



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Franceska Paulina Leichert

Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse

Examensarbete
30 ECTS

Per Norberg

Arbetsrätt, Konkurrensrätt

HT 2007

Innehåll

ABSTRACT	4
SAMMANFATTNING	6
FÖRORD	9
FÖRKORTNINGAR	10
1 INLEDNING	1
1.1 Bakgrund	1
1.2 Syfte och frågeställning	2
1.3 Metod och material	3
1.4 Disposition	3
2 ALLMÄNT OM KONKURRENSKLAUSULER	4
2.1 Inledning	4
2.2 FHL	5
2.3 Olika situationer	6
2.3.1 Företagsöverlåtelser	7
2.3.2 Anställningsavtal	8
2.3.3 Handelsagenter	11
2.3.4 Bolagsavtal	13
3 KONKURRENSRÄTTEN	14
3.1 Inledning	14
3.2 Konkurrenslagen ändras	14
3.2.1 Tillämpningsförfordningen	15
3.3 EG-rättslig konkurrensrätt	16
3.3.1 Materiella regler	17
3.3.1.1 Artikel 81	18
3.3.1.2 Artikel 82	19
3.3.1.3 Samhandelskriteriet	20
3.3.2 Konkurrensbegränsande samarbete	22
3.3.2.1 Kvalitativ märkbarhet	23

3.3.2.1.1	Den kvalitativa märkbarhetsbedömningen	23
3.3.2.2	Kvantitativ märkbarhet	24
3.3.2.3	Avtalskriteriet	25
3.3.3	Företagskoncentrationen	27
3.4	Svensk konkurrensrätt	27
3.4.1	Allmän uppbyggnad	27
3.4.1.1	Syfte och ändamål	28
3.4.1.2	Skyddsintresset	28
3.4.1.3	Tillämpningsområde	29
3.4.2	Förbud mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag	29
3.4.3	Förbud mot missbruk av dominerande ställning	30
3.5	Accessoriska begränsningar	30
3.5.1	Accessoriska begränsningar och EG-rätten	31
3.5.2	Accessoriska begränsningar och konkurrensklausuler	32
3.6	Rättspraxis	33
4	KONKURRENSKLAUSULER VID FÖRETAGSÖVERLÅTELSE – AVTALSÄTTSLIG/ARBETSÄTTSLIG ASPEKT	36
4.1	Inledning	36
4.2	Avtalsrättsliga principer relevanta för bedömningen av konkurrensklausulers giltighet	37
4.3	Rättsläget före 1976 års lagändring	40
4.4	1969 års överenskommelse	44
4.5	Rättsläget efter 1976 års lagändring	47
5	SVENSK RÄTTSPRAXIS	50
5.1	AD	50
5.2	HD	56
5.3	MD	58
5.4	KKV	60
6	ANALYS	68
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	71
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	75

Abstract

A conveyance of a business company is one of the most important transactions in life and is often a complicated and time consuming process concerning an agreement with oneself, colleagues, customers and suppliers. It is of importance to put the competitor in quarantine by so called noncompetition clauses. A noncompetition clause is often combined with a fine.

In accordance with the 38 § AvtL, one can see that noncompetition clauses as main rule are valid if they are not unreasonable. When assessing the reasonability, an adjustment takes place of the internal interests of the parties in the condition of the contract. Also, 36 § AvtL, concerning all contracts and terms of contracts, can be affected by a noncompetition clause.

A noncompetition clause can also affect a third party standing outside the condition of the contract. From a foremost judicial anti-trust perspective, the contract can thus affect the competition in the market, which is to a disadvantage for the consumers due to higher prices. Here, both Swedish and EG-judicial competition legislation can be applied through trial – within the EG-court in accordance with the EG-treaty art. 81 or in accordance with the concentration regulation and in Swedish competition legislation in accordance to the 6 and 34 §§ KL.

Thus, the accordance of law in a noncompetition clause can be put to trial both in an anti-trust legislative and a contracting legislative perspective. The fundamental difference between the two systems of norms is the adjustment taking place at the trial. The result can be such that the noncompetition clause is declared valid in accordance to one of these, but not the other. A noncompetition clause which is declared invalid in accordance to the anti-trust legislation also loses its effect in civil law.

The main rule in Swedish law is freedom of contract. However, a ban exists against contracts restricting competition – 2 ch. 1§ KL and art. 81.1 in the EG-treaty. The notice ability criteria must be fulfilled for application on a competition limiting cooperation. These requisite are divided into two parts: quantitative and qualitative notice ability.

Noncompetition clauses can be formed as free-standing contracts, but are usually included as a part of a main contract. In those cases that the noncompetition clause is part of a main

contract, the noncompetition is said to be an accessory with the main contract, where upon it is necessary that it has a direct connection with the conveyance, is necessary for the realization of the conveyance and is proportional. If the noncompetition clause is not considered an accessory, the clause is tried in accordance with the prohibitory regulation in art. 81.1 in the EG-treaty.

Sammanfattning

För många inom näringslivet är en företagsöverlåtelse en av livets viktigaste affärer. Det rör sig inte sällan om en komplicerad och tidskrävande process, där det gäller att inte enbart komma överens med sig själv, utan även med kollegor, kunder och leverantörer. I många fall utgör ägarens personliga kunnande en väsentlig del av företaget och i synnerhet vid ett sådant företagsförvärv aktualiseras köparens önskan om att skapa ett skydd mot att säljaren med all know-how inom företaget - som ju inte omfattas av något skydd - påbörjar en konkurrerande verksamhet. En företagsöverlåtelse utan motsvarande skydd skulle i princip vara meningslös för köparen, som säkerligen avsåg att överta de flesta kunderna som säljaren hade och ofta även den kompetens som fanns i det säljande företaget. Det torde således vara av högsta intresse för den förvärvande parten att avvärja den överlåtande parten från att använda sin kännedom om det överlåtna företaget till att en tid efter företagsöverlåtelserna starta en konkurrerande verksamhet.

En grundläggande förutsättning kan för köparen vara att se till att säljaren förbinder sig att inte konkurrera med det förvärvade företaget efter överlåtelserna. Detta uppnås bäst genom s.k. konkurrensklausuler. Det går helt enkelt ut på att, åtminstone för en tid, förlama den konkurrenskraft som överlåtaren av ett företag ofta utgör. Det är en avtalsförpliktelse med ett konkurrenshämmande syfte, som försätter den konkurrensfarliga parten i karantän, under vilken denna endast får ägna sig åt icke konkurrerande verksamhet. Konkurrensklausulerna kan vara olika ingående beträffande dess materiella omfattning och substans, bindningstid, personkrets samt geografiska tillämpningsområde. Det är inte ovanligt att konkurrensklausulen kombineras med en vitesbestämmelse, eller en separat vitesklausul, så att konkurrensklausulen inte blir verkningslös om eventuellt avtalsbrott uppstår.

Tittar man på konkurrensklausulernas utformning ur ett avtalsrättsligt perspektiv, kan man i enlighet med 38 § AvtL se att de som huvudregel är giltiga såvida de inte är oskäliga. Vid skälighetsbedömningen av konkurrensklausulerna sker en avvägning mellan parternas inbördes intressen i avtalsförhållandet. Även 36 § AvtL, som avser alla avtal och avtalsvillkor, kan påverka en konkurrensklausul. I rättspraxis har regeln dock enbart tillämpats för jämkning av det vanligtvis kopplade vitet. Reglerna är starkt anknutna till varandra och utgångspunkten är att konkurrensklausulen inte är giltig i den mån den är

oskäligen för den förpliktade parten. Man får komma ihåg, att trots att det rör sig om en negativ förpliktelse, så resulterar den ofta i ett nämnvärt ingrepp i den förpliktades frihet.

Utöver köpare och säljare, kan en konkurrensklausul även påverka en tredje part, som står utanför avtalsförhållandet. Ur främst ett konkurrensrättsligt perspektiv kan således avtalet påverka konkurrensen på marknaden, vilket missgynnar konsumenterna genom högre priser. Normalt sett godtas inte avtal där prisbildningen påverkas eller där konkurrensen på marknaden snedvrids. Därför kan en konkurrensklausul även genom konkurrensreglerna jämkas eller ogiltigförklaras. Här kan både svensk och EG-rättslig konkurrenslagstiftning tillämpas. De båda regelverken korresponderar nästan helt och hållet med varandra. Inom EG-rätten sker prövningen företrädesvis enligt EG-fördragets art. 81 eller i enlighet med koncentrationsförordningen. Enligt svensk konkurrensrätt sker prövningen enligt 6 och 34 §§ KL.

Således kan lagenligheten i en konkurrensklausul prövas både i ett konkurrensrättsligt och i ett avtalsrättsligt perspektiv. Den mest grundläggande skillnaden mellan de båda normsystemen är avvägningen som sker vid prövningen, där det i konkurrensrättsligt avseende främst är samhällsintresset som vägs in, där individerna skyddas mer som ett kollektiv, medan det i den avtalsrättsliga prövningen sker en avvägning mellan parternas inbördes intressen. När prövningen sker enligt två skilda normsystem kan utfallet bli sådant att konkurrensklausulen förklaras giltig enligt ett av dessa men inte av det andra. Även här råder en skillnad, då en konkurrensklausul som förklaras ogiltig enligt konkurrenslagstiftningen förlorar även sin civilrättsliga verkan.

Huvudregeln i svensk rätt är avtalsfrihet. Dock råder ett förbud mot konkurrensbegränsande avtal, som på ett ”märkbart sätt” påverkar konkurrensen på marknaden – 2 kap 1§ § KL och art 81.1 i EG-fördraget. För att dessa regler skall kunna tillämpas på ett konkurrensbegränsande samarbete, som en konkurrensklausul anses utgöra, måste märkbarhetskriterierna vara uppfyllda. Dessa rekvisit delas in i två delar: kvantitativ- och kvalitativ märkbarhet. Vid en kvantitativ bedömning utgör avtalsparternas marknadsandel och årsomsättning de relevanta bedömningsgrunderna. Vad gäller tolkningen huruvida kvalitativ märkbarhet uppnåtts är marknadsstrukturen avgörande.

Konkurrensklausuler kan vara utformade som fristående avtal, men vanligen ingår de som en del i ett huvudavtal. I de fall konkurrensklausulen är en del av ett huvudavtal, sägs konkurrensklausulen vara accessorisk med huvudavtalet. Vid en prövning huruvida en konkurrensklausul är accessorisk krävs att den har direkt samband med överlåtelsen, att den är nödvändig för genomförandet av överlåtelsen samt att den är proportionell. Om konkurrensklausulen inte anses vara accessorisk, dvs att klausulen inte anses vara en förutsättning för överlåtelsen, prövas konkurrensklausulen enligt förbudsregleringen i art. 81.1 i EG-fördraget.

Förord

Tack, Mamma! Du är min outtröttliga inspirationskälla, en högtidsdag till människa!

Tack, Per! Utan Din hjälp och vägledning hade jag aldrig nått slutet.

Förkortningar

a.a.	Anfört arbete
AD	Arbetsdomstolen
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CF	Civilingenjörskörbundet
EG	Europeiska gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska gemenskapens domstol
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
ff.	Flera följande
Förf.	Författaren
HagL	Lagen (1991:351) om handelsagentur
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
KL	Konkurrenslag (2008:579)
KKV	Konkurrensverket
KKVFS	Konkurrensverkets författningssamling
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
RH	Hovrätten
RR	Rådsrätten
SAF	Svenska arbetsgivarförbundet
SALF	Sveriges arbetsledareförbund
SIF	Sveriges industritjänstemanna förbund
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
Prop.	Regeringens proposition

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Konkurrens har sedan länge varit en del av människans natur. Inte sällan utgör mänskligt beteende en slags växelverkan mellan samarbete och konkurrens. På äktenskapsmarknaden är konkurrensen om de vackra flickorna och stiliga pojkarna hårdnackad, medan familjen å andra sidan i stort sett bygger på samarbete.

På den fria marknaden är samarbete mellan företagen lika vanligt och naturligt som konkurrens. Inom detta område kan samarbetet se ut på olika sätt. Det kan vara att man kommer överens om försäljningspriser, eller att man gör en marknadsuppdelning sinsemellan, eller att man samarbetar vid anbudsgivning. Ofta är dessa typer av samarbete en nödvändig förutsättning för företagens överlevnad. Men i många fall anses det för effektiva företag vara av större lönsamhet att konkurrera än att samarbeta. Fri konkurrens och fri etablering tycks vara rätt medel för att kontinuerligt finlipa varor och tjänster. Det finns således ett systemfel som består i att företag i samarbete inte kan leverera det som företag i fri konkurrens kan leverera.

I allt större utsträckning präglas idag vårt samhälle av kunskapsföretag, där stora delar av bolagets tillgångar består av ägarens eller ägarnas samt de anställdas kännedom och kunskaper. Kundernas individuella kontakt med företagets ägare och anställda blir ett slags beroende som är knutet till bolaget och relationen kan på så vis sägas utgöra en tillgång i bolaget. Vid en överlåtelse av ett sådant företag är det därför mycket viktigt för den köpande parten att förhindra den överlåtande parten från att påbörja en konkurrerande verksamhet. Vad som krävs i ett sådant fall är ett avtal, i vilket man förpliktar säljaren att under en tid efter förvärvet inte konkurrera med köparen. Det handlar således om en s.k. konkurrensklausul.

Utgångspunkten i svensk avtalsrätt är avtalsfrihet samt avtalsbundenhet, (lat. *pacta sunt servanda*). Jämnlöpande med denna reglering finns det lagstiftning som begränsar individens avtalsfrihet, däribland konkurrensrätten. Förhållandet mellan å ena sidan avtalsfriheten och å andra sidan de regler som inskränker denna beror på den rättsliga utvecklingen. I nuläget genomsyras den svenska rättsordningen av en idé om rättvis fördelning samt en vilja om att företagandet skall utsättas för en jämnt flödande konkurrens. Detta har bland annat haft som följd en för avtalsfriheten alltmer inskränkande konkurrensrätt. Den idag härskande konkurrens teorien är i stort sett inriktad på att tillgodose konsumenternas intresse av låga priser. Och eftersom konkurrens mellan företagen är ett bättre tillvägagångssätt för lägre priser än vad samarbete är, blir slutledningen att konkurrens är något gott, medan samarbete är något ont. Konkurrensklausuler regleras följaktligen inte enbart av avtalsrätten utan omfattas likväl av konkurrensrättens tillämpningsområde.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med studien är att fastställa gällande rätt vad gäller konkurrensklausuler i olika situationer. Tyngdpunkten kommer att ligga på konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse. Relevanta frågor för detta arbete kretsar kring hur långt konkurrensklausuler kan sträcka sig och vilka omständigheter påverkar förhållandet mellan arbets-/avtalsrätten och konkurrensrätten och hur påverkar avvikelsen mellan arbets-/avtalsrätten och konkurrensrätten den slutliga bedömningen av konkurrensklausuler, där förstnämnda har individen som skyddsintresse och sistnämnda ser till samhällsintresset?

1.3 Metod och material

Rättsdogmatiken tar i utgångspunkt de befintliga rättskällorna och förklarar vilka som finns tillgängliga. Jag kommer att använda mig av denna metod för att utreda hur gällande rätt ser ut när det gäller konkurrensklausuler genom att utreda den verklighet i vilken de gällande reglerna har sin största verkan. Studier av doktrin, förarbeten och praxis ligger till grund för denna uppsats.

1.4 Disposition

Uppsatsen avser att redogöra för rättsläget beträffande konkurrensklausuler främst vid företagsöverlåtelse. Med anledning härav inleds arbetet med en allmän redogörelse för olika typer av konkurrensklausuler och hur dessa fungerar i kapitel 2.

Kapitel 3 behandlar den svenska konkurrensrätten och EG-rätten samt hur dessa områden reglerar ämnet, medan kapitel 4 och 5 redogör för de avtals- och arbetsrättsliga aspekterna.

Kapitel 2-5 disponeras tämligen likartat. Till en början ett inledande delmoment, där tillämpliga regler behandlas. Vad gäller den svenska konkurrensrätten och EG-rätten så finns det olika regler att tillgå, vilka redogörs utförligt i kapitel 3.3 och 3.4.

Vad gäller det avtalsrättsliga perspektivet i kapitel 4, så handlar det bara om en lagregel, vilken behandlas genomgående i kapitlet. Härfter redogörs för rättspraxis på respektive område.

Arbetet avslutas med slutkommentarer i kapitel 6.

2 Allmänt om konkurrensklausuler

2.1 Inledning

Venedig ansågs under medeltiden som glastillverkningens främsta stad. Under 1200-talet flyttades glastillverkningen till lagunön Murano. Denna flytt hade som syfte att skydda tillverkningshemligheterna. Alla människor med någon som helst kännedom om glasets hemliga tillverkningsmetodik förbjöds för all framtid att lämna ön. Om någon trotsade förbudet innebar det allvarliga konsekvenser för dennes kvarvarande släktingar.¹ Anekdoten från medeltiden uppvisar en principiell likhet med dagens konkurrensklausuler.

Om man ser till det nakna begreppet konkurrensklausuler är detta ett typiskt s.k. terminologiskt begrepp. Alltså beror betydelsen helt och hållet på vad man finner ändamålsenligt att hänföra till begreppet ifråga. Gunnar Palmgren ger en något vid definition, där konkurrensklausuler är att förstås som ”varje överenskommelse, som avtalats för att i ett eller annat avseende reglera konkurrensen i viss näringsgren, mellan vissa näringsidkare eller mellan näringsidkare och den, vilken såsom anställd eller i någon annan egenskap stått till honom eller i ett med hans näringsverksamhet sammanhängande avtalsförhållande”.²

En konkurrensklausul i samband med en företagsöverlåtelse kan ha följande lydelse:

”Säljaren förbinder sig att inte engagera sig - varken direkt eller indirekt - i verksamhet som konkurrerar med Bolaget. Konkurrensförbudet gäller i fem

¹ Se E. Steenberg, Glas; Glasets historia. Natur och Kultur, Stockholm, 1958, s. 158.

² Se G. Palmgren, Konkurrensklausuler vid tjänsteavtal, s. 4.

är från överlåtelsedagen. Bryter Säljaren mot konkurrensförbudet, skall Köparen erhålla ett skadestånd som vid varje tillfälle uppgår till en tredjedel av de sålda aktiernas värde.”³

Konkurrensklausulen är således ett konkurrenshämmande medel. Det är ett avtal vars ändamål är, att tillfälligt förlama den konkurrenskraft som säljaren av ett företag ofta utgör. Den konkurrensfarliga parten försätts följaktligen i temporär och partiell isolering och får enbart ägna sig åt icke konkurrerande verksamhet. Under en viss karenstid skall den berättigade parten vara skyddad mot konkurrens från motpartens sida.⁴ I normalfallet medför en konkurrensklausul inte någon skyldighet till aktivt handlande för den bundne, utan det är snarare en fråga om ett icke handlande, en underlåtelse. Det rör sig om en negativ förpliktelse, som likväl ofta innebär ett substantiellt ingrepp i den förpliktades frihet.⁵ Karaktäristiskt för konkurrensklausuler är att de anses ha en självständig del i huvudavtalet. En konkurrensklausul bedöms i samband med avtalet till vilket klausulen tillhör, men bedömningen kan delas in i dels en bedömning om klausulens giltighet, dels en bedömning huruvida jämkning kan vara för handen, i de fall klausulen bedömts som giltig.⁶

2.2 FHL

Den immaterialrättsliga regleringen i Sverige omfattar inte know-how. Troligtvis är det orsaken till konkurrensklausulernas viktiga funktion och relativt omfattande användning som skydd för know-how.⁷ Det kan förekomma situationer då det ingår hemlig information i en avtalsrelation mellan näringsidkare. I dessa fall kan endera FHL:s skyddsregler vara

³ Se RH 1996:38, s. 2.

⁴ Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse, s. 13.

⁵ *ibid.*

⁶ Se G. Palmgren, s. 15.

