



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Kian Moazzez

En avtalsrättslig och  
konkurrensrättslig studie av  
konkurrensklausuler vid  
näringsöverlåtelse

Examensarbete  
20 poäng

Reinhold Fahlbeck

Konkurrensrätt

HT 2004

# Innehåll

<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>1</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1    Metod och tillvägagångssätt	6
1.2    Syfte och avgränsning	8
1.3    Disposition	9
<b>2 HISTORISK BAKGRUND I ETT RÄTTSFILOSOFISKT PERSPEKTIV</b>	<b>11</b>
<b>3 ALLMÄNT OM KONKURRENSKLAUSULER</b>	<b>13</b>
3.1    Huvudtyper av konkurrensklausuler	13
3.2    Konkurrensklausulers funktion	14
3.2.1    Konkurrensklausuler och FHL	15
<b>4 DET AVTALS RÄTTSLIGA PERSPEKTIVET</b>	<b>17</b>
4.1    Inledning	17
4.2    Konkurrensbegränsande avtal i ett retrospektiv perspektiv	17
4.3    Bedömningskriterier av 38 § AvtL i obligationsrättskommitténs förslag	20
4.4    Något om 38 § AvtL i 1976 års tappning	21
4.5    1969 års överenskommelse	22
<b>5 KONTRAKTSBROTT</b>	<b>24</b>
5.1    Inledning	24
5.2    Generalklausulen och förutsättningsläran	24
5.3    Överträdelse av konkurrensförbudet	25
5.4    Avtlets sanktionsform	26

5.5	Offentligträttslig förbudsvite	28
<b>6</b>	<b>RÄTTSPRAXIS</b>	<b>29</b>
6.1	HD: s praxis rörande konkurrensklausuler	29
6.2	Kommentarer	30
<b>7</b>	<b>DET KONKURRENSRÄTTSLIGA PERSPEKTIVET</b>	<b>32</b>
7.1	Inledning	32
7.2	EG: s konkurrensregler	34
7.3	De materiella reglerna	34
7.3.1	Förbjudna konkurrensbegränsningar	34
7.3.1.1	Samhandelskriteriet	35
7.3.1.2	Avtalets syfte	36
7.3.1.3	Märkbar konkurrensbegränsning	37
7.3.1.3.1	Den kvantitativa märkbarheten	38
7.3.1.3.2	Den kvalitativa märkbarheten	39
7.3.1.4	Relevant marknad	41
7.3.2	Koncentrationskontroll	42
7.3.2.1	Accessoriska begränsningar	44
7.4	Förhållandet mellan KL och EG: s konkurrensregler	48
7.4.1	Allmänt	48
7.4.2	Parallell tillämpning	48
7.4.3	Artikel 81.1: s räckvidd i förhållande till KL	49
7.5	KKV: s tillämpning av EG: s konkurrensregler	50
7.6	Svenska domstolars tillämpning av EG: s konkurrensregler	50
7.7	Svensk praxis om konkurrensklausuler	51
7.7.1	Inledning	51
7.7.2	Den kvantitativa bedömningen	52
7.7.3	Den kvalitativa bedömningen	53
7.7.4	Accessoriska konkurrensklausuler	55
<b>8</b>	<b>SANKTIONER</b>	<b>61</b>
8.1	Inledning	61
8.2	Konkurrensskadeavgift	61
8.3	Åläggande förenat med vite	62
8.4	Skadestånd	62
8.5	Ogiltighet	63
<b>9</b>	<b>AVSLUTANDE KOMMENTARER</b>	<b>64</b>
9.1	Ur avtalsrättslig synvinkel	64

<b>9.2</b>	<b>Ur konkurrensrättslig synvinkel</b>	<b>65</b>
9.2.1	Konkurrensklausulers räckvidd enligt konkurrensreglerna	65
9.2.2	Konkurrensklausuler och den kvalitativa bedömningen	66
9.2.3	Accessoriska konkurrensklausuler	67
9.2.4	Icke accessoriska konkurrensklausuler	68
<b>9.3</b>	<b>Förhållandet mellan avtalsrätt och konkurrensrätt</b>	<b>69</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>		<b>72</b>
<b>Källor</b>		<b>72</b>
Lagstiftning		72
Kommittébetänkanden och propositioner m.m.		72
EG		73
Lagstiftning		73
Tillkännagivanden och meddelanden m.m.		73
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>		<b>77</b>

# Sammanfattning

Företagsförvärv är ett av de primära sätten för företagen att expandera sin verksamhet. Vid företagsförvärv som innefattar know-how och/eller goodwill uppstår frågan hur köparen kan skydda sig mot att säljaren med sitt försprång inte startar en ny konkurrerande verksamhet efter förvärvet. Köparen måste på något sätt söka gardera sig mot att överlåtaren efter överlåtelsen startar en konkurrerande verksamhet. Dessutom måste köparen för att kunna lyckas med förvärvet se till att behålla kundkretsen, detta intresse torde vara särskilt framträdande vid företagsöverlåtelser. Det ligger i förvärvarens intresse att förhindra att säljaren en tid efter företagsöverlåtelsen startar ett nytt konkurrerande företag, särskilt inom samma geografiska verksamhetsområde.

Vid företagsförvärv kan det vara en grundläggande förutsättning för köparen att säljaren åtar sig att inte konkurrera med det överlåtna företaget efter förvärvet. Detta kan uppnås i en s.k. konkurrensklausul. Klausulerna kan vara olika långtgående vad gäller bindningstid, innehåll, geografiskt tillämpningsområde och den personkrets som omfattas.

Konkurrensklausuler kan utformas och bedömas ur en avtalsrättslig synvinkel. De faller under 38 § AvtL. Huvudregeln är att de är giltiga såvida de inte är oskäligen. Domstolsavgöranden är sällsynt på området. Av de fåtal avgöranden som finns att tillgå framgår att domstolen gör en strikt avtalsrättslig bedömning och att principerna om *pacta sunt servanda* och *nonintervention* genomsyrar domsluten. För att kunna ta ställning till en konkurrensklausuls skälighet görs en avvägning mellan parternas motstående enskilda intressen.

Trots att det råder en grundläggande avtalsfrihet mellan företag på marknaden sätter konkurrensrätten ramar för hur företag får agera. Därför är det nödvändigt att även betrakta konkurrensklausuler ur en konkurrensrättslig synvinkel. Ett avtal mellan två företag där det ena företaget åtar sig att inte konkurrera med det andra företaget kan ha negativa effekter på marknaden och för konsumenterna och kan därmed vara förbjudet enligt konkurrensreglerna. En konkurrensklausul som strider mot konkurrensreglerna kan komma att jämkas eller ogiltigförklaras. För företagen är det därför viktigt att försäkra sig om att deras avtal inte träffas av förbuden i konkurrenslagstiftningen. Här kan såväl svensk som EG-rättslig konkurrensrätt bli tillämplig. De båda regelsystemen korresponderar nästan helt med varandra.

Både gemenskapsrätten och svensk rätt uppställer ett märkbarhetskriterium när det gäller förbjudna konkurrensbegränsande avtal. Det är sålunda inte alla konkurrensbegränsande avtal som träffas av förbuden i 6 § KL och art. 81.1 EG-fördraget. Endast de ”märkbara” konkurrensbegränsningarna träffas av förbudet. Eftersom konkurrensklausuler kan anses vara

konkurrensbegränsande samarbete är det viktigt att avgöra huruvida de uppfyller märkbarhetsrekvisitet. En konkurrensklausul som inte har märkbar effekt på konkurrensen anses inte vara konkurrensbegränsande samarbete och således omfattas inte av förbudet i 6 § KL eller art. 81.1 EG-fördraget.

