

Hur kan arbetsgivare skydda sina hemligheter?

Det automatiska skyddet av arbetsgivarens hemliga information är ofta långt ifrån tillräckligt. Ofta upptäcker arbetsgivare för sent att företaget inte är tillräckligt skyddat mot angrepp. Många gånger hade skyddet dock gått att förbättra med några enkla åtgärder från arbetsgivarens sida. Hemlig information kan skyddas på olika sätt. Advokaten Elsa Arbrandt, specialiserad inom immaterialrätt, och advokaten Fredrika Skoog Eriksson, specialiserad inom arbetsrätt, båda verksamma vid Roschier i Stockholm, har lång erfarenhet av dessa frågor.

I denna artikel ges förslag på åtgärder som kan vidtas för att förstärka arbetsgivarens skydd av sina hemligheter, t.ex. genom avtal med anställda och aktivt hemlighållande av den känsliga informationen. Även åtgärder för att säkerställa att arbetsgivaren har rätt till de immateriella rättigheter som den anställda har skapat i anställningen berörs. Dessutom behandlas i artikeln möjligheterna till bevissäkring och de påföljder som kan aktualiseras då anställda förfogar över hemligheter för ett illojalt syfte.

"Sparkade stjal företagshemligheter - och tycker att det är okej". Så lät rubriken på en artikel i Computer Sweden i februari 2009. Av artikeln framgår att en stor andel av de personer som förlorar sitt arbete passar på att stjäla data innan de slutar, enligt en enkät utförd av Ponemon Institute. Av de amerikaner som svarade erkände 59 % datastöld och 67 % förklarade sig använda företagshemligheter för att få ett nytt jobb. Enligt Computer Sweden ansåg hela 79 % att det faktiskt är "okej" att stjäla data "eftersom 'alla andra gör det' ". Liknande hot framkommer i en senare rapport

Ny Juridik 2:09 s 24

från KPMG:s e-Crime Survey 2009.

Ja, men de där undersökningarna genomfördes ju utomlands, kan man invända. I Sverige är det helt annorlunda. Vi frågar oss om det verkligen är så mycket annorlunda här. I januari i år kunde vi i media läsa om en anställd som hade stulit hemliga prototyper av mobiltelefoner från Sony Ericsson i Lund. I höstas föll domen mot den anställda konsulten som utövade utpressning mot Saab Microwave Systems, och dessförinnan föll domarna mot de två Ericsson-anställda som lämnade ut företagshemligheter till en tredje person som sålde informationen vidare till ryska underrättelseagenter. Dessa är några exempel på grova brott gällande illojal hantering av arbetsgivarens hemliga information. De "vanliga" målen om avslöjande och användande av företagshemligheter och anställdas brott mot lojalitetsplikten är många fler.

Den tekniska utvecklingen har medfört att det är lätt att ta del av och sprida information. Försäljnings- och konsultföretag, där verksamheten till stor del bygger på de anställdas know-how samt förutsätter att anställda tar del av kundlistor, affärsplaner, marknadsstrategier m.m., är särskilt utsatta för angrepp. Även forsknings- och utvecklingsintensiva företag kan givetvis också utsättas för angrepp. Säkerhetspolisen konstaterade redan 2004 att flera länder bedriver aktivt spionage, under senare år i hög grad inriktat mot kunskapsintensiv och högteknologisk industri och forskningsinstitutioner (Säkerhetspolisen, "Att skydda svensk bioteknik"). Det har tidigare ansetts att forsknings- och utvecklingsföretag har ett relativt starkt skydd med stöd av immaterialrättslig lagstiftning men detta har dock på senare tid ifrågasatts (DN debatt den 10 december 2008).

Förstärk det automatiska skyddet

Så vad kan arbetsgivaren göra för att skydda sig mot att anställda avslöjar eller tar med sig och använder företagets hemligheter? I detta avsnitt kommer vi först att kort beröra det skydd som finns med automatik i ett anställningsförhållande. Därefter går vi igenom vissa åtgärder som arbetsgivaren kan vidta för att förstärka det skyddet, dels genom avtal, dels genom aktivt hemlighållande av känslig information. Avslutningsvis behandlar vi de åtgärder

Ny Juridik 2:09 s 25

som krävs för att även kunna dra nytta av det skydd den immaterialrättsliga lagstiftningen erbjuder.

Lojalitetsplikten skyddar med automatik

I anställningsförhållandet är företagets hemligheter i viss mån skyddade tack vare den lojalitetsplikt som en anställd måste iakttä gentemot sin arbetsgivare under pågående anställning. Av lojalitetsplikten följer att den anställda inte får vidta åtgärder som är ägnade att skada eller på annat sätt försvåra arbetsgivarens verksamhet (AD 1989 nr 90). Mer specifikt innebär lojalitetsplikten i ett anställningsförhållande bl.a. att den anställda har tystnadsplikt och får inte ägna sig åt konkurrerande verksamhet under anställningstiden (och således även under uppsägningstiden). Anställda i företag som är bundna av kollektivavtal kan dessutom omfattas av förhållningsregler (såsom tystnadsplikt och konkurrensförbud) i kollektivavtal.

Lojalitetsplikten upphör att gälla när anställningen upphör, och det står sedan den anställda fritt att avslöja och utnyttja hemlig information. Den tidigare anställda kan således efter anställningens upphörande påbörja anställning hos en konkurrent eller starta egen konkurrerande verksamhet. Information som utgör företagshemligheter i den mening som avses i lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter ("FHL"), och sådan information (eller dess form, exempelvis en prototyp) som åtnjuter immaterialrättsligt skydd och där rättigheterna innehas av arbetsgivaren, är dock skyddad.

