




Sekretess och immaterialrätt - parallella skyddsformer

Ur övriga innehållet

- Brett krav begränsat av beskrivningen
- Patentdagen 2012
- Patentering i Japan



Sekretess och immaterialrätt – parallella skyddsformer

Företagshemligheter såsom exempelvis affärsplaner, produktionsmetoder och kundinformation kan många gånger representera mycket stora värden. Därför har det sedan lång tid tillbaka funnits lagstiftning som i större eller mindre utsträckning skyddat kommersiella aktörer mot konkurrenters illojala användning av andras företagshemligheter och know-how. Kunskap om hur företagshemligheter bäst kan skyddas har blivit ett allt viktigare konkurrensmedel inom näringslivet.

Av Magnus Tonell

Denna artikel kommer inte specifikt att behandla regelverket kring företagshemligheter, utan det närmare sambandet mellan immaterialrätten och skyddet för företagshemlig information, med särskild fokus på upphovsrätt och patent.

Flerdubbelt skydd

Många gånger skyddas hela eller delar av företagshemligheten av en eller flera immateriella ensamrätter. Exempelvis kan information rörande frågor som har betydelse för exploateringen av en patenterbar innovation ha skydd enligt Lag om skydd för företagshemligheter (FHL). Brister i den formella hanteringen kring information om patentet kan dock leda till att en registrering omöjliggörs eftersom den är bedömd som nyhetsförstörd.

Även efter det att uppfinningen patenterats är det många gånger så att det finns konfidentiell kunskap om metoder som i sig utgör ett stort kommersiellt värde, varför det finns ett behov av det kompletterande skydd som FHL och avtalad sekretess kan ge.

Inte sällan är företagshemligheterna doku-

menterade på ett sådant sätt att dokumenten som sådana skyddas av upphovsrätt (exempelvis ritningar och promemorior).

Sekretessavtal en viktig pusselbit

Ett sekretessavtal kan här, särskilt vad avser immateriella rättigheter såsom patent och mönster (design) som innehåller ett krav om nyhet för att alls kunna skyddas, vara en mycket vital pusselbit för att kommersiellt kunna skydda och därmed exploatera innovationen, den tekniska idén eller den nyskapande designen.

Även i fall där de immateriella rättigheternas bestånd inte påverkas av bibehållen konfidentialitet, såsom exempelvis upphovsrättsligt skyddade prestationer, så kan ett sekretessavtal vara av avgörande betydelse för möjligheten att fullt ut kunna exploatera den skyddade skapelsen.

Än mer betydelsefull blir den avtalade sekretessen i de fall där idén inte uppfyller kraven för immaterialrättslig ensamrätt. De flesta idéer och know-how utgör sådant som av olika anledningar inte är patenterbart eller kan skyddas genom annan immateriell ensamrätt. Detta behöver dock inte alls innebära att sådan know-

how – så länge den hålls hemlig – saknar ett kommersiellt värde. I dessa fall blir naturligen den kommersiella sekretessen en mycket vital pusselbit för affärsverksamhetens fortlevnad.

Det skydd som finns för företagshemligheter skiljer sig dock på en väsentlig punkt jämfört med de immateriella rättigheterna. En företagshemlighet utgör nämligen inte en ”ensamrätt” i den mening att det finns lagstiftning som sanktionerar en viss i lag givna konkurrensbegränsning. FHL skyddar ”endast” mot sådana beteenden som lagstiftaren har ansett vara av illojal karaktär där företagshemligheter obehörigen angrips. Den som innehar och hemlighåller kommersiellt värdefull information – som inte uppfyller kraven i någon av de immateriella rättigheterna – kan följaktligen inte utan avtal hindra någon annan, inklusive konkurrenten från att utnyttja samma idé/lösning. Detta gäller även om konkurrenten genom att iaktta, undersöka eller prova en viss vara som denne rätteligen, utan att använda information som har lämnats i förtroende, kan få fram lösningen på eller efterhärma designen etc.

Sekretessavtal och konkurrensklausuler

Avtalad sekretess (och i förekommande fall konkurrensklausuler) i såväl anställningsavtal som andra kontraktstyper kan naturligtvis användas av arbetsgivare och andra kontraktsparter i syfte att begränsa eller helt hindra innehavaren att förfoga över sina immateriella rättigheter.

