

Juridiska institutionen

Examensarbete på juristprogrammet vårterminen 2016, 30 högskolepoäng

Modern avtalstolkning och sekretessåtaganden vid due diligence

När befogad öppenhet ställs mot kommersiell sekretess

Pierre Olsson

Handledare: Rolf Skog

Examinator: Rolf Dotevall



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Förord

Examensuppsatsen på juristprogrammet kallas av vissa för juristskråets mästarprov. Det slutgiltiga beviset på att juriststudenten blivit så skicklig att denna med rätta kan titulera sig jurist och anförtros med det ansvar yrket medför. Mästarprov eller inte så är uppsatsskrivning en krävande process med höga toppar men djupa dalar. Slutresultatet är därför lika mycket beroende av antalet sena kvällar som författaren spenderat med att läsa och skriva som av den hjälp författaren fått av människor i dennes omgivning.

Under min personliga process har jag haft förmånen att få stöd av många oerhört skickliga jurister utan vars hjälp slutresultatet sannolikt skulle ha varit av betydligt sämre kvalitet. För det första vill jag rikta ett stort tack till Advokatfirman Vinge i Göteborg med personal vilka inte bara gett mig tillgång till en arbetsplats, databaser och ett bibliotek utan också låtit mig bli en del av den dagliga verksamheten under de månader min process pågått. Möjligheten att diskutera funderingar med och observera så skickliga och erfarna jurister har gett mig värdefulla insikter och fördjupat min förståelse för uppsatsens praktiska relevans. Jag vill rikta ett särskilt stort tack till min mentor, advokat Johanna Björnum Nyström. Hennes djupa kunskap om transaktionsjuridik och juridikens affärsmässiga relevans har varit ett ovärderligt stöd i min process.

Därutöver hade det inte blivit mycket till uppsats utan de personer som låtit sig intervjuas för den här uppsatsen. Jag vill därför rikta ett stort tack till de personer som kunnat avsätta tid från sina ofta mycket fulla scheman för att bli intervjuade av mig. Jag vill också rikta ett stort tack till samtliga lärare och anställda på masterprogrammet Intellectual Capital Management vid Göteborgs universitet, vars hårda men effektiva pedagogiska metoder givit mig den kunskapsmässiga grund jag behövde för att genomföra mitt mästarprov. Slutligen vill jag tacka min handledare Rolf Skog vars akademiska erfarenhet varit ovärderlig vid utformningen av uppsatsen.

Nedan följer en redogörelse av ett av den svenska rättens mest diffusa områden, avtalstolkning, tillämpat på en av marknadens mest diffusa avtalstyper, sekretessavtalet. I en värld där innovation blir allt öppnare samtidigt som värdet av affärshemligheter blir allt större skapas i dessa avtal en oerhört intressant intressekollision. Trots ämnets aktualitet har förvånansvärt lite skrivits om det och nedan utreder jag vilka konsekvenser de senaste årens rätts- och samhällsutveckling har för tolkningen av dessa avtal. Jag hoppas att du som läser finner uppsatsen intressant.

Göteborg den 19 april 2016

Pierre Olsson

Förkortningar

AvtL – Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

DCFR – Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference

FHL – Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter

KL – Konkurrenslag (2008:579)

KommL – Kommissionslag (2009:865)

KöpL – Köplag (1990:931)

LoI – Letter of intent

NJA – Nytt juridiskt arkiv I

Takeover-reglerna – NASDAQ OMX Stockholms och Nordic Growth Market NGM:s regler rörande offentliga uppköpserbudanden på aktiemarknaden.

UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law

Förord	1
Förkortningar	2
1 Inledning	5
1.1 Den entreprenöriella bioingenjören	5
1.2 Syfte	6
1.3 Forskningsfråga	7
1.4 Metod	7
1.4.1 Liberal rättsdogmatisk metod	7
1.4.2 Empirisk rättsvetenskaplig metod	9
1.4.3 Kritik och konsekvenser	11
1.5 Teori	11
1.5.1 Den moderna avtalsfriheten	11
1.5.2 Generering av kapital och kapitaliseringens betydelse för den ekonomiska utvecklingen	12
1.6 Avgränsningar	14
1.7 Forskningsläge	14
1.8 Disposition	15
2 Företagsöverlåtelser	16
2.1 Affärsmässig och juridisk bakgrund	16
2.2 Transaktionens parter och aktörer	16
2.3 Processen i korthet	17
2.3.1 Strategifasen	17
2.3.2 Transaktionsfasen	17
2.3.3 Integrationsfasen	18
2.3.4 Den juridiska processen	18
2.4 Due Diligence	19
2.4.1 Rättshistoria	20
2.4.2 Typer av due diligence och deras syften	20
2.4.3 Juridik och due diligence	21
2.4.4 Processen i korthet	22
2.4.5 Due diligence vid publika förvärv	22
3 Sekretessåtaganden	23
3.1 Sekretessåtagandens syften och tekniska uppbyggnad	23
3.2 Den standardiserade sekretessklausulen	24
4 Modern avtalstolkning	26
4.1 Analys av rättskällorna	26
4.2 Rättsrealistisk avtalstolkningslära	29
4.2.1 Aktuell praxis på området	29

4.2.2	<i>Intervjuer med praktiker</i>	31
4.3	Särskilt om avtalsfrihet och den gemensamma partsavsikten	33
4.4	Slutsats gällande rätt och rättsrealism i avtalstolkning	34
5	Tolkning av sekretessklausuler	35
5.1	Subjektiv och objektiv tolkning	35
5.2	Norminriktad analys – Tillämplig lagstiftning	36
5.3	Avtalets ordalydelse, språkinriktad analys.....	40
5.4	Syftesinriktad tolkning.....	42
5.5	Systematik och standardisering	44
5.6	Handelsbruk och branschsedvana	45
5.7	Skälighet	46
5.8	Sakskäl och praktiska problem	48
6	Slutsats	51
6.1	Gällande rätt - går det att tolka in ett undantag för due diligence-processer i standardiserade sekretessklausuler?	51
6.1.1	<i>Subjektiv tolkning</i>	51
6.1.2	<i>Norminriktad tolkning</i>	51
6.1.3	<i>Språkinriktad tolkning</i>	52
6.1.4	<i>Syftesinriktad tolkning</i>	53
6.1.5	<i>Systeminriktad tolkning</i>	54
6.1.6	<i>Handelsbruk och branschsedvana</i>	55
6.1.7	<i>Sakskäl och skälighet</i>	56
6.2	Sekretessavtalslagen 2016	56
6.3	Praktisk hantering av problematiken	59
Källor	62

1 Inledning

1.1 Den entreprenöriella bioingenjören

Victoria är en ung och lovande bioingenjör. Victoria är visionär och vill förändra världen. Efter sin bachelorexamen på Chalmers, där hon gick ut med toppbetyg, bestämde hon sig därför för att söka till masterutbildningen på Chalmers Entreprenörsskola. Under hennes sista år blir hon kontaktad av en forskare på Chalmers som har utvecklat grunden till vad som skulle kunna bli ett revolutionerande genombrott i behandlingen av vissa ryggåkommor.

Tillsammans med några klasskamrater bestämmer sig hon sig för att starta ett bioteknologiskt företag tillsammans med forskaren. Det visar sig snabbt finnas ett stort intresse för tekniken i branschen och för att påskynda utvecklingen ingår företaget tidigt ett forskningsavtal med ett större läkemedelsbolag. Avtalet innehåller en sekretessklausul men eftersom Victoria vet att så gott som alla samarbetsavtal innehåller sekretessklausuler och läkemedelsföretaget försäkrar Victoria att det är rent formella bestämmelser för att bibehålla patenterbarheten och företagshemlighetskyddet för eventuella framtida resultat, skriver hon på. Ekonomin är dessutom inte så bra som den hade kunnat vara och att anlita ett juridiskt ombud är det därför inte fråga om.

Samarbetet visar sig snart vara effektivt och efter att ha publicerat vissa begränsade delar av resultaten får Victorias företag stor internationell uppmärksamhet. En dag händer det som alla entreprenörer drömmer om: Victoria blir kontaktad av ett multinationellt läkemedelsföretag som meddelar att de är intresserade av företagets teknik och vill undersöka möjligheterna att köpa företaget. När den initiala värderingen visar ett mycket högt belopp blir Victoria och de övriga delägarna överlyckliga, inte nog med att det verkar som att deras teknik kommer att ges spridning med hjälp av de resurser köparen besitter, transaktionen kommer också att resultera i att de blir ekonomiskt oberoende.

Transaktionsprocessen inleds utan några större missöden och parterna har snart ingått ett letter of intent och den potentiella köparen inleder sin due diligence av Victorias företag. Köparens anlitate ombud är snart klara med den initiala due diligence-rapporten och det visar sig att det varit svårt för köparens egna bioingenjörer att på ett relativt säkert sätt utvärdera nivån av innovation och kommersiell potential i tekniken som Victorias företag utvecklar tillsammans med det andra läkemedelsföretaget. Dessutom har köparens jurister inte heller kunnat utreda hur äganderättsfrågan reglerats mellan parterna. De ber därför om informationskomplettering.

Victorias ombud granskar sekretessklausulen i samarbetsavtalet och då den innehåller dryga avtalsviten råder ombudet henne att i första hand inhämta samtycke från samarbetspartnern. När Victoria i detta syfte kontaktar läkemedelsföretaget för att inhämta samtycket uppstår emellertid problem. Företagets juristavdelning meddelar att de anser att den potentiella köparen är en för stor konkurrent för att det ska vara möjligt att ge ut någon information om samarbetet. De vägrar därför att ge sitt samtycke. När köparen hör om samarbetspartnerns beslut väljer de i samråd med sina ombud att avbryta transaktionen. Några veckor senare hör samarbetspartnerns VD av sig till Victoria och beklagar att transaktionen inte gick igenom men att hon kanske kan trösta sig med att de är villiga att lägga ett bud på bolaget. Ett par dagar senare inkommer ett skriftligt bud från VD:n med en preliminär köpeskilling på hälften av den första initiala värderingen.

Uppköp och fusioner av företag genom framförallt aktieköp, ofta kallat Mergers & Acquisitions eller M&A, utgör en enorm marknad med stor ekonomisk betydelse för de inblandade. Storleken på transaktionerna innebär att slutandet av affären ofta föregås av långa och komplicerade avtalsförhandlingar. En av den viktigaste, och svåraste, frågorna i dessa förhandlingar är hur bolaget ska värderas.

Ekonomer har utvecklat sofistikerade modeller för att värdera bolag och den här uppsatsen kommer inte att genomföra någon närmare analys av dessa värderingsmodeller. Gemensamt för modellerna är dock att de är rent kvantitativa och endast ger en indikation på målbolagets ungefärliga värde. Modellerna kompletteras därför så gott som alltid med en kvalitativ undersökning av företaget: en företagsbesiktning, ofta benämnd med det engelska uttrycket *due diligence*. Målet med undersökningen är bland annat att analysera företagets tillgångar och identifiera och utvärdera faktiska och potentiella risker med förvärvet. Vid undersökningen ges köparen och dennes eventuella ombud tillgång till ett stort antal dokument, bland annat viktiga avtal. Många av dessa avtal innehåller sekretessbestämmelser vilket som utgångspunkt innebär att säljaren inte utan tillstånd från motparten kan ge köparen tillgång till dessa avtal.

Denna uppsats kommer att beröra den intressekonflikt som uppstår när befogad öppenhet i form av informationsgivning vid *due diligence*-processer ställs mot den sedvanliga och legitima kommersiella sekretessen. Läsaren kommer att ges en introduktion till de komplicerade problem som den praktiserande affärsjuristen ställs inför i det dagliga arbetet och de svårigheter avtalsstolkning och sekretessavtal medför i svensk rätt.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att belysa senare års rättsutveckling på området avtalsstolkning och diskutera vad den innebär för tolkningen av sekretessavtal i samband med företagsöverlåtelseprocessen. Uppsatsen ska framförallt behandla den intressekonflikt som kan uppstå mellan säljaren av målbolaget i en företagsöverlåtelse och målbolagets samarbetspartners när säljaren vill lämna ut sekretessbelagt material till en potentiell köpare.

Säljarens huvudsakliga intresse är att visa upp en så bra bild som möjligt av målbolaget för att uppnå en så hög värdering som möjligt, ett intresse som är fullständigt legitimt. För att uppnå en korrekt värdering krävs det att viss information om målbolaget och bolagets avtalsförhållanden kan undersökas av en potentiell köpare. Sekretessbelagt material med tredjepartsintresse lämnas också regelmässigt ut i *due diligence*-processer utan att relevanta samtycken inhämtas eftersom det ofta inte är praktiskt möjligt att inhämta dessa samtycken.

Målbolagets samarbetspartner har å andra sidan ett motstående intresse av att känslig information rörande deras samarbeten inte lämnas ut till externa parter, vilka i värsta fall kan vara konkurrenter. Sådan känslig information kan utgöras av exempelvis royaltynivåer och bakgrundkunskap men också detaljerad information om parterna som deltar och samarbetets resultat.

Problemet blir särskilt intressant när det studeras i samband med fenomenet *open innovation* eller på svenska *öppen innovation*. Sedan begreppet myntades i början av 2000-talet har *open innovation* stadigt växt sig starkare inom teknologibaserade industrier. *Open innovation* innebär i korthet att parter med olika och helst kompletterande resurser och förmågor

samarbetar i syfte att uppnå synergieffekter i deras forskning och utveckling. Samarbetena är ofta helt eller delvis hemliga och omfattar ofta värdefull teknologi.¹

I dagsläget är det ytterst oklart i vilken grad ett målbolag kan ge ut information i due diligence-processer utan att begå brott mot de sekretessåtaganden som i regel inkluderas i kommersiella avtal. Vid en ren bokstavstolkning av dessa sekretessåtaganden framstår det ofta som att dessa hindrar due diligence-förfaranden. Samtidigt har Högsta domstolen genom NJA 2015 s. 741 och NJA 2015 s. 862 slagit fast att modern avtalstolkning i större utsträcknings ska beakta bland annat ändamåls- och rimlighetsargument vid tolkningen. Trots denna oklarhet är det en fråga praktiserande affärsjurister tvingas hantera i nästan varje företagsöverlåtelse.

Med uppsatsen vill jag belysa de senaste årens förändringar inom avtalstolkningen och undersöka de juridiska och praktiska problem som uppstår när en försvarbar sekretessnivå ställs mot industrins växande öppenhet ur ett avtalstolkningssperspektiv. Den juridiska forskningen på såväl upprättandet som tolkningen som rättsverkningarna av sekretessåtaganden är sparsam. Min ambition är därför att försöka lämna ett initialt bidrag till den juridiska forskningen och inleda en i min mening välbehövlig diskussion om hur det juridiska systemet, som är anpassat till den traditionella stängda innovationsmodellen, ska ställa sig till näringslivets nya trend mot öppenhet. Jag kommer även att redogöra för hur den moderna avtalstolkningsdoktrinen ska uppfattas i ljuset av modern praxis.

Jag kommer att väga de olika intressena mot varandra i den intressekollision som uppstår när en part i ett samarbete köps upp. Uppsatsen kommer att utreda vilka legala möjligheter det finns att ge ut sekretessbelagd information och kommer att innehålla en redogörelse för sedvanan bland landets aktiva företagsförvärvsjurister. Slutligen kommer resultatet att granskas kritiskt och mina egna reflektioner kring vad som är gällande rätt kommer att presenteras.

1.3 Forskningsfråga

Är det möjligt att i standardiserade sekretessklausuler, genom tillämpningen av modern avtalstolkning, tolka in ett undantag för utlämnandet av viss information i due diligence-processer? Har avtalstypen betydelse och vad gäller särskilt för open innovation-avtal?

1.4 Metod

1.4.1 Liberal rättsdogmatisk metod

Uppsatsen kommer i det inledande skedet att studera frågeställningen i ett rättsdogmatiskt perspektiv med utgångspunkt i teorierna om rättskälleläran. Då det i litteraturen råder viss oenighet om innebörden av begreppet rättskälleläran kommer jag att utveckla min metod nedan.

¹ För en redogörelse om open innovation, se Chesbrough, *Open Innovation: A New Paradigm for Understanding Industrial Innovation*. I *Open Innovation: Researching a new paradigm*.

Jag utgår från en relativt pragmatisk syn på rättskälleläran där lagstiftning, förarbeten och prejudikat visserligen anses vara de primära källorna men där även relevanta argument från andra källor beaktas och eventuellt kan trumfa förarbeten och prejudikat och i särskilda fall även lagstiftning. Den rättskälleteori jag inspirerats av är framförallt den syn på läran som Aleksander Peczenik lägger fram i sitt verk "Vad är rätt?".² Nedan kommer jag att kort beskriva Peczeniks syn på rättsdogmatik och utveckla hur jag tillämpat och justerat hans metod för att passa min frågeställning samt vilka konsekvenser det får för arbetet. Peczenik inleder sitt kapitel om rättskällor på följande sätt.

"Källor till rättslig auktoritet ('materiella rättskällor') omfattar alla skäl som ger normer en rättslig auktoritet, rättslig giltighet och rättslig innebörd. Dessa skäl besvarar den 'djupgående' normativa frågan varför en viss norm skall, bör eller får beaktas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation."

Peczenik utvecklar sedan sin egen definition av formella rättskällor där han väljer följande vida definition:

"Alla texter och annat material som skall, bör eller får åberopas som auktoritetsskäl."

Definitionen innefattar alltså nästan allt material. Peczenik gör dock skillnad på rättskällor som han menar *ska*, *bör* och *får* beaktas i rättstillämpningen. De rättskällor som *ska* beaktas är enligt honom lagar, föreskrifter och fasta sedvanerättsliga regler. De sedvanerättsliga reglerna blir framförallt aktuella när det uttrycks i lagtext att de ska ges företräde, jfr 3§ KöpL och 2§ KommL. Definitionen ger även utrymme för att argumentera för att en viss lagregel är obsolet eller sedvanerättsligt upphävd. Material som auktoritativt visar sedvanor samt avtal och framförallt standardavtal är därför viktiga i det här avseendet.³

Då open innovation än så länge endast är ett relativt ungt fenomen har många av de juridiska problem som uppstår i samband med den typen av samarbeten ännu inte behandlats i juridisk litteratur. Således kommer jag att lägga stor vikt vid att undersöka svensk och utländsk branschsedvana. Eftersom regleringen på området är sparsam och samarbeten tenderar att i allt större grad involvera internationella parter som lyder under olika jurisdiktioner menar jag att sedvanan bör tillmätas stor betydelse som rättskälla. Sedvanan har undersökts genom att jag intervjuat affärsjurister med erfarenhet av att genomföra företagsförvärv och upprätta samarbetsavtal samt genom att jag själv granskat ett stort antal kommersiella avtal.

Angående vilka källor som *bör* beaktas nämner Peczenik prejudikat, förarbeten, material som auktoritativt visar på innebörden av vissa sedvanor men inte kan anses utgöra bindande sedvanerättsliga regler samt internationella konventioner som ligger till grund för svensk lagstiftning.⁴ Återigen argumenterar alltså Peczenik för vikten av att beakta sedvana, även i det fall den aktuella sedvanan inte kan anses utgöra bindande rätt. De prejudikat som använts i uppsatsen berör framförallt avtalstolkning. I och med att Högsta domstolen under senare år

² Se Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 209ff

³ Jfr Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 214

⁴ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 215

moderniserat och preciserat avtalstolkningläran har en stor del av äldre praxis blivit obsolet och eftersom open innovation dessutom är ett relativt nytt fenomen kommer i princip bara rättsfall som avgjorts under 2000-talet att citeras.

Angående vilka källor som får åberopas nämner Peczenik institutionella rekommendationer samt rekommendationer från vissa icke-institutionella organisationer. Därutöver nämner han olika typer av beslut, exempelvis domar utan prejudikatsverkan samt prejudikat som inte behandlar rättsfrågan direkt. Han nämner också förarbeten som inte direkt behandlar den aktuella lagstiftningen, rättsvetenskaplig litteratur, utländsk rätt och ”olika slags informellt material”. Slutligen avslutar han med att även saksål får åberopas och att de ibland till och med kan trumfa auktoritativa rättskällor.⁵ Som synes är det en vid definition som innefattar nästan allt material, såväl skriftligt som muntligt, som har antingen ett auktoritetsvärde eller ett innehållsvärde. Av samma anledning som den som motiverar citeringen av företräddelsevis yngre rättsfall kommer även fokus för litteraturstudierna att ligga på nyare litteratur.

Eftersom min ambition med uppsatsen primärt är att belysa modern avtalstolkning och sekretessåtaganden i den särskilda kontext som open innovation och transaktioner innebär har jag valt att tillämpa en liberal syn på rättskälleläran inspirerad av Peczenik. Valet av metod motiveras vidare av att det sparsamma forskningsläget och bristen på auktoritativa källor medför att tillämpningen av en striktare rättsdogmatisk metod hade resulterat i ett icke-tillfredsställande resultat. Av samma anledning har påvisbar sedvana och relevanta saksål getts stor betydelse. I det följande kommer jag att referera till denna version av rättsdogmatik med begreppet ”liberal rättsdogmatisk metod”.

1.4.2 *Empirisk rättsvetenskaplig metod*

Utöver den rättsdogmatiskt och rättskälleinriktade delen av uppsatsen har jag även tillämpat ett rättsrealistiskt perspektiv och inkluderat ett avsnitt baserat på empirisk rättsvetenskaplig metod (i det följande endast ”empirisk metod”). Forskningen har bestått av kvalitativ etnografisk metod där observationer och etnografiska intervjuer används som verktyg och målet är att undersöka hur olika människor upplever en viss fråga eller fenomen snarare än att arbeta fram statistiskt fastställbara resultat.⁶

Intervjuer har genomförts med olika juridiska aktörer som kommer i kontakt med den här typen av frågor i sin arbetsvardag. Den etnografiska intervjuteknik jag tillämpat bygger på att de som intervjuas ges möjlighet att tala så fritt som möjligt vilket jag tillförsäkrat genom att ställa öppna frågor och följdfrågor samt i så stor utsträckning som möjligt undvikt att leda samtalet. Därutöver har jag tillämpat en annan intervjuteknik där jag bett jurister granska vissa delar av mitt arbete för att säkerställa att det jag skriver stämmer överens med det praktiska rättslivet. Denna typ av intervju är inte en del av en etnografisk metod eftersom att ge någon en text att granska per definition innebär att frågeställaren leder intervjun. Tekniken har därför framförallt använts vid författandet av bakgrundsinformation till uppsatsen som ett komplement när det inte funnits andra, skriftliga, källor att tillgå. Samtliga personer som

⁵ Peczenik, *Vad är rätt*, s. 216

⁶ Se närmare om kvalitativ etnografisk metod och i synnerhet etnografiska intervjuer Bauman och Adair, *The Use of Ethnographic Interviewing to Inform Questionnaire Construction*.

intervjuats har tillfrågats om de önskar att vara anonyma och de har getts möjlighet att granska intervjuprotokoll och citat i efterhand för att undvika felcitering.

Observationerna har bestått i att jag granskat ett stort antal kommersiella avtal i syfte att identifiera eventuella mönster i avtalsförfattandet. Eftersom dessa avtal är sekretessbelagda har det emellertid inte varit möjligt att redovisa resultaten på ett transparent sätt och undersökningen har därför inte lett till något statistiskt fastställbart resultat utan kan endast ge indikationer. Därutöver har jag deltagit i transaktionsverksamhet på två större svenska advokatbyråer där jag fått möjlighet att både observera företagsförvärvsprocessen och diskutera uppsatsens frågeställning med skickliga transaktions- och processjurister.

Slutligen har jag även granskat samtliga domar från Högsta domstolen och hovrätterna rörande avtalstolkning mellan januari 2013 och maj 2016 och jag har även granskat en del tingsrättsdomar. Tidsspannet är valt utifrån syftet att söka visa på en tolkningstrend i domstolarna under senare år. Att granska domar är visserligen inte optimalt från ett etnografiskt perspektiv. Det ideala hade istället varit att sitta med på förhandlingar och delta i den dömande verksamheten i de frågor jag utrett, vilket emellertid inte är praktiskt görbart. Trots det är det denna del av den empiriska undersökningen som gett resultat med högst kvalitet från ett juridiskt perspektiv eftersom det tydligt och dokumenterat visar vilka tolkningsmetoder domstolarna tillämpar officiellt i praktiken även om det inte ger insikt i domarnas informella överväganden.