⁷ Se A. Wallén. Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse ur konkurrensrättslig och avtalsrättslig synvinkel, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1982, s. 218.

tillämpliga, endera förbudsreglerna i KL.⁸ Det är förmågan att kunna hemlighålla information gentemot utomstående som tycks vara syftet med FHL och då enbart i situationer där ett röjande av en företagshemlighet kan medföra skada i konkurrenshänseende. För ansvar krävs att någon uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar en företagshemlighet hos näringsidkare som denne fått del av i förtroende i samband med en affärsförbindelse.⁹ Vidare framgår det klart av doktrin att FHL som utgångspunkt inte kan användas för att angripa konkurrensbegränsande avtal.¹⁰

Vid en företagsöverlåtelse kan överlåtaren utöver know-how och goodwill, även i viss mån inkludera affärsrelationer som företagshemligt. Den sortens information kan likväl i förvärvarens verksamhet klassificeras som företagshemligt. FHL skyddar inte förvärvaren gentemot överlåtaren som sitter på delikat information och kan således inte substituera en konkurrensklausul, vars användande tillåter förvärvaren att tillägna sig all know-how och de övriga eventuella företagshemligheterna som förvärvats.¹¹

2.3 Olika situationer

Två primära typer av konkurrensbegränsande avtal finns. Dels avtal mellan företag i samma led (horisontella avtal), dels avtal mellan exempelvis tillverkare och deras återförsäljare (vertikala avtal) samt samordnade förfaranden. Konkurrensklausuler utgör den vertikala typen av avtal.¹²

Konkurrensklausuler är brukliga i en mångfald av avtalsförhållanden. När man talar om avtal, vari konkurrensklausuler förekommer, brukar man som huvudtyper nämna

⁸ Se 6§ FHL och 6§ KL. Se även R. Fahlbeck, Lagen om skydd för företagshemligheter: en kommentar och rättsöversikter, 2 uppl., Norstedts, 2004, s. 92.

⁹ Se R. Fahlbeck, s. 82-87.

¹⁰ a.a. s. 95.

¹¹ a.a. s. 95 ff.

¹² Se U. Bernitz, Den svenska konkurrenslagen, s. 31.

- konkurrensklausuler i anställningsavtal, och
- konkurrensklausuler i avtal om överlåtelse av företag.¹³

Vidare förekommer dessa även i agentförhållanden, i licensavtal, bolagsavtal/joint ventures och kommissionärsavtal. De bakomliggande motiven och intressena varierar i de enskilda fallen. Det kan röra sig om marknadsandelar, goodwill eller know-how.¹⁴ Det är inte heller ovanligt att konkurrensklausuler förekommer i horisontella avtalsförhållanden, där de utgör marknadsuppdelande faktorer.¹⁵

Nedan i avsnitt 3.2.1 beskrivs konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser endast kortfattat eftersom uppsatsens resterande kapitel behandlar detta. Konkurrensklausuler förekommer som ovan nämnts inom flera avtalsförhållanden och i avsnitt 3.2.2 samt 3.2.3 kommer det att redogöras för konkurrensklausuler i anställningsavtal respektive vid handelsagenturer. Avsnitten utgör endast en kortfattad beskrivning av användandet av konkurrensklausulerna inom dessa områden.

2.3.1 Företagsöverlåtelser

I avtal om överlåtelse av företag torde det främsta motivet till konkurrensklausuler vara intresset att förhindra överlåtaren från att använda sin kännedom om det överlåtna företags know-how. Skulle situationen uppstå att säljaren direkt eller i anknytning till överlåtelserna startar en konkurrerande verksamhet föreligger det en stor risk att dennes tidigare kunder följer med till det nya företaget. Detta skulle i sin tur medföra att det överlåtna företags klientstock skulle urholkas på ett sätt som skulle försvåra det framtida drivandet av företaget ifråga. Hade köparen före förvärvet varit medveten om detta skulle köpet med stor sannolikhet aldrig ha genomförts. Avsikten med konkurrensklausuler går således ut på att

¹³Se A. Adlercreutz, B. Flodgren. Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse, s. 13.

¹⁴ Se prop. 1981/82:165, s. 238.

¹⁵ Se G. Palmgren, s. 5ff.

temporärt lamslå den konkurrenskraft som den säljande parten inte sällan representerar. Det förbud mot konkurrens som är anknutet till en konkurrensklausul är vanligen både geografiskt- och tidsbegränsat. Det förekommer dock även konkurrensklausuler med obegränsad giltighetstid och en geografisk spännvidd på hela Sverige.¹⁶ Det är inte ovanligt att konkurrensklausuler kombineras med en vitesbestämmelse.

Konkurrensklausuler fyller även en annan viktig funktion i situationer där hela företag säljs eller där andelar eller aktier i ett företag överlåtes (s.k. delförsäljningar). I företag, som ägs av personer vars kunnande är av väsentlig betydelse, ligger det ofta i delägarnas intresse att reglera eventuella dispyter innan dessa uppstår. Skulle en delägare vilja lämna företaget är det högst troligt att de kvarvarande ägarna vill tillförsäkras rätten att köpa den utträdande partens andel samt att förhindra denne från att starta konkurrerande verksamhet. Regleringar av denna typ sker oftast redan vid bolagsbildningen, där bolagsmännen genom ett kompanjonsavtal upprättar klausuler om konkurrensförbud.

I ett avtal om överlåtelse av företag kräver många gånger säljaren en viss kompensation av köparen för att underkasta sig verkan av en konkurrensklausul. Kompensationen kan variera, men de vanligaste motprestationerna från köparens sida brukar utgöras av ett extra vederlag i köpeskillingen, ersättning i form av pension eller lön till säljaren som fått anställning i köparens verksamhet. Vidare kan arvoden för fingerade konsultuppdrag tidvis utgöra köparens vederlag för att stoppa säljarens konkurrens.¹⁷

2.3.2 Anställningsavtal

Syftet med att använda konkurrensklausuler i anställningsavtal är att företaget är angelägna om att behålla sina högt kvalificerade specialister

¹⁶ Se G. Palmgren, s.11.

¹⁷ Se A. Wallén. Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse, s. 4 ff.

dels för att företaget på bästa vis skall fortsätta sin framgångsrika verksamhet, dels för att dessa inte skall övergå i tjänst hos någon konkurrent eller öppna egen konkurrerande verksamhet. I och med detta förfarande undanröjer företaget den farliga konkurrenskraften i vart fall temporärt och säkerställer dessutom sin investering. Liknande tankegång delas i fall som gäller företagsförvärv, där den person eller det företag, som förvärvar ett företag eller en del därav, i själva överlåtelseavtalet för in en bestämmelse varigenom säljaren förbinder sig att inte utöva konkurrerande verksamhet eller ta anställning hos en konkurrent.¹⁸ Det mest brukliga förfaringssättet vid dessa typer av konkurrensklausuler är att binda upp den anställda genom ett avtal eller en bestämmelse i själva anställningsavtalet som förbjuder denne att ta anställning hos en konkurrent eller att själv påbörja konkurrerande verksamhet.

I vilken utsträckning det är tillåtet med anställningsavtal som inrymmer en konkurrensklausul är intresseväckande. Med avseende på avtal inom arbetsrätten så finns det väldigt lite lagreglering på området.¹⁹ Frånsett 38§ avtalslagen finns det i princip ingen nationell reglering som stadgar hur konkurrensklausuler i anställningsavtal skall tillämpas. Arbetsmarknadens parter har som alternativ kommit överrens om ett kollektivavtal, 1969 års överenskommelse mellan SAF och SIF, som reglerar konkurrensklausulernas räckvidd. Kollektivavtalet bygger på ett avtal ingånget 1947 och i flera hänseenden även på motivuttalandena till 1915 års avfattning av 38§ avtalslagen.²⁰ Ramavtalet kan per se förefalla som aningen ålderdomlig, men är fortfarande gällande mellan parterna på arbetsmarknaden.

Ramavtalet uttrycker de krav som kan bli aktuella för företag som tillämpar konkurrensklausuler gentemot sina anställda samt vilken omfattning dessa klausuler får ha. Vidare görs i avtalet även gällande att företagshemligheter är avsevärt mycket enklare att skydda genom konkurrensklausuler än

¹⁸ Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, s. 13-14.

¹⁹ a.a. s. 52.

²⁰ a.a. s. 53.

kunnande som hänför sig till marknads rådande situation, t. ex prissättning.²¹ I avtalet stadgas att en konkurrensklausul inte bör ha en bindningstid på längre än 24 månader, men denna bindningstid skall regleras från fall till fall beroende på hur lång livslängden är på kunnandet ifråga, dvs. hur aktuell och användbar kunskapen är.²² 2-årsregeln, som anger normal tid, kan i särskilda fall överskridas. Vad gäller den geografiska spännvidden anges inget uttryckligen i avtalet, vilket torde innebära att konkurrensklausuler kan gälla världen över, om inget annat anges i klausulen.²³

I det stora hela kan konkurrensklausuler i anställningsavtal sägas fylla samma syfte som konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse. Skillnaden ligger i det att en anställd och inte en ägare till ett företag förhindras att konkurrera eller övergå till en konkurrent. Vidare sker inte någon prövning av anställningsavtal i konkurrensrätten, utan begränsas enbart till prövning enligt gällande avtals- och arbetsrätt.

Här bör tilläggas att det varit en allmänt rådande uppfattning att en arbetsgivare endast skall kunna göra en konkurrensklausul gällande under förutsättning att denne vill ha kvar arbetstagaren i sin tjänst.²⁴ Detta skulle innebära att i situationer där arbetstagaren sägs upp på grund av arbetsbrist så borde en konkurrensklausul inte vara giltig. Om inte så skulle det påtagligt försämra den uppsagda arbetstagarens möjligheter att bruka sina kunskaper i en utsatt situation på arbetsmarknaden. Detta skulle inte kunna vara rättspolitiskt acceptabelt.²⁵

²¹ a.a. s. 63 f.

²² a.a. s. 60.

²³ Se R. Fahlbeck. Lagen om skydd för företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter. s. 97 ff.

²⁴ Se t.ex. AD 1991 nr 38 och 1994 nr 65.

²⁵ Se F. Schmidt, Löntagarrätt, s. 265 ff.

2.3.3 Handelsagenter

En handelsagent enligt 1§ lagen (1991:351) om handelsagentur är den som i näringsverksamhet avtalat med en annan, huvudmannen, att för dennes räkning självständigt och varaktigt verka för försäljning eller köp av varor genom att ta upp anbud till huvudmannen eller sluta avtal i dennes namn. Det förhållandet att agenten handlar i huvudmannens namn skiljer honom från kommissionären, som i och för sig handlar för huvudmannens räkning men i eget namn.²⁶ En viss problematik uppstår i situationer när handelsagenten vill köpa eller sälja varor åt flera huvudmän, vilka konkurrerar med varandra. Normalt sett vill huvudmännen att handelsagenten enbart arbetar för dem inom avtalsområdet. Konkurrensklausuler som stadgar exklusivitet i den bemärkelsen att agenten inte får ägna sig åt egen konkurrerande verksamhet blir därför en naturlig och vanligt förekommande del av avtalsförhållandet mellan agenten och huvudmannen. Vidare är det en ofta förekommande företeelse att agenten, under en viss tid efter att avtalet mellan denne och huvudmannen upphört, inte konkurrerar med huvudmannen då agenten med stor sannolikhet är den som haft mest kontakt med huvudmannens kunder och likaså potentiella kunder. Det finns ett mönster att se mellan samtliga av dessa avtalsförhållande – ett kunnande som måste skyddas för att motverka en presumtiv fara.

Det finns en särskild bestämmelse om konkurrensklausuler i den nya lagen om handelsagentur 35§, som trädde ikraft 1 januari 1992. Lagen korresponderar i stort sett helt med EG-direktivet om handelsagentur från 1986.²⁷ Bestämmelsen ovan slår fast att en konkurrensklausul mellan huvudmannen och en agent ”är bindande för agenten bara om och i den mån konkurrensklausulen (1) har upprättats skriftligt, (2) avser det område eller den kundkrets som har tilldelats agenten samt (3) avser de slag av varor som

²⁶ Se 4§ 1 st. lagen (1914:45) om kommission.

²⁷ Se SFS 1991:351, öb till 35 § och Rådets direktiv 86/653/EEG av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter, artikel 20.

agenturavtalet gäller”.²⁸ Brister någon av dessa tre ovan angivna förutsättningar, är konkurrensklausulen inte alls bindande för agenten. I de fall konkurrensklausulen uppfyller någon av de tre rekvisiten endast delvis, kan klausulen göras gällande mot agenten i den utsträckning som förutsättningen är uppfylld men inte längre.²⁹ Det råder inget krav att klausulen finns med redan i parternas agenturavtal, utan en senare tillkommen, skriftligen upprättad klausul är likväl bindande.³⁰ Konkurrensklausulen får enbart binda agenten inom ramen för de varor som följer av agenturavtalet.³¹ Vid avgränsningen av varuslag bör man vid bedömningen inte vara bunden av hur agentens varusortiment har betecknats i agenturavtalet utan beakta vilka varor som i praktiken har omfattats av hans uppdrag.³² Syftet med regleringen, som för övrigt är av tvingande natur till agentens fördel, för tanken mot att en restriktiv tolkning av konkurrensklausulen torde vara för handen vid omfattningen av konkurrensklausulen. Enligt 2 st i bestämmelsen är agenten inte bunden av klausulen ”i den mån den avser längre tid än två år efter det att agenturavtalet upphört”. Tvåårsfristen från avtalets upphörande skall inte överskridas. Inte heller i de fall av liknande efterarbete för huvudmannens räkning som regleras i 32 och 33 §§ HagL.³³ I vissa fall kan dock fristen förkortas. Skulle avtalet upphöra i förtid skall längden gälla från själva upphörandet, eventuellt efterarbete till trots.³⁴ Bestämmelsen anger således en ram för konkurrensklausuler i agenturavtal, men i enlighet med 3 st utesluts inte möjligheten att tillämpa 38 eller 36 §§ avtalslagen.³⁵ I 38 § avtalslagen finns en generell bestämmelse om oskäligen konkurrensklausuler. Medan 35 § HagL innehåller tämligen fasta ogiltighetskriterier, ger 38 § AvtL spelrum för en mer diskretionär skälighetsbedömning. En

²⁸ Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, s. 47.

²⁹ Se prop. 1990/91:63, s. 133.

³⁰ *ibid.*

³¹ Se 35 § 1 st 3 p. HagL.

³² Se prop. 1990/91:63, s.134. Se även H. Söderlund, s. 153 f.

³³ Se H. Söderlund. Agentträtt, s. 154.

³⁴ Se 32-33 §§ HagL.

³⁵ Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, s. 47.

konkurrensklausul kan följaktligen ogiltigförklaras eller jämkas enligt 38§ AvtL, trots att den uppfyller de krav som uppställs i förevarande paragraf.³⁶ För djupare redogörelse de avtalsrättsliga bestämmelserna, se kapitel 4.

Enligt ett beslut från tingsrätten (Ä8 166-96) ansågs AGA Gas agenter såsom osjälvständiga agenter, varför § 19 konkurrenslagen ej ansågs vara tillämplig på de standardiserade agentavtal som ingåtts med AGA Gas agenter. Detta gick stick i stäv med det MD beslutade, då MD menade att AGA Gas agenter är att betrakta som självständiga gentemot sin huvudman med hänsyn till att agenterna bedrev egen verksamhet vid sidan av uppdraget från AGA Gas och att uppdraget från AGA Gas endast motsvarade en mindre del av agenternas verksamhet. Agenternas roll ansågs inte vara så osjälvständig att det kunde hävdas att det i själva verket var AGA som agerade på marknaden. De av Konkurrensverket påtalade konkurrensbegränsningarna var klausuler som gällde konkurrensförbud, informationsutbyte och byte av affärsställe. MD förklarade att innehållet i avtalen inte i sig stred mot § 19 konkurrenslagen. Däremot kunde avtalen omfattas av 6 § konkurrenslagen.

2.3.4 Bolagsavtal

Konkurrensklausuler i anställningsavtal förekommer även i avtal med part, som inte är anställd såsom t.ex. bolagsavtal med sikte på förhållandet efter det att bolagsman utträtt ur bolaget, liksom i situationer efter en företagsöverlåtelse, i den mån den utträdande bolagsmannen erhåller ett större vederlag ur bolagsförmögenheten.

³⁶ Se prop. 1990/91:63, s. 134.

3 Konkurrensrätten

3.1 Inledning

Konkurrensrätten har varit ett viktigt rättsområde för svenskt näringsliv alltsedan konkurrenslagen trädde i kraft 1993³⁷ och Sveriges inträde i EU 1995. Svensk konkurrensrätt är utformad med EU:s konkurrensrätt som förebild och därför är EU-praxis av stor betydelse vid tolkning av den svenska konkurrenslagen, som för övrigt liksom EG-rätten innehåller förbud mot konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning samt regler om kontroll av företagskoncentrationer.

EG:s konkurrensregler har inte som uppgift att främja enbart konkurrensen på den gemensamma marknaden utan även integrationen mellan medlemsstaterna. Den EG-rättsliga konkurrensrätt som med tiden utvecklats på olika sätt, bl. a. genom rättspraxis, har i stor utsträckning agerat som förebild för nationell konkurrenslagstiftning, däribland i Sverige. De materiella reglerna i EG:s konkurrensrätt har direkt tillämpning och gäller i Sverige.³⁸

3.2 Konkurrenslagen ändras

Den 1 juli 2004 trädde genomgripande förändringar av konkurrenslagen i kraft. Förändringarna i konkurrenslagen föranleddes av EG:s nya tillämpningsförordning (nr 1/2003) som började gälla den 1 maj 2004 och som tillsammans med förordning (nr 139/2004), s.k.

³⁷ Ny konkurrenslag trädde i kraft 1 november 2008, då konkurrenslagen (1993:20) upphörde att gälla samt lagen (2005:702) om ändring i konkurrenslagen (1993:20) utgick.

³⁸ Se prop. 2003/04:80, s. 23.

koncentrationsförordningen, utgör två av de viktigaste rättsakterna som konkurrensrätten utformats genom.³⁹

Vidare trädde den 1 november 2008 den nya konkurrenslagen (SFS 2008:579) i kraft. Lagen medför ytterligare en harmonisering i relation till de konkurrensrättsliga regler som gäller inom EU och ett antal nyheter. Ett syfte som flera av dessa nyheter har är att effektivisera kartellbekämpningen. Detta görs bl. a. genom att regler om näringsförbud införs samtidigt som bötesreglerna skärps. Genom ett nytt s.k. avgiftsföreläggande blir det vidare möjligt för företag att få till stånd en förlikning med Konkurrensverket. Dessutom ändras reglerna gällande företagskoncentrationer. Motsvarande förbudsbestämmelse som inom EG blir tillämplig och nya tröskelvärden för anmälningsplikt införs.⁴⁰

3.2.1 Tillämpningsförordningen

Syftet med den nya tillämpningsförordningen⁴¹ är att decentralisera tillämpningen av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget till medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar vilka ges en med kommissionen parallell behörighet.⁴² Denna reform har som övergripande ändamål att frigöra resurser som kan användas i allvarliga fall samt att effektivisera tillämpningen och därmed stärka konkurrensen.⁴³ Tillämpningsförordningen har fört med sig en modernisering av ”konkurrens-kulturen” där många system avskaffats och ersatts med nya, däribland förhandskontrollen i form av individuella undantag och icke ingripande besked. Istället har ett generellt undantag från förbudet mot samarbete införts som aktualiseras när samarbetet är övervägande positivt för konsumenterna, s.k. legalundantag, som företagen själva måste tillämpa. Kommissionen kan likväl på eget bevåg besluta om att artiklarna 81 och 82

³⁹ Se prop. 2003/04:80, s. 68. Se även Ny Juridik 1:05 – Konkurrensåret 2004 – ett nytt rättsligt landskap, s. 46.

⁴⁰ Se prop. 2007/08:135 s. 65 ff. och Ny Juridik 3:08, s. 1.

⁴¹ Se förordning nr 17/62.