Exempelvis äger inte en upphovsman, där arbetsgivaren endast har förvärvat en icke-exklusiv ensamrätt till det upphovsrättsligt skyddade verk som tagits fram inom ramen för anställningen, upplåta licens till tredje man om innehållet i verket utgör företagshemligheter och ett sådant utlämnande skulle innebära att arbetsgivarens företagshemligheter röjs. I dessa avseenden sträcker sig således skyddet för företagshemligheter längre än det immateriella rättsskyddet. Självklart kan nämligen en licens till tredjeman utgöra ett agerande som resulterar i såväl ett röjande av företagshemligheter som ett agerande som bedöms utgöra ett brott mot en ingången konkurrensklausul.

Parallella skyddsformer

Den omständigheten att viss information eller dokumentation åtnjuter ett immaterialrättsligt

skydd påverkar inte det skydd som FHL och avtalad sekretess ger. Det bästa skyddet får därför de aktörer som ser till att ha parallella skyddsstrategier.

Immateriellrätt och sekretess är således parallella skyddsformer som kan ge ett flerdubbelt skydd när en viss företagshemlighet samtidigt är av den art att den uppfyller kraven för skydd enligt den immaterialrättsliga lagstiftningen.

I det följande kommer därför det närmare förhållandet till patentskyddet och upphovsrätten att behandlas.

Förhållandet till patentskyddet

Möjligheten att skydda kommersiella idéer som från början de facto består just av en företagshemlighet är helt vitalt för många innovationsbaserade bolag. Läkemedelsbranschen är naturligtvis ett tydligt exempel då läkemedelsbolag lägger mycket stora forskningsresurser på att få fram nya läkemedel som de kommercialiserar med hjälp av det skydd som bl a patentskyddet ger.

Att bevara en uppfinning som en företagshemlighet, åtminstone fram till dess att patentansökan är inlämnad och offentliggjord, är helt avgörande för ett företags möjlighet att få en uppfinning patentskyddad. Ett av de grundläggande patentkraven är nämligen att det som ska patenteras utgör en absolut nyhet. I 2 § första stycket PL stipuleras att ”Patent meddelas endast på uppfinning som är ny i förhållande till vad som blivit känt före dagen för patentansökningen”. Så fort det som är tänkt att patenteras blir allmänt tillgängligt så omöjliggör det ett senare patentskydd (om inte någon prioritetsregel kan åberopas). Något anses ha blivit allmänt tillgängligt om en större eller obestämd personkrets haft möjlighet att bekanta sig med uppfinningen på ett sådant sätt att en fackman är i stånd att tillämpa uppfinningen.

Ett misstag i detta inledande skede när det gäller hemlighållandet av det som är tänkt att skyddas kan leda till fatala följder för exempelvis ett företag. Fram till dess att patentansökan inges är skyddet för företagshemligheter mycket betydelsefullt. Redan en föreläsning av en forskare inför en fullsatt aula med läkarstudenter kan leda till att ett ”miljardpatent” går om intet. Med tanke på det ovan sagda ska ett företag som är innehavare av en potentiellt patenterbar uppfinning iaktta mycket stor restriktivitet



i vilka som ska få del av sådan information samt i de fall ett utlämnande görs inte förlita sig på underförstådd sekretess. Ett sekretessavtal är i dessa situationer näst intill ett obligatorium. I de fall uppfinnaren i samband med affärsförhandlingar röjer information om uppfinningen innan det att patentansökan är ingiven krävs som regel att ett sekretessåtagande finns på plats för att den inte ska bli nyhetsförstörd.

Till saken hör att det som patenteras och som framgår av patentet och handlingarna i registreringsärendet förlorar karaktären av en företagshemlighet vid offentliggörandet. När väl patentet är meddelat är nämligen handlingarna tillgängliga för var och en (22 § PL). Handlingarna hålls hemliga i maximalt 18 månader från ansökningsdagen om de inte redan har offentliggjorts genom att ett patent redan dessförinnan har meddelats.

Genom patentskyddet ”förlorar” således företaget det skydd som ges för konfidentiell information i den utsträckning det är offentliggjort i de tillgängliggjorda patenthandlingarna. En annan sak är att det därutöver i praktiken många gånger finns värdefull know-how som utgör en vital pusselbit för exploateringen av patentet. Sådan information som inte röjs genom ansökan kan naturligtvis utgöra en företagshemlighet även efter det att patentansökan blivit offentlig.