Den uppmärksamme läsaren frågar sig nu sannolikt varför empirisk metod med etnografisk inriktning är ett gott komplement till den liberala rättsdogmatiska metoden. För det första finns det ett rent praktiskt rättskällerrelaterat argument för tillämpningen av empirisk metod. En rättsdogmatiskt inriktad metod har den begränsningen att den endast kan utreda, med varierande säkerhet, vad gällande rätt är i teorin och beaktar inte hur problematiken faktiskt hanterats i det praktiska rättslivet. Därutöver bygger den i stor utsträckning på analys av äldre auktoritativa källor. Metodens användbarhet blir därför något begränsad vid utredningar av nya fenomen där det ännu saknas auktoritativa rättskällor som kan läggas till grund för utredningen. I dessa fall nöjer sig rättsvetenskapsmannen ofta med att konstatera att rättsläget är oklart och tillägger eventuellt något om sin egen syn på frågan, ett talande exempel är diskussionen om lagen om skydd för företagshemligheters relation till avtalsfriheten som kommer att beröras nedan.⁷

Läget är inte sällan ett annat i det praktiska rättslivet där verksamma jurister ofta tvingas hantera många komplicerade och oklara juridiska frågeställningar i den löpande verksamheten. Genom att intervjua och observera dessa aktörer är det möjligt att få en uppfattning om, och eventuellt också påvisa, befintlig branschsedvana, sedvana som enligt vad som framgår ovan bör och ibland ska ges stor vikt i en rättsdogmatisk analys. Även i de fall sedvanan inte kan anses vara av sådan art att den ensam ska utgöra normer likställda med lagstiftning bygger den ändå ofta på relevanta sakskaäl vilket än mer ger stöd åt dess juridiska relevans.

För det andra kan mer rättsrealistiskt grundade argument framföras för betydelsen av empirisk metod. I en nyligen publicerad examensuppsats av jurist Victoria Kedner studeras

⁷ Se avsnitt 5.2

förhållandet mellan ombudens inlagor och domarnas domskäl. Uppsatsen ger starka indikationer på att domarnas beslut och argumentation i hög grad påverkas av ombudens inlagor. Att svenska domstolar i viss utsträckning även är en rättsskapande instans råder det numera mer eller mindre konsensus om. Ombudens rättsskapande funktion har däremot inte tidigare berörts i forskningssammanhang.⁸ I ljuset av den nämnda uppsatsen samt den sparsamma tillgången på auktoritativa källor är det troligt att en domstol skulle lägga stor vikt vid ombudens argumentation. Om än inte formella rättskällor ger således intervjuerna goda indikationer på hur en domstol kan tänkas döma i framtiden.

1.4.3 Kritik och konsekvenser

Läsaren bör vara uppmärksam på att då jag valt att tillämpa denna liberala syn på rättskälleläran kommer uppsatsens värde som utredning om, och klargörande av, gällande rätt måhända att vara begränsat eftersom jag kommer att gå utöver vad som fastställts i rättskällorna. Istället är ambitionen framförallt att uppsatsen ska bidra till att skapa en bredare förståelse för sekretess i kommersiella förhållanden och för fenomenet open innovation samt för de särskilda juridiska problem som uppstår när öppenheten ställs mot den traditionella juridiken på området som bygger på presumtionen om stängdhet och sekretess. Uppsatsen utreder alltså inte bara vad lagen *är* utan framförallt är förhoppningen att den ska kunna bistå rättsskapare och rättstillämpare att utveckla en idé om vad lagen *bör* vara.

1.5 Teori

1.5.1 Den moderna avtalsfriheten

Den övergripande teori som uppsatsen behandlar är vad som inom rättsvetenskapen betecknas som principen om avtalsfrihet. Principen innebär att lagstiftaren låter personer själva ta beslut om de ska ingå avtal, med vem de ska ingå avtal samt vad avtalet ska innehålla. Tillsammans med principen om avtals bindande verkan utgör principen om avtalsfrihet grundbulten i civilrätten i rättssystem som bygger på marknadsekonomi.⁹

Avtalsfriheten har en rättsfilosofisk såväl som en nationalekonomisk grund. Den rättsfilosofiska grunden i dess nuvarande betydelse finner vi enligt Nybergh i naturrätten. Den naturrättsliga utgångspunkten var i sin tur teorin om viljans autonomi, där bland annat den store naturrättsfilosofen Hugo Grotius var en av de första att skriva om teorin som grund för bindande avtal.¹⁰ Den nationalekonomiska grunden för avtalsfriheten finner vi istället i de liberalistiska idéer som ledde fram till den ekonomiska transformationen från merkantilism till marknadsekonomi. Som så många andra teorier inom nationalekonomin bygger avtalsfriheten också på antagandet om att parterna är rationella och har tillgång till fullständig information.¹¹

⁸Jag kommer inte att behandla frågan om ombudets rättsskapande roll närmare. Den intresserade läsaren hänvisas istället till Kedner, Victoria, *Advokatens rättsskapande roll: En kartläggning*. Examensuppsats, Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet, 2016.

⁹ Ramberg och Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 28

¹⁰ Nybergh, *Avtalsfrihet – rätt till avtal*, s. 27-28

¹¹ Jfr exempelvis Dahlman, Glader och Reidhav, *Rättsekonomi*, s. 14 och 17f.

Som så många andra grundläggande principer är emellertid principen om avtalsfrihet kraftigt inskränkt. I svensk rätt inskränks den framförallt av indispositiv lagstiftning som i regel syftar till att skydda en part som typiskt sett innehar en svagare förhandlingsposition. Exempel på sådan lagstiftning är konsumenträtten, hyresrätten och arbetsrätten. Som framgår ovan kan även bindande sedvanerätt inskränka avtalsfriheten. Vidare inskränks avtalsfriheten av ogiltighetsreglerna och jämningsregeln i AvtL som ger domstolar rätt att i vissa fall åsidosätta avtal eller avtalsvillkor utan att de strider mot tvingande rätt. Även principer som den så kallade *pactum turpe* principen som medför att vissa typer av avtal inte åtnjuter rättsordningens skydd begränsar avtalsfriheten. Slutligen begränsas avtalsfriheten ytterligare av de avtalstolkningsregler som tillämpas i avtalstvister och kan få till följd att en part blir bunden av något som denne inte tänkte sig eller förutsåg vid avtalsslutet.

Även om avtalsfrihet är systemets utgångspunkt kan alltså slutsatsen dras att den inte utgör en så stark princip som man vid första anblicken kan tro är fallet. Tvärt om lämnas ett stort utrymme för argumentation där rättstillämparen uppmantras att beakta sakskalet för att ge avtal ett skäligt innehåll. Grönfors diskuterar den nuvarande avtalsfriheten i boken *Avtalsgrundande rättsfakta* och går till och med så långt i sin analys att han uttalar att det i ljuset av de senaste decenniernas rättsutveckling inte längre existerar någon egentlig avtalsfrihet i svensk rätt och att principen, och den ur den samma deducerade rättskonstruktionen ”gemensamma partsavsikten”, inte kan användas som den självklara utgångspunkten vid avtalstolkning. Istället väljer han att karaktärisera avtalsfriheten som ”*den övervakade och förminskade avtalsfriheten*”.¹² Grönfors syn på avtalsfriheten kan jämföras med den relationella kontraktsteorin som utvecklats av Ian R. Macneil där parternas relation istället för deras löften står i fokus för avtalsrätten. Istället för strikt tolkning av avtalsordalydelser anses även sociala normer utgöra en del av avtalsinnehållet och fokus för domstolen är att finna en naturlig och rimlig tolkning snarare än den tolkning som kan anses följa av parternas löften.¹³ Med denna syn på avtalsfrihet får dispositiv rätt, sekundära rättskällor, ändamål, skälighet och sakskalet en betydande roll i tolkningen och upprätthållandet av avtal. Denna mer restriktiva syn på avtalsfriheten och större fokus på andra tolkningsdata har under senare år också getts större utrymme i praxis från Högsta domstolen.¹⁴ Jag kallar resultatet av denna rättsutveckling för *den moderna avtalsfriheten*.

1.5.2 *Generering av kapital och kapitaliseringens betydelse för den ekonomiska utvecklingen.*

Nu frågar sig sannolikt läsaren: varför är det problematiskt att teknologibaserade entreprenöriella företag undervärderas? Nog för att det kan innebära en ekonomisk förlust för den enskilde aktieägaren men är det ändå inte så att vi i kommersiella förhållanden har avtalsfrihet och att varje avtalspart får stå risken för en dålig affär? Vari ligger samhällets intresse i den här relationen?

Jag har valt att låta min uppsats göra avstamp i de teorier som utvecklats på Chalmers tekniska högskola, Göteborgs universitet och Center for Intellectual Property under ledning av

¹² Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 43-45

¹³ Bergstedt, *Affärsrelationer, affärer, relationer, avtal och relationella avtal*, SvJT 2014 s. 721

¹⁴ Advokatfirman Vinge i Göteborgs processrättsgrupp, grupp intervju 2016-04-08. Se också nedan i avsnitt 4.

professor Ulf Petrusson om kapitalet och kapitaliseringens betydelse för ekonomisk utveckling samt entreprenörens roll i samhället. Nämnade teoretiska underlag bygger i sin tur på bland annat Hernando De Sotos teorier om kapitalismens mekanismer och Schumpeters teorier om entreprenörens roll i samhället.

I en nationalekonomisk kontext brukar termen kapital syfta på en av de produktionsfaktorer som kan användas för att skapa värde i form av varor och tjänster. Processen är så grundläggande i det kapitalistiska systemet att få forskare studerat närmare hur tillgångar faktiskt omvandlas till kapital. Samtidigt har det framhållits att just kapitaliseringen av resurser är av central betydelse för den ekonomiska utvecklingen.¹⁵ En forskare som har studerat fenomenet är Hernando de Soto som publicerade sina resultat i boken *The Mystery of Capital* år 2000. De Soto söker i sitt verk svar på frågan om varför kapitalismen varit en sådan framgång i västvärlden samtidigt som den misslyckats så katastrofalt i tredje världen. De Soto kommer slutligen fram till att anledningen till att kapitalismen har misslyckats i tredje världen verkar vara att det saknas effektiva legala institutioner för att omvandla tillgångar till kapital. Resultatet är en enorm mängd utomlegala tillgångar som endast svårligen kan överlåtas och så gott som aldrig användas som säkerhet för lån. De Soto kallar dessa tillgångar "dött kapital".¹⁶ De Soto har fått ett brett erkännande för sitt arbete bland såväl politiska ledare som akademiker.¹⁷

I västvärlden är generering av kapital sällan ett problem i förhållande till traditionella tillgångar så som fastigheter då vi har effektiva administrativa system för fastställandet och verkställandet av såväl äganderättsanspråk som eventuella kreditanspråk. Emellertid har det under de senare decennierna skett ett skifte mot en mer kunskapsbaserad ekonomi i vilken traditionellt kapital inte längre är den viktigaste produktionsfaktorn. Den viktigaste produktionsfaktorn är istället kunskap. Nationalekonomer som skrivit om skiftet tenderar att diskutera ekonomin med utgångspunkt i en kunskapsvärdeteori istället för den arbetsvärdeteori som tidigare varit förhärskande.¹⁸

Till skillnad från traditionella produktionsfaktorer är emellertid kunskap abstrakt och immateriellt, vilket i sin tur har konsekvenser för dess användbarhet som kapital. Enligt Foray har kunskap tre distinkta egenskaper som finansiellt objekt jämfört med materiella objekt: 1) kunskap är svårt att kontrollera, 2) kunskap är icke-exkluderande och 3) kunskap är kumulativ.¹⁹ Dessa egenskaper medför att kunskap ofta är svårt att omvandla till såväl egendom som kapital något som i sin tur kan leda till liknande problem för kunskapsekonomin som de problem de Soto observerat för den industriella ekonomin i tredje världen. Petrusson och Heiden bygger vidare på de Sotos kapitaliseringstes och Forays beskrivning av kunskap som ett ekonomiskt objekt och diskuterar vad som egentligen krävs för att en viss tillgång ska kunna omvandlas till kapital. Enligt författarna måste tillgången

¹⁵ Andreasson, *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet*, s. 74.

¹⁶ Se exempelvis de Soto, *The Mystery of Capital*, s. 6-7, 30-32 och 219-242

¹⁷ Andreasson, *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet*, s. 74 not 96

¹⁸ Se exempelvis Drucker, *The Post-Capitalistic Society*, s. 7

¹⁹ Foray, *The Economics of Knowledge*, s. 91-95

vara transaktionsbar men också erkänd och betrodd av det finansiella etablissemang, exempelvis genom att den kan användas som säkerhet för ett lån.²⁰ För att hantera den svårighet som kunskaps särskilda egenskaper medför måste kunskap identifieras, konceptualiseras och paketeras innan den kan överlåtas och användas som en ekonomisk säkerhet. Den vanligaste och mest effektiva metoden för att paketera kunskap är att paketera den i ett företag. För att effektiv kapitalisering ska kunna ske måste vidare företaget och den kunskap som ligger i företaget kunna värderas med relativt hög precision och företaget måste kunna överlåtas relativt enkelt. Samhällets intresse av att upprätthålla en effektiv företagsöverlåtelseprocess och att undvika undervärderingar av entreprenöriella företag ligger alltså i att tillförsäkra en effektiv kapitalisering, vilket i sin tur bidrar till att underlätta den ekonomiska omvandlingen mot en kunskapsekonomi och därigenom skapa positiv ekonomisk och teknisk utveckling.

1.6 Avgränsningar

- Den här uppsatsen berör endast sekretessklausuler i *kommersiella avtal* och kommer alltså inte att beröra andra situationer där sekretess uppstår såsom anställningsförhållanden och vissa förtroendeuppdrag.
- Uppsatsen kommer inte att beröra de *konkurrensrättsliga* aspekterna av uppsatsens problemformulering.
- Uppsatsen kommer inte att beröra problemformuleringen i förhållande till due diligence-processer vid *offentliga uppköpserbjudanden* i någon större utsträckning.

1.7 Forskningsläge

Vad gäller företagsförvärv i stort finns det en del skrivet. Mycket av litteraturen är praktiskt orienterad och tycks ofta syfta till att sammanställa en praktisk manual för praktiserande jurister. Ett exempel är *Forsman, Företagsöverlåtelser* som ger läsaren en god och lättillgänglig överblick av processen i ett juridiskt perspektiv.

Angående due diligence-processen rör det mesta som skrivits processen i förhållande till publika bolag.²¹ Det handlar framförallt om styrelsens ansvar och eventuella rätt eller till och med skyldighet att medverka i due diligence-processer.²² Den mest utförliga redogörelsen för due diligence-processen vid privata förvärv och hur den passar in i den svenska rättens kontext har skrivits av Robert Sevenius. Hans verk *Due Diligence* berör emellertid inte de frågor jag diskuterar i min uppsats.²³

²⁰ Petrusson och Heiden, *Assets, Property, and Capital in a Globalized Intellectual Value Chain*

²¹ För en överblick av forskningsunderlaget gällande due diligence vid offentliga uppköpserbjudanden se Härkönen, *Aktiemarknadsbolagets informationsgivning*, kapitel 6.2.

²² Se exempelvis Stattin, *Om due diligence-undersökningar vid takeover-erbjudanden*, SvJT 2008 s. 733

²³ För Sevenius bidrag, se, Sevenius, *Om "due diligence" – företagsbesiktningens betydelse i svensk rätt*. SvJT 2007 s. 499 och Sevenius, *Due Diligence*.

Litteraturen på allmän avtalsrätt och avtalstolkning är relativt välutvecklad. Framförallt har Christina och Jan Ramberg bidragit till forskningen men även Lars Gorton och Bert Lehrberg har bidragit till senare års rättsutveckling. Den allmänna avtalsrättsliga litteraturen berör emellertid sekretessavtal sparsamt. Även forskningen på företagshemlighetsområdet är relativt mager. Det mest utförliga verket på temat avtalad sekretess är *Tonell, Sekretessavtal*. Han berör emellertid inte tolkning av sekretessklausuler och sekretessavtal. Det mest utförliga och auktoritära verket på temat företagshemligheter är Fahlbeck, *Lagen om skydd av företagshemligheter: En kommentar och rättsöversikter*. Förhållandet mellan företagshemlighetslagen och avtalad sekretess har diskuterats något i litteraturen som berör företagshemligheter men i övrigt har tolkning av sekretessklausuler inte berörts. På temat open innovation är den svenska rättsvetenskapliga forskningen sparsam. Den forskning som bedrivits har framförallt berört EU:s konkurrensrättsliga safe harbour-regler som i vissa fall tillåter forskningssamarbeten mellan konkurrenter. Själva avtalsförfattandet och avtalstolkningen har däremot inte berörts i någon större utsträckning.

Såvitt jag kunnat finna finns det alltså inget skrivet om min frågeställning utöver den mindre diskussion som förts om relationen mellan lagen om företagshemligheter och sekretessavtal samt det som skrivits om avtalstolkning i allmänhet. Diskussionen om relationen mellan FHL och sekretessavtal har emellertid varit tämligen allmän och har inte utrett frågan på djupet.

1.8 Disposition

Uppsatsen inleds med en kort genomgång av företagsförvärvsprocessens huvuddelar samt processens parter och aktörer. Syftet med avsnittet är att placera in problemformuleringen i en praktisk kontext och att redogöra för de särskilda intressen som måste beaktas i uppsatsens fortsatta utredning. Därefter redogörs kort för due diligence-processen och hur den relaterar till den svenska lagstiftningen.

Efter den korta genomgången av den praktiska bakgrunden till problemet följer den egentliga analysen. Först kommer en redogörelse om sekretessklausuler och en standardiserad sekretessklausul upprättas för att användas som utgångspunkt i den fortsatta framställningen. Därefter följer en diskussion om modern avtalstolkning där Högsta domstolens senare praxis analyseras och vägs samman med en rättsrealistisk analys i syfte att identifiera de tolkningsmetoder som bör tillämpas. Därefter följer ett avsnitt där sekretessklausulen tolkas i enlighet med de avtalstolkningsmetoder som identifierades i föregående avsnitt i syfte att utreda gällande rätt.

Slutligen följer ett diskussionsavsnitt där slutsatserna i föregående avsnitt diskuteras och uppsatsen avslutas med en diskussion kring vilka åtgärder den praktiserande juristen kan vidta för att hantera problemet och minimera de affärsmässiga och juridiska riskerna.

2 Företagsöverlåtelse

2.1 Affärsnärlig och juridisk bakgrund

För en entreprenör är ofta det slutliga målet att få skörda frukterna av sitt arbete genom att sälja det företag han eller hon byggt upp. För olika typer av finansiärer som riskkapitalister och affärsänglar är den framtida försäljningen eller "exit" det enda målet. Processen för företagsöverlåtelse fyller därför en viktig funktion för entreprenörskap och i förlängningen för ekonomin.²⁴ En företagsöverlåtelse kan ske på olika sätt men den vanligaste versionen är att den sker genom en aktieöverlåtelse där aktierna i den juridiska person som ska säljas helt enkelt byter ägare. Det görs även skillnad på så kallade privata transaktioner och publika transaktioner (offentliga uppköpserbjudanden). I det senare fallet är målbolaget ett börsbolag. Sådana transaktioner omfattar ofta stora värden samtidigt som de resulterar i många svåra överväganden när det inte bara är säljarens och den potentiella köparens intressen som ska vägas mot varandra utan även marknadens intressen, exempelvis intresset av att upprätthålla informationssymmetri, måste beaktas.²⁵

Företagsöverlåtelse faller inom det juridiska verksamhetsområde som populärt kallas transaktionsjuridik och på större advokatbyråer utgör stora transaktioner, framförallt i form av företagsöverlåtelse, en av de stora källorna till nya uppdrag och inkomster. I mångt och mycket är transaktionerna den olja som smörjer den juridiska industrins maskineri. Det har i sin tur resulterat i en ombildning av den juridiska marknaden, advokatens roll och den juridiska metoden där juristerna i större utsträckning blir projektledare och förväntas kunna hantera uppkomna juridiska problem pragmatiskt och affärsnärligt.²⁶

2.2 Transaktionens parter och aktörer²⁷

En transaktion kan göras i det närmsta oändligt komplicerad. Exempelvis ingår många bolag i komplicerade koncernkonstruktioner och intressegemenskaper med både dotterbolag och ägarbolag inkorporerade under olika jurisdiktioner. Dessa entiteter och de personer som agerar inom dem kan i sin tur ingå i mer eller mindre formaliserade överenskommelser med såväl koncernbolag som externa parter och det kan snabbt skapas ett stort och svåröverblickbart nät av olika entiteter med vitt skilda intressen, vilket kan göra en transaktions framtida konsekvenser svåröverblickbara.

I transaktionens mest basala form har den två parter: säljaren och köparen. Såväl säljaren som köparen är oftast själva bolag. Köpeobjektet brukar benämnas målbolaget och är visserligen inte själv part i transaktionen men utgör den självklara huvudaktören. Målbolagets intressen ska i teorin tas till vara av bolagsledningen men ledningen är ofta starkt sammankopplad med säljaren. Exempelvis är det inte ovanligt att samma fysiska personer sitter i bolagsledningen

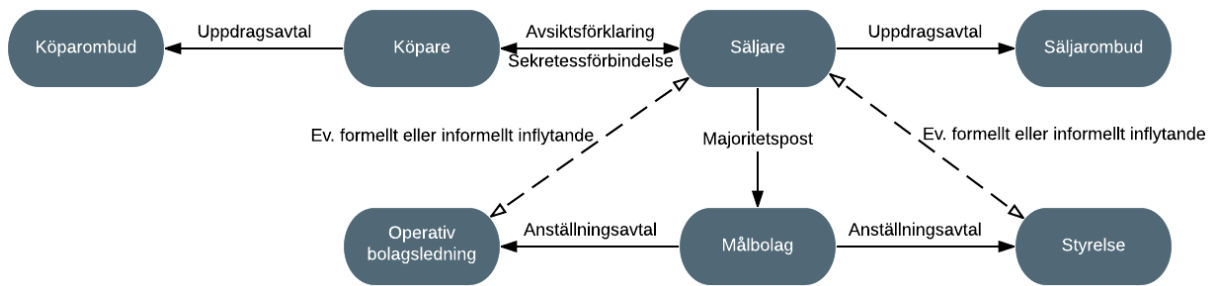
²⁴ Jfr ovan 1.5.2. Se även angående transaktioners betydelse för

²⁵ Jfr Nyström, Ohlsson, Sjöman och Skog, *Takeover-reglerna: en kommentar*, s. 106

²⁶ Jfr Forssman, *Företagsöverlåtelse*, s. 11

²⁷ Avsnittet har granskats av Informant 2 vid intervju 2016-04-04

för såväl målbolaget som säljarbolaget. Därutöver är i regel åtminstone två andra aktörer inblandade i transaktionen: säljarens ombud och köparens ombud.



Figur 1: Grafisk presentation av förvärvsprocessens parter och aktörer

2.3 Processen i korthet

På ett övergripande plan kan förvärvsprocessen delas in i tre huvudfaser: strategifasen, transaktionsfasen och integrationsfasen. Terminologin är lånad från Sevenius.²⁸

2.3.1 Strategifasen

Strategifasen innefattar det förarbete som sker redan innan den tilltänkta köparen och säljaren ens initierat transaktionen genom att ta kontakt med varandra. Fasen skiljer sig från fall till fall beroende på omständigheterna, och framförallt är dess utformning beroende av om det är den potentiella köparen eller säljaren som initierar transaktionen. På köparsidan genomförs typiskt sett olika affärsstrategiska utvärderingar och genomsökning av marknaden i syfte att identifiera företag som är potentiellt intressanta för förvärv. Säljaren å andra sidan, genomför framförallt olika åtgärder för att strukturera verksamheten för att därmed kunna framställa målbolaget i så god dager som möjligt för att nå en högre värdering. Dessa åtgärder utgörs bland annat av att strukturera bolagets bokföring och avtalshantering. Ibland genomförs även en så kallad säljar-due diligence där säljaren själv går igenom företaget i syfte att identifiera och åtgärda potentiella risker redan innan transaktionen inleds.