⁴² Se Rådets förordning (EG) nr 1/2003, p.3 i skälen och Ny Juridik 1:05, s. 46.

⁴³ Se prop. 2003/04:80, s 40.

inte äger tillämpning. Denna processuella nyhet om borttagandet av möjligheten att få ett undantag för en konkurrensbegränsning skedde parallellt med att undantagsregeln i 8§ konkurrenslagen blev automatiskt tillämplig. Systemet med gruppundantagen är alltså tillämpliga.⁴⁴

I artikel 3 i tillämpningsförordningen finns bestämmelser om förhållandet mellan artiklarna 81 och 82 i fördraget och nationell konkurrensrätt. EG-rätten tillstod att nationella myndigheter och domstolar samtidigt tillämpar såväl EG:s förbudsregler som nationella förbudsregler (s.k. parallell tillämpning). Genom tillämpningsförordningen har emellertid en regel införts som uppger att när handeln mellan medlemsstaterna i EU kan påverkas av ett avtal eller förfarande och nationell konkurrensrätt tillämpas, så måste även motsvarande EG-rättslig bestämmelse tillämpas (samhandelseffekt).⁴⁵ Denna regel har som följd för svenskt vidkommande resulterat i att EG-rätten tillämpas när samhandelsrekvisitet är uppfyllt och konkurrenslagen när samhandelsrekvisitet inte är uppfyllt.⁴⁶

Kommissionen och de nationella myndigheterna har i och med dessa förändringar upprättat ett nätverk för informationsutbyte. Inom ramen för detta nätverk lämnar myndigheterna också över och tar emot ärenden från andra medlemsländer.

3.3 EG-rättslig konkurrensrätt

De grundläggande konkurrensreglerna finns i EG-fördragets artiklar 81 och 82 samt i rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (koncentrationsförordningen). Koncentrationsförordningen styr kontrollen av företagsförvärv, fusioner och andra koncentrationer. Härtill finns de EG-rättsliga reglerna i artiklarna 86-89 i fördraget.

⁴⁴ Se prop. 2003/04:80, s. 39 och 72 f. Se även prop. 2007/08:135, s. 68-69.

⁴⁵ Se Rådets förordning 1/2003, artikel 3 och prop. 2003/04:80, s. 46-47 och 49.

⁴⁶ Se prop. 2003/04:80, s. 49 och Ny Juridik 1:05, s 47.

3.3.1 Materiella regler

De centrala konkurrensvillkoren i fördraget är artiklarna 81 och 82, vilka är de huvudsakliga konkurrensartiklarna och som suppleras av artikel 86 (för offentliga företag och företag som av medlemsstaterna beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter) och av artiklarna som berör makt och förfaringssätt (artiklarna (31), 83-85). Artiklarna 81-82 behandlas djupare i följande kapitel; 2.3.1.1 och 2.3.1.2. Övriga artiklar kommer endast att här tas upp kortfattat.

Artikel 81 bygger på *förbudsprincipen*, vilket innebär att ett principiellt förbud gäller mot konkurrensbegränsande avtal utan att något beslut härom är nödvändigt. Artikel 81 är framförd i tre delar; Artikel 81.1 förbjuder avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar samt samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och som har till ändamål eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på den gemensamma marknaden. Artikel 81.2 stadgar att sådana avtal är ogiltiga. Artikel 81.3 föreskriver emellertid att artikel 81.1 kan förklaras otillämplig vad gäller avtal, beslut eller samordnade förfaranden eller sådana avtal som allt som allt är nyttjandeberättigade eftersom de uppfyller rekvisitet som bestämmelsen lägger fram.⁴⁷

Artikel 82 förbjuder företag som besitter en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller en betydande del härav från att missbruka denna ställning såtillvida att den påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Bestämmelsen innehåller inga undantag.⁴⁸

Artikel 86 hanterar tillämpningen av konkurrensreglerna (och likaså andra regler i fördraget) för offentliga företag och företag som av medlemsstaterna beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter. Den innehåller ett begränsat

⁴⁷ Se A. Jones och B. Sufirin, s. 113.

⁴⁸ *ibid.*

undantag (artikel 86.2) från fördragets bestämmelser för ovan nämnda företag. Denna undantagsregel har dock uttolkats snävt.⁴⁹

Artikel 31 återfinns i den delen av fördraget som angår den fria rörligheten av varor. Denna bestämmelse påyrkar de medlemsstater som har statliga monopol av kommersiell karaktär att utränga diskriminering mellan medborgare i medlemsstaterna beträffande villkoren under vilka varor är införskaffade och marknadsförda.⁵⁰

Artikel 83 tilldelar rådet en generell makt att anta sekundärrätt för att genomföra de principer som läggs fram i artiklarna 81 och 82.

Artikel 84 gäller fall där Europeiska unionens råd inte har gjort några föreskrifter i enlighet med artikel 83, som ger verkan åt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.⁵¹ Bestämmelsen skänker denna makt åt ”myndigheterna i varje medlemsstat”, där begreppet ”myndighet i varje medlemsstat” avser ”både de administrativa myndigheterna som i de flesta medlemsstater har ansvar för tillämpningen av den nationella konkurrenslagstiftningen under rättslig kontroll som utövas av de behöriga domstolarna och de domstolar som i de övriga medlemsstaterna särskilt tilldelats denna uppgift”.⁵²

Artikel 85 framhåller att alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden etc. är förbjudna om de medför konkurrenshinder. Bestämmelsen belägger kommissionen med en allmän plikt att tillse att konkurrensreglerna länder till efterrättelse.

3.3.1.1 Artikel 81

Artikel 81 reglerar samarbete mellan företag, där första stycket förbjuder samarbete mellan två eller flera självständiga företag som har förebyggande,

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Se A. Jones, B. Sufrin, s. 116

⁵² Se Förenade målen 209-213/84, *Ministère Public v. Lucas Asjes m.fl.*, p. 3 i sammanfattningen.

begränsning eller förvridning av konkurrens och som bevekar handeln mellan medlemsstaterna som sitt ändamål eller som en följd av samarbetet. Det kan tillämpas enbart på avtal som nämnvärt påverkar konkurrensen och handeln.⁵³ Detta s.k. *samhandelskriteriet* medför att ett förfarande som i och för sig har ett konkurrenshämmande agerande inte kan angripas med stöd av EG-rätten såvida inte handeln mellan medlemsstaterna påverkas. Däremot kan nationell konkurrensrätt i sådana fall tänkas bli tillämplig (se avsnitt om svensk konkurrensrätt).

Bestämmelsen i artikel 81.3 föreskriver att förbudet får förklaras oanvändbart vad gäller avtal som uppfyller dess fyra rekvisit (två positiva och två negativa), allmänt sett där gagnelig aspekt av avtalet överväger dess begränsande effekt.⁵⁴

Artikel 81.2 framlägger specifikt att ett avtal, ett beslut eller ett samordnat förfarande, vilket är förbjudet i enlighet med artikel 81(1), blir sin civilrättsliga ogiltigt från den dag det ingicks. EG-domstolen anser att ogiltigheten endast berör de delar i avtalet som är förbjudna enligt villkoret ovan. Avtalet i sin helhet blir ogiltigt uteslutande om de förbjudna klausulerna inte kan avskiljas från de återstående villkoren i avtalet. Bestämmelsen har direkt effekt vilket således innebär att nationella domstolar kan ogiltigförklara ett konkurrensbegränsande avtal som omfattas av regeln.⁵⁵

3.3.1.2 Artikel 82

Artikel 82 reglerar missbruk av en dominerande ställning. Bestämmelsen griper sig an konkurrensbegränsningar som företag med marknadsinflytande tillämpar unilateralt. Artikel 82 förbjuder en eller flera företag som besitter en dominerande ställning att missbruka denna ställning till den graden att det påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Att företag intar en

⁵³ a.a. s. 125 och 205 f.

⁵⁴ a.a. s. 205.

⁵⁵ a.a. s. 124-125.

dominerande ställning är inte i sig självt förbjudet, utan först missbruk av denna ställning omfattas av förbudet ifråga.⁵⁶ Begreppet ”dominerande ställning” har EG-domstolen i fallen *Hoffman-La Roche* och *United Brands* definierat som ett eller flera företags förmåga att agera självständigt och förhindra effektiv konkurrens snarare än förmågan att profitabelt höja priser.⁵⁷ De två rekvisiten ”dominerande ställning” samt ”missbruk (av dominerande ställning)” är varandras förutsättningar, då ett förfarande kan vara förbjudet om det vidtas av ett företag med dominerande ställning, medan samma förfarande kan anses vara tillåtet om det vidtas av ett företag som inte har dominerande ställning.⁵⁸ I likhet med samhandelskriteriet i artikel 81.1 krävs att missbruket påverkar handeln mellan medlemsstaterna för att kunna angripas av EG-rätten. Däremot kan nationell konkurrensrätt möjligen vara tillämplig på själva förfarandet.

Samstämmigheten om hur artikel 82 skall användas är för närvarande att denna enbart skall vara tillämplig för att förhöja konsumenternas välbefinnande samt fördelningen av resurser. Bestämmelsen torde således appliceras med en mer effekt-baserad infallsvinkel.⁵⁹

3.3.1.3 Samhandelskriteriet

Såväl artikel 81 som artikel 82 i EG-fördraget har för tillämpning en förutsättning om att handeln mellan medlemsstaterna skall påverkas. Detta s.k. samhandelskriteriet är ett behörighetskriterium som avgör vilka avtal och förfaranden som omfattas av förbuden.⁶⁰ Kriteriet kan ses som en jurisdiktionsregel som ger gemenskapsrätten kompetens att reglera konkurrensbegränsande förfaranden som har märkbar påverkan på gemenskapsnivå. Vad gäller EG-domstolens praxis rörande samhandelskriteriet, så har kriteriet rent generellt hittills fått en relativt

⁵⁶ a.a. s. 298 f.

⁵⁷ a.a. s. 350 och mål 85/76, *Hoffman-La Roche & Co AG v. Commission*, p. 4 i sammanfattningen.

⁵⁸ Se A. Jones och B. Sufirin, s. 350 f.

⁵⁹ a.a. s. 350 f.

⁶⁰ Se C. Wetter m. fl., *Konkurrensrätt – en handbok*, 2004, s. 40.

vidsträckt tolkning. I en del mål menar EG-domstolen att samhandelskriteriet uppfylls när ifrågavarande avtal eller förfarande kan få märkbara ”återverkningar på konkurrensstrukturen” på den gemensamma marknaden.⁶¹ Normalt sett använder EG-domstolen sig av det s.k. handelsmönstertestet, som är ett standardtest och som anser att ett avtal eller ett förfarande påverkar samhandeln i den mening som åsyftas i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget om det ”/.../ med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsförhållandena mellan medlemsstater, så att det kan komma att hindra förverkligandet av de mål som ställts upp om en gemensam marknad mellan staterna.”⁶²

Orden ”kan påverka” i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget i kombination med EG-domstolens referens till en ”tillräcklig grad av sannolikhet” medför att det inte är nödvändigt att fastställa att ett avtal eller förfarande faktiskt har påverkat handelsflödet mellan medlemsstaterna på ett märkbart sätt. Det är tillfredsställande nog att konstatera att avtalet eller förfarandet kan ha en sådan verkan.⁶³ Även avtal som synbarligen enbart berör en medlemsstat kan ha samhandelseffekt. Konkurrenshämmande handlande som omfattar en medlemsstats hela territorium kan föga sällan vara av sådan art att de som följd får en uppdelning av marknader på nationell nivå och som i sin tur hindrar integrationen mellan medlemsstater.⁶⁴ Däremot omfattar samhandelskriteriet inte de nationella förfaranden som begränsar sig till en enda medlemsstat och där några märkbara återverkningar utanför landet inte kan utrönas. Vidare har EG-domstolens praxis under många år utvecklat en slags struktur som omtalar att en inverkan på samhandeln kan vara resultatet av flera samverkande faktorer, där var och en för sig inte med nödvändighet skulle vara utslagsgivande. Det kan på grund härav vara erforderligt att undersöka huruvida ett avtal ingår i ett nätverk av liknande avtal för att det

⁶¹ a.a., s. 41. Se även mål 85/76, *Hoffman-La Roche & Co AG v. Commission*, p.126.

⁶² Se C. Wetter, 2004, s 41 och mål 42/84 *Remia BV m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission*, p. 22.

⁶³ Se C. Wetter m. .fl., 2004, s. 41-42 och prop. 2003/04:80, s. 44.

⁶⁴ Se prop. 2003/04:80, s. 44 och prop. 2007/08:135, s. 71-72.

skall kunna avgöras om detta nätverk av avtal sammantaget kan påverka handelsförhållandena mellan medlemsstater. Handeln i en hel medlemsstat behöver inte nödvändigtvis påverkas, utan även vid gränshandel mellan medlemsstater kan samhandelskriteriet vara uppfyllt.⁶⁵

3.3.2 Konkurrensbegränsande samarbete

För att ett avtal skall anses vara av konkurrensbegränsande slag förutsätts att det kringgärdar företagets möjligheter att självständigt besluta om sitt agerande på marknaden. Konkurrensbegränsning är en naturlig följd av avtal mellan konkurrenter om exempelvis pris och marknadsindelning. För att förbudet i artikel 81.1 EG-fördraget/2 kap. 1§ KL skall kunna tillämpas krävs dock att den föreliggande konkurrensbegränsningen skall vara märkbar.⁶⁶ Med begreppet ”märkbar” menas att konkurrensbegränsningen måste ha ekonomiska verkningar av någon betydelse.⁶⁷ Huruvida konkurrensbegränsningen är direkt eller indirekt har ingen betydelse. Detta innebär att även samarbeten som kanske per se inte begränsar konkurrensen kan få återverkningar som omfattas av märkbarhetsrekvisitet i artikel 81.1/2 kap. 1§ KL:s mening.⁶⁸ För att exemplifiera detta kan nämnas samarbete mellan företag inom ett gemensamt samriskföretag, som kan ha som följd att konkurrensen mellan moderbolagen begränsas överlag, trots att några konkurrensbegränsande restriktioner inte finns avtalade mellan parterna i det samägda företaget. Märkbarhetsrekvisitet kan sägas ha två utgreningar, där man följaktligen skiljer på kvalitativ och kvantitativ märkbarhet.

⁶⁵ ibid och C. Wetter m. fl., s. 44-45.

⁶⁶ Märkbarhetsrekvisitet gäller för artikel 81 även om det ej uttryckligen står i lagtexten – *de minimis*-regeln framgår av praxis (se not 28-29) och preciseras även i ett meddelande från Kommissionen (se *Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis)*) EGT nr C 368, 22.12.2001, s. 1), där vissa kvantitativa tröskelvärden baserade på marknadsandelar anges.

⁶⁷ Se KKV: beslut dnr 727/2003 p. 44-45. Se även mål 5/69 *Völk mot Vervaecke* REG 1969 s. 295, p. 5-7.

⁶⁸ Se prop. 2003/04:80, s. 32 och prop. 2007/08:135, s. 72. Se även C. Wetter m. fl., 2004, s. 163.

Utöver konkurrensbegränsningskriteriet och märkbarhetskriteriet måste förfarandet även uppfylla *avtalskriteriet*⁶⁹ för att falla under förbudet i 2 kap. 1§ KL och artikel 81.1.

3.3.2.1 Kvalitativ märkbarhet

Ett avtal kan vara konkurrensbegränsande men likväl inte omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG-fördraget/2 kap. 1§ KL på grund av att själva konkurrensbegränsningen är av sådan art att effekterna på marknadsförhållandena inte är märkbara.⁷⁰

3.3.2.1.1 Den kvalitativa märkbarhetsbedömningen

Märkbarhetsprövningen inrymmer även en kvalitativ analys av ett avtals verkningar. För att ett avtal kvalitativt skall anses påverka konkurrensen på ett märkbart sätt åsyftar den omständigheten att konkurrensbegränsningen skall ha sådan negativ påverkan på konkurrensen att den blir märkbar utifrån konkurrenslagens bakomliggande betänkanden.⁷¹

I MD 2005:25 Sveriges Försäkringsförbund ansågs konkurrensbegränsningen inte vara märkbar då försäkringsbolagen primärt konkurrerade med varandra genom olika försäkringsvillkor och premier. Försäkringsmäklarna ansågs inte heller konkurrera med försäkringsgivarna direkt.⁷²

Den kvalitativa bedömningen är i grund och botten en skälighets- och proportionalitetsbedömning, likt en s.k. *rule of reason*-bedömning, som innebär att konkurrensbegränsningar som anses vara *objektivt nödvändiga*

⁶⁹ Avtalskriteriet kan särskiljas från konkurrensbegränsnings- och märkbarhetskriteriet och bedömas helt för sig själv. Som framgår av KL:s definition av ett avtal (3§) gör man en tämligen vid tolkning av begreppet "avtal" vid tillämpningen av KL. För djupare redogörelse av avtalskriteriet, se avsnitt 2.3.2.3.

⁷⁰ Se C. Wetter m. fl., 2004, s. 167.

⁷¹ a.a. s. 170 ff. Se även prop. 1992/93:56, s. 73, där det som relevanta bedömningsfaktorer anges bl. a. avtalsparternas marknadsandelar och årsomsättning.

⁷² Se MD 2005:25, s. 6.

kan tillåtas. I praxis⁷³ har begreppet ”begränsning av konkurrensen” utvecklats och tolkningen har blivit allt striktare, där flera typer av samverkan faller utanför förbudet. Dessa former av samverkan kan delas in i tre underkategorier⁷⁴, där ovan nämnda anses vara den första av dessa och där konkurrensklausuler är ett exempel på detta. I övrigt beaktas även bindningstiden i den kvalitativa bedömningen.⁷⁵

3.3.2.2 Kvantitativ märkbarhet

Förbudet i artikel 81(1) i EG-fördraget (eller 2 kap. 1§ KL) omfattar icke heller de konkurrensbegränsande avtal som på grund av avtalsparternas begränsade marknadsinflytande inte utfaller i märkbara effekter.⁷⁶

Fallet *Völk mot Vervaecke*⁷⁷ rörde frågan huruvida ett exklusivt återförsäljaravtal med absolut områdesskydd kunde strida mot artikel 81.1 (dåvarande artikel 85.1 EG-fördraget). Av den totala relevanta marknaden omfattade avtalet ifråga mellan 0,6 och 0,8 %.⁷⁸ Trots att just exklusiva återförsäljaravtal med absolut områdesskydd anses ligga nära ett *per se*-förbud uttalade EG-domstolen att ett sådant avtal faller utanför förbudet i artikel 81.1 i den mån avtalet inte märkbart påverkar konkurrensen på marknaden.⁷⁹

Märkbarhetskriteriet såsom det kommit att utvecklas av EG-domstolen utgör främst en hänvisning till den effekt en viss typ av överenskommelse kan få på den relevanta marknaden. Kravet syftar till att fastställa parternas ställning på marknaden snarare än att säga något om själva karaktären av

⁷³ Se bl. a. mål 42/84 Remia BV m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission.

⁷⁴ Resterande två underkategorier av tillåtna former av samverkan är dels fall där domstolen ansett att den *kommersiella risk* (egen kurs.) en återförsäljare, licens- eller franchisetagare tar så stor att exklusivitet är nödvändig för att han skall våga ta chansen att ta sig in på marknaden, samt *selektiv distribution* (egen kurs.), där det i fallet Metro fastslogs av EG-domstolen att vissa konkurrensbegränsningar inte faller under förbudet i artikel 81.1, om de rättfärdigas av *objektiva bedömningsgrunder*. Särskilt anfördes i målet att förfaranden kunde falla utanför förbudet i den utsträckning som de förbättrade konkurrensen beträffande andra element än pris.

⁷⁵ Se mål 42/84 Remia BV m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission, som skildrar en praxis på 2,5-3 år som tidsgräns för en konkurrensklausul.

⁷⁶ Se C. Wetter m. fl., 2004, s. 171.

⁷⁷ Se mål 5/69 *Völk mot Vervaecke* REG 1969 s. 295.