Med tanke på de höga kostnader som är kopplade till patentansökningsprocessen är det inte sällan så att företag väljer att avstå från att ansöka om patentskydd. I detta fall kan företa-

get välja att genomföra en så kallad patentprofylax innebärande att företaget helt enkelt offentliggör uppfinningen på ett sådant sätt att den blir nyhetsförstörd. På detta sätt säkerställer man att inte någon annan söker patent för samma sak och därmed riskerar att förhindra företaget från att använda uppfinningen. Nackdelen är naturligtvis att även konkurrenter därigenom kan få reda på uppfinningen och då kan få möjlighet att ta fram en konkurrerande produkt.

Hemlighållande

Ett alternativ är naturligtvis att företaget håller det kommersiellt intressanta hemligt. Detta är emellertid i många fall inte praktiskt möjligt. Är det möjligt kan dock hemlighållandet vara ett alternativ till att patentskydda uppfinningen. En uppenbar fördel med detta är att företaget slipper det kostsamma patentförfarandet. En annan fördel är att företaget inte behöver offentliggöra uppfinningen för konkurrenter, och därmed inte vara beroende av den tidsbegränsade ensamrätt som patentet ger i de geografiska zoner som man har haft råd att bekosta registrering för och upprätthållande av patentet. Så länge hemligheten bevaras blir uppfinningen inte heller nyhetsförstörd.

Men för användarrätten är begränsad

En betydande nackdel med att endast hålla uppfinningen hemlig är naturligtvis att en immateriell ensamrätt ger ett starkare skydd än vad som kan fås genom den kommersiella sekretessen. Dessutom utsätts aktören för risken att någon

annan helt oberoende gör samma patenterbara innovation och söker patent. I ett sådant läge begränsas nämligen möjligheten att fortsätta att använda uppfinningen väsentligt, då aktören i detta läge blir hänvisat till att grunda sitt fortsatta utnyttjande på den begränsade förändrarrätt som 4 § PL ger den tidigare användaren.

Förhållandet till det upphovsrättsliga skyddet

Det upphovsrättsliga skyddet uppstår formlost utan krav på någon registrering eller annat förfarande i och med att någon skapar ett verk. Den upphovsrättsliga prövningen av om en exempelvis längre promemoria har tillräcklig originalitet för att komma till åtnjutande av ett upphovsrättsligt skydd påverkas inte överhuvudtaget av om den information som återfinns i promemorian utgör företagshemlig information eller ej. Med andra ord påverkas inte den upphovsrättsliga verkshöjdsbedömningen av om informationen är tidigare offentliggjord.

Däremot kan detta ha betydelse i bevishänseende om det görs ett påstående om dubbelskapande. Upphovsrätten utgör inget idéskydd och skyddar således inte kunskapen som sådan. Det kan dock konstateras att presentationer, handledningar, projektpromemorior, tekniska ritningar, bilder och dylikt många gånger uppfyller kraven för ett upphovsrättsligt skydd.

Kraven för att komma till åtnjutande av upphovsrättsligt skydd i dessa sammanhang är i svensk rätt lågt ställda, vilket innebär att dokumentation och andra bärare av affärshemligheter kan ha ett upphovsrättsligt skydd. Kundregister kan ibland även vara strukturerade på ett sådant sätt att de har ett skydd enligt 49 §

URL. Det krävs i dessa fall att det är fråga om en tabell, katalog eller liknande som utgör en sammanställning av ett stort antal uppgifter eller är resultatet av en väsentlig investering.

Det ska dock framhållas att kunskap som sådan inte skyddas genom upphovsrätten. Däremot kan det upphovsrättsliga skyddet för sådan dokumentation indirekt innebära begränsningar i möjligheten att utnyttja annans företagshemligheter.

Ett exempel på överlappning

Ett exempel på överlappning är källkoden till datorprogram. Källkoden till ett datorprogram skyddas av upphovsrätt såvida den uppfyller kraven på originalitet. Det upphovsrättsliga skyddet för källkoden påverkas inte i sig av ett offentliggörande.