Det är värt att notera skillnaderna för anställda inom den offentliga sektorn, där bl.a. reglerna om yttrandefrihet och allmänna handlingar är tillämpliga. Dessutom intar fackliga förtroendemän en speciell ställning och får lämna vidare hemliga uppgifter till den arbetstagarorganisation de företräder. Dessa regler kommer vi inte att behandla i denna artikel.

Förstärk och förläng lojalitetsplikten genom avtal

Som vi ovan har nämnt är arbetsgivarens hemligheter i viss mån skyddade i anställningsförhållanden. Lojalitetspliktens omfattning kan dock vara oklar, vilket innebär att det är svårt att fastställa om den anställdes agerande utgör en överträdelse av lojalitetsplikten eller inte. Det kan därför finnas skäl att uttryckligen

Ny Juridik 2:09 s 26

reglera t.ex. tystnadsplikt och ett eventuellt konkurrensförbud så att den anställda vet vad som gäller. Dessutom kan förekomsten av ett uttryckligt sekretessåtagande vara en försvårande omständighet för den anställda vid bedömningen av om en uppsägning eller ett avsked var lagligen grundad. Eftersom lojalitetsplikten upphör att gälla när anställningen upphör, bör även en förlängd lojalitetsplikt övervägas i samband med anställning av personal.

Med hänsyn till de stränga krav som FHL uppställer för att en anställd ska kunna fällas till ansvar för utnyttjande eller röjande av företagshemligheter utgör välavvägda konkurrensklausuler ett värdefullt komplement till FHL. Nuvarande FHL skyddar inte företagshemligheter som den anställda har fått tillgång till i tjänsten, vilket medför att många förfoganden av anställda faller utanför FHL:s tillämpningsområde. Dessutom uppställer FHL krav på att synnerliga skäl måste föreligga för att en tidigare anställd ska kunna fällas till ansvar för förfoganden som vidtagits efter anställningstidens upphörande. Dessa faktorer utgör således ytterligare skäl till att överväga möjligheten att tillämpa sekretessåtaganden och konkurrensklausuler både under anställningstiden och därefter.

Vi kommer nedan att gå in närmare på utformningen av sekretessåtaganden och konkurrensklausuler som avser att såväl förstärka lojalitetsplikten under anställningen som att förlänga lojalitetsplikten till att gälla även efter anställningen. Vi kommer dock inte att behandla s.k. kundklausuler som syftar till att skydda arbetsgivarens kunder.

Med sekretessåtagande avser vi ett åtagande enligt vilket den anställda åtar sig tystnadsplikt i fråga om viss information. Sekretessåtagandet syftar således till att förhindra att företagets hemligheter avslöjas för annan. Sekretessåtagandet bör finnas uttryckt i anställningsavtalet. Det är viktigt att noga tänka igenom innehållet i åtagandet, särskilt eftersom eventuella oklarheter i åtagandet ofta tolkas till den anställdes fördel.

Viktiga faktorer i ett sekretessåtagande är

- vilken typ av information som ska betraktas som hemlig (företagsintern information, information om kunder, både muntlig och skriftlig m.m.),

- vilken räckvidd åtagandet ska ha (t.ex. både information

Ny Juridik 2:09 s 27

som härrör från arbetsgivarbolaget och andra koncernbolag),

- vad sekretessen ska innebära i praktiken (att varken avslöja eller använda informationen) och
- hur länge åtagandet ska gälla (ofta både under och efter anställningen).

Ifråga om tidsaspekten gäller ofta sekretessåtagandet för en obegränsad tid, men avser enbart sådan information som arbetsgivaren "rimligen kan antas vilja hålla konfidentiell". En sådan skrivning innebär i praktiken en tidsbegränsning, eftersom sekretessen upphör när arbetsgivaren rimligen inte längre antas vilja hålla informationen konfidentiell. Sekretessen kommer således att klinga av efter hand på grund av svårigheten att bevisa att informationen fortfarande är hemlig. I andra fall kan sekretessen vara begränsad till ett visst antal år, t.ex. två år. Det kan i detta sammanhang noteras att det i FHL finns en preskriptionstid på fem år.

Det kan vara frestande att utforma sekretessåtaganden som avses gälla under en väldigt lång bestämd tid. Man bör då ha i åtanke att oskäligen sekretessåtaganden kan jämkas eller förklaras ogiltiga med stöd av 36 § avtalslagen (1915:218). Skulle åtagandet förklaras ogiltigt är den anställde inte bunden av någon sekretessförpliktelse alls efter anställningens upphörande. "Less is more" är således den gyllene regeln i detta sammanhang. Samma princip gäller även konkurrensklausulerna, se nedan.

Med konkurrensklausul avser vi en avtalsklausul enligt vilken den anställde efter anställningens upphörande under en viss tid förbjuds att bedriva verksamhet som konkurrerar med den verksamhet som arbetsgivaren bedriver. I detta sammanhang avser vi således inte ett förbud mot att bearbeta arbetsgivarens kunder, vilket istället regleras i s.k. kundklausuler. Konkurrensklausulen skyddar arbetsgivarens hemligheter genom att konkurrerande verksamhet där arbetsgivarens hemligheter kan komma till användning förhindras.

Konkurrensklausulens rättsliga ställning är omdiskuterad. Utgångspunkten är dock att klausulen i och för sig är giltig. En överträdelse av klausulen utgör därför ett avtalsbrott som kan föranleda skadeståndsskyldighet. En konkurrensklausul som sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt är dock, enligt 38 § avtalslagen,

Ny Juridik 2:09 s 28

inte bindande för den anställde.

