunden och individen gemensamt. Arbetsgivarna har blivit alltmer beroende av humankapitalet men har samtidigt släppt efter beträffande anställningstrygghet och lojalitet. Nyckelpersoner och andra värdefulla arbetstagarna i kunskapsföretag är mer rörliga på arbetsmarknaden och tar med sig sitt intellektuella kapital till sina nya arbetsgivare. Det är därför viktigt att företagen skapar relationer med arbetstagarna som kan ge dem dispositionsrätten till humankapitalet t ex genom erfånätverk (community of practice), dvs. plattformar för erfarenhetsutbyte mellan företag i olika branscher, genom

⁹⁴ Ds 2002:56, s 96.

⁹⁵ T. A. Stewart, Intellektuellt kapital, 1997, s 201.

medägande eller i alla fall känslan av medägande. Organisationens förmögenhet skapas dels kring kärnkompetensen, dels i den strategiska kompetensen. Dessa skapar det förädlingsvärde som kunderna betalar för. AD har menat att konkurrensklausuler tillåts enligt 1969 års överenskommelse om de är menade att skydda tillverkningshemligheter eller företagsspecifikt kunnande. Detta kan enligt domstolen även inkludera s.k. know-how. Då domstolen har sett det som angeläget att anställda kan tillgodogöra sig sina kunskaper såsom specialutbildning eller erfarenhet inom vissa branscher även hos andra arbetsgivare, har domstolen framhållit att 1969 års normerande överenskommelse inte ska omfatta de anställdas personliga skicklighet, kunskaper och erfarenhet d v s vissa av de delar som ingår i humankapitalet.

Strukturkapitalet kan reproduceras och delas med andra. Det tillhör hela organisationen och innehåller en del som består av teknologi, uppfinningar, data, publikationer och tillverkningsmetoder. Detta kapital kan skyddas med hjälp av immateriell lagstiftning såsom patentskydd, copyright, konkurrensklausuler och lagen om företagshemligheter.

Strukturkapitalet består även av en del som innehåller organisationsstrukturer, rutiner, arbetsprocesser, strategier m.m. vilka kan vara svåra att definiera och skydda. Strukturkapitalet ägs av företaget men är det kapital som betyder minst ur kundernas perspektiv. Det fyller två funktioner – dels tillhandahåller det de kunskaper som leder fram till den produkt kunderna värderar, dels strukturerar det och sprider information inom företaget.⁹⁶ Lagstiftarna har under senare tid sett över definitionen av begreppet företagshemlighet i FHL. I denna utredning (SOU 2008:63 Förstärkt skydd för företagshemligheter) berörs kunskapsföretagens svårigheter att dra en gräns för vad som är företagshemlighet och vad som är de anställdas personliga skicklighet, erfarenheter och kunskap. Utredarna menar att gränsdragningen som gjorts i förarbetena till FHL är tillräcklig och att det inte finns anledning att ändra definitionen eftersom definitionen av begreppet företagshemlighet är vidsträckt och flexibel. Utredarna hänvisar till Prop. 1987/88:155, s 35 och skriver vidare att ”gränsdragningen bör utföras utifrån den principen att information som vem som helst med adekvat utbildning kan omsätta i praktiskt

⁹⁶ A.a., s 211ff.

resultat bör anses som information i näringsidkarens rörelse. Är emellertid informationen knuten till individen, så att den inte genom en instruktion eller anvisning kan överflyttas till någon annan bör den anses vara av personlig art och således inte ingå i näringsidkarens rörelse.”⁹⁷ Huruvida detta är något som arbetsmarknadens parter kommer att nöja sig med får framtiden utvisa.

I likhet med humankapitalet kan inte kundkapitalet ägas av företaget. Även mer allmän kännedom om marknads- och branschförhållanden ligger utanför konkurrensklausulernas tillämpningsområde. Beträffande kundkapitalet har domstolen inte tagit ställning till hur särskilda kundregister som arbetsgivaren vill hålla hemliga ska skyddas.⁹⁸ AD har dock i och med framväxten av kunskapsföretag till vissa delar släppt sin tidigare restriktiva syn på detta område vilket framkommit i en del fall vid avgöranden om konkurrensklausulers tillåtlighet där domstolen tillåtit företagen skydda bland annat kunskap om affärer och kunder. Möjligtvis skulle denna fråga också kunna ligga under lojalitetsplikten och därigenom regleras.