Trots detta finns det all anledning för ett programföretag att i möjligaste mån hemlighålla källkoden som många gånger kan representera mycket stora värden för programvaruföretagen. Detta då tillgången till denna utgör en grundförutsättning för att kunna vidareutveckla datorprogrammet. Det finns vissa särregleringar i upphovsrättslagen som ligger i gränslandet mellan upphovsrätt och ett rent "idéskydd". I de flesta licensavtal för programvara förbinder sig licensstagaren – genom särskilda sekretessåtaganden – att inte använda tillhandahållen information om programvaran på ett sätt som står i strid mot det avtalade sekretessåtagandet.

Arbetsgivare vs arbetstagare

Att datorprogram mycket väl kan utgöra en företagshemlighet följer av Arbetsdomstolens

AD 2009 nr 63. I detta mål hade en tidigare arbetsgivare verksam inom IT-branschen stämt tre tidigare arbetstagare som bildat ett nytt bolag inom samma bransch bl a för brott mot FHL. Arbetsgivaren påstod att de tre arbetstagarna obehörigen hade använt sig av den tidigare arbetsgivarens kundlistor, samarbetsavtal samt datorprogram med hårdvara.

Arbetsgivaren gjorde i målet gällande att de tidigare anställda hade fört med sig all dokumentation om källkoden för programmet. Arbetsgivaren grundade detta påstående dels på att den programvara som det nystartade bolaget nyttjade uppvisade sådana likheter med deras egen programvara, dels att det nystartade företagets programvara tagits fram och utvecklats under mycket kort tid. Däremot beskrev inte arbetsgivaren hur angreppet närmare skulle ha gått till.

Arbetsdomstolen fann att likheterna kunde "förklaras på annat rimligt sätt" än att de tidigare anställda haft tillgång till källkod och annan dokumentation vid utvecklingen av det nya företagets programvara. Vad gäller frågan om den korta utvecklingstiden kunde anses utgöra ett bevis på att de tidigare anställda obehörigen skulle ha utnyttjat källkoden konstaterade Arbetsdomstolen att uppgifterna om hur lång utvecklingstid som krävs för att skapa programvaran skiljde sig åt avsevärt. Även om utredningen, enligt Arbetsdomstolen, gav visst stöd för en lång utvecklingsperiod ansågs det inte klarlagt "att utvecklingsperioden varit så anmärkningsvärt kort att det av det skälet skulle föreligga stöd för påståendet att företagshemlig information har utnyttjats". Arbetsdomstolen fann det således inte styrkt att de tidigare anställda hade angripit den tidigare arbetsgivarens företagshemligheter vid utvecklingen av det nybildade bolagets programvara.

I målet gjordes det inte gällande att de tidigare anställdas nyutvecklade programvara skulle anses utgöra intrång i upphovsrätten till den tidigare programvaran. Det ska också framhållas att upphovsrätt endast ger ett efterbildningskydd och alltså inte skyddar mot oberoende dubbelskapande. Har någon, utan användning av någon annans företagshemlighet eller genom efterbildning av ett upphovsrättsligt skyddat objekt, kommit på/skapat något som uppvisar stora likheter med det tidigare påkomna är detta

således i teorin varken fråga om ett obehörigt nyttjande av företagshemligheter eller intrång i någons upphovsrätt.

Bevisbördan skiljer sig

Varken den kommersiella sekretessen eller upphovsrätten utgör en prioritetsrätt, såsom exempelvis patent. En framträdande likhet mellan de båda programvarorna kan visserligen utgöra en del i bevisningen för att påvisa att information har använts obehörigen. I detta fall kan det vara intressant att konstatera att det råder en viss skillnad i bevisbördans placering.

Som ovan framgått har den som påstår att viss företagshemlighet angripits bevisbördan för att så är fallet. Frågan om bevisbördans placering i upphovsrättsvister behandlades av Högsta domstolen i det så kallade Smultronmålet (NJA 1994 s. 74). Frågan som var uppe för domstolens prövning var dels huruvida textilmönstret "Smultron" hade en sådan verkshöjd att det hade ett upphovsrättsligt skydd, dels om ett senare framtaget textilmönster i så fall utgjorde intrång i rätten till "Smultronmönstret".