2.3.2 Transaktionsfasen

Transaktionsfasen inleds med att någon av parterna initierar processen genom att kontakta den andre och tillkännage sitt intresse. Säljaren kan sedan antingen välja att inleda förhandlingar direkt med en köpare eller att istället initiera en auktionsprocess där flera intressenter får möjlighet att lägga ett initialt bud. Efter att en ensam köpare valts ut inleds de inledande förhandlingarna.

I det första skedet tecknar parterna ofta ett sekretessavtal i syfte att kunna föra diskussioner mer fritt. Om ett sekretessavtal tecknas eller inte redan i detta tidiga skede beror framförallt på vilken typ av information köparen måste få tillgång till för att kunna bedöma om processen bör fortsätta. Eftersom ett sekretessavtal typiskt sett både hindrar mottagaren av information från att använda informationen i sin verksamhet såväl som från att överföra informationen till

²⁸ För en mer utförlig beskrivning av processen se Sevenius, *Due Diligence*, s. 41ff och Forsman, *Företagsöverlåtelser*.

en tredje part finns det emellertid risker för köparen att ingå ett sådant avtal. Sekretess är framförallt problematiskt om säljaren och köparen är konkurrenter eftersom den potentielle köparen då riskerar att förhindras använda information som denne kände till redan innan (så kallad "informationssmitta"), samt om köparen för parallella förhandlingar med ett annat företag och vill behålla sin möjlighet att ställa villkoren i transaktionerna mot varandra.

De initiala förhandlingarna avslutas sedan med en avsiktsförklaring, ett så kallat "letter of intent". Avsiktsförklaringens syfte är att fastställa huvudvillkoren för transaktionen och därmed lägga en bra grund för den fortsatta transaktionen. Samtidigt är avsiktsförklaringen inte tänkt att vara bindande utan såväl köpare som säljare vill bibehålla möjligheten att dra sig ur transaktionen beroende på resultatet i den efterföljande besiktningen och avtalsförhandlingen. Avsiktsförklaringar kan emellertid i vissa fall ha bindande verkan och måste därför skrivas på ett väl genomtänkt sätt. Om inte något sekretessavtal slutits tidigare, ska avsiktsförklaringen innehålla en sekretessklausul.

När parterna kommit överens om huvudvillkoren i transaktionen och tecknat en avsiktsförklaring inleder köparen en besiktning av företaget, en så kallad due diligence. Besiktningens syfte och själva besiktningprocessen kommer att behandlas närmare i avsnitt 2.4 nedan. Parallellt med besiktningen genomförs även förhandling av aktieöverlåtelseavtalet där de omständigheter köparen finner i sin besiktning används för att exempelvis få säljaren att acceptera garantier eller justeringar av priset.

När besiktningen är genomförd och avtalsförhandlingarna avslutats är det dags för parterna att sluta avtalet ("signing"). Därefter avslutas affären definitivt när köparen tillträder aktierna ("closing"). Tillträdet kan vara samtidigt som avtalsslutet men kan också läggas senare i tiden i det fall säljaren ska åtgärda brister i företaget innan transaktionen fullföljs.

2.3.3 Integrationsfasen

Den sista delen av transaktionen är integrationsfasen. Under integrationsfasen ska köparbolaget och målbolaget samordna och integrera sina verksamheter för att uppnå de förutsedda synergieffekter som (förmodligen) föranledde köpet. Den här delen av företagsförvärvsprocessen är ofta arbets- och resurskrävande och pågår under en lång tid. Samtidigt är det ofta i den här fasen som förvärv misslyckas.

2.3.4 Den juridiska processen²⁹

Den juridiska processen kan med fördel delas upp utifrån när särskilda juridiska dokument upprättas eller händelser av särskild juridisk vikt inträffar. Den juridiska processens faser skiljer sig därför från den kommersiella. Nedan följer en uppställning av de viktigare juridiska stegen.³⁰

- i. Köpare eller säljare initierar processen.
- ii. Direktförhandling eller auktionsprocess inleds.

²⁹ För en lättillgänglig redogörelse för förvärvsprocessen från ett juridiskt perspektiv se Forssman, *Företagsöverlåtelser*.

³⁰ Uppställningen nedan har granskats av Informant 2 vid intervju 2016-04-04.

- iii. Letter of intent och ev. budbrev upprättas och undertecknas.
- iv. Sekretessavtal ingås, alternativt kan en bindande sekretessklausul inkluderas i LoI.
- v. Datarum med due diligence materialet upprättas av säljaren.
- vi. Due diligence-processen genomförs. Information om funna brister rapporteras löpande till köparen under processen.
- vii. Förhandlingarna av aktieöverlåtelseavtalet inleds och genomförs parallellt med att due diligence-processen pågår.
- viii. Slutrapport i due diligence-processen avges.
- ix. Åtgärder, garantier eller köpeskillingsjusteringar hanteras i aktieöverlåtelseavtalet.
- x. Aktieöverlåtelseavtalet skrivs under (Signing).
- xi. Closing-åtgärder genomförs.
- xii. Tillträdet genomförs och köpet fullföljs (Closing).
- xiii. Garantitiden löper under en viss tid i enlighet med parternas överenskommelse.

Den juridiska processen tar egentligen vid i början av transaktionsfasen när direktförhandlingarna eller auktionsprocessen inleds. I det första skedet undertecknas så gott som alltid ett letter of intent där parterna uttrycker sin avsikt att genomföra transaktionen. I LoI förbehåller sig köparen rätten att genomföra en due diligence av företaget. I samband med undertecknandet av LoI tecknas oftast även ett sekretessavtal. Sekretessavtalet kan antingen vara skilt från LoI eller inkluderas som en bindande sekretessklausul i dokumentet. Efter det att de nödvändiga dokumenten undertecknats inleds due diligence-processen genom att säljaren och dennes ombud upprättar ett datarum innehållande de dokument som köparens ombud ska ges tillgång till. Parallellt med att due diligence-processen pågår genomförs förhandlingar av aktieöverlåtelseavtalet mellan parterna. När due diligence-processen är slutförd avlämnas en slutrapport och de brister som identifierats arbetas in i avtalet genom att krav på åtgärder, garantier eller prisjusteringar inkluderas i avtalet. När parterna kommit överens om justeringarna skrivs avtalet under av parternas representanter (signing). I de fall åtgärder ska genomföras innan bundenhet uppstår hålls även ett tillträdessammanträde där köparen bekräftar att åtgärderna genomförts och att bundenhet uppstått (closing).

2.4 Due Diligence

I det här avsnittet kommer jag att gå närmare in på due diligence-processen. Nedan följer en kort redogörelse för begreppet due diligence samt en beskrivning av besiktningsprocessen i företagsöverlåtelser.³¹

³¹ Avsnittet är till stor del baserat på Sevenius, *Due Diligence* och den läsare som är intresserad av en utförlig och praktisk redogörelse av due diligence-processen hänvisas dit.

2.4.1 Rättshistoria

Internationellt är due diligence ett relativt brett begrepp och kan ungefärligt översättas till ”skälig aktsamhet”, ett begrepp som återkommer ofta i svensk juridik och kan jämföras med de båda rättskonstruktionerna *bonus pater familias* och det kanske något mer moderna culpaansvaret. I anglosaxisk rättstradition ska en part inte anses vara ersättningsskyldig för skador denne orsakat om denne vidtagit ”due diligence”. Begreppet började användas i USA redan i början av 1800-talet där det bland annat kan återfinnas i fallet *Clark v. Robert Young & CO* från 1803. En av de mest populära definitionerna av begreppet återfinns i fallet *Perry v. Cedar Falls* från 1893 där begreppet definierades på följande sätt:

“Such a measure of prudence, activity, or assiduity, as is properly to be expected from, and ordinarily exercised by, a reasonable and prudent man under the particular circumstances; not measured by any absolute standard, but depending on the relative facts of the special case.”

Som följer av citatet har begreppet i en internationell kontext en betydligt bredare betydelse än vad det har i en svensk. Sevenius nämner tre tänkbara betydelser: 1) principen om rimlig hänsyn, vilken ofta återfinns i folkrättsliga sammanhang, 2) skälig aktsamhet i transaktioner, samt 3) skäligt aktsam regelefterlevnad, exempelvis skatterättsliga föreskrifter. Versioner av principerna återfinns i svensk rätt men just begreppet due diligence används inte. I svensk rätt är begreppet istället begränsat till besiktningen av företag i företagsförvärvsprocesser.

2.4.2 Typer av due diligence och deras syften

Företagsförvärv är riskfyllda transaktioner.³² Därför finns det också ett starkt kommersiellt intresse av att hantera och minimera de risker som förvärvet för med sig. I det affärsmässiga syftet ligger också ett intresse av att uppnå en korrekt värdering av företaget för att undvika överprissättning. Vad gäller det legala syftet fungerar besiktningen som grund för dels riskfördelning mellan köpare och säljare dels associationsrättsligt styrelseansvar.³³

Due diligence-processen kan i sin tur delas upp i flera delbesiktningar som alla har sina delsyften som skiljer sig åt väsentligt beroende på typen av besiktning och dess perspektiv. Sevenius delar upp de olika typerna av besiktning i tre olika delar.

- i. Sedvanlig företagsbesiktning
- ii. Utökad företagsbesiktning
- iii. Särskild företagsbesiktning

Den sedvanliga företagsbesiktningen utgörs av en kommersiell, en finansiell och en legal företagsbesiktning. Beroende på vilken typ av företag målbolaget är och vad den sedvanliga besiktningen visar kan det vara aktuellt med en mer långtgående undersökning. Den kommersiella besiktningen utgörs av en affärsstrategisk och kvalitativ analys av bolaget och genomförs i syfte att bland annat undersöka hur väl målbolaget fungerar affärsmässigt, vilken

³² Sevenius, *Due Diligence: Besiktning av företag*, s. 46

³³ Sevenius, *Due Diligence: Besiktning av företag*, s. 54

potential det har samt hur väl det passar in i, och kan vara av värde för, köparens verksamhet. Den finansiella besiktningen genomförs genom att bland annat målbolagets bokföring undersöks, dess finansiella nyckeltal analyseras och företagsvärderingsmodeller tillämpas. Syftet med besiktningen är framförallt att säkerställa att räkenskaperna är i enlighet med gällande normer och att korrigera målbolagets värdering. Den legala företagsbesiktningen innefattar framförallt en genomgång av bolagsrättslig dokumentation, avtal och skriftlig korrespondens kopplad till målbolaget i syfte att säkerställa att bolaget sköts i enlighet med gällande lagstiftning och att klargöra de juridiska risker som transaktionen medför. Besiktningens resultat används sedan för att motivera garantier, åtgärder inför tillträdet och prisjusteringar.

Utöver de sedvanliga besiktningarna krävs ofta ytterligare besiktning beroende på målbolaget och den affärsmässiga kontexten. Om målbolaget exempelvis är ett teknikintensivt kunskapsbolag är det viktigt att genomföra en immaterialrättsligt inriktad besiktning och en tekniskt inriktad besiktning som genomförs i syfte att säkerställa värdet av målbolagets teknik såväl som dess kontrollnivå av densamma. Denna del av besiktningen genomförs ofta av advokatbyråer i samarbete med patent- och immaterialrättsbyråer.

För den här framställningen är det framförallt den legala och den tekniska/immaterialrättsliga besiktningen som är intressant eftersom de problem jag valt att utreda framförallt uppstår vid dessa besiktningar.

2.4.3 Juridik och due diligence

Due diligence-processen är inte lagreglerad i svensk rätt. Processen och dess juridiska innebörd regleras istället till största delen genom avtalskonstruktioner mellan transaktionens parter. Eftersom KöpL ska tillämpas på aktieöverlåtelser ligger det också nära tillhands att jämföra due diligence-processen med reglerna i KöpL om fel, undersökningsplikt och upplysningsplikt.

Den köprättsliga utgångspunkten är att köparen som fel kan åberopa såväl uttryckliga specifikationer i köpeavtalet som sådant som gör att varans beskaffenhet avviker från vad man som köpare med fog kunnat förutsätta. Bestämmelsen är vagt formulerad och ger inte mycket ledning i förhållande till så komplicerade köpeobjekt som företag. Felbestämmelsen kompletteras emellertid bland annat av 20§ KöpL:

”Köparen får inte såsom fel åberopa vad han måste antas ha känt till vid köpet. Har köparen före köpet undersökt varan eller utan godtagbar anledning underlåtit att följa säljarens uppmaning att undersöka den, får han inte såsom fel åberopa vad han borde ha märkt vid undersökningen, om inte säljaren har handlat i strid mot tro och heder.”

Av lagrummet framgår att om en köpare undersöker varan före köpet eller utan godtagbar anledning underlåter att besiktiga varan trots uppmaning, har köparen inte rätt att åberopa de brister som denne borde ha märkt vid undersökningen, även om dessa medför att varan avviker från det som köparen med fog kunde förvänta sig. Vid företagsöverlåtelser är det due diligence-processen som utgör den undersökningen och förfarandet kompletteras således de köprättsliga bestämmelserna. Tillsammans med aktieöverlåtelseavtalet fungerar due diligence-processen alltså som en riskfördelning mellan köpare och säljare. Due diligence används dessutom av säljaren som en metod för att uppfylla den upplysningsplikt som

föreligger vid företagsöverlåtelser. I vilken utsträckning en säljare i ond tro kan förlita sig på att dennes upplysningsplikt är uppfylld genom att denne endast tillhandahåller dokument i due diligence-processen är emellertid oklart och frågan kommer inte att beröras närmare här.³⁴

2.4.4 *Processen i korthet*

Due diligence-processen inleds efter det att ett LoI där köparen förbehåller sig rätten att genomföra en due diligence blivit undertecknat och målbolagets styrelse beslutat att tillåta undersökningen. Undersökningen genomförs sedan i regel genom att den potentiella köparens ombud får tillgång till en stor mängd dokument som säljaren och dennes ombud sammanställt i ett elektroniskt datarum.

Om särskilt känslig information ska ges ut genomförs processen ofta i flera steg där endast mindre känslig information ges ut i det initiala skedet. Känslig information såsom namn på samarbetspartners, namn på kunder, prisuppgifter och liknande maskeras ofta av säljaren eller dennes ombud innan det aktuella dokumentet laddas upp i datarummet. Bedömningen om ifall viss information kan ges ut eller inte får ske genom en affärsmässig värdering av riskerna med att lämna ut informationen ställt mot värdet för transaktionen att ge ut den.

Due diligensen genomförs oftast parallellt med avtalsförhandlingarna och delrapporter om identifierade brister lämnas därför ofta löpande. I samband med att granskningen av dokumenten genomförs har köparen även möjlighet att ställa frågor till säljaren. Exempelvis kan det ställas frågor om avsaknaden av vissa dokument eller innehållet i maskerad information. När granskningen är slutförd och frågorna blivit besvarade levererar köparens ombud en slutrapport och de brister som tas upp i denna tas upp och hanteras i förhandlingarna.



2.4.5 *Due diligence vid publika förvärv*

Due diligence är utöver köprättens allmänna regler inte reglerat i svensk rätt. Vad gäller publika bolag gäller emellertid de regler som respektive marknadsplats valt att ställa upp. För bolag noterade på Stockholmsbörsen återfinns reglerna om due diligence främst i takeover-reglerna punkt II.20. I dessa regler framgår dels att styrelsen är kompetent att ta beslut om tillåtandet av en sådan undersökning samt att undersökningen bör begränsas till vad som är nödvändigt för att erbjudandet ska kunna lämnas och genomföras. Om den information som lämnas rimligen kan tänkas påverka priset på bolagets aktier, ska målbolaget dessutom se till att informationen så snart som möjligt offentliggörs. Om informationen inte offentliggörs kan en insiderproblematik uppstå då köparen i så fall handlar med ett informationsövertag gentemot övriga aktiehandlare.³⁵

³⁴ Se närmare om frågan om säljare upplysningsplikt vid företagsförvärv Mindedal, *Upplysningsplikt vid företagsöverlåtelser*

³⁵ För vidare läsning se Nyström, Ohlsson, Sjöman och Skog, *Takeover-reglerna: en kommentar*, s. 209

3 Sekretessåtaganden³⁶

Genom föregående avsnitt ska läsaren förhoppningsvis ha fått en bra bild av problematiken och dess praktiska såväl som teoretiska kontext. Uppsatsen kommer i det följande att diskutera och söka att upprätta en standardiserad sekretessklausul som sedan kommer att användas som utgångspunkt i den fortsatta diskussionen.

3.1 Sekretessåtagandens syften och tekniska uppbyggnad

Sekretessavtal och sekretessklausuler inkluderas i många kommersiella avtal och syftar framförallt till att dels säkerställa att de formella kraven för immaterialrättsligt skydd upprätthålls, dels verka handlingsdirigerande och avskräcka mottagaren av känslig information från att sprida denna vidare. Ofta är de klausuler som inkluderas i avtalen standardiserade så kallade boilerplate-klausuler som inte förhandlas särskilt av parterna.³⁷

En sekretessklausul kan vara uppbyggd på en mängd olika sätt och kan göras nästan obegränsat komplicerad och detaljerad men klausulen kan lika gärna göras kort och vag. Tonell ger följande exempel på hur en sekretessklausul kan se ut i extremfallet ”*Respektive part får inte avslöja uppgifter om projektet*”.³⁸ Denna typ av klausul är som synes bred och vag och leder till både oklara och potentiellt mycket betungande skyldigheter för parterna. I typiska kommersiella avtal där verksamma affärsjurister författat avtalet är emellertid de flesta klausuler betydligt mer sofistikerade och uppbyggda efter en liknande standardiserad modell. En typisk sekretessklausul innehåller följande huvuddelar:

- i. En definition av vad som ska anses vara konfidentiell information
- ii. Undantag för viss typ av information
- iii. Sekretessåtagande

Därutöver bör det framgå av sekretessklausulen eller avtalet i övrigt om sekretessen är tänkt att vara ömsesidig, vad syftet med sekretessen är, eventuella skyldigheter att ge ut viss information till motparten, hur given informationen får användas, hur brott mot klausulen sanktioneras, hur länge sekretessen ska gälla samt hur tvister ska hanteras.³⁹

Definitionen av sekretessbelagt material kan vara såväl brett som smalt utformad beroende på hur långtgående sekretess parterna vill påföra varandra. Om en part ska lämna ut känslig information till den andre har denne ofta ett intresse av att utforma definitionen så vid som möjligt för att känslig information inte ska falla utanför. Vida definitioner medför emellertid också en ökad risk för ”informationssmitta” där mottagaren av information blir förhindrad att använda information som denne kände till sen innan. Eftersom mottagaren inte har full

³⁶ Följande avsnitt är framförallt baserat på undersökningar av kommersiella avtal och deras sekretessklausuler, diskussioner med verksamma jurister samt på Tonell, *Sekretessavtal*, s. 67-96 och på Andersson, *Secrets and NDAs*, föreläsning 2015-12-07.

³⁷ Tonell, *Sekretessavtal*, s. 15

³⁸ Tonell, *Sekretessavtal*, s. 15

³⁹ Andersson, *Secrets and NDAs*, föreläsning 2015-12-07

kontroll över eller vetskap om vilken information överlämnaren kan tänkas överföra, kan vida definitioner skapa svåröverskådliga konsekvenser. Eftersom ett sekretessåtagande potentiellt kan förhindra kommersiella aktörer att bedriva sina normala verksamheter kan vida definitioner vara problematiska för företag som ingår ett stort antal avtal. Definitionen måste vidare anpassas beroende på om båda parter ska lämna information eller om bara en part ska göra det. Parterna måste också överväga om bara bakgrundsinformation ska vara konfidentiell eller om sekretessen även ska inkludera detaljer kring själva samarbetet och dess resultat samt detaljerna i avtalet. Många av de problem denna uppsats behandlar faller bort om sekretessen begränsas till hemlig information som parterna för över till varandra. I en typisk sekretessklausul ges konfidentiell information emellertid ofta en vid definition som sedan begränsas genom undantag.

Parterna är naturligtvis fria att själva avtala om vilken typ av information som ska undantas från sekretessåtagandet men det finns fyra typer av undantag som återkommer frekvent i kommersiella avtal. Dessa är undantag för (i) information som är allmänt känd eller vid ett senare tillfälle blir allmänt känd av annan anledning än mottagarens kontraktsbrott, (ii) information som kommit till mottagarens kännedom genom en annan källa än informationsgivaren, (iii) information som mottagaren redan kände till eller utvecklar självständigt. Vidare görs oftast undantag för situationer där en part är skyldig att ge ut information i enlighet med lag, domslut eller myndighetsbeslut (iv). Publika bolag tillförsäkras sig oftast också ett undantag för information som de är skyldiga att ge ut i enlighet med reglerna på den marknadsplats där deras värdepapper handlas.⁴⁰ Det är emellertid ytterst ovanligt att sekretessklausuler innehåller undantag för uppköpssituationer och due diligence-processer.⁴¹

Sekretessåtagandet innebär i regel att mottagande part åtar sig att varken yppa konfidentiell information för utomstående eller att använda sådan information i sin verksamhet utöver vad som är nödvändigt för att uppfylla syftet med avtalet. Skyldigheten utsträcks ofta till att gälla även efter det att avtalet i övrigt upphört att gälla. Åtagandet utökas ibland med ett åtagande att tillförsäkra att även anställda och eventuella underentreprenörer kommer att följa sekretessbestämmelsen och i sin tur bindas av sekretessåtaganden.

3.2 Den standardiserade sekretessklausulen

Nedan följer ett exempel på en typisk sekretessklausul. Klausulen är relativt enkel utan att vara oprofessionell och är tänkt att vara relativt neutral. Vid tiden för det hypotetiska avtalsslutet gynnar den alltså inte någon särskild part.

Konfidentiell information

Med "Konfidentiell Information" avses i detta avtal all information av teknisk, finansiell, kommersiell eller annan art, oavsett om den är skriftlig eller muntlig, som är hänförlig till Projektet, inklusive existensen av och innehållet i detta Avtal. Från Konfidentiell Information undantas vad som anges under (a) – (e) nedan:

⁴⁰ Jfr Tonell, *Sekretessavtal*, s. 69 ff.

⁴¹ Intervjuer med Pamp, 2016-03-30, Informant 2, 2016-04-04 och Steen, 2016-03-23 samt Informant 1, mailkorrespondens, 2016-03-15.

- (a) *information som är allmänt känd eller kommer till allmän kännedom på annat sätt än genom brott mot detta Avtal;*
- (b) *information som Part kan visa att Parten hade i sin besittning innan Parten erhöll informationen med anledning av detta Avtal;*
- (c) *information som Part på rättmätigt sätt utan begränsningar i rätten att vidarebefordra densamma erhåller från tredje man utanför detta avtalsförhållande;*
- (d) *information som Part är rättsligt förpliktad att tillhandahålla på grund av tvingande lagstiftning, domstolsbeslut eller beslut av annan myndighet; eller*
- (e) *information som Part är förpliktad att tillhandahålla och/eller offentliggöra till följd av tillämpliga marknadsplatsregler.*

Parterna förbinder sig att under avtalstiden och därefter behandla Konfidentiell Information strikt konfidentiellt och att inte för utomstående yppa sådan information. Vardera Part åtar sig vidare att endast använda Konfidentiell Information under Avtalets giltighetstid samt endast i den omfattning som är nödvändig för att uppfylla syftet med detta Avtal. Vardera Parten ska vidare tillse att anställda som av nödvändighet måste få tillgång till Konfidentiell Information lyder under adekvata sekretessförbindelser samt vidta erforderliga åtgärder för att förhindra att sådana anställda yppar Konfidentiell Information för utomstående.