⁷⁸ a.a. s. 299

⁷⁹ Se N. Wahl, *Konkurrensförhållanden*, 1994, s. 139.

begränsningen. I situationer där parterna är små med endast små marknadsandelar och där de i princip saknar möjligheter att påverka konkurrensen på ett märkbart sätt är artikel 81.1 inte tillämplig och det påvisar den kvantitativa naturen av kriteriet ifråga.⁸⁰ Med EG-rätten som förebild har konkurrensverket utfärdat ett allmänt råd⁸¹ där man uppställer särskilda kvantitativa villkor och som skildrar hur märkbarhetskriteriet i 6§ KL (nuv. 2 kap. 1§ KL) skall tolkas. KKVFS 2004:1 hänvisar i huvudsak till Kommissionens meddelande⁸², där den s.k. *de minimis*-principen preciseras. I KKV:s allmänna råd anges att en marknadsandel om högst 15 % gäller för vertikala avtal utan att samarbetet omfattas av förbudet, 10 % för horisontella avtal, eller 15 % som sammanlagd marknadsandel för samverkande företag om den totala årsomsättningen för var och en avtalspart inte överstiger 30 miljoner kronor.⁸³

3.3.2.3 Avtalskriteriet

Eftersom det måste föreligga någon typ av överenskommelse mellan två eller flera företag som vidtar konkurrensbegränsningar för att dessa skall vara förbjudna, så har det i artikel 81.1/3§ KL lösts på så vis att det måste föreligga ett regelrätt avtal⁸⁴, beslut av företagssammanslutningar, eller samordnat förfarande för att det s.k. avtalskriteriet skall vara uppfyllt och konkurrensbegränsningen följaktligen skall vara förbjuden.

Det väsentliga i en analys kring avtalskriteriet är inte avgörandet om vilken typ av överenskommelse (se ovan) det handlar om, eftersom förbudet i artikel 81.1 i EG-fördraget/2 kap. 1§ KL i princip omfattar samtliga samverkansstyper mellan företag, utan det intressanta ligger i att identifiera

⁸⁰ Se C. Wetter m. fl., 2004, s. 171 f. och s. 190 f.

⁸¹ KKV:s allmänna råd (KKVFS 2004:1) om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6§ konkurrenslagen.

⁸² Se *Tillkännagivandet från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis)* EGT nr C 368, 22.12.2001, s 1.

⁸³ KKVFS (2004:1) p. 9.

⁸⁴ Även helt informella uppgörelser, branschorganisationer med prislistor och rekommendationer kan räknas som avtal. Se N. Wahl, 1994, s. 130.

gränsen mot individuellt handlande, huruvida företagen agerat fritt eller i samförstånd.⁸⁵

Definitionen av begreppet ”samordnat förfarande” framgår i fallet *Züchner*⁸⁶, som i stort sett innebär att varje form av direkt eller indirekt kontakt mellan konkurrenter med ändamålet eller resultatet att påverka deras agerande eller avslöja sitt eget, är förbjudet. Här måste man skilja från parallellt uppträdande utan kontakt, där företag som följer ett ledande företag således är i sin ordning.⁸⁷

Slutligen, med beslut av en sammanslutning av företag avses exempelvis beslut av branschföreningar vars stadgar ger föreningen möjlighet att styra företagens agerande på marknaden.⁸⁸ Det är inte nödvändigt att föreningens styrelse fattar ett formellt beslut för att avtalskriteriet skall vara uppfyllt.⁸⁹ Det finns inte heller något krav på att det ska vara själva föreningen som agerar, utan även åtgärder vidtagna av exempelvis ett servicebolag som ägs av föreningen kan anses vara ett beslut av en sammanslutning av företag. Vidare är det inte heller nödvändigt att ett medlemsföretag varit delaktiga i ett beslutsfattande för att omfattas av beslutet.⁹⁰ Liksom för avtal föreligger inget krav på att ett rättsligt bindande beslut är för handen för att det skall omfattas av artikel 81.1 i EG-fördraget/2 kap. 1§ KL. Följaktligen utgör rekommendationer om ett visst agerande ett uppfyllande av avtalskriteriet. Likaså kan ett företags faktiska agerande medföra att avtalskriteriet är uppfyllt.

⁸⁵ Se N. Wahl, 1994, s. 129-130 och C. Wetter m. fl., 2004, s. 147.

⁸⁶ Mål 172/80 *Züchner* REG 1981, grund 12 – ”coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition”.

⁸⁷ Se N. Wahl, 1994, s. 131 och C. Wetter m.fl., 2004, s. 147 f.

⁸⁸ Se prop. 1992/93:56, s. 71.

⁸⁹ Se C. Wetter m. fl., 2004, s. 154 f. och dnr 540/2002 *Svenska Däckföreningen m. fl.* (2002-11-21), där KKV säger att ”I princip allt en sammanslutning gör i överensstämmelse med sina stadgar och som avspeglar sammanslutningens önskan att samordna sina medlemmars handlande utgör ett beslut av en sammanslutning företag.”

⁹⁰ *ibid.*

3.3.3 Företagskoncentrationen

Tillsynen över företagsförvärv inom EU baseras på rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer. Denna s.k. koncentrationsförordning trädde i kraft den 1 maj 2004.

3.4 Svensk konkurrensrätt

3.4.1 Allmän uppbyggnad

Den svenska konkurrenslagen utgör en ren förbudslagstiftning och bygger i allt väsentligt på de EG-rättsliga konkurrensbestämmelserna. Förbudsprincipen som alltså ligger till grund för konkurrenslagen innebär att vissa konkurrensbegränsningar i sig är skadliga och av den anledningen ska vara förbjudna. Äldre konkurrenslagstiftning byggde huvudsakligen på den s.k. missbruksprincipen, som tillämpades beroende på det enskilda fallet, där konkurrensbegränsande beteende som bedömts få skadlig verkan från allmän synpunkt fick följderna att ett ingripande skedde.⁹¹ Främsta tillämpningsskillnaden mellan EG-rätt och nationell rätt är att de EG-rättsliga konkurrensreglerna endast tillämpas vid handel mellan medlemsstaterna, medan den svenska konkurrenslagen är tillämplig på konkurrensrelaterade situationer inom den svenska marknaden, även om EG:s konkurrensregler äger företräde.⁹² De grundläggande materiella bestämmelserna i båda EG-fördraget och i konkurrenslagen är de generella förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete (artikel 81.1 i EG-fördraget respektive 2 kap. 1§ KL) samt missbruk av dominerande ställning (artikel 82 i EG-fördraget respektive 2 kap. 7§ KL). Vidare innehåller konkurrenslagen även regler om kontroll av företagskoncentrationer (4 kap KL), vilka har sin förebild i EGs koncentrationsförordning.⁹³

⁹¹ Se prop. 2007/07:135, s 66.

⁹² Se prop. 2007/08:135, s. 1. Se även N. Wahl, 1994, s. 89 ff. och C. Wetter m. fl., 2004, s. 3 f.

⁹³ Se C. Wetter m. fl., 2004, s. 11 och N. Wahl, 1994, s. 90 ff.

3.4.1.1 Syfte och ändamål

Konkurrenslagen har, liksom EGs konkurrensregler, till syfte att skydda en effektiv konkurrens, där det i 1 kap. 1§ KL framgår att KL har till ändamål att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens vad gäller produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter. EGs konkurrensregler har, utöver detta syfte, ändamålet att främja integrationen mellan medlemsstaterna.⁹⁴ Här skildras en viktig skillnad mellan EGs konkurrensregler och KL, som bl. a. medför att ett avtal eller ett förfarande som på ett otillbörligt vis kan begränsa handeln mellan medlemsstater, exempelvis exportförbud i vanliga återförsäljaravtal, i normala fall är disparata EGs konkurrensregler. I och med detta, i förhållande till konkurrenslagen, vidare syfte händer det att situationer uppkommer där en tillämpning av nationella konkurrensregler på en viss överenskommelse, där s.k. samhandelseffekt inte uppnås, inte med nödvändighet måste leda till samma resultat som en tillämpning av EG-rätten hade fått på vederbörande överenskommelse (under förutsättning att samhandeln mellan medlemsstaterna påverkas), oberoende av att KL som huvudregel skall tolkas och tillämpas i överensstämmelse med EGs konkurrensregler.⁹⁵

3.4.1.2 Skyddsintresset

Såväl EGs konkurrensregler som KL har generellt samhällsekonomi och konsumentintresset i blickfånget. Följaktligen har varken EG-rätten eller den nationella konkurrensrätten till syfte att skydda enskilda konkurrenter, kunder eller leverantörer trots att deras intressen naturligen ofta sammanfaller med konsumenternas intresse av en effektiv konkurrens. Även konkurrerande företag skyddas genom att ett företag som med uppsåt eller av oaktsamhet överträder konkurrensreglerna kan förpliktas att ersätta den skada som uppkommer genom den vidtagna åtgärden.⁹⁶

⁹⁴ Se 1§ konkurrenslagen (2008:579) och C. Wetter m. fl., 2004, s. 8.

⁹⁵ Se C. Wetter m. fl., 2004, s. 10 och prop. 2007/08:135, s. 67 f.

⁹⁶ Se prop. 2007/08:135, s. 67.

3.4.1.3 Tillämpningsområde

Konkurrenslagens tillämpningsområde omfattar i stort sett samtliga företag i hela näringslivet och i fråga om all produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter. Tillämpningsområdet begränsas emellertid en aning genom själva begreppet ”företag” samt genom att det av konkurrenslagen framgår att lagen inte skall tillämpas på avtal inom arbetslivet. Vidare kan somliga förfaranden skyddas av tryckfrihetsförordningen och därigenom inte angripas med stöd av konkurrenslagen.⁹⁷

3.4.2 Förbud mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag

I enlighet med 2 kap. 1§ KL är avtal mellan företag, som har till syfte eller får resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på ett märkbart sätt, förbjudna. Konkurrenslagen förutsätter naturligtvis att konkurrensbegränsningen sker på den svenska marknaden. Frågan om huruvida ett samarbete är märkbart konkurrensbegränsande och följaktligen förbjudet enligt 2 kap. 1§ KL kan enbart besvaras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet och generellt sett först efter att den relevanta marknaden avgränsats på ett rimligt vis. Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag finns en del i lagen angivna undantagsregler. Med undantag för det s.k. samhandelskriteriet bygger förbudsbestämmelserna i konkurrenslagen till fullo på förbuden i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.

⁹⁷ Se C. Wetter m. fl., 2004, s 16-18 och prop. 2007/08:135, s. 68.

3.4.3 Förbud mot missbruk av dominerande ställning

Enligt artikel 82 i EG-fördraget/2 kap. 7§ konkurrenslagen (dåvarande 19§ KL) är missbruk från ett eller flera företag av en dominerande ställning på marknaden förbjudet. De EG-rättsliga reglerna är tillämpliga när handeln mellan medlemsstaterna påverkas och den svenska konkurrenslagen då konkurrensen på hela eller delar av den svenska marknaden berörs. Förbudet omfattar både horisontella⁹⁸ och vertikala⁹⁹ missbruk.¹⁰⁰ Frågan om ett företag är dominerande och om ett förfarande utgör ett missbruk avgörs enbart med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet samt generellt sätt efter det att den relevanta marknaden avgränsats på ett passande sätt.

3.5 Accessoriska begränsningar

Parter i en koncentration ingår föga sällan konkurrensklausuler som inskränker deras handlingsfrihet på marknaden under en viss tid efter det att koncentrationen genomförts. Denna typ av avtalsförpliktelse syftar t.ex. till att tillförsäkra en förvärvare det fulla värdet av de förvärvade tillgångarna eller att uppdelningen mellan säljarens kvarvarande rörelse och den del som överlåtits till köparen kan ske på rimliga villkor. Begränsningarna anses normalt vara acceptabla ur konkurrenssynpunkt om de objektivt sett har ett direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration (s.k. accessoriska begränsningar). Trots att de avtalade begränsningarna i och för sig är konkurrensbegränsande och skulle ha bedömts annorlunda om de hade prövats för sig eller i ett annat ekonomiskt sammanhang och inte mot bakgrund av en företagskoncentration skulle de, om de objektivt anses ha ett direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet, vara giltiga.¹⁰¹

⁹⁸ Missbruk som riktar sig mot faktiska eller potentiella konkurrenter.

⁹⁹ Missbruk som riktar sig mot kunder eller leverantörer.

¹⁰⁰ Se C. Wetter m.fl., 2004, s. 12.

¹⁰¹ a.a. s. 746.

3.5.1 Accessoriska begränsningar och EG-rätten

Någon enhetlig definition av begreppet accessoriska begränsningar finns egentligen inte, men några försök till en sådan definition har gjorts, däribland av Enrique González Díaz, som menar att det går att se en röd tråd genom i princip samtliga fall av accessoriska begränsningar. Enligt Díaz används doktrinen om accessoriska begränsningar inom EG-rätten huvudsakligen för att rättfärdiga konkurrensbegränsningar som är nödvändiga för att bevara eller möjliggöra överförandet av värde i olika typer av transaktioner.¹⁰²

En accessorisk begränsning kan således sägas vara en avtalad inskränkning av berörda parter handlingsutrymme, som är nödvändig för att en koncentration skall vara möjlig att genomföra. När det gäller just koncentration av ett företag är det vanligt att konkurrensklausuler förekommer som begränsar parter handlingsfrihet på bestämd del av marknaden under en viss tid efter det att koncentrationen genomförts. Syftet med accessoriska begränsningar är, som det har nämnts ovan, att tillförsäkra förvärvaren det fulla värdet av de förvärvade tillgångarna. Dessa konkurrensklausuler skall bedömas tillsammans med företagskoncentrationen huruvida de objektivt sett har ett direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen.¹⁰³

Kommissionen har utfärdat ett tillkännagivande¹⁰⁴ för att genom det klargöra vad som avses med accessoriska begränsningar. Som en följd av att Kommissionen beslutat att godkänna en koncentration omfattar även sådana accessoriska begränsningar, besitter Kommissionen inte någon behörighet

¹⁰² Se E. Díaz, *Some reflections on the Notion of Ancilliary Restraints under EC Competition Law*, Fordham Corporate Law Institute, 1995, s. 328.

¹⁰³ Se C. Wetter m. fl., 2004, s. 746 och EG:s koncentrationsförordningen, artikel 6.1 och 8.2.

¹⁰⁴ Se Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration EGT nr C 188, 4.7.2001, s.5.

att tillämpa artikel 82 i EG-fördraget på dessa.¹⁰⁵ Däremot kan förbuden i artikel 81 och 82 i EG-fördraget vara tillämpliga på begränsningar som inte är accessoriska.¹⁰⁶

3.5.2 Accessoriska begränsningar och konkurrensklausuler

Normalt sett innebär en konkurrensklausul att säljaren under en viss tid förbinder sig att inte konkurrera med köparen på den relevanta marknaden. För att en konkurrensklausul skall anses vara accessorisk måste dess giltighetstid och omfattning inte gå längre än vad som rimligen kan anses vara nödvändigt för att förvärvaren skall kunna tillgodose sig det fulla värdet av den förvärvade verksamheten. När det gäller omvända konkurrensklausuler, det vill säga konkurrensklausuler som skyddar säljaren från konkurrens från köparen, godtas dessa generellt sett inte som accessoriska begränsningar, främst på grund av att en motsvarighet till köparens skyddsvärda intresse inte kan anses föreligga hos säljaren.¹⁰⁷

Någon längsta tillåtna giltighetstid för att en konkurrensklausul skall kunna accepteras kan inte generellt fastställas, utan måste prövas i varje enskilt fall. När en överlåtelse omfattar såväl goodwill som know-how, kan en längre giltighetstid accepteras och i fall där en företagskoncentration enbart omfattar överföring av goodwill accepteras normalt en giltighetstid på högst två år. Två år är ett följaktligen en slags standardlängd på konkurrensklausuler. Skäl för en längre varaktighet än så synes bli svårt att påvisa.¹⁰⁸ När förvärvet däremot omfattar både know-how och goodwill är en giltighetstid på tre år det normala och för att en giltighetstid skall kunna överstiga tre år kräver ett undantag, då det normalt inte anses nödvändigt

¹⁰⁵ Se artikel 21(1) i EGs koncentrationsförordning och avsnitt I, p. 2 i Kommissionens tillkännagivande om accessoriska begränsningar. Se även C. Wetter m.fl., 2004, s. 747.

¹⁰⁶ Se Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration, p 6.

¹⁰⁷ Se C. Wetter m.fl., 2004, s 750.

¹⁰⁸ Se MD 1998:22 Preem Petroleum AB ./ KKV (beslut från den 21 december 1998) och C. Wetter m. fl., 2004, s. 750 f.

med ett sådant tidsmässigt långtgående skydd. De principer som konkurrensverket i Sverige använder vid bedömningen av huruvida en konkurrensklausul i samband med ett företagsförvärv är giltig eller inte är i stor utsträckning hämtade från EG-rätten. I ett fall¹⁰⁹ illustreras ett undantag där verket slog fast att en konkurrensklausul som omfattades av ett avtal om överlåtelse av en rörelse och som sträckte sig på fem år från överlåtelsepunkten inte omfattades av förbudet i dåvarande 6 § konkurrenslagen. Det hela bottnar i att begränsningar som avtalats mellan parterna i ett företagsförvärv och som inskränker deras handlingsfrihet på den relevanta marknaden omfattas inte av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete så länge de uppfyller kravet på att dels ha ett direkt samband med, dels vara nödvändiga för förvärvets genomförande (accessoriska). Detta beror på att sådana begränsningar sällan har tillräckligt märkbar effekt. I ovan anförda fall gör en uppräknig av de omständigheter som beaktas i prövningen av huruvida skall betraktas som accessorisk och förutom giltighetstiden, som inte får vara längre än vad som behövs för att en aktiv, konkurrenskraftig köpare skall kunna etablera en ställning på marknaden som motsvarar den som säljaren hade vid tiden för förvärvet, skall även klausulens geografiska tillämpningsområde och dess innehåll i övrigt beaktas. Beträffande just klausulens geografiska och materiella tillämpningsområde, så skall det vara begränsat till att gälla de varor och tjänster som ingår i det förvärvade företags verksamhet vid tiden för förvärvet för att den skall vara accessorisk och det område där säljaren marknadsförde sina varor eller tjänster.¹¹⁰

3.6 Rättspraxis

Parker Hannifin Corporation, USA, och dess dotterbolag avsåg förvärva Atlas Copco AB:s division Automation. Vad gäller Sverige så innebar förvärvet att Parker Hannifin Corporation förvärvade samtliga aktier i Atlas

¹⁰⁹ Se dnr 1170/93 Mander Brothers Ltd. m. fl. (beslut från den 3 mars 1994), där fem år ansågs rimligt med hänsyn till att säljaren var väl etablerad på marknaden och förvärvet omfattade såväl teknisk som kommersiell know-how som goodwill som köparen saknat.

¹¹⁰ Se C. Wetter m.fl., 2004, s.753.

