

Kontroll över information

– En analys av en intressekonflikt mellan innehavare av företagshemligheter och deras affärsförbindelsers borgenärer och ett konkret exempel på en avvägning



**GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN**

Benjamin Tønnessen Ljunggren, Höstterminen 2020

Juridiska institutionen vid Handelshögskolan vid Göteborgs universitet

Handledare: Claes Martinson

Examinator: Filip Bladini

Examensarbete på juristprogrammet, inom ramen för kursen *HRO800 Examensarbete*, 30 högskolepoäng.

Innehållsförteckning

1	Historien om AB Neumann och Torvalls AB är historien om en samhällsutveckling	4
1.1	AB Neumann driver en e-handelsplattform	4
1.2	Avtalet mellan AB Neumann och Torvalls AB reglerar information	5
1.3	Torvalls AB försätts i konkurs	6
2	Syfte och metod.....	7
2.1	Syfte	7
2.2	Metod	7
2.2.1	Om mina grundläggande val	7
2.2.2	Närmare om hur jag har analyserat problemet och disponerat argumenten.....	9
2.2.3	Om metodproblem och metodens lämplighet	11
2.3	Avgränsningar	12
3	Företagshemlighetslagen.....	15
3.1	Företagshemlighetslagen bygger på ett EU-direktiv	15
3.2	Företagshemlighetslagens struktur avviker från direktivets.....	15
3.3	Obehörighet är ett ord utan innehåll.....	16
4	Mål, intressen och konkurrensrelationen	18
4.1	Mål	18
4.1.1	Skydda företagshemligheter för ökad konkurrenskraft och mer innovation....	18
4.1.2	Informationsfrihet, fri konkurrens och maximal utdelning till borgenärer	19
4.2	Kolliderande intressen.....	20
4.3	Konkurrensrelationen	21
5	Boets nytta av informationen och AB Neumanns olägenheter	23
5.1	Obearbetad information.....	23
5.1.1	Kan kosta att nyttja obearbetad information	23
5.1.2	Högre försäljningspris	24
5.2	Strukturerad information	25
5.2.1	Strukturen gör informationen enklare att använda.....	25
5.2.2	Informationen kan utgöra underlag för beslut.....	26
5.3	Deriverad information	26
5.3.1	Närmare om deriverad information.....	26
5.3.2	Utnyttjande av deriverad information kan öka omsättningen	27
5.3.3	Förekomsten av deriverad information kan öka boets försäljningspris	28
5.4	Några ytterligare konsekvenser för AB Neumann	29
5.4.1	En enkel regel kan öka förutsebarheten	29
5.4.2	Konsekvenserna av boets fria utnyttjande kan potentiellt bli allvarliga	30
6	Om ingripanden mot konkursboet.....	32
6.1	Kort om påföljder	32
6.1.1	Skadestånd.....	32
6.1.2	Vitesförbud och radering av filer	33
6.1.3	Tvångslicens.....	33
6.2	Ett förbud påverkar konkursbehandlingen	33
6.2.1	Ökad processbenägenhet och kostnader för att bedöma anspråk.....	34
6.2.2	Utebliven nytta	35
6.2.3	Kostnader för att hantera anspråk.....	35
7	Regler påverkar kommersiella beslut på marknaden	37
7.1	Kreditgivningen.....	37
7.1.1	Om förbuds påverkan på riskerna	37

7.1.2	Om kreditgivares möjligheter att hantera riskerna.....	38
7.1.3	Borgenärer kan ha indirekt intresse av förbud	38
7.1.4	Olika borgenärer kan ha olika intressen.....	38
7.2	Innehavare av företagshemligheter	39
7.2.1	Hantering av risker vid beslutsfattande	39
7.2.2	Effekten på benägenheten att dela information är osäker	40
7.2.3	Osäkerhet kan minska investeringsviljan.....	41
8	Konfliktbeskrivningar kan vinklas till förmån för olika intressenter.....	43
8.1	Fokus på AB Neumanns investeringar.....	43
8.2	Fokus på borgenärernas investeringar.....	43
8.3	Även AB Neumann är en borgenär	44
9	Sammanfattning, avvägning och slutsats	45
9.1	Sammanfattning av argumenten som använts och deras riktningar.....	45
9.2	Avvägning	46
9.3	Slutsats	48
10	Diskussion	49
11	Källförteckning.....	51
11.1	Författningar.....	51
11.2	EU.....	51
11.3	Propositioner	52
11.4	Statens offentliga utredningar	52
11.5	Departementspromemorior.....	53
11.6	Rättspraxis.....	53
11.7	Litteratur.....	53
11.8	Övrigt	57

1 Historien om AB Neumann och Torvalls AB är historien om en samhällsutveckling

1.1 AB Neumann driver en e-handelsplattform

AB Neumann driver sedan 2006 en digital marknadsplats. AB Neumann driver nätsidan med hjälp av egna servrar.¹ All interaktion mellan användare och AB Neumann sker med AB Neumanns servrar och användarnas datorer som klienter.² Information om interaktionerna sparas.³ Användare kan även registrera sig på hemsidan och lämnar i samband med registrering ytterligare information till AB Neumann. Exempel på information som lämnas vid registrering är användarens adress, kön och ålder. Användare behöver inte betala för att registrera sig.

Via hemsidan förmedlar AB Neumann köp av böcker mellan köpare och säljare. Majoriteten av transaktionerna på marknadsplatsen sker mellan konsumenter och näringsidkare. I dagsläget är marknaden geografiskt begränsad till Västra Sverige. Kärnan i AB Neumanns verksamhetsidé är att minska transaktionskostnaderna för köpare och säljare.

För att minska transaktionskostnaderna för köpare har AB Neumann utformat hemsidan på ett sätt som gör det enkelt att hitta och jämföra produkter.⁴ AB Neumann har även utvecklat ett system som rekommenderar produkter till användarna baserat på deras aktivitet.⁵

För att minska transaktionskostnaderna för säljare hanterar AB Neumann betalningar och leveranser. Dessutom bidrar AB Neumanns plattform till att göra det enklare för säljarna att hitta kunder. En anledning är att AB Neumann har ett etablerat varumärke som konsumenter känner till. Säljare på plattformen drar nytta av detta när de marknadsför produkter genom AB Neumann. En annan anledning är att AB Neumann även tillhandahåller möjligheter för säljare att rikta betalda annonser till särskilda användare.⁶

En säljare som vill sälja varor på marknadsplatsen måste ingå ett särskilt avtal med AB Neumann. Avtalen förhandlas individuellt och AB Neumann är ganska selektiv i urvalet av säljare. AB Neumann ser selektiviteten som viktig för att upprätthålla deras användares förtroende. En av säljarna som har ett avtal med AB Neumann om användning av plattformen är företaget Torvalls AB.

¹ Detta kan antas vara en tjänst som i verkligheten ofta köpas in från en extern leverantör, jfr Laudon & Traver, 2018, s. 111 ff.

² Om klient-server-modellen se Laudon & Traver, 2018, s. 109 ff.

³ Jfr Laudon & Traver, 2018, s. 432 ff. Se även Kitchin 2014, s. 92 f., SOU 2018:1 s. 48 ff., Strong, 2015, s. 93 ff. och s. 99.

⁴ Strong, 2015, s. 183.

⁵ Jfr Laudon & Traver, 2018, s. 327 f.

⁶ Om anpassning av marknadsföring, se Strong, 2015, s. 80 och Laudon & Traver, 2018, s. 418 ff.

1.2 Avtalet mellan AB Neumann och Torvalls AB reglerar information

Modellen kan medföra svårigheter för Torvalls AB. För köpare kan utbudet framstå som överväldigande. För Torvalls AB kan det bli svårt att skilja sig från andra konkurrerande säljare.⁷ En strategi för att skilja sig från andra är att använda annonser som på olika sätt riktas till individer och segment.⁸

För att Torvalls AB ska kunna rikta annonser behöver företaget kunskap om potentiella kunder.⁹ Sådan kunskap kan Torvalls AB få genom att analysera information företaget får från AB Neumann och andra källor.¹⁰

Därför är AB Neumann skyldig att löpande tillhandahålla Torvalls AB information. Den relevanta informationen handlar om att användare navigerar in på Torvalls AB:s annonser. Torvalls AB får information om hur länge en användare stannar på samma sida och vid vilka tider användare navigerar. Torvalls AB får information om när en användare lägger en av bolagets varor i ”varukorgen” även i de fall användaren inte slutför köpet. Torvalls AB får IP-adressen till den dator som skickar förfrågningarna. Om registrerade användare navigerar får säljaren information om användarens adress, kön och ålder.¹¹

Tekniskt går delningen till på så sätt att information om interaktionerna sparas i filer. En kopia av filerna delas automatiskt med Torvalls AB via nätet. För att spara kostnader bearbetar eller strukturerar inte Neumann AB informationen innan kopiorna delas. Det AB Neumann gör är det minimala som ska till för att informationen ska vara läsbar av människor.¹² Ett resultat av detta är att AB Neumann inte åtnjuter katalogskydd.¹³

Informationen är hemlig. Torvalls AB får inte dela informationen med tredje man. Enligt avtalet får Torvalls AB använda informationen i syfte att förbättra egen marknadsföring och i företagets produkt- och sortimentsutveckling. Bland annat får Torvalls AB strukturera informationen, sammanställa den med annan information och analysera den. Resultatet av analyser som bygger på information från Neumann AB får dock inte delas med tredje man.

Att AB Neumann delar information på nu angivet sätt gör deras tjänst mer attraktiv för Torvalls AB. Därför är företaget också villiga att betala ett något högre pris för att utnyttja AB Neumanns plattform.

⁷ Strong, 2015, s. 80.

⁸ Strong, 2015, s. 80. Se även a.a. s. 4, Laudon & Traver, 2018, s. 362 och FTC 2014, s. 19 ff.

⁹ Strong, 2015, s. 4 och 98. I praktiken föregår annonsering på nätet ofta i samarbete mellan olika specialiserade aktörer, jfr FTC 2014 s. 26 ff. och SOU 2018:1 kapitel 2.

¹⁰ Om olika källor, se SOU 2018:1 s. 41 ff. och FTC 2014 s. 11 ff. Om värdet av att kombinera olika information, se Strong, s. 93 ff. Om segmentering, jfr Strong, 2015, s. 99 ff. och FTC 2014 s. 19 ff.

¹¹ Användaren delar informationen med AB Neumann i samband med registrering, se avsnitt 1.1.

¹² Med detta menas att informationen exempelvis inte enbart uttrycks i rena binära eller hexadecimala siffror, utan representeras av text. Det betyder inte att vem som helst kan förstå informationen.

¹³ 49 § URL.

AB Neumann kan häva avtalet med omedelbar verkan om Torvalls AB begår ett avtalsbrott som är av väsentlig betydelse för Neumann AB. Ett av exemplen som anges vara avtalsbrott av väsentlig betydelse är att Torvalls AB delar hemlig information med tredje man. Avtalet föreskriver även att parterna får häva vid motpartens obestånd.¹⁴ En verkan av hävning är att Torvalls AB nekas möjlighet att utforma nya annonser och att befintliga annonser tas bort. Innestående beställningar fullförs. AB Neumann avbryter vid hävning informationsflödet till Torvalls AB.

1.3 Torvalls AB försätts i konkurs

Torvalls AB får ekonomiska problem. Bolaget försätts i konkurs. Konkursförvaltaren önskar att sälja verksamheten i sin helhet. Förvaltarens bedömning är att verksamheten har förutsättningar för att vara lönsam på sikt, men att den tidigare ledningen har misslyckats. På grund av ägarnas begränsade tillgång till kapital menar förvaltaren att det högsta priset kan uppnås om verksamheten överlåts till en extern köpare.

Det finns några olika intressenter på marknaden. Konkursförvaltaren bedömer att det finns goda utsikter att åstadkomma en snabb försäljning om verksamheten kan hållas ihop.

AB Neumann är inte så nöjda med situationen. Framförallt är inte tanken på att verksamheten ska överlåtas till nya ägare som särskilt attraktiv. Torvalls AB har i några år fått information om hur användare betar sig i fråga om deras annonser på AB Neumanns hemsida. AB Neumann menar att de har haft god kontroll på informationen innan, dels tack vare avtalet, dels genom att de litar på de näringsidkare de väljer att ingå avtal med. AB Neumann önskar inte att uppge denna form för kontroll över informationen, och fruktar att den kan hamna på avvägar om den ingår i överlåtelsen av verksamheten.

Eftersom Torvalls AB:s konkursbo önskar använda informationen för att maximera utdelningen till borgenärerna och AB Neumann önskar hindra konkursboet från att göra detta föreligger en konflikt mellan Torvalls AB:s konkursbo och AB Neumann. Hur ska denna konflikt lösas?

¹⁴ Ipsa facto-klausulers rättsliga verkan är inte ett tema i denna uppsats.

2 Syfte och metod

2.1 Syfte

Syftet med uppsatsen är att diskutera en intressekonflikt mellan företagshemlighetsinnehavares och deras affärsförbindelsers borgenärer när en affärsförbindelse försätts i konkurs och att presentera ett exempel på hur en avvägning kan göras.

En ambition är att presentera en mångsidig och öppen argumentation. Vidare är det en ambition att den tillämpade metodiska inställningen ska vara ägnad att främja syftet. Härigenom ska läsaren ges goda förutsättningar att bilda sig en egen uppfattning.

Jag förtydligar att det inte är min ambition att presentera slutgiltiga svar på frågan om vad som är gällande rätt eller ge tydliga normativa instruktioner om hur en domare ska döma. Konflikten som diskuteras är ett verktyg för att diskutera den överordnade problematiken på ett konkret sätt. Det kan vara ett steg på vägen mot ökad förståelse för problematiken. Det är heller inte min ambition att uppsatsen ska vara till någon praktisk nytta.

Den primära målgrupp jag har föreställt mig är examinator. Jag har föreställt mig att uppsatsförfattaren har en särskild roll till vilken det ställs särskilda krav.

Kunskapsintresset som har motiverat mitt syftesval är tredelat. Den ena delen är att jag är intresserad av informationsteknologi, den andra delen är att jag är intresserad av tredjemanskonflikter av olika slag, den tredje delen är att jag är intresserad av det som händer när olika system som inte är anpassade till varandra kolliderar. Förutom mitt kunskapsintresse motiveras valet av att ämnesområdet framstår som styvmoderligt behandlat.¹⁵

2.2 Metod

2.2.1 Om mina grundläggande val

Jag har valt att göra en analys med juridisk inriktning. Den ska samtidigt ligga inom ramen för mitt kunskapsintresse. För att genomföra analysen har jag föreställt mig en relevant hypotetisk konfliktsituation. Relevansbedömningen har påverkat situationens utformning. För att kunna föreställa mig en situation har jag studerat litteratur om bland annat marknadsföring och e-handel.

¹⁵ Persson, Levin & Wolk, 2002, Andreasson, 2010, Martinson, 2010 är exempel, jfr Lindskogs särskilda yttrande i NJA 2009 s. 695.

Jag har gjort antaganden om vilka grundläggande intressen de involverade har. Antagandena har använts för att konstruera tänkbara rättsliga anspråk de kan framställa gentemot varandra. Särskilt fokus har ägnats åt tänkbara anspråk som AB Neumann kan framställa mot konkursboet i syfte att maximera AB Neumanns kontroll över viss information. AB Neumann ska här fungera som företrädare för innehavare av företagshemligheter i allmänhet. Därför har jag antagit att även andra innehavare har samma intresse.

Innehavares intresse av kontroll över information har förutsatts vara viktigt. Det är en anledning till att jag har undersökt om och i vilken mån det kan tillgodoses. Ett annat intresse som kan nämnas är intresset att Sverige tillhandahåller en utslagsmekanism för misslyckade affärsprojekt. Tanken är att det frigör kapital som kan fördelas till andra. Ett besläktat intresse är att kunna köpa resurser som finns i konkursbon utan att andra förhindrar det. Om man ser de senare intressena som viktigare än jag gör vill det framstå som en självklarhet att kontrollintresset inte ska tillgodoses i konflikt med borgenärerna. Den grundvärdering jag har utgått från är inte självklar och kan diskuteras.

Prioriteringen av kontrollintresset har påverkat mina uppfattningar om vad som är relevanta problem och vilka argument som bör presenteras. Den har fungerat som en urvalsmekanism. Dessutom har jag valt att ge ett förslag på en rättslig lösning av konflikten. Förslaget ska inte ses som en prognos för hur en domare skulle agera. Förslaget har jag sökt att efter bästa förmåga motivera sakligt.

Jag har däremot inte kunnat göra bedömningen att lösningen följer av rättskällor eller någon annan lära. Jag har genomgående använt vad jag ser som egna bedömningar. De kan inte frikopplas från mig som författare och bedömare. Därmed säger jag inte att argumentationen godtyckligt har utformats utan hänsyn till det juridiska sammanhanget. För att förhålla mig till detta har jag utvecklat ett förhållningssätt. Jag har reflekterat och studerat ett antal artiklar om metodfrågor. Alla artiklar har bidragit till min inställning, även om inte allas bidrag motiverar konkreta hänvisningar i texten.¹⁶

Förhållningssättet jag har stannat för är svårt att fastställa och beskriva i text. Jag har inte velat ansluta mig till någon bestämd skola, så långt har jag inte kommit i min reflektion. Vissa kännetecken kan jag ange. Jag har sett rätten som en social process där olika människor i en gemenskap samverkar. Människorna i gemenskapen har jag föreställt mig främst vara jurister, men en så skarp avgränsning kan sannolikt inte upprätthållas i verkligheten. Förenklingen syftar till att underlätta målgruppsanpassning. Samverkan sker främst genom att juristerna kommunicerar med varandra på olika sätt. Socialisering gör att det bildas en gemensam värdegrund och ideologi. Den gemensamma värdegrunden och ideologin gör att jurister har en någorlunda gemensam uppfattning om hur konkreta problem ska lösas. Oenighet och osäkerhet är dock inte ovanligt.