Definitionerna av begreppet intellektuell kapital blir sålunda allt viktigare när det kommer till avgörandet av vem som äger vad. Vissa menar att ingen egentligen äger själva idéerna och företagskunnandet i form av know-how, varken företagen eller individerna, utan detta kan förmedlas och utvecklas i erfänätverk. Erfänätverket bidrar till att skapa humankapital vilket i sin tur måste omvandlas till företagets kärnkompetens. En del av denna kunskap, såsom delar av strukturkapitalet, ägs av företaget och skyddas genom immaterialrättens lagstiftning. Andra delar, som t ex humankapitalet, ägs av individerna själva och överförandet av dispositionsrätten av detta intellektuella kapital måste ske på frivillig basis.⁹⁹ Kunskapssamhällets utveckling har inneburit att företagen alltmer har lämnat den industriella och hierarkiskt uppbyggda arbetsorganisationen med arbetsdelning i tankearbete och utförande arbete. Plattare organisationer har skapat bredare kompetenser för de anställda och många tjänste- och

⁹⁷ SOU 2008:63 Förstärkt skydd för företagshemligheter, s 90f.

⁹⁸ Ds 2002:56, s 335.

⁹⁹ T. A. Stewart, Intellektuellt kapital, 1997, s 132.

kunskapsföretag är projektorganiserade. Även industriföretagen och de offentliga organisationerna använder allt mer projektlösningar i sina verksamheter. Arbetet har därigenom blivit mer mål- och probleminriktat. Den kompetens som individer och företag behöver för att lyckas är annorlunda än den kompetens som tidigare använts. Detta visar sig bland annat i kritiken mot 1969 års överenskommelse där kritikerna menar att användandet av konkurrensklausuler måste ta sin utgångspunkt i själva arbetsmarknaden - inte i historien. I vissa delar har konkurrensklausuler kommit att användas i avskräckande syfte för att binda upp den anställde till företaget. Detta visar bland annat på ett behov att förkorta de bindningstider som fastställs i 1969 års överenskommelse för att regleringarna ska kunna anpassas till ett modernt kunskapsamhälle med dess snabba utveckling och högar krav på flexibilitet.¹⁰⁰ Den internationella utblicken visar på samma problematik. En del länder har tillämpat skyddsregler för den grupp som befinner sig mellan arbetstagare och uppdragstagare och som faller utanför arbetsrättens tillämpningsområde.

6. Slutsatser

Utvecklingen i detta framväxande kunskapsamhälle kommer i hög grad att leda till att individens intellektuella kapital i form av personlig kunskap, personlig kompetens samt personlig erfarenhet alltmer kommer att bli utslagsgivande för dennes position på arbetsmarknaden. Maktförhållandet mellan parterna på arbetsmarknaden kan komma att förskjutas till arbetsgivarens fördel då det är arbetsgivaren som bestämmer vilka kvalifikationer verksamheten har behov av men också då den rättsliga basen för anställningstrygghet kan komma att undermineras genom förändringar i lagstiftningen. Dessa förändringar ökar arbetsgivarens makt bland annat genom kraven på och behovet av individuellt utformade anställningsavtal allteftersom olika typer av anställningsförhållanden växer fram. Men samtidigt som konkurrensen om marknadsandelarna ökar och företagens behov av skydd av sitt intellektuella kapital breder ut sig, ökar individualismen och de anställdas krav på att kunna använda det intellektuella kapitalet till sin egen fördel. Det torde därför vara viktigt för

¹⁰⁰ Ds 2002:56, s 426f.