Arbetsdomstolen har vid bedömningen av konkurrensklausulers skälighet lagt stor vikt vid 1969 års överenskommelse mellan, å ena sidan, SAF, och, å andra sidan, SIF, SALF och CF angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i s.k. konkurrensklausuler i tjänsteavtal. 1969 års överenskommelse har varit och är fortfarande vägledande för den praxis som finns på området. Det gäller även i fall där överenskommelsen inte har varit bindande för arbetsgivaren och den anställde. Utrymmet för konkurrensklausuler utanför området för 1969 års överenskommelse är begränsat och det finns stor risk att en konkurrensklausul underkänns av domstol (se t.ex. AD 2001 nr 91). Konkurrensklausuler i affärsmässiga sammanhang (t.ex. i samband med en aktieöverlåtelse) bedöms dock friare och principerna i 1969 års överenskommelse tillämpas inte på dessa. Vi går inte in närmare på den typen av konkurrensklausuler i denna artikel.

Baserat på den praxis som finns gällande konkurrensklausulers skälighet har vi identifierat följande krav på utformningen av en konkurrensklausul:

- vad som avses med konkurrerande verksamhet ska vara specificerat,
- det geografiska tillämpningsområdet ska vara begränsat,
- arbetsgivaren måste ha ett betydande intresse av konkurrensklausulen (klausulen bör begränsas till högre chefer och nyckelpersoner),
- klausulens giltighetstid ska vara begränsad (under anställningen och högst ett till två år efter anställningens upphörande), och

- den anställde ska vara berättigad till ersättning för den olägenhet som konkurrensklausulen innebär under den konkurrensbegränsade perioden (mellanskillnaden mellan den senaste lönen och den lön den anställde kan få i en ny anställning, dock högst 60 % av den senaste lönen).

Om informationen är hemlig endast under en begränsad tid kan en förlängd uppsägningstid vara ett alternativ till konkurrensklausulen. Den anställde är då bunden av lojalitetsplikten (och förhindrad att konkurrera med sin arbetsgivare) till dess att uppsägningstiden har löpt ut. Den anställde är under den förlängda uppsägningstiden

Ny Juridik 2:09 s 29

berättigad till lön och anställningsförmåner i vanlig ordning enligt anställningsavtalet.

håll informationen hemlig

FHL skyddar enbart sådan information som hålls hemlig av företaget, s.k. företagshemligheter. I praktiken är det i princip företaget självt som bestämmer vilken information som är så viktig att den ska klassas som en företagshemlighet. Begreppet information har i detta sammanhang en vid innebörd och träffar utöver tekniska uppgifter även uppgifter om rent kommersiella eller administrativa förhållanden som exempelvis högteknologisk information, affärsplaner, kundlistor, marknadsundersökningar, marknadsplanering, prissättningsklausuler och planer rörande reklamkampanjer. Det som är avgörande vid bedömningen om informationen utgör en företagshemlighet är om informationen har ett kommersiellt värde för företaget.

Även allmänt tillgänglig information som har sammanställts på ett visst sätt kan utgöra en företagshemlighet och skyddas av FHL. Däremot klassas inte personlig skicklighet, erfarenhet och kunskap hos någon anställd som företagshemligheter.

FHL ger dock inget automatiskt skydd för företagets hemligheter. Lagen bygger istället på att företaget kan visa att informationen hålls hemlig. Högsta domstolen har dock konstaterat att kravet på hemlighållande inte ska tolkas alltför snävt (NJA 1998 s. 633). Informationen kan vara känd för flera personer och ändå betraktas som hemlig i FHL:s mening. Däremot får inte informationen vara allmänt tillgänglig för vem som helst som är intresserad. Det företag som inte har vidtagit tillräckliga åtgärder för att hemlighålla informationen står utan rättsligt skydd enligt FHL.

Lagens krav på hemlighållande innebär särskilda utmaningar för större företag, där en större krets människor kan ta del av den interna informationen. Företagshemligheter som sprids av anställda som är behöriga att ta del av informationen skyddas nämligen inte av nuvarande FHL. Det är därför en fördel om företaget har skapat olika behörighetsnivåer med beaktande av den anställdes arbetsuppgifter och den information som denne behöver i tjänsten. Företaget måste således klargöra internt dels vilken information som är hemlig, dels vilken information som de anställda ska ha behörig tillgång till för att kunna utföra sina arbetsuppgifter.

Ny Juridik 2:09 s 30

I större företag bör det finnas en säkerhetspolicy på plats, medan det i mindre företag kan räcka med en Internet- och e-post-policy. Tanken med en sådan policy är bl.a. att förhindra obehöriga angrepp på företagets hemligheter och att hålla hemligheterna hemliga så att de skyddas av FHL.

Policyn omfattar ofta regler om de anställdas användning av e-post och Internet samt de åtgärder som kan komma att vidtas vid överträdelse av policyn. För att trygga skyddet av hemligheterna behöver företaget kontrollera de anställdas användning av IT-verktygen, vilket är tillåtet inom vissa ramar (såsom personuppgiftslagen [1998:204] och straffbestämmelser). Policyn kan således även utgöra stöd för arbetsgivaren i syfte att säkra bevis. För att upptäcka brott eller förberedelse till brott är det viktigt med systematisk monitorering. Ordentliga rutiner för att återkalla användarkonton och behörigheter för anställda som lämnar företaget är också väsentliga för att reducera säkerhetsriskerna, jfr med KPMG:s e-Crime Survey 2009, s. 9. Om IT-verktygen får användas för privat bruk förekommer privat e-post i viss utsträckning. Enligt Datainspektionen tillåts arbetsgivaren ta del av privat e-post vid allvarlig misstanke om illojalt beteende. Det är dock viktigt att de anställda har informerats om arbetsgivarens kontroll, och policyn fyller således en viktig funktion även i det avseendet.

Ofta uppkommer hemlig information som ett resultat av de anställdas arbetsprestationer och arbetsgivaren kanske inte ens känner till informationen, t.ex. tidiga upptäckter som görs av anställda på företagets forskningsavdelning. Även sådan information omfattas av FHL förutsatt att företaget har klargjort att informationen inte får spridas utanför en viss krets. Detta ligger i linje med att arbetsgivaren som huvudregel har rätt till resultatet av den anställdes prestationer. Se vidare nedan om det immaterialrättsliga skyddet.