När det gällde intrångsbedömningen uttalade Högsta domstolen följande angående bevisbördans placering:

"Den som gör gällande att det föreligger ett intrång i upphovsrätten till ett verk har bevisbördan för att en efterbildning skett. En framträdande likhet med det skyddade verket kan emellertid i och för sig anses utgöra ett starkt stöd för att det senare tillkomna alstret just är en efterbildning. Den som påstår ha gjort intrång i den andres upphovsrätt måste då göra sannolikt

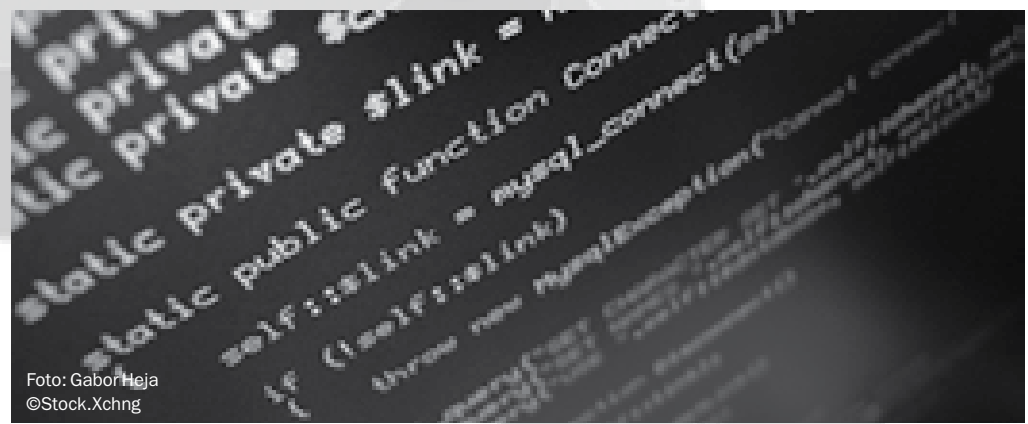


Foto: Gabor Heja ©Stock.Xchng

att hans alster framtagits självständigt för att någon efterbildning inte skall anses föreligga”

Ett angrepp på företagshemligheter kan som framgått samtidigt utgöra ett olovligt förfogande i upphovsrättslig mening. Att företagshemligheterna är manifesterade i form av ett skyddat upphovsrättsligt alster förstärker således i praktiken indirekt skyddet för den företagshemliga informationen även avseende bevisbördans placering.

Genom att kunna stödja sig på den upphovsrättsliga ensamrätten utökas dessutom möjligheterna till bevissäkring. Exempelvis kan man på basis av upphovsrätten initiera en intrångsundersökning eller kräva ett informationsföreläggande. Dessa bevissäkringsverktyg finns i dagsläget inte i FHL. I SOU 2008:63 föreslås det dock att sådana typer av bevissäkringsinstitut även ska återfinnas i FHL.

Upphovsrättsliga inskränkningar

Även om offentliggörandet av en upphovsrättsligt skyddad prestation inte påverkar skyddsmöjligheterna enligt upphovsrättslagen påverkar offentliggörandet tillämpligheten av flertalet av de inskränkningar som finns i upphovsrättslagen vilket redovisas i det följande.

I och med det lovliga offentliggörandet utökas möjligheterna för tredje man att hänföra sig till de legala inskränkningarna i 2 kap upphovsrättslagen i väsentlig grad. Det gäller exempelvis citaträtten och nyttjande för enskilt bruk. Med andra ord har den som inte har offentliggjort en upphovsrättsligt skyddad prestation klart större kontroll från ett upphovsrättsligt perspektiv över dess användning än den som offentliggjort densamma.

”Bibeln” ansågs inte offentliggjord

Frågan om offentliggörande kan vara mycket väsentligt för innehavaren. Ett fall som tydligt illustrerar detta är det sk Scientologimålet (Svea Hovrätts dom 2001-03-09 mål T 1096-98). I detta mål prövades bl a frågan om den sk Scientologibibeln skulle anses offentliggjord i upphovsrättslig mening.