Copco Automation AB (ACA). ACA tillverkar och säljer komponenter för lågtryckspneumatik, bl.a. pneumatiska cylindrar och ventiler, luftberedningsenheter och ledningskomponenter för pneumatik. I förvärsavtalet fanns en konkurrensklausul med en bindningstid om fem år. Konkurrensverket fann att förvärvet inte skapade eller förstärkte en dominerande ställning på den svenska marknaden. Förvärvet lämnades därför utan åtgärd. Däremot bedömde verket att en konkurrensklausul överstigande tre år i detta fall kunde komma att strida mot förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i konkurrenslagen.¹¹¹

Huhtamäki Oy förvärvade Procordias svenska konfektyrverksamhet, Ahlgrens AB. Redan före förvärvet var Huhtamäki verksam på de svenska marknaderna för halstabletter, tuggummi och övrig sockerkonfektyr. Med hänsyn till att denne således redan före förvärvet fick anses besitta viss motsvarande know-how ansåg verket att parternas sinsemellan under ärendets gång överenskomna bindningstid från fem till tre år godtogs. Konkurrensklausulen ändrades dock såtillvida att den från att i början ha omfattat ”konfektyrrörelse” begränsades till att endast gälla ”sockerkonfektyr”.¹¹²

En traditionell femårig konkurrensklausul som ingick i förvärsavtalet var på tapeten i ett fall från 1995. Konkurrensklausulen innebar att säljarna avseende de produkter som deras bolag AB Erik Lanner sålt, åtog sig att efter tillträdesdagen varken direkt eller indirekt bedriva konkurrerande verksamhet inom det geografiska område som omfattades av klausulen. Det rörde sig främst om överföring av goodwill som bestod i säljarnas kundkontakter eftersom Norsk Hydro redan före förvärvet varit etablerade på den relevanta marknaden. Det fanns ingenting som talade för att köparen var i behov av skydd av en konkurrensklausul med fem års bindningstid för att tillgodogöra sig fulla värdet av de överlåtna tillgångarna. Till den delen bindningstiden översteg två år ansågs av verket ansåg inte vara nödvändigt

¹¹¹ Se Dnr 944/94 Parker Hannifin Sweden AB (1994-07-22).

¹¹² Se Dnr 700/93 Procordia AB (1993-10-27).

för genomförandet av förvärvet. Norsk Hydro överklagade Konkurrensverkets beslut och hamnade slutligen i MD¹¹³, där det konstaterades att en treårig giltighetstid kunde accepteras med beaktande av de aktuella produkternas typ och distributionssätt.¹¹⁴

¹¹³ Se MD 1996:33 och avsnitt 5.3.

¹¹⁴ Se Dnr 1471/94 Norsk Hydro (1995-03-28).

4 Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse – avtalsrättslig/arbetsrättslig aspekt

4.1 Inledning

Vid ett företagsförvärv är det ett vanligt tillvägagångssätt att förvärvaren med hjälp av en konkurrensklausul förpliktar överlåtaren att under en viss tid och tidvis inom ett visst angivet område inte utöva konkurrerande verksamhet gentemot denne. Det bakomliggande intresset är att förvärvaren vill säkerställa att han kan tillgodogöra sig det fulla värdet av den goodwill, know-how och marknadsandelar som kan finnas i företaget. Skulle det förhålla sig så att överlåtaren direkt eller kort tid efter överlåtelsen påbörjar en konkurrerande verksamhet, så löper det en stor risk för att driften av den överlåtna verksamheten blir avsevärt mycket svårare för förvärvaren. Det kan till och med te sig så, att köparen aldrig skulle ha ingått affären om denne hade haft en vetskap om överlåtarens konkurrensplaner. Konkurrensklausulen kan följaktligen vara ett avtal som möjliggör en försäljning att överhuvudtaget komma till stånd.

Huvudprinciperna inom avtalsrätten är tvivelsutan avtalsfriheten samt avtalsbundenheten, *pacta sunt servanda* (avtal skall hållas). Men liksom vid alla huvudregler, förekommer undantag. Ett sådant undantag stadgas i 38§ AvtL, som således ger möjlighet att gå ifrån den avtalsrättsliga huvudprincipen om avtalsbundenhet.

Gemensamt för samtliga avtal är att en avsikt skall införlivas. Detta sker oftast genom att parterna förbinds att aktivt handla för att på så vis

åstadkomma målet med avtalet. Men en avtalsförpliktelse kan även vara negativ, där part förbinds att inte agera alls – en underlåten handling - t.ex. att inte engagera sig i en konkurrerande verksamhet.

Parternas intressen i en konkurrensklausul i avtal om företagsöverlåtelse är oftast motstående. Förvärvaren vill begränsa överlåtarens möjligheter till förvärvsarbete, medan överlåtaren självklart inte vill bli begränsad. Avtalets giltighet kan prövas avtalsrättsligt och bedömningen görs främst genom 38 och 36 §§ AvtL. I enlighet med 38 § AvtL skall en konkurrensklausul inte sträcka sig längre än vad som kan anses vara skäligt. Syftet med denna bestämmelse är att motverka missbruk av konkurrensklausuler. 36 § AvtL är tvingande och kan tillämpas på alla avtal. Denna bestämmelse kan användas för att jämka det vite som konkurrensklausuler vanligen kombineras med. Ur avtalsrättsligt perspektiv är en konkurrensklausul en sådan avtalsförpliktelse som är giltig anbart i den grad en bedömning enligt 38 § AvtL tillåter.

Nedan följer en redogörelse av de avtalsrättsliga principer som aktualiseras vid bedömningen av konkurrensklausulers giltighet. I nästföljande kapitel 4.3 och 4.4 behandlas 38 och 36 §§ AvtL före och efter 1976 års lagändring. Slutligen ägnas avsnitt 4.5 åt att kort gå igenom 1969 års överenskommelse.

4.2 Avtalsrättsliga principer relevanta för bedömningen av konkurrensklausulers giltighet

Avtalsfrihet, som innebär rätten för varje individ att själv välja om avtal skall ingås eller avstås, välja medkontrahent samt bestämma på vilka villkor avtalet skall ingås, samt avtalsbundenhet (lat. pacta sunt servanda) har sedan länge varit huvudprinciperna i svensk avtalsrätt.¹¹⁵ Det finns en mängd

¹¹⁵ Se J. Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2007, s. 24.

anledningar till att dessa principer är så viktiga. En av de tyngsta och mest uppenbara av anledningarna är deras betydelse för stabiliteten och förutsebarheten i affärsrelationer, vilket i sin tur är en nödvändig förutsättning för hela handeln. Därutöver innehar dessa principer en uppenbar plats i demokratiska marknadsekonomiska länder. Avtalsfrihet har en långa historisk bakgrund och härrör från naturrätten. Principen förklarades då som en regel med stark moralisk förankring. Det ansågs givet av naturen att avtal skulle hållas.¹¹⁶ Därefter sökte man finna aningen mer logiska orsaker, som att det låg i parternas gemensamma intresse samt att det gynnade samhällsintresset att avtal skall hållas. Hur man än ser på det så har principen stått på stadiga ben inom svensk rättstillämpning. När industrialiseringen slog igenom i Sverige under 1900-talet, vilket ledde till att företagen blev allt större, kom det som en naturlig följd att flera konkurrensbegränsande avtal träffades. Principen höll fast sin starka ställning, trots samhällets vetskap om dess negativa följder för samhällsutvecklingen. Utvecklingen gick i rask fart och det ansågs vara för handen att svensk obligationsrätt präglades av en laissez-faire mentalitet till somliga avtal.¹¹⁷ Framförallt kartellbildning erhöj, trots vetskapen om dess negativa följder, en allmän acceptans genom det synsätt som rättsväsendet uppvisade. Detta har ländat till att lagstiftningen företrädesvis under 1900-talets senare hälft fått fler inskränkningar i avtalsfriheten och denna utveckling tenderar att fortgå med än fler inskränkningar. Men självfallet bibehåller principen om avtalsfrihet en mycket stark roll i svensk rättstillämpning. Vid en bedömning huruvida avtal eller del av avtal skall jämkas eller ogiltigförklaras måste därför alltid denna princip beaktas.

I situationer då det saknas regler i lagar eller rättsfall för hur en viss förutsättning skall bedömas, kan förutsättningsläran åberopas.¹¹⁸ Även i situationer där rättsföljden helt enkelt är oklar kan förutsättningsläran ses som ett komplement vid bedömningen. Den agerar främst som komplement

¹¹⁶ Se F. Nybergh, Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner, 1997, s. 24.

¹¹⁷ Se U. Bernitz, Konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt – ett utvecklingsperspektiv, Rättsvetenskapliga studier till minne av Tore Almén, 1999, s. 46.

¹¹⁸ Se B. Lehrberg, Förutsättningsläran, 1989, s. 573.

till avtalslagens ogiltighetsregler. Vidare kan förutsättningsläran även användas för normal avtalsstolkning, i situationer där förutsättningslärans grundprinciper och lagtext är motstridiga.¹¹⁹ Sätter man förutsättningsläran i förhållande till 38 och 36 §§ AvtL så torde läran användas vid felaktiga relevanta förutsättningar, medan nämnda bestämmelser bör användas då förutsättningen inte är relevant eller om relevansen är svår att bedöma. För att överhuvudtaget kunna tillämpa förutsättningsläran måste förutsättningen ha varit väsentlig eller rent av bestämmande för att avtalet skulle ingås. Vad gäller konkurrensklausuler så innebär detta att överlåtaren måste ha insett eller i vart fall bort inse betydelsen av förutsättningen för förvärvaren för att läran skall kunna åberopas.

Ännu en betydelsefull allmän rättsgrundsats är den i avtals- och partsförhållanden så kallade lojalitetsplikten. I korta drag innebär lojalitetsplikten att avtalsparterna före, under och efter ett avtalsförhållande är skyldiga att i viss mån beakta varandras intressen. Den främsta avsikten är att motparten inte skall lida skada. De mest centrala och vanligast förekommande delarna inom lojalitetsplikten är upplysnings- och informationsplikt, vårdplikt, klargörandeplikt, omsorgsplikt, tystnadsplikt samt förbud mot konkurrerande verksamhet. Tystnadsplikten räknas som en viktig del och anses vara ett slags utflöde av lojalitetsplikten.¹²⁰ I synnerhet vid företagsöverlåtelse, då avtalsområdet inte sällan innehåller affärshemligheter och know-how är detta av stor vikt för motparten. Skulle motparten sprida information som utgör en företagshemlighet, kan FHL bli aktuell. Vad gäller lojalitetsplikten i förhållande till konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse, så innebär det allmänt sett efter ett avtalsförhållandes slut inte något förbud mot konkurrerande verksamhet enligt lojalitetsplikten.¹²¹

¹¹⁹ a.a. s. 574.

¹²⁰ Se H. Nicander, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, JT 1995/96 s 39.

¹²¹ a.a. s. 35.

4.3 Rättsläget före 1976 års lagändring

Ser man tillbaka på den rättspraxis som fanns på området konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse före 1915 års avtalslag har de ansetts vara giltiga i enlighet med sitt innehåll.¹²² I samtliga fall ansågs konkurrensklausulen vara bindande.¹²³ Tvisten handlade i och för sig inte om konkurrensklausulens giltighet utan om skadeståndets omfattning. 1900-talets början lade stor kraft i principen om avtalsfrihet och den utpräglade noninterventionsprincipen vad gäller konkurrensbegränsande avtal.¹²⁴ I 1915 års avtalslag uppfattades därför 38 § avtalslagen om möjlighet till jämkning av konkurrensklausuler som grundläggande nyheter.

Vid avtalslagens tillkomst hade 38 § AvtL följande lydelse:

”Har till förebyggande av konkurrens någon betingat sig av annan, att denne icke skall idka handel eller annan verksamhet av angivet slag eller icke taga anställning hos någon, som idkar sådan verksamhet, vare den, som gjort utfästelsen, icke därav bunden, för så vitt utfästelsen i fråga om tid och ort eller eljest skulle sträcka sig längre än som kan erfordras för att hindra konkurrens eller ock över hövan inskränka honom i hans frihet att utöva förvärvsverksamhet; vid prövning i sistnämnda avseende skall hänsyn tagas jämväl till det intresse den enligt utfästelsen berättigade har i densammas fullgörande.”¹²⁵

Det främsta syftet med bestämmelsen var att möjliggöra jämkning i anställningsförhållanden. Vidare uppmärksammades även konkurrensåtaganden av mindre näringsidkare som grundar sin näringsverksamhet på sin egen arbetskraft, exempelvis detaljhandlare och utövare av fria yrken. Vad gäller motverkande av kartellavtal togs detta inte

¹²² Se U. Bernitz, 1999, s. 50.

¹²³ Se NJA 1882 s. 291, NJA 1905 s. 513 samt NJA 1907 s. 122.

¹²⁴ Se U. Bernitz, Konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt - ett utvecklingsperspektiv, Rättsvetenskapliga studier till minne av Tore Almén, 1999, s. 47.

¹²⁵ Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse, 1992, s.44.

upp i förarbetena. Stadgandets tillkomst syftade främst till att värja generellt sett svagare avtalsparter genom att förhindra att hutlösa konkurrensförbud fick göras rättsligen giltiga. Det samhälleliga intresset av konkurrensfrihet låg följaktligen inte högst på listan bland de skyddsvärda.¹²⁶

Före tillkomsten av 1915 års avtalslag kunde konkurrensklausulers giltighet i svensk rätt i stort sett inte ifrågasättas.¹²⁷ Konkurrensbegränsande avtal och avtalsvillkor var alltså normalt sett giltiga. Allt annat fick ses som undantag.¹²⁸ 38§ avtalslagen torde ha haft denna förutsättning som utgångspunkt. Likaså framhövdes som utgångspunkt betydelsen av avtalsfrihet samt principen om avtalsbundenhet såtillvida, att vid beaktandet av huruvida en konkurrensklausul var giltig eller ej, skulle hänsyn tas till parternas motstående intressen.¹²⁹ Vidare hade förslaget från början varit att dela upp 38§ AvtL i två delar. En del med avseende på tjänsteavtal och en del med tillämpning på avtal i allmänhet. Slutligen valdes istället att skapa en ensam regel tillämplig på samtliga konkurrensklausuler, vilket även framgår av stadgandets lydelse. Med avseende på de särskilda rekvisit som fanns i regeln framfördes beträffande konkurrensklausulens giltighetstid och geografiskt tillämpningsområde, att någon begränsning inte utgör ett krav. Liksom idag var konkurrensklausuler giltiga, men kunde i domstol komma att jämkas eller helt underkännas.¹³⁰ Möjligheter till skydd var beroende av köparens intresse att ålägga säljaren ett konkurrensförbud och detta sågs främst ur ett ekonomiskt perspektiv. Almén menar, att en omfattande inskränkning i den förpliktades förvärvsverksamhet kan vara befogad, under förutsättning att den berättigade gagnas av densamma.¹³¹ Denna fördel fick likväl inte vara för anspråkslös. Det fanns även andra omständigheter som kunde påverka konkurrensklausulers giltighet, såsom den förpliktades ålder, utbildning samt övriga möjligheter att skaffa sig en annan försörjning. Vad gäller frågan om påföljden av alltför långtgående konkurrensförbud sägs det

¹²⁶ a.a. s. 55-56 och NJA II 1915 s. 286-287.

¹²⁷ Se T. Almén, Om köp och byte av lös egendom, 3 uppl., 1934, s. 414.

¹²⁸ Se U. Bernitz, 1999, s. 51.

¹²⁹ Se NJA II 1915 s. 287.

¹³⁰ Se T. Almén, Lagen om avtal, 1997, s. 153.

¹³¹ a.a. s. 153.

i motiven, att utfästelsen endast skulle vara ogiltig *i den mån* den skulle medföra alltför stora restriktioner för den förpliktade. I de fall konkurrensklausulen ansågs vara alltför långtgående skulle jämkning således gå före total ogiltighet. Detta korresponderade med bestämmelsen om vitesbestämmelser, som reglerade jämkning av *uppenbart obilliga* viten (36§ AvtL).¹³² Bakgrunden till stadgandet i 36§ AvtL var de ofta figurerade utfästelserna i form av viten för den händelse att en avtalspart inte fullföljde de avtalade förpliktelseerna.¹³³ Då bestämmelsen enbart avsåg jämkning av viten kunde den följaktligen inte åberopas på konkurrensklausuler, såvida denna inte innehöll ett sk. *uppenbart obilligt vite*. 36 och 38§§ i 1915 års avtalslag hade egentligen inte någon märkbar relation till varandra. De åberopades i helt skilda syften, där 38§ åberopades för att jämka eller ogiltigförklara en konkurrensklausul och 36§ tillämpades för att jämka det vite som hörde till densamma och som var *uppenbart obilligt*.

Om huvudavtalet hävs eller eljest förfaller på grund av väsentligt avtalsbrott från den enligt klausulen berättigades sida, så gäller generellt att konkurrensklausuler förlorar sin verkan. Om man ser till anställningsavtal gäller följaktligen att konkurrensklausulen inte kan göras gällande, när den anställde avskedas eller uppsäges utan saklig grund och inte heller i de fall där den anställde sagt upp sig eller lämnat anställningen direkt på grund av tillräckligt grovt avtalsbrott från arbetsgivarens sida.¹³⁴ NJA 1934 s 19 och NJA 1934 s 671 är båda rättsfall som kan representera situationen, då en konkurrensklausul som i och för sig är ogiltig på grund av sitt innehåll, inte kan göras gällande av andra skäl.

En omständighet som kan spela väsentlig roll i bedömningen av huruvida det förekommer konkurrerande verksamhet och som således bör beaktas vid ett eventuellt brott mot konkurrensklausul är bl. a. kundrelationen efter överlåtelsen. Likaså är i vilken form rörelsen bedrivs samt kundernas syn på

¹³² Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, 1992, s. 45.

¹³³ Se L. Gorton, Något om 36 och 38§§ i 1915 års avtalslag – då och nu, Rättsvetenskapliga studier till minne av Tore Almén, 1999, s 102.

¹³⁴ Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, 1992, s. 95.

vem som bedriver verksamheten omständigheter som kan påverka utfallet.¹³⁵ Det är alltså av stor vikt att en individuell prövning sker i fråga om hur den förpliktade handlat i det enskilda fallet. NJA 1942 s 354¹³⁶ lyfter likaledes fram betydelsen av hur man formulerar ett gällande konkurrensförbud.

Avtalsfriheten formuleras väldigt tydligt som en av de rättsliga utgångspunkterna i NJA 1957 s 279, där HD säger att svensk rätt utgår från den allmänna grundsatsen om avtalsfrihet. Just i det här fallet åsyftas den anställdes skyldighet att bära följderna av en åtagen konkurrensklausul. Det framgick att 38§ avtalslagen utgör undantagsbestämmelse i relation till avtalsfriheten och som utgångspunkt framlades en återhållsam tillämpning av principen, såtillvida att denna inte kunde föras över stadgandets gränser. Denna restriktivitet lades till grund för ställningstagandet vid 1976 års ändring av avtalslagen, varvid jämningsreglerna inte längre skulle vara så sparsamt tillämpade som HD i detta sk. ESAB-fallet uttalat.¹³⁷

Sammanfattningsvis, om man ser till rättspraxis på detta område tycks HD ha utgått från en strikt avtalsrättslig bedömning. Avtal skall i princip tillämpas enligt sitt innehåll, och bedömningen som 38§ AvtL ger för handen är helt enskild. Hänsyn bör tas till den berättigades behov av skydd samt till den förpliktades behov av att kunna försörja sig utan alltför stora begränsningar i dennes verksamhet. Det sociala skyddsperspektivet utgör från början ett fundament i 38§, såsom ett upprätthållande av ett konkurrensförbud med anledning av exempelvis en ekonomisk ersättning av tidigare arbetsgivare för ifrågavarande förbud. HD har emellertid inte tagit hänsyn till huruvida det är lämpligt att upprätthålla ett konkurrensförbud ur samhälleligt perspektiv. Det samhällsintresse som berörs i förarbetena styrs av den sociala aspekten. Det talas där om försörjningsmöjligheterna. Den berättigades behov av skydd utifrån samhällssynpunkt är således inte något som tas i beaktning i praxis före 1976 års lagändring. Skydd för kundkretsen

¹³⁵ Se NJA 1942 s 354.

¹³⁶ För djupare redogörelse, se avsnitt 5.2.