Av formuleringen ”inklusive existensen av och innehållet i detta Avtal” följer att avtalet, som utgångspunkt, inte kan lämnas ut till en potentiell köpare i en due diligence-process utan att motparten ger sitt samtycke. Klausulen medför även att det blir svårt för en säljare att ge ut detaljer om projektet. Om klausulen också kombineras med avtalsviten och bevislätnadsregler blir det därför svårt för säljaren att ge ut information som är nödvändig för värderingen utan att ådra sig hög riskexponering.

4 Modern avtalstolkning

Eftersom sekretessklausuler ofta är både vaga och breda blir omfattningen av en parts sekretessåtagande samt eventuella undantag från åtagandet en fråga om avtalstolkning.⁴²

Avtalstolkning är ett rättsområde under förändring och det går därför inte att diskutera tolkning av sekretessåtaganden innan man redogjort för vilken avtalstolkningsmetod som tillämpas. Nedan följer således en redogörelse för den moderna avtalstolkningsdoktrin som senare års förändringarna i rättskällematerialet resulterat i vilken följs av en rättsrealistisk undersökning av avtalstolkning i praktiken.

4.1 Analys av rättskällorna

Den svenska utgångspunkten vid avtalstolkning är att domstolen i första hand ska söka fastställa den gemensamma partsavsikten i frågan.⁴³ Som utgångspunkt görs det genom att avtalets ordalydelse analyseras då denna presumeras spegla parternas gemensamma avsikt.⁴⁴ Det har också framhållits att avtalets ordalydelse ska tillerkännas särskild vikt när det är fråga om kommersiella avtal eftersom det i dessa fall finns ett stort behov av förutsägbarhet.⁴⁵ Om ordalydelsen är oklar eller ofullständig och det inte går att bevisa någon gemensam partsavsikt på annat sätt måste emellertid alternativa tolkningsmetoder tillämpas. I svensk rätt finns emellertid ingen lagstiftad avtalstolkningslära och åsikterna om hur avtalstolkningen faktiskt ska gå till går isär samtidigt som praktiken ofta skiljer sig från teorin. Således är det svårt att beskriva gällande rätt rörande avtalstolkning.

Högsta domstolen har sammanfattat sin syn på modern avtalstolkning i NJA 2015 s. 862 och NJA 2015 s. 741 där domstolen i det senare fallet uttalar följande:

”En utgångspunkt vid en tvist om hur ett avtal ska tolkas är att söka utröna vad parterna gemensamt åsyftat vid avtalsslutet. Emellertid låter det sig inte alltid göras. Vidare kan avtalet och avtalssituationen vara av sådant slag att det knappast är relevant att försöka fastställa en gemensam partsavsikt. Det kan t.ex. gälla vid avtal med ett stort antal parter. Så är ofta också fallet då parternas förhållande regleras av ett standardavtal, låt vara att parternas diskussioner och liknande inför avtalets ingående kan utgöra omständigheter som ger uttryck för en gemensam partsavsikt som avviker från vad som annars skulle gälla enligt detta (jfr NJA 2014 s. 960 p. 20).

När individuella förhållanden inte kan fastställas eller ge ledning får tolkningen eller preciseringen av avtalsvillkor bygga på objektiva grunder. Utgångspunkten är då avtalets ordalydelse. När ordalydelsen ger utrymme för olika tolkningar, liksom när ordalydelsen inte ger något besked alls, måste ledning sökas i andra

⁴² Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 149

⁴³ Jfr exempelvis Adlercreutz och Gorton, *Avtalsrätt 2*, s. 10

⁴⁴ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 58-59 och Ramberg, *Avtalslagen 2010*, 7.1

⁴⁵ Ramberg och Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 150

faktorer. Andra relevanta tolkningsdata kan vara avtalets systematik och det aktuella avtalsvillkorets samband med övriga villkor, bakgrunden till regleringen, dvs. villkorets syfte, avtalsföremålets natur och ibland parternas ställning (jfr t.ex. NJA 2010 s. 559 p. 9). Det är i allmänhet också naturligt att utgå från att ett avtalsvillkor ska fylla en förnuftig funktion och utgöra en rimlig reglering av parternas intressen.”

Högsta domstolen verkar alltså vara av den åsikten att tolkningen ska ske enligt följande modell.

- i. Analys av den gemensamma partsavsikten särskilt med hjälp av avtalets ordalydelse (subjektiv tolkning).⁴⁶
- ii. Tillämpning av alternativa tolkningsmetoder såsom syfte, systematik, rättsregler och rimlighet (objektiv tolkning).⁴⁷

Ramberg har försökt att kodifiera rättsläget i *Avtalslagen 2010* där hon skriver att avtal ska tolkas enligt följande modell.

7.1 Den gemensamma partsviljan

(1) Ett avtals innehåll ska fastställas mot bakgrund av parternas gemensamma partsvilja även om den står i strid mot avtalets ordalydelse.

(2) När parterna avtalat om skriftform, presumeras det skrivna avtalet ge uttryck för deras gemensamma partsvilja.

(3) Om det inte är möjligt att fastställa den gemensamma partsviljan, ska avtalets innehåll fastställas i enlighet med bestämmelserna i detta kapitel.

/.../

7.3 Relevanta omständigheter

(1) Vid fastställande av avtals innehåll ska man ta hänsyn till samtliga omständigheter, däribland

(a) avtalets ordalydelse,

(b) vad som skulle ha gällt om parterna inte avtalat särskilt om ett visst förhållande (t.ex. enligt dispositiv lag),

(c) underförstådda avtalsvillkor,

(d) omständigheterna i samband med avtalsförhandlingarna,

⁴⁶ Jfr Ramberg, *Avtalslagen 2010*, 7.1

⁴⁷ Jfr Ramberg, *Avtalslagen 2010*, 7.3

(e) praxis som har utbildats mellan parterna i tidigare avtalsrelationer,

(f) parternas beteenden (inklusive passivitet) efter avtalets ingående,

(g) avtalets ändamål,

(h) termers och begrepps betydelse i den relevanta branschen,

(i) handelsbruk,

(j) avtalets systematiska uppbyggnad, och

(k) skälighet.

(2) Vid fastställande av avtalsinnehåll när den ena parten är konsument och den andra parten är näringsidkare, ska oklara avtalsvillkor som inte varit föremål för individuell förhandling tolkas till konsumentens förmån.

Rambergers modell stämmer relativt väl överens med den modell som Högsta domstolen redogjort för i rättsfallen ovan. En särskild fråga är de generella tolkningsreglernas ställning i svensk rätt. Ramberg uttrycker gällande oklarhetsregeln att den endast ska användas i konsumentförhållanden. Som motivering framför hon att regeln är olämplig och att Högsta domstolen i praktiken upphävt bestämmelsen genom NJA 2010 s. 416.⁴⁸ Oklarhetsregeln lyser också mycket riktigt med sin frånvaro i Högsta domstolens praxis sedan 2010-års fall. Regeln har emellertid tillämpats relativt flitigt av underrätterna även efter 2010 års fall utan åtgärd från Högsta domstolen.⁴⁹ Dess ställning i svensk rätt får nog därför betecknas som svag men oklar. Rambergers kodifiering av svensk gällande rätt stämmer också relativt väl överens med UNIDROIT Principles art 4.1 och 4.3.⁵⁰

Avtalstolkningläran är emellertid komplicerad och omdiskuterad. Till och med den grundläggande utgångspunkten i den gemensamma partsavsikten kan problematiseras. Ett exempel på en författare som ställer sig kritisk till den gemensamma partsavsikten som utgångspunkt vid avtalstolkningen är Kurt Grönfors som menar att det är möjligt att observera en förändring i avtalsrätten och synen på avtalsfrihet. I ljuset av de senaste decenniernas rättsutveckling med bland annat införandet av 36§ AvtL och det allttjämt pågående arbetet med förstärkningen av konsumentskyddet kan det argumenteras att den gemensamma partsavsikten inte ska ges samma betydelse som tidigare. Han uttrycker sin ståndpunkt enligt följande:

”Med dessa ökade regelambitioner och ingripanden från samhällets sida har jag ansett mig ha fog för att karaktärisera dagens avtalsfrihet som den övervakade och förminskade avtalsfriheten. /.../ Den avgörande förändringen är denna. Avtalsfriheten kan inte längre vara grundbulten i en avtalstolkninglära med

⁴⁸ Ramberg, *Avtalslagen 2010*, kommentar till punkt 7.3(2)

⁴⁹ Se avsnitt 4.2.1 nedan

⁵⁰ Jfr även DCFR II-8:101 och II-8:102

*anspråk på att idag användas i svensk rätt och därmed i nordisk rätt över huvud.*⁵¹

Det råder långt ifrån konsensus om avtalstolkningsläran varken vad gäller terminologi, hierarki eller ens vilka metoder som ska, bör och får användas. Således bör ett ombud som ska argumentera för sin klients tolkning argumentera brett och försöka visa att flera olika tolkningsdata ger stöd för den tolkning som gynnar klienten.⁵²

4.2 Rättsrealistisk avtalstolkningslära

Vid en rättsdogmatisk undersökning kan avtalstolkningsläran framstå som svårtillgänglig, abstrakt och till synes godtycklig. Även om systemet i och för sig medför att förutsägbarheten, åtminstone teoretiskt, blir lidande innebär det också en stor frihet för rättstillämparen att efter eget omdöme ge sitt stöd till den tolkning som framstår som mest rimlig.

Eftersom lagstiftningen ger rättstillämparen stor frihet i sin tolkning finns det anledning att undersöka hur avtal faktiskt tolkas i det verkliga rättslivet av praktiserande jurister. Ramberg och Ramberg menar att domare i regel tar sin utgångspunkt i en språkinriktad analys men sedan prövar samtliga tolkningsdata i målet och sedan fastställer avtalsinnehållet efter en sammanvägning.⁵³

4.2.1 Aktuell praxis på området

Då litteraturen på området som synes endast ger en begränsad ledning i frågan är det relevant att studera färskare praxis från Högsta domstolen och hovrätterna för att om möjligt urskilja ett mönster i domstolarnas argumentation. Jag har därför gått igenom samtliga rättsfall som berör avtalstolkning och avgjordes mellan januari 2013 och februari 2016. Nedan följer ett urval.

Rättsfall gällande avtalstolkning, januari 2013 till februari 2016

Instans	Referens	Tolkningsmetod	Kommentar
Högsta domstolen	Ö 2528-14	Språkinriktad tolkning, syftesinriktad tolkning och norminriktad tolkning.	Domstolen uttrycker att tolkningen av bestämmelser där ordalydelsen inte ger någon ledning ska beakta syftet som typiskt sett motiverar klausultypen samt dispositiv rätt.

⁵¹ Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, s. 44-45. Jfr även Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 175

⁵² Jfr Ramberg och Ramberg, *Allmän Avtalsrätt*, s. 173

⁵³ Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 173

Högsta domstolen	NJA 2015 s. 741	Subjektiv tolkning, språkinriktad tolkning, systematik, syftesinriktad tolkning och skälighet.	Domstolen uttalade att avtal i första hand ska tolkas utifrån individuella förhållanden och därefter utifrån en objektiv utgångspunkt. Domstolen menade att det i standardavtal och i avtal med många parter, sällan är relevant att försöka fastställa någon gemensam partsavsikt. I det fallet ska avtalet istället tolkas utifrån dess ordalydelse, avtalets systematik, villkorets syfte, avtalsföremålets natur, parternas ställning samt skälighet.
Högsta domstolen	NJA 2015 s. 862	Syftesinriktad tolkning och skälighet.	Målet rörde tolkningen av en preskriptionsbestämmelse i ABT 94 och framförallt diskuterades rimlighetsavvägningen. Domstolen slog fast att resultatet av den ändamålsinriktade tolkningen fick ge vika för skälighetsaspekten.
Högsta domstolen	NJA 2014 s. 960	Språkinriktad, systematik, dispositiv rätt och skälighet.	Frågan rörde tolkning av bestämmelser i standardavtal. Domstolen uttryckte att utgångspunkten för tolkningen skulle vara avtalets ordalydelse och att ledning vid tolkningen skulle hämtas i avtalets systematik. I den mån sådan ledning var otillräcklig skulle ledning hämtas först och främst i dispositiv rätt och slutligen skulle en rimlighetsbedömning genomföras.
Svea hovrätt	Ö 3695-15	Subjektiv tolkning och språkinriktad tolkning	I målet uttalade Svea hovrätt att den gemensamma partsavsikten ska vara utgångspunkten och att därefter ordalydelsen ska vara avgörande för tolkningen.
Svea hovrätt	T 11590-12	Subjektiv tolkning, skälighet och syftesinriktad tolkning.	I målet uttalade Svea hovrätt att i de fall det inte går att utröna någon gemensam partsavsikt måste domstolen ta ställning till vad som utgör en förnuftig och rimlig tolkning mot bakgrund av avtalets syfte.
Göta hovrätt	T 801-15	Oklarhetsregeln och språkinriktad analys	I målet uttalar Göta hovrätt att i det fall en part är orsak till en oklarhet i ett avtal ska denna oklarhet gå ut över den parten. I brist på övriga tolkningsdata ska avtal tolkas utifrån en strikt språkinriktad analys.

Göta hovrätt	T 255-15	Subjektiv tolkning, språkinriktad tolkning och systematik.	Göta hovrätt uttalade att den gemensamma partsavsikten ska vara utgångspunkten för avtalstolkningen och att ledning först och främst ska hämtas från bevisning som visar innehållet i parternas diskussioner som föregick avtalet. Först när sådan tolkning är otillräcklig ska avtalet tolkas enligt sin ordalydelse och därefter ska ledning sökas i avtalets systematik och övriga villkor.
Göta hovrätt	T 1447-14	Subjektiv tolkning och språkinriktad tolkning.	I målet uttalade Göta hovrätt att i avsaknad av någon bestämd partsavsikt får avtalets språkliga utformning en central betydelse.
Hovrätten för nedre Norrland	T 1234-12	Språkinriktad tolkning	Hovrätten uttalade att avtalstolkningen ska ta sin utgångspunkt i avtalets ordalydelse. Först om det uppstår meningsskiljaktigheter om ordalydelsens innebörd ska andra tolkningsdata så som den gemensamma partsavsikten beaktas. Om en gemensam partsavsikt kan visas kan den emellertid åsidosätta avtalets ordalydelse. Även andra omständigheter så som avtalssituationen, avtalets bakgrund och syfte kan vara relevanta. Ordalydelsen ska emellertid presumeras spegla den gemensamma partsavsikten.
Hovrätten för övre Norrland	Ö 599-13	Oklarhetsregeln, fingerad gemensam partsavsikt, norminriktad tolkning och eventuellt skälighet.	I målet tolkades en skiljeklausul ex officio i strid med avtalets ordalydelse och systematik. Domstolen hänvisade till oklarhetsregeln och vad partsavsikten måste anses vara trots att motparten inte tagit upp frågan. Dispositiv rätt gavs också viss analog betydelse i tolkningen. Motiveringen är besynnerlig dels eftersom parterna, som brukligt är, definierats tydligt i ingressen till avtalet varför någon oklarhet inte förelåg och dels för att det inte verkar ha förelegat någon gemensam partsavsikt i frågan. Tolkningen kan eventuellt vara resultatet av en skälighetsbedömning som domarna valt att lämna utanför domskälen.

4.2.2 Intervjuer med praktiker

För att få en ännu bättre bild av hur avtalstolkning går till i praktiken har jag intervjuat ett antal verksamma jurister som måste förhålla sig till avtalstolkning på ett eller annat sätt i sitt

arbete. Eftersom intervjuerna varit kvalitativt inriktade är deras resultat inte statistiskt säkerställt men de kan ändå tänkas ge en indikation på hur avtalstolkning fungerar i praktiken.

Det finns framförallt tre olika situationer där det kan bli aktuellt med avtalstolkning i praktiken:

- i. vid upprättandet av avtalet,
- ii. vid diskussioner om avtalets innehåll under det löpande samarbetet utan att det föreligger en tvist, och
- iii. vid tvister.

Hur avtalet tolkas verkar skilja sig åt mellan de olika situationerna och samma skrivning kan alltså ges olika innebörd beroende på i vilken kontext den tolkas. Vid upprättandet av avtalet försöker man att ta upp så många olika frågor som möjligt till diskussion och precisera dessa i avtalet eftersom det ger bättre förutsägbarhet i den framtida avtalsrelationen. Fokus ligger alltså på en rent språkinriktad tolkning utifrån avtalets lydelse.⁵⁴

Även när avtalsinnehållet diskuterats under det löpande samarbetet tenderar fokus att ligga på en rent språkinriktad tolkning men i dessa fall försöker man även att vidga tolkningsmaterialet genom att inkludera exempelvis mailkorrespondens och diskussioner som föregick avtalsskrivningen i tolkningen, det vill säga en subjektiv tolkning.⁵⁵ Vad gäller särskilt due diligence-processer och sekretessklausuler förs det så gott som alltid en diskussion på säljarsidan vid upprättandet av datarummet om det är möjligt ge ut ett visst avtal eller annat dokument och om det i så fall är viss information som behöver maskeras. Diskussionen rör framförallt sådan information som är känslig för målbolaget från ett kommersiellt perspektiv men det är inte ovanligt att även sekretessklausuler diskuteras. När sekretessklausuler diskuteras i det sammanhanget tolkas de i regel i ljuset av sammanhanget de figurerar i. Ombudet läser klausulen i ljuset av vem den potentiella köparen är, vilken typ av avtal det rör sig om, hur det kom till samt vilket syfte klausulen hade när avtalet ingicks och bedömer sedan huruvida informationen och dispositionen verkligen kan anses omfattas av klausulen. I slutändan sker en riskbedömning där klienten tar det slutgiltiga beslutet om dokumentet ska ges ut eller inte.⁵⁶

När en tvist uppstår blir det aktuellt att tillämpa de formella juridiska tolkningsmodellerna men de argument som faktiskt är gångbara i domstol kan variera något. I svenska domstolar är det något vanligare att avtal tolkas utifrån en ändamåls- och rimlighetstolkning än vad det är i exempelvis amerikanska och brittiska domstolar. Högsta domstolen har under senare år också utvecklat en tolkningspraxis som lägger större vikt vid den typen av överväganden än vad som var fallet innan. Det händer också mycket på området just nu. Emellertid har Högsta domstolens praxis inte riktigt fått genomslag i underrätterna ännu där det fortfarande läggs stort fokus på att utreda en gemensam partsavsikt med hjälp av avtalets ordalydelse. Det ska

⁵⁴ Pamp, intervju 2016-03-30

⁵⁵ Pamp, intervju 2016-03-30

⁵⁶ Informant 2, intervju, 2016-04-04

ofta mycket till för att en domstol ska avvika från ett avtals ordalydelse och ibland uttalas att den som vill avvika från ett avtals ordalydelse har bevisbördan för att det ska ske. Sammanfattningsvis verkar rättstillämpningen i underrätterna fortfarande vara starkt bunden vid en strikt språkinriktad tolkning som starkt presumeras utgöra parternas gemensamma avsikt.⁵⁷

4.3 Särskilt om avtalsfrihet och den gemensamma partsavsikten

Som framgick ovan ska den gemensamma partsavsikten vara utgångspunkten för avtalstolkningen. Utgångspunkten är i teorin logisk och naturlig, i det fall det går att fastställa vad parterna avsåg att avtala vid avtalslutet är det naturligtvis det som bör gälla. I praxis är det emellertid sällsynt att domstolen lyckas fastställa någon sådan avsikt. I så gott som samtliga fall som avgjorts under senare år⁵⁸ konstaterar domstolarna att det inte är möjligt att fastställa någon gemensam partsavsikt baserat på underlaget i målet och går sedan vidare med att tillämpa alternativa tolkningsmetoder så som tolkning av bestämmelsens syfte.

Avsaknaden av tillämpningen av den gemensamma partsavsikten kan naturligtvis förklaras med bevissvårigheter men den innebär också att det från ett rättsrealistiskt perspektiv är osäkert om det verkligen går att fastställa att den gemensamma partsavsikten verkligen är utgångspunkten vid avtalstolkningen. Om så hade varit fallet kan det tyckas att vittnesutsagor av parternas representanter och tillämpningen av bevisregler skulle ha getts större betydelse i rättstillämpningen. Istället är det mycket som tyder på att den egentliga utgångspunkten vid avtalstolkning är avtalets ordalydelse. Ett avtals ordalydelse presumeras spegla parternas avsikt och flera författare har uttalat att det i princip inte ska vara möjligt att tolka ett avtal i strid med dess ordalydelse.⁵⁹ Detta gäller särskilt i kommersiella förhållanden där förutsägbarhet i avtalsförhållandet är viktigt. Tesen stöds även av intervjuerna med verksamma jurister.⁶⁰ I praxis tenderar även indispositiv rätt och dispositiv rätt att ges stor betydelse vid tolkningen av avtal. Indispositiv rätt trumfar naturligtvis en gemensam partsavsikt i det fall den är direkt tillämplig på fallet men även analogt tillämpliga regler tenderar att ges betydelse. Det går till och med att diskutera om det inte i och med införandet av 36§ AvtL egentligen är skälighetsbedömningen som ska vara utgångspunkten för avtalstolkningen. Trots allt ska en fastställd gemensam partsavsikt sättas åt sidan om den kan anses vara oskälig och enligt den minsta gemensamma nämnarens princip borde då skälighetsbedömningen vara utgångspunkten. I ljuset av den moderna avtalsfriheten som diskuterades ovan måste det alltså anses oklart till vilken grad den gemensamma partsavsikten verkligen kan anses vara tolkningens utgångspunkt.

Det går även att ifrågasätta hur lämplig den gemensamma partsavsikten är som utgångspunkt vid tolkningen. Den som har att fastställa den gemensamma partsavsikten kan med rätta fråga sig hur en partsavsikt ens kan diskuteras när parterna ligger i tvist och uppenbart inte är

⁵⁷ Gruppintervju, Advokatfirman Vinge i Göteborgs processrättsgrupp, 2016-04-08.

⁵⁸ Se avsnitt 4.2.1 ovan

⁵⁹ Se Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 34 och Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 148-149

⁶⁰ Se avsnitt 4.2.2 ovan

överens om avtalets faktiska innehåll. En logisk slutsats är att de enda situationer där tillämparen faktiskt kan tillämpa idén om den gemensamma partsavsikten är när någon av parterna mot bättre vetande handlar i ond tro eller glömt vad den ursprungliga partsavsikten var. I samtliga andra situationer uppstår tvisten istället snarare som ett resultat av *avsaknaden* av en gemensam partsavsikt och dessa situationer utgör troligen en majoritet av avtalstolkningstvister. En tillämpare som i dessa situationer söker att fastställa en gemensam partsavsikt där det över huvud taget aldrig existerat någon sådan skapar alltså en fiktion som inte har anknytning i parternas verkliga relation. En blind tillämpning av en sådan princip där hänsyn inte tas till avtalets helhet riskerar att resultera i orimliga och oförutsedda konsekvenser.

4.4 Slutsats gällande rätt och rättsrealism i avtalstolkning

Rent rättssystematiskt och pedagogiskt kan det anses vara lämpligt att ta utgångspunkt i att försöka urskönja den gemensamma partsavsikten vid avtalstolkning. Denna partsavsikt fastställs framförallt genom tolkning av ordalydelsen i avtalet som presumeras spegla den gemensamma partsavsikten. Om det inte går att bevisa att någon gemensam partsavsikt i realiteten existerar ska domstolen tillämpa alternativa tolkningsmetoder och regler.

Högsta domstolen har i färsk praxis uppställt avtalstolkningshierarkier som kan sammanfattas enligt följande.

- i. Den gemensamma partsavsikten särskilt med hjälp av avtalets ordalydelse
- ii. Alternativa tolkningsmetoder såsom syfte, systematik, rättsregler och rimlighet

Denna modell tycks ha stöd av Ramberg som uttalat att gällande rätt är att tolkningen ska ta sin utgångspunkt i den gemensamma partsavsikten där ordalydelsen ska presumeras spegla densamma och att avtalet därefter ska tolkas med hjälp av alternativa metoder. Vilken vikt generella tolkningsregler ska tillmätas är något oklar. Högsta domstolen har inte inkluderat de generella tolkningsreglerna i senare praxis och Ramberg menar att reglerna enligt gällande rätt inte ska inkluderas i tolkningsdoktrinen.⁶¹ Samtidigt har som framgått ovan framförallt oklarhetsregeln använts flitigt av underrätter i praxis utan åtgärd från Högsta domstolen.⁶² Från ett rättsrealistiskt perspektiv tycks det alltså som att oklarhetsregeln ofta ges större betydelse än vad som kan tyckas motiverat efter en analys av rättskällorna.