I doktrin och praxis har märkbarheten delats upp i två särskilda kategorier, nämligen kvantitativ märkbarhet respektive kvalitativ märkbarhet. I den kvantitativa bedömningen tar man endast hänsyn till parternas gemensamma marknadsandelar, oaktat marknadsandelarnas fördelning mellan parterna. Om de gemensamma marknadsandelarna överstiger viss tröskelvärde är den kvantitativa märkbarheten uppfyllt. För att konkurrensklausulen skall anses märkbart skall även den kvalitativa märkbarheten bedömas uppfyllt.

Vid den kvalitativa märkbarhetsbedömningen är arten av marknadsstruktur många gånger avgörande. En uppdelad och lätt tillgänglig marknad som kännetecknas av hård konkurrens, spridda marknadsandelar och lättillgänglighet för potentiella konkurrenter ökar möjligheten att med framgång argumentera för att en konkurrensklausul inte har kvalitativt märkbar effekt på den relevanta marknaden.

En konkurrensklausul kan även vara giltig om den bedöms vara accessorisk till förvärvet. Om förvärvet uppnår vissa tröskelvärden kan konkurrensklausulen bedömas tillsammans med själva förvärvsavtalet. För accessoriskhet krävs att konkurrensklausulen har ett direkt samband med och är nödvändig för genomförandet av förvärvet. Dessutom skall klausulen avseende materiell omfattning, geografisk tillämningsområde, samt giltighetstid hålla sig inom vissa ramar för att godkännas som accessorisk till förvärvet. Vid sidan av Kommissionens riktlinjer för accessoriska begränsningar finns det en stor mängd praxis att utgå ifrån när man skall bedöma huruvida en konkurrensklausul är accessorisk.

# Förord

Här vill jag ta tillfället i akt och rikta ett stort tack till min handledare professor Reinhold Fahlbeck för de tips och den handledning som jag fått under studien, från idéstadiet till det färdiga arbetet.

Hans insiktsfulla råd, uppmuntrande ord och stora tillgänglighet under arbetes gång har varit ovärderlig.

Lund den 14 januari 2005

Kian Moazzez

# Förkortningar

a.a.	Anfört arbete
AD	Arbetsdomstolen
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CF	Civilingenjörförbundet
Ds	Departementsserien
EG	Europeiska gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska gemenskapens domstol
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
ff.	Flera följande
Forf.	Författaren
Förs.	Obligationsrättskommitténs förslag till lag om avtal 1914
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
Lat	Latin
KL	Konkurrenslag (1993:20)
KKV	Konkurrensverket
KKVFS	Konkurrensverkets författningssamling
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
RF	Romfördraget
RH	Hovrätten
RR	Rådsrätten
SAF	Svenska arbetsgivarföreningen
SALF	Sverige arbetsledareförbund
SIF	Sveriges industritjänstemanna förbund
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
Prop.	Regeringens proposition
p.	Punkt
s.	Sidan



# 1 Inledning

Fri konkurrens är en av hörnpelarna i en liberal samhällsordning. Konkurrensen spelar en vital roll för marknadsekonomin att fungera. Det är tänkt att fri konkurrens skall leda till optimala utnyttjandet av ekonomiska resurser. Den dynamik som skapas av fri konkurrens och den mobilisering av mänsklig kreativitet som förväntas följa av det skall leda till det för samhället i stort gynnsammaste resultatet.

Under 1900-talets sista decennium har företag inriktade på försäljning av kvalificerade tjänster inom den finansiella sektorn och inom den s.k. IT-sektorn revolutionerat samhällsutvecklingen. Hitintills finns inga givna tecken på att dessa s.k. kunskapsföretags betydelse för samhällsekonomin och sysselsättning kommer att avta. Det antas vara allmänt känt att företag som vill nå framgång på en marknad ständigt måste utveckla sin verksamhet. För det ändamålet måste företagen göra investeringar. Investeringar i utveckling av företagsspecifikt kunnande är nödvändiga för kunskapsföretagens möjligheter att nå framgång på marknaden och bibehålla konkurrenskraftig tillväxt. Tillväxt i sin tur är erforderlig för fortsatt utveckling av kvalificerad kunskap och därav följande konkurrensfördelar för företagen. Företagsspecifikt kunnande, även kallad know-how, utgör i princip den värdefullaste och konkurrenskraftigaste resurs som tjänsteföretag förfogar över. Här är det på sin plats att framhålla att begreppet know-how i detta arbete står för ett samlingsbegrepp som utöver kunskapsintensiva näringar även inkluderar all kunskap i form av intellektuella resurser, tillverkningsrutiner och produktionsvolym. Medan goodwill omfattar företags profil gentemot konsumenter, samt olika former av kundkretsregister och kundkontakter.

Sett från det enskilda företags synpunkt är konkurrensen en pådrivande faktor mot större effektivitet men också en "stressfaktor", vilken företaget söker eliminera. Även om marknadsekonomi andas fri konkurrens finns där även en naturlig strävan att söka skydd mot konkurrens. Ett viktigt instrument för sådant ändamål blir konkurrensbegränsande avtal.

I ljuset av det ovannämnda ter det sig naturligt att den person eller det företag som förvärvar en näring eller en del därav, önskar att i överlåtelseavtalet inrycka bestämmelse om att säljaren förbinder sig att inte öppna konkurrerande verksamhet eller ta anställning hos konkurrent. Säljaren kan åta sig en sådan förpliktelse genom att skriva under en konkurrensklausul i förvärsavtalet. Den allmänna inställningen tycks ha varit att konkurrensklausuler som inskränker handlingsfriheten hos ena parten på marknaden i ett företagsförvärv i allmänhet inte omfattas av förbudet i konkurrenslagen, under förutsättning att klausulen har ett direkt samband med och är nödvändigt för genomförandet av förvärvet. Det är huvudsakligen EG-rättens växande betydelse som kan motivera ett omtänkande på denna punkt. Konkurrensfrihet är en av de från början

grundläggande principerna. Kännetecknande för EG-rätten är att den i betydligt större utsträckning än svensk rätt styrs av överordnade principer.

Konkurrensklausuler kan vara inskränkande vad gäller tid, geografiskt tillämpningsområde, samt vilka personer som omfattas av klausulen. Konkurrensklausulers begränsande funktion kan, förutom dess direkta effekt för motparten, även ha indirekt påverkan på tredje part som är aktiv på den relevanta marknaden.

Friheten att ingå konkurrensbegränsande avtal kommer oundvikligen i konflikt med intresset att upprätthålla fri konkurrens. Dilemmat ligger i om fri konkurrens aktivt skall genomföras genom begränsning av rätten att träffa konkurrensbegränsande avtal, eller om samhället skall avhålla sig från ingrepp och acceptera konkurrensbegränsningar, åtminstone i fall som inte är alltför långtgående? Konkurrensklausuler regleras sålunda inte bara av avtalsrätten, utan kan även falla under konkurrensrättens tillämpningsområde. För att kunna avgöra om en konkurrensklausul är i överensstämmelse med lagen bör både den avtalsrättsliga och konkurrensrättsliga regleringen undersökas. Plus den diskrepans som existerar mellan dessa lagverk då avtalslagen ser till förhållandet mellan parterna och skyddar det enskilda intresset medan utgångspunkten för konkurrenslagstiftningen är samhällsintresset av fri konkurrens. Med bakgrund av det hitintills nämnda undersöks fenomenet konkurrensklausuler vid näringsöverlåtelser, samt hur stort utrymme och vilka ramar avtalsrätten och EG:s konkurrensrätt lämnar för detta juridiska avtal.