¹³⁷ Se A. Aldercreutz, B. Flodgren, 1992, s. 72-75. För djupare redogörelse, se avsnitt 5.2.

som enda grund saknar ofta motivering från allmän synpunkt, medan skydd för företagshemligheter i allra högsta grad beaktas. De synpunkter som i och för sig inte togs i beaktning vid en individuell bedömning av skydd kunde dock med stor sannolikhet tas med vid bedömningen av skadan vid skadeståndsberäkning eller vid bedömningen av huruvida vitet var uppenbart obilligt.¹³⁸

Ännu ett arbetsgivarintresse som gör sig gällande, förvisso aningen mer otydligt, är att med hjälp av konkurrensklausuler knyta till sig nyckelpersoner, som av olika anledningar utgör en värdefull tillgång för företaget. Detta kan likaså bero på problematiken och kostsamheten i att finna och lära upp en ersättare. Ur allmänt perspektiv kan det finnas skäl för skydd, om inte annat så för arbetsgivarens eventuella kostnader för utbildning av arbetstagaren.¹³⁹

4.4 1969 års överenskommelse

Denna överenskommelse omfattade samtliga förbund inom Svenska arbetsgivareföreningen¹⁴⁰ och representanter från några av Sveriges många arbetstagarorganisationer. Den hade som syfte att komplettera befintlig lagstiftning gällande konkurrensklausuler, närmare bestämt 38§ avtalslagen. Från början gällde överenskommelsen främst företag som var anslutna till SAF samt för anställda som var medlemmar i Sveriges arbetsledarförbund¹⁴¹, Sveriges industritjänstemannaförbund¹⁴² och Civilingenjörförbundet¹⁴³. Överenskommelsen har kommit att omfatta även anställda utanför bestämmelsernas område, med målsättningen att agera som ett instrument för begränsningen av användningsområdet för konkurrensklausuler i inom arbetsrätten, samtidigt som den reglerar det

¹³⁸ Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, 1992, s. 75-76.

¹³⁹ a.a. s. 76.

¹⁴⁰ Svenska arbetsgivareföreningen, SAF, grundades 1901. År 2001 gick den samman med Sveriges industriförbund under det nya namnet Svenskt Näringsliv.

¹⁴¹ SALF, numera Ledarna.

¹⁴² SIF, numera Unionen tillsammans med HTF.

¹⁴³ CF.

materiella innehållet i dessa klausuler.¹⁴⁴ Överenskommelsen framlägger tre punkter som bakomliggande användningsområdet för konkurrensklausuler, nämligen (I) vilken typ av företag det handlar om, (II) vilka anställda som kan komma att omfattas av klausulen samt (III) vilket kunnande man avser skydda.¹⁴⁵

Vad gäller första punkten så är det enbart de arbetsgivare som ”är beroende av självständig produkt- eller metodutveckling och som genom utvecklingsarbete av angivet slag skaffar sig tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart företagsspecifikt kunnande, vars yppande för konkurrenter skulle kunna medföra påtagligt men”, som enligt 1969 års överenskommelse får göra anspråk på konkurrensklausuler gentemot sina anställda. Därutöver omfattas i enlighet av överenskommelsen även företag som genom avtal förvärvat omnämnda kunnande.

Punkt två talar om de anställda som måste acceptera konkurrensklausuler i anställningsavtalet, där det i princip handlar om två kriterier, dels krävs det att den anställde ”under anställningen för kännedom om tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart kunnande”, dels att den anställde ”genom utbildning eller erfarenhet har möjlighet att göra bruk av denna kännedom”.¹⁴⁶ Avgränsningen ifråga innebär att t.ex. en assistent som enbart utför enkla administrativa arbetsuppgifter och som fått kännedom om företagshemligheter under anställningens gång inte får bindas av en konkurrensklausul beroende på att en sådan anställd i vanliga fall inte äger möjlighet att i en ny verksamhet ”göra bruk av denna kännedom”.¹⁴⁷ Vidare bör nämnas att beträffande arbetstagare på den s.k. ”mellan-nivån”¹⁴⁸ får beslut tas i varje enskilt fall huruvida en konkurrensklausul kan göras gällande för denne.

Sista punkten rör den typ av kunnande som får skyddas genom konkurrensklausul. I avtalstexten anges som konkurrensklausulens

¹⁴⁴ Se A. Adlercreutz och B. Flodgren, 1992, s. 55.

¹⁴⁵ a.a. s. 57-58.

¹⁴⁶ Se 1969 års överenskommelse p. 1.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ I en s.k. Anmärkning i 1969 års överenskommelse upplyses det om vilka arbetstagare som skulle kunna refereras till som arbetstagare på ”mellan-nivå”. Den tjänar i stort sett syftet att aktualisera nedåtgående gränsen i arbetstagarhierarkin.

skyddsobjekt de ”tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart företagsspecifikt kunnande, vars yppande för konkurrenter skulle kunna medföra påtagligt men”.¹⁴⁹ Det anses ligga i företagets intresse att ensamt utnyttja det företagsspecifika kunnande som överenskommelsen syftar att skydda. Vad som avses med ”företagsspecifikt kunnande” är tämligen svårbedömt. Ingressen till 1969 års överenskommelse menar att det ska handla om kunnande som erhållits genom egna insatser eller genom avtal och som utgör resultatet av utvecklingsarbete, som exempel nämns produkt- och metodutveckling, marknadsanalys och marknadsföring. Det intryck överenskommelsen ger är att konkurrensklausuler är tillåtna enbart i de sammanhang där tekniskt kunnande tar överhanden och således inte vid kommersiellt betonad information, det vill säga kunnande som hänför sig till marknaden, prissättning och liknande.¹⁵⁰ Tolkningsmöjligheterna begränsas något av terminologin i överenskommelsen, som använder sig av begreppet ”tillverkningshemligheter”, men problematiken kring detta kringgås något genom att begreppet tillskrivits satsen ”därmed jämförbart företagsspecifikt kunnande”. I och med detta uttryck stadgar överenskommelsen vad gäller för att upprätthålla en konkurrensklausuls giltighet, utrymmet för tolkningsmöjligheter till trots.

Sanktionen vid brott mot konkurrensklausul är normerat skadestånd, som enligt punkt 4 i överenskommelsen står i relation till den anställdes lön. Ett normerat skadestånd utgör ett i avtalet redan fastställt vederlag för avtalsbrott och är följaktligen att likställa med ett avtalsvite. Allmänt sett torde ett skadestånd om sex månadsinkomster utgöra ett tillräckligt skydd för arbetsgivaren.¹⁵¹

Konkurrensklausulens begränsning i tid skall inte vara längre än ”den beräknade livslängden för arbetsgivarens skyddsvärda know-how eller därmed jämförbara kunnande”.¹⁵² Prövning skall regleras individuellt i varje avtal, men med hänsyn till arbetstagaren bör bindningstiden normalt sett inte överstiga 24 månader eller om livslängden för det företagsspecifika

¹⁴⁹ Se A. Adlercreutz och B. Flodgren, 1992, s. 58 och 1969 års överenskommelse p. 1.

¹⁵⁰ a.a. s. 58.

¹⁵¹ Se A. Adlercreutz och B. Flodgren, 1992, s. 62 och 67 samt 1969 års överenskommelse p. 4.

¹⁵² a.a. s. 60 och 1969 års överenskommelse p. 3.

kunnandet är kort, 12 månader.¹⁵³ Vad som nu sagts anger det som i normalfallet bör gälla, men avvikelser åt båda håll är möjlig.

För att sammanfatta 1969 års överenskommelse på bästa sätt, kan sägas att den handlar om konkurrensklausulens materiella innehåll, vilken arbetsgivare som får använda sig av dessa klausuler, vilka anställda som kan omfattas samt vilket slags kunnande som kan skyddas genom en konkurrensklausul. 1969 års överenskommelse har kommit att få en omfattande betydelse bland annat genom att aktörerna på arbetsmarknaden utökat undantagen från principen i 38§ avtalslagen att ingångna avtal måste hållas. I och med 1976 års ändringar av avtalslagen gavs 1969 års överenskommelse officiellt status av rättskälla. Jämväl innan dess uttalade AD att en prövning mot bakgrund av 1969 års överenskommelse alltid skall göras även i de fall då en konkurrensklausul faller utanför överenskommelsens omedelbara tillämpningsområde.¹⁵⁴

4.5 Rättsläget efter 1976 års lagändring

1976 års lagändring innebar framförallt en förändring av 36 § avtalslagen. Denna s.k. stora generalklausulen anses numera vara tillämplig på hela förmögenhetsrättens område. 36 § avtalslagen kan följaktligen tillämpas på samtliga typer av avtal, oavsett om det gäller privatpersoner, konsumentförhållanden eller vid avtal mellan näringsidkare. Det är en tvingande regel och kan således inte avtalas bort.¹⁵⁵ Vad gäller ändringarna av 38 § avtalslagen så var dessa inte särskilt omfattande. Även i fortsättningen skulle regeln användas enbart vid konkurrensklausuler. Däremot skulle möjligheterna till jämkning av konkurrensklausuler bli större. Syftet med ändringen av 38 § avtalslagen var att vidga möjligheterna till jämkning. Även efter ändringen skulle dock en avvägning ske mellan köparens rättmätiga intresse av att hindra konkurrensen på marknaden mot köparens behov att driva förvärvsverksamhet framöver, vilket innebär att

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Se A. Adlercreutz och B. Flodgren, 1992, s. 66-68.

¹⁵⁵ Se SOU 1974:83, s. 194.

vid en prövning enligt avtalsmässiga grunder skall huvudsakligen de inbördes motstående förhållandena beaktas.¹⁵⁶ Varje individs försörjningsmöjligheter var fortfarande det eventuella samhällsintresse som skulle kunna beaktas. Och vid en bedömning enligt 38 § avtalslagen skulle en helhetsbedömning av konkurrensklausulen göras samt en bedömning av konkurrensklausulen i relation till huvudavtalet, innebärande att ett för ena parten fördelaktigt huvudavtal kunde påverka bedömningen av konkurrensklausulen.

Efter lagändringen 1976 var huvudsyftet att skydda arbetstagare i anställningssituationer, men regeln skulle tillämpas också i andra avtalskonstellationer samt gälla även vid företagsöverlåtelser. Således blev 38 § avtalslagen tillämplig på hela arbetsmarknaden.

Som tidigare nämnts var syftet med ändringen att vidga jämningsmöjligheterna, eftersom de i praxis ansågs vara alltför återhållsamma på det området. Villkoren i 38§ avtalslagen togs bort och istället gjordes en skälighetsbedömning med utgångspunkt i allmänna synpunkter, innebärande att vid företagsöverlåtelser står köparens krav på skydd mot konkurrens mot säljarens behov av att kunna bedriva förvärvsverksamhet.¹⁵⁷

Enligt 36 § avtalslagen kan ett avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden eller omständigheter i övrigt. Då en konkurrensklausul utgör ett avtalsvillkor kan den i vart fall teoretiskt prövas av 36 § avtalslagen, men i och med att 38 § avtalslagen uteslutande reglerar konkurrensklausuler sker prövningen enbart enligt 38 § avtalslagen. Vid en prövning om en konkurrensklausul vid företagsöverlåtelse är giltig eller ej samt om det föreligger skäl för jämkning skall i första hand skälighetsrekvisitet i 38 § avtalslagen tillämpas.

¹⁵⁶ Se prop 1975/76:81, s. 48 och SOU 1974:83, s. 118. Se även A. Adlercreutz och B. Flodgren, 1992, s. 44-46.

¹⁵⁷ Se SOU 1974:83, s. 118 och 192 och prop 1975/76, s. 148.

För att exemplifiera detta kan man prata om ett bolagsavtal mellan bolagsmän i exempelvis ett handelsbolag, som utgör avtal i konkurrensreglernas mening, med en konkurrensklausul som har en bindningstid som sträcker sig på fem år. Om nu någon av bolagsmännen vill lämna denna avtalsrelation så gäller 38 § avtalslagen mellan denne och de som vill vara kvar.

5 Svensk rättspraxis

5.1 AD

Genom lagen 1974:321 om rättegången i arbetstvister har arbetsdomstolen (AD) blivit högsta instans i alla arbetstvister, varigenom rättspraxis beträffande konkurrensklausuler främst försiggått i AD. Rättsfall gällande konkurrensklausuler i avtal om företagsförvärv är sällsynta. ADs praxis innehåller en del fall rörande företagsöverlåtelse, men då oftast i kombination med anställning.¹⁵⁸ Nedan följer AD-praxis efter 1976 års ändringar i 38 § avtalslagen.

I AD 1984:20 anställdes gymnasieingenjör A 1976 av ett bolag som bedrev verkstadsrörelse inom produktområdet värmeteknik. 1980 bytte bolaget ägare, då A arbetade som försäljare. Den nye ägaren träffade därpå ett anställningsavtal med A, som innefattade en konkurrensklausul gällande produktområdet värmeteknik och med en bindningstid på ett år. A skulle genom ett fyllnadsbelopp garanteras samma inkomstläge som när hans anställning upphörde, under förutsättning att han iakttog konkurrensförbudet. Bröt han mot detta förbud skulle han betala skadestånd motsvarande vad han intjänat de senaste 12 månaderna i sin anställning hos bolaget. I och med att bolaget var medlem av Verkstadsföreningen innebar detta att avtalet var bundet av 1969 års överenskommelse, men A som inte var fackligt ansluten omfattades inte av överenskommelsen.

I tingsrätten bedömdes A vara bunden av klausulen enligt dess innehåll. Däremot jämkades beloppet till halva det av bolaget yrkade beloppet, vilket blev 57 000 kr, med hänsyn till ”den på arbetsmarknaden rådande rättsuppfattningen på området” såsom den framgår av 1969 års överenskommelse.

¹⁵⁸ Adlercreutz, Flodgren, s. 77.

AD tog hänsyn till 1969 års överenskommelse redan vid bedömningen av klausulens skälighet. Trots att överenskommelsen inte var direkt tillämplig, i och med A:s bristande fackliga anslutning, måste enligt AD ”skälighetsbedömningen enligt 38 § avtalslagen göras med tillämpning av de materiella regler som finns i 1969 års överenskommelse. Det kan nämligen då inte anses skäligt att en av kollektivavtalet bunden arbetsgivare skulle ha större möjligheter att använda konkurrensklausuler beträffande anställda, som står utanför de avtalsslutande organisationerna, än han enligt avtalet har beträffande anställda som tillhör de avtalsslutande arbetstagarorganisationerna.”¹⁵⁹ Detta uttalande strider inte mot principen att arbetsgivaren rättsligt sett inte var bunden i förhållande till A att följa kollektivavtalet, även om resultatet blir detsamma.

Vid klausulens bedömning i ljuset av 1969 års överenskommelse framhöll AD dennas begränsning till företag som var beroende av självständig produkt- och metodutveckling. I och med att bolaget hävdade att det rörde sig om företagsspecifikt kunnande gjorde AD den tolkningen av överenskommelsen att som företagshemlighet inte skulle ”räknas anställdas personliga skicklighet, personliga kunskaper och personlig erfarenhet. Därav följer bl.a. att den mera allmänna kännedom om marknads- och branschförhållanden som förvärvats av anställda i inköps- och försäljningsverksamhet i regel inte utgör sådana företagshemligheter som avses i 1969 års överenskommelse.”

A:s arbete föll enligt AD:s tolkning inte inom 1969 års överenskommelsens användningsområde i och med att det ansågs att det förhöll sig så att A skaffat sig specialkunskaper inom ett visst område utan att därmed företaget ”fått rätt att genom konkurrensklausul hålla denna kunskap hemlig såsom företagshemlighet.” Detta föranledde att det inte varit skäligt att kräva att A skulle utsättas för att inte utöva konkurrerande verksamhet med bolaget efter att hans anställning i detsamma upphört. Klausulen var således inte bindande för A.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Se A. Adlercreutz och B. Flodgren, 1992, s. 79 f.

¹⁶⁰ a.a., s. 80-81.

AD 1985:138 rörde en anställning vid ett serviceföretag. Detta var ett bolag som sålde dataregister. C gavs en provanställning som försäljare i april 1983 och skulle få fast anställning efter den 1 september samma år, förutsättningsvis att parterna kom överens därom. Provanställningsavtalet innehöll en konkurrensklausul med en bindningstid på 1 år och tillkopplat vite som motsvarade 10 gånger den genomsnittliga månadsinkomsten från bolaget. C:s anställning löpte utöver provanställningstiden, men någon formell fast anställning blev inte aktuell, varpå C lämnade anställningen efter tvistigheter i början av 1984. C:s fackliga organisation gjorde gällande att C skilts från sin anställning på ett sätt som var jämförlig med ett avsked, en åsikt som delades av AD. När C tog en anställning i en konkurrerande verksamhet och återopade bolaget kvittningsvis gentemot C:s anspråk på lön och skadestånd att C brutit mot konkurrensklausulen och i och med det var skadeståndsskyldig gentemot bolaget. Invändningen häremot var det faktum att klausulen inte kunde återopas av den enkla anledningen att arbetsgivaren skilt C från hans anställning. Någon anledning att ta upp invändningen om huruvida konkurrensklausulen var tillämplig eller ej ansågs inte föreligga, utan rättsfrågan blev istället om konkurrensklausulen överhuvudtaget kunde anses vara bindande för C eller om den sträckte sig längre än skäligt. Här tog AD hänsyn till att C:s position i företaget inte varit särskilt hög och att det i och med det framkommit att C inte fått någon inblick i företagets affärshemligheter. Något som var ännu viktigare vid konkurrensklausulens bedömning var C:s otrygga ställning hos företaget, där denne i stort sett inte kunde lita på fast anställning. Detta resulterade i att det sätt som C skildes från anställningen tillmättes viss betydelse.

!969 års överenskommelse nämns inte i domskälen och inte heller den omständigheten att konkurrensklausulen inte omfattas av överenskommelsens tillämpningsområde. Detta tyder på att AD inte avsåg att tillerkänna överenskommelsen den betydelsen att konkurrensklausuler utanför dess användningsområde skulle anses vara per se oskäliga och följaktligen icke bindande.¹⁶¹

¹⁶¹ Se A. Adlercreutz och B. Flodgren, 1992, s. 82.

AD 1992:9 gällde tillämpningen av en konkurrensklausul inom informations- och konsultbranschen, här ett revisionsbolag. Bolaget var verksamt över hela landet. 1984 anställdes N, som i och för sig tidigare varit auktoriserad revisor men under en period haft anställning vid ett företag som internrevisor, vid bolagets kontor i Motala. För att N skulle återfå sin auktorisation var han tvungen att arbeta en tid på en revisionsbyrå, men på grund av att anställningen ifråga var avsedd att bli långvarig, måste N godkänna en konkurrensklausul som i ett brev formulerats till N från regionchefen. I och med konkurrensklausulen förband sig N att inte efter en övergångstid och erhållen auktorisation övergå till en annan anställning eller starta en egen revisionsverksamhet inom regionen marknadsområde. Om N skulle bryta denna förbindelse, som syftade till att han inte efter en "inarbetsperiod" skulle kunna utan avsevärd ekonomisk förlust ta med "upparbetade" klienter till med revisionsbolaget konkurrerande företag, skulle en skyldighet inträda som innebar att han under 3 år efter det att han lämnade anställningen skulle betala ett skadestånd "motsvarande 50 % av under varje år utfört arbete till normalt kalkyltimpris" för klienter som denne medtog ur bolagets klientuppsättning vid tiden för hans anställnings början.

N erhöll sin auktorisation i februari 1986, knappt två år efter påbörjad anställning, och slutade sin anställning hos densamma 1 juli 1986. Han öppnade därpå en egen revisionsbyrå inom regionen, vilket medförde att bolaget han lämnat i tingsrätten yrkade ett belopp på drygt 174.000 kronor, vilket motsvarade ett beräknat värde efter bolagets kalkyltimpris.

N påstod att klienterna följt med honom på eget bevåg och att han inte var bunden av konkurrensklausulen, som han påstod sträckte sig längre än skäligt, och hävdade att konkurrensklausuler av detta slag inte bör förekomma i anställning som avser arbete av den typen som det faktiskt gällde.

AD ansåg bolaget ha ett berättigat intresse av att bibehålla de klienter som fanns och i och med det fann domstolen, liksom tingsrätten, att N tagit med sig klienter på ett sätt som inneburit ett, åtminstone i vissa fall, brytande mot konkurrensklausulen. Begränsningarna i konkurrensklausulen gällande

område och påföljd gavs betydelse i AD, vilken var aktuell enbart avseende arbete utfört under de 3 närmaste åren åt klienter som fanns vid tiden för anställningens början. Konkurrensklausulen ansågs i AD inte sträcka sig längre än skäligt och den utgjorde egentligen inget hinder mot att N lämnade sin anställning hos bolaget. Vidare fann AD inte heller någon anledning att jämka vitesbeloppet. Däremot beräknades detta med tillämpning av den allmänna avtalsrättsliga oklarhetsregeln och det utdömda beloppet uppgick till drygt 126 000 kronor.