Vidare kan det från ett rättsrealistiskt perspektiv diskuteras om det inte egentligen är avtalets ordalydelse som presumtion för den gemensamma partsavsikten som är domstolarnas utgångspunkt vid avtalstolkningen. Mycket tyder på att det åtminstone i underrätterna ska mycket till för att ett avtal ska tolkas i strid med dess ordalydelse.

Det kan även diskuteras om gällande rätt egentligen är att indispositiva och dispositiva rättsregler samt skälighetsbedömningen med stöd av 36§ AvtL ska vara utgångspunkten vid avtalstolkningen. Från ett pedagogiskt perspektiv är det emellertid fördelaktigt att söka uppställa en klar hierarki i den form som Högsta domstolen och Ramberg gjort.

⁶¹ Ramberg, *Avtalslagen 2010*, 7.1 och 7.3

⁶² Se avsnitt 4.2.1 ovan

5 Tolkning av sekretessklausuler

Som framgått ovan är utgångspunkten vid tolkningen av sekretessklausuler, precis som vid andra avtal, åtminstone i teorin, avtalsfrihet och den gemensamma partsavsikten. Som framkommit i diskussionen ovan är dock principen om avtalsfrihet kraftigt begränsad i svensk rätt och en blind tillämpning av principen om den gemensamma partsavsikten kan vara problematisk i vissa situationer. Dessvärre har det inte skrivits mycket om varken författande eller tolkning av sekretessavtal och sekretessklausuler. Avsaknaden av forskning på området kan möjligen också ha bidragit till konstruktionernas standardiserade utformning. Frågan har diskuterats något i förhållande till amerikansk rätt, framförallt tolkning av sekretessåtaganden i anställningsavtal har diskuterats. Carol M. Bast har uttalat att det långt ifrån alltid är i allmänhetens intresse att verkställa allt för långtgående sekretessbestämmelser och att följande överväganden bör tillämpas av domstolen när den bedömer huruvida en sekretessbestämmelse i ett anställningsförhållande ska anses verkställbar i amerikansk rätt:

“To determine whether a challenged confidentiality agreement should be enforced, a court would examine:

- 1. what information the parties reasonably expected to be protected under the confidentiality agreement (reasonable expectations);*
- 2. any loss to the employer that would result if enforcement were denied (loss to employer);*
- 3. the extent to which the information is protectable as a trade secret or proprietary information (protectability);*
- 4. any substantial adverse effect enforcement of the term would have on third parties (substantial adverse effect on third parties);*
- 5. the likelihood that a refusal to enforce the term will contribute to the effect (exacerbation of adverse effect); and*
- 6. whether limited disclosure would guard against the effect while still protecting employer's information (limited disclosure).”⁶³*

Hur sekretessåtaganden ska tolkas i svensk rätt är emellertid oklart och nedan följer en diskussion kring hur standardiserade sekretessklausuler som den som presenterades i avsnitt 3.2 ovan ska tolkas utifrån den moderna avtalstolkningssdoktrin som redogjordes för i avsnitt 4 ovan. Systematiseringen och terminologin kommer framförallt att bygga på den som används av Ramberg och Ramberg då deras indelning är den som bäst förmår att göra avtalstolkningläran konkret och hanterbar och dessutom stämmer relativt väl överens med yngre praxis.

5.1 Subjektiv och objektiv tolkning

Som framgått i avsnitt 4 ovan ska ett avtal enligt praxis i första hand tolkas på en individuell basis där domstolen söker fastställa vad parternas egentliga avsikt med bestämmelsen var när de ingick avtalet. I det fall det faktiskt är möjligt att utröna vad parterna faktiskt åsyftade vid avtalsslutet ska naturligtvis domstolen i regel döma därefter förutsatt att resultatet inte är oskäligt eller strider mot tvingande lag. Det finns ingen anledning att skydda illojala parter

⁶³ Bast, *At What Price Silence: Are Confidentiality Agreements Enforceable?*

eller parter som glömt avtalsinnehåll. För att fastställa den gemensamma partsavsikten kan domstolen granska avtalets ingress, avtalspreliminärer eller låta parterna avlägga vittnesmål. Den subjektiva tolkningen innefattar även en analys av eventuellt partsbruk, underförstådda avtalsvillkor och parternas beteenden efter avtalsslutet.⁶⁴ I regel är det emellertid i praktiken svårt eller till och med omöjligt att fastställa någon sådan gemensam avsikt och därför har objektiva förklaringsmodeller större praktisk relevans trots att subjektiva modeller principiellt har högre dignitet.⁶⁵ Som diskuterades ovan uppstår sannolikt de flesta tvister rörande avtalstolkning på grund av att det både fanns och finns en direkt avsaknad av en gemensam partsavsikt snarare än att en av parterna agerar illojalt.

Relationen mellan subjektiv och objektiv tolkning är emellertid inte helt klarlagd och det är inte alltid självklart att de subjektiva modellerna ska ges högre dignitet, särskilt inte när frågan diskuteras i ljuset av den *moderna avtalsfriheten* som diskuterades ovan.⁶⁶ I min mening bör tolkaren göra skillnad på två situationer. Dels finns den situationen där en av parterna genom processuell bevisföring lyckats visa en gemensam avsikt och dels finns situationen där sådan avsikt inte är bevisad och domstolen istället fingerar en sådan avsikt som inte nödvändigtvis har någon verklig förankring i parternas relation. I det senare fallet måste rimligen ett resultat enligt objektiva tolkningsmodeller anses kunna vara av lika hög eller högre dignitet. I min mening framgår det tydligt av Högsta domstolens praxis att om det inte går att fastställa någon faktisk gemensam partsavsikt ska avtalet tolkas på objektiva grunder. Även i det fall den subjektiva tolkningen resulterar i att en faktisk partsavsikt kan fastställas bör objektiv tolkning kunna ges företräde i vissa fall, framförallt i de fall utfallet måste anses oskäligt och den ena parten är skyddsvärd.

5.2 Norminriktad analys – Tillämplig lagstiftning

Ett avtal får inte strida mot tvingande lagstiftning och Högsta domstolen har vid flera tillfällen uttalat att dispositiv rätt ska ges stor vikt vid tolkningen av avtal, inte minst vid tolkningen av standardiserade villkor.⁶⁷ Det ska ske ett samspel mellan avtal och dispositiva regler och utfyllande regler ska alltid ses som ett alternativ och i vart fall tjäna som ledtråd för bedömningen.⁶⁸ För att precisera den legala ramen för tolkningen av sekretessklausuler är det därför lämpligt att inleda med en redogörelse för det juridiska landskapet. Tystnadsplikt i ett kommersiellt förhållande kan uppkomma genom avtal men också genom tillämpningen av allmänna kontraktsrättsliga lojalitetsprinciper. Tystnadsplikt kan även följa av lag. Enligt Munukka uppkommer tystnadsplikt grundad på allmänna kontraktsrättsliga principer i situationer där den är motiverad av lojalitetsskäl och vid den bedömningen är det framförallt de mottagna uppgifternas beskaffenhet som är av särskild betydelse. I de fall uppgifterna är av en sådan art att de typiskt sett innebär skada för motparten om de sprids vidare ligger det

⁶⁴ Ramberg, *Avtalslagen 2010*, 7.3(1)(c),(d),(e), och (f)

⁶⁵ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 35, se även Rosengren, *Contract Interpretation in International Arbitration*, s. 3 för en internationell utblick.

⁶⁶ Se avsnitt 1.5.1 ovan

⁶⁷ Se exempelvis NJA 2014 s. 960

⁶⁸ Adlercreutz och Gorton, *Avtalsrätt 2*, s. 34

närmare till hands att anse att de är skyddsvärda. I den allmänna kontraktuella tystnadsplikten ingår undantag för utlämnande av sekretessbelagd information till följd av offentligrättsligt tvång men även andra kommersiellt betingade orsaker kan godtas. Munukka preciserar dock inte vilka orsaker han menar kan innebära ett godtagbart utlämnande.⁶⁹

Utöver den allmänna kontraktsrättsliga tystnadsplikten finns det även lagstadgad dispositiv tystnadsplikt i 6§ FHL för information som getts i förtroende i kommersiella förhållanden. Bestämmelsen stadgar att den som fått ta del av företagshemligheter till följd av en affärsrelation inte får lov att yppa dessa för utomstående. För att bestämmelsen ska vara tillämplig måste mottagaren fått ta del under uttryckt eller underförstådd förutsättning att informationen ska hållas hemlig. Det rör sig alltså inte om ett strikt förbud mot att röja företagshemligheter i affärsrelationer utan bestämmelsen måste kompletteras med sekretessavtal.⁷⁰ 6§ FHL är inte tillämplig om mottagaren inte insåg eller bort inse att informationen gavs i förtroende.⁷¹

I det här sammanhanget är det också lämpligt att nämna något om UNIDROIT Principles. Principerna har arbetats fram av International Institute for the Unification of Private Law, en organisation som grundades av Nationernas förbund. Syftet med reglerna är bland annat att fungera som ett komplement till lagvals klausuler och som en självständig rättskälla när parterna inte preciserat vilken lag som ska gälla. Principerna tillämpas ofta i internationella skiljeförfaranden⁷² och stämmer relativt väl överens med vad som gäller enligt svensk rätt.⁷³ Principerna ger en god på indikation på innehållet i internationell kommersiell sedvana och då de kan tillämpas utan hänvisning till dem i avtalet ligger de mycket nära sådan kodifierad sedvana som enligt Peczenik ska tillämpas vid juridisk argumentation. Högsta domstolen har också hänvisat till principerna i sin argumentation, även i fall rörande två svenska parter.⁷⁴ Bestämmelserna kommer att citeras nedan vid diskussionen kring övriga tolkningsmetoder. Vad gäller regler om just sekretess så återfinns de i UNIDROIT Principles art. 2.1.16. Enligt regeln är parterna normalt sett inte bundna av sekretess under avtalsförhandlingar utom i det fall information har getts under förutsättning att den ska hållas hemlig. Sekretess under avtalsförhållandet berörs dock inte.

För tolkningen av sekretessklausuler finns det vidare en diskussion i svensk rätt om huruvida en sekretessbestämmelse kan omfatta material som inte faller inom definitionen av företagshemlighet i FHL. Om parterna i ett samarbetsavtal exempelvis avtalar att all information kopplad till projektet ska vara konfidentiell kan den bestämmelsen alltså vara ogiltig förutom vad gäller information om affärs- eller driftförhållanden i en parts rörelse som

⁶⁹ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 147ff

⁷⁰ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, s. 426-427

⁷¹ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, s. 429

⁷² För en närmare redogörelse, se Rosengren, *Contract Interpretation in International Arbitration*, s. 11ff.

⁷³ Ramberg, *Ingående av avtal mellan parter från olika länder*, s. 42-43

⁷⁴ Se exempelvis NJA 2013 s. 107

parten håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för parten i konkurrenshänseende.⁷⁵

Tesen är intressant eftersom den, ifall den faktiskt utgör gällande rätt, skulle innebära en mycket kraftig inskränkning av avtalsfriheten i förhållande till sekretessklausuler. Det skulle också innebära att en av sekretessklausulens viktigaste funktioner, att ta bort behovet av att bevisa skada med hjälp av avtalsviten, till viss del skulle försvinna eftersom käranden i så fall ändå blir tvungen att visa att avtalsbrottet lett till skada eller åtminstone är ägnat att leda till skada i konkurrenshänseende.

Det står klart att FHL:s träffyta inte kan utvidgas genom avtal mellan parterna. Parterna kan alltså inte i ett avtal komma överens om att viss information ska utgöra en företagshemlighet och att lagens bestämmelser ska sträckas ut även till denna information.⁷⁶ Huruvida parterna på en rent kontraktsrättslig grund kan komma överens om att information som inte träffas av lagen ändå ska hållas hemlig eller om FHL begränsar denna möjlighet är däremot oklart.

Tonell anser att det med hänvisning till parternas avtalsfrihet borde vara möjligt att avtala om sekretess för information som faller utanför legaldefinitionen av företagshemligheter.⁷⁷ Samma åsikt uttrycks av Magnusson.⁷⁸ Domeij har skrivit om förhållandet mellan FHL och know-howlicenser och kommer fram till att FHL inte bör anses begränsa sådana licenser.⁷⁹ Fahlbeck skriver å sin sida att *"Avtal om längre gående sekretess än som följer av 1 § (och 2 §) är sålunda i princip inte rättsligen bindande enligt FHL."*⁸⁰ Waerme verkar vara av en liknande åsikt och uttalar att *"Avgörande bör därför, enligt min mening, vara huruvida parterna med sin disposition försöker uppnå ett förstärkt skydd, genom att omdefiniera förhållanden som inte utgör företagshemligheter till att utgöra sådana."*⁸¹ Wainikka påpekar att frågan inte har prövats och uttalar för egen del att hon anser att det borde vara möjligt att avtala om tystnadsplikt för information som faller utanför FHL åtminstone i vissa fall. Hon preciserar emellertid inte vilka situationer hon syftar på.⁸²

I min mening borde Fahlbecks tolkning av rättsläget vara den riktiga. För det första är hans tolkning den enda som har stöd i rättskällor av högre dignitet än doktrin.⁸³ För det andra finns det starka sakskaäl som stödjer hans ståndpunkt. Principiellt måste det anses vara ytterst sällsynt med situationer där innehavaren av viss information kan anses ha ett legitimt intresse

⁷⁵ Jfr FHL 1 §

⁷⁶ Se exempelvis Waerme, *Bevisläget vid brott mot sekretessavtal*, SvJT 2009 s. 1051 och Tonell, *Sekretessavtal*, s. 61.

⁷⁷ Tonell, *Sekretessavtal*, s. 61

⁷⁸ Magnusson, *Avtal om sekretess i skiljeförfarande*, JT 2002/03 s. 171

⁷⁹ Domeij, *Know-howlicenser efter ett offentliggörande*, Festskrift till Marianne Levin s. 231-244

⁸⁰ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, s. 292

⁸¹ Waerme, *Bevisläget vid brott mot sekretessavtal*, SvJT 2009 s. 1051

⁸² Wainikka, *Företagshemligheter*, s. 36

⁸³ SOU 2008:63 s. 93 och 200 samt SOU 1995:65 s. 183

av att hemlighålla information vars offentliggörande inte är ägnat att skada denne i konkurrenshänseende.⁸⁴ Vidare är huvudprincipen i svensk rätt som bekant att skadeståndsskyldighet förutsätter att en skada faktiskt uppstått. Att erkänna sekretessavtal som innebär att motparten ska reparera skada som inte existerar är därför lagsystematiskt oriktigt. Vidare kan vida sekretessbestämmelser leda till oskäligen situationer som parterna inte avsåg vid avtalsslutet. Ju vidare sekretessbestämmelser är och ju fler avtal som ingås desto större blir risken att även mottagande av kommersiellt obetydlig information skapar en, verklig eller av motparten uppfattad, ”informationssmitta” som förhindrar part från att nyttja internt utvecklade information. En sådan ordning ökar till synes också möjligheterna till illojalt beteende. Slutligen kan det enligt min mening ifrågasättas om samhället, med hänsyn till den fria konkurrensen, över huvud taget har ett intresse av att upprätthålla ensamrätten till information som inte är skyddsvärd. Syftet med immaterialrättsligt skydd är trots allt att främja samhällsnyttig utveckling och skydd av information som inte faller innanför legaldefinitionen i FHL kan knappast anses främja det syftet. Samtidigt har samhället ett intresse av att värna både den effektiva konkurrensen och möjligheterna till opinionsbildning. Att skydda icke-skyddsvärd information kan mycket väl anses inskränka det syftet i för stor utsträckning.⁸⁵

För att skydd för företagshemligheter ska vara aktuellt måste innehavaren dessutom ha vidtagit skäligen åtgärder i syfte att bibehålla informationen som hemlig. I min mening är det orimligt att kräva av mottagaren av information att denne ska vidta åtgärder för att hålla information hemlig om inte motparten också gör det. Konfidentiell hantering är resurskrävande och om innehavaren av information inte bemödar sig att skydda sin ensamrätt bör inte dennes motpart utan vidare kunna åläggas detta ansvar å dennes vägnar.

Mot ovanstående resonemang kan man framförallt ställa principen om avtalsfrihet.⁸⁶ Vid en tolkning av principen om avtalsfrihet och sekretessavtal i ljuset av Grönfors resonemang och den moderna avtalsfriheten som redogjordes för ovan⁸⁷ finner läsaren att argumentet i detta sammanhang får anses vara svagt. I den mån gällande rätt verkligen är att sekretessavtal som omfattar information som faller utanför 1§ FHL är ogiltiga i den delen skulle det innebära att en stor del av den problematik som den här uppsatsen undersöker blir obsolet. Även om tolkningen av FHL som begränsande av dispositionsfriheten inte utgör gällande rätt borde det i vart fall vara möjligt för en rättstillämpare att till viss del hämta ledning från definitionen när denne ska avgöra huruvida en viss publicering är ett brott mot sekretessavtalet eller inte i enlighet med vad som gäller för dispositiv rätt i allmänhet. Avtalad sekretess bör därför inte per automatik anses omfatta information som är betydelselös i konkurrenshänseende. Särskilt inte om klausulen är standardiserad eftersom det då är svårt att genom ordalydelsen skapa en förståelse för vad parterna avsåg skulle omfattas av sekretessen.

Vad gäller tolkning av sekretessavtal i samarbetsavtal så som olika typer av open innovation-avtal bör också något nämnas om relationell kontraktsteori. Relationell kontraktsteori bygger

⁸⁴ Jfr Prop. 1987/88:155 s. 13

⁸⁵ Jfr den allmänna motiveringen och de intresseavvägningar som låg bakom införandet av FHL i prop. 1987/88:155, s. 8-11.

⁸⁶ Jfr Tonell, *Sekretessavtal* s. 62

⁸⁷ Se avsnitt 1.5.1 ovan

på antagandet att parterna i en långvarig avtalsrelation har ett kommersiellt intresse av att denna relation ska fortlöpa så problemfritt som möjligt. Enligt teorin bör därför sociala normer inkluderas i den normativa sfär som reglerar avtalsrelationen. Sådan tolkning kan argumenteras vara i linje med parternas syfte samt kan tänkas underlätta för domstolen att göra en rimlig och naturlig tolkning. Logiken bakom tolkningsmetoden är att affärsrelationen måste värnas och göras rättvisa vid tolkningen av avtal. Skillnaden i förhållande till traditionell avtalstolkning doktrin kan sägas vara att sociala normer uppgraderas från att vara "fär"-källor till "ska"-källor samtidigt som det motiverar ett större fokus på syftesinriktade och skälighetsinriktade tolkningsmetoder och reducerar betydelsen av språkinriktade tolkningar.⁸⁸ Att fastställa innehållet i sociala normer på ett rättssäkert sätt är dock naturligtvis svårt.

Utöver FHL är KL och 38§ AvtL av stort intresse vid tolkningen av sekretessavtal. Enligt 2 kap. 1 och 6 §§ KL är avtal som begränsar konkurrensen ogiltiga och sekretessåtaganden kan mycket väl, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, falla in under reglerna. Enligt Tonell kan vidare reglerna i 38§ AvtL gällande konkurrensbegränsande klausuler vara av intresse för tolkningen av sekretessklausuler, särskilt i de fall de är inkluderade i anställningsavtal. Enligt bestämmelsen kan konkurrensbegränsande klausuler ogiltigförklaras i den mån de är oskäligen. Då sekretessklausuler till viss del syftar till att verka konkurrensbegränsande, om än inte på ett lika ingripande sätt som konkurrensklausuler, kan viss ledning vid tolkningen av sekretessklausuler hämtas i praxis från tillämpningen av bestämmelsen.⁸⁹ Sekretessklausuler kan naturligtvis även ogiltigförklaras eller jämkas med stöd av 36§ AvtL.

5.3 Avtalets ordalydelse, språkinriktad analys

Som framgått ovan ska avtalets ordalydelse ges stor betydelse vid tolkningen då den presumeras spegla parternas gemensamma avsikt.⁹⁰ Den verkar också till synes ges stor betydelse i praktiken.⁹¹ Det har uttalats att det i kommersiella sammanhang är särskilt viktigt att beakta avtalets ordalydelse eftersom det i dessa sammanhang finns ett stort behov av förutsägbarhet.⁹² I praxis har det uttalats att avtalets ordalydelse ska beaktas efter det att en eventuell gemensam partsavsikt har utvärderats. Samtidigt har det också uttalats att det i praktiken endast i undantagsfall kan bli aktuellt att tolka avtal i strid med dess ordalydelse med hänvisning till den gemensamma partsavsikten.⁹³ Som framgick ovan verkar också Högsta domstolen vara av den åsikten att ordalydelsen i ett avtal kan trumfa ett visat, subjektivt syfte.⁹⁴ Oavsett var i tolkningshierarkin avtalets ordalydelse passar in står det

⁸⁸ Bergstedt, *Affärsrelationer, affärer, relationer, avtal och relationella avtal*, SvJT 2014 s. 721

⁸⁹ Tonell, *Sekretessavtal*, s. 62-63

⁹⁰ Se exempelvis Ramberg, *Avtalslagen 2010*, 7.1 (2)

⁹¹ Se avsnitt 4.2 ovan

⁹² Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 150.

⁹³ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 34 och Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 148-149. Jfr också Adlercreutz och Gorton, *Avtalsrätt 2*, s. 41 och 59.

⁹⁴ Högsta domstolen NJA 2015 s. 741

emellertid klart att den ska ges stor betydelse i svensk rätt och att den också ges stor betydelse i praktiken.

Som framgått ovan kombineras definitionerna av sekretessbelagt material i sekretessklausuler ofta med en kortare lista med undantag. Dessa undantag föranleder att tolkaren måste ställa sig två frågor nämligen (i) kan ett undantag för due diligence-processer tolkas in i något av undantagen och (ii) om undantagen i annat fall bör tolkas exemplifierande eller motsatsvis.

Den första frågan är naturligtvis beroende av hur parterna väljer att formulera sina undantag i det enskilda fallet och om de ens väljer att inkludera undantag. Om de emellertid utformas i enlighet med den standardiserade klausul som upprättades i avsnitt 3 ovan bör frågan förmodligen besvaras nekande. Undantagen är inte oklart skrivna utan preciserar specifikt material som ska undantas från sekretessen. Visserligen faller en del information om avtalsförhållandet som offentliggjorts in under undantaget i a) och en del äldre information faller in under undantaget i b) men annan information, såsom information om avtalsvillkoren och opublicerade resultat, faller utanför. Nästa fråga är då om listan bör tolkas exemplifierande eller om den ska tolkas motsatsvis. I det fall det går att fastställa en gemensam partsvilja, exempelvis genom att frågan behandlas i avtalspreliminärer, har den tolkningen naturligtvis företräde. I annat fall är frågan betydligt mer oklar. Lehrberg uttalar att avtalsbestämmelser kan tolkas analogivis om det är förenligt med parternas syfte men att det oftare ligger närmre till hands att tolka bestämmelser motsatsvis. Samtidigt uttalar han att tolkaren bör vara försiktig så att denne inte hamnar utanför den krets av situationer som kan anses vara reglerad i avtalet. Han uttalar sig inte om huruvida uppräkningslistor bör tolkas exemplifierande eller inte.⁹⁵ Adlercreutz och Gorton menar å sin sida att det oftast ligger närmare till hands att behandla en fråga som oreglerad än att tillämpa ett motsatsslut.⁹⁶ Ramberg och Ramberg uttalar att det av den så kallade minimiregeln följer att otydligheter i avtal bör tolkas så att det medför det minst betungande resultatet för den förpliktigade. Vad som är det minst betungande resultatet ska slås fast genom en jämförelse med dispositiv rätt, handelsbruk och branschsedvana.⁹⁷ För en exemplifierande tolkning talar dessutom att en strikt språklig tolkning kan leda till oskäligt betungande situationer för den förpliktigade. Mot en exemplifierande tolkning talar dock de principer som nämnts ovan nämligen att ordalydelsen ska presumeras spegla parternas avsikt och att det i kommersiella sammanhang finns ett stort behov av förutsägbarhet i avtalsrelationer.