Denna studie torde vara intressant med tanke på att reformeringen av såväl de EG-rättsliga såväl som de svenska konkurrensreglerna har ökat företagets ansvar. Detta har att göra med införandet av ett generellt undantag för konkurrensbegränsande avtal, vilket gör det ännu angelägnare för företag att själva bedöma om huruvida ingångna avtal är konkurrensrättsligt giltiga eller ej.

## 1.1 Metod och tillvägagångssätt

Vid datainsamling påverkar den typ av data som skall skaffas fram, samt praktiska överväganden beträffande tid, resurser och tillgång till datakällor metodvalet. Men till syvende och sist handlar det om att avgöra vilken metod som är bäst lämpad för uppgiften.

I detta arbete har skriftliga källor en central roll som det faktiska föremålet för undersökningen. Detta innebär att skriftliga källor *i sig* betraktas som en datakälla. De dokumentära källor som identifieras nedan betraktas i detta arbete som *skriftliga källor*.

Böcker, dvs. doktrin, utgör den första anhalten. Juridisk doktrin på området har studerats och presenterats. Allmänna böcker i avtalsrätt och svensk respektive EG-rättslig konkurrensrätt har studerats. Offentliga publikationer

i form av lagar, lagförarbeten, statliga utredningar, allmänna råd och EG-rättsliga förordningar och tillkännagivanden utgör den andra källtypen som använts. Härur har information inhämtats beträffande hur regleringen på området sett ut tidigare och hur den ser ut i dagsläget. Till den tredje kategorin skriftliga källor som begagnats i detta arbete hör praxis. Med praxis menas här såväl svenska och EG-rättsliga domstolsavgöranden som avgöranden och beslut från KKV och Kommissionen. Även en blygsam mängd tidskrifter har utnyttjats för att samla in data.

Praxis har studerats och tolkningsdata redovisats för hur relevanta regler och föreskrifter skall tolkas. Utifrån gällande praxis har ramar ställts upp för hur en konkurrensklausul bör utformas för att inte drabbas av antingen avtalsrättsliga eller konkurrensrättsliga ogiltighets- eller jämningsregler. Här skall tilläggas att relevanta rättsfall på det avtalsrättsliga området har varit svåra att finna. Detta kan bero på att många avtal om företagsöverlåtelser innehåller en skiljeklausul, vilket gör att i den mån tvister av ifrågavarande slag uppkommer avgörs de av skiljemän. De få tvister rörande konkurrensklausuler som förs till allmän domstol slutar oftast med förlikning mellan parterna. Av denna anledning kan det vara svårt att med bestämdhet fastställa konkurrensklausulers nuvarande avtalsrättsliga ställning<sup>1</sup>.

Förutom den struktur som är karaktäristiskt för en deskriptiv juridisk uppsats, då förarbeten, doktrin och praxis redovisas för att i slutet av arbetet avslutas med en analys, har denna uppsats huvudsakligen delats upp i två delar bestående av olika infallsvinklar. Även om konkurrensrätten är självständig och har sitt eget regelverk, kan man inte bortse från den allmänna avtalsrättens bedömningsprinciper som i allra högsta grad är aktiv vid konkurrensbegränsande avtal. Inte minst viktigt är detta i en uppsats om konkurrensklausuler, som dels faller direkt under en lagbestämmelse i avtalslagen<sup>2</sup>, dels kan anses skadligt konkurrensbegränsande enligt konkurrensrätten. Detta har även fått strukturera detta arbete som med konkurrensklausuler i förgrunden behandlar fenomenet både från ett avtalsrättsligt och ett konkurrensrättsligt perspektiv.

Trots att svensk konkurrensrätt befinner sig i ett fundamentalt nytt läge, minskas inte vikten av avtalsrättens bedömningsprinciper. De begagnas fortfarande vid bedömning av vad som är den närmare innebörden och räckvidden av konkurrenslagens ogiltighetspåföljd, samt av sådana konkurrensbegränsande avtal och avtalsklausuler som faller utanför konkurrenslagens ramar, huvudsakligen därför att de inte uppfyller konkurrenslagens krav på märkbarhet eller omfattas av någon form av undantag<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Bernitz, Svensk och internationell marknadsrätt, s 90.

<sup>2</sup> Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (nedan AvtL), 38 §.

<sup>3</sup> Se Ulf, Bernitz, *konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt – ett utvecklingsperspektiv*, s 47, I: Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén.

Svensk konkurrensrätt följer EG: s konkurrensrätt mycket nära och praxis från EG-domstolen och Förstainstansrätten tillmäts stor betydelse vid tolkning av motsvarande bestämmelser i svensk nationell konkurrensrätt. I lagmotiven har framhållits att den fortsatta svenska rättsutvecklingen enligt konkurrenslagen är avsedd att ske i nära kontakt med utvecklingen inom EG: s konkurrensrätt<sup>4</sup>. Eftersom det är på det konkurrensrättsliga området de största förändringarna ägt rum sedan Sverige gått med i EU och fått en ny konkurrenslag, har EG: s konkurrensrätt och domstolspraxis behandlats. Den svenska konkurrensrätten har uppmärksamats parallellt med behandlingen av EG: s konkurrensrätt. Denna parallella behandling av svensk konkurrensrätt inskränker sig till delar det har ansetts relevant för studien av konkurrensklausuler och har huvudsakligen skett i fotnoterna. Svensk praxis om konkurrensklausuler har behandlats i ett eget avsnitt.

## 1.2 Syfte och avgränsning

Uppsatsen syftar till att redogöra för det rådande rättsläget beträffande konkurrensklausuler vid näringsöverlåtelse. Detta innebär att arbetet enbart behandlar konkurrensklausuler som förpliktar överlåtaren av en näringsverksamhet. De s.k. omvända konkurrensklausulerna vilka förpliktar förvärvaren lämnas därhän. Studien har sin tyngdpunkt på frågorna hur inskränkande och omfattande en konkurrensklausul får lov att vara med beaktande av rådande avtals- och konkurrensreglering, innan klausulen kan bli föremål för ogiltighet eller jämkning. I syfte att förmedla en komplett bild av rättsläget behandlas även de sanktionsmöjligheter som finns att tillgripa i samband med konkurrensklausuler.

Många konkurrensklausuler, som aktualiseras i arbetsrättsliga sammanhang, har till funktion att förhindra en arbetstagare att övergå i tjänst hos en konkurrerande verksamhet. Dessa konkurrensklausuler som inte sällan förekommer i anställningsförhållanden och hör till arbetsrättens område kommer inte att behandlas i denna uppsats<sup>5</sup>.

Det förekommer även konkurrensklausuler i licensavtal, vid inköps- och leveransavtal eller Joint Venture, men har i denna uppsats utelämnats<sup>6</sup>. Det förekommer även en annan, konkurrensklausulen, närliggande men mindre ingripande avtalsbildning som går under beteckningen sekretessklausul. Den är avsedd att förhindra den anställde att efter anställningen avslöja vad han eller hon fått inblick i hos arbetsgivaren. Denna avtalsbindning beröres sporadiskt och endast inom ramen för de principer som gäller för

---

<sup>4</sup> Se Prop. 1992/93:56 s. 21 och 53.

<sup>5</sup> Den intresserade läsaren kan se R. Fahlbeck, *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet: en kommentar m.m. till lagen 1990 om skydd för företagshemligheter*, 1992.