Säkerställ rätten till resultatet av anställdas prestationer

Den immaterialrättsliga lagstiftningen erbjuder ett kompletterande skydd för företagets hemligheter. Om arbetsgivaren har rätt till resultatet av den anställdes prestationer kan den anställda inte utnyttja dem själv i en konkurrerande verksamhet eller överlåta dem till något annat konkurrerande företag, utan att göra sig skyldig till intrång eller medhjälp till intrång med i första hand skadeståndsansvar

Ny Juridik 2:09 s 31

som påföljd. Straffansvar kan även bli aktuellt men är mindre vanligt i praktiken förutom i piratkopieringsfall.

Det är således viktigt att arbetsgivaren försäkras om att alla resultat av de anställdas prestationer tillhör arbetsgivaren, eller att arbetsgivaren åtminstone har rätt att utnyttja dem, samt kontrollerar vilka övriga personer som får utnyttja dem. Regler om rätten till anställdas prestationer återfinns dels i lag (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar ("LAU"), lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, lag (1992:1685) om skydd för kretsmönster för halvledarprodukter samt Rådets förordning [EG] nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivning. Dessutom finns regleringar om detta i vissa kollektivavtal.

Den gemensamma utgångspunkten för lagregleringarna är att arbetsgivaren har rätt till de immateriella arbetsresultat som kan anses ha kommit till under anställningen och som ett led vid utförandet av arbetsuppgifterna, oavsett var och när (på fritiden eller under arbetstid) resultatet har skapats. För att skydda exempelvis upphovsrättigheter krävs ingen särskild åtgärd från arbetsgivarens sida. Skyddet uppkommer så snart verkshöjd är uppnådd. Kravet för verkshöjd har satts lågt i svensk praxis.

Även ritningar och prototyper skyddas automatiskt med stöd av lagstiftningen om gemenskapsformgivning (oregistrerade mönster). I fråga om uppfinningar krävs däremot aktiva åtgärder från arbetsgivarens sida, såsom att meddela den anställda om förvärvet av rätten till uppfinningen och att ansöka om patent m.m. Dessutom uppställs krav på ersättning (utöver ordinarie lön) till den anställda för rätten till vissa uppfinningar. Den rätt till arbetsresultat som arbetsgivaren har erhållit stannar hos arbetsgivaren även efter anställningens upphörande, vilket innebär att den anställda inte kan förfoga över resultaten inom ramen för ett nytt anställningsförhållande eller i egen verksamhet.

Även immateriella arbetsresultat som skapas efter anställningens upphörande kan tillkomma arbetsgivaren om det är fråga om s.k. forskningsuppfinningar som patentsöks av uppfinnaren eller annan inom sex månader från det att anställningen upphörde. Detta gäller dock endast om den anställda inte lyckas göra sannolikt att uppfinningen har skapats efter anställningens upphörande. Av LAU framgår också att arbetsgivaren och den anställda kan

Ny Juridik 2:09 s 32

avtala om inskränkningar i den anställdes rätt att förfoga över en uppfinning som har skapats efter anställningens upphörande. En sådan överenskommelse kan gälla upp till tolv månader efter anställningens upphörande.

För att säkerställa att arbetsgivaren har kontroll över de resultat som skapas av de anställda och ensam kan förfoga över dessa är det viktigt att arbetsgivaren har etablerat interna strukturer och rutiner för löpande rapportering av pågående projekt eller förslag på nya projekt från kreativa anställda. Skulle en arbetsgivare ha försummat att tillförsäkra sig rättigheterna, exempelvis genom att inte beakta de tidsfrister som anges i LAU, står det den anställda fritt att utnyttja rättigheterna antingen själv eller genom att överlåta dem eller upplåta licenser till dem (AD 1998 nr 98). De immaterialrätter som främst blir aktuella i det här sammanhanget är patent, mönster- och upphovsrätt.

Säkra bevisningen i tid

Vad kan arbetsgivaren göra vid misstanke om att en anställd eller tidigare anställd utnyttjar, eller planerar att utnyttja, företagets hemligheter på ett illojalt sätt? Som vi konstaterar nedan är arbetsgivarens chans att nå framgång i en rättslig process beroende av att den anställdes illojala agerande kan bevisas. Bevisfrågor kommer därmed ofta i fokus i dessa situationer. I det här avsnittet går vi igenom vilka processuella möjligheter som står till buds för att ta reda på vad den anställda har vidtagit för åtgärder och för att säkra bevisning inför eller under en rättslig process. Vi kommer inte att beröra de tjänster som olika företag tillhandahåller för elektronisk bevissäkring, s.k. "computer forensics".

Beslag och husrannsakan

Bevissäkring genom beslag och husrannsakan har i detta sammanhang en begränsad betydelse, då dessa medel är möjliga endast vid misstanke om brottslig gärning, men inte vid exempelvis misstanke om överträdelse av lojalitetsplikten. Enligt huvudregeln i 27 kap. rättegångsbalken får ett föremål tas i beslag om det skäligen kan antas ha betydelse för utredning om brott eller vara avhänt någon genom brott eller vara förverkat på grund av brott. Detta gäller i

Ny Juridik 2:09 s 33

princip även skriftliga handlingar. Det finns dock särskilda regler i brottsbalken som begränsar möjligheterna att beslagta skriftliga handlingar och brev, telegram och andra försändelser (t.ex. hos personer som har tystnadsplikt). Beslag får beslutas endast om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för den misstänkte eller för något annat motstående intresse. I en situation där exempelvis en anställd har agerat illojalt mot sin arbetsgivare tillåts vidare husrannsakan endast om fängelse är stadgat i straffskalan för det aktuella brottet, t.ex. vid misstanke om företagsspioneri och olovlig befattning med företagshemlighet.