¹⁶ Jag anger artiklarna i slutet av uppsatsen, se avsnitt 11.

Deltagarna deltar i olika roller som förknippas med olika förväntningar. Jag har deltagit i processen som uppsatsförfattare, vilket är en särskild roll. I denna roll har jag känt ett ansvar för att presentera en ärlig och tydlig argumentation. Jag har förutsatt att Sveriges konkurrenskraft är ett viktigt värde, och att dettas tillgodoseende ställer krav på en balanserad gränsdragning mellan borgenärernas och innehavares intresse av kontroll.¹⁷ Jag har orienterat mig efter vad jag ser som ett konkret problem. Perspektivet har i någon mån varit framåtblickande. Detta för att det angivna värdet ska kunna främjas i framtiden. Jag har ägnat särskilt stort fokus åt konsekvenser. Jag har föreställt mig att normer som lagtext, förarbeten, rättspraxis och vad forskare har skrivit ska beaktas vid argumentation som en uppsatsförfattare presenterar. Men samtidigt har jag föreställt mig att uppsatsförfattaren inte bara kan men bör förhålla sig kritiskt och självständigt till dessa normer. I vilken grad man bör vara kritisk och självständig beror på uppsatsens syfte. Jag har valt en relativt kritisk och självständig inställning. I vilken grad jag är kritisk och självständig i förhållande till andra har jag dock haft svårt att bedöma med någon vidare exakthet.

Att beteckna mitt perspektiv som ett förhållningssätt är ett medvetet val. Jag har inte kunnat förankra det i något starkt teoretiskt fundament. Det kan även beskrivas som en viss tendens, lutning eller attityd.¹⁸ I det följande kommer en mer konkret beskrivning av hur jag har argumenterat.

2.2.2 Närmare om hur jag har analyserat problemet och disponerat argumenten

Jag har eftersträvat att presentera en öppen argumentation där det juridiska sammanhanget beaktas. Dispositionen bygger på principen att olika infallsvinklar behandlas för sig. En strikt uppdelning i olika infallsvinklar har inte alltid varit lika lätt att upprätthålla. Förhoppningen är att det ändå underlättar läsningen.

Avsnitt 3 och 4 fyller funktionerna att ge en inledning till och beskriva grunden för argumentationen som helhet. I avsnitt 3 har jag fokuserat på det juridiska sammanhanget, i avsnitt 4 på föreställningar om verkligheten.

¹⁷ Jag vill förtydliga att den allmänna gränsdragningen i sig inte är undersöks. Snarare undersöks vad en balans i ett konkret fall skulle kunna vara. Denna förutsätter en värdering av intressena på ett mer abstrakt plan. Andra förutsättningar är möjliga, exempelvis att borgenärernas intresse alltid ska tillgodoses. Utan att göra anspråk på att förstå Lundstedts kritik mot annan rättsvetenskap, hans metod eller diskussionen med Ross verkar mitt beaktande av främjande av målsättningar likna Lundstedts samhällsnytteprincip, se Lundstedt, SvJT 1932 s. 537 på s. 538 f. Billighetssynpunkter har sannolikt större plats hos mig än hos Lundstedt, om jag förstår honom rätt, jfr SvJT 1924 s. 241 på s. 251 med not 1, s. 258 f. Möjligtvis kan något liknande sägas om Ekelöf, jfr Kleineman, JT 2018/19 s. 23 på s. 37. Nyanserat om svårigheter med ändamålsmetoder, Hult, SvJT 1952 s. 579.

¹⁸ Jag menar mig kunna skönja liknande tendenser i vissa andra författares texter. Se Petrusson, SvJT 2002 s. 217; Claes Martinson 2018, se avsnitt 4.2, 4.3 och 4.4 jfr Mellqvists recension i SvJT 2019 s. 979, Claes Martinson, TFR 03-04/2019 art 1; Graver, TFR 03-04/2000 art 2, TFR 04/2007 art 1, TFR 02/2011 art 3, TFR 02/2008; Dalberg-Larsen, TFR, 04-05/2006 art 6, TFR 04-05/2009 art 10, TFR 05/2011 art 5; Blandhol, TFR 03/2004 art 3, Kritisk juss 03/2020 art 2, TFR 04-05/2005 art 2, TFR 01-02/2004 art 1. Delar av Bjarups kritik mot Ross är sannolikt relevanta även mot min inställning, Bjarup, TFR 05/2007 art 8.

I avsnitt 3 har jag strukturerat LFH. Jag har även pekat på det rekvisit jag ser som centralt för uppsatsen. Hur direktivet har införlivats är centralt för strukturen jag har valt. Den stödjer sig däremot inte på praxis eller uttalanden i litteraturen. Strukturen har begränsad självständig betydelse för lösningen av konflikten. Den är primärt ett verktyg som har underlättat presentation av skälen för mitt lösningsförslag.

I avsnitt 4 har jag identifierat och diskuterat mål med aktuella regelkomplex, de olika intressen som gör sig gällande i konflikten och konkurrensrelationen mellan AB Neumann och konkursboet. Ledningen för mål med LFH har sökts i förarbetena och direktivet. Mål med konkurs har behandlats kortfattat. Det finns olika sätt att se på målen och jag har gjort en relevansbedömning avseende båda komplexen. Intressena och konkurrensrelationen har diskuterats utifrån antaganden om vilka grundläggande intressen de inblandade har, hur de kan antas agera och hur den enas agerande kan antas påverka den andra.

I avsnitten 5 till 7 har jag diskuterat konsekvenser av olika slag och byggt vidare på de inledande observationer som har gjorts i avsnitt 4. Detta är argumentationens kärna. Medan jag i avsnitten 5 och 6 har fokuserat på konsekvenser för de direkt inblandade har jag i avsnitt 7 fokuserat på konsekvenser för marknadsaktörer på mer allmän nivå. Samtliga bygger, förutom på det som har diskuterats i avsnitt 4, på ytterligare antaganden om verklighetens beskaffenhet och förekomsten av olika orsakssamband.

I avsnitt 5 har jag fokuserat på sätten konkursboet kan ha nytta av att konkurrera med informationen och några andra negativa konsekvenser för AB Neumann. Avsnittet bör läsas i ljuset av konkurrensrelationen. I avsnitt 6 har jag fokuserat på olika påföljder och hur ett förbud kan påverka konkursbehandlingen. I avsnitt 7 har jag fokuserat på hur två olika aktörer kan påverkas av reglering, dels kreditgivare och dels innehavare av företagshemligheter.

Därefter följer ett avsnitt 8 om olika sätt att se på rättvisan med olika prioriteringar. Avsnittet bygger på antaganden som har gjorts tidigare, men bygger även på värderingar. Perspektivet som har fått mest utrymme är vems investering det verkar mest rättvist att skydda. Till följd av egen preferens har jag undvikit att hänvisa till allmän rättskänsla eller dylikt. Det är mina tankar om hur de involverades icke-rättsliga positioner kan värderas.

I ett avslutande avsnitt 9 har jag sammanfattat och sammanvägt olika argument som har tagits upp tidigare. Jag har gjort ett urval av argument och påståenden. Beskrivningen av argumenten är översiktlig. Tanken är att det ska göra presentationen begriplig. I delen beskrivs också subsumtionen jag har landat i. Jag har efter bästa förmåga värderat argumentens styrka. Avsnittet är en av anledningarna till att jag har valt att presentera ett lösningsförslag. Jag har därmed kunnat ge ett exempel på hur en sådan sammanvägning kan göras. Slutligen har jag beskrivit min slutsats.

2.2.3 Om metodproblem och metodens lämplighet

Jag har valt att se innehavares intresse av kontroll över information som viktigt, även i relation till borgenärerna. Det är inte det enda möjliga sättet att se det på. Man kan lika gärna se det som önskvärt från samhällssynpunkt att borgenärernas intressen vid konkurser alltid prioriteras före innehavare. Det kan vara önskvärt även från innehavarsynpunkt. Sådana grundinställningar kan ha goda skäl för sig. Trots detta har jag valt bort dem.

Min grundsyn har valts för att den möjliggör en undersökning med uppsatsens syfte. Med alternativa grundsyn blir syftet och frågeställningen föga värt att utreda. Det är i sådant fall inget problem att information har fått ökad betydelse och att innehavarintressen därför kan tänkas ställa högre krav på kontroll. Det ska i vilket fall inte upprätthållas rättsligt. Även om grundsynen inte har varit en huvudfråga i uppsatsen tror jag argumentationen som presenteras kan bidra med perspektiv till en sådan diskussion.

Anledningen till valet är också nära sammanknippad med verklighetens och rättsområdenas komplexitet. Komplexiteten består i att det är många olika aktörer som är involverade och att samhällsutvecklingen håller ett högt tempo. Det kan vara många olika intressen involverade. Alla dessa kan göra anspråk på att rättsordningen ska tillgodose deras krav. Från ett rättsligt perspektiv blir det därmed många att ta hänsyn till. Samtidigt finns det överlappande regelkomplex, som alla bygger på olika perspektiv och grunder. Obeståndsrätten och immaterialrätten är bra exempel, men även sakrätten, personuppgiftsrätten, avtalsrätten och konkurrensbegränsningsrätten kan vara aktuella utgångspunkter. Därtill kommer min uppfattning att problematikens rättsliga behandling är osäker och präglas av att vara ett område för utveckling och dynamik snarare än vad man grovt kan kalla ”säker rätt”. Mot denna bakgrund har jag inte sett det som möjligt att inom ramen för en studentuppsats genomföra en undersökning med anspråk på fullständighet i behandlingen av frågorna. I en ideell värld skulle det vara önskvärt, men arbeteekonomiargumentet har vägt tungt. Dessutom skulle tvärvetenskapliga projekt vara tänkbara sätt att ge problematiken en djupare belysning. Inte heller det har varit möjligt att göra här.

Men om man väljer att se uppsatsen som ett steg på vägen mot utökad kunskap menar jag det valda perspektivet är adekvat för sin uppgift. Det kan också göra det möjligt att identifiera områden som behöver undersökas ytterligare eller identifiera villospår.

Några förhållanden i min argumentation är utifrån vissa perspektiv problematiska. För det första har jag använt en aktiv författarröst i presentationen. För det andra har jag i hög utsträckning uttryckligen använt antaganden, vilkas riktighet kan vara osäkra. För det tredje har jag uttryckligen använt värderingar.

Det är en risk att de valda greppen ger intryck av en långtgående subjektivitet och undergräver förtroendet jag åtnjuter hos läsaren. En effekt kan bli att resonemangen blir mindre övertygande. Anledningen till att jag ändå valt att presentera resonemangen på detta sätt är att jag menar det primärt är en framställningsteknisk fråga. Uppsatsförfattarens aktiva

roll, antaganden om verkligheten och orsakssamband samt värderingar är relevanta för bedömningarna oavsett om de presenteras eller inte. Eftersom jag ska ge läsaren goda förutsättningar att bilda sig en egen uppfattning, har jag sett det som fördelaktigt att jag presenterar dessa i stället för att ge resonemangen ett sken av objektivitet som de inte har. Jag är medveten om att det kan finnas olika uppfattningar om de frågor jag här tar upp. De är troligtvis nära förknippade med grundläggande syn på "rätten" och jag är något tveksam till att de kan överbryggas. Förhoppningsvis ger mina förklaringar av min syn en bra utgångspunkt för att identifiera de konkreta punkterna för oenighet.

En ytterligare utmaning är att det inte har varit möjligt att systematiskt undersöka hur konsekvenserna skulle variera om olika rättsföljder valdes. Detta ser jag som en svaghet. Den analys som presenteras kan vara en bra utgångspunkt för en djupare analys av olika rättsföljder. Men det har inom ramen för utsatt tid inte varit genomförbart.

Därmed har jag angivit att min uppsats inte är utan metodiska problem. Likväl menar jag metoden har underlättat genomförandet av en undersökning som bygger på mitt kunskapsintresse. Dessutom har jag med metoden kunnat bidra med kunskap, även om jag inte har kunnat ge någon heltäckande beskrivning av problemen eller fastställa ett slutligt svar på frågan. Jag har relaterat till de utmaningar som Kellgren nyligen har beskrivit i en artikel i Skattenytt, och har haft liknande skäl för att trots problemen genomföra undersökningen på det sätt jag har valt.¹⁹

2.3 Avgränsningar

Innan analysen presenteras ska några ytterligare avgränsningar och vissa utgångspunkter som kommenteras. Dessa har inte varit enkla att på ett naturligt sätt presentera i övriga metodavsnitt, och de följande styckena har således fått en något spretig karaktär.

I avsnittet om konflikten har jag ställt frågan om AB Neumann kan utöva någon kontroll över konkursboet. I undersökningen har jag avgränsat frågan ytterligare. Frågan har därmed blivit om AB Neumann med hjälp av företagshemlighetslagen kan utöva någon kontroll över konkursboet.

Den traditionella uppfattningen verkar vara att företagshemligheter inte har sakrättsligt skydd. Därmed krävs i princip en avtalsrelation med ett konkursbo för att anspråk kan riktas mot boet. I avsaknad av avtalsrelation finns ingen grund för anspråk mot boet.²⁰ Till stöd för

¹⁹ Kellgren, Skattenytt 2020 s. 812.

²⁰ Tydligt uttryck för detta ger möjligen Wainikka, 2002, se s. 248 ff. och s. 259. Jfr om anställda efter konkurs i Falu tingsrätt dom 2020-03-26 i mål nr T 2921–18. På s. 27–29 verkar tingsrätten laborera med sekretessavtal till förmån för tredje man. Jag kommer inte diskutera om ansvaret enligt gäldenärens avtal kan sträckas till konkursboet i denna undersökning. För liknande tankar som Wainikka, se Lindskogs särskilda yttrande i NJA 2009 s. 695. För en kritisk inställning, se Andreasson, 2010, s. 264 ff. För en något annorlunda ansats, se Fahlbeck, 2019, s. 284 ff. med not 34. Se även Runesson, 2014, s. 34 ff.

denna syn talar även uttalanden i förarbetena och utformningen av innehavarbegreppet.²¹ Jag har haft en annan ansats i min undersökning. Jag har inte diskuterat om företagshemligheter är egendom, en rättighet, har sakrättslig eller obligationsrättslig verkan eller någon annan liknande fråga.

Konkurrensbegränsningsrätten har inte behandlats i uppsatsen. Inte heller har frågor om AB Neumanns eventuella stoppningsrätt tagits upp till behandling. Detsamma kan sägas om frågor om konkursens verkan på avtalet eller frågor om konkursboets eventuella inträdesrätt.²² Jag har utgått från att avtalet upphör automatiskt och att någon inträdesrätt för konkursboet inte föreligger.²³ Frågorna är komplicerade och det krävs en utförlig analys för att kunna ta ställning.²⁴ Det är den delen av relationen mellan AB Neumann och Torvall AB:s konkursbo som inte är kontraktsrättslig som har varit av intresse i detta sammanhang.

I avsnitt 3.1.3 nämns att direktivet använder begreppet god affärssed. Detta är ett unionsrättsligt begrepp och kan förmodas bli föremål för tolkning av EU-domstolen.²⁵ Jag har inte tagit ställning till om en svensk domstol ska begära ett förhandsavgörande om en tvist skulle uppkomma.²⁶ Rättslikhet i unionen är ett eftersträvansvärt mål som inte har kunnat beaktas här. Det skulle kräva komparativa analyser som jag inte har kunnat göra. Därför har det avgränsats bort. Jag vill dock peka på att aspekten är viktig, särskilt mot bakgrund av att inte alla länder inom EU nödvändigtvis ser på konkursbon som särskilda rättssubjekt. Olikheterna i sakrätt med mera kan medföra risk för att olika tolkningar förekommer inom unionen.

Dessutom vill jag förtydliga att relationen mellan AB Neumann och en eventuell köpare inte har varit föremål för behandling. Med det sagt har det ibland varit svårt att upprätthålla den strikta gränsen mellan relationerna. Svårigheterna har påtalats i anslutning till att de har blivit påträngande.

Det kan diskuteras i vilken mån informationsbehandling som beskrivs i denna uppsats i alla delar är förenlig med dataskyddsförordningen. Frågor om detta har inte behandlats i uppsatsen. Utifrån det valda perspektivet har integritetsskydd och konsumentskydd över huvud taget varit av mindre intresse i relationen jag har behandlat.

En annan utgångspunkt är att det har antagits att konkursen inte medför att företagshemligheter förlorar sitt skydd enligt LFH.²⁷ Konkursen har antagits inte innebära att

²¹ Skäl 16 Direktivet, se även SOU 2017:45 s. 80 f., 141 f., 229 och s. 396. Se även prop. 2017/18:200 s. 19 och 39. Fahlbeck har uppmärksammat detta men inte diskuterat det närmare, Fahlbeck, 2019, s. 158 f. och s. 359. Anledningarna till EU:s grepp står i Konsekvensutredningen, s. 44 med not 168 och s. 245 f. Vad innebörden skulle vara kan diskuteras. Jag har inte sett någon diskussion av en liknande situation som den jag kommer behandla. Därför tar jag inte särskilt hänsyn till dessa uttalanden. Jfr även Fahlbeck, 2019, s. 25.