lagstiftarna att ta fasta på arbetsmarknadens utveckling av idag och utforma ett flexibelt regelsystem som upplevs som rättvist av båda parterna. I utredningen *Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv* menar författarna att det inte finns behov av att utvidga de arbetsrättsliga reglerna.¹⁰¹ Det har dock gått nästan ett decennium sedan denna utredning gjordes och arbetsmarknaden genomgår ständigt förändringar. En global och krympande värld, samhälleliga förändringar, finanskriser som satt stora ekonomier i gungning, arbetsmarknadens ökade krav på flexibilitet, företagens verksamhetsintresse kontra de allt mer mobila arbetstagarnas individintresse - allt detta i kombination med en något föråldrad lagstiftning med rötter i det gamla industrisamhället skapar osäkerhet. Behovet av ett modernt perspektiv och till kunskapssamhället mer anpassade regleringar ökar därmed och kommer troligen att fortsätta öka. Diskussionen kring rätten till det intellektuella kapitalet lyfter fram den arbetsrättsliga regleringens behov av flexibilitet samt de ökande kraven på dess modernisering och anpassning till dagens ständigt föränderliga samhälle.

¹⁰¹ A.a., s 133f.

7. Käll- och litteraturförteckning

7.1. Offentligt tryck

7.1.1. Författningar

Lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar
Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
Lag (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen
Konkurrenslagen (2008:579)
Lag (1982:80) om anställningsskydd
Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
Regeringsformen

7.1.2. Departementsserien

Ds 2002:56, *Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv*. Stockholm 2002.

7.1.3. Propositioner

Prop. 1987/88:155 med förslag till lag om företagshemligheter

7.1.4. Utredningar

Statens offentliga utredningar, SOU 1983:52; *Företagshemligheter*. Stockholm 1983.

Statens offentliga utredningar, SOU 2008:63; *Förstärkt skydd för företagshemligheter*. Stockholm 2008.

7.2. Litteratur

Adlercreutz, Axel & Flodgren, Boel; *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*. Första upplagan. Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet. Lund 1992.

Edström, Örjan; *Anställningsskydd och förändrade kvalifikationskrav i kunskapssamhället*. Upplaga 1. Iustus Förlag. Uppsala 2001.

Edvinsson, Leif & Malone, Michael S. (översättare Christer Ekberg); *Det intellektuella kapitalet*. Upplaga 1:1998. Liber Ekonomi, Malmö 1999. (Originallets titel: Intellectual Capital – Realizing Your Company's True Value by Finding Its Hidden Brainpower)

Ellström, Per-Erik; *Kompetens, utbildning och lärande i arbetet*. Första upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm 1992.

Englund, Thomas; *Reglerna kring anställningen*. Fjärde upplagan. Tholin & Larsson Förlag. Göteborg 2007.

Fahlbeck, Reinhold; *Lagen om skydd för företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter*. Andra upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm 2004.

Fors, Kristina & Streiffert, Marie; *Arbetsstagarens ställning vid arbetsgivarens medverkan i en kartell – med fokus på lojalitetsplikt och kritikrättens gränser*. Kandidatuppsats vid institutionen för handelsrätt, Lunds universitet, januari 2003. Studentlitteratur. Lund 2003.

Glavå, Mats; *Arbetsrätt*. Första upplagan. Studentlitteratur. Lund 2001.

Granberg, Olof; *Lära eller läras. Om kompetens och utbildningsplanering i arbetslivet*. Första upplagan. Studentlitteratur. Lund 2004.

Gustafsson, Leif & Westin, Jakob m.fl.; *Svensk konkurrensrätt*. Andra upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm 2004.

Lindvall, Ulrika; *Förhållandet mellan kollektiv arbetsrätt och konkurrensrätt – baserad på EG-domstolens ställningstagande*. Kandidatuppsats vid Institutionen för handelsrätt, Lund universitet, januari 2001. Studentlitteratur. Lund 2003.

Lunning, Lars & Toijer, Gudmund; *Anställningsskydd. Kommentarer till anställningsskyddslagen*. Åttonde upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm 2002.

Molin, Anna; *Att avsluta en anställning*. Första upplagan. Björn Lundén Information AB. 2007.

Peczenik, Aleksander; *Juridikens allmänna läror*. Svensk Juristtidning 2005 (nr 3). Iustus Förlag. Mölnlycke 2005.

Sandgren, Claes; *Om teoribildning och rättsvetenskap* (Lunds Universitet, Inst. för handelsrätt, studiematerial till kursen "Arbetsrätten i tillämpning", HARL06, vt 2009).

Sigeman, Tor; *Arbetsrätten. En översikt*. Fjärde upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm 2006.