Edition

Med stöd av ett domstolsbeslut om edition kan den anställda eller annan tvingas lämna ut vissa handlingar till arbetsgivaren. Editionsplikten förutsätter dock att den ifrågavarande handlingen kan antas ha betydelse som bevis i ett pågående mål. Arbetsgivaren måste därför ange vad som avses styrkas med handlingen och specificera vilken eller vilka handlingar som ska omfattas av editionsplikten. Detta innebär som regel att edition endast kan tillgripas för att skaffa fram bevis i ett pågående mål, och således inte för att undersöka om något illojalt handlande har skett innan en rättslig process inleds.

Förutom de praktiska problemen med att behöva specificera vilken handling som är aktuell, har editionsplikten också flera andra viktiga begränsningar. För det första är den anställda inte skyldig att vittna till sin egen nackdel i brottmål och följaktligen då inte heller skyldig att utge handlingar till sin egen nackdel. För det andra skyddas korrespondens mellan den anställda och dennes närstående, eller mellan sådana närstående inbördes, om handlingen finns hos någon av dem. Är det flera anställda som gemensamt har startat en konkurrerande verksamhet och dessa är parter i målet är således eventuell korrespondens dem emellan skyddad mot editionsplikt. Slutligen har den anställda rätt att vägra ge in handlingar som rör "yrkeshemligheter". Begreppet yrkeshemligheter har av Högsta domstolen ansetts ha motsvarande innebörd som företagshemligheter i FHL:s mening. Eftersom mål om företagshemligheter ofta rör parter som bedriver med varandra konkurrerande verksamhet har detta inneburit att edition i praktiken

Ny Juridik 2:09 s 34

är en svårframkomlig väg för att skaffa fram bevis om angrepp på företagshemligheter. Däremot kan edition ha en större praktisk betydelse i andra fall av illojalt agerande av anställda.

Intrångsundersökning

Enligt den immaterialrättsliga lagstiftningen kan domstol fatta beslut om intrångsundersökning vid immaterialrättsliga intrång. Motsvarande regler finns dock inte i FHL. För att öka möjligheterna att få tillgång till bevisning förs därför ibland mål om missbruk av företagshemligheter som mål om upphovsrättsintrång eller patentintrång. Detta medför dock begränsningen att endast material som arbetsgivaren lyckats göra sannolikt åtnjuter upphovsrättsligt skydd får efterforskas. Eftersom företagshemligheter t.ex. ofta saknar upphovsrättsligt skydd i och med att det är konceptet som skyddas och inte det konkreta utförandet medför detta att de intrångsundersökningar som beviljas ofta blir begränsade. Om det finns en risk att

företagshemligheter röjs vid intrångsundersökningen gör domstolen dessutom en intresseavvägning för att bedöma om riskens storlek och eventuella skador står i rimlig proportion till vad som står att vinna med intrångsundersökningen.

Som exempel kan vi nämna ett hovrättsfall (Hovrättens över Skåne och Blekinge, beslut den 11 juni 2008, målnr Ö1186-08) om intrångsundersökning där sökanden hade begärt att få efterforska en mängd handlingar och datafiler. Sökanden ansåg sig kunna visa att 222 datafiler hade kopierats av motparten, men fick i slutänden endast efterforska tolv dokument, bland annat på grund av att sökanden endast lyckats bevisa att det var dessa handlingar som åtnjöt upphovsrättsligt skydd. Någon bevislättning i denna fråga finns inte med hänvisning till att det exempelvis rör misstänkt utnyttjande av företagshemligheter, konstaterade hovrätten. Kravet på konkretisering av de handlingar och annat material som sökande gör gällande upphovsrätt till ställs ännu högre enligt hovrätten i mål där det är fråga om parter som bedriver med varandra konkurrerande verksamhet (som det ju ofta är fråga om i företagshemlighetsmål). En sökande om intrångsundersökning ställs således inför samma problem som vid edition, nämligen svårigheten att i förväg konkretisera vilka handlingar som det kan vara fråga om att motparten har tagit.

Vidare har domstolarna i intrångsundersökningsmål också

Ny Juridik 2:09 s 35

markerat att s.k. "fishing expeditions" för att rent allmänt och ospecifikt se om någon har agerat på ett illojalt sätt inte är acceptabla.

Säkerhetsåtgärder enligt 15 kap 3 § rättegångsbalken

Ett användbart lagrum som ofta förbises är 15 kap. 3 § rättegångsbalken. Om arbetsgivaren lyckas visa sannolika skäl för ett krav gentemot exempelvis en anställd, och kravet är eller kan antas bli föremål för rättslig prövning, får domstol besluta om lämplig åtgärd för att säkerställa arbetsgivarens rätt. För att ett sådant beslut ska meddelas krävs att det skäligen kan befaras att den anställda genom att utöva viss verksamhet, eller företa eller underlåta viss handling, eller på annat sätt hindrar eller försvårar utövningen av arbetsgivarens rätt eller väsentligt förringar dess värde.

Ett beslut enligt denna paragraf kan exempelvis vara ett förbud vid vite för den anställda att utöva viss verksamhet eller att företa en viss handling. Säkerhetsåtgärden kan även bestå i ett omhändertagande av en handling som innefattar en företagshemlighet för att säkerställa ett utlämnande till arbetsgivaren. I situationer där en anställd eller tidigare anställd är bunden av olika former av kompletterande åtaganden med konkreta förpliktelser som tystnadsplikt eller konkurrensförbud är detta lagrum särskilt användbart för att tvinga fram en fullgörelse av dessa eller förhindra brott mot dem.