²² En utförlig undersökning av avtal i samband med konkurs har gjorts av Mikael Möller i Möller, 1988.

²³ Jfr 27 § HaL och 36 § KomL.

²⁴ Om konkurskontraktsrätt, se främst Möller, 1988.

²⁵ Så även SOU 2017:45 s. 85.

²⁶ Artikel 267 FEUF.

²⁷ Jfr Fahlbeck, 2019, s. 405.

AB Neumann inte anses ha vidtagit rimliga åtgärder för hemlighållande eller att hemligheten har offentliggjorts.

I mitten på november publicerade konkurrensverket en rapport om vad de kallar dataekonomier. Enligt beskrivningen behandlar den samma verklighet som är tema för min undersökning. På grund av publiceringsdatumet 2020-11-12 har den inte använts i uppsatsen.²⁸ Konkurrensverket genomför för närvarande en sektorsundersökning av digitala plattformar, som förväntas vara klar under första kvartalet 2021.

²⁸ Konkurrensverket uppdragsforskning 2020:4.

3 Företagshemlighetslagen

3.1 Företagshemlighetslagen bygger på ett EU-direktiv

Skyddet för företagshemligheter regleras i svensk rätt enligt lag (2018:558) om företagshemligheter (LFH). Lagen ersatte lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter och genomför Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs (direktivet).

Vid genomförandet av direktivet önskades att den nya lagen i hög utsträckning skulle bygga på den äldre lagens systematik och terminologi.²⁹ Tekniken har medfört att LFH:s struktur avviker från direktivets struktur.³⁰ Avvikelsen får betydelse för tillämpningen av LFH.

3.2 Företagshemlighetslagens struktur avviker från direktivets

Artikel 3 och artikel 4 i direktivet behandlar vad som är ett lagligt respektive olagligt anskaffande, utnyttjande och röjande. Om ett visst agerande är olagligt enligt artikel 4 i direktivet, ska det ändå inte dömas till påföljd om något av undantagen i artikel 5 är tillämpliga. Denna grundläggande struktur återfinns inte direkt i den svenska lagen.

Den svenska lagen bygger istället på en definition av angrepp i 3 § LFH och en obehörighetsregel i 4 § LFH. I den svenska lagen finns det därför ingen bestämmelse som uttryckligen föreskriver vilka anskaffanden, utnyttjanden och röjanden som är lagliga på det sätt som artikel 3 i direktivet gör. Artikel 3 införlivas i stället genom angreppsdefinitionens utformning och obehörighetsbegreppets bestämning.³¹

Enligt artikel 3.1 d och artikel 4.2 b i direktivet ska anskaffanden anses som lagliga om anskaffandet sker i överensstämmelse med god affärssed och olagliga om det sker i strid med god affärssed. I denna del genomförs direktivet i första hand genom 4 § LFH. Sett tillsammans med utvidgningen av angreppsdefinitionen i 3 § innebär detta att 4 § LFH har fått större betydelse som avgränsning av LFH:s tillämpningsområde.³²

Enligt min mening bör detta innebära att angreppsdefinitionen i 3 § ges en vidsträckt innebörd i förevarande fall. Till konkursboet räknas egendom som tillhör gäldenären.³³ När Torvalls AB lagrar informationen på egna datorer räknas datorerna till konkursboet. Konkursboet får

²⁹ Prop. 2017/18:200 s. 23 se även SOU 2017:45 s. 57.

³⁰ Vilket påpekades av Svea hovrätt vid remissen, se prop. 2017/18:200 s. 23. Om avvikelsen är motiverad eller ej tar dock inte jag ställning till.

³¹ 4 § LFH.

³² Prop. 2017/18:200 s. 146.

³³ 3 kap. 3 § konkurslagen.

tillgång till informationen. Är det ett anskaffande enligt 3 § LFH? Ja, men inte för att det följer tydligt av bestämmelsens ordalydelse. Man kan ifrågasätta om det språkligt sett är ett anskaffande. Med min tolkning blir inte en närmare analys av den språkliga innebörden nödvändig. Bör konkursboet vara fri från kontroll, ska anskaffandet anses behörigt enligt 4 § LFH.

Tolkningen har flera fördelar. Risken att språkliga tillfälligheter styr resultatet av tillämpningen minskar. Detsamma kan sägas om konkursboets rättssubjektivitet. De sakliga skäl som motiverar en viss tillämpning kan lyftas fram på ett tydligare och enklare sätt.³⁴

En möjlig nackdel är att det kan bli svårare att utläsa från lagtexten i vilka fall ett visst agerande strider mot lagen. För egen del kan jag ändå inte se hur rekvisit som ”god affärssed” och ”obehörighet” kan förstås genom att enbart läsa lagtext. Även om ledning kan sökas i sedvana och kan antas sällan vara tillräckligt för att ta ställning till ett konkret fall. Det finns ett utrymme för tillämparens skön som kommer på bekostnad av strikt språklig förutsebarhet. Lagstiftningsmaskineriet kan antas ha accepterat denna potentiella nackdel för förutsebarheten. Det kan vidare ifrågasättas om utfallet av ingående begreppsanalyser är särskilt förutsebara. Det är en annan sak att det kan utvecklas en utbredd enighet om huruvida vissa typageranden bör ses som stridande mot god affärssed eller obehöriga.

Jag menar fördelarna med min tolkning och struktur överväger nackdelarna. Därmed inte sagt att det är lätt att ta ställning till om ett angrepp från konkursboet är obehörigt. Resten av uppsatsen kommer söka konstruera ett svar på den frågan.

3.3 Obehörighet är ett ord utan innehåll

LFH definierar inte obehörigt angrepp. 4 § andra stycket förtydligar att vissa ageranden aldrig är obehöriga angrepp. De angivna agerandena är bara exempel på behöriga angrepp.³⁵

I propositionen utvecklas vad som ska avses med behöriga och obehöriga angrepp.³⁶ En diskussion av en situation som den föreliggande har inte hittats.³⁷ En i propositionen diskuterad situation som i vissa avseenden kan likna den föreliggande är den att en person genom en mer tillfällig observation eller annat påträffande kommer över en företagshemlighet utan skyldighet att begränsa sitt agerande. Mottagaren har i båda fallen inte agerat på ett visst sätt för att få informationen, utan informationen kommer till mottagarens kännedom när mottagaren bedriver sin normala verksamhet. Om detta skulle inträffa, samtidigt som innehavaren har vidtagit rimliga åtgärder för hemlighållande, ska angreppet ses som behörigt.³⁸ Det är ett argument för att konkursboets angrepp ska ses som behörigt.

³⁴ Jfr Andreasson 2010 s. 265 f. med not 591.

³⁵ Prop. 2017/18:200 s. 148.

³⁶ Prop. 2017/18:200 s. 146 ff.

³⁷ Se även Fahlbeck, 2019, s. 25.

³⁸ Prop. 2017/18:200 s. 146 f.

I direktivet användas begreppet god affärssed.³⁹ God affärssed definieras inte i direktivtexten.⁴⁰ Utredningen påpekade att det finns risk för avvikande tolkningar inom unionen. Därför kommer sannolikt EU-domstolen behöva tolka begreppet.⁴¹ Några avgöranden om tolkningen av god affärssed enligt dessa bestämmelser har inte identifierats.⁴² Frågan får avgöras utan sådan ledning.⁴³

Jag har inte heller kunnat identifiera mycket ledning i svenska källor. Direkt relevant praxis från svenska domstolar har inte identifierats.⁴⁴ En uppfattning som har presenterats är att ett licensgivares konkursbos möjligheter att ingripa mot en licenstagare beror på om konkursboet kan inträda i avtalet eller inte.⁴⁵ Det har också uttalats att företagshemligheter torde sakna sakrättsligt skydd.⁴⁶ En annan författare har varit mer tveksam i en situation där information har pantsatts och pantsättaren försätts i konkurs.⁴⁷ Det har efterfrågats initiativ för att göra det underlätta användningen av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Ansatsen skiljer sig från min, eftersom jag söker ta ställning till en konflikt utifrån föreliggande omständigheter.⁴⁸

Av denna inledande undersökning framgår inte annat än att det inte finns särskilt mycket ledning för besvarande av frågan som har uppställts.

³⁹ Artikel 3.1 d och 4.2 b.

⁴⁰ Jfr artikel 2 direktivet.

⁴¹ SOU 2017:45 s. 85.

⁴² Genom sökningar i eur-lex har bara en begäran om förhandsavgörande identifierats. Begärandet innehåller en rad upphandlingsfrågor. Några av dem handlar om utlämning av företagshemligheter till en klagande. Se Ecoservice m.fl. mål C-927/19.

⁴³ Det är en annan sak att en domstol skulle kunna inhämta ett förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF.

⁴⁴ Jag har gjort en rad sökningar i JUNO och Infotorg juridik efter praxis innehållande ord som företagshemlighet och konkurs. En del domar kan hittas. Men de avser inte en delningssituation som den jag diskuterar. Genomgången har varit ett urval med tonvikt på nyare domar. En fullständig genomgång av praxis avseende LFH och dess föregångare har inte varit möjlig att genomföra i denna uppsats.

⁴⁵ Wainikka, 2002, s. 258.

⁴⁶ Lindskogs särskilda yttrande i NJA 2009 s. 695.

⁴⁷ Andreasson, 2010, s. 264 ff.

⁴⁸ Se Andreasson, 2010, s. 331, s. 334 ff. och s. 339 ff.

4 Mål, intressen och konkurrensrelationen

4.1 Mål

4.1.1 Skydda företagshemligheter för ökad konkurrenskraft och mer innovation

Ett av målen med direktivet är att främja företagets investeringsvilja och skapa goda förutsättningar för innovation.⁴⁹ Liknande mål har även legat bakom äldre svensk lagstiftning på området.⁵⁰ Det anges att innovation i dag ofta förutsätter samverkan mellan olika aktörer.⁵¹ En tänkbar tolkning är att det här ingår en målsättning att det ska finnas förutsättningar för utbyte av information.⁵²

Från europeiskt håll tillkommer målet att särskilt skapa goda förutsättningar för gränsöverskridande innovation.⁵³ Detta mål är inte direkt relevant i förevarande situation, eftersom det är en rent nationell konflikt. Dock kan det indirekt få betydelse, på så sätt att rättslighet kan vara ett relevant intresse även i nationella situationer.

Ett annat framträdande mål med direktivet är att stärka europeiska företags konkurrenskraft och upprätthålla en sund och effektiv konkurrens.⁵⁴ Detta verkar antas vara sammanfallande med att skydda den europeiska ekonomins konkurrenskraft. Om det finns någon relevant skillnad däremellan kan diskuteras. Från svenskt håll har företagets konkurrenskraft också varit ett viktigt mål med skyddet.⁵⁵ I de svenska förarbetena anges därutöver att man anser att teknikutvecklingen och den nya ekonomin gör detta mål ännu viktigare.⁵⁶

De angivna målen står nära varandra. Två huvudsakliga mål framträder, att främja investeringar och att främja företagets konkurrenskraft.⁵⁷ Därunder är hänsyn till små och medelstora företag samt hänsyn till enhet i unionen relevanta.⁵⁸ Det är tydligt att LFH ska vara ett investeringsskydd. Skyddet åstadkommes genom att innehavaren med rättsordningens hjälp kan begränsa på vilka sätt konkurrenter får agera.

Målen kan vara relevanta i den konfliktsituation som har uppställts. Det kan antas att målen främjas om konkursboets agerande begränsas. Då skyddas AB Neumanns investering mot konkurrens från konkursboet. Detta kan antas öka konkurrenskraften på längre sikt.

⁴⁹ Se särskilt skäl 1, 2–4 och 6. se även SOU 2017:45 s. 80.

⁵⁰ Prop. 2017/18:200 s. 19 och SOU 1983:52 s. 34.

⁵¹ Skäl 3 och 8. Jfr Laudon & Traver, , 2018, s. 360 f., s. 820 ff. och s. 846 ff.

⁵² Skäl 3.

⁵³ Skäl 8 och SOU 1983:52 s. 34.

⁵⁴ Skäl 1–2, SOU 2017:45 s. 53, 56 och 80.

⁵⁵ Prop. 2017/18:200 s. 19 f.

⁵⁶ Prop. 2017/18:200 s. 20.

⁵⁷ Se även de Martinis-rapporten s. 85.

⁵⁸ Skäl 2 samt SOU 2017:45 s. 56.

4.1.2 Informationsfrihet, fri konkurrens och maximal utdelning till borgenärer

Samtidigt som direktivet ska främja de mål som angivits under 2.3.1, framgår det uttryckligen av direktivet att det inte ska påverka vissa andra intressen. Särskilt lyfts yttrandefriheten och rörligheten på arbetsmarknaden fram som intressen som inte ska begränsas.⁵⁹ I förevarande situation är det inte fråga om missförhållanden eller arbetstagares möjligheter att söka arbete. Jag menar därför att dessa motstående intressen, som ofta är relevanta i samband med tillämpning av företagshemlighetslagen, inte gör sig gällande med särskild styrka i detta fall.

Detsamma kan inte sägas om näringsfrihetens mål att främja öppen konkurrens och ett fritt flöde av information.⁶⁰ Dessa mål kan antas motverkas om företagshemligheter ges ett för långtgående skydd.⁶¹

Eftersom konflikten involverar ett konkursbo finns det anledning att beakta mål med konkursinstitutet. Konkursreglerna har en central plats i förmögenhetsrätten och har därför flera olika mål.

Ett mål är att främja en ordnad marknadsekonomi byggt på fri konkurrens. Detta bidrar lagstiftningen till främst genom att skapa tydliga spelregler på marknaden. I detta ingår målet att kommersiella aktörer i princip ska kunna beräkna hur olika transaktioner och hur deras förmögenhetspositioner påverkas av att någon hamnar på obestånd.⁶² Ett annat är att bidra till kreditförsörjningen genom att skapa trygghet för långivare.⁶³

Intresset av förutsebarhet är starkt. Detta för att långivare och kommersiella aktörer ska kunna veta hur de ska agera för att trygga sin position och bedöma sina risker. För att åstadkomma detta är det oftast en fördel av att ha tydliga regler som är enkla att tillämpa, även om resultaten i enskilda fall kan framstå som otillfredsställande.⁶⁴

När en individuell konkurs har inträffat eller är nära förestående syftar reglerna till att på ett så kostnadseffektivt och rättvist sätt som möjligt tillgodose borgenärernas intresse av maximal utdelning.⁶⁵ Intresset av effektivitet tillgodoses genom att konkursförfarandet inte tyngas av för många svårhanterliga anspråk och regler.⁶⁶ Intresset av rättvisa tillgodoses genom likhetsprincipen och att reglerna är utformade för att förhindra kapplöpning mellan borgenärerna.⁶⁷

⁵⁹ Art 1.2 och art 1.3 direktivet jfr skäl 19 och 20.

⁶⁰ Skäl 16 direktivet jfr Bernitz, 2019, s. 29 ff. och 36 f, 2 kap. 17 § RF, art 16 EU:s rättighetsstadga och art 120 funktionsfördraget, jfr Bernitz m.fl., 2017, s. 37. Se även SOU 1983:52 s. 34.

⁶¹ Jfr skäl 16 direktivet.

⁶² Mellqvist & Welamson, 2017, s. 25 f. och s. 28.

⁶³ Mellqvist & Welamson, 2017, s. 26 och s. 28.

⁶⁴ Mellqvist & Welamson, 2017, s. 28.

⁶⁵ Mellqvist & Welamson, 2017, s. 25 f.

⁶⁶ Mellqvist & Welamson, 2017, s. 28.

⁶⁷ Mellqvist & Welamson, 2017, s. 26–28.

Fritt utnyttjande och röjande av information kan som en utgångspunkt antas främja öppen konkurrens samt maximal utdelning till.

4.2 Kolliderande intressen

AB Neumann och Torvalls AB:s konkursbo har motstridande intressen. Intressekonflikten kommer utvecklas i det följande. Ett antagande är att det i princip råder identitet mellan konkursboets och borgenärernas intressen.

Å ena sidan har borgenärerna ett intresse av att den fortsatta driften av gäldenärens rörelse är så lönsam som möjligt. I detta ligger att omsättningen ska maximeras samtidigt som kostnaderna minimeras. Det ligger även i borgenärernas intresse att verksamheten kan överlåtas till ett så högt pris som möjligt. Även i detta sammanhang är det en fördel om kostnaderna för försäljningen kan minimeras. Det antas att den fortsatta driften gör det boet kan få ett högre försäljningspris för verksamheten än om verksamheten hade sålts styckvis. Innehavet av informationen är en del av de förutsättningar som bidrar till verksamhetens sammanlagda potential. Det vill därför kunna antas att det ligger i borgenärernas intresse att bibehålla så mycket information i verksamheten som möjligt. Eftersom pengar har ett tidsvärde ligger det vidare i borgenärernas intresse att utdelningen kan fås snabbt.

Å andra sidan har AB Neumann ett intresse av att få maximal avkastning av investeringarna i bolagets verksamhet. Det kan antas att högre avkastning kan fås om bolaget möter mindre konkurrens på marknaden. Därför har AB Neumann ett intresse av att inte möta någon direkt konkurrens från konkursboet. Men vidare har AB Neumann ett intresse av att inte möta direkt konkurrens från andra aktörer än konkursboet, exempelvis en köpare av verksamheten. Därför har AB Neumann ett intresse av att konkursboet inte indirekt bidrar till att förstärka sådan konkurrens från andra företag. Om AB Neumann ska utsättas för konkurrens, har AB Neumann vidare ett intresse av att ha kontroll över hur konkurrensen kan utövas. Särskilt relevant för förevarande situation är att AB Neumann har ett intresse av att kontrollera hur information med anknytning till AB Neumann används för att konkurrera med bolaget.