<sup>6</sup> Se L.Gorton, *EG och immaterialrätt*, 153.

konkurrensklausuler. Det finns för övrigt specialregler för agenter<sup>7</sup> och beträffande företagshemligheter<sup>8</sup>, vilka har uppmärksammats i de delar reglerna varit relevanta och för övrigt utelämnats från denna framställning.

Som vi kommer att se under arbetets gång har traditionell avtalsrätt och konkurrensrätt haft föga beröring med varandra. Men vi står inför en spännande rättsutveckling kring skärningspunkten konkurrensrätt/avtalsrätt. Anledningen är att konkurrensrätten fått en utformning som innebär att den har ”integrerats i det allmänt civilrättsliga regelsystemet”<sup>9</sup>. Detta föder en grundläggande fråga om hur man bör se på synkroniseringen mellan de konkurrensrättsliga och avtalsrättsliga normsystemen. Detta uppmärksammas i arbetets slutkommentarer.

### 1.3 Disposition

Uppsatsen redogör för rättsläget beträffande konkurrensklausuler utifrån två perspektiv, ett avtalsrättsligt respektive ett konkurrensrättsligt. Innan uppsatsen tar itu med det avtalsrättsliga perspektivet får läsaren i kapitel 2 en kort rättsfilosofiskt redogörelse i ämnet, följd av en allmän redogörelse för konkurrensklausulers huvudtyper och funktion i kapitel 3.

Då ett syfte med uppsatsen är att undersöka konkurrensklausuler ur en avtalsrättslig synvinkel har i kapitel 4 doktrin och förarbeten bakom 38 § AvtL redogjorts för. Tidigare har nämnts att för att kunna förmedla en fullständig bild av konkurrensklausuler kommer även vissa sanktionsformer i samband med konkurrensklausuler att beröras. Detta har genomförts i kapitel 5, vari redogörs för olika jämningsmöjligheter av förvärvsavtalet, samt hur man kan effektivisera en konkurrensklausul genom att utrusta den med en vitesklausul. Även nästföljande kapitel faller under den avtalsrättsliga synvinkeln. I kapitel 6 presenteras relevanta rättsfall på området och avslutas med en kommentar.

I kapitel 7 övergår studien till det konkurrensrättsliga perspektivet. I detta tämligen omfattande kapitel redogörs för EG:s konkurrensregler och relevanta materiella regler som aktualiseras när det rådande rättsläget för konkurrensklausuler skall fastställas. I kapitlet berörs vidare förhållandet mellan KL och EG:s konkurrensregler. Lejonparten av detta kapitel har lagts på studie av EG:s konkurrensrätt, men även relevanta svenska regler

---

<sup>7</sup> Se Lag (1991:351) om handelsagentur, 35 §.

<sup>8</sup> Se Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter. En genomgång av sekretessklausuler

och FHL faller utanför syftet med denna uppsats. Den intresserade läsaren kan för en grundlig genomgång se R. Fahlbeck, *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet: en kommentar m.m. till lagen 1990 om skydd för företagshemligheter*, 1992 och R. Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter: en kommentar och rättsöversikter*, 2: a upplagan, Norstedts 2004.

<sup>9</sup> Se U. Bernitz, *konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt – ett utvecklingsperspektiv*, I: Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, 1999, s 64.

har uppmärksammats parallellt, huvudsakligen i fotnoterna. Svensk praxis om konkurrensklausuler har behandlats i ett eget avsnitt under kapitel 7. Med tanke på att företagets ansvar har ökat, från och med 1 juli 2004, i och med införandet av ett generellt legalundantag torde KL: s sanktioner ha fått en ny dimension. Härav behandlas KL: s sanktionsformer i ett eget kapitel, nämligen kapitel 8.

Uppsatsens sista kapitel har tillägnats författarens analys och slutkommentarer.

## 2 Historisk bakgrund i ett rättsfilosofiskt perspektiv

Avtalsrätten bygger på principerna om rätten för var och en att fritt ingå avtal, samt skyldigheten för avtalsparterna att fullgöra sin prestation enligt avtalet. Dessa principer utgör grunden för avtalsrättens teorier och dogmer. De har påverkat lagbestämmelser, normer och bedömningsmetoder genom tiderna. Huvudprincipen är således att individerna själva skall bestämma om de överhuvudtaget vill ingå avtal, välja avtalspart och bestämma avtalsinnehållet som sedan skall hållas<sup>10</sup>. Men principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet är inga självklarheter. De är framsprungna ur en historisk samhällsutveckling. Deras innehåll har påverkats av idéhistoriska utvecklingslinjer, politiska värderingar samt samhällsförhållandena för övrigt<sup>11</sup>.

Parallellt med principen om avtalsfrihet, finns det som bekant lagstiftning som begränsar och inskränker densamma<sup>12</sup>. Konkurrensrätten bygger på den grundläggande uppfattningen att det är nödvändig med lagstiftning mot konkurrensbegränsningar för att säkerställa marknadsekonominns upprätthållande och effektiva funktion. Konkurrenslagstiftningen är ett exempel på inskränkande lagstiftning på avtalsfrihetens princip. Två huvudprinciper har spelat stor roll och haft rådande verkan vid utformning av konkurrenslagstiftning, nämligen förbudsprincipen och missbruksprincipen<sup>13</sup>.

Även om principen om avtalsfrihet och konkurrenslagstiftningen har olika utgångspunkter samexisterar de i en modern rättsordning. Sedd från principen om avtalsfrihet blir utgångspunkten att ett avtal som två parter slutit är giltigt. Medan konkurrensrätten tar sin utgångspunkt i principerna att det skall råda fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital och systematiskt betraktar vissa typer av konkurrensbegränsande avtal som förbjudna.

Två utvecklingsgrenar kan skönjas i den historiska processen på konkurrensklausulens område. I den ena grenen, den angloamerikanska, har public policydoktrinen genom införande av ”*the rule of reason*” fått prägla utvecklingen. Angloamerikansk rätt ser med oblida ögon på konkurrensbegränsningar och sådana är i princip förkastliga. Men även här gäller den klassiska sentensen ”ingen regel utan undantag”. Således har inom angloamerikansk rätt inskränkningar i konkurrensfriheten accepterats i fall de uppbärs av tillräckligt skyddsvärda intressen som gör att

---

<sup>10</sup> Se LE Taxell, *Avtalsrättens normer*, 1987 s 32.

<sup>11</sup> Se S Strömholm, *Avtalsfrihetens komponenter - ett analys försök*, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, 1987 s. 531.

<sup>12</sup> Se Jan Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2003, s 28ff.

<sup>13</sup> Se U Bernitz, *Den svenska konkurrenslagen*, 1996 s 16.

begränsningen därmed betraktas som "resonable". Inom angloamerikansk rätt har den konkurrensrättsliga aspekten tagit över den avtalsrättsliga gällande konkurrensbegränsningar<sup>14</sup>.

Den andra grenen, som har påverkat den skandinaviska rättsutvecklingen, utgörs av den kontinental europeiska rätten som tar sin utgångspunkt från partsautonomin och principen att avtal skall hållas (pacta sunt servanda). Inom denna gren har den allmänna avtalsrättsliga principerna fått sätta kursen och värna om löftesprincipen, dock med vissa inskränkningar sprungna ur allmänna avtalsrättsliga regler, främst ogiltighetsreglerna. Med tiden har den avtalsrättsliga principen att avtal skall hållas fått konkurrens från dels sociala skyddshänsyn som lyfts fram av arbetsrätten, dels kravet på fri konkurrens för att stärka marknadens effektivitet<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Denna princip har sedan lagts till grund för EG: s konkurrensrätt. Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s 17ff.