Stewart, Thomas A. (översättare Marianne Kristoffersson); *Intellektuellt kapital*. Upplaga 1:1997. Nerenius & Santéus Förlag, Stockholm 1999. (Originallets titel: Intellectual Capital.)

7.3.EU-rättsliga källor

7.3.1. Fördrag

Fördraget om upprättande av Europeiska Gemenskapen (Romfördraget), Tredje delen – Gemenskapens politik, Avd III – Fri rörlighet för personer, tjänster och kapital.

Konsoliderad version av fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (2008/C 115/01). Europeiska unionens officiella tidning nr C 115 , 09/05/2008 s. 0001 – 0388.

7.3.2. Direktiv

EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag

7.4. Internetkällor

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:SV:PDF>
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12006E039:SV:HTML>
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0001:01:SV:HTML>
<http://www.jamombud.se/jamojuridik/lagstiftningoch/egratt.asp>
<https://www.eu-upplysningen.se/lagar-och-regler/om-eu-ratten/>
<http://www.eu-upplysningen.se/Lagar-och-regler/Om-EUs-fordrag/EUF-fordraget/>

7.5.Övriga källor

Marknadsdomstolens avgörande MD 1996:33, Norsk Hydro Olje AB mot Konkurrensverket

7.6.Rättsfallsförteckning

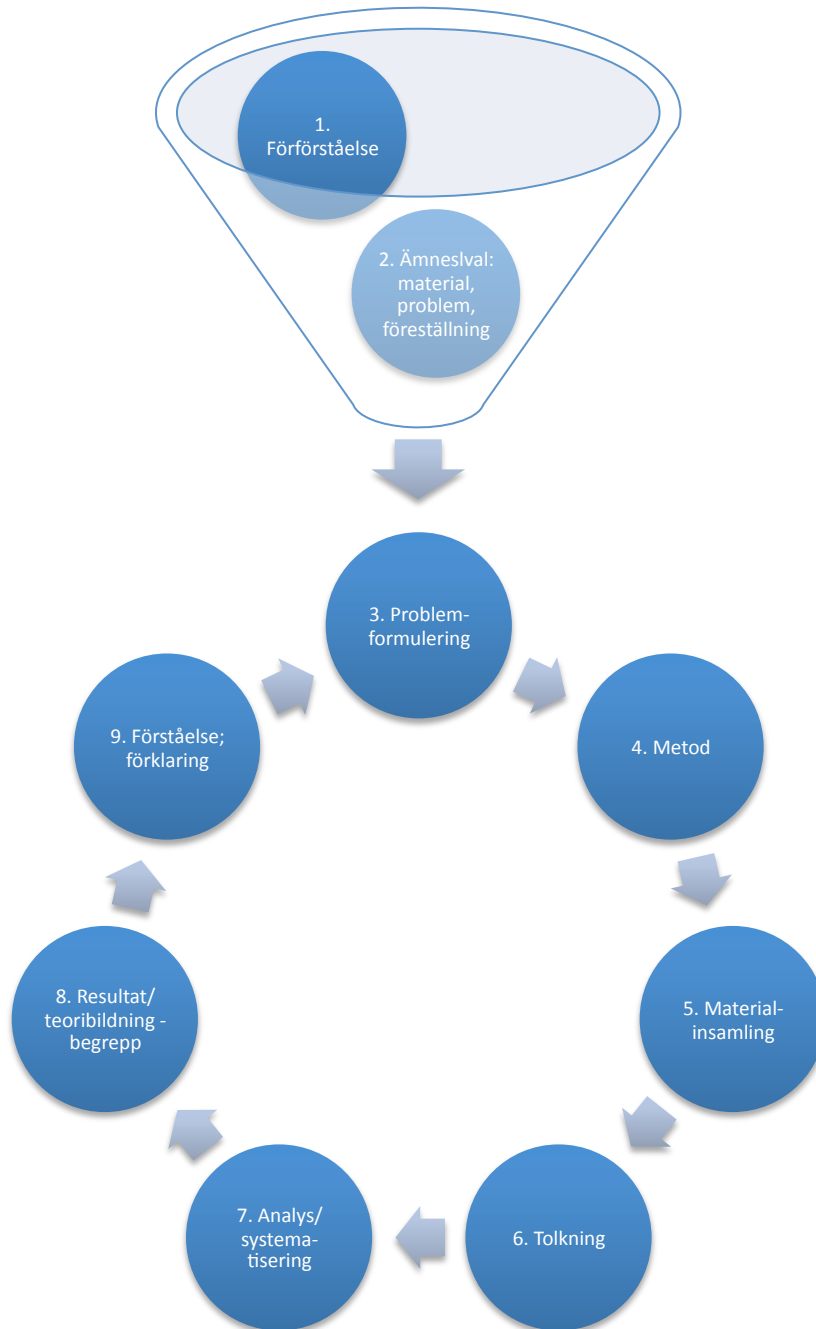
AD 1977 nr 167
AD 1991 nr 138
AD 1992 nr 9
AD 1995 nr 122
AD 2002 nr 15
AD 2002 nr 115
AD 2003 nr 84
AD 2005 nr 28