Eftersom borgenärerna på detta sätt har ett intresse av att nyttja informationen för att få maximal avkastning och AB Neumann har ett intresse av att kontrollera nyttjandet kan intressena antas vara motstridande. Detta är ett exempel på hur målkonflikten som har angivits kan ta sig uttryck i en konkret intressekonflikt. Hur oförenliga intressena är vill bero på hur stark konkurrensen från konkursboet kan bli och hur mycket konkursboet kan bidra till att styrka ett annat företags konkurrensförmåga.

4.3 Konkurrensrelationen⁶⁸

Konkursboet kan konkurrera med AB Neumann. Detta benämner jag konkurrensrelationen. I det följande diskuteras hur konkurrensrelationen är beskaffad genom att utveckla konfliktbeskrivningen.

Anta att det på AB Neumanns hemsida omsätts produkter till befolkningen i Västra Götaland. Torvalls AB:s produkter har tidigare ingått i sortiment på hemsidan. Anta vidare att Torvalls AB på AB Neumanns hemsida har konkurrerat med försäljare som säljer produkter av liknande slag till samma kundkrets. Kundkretsen är intresserad av produkterna i fråga och är intresserade av att handla via AB Neumanns plattform.

Efter konkursutbrottet vill produkterna i utgångspunkten fortfarande vara intressanta för samma demografiska krets. Men eftersom AB Neumann och konkursboet inte står i någon avtalsrelation vill som utgångspunkt inte konkursboet omsätta produkter via AB Neumanns plattform. Det kan antas att några av de användare som ingår i AB Neumanns kundkrets har en starkare preferens för produkterna som konkursboet omsätter än för plattformen som sådan. Om en person inom denna kundkrets inte skulle köpa en produkt från konkursboet, är alternativet som ligger närmast till hands att de skulle köpa en konkurrerande produkt från AB Neumanns hemsida. Häri ligger konkurrensrelationen mellan AB Neumann och konkursboet.

Preferensen för att handla via plattformen kan påverkas av flera faktorer. En kan vara att plattformen ger användare en möjlighet att på ett smidigare sätt jämföra olika produkter. När konkursboets produkter inte finns på hemsidan kan det öka användarnas kostnader för att leta upp konkursboets produkter och jämföra dessa med liknande produkter. Användare kan ha bristande kännedom om konkursboets försäljning och konkursboet kan ha begränsade resurser för marknadsföring. Konkursboet kan sakna eller ha begränsade möjligheter att omsätta produkterna i etablerade kanaler, om det är plattformar eller butiker, som kunder redan känner till. Eftersom AB Neumann är en etablerad aktör kan det också antas att en viss andel av användarna är återkommande och har god kännedom om plattformen. Vanan kan därmed driva dessa till att fortsätta handla via plattformen i stället för att se efter alternativa försäljare som konkursboet. Plattformen upplevs i detta fall som adekvat i sådan grad att det inte är mödan värd att se efter alternativ. I praktiken kan dessa omständigheter medföra att det är fördelaktigt för konkursboet att försöka fortsätta relationen med AB Neumann. En fortsatt relation är inte aktuellt i förevarande fall.

Det kan också bero på hur starkt Torvalls AB:s varumärke är eller om kundkretsen av någon annan anledning har en stark preferens för Torvalls AB:s produkter. Detta i förhållande till konkurrerande produkter som omsätts via AB Neumanns plattform.

⁶⁸ Mogens Koktvedgaards avhandling har i hög grad påverkat mitt perspektiv på problemställningen. Även terminologin är inspirerat av denna. Se Koktvedgaard, 1965.

Samtidigt kan konkurrensrelationen bli något svagare på grund av att säljaren är ett konkursbo. Det kan antas för en del kunder vara en skillnad mellan att köpa produkter direkt från ett konkursbo och att använda AB Neumanns plattform. Detta generella antagande är sannolikt inte allmängiltigt. Det kan nämligen påtagligt bero på omständigheter som vilken kundkrets det är eller vilka produkter det är fråga om. Är det produkter av ett högre värde som konsumenter köper kan det påverka preferensen eftersom det exempelvis kan vara svårare att utkräva felansvar från ett konkursbo.

Det betyder att konkurrensrelationen kan vara starkare om AB Neumann inte har en stabil bas med återkommande användare. Det kan vara enklare för konkursboet att fånga oregelbundna användare som inte har en stark preferens för plattformen i sig. Konkursboet kan också nyttja andra tekniker för att vinna försteg. Exempelvis kan konkursboet sälja till mycket låga priser. Det förefaller vara mindre sannolikt att Torvalls AB:s konkursbo tillämpar denna taktik. Tanken är att verksamheten ska överlåtas som en löpande verksamhet. Detta ändamål är mindre väl förenligt med taktiken att sälja till ett starkt rabatterat pris, även om viss konkursrabatt troligen behövs för att kunna omsätta produkterna.

Vidare vill konkursboet i de flesta fall bestå endast under en begränsad tidsperiod. Detta försvagar den långsiktiga effekten på plattformen som annars skulle kunna uppstå om konkursboet med bestående konsekvenser vinner marknadsandelar. Men verksamheten konkursboet bedriver ska överlåtas till ett utomstående företag. Köparen kan antas fortsätta konkurrera med AB Neumann. Även om utgångspunkten är att relationerna ska hållas isär, blir det därför svårt att bortse från att konkursboets agerande kan antas bidra till att stärka förvärvarens konkurrensförmåga.

Det kan därmed antas att det finns en konkurrensrelation mellan AB Neumann och konkursboet. Dels kan konkursboet konkurrera med AB Neumann genom att sälja produkter, dels kan konkursboet stärka ett annat företags förmåga att senare konkurrera med AB Neumann. I kommande delar av undersökningen ska fördelar och nackdelar för de AB Neumann och konkursboet undersökas ingående. Framställningen förutsätter att den enas fördel kan antas vara den andras nackdel. Detta kan även beskrivas som att det antas vara ett orsakssamband mellan den enas fördel och den andras nackdel. Av framställningstekniska skäl påpekas inte alltid detta särskilt i avsnitten där fördelarna och nackdelarna analyseras.

5 Boets nytta av informationen och AB Neumanns olägenheter

5.1 Obearbetad information

Obearbetad information diskuteras i det följande. Med obearbetad information åsyftas i princip ren information om transaktioner med AB Neumanns servrar, som inte har ordnats eller analyserats på något sätt.

5.1.1 Kan kosta att nyttja obearbetad information

Konkursförvaltaren kommer ha tillgång till informationen i ett datorsystem. För en förvaltare som inte är kunnig i datasystem eller dataanalys kan informationen vara svår att förstå. Om konkursförvaltaren inte har vana med att hantera dylik information och inte har kontakter som regelbundet bistår med informationshantering, är det inte säkert att konkursförvaltaren inser hur den kan användas för att öka omsättningen eller öka boets försäljningspris. Om konkursförvaltaren ändå får intrycket att det finns information som kan användas för sådana ändamål är det inte säkert att nyttan överstiger kostnaderna. Konkursförvaltaren kan behöva anlita någon som är kunnig med informationshantering för att nyttiggöra informationen. Ersättningen till vederbörande är en kostnad för boet. Det kan dessutom ta tid, även om man har tillgång till expertis. Under dessa förhållanden är det tveksamt att konkursboet har någon direkt fördel av informationsinnehavet.

Ändå kan konkursförvaltaren antas motsätta sig ett eventuellt krav från AB Neumann om att återlämna eller destruera informationen. Anledningen är att det kan vara resurskrävande att destruera information från ett datorsystem. Några kostnader kan komma i form av arvode till konkursförvaltaren för tiden det tar att sköta kommunikation och att göra rättsliga överväganden. Andra kostnader kan antas variera beroende på hur datorsystemet är uppbyggt och hur lagringen har gått till. Troligtvis behöver ansvariga inom Torvalls AB konsulteras för att ta reda på hur informationen har lagrats och hanterats.

Finns informationen från AB Neumann i egna filer utan annan information kan det räcka med att radera dessa filer. Har informationen lagrats i filer där även information från andra källor än AB Neumann har lagrats kan det vara mer komplicerat. Ett alternativ är då att bedöma olika informations ursprung. Ett annat är att ta risken med att radera hela filer eller mappar, även om annan information kan vara lagrat där. Konkursboet riskerar att oavsiktligt förlora åtkomst till annan information eller funktionalitet som är integrerad i datorsystemet. Skulle denna risk realiseras är potentiella konsekvenser att det blir svårare att fortsätta driften. Det kan ta resurser i anspråk, som kan resultera i högre arvodeskostnader. Det kan bidra till boet inte förmår sälja produkter i samma hastighet som tidigare. Ökade kostnader och lägre omsättning kan påverka borgenärerna, som kan tänkas få lägre utdelning. Dessutom kan det innebära att en investering i verksamheten framstår som eller blir mindre fördelaktig för en

potentiell köpare. Det skulle kunna öka behovet av att göra investeringar i verksamheten för att den ska bli lönsam och det kan antas att det tar längre tid innan den blir lönsam. Dessutom kan risken öka för att den inte alls blir lönsam, t.ex. genom att man inte lyckas rekonstruera nödvändig funktionalitet.

Antagandena som har gjorts här är något osäkra. I framtiden kan konkursförvaltarkåren bli skickligare på informationshantering och få tillgång till kompetens inom sina nätverk. Dessutom kan utsikterna att generera nytta med informationen variera beroende på informationens beskaffenhet och övriga omständigheter kring gäldenärens verksamhet.

5.1.2 Högre försäljningspris

Konkursboet kan antas vilja sälja informationen. Även om konkursboet inte har kapacitet att använda informationen för att främja den egna omsättningen, kan det antas att en köpare av verksamheten besitter sådan kapacitet och att informationens förekomst gör verksamheten till ett mer attraktivt investeringsobjekt. En kunnig köpare kan antas besitta stora mängder information som köparen har samlat på sig genom år av näringsverksamhet och kan tänkas ha den nödvändiga expertisen för att strukturera informationen och analysera den för att stärka sin konkurrensposition. Om verksamheten till Torvalls AB har bedrivits viss tid kan en köpare exempelvis vara intresserad av att studera surfbeteenden i nära anslutning till köp eller att studera vilka produkter som genererar mest intresse hos olika kundgrupper. Sådan information kan en köpare sedan använda i egen marknadsföring samt produkt- och tjänsteutveckling. Om verksamheten blir ett mer attraktivt investeringsobjekt kan det antas att verksamheten kan överlåtas till ett högre pris än annars. Detta kan i sin tur leda till högre utdelning till borgenärerna.

Konkursförvaltaren kan på olika sätt agera för att boet med informationen ska framstå som ett mer attraktivt investeringsobjekt. Några tillvägagångssätt diskuteras i det följande.

Den första är att konkursboet offentliggör informationen antingen genom offentlig marknadsföring eller genom att konkursförvaltaren gör bort sig. Det är mindre troligt att konkursförvaltaren agerar på detta sätt. Skulle ett auktionsförfarande eller liknande tillämpas kan det finnas en poäng i att offentliggöra viss information för att locka köpare. Det kan dock ifrågasättas om den marknadsföringsstrategin är effektiv.

Den andra är att konkursboet delar viss information med tänkta köpare av verksamheten. Konkursförvaltaren kan berätta för dessa vilken information som finns och hur den kan vara till nytta för köparna. Men huruvida köpare faktiskt har någon nytta av informationen beror på deras förutsättningar, som vilken annan information de har tillgång till, och deras avsikter, som vilket geografiskt område de riktar marknadsföringen mot.

Detta betyder att köpare kan ha svårt att förlita sig på konkursförvaltarens uttalanden om att informationen är nyttig. Istället kan de önska se vilken information som finns i boet. Detta för

att bedöma hur den specifika informationen kan komma till nytta i deras specifika verksamhet. Undersökningar av informationen är sannolikt förenade med utrednings- och tidskostnader. En köpare kan därför föredra att ta en risk och till gengäld begära ett lägre pris för verksamheten. Konkursförvaltaren antas inte önska detta, utan antas önska ett så högt pris som möjligt. En relevant omständighet är att garantier från konkursboet kan antas vara av mindre värde för en köpare eftersom konkursboet ska upphöra. Det kan i vart fall vara i konkursboets kommersiella intresse att röja viss information för en begränsad krets av tänkbara köpare.

En tredje situation är att konkursförvaltaren inte alls använder informationen i marknadsföringen, men att en köpare ändå utgår från att det finns information tillgänglig i verksamheten. En intressent kan fråga konkursförvaltaren om sådant finns. Det kan dock i en sådan situation vara svårt att veta hur mycket det påverkar priset. Detta eftersom konkursförvaltaren kan ha svårt att använda informationen för att driva upp priset.

Konkursförvaltaren kan därför vara intresserad av att motsätta sig ett anspråk från AB Neumann, trots att konkursboet har sämre förutsättningar för att utnyttja informationen för att öka egen omsättning. Dessutom har, på grund av möjligheterna till högre försäljningspris, konkursboet ett intresse av att kunna röja informationen till utomstående, vilket kan ske genom en överlåtelse eller marknadsföring av konkursverksamheten.

5.2 Strukturerad information

5.2.1 Strukturen gör informationen enklare att använda

Anta istället att Torvalls AB innan konkursen kontinuerligt har strukturerat informationen företaget får från AB Neumann. Resultatet kallas strukturerad information. Med att informationen är strukturerad menas att den i datorsystemet är organiserad i syfte att underlätta navigation och främja tillgänglighet. Den kan också ha kategoriserats för att olika kategorier ska kunna jämföras med varandra och beskrivas.

Vi kan anta att det av informationen går att utläsa hur många som har klickat på alla länkar till alla Torvalls AB:s annonser över en period av flera år. Det går att utläsa hur länge användarna har varit inne på de olika annonserna. Det går att utläsa när köp har genomförts. Detta kan kallas historisk information. Innehållet i detta finns även i fallet med ostrukturerad information, men är i strukturerad form enklare för förvaltaren att använda.

Med informationen kan man analysera hur användare betar sig i nära samband med ett köp. Man kan även analysera vilka befintliga eller nyliga annonser som har genererat mest intresse.

Information om beteende i nära anslutning till ett köp kan förvaltaren antas ha begränsad nytta av. Den kan primärt nyttjas för att rikta marknadsföring till användare som i stunden uppvisar ett liknande beteende. Denna typ av marknadsföring behöver i princip ske i realtid för att vara

effektiv. Detta kan antas förutsätta ett fortsatt samarbete med AB Neumann. Med expertis kan dock informationen nyttjas till att rikta marknadsföring vid användande av andra plattformar. Det är dock osäkert om konkursförvaltaren kan antas ha ett intresse av att använda andra plattformar än AB Neumanns, och i så fall kan dessa plattformar antas ha liknande verktyg som förvaltaren kan använda.

5.2.2 Informationen kan utgöra underlag för beslut

Med historisk information om intresse för olika produkter förhåller det sig annorlunda. Denna kan förvaltaren direkt nyttja till att fatta både taktiska och strategiska beslut. Förvaltaren kan använda informationen som underlag vid beslut om vilka produkter som ska marknadsföras. Dessutom kan förvaltaren antas vara medveten om att verksamheten avses pågå även efter en överlåtelse. Förvaltaren kan för att underlätta detta använda informationen för att fatta bättre beslut om bibehållande av viktiga leverantörer. Det kan handla om att några olika leverantörers produkter är mer populära och genererar ett högre resultat än andra leverantörers. En sådan bestående relation med boet kan tänkas öka boets värde för en köpare, eftersom det minskar behovet av investeringar i nya relationer som genererar positiva resultat. Den förväntade avkastningen till investeringen i boet kan tänkas öka. Detta är alltså information som förvaltaren, med begränsad statistisk expertis, direkt kan utnyttja för att främja boets verksamhet och öka dess värde för en köpare. Därigenom kan även borgenärerna gynnas, genom högre utdelning.

5.3 Deriverad information

5.3.1 Närmare om deriverad information

Anta vidare att Torvalls AB förutom att strukturera information även har analyserat och kombinerat den med information från andra källor för att skapa nya insikter om kunder. Resultaten av denna process benämns deriverad information. Exempelvis kan information om köp och klick på länkar ha kombinerats med demografisk information som har hämtats från annat håll. IP-adresser och kakor kan ha använts för att göra detaljerade analyser av olika användarsegment. Exempelvis kan man ha fått insikten att folk i åldrarna 50+ i Ljungskile är särskilt intresserade av en viss produkt. Exakt vilka kopplingar och profiler som kan byggas i de olika fallen beror på vilken information som finns tillgänglig. Poängen är att denna deriverade information potentiellt kan vara ännu mer värdefull för konkursförvaltaren, eftersom det ger ännu bättre möjligheter till att rikta marknadsföring och utgör ett ännu bättre underlag för fattande av strategiska beslut. Även tillgången på sådan information kan göra boet till ett mer attraktivt investeringsobjekt, öka försäljningspriset och gynna borgenärerna genom högre utdelning.

Den deriverade informationen är inte direkt tillhandahållen från AB Neumann. Den deriverade informationen förutsätter dock att AB Neumann har tillhandahållit information, annars hade inte de erforderliga analyserna kunnat göras. AB Neumanns tillhandahållande av information är en nödvändig förutsättning för den deriverade informationens förekomst. Beroende på omständigheterna kan det anses föreligga ”identitet” i någon grad mellan den tillhandahållna informationen och den deriverade informationen. Exakt vari denna skulle bestå är svårare att uttala sig om.