När ovan nämnda uttalanden tolkas i ljuset av de dispositiva undantagen i sekretessen som framkommer vid en normriktad tolkning⁹⁸ ligger det enligt min mening närmare till hands att tolka undantagen till en standardiserad sekretessklausul exemplifierande, trots att det innebär sämre förutsägbarhet.

⁹⁵ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 89-90

⁹⁶ Adlercreutz och Gorton, *Avtalsrätt 2*, s. 32

⁹⁷ Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 154

⁹⁸ Se avsnitt 5.2 ovan

5.4 Syftesinriktad tolkning

Syftesinriktad tolkning benämns ibland även ändamålsinriktad tolkning eller teleologisk tolkning och ligger nära den subjektiva tolkning som domstolar enligt praxis ska genomföra i första hand när de söker fastställa den gemensamma partsavsikten. Det står klart att tolkningsmetoden är viktig i svensk rätt.⁹⁹ Vid en syftesinriktad tolkning ska domstolen enligt Högsta domstolen beakta ”*villkorets syfte, avtalsföremålets natur och ibland parternas ställning*”. Liknande resonemang kan hittas i UNIDROIT Principles Art. 4.1(2) där det uttalas att avtalet ska ges samma betydelse som ”*reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances*”. Vidare anges i Art. 4.3(a) och (d) att tolkningens ska ske med hjälp av analys av avtalspreliminärer och avtalets natur och syfte.¹⁰⁰ Christina Ramberg har också inkluderat regeln i *Avtalslagen 2010*.¹⁰¹

Som synes har tolkaren framförallt två huvudtyper av syften att förhålla sig till, dels det subjektiva syfte som avtalsparterna faktiskt hade när de ingick avtalet, dels det objektiva syftet som får fastställas efter en rimlighetsanalys baserad på parternas ställning, avtalets natur samt de syften som typiskt sett föranleder inkluderingen av ett visst villkor. Vid tolkning av standardiserade avtal uppkommer ännu ett syfte, nämligen det subjektiva syfte som författarna av standardavtalet hade med avtalet när det upprättades, jag kallar detta syfte semi-subjektivt. Syftena kan därutöver delas in i dels avtalets övergripande syfte, dels den specifika klausulens syfte. Eftersom tolkning med utgångspunkt i parternas subjektiva syfte ligger nära den subjektiva tolkningen ligger det nära till hands att argumentera för att den är överordnad till och med avtalets direkta ordalydelse. Det subjektiva syftet borde därför i regel vara överordnat såväl det semi-subjektiva som det objektiva syftet. Därutöver måste rimligen avtalets övergripande syfte vara överordnat klausulens specifika syfte eftersom klausulen annars skulle tillåtas försvåra eller förhindra parternas affärsrelation. Vid en logisk uppställning av den syftesinriktade tolkningsmetoden kan tolkaren därför ställa upp följande modell:

1. Subjektivt syfte

- Avtalets subjektiva övergripande syfte
- Klausulens subjektiva specifika syfte

2. Semi-subjektivt syfte

- Författarnas övergripande syfte med avtalet
- Författarnas syfte med klausulen

3. Objektivt syfte

- Avtalets objektiva övergripande syfte
- Klausulens objektiva specifika syfte.

Syftesinriktad tolkning har använts i färsk praxis från Högsta domstolen där domstolen gav ett semi-subjektivt syfte avgörande vikt.¹⁰²

⁹⁹ Se exempelvis NJA 2015 s. 741

¹⁰⁰ Jfr även DCFR II-8:101(3) och II-8:102(a) och (e)

¹⁰¹ Ramberg, *Avtalslagen 2010*, 7.1 och 7.3 (1)(g)

¹⁰² NJA 2015 s. 741

Svea hovrätt ger i en relativt ny dom en annan syn på syftesinriktad tolkning där den syftesinriktade tolkningen och den skälighetsinriktade tolkningen bakas samman:

”Liksom tingsrätten funnit kan ingen av parternas ståndpunkter vid en rent objektiv tolkning anses vara bättre förenlig med ordalydelsen i Tillägget än den andres. Inte heller finns det, som tingsrätten också påpekat, någon gemensam partsavsikt som på ett subjektivt plan ger ledning för hur Tillägget ska tolkas. Vid dessa förhållanden måste domstolen ta ställning till vad som utgör en förnuftig och rimlig tolkning av Tillägget mot bakgrund av dess syfte.”¹⁰³

Den syftesinriktade tolkningens innebörd och förhållande till den gemensamma partsavsikten är emellertid, som synes, något oklar. Lehrberg inkluderar exempelvis en analys av det subjektiva syftet i fastställandet av den gemensamma partsavsikten.¹⁰⁴ Samtidigt analyserar Högsta domstolen i NJA 2015 s. 741 det subjektiva syftet först efter det att det redan konstaterats att någon gemensam partsavsikt inte kan fastställas. Någon skarp skiljelinje mellan fastställandet av en gemensam partsavsikt och en syftesinriktad tolkning låter sig alltså inte göras.

En aspekt som tolkaren bör beakta är att ju mer standardiserad en klausul är ju svårare är det att fastställa såväl en gemensam partsavsikt som ett subjektivt syfte. Det motsatta gäller specialanpassade klausuler där ju mer anpassad en klausul är, desto svårare blir det att fastställa ett objektivt syfte. Lösningen är rimlig och logisk då ju mer specialanpassad en klausul är desto större anledning bör det rimligen finnas att försöka urskilja den avsikt parterna hade med klausulen och vad de ville uppnå med den. Motsatsvis måste standardiserade klausuler, där mindre tanke kan antas ha lagts av parterna vid upprättandet klausulen rimligen tolkas genom att de generella syften som motiverar användningen av liknande klausuler analyseras. Denna tolkningsmetod med utgångspunkt i det syfte som typiskt sett ligger bakom en viss typ klausul tillämpades också nyligen i Högsta domstolens beslut i mål Ö 2528-14. Sekretessklausuler är som framgått ovan tämligen ofta standardiserade.¹⁰⁵

Vad är då syftet med en sekretessklausul? För det första finns det två typer av sekretess, dels en legal eller formell sekretess som syftar till att upprätthålla ett objekts immaterialrättsliga skydd, dels en kommersiellt betingad typ av sekretess som syftar till att kontrollera information genom att verka handlingsdirigerande.¹⁰⁶

Det formella syftet grundar sig i att sekretess fram till eventuell registrering är ett av rekvisiten för att det aktuella objektet ska kunna åtnjuta immaterialrättsligt skydd. Krav på sekretess återfinns i patentlagen, mönsterskyddlagen och FHL. Undantag i sekretessbestämmelsen för viss information strider inte mot det formella syftet. Tvärt om är det som framgått ovan, mycket vanligt att sekretessbestämmelser innehåller undantag av olika

¹⁰³ Svea Hovrätt T 11590-12

¹⁰⁴ Lehrberg, *Avtalstolkning*, s. 41

¹⁰⁵ Se avsnitt 3 ovan

¹⁰⁶ Jfr Tonell, *Sekretessavtal*, s. 13-14

slag och dessa avtal uppfyller såväl patentlagens som mönsterskyddslagens krav då ingen av lagarna innehåller några formkrav för sekretessavtal.¹⁰⁷ Däremot måste potentiella mottagare av sådan information i regel vara bundna av sekretess för att lagarnas formella krav ska upprätthållas och informationen förlorar ofta sitt skydd i det fall undantagen faktiskt tillämpas.

Det andra syftet, att verka handlingsdirigerande för att undvika informationsläckage och affärsmässig skada, är emellertid betydligt mer strikt. En avtalspart kan mycket väl ha legitima intressen för att viss information kopplad till avtalen inte ska ges ut till en potentiell köpare, särskilt om den köparen är en konkurrent till avtalsparten. Motsatsvis kan det ifrågasättas om den handlingsdirigerande sekretessen verkligen kan innebära ett hinder för utlämnande av sådan information vars offentliggörande inte skadar motparten. Vidare står det också klart att sekretessavtals värde för att förhindra sådant läckage är något begränsad. En del författare har till och med på grund av avtalens ömtålighet jämfört dem med bubblor eftersom ett enda läckage kan räcka för att sekretessbubblan ska spricka.¹⁰⁸

I de fall sekretessåtagandet är ömsesidigt har båda parter vidare ett intresse av att undvika informationssmitta i sina respektive bolag, d.v.s. båda parter vill i så stor utsträckning som möjligt undvika att sekretessavtalet hindrar dem i deras normala drift av sina respektive verksamheter och att de inte medför hinder mot att använda intern information. Allmänt hållna sekretessåtaganden kan medföra den här typen av oönskade effekter när de tolkas strikt enligt sin ordalydelse och tolkaren måste därför ta dessa icke åsyftade effekter i beaktning vid tolkningen.

5.5 Systematik och standardisering

Högsta domstolen har i flera rättsfall diskuterat vikten av att tolka avtalsbestämmelser utifrån avtalets överbyggande systematik,¹⁰⁹ en princip som även tillerkänts betydelse i internationell avtalstolkning.¹¹⁰ Metoden anses vara särskilt användbar vid tolkning av standardavtal och andra avtal som utvecklats i syfte att utgöra en sammanhängande helhet. Metoden innebär exempelvis att om en viss term ges en viss betydelse i en viss bestämmelse ska den ges motsvarande betydelse i den bestämmelse som tolkas och att tolkningsresultatet i övrigt ska harmonisera med avtalshelheten. Exempelvis borde enskilda villkor tolkas på ett sådant sätt att de inte berövar andra villkor deras effekt.¹¹¹ Metoden ligger nära en analys av avtalets syfte, särskilt analysen av det objektiva syftet.

Av en systeminriktad tolkning följer även att en klausul som är preciserad har företräde framför en klausul som är allmänt hållen¹¹² och särskilt förhandlade bestämmelser ska alltid

¹⁰⁷ Se patentlagen 2§ och mönsterskyddslagen 2§

¹⁰⁸ Harwood, *Confidentiality Constraints Within Mergers and Acquisitions*

¹⁰⁹ Se exempelvis NJA 2014 s. 960

¹¹⁰ Se exempelvis UNIDROIT Principles Art. 4.4 och DCFR II-8:105

¹¹¹ Jfr UNIDROIT Principles Art. 4.5

¹¹² Se exempelvis NJA 1993 s. 436

ges företräde framför boilerplate-klausuler.¹¹³ En liknande regel finns i DCFR II-8.104. Som framgått ovan i avsnitt 3 är sekretessklausuler ofta standardiserade.

Vilken effekt standardiseringen och systematiken kan tänkas ha på tolkningen av sekretessåtagande kommer att diskuteras närmare nedan.¹¹⁴

5.6 Handelsbruk och branschsedvana

Enligt Ramberg ska även handelsbruk och branschsedvana ges betydelse vid tolkning av avtal.¹¹⁵ Dels ska termers särskilda betydelse i branschen beaktas, dels ska mer renodlad sedvana analyseras. Liknande regler framgår av UNIDROIT Principles Art 4.3(e) och (f) samt DCFR II-8:102(1)(d) och (f). Detta synsätt stämmer också väl överens med Peczeniks rättskälrelära där sedvanan ges stor betydelse.¹¹⁶

Vad gäller sedvana vid tolkning av kommersiella avtal i allmänhet kan god ledning hämtas i UNIDROIT Principles och DCFR som citeras löpande i relevanta delar i uppsatsen.¹¹⁷ I övrigt har jag vid arbetet med uppsatsen varit i kontakt med och intervjuat flera verksamma jurister. Jag har även studerat ett stort antal kommersiella avtal. Då flera önskat att vara anonyma och avtalen varit sekretessbelagda har det emellertid inte varit möjligt att upprätta en auktoritativ redogörelse för branschsedvanan gällande sekretessklausuler. Resultatet kan dock användas som indikation på sådan sedvana.

Till att börja med verkar det vara ovanligt att undantag för due diligence-processer inkluderas i sekretessklausuler. Jag har intervjuat en delägare på en större svensk byrå med internationella kopplingar som menade att det är ovanligt med den typen av undantag både i Sverige och internationellt. Undantagen förekommer enligt honom när de inkluderas i investeringsavtal där syftet med det större samarbetet är att jobba mot en ”exit” i form av ett uppköp samt i forskningssamarbetsavtal där syftet med avtalet är att exploatera resultatet genom utlicensiering och liknande.¹¹⁸ Möjligen händer det även att uppstarts företag som förbereder sig för ett uppköp vill ta höjd för en sådan framtida process.¹¹⁹ Även övriga intervjuade har varit uppfattningen att det är ovanligt att undantag för due diligence-processer inkluderas i sekretessklausuler.¹²⁰

¹¹³ Se Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 161, Adlercreutz och Gorton, *Avtalsrätt 2*, s. 61

¹¹⁴ Se avsnitt 6.1.5 nedan

¹¹⁵ Ramberg, *Avtalslagen 2010*, 7.3 (1) (h) och (i)

¹¹⁶ Se avsnitt 1.4.1 ovan

¹¹⁷ Jfr avsnitt 5.2 ovan

¹¹⁸ Informant 1, mailkorrespondens, 2016-03-15

¹¹⁹ Steen, intervju 2016-03-23

¹²⁰ Intervjuer, Pamp, 2016-03-30, Steen, 2016-03-24 och Informant 2, 2016-04-04 samt gruppintervju med Advokatfirman Vinge i Göteborgs processrättsgrupp, 2016-04-08.

Vidare verkar det vara vanligt att sekretessbelagda avtal trots avsaknaden av undantag ges ut till tredje män vid due diligence-processer utan att samtycke inhämtats från motparten.¹²¹ Ibland sker det i strid med sekretessklausuler¹²² och det sker ofta efter en riskbedömning i gråzoner där sekretessklausulens omfattning är oklar.¹²³ Frågan är då om det kan anses finnas någon branschsedvana som tyder på att det skulle vara möjligt att tolka in ett undantag för due diligence-processer i standardiserade sekretessklausuler. Om så är fallet skulle majoriteten av de stora affärsjuridiska advokatbyråerna regelmässigt bistå sina klienter med att begå avtalsbrott. Intressant nog verkar frågan aldrig ha ställts på sin spets. Ingen av de processjurister jag intervjuat har varit med om att någon ställts till svars brott mot en sekretessklausul till följd av ett due diligence-förfarande.¹²⁴ Tvister gällande brott mot sekretessåtaganden är också generellt ovanliga.¹²⁵ Vad det kan tyda på kommer att diskuteras nedan i avsnitt 6.1.6.

5.7 Skälighet

Genom införandet av 36§ AvtL framgår det att avtalsfriheten i allt större utsträckning ska ge vika för skälighet. Bestämmelser om skälighet vid avtalstolkning återfinns även i UNIDROIT Principles Art 4.1(2) och 4.8(2)(d) samt i DCFR II-8:101(3). Det har också under många år stått klart att skälighet, eller ”rimlighet” som är den term Högsta domstolen använder, är en av de tolkningsprinciper som typiskt sett ska beaktas vid avtalstolkningen.¹²⁶ Det står också klart att principen inte enbart ska beaktas efter det att andra tolkningsmetoder inte gett resultat, tvärt om har skälighetsaspekten ansetts kunna trumfa andra tolkningsmetoders resultat i praxis.¹²⁷ Tolkningsmetoden används också tillsammans med andra tolkningsmetoder.¹²⁸ Det kan också diskuteras huruvida domstolen bör beakta skälighetsaspekten i tolkningen av avtalsinnehållet eller om skäligheten ska beaktas först vid jämkningen av avtalsinnehållet i enlighet med 36§ AvtL. Ramberg och Ramberg kallar det dold respektive öppen kontroll.¹²⁹ Jag anser att frågeställningen framförallt är teoretiskt betingad och kommer därför inte att beröra den närmare i den här framställningen och jag kommer inte att göra skillnad på skälighetsinriktad tolkning och jämkning enligt 36§ AvtL. Högsta domstolen är själv inte stringent vad gäller skälighetsaspektens systematiska indelning i sin tillämpning.¹³⁰

¹²¹ Intervjuer Steen 2016-03-24 och Informant 2, 2016-04-04.

¹²² Steen, intervju 2016-03-24

¹²³ Informant 2, intervju 2016-04-04

¹²⁴ Mailkorrespondens med Informant 3, 2016-03-21 och gruppintervju med Advokatfirman Vinge i Göteborgs processrättsgrupp, 2016-04-08.

¹²⁵ Gruppintervju med Advokatfirman Vinge i Göteborgs processrättsgrupp, 2016-04-08.

¹²⁶ Se exempelvis NJA 2006 s. 53

¹²⁷ Se exempelvis NJA 2015 s. 862 där skälighetstolkningen ansågs trumfa den ändamålsinriktade tolkningen.

¹²⁸ Se exempelvis Svea Hovrätts dom i mål T 11590-12

¹²⁹ Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 168

¹³⁰ Jfr NJA 2015 s. 862 och NJA 2015 s. 741 där den ändamålsinriktade tolkningen var avgörande och skälighetsaspekten inte beaktades över huvud taget utan målet återförvisades till hovrätten för eventuell jämkning.

Frågan är då när en sekretessbestämmelse kan anses vara oskälig. Gällande jämkning i enlighet med 36§ AvtL verkar de flesta författare vara överens om att det endast i undantagsfall är aktuellt att jämka avtal mellan kommersiella parter. Tonell skriver angående jämkning av just sekretessavtal följande:

”I det fall avtalad sekretess sker mellan jämbördiga näringsidkare är utrymmet för jämkning litet. Alltför ingripande sekretessklausuler torde dock kunna jämkas.”¹³¹

Tonell lämnar alltså viss öppning för jämkning av sekretessavtal även mellan kommersiella parter och han lägger vikt vid dels ”jämbördighet”, dels ”alltför ingripande sekretessklausuler”. Tonell utvecklar dock inte sina tankar vidare utan lämnar läsaren i okunskap om båda rekvisiten.

Ovan nämnda praxis och doktrin verkar innebära att tolkaren måste beakta dels subjektiva förhållanden i form av exempelvis parternas ställning och omständigheterna vid avtalets tillkomst, dels objektiva förhållanden i form av sekretessåtagandets utformning och om den utformningen typiskt sett är att anse som oskälig. Även i det fall de subjektiva förhållandena inte föranleder någon justering för skälighet kan sådan justering emellertid ändå vara aktuell om åtagandet är allt för ingripande. Därutöver bör skälighetstolkningen genomföras i ljuset av avtalets syfte, dess systematik och eventuell branschsedvana på ett sådant sätt att sekretessklausulen ges ett innehåll som på ett rimligt sätt kompletterar parternas avtalsrelation och kommersiella syften.

Eftersom sekretessklausuler, som framgått ovan, tämligen ofta är standardiserade borde skälighetsinriktad tolkningsmetod anses vara viktig vid tolkningen av sekretessklausuler. Standardiserade sekretessklausuler kan leda till såväl oförutsedda som oskäligt betungande resultat eftersom de tenderar att vara vidare än vad parterna kanske inser. Pondera exempelvis att målbolaget vid en due diligence ger ut ett par hundra avtal innehållande en sekretessklausul. Att inhämta samtycke från så många avtalsparter är en kostnadsmässig omöjlighet och förhindras dessutom sannolikt av sekretessåtaganden som säljaren ingick med den potentiella köparen när de inför due diligence-processen ingick ett LoI. Samtidigt kan det tänkas att den potentiella köparen är ovillig att köpa företaget utan att ha granskat dess avtal närmare. I de fall målbolaget väljer att ge ut dessa avtal för att få överlåtelsen till stånd sker det i strid med sekretessklausulerna och bolaget begår i så fall flera hundra avtalsbrott. Dessa avtalsbrott kan i sin tur potentiellt leda till både skadeståndskrav och hävning av viktiga avtal. Eftersom avtal med sekretessklausuler inte sällan innehåller avtalsviten behöver målbolagets avtalsparter inte ens visa någon skada. Aktiebolagsrättsligt kan det ifrågasättas om bolagets ledning ens kan tillåta en sådan due diligence eftersom det skapar hög riskexponering för målbolaget. De aktiebolagsrättsliga aspekterna kommer emellertid inte att beröras närmare här.¹³²

En särskild skälighetsproblematik uppstår vid analysen av sekretessklausuler i samarbetsavtal av olika slag. Pondera att målbolaget utvecklar en värdefull teknik i samarbete med ett annat företag. I det fall en liknande sekretessklausul som den som nämnts ovan använts i

¹³¹ Tonell, *Sekretessavtal*, s. 62

¹³² För en redogörelse för frågan i publika bolag se Härkönen, *Aktiemarknadsbolagets informationgivning*, 6.2.

samarbetsavtalet är målbolaget förhindrat att ge ut information om såväl samarbetet och tekniken som de regleringar avtalet innehåller om rätten till samarbetets resultat. En potentiell köpare kan rimligen tänkas vara måttligt intresserad av att köpa en teknik paketerad i målbolaget om det är oklart hur teknikens kontrollsituation ser ut. Denna osäkerhet påverkar naturligtvis riskfaktorn i den potentielle köparens värderingsmodeller vilket i sin tur leder till en lägre köpeskilling och ineffektiv kapitalisering av den teknik som utvecklats i samarbetet. Samtidigt har målbolagets samarbetsparter full insyn i samarbetets villkor och teknikens beskaffenhet. Det skapas alltså en informationsasymmetri mellan samarbetspartnern och marknads potentiella köpare vilket i sin tur leder till en insiderproblematik där samarbetsparten kan utnyttja sitt informationsövertag för att köpa målbolaget till underpris. Det kan liknas vid en form av investeringsoption där samarbetsparten genom sitt informationsövertag under en potentiellt lång tid ges en gynnad investeringsposition. Om standardiserade sekretessklausuler skulle förhindra den här typen av informationsgivning, skulle det kunna innebära att större teknikintensiva företag gavs möjlighet att genomsöka marknaden efter intressant teknik som är i ett tidigt utvecklingsskede för att sedan inleda utvecklingssamarbeten med ägarna till sådan teknik för att slutligen utnyttja sitt informationsövertag för att köpa upp företagen till underpris.

En särskild fråga som faller inom skälighetsavvägningen är tillämpningen av den så kallade oklarhetsregeln. Regeln används ofta av domare¹³³ och har också stöd i utländsk tolkningspraxis.¹³⁴ Regeln innebär att oklarheter i ett avtal eller villkor ska gå ut över den part som författat det aktuella avtalet eller villkoret. Högsta domstolen har vid ett par tillfällen uttalat att oklarhetsregeln ska användas först efter att andra metoder inte gett resultat¹³⁵ och i senare praxis inte nämnt den över huvud taget.¹³⁶ Metoden kan också med rätta kritiserats. Samtidigt är den enkel att både förstå och tillämpa vilket kan tänkas göra den frestande för många domare med hög arbetsbelastning. Den frekventa användningen av regeln i underrättspraxis stödjer den tesen. I de fall avtalet gäller ”obalanserade” parter och den starkare parten författat avtalet oklart i illojalt syfte kan det dessutom tyckas rimligt att denne inte ska få någon vinning för sådant beteende.

Regeln skulle kunna användas tillsammans med generell skälighetsargumentation. I det fall en starkare part i ett avtal också författat sekretessklausulen och sekretessåtagandet sedan lett till en oskäligt betungande situation för den svagare parten, exempelvis undervärdering vid uppköp eller inlåsnings effekter, borde regeln kunna användas för att argumentera för ett undantag för due diligence i standardiserade sekretessklausuler.

5.8 Sakskäl och praktiska problem

Som nämnts ovan får, enligt Peczeniks rättskällelära, även sakskäl beaktas vid juridisk argumentation och de kan också många gånger ges stor vikt. Det bör gälla även vid tolkning

¹³³ Se Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 170-172 samt från aktuell hovrättspraxis exempelvis HovR:n ÖN Ö 599-13, HovR:n VS T 1688-12, HovR:n VS FT 5536-14 och Göta hovrätt T 801-15.