8. Bilagor

- Bilaga 1. Praktisk modell av teoribildning efter Claes Sandgren
- Bilaga 2. Utdrag ur 1969 års överenskommelse mellan Svenska Arbetsgivareföreningen och Svenska Industrijänstemannaförbundet, Sveriges Arbetsledareförbund och Sveriges Civilingenjörsförbund

Bilaga 1.

Forskningsprocessen i form av en praktisk modell för teoribildning
(fritt tolkat efter Claes Sandgrens figur 3 – Om teoribildning och rättsvetenskap, s 312)



Bilaga 2.

Utdrag ur 1969 års överenskommelse mellan Svenska Arbetsgivareföreningen och Svenska Industritjänstemannaförbundet, Sveriges Arbetsledareförbund och Sveriges Civilingenjörskörbundet

Användningsområde

1. Konkurrensklausuler bör ifrågasättas blott hos sådana arbetsgivare, som är beroende av självständig produkt- eller metodutveckling och som genom utvecklingsarbete av angivet slag skaffar sig tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart kunnande, vars yppande för konkurrenter skulle kunna medföra påtagligt men. Lika med sådana arbetsgivare skall anses företag, som genom avtal förvärvat tillverkningshemligheter etc.

Konkurrensklausuler bör vidare ifrågakomma blott för arbetstagare, som under anställningen får kännedom om tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart kunnande och som genom utbildning eller erfarenhet har möjlighet att göra bruk av denna kännedom.

2. Vid avgörande av fråga, huruvida konkurrensklausul bör intagas i tjänsteavtalet för viss arbetstagare, samt vid fastställande av klausulens innehåll bör hänsyn tagas till å ena sidan vikten av det intresse, som arbetsgivaren önska skydda, och å andra sidan arbetstagarens intresse av att fritt kunna utnyttja sin arbetskraft. Med hänsyn härtill bör frågan om införande av konkurrensklausul prövas i varje enskilt fall.

Anställer företag, som förvärvat know-how eller därmed jämförligt kunnande, person, som ej uppnått 27 års ålder och som vid anställningstillfället är nyutexaminerad från undervisningsanstalt, och fattas därvid beslut om att binda den anställde med konkurrensklausul, bör klausulen i normalfallet erhålla sådan utformning, att den erhåller verkan blott i det fallet, att anställningen upphör, sedan den varat i mer än sex månader.

Innehåll

3. Den tid efter anställnings upphörande, under vilken den anställde skall vara förhindrad att befatta sig med verksamhet, vilken konkurrerar med arbetsgivaren, (bindningstiden) skall ej vara längre än den beräknade livslängden för arbetsgivarens skyddsvärda know-how eller därmed jämförbara kunnande. Med hänsyn till arbetstagarens intresse av att fritt kunna disponera över sin arbetskraft bör dock bindningstiden i normalfallet ej överstiga 24 månader eller, om ovan nämnda livslängd är kort, 12 månader.

4. Normerat skadestånd bör sättas i rimlig relation till arbetstagarens lön. I allmänhet torde ett skadeståndsbelopp motsvarande sex genomsnittliga månadsinkomster utgöra tillräckligt skydd för konkurrensförbudet.

(...)