Man kan få associationer till sammanfogande av egendom. Oftast vill sammanfogande medföra att specialiteten går förlorad, och att den som tillhandahållit saken inte har något kvarvarande sakrättsligt anspråk. Det som kvarstår är enbart en penningfordran.⁶⁹ Tanken bakom torde vara att det kostar och potentiellt kan leda till värdeförstöring, att försöka avlägsna den tillhandahållna saken från den andra saken. Liknande argument kan troligen föras om den deriverade informationen. Den deriverade informationen kan regelmässigt antas ha ett högre värde i konkurrensen än summan av dess beståndsdelar. Jag vill peka på en skillnad som kan vara av betydelse. I en konkurrensrelation kan spridande av sådan deriverad information potentiellt orsaka tillhandahållaren större skada i konkurrensen än det den tillhandahållna informationen i sig skulle göra. Samtidigt som att konkursboets intresse av att behålla, utnyttja och röja informationen har ökat, har tillhandahållarens intresse av att hindra konkursboet förmodligen ökat samtidigt. Beträffande lösa saker av olika slag torde det vara mer sällsynt att sammanfogande kan innebära skada i konkurrens för pretendenten till separationsrätt. Dennes egentliga intresse är oftast att få betalt för saken som den har levererat.

5.3.2 Utnyttjande av deriverad information kan öka omsättningen⁷⁰

Den deriverade informationen kan vara mer värdefull för konkursboet än ostrukturerad och strukturerad information. Jag kommer illustrera detta med ett exempel. Det bygger vidare på konflikten som används i uppsatsen.

Antag att det är böcker som är produkten som omsätts på AB Neumanns plattform. Försäljarna är förlag och köparna är konsumenter. Av information från loggfiler och registreringsinformation avseende Torvalls AB:s annonser på plattformen framgår det att många unga vuxna mellan 18 och 24 år bosatta i Bohuslän har följt länkar till en annons för en kriminalroman som utspelar sig i en kustmiljö. Dessutom syns det att många har placerat denna titel i sin ”kundvagn” men sedan avbrutit köpet.

⁶⁹ Håstad, 2000, s. 152 ff., Martinson, 2015, s. 19 f. och s. 94 ff., särskilt s. 94 ff. om lösöre och s. 101 om accession.

⁷⁰ Exemplet som nyttjas är konstruerat för att illustrera problematik som är tema för uppsatsen. Detta på ett så enkelt sätt som jag kan. Jag har bortsett från reglering som kan begränsa möjligheter att införskaffa information eller hur den behandlas.

Från andra håll har AB Torvalls införskaffat information om olika personers examensbevis. Det framgår att de flesta registrerade användarna som har varit intresserade av titeln i fråga inte har något examensbevis från ett universitet. Därav har slutsatsen dragits att de antingen har stannat för gymnasieutbildning eller är studenter.

Av offentlig information framgår det att det har skett stora varsel på större arbetsplatser i Bohuslän till följd av pandemin. Därför har slutsatsen dragits att det är ett osäkert ekonomiskt läge för unga vuxna i Bohuslän.

Denna information har Torvalls AB sammanställt. Titeln i fråga är ganska ny och är skriven av en relativt känd författare. Därför har priset satts högre. Dessutom är det vanligt att ett högre pris sätts när titeln är ny, och sen sänks den efterhand. Torvalls AB har analyserat denna information. Med hjälp av några antaganden menar Torvalls AB det är sannolikt att det finns ett stort intresse för titeln som inte syns i försäljningsstatistiken bland dessa unga vuxna. Det antas vara priskänslighet som orsakar att de inte har genomfört köp. Allt som skulle behövas för att öka försäljningen är en liten sänkning av priset och att en sådan sänkning medför högre försäljningsökning än vad som kan antas under normala förhållanden på marknaden.

Konkursförvaltaren inser att informationen kan nyttjas för att öka omsättningen. Genom att sänka priserna något i anledning av konkursen och genom att marknadsföra rean till denna demografiska grupp förväntas omsättningen öka i inte oväsentlig mån. Särskilt gäller detta jämfört med den situation att förvaltaren inte hade haft tillgång till informationen, och inte kunnat rikta marknadsföring på detta sätt.

Anta vidare att flera andra förlag som annonserar via AB Neumann säljer kriminalromaner där händelserna utspelar sig i en kustmiljö. Dessa har ett jämförbart pris som Torvalls AB:s titel hade innan konkursen. Vid varje försäljning av dessa titlar får AB Neumann en andel av försäljningssumman.

Konkursboets rea och ökade omsättning kan antas medföra att försäljningen via AB Neumann i någon mån minskar, jämfört med den situation att konkursboet inte säljer denna titel till rabatterat pris. I exakt vilken mån försäljningen minskar kan vara svårt att uppskatta.

I denna situation är det antagligt att nyttan för konkursboet är högre och att skadan för AB Neumann är högre, än när informationen är av ”råare” natur. Det kostar sannolikt mindre för konkursboet att utnyttja informationen, eftersom det inte behövs någon särskild ytterligare analys för att använda den i marknadsföringen.

5.3.3 Förekomsten av deriverad information kan öka boets försäljningspris

Den deriverade informationen kan göra konkursboet mer attraktivt som investeringsobjekt. Anta att köparen är ett vertikalt integrerat företag som samtidigt driver en plattform där

bokförsäljning kan ske och egen förlagsverksamhet. Köparen har historiskt koncentrerat sin verksamhet till östra Sverige. Köparen har inte lika många registrerade användare på sin plattform som AB Neumann. Därför kan köparen inte få liknande information om användarna från den egna verksamheten. Men genom att köpa konkursboet får köparen tillgång till information om preferenserna till personer mellan 18 och 24 år i Västra Sverige.

Med den informationen kan köparen göra ett antagande. Personer mellan 18 och 24 år i Västra Sverige har liknande bokpreferenser som personer mellan 18 och 24 år i Östra Sverige. Därför kan efterfrågan efter titeln antas vara liknande i båda regionerna. Därför bedöms det som sannolikt att det finns liknande möjligheter att omsätta titeln i Östra Sverige som i Västra Sverige. Denna information använder köparen, efter köpet, för att fatta följande beslut. Produktionen av kriminalromanen ska ökas. Förutom fortsatta marknadsföringsinsatser mot unga personer i Västra Sverige ska kriminalromanen även marknadsföras till motsvarande demografi i Östra Sverige. Härigenom lyckas köparen uppnå en högre omsättning än vad som annars hade varit fallet, och lyckas vinna några marknadsandelar i både Östra Sverige och Västra Sverige.

Genom sina analyser har Torvalls AB även tagit reda på att intresset för liknande titlar har varit ökande över tid. Köparen antar att intresset fortsätter öka även i framtiden. Därför bestämmer sig köparen för att satsa på att utge ytterligare titlar med liknande drag. Köparen lyckas ingå ett samarbete med ett annat förlag som har en intressant och liknande titel, som blir populär på köparens plattform. Dessutom lyckas köparen, till den köpta verksamheten, knyta en författare som har ett manus till en ny kriminalroman med liknande drag. Även ett förlag som samarbetar med Lampan var intresserad av samma författare, men förlorade i ”budgivningen” mot köparen.

Köparens strategi blir lyckad och över de nästa fem åren stärker köparen sina marknadspositioner i såväl Östra som Västra Sverige. AB Neumann ser att företagets marknadsandelar kan antas ha minskat under samma period.

Köparen förväntar att något liknande ska vara möjligt redan innan köpet genomförs. Konkursförvaltaren berättar för köparen vilken information som finns tillgänglig i boet. Köparen får därigenom en högre förväntning på den framtida avkastningen. På grund av de ökade förväntningarna lyckas konkursförvaltaren få ett högre pris för boet. Detta leder i sin tur till att borgenärerna får högre utdelning.

5.4 Några ytterligare konsekvenser för AB Neumann

5.4.1 En enkel regel kan öka förutsebarheten

För AB Neumann är det viktigt att konkursbehandlingen är förutsebar. Anta att AB Neumann inte kan förbjuda konkursboet att nyttja informationen. I de fall en konkurs redan har inträffat,

får det antas att en så klar och tydlig regel skänker AB Neumann en förutsebarhet i den meningen att denne kan vara säker på att en tvist mot konkursboet är utsiktslös.

Dessutom blir det väldigt enkelt att fatta beslut om huruvida man ska inleda en process mot ett konkursbo eller inte. Man är i det närmaste garanterad att förlora en sådan process, och kan ta ställning till processfrågan utan att lägga kostnader på rättsliga överväganden. Det kan även tänkas spara tid.

Alternativet är att utgången av potentiell process är osäker. Det skapar ytterligare ett osäkerhetsmoment i den framåtblickande bedömningen av processrisken. Det kan driva kostnader och spilla tid.

Ändå har jag svårt att föreställa mig att denna förutsebarhet skulle vara särskilt mycket värd. Vid en osäker möjlighet till framgång med anspråk mot konkursboet kan man alltid välja att avstå från att ta risken med att rikta anspråk. Detsamma kan sägas om inledandet av en process.

5.4.2 Konsekvenserna av boets fria utnyttjande kan potentiellt bli allvarliga

Konsekvenser är en annan central del av begreppet risk. För AB Neumann kan det vara svårt att förutse vilka konsekvenser en förlust av kontroll över delad hemlig information kan medföra. Konsekvenserna kan bero på informationens beskaffenhet. Informationens betydelse kan vidare bero på vem det är som får tag på den.

Detta beror på att olika aktörer kan antas ha olika förmåga att tillgodogöra sig informationen och använda den på ett sätt för att stärka deras verksamhet. Dessutom kan det bero på om aktören som får tag på informationen konkurrerar med den AB Neumann. Man kan här även tala om olika grader av konkurrens. Någon bedriver verksamhet som direkt konkurrerar om de samma kunderna som AB Neumann vanligtvis har. Andra kan bedriva en form av verksamhet som visserligen innebär viss konkurrens, i det att vissa kunder nöjer sig med att gå till en av aktörerna, men att en viss andel gärna köper produkter eller tjänster från båda aktörer. Köp hos den ena utesluter inte köp hos den andra.

Potentiellt kan dock följderna av ett röjande bli allvarliga för AB Neumann. Detta är om en stor del av deras konkurrensförsteg försvinner. I värsta fall kan detta leda till att AB Neumann utkonkurreras helt och försätts i konkurs.⁷¹ I andra fall kan konsekvenserna vara mindre allvarliga.

Om verksamheten överlåtas till en vertikalt integrerad köpare under sådana förutsättningar som diskuteras i avsnitt 4.3.3 och denna köpare dessutom har betydande kapital eller en annan

⁷¹ Kan här anmärka om den från allmän synpunkt relevanta distinktionen mellan konkurrens på kort och lång sikt.

väsentlig konkurrensfördel gentemot AB Neumann kan historien i värsta fall sluta med att köparen helt utkonkurrerar AB Neumann. AB Neumann upphör i den historien att existera, antingen genom en fusion med ett annat företag som exempelvis köparen av konkursboet eller genom att verksamheten går konkurs.

I andra fall kan konsekvenserna antas vara mindre allvarliga. Visserligen möter AB Neumann något mer konkurrens än tidigare, vilket påverkar omsättningen negativt, men detta är av mindre betydelse för verksamheten som helhet. Vidare kan i sådana fall AB Neumann kompensera för förlust av kontroll över information genom att investera mer i verksamheten och marknadsföringen. Detta kan vara önskvärt från allmän synpunkt. Så kan vara fallet om informationen som har delats är av mindre betydelse eller konkursboet eller köparen av andra skäl inte riktigt förmår konkurrera i så hög grad. Det kan också bero på aktuell marknadsstruktur.

När det gäller marknadsstrukturen är det en relevant aspekt att AB Neumann är en e-handlare. Dessa marknader kan vara speciella.⁷² Det viktigaste att märka i detta sammanhang är att det finns en tendens att konkurrensen sker för marknaden i stället för i marknaden. Då kan sannolikheten för att AB Neumann blir utkonkurrerad vara högre än annars. Däremot talar att AB Neumann som etablerad aktör kan antas ha en dominant position inom sin marknad. Därmed är kanske inte AB Neumann särskilt hotad av utökad konkurrens.

Vidare kan det antas vara svårt för innehavare att bedöma deras medkontrahenters kreditvärdighet med en hög grad av tillförlitlighet. Detta antas särskilt gälla om innehavaren är en mindre aktör. Jag ställer mig tveksam till att denna osäkerhet kan överbryggas genom en visserligen klar och lättillämpad regel om att företagshemligheter över huvud taget inte åtnjuter något skydd om en affärspartner försätts i konkurs.

⁷² Se Graef, 2016, kapitel 2.

6 Om ingripanden mot konkursboet

6.1 Kort om påföljder

6.1.1 Skadestånd

En möjlighet är att ålägga konkursboet att betala skadestånd.⁷³ AB Neumann och Torvalls AB har haft ett avtalsförhållande. Om ett skadeståndsanspråk efter angrepp hade riktats mot Torvalls AB hade därför 6 § LFH varit tillämplig. Eftersom Torvalls AB:s konkursbo har ett nära samband med gäldenären ligger det nära till hands att först och främst bedöma konkursboet efter 6 § LFH.

Eftersom anspråket skulle riktas direkt mot konkursboet skulle en skadeståndsskyldighet för konkursboet vara på massanivå.⁷⁴ Principiellt ska betalning ske efter konkurskostnader och före oprioriterade borgenärer och borgenärer med allmän förmånsrätt.⁷⁵ Som en utgångspunkt påverkar det inte borgenärer med särskilda förmånsrätter, men en borgenär som har säkerhet i form av företagshypotek kan ändå komma att hamna efter AB Neumann i prioritetsordningen.⁷⁶

Utgår man från likabehandlingsprincipen och omständigheten att AB Neumann är att betrakta som en borgenär är det ett avsteg från likhetsprincipen. Tillgodoseendet av AB Neumanns anspråk på betalning sker på andra borgenärens bekostnad. Åtgärden kan antas främja målet att stärka AB Neumanns konkurrenskraft men kan motverka målet att bereda borgenärerna maximal utdelning.

Hur kännbar denna konsekvens skulle vara kan bero på flera faktorer. En viktig faktor är skadeståndsberäkningen. Vid skadeståndsberäkningen ska utgångspunkt tas i den skada som har lidits av AB Neumann genom förfarandet.⁷⁷ Den inträffade skadan vid angrepp på företagshemligheter kan vara svårberäknelig. Även andra hänsyn får vägas in vid beräkningen och skadeståndet kan jämkas.⁷⁸ Kännbarheten för borgenärerna kan därför vara relevant att beakta vid skadeståndsberäkningen om skadestånd ska utdömas.

⁷³ 5-10 §§ LFH.

⁷⁴ Mellqvist & Welamson 2017, s. 272 jfr 14 kap. 2 § KonkL. Vad som utgör en massafordran definieras inte i lag.

⁷⁵ Jämför 14 kap. 2 § KonkL.

⁷⁶ Jfr 15 § FRL.

⁷⁷ 6 § LFH.

⁷⁸ 11 § LFH.

6.1.2 Vitesförbud och radering av filer

Förutom skadestånd finns det möjlighet att meddela vitesförbud.⁷⁹ Medan skadeståndsbestämmelserna är obligatoriska och förutsätter culpa är bestämmelserna om vitesförbud fakultativa och förutsätter inte culpa. På grund av 12 § andra stycket LFH räcker det att ett angrepp är nära förestående till följd av ett agerande. Bestämmelserna om vitesförbud kan läsas tillsammans med bestämmelserna om hantering av egendom med anknytning till angreppet.⁸⁰ Tillsammans med ett förbud vid vite mot att nyttja informationen kan konkursboet åläggas att radera filer innehållande informationen, om det är skäligt.

Ett vitesförbud skulle innebära att konkursboet inte alls får befattas med hemligheten. Konkursförvaltaren får därmed inte använda informationen till analyser för att främja omsättningen. Hemligheten får inte heller ingå i en överlåtelse till en köpare av boet. Detta skulle vara ett röjande. Om hemligheten är av viss betydelse för boet kan det försvåra avvecklingen av boet och göra utsikterna till utdelning för borgenärerna sämre.

Detta kan särskilt vara fallet om hemligheten bevaras i datorfiler där annan viktig information också har sparats. Det kan vara svårt att särskilja den ena informationen från den andra. Kostnaderna för behandlingen av konkursen kan då öka och det kan även risken för att annan information går förlorad. Risken för det senare kan öka om boet inte har möjlighet att gå genom filerna ordentligt innan ett raderande. För att mildra dessa konsekvenser kan AB Neumann enligt 17 § första stycket LFH åläggas att betala ett belopp till konkursboet för dessa kostnader. Denna effekt kan förstärkas ytterligare om även deriverad information ska omfattas av förbudet.

6.1.3 Tvångslicens

En sista möjlighet är att meddela vad som kan kallas en tvångslicens.⁸¹ Bestämmelsen om utnyttjande mot ersättning som finns enligt 21 § LFH passar enligt ordalydelsen inte bra på konflikten i fråga. Särskilt andra stycket fjärde punkten kan vålla problem. Det framstår ändå som att påföljden kan bidra till att åstadkomma en rimlig avvägning.