¹³⁴ Se UNIDROIT principles Art 4.6 och DCFR II-8:103

¹³⁵ Se NJA 2001 s. 750 och 2006 s. 53

¹³⁶ Se exempelvis NJA 2010 s. 416

av avtal. Tolkningssystematiskt kan sakskaalen falla in under såväl den ändamålsinriktade tolkningen som skälighetsavvägningen varför avsnittet egentligen hade kunnat bakas in i respektive avsnitt ovan. Emellertid är frågan så viktig och komplicerad att den bör ges ett eget avsnitt. Det har framgått ovan att det finns argument för att det är möjligt att tolka in ett undantag för utlämnande av viss information i samband med due diligence-processer i standardiserade sekretessklausuler redan genom en tillämpning av de auktoritativa rättskällorna och den traditionella avtalstolkningsdoktrinen. Således är det därför lämpligt att beakta vilka eventuella sakskaal som kan anföras för och emot en sådan ordning.

Ofta finns det stora praktiska svårigheter med att inhämta samtycken från samtliga motparter till ett målbolag. Ett krav på att inhämta samtycken skulle kunna innebära kraftigt ökade transaktionskostnader vilket inte är i omsättningens intresse.¹³⁷ Vidare skulle avsaknaden av ett sådant undantag gå emot den kommersiella sedvana som utvecklats i företagsöverlåtelseprocessen.¹³⁸ Ett hinder mot att ge ut all sekretessbelagd information i due diligence-processer riskerar att leda till att den vedertagna metoden behöver förändras i grunden, vilket även det skulle kunna leda till att transaktionskostnaderna och transaktionsriskerna ökar.

Vidare skulle bolagens värderingar riskera att bli generellt lägre och kapitaliseringen av bolagiserade tillgångar skulle riskera att bli mindre effektiv. Om bolagen trots avsaknaden av undantag väljer att ge ut viss sekretessbelagd information i strid med sekretessbestämmelserna skulle målbolagens riskexponering öka vilket även det skulle kunna leda till lägre värderingar och att säljaren får ta en större risk i transaktionen. Det skulle även potentiellt kunna leda till större riskexponering för målbolagets ledning med risk för personligt betalningsansvar eftersom det kan ifrågasättas om nyttan av due diligence-processen för målbolaget verkligen väger över den ökade riskexponeringen.¹³⁹

Ett annat stort problem med avsaknaden av undantag för due diligence-processer är att en sådan ordning kraftigt skulle försvåra säljarens möjlighet att fullgöra sin upplysningsplikt. Due diligence är som bekant inte endast ett sätt för köparen att undersöka målbolaget utan det är också ett sätt för säljaren att friskriva sig från eventuella brister i företaget. Exakt hur långt säljarens upplysningsplikt sträcker sig vid bolagsförvärv och hur långt en säljare kan förlita sig på upplysning genom due diligence är något oklart¹⁴⁰ men klart är att ett förbud mot att ge ut all sekretessbelagd informations riskerar att leda till kraftigt ökad riskexponering för säljare.

Samtliga sakskaal som anförts ovan leder till försämrade möjligheter att kapitalisera bolagiserade tillgångar vilket återkopplar till teoriavsnittet i 1.5.2 ovan som lade uppsatsens teoretiska grund. Teorin förklarar varför frågan om sekretess och due diligence är ett praktiskt problem inte bara för den enskilde entreprenören utan det förklarar också hur fenomenet är ett problem ur ett nationalekonomiskt perspektiv såväl som ett samhällsutvecklingsperspektiv.

¹³⁷ Angående problemen med höga transaktionskostnader se exempelvis Dahlman, Glader och Reidhav, *Rättsekonomi*, s. 76ff.

¹³⁸ Se avsnitt 5.6 ovan

¹³⁹ Jfr Aktiebolagslagen 29 kap 1§

¹⁴⁰ För en redogörelse för köparens upplysningsplikt vid företagsöverlåtelser se Mindedal, *Upplysningsplikt vid företagsöverlåtelser*.

Såväl Sveriges ekonomi som världsekonomin rör sig allt mer mot en kunskapsekonomi där immateriella tillgångar och framförallt kunskap utgör de största ekonomiska värdena och viktigaste produktionsfaktorerna.¹⁴¹ För att stimulera innovation och framåtskridande och över huvud taget möjliggöra en kapitalistisk ekonomi baserad på kunskap krävs det effektiva metoder för kapitalisering av densamma. Effekterna av avsaknaden av effektiv kapitalisering av tillgångar i kapitalistiska ekonomier har tydligt utretts av de Soto.¹⁴² Visserligen rör hans undersökning traditionell, industriell kapitalism i utvecklingsländer där effekterna är ett resultat av inadekvata juridiska och administrativa processer. Emellertid borde den djupare meningen i hans arbete, det vill säga hur kapitaliseringsprocessen faktiskt går till, vara tillämpbar på de problem den kommande kunskapsekonomin står inför. För att en kapitalistisk ekonomi ska kunna baseras på kunskap som huvudkällan till kapital måste det finnas effektiva processer för paketering, transaktion och belåning av den samma. Eftersom en av huvudmetoderna för sådana processer är att paketera kunskapen i företag vars aktier sedan kan överlåtas eller pantsättas och vars företagshypotek kan användas som säkerhet, är en av dessa transaktioners effektivitet sannolikt avgörande för samhällets möjlighet att transformeras till en kunskapsekonomi. Ett strikt förbud mot att lämna ut sekretessbelagt material som gäller all sådan information kan alltså stå i strid med samhällets övergripande ekonomiska intressen.

¹⁴¹ Drucker, *The Post-Capitalistic Society*, s. 7

¹⁴² Se 1.5.2 ovan

6 Slutsats

6.1 Gällande rätt - går det att tolka in ett undantag för due diligence-processer i standardiserade sekretessklausuler?.

6.1.1 *Subjektiv tolkning*

För det första kan ett undantag framgå av en subjektiv tolkning. Exempelvis kan frågan ha diskuterats under avtalsförhandlingarna och ett undantag kan exempelvis framgå av avtalspreliminärer. Ett undantag kan även framgå av partsbruk eller parternas beteenden, om till exempel viss information getts ut i tidigare due diligence-processer med parternas vetskap utan att åtgärd vidtagits tyder det på ett underförstått undantag. Eftersom sekretessklausuler ofta är standardiserade och inte föregås av särskild förhandling är det dock i regel inte möjligt att tillämpa en subjektiv tolkning av sekretessklausuler. Vidare finns det mycket som tyder på att subjektiva tolkningsmetoder inte ska ges samma avgörande betydelse som tidigare, allt i enlighet med teorin om den moderna avtalsfriheten. Istället ska objektiva tolkningsmetoder ges större betydelse och i vissa fall kunna trumfa ett subjektivt tolkningsresultat.

6.1.2 *Norminriktad tolkning*

Vid en norminriktad tolkning av sekretessklausuler finner vi för det första att det finns starka argument för att FHL inte bara kompletterar sekretessavtal utan också begränsar deras räckvidd. Även om rättsläget är oklart finns det ett betydligt starkare stöd i både rättskällor och sakskäl för att FHL begränsar möjligheterna att avtala om sekretess än vad det finns stöd för att avtalsfrihet ska gälla. Om detta utgör gällande rätt innebär det att en stor del av den här uppsatsens problemformulering löses eftersom det i så fall innebär att en relativt stor mängd information kan ges ut i due diligence-processer. Om sekretessen inte kan omfatta information vars offentlighetsgörande inte är ägnat att skada motparten i konkurrenshänseende innebär det exempelvis att sekretessbelagda avtal kan ges ut i due diligence-processer under förutsättning att känslig information, såsom parter, prissättning och tekniska specifikationer, maskeras. Som också nämndes ovan framgår det även av *allmänna avtalsrättsliga principer* att den dispositiva tystnadsplikten inte är absolut utan att det tvärt om ska göras undantag för vissa situationer och visst material. Undantag ska inte bara göras för situationer där det föreligger offentlighetsrättsligt tvång utan även kommersiellt motiverat utlämnande av viss information ska godtas i vissa fall.

Jag menar att en norminriktad tolkning av standardiserade sekretessklausuler där reglerna i FHL såväl som reglerna som framgår av allmänna principer beaktas leder till slutsatsen att information vars offentlighetsgörande inte är ägnat att leda till skada ur konkurrenshänseende i regel borde kunna ges ut i due diligence-processer utan att det strider mot sekretessåtagandet. Om informationen är ägnad att leda till skada ur konkurrenshänseende ska en avvägning mellan det kommersiellt berättigade intresset av att lämna ut informationen och den skada som kan förväntas uppstå hos motparten genomföras. I den avvägningen ska i min mening särskild vikt läggas vid vem köparen är, uppgifternas art samt vid om de har sitt ursprung hos motparten eller om de är ett direkt resultat av samarbetet. Möjligheterna till undantag borde vara större i det senare fallet. I ett open innovation-avtal borde det resultera i att exempelvis den viktiga klausulen om rätt till och exploatering av resultatet i samarbetet kan ges ut då det inte leder till skada för motparten om denne maskeras. Vidare bör det vara tillåtet att ge ut viss allmän information om den teknik samarbetet avser och de resultat man uppnått så länge informationen inte går ner på teknisk nivå på ett sådant sätt att informationen gör det möjligt

för en fackman att återskapa resultatet. Liknande resonemang kan föras gällande andra samarbetsavtal. Exempelvis borde en part till ett aktieägaravtal kunna ge ut exempelvis allmän information om bolagets verksamhet och framtidsutsikter till en potentiell köpare.

Vid en norminriktad tolkning av en standardiserad sekretessklausul med utgångspunkt i den dispositiva sekretess som följer av allmänna avtalsrättsliga principer och reglerna i FHL kan tolkaren, i min mening, dra åtminstone följande slutsatser gällande sekretessbestämmelser i kommersiella avtal.

- i. Om inte annat uttrycks omfattar sekretessåtagandet inte information vars offentliggörande typiskt sett inte skulle leda till skada för motparten, antingen direkt eller i konkurrenshänseende.¹⁴³
- ii. Sekretessen omfattar inte utan vidare sådan information som inte hemlighålls i enlighet med rekvisitet i FHL.¹⁴⁴
- iii. Om inte parterna kommit överens om annat är sekretessen inte strikt utan enligt dispositiv rätt gäller undantag för offentligrättsligt tvång och för visst kommersiellt betingat offentliggörande av viss typ av information. Vid bedömningen ska det kommersiella intresset vägas mot den skada offentliggörandet är ägnat att medföra.¹⁴⁵

6.1.3 Språkinriktad tolkning

Inte heller en språkinriktad tolkning av en standardiserad sekretessklausul talar emot möjligheten att tolka in ett undantag för viss information i due diligence-processer. Visserligen ger ordalydelsen inget direkt stöd för tolkningen men det finns inte heller något som tyder på att undantagen ska tolkas motsatsvis. Tvärt om ger uttalanden i doktrin stöd för att det ligger närmare till hands att tolka uppräknings exemplifierande och att behandla luckor som oreglerade än att tolka uppräkningsarna motsatsvis. Således innebär de preciserade undantagen inte att undantag för andra situationer är uteslutna. Enligt Ramberg och Ramberg ska enligt minimiregeln den tolkning som är minst betungande för den förpliktade anses vara den rätta och vad som är minst betungande ska fastställas med utgångspunkt i dispositiv rätt, handelsbruk och branschsedvana. Enligt dispositiv rätt gäller som sagt att undantag från sekretessen kan göras vid offentligrättsligt tvång samt vid vissa kommersiellt betingade situationer. Vidare finns det mycket som tyder på att det finns ett utbrett handelsbruk bestående av att sekretessbelagd information ges ut i due diligence-processer. Dessvärre är, som nämndes ovan i avsnitt 6.1.2, den närmare innebörden av dispositiv rätt på området oklar. En rimlig tolkning är emellertid att viss information måste kunna ges ut om det är kommersiellt försvarbart. Om informationen är för känslig eller om dess tillgängliggörande har liten eller ingen betydelse för transaktionens fortskridande bör utlämnandet anses vara förhindrat av sekretessklausulen.

¹⁴³ FHL 1§, Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 147ff och Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, s. 292

¹⁴⁴ FHL 1§ och Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, s. 292

¹⁴⁵ Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 147ff

6.1.4 Syftesinriktad tolkning

Som framgick ovan är den *syftesinriktade tolkningen* kanske inte bara den viktigaste analysmetoden på grund av dess nära koppling till den gemensamma partsavsikten och rättsrealistiska stöd utan den är kanske också den mest komplexa. Någon skarp skiljelinje mellan subjektiva, semi-subjektiva och objektiva syften låter sig inte alltid göras utan tolkaren måste beakta ett stort antal olika tolkningsdata och samtidigt undvika att ramla ned i fällan att skapa en syftesfiktio som inte har någon förankring i verkligheten. Jag menar att de viktigaste frågorna tolkaren ska ställa sig är följande:

- i. Finns några avtalspreliminärer eller annan dokumentation som kan visa att parterna hade ett särskilt syfte?
- ii. Vilka är parterna? Vad har de för subjektiva kommersiella mål med avtalet och hur passar sekretessen in i deras väg för att nå målet?
- iii. Vad är det för typ av avtal? Hur passar sekretessen ihop med avtalets objektiva syfte?
- iv. Vilken typ av information rör det sig om?
- v. I vilken situation ges informationen ut och till vem ges den ut? Är mottagaren en konkurrent till samarbetspartnern?

Ofta finns det varken dokumentation kring parternas syfte eller någon möjlighet att utreda syftet. Om parterna förmår föra sådan bevisning bör den emellertid ges stor vikt. Om sådan bevisning inte kan föras måste en analys av det objektiva syftet genomföras. Målet blir då att söka fastställa vad liknande parter i en liknande avtalssituation typiskt sett skulle ha åsyftat att uppnå med sin sekretessbestämmelse. För det första är det relevant att beakta vilka parterna till avtalet är eftersom olika parter har olika intressen av sekretess i olika situationer. Exempelvis kan det tänkas att teknologitunga företag med många värdefulla företagshemligheter har ett större intresse av en långtgående sekretess jämfört med exempelvis ett företag som producerar generiska produkter eller en myndighet. Vissa aktörer så som uppstarts företag som förbereder sig för ett uppköp eller kunskapsbaserade företag vars affärsmodeller bygger på öppen exploatering kan vidare antas ha ett intresse av att kunna ge ut viss information i uppköpsprocesser. I den mån motparten bort inse vilka kommersiella intressen den andra parten hade och hur de förhåller sig till sekretessbestämmelsen bör det ha betydelse för tolkningen av dess utsträckning.

Vidare bör avtalstypen ges stor betydelse för tolkningen av sekretessåtagandets utsträckning. Om avtalet exempelvis rör en förlikning i en tvist borde sekretessen anses vara strikt jämfört med om avtalet rör ett open innovation-projekt där en teknik som parterna avser att exploatera genom öppna kommersialiseringsmodeller utvecklas. I det senare fallet är sekretessbestämmelsens funktion framförallt att upprätthålla forskningsresultatets möjlighet till immaterialrättsligt skydd. Därutöver måste parterna ha möjlighet att ge ut viss information för att samarbetets kommersiella syften ska kunna uppnås. Det motsatta gäller i det förra fallet eftersom sekretessen där fyller en bredare funktion. Sekretessklausulen måste alltså tolkas i ljuset av hur den passar in i avtalets kommersiella syften, i den mån sekretessen skulle förhindra eller försvåra parternas affärer ligger det nära till hands att komma till den slutsatsen att parterna typiskt sett inte kan anses ha åsyftat att ge klausulen en vid utsträckning.

Därutöver måste informationens art beaktas. Ju känsligare informationen är ju troligare är det naturligtvis att parterna åsyftade att informationen skulle hållas hemlig. Om skadan å andra sidan inte är av sådan art att dess utlämnande är ägnat att leda till skada för motparten borde den informationen inte utan vidare anses falla in under sekretessbestämmelsen. Även oaktat att det sannolikt inte är möjligt att avtala om sekretess för sådan information till följd av att FHL är tvingande framstår det underligt att domstolen skulle sekretessbelägga sådan information som ingen av parterna har något legitimt syfte att hemlighålla. Som Waerme skriver:

”/.../ det är svårt att tänka sig varför ett företag vill skydda information, som inte utgör information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. Det är som Westberg påpekar svårt att finna något exempel på vad det skulle kunna vara. I de allra flesta fall kan alltså likhetstecken sättas mellan företagshemlighet, dvs. FHL:s tillämpningsområde, och hemlig information i ett sekretessavtal, dvs. vad parterna på kontraktsrättslig grund avsett att skydda.”¹⁴⁶

Det borde alltså rimligen vara felaktigt att tolka vida sekretessklausuler på ett sådant sätt att icke-känsligt material utan vidare anses omfattas av den avtalade sekretessen utan att parterna reglerat frågan uttryckligen.

Även motivet till informationsgivningen måste beaktas. Ju mer legitimt motivet till ett visst utlämnande är desto närmre ligger det att tolka en sekretessklausul på ett sådant sätt att den ska anses tillåta utlämnandet. I dispositiv rätt nämns offentlighetsrättsligt tvång och annan kommersiellt betingad informationsgivning. Ett syfte att undvika en kraftig undervärdering av ett företag i en uppköpssituation borde anses vara ett sådant legitimt, kommersiellt betingat intresse och skulle därför kunna motivera viss informationsgivning.

Slutligen är det också relevant att beakta den mottagande tredje mannens anknytning i förhållande till den som överför information. Det borde exempelvis finnas större möjligheter att ge ut information till någon som enligt sekretessåtaganden eller professionell tystnadsplikt är skyldig att hålla informationen hemlig utan att det ska anses vara utgöra ett brott mot sekretessen. Om den tredje mannen också har en förtroendeställning till parten borde möjligheterna att ge ut information utan att det ska anses vara ett brott mot sekretessavtalet vara ännu större. Sådan förtroendeställning kan exempelvis vara att den tredje mannen är legal eller finansiell rådgivare till parten eller att denne är en leverantör eller samarbetspartner till densamme. Sådan möjlighet skulle också kunna tänkas följa av dispositiv rätt.¹⁴⁷ Den tredje mannens ställning i förhållande till motparten är också relevant. Om den tredje mannen är konkurrent till motparten borde möjligheterna att ge ut information vara betydligt mindre.

6.1.5 Systeminriktad tolkning

Det borde aldrig vara aktuellt att tolka en standardiserad sekretessklausul i strid med ett avtals systematik. Om exempelvis en klausul som reglerar publicering av viss information står i strid med sekretessklausulen ska publiceringsklausulen ges företräde. Det följer bland annat av att

¹⁴⁶ Waerme, *Bevisläget vid brott mot sekretessavtal*, SvJT 2009 s. 1056-1057

¹⁴⁷ Jfr Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 147

en mer preciserad klausul ska anses ha företräde framför en generell klausul. Vidare måste avtalets systematik precis som dess ordalydelse i någon mån anses spegla parternas gemensamma avsikt. Standardiserade boilerplate-klausuler måste därför tolkas på ett sådant sätt att de stämmer överens med avtalssystematiken. I open innovation-avtal är det vanligt att särskilda klausuler som reglerar användning och publicering av resultat som utvecklats inom samarbetet inkluderas i avtalet. En sekretessklausul kan knappast anses hindra tillämpningen av dessa klausuler, exempelvis om en part vill exploatera sin andel av resultatet genom licensering. Ett annat exempel är de så kallade drag along-klausuler som ofta inkluderas i aktieägaravtal och som ger en part rätt att i vissa lägen tvinga fram en försäljning av bolagets samtliga aktier. En sådan försäljning är naturligtvis endast möjlig om avtalsparten kan berätta om klausulen för en potentiell köpare, vilket förhindras av en standardiserad sekretessklausul. Eftersom en sådan tolkning skulle innebära att drag along-klausulen blir omöjlig att tillämpa så står sekretessklausulen därmed i strid med avtalets systematik varför en sådan tolkning inte kan vara riktig.

Ett liknande resonemang bör vara möjligt att föra gällande undantag för viss information i due diligence-processer i vissa typer av avtal. Möjligheterna till en sådan tolkning måste emellertid utvärderas från fall till fall. Vad gäller open innovation-avtal borde ledning kunna hämtas i bestämmelsen som reglerar äganderätten av samarbetets resultat. Om målbolaget ska vara ägare till resultatet eller om det getts en licens med rätt till underlicensering tyder det på att sekretessklausulen ska tolkas restriktivt

6.1.6 *Handelsbruk och branschsedvana*

Som nämnts ovan har det inte varit möjligt att auktoritativt fastställa ett handelsbruk eller en sedvana genom den empiriska undersökningen i den här uppsatsen. Emellertid har intervjuerna gett indikationer på att det är vanligt att sekretessbelagda avtal och annan information ges ut i due diligence-processer utan att behövliga samtycken inhämtas. Samtidigt har intervjuerna även indikerat att det är ovanligt, om det ens har hänt, att någon ställs till svars för ett sådant potentiellt avtalsbrott.

Avsaknaden av tvister trots det utbredda förfarandet ger en indikation om att det kan finnas en etablerad sedvana med innebörden att viss mindre känslig information får lov att ges ut i due diligence-processer. Möjligen indikerar det också att även mer känslig information kan ges ut till viss del om det är kommersiellt nödvändigt och skäliga åtgärder vidtas för att begränsa informationsgivningens skada. Analys av branschpraxis är vidare intressant inte bara utifrån att sedvana kan vara rättligt bindande och även i annat fall i likhet med dispositiv rätt ska användas vid tolkningen av avtal. Det kan nämligen också argumenteras att motparten som ett resultat av sedvanan ingick avtalet och accepterade sekretessklausulen med den befogade förutsättningen att den inte skulle hindra sedvanlig informationsgivning vid due diligence-processer. Fenomenets utbreddhet tyder också på att förutsättningen måste vara synbar för motparten. En sådan förutsättning ska beaktas vid den syftesinriktade tolkningen och kan också läggas till grund för en tillämpning av förutsättningsläran.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Jfr Lehrberg, *Förutsättningsläran – en rättsregel i modern svensk rätt*, SvJT 1990 s. 187, Hellner, *Förutsättningsläran*, JT 1997/98 s. 201, NJA 1997 s. 5 och NJA 1996 s. 410. Förutsättningslärans ställning i svensk rätt är något oklar och dess tillämpning kommer inte att beröras närmare i den här uppsatsen.

6.1.7 Sakskäl och skälighet

Slutligen finns det även relevanta sakskäl som stödjer att viss information måste kunna ges ut i due diligence-processer. För det första är det inte praktiskt möjligt att genomföra en företagsöverlåtelse i den form som görs idag i det fall ett sådant undantag inte skulle kunna tolkas in. Det är helt enkelt inte praktiskt möjligt att inhämta samtycken från samtliga berörda parter för all aktuell information. Som berördes i avsnitt 1.5.2 ovan är kapitaliseringen av kunskap en av de stora utmaningar som kunskapsekonomin ställs inför. Om kapitaliseringen misslyckas riskerar det ekonomiska systemet att bli ineffektivt och i förlängningen innebär det ett hinder mot den framtida tekniska utvecklingen och mot transformeringen mot en kunskapsbaserad ekonomi. Idag är paketering av kunskap i företag tillsammans med patentering den viktigaste metoden för att skapa kapitaliserbara objekt av kunskap. Att det finns effektiva processer för att genomföra transaktioner av företag är därför oerhört viktigt och det finns således starka sakskäl för att tillåta utlämnande av viss information i strid med en sekretessklausuls ordalydelse.