Vad gäller betydelsen av 1969 års överenskommelse menade AD att man inte utan vidare kan *”utgå från att konkurrensklausuler i anställningsförhållanden som ligger helt vid sidan av tillämpningsområdet för träffade kollektivavtal om sådana klausuler – vilket anställningsförhållandet mellan N och bolaget gör – kan fränkännas giltighet. Däremot kan givetvis kollektivavtalsbestämmelser om konkurrensklausuler antas återspegla ett mer allmänt synsätt i fråga om konkurrensklausuler på arbetsmarknaden och ge anledning till en restriktiv syn på sådana bestämmelser.”*¹⁶²

Utformningen av klausulen var med all säkerhet smidigare än de tidigare prövade. Det som tål att nämnas igen är det höga skyddsvärde som bevarandet av kundkretsen tillerkändes, trots att det inte gäller förvärv av rörelse. Någon anmärkningsvärd restriktivitet vid bedömningen av klausulen utanför området för 1969 års överenskommelse märks inte och ej heller någon hänsyn till allmänna konkurrensintressen.¹⁶³

AD 1992:99 är också ett exempel på ett fall som ligger utanför 1969 års överenskommelse. Det gällde ett företag inom datakonsultbranschen, nedan kallat enbart Bolaget, som bl.a. bedrev verksamhet med internetutbildning för olika företag. I dessa sammanhang användes inhyrda lärare, däribland R, som var en civilingenjör med anställning vid Tekniska högskolan i Stockholm. Enligt ett avtal med datakonsultbolaget hade R förbundit sig ”att under en period av två år från avslutad kurs varken enskilt eller som anställd

¹⁶² Se A. Adlercreutz och B. Flodgren, 1992, s. 85.

¹⁶³ Ibid.

i annat konsultbolag än Bolaget åta sig utbildningsuppdrag för den kund som utbildningen enligt detta avtal avser. Läraren är dock oförhindrad att ta tillsvidareanställning hos kunden.”

Konkurrensklausulen innebar i stort sett ett tvåårigt förbud mot att efter en utbildningskurs åta sig utbildningsuppdrag för samma företag utom i Bolagets regi. Under förbudstiden åtog sig R ett uppdrag för kunden, vad uppdraget innebar utreddes inte i målet. I AD handlade det om en överklagan av ett interimistiskt beslut meddelat av tingsrätten om förbud för R, vid vite av 50 000 kronor för varje överträdelse av förbudet, att åta sig utbildningsuppdrag i annat bolag än Bolaget.

Förbudet upphävdes i AD, då det ansågs att Bolaget inte visat sannolika skäl för sin talan enligt RB 15:3. Klausulen kunde nämligen inte bedömas som bindande för R på den grunden att konkurrensklausulen föll utanför tillämpningsområdet för 1969 års överenskommelse och en särskilt restriktivitet var i och med det påkallat, menade AD. Klausulen syftade i och för sig på samma sak som klausulen i AD 1992:9, det vill säga att i viss mån skydda Bolaget från konkurrerande verksamhet beträffande Bolagets redan befintliga klientstock. Skillnaden låg i det att R i detta fall hade en anställning som varit kortvarig utan anställningstrygghet samt att denne inte hade åtnjutit någon högre lön eller andra förmåner. Vidare hade R inte haft någon särskild rätt hos Bolaget att erhålla ytterligare utbildningsuppdrag hos den aktuella kunden och klausulen bedömdes i och med det som oskälig enligt 38 § avtalslagen.¹⁶⁴

Sammanfattningsvis innebar de ändringar som gjordes 1976 i 38 § avtalslagen inte bara ökade möjligheter till jämkning utan även ett slags åsidosättande av konkurrensklausuler. I propositioner kan man utläsa att ändringarna även innebar ett officiellt och auktoritativt erkännande av 1969 års överenskommelse som rättskälla.¹⁶⁵ 1969 års överenskommelse skulle även kunna vara vägledande för bedömningen av icke arbetsrättsliga

¹⁶⁴ Se A. Adlercreutz och B. Flodgren, 1992, s. 85, 102 och 136.

¹⁶⁵ Se prop. 1975/76:81, s. 148 f.f.

konkurrensklausuler. Emellertid hade det redan i en AD-dom¹⁶⁶ från 1977 uppträdde en mycket restriktiv syn på konkurrensklausuler med åberopande av just 1969 års överenskommelse, där denna nu även fått stöd genom uttalanden i förarbetena till 38 § avtalslagen.

Man kan urskilja fyra huvudomständigheter som domstolarna beaktar vid bedömningen av konkurrensklausuler. Det första rekvisitet är den anställdes position i företaget. Allmänt sett gäller att ju högre position en anställd har desto mer accepterat är det att använda sig av konkurrensklausuler. Den andra omständigheten är den anställdes insyn i företagshemligheter. Här får man göra avväga huruvida den anställdes kunskaper om företaget och dess affärshemligheter skulle kunna skada företaget. Vidare måste man se till den anställdes anställningsform, där ju svagare anställningsform desto svårare att binda denne till en konkurrensklausul. Slutligen beaktas den anställdes lön och övriga förmåner, det vill säga om den anställda åtnjöt högre lön eller andra förmåner som följd för att underkasta sig en konkurrensklausul.¹⁶⁷

5.2 HD

I NJA 1942 s 354 hade J.B överlåtit sin väletablerade speceriaffär till A.P. J.B hade genom en konkurrensklausul i köpeavtalet förbundit sig vid vite uppgående till 5 000 kr att varken i sin egen person eller genom annan person driv någon form av specerirörelse i Ludvika eller dess omnejd. I och med att en ny speceriaffär öppnades i J.B:s sons namn, där affären dessutom låg i en fastighet som J.B ägde och där denne därtill i stor utsträckning arbetade med att expediera kunderna, ansågs J.B. bryta mot konkurrensklausulen i köpeavtalet. Dessa omständigheter ansågs ge intrycket att rörelsen var J.B:s egen. HD tillade att varken 36§ eller 38§ avtalslagen bort vinna tillämpning i fallet ifråga. Domstolen lyfte fram

¹⁶⁶ Se AD 1977:167

¹⁶⁷ Se A. Adlercreutz och B. Flodgren, 1992, s. s.97 f.f.

vikten av att en individuell prövning skall ske ifråga om hur den förpliktade handlat i det enskilda fallet. J.B:s agerande resulterade i att denne utåt tycktes driva speceriverksamheten. Det som är väsentligt och som bör beaktas vid ett eventuellt brott mot konkurrensklausul är, om man ser till ifrågavarande fall, att kundrelationer i ett senare skede kan påverka bedömningen. Likaså i vilken form rörelsen bedrivs samt kundernas syn på vem som bedriver verksamheten är omständigheter som kan påverka utfallet. Det är följaktligen även av stor betydelse hur man formulerar det gällande konkurrensförbudet.

NJA 1943 s 224 ("Esab I") och NJA 1957 s 279 ("Esab II") gällde båda två tidigare anställda hos ESAB, Elektriska svetsningsaktiebolaget, som på eget bevåg lämnat företaget. ESAB ville med hjälp av konkurrensklausuler skydda företagshemligheter vid tillverkningen av elektroder för elektrisk svetsning. Bindningstiden sträckte sig på två år och tillkopplat vite uppgick till två årslöner. Konkurrensklausulerna i båda fallen ansågs till fullo bindande, således även vitesbeloppet. Det är framförallt "Esab II"-målet som låg bakom ställningstagandet vid 1976 års lagändring, där den nya lydelsen arbetade för att den återhållsamma attityden gentemot jämningsreglerna som ovan anförda fall påvisar inte längre skulle vara lika vanligt.

NJA 1948 s 704 handlade om tillämpningen av ett avtal gällande partiell företagsöverlåtelse. F ägde en speceriaffär, som dessutom sålde mejeriprodukter. Det var "mejeri-delen" av verksamheten som överläts till köpmannen J genom ett avtal som bl. a förband F att vid vite av 3.000 kronor inte själv konkurrera med liknande mejeriförsäljning samt att vid överlåtelse av speceriaffären avfordra den nye ägaren en förbindelse som motsvarade den han själv förbundit sig till. Speceriaffären såldes därpå till en ny innehavare, men utan ett sådant förbehåll.

Ståndpunkterna delade sig bland de dömande instanserna, där RR fann att F i och för sig brutit mot konkurrensklausulen genom att underlåta att vid

överlåtelsen av speceriaffären ta in förbehållet. Vitet jämkades dock från 3 000 kronor till 500 kronor. Hovrätten var av annan åsikt och ansåg att F enligt avtalet var skyldig att betala vitet enbart om den nya ägaren konkurrerade och ogillade därför J:s talan. Hovrätten tolkade alltså avtalet så, att överlåtaren enbart var skyldig att betala avtalat vite om förvärvaren faktiskt bedrev konkurrerande verksamhet. HD delade hovrättens tolkning av avtalet, varför talan ogillades.¹⁶⁸

Vid en sammanfattning kan man säga att det av fallen framgår att HD använder sig av en avtalsrättslig bedömning, där avtal i princip skall tillämpas enligt sitt innehåll, innebärande att bedömningen i enlighet med 38 § avtalslagen skall vara individuell. Här skildras inga konkurrensrättsliga synvinklar överhuvudtaget.

5.3 MD

I MD 1986:21, 1987:2, förelåg det ett avtal om förvärv av anläggningar för tillverkning av betong, vari konkurrensklausuler hade intagits. Överlåtaren i dessa avtal hade förpliktat sig för en tid av högst 10 år inte etablera ytterligare betongfabriker inom Malmö-, Lund- och Halmstadsområdet. MD yttrade bl.a. att konkurrensklausuler, som bereder skydd för kundkontakter och goodwill i den förvärvade verksamheten, kan godtas i vissa fall, däribland då klausulen tas in i ett avtal om företagsöverlåtelse för att bereda köparen skydd mot att säljaren genom fortsatt verksamhet ändrar de förutsättningar som köpet grundar sig på. I detta fall förelåg dock knappast detta skyddsbehov och skyddstiden var omotiverat lång. MD ansåg att villkorens främsta syfte tycktes vara att förhindra sund konkurrens snarare än att ge köparen skydd.

I MD 2001:3 hade konkurrensverket underkänt en konkurrensklausul i Interflorakedjan, som är en slags ideell samverkan mellan blomsterhandlare

¹⁶⁸ Se A. Adlercreutz och B. Flodgren, 1992, s. 70.

och butiker som arbetar tillsammans för att bl. a. uppnå ett väletablerat varumärke. Konkurrensverket hade motiverat sitt beslut med påståendet att klausulen innebar såväl ett förbud för butiker inom Interflora att samtidigt tillhöra en annan kedja, som ett förbud för butiker inom kedjan att sälja produkter som konkurrerar med Blommogram ABs produkter. MD menade å andra sidan att en bedömning av konkurrensklausulens konkurrensbegränsande effekt måste göras med beaktande av rådande faktiska förhållanden, där samtliga omständigheter måste beaktas och där de samverkande företagens fullkomliga marknadsandel utgör en sådan omständighet. En annan omständighet som likaså är betydande vid bedömningen är konkurrensklausulens bindningstid. I målet framhålls det även att ett konkurrensförbud kan vara legitimt för att underhålla de investeringar och kunskapsöverföringar som måste förekomma i en kedja för att uppnå och bibehålla en gemensam profil. Därutöver uttalade MD att när det föreligger en gemensam identitet gentemot konsumenterna med tillhörande investeringar och know-how överföringar så anses ett beaktansvärt behov finnas av att skydda de gemensamma tillgångarna. Vidare anser MD att den omständigheten att det finns flera aktörer på marknaden underlättar nyetablering och att klausulen inte försvårar konkurrenternas verksamhet samt att konkurrensförbudet i just detta fall snarare gynnar konkurrensen genom att i princip påtvinga de berörda att satsa på marknadsföring och andra åtgärder som främjar effektiviteten.

Enligt nuvarande regler i konkurrenslagen kan företagen begära en förklaring från Konkurrensverket i samband med anmälan av en företagskoncentration att s.k. accessoriska begränsningar såsom konkurrensklausuler inte omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete utan är en nödvändig förutsättning för genomförande av koncentrationen. Ett exempel på detta är MD 1996:33, som gällde bl.a. ett aktieförvärvaravtal, vari en konkurrensbegränsningsklausul intagits, till vilken det dessutom var knuten en tystnadspliktsbestämmelsen utan någon som helst tidsbegränsning. Domstolen konstaterade att en treårig

giltighetstid för de båda bestämmelserna borde kunna accepteras med hänsyn till de aktuella produkternas typ och distributionssätt.

5.4 KKV

I dnr 325/2004 förvärvade Stena Adactum AB ensam kontroll över S-Invest Management i Göteborg AB. S-Invest verkade i branschen för detaljhandel med växter och trädgårdsredskap. Företagskoncentrationen lämnades av Konkurrensverket utan åtgärd. Två konkurrensklausuler bedömdes. Den första, med en bindningstid på två år, ansågs ha ett direkt samband med och vara nödvändig för realiseringen av koncentrationen. Detta konkurrensbegränsande avtal innebar ett åtagande för 12 privatpersoner – såväl anställda som f.d. ägare i S-Invest- att under två år efter koncentrationen inte bedriva konkurrerande verksamhet med S-Invest. Dessa personer torde omfattas av begreppet företag i konkurrenslagens mening. Konkurrensklausulen ansågs således accessorisk med genomförandet av koncentrationen.

Den andra konkurrensklausulen, gällande en period överstigande tre år från dagen för genomförandet av koncentrationen, ansågs inte ha direkt samband eller utgöra en nödvändig förutsättning för koncentrationen. Här åtog sig två av ägarna till det överlåtande företaget att, under den period som de fortfarande äger aktier i S-Invest samt under tre år efter Stena Adactum AB:s återköp av dessa aktier – senast den 30 juni 2009 -, inte bedriva konkurrerande verksamhet med S-Invest. Konkurrensklausulens bindningstid överstiger följaktligen tre år från koncentrationens fullbordande och kan därför inte anses vara accessorisk för genomförandet av koncentrationen.

Dnr 1170/93 gällde överlåtelsen av Klintens Sweden AB, ett företag som ägnar sig åt tillverkning och försäljning av emballagelacker. I överlåtelseavtalet fanns en konkurrensklausul som innebar ett åtagande för

det överlåtande företaget och det företags koncern att under en period av fem år inte bedriva konkurrerande verksamhet med Klintens. Konkurrensklausulen ansågs vara accessorisk med förvärvet. Konkurrensverket menar att konkurrensklausuler i och för sig utgör en typ av konkurrensbegränsning som kan vara förbjuden i enlighet med 6 och 19 §§ KL eftersom sådana klausuler hindrar potentiell konkurrens, men att de begränsningar som har ett direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av förvärvet inte omfattas av förbudet i 6 § KL, trots att inskränker de bundna parternas handlingsfrihet på marknaden. Sådana accessoriska begränsningar anses dessutom oftast inte ha tillräckligt märkbar effekt. Detta gäller även om de avtalade begränsningarna per se är konkurrensbegränsande och skulle ha bedömts annorlunda om de prövats för sig och inte mot bakgrund av en företagsöverlåtelse. Vid bedömningen av huruvida en mellan parterna avtalad begränsning kan sägas ha direkt samband med och vara nödvändig för genomförandet av ett företagsförvärv måste hänsyn tas till omständigheterna i det enskilda fallet. De förutsättningar som kan komma att tillmätas betydelse vid avgörandet av om en begränsning är att anses som accessorisk är bl. a. bindningstiden, geografiskt tillämpningsområde, vilka produkter den omfattar samt dess materiella innehåll i övrigt.

EG-praxis skall vara vägledande vid tillämpningen av den svenska konkurrenslagen. I enlighet med EG-kommissionens tillkännagivande om accessoriska begränsningar i samband med koncentrationer, sägs bl. a. att köparen måste åtnjuta ett visst skydd mot konkurrens från säljaren för att kunna tillgodogöra sig det fulla värdet av de förvärvade tillgångarna. Det kan röra sig om att hindra säljaren från att ”ta med sig” kunderna och att kreditera och ta i anspråk det know-how som han har förvärvat. Vad gäller en godtagbar bindningstid för ett konkurrensförbud har en period på tre till fem år ansetts som rimlig, därest förvärvet omfattar såväl goodwill och know-how och en period på två år om det endast omfattar goodwill. En tillåten giltighetstid är dock inte generellt fastställd. Konkurrensklausulens geografiska utbredning skall begränsas till det område där överlåtaren

marknadsförde sina varor eller tjänster före överlåtelsen. Liknande synsätt skall gälla vid begränsningen av varor och tjänster, dvs. konkurrensklausulen begränsas till att gälla enbart de varor och tjänster som ingick i den förvärvade verksamheten.

I detta fall sker prövning och bedömning mot bakgrund av förvärvet, eftersom den femåriga konkurrensklausul i överlåtelseavtalet enligt Konkurrensverket utgör en väsentlig del av överlåtelsen. Överlåtelsen ifråga innefattar know-how av såväl teknisk som kommersiell natur samt goodwill. Köparen tillförs genom förvärvet teknisk know-how som denne tidigare inte haft tillgång till. Vidare får köparen tillgång till säljarens etablerade kundkrets. Köparen har inte tidigare bedrivit någon liknande verksamhet i Sverige medan säljaren och dennes koncern är väl etablerad på den svenska marknaden avseende kemisk-tekniska produkter. Med anledning härav anses det motiverat att köparen genom konkurrensklausulen erhåller ett skydd mot säljaren så att köparen under den avtalade perioden till fullo kan tillgodogöra sig det överlåtna know-how och på så vis etablera sig på marknaden. Gällande bindningstiden, som löper på fem år, anses det vara berättigat vad beträffar omfattningen av både teknisk och kommersiell know-how, vilket förvärvaren tidigare saknat. Konkurrensklausulen omfattar enbart verksamhet som konkurrerar med det förvärvade företaget. Vid den samlade bedömningen av konkurrensklausulen och kringliggande omständigheter finner Konkurrensverket att konkurrensklausulen har ett direkt samband med och är nödvändig för genomförandet av det ifrågavarande företagsförvärvet. Konkurrensklausulen utgör således en accessorisk begränsning och omfattas inte av förbudet i 6 § KL, eftersom effekten av denna inte är tillräckligt märkbar.

I dnr 255/96 sammanförde AB Ahlfort & Cronholm tillsammans med AB Wihl. Becker sina rörelser för tillverkning och försäljning av lacker och färger för industriell ytbehandling av trä i två företag, vilka de gemensamt ägde, Becker Acroma Klinten KB för verksamheten i Sverige och Becker Acroma Klinten AB för verksamheten utomlands. Detta skedde bl. a. genom

ett konsortialavtal. Tekniskt know-how ingick i förvärvet. Genom en optionsrätt blev Beckers två år senare ensam ägare till de båda företagen. Efter kontakt med Konkurrensverket ändrades tiden från fem till två år för ett konkurrensförbud intaget i konsortialavtalet. Med denna förkortade bindningstid fann Konkurrensverket att konkurrensklausulen inte var konkurrensbegränsande i konkurrenslagens mening och omfattades således inte av något av förbuden i ifrågavarande lag.