6.2 Ett förbud påverkar konkursbehandlingen

Anta att regeln är att innehavare av företagshemligheter kan vinna framgång med anspråk mot konkursbon. Påföljden som utgör förebild är vitesförbudet med radering av filer.⁸² Jag har valt att benämna det ”förbud” i det följande. Jag har inte kunnat behandla alla tänkbara påföljder särskilt.

⁷⁹ 12–13 §§ LFH.

⁸⁰ 17–20 §§ LFH.

⁸¹ 21 § LFH.

⁸² Se avsnitt 6.1.2.

6.2.1 Ökad processbenägenhet och kostnader för att bedöma anspråk

Ett förbud kan öka processbenägenheten till innehavare av företagshemligheter. Detta som en följd av att utsikterna till framgång är osäkra eller goda i stället för usla.

Förutsebarheten för förvaltaren kan minska. Risken för tvister om vad som ingår i boet kan öka. Detta kan göra det svårare för förvaltaren att värdera verksamheten. Man kan tänka sig att det redan är svårt att göra en tillförlitlig värdering och att dessa i allmänhet inte blir så mycket mindre rättvisande eller mer besvärliga på grund av denna regel. Även utdelningsprognosen kan försvåras. Tillsammans kan detta göra förvaltares uppgifter något mer komplicerade. Det kan i sin tur antas leda till ökade arvodeskostnader. Ökade arvodeskostnader är en nackdel för borgenärerna. Om regeln som väljas är svårtillämpad kan denna effekt förvärras.

De rättsliga överväganden som behöver göras och risken för att boet tyngas av processer kan antas vara tämligen likartade beträffande ostrukturerad och strukturerad information. Det skiljer sig med deriverad information. Eftersom deriverad information kan antas vara ett resultat av att information från olika källor har kombinerats och analyserats kan den rättsliga komplexiteten vara högre.

Om det har hanterats information från ett högre antal olika källor kan det bli mycket svårt att fastställa vilken information som har varit nödvändiga förutsättningar för att nå fram till den deriverade informationen. Flertalet anspråk från olika aktörer kan antas riktas mot konkursboet. Detta kan antas kräva utökade överväganden från förvaltaren och innebära högre risk. Kostnaderna för boet kan öka i högre grad.

Med det sagt kan en regel som möjliggör förbud göra att många aktörer blir intresserade av att återfå filer med ostrukturerad eller strukturerad information. Även utan den ytterligare komplexitet som kan uppkomma för deriverad information kan det bli mycket betungande för boet att behöva behandla en rad anspråk på information. Det kan också finnas en risk för att boets handlingsmöjligheter begränsas i hög grad och att det finns en ökad risk för processer om brott mot förbud eller skadestånd till följd av angrepp. Detta kan potentiellt bli en mycket allvarlig konsekvens för konkursinstitutet som helhet. Mycket allvarligt eftersom det är så många verksamheter som hanterar och använder information i dag, att det kan antas regelmässigt finnas tidigare affärsförbindelser med potentiella informationsanspråk.

Ökad processbenägenhet kan också vara en negativ konsekvens utifrån allmänintresset. Detta eftersom sådana processer kan ta anspråk på rättsväsendets resurser.

Däremot kan invändas att en viss minskad förutsebarhet i denna mening även kan verka dämpande på processbenägenheten. Denna till synes paradoxala konsekvens kan uppkomma på grund av att det kan öka innehavares och konkursförvaltares benägenhet att förlikas. Dessa avtal kan dock antas innebära att konkursboet får göra vissa uppoffringar som drabbar borgenärerna.

6.2.2 Utebliven nytta

Ett förbud medför att konkursboet inte kan dra nytta av informationen. Den nyttan konkursboet går miste om att variera beroende på informationens beskaffenhet. Det handlar både om omsättning vid driften och försäljningspris som kan fås för boet.

Konkursförvaltarens möjligheter att marknadsföra boet och föra förhandlingar kan antas begränsas. Boet kan framstå som mindre attraktivt för en potentiell köpare. Det kan göra att förvaltaren tvingas acceptera ett lägre pris för boet. Det skadar borgenärerna, genom att de erhåller en lägre utdelning.

Den uteblivna nyttan för konkursboet kommer vara högre om förbudet avser även strukturerad och deriverad information, och inte enbart ostrukturerad information. Det beror på att strukturerad och deriverad information kan antas vara nyttigare för konkursboet än ostrukturerad information.

6.2.3 Kostnader för att hantera anspråk

Hantering av ett förbud kan medföra ökade kostnader för konkursboet. Rättsliga överväganden om vad som ingår i boet behöver göras. Filer i datorsystem kan behöva identifieras, analyseras efter innehåll och sedan raderas. Detta kan också driva tidsbruken och öka arvodeskostnaderna. Som nämnts är det ett intresse för borgenärerna att konkursförfarandet är snabbt.

När det gäller ostrukturerad och strukturerad information kan informationen som härstammar från AB Neumann antagligen identifieras genom att följa de digitala spåren som överlämningen lämnar. Det kan antas att AB Neumann medverkar till att detta kan ske.

Jag har påpekat att information normalt kan antas hämtas från olika källor. Det kan därmed vara flera olika aktörer som har delat information med Torvalls AB. Alla dessa aktörer kan därmed antas ha något intresse av att framställa anspråk mot konkursboet. Även om informationens ursprung antagligen kan spåras och även om de involverade medverkar kan förekomsten av flera aktörer med anspråk verka kostnadsdrivande för konkursboet.

Beträffande deriverad information kan boet även här behöva hantera anspråk från flera olika aktörer. Det kan vara svårt att bestämma vilken deriverad information som är att hänföra till AB Neumann. Personligen har jag svårt att föreställa mig hur en sådan bestämning skulle kunna gå till.

Man får beakta att denna diskussion har en viss utgångspunkt, nämligen att inga möjligheter finns att kontrollera konkursboet. Det talas om de negativa konsekvenserna av införandet av en sådan regel. Man kan fråga sig om detta verkligen bör utgöra utgångspunkten för analysen. Om man jämför med gäldenären, förefaller det som att konkursboet står i en starkare position

i relation till tillhandahållaren än det gäldenären gjorde.⁸³ Frågan kan ställas på annat sätt. Om möjligheter att kontrollera konkursboet inte föreligger, gynnas borgenärerna av detta. Med denna utgångspunkt kan det verka finnas en något lägre tröskel för att förbjuda konkursboet att nyttja informationen. Varför ska just borgenärerna gynnas av att gäldenären hamnar på obestånd, när tillhandahållaren har ett intresse i hur informationen förvaltas och behandlas?

⁸³ Jfr 27 § SkbrL.

7 Regler påverkar kommersiella beslut på marknaden

7.1 Kreditgivningen

7.1.1 Om förbuds påverkan på riskerna

En regel om att konkursboet inte ska förbjudas att nyttja informationen kan öka förutsebarheten för borgenärerna. Men en sådan regel kan troligen inte antas i nämnvärd grad leda till att sannolikheten för kreditförluster minskar. Som kommer framgå nedan kan avsaknad av förbudsmöjlighet öka sannolikheten för att kreditförluster inträffar, till följd av att gäldenärer drabbas av deras medkontrahenters obestånd.

Men om en förbudsmöjlighet saknas kan konsekvenserna vid en obeståndssituation bli mildare än om förbudsmöjlighet finns. Borgenärer kan därmed räkna med att de kan dra den nytta av informationen, även om gäldenärer skulle hamna på obestånd. Därigenom kan det antas bli enklare att förutse vad utdelning potentiellt skulle bli.

Eftersom borgenärerna kan ha begränsad insikt i vilken information gäldenärer hanterar, vilken betydelse olika former för information har och från vilka olika källor informationen har hämtats kan det vara ett angeläget intresse. I realiteten kan gäldenären få tillgång till information från en rad olika källor, såväl offentliga som privata, och det är helheten av informationsinnehavet som bidrar till värdeskapningen och företagets konkurrensförmåga. Denna konkurrensförmåga är det som gör att gäldenären kan erhålla intäkter som kan användas för att betala skulder.

Om tillgången på information har väsentlig betydelse för gäldenärens lönsamhet kan en förbudsmöjlighet göra att skillnaden mellan realitet och sken blir stor om sannolikheten för obestånd realiserar. Med detta menar jag att det för borgenärer kan framstå som att en gäldenär har kontroll över information och att detta bidrar till att generera intäkter. Men när gäldenären får ekonomiska problem kan det visa sig att en stor del av informationen i realiteten kommer från andra källor och att alla dessa ursprungliga innehavare kan framställa anspråk på att förbjuda konkursboet att nyttja den. Det kan antas medföra att värdet på konkursboet minskar i förhållande till om inga anspråk kunde framställas med utsikter till framgång. Skillnaden i värde kan antas bli betydelsefull. Konsekvenserna av en kreditförlust kan därför antas bli allvarligare än vad de i annat fall kan antas bli. Detta kan i sin tur antas skapa en osäkerhet på kreditgivningsmarknaderna.

7.1.2 Om kreditgivares möjligheter att hantera riskerna

Borgenärer kan hantera risken för mindre utdelning på olika sätt. De kan göra utförligare undersökningar av informationen vid kreditvärderingen, underkasta gäldenären kontrollklausuler, ta ut en högre ränta eller vara mer restriktiva i kreditgivningen. Det kan ses som positivt att borgenärer i allmänhet inte ska behöva ta dessa hänsyn vid kreditvärderingen. Detta kan antas kunna åstadkommas genom en enkel regel om att konkursboet inte kan förbjudas nyttja informationen boet har fått tillgång till genom gäldenären.

En kontrollmöjlighet för innehavare som AB Neumann kan göra att den genomsnittliga utdelningen minskar något. Även detta skulle kunna antas göra borgenärer mer restriktiva med kreditgivning.

Dessa konsekvenser kan tillsammans påverka företags allmänna tillgång på kredit i negativ riktning.

7.1.3 Borgenärer kan ha indirekt intresse av förbud

Borgenärer kan också ha intresse av förbud. Gäldenärer kan exempelvis ha intressen i olika riktningar. I vissa relationer kan en tänkt gäldenär vara en aktör som delar information. I vissa relationer kan densamma gäldenären vara en som mottar information. Det är även tänkbart med ömsesidiga utbyten inom en och samma relation. Borgenärer kan i sådana fall bevilja krediter till företag som är beroende av att dela information. Borgenärer kan drabbas om en gäldenärs medkontrahent hamnar på obestånd och gäldenären inte kan förbjuda konkursboet från att nyttja information från gäldenären.

Vilken den samlade effekten av gynnande och missgynnande blir är svårt att uppskatta.

7.1.4 Olika borgenärer kan ha olika intressen

Banker och vissa andra borgenärer kan regelmässigt antas skaffa säkerhet för sina krediter. Argumentationen som har presenterats är mest relevant för denna typ av borgenär. Antas det att säkerheten är tillräcklig kan man fråga sig om det inverkar nämnvärt på deras position om man gör den ena eller den andra bedömningen.

Även om vissa borgenärer har säkerhet för sina lån är det inte säkert att säkerheten är tillräcklig. För innehavare av företagshypotek kan också en skadeståndsskyldighet för konkursboet eller ett lägre försäljningsvärde antas påverka utdelningen negativt. Dessutom kan hänsyn behöva tas till borgenärer som kan antas regelmässigt sakna säkerhet, exempelvis leverantörer av olika slag.

AB Neumann är i detta fall en leverantör. Även andra leverantörer kan vara av stor betydelse. Ett gynnande av dem i konkursförfarandet kan antas påverka hur benägna leverantörerna är att ingå avtal med köpare. Hur stark denna effekt är beror på relationens beskaffenhet. Är det fråga om långvariga leverantörsförhållanden kan det antas ha större effekt än om det är fråga om enskilda leveranser. Samtidigt kan det antas att leverantörerna i de allra flesta fall har intresse av att uppnå maximal omsättning. Jag menar det kan antas att detta intresse av att generera omsättning i högre grad kommer vara styrande vid beslutet än om de kan antas gynnas i detta avseende eller inte. Dessutom torde leverantörer i allmänhet räkna med att en viss andel av deras försäljning slutar med en kundförlust, och denna torde inte påverkas av en förbudsmöjlighet mot boet.

En annan sak är att det kan påverka vilka villkor leverantörer i allmänhet efterfrågar i deras relationer. De kan antas önska kortare kredittider eller säkerhet om deras position vid konkursförfarandet blir sämre till följd av förbud. Även här tror jag det kan antas att andra faktorer har större betydelse. Det finns vissa normer i de flesta branscher om vad som är normala kredittider och betalningsvillkor. De kan påverkas i någon mån, men jag tror förbuds betydelse för kredittiderna kan antas bli begränsad. Man kan fråga sig om det kan påverka de individuella förhandlingspositionerna företag emellan. Jag heller antar att de inte påverkas i högre grad.

7.2 Innehavare av företagshemligheter

7.2.1 Hantering av risker vid beslutsfattande

Det kan antas vara vanligt förekommande att innehavare av företagshemligheter överväger att dela företagshemligheter med andra. Det kan även antas bli vanligare i framtiden. Även om situationen som behandlas i undersökningen kan synas speciell kan konsekvenserna på samhällsligt plan bli av viss betydelse.

Avsaknad av förbudsmöjlighet kan möjligen förenkla beräkningen av risken med att dela med sig av en hemlighet till en affärspartner. Sannolikheten för en förlust av företagshemligheten bör i princip vara densamma som sannolikheten för att nämnda partner hamnar på obestånd. Då kan det bli enklare att ta ställning till om man ska dela med sig av en hemlighet eller inte. Eftersom konsekvenserna vid en förlust av kontroll är så svåra att överblicka framstår dock denna potentiellt ökade förutsebarhet mer som skenbar än verklig. Jag ifrågasätter att en sådan förutsebarhet skulle ha något värde för en innehavare.

Det tillkommer att det i allmänhet kan antas vara mycket svårt för ett företag som AB Neumann att tillförlitligt uppskatta sannolikheten för att en affärspartner hamnar på obestånd. Tänkbart är att bank eller kreditvärderingsinstitut kan användas för att bedöma sannolikheten. Detta kommer dock kosta pengar, innebära ytterligare former för motpartsrisker och man kan med visst fog ifrågasätta specialisternas förmåga att uppskatta sådan sannolikhet. Det eftersom sannolikheten för obestånd kan bero på så många variabler. Exempel på vad den kan

bero på är konjunktursvängningar, konjunkturkänslighet för företaget i fråga, risk för skandaler eller liknande hos förbindelsen som urholkar förtroendet för företaget, andra sorters kriser, branschens allmänna risknivå, företagets finansiella ställning, lämpligheten till företagsledningen och så vidare.

Avsaknaden av förbudsmöjlighet kan troligen inte undanröjas eller minimeras genom att skriva förutseende avtal. Konkursbon är inte bundna av dessa. Det kan verka avhållande vid beslut om information ska delas eller inte. Det ytterligare riskmomentet avsaknaden av skydd mot konkursboet innebär gör att riskerna i en del flera fall än tidigare vill väga över de potentiella vinsterna med att dela informationen. Fler innehavare kan därför antas välja att avstå från att dela information med andra.

Det kan vidare antas leda till att i en del fall då innehavaren ändå bestämmer sig för att dela information men att delning görs i mer restriktiva former än vad som annars vore fallet. Det kan handla om att tillgången på information begränsas, vilket kan leda till att samarbetet inte blir lika effektivt som det annars hade varit. Men det kan vara svårt att uppskatta vad som är en ”optimal” grad av informationsdelning. Vidare kan det medföra att innehavaren kräver mer värdefulla motprestationer av medkontrahenten för att dela information.

Risken för att konkurrenter får tillgång till deriverad information kan i viss mån kompenseras genom klausuler som innebär att medkontrahenten ska dela deriverad information med innehavaren.⁸⁴ Detta kan åtminstone i viss mån kompensera för risken som den ursprunglige innehavaren tar vid delandet av information.

7.2.2 Effekten på benägenheten att dela information är osäker

Utan förbud kan innehavare av företagshemligheter antas bli mindre benägna att dela information med affärsförbindelser. Detta argument bygger på antagandet att marknadens parter vill få god kännedom om reglerna och inrätta sig efter det. Ett ytterligare antagande är att de är medvetna om att det i princip alltid finns en risk för att deras samarbetspartner försätts i konkurs. Även om detta inte skulle stämma för alla näringsidkare menar jag antagandet är rimligt.

Skulle detta leda till att det skyddet för företagshemligheter i Sverige framstår som svagt kan det påverka svenska företags möjligheter att erhålla information från internationella företag. I så fall kan det antas påverka svenska företags konkurrenskraft i negativ riktning.

Ett motargument är att den ursprunglige innehavaren skyddas genom att ha ett tidsmässigt försprång i jämförelse med konkurrerande företag som får tillgång till informationen senare. Om den ursprunglige innehavaren har inarbetade rutiner för att utnyttja informationen vill denna kunna använda informationen snabbt. Ett konkursbo vill förmodligen bli uppmärksam

⁸⁴ Så kallade ”grant back”-klausuler. Om dessa, se Runesson, 2014, s. 51 ff.

på informationen först efter att det har gått lite tid. När boet får kännedom om informationen kan det vara svårt att omedelbart få en överblick över den. Det kan även ta tid innan konkursboet hittar något sätt att nyttja den, om boet alls hittar något sätt att nyttja den. Det kan antas i en del fall vara tillräckligt skydd för innehavarens konkurrensposition.