<sup>15</sup> Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, a.a., s 17ff.



# 3 Allmänt om konkurrensklausuler

## 3.1 Huvudtyper av konkurrensklausuler

Konkurrensbegränsande avtal finns av två huvudtyper, horisontella och vertikala<sup>16</sup>. Huvudformen av den horisontella typen är kartellen, vari de avtalande parterna sluter sig samman i en ring och till skydd för sina gemensamma intressen förbinder sig att i något eller några avseenden inte konkurrera med varandra. Den vertikala formen av avtal är ett vanligt tvåpartsavtal, vari ena parten förbinder sin motpart att inte bedriva konkurrerande verksamhet, dvs. ett avtal om konkurrensbegränsning i ena partens intresse. Det är till den vertikala typen som konkurrensklausuler hör.

Konkurrensklausuler begagnas nästan uteslutande i två sammanhang. I det följande redogörs kort för de båda former av avtal, vari konkurrensklausuler förekommer. I det ena fallet rör det sig om företag som anställt högt kvalificerade specialister och således är måna att behålla dessa dels för företagets fortsatta framgångsrika verksamhet, dels för att dessa specialister inte skall övergå i tjänst hos någon konkurrent eller för den delen själva starta konkurrerande verksamhet. Det vanliga förfaringssättet vid nämnda typ av konkurrensklausuler är att binda upp den anställde med ett avtal eller genom en särskild bestämmelse i anställningsavtalet med förbud för denne att övergå i tjänst hos konkurrent eller själv starta konkurrerande verksamhet. Konkurrensklausuler i arbetsrättsliga sammanhang har utlämnats i detta arbete<sup>17</sup>.

I det andra, för detta arbete relevanta, fallet handlar det om företag som förvärvar ett annat företag eller del därav. Det företag som förvärvar en näringsverksamhet kan då i avtal om överlåtelse av företaget ställa upp en bestämmelse om att säljaren förbinder sig att inte bedriva konkurrerande verksamhet eller ta anställning hos konkurrent. Konkurrensklausuler i överlåtelseavtal går således ut på att förhindra den konkurrenskraft som säljaren av ett företag ofta representerar. Avsikten med den begränsning av handlingsfrihet som en konkurrensklausul innebär är att ur konkurrenshänsyn oskadliggöra den konkurrensfarliga parten, i alla fall under en tidsbestämd period. Det skall även tilläggas att det förbud mot konkurrens som är förbundet med en konkurrensklausul vanligast är både geografisk- och tidsbegränsad. Trots att sådan konkurrensklausul innebär en

---

<sup>16</sup>Se U. Bernitz, *Svensk marknadsrätt*, 3: e uppl. 1991, kap 3.

<sup>17</sup>Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, a.a., och R. Fahlbeck, *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet: en kommentar m.m. till lagen 1990 om skydd för företagshemligheter*, 1992.

negativ förpliktelse, dvs. att underlåta något, innebär den ofta ett påtagligt ingrepp i den förpliktades frihet<sup>18</sup>.

Det förekommer även kombinationer av de ovannämnda klausulerna. Ett företag som köper upp ett annat företag och anställer överlåtaren för att driva den övertagna rörelsen med i huvudsak samma personal kan då kombinera ett avtal om företagsköp och ett eller flera anställningsavtal, vari konkurrensklausuler är intagna<sup>19</sup>.

Innan vi går över och tittar på konkurrensklausulens funktion bör nämnas att konkurrensklausuler i grunden är legitima och har välmotiverad juridisk och ekonomisk bas. Att köparen av ett företag inte skall behöva riskera att säljaren själv eller genom samarbete medför att den näring som köparen förvärvat i nära anslutning till affären får en konkurrent som dessutom i många fall har ett kunskapsmässigt försprång, ter sig motiverat<sup>20</sup>.

### 3.2 Konkurrensklausulers funktion

När samhällsstrukturens utveckling och mognad hade banat vägen för det liberala samhället med dess marknadsekonomi och industrialism, uppkom även ett behov för enskilda marknadsaktörer att försöka på olika sätt begränsa konkurrensen. Även om marknadsekonomi andas fri konkurrens strävar aktörerna på marknaden ständigt efter att på olika sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensklausuler är ett av dessa initiativ i syfte att kontrollera den konkurrens som är relevant för den egna marknaden.

I början av 1900-talet framhölls att konkurrensklausuler kunde förväntas få sin huvudsakliga betydelse inom handel, industri och hantverk, samt att utrymme för deras användning fanns även inom andra yrkesgrenar, exempelvis advokat- och tandläkaryrket<sup>21</sup>.

Det tjänste- och informationssamhället som vi befinner oss i idag har bl.a. medfört att inom kunskapsintensiva (tjänsteproducerande företag) näringar de anställdas kompetens och förmåga att lösa problem och hantera information utgör den absolut viktigaste tillgången som betingar ett högt värde på marknaden. Vid företagsöverlåtelse kan dessa faktorer utgöra befogat huvudbry för köparen enär överlåtaren har i regel ett kunskapsmässigt försprång gentemot köparen. Köparen måste på något sätt söka gardera sig mot att överlåtaren efter överlåtelsen startar en konkurrerande verksamhet. Dessutom måste köparen för att kunna lyckas med förvärvet se till att behålla kundkretsen, detta intresse torde vara särskilt framträdande vid företagsöverlåtelser. Det ligger i förvärvarens intresse att förhindra att säljaren en tid efter företagsöverlåtelsen startar ett

---

<sup>18</sup>Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, *a.a.*, 1992, s 12-14.

<sup>19</sup> Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, *a.a.*, 1992, s 12-14.

<sup>20</sup> Se L. Gorton, *Något om 36 och 38 §§ i 1915 års avtalslag – då och nu*, i Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, 1999, s 101.

<sup>21</sup>Se Obligationsrättskommitténs förslag till lag om avtal 1914 (nedan Försl. 1914), s 160.

nytt konkurrerande företag, särskilt inom samma geografiska verksamhetsområde<sup>22</sup>.

Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser aktualiseras också i de fall säljaren står i nära personligt samband med företaget och ägarens personliga kunnande (know-how) utgör en viktig del i verksamheten<sup>23</sup>.

För att en förvärvare av en näring skall kunna tillgodogöra sig det fulla värdet av de överlåtna tillgångarna måste denne åtnjuta visst skydd mot konkurrens från överlåtaren för att kunna bl.a. ta till vara den existerande kundkretsen och tillägna sig och utnyttja det know-how och/eller goodwill som har förvärvats. Vid näringsöverlåtelser mellan bolag fyller konkurrensklausuler denna funktion<sup>24</sup>. Intresset från köparens sida att kunna bedriva den övertagna verksamheten utan väsentliga skillnader i konkurrensen är många gånger avgörande för affärens fullbordande.

Klausulerna kan tidsmässigt sträcka ut sig olika långt, inskränka konkurrensmöjligheten för olika personer och näringsgrenar, samt täcka små eller stora geografiska områden. Vissa medför ett konkurrensförbud under några bestämda år och gäller endast inom ett begränsat område, medan andra har obegränsad giltighetstid och kan geografiskt täcka hela länder, exempelvis avse hela den svenska marknaden. Även förbudens innebörd kan vara olika i det att vissa hindrar säljaren från att starta med förvärvaren konkurrerande verksamhet, medan andra kan förhindra personer från att ta anställning hos eller ge råd till konkurrerande företag<sup>25</sup>.