Vad bedömningen av huruvida en konkurrensklausul kan anses ha ett direkt samband med och vara nödvändig för genomförandet av en företagsöverlåtelse måste avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Enligt EG-domstolens praxis, som tjänar som vägledning vid tillämpningen av den svenska konkurrenslagen, gäller bl. a. att köparen, för att kunna tillgodogöra sig det fulla värdet av de förvärvade tillgångarna, måste ha möjlighet att åtnjuta ett visst skydd mot konkurrens från överlåtaren. Den godtagbara bindningstiden för konkurrensklausuler varierar beroende på om förvärvet omfattar både know-how och goodwill eller enbart goodwill. Avseende förvärv av sistnämnda slag kan konkurrensklausuler med längre giltighetstid än två år normalt inte anses godtagbara. Konkurrensklausulen i konsortialavtalet utgjorde en väsentlig del av de förvärv varigenom Ahlfort & Cronholm sammanförde rörelser med Becker och dessa anses ha innefattat både tekniskt know-how och goodwill. Innan dess att Beckers övertog ensamt bestämmande inflytande och således under den tid då det gemensamma ägandet varade får konkurrensklausulen anses ha haft ett direkt samband med och varit nödvändig för genomförandet av de förvärven som först avtalades. Vad gäller tiden då Beckers stod som ensam ägare har konkurrensklausulens giltighetstid förkortats till två år. I och med det anses konkurrensklausulen även i denna del ha haft samband med och varit nödvändig för genomförandet av efterföljande optionsförvärv. Konkurrensklausulen anses sammantaget vara accessorisk till aktuella förvärv och den påverkar därmed inte konkurrensen på ett märkbart sätt.

Vidare dnr 445/2000, där British Nuclear Fuels Plc. förvärvade ABB:s globala kärnkraftsverksamhet. I samband med förvärvet undertecknades bl. a. ett "Non-Compete Agreement", där bl. a. en konkurrensklausul ingick enligt vilken överlåtaren varken direkt eller indirekt tilläts konkurrera med förvärvaren under sju år från dagen då avtalet träffades. Konkurrensverket beaktade i sin bedömning bl. a. de stora värden i form av goodwill och know-how. Begränsningen ansågs - trots den relativt långa giltighetstiden - vara berättigad bl. a. med hänsyn till ABB:s etablerade ställning på marknaden före överlåtelsen, produkternas livslängd samt övriga specifika egenskaper. Konkurrensförbudet utgjorde således en accessorisk begränsning på grund av vilken ett icke-ingripandebesked lämnades.

Konkurrensklausuler utgör avtalsvillkor där en part förbinder sig att i relation till ett visst företag varken direkt eller indirekt konkurrera, varigenom klausulen hindrar både faktiskt och potentiell konkurrens. Denna avtalade begränsning omfattas dock inte av förbudet i 6§ KL om den har ett direkt samband med och är nödvändig för genomförandet av överlåtelsen. Detta har sin grund i att köparen skall kunna tillgodogöra sig det fulla värdet av det förvärvade och därför måste kunna åtnjuta ett skydd mot konkurrensåtgärder från säljarens sida. Konkurrensklausulen i fallet löd som följer:

"ABB Ltd. samt dess Affiliates , såsom definierat i överlåtelseavtalet, (ABB/Affiliates), förbinder sig att under en period av sju år med vissa undantag , varken direkt eller indirekt bedriva konkurrerande verksamhet omfattande bl.a. tillhandahållandet av (i) konstruktioner och teknologi för nukleära installationer, (ii) kärnbränsle, komponenter till kärnbränsle och teknologi vad gäller kärnbränsle, (iii) nukleär teknisk information, verktyg och nukleär träningsverksamhet, (iv) säkerhets- och systemanalyser, (v) systemanpassning av bl.a. kontrollsystem, övervakningssystem och tillhandahållandet av know-how till tredje man som är verksam inom systemintegration av instrument och kontrollsystem för nukleära installationer, (vi) kylpumpar till reaktorer, (vii) projektledning för

konstruktion/uppgradering av nukleära installationer, (viii) handhavande av använt kärnbränsle, (ix) oförstörande provningar samt träningservice för nukleära installationer.”

Vad gäller godtagbar giltighetstid, som är aningen slående i detta fall, har det normalt varit så, att en period på tre till fem år ansetts skälig vid förvärv som omfattar både goodwill och know-how och en period om två år vid förvärv som enbart omfattar know-how. Detta fall är dock ett sådant som påvisar att en längre giltighetstid kan accepteras om särskilda omständigheter är för handen. Exempel på sådana särskilda omständigheter kan vara bl.a. att det visas att kundkretsens köptrohet kommer att bestå under en längre tid än två år eller att produkternas ekonomiska livslängd är längre än fem år. Förvärvet av ABB:s globala kärnkraftsrelaterade verksamhet omfattar en överföring av både teknisk know-how och goodwill. Samtliga materiella och immateriella tillgångar övertogs genom förvärvet och köparen var före överlåtelsen inte verksamt på ifrågavarande marknad. Begränsningen anses inte heller gå utöver vad som är nödvändigt vad gäller territorium eller produkter.

Vidare kan sägas om kärnbränslemarknaden att denna är en speciell och svår marknad med hård konkurrens och med många säkerhets-, investerings- och utvecklingshänseenden. Produkterna är mycket tekniskt avancerade och de har en väldigt lång livscykel. Det gäller även livslängden för design, teknologi, patent m.m. Likaså får kundernas köptrohet sägas bestå under en längre tid än vad som skulle vara normalfallet för andra typer av produkter.

Det rör sig här följaktligen om förvärv av mycket speciella marknadskunskaper och ett extremt avancerat tekniskt know-how, vilket motiverar ett starkt skydd mot konkurrensåtgärder. Konkurrensverket finner således att konkurrensklausulerna i det aktuella fallet har ett direkt samband med och är nödvändigt för genomförandet av förvärvet. Konkurrensklausulens giltighetstid är därför befogad.

Av ovan anført förefaller konkurrensverkets praxis beträffande konkurrensklausuler vara resultatet av bedömningar i enskilda fall grundade på särskilda omständigheter i just de fallen. Det är vidare nämnvärt att de få fall som gått upp i marknadsdomstolen tycks ha utmynnat i en något mer generös bedömning vad gäller bindningstiden, där omständigheterna i det enskilda fallet fått spela en större roll i förhållande till de i konkurrensverkets avgöranden.¹⁶⁹

Vad gäller bindningstiden har konkurrensverket hållit en tydlig röd tråd i sina beslut, genom att påstå att huvudregeln är maximalt fem år för överlåtelser som innefattar såväl goodwill som know-how och maximalt två år om förvärvet enbart innefattar goodwill. Lika tydligt kan man dock spåra att konkurrensverket ändrat attityd gentemot just bindningstiden, vilket resulterat i att bindningstiden för konkurrensklausuler där både goodwill och know-how förvärvas i normalfallet får vara upp till tre år.

De konkurrensklausuler som har en bindningstid på fem år anses allmänt sett inte vara befogade i samband med en företagsöverlåtelse, men när det handlar om exempelvis tekniskt avancerade produkter eller när det föreligger hinder eller andra svårigheter att etablera sig på den relevanta marknaden. Även det faktiska skyddsbehovet kan ha en avgörande roll när det gäller utsträckningen av bindningstiden. Det är mycket ovanligt att en konkurrensklausuls bindningstid överstiger fem år och dessutom godtas som giltig, men i ett avgörande¹⁷⁰ godtog konkurrensverket en bindningstid på sju år och det som krävs för en sådan bedömning är, som ovan anförts, att det finns ett extraordinärt skyddsintresse. Ett antal omständigheter borde vara för handen för att en bindningstid av den kalibern skall anses som giltig, däribland att kundernas lojalitet bedöms bli kvarvarande under en period längre än vanligt och att konkurrensen är väldigt hård och produkterna så pass avancerade att de klarar en livslängd på drygt tio år. Vidare bör överlåtaren ha en stabil position på marknaden före överlåtelsen, där kunskapen om marknaden är vid och det tekniska know-how:et är av

¹⁶⁹ Jfr avsnitt 5.3.

¹⁷⁰ Se ovan, British Nuclear Fuels Plc., KKV Dnr 445/00.

betydande vikt. Köparen skall dessutom inte ha varit aktiv på den relevanta marknaden före överlåtelsen.

6 Analys

Placerar man konkurrensrätten och avtalsrätten under ett komparativ-mikroskop kan man se att det råder en viss diskrepans mellan de båda regelsystemen. Detta gäller i synnerhet om man ser det i relation till konkurrensklausuler, då den mest grundläggande skillnaden ligger just i hur man tillämpar dessa olika lagar på konkurrensklausuler. Konkurrenslagen tar sin utgångspunkt i samhällets intressen av en fri konkurrens och skyddar på så vis individerna som ett kollektiv. Avtalslagen utgår däremot från den enskilda individen och syftar att skydda specifikt denna mot oskäligen avtal.

När det gäller den civilrättsliga verkan på ett avtal kan denna påverkas av konkurrensbegränsningar såtillvida att avtalsvillkor kan anses vara civilrättsligt ogiltigt på grund av en konkurrensbegränsning som i konkurrenslagens mening är otillåten. De allmänna domstolarna bör alltså egentligen inte pröva oskäligheten med konkurrenslagen som utgångspunkt, då den bedömningen utgår från omständigheter emanerande från allmänt perspektiv och inte från de som verkar för den enskilda individen. Vid ett civilrättsligt avgörande kan allmän domstol dock stödja sig på marknadsdomstolens avgörande i en viss fråga. En enskild individ, vars mål är att inte vara bunden av en konkurrensklausul, bör följaktligen kunna åberopa ett fall där MD ansett samma konkurrensklausul vara stridande mot konkurrenslagens generalklausul. På så vis kan konkurrenslagen få en slags indirekt betydelse för konkurrensklausulens giltighet i situationer där MD enats om att klausulen påverkar negativt på grund av konkurrensbegränsning, genom att den som vill komma runt klausulens bundenhet genom detta "hjälpmedel" tvingar till sig en hävning eller jämkning av konkurrensklausulen trots att den av klausulens berättigade vägrar. Konkurrensrätten kan till viss del alltså sägas ha sammanflätats med civilrätten.

Skulle det däremot förhålla sig som så att MD uttalat en konkurrensklausul som inte skadlig är detta inte något hinder för en allmän domstol att jämka avtalet som oskäligt.

I och med att svensk rätt inte erbjuder något skydd för know-how, leder detta till att konkurrensklausuler i stort sett är den enda möjligheten att skydda. Huvudregeln är än idag att konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse är giltiga enligt 38 § avtalslagen. Vid en avtalsrättslig bedömning skall huvudregeln hållas fram till dess att konkurrensklausulen bedöms vara oskälig i enlighet med 38 § avtalslagen, varpå denna kan antingen jämkas eller ogiltigförklaras. Jämkning går här före ogiltighet, vilket resulterar i att det är svårt att i praktiken förklara en konkurrensklausul som ogiltig enbart på avtalsrättslig basis.

Det finns inte mycket praxis just på detta område, men av den grund som finns att tillgå när det gäller rättsfall kan man se att avtalsrätten uppvisar en stor tolerans gentemot konkurrensbegränsningar. Avtalsrätten har som huvudmål att skydda individen och så länge som en konkurrensklausul inte bevisligen kan anses vara oskälig, ställs det i avtalslagen inga hinder mot att bruka sig av konkurrensklausuler.

Ser man till den rättsliga regleringen som parterna står under finns det dock mycket små möjligheter att genom avtalsform välja denna. Om det rör sig om stora parter börjar konkurrensrätten sätta gränser.

Genom rättspraxis kan man utläsa att konkurrensklausuler ämnar skydda företagsspecifik kunskap och alltså inte yrkeskunskap i övrigt. Det skall följaktligen röra sig om kunskap som skulle kunna skada det specifika företaget i konkurrenshänseende om det skulle spridas. När det gäller anställningsavtal bör den som konkurrensklausulen förpliktar vara av hög befattning samt rent konkurrensmässigt anses utgöra ett hot i fall av upphörd anställning. Konkurrensklausulen får dock i dessa fall inte brukas som en avskräckningsmekanik i syfte att förhindra den anställde från att byta jobb. I

och med att klausulen begränsar den förpliktade från att bedriva verksamhet som är direkt konkurrerande eller att påbörja en anställning hos liknande verksamheter, bör konkurrensklausulen således innehålla en möjlighet för den förpliktade att kunna ägna sig åt sin egen yrkeskompetens. För att säkerställa att den förpliktade även fortsättningsvis skall kunna behålla sitt uppehälle, bör ersättning på grund av förlorad inkomst hjälpa att styrka konkurrensklausulens giltighet.

Man kan undra över varför inte fler fall från tjänste- och kunskapssektorn har uppdagats i arbetsdomstolen, emedan det utgör ett ofta förekommande område inom vilket konkurrensklausuler förekommer. Kanske förhåller det sig så att konkurrensklausuler inom detta område anses vara mer accepterade, resulterande i att även begränsningarna blir utförligare och vederlaget mer generöst.

Konkurrensrätt och arbetsrätt krockar inte och det vore konstigt om båda lagområden blir tillämpliga samtidigt. Ur ett arbetsrättsligt perspektiv är 1969 års överenskommelse mycket viktig. Tanken bakom överenskommelsen var, som framgår av avsnitt 4.4, att begränsa området för konkurrensklausuler och i överenskommelsen anges att företag med självständig produkt eller metodutveckling som innehar företagshemligheter skall kunna använda sig av konkurrensklausuler för att genom de skydda dessa hemligheter, där de förbinder de anställda som får kännedom om dessa tillverkningshemligheter eller andra företagsspecifika kunskaper. 1969 års överenskommelse anger dock att det endast gäller tillverkande företag och att det enbart är anställda inom de avtalade förbunden som omfattas. Trots denna utformning har alltså överenskommelsen fått en stor genomslagskraft som normerande verkan och även om domstolar många gånger bortser från den formella begränsningen därför att tunga rättskällor (lagförarbeten) säger att de ska göra det, skänker de överenskommelsen än idag betydelsen av en viktig källa för konkurrensklausulers giltighet. Detta tillämpningssätt menar författaren är rätt med tanke på att övervägande företag idag är kunskapsföretag där behovet av dessa klausuler är stort men faller på den formella biten i 1969 års överenskommelse.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Sverige

Lagstiftning

Konkurrenslagen (2008:579)

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

Lag (1976:185) om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

Lag (1990:409) om företagshemligheter

Lag (1990:931) om köp av lös egendom

Lag (1991:351) om handelsagentur

Lag (2000:88) om ändring i konkurrenslagen (1993:20)

Äldre konkurrenslagen (1993:20)

Övriga

KKV:s allmänna råd (KKVFS 1999:1) om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen (1993:20)

KKV:s allmänna råd (KKVFS 2004:1) om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6§ konkurrenslagen.

Prop. 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rätthandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.

Prop. 1981/82:165 med förslag till konkurrenslag

Prop. 1990/91:63 Om handelsagentur

Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning

Prop. 1998/99:144 Regler om företagskoncentration

Prop. 2003/04:80 Moderniserad konkurrensövervakning

Prop 2007/08:135 *Ny konkurrenslag m.m.*

SOU 1974:83 *Generalklausul i förmögenhetsrätten*

SOU 1998:98 *Konkurrenslagens regler om företagskoncentration*

EG

Lagstiftning

Amsterdamfördraget (före detta Romfördraget)

Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av 21 dec. 1989 om kontroll av företagskoncentrationer EGT nr L 395 1989/1

Rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 om ändring av förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer EGT nr L 180 1997/1, med rättelser i EGT nr L 40 1998/17

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget EGT nr L 1/1 4.1.2003

Övriga

Kommissionens tillkännagivande om accessoriska konkurrensbegränsningar i samband med koncentrationer EGT 1990 nr C 203/5

Kommissionens meddelande om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av artikel 81.1 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen EGT 1997 nr C 372/13

Kommissionens tillkännagivande om beräkning av omsättning enligt Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer EGT nr C 66 1998/25

Litteratur

Adlercreutz, Axel. *Avtalsrätt I*, 9:e u., Lund, 1989

Adlercreutz, Axel, Flodgren, Boel. *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, Lund, 1992

Almén, Tore. *Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 11 juni 1915*, Stockholm, 1916

Almén, Tore. *Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905*, Stockholm 1906-1908

Almén, Tore. *Om köp och byte av lös egendom*, 3 u., Stockholm 1934

- Bernitz, Ulf. *Den svenska konkurrenslagen*, Stockholm, 1996
- Bernitz, Ulf. *Konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt – ett utvecklingsperspektiv*, I: Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, Göteborg, 1999
- Bernitz, Ulf. *Den svenska konkurrenslagen*, Stockholm, 1996
- Díaz, F. Enrique González, *Some reflections on the Notion of Ancillary Restraints under EC Competition Law*, Fordham Corporate Law Institute, 1995
- Fahlbeck, Reinhold. *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet*, Göteborg, 1992
- Fahlbeck, Reinhold. *Lagen om skydd för företagshemligheter: en kommentar och rättsöversikter*, 2 u., Norstedts, 2004
- Gorton, Lars. *Något om 36 och 38 §§ I 1915 års avtalslag – nu och då*, I: Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, Göteborg, 1999
- Grönfors, Kurt. *Avtalslagen*, tredje upplagan, Göteborg, 1995
- Jones, A., Sufirin. B., *EC Competition Law*, 3 u., Oxford, 2007
- Lehrberg, Bert. *Förutsättningsläran*, Uppsala, 1989
- Nybergh, F. *Avtalsfrihet – rätt till avtal. En nordisk undersökning om kontraheringsplikt till förmån för privatpersoner*, Köpenhamn, 1997
- Palmgren, G. *Konkurrensklausuler vid tjänstefel*, Helsingfors, 1939
- Ramberg, Jan. *Allmän avtalsrätt*, Stockholm, 2003
- Schmidt, F. *Löntagar rätt*, Stockholm, 2001
- Stenberg. E., *Glas; Glasets historia*. Natur och Kultur, Stockholm, 1958
- Wahl, Nils. *Konkurrensförhållanden – om förhållandet mellan EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt* – Stockholm, 1994
- Wetter, Carl, Karlsson, Johan, m.fl. *Konkurrenslagen en handbok*, Stockholm, 2004

Tidskriftsartiklar

Adlercreutz, Axel. *Hård dom i mål om konkurrensklausul*, SvJT 1994 s. 533.

Nicander, Hans. *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, JT 1995/96 s. 31.

Ny Juridik 1:05 – Konkurrensåret 2004 – ett nytt rättsligt landskap

Ny Juridik 3:08 – Den nya konkurrenslagen

Wallén, Anders. *Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser ur konkurrensrättslig och avtalsrättslig synvinkel*, TSA 1982 s. 218.

Westin, Jacob, Linder, Mikael. *Något om avtals eller avtalsvilkors ogiltighet enligt den nya konkurrenslagen*, SvJT 1995 s. 45.

Rättsfallsförteckning

Svenskt material

Konkurrensverkets beslut

Dnr 325/2004 (2004-04-06)

Dnr 445/00 (2000-08-04)

Dnr 255/96 (1998-09-09)

Dnr 944/94 (1994-07-22)

Dnr 700/93 (1993-10-27)

Dnr1170/93 (1994-03-03)

Marknadsdomstolen

MD 1986:21

MD 1987:2

MD 1996:33

MD 1998:22

MD 2000:6

MD 2001:3

MD 2005:25

Högsta Domstolen

NJA 1882 s. 291

NJA 1905 s. 513

NJA 1907 s. 122

NJA II 1925 s. 287

NJA 1934 s. 19

NJA 1934 s. 671

NJA 1942 s. 354

NJA 1948 s. 704

Hovrätten

RH 1996:38

Arbetsdomstolen

AD 1977:167

AD 1984:20

AD 1985:138

AD 1991:38

AD 1992:9

AD 1992:99

AD 1994:65

EG-rättsligt material

EG-domstolen

Consten och Grundig./Kommissionen, mål 56, 58/64 [1966] ECR s. 299

Metro./Kommissionen, mål 26/76 (nr 1) [1977] ECR s. 1875

Metro./Kommissionen, mål 75/85 (nr 2) [1986] ECR s. 3021

Remia BV och Verenigde Nutricia./Kommissionen, mål 42/84 [1985] ECR s. 2545

Société Technique Minière./Maschinenbau Ulm, mål 56/65 [1966] ECR s. 235

Volk./Vervaecke, mål 5/69 [1969] CMLR s. 273