Dessutom vill en som kontinuerligt delar information ha möjlighet att avbryta delandet av ytterligare information när konkursen inträffar. En viktig egenskap med stora data är att de har vad som kallas hög hastighet. Det innebär att informationen kan bevakas och analyseras i närmast realtid.⁸⁵ Sådan realtidsinformation vill inte konkursboet ha någon möjlighet att erhålla om avtalet avbryts vid konkursen. Detta gör att konkursboets fördelar är något mindre än vad som annars vore fallet. Ursprungliga innehavare som genererar information kan antas ha fortsatt tillgång på realtidsinformation, vilket kan fungera som ytterligare ett skydd för deras konkurrensposition.

Det kan antas vara sällsynt att konkursbon skulle offentliggöra information, eftersom det förefaller oftast sakna kommersiell nytta för boet. Troligtvis är det sällan som konkursbon offentliggör sådan information. Men köpare kan genom förvärv av konkursbon få tillgång till information som de annars inte hade fått tillgång till. Detta kan i sin tur öka konkurrensen på marknaderna. Detta kan främja det allmänna intresset av sund konkurrens.

Som framgår är det även i förhållande till intresset av att information sprids i näringslivet argument som talar i olika riktningar. Det är osäkert i vilken mån antagandena stämmer med verkligheten och det är svårt att göra någon prognos om intresset av informationsspridning skulle gynnas eller inte av ena, än den andra lösningen.⁸⁶

7.2.3 Osäkerhet kan minska investeringsviljan

Osäkerheten kan i sig antas påverka investeringsviljan negativt. Incitamenten att investera i olika sorters samarbeten kan antas minska i linje med det som har sagts ovan om ökad risk för förlust av rättslig kontroll över informationen. Visserligen innebär obeståndsriskerna en befintlig risk för att samarbetet fallerar. Denna kan inte undanröjas genom starkare kontroll över information. Samarbetet kan troligtvis inte fortsätta, och om det kan fortsätta sker det troligen inte i samma form som innan. Detta kan antas minska utsikterna till avkastning för gjorda investeringar. Men det kan också bero på de individuella omständigheterna.

Om informationen dessutom får viss spridning till följd av konkursen kan konsekvenserna bli mer allvarliga för den ursprungliga innehavaren. Med enbart en affärsförbindelses obestånd att hantera, kan vissa avkastningsutsikter räddas. Det kan vara fallet om viss kunskap har genererats genom samarbetet eller vissa marknadsandelar redan har vunnits. Men om informationen får viss spridning kan även sådana som står i en mer direkt konkurrensrelation

⁸⁵ Kitchin, 2014, s. 68.

⁸⁶ Jfr SOU 1983:52 s. 269 f.

till den ursprunglige innehavaren ta del av informationen. Är informationen värdefull vill denna kunna dra nytta av informationen i konkurrensen med den ursprungliga innehavaren, vilket kan leda till en förlust av marknadsandelar som annars hade tillfallit den ursprunglige innehavaren.

Risken vid delningen kan sägas vara tudelad. Dels är det en risk för att delning av information kan skada den ursprunglige innehavaren relativt till den konkurrensposition som finns innan samarbetet inleds. Dels är det en risk för att avsaknad av kontroll vid konkurssituationen kan leda till att den förväntade avkastningen från investeringen blir lägre. Båda faktorer kan inverka vid en ursprunglig innehavares beslut om huruvida information ska delas eller inte.

Förekomsten av riskerna kan leda till att förväntad avkastning minskar. Därmed kan det antas att innehavare inte vill ta utgifter för att skapa, hantera och nyttiggöra information. Det kan bli en bättre strategi att försöka förvärva information och analyser från exempelvis konkursbon. Det skulle vara en negativ effekt för målet att främja investeringsviljan.

8 Konfliktbeskrivningar kan vinklas till förmån för olika intressenter

Det kan vara rimligt att den som investerar och lägger ner arbete i något ska få skörda frukterna av nedlagda investeringar och arbete.⁸⁷

8.1 Fokus på AB Neumanns investeringar

AB Neumann har över flera år investerat i att bygga upp en plattform. Den användarbas och den publicitet Torvalls AB får tillgång till genom att sälja på plattformen är ett resultat av dessa investeringar över tid. Användarbasen och publiciteten är i sin tur en nödvändig förutsättning för att Torvalls AB kan generera den information om användarna som har genererats. Torvalls AB:s möjligheter att samla in information är därför till viss del ett resultat av AB Neumanns investeringar. Torvalls AB har erhållit informationen från AB Neumann, och konkursboet har erhållit informationen genom Torvalls AB. Konkursboets informationsinnehav hade därför inte varit möjligt om det inte var för AB Neumanns investeringar. Eftersom AB Neumann ska njuta skördarna av sina investeringar är det orimligt att konkursboet ska kunna tillgodogöra sig informationen utan att AB Neumann får någon fördel. Det är också en risk för att konkursboet genom förvaltningen och avvecklingen offentliggör uppgifter så att AB Neumanns skydd enligt företagshemlighetslagen mot andra utomstående försvinner. Att behöva utsättas för denna risk och även att förlora hemlighetsskyddet kan framstå som obilligt.

8.2 Fokus på borgenärernas investeringar

Torvalls AB har behövt investera i verksamheten för att kunna erbjuda produkter eller tjänster som användarna hos AB Neumann är intresserade av. Detta har AB Neumann haft nytta av, genom att det kan antas ha genererat ökat intresse för AB Neumanns plattform och ökade möjligheter för AB Neumann att samla in information i eget intresse. Även Torvalls AB:s investeringar har således varit en nödvändig förutsättning för att information ska kunna samlas in på det sätt som har gjorts.

Torvalls AB är ett aktiebolag. Visserligen är det ägarna som ofta framhålls som de viktigaste investerarna i verksamheten. Men även borgenärer investerar i verksamheten och är oftast nödvändiga för att verksamheten ska kunna utvecklas. Så är fallet även hos Torvalls AB. Det är det som motiverar att borgenärerna kan tillgodogöra sig Torvalls AB:s förmögenhet vid en konkurs. AB Neumann hade inte kunnat samla in informationen i fråga och delat denna med Torvalls AB om det inte var för att Torvalls AB:s borgenärer hade investerat och haft ett

⁸⁷ Rognstad, 2018, s. 35.

intresse i verksamheten. Därför är obilligt att borgenärerna inte ska kunna tillgodogöra sig informationens värde och nytta i konkursboet.

8.3 Även AB Neumann är en borgenär

Det kan vara vilseledande att beskriva AB Neumann som något annat än en borgenär. Även om anspråket kan ha en annan form än bankernas är AB Neumann fortfarande att se som en borgenär i Torvalls AB:s konkurs. Frågan kan då vändas på så sätt att det blir en fråga om varför Lampan ska gynnas framför övriga borgenärer i Torvalls AB:s konkurs. När problemet beskrivs på detta sätt framstår det som rimligare att AB Neumann inte ska kunna kontrollera konkursboet alls.

Även beskrivet på detta sätt kan det finnas skäl att se det som rimligt att AB Neumann gynnas. Medan konsekvenserna för åtminstone professionella kreditgivare, obeaktat om det är banker eller leverantörer, kan antas bli begränsade genom att kreditförlusten kan spridas ut på ett större antal låntagare och kunder, kan konsekvenserna för AB Neumann konkurrensförmåga i värsta fall bli allvarliga.

Argumentationen förutsätter en viss syn på vem borgenären är. Bland borgenärerna kan förutom banker och andra näringsidkare även förekomma en morfar med ett regressanspråk efter att han har till en bank fullgjort en borgensförpliktelse till förmån för ett barnbarn som har startat Torvalls AB. Med en sådan beskrivning kan det vara lättare att sympatisera med borgenärerna, och det kan antas att det i vissa fall förekommer även sådana "mjuka" borgenärer.

Situationen kan presenteras på olika sätt. Beroende på perspektivet blir presentationen ägnad att hos mottagaren generera sympatier för olika parter.

9 Sammanfattning, avvägning och slutsats

9.1 Sammanfattning av argumenten som använts och deras riktningar

Frågan är om konkursboets hantering av informationen kan anses utgöra ett obehörigt angrepp enligt 4 § LFH. Lagtexten ger inte ett svar på frågan. Situationen behandlas inte i förarbetena och det saknas veterligen praxis. Visserligen förekommer några uttalanden om näraliggande ämnen i litteraturen, men dessa accepteras inte okritiskt.

För att söka ledning har mål med relevanta regleringar identifierats. Det bedömdes att målen kan vara motstridiga.

Å ena sidan har det antagits att avsaknad av kontroll kan medföra negativa konsekvenser för AB Neumann på grund av hårdare konkurrens från konkursboet och risker för spridning av information. Å andra sidan har det antagits att kontroll kan medföra nackdelar för borgenärerna, dels i form av hanteringskostnader, dels i form av utebliven nytta. Detta särskilt om flera innehavare kan framställa anspråk i konkursen. Även dessa argument talar i olika riktningar.

För kollektivet av innehavare har det identifierats argument för och emot ett förbud. Å ena sidan är det en fördel för de innehavare som skulle hamna i en situation där en affärsförbindelse hamnar på obestånd och det skulle kunna förbättra förutsättningarna för delning av information på marknaden. Å andra sidan kan nackdelar för borgenärer medföra försämrad tillgång på kredit.

Liknande kan sägas om borgenärskollektivet. Å ena sidan är det en nackdel om förbud kan meddelas när deras gäldenärer hamnar på obestånd, särskilt när gäldenärer kan antas inneha information från flera olika källor. Å andra sidan kan förbud öka sannolikheten att innehavare av företagshemligheter betalar sina skulder, vilket kan gynna borgenärer som beviljar kredit till sådana aktörer.

Vidare kan det ses som rättvist att förbud meddelas, eftersom informationen är ett resultat av AB Neumanns investeringar. Däremot har anförts bland annat att borgenärer också har bidragit till finansiering av verksamheten, och att det därför kan ses som rättvist att de får tillgodogöra sig värdet av dessa.

I nästan samtliga kategorier finns det argument både för och emot att konkursboet ska anses göra ett obehörigt angrepp på AB Neumann genom informationshanteringen. En avvägning bör därför göras.

9.2 Avvägning

Varken lagtext eller förarbeten ger något tydligt svar. Jag har inte kunnat identifiera några bärande skäl till att målet att skydda investeringar och konkurrenskraft skulle vara mer eller mindre viktigt än att maximera borgenärernas utdelning och att ha öppen konkurrens på kort sikt. Medan konkursinstitutet och fri konkurrens har traditionen med sig, kan företagshemligheterna antas få ökande ekonomisk betydelse. Jag bedömer att målen som en utgångspunkt är ungefär lika eftersträvansvärda.

Såväl förbud som fritt nyttjande för boet kan främja relevanta mål. I historien om AB Neumann och Torvalls AB kan en ordning med fri möjlighet för konkursboet att agera som det vill främja borgenärernas intresse av maximal utdelning, som är ett mål med konkursreglerna. Ett identifierat mål med näringsfriheten är öppen konkurrens och frihet att nyttja information utan hinder. Å ena sidan kan frihet för boet öka konkurrensen på kort sikt, vilket ligger i linje med det identifierade målet. Å andra sidan kan konkurrensen minska på längre sikt, om konsekvenserna för AB Neumann blir tillräckligt allvarliga. Detta skulle motverka målet av öppen konkurrens på längre sikt och samtidigt försvaga svenskt näringslivs konkurrenskraft.

Med ett förbud mot konkursboet kan AB Neumann antas möta en mindre grad av konkurrens från konkursboet, eftersom boet inte kan dra nytta av informationen. AB Neumann kan antas få högre omsättning och högre marknadsandelar. Dessa konsekvenser ligger i linje med målet att skydda AB Neumanns investeringar. På kort sikt kan de motverka målet att uppnå öppen konkurrens och fri informationsutnyttjande. Om det skyddar AB Neumanns investeringar mot konkurrens AB Neumann inte kan bära kan det främja öppen konkurrens på längre sikt och därmed svenskt näringslivs konkurrenskraft.

Det är svårt att bestämma om AB Neumann eller Torvalls AB:s borgenärer drabbas mest av en bedömning i den ena eller den andra riktningen. När det enbart är AB Neumann som riktar ett anspråk på information mot konkursboet och ett förbud enbart skulle avse utnyttjande och röjande av ostrukturerad och strukturerad information, men inte deriverad information, verkar de negativa konsekvenserna av konkursboets fria utnyttjande vara allvarligare för AB Neumann än vad konsekvenserna av ett förbud är för Torvalls AB:s borgenärer. Resonemanget förutsätter att konkurrensrelationen är relativt stark och att det enbart är AB Neumann som riktar anspråk mot boet. Det är sannolikt att en svagare konkurrensrelation vill göra konsekvenserna mindre allvarliga för AB Neumann. Det är också sannolikt att förekomsten av anspråk från andra innehavare vill göra konsekvenserna allvarligare för Torvalls AB:s borgenärer.

Det kan vara svårt att bedöma vem som bäst kan hantera risker för medkontrahents obestånd. På grund av att konkursboet som utgångspunkt inte påverkas av avtal verkar det som att innehavare har sämre möjligheter att påverka deras eget risktagande än kreditgivare. Alternativet för innehavare är främst att avstå från att dela information. Kreditgivare har

möjlighet att försträcka mindre summor och att kräva annan säkerhet. I denna del menar jag därför argumenten för ett förbud är starkare än argumenten mot.

Borgenärskollektivets och innehavarkollektivets intressen kan vara sammanfallande i vissa avseenden. Ett avseende är att även borgenärskollektivet har intresse av att deras gäldenärer inte drabbas av överraskande och svåra konsekvenser i samband en medkontrahents obestånd. Jag menar detta gemensamma intresse är ett beaktansvärt argument för ett förbud. Ett annat avseende är att både innehavarkollektivet och borgenärskollektivet kan ha ett intresse av att information kan få spridning genom konkursbon. Argumentet är beaktansvärt.

Borgenärernas intresse av att kunna förutse utfallet av och att kunna dra maximal nytta av värdet kan i en konkret konkurs under enklare förhållanden vara av lägre betydelse. Osäkerheten kan vara hög redan utan möjlighet att meddela ett förbud. En möjlighet för AB Neumann att få utverkat ett förbud innebär också en möjlighet för andra innehavare att få utverkat förbud. Risken för att en mängd anspråk på information regelmässigt framställs mot konkursbon är enligt min uppfattning ett argument mot vitesförbud som ska tillmätas betydande vikt vid sammanvägningen.

Det kan verka som att investeringsviljan och förutsättningarna att dela information i nätverk gynnas i hög utsträckning av en möjlighet att få utverkat ett förbud mot konkursbon. Detta är dock en osäker bedömning. Det det faktiska tidsförsprånget en innehavare har kan i de flesta fall antas vara tillräckligt för att tillgodose deras intresse av försteg i konkurrensen. Möjlighet att avbryta delning vid konkursutbrott och förekomsten av ”grant-back” kan bidra ytterligare till ett faktiskt skydd. I utgångspunkten väger detta argument för ett förbud relativt tungt, men på grund av förekommande skyddsmöjligheter begränsas styrkan i argumentet.

Vilken parts investering det är mest rättvist att skydda har jag mycket svårt att avgöra. Som jag påtalade i avsnitt 8 beror reaktionen i hög utsträckning på hur konflikten presenteras. Min bedömning är att det finns goda skäl att skydda båda AB Neumann och borgenärerna. I denna del ser jag därför skälen för och emot ett förbud som ganska likvärdiga.

Till förmån för ett vitesförbud talar argumenten om att borgenärerna har bättre möjlighet att bära riskerna samt att konsekvenserna för innehavare i det enskilda fallet kan bli stora. I utgångspunkten talar förutsättningarna för att dela information för ett vitesförbud. Målens värde och rättvisan är enligt min bedömning neutrala. Att spridning genom konkurs kan gynna både innehavarkollektivet och borgenärskollektivet talar mot ett vitesförbud. Argumentet om att förekomsten av vitesförbud kan ställa till med oreda som en följd av mängder med anspråk på information talar mycket starkt mot att vitesförbud ska meddelas. Då siktar jag först och främst på den allmänna osäkerhet som kan drabba borgenärer till följd av risken att sådana anspråk regelmässigt riktas mot konkursbon. Konsekvenser för enskilda borgenärer i enskilda fall väger inte lika tungt, trots att de potentiellt kan bli allvarliga. Detta argument är enligt min bedömning det viktigaste argumentet jag har tagit upp. Sammantaget är min bedömning därför att övervägande skäl talar mot att konkursboet ska underkastas kontroll av AB Neumann. Detta trots att argumenten till fördel för AB Neumann är flera till

antalet. Eftersom det på grund av Torvalls AB:s och borgenärernas bidrag till värdet finns starkare skäl mot ett förbud beträffande deriverad information finns det inte anledning att göra någon skillnad i bedömningen för de olika informationstyperna.

9.3 Slutsats

Eftersom övervägande skäl talar mot att konkursboet ska kontrolleras av AB Neumann, ska konkursboets hantering av informationen inte ses som ett obehörigt angrepp enligt 4 § LFH.

10 Diskussion

I uppsatsen har jag diskuterat en intressekonflikt mellan företagshemlighetsinnehavares och dennas affärsförbindelses borgenärer när affärsförbindelsen försätts i konkurs. Jag har använt en konstruerad konfliktsituation för att illustrera problematiken. Konflikten handlar om information och vem som ska få agera på visst sätt eller hindras från att agera på visst sätt.