### 3.2.1 Konkurrensklausuler och FHL

Konkurrensklausulens viktiga funktion och relativt omfattande användning beror förmodligen på att svensk rätt inte möjliggör skydd för know-how genom lagstiftning. Det immaterialrättsliga lagverket gäller ej vad som brukar kallas know-how<sup>26</sup>.

Kan då FHL skydda know-how vid företagsöverlåtelser? FHL: s grundidé tycks vara att vissa uppgifter skall kunna hemlighållas gentemot utomstående. FHL skyddar företagshemlighet vars röjande kan medföra skada i konkurrenshänseende. För ansvar krävs att någon olovligen eller med uppsåt berett sig tillgång till en företagshemligt. Vidare framgår det av doktrin att FHL inte begränsar konkurrensklausuler över huvud taget<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, *a.a.*, 1992, s 14-16.

<sup>23</sup> Se A. Wallén, *Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser ur konkurrensrättslig och avtalsrättslig synvinkel*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1982, s 218.

<sup>24</sup> Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, *a.a.*, 1992, s 16-20.

<sup>25</sup> Se A. Wallén, *a.a.*, s 118 och 218.

<sup>26</sup> Se A. Wallén, *Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser ur konkurrensrättslig och avtalsrättslig synvinkel*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1982, s 218.

<sup>27</sup> Se lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Se även R. Fahlbeck, *Lagen om skydd*

*för företagshemligheter: en kommentar och rättsöversikter*, 2: a upplagan, Norstedts 2004,

Vid företagsöverlåtelser som betingar ett högt värde, ingår vid sidan av know-how och goodwill även kunskap om affärs- eller driftsförhållanden som i överlåtarens rörelse kan ha betraktats som företagshemligt. Sådan information kan också i den nya förvärvarens verksamhet klassas som företagshemligt. FHL erbjuder inte något skydd för förvärvaren gentemot överlåtare som behörigen besitter känslig information. Därav kan inte FHL på något sätt ”ersätta” konkurrensklausuler, vars begagnande säkerställer att förvärvaren kan tillgodogöra sig det fulla värdet av det know-how, samt händelsevis av den hemlig information som har förvärvats<sup>28</sup>. Således återstår bara möjligheten att stipulera förbud i avtal.

Som vi har sett ovan används konkurrensklausulen för att i olika sammanhang begränsa konkurrensen på marknaden. Konkurrensbegränsande avtal kan bli föremål för två infallsvinklar. Som tidigare påpekats har vi en avtalsrättslig och en konkurrensrättslig infallsvinkel att studera för att kunna fastställa de ramar en juridiskt giltigt konkurrensklausuler skall hålla sig inom. Nedan börjar vi med att titta på det avtalsrättsliga perspektivet.

---

kap. 5.

<sup>28</sup> Jfr R. Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter: en kommentar och rättsöversikter*, 2:a upplagan, Norstedts 2004., kap. 5.

# 4 Det avtalsrättsliga perspektivet

## 4.1 Inledning

Det råder inget tvivel om att avtalsrätten vilar på principen att avtal skall hållas (lat. *pacta sunt servanda*). När denna huvudprincip har accepterats kan det vara på sin plats att fokusera på de undantag som kan aktualiseras innebärande att avtal inte behöver hållas under alla förhållanden (lat. *pacta non sunt semper servanda*). Ett av dessa undantag presenteras i 38 § AvtL och ger en möjlighet till undantag från den avtalsrättsliga huvudregeln att avtal skall hållas.

Avtal kan vara av skiftande slag och uppkomma på annat sätt än avtalslagens anbud-acceptmodell. Gemensamt är att man vill åstadkomma en förändring eller säkerställa något bestående. Flertalet avtalstyper innebär att en avtalspart åtar sig att prestera något. En avtalsförpliktelse kan även innebära att avtalspart åtar sig att *inte* göra något, t.ex. att inte börja med konkurrerande verksamhet. En sådan förpliktelse kallas negativ avtalsförpliktelse.

Bara i avtalslagen finns det ett batteri av ogiltighetsregler som reglerar olika typer av avtal och avtalssituationer och som sätter avtalsbundenheten ur kraft. I 38 § AvtL finns en särskild bestämmelse som begränsar giltigheten av konkurrensklausuler och har till syfte att motverka missbruk av vissa typer av klausuler eller avtal. Om någon för att förebygga konkurrens med avtalspart har förbundit sig att inte driva viss typ av verksamhet eller att inte låta sig anställas av annan, anses en sådan avtalsförpliktelse bara giltig i den utsträckning 38 § AvtL lämnar utrymme för<sup>29</sup>. Innan en behandling av 38 § AvtL i sak skall följande avsnitt ägnas åt den historiska bakgrunden av konkurrensbegränsande avtal och den aktuella paragrafen.

## 4.2 Konkurrensbegränsande avtal i ett retrospektiv perspektiv

Vid förra seklets början saknade Sverige konkurrenslagstiftning. Vid denna tid och en bra bit in på 1900-talet skedde den avtalsrättsliga bedömningen av konkurrensbegränsande avtal huvudsakligen utan någon särskild konkurrensrättslig lagstiftning.

Även om underlaget är ganska tunt till belysning av hur man vid 1900-talets början såg på konkurrensbegränsande avtal, råder det inget tvivel om att

---

<sup>29</sup> Se J. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2002, s 17-38 och 158-159.

området genomsyrades av principen om avtalsfrihet och nonintervention<sup>30</sup>. Det ansågs att ett juridiskt korrekt avtal utan viljefel var en rättshandling som så gott som undantagslöst var bindande för parterna. Avtalsparterna betraktades ur lagstiftarens synvinkel som två socialt och ekonomiskt jämställda kontrahenter förmögna att själva ta till vara på sina intressen<sup>31</sup>. Obligationsrättskommittén uttalade härom: "*att sådana utfästelser, varom här är fråga, enligt gällande svensk rätt i allmänhet måste anses giltiga, lider intet tvivel*"<sup>32</sup>. Detta speglas även i från tiden avgjorda HD-fall. Det finns främst tre avgöranden, NJA 1882 s. 291, 1905 s. 513 och 1907 s. 122, om konkurrensklausuler i samband med näringsöverlåtelser. I samliga fall ansågs klausulerna vara fullt ut bindande. I NJA 1882 s. 291 var konkurrensklausulen dessutom tidsobegränsad. Obligationsrättskommitténs uttalande ovan baseras på två rättsfall, NJA 1905 s. 513 och NJA 1907 s. 122. Båda fallen avsåg konkurrensförbud på de små orter där affären var belägen, dvs. geografiskt begränsade men å andra sidan var de obegränsade i tid.

Almén uppmärksammade konkurrensklausuler i samband med näringsöverlåtelser och uttalade med beaktande av praxis<sup>33</sup>: "*Öfverträdelse af en dylik utfästelse medför naturligen alltid ersättningsskyldighet för säljaren*"

Stadgandet i 38 § AvtL öppnade för jämkning av konkurrensklausuler och torde ha uppfattats som principiella nyheter vid tillkomsten av avtalslagen 1915. 38 § AvtL torde ha haft sin utgångspunkt i den outtalade förutsättningen att konkurrensbegränsande avtal och avtalsvillkor normalt var fullt giltiga. Illustrerande är förarbetsuttalandet, att "*den rätt att fritt bestämma över sina handlingar och sin verksamhet, som tillkommer varje människa, bör hon visserligen kunna delvis uppgiva, med aldrig med laga verkan helt avstå*"<sup>34</sup>.