Vidare kan avsaknaden av sådant undantag leda till oskäliga konsekvenser i form av betungande åtaganden i aktieöverlåtelseavtal eller undervärderingar av företag. Särskilt orimliga konsekvenser kan uppstå vid tillämpningen av sekretessklausuler i open innovation-avtal där teknisk information om resultatet och regleringen kring dess ägande kan var direkt avgörande för värderingen av en part till ett sådant avtal. Eftersom samarbetspartnern samtidigt har full insyn i tekniken och äganderättsregleringen skapas en informationsasymmetri och insider-situation där samarbetspartnern ges möjlighet att köpa upp målbolaget till underpris. Ett större teknikföretag skulle alltså kunna tänkas använda tuffa sekretessregleringar i open innovation-avtal för att skapa långvariga och gynnsamma optioner genom att marknaden först screenas efter intressant ny teknologi, därefter inleds utvecklingssamarbeten med de företag som äger teknologin. Slutligen skulle de mindre företagen kunna köpas upp till underpris när teknologin mognat.

6.2 Sekretessavtalslagen 2016¹⁴⁹

Som framgått ovan är det tydligt att utgångspunkten vid tolkningen av sekretessklausuler av det slag som diskuterats här måste anses vara att utlämnande av information i due diligence-processer inte undantas från sekretessen utan utgör ett brott mot klausulen. Som också framgått finns det inte tillräckligt stöd i varken rättskällor eller sakskäl för att argumentera för att det i dagsläget skulle vara möjligt att tolka in ett generellt undantag för due diligence i standardiserade sekretessbestämmelser gällande all information i alla avtalstyper. Ett sådant undantag skulle få svåröverblickbara konsekvenser och tar inte hänsyn till motpartens legitima intresse av att skydda sig från läckage av känslig information. Ett sådant undantag skulle också innebära att det blir tämligen enkelt att gå runt sekretessklausuler eftersom det då skulle räcka med att parterna inleder ett uppköpsförfarande ”på pappret” genom att underteckna en falsk avsiktsförklaring och sedan avsluta transaktionen efter det att informationen getts ut. Ett generellt undantag för due diligence-processer borde alltså inte vara aktuellt. Med det sagt är det däremot inte uteslutet att det skulle kunna vara möjligt att tolka in ett undantag för viss information i vissa typer av avtal. Som synes finns starka

¹⁴⁹ Avsnittets rubrik syftar på Christina Rambergs arbete *Avtalslagen 2010* som tjänat som teoretisk grund och inspirationskälla för uppsatsen.

argument för att visst material måste kunna ges ut i vissa situationer. Redan av den dispositiva sekretessen som följer av allmänna avtalsrättsliga principer framgår det att kommersiella sekretessåtaganden typiskt sett inte är tänkta att vara absoluta.¹⁵⁰ I vilken utsträckning information kan ges ut i det enskilda fallet måste emellertid avgöras genom avtalstolkning.

Samtliga tillämpningar av samtliga tolkningsmetoder som enligt praxis ska beaktas vid avtalstolkningen leder till antingen slutsatsen att visst utlämnande av viss information i due diligence-processer ska kunna ske eller till slutsatsen att det inte kan anses finnas något hinder mot en sådan tolkning. Undantaget är att en subjektiv tolkning i det enskilda fallet naturligtvis kan leda till att undantag inte medges om det framgår av den gemensamma partsavsikten. Emellertid är det ovanligt att sådana tolkningar kan genomföras på grund av sekretessklausulernas standardiserade natur och dessutom kan det ifrågasättas om en sådan partsavsikt ändå ska upprätthållas eftersom den kan argumenteras strida mot såväl FHL som mot vad som kan anses vara skäligt.

Därutöver finns det framförallt ett starkt argument mot möjligheten att tolka in ett undantag i standardiserade klausuler, nämligen avtalsfrihet och presumptionen om att ordalydelsen speglar parternas gemensamma avsikt. För denna ståndpunkt kan framförallt behovet av förutsägbarhet i avtalsrelationer framföras, ett intresse som enligt vad som framgått ovan i avsnitt 5.3 ska ges stor vikt vid tolkningen av kommersiella avtal.

Jag menar emellertid att det finns stora brister i argumentet på grund av flera olika skäl och att det därför inte ska ges avgörande betydelse i den här frågan.

1. I svensk rätt ska avtal enligt gällande rätt inte tolkas strikt utifrån deras ordalydelse. Därför är också svenska kommersiella avtal mindre utförliga än deras anglosaxiska motsvarigheter.
2. Tolkningen bygger på den icke verklighetsförankrade föreställningen om att parterna haft tillgång till all relevant information och kompetens vid avtalstidpunkten och att de därmed på ett korrekt sätt kunnat manifesterat sin gemensamma avsikt genom avtalets ordalydelse.¹⁵¹
3. Tolkningen beaktar inte den praktiska svårighet som ligger i att författa ett avtal på ett sådant sätt att det fullt ut motsvarar parternas faktiska och fulla gemensamma partsavsikt.
4. Tolkningen beaktar inte att just sekretessklausuler ofta är standardiserade varför deras ordalydelse sällan speglar en faktisk partsvilja.
5. Tolkningen beaktar inte övriga tolkningsmetoders resultat. Framförallt bortser den ifrån att analysera vad som rimligen kan antas ha varit syftet med att inkludera klausulen.

¹⁵⁰ Se avsnitt 5.2 ovan

¹⁵¹ Jfr Dahlman, Glader och Reidhav, *Rättsekonomi*, s. 61f angående att perfekt information är en förutsättning för att ekonomins aktörer ska kunna genomföra rationell och ömsesidigt gynnande handel.

6. Tolkningen beaktar inte parternas avtalsrelation och verkliga kommersiella avsikter med avtalet. Det gäller särskilt samarbetsavtal.
7. Tolkningen beaktar inte att en strikt tolkning utifrån klausulens ordalydelse kan vara skadlig för omsättningsintresset och ha negativa konsekvenser ur ett nationalekonomiskt perspektiv och samhällsutvecklingsperspektiv.

När den moderna avtalstolkningsdoktrinen som redogjorts för ovan genom tillämpning av liberal rättsdogmatisk metod i ljuset av den moderna avtalsfriheten, vägs samman med de sakskäl som ytterst grundar sig på teorierna om kapitalismens grundläggande mekanismer, är den enda rimliga slutsatsen att visst utlämnande av sekretessbelagd information i due diligence-processer måste vara tillåten. En sådan tolkning stämmer också väl överens med relationell kontraktsteori, vilken är särskilt tillämpbar på samarbetsavtal så som open innovation-avtal. En stelbent tolkning utifrån sekretessbestämmelsens ordalydelse kan inte anses vara i enlighet med gällande rätt. Istället ska samtliga tolkningsdata beaktas och sammanvägas i ett naturligt och rimligt resultat som beaktar och respekterar parternas avtalsrelation. Emellertid bör det även krävas av den som lämnar ut informationen att detta sker med skäligen aktsamhet, att det är kommersiellt betingat och att skadeverkningarna av dess utlämnande begränsas i så stor utsträckning som möjligt genom att skäligen åtgärder vidtas. Tolkaren måste göra en helhetsbedömning av avtalsrelationen och transaktionen. Frågor som måste ställas är bland annat: 1) vem är köparen och vilken relation har denna till samarbetspartnern? 2) vilken typ av avtal rör det sig om och vilken funktion fyller sekretessen i avtalet? 3) vilken typ av information rör det sig om? 4) hur långt är processen gången och hur sannolikt är det att den kommer att genomföras? 5) hur viktig är informationsgivningen för transaktionen? 6) kan praktiska åtgärder vidtas för att minska eventuella skadeverkningar? 7) framstår informationsgivningen som rimlig?

I Rambergs anda ska jag nu göra ett försök att kodifiera vad jag upplever vara gällande rätt vid tolkningen av sekretessklausulens omfattning.

Omfattningen av sekretessåtaganden

1. *Sekretessåtaganden ska inte tolkas genom en strikt tolkning av åtagandets ordalydelse. Istället ska åtagandet ges den innebörd som det kommersiellt betingade komplement till avtalsrelationen som parterna rimligen åsyftade att det skulle vara vid avtalsslutet. Ju mer standardiserad ett sekretessåtagande är ju mindre vikt ska läggas vid dess ordalydelse.*
2. *Avtalad sekretess omfattar inte sådan information som inte är hemlig eller information för vilken innehavaren inte vidtagit skäligen åtgärder för att bibehålla dess hemlighet utan särskilt åtagande. Avtalad sekretess mellan två näringsidkare omfattar inte heller sådan information som inte avser affärs- eller driftförhållanden i motpartens rörelse utan särskilt åtagande.*
3. *Om inte annat avtalats omfattar avtalad sekretess mellan två näringsidkare inte sådan information vars offentliggörande inte är ägnat att leda till skada för motparten i konkurrenshänseende.*
4. *Avtalad sekretess omfattar inte sådan information som part är skyldig att ge ut i samband med ett offentlighetsrättsligt tvångsförfarande. I dessa fall är part skyldig att inte*

ge ut mer information än nödvändigt och att informera motparten om att information kommer att ges ut.

- 5. Om inte annat avtalats omfattar avtalad sekretess inte sådan information som en part är skyldig att ge ut i enlighet med tillämpliga regler på den marknadsplats parten är noterad.*
- 6. Om inte annat avtalats ska en uppräkningslista av undantag i en sekretessklausul tolkas exemplifierande.*
- 7. Om inte annat avtalats hindrar avtalad sekretess inte en avtalspart från att ge ut sekretessbelagd information till anställda och underleverantörer i den utsträckning som är skäligen och nödvändig för att parten ska förmå uppfylla sina åtaganden enligt avtalet. Part är skyldig att tillförsäkra att samtliga anställda och underleverantörer i sin tur är bundna av sekretessåtaganden.*
- 8. Avtalad sekretess hindrar inte en part från att ge ut sekretessbelagd information till ett ombud i syfte att erhålla juridisk eller finansiell konsultation förutsatt att sådant ombud i sin tur är bunden av sekretess.*
- 9. Avtalad sekretess hindrar inte part från att nyttja eller ge ut viss sekretessbelagd information till tredje man om en sådan rätt är förenlig med och följer av vad parterna rimligen kan ha åsyftat att uppnå med sekretessåtagandet i ljuset av avtalets kommersiella syfte.*
- 10. Avtalad sekretess står inte över avtalets systematik och hindrar inte part från att utnyttja sina rättigheter enligt avtalet även i de fall de står i strid med sekretessbestämmelsens ordalydelse.*
- 11. Informationsgivning till tredje man ska ske med beaktande av skälig aktsamhet. Vid informationsgivning ska inte mer information än nödvändigt ges ut.*

6.3 Praktisk hantering av problematiken

Även om det verkar vara möjligt att tolka in ett undantag för utlämnande av viss information i due diligence-processer i sekretessklausuler finns det kanske inte alltid någon anledning för den praktiserande juristen att över huvud taget försätta sig i den situationen. Vidare borde det krävas att den som lämnat ut information vidtagit vissa skäliga åtgärder för att denne ska kunna åberopa undantaget. Som praktiserande jurist finns det flera olika tekniker som kan användas för att hantera problematiken och minska de affärsmässiga riskerna med sekretessklausuler. Åtgärder kan antingen vidtas redan vid avtalsförfattandet eller vid genomförandet av själva due diligence-processen.

Den säkraste åtgärden är i min mening att helt enkelt undvika de vida, standardiserade sekretessklausulerna och istället precisera de sekretessåtaganden parterna verkligen är villiga att åta sig. Som synes kan allmänt hållna klausuler angripas på ett flertal olika sätt och riskerar både att tolkas snävt och jämkas på ett sätt som kanske inte alltid är förutsägbart för parterna. En vag klausul kan även utgöra en potentiell källa till framtida konflikter. Istället bör parterna tydligt precisera vilken typ av information som omfattas och i vilka fall det ska vara tillåtet att ge ut information.

Preciseringen av information som omfattas bör vara smal. Enligt min mening bör den i idealfallet endast omfatta sådan information som har sitt ursprung hos någon av parterna, faller in under FHL och har tillhandahållits för den mottagande parten genom att exempelvis laddas upp i ett datarum med särskilda behörighetskrav. Om viss information är särskilt känslig bör det preciseras för att tydliggöra att den informationen aldrig får ges ut utom vid offentligt tvång. Parterna bör tydligt precisera hur informationen får användas och vilka anställda och eventuella underleverantörer som efter att ha undertecknat sekretessavtal får ta del av den. Vidare bör det finnas en skyldighet att återlämna och förstöra material efter det att syftet med användningen är slutfört. Som utlämnare av information har man då skapat sig ett starkt skydd och borde då inte riskera att information ges ut till obehöriga. Som framgått ovan kan en utlämnare av material dock inte lita på att sekretessen faktiskt efterlevs i uppköpsförfaranden och brott mot bestämmelserna är svåra att bevisa.

Avtalsvillkor, detaljer om samarbetsprojekt och samarbetsresultat bör inte inkluderas i sekretessåtagandet alls utan bör istället regleras i särskilda resultat- och publiceringsbestämmelser där parterna exempelvis reglerar vilken information som får användas i marknadsföringssyfte och vilken information som måste maskeras om vissa dokument ges ut till tredje män. Risken är annars att dessa klausuler strider mot varandra eller att parterna bedömer viss informations känslighet olika och att en framtida tolkning därför blir oförutsägbar. Därutöver blir den handlingsdirigerande effekten mer effektiv om parterna preciserat vilken information som ska anses vara känslig i avtalet. Vilken information som ska omfattas får avgöras i det enskilda fallet men parterna borde tillförsäkra sig möjligheten att ge ut tillräckligt mycket information för att de ska kunna uppfylla sin upplysningsplikt gentemot en potentiell köpare och erhålla en korrekt värdering.

Om problematiken inte kan lösas eller av någon annan anledning inte har lösts genom avtalskonstruktioner kan istället åtgärder vid uppköpsprocessen vidtas för att minska de affärsmässiga riskerna med informationsgivningen. För det första måste naturligtvis köparen underteckna ett sekretessavtal innan denne initierar due diligence-processen. Avtalet ska precisera att den mottagna informationen endast får användas i syfte att utvärdera målbolaget.

För att undvika skadeståndsanspråk bör säljaren av målbolaget vidare tillämpa ett flerstegsförfarande där potentiella köpare endast får tillgång till särskilt känslig information efter det att de redan investerat en betydande mängd tid och resurser i förvärvet, och ett avbrutet uppköp därför är mindre sannolikt. Särskilt känslig information bör inte ges ut förrän det mer eller mindre är säkert att köpet kommer att genomföras, exempelvis mellan signering och closing eller kanske till och med vid closing. Vid bedömningen av informations känslighet måste dess art såväl som köparens förhållande till berörd samarbetspartner beaktas. Om köparen och motparten är konkurrenter bör det föranleda särskild försiktighet. Viss känslig information kan ges ut genom att utlämnande sker genom att dokumentet inte ges ut i original utan att köparen istället får intervjua den som är ansvarig för avtalet om dess innehåll. Säljaren kan då begränsa risken för att känslig information missas vid maskeringen samt minska risken för att olovliga kopior tas av dokumentet. Liknande effekt kan uppnås genom att köparen endast får tillgång till ett fysiskt exemplar under en begränsad tid under kontrollerade former, exempelvis i ett fysiskt datarum. Frågan kan även hanteras genom att dokumentet i fråga inte ges ut och parterna istället inkluderar bestämmelser rörande dokumentet i garantikatalogen i aktieöverlåtelseavtalet.

Vidare kan skadeverkningarna begränsas genom att endast köparens ombud ges direkt tillgång till informationen och att dessa sedan endast avlämnar en rapport till köparen, det vill säga en process som liknar den som genomförs vid offentliga uppköp. På så sätt kan information som inte är av tillräckligt stor kommersiell betydelse för transaktionen rensas bort innan den delges köparen. Så länge ombuden lyder under tystnadsplikt borde det vara mindre känsligt att de får tillgång till informationen än att köparen får det direkt eftersom ombudens verksamhet sannolikt ligger längre från avtalsmotpartens verksamhet än den potentielle köparens. Om ombudet är advokat kan emellertid förfarandet vara i strid med advokatsamfundets etiska regler.

I sista hand får problematiken hanteras genom en affärsmässig riskvärdering. Målbolagets säljare får fråga sig om värdet av att lämna ut viss information väger över risken att hållas ansvarig för skada som uppstår. I praktiken är det ofta svårt att bevisa brott mot ett sekretessavtal såväl som att bevisa storleken på eventuell åsamkad skada. Så är emellertid inte fallet om sekretessklausulen innehåller avtalsviten och bevislätnadsregler som gynnar motparten. I dessa fall bör part vara extra försiktig med att ge ut sekretessbelagdinformation. Informationens beskaffenhet är också relevant, ju känsligare den är ju större är risken att motparten skulle agera om den sprids.

Källor

Litteratur

Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars. *Avtalsrätt 2*, sjätte upplagan. Lund, Juristförlaget i Lund, 2010.

Andreasson, Jens. *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet: En förmögenhetsrättslig undersökning*, Göteborg, Juridiska institutionens skriftserie Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, Skrift 6, 2010.

Bast, Carol, M. *At What Price Silence: Are Confidentiality Agreements Enforceable?*, William Mitchell Law Review, Vol. 25, Tidskriftsnummer 2, ss. 627-714, 1999.

Bauman, Lauri, J. och Adair, Elissa, Greenberg. *The Use of Ethnographic Interviewing to Inform Questionnaire Construction*, Health Education & Behavior, Vol. 19, Tidskriftsnummer 1, ss. 9-23, 1992.

Bergstedt, Levi. *Affärsrelationer, affärer, relationer, avtal och relationella avtal*, SvJT 2014 s. 721.

Chesbrough, Henry, William. *Open Innovation: A New Paradigm for Understanding Industrial Innovation*. I *Open Innovation: Researching a new paradigm*. Chesbrough, Henry, William, Vanhaverbeke, Wim och West, Joel (red.), ss. 1-12. New York, Oxford University Press, 2006.

Dahlman, Christian, Glader, Marcus och Reidhav, David, *Rättsekonomi: En introduktion*, Lund, Studentlitteratur, 2002.

Domeij, Bengt. *Know-howlicenser efter ett offentliggörande*, I *Festskrift till Marianne Levin*, Engelbrekt, Antonia, Bakardjieva, Bernitz, Ulf, Domeij, Bengt, Kur, Anette och Nordell, Per, Jonas (red.), ss. 231-244. Norstedts Juridik AB.

Drucker, Peter, Ferdinand. *The Post-Capitalistic Society*. New York, Routledge, 1993.

Fahlbeck, Reinhold. *Lagen om skydd av företagshemligheter: En kommentar och rättsöversikter*, Tredje upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik AB, 2013.

Foray, Dominique. *The Economics of Knowledge*. Cambridge, Massachusetts Institute of Technology, 2004.

Forssman, Magnus. *Företagsöverlåtelser: En introduktion till den legala processen*. Andra upplagan. Stockholm, Wolters Kluwer Sverige AB, 2016.

Grönfors, Kurt. *Avtalsgrundande rättsfakta*. Andra upplagan. Stockholm, Santérus förlag, 2013.

Harwood, Ian. *Confidentiality Constraints Within Mergers and Acquisitions: Gaining Insight Through a 'Bubble' Metaphor*, British Journal of Management, Vol. 17, Tidskriftsnummer 4, ss. 347-359, 2006.

Hellner, Jan. *Förutsättningsläran*, JT 1997/98 s. 201.

Härkönen, Elif. *Aktiemarknadsbolagets informationsgivning: Särskilt om amerikansk och svensk reglering av selektiv information på sekundärmarknaden för värdepapper*. Stockholm, Jure Förlag AB, 2013.

Kedner, Victoria. *Advokatens rättsskapande roll: En kartläggning*. Examensuppsats, Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet, 2016.

Lehrberg, Bert. *Avtalstolkning*, tredje upplagan, Uppsala, Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB, 2003.

Lehrberg, Bert. *Förutsättningsläran – en rättsregel i modern svensk rätt*, SvJT 1990 s. 187.

Magnusson, Kristoffer. *Avtal om sekretess i skiljeförfarande*, JT 2002/03 s. 171.

Mindedal, Anna. *Upplyningsplikt vid företagsöverlåtelser*, Uppsats vid Uppsala Universitet 2013.

Munukka, Jori. *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Stockholm, Jure Förlag AB, 2007.

Nybergh, Frey. *Avtalsfrihet – rätt till avtal: En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner*. Köpenhamn, Nordiska ministerrådet, 1997.

Nyström, Göran, Ohlsson, Robert, Sjöman, Erik och Skog, Rolf. Stockholm. *Takeover-reglerna: en kommentar*, Norstedts juridik, 2013.

Peczenik, Aleksander. *Vad är rätt?: Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm, Nordstedts Juridik, Fritzes Förlag AB, 1995.

Petrusson, Ulf och Heiden, Bowman, J. Assets, Property, and Capital in a Globalized Intellectual Value Chain. I *From Assets to Profits: Competing for IP Value and Return*, ss. 275-292, Berman, Bruce (red.), New Jersey, Wiley & Sons, Inc., 2009.

Ramberg, Christina. *Avtalslagen 2010*. <http://www.avtalslagen2010.se>, (Hämtad 2016-04-04).

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina. *Allmän avtalsrätt*. Sjunde upplagan. Stockholm, Nordstedts juridik AB, 2007.

Rosengren, Jonas. *Contract Interpretation in International Arbitration*, Journal of International Arbitration, Vol. 30, Tidsskriftsnummer 1, ss. 1-16, 2013.

Sevenius, Robert. *Due Diligence: Besiktning av företag*. Stockholm, Sanoma Utbildning AB, 2013.

Sevenius, Robert. *Om "due diligence" – företagsbesiktningens betydelse i svensk rätt*. SvJT 2007 s. 499.

de Soto, Hernando. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, New York, Basic Books, 2000.

Tonell, Magnus. *Sekretessavtal: Och det rättsliga skyddet för företagshemligheter*, Stockholm, Jure Förlag AB, 2012.

Waerme, Daniel. *Bevisläget vid brott mot sekretessavtal – förhindrar lagen om företagshemligheter avtalsdispositioner*, SvJT 2009 s. 1051.

Wainikka, Christina. *Företagshemligheter: En introduktion*. Lund, Studentlitteratur, 2010.

Publikationer

International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT principles of international commercial contracts*, Rom, 2010.

NASDAQ OMX Stockholms och Nordic Growth Market NGM:s regler rörande offentliga uppköpserbjudanden på aktiemarknaden.

Study Group on a European Civil Code, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, München, 2009.

Offentligt tryck

Prop. 1987/88:155

SOU 2008:63

SOU 1995:65

Rättsfall

Högsta domstolen

NJA 2015 s. 741

NJA 2015 s. 862

NJA 2014 s. 960

NJA 2013 s. 107

NJA 2010 s. 416

NJA 2006 s. 53

NJA 2001 s. 750

NJA 1997 s. 5

NJA 1996 s. 410

NJA 1993 s. 436

Högsta domstolen, Ö 2528-14

Hovrätterna

Göta hovrätt, T 1447-14

Göta hovrätt, T 255-15

Göta hovrätt, T 801-15

HovR:n NN, T 1234-12

HovR:n ÖN, Ö 599-13

HovR:n VS, T 1688-12

HovR:n VS, FT 5536-14

Svea Hovrätt, T 11590-12

Svea Hovrätt, Ö 3695-15

USA

Perry v. Cedar Falls, 87 Iowa, 315, 54 N. W. 225 (188)

Intervjuer och föreläsningar

Advokatfirman Vinge i Göteborgs processrättsgrupp, gruppintervju, 2016-04-08.

Andersson, Lars. *Secrets and NDAs*, föreläsning 2015-12-07

Informant 1; delägare på advokatfirman X, mailkorrespondens, 2016-03-15

Informant 2; senior biträdande jurist på advokatfirman X, intervju, 2016-04-04

Informant 3; före detta hovrättsråd, mailkorrespondens, 2016-03-21

Pamp, Caroline, jurist doktor och juridisk rådgivare på Chalmers Ventures, intervju, 2016-03-30

Steen, Magnus; VD Contract business intelligence, telefonintervju, 2016-03-23

Jag, Pierre Olsson, registrerades på kursen första gången vårterminen 2016. Jag har inte omregistrerats någon gång och jag har inte heller deltagit i något tidigare examinationstillfälle.