Förslag om bevisundersökning

I SOU 2008:63 föreslås en ny säkerhetsåtgärd i FHL för att kunna säkra bevisning om brott mot FHL. Säkerhetsåtgärden är uppbyggd på liknande sätt som intrångsundersökning enligt de immaterialrättsliga lagarna, men kallas här för "bevisundersökning". Syftet med bevisundersökning är att kunna få fram information som kan visa eller peka på att exempelvis en anställd har angripit arbetsgivarens företagshemlighet enligt FHL. Beslut om bevisundersökning ska kunna meddelas av domstol inte bara när det skäligen kan antas att den anställda har gjort ett intrång, utan även om det skäligen kan antas att den anställda har gjort sig skyldig till ett straffbart försök eller en straffbar förberedelse till intrång.

Föremål och handlingar som kan antas ha betydelse för utredningen får eftersökas inom ramen för bevisundersökningen. På

Ny Juridik 2:09 s 36

motsvarande sätt som för intrångsundersökning får dock undersökningen inte omfatta skriftliga handlingar vars innehåll omfattas av tystnadsplikt eller korrespondens mellan enskilda personer som är närstående till varandra. Sökanden måste också ställa säkerhet för den skada som motparten kan komma att lida.

Överväg påföljder

Vad kan en arbetsgivare göra när det faktiskt visar sig att en anställd eller tidigare anställd förfogar över hemligheterna på ett illojalt sätt? I detta avsnitt går vi igenom arbetsrättsliga och straffrättsliga påföljder enligt både FHL och brottsbalken. Dessutom tar vi upp möjligheten till förbud, skadestånd och avtalsvite.

arbetsrättsliga påföljder

Enligt praxis kan anställdas brott mot lojalitetsplikten utgöra saklig grund för uppsägning, och i grövre fall för avsked. En anställd som under pågående anställning bedriver konkurrerande verksamhet anses bryta mot lojalitetsplikten på ett allvarligt sätt (AD 1977 nr 118). Konkurrensen måste dock antas vara ägnad att tillfoga arbetsgivaren mera påtaglig skada eller annars uppfattas som illojal (se t.ex. AD 2006 nr 49). Den anställdes möjligheter att utnyttja företagets hemligheter i konkurrensen och den anställdes ställning är också faktorer som tillmäts betydelse. Kravet på lojalitet ställs högre på anställda i förtroendeställning eller med specialistkompetens (se t.ex. AD 2009 nr 38, AD 1993 nr 56 och AD 1983 nr 93). Redan planer på konkurrerande verksamhet kan utgöra brott mot lojalitetsplikten (AD 2008 nr 59 och AD 2006 nr 49). Som vi har nämnt ovan kan även det faktum att en anställd brutit mot en uttrycklig tystnadsplikt verka försvårande för den anställda vid bedömningen. Det är svårt att dra någon mer långtgående slutsats ur praxis än att förfogande av hemligheter på ett illojalt sätt kan utgöra grund för uppsägning eller avsked, men är ofta svårt att bevisa.

Liksom vid andra avtalsbrott, kan ett åsidosättande av lojalitetsplikten medföra skadeståndsansvar för den anställda enligt skadeståndslagen. För att den anställda ska bli skadeståndsskyldig gentemot sin arbetsgivare krävs att arbetsgivaren kan visa dels

Ny Juridik 2:09 s 37

att den anställda har brutit mot lojalitetsplikten (och eventuella uttryckliga åtaganden), dels att agerandet har medfört skada som kan uppskattas i ekonomiska termer. Det framgår av praxis att det ofta är problematiskt för arbetsgivare att vinna framgång med sin skadeståndstalan (se t.ex. AD 2008 nr 59 och 2006 nr 95). I de fall där Arbetsdomstolen har gjort en uppskattning av skadans storlek till ett skäligt belopp enligt 35 kap. 5 § rättegångsbalken, har domstolen intagit en restriktiv hållning (AD 1998 nr 80). I förhållande till anställda som anses ha företagit den illojala handlingen i tjänsten (och alltså inte som privatperson) krävs det dessutom att arbetsgivaren visar att det föreligger synnerliga skäl för att den anställda ska bli skadeståndsskyldig, enligt 4 kap. 1 § skadeståndslagen (AD 2003 nr 21 jämfört med AD 2003 nr 84).

I de fall där det illojala handlandet innebär ett utnyttjande eller ett avslöjande av en företagshemlighet i FHL:s mening, gäller skadestandsreglerna i FHL, varvid både ekonomiskt och allmänt skadestånd kan aktualiseras. Vi behandlar skadestandsreglerna i FHL mer i detalj nedan. Vid brott mot någon regel om lojalitetsplikt i kollektivavtal som den anställda kan vara bunden av tillämpas dock skadestandsreglerna i lagen om medbestämmande i arbetslivet (1976:580) i första hand (AD 2003 nr 61).

Avtalsvite

Överträdelse av lojalitetsplikten och giltiga sekretessåtaganden eller konkurrensklausuler utgör ett avtalsbrott som kan föranleda skadeståndsskyldighet. Som vi har nämnt ovan ställs höga krav på arbetsgivarens bevisning av den ekonomiska skada som har åsamkats på grund av den anställdes illojala agerande. Det kan därför finnas anledning att reglera frågan om vite i avtalet. Vid en överträdelse behöver arbetsgivaren inte då utreda och bevisa vilken skada överträdelsen har medfört.