Efter tillkomsten av avtalslagen ändrade även Almén texten i sin köplagskommentar. I tredje upplagan uttalades att konkurrensklausulers giltighet i svensk rätt i princip inte kunde ifrågasättas före tillkomsten av 1915 års avtalslag<sup>35</sup>.

Den redan berörda 38 § AvtL hade följande lydelse från avtalslagens tillkomst 1915 och fram till 1976<sup>36</sup>:

*"Har till förebyggande av konkurrens någon betingat sig av annan, att denne icke skall idka handel eller annan verksamhet av angivet slag eller*

---

<sup>30</sup> Se U. Bernitz, *Konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt - ett utvecklingsperspektiv*, Rättsvetenskapliga studier till minne av Tore Almén, 1999, s 47-49.

<sup>31</sup> Se SOU 1974:83, s.31.

<sup>32</sup> Se Försl. s 160.

<sup>33</sup> Se T. Almén, *Om köp och byte av lös egendom*, 1906, s 399.

<sup>34</sup> Se Försl. 1914, s 161.

<sup>35</sup> Se T. Almén, *Om köp och byte av lös egendom*, Tredje uppl., 1934, s 414.

<sup>36</sup> Se Förslag till lag om avtal etc., 1914 s 158.

*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 densamma fullgörande."*

Stadgandet omfattar utfästelser av både näringsidkare och arbetstagare och reglerar såväl konkurrensbegränsande avtal mellan näringsidkare som arbetsrättsliga förhållanden. Som tidigare framhållits kommer paragrafens arbetsrättsliga dimension lämnas åt sidan. Stadgandet var avsedd att träffa utfästelser av näringsidkare, vid överlåtelse av företag, att inte driva konkurrerande verksamhet i framtiden. Även möjligheter för en vidare tillämpningsområde gavs<sup>37</sup>.

Med hänvisning till rättsfallen NJA 1905 s. 513 och NJA 1907 s. 122 konstaterade Almén att konkurrensbegränsande avtal hittills betraktats som bindande, och att hittills inga lagbestämmelser funnits på området. Det ansågs att försiktighet skulle iaktas vid tillämpning av regeln och att det bara var sådana konkurrensförbud som överskred *billighetens* gränser som skulle kunna fränkännas verkan<sup>38</sup>.

Vid studie av rättspraxis kan konstateras att praxis lutar åt en försiktig rättstillämpning i lagmotivets anda. Endast i ett fall har HD tillämpat 38 § AvtL i ett avtalsförhållande mellan näringsidkare. Fallet NJA 1927 s. 642 handlar om ett exklusivavtal mellan en tysk fabrikant och en svensk detaljist som erhållit ensamförsäljningsrätt i Sverige, samt förbjudits vid vite att tillverka eller sälja konkurrensvaror plus ett villkor att varje år öka sin omsättning med 10 procent. När fabrikanten åberopade överträdelse av förbudet vid domstol, fann rätten att avtalet utgjorde ett hinder för detaljisten att utöva näringsverksamhet och därav ej kunde upprätthållas. I andra fall av överlåtelse av näring där en part utfäst sig att inte driva konkurrerande verksamhet har 38 § AvtL inte tillämpats<sup>39</sup>.

Domstolens resonemang i rättsfallet NJA 1957 s. 279 om tillämpningen av 38 § AvtL är ganska illustrativt för perioden. Att fallet rör konkurrensklausuler i tjänsteavtal företar inte vikten av domstolens uttalande gällande 38 §. Paragrafen beskrevs av billighetsskäl föranledd "*undantagsbestämmelse*" i förhållande till den allmänna grundsatsen om avtalsfrihet och lyfte fram att tillämpningen av detta undantag inte kunde föras över stadgandets gränser.

---

<sup>37</sup> Se Förslag till om avtal etc., 1914, s 158 och 160.

<sup>38</sup> Se T. Almén, Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område av den 11 juli 1915, 1916, s 233.

<sup>39</sup> Se NJA 1926 A 287 och NJA 1942 s 354 samt NJA 1927 s 642.

Det är knappast svårt att efter ovanstående genomgång konstatera att avtalsrätten under denna period visar konform en tolerant förhållningssätt gentemot konkurrensbegränsande avtal.

Det skall hållas i minnet att den miljö som rådde vid avtalslagens tillkomst är idag tämligen förändrad. De ekonomiska och affärsmässiga förhållandena i dagens samhälle har ändrats påtaglig jämfört med de förhållande som rådde i början av 1900-talet. Även om avtalslagen i stora delar är oförändrad har viktiga ändringar ägt rum. Härnäst skall vi ta en närmare titt på bedömningsgrunderna i 38 § såsom de uttalats i obligationsrättskommitténs förslag<sup>40</sup>.

### 4.3 Bedömningskriterier av 38 § AvtL i obligationsrättskommitténs förslag

Vid tillkomsten av 38 § AvtL konstaterade obligationsrättskommittén att bestämmelsen är avsedd att träffa konkurrensförbud som överskrider billighetens gränser. Det betonas att vid bedömning av om en konkurrensklausul är giltig eller ej, *motstående intressen* som i det enskilda fallet gör sig gällande skall beaktas. Hänsyn skall tas till den berättigade partens rättmätiga krav på skydd mot konkurrens gentemot den förpliktades behov att kunna bedriva närings- och förvärvsverksamhet. Således får konkurrensförbudet inte sträcka sig längre än vad som krävs med hänsyn till dess syfte och inte heller alltför mycket hindra säljarens frihet. I förslaget framhölls även ett samhällsintresse, vilken skall beaktas vid avvägningen. Samhällsintresset är relaterat till möjligheten att kunna bedriva förvärvsverksamhet och skaffa sig nödvändigt uppehälle<sup>41</sup>. Enligt doktrin utgör *samhällets intresse* just möjligheten till försörjning för att ej behöva söka sig till samhällets sociala skyddsnät. Således var det ej åsyftat att i bedömningen beakta fri konkurrens för att effektivast kunna utnyttja samhällets resurser<sup>42</sup>.

Enligt förslaget skall varje fall bedömas för sig med beaktande av dess särskilda omständigheter och avgöras utifrån en helhetsbedömning. Faktorer att ta hänsyn till i sin helhetsbedömning kan vara tid, ort, samt huruvida den förpliktade tagit emot betalning för de inskränkningar denne underkastat sig i.

Om det skulle visa sig att man har ett alltför långtgående konkurrensförbud för handen, torde förbudet vara ogiltig endast i *den mån* den skulle medföra alltför stora inskränkningar för den förpliktade. Således förordas *jämkning* framför total ogiltighet<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Se Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar, 1914, 1976 (1976:185) års version.

<sup>41</sup> Se Försl. 1914 s 160.

<sup>42</sup> Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, *a.a.*, 1992, s 44.

<sup>43</sup> Se Försl. 1914, s 161-162.



38 § AvtL kom att bestå i sin ursprungliga lydelse fram till dess omarbetning på 1970-talet. Som det redan har framgått vara är domstolarnas tillämpning av regeln blygsam. Med tiden kom inställningen till konkurrensklausuler att förändras. Detta märktes tydligast på arbetsmarknaden, något som resulterade i 1969 års överenskommelse mellan SAF och fackförbunden SIF, SALF och CF<sup>44</sup>. Denna utveckling kom att styra mot allt hårdare inställning mot konkurrensbegränsningar, vilket 1976 utmynnade i en omarbetning av 38 § AvtL som härnäst kommer att beröras.