De regelkomplex som vanligen reglerar liknande situationer passar inte särskilt väl för situationen. Dessutom är samordningen mellan regelkomplexen bristfällig. Som jag ser det finns det två principiellt motstridande utgångspunkter, som kan påverka argumentationen i den ena eller andra riktningen. Det ena perspektivet tar utgångspunkt i konkurssystemet och borgenärernas intressen, det andra perspektivet tar utgångspunkt i immaterialrätten och de enskilda innehavarnas intressen.

En sak jag har önskat visa är att situationen kan analyseras utifrån de regler vi har. Det är flera möjliga vägar att gå. I analysen har jag försökt att i hög utsträckning ta hänsyn till konsekvenser och sakliga skäl för olika ställningstaganden. Jag har använt en ganska fristående syn på bundenheten vid traditionella rättskällor. Det motiveras av att det inte finns några direkt anpassade regler för situationen. Men det kan antas att min grundsyn på rätten påverkar mig i detta avseende. Andra jurister kan ha metodiska invändningar mot det jag har gjort. En tänkbar invändning är att det är självklart att ett konkursbo inte kan göra ett obehörigt angrepp och att det följer av ordalydelsen och förarbetena samt det att företagshemligheter ska antas sakna sakrättsligt skydd.

Jag menar en fördel med min metod är att de intressen som gör sig gällande i konflikten utförligt presenteras och diskuteras. Det kan vara en svårighet med metoden att den visar att det finns flera sätt att analysera frågan på. Det blir tydligt att det handlar om val och ställningstaganden samt att det inte är givet vilka val som bör göras.

Det blir tydligt att de juridiska resonemangen bygger på antaganden om verkligheten och om orsakssamband mellan olika händelser. De bygger på kunskap som har förvärvats genom litteraturstudier och praktiskt förnuft. En del av dessa antaganden kan sannolikt forskas på genom empiriska studier av olika slag. Dyligt ligger utanför ramen för min expertis. Tvärvetenskapliga studier skulle kunna vara ett bra alternativ. I vilket fall har jag inte kunnat göra sådana undersökningar när jag har skrivit uppsatsen.

När problemen analyseras på denna detaljnivå kan det också bli utmanande att strukturera presentationen på ett sätt som gör det enkelt för läsaren att följa resonemangen. På vissa ställen finns det resonemang som ligger på gränsen mellan rena upprepningar och sakligt liknande argumentation som dock ses från något olika perspektiv.

Problemen är komplexa och kan analyseras utifrån olika regelkomplex, intressen och verklighetsbilder. Jag har valt att avgränsa uppsatsen på ett visst sätt. Bristen på utrymme och

tid gör det ändå motiverat att avgränsa problemet på det sätt jag har gjort, låt vara att avgränsningen säkerligen är diskutabel på enskilda punkter.

Jag menar att liknande synpunkter som de jag har tagit upp kan vara relevanta även i andra situationer än den konkret behandlade. Då syftar jag främst på liknande situationer. Jag ser det som sannolikt att de vill vara relevanta även där. Detta mitt uttalande ska inte tolkas som att jag ser uppsatsen som någon rättskälla eller innehavande någon auktoritet. Vilken relevans olika argument kan ha för liknande konflikter får bedömaren själv ta ställning till utifrån de föreliggande omständigheterna.

Jag har föreslagit en lösning. Förslaget är inte uppsatsens viktigaste bidrag. Jag har tvekat när jag har tagit ställning. Det har inte heller varit en ambition att slutligt ta ställning till frågan. Mitt bidrag är först och främst ett bidrag till belysning av några olika intressen som kan göra sig gällande i en konflikt avseende information. Det är en rad aspekter som tas upp till behandling. De kan ge läsaren anledning till ytterligare funderingar. Jag menar också att lösningsförslaget har tvingat mig att försöka värdera de olika intressena på ett sätt som bidrar till ytterligare belysning av frågorna. Detta kan andra sedan bygga vidare på genom kritik och omprövning.

Med andra ord menar jag att uppsatsen trots sina brister ger läsaren goda möjligheter att bilda en egen uppfattning om hur en intressekonflikt mellan företagshemlighetsinnehavare och borgenärer kan analyseras och hur en avvägning kan göras. Den öppna argumentationen bidrar till detta. Därför är metoden lämplig för syftet. Sannolikt är inte det sista sagt om problemen.

11 Källförteckning

11.1 Författningar

Kommissionslag (2009:865) (cit. KomL).

Konkurslag (1987:672) (cit. KonkL).

Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform (cit. RF).

Lag (1936:81) om skuldebrev (cit. SkbrL).

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (cit. URL).

Lag (1991:351) om handelsagentur (cit. HaL).

Lag (2018:558) om företagshemligheter (cit. LFH).

11.2 EU

Anderson, R. & Turner, S. (2011). *Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes)*, MARKT/2010/20/D, Hogan Lovells International LLP.

Begäran om förhandsavgörande i mål C-927/19, *Ecoservice m.fl.*

Commission Staff Working Document, Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Protection of Undisclosed Know-how and Business Information (Trade Secrets) Against their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure, SWD (2013) 471 final, 2013 Bryssel, tillgänglig via <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0471&from=EN> (cit. Konsekvensutredningen).

Crémer, J., de Montjoye, Y.A. & Schweitzer, H. (2019). *Competition Policy for the Digital Era*, final report, European Commission, tillgänglig via <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (hämtad 2020-12-17).

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs, Europeiska unionens officiella tidning, L 157/1 (cit. direktivet).

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning), Europeiska unionens officiella tidning, L 119/1 (cit. Dataskyddsförordningen).

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, 2010, Europeiska unionens officiella tidning, C 83/02 (cit. EU:s rättighetsstadga).

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (konsoliderad version), 2012, Europeiska unionens officiella tidning, C 326/01 (cit. FEUF).

de Martinis, L., Gaudino, F. & Respass III, T.S. (2013). *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, Final Study, MARKT/2011/128/D, Baker McKenzie (cit. de Martinis-rapporten).

11.3 Propositioner

Proposition 1919:269, med förslag till lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens m.m.

Proposition 1987/88:155, om skydd för företagshemligheter.

Proposition 2017/18:200, En ny lag om företagshemligheter.

11.4 Statens offentliga utredningar

SOU 1966:71, Otillbörlig konkurrens.

SOU 1983:52, Företagshemligheter.

SOU 1987:1, Otillbörlig efterbildning.

SOU 2008:63, Förstärkt skydd för företagshemligheter.

SOU 2015:65, Om Sverige i framtiden – en antologi om digitaliseringens möjligheter.

SOU 2015:91, Digitaliseringens transformerande kraft – vägval för framtiden.

SOU 2016:85, Digitaliseringens effekter på individ och samhälle – fyra temarapporter.

SOU 2016:89, För digitalisering i tiden.

SOU 2017:45, Ny lag om företagshemligheter.

SOU 2018:1, Ett reklamlandskap i förändring – konsumentskydd och tillsyn i en digitaliserad värld.

SOU 2020:38, Ökad trygghet för visseblåsare.

SOU 2020:55, Innovation genom information.

11.5 Departementspromemorior

Ds 2013:19, Svenska framtidsutmaningar. Slutrapport från regeringens framtidskommission.

Ds 2020:26, Bättre skydd för tekniska företagshemligheter.

11.6 Rättspraxis

NJA 1998 s 633.

NJA 2001 s. 362.

NJA 2009 s. 695.

Falu tingsrätt dom 2020-03-26 i mål nr T 2921–18.

11.7 Litteratur

Agell, A. Adekvans eller skyddsändamål. Om rättsvetenskaplig metod och skadeståndsrättslig regelbildning, JT 1994/95 s. 799.

Ammerman, W. (2019). *The invisible brand: marketing in the age of automation, big data, and machine learning*. New York: McGraw-Hill.

Andreasson, J. (2010). *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet: en förmögenhetsrättslig undersökning*. Diss. Göteborg: Göteborgs universitet, 2010. Göteborg.

Bernitz, U., Pehrson, L. & Rosén, J. (2017). *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*. (14. uppl.). Stockholm: Jure.

Bernitz, U. (1993). *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare*. Stockholm: Norstedts juridik.

- Bernitz, U. (2019). *Svensk och europeisk marknadsrätt 1 Konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*. (5. Uppl.). Stockholm: Norstedts Juridik
- Bernitz, U. (2020). *Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten*. (2. uppl.). Stockholm: Norstedts juridik.
- Bjarup, J. recension av Alexander Peczenik: Juridikens teori och metod, JT 1995/96 s. 1174.
- Bjarup, J. (2007). Jakob v. H. Holtermann og Jens Ryberg (red.): Alf Ross: Kritiske gensyn, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 120(05), Artikel 8 (idunn.no).
- Blandhol, S. (2004). Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 117(03), Artikel 3 (idunn.no).
- Blandhol, S. (2020). Rettspragmatismen i perspektiv. *Kritisk juss*, 51(03), Artikel 2 (idunn.no).
- Blandhol, S. (2005). Hva er pragmatisme?. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 118(04-05), Artikel 2 (idunn.no).
- Bolding, P.O. Domarens sociala tillhörighet, SvJT 1974 s. 459.
- Dalberg-Larsen, J. (2006). Sverre Blandhol: Nordisk rettspragmatisme. Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 119(04-05) Artikel 6 (idunn.no).
- Dalberg-Larsen, J. (2009). Hans Petter Graver: Juridisk overtalelsekunst, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 122(04-05) Artikel 10 (idunn.no).
- Dalberg-Larsen, J. (2011). Hans Petter Graver: Hva er rett, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 124(05), Artikel 5 (idunn.no).
- Domeij, B. (2010). *Patentavtalsrätt: licenser, överlåtelser och samägande av patent*. (2., [uppdaterade och rev.] uppl.) Stockholm: Norstedts juridik.
- Domeij, B. (2016). *Från anställd till konkurrent: lojalitetsplikt, företagshemligheter och konkurrensklausuler*. Stockholm: Wolters Kluwer.
- Domeij, B. (2019). *Patent och företagshemligheter*. (2. uppl.). Uppsala: Iustus förlag.
- Fahlbeck, R. Företagshemligheter på vandring – vandringsdegeneration?. JT 2016/17 s. 817.
- Fahlbeck, R. (2019). *Lagen om företagshemligheter: en kommentar och rättsöversikter*. (4. uppl.). Stockholm: Norstedts Juridik.
- Graef, I. (2016). *EU competition law, data protection and online platforms: Data as essential facility*. (International Competition Law Series; Vol. 68). Kluwer, Law International.

- Graver, H.P. (2000). Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 133(03-04), Artikel 2 (idunn.no).
- Graver, H.P. (2007). Fornuft og følelser – om klassisk retorikk som modell for moderne juridisk metode. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 120(04), Artikel 1 (idunn.no).
- Graver, H.P. (2008). Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 121(02), Artikel 1 (idunn.no).
- Graver, H.P. (2011). Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 124(02), Artikel 3 (idunn.no).
- Hellner, J. anm. A. V. Lundstedt. Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten. IV. Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar, SvJT. 1954 s. 583
- Hellner, J. Rättsteori och rättsvetenskap, JT 1996/97 s. 535.
- Heuman, L. Metodutvecklingen inom doktrinen, JT 2020/2021 s. 25.
- Hult, P. Lagens bokstav och lagens andemening, SvJT 1952 s. 579
- Håstad, T. (2000). *Sakrätt avseende lös egendom*. (6., omarb. oppl.). Stockholm: Norstedts juridik
- Irgens-Jensen, H. (2010). *Bedriftens hemmelighet - og rettighet?: immaterialrett, kontraktsrett og konkurranserett møtes*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Kellgren, J. Innovationsskatterettsdogmatik – en populärrättsvetenskaplig metoddiskussion, Skattenytt 2020 s. 812.
- Kitchin, R. (2014). *The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences*. London: SAGE Publications.
- Kleineman, J. Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla, JT 1994/1995 s. 621
- Koktvedgaard, M. (1965). *Konkurrenceprægede immaterialretspositioner: bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret*. Diss.. København.
- Lambertz, G. Nyttig och onyttig rättsvetenskap, SvJT 2002 s. 261
- Laudon, K.C. & Traver, C.G. (2018). *E-commerce 2017: business, technology, society*. (13. globala oppl.) Harlow: Pearson.

Levin, M. (2019). *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönster- och formgivningrätt, känneteckensrätt - i Sverige, EU och internationellt*. (12. uppl.). Stockholm: Norstedts Juridik

Lundstedt, A.V. Är det metafysik att beakta samhällets intressen i rättsvetenskapen? Svar till Doktor Alf Ross, SvJT 1932 s. 537

Lundstedt, A.V. Fiktion eller sanning i juridiken? SvJT 1924 s. 241

Martinson, C. (2010). Sakrätt avseende annat än egendom. I G. Lambertz, S. Lindskog & M. Möller (Red.) *Festskrift till Torgny Håstad* (s. 529–569). Uppsala: Iustus.

Martinson, C. (2015). *En struktur över kredit- och exekutionsrätten* (5. uppl.). Göteborg: Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, Juridiska institutionen.

Martinson, C. (2018). *Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat: och totalt tjugo konkreta exempel på forskning kring bankjuridiska teman som illustrerar vad en resultatriktning skulle kunna tillföra i förmögenhetsrätten*. Uppsala: Iustus förlag.

Martinson, C. (2019). Är den nordiska rättskulturella tanketraditionen ofullgånngen?. *Tidskrift for Rettsvitenskap*, 132(03–04), Artikel 1 (idunn.no).

Mellqvist, M. & Welamson, L. (2017). *Konkurs och annan insolvensrätt*. (12. uppl.). Stockholm: Wolters Kluwer.

Mellqvist, M. Claes Martinson, Femton förmögenhetsrättsliga forskningsresultat, Uppsala 2018, 604 s.. SvJT 2019 s. 979.

Mæhle, S.S. (2015). Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk – i lys av grunnleggende forskningsverdier. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 128(02), Artikel 1 (idunn.no).

Möller, M. (1988). *Konkurs och kontrakt: om konkursboets inträde i gäldenärens avtal = [Bankruptcy and contracts] : [on the bankruptcy estate's entry into the debtor's contracts]*. Diss. Uppsala: Univ.. Uppsala.

Olivecrona, K. anm. av Vilhelm Lundstedt. Legal Thinking Revised. My Views on Law., SvJT 1957 s. 551.

Peczenik, A. recension av Svensk rättsvetenskap 1947-1997 (Stig Strömholm red.), JT 1997/98 s. 1244.

Peczenik, A. Värdenihilismen och den konstruktiva juridiken, JT 1998/1999 s. 462.

Peczenik, A. Den normativa rättsvetenskapens rättsbildande roll. En replik, JT 2000/01 s. 228.

Persson, A.H., Levin, M. & Wolk, S. (Red.) (2002), *Immaterialrätt & sakrätt*. Stockholm: Juridiska fakulteten, Univ..

Petrusson, U. Den rättsvetenskapliga forskningens roll – Vad bör den rättsvetenskapliga forskningen syssla med och varför? Rapport från rättssymposium den 22–23 november 2001 på Häringe slott, SvJT 2002 s. 217

Rognstad, O. (2018). *Property Aspects of Intellectual Property* (Cambridge Intellectual Property and Information Law). Cambridge: Cambridge University Press.

Runesson, E.M. (2014). *Licens till patent och företagshemligheter i avtals- och kontraktsrätten*. Stockholm: Norstedts juridik.

Sharda, R., Delen, D. & Turban, E. (2017). *Business intelligence, analytics and data science. a managerial perspective*. (4 ed., Global edition). Harlow, UK: Pearson.

Strong, C. (2015). *Humanizing Big Data: Marketing at the Meeting Point of Data, Social Science & Consumer Insight*. London: Kogan Page.

Strömholm, S. (1970). *Upphovsrättens verksbegrepp*. Stockholm: Norstedt.

Wainikka, C. (2002). Sakrättsliga aspekter på företagshemligheter. I A.H. Persson, M. Levin & S. Wolk (Red.), *Immaterialrätt & Sakrätt* (s. 245): Juridiska fakulteten, Univ..

11.8 Övrigt

Artificiell intelligens i Sverige, 2020, SCB, tillgänglig via http://share.scb.se/OV9997/data/uf0301_2019a01_br_xftbr2001.pdf (hämtad 2020-12-17).

Data Brokers. A Call for Transparency and Accountability, Federal Trade Commission, 2014, tillgänglig via <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf> (hämtad 2020-12-17), (cit. FTC 2014).

Data som strategisk resurs i små och medelstora företag. Kartläggning och analys av tretton branscher, 2020, Tillväxtverket pub. nr. 0324, tillgänglig via <https://tillvaxtverket.se/download/18.6eb2dc8b1754f19d38e165d7/1603722422433/Data+so+m+strategisk+resurs,+slutrapport+200605.pdf> (hämtad 2020-12-17).

Digital Platforms and the Potential Changes to Competition Law at the European Level. The View of the Nordic Competition Authorities, 2020, de nordiska konkurrensverken, tillgänglig via https://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/nordiska/nordic-memorandum-digital-platforms-and-the-potential-changes-to-competition-law-at-the-european-level_september2020.pdf (hämtad 2020-12-17).

För ett hållbart digitaliserat Sverige – en digitaliseringsstrategi, dnr N2017/03643/D, tillgänglig via https://www.regeringen.se/49adea/contentassets/5429e024be6847fc907b786ab954228f/digitaliseringsstrategin_slutlig_170518-2.pdf (hämtad 2020-12-17).

Konkurrensverket uppdragsforskning 2020:4, Stefan Larsson, Dataekonomier – om plattformar, tredjepartsaktörer och behovet av transparens på digitala marknader, tillgänglig via <https://www.konkurrensverket.se/publikationer/#pub-1> (hämtad 2020-12-17).