I detta mål hade Religious Technology Center, licensinnehavare av rättigheterna till den så kallade Scientologibibeln, gjort gällande att en person begått intrång i dess tillkommande upphovsrätt. I målet redogjordes för att endast

medlemmar i Scientologikyrkan kan genomgå olika kurser där vissa längre skrifter ingår. Enligt vad som uppgavs i målet av RTC:s vittnen hade ca 20 000-25 000 personer genomgått de två aktuella kursnivåerna. Kurserna var avgiftsbelagda i form av en ”fast gåva” om ca 6 000 USD. Det framgår i målet att antalet exemplar av materialet var starkt begränsat och kontrollerat. Till saken hör att inte heller rätten i det aktuella målet fick ta del av materialet utan det hade endast förevisats flyktigt under ett av vittnesförhören. Den alternativa bevisning som RTC förde ansågs däremot tillräcklig. Hovrätten slog fast att materialet var skyddat av upphovsrätt och att det förelåg tillräcklig identitet mellan texterna.



Därefter gjorde hovrätten följande bedömning i frågan om materialet var offentliggjort i upphovsrättslig mening:

”... det får anses tillkomma upphovsmannen själv att bestämma om ett verk skall offentliggöras eller inte. När det gäller ännu ej offentliggjorda verk har upphovsmannen ansetts ha en i princip oinskränkt rätt till verket, se NJA II 1961 s 94.

Frågan om ett verk har lovligt offentliggjorts är av avgörande betydelse för om vissa inskränkningar skall gälla i upphovsmannens rättigheter. Rent allmänt är det därför enligt hovrättens mening påkallat med viss restriktivitet när det gäller att bedöma om de faktiska omständigheterna kan vara sådana att ett verk, tvärt emot vad rättighetshavaren uttalat som sin avsikt, skall anses offentliggjort...”

Hovrätten uttalade dock att principen om att rättighetshavarens avsikt ska vara styrande inte kunde vara en undantagslös regel. Offentliggörande i upphovsrättslig mening skulle exempelvis enligt hovrätten kunna föreligga i en situation där upphovsmannen, oavsett avsikt, låtit

sprida verket till en stor och obestämd krets av individer utan inbördes samband.

I detta fall konstaterade hovrätten att upphovsmannens avsikt i detta fall var helt klar, främst med hänsyn tagen till att RTC genom sekretessavtal och andra typer av säkerhetsåtgärder agerat i enlighet med den avsikt som uttalats om att verket ska förbli icke offentligt. Detta gäller oavsett om ett relativt stort antal medlemmar i och för sig tagit del av den aktuella informationen. På dessa skäl fann hovrätten sammanfattningsvis att det tillgängliggörandet som ostridigt skett inom Scientologikyrkan inte inneburit något offentliggörande i upphovsrättslig mening.

Därmed kunde den enskilde varken stödja sig på undantaget för privat bruk i 12 § URL eller citaträtten i 22 § URL.

Detta fall framstår som ett pedagogiskt exempel på att sekretessavtal också får en reell betydelse vid prövningen av vissa upphovsrättsvister, där fråga föreligger om ett verk har



Mer om sekretessavtal och skyddet för företagshemligheter och dess förhållande till immaterialrätten går att läsa i den nya boken Sekretessavtal - och det rättsliga skyddet för företagshemligheter. Boken är skriven av artikelförfattaren Magnus Tonell.

offentliggjorts i upphovsrättslig mening. Ett hemlighållande kan även påverka möjligheten att få ett upphovsrättsligt skyddat verk som har blivit allmän handling bli sekretessbelagd.

Avslutning

Ett sekretessavtal kan här, särskilt vad avser immateriella rättigheter såsom patent och mönster (design) som innehåller ett krav om nyhet för att alls kunna skyddas, vara en mycket vital pusselbit för att kommersiellt kunna skydda och därmed exploatera innovationen, den tekniska idén eller den nyskapande designen.

Även i fall där de immateriella rättigheternas bestånd inte påverkas av bibehållen konfidentialitet, såsom exempelvis upphovsrättsligt skyddade prestationer, så kan ett sekretessavtal vara av avgörande betydelse för möjligheten att fullt ut kunna exploatera den skyddade skapelsen. ■



Advokat Magnus Tonell är verksam på Advokatfirman Fylgia i Stockholm. Magnus är medlem i Fylgias kompetensgrupp för IT- och immaterialrätt och en flitigt återkommande skribent i PatentEye och Brand-News.