#### 4.4 Något om 38 § AvtL i 1976 års tappning

I och med tillkomsten av generalklausulen i 36 § AvtL 1976 genomfördes även en omarbetning av 38 §. 36 § AvtL kom att bli den övergripande jämningsbestämmelsen, medan 37 och 38 §§ kom närmast att fungera som kompletteringar dels till 36 §, dels till ogiltighetsbestämmelserna i 28-33 §§ AvtL<sup>45</sup>. 38 § AvtL kom att få följande lydelse<sup>46</sup>:

*"Har någon för att förebygga konkurrens betingat sig av annan att denne icke skall bedriva verksamhet av visst slag eller icke taga anställning hos någon som bedriver sådan verksamhet, är den som gjort utfästelsen icke bunden därav i den mån utfästelsen sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt"*

Syftet med 1976 års omarbetning av 38 § AvtL var att öppna möjligheter för att kunna jämka konkurrensklausuler i större utsträckning än vad som dittills hade varit möjligt. Detta speciellt med tanke på den återhållsamma rättspraxis som förekom. Domstolarna skulle få större handlingsutrymme beträffande konkurrensklausuler och tillämpa de riktlinjer som hade satts upp för tillämpning av den då nya generalklausulen i 36 § AvtL och det som föreslogs gälla beträffande avtalsvillkor i allmänhet<sup>47</sup>. En *skälighetsbedömning* anges som riktmärke. Omarbetningen avsåg emellertid varken att förändra tillämpningsområdet eller bedömningsgrunderna för 38 § AvtL<sup>48</sup>. Detta innebär att de bedömningskriterier som angavs i obligationsrättskommitténs förslag fortfarande är aktuella.

I doktrin anses att den nuvarande lydelsen ger ett vagare uttryck för hur bedömningen skall ske med tanke på att endast skäligheten anges som

---

<sup>44</sup> Se avsnitt 4.4 för mer information om 1969 års överenskommelse.

<sup>45</sup> Se SOU 1974:83 s. 15 ff. Jfr. R. Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter: en kommentar och rättsöversikter*, 2004, s 97.

<sup>46</sup> Se Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område, 38 §.

<sup>47</sup> 36 § gamla version krävde en "uppenbar obillighet" för jämkning. Ändringen 1976 gjorde § mer lättillämpad då kravet sänktes till "oskälig".

<sup>48</sup> Se SOU 1974:83 s 190-192 och Prop. 1975/76:80 s 148-149.

riktmärke. Samtidigt anses att det tydligare framgår att det rör sig om en intresseavvägning. Dessutom har jämningsmöjligheterna ökat<sup>49</sup>.

Det anges i förarbeten att utgångspunkten är att i avtal mellan jämställda näringsidkare jämkning inte kan komma i fråga<sup>50</sup>. Syftet har varit att även konkurrensklausuler skall tillämpas utifrån sitt innehåll. I princip torde konkurrensklausuler jämställda näringsidkare emellan vara svårare att jämka eller ogiltigförklara jämfört med konkurrensklausuler mellan näringsidkare och en privatperson, dvs. svagare part. Detta medger dock inte att klausulen överskrider vad som anses "skäligt"<sup>51</sup>.

Även om detta arbete inte behandlar konkurrensklausuler i arbetsrättsliga förhållanden anses det nödvändigt att beröra området delvis, speciellt med tanke på vissa uttalanden i förarbeten. När det gäller konkurrensklausuler i anställningsavtal kan ledning hämtas från 1969 års överenskommelse (nedan överenskommelsen). Det uttalas även att beträffande "*rent affärsmässiga avtal*", dvs., konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser, kan någon speciell fråga, såsom giltighetstid kunna hämtas från överenskommelsen<sup>52</sup>. Av denna anledning känns det angeläget att härnäst titta lite närmare på denna överenskommelse.

## 4.5 1969 års överenskommelse

Inledningsvis skall framhållas att den aktuella överenskommelsen kommer enkom i de delar det anses relevant för konkurrensklausuler i rena affärsmässiga avtal att behandlas. Det är överenskommelsens normerande betydelse utanför dess tillämpningsområde som är av intresse. 1969 års överenskommelse tillkom huvudsakligen för att begränsa användningen av konkurrensklausuler i anställningsavtal. Samtidigt innehåller överenskommelsen bestämmelser för det materiella innehållet i konkurrensklausuler.

Överenskommelsen föregås av en ingress som torde fungera som ett slags förarbete och intentionsförklaring. I den kommer parterna<sup>53</sup> fram till den gemensamma inställning att ett företag, speciellt ett kunskapsintensivt företag, ibland måste kräva lojalitet och tystnadsplikt även efter anställningens upphörande.

Av uttalanden från propositionen framgår det att beträffande konkurrensklausuler i rena affärsmässiga förhållanden kan det ibland finnas

---

<sup>49</sup> Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, *a.a.*, 1992, s 46.

<sup>50</sup> Se Prop. 1975/76:81, s 147.

<sup>51</sup> Se R. Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter: en kommentar och rättsöversikter*, 2:a upplagan, Norstedts 2004, s 97 och 100.

<sup>52</sup> Se Prop. 1975/76 s 149.

<sup>53</sup> Överenskommelsen har antagits som kollektivavtal av samtliga förbund inom SAF och gäller därmed direkt för företag anslutna till SAF i förhållande till anställda som är medlemmar i förbunden SIF, SALF och CF.

anledning att hämta vägledning från innehållet i kollektivavtal, t.ex. för att belysa den allmänna uppfattningen om vad som kan anses rimligt i fråga om konkurrensklausulers tidsmässiga längd<sup>54</sup>.

När det gäller *bindningstiden* för konkurrensklausuler anges i punkt 3 i 1969 års överenskommelse att tiden skall begränsas till "*den beräknade livslängden för arbetsgivarens skyddsvärda know-how eller därmed jämförbar kunskaper*". Samtidigt nämns att bindningstiden i normalfallet inte skall överstiga 24 månader. Om livslängden på den know-how som skyddas bedöms vara kortare, sägs att bindningstiden i sådana fall inte bör vara längre än 12 månader. Även om av överenskommelsen framgår att den normala *bindningstiden* är 24 månader, framhölls att frågan om bindningstid skall regleras i varje enskilt fall<sup>55</sup>. Av detta får man intrycket att avvikelser kan accepteras åt båda hållen, dvs. att även en bindningstid på över två år kan tillåtas om bara omständigheterna medger det.

Enligt 1969 års överenskommelse är sanktionen vid den anställdes överträdelse av en konkurrensklausul "*normerat skadestånd*" som bör sättas i rimlig proportion till arbetstagarens lön<sup>56</sup>. Även i rent affärsmässiga sammanhang betraktas brott mot en giltig konkurrensklausul som ett avtalsbrott. Som bekant är skadestånd den normala påföljden av kontraktsbrott. Men pga. av nedan redovisade skäl väljer många vid användning av konkurrensklausuler sanktionsformen vite i avtalet. Därmed är kontraktsbrott ämnet för nästa avsnitt.

---

<sup>54</sup> Se Prop. 1975/76 s 149.

<sup>55</sup> Se 1969 års överenskommelse, p 3.

<sup>56</sup> Se 1969 års Överenskommelsen, p 4.

# 5 Kontraktsbrott

## 5.1 Inledning

I syfte att effektivisera en konkurrensklausul kombineras den ofta med en vitesklausul, vilket innebär att överlåtaren vid ett eventuellt avtalsbrott förpliktas att utge ett i förväg bestämd vitesbelopp. Detta belopp är oftast tillräckligt högt