Alltför långtgående vitesklausuler kan dock enligt 36 § avtalslagen anses vara oskäliga och kan jämkas eller lämnas utan avseende. I praxis har olika omständigheter tillmätts betydelse vid jämkning av vitesbelopp. Bland annat har faktorer som kort anställningstid, graden av överträdelse av åtagandet och arbetsgivarens intresse av att den anställda upprätthåller åtagandet haft betydelse. Med utgångspunkt i 1969 års överenskommelse bör ett vite sättas i relation till den anställdes lön. Där anges sex månadslöner

Ny Juridik 2:09 s 38

för varje överträdelse utgöra ett tillräckligt skydd för arbetsgivaren, vilket således kan vara ett riktmärke för en skälighetsnivå på vitesbelopp i konkurrensklausuler. Skulle överträdelsen vara av fortgående art bör varje månad som ett sådant avtalsbrott fortgår rimligen kunna anses utgöra ett avtalsbrott.

Straff och skadestånd enligt FHL

Angrepp mot företagshemligheter är straffsanktionerade, dels genom FHL, dels genom brottsbalken. I FHL finns två straffbestämmelser, företagsspioneri, enligt 3 §, och olovlig befattningsmed företagshemlighet, enligt 4 §. Situationen där en anställd olovligen bereder sig tillgång till företagshemligheter som ligger klart utanför dennes arbetsuppgifter täcks exempelvis av bestämmelsen om företagsspioneri.

Många förfoganden av anställda faller dock utanför dessa straffbestämmelser eftersom det för straffansvar krävs att anskaffandet av informationen ska ha skett olovligt. Anställda som lovligen har fått kännedom om företagshemligheter i tjänsten men som utnyttjar eller avslöjar dessa för ett obehörigt syfte kan således inte straffas enligt FHL (se t.ex. dom meddelad av Göteborgs Tingsrätt i mål nr B 7226-08). Som vi har nämnt ovan kan specificerade arbetsuppgifter samt olika behörighetsnivåer för tillgång till företagshemligheter öka arbetsgivarens möjligheter att utkräva straffansvar för anställda som inte har behörig tillgång till hemligheterna.

Förhållandet att endast olovliga angrepp omfattas av FHL fick stark kritik efter bl.a. den s.k. Ericsson-domen (Svea hovrätts dom 2003-10-20 i mål nr B 5221-03). Åtalet mot en av de anställda för medverkan till grovt företagsspioneri ogillades på grund av att han ansågs ha haft lovlig tillgång till informationen inom ramen för sin anställning. Den andre anställde, som befanns ha förfogat över en viss del av informationen obehörigen, samt den person som lämnade över uppgifterna till underrättelseagenterna, dömdes däremot till långa fängelsestraff. I förslaget till förändringar i FHL (SOU 2008:63) föreslås därför ett utvidgat straffansvar som ska omfatta även anställda som har fått lovlig tillgång till företagshemligheten i tjänsten. Förutom anställda föreslås även inhyrd personal (dvs. anställda i bemannings- och konsultföretag), s.k. ensamkonsulter, styrelseledamöter och revisorer att omfattas av straffansvar. Även

Ny Juridik 2:09 s 39

försök respektive förberedelse till företagsspioneri eller/och olovlig befattningsmed företagshemlighet ska vara straffbart.

Enligt 7 § FHL kan en anställd som i ond tro obehörigen utnyttjar eller röjer arbetsgivarens företagshemligheter bli skadeståndsskyldig gentemot sin arbetsgivare (både ekonomiskt och allmänt skadestånd). Om förfarandet har skett efter anställningens upphörande kan dock den tidigare anställde bli skadeståndsskyldig endast om synnerliga skäl föreligger.

I förarbetena till FHL anges exempel på situationer där den anställde har agerat särskilt illojalt och där synnerliga skäl bör anses föreligga, som då den anställde har tagit anställningen i syfte att komma över företagshemligheterna, eller då den anställde under anställningstiden har förberett överförande av företagshemligheter till konkurrerande verksamhet. Även skadans storlek och om den anställde har intagit en särskild förtroendeställning, såsom verkställande direktör, produktionschef eller forskningschef, kan ha betydelse vid bedömningen av synnerliga skäl. Den korta tid som hade förflutit efter anställningens upphörande till dess att den tidigare anställde utnyttjade företagshemligheten var en omständighet som tillmättes betydelse i en dom meddelad av Södertörns tingsrätt i augusti 2008, mål nr T 7335-07 (domen har överklagats till Arbetsdomstolen).

Skadeståndsansvaret enligt FHL omfattar, till skillnad från skadeståndet enligt skadeståndslagen, både allmänt och ekonomiskt skadestånd. Det allmänna skadeståndet avser ansvar för bl.a. kränkning av arbetsgivarens intresse av att företagshemligheterna inte obehörigen utnyttjas eller röjs (se t.ex. AD 2006 nr 49). Det ekonomiska skadeståndet avser att täcka främst förlorad vinst men även kostnader för att utreda vilka hemligheter som har angripits och eventuella kostnader för att återskapa hemligheten, exempelvis en prototyp eller ritning. Liksom vid brott mot lojalitetsplikten är det dock ofta svårt att beräkna (och visa) skadans omfattning. Domstolarna har i flera fall gjort en skälighetsbedömning enligt 35 kap. 5 § rättegångsbalken, varvid de utdömda skadeståndsbeloppen ofta har understigit de yrkade beloppen avsevärt (se t.ex. AD 2002 nr 38). Enligt praxis krävs ett strikt orsakssamband mellan de bevi-

sade åtgärderna och den skada som arbetsgivaren påstår sig ha lidit. Skada på grund av förlust av en kund som dessförinnan har förklarat sig vara missnöjd med företagets

Ny Juridik 2:09 s 40

tjänster eller varor har exempelvis inte ansetts utgöra en ersättningsgill skada.

Även det (konkurrerande) företag som utnyttjar företagshemligheten som angripits av den anställde kan bli skadeståndsskyldigt under vissa förutsättningar, enligt 8 § FHL (AD 1998 nr 80).

Straff enligt brottsbalken

I vissa fall där en anställd bedriver med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet kan straff för brottslig gärning, såsom trolöshet mot huvudman, olovligt brukande och obehörig befattning med hemlig uppgift aktualiseras. Trolöshet mot huvudman blir aktuellt främst i fråga om förfaranden under anställningstiden. Förfaranden efter anställningens upphörande betraktas sällan som trolöshet mot huvudman (NJA 1984 s. 665).

I förarbetena till brottsbalken framgår att ett förfarande där en anställd under anställningen vidtar åtgärder för att förmå arbetsgivarens kunder att gå över till ett planerat eget företag inte bör vara straffbart som trolöshet mot huvudman utom i undantagsfall, såsom vid missbruk av företagshemligheter. Hovrätten över Skåne och Blekinge dömde i det s.k. Cejn-målet (dom den 8 december 1978, mål nr B 250/78, DB 2246) en verkställande direktör för trolöshet mot huvudman för att han olovligen hade avslöjat uppgifter om affärsförhållanden, bl.a. information om kunders inköpssummor och agents omsättningssiffror, för ett konkurrerande företag, vilket hade lett till skada för bolaget.

Förfaranden där den anställde anses ha haft lovlig tillgång till hemligheten är som vi ovan har nämnt inte straffbara enligt FHL. Däremot kan dock själva tillvägagångssättet vid anskaffandet av hemligheterna vara straffbart enligt bestämmelser i brottsbalken (såsom olovligt förfogande och olovligt brukande).

Förbud och immaterialrättsliga skadestånd

I situationer där den tidigare anställde arbetar i en med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet kan arbetsgivaren med stöd av en konkurrensklausul inleda en process och yrka (interimistiskt) förbud mot vite för den anställde att arbeta hos konkurrenten. Detta kan också ske inom ramen för en skadeståndsprocess. Förutsatt att konkurrensklausulen inte förklaras ogiltig kan den anställde således förbjudas att arbeta hos konkurrenten under

Ny Juridik 2:09 s 41

konkurrensförbudets giltighetstid.

I den immaterialrättsliga lagstiftningen finns också möjlighet till vitessanktionerat förbud, även interimistiskt, mot fortsatt användning av företagshemligheterna i den mån de omfattas av ensamrätten. En förutsättning för att domstolen skall meddela interimistiskt förbud är att det föreligger risk för att värdet av ensamrätten förringas. Vidare måste arbetsgivaren ställa säkerhet (vanligtvis i form av bankgaranti) för den skada som svaranden kan tillfogas på grund av beslutet om interimistiskt förbud.

Även de immaterialrättsliga lagarna innehåller regler om skadestånd, för både ekonomisk och allmän skada. Det anses generellt i litteraturen att nivån på de skadestånd som döms ut för immaterialrättsliga intrång är lägre än för brott mot FHL. Som argument för denna ståndpunkt brukar hänvisas till Arla-domen där Arla dömdes av Stockholms tingsrätt att betala 48 miljoner kr i skadestånd och ett löpande vite om 500 000 kr för sitt utnyttjande av en hemlig metod för kokning av lätt crème fraiche (Stockholms tingsratts dom den 29 maj 2006, mål nr T1894-03). Domen överklagades av bägge parter till Svea hovrätt. Parterna nådde sedan en förlikning i september 2008 vars detaljer inte är offentliga.

Sammanfattande slutsatser

Den fråga som vi har försökt besvara inom ramen för denna artikel är hur man som arbetsgivare kan skydda sina hemligheter. Förhoppningsvis har det framgått hur viktigt det är att man som arbetsgivare agerar preventivt. Oavsett vilken situation man befinner sig i, misstanke om missbruk, förberedelse inför

en rättslig process eller under ett pågående mål om exempelvis skadestånd, är chanserna till framgång betydligt större om man i flera avseenden har varit förutseende.

Möjligheten att framgångsrikt agera mot en anställd som har förfogat över arbetsgivarens hemligheter på ett illojalt sätt ökar om man som arbetsgivare till exempel har förstärkt det avtalsrättsliga skyddet genom sekretessåtaganden och även konkurrensklausuler (i den mån det är möjligt med hänsyn till det restriktiva synsätt som råder), och har etablerat rutiner för hemlighållande av den känsliga informationen.

Ny Juridik 2:09 s 42

För att försäkra sig om att man som arbetsgivare även åtnjuter skydd under den immaterialrättsliga lagstiftningen är det viktigt med rutiner för rapportering av uppfinningar eller förbättringar som kan vara aktuella för immaterialrättsligt skydd samt att övriga rättighetsformer såsom upphovsrättigheter också uppmärksammas och registreras internt. Det senare är också viktigt med hänsyn till det krav som uppställs på specifikation av de handlingar som man vill efterforska vid en inträngsundersökning.

Likasa är bevissäkring a och o. Det framgår av rättspraxis att det är svårt att visa det illojala förfogandet över hemligheterna. Betydelsen av preventiva åtgärder för att försäkra sig om möjligheter att kontrollera misstänkt missbruk samt att säkra bevisning därom, såsom en genomtänkt IT-policy, bör i detta sammanhang inte underskattas.

Slutligen kan vi konstatera att kanske det största hindret för ett utsatt företag att kunna tillvarata sin rätt har visat sig vara skadestandsfrågan. Av rättspraxis framgår att det är mycket svårt för det utsatta företaget att visa en ekonomisk skada på grund av den anställdes illojala handlande. Ofta utdöms ett betydligt lägre skadestånd än vad som har yrkats, eller inget alls, trots att exempelvis brott mot FHL eller mot lojalitetsplikten är klarlagt. Även i det avseendet kommer det avtalsrättsliga skyddet in i bilden. I de fall där vite har avtalats blir skadestandsfrågan inte ett lika stort problem i en rättslig process. Avtalsviten fyller dessutom en preventiv funktion enbart genom sin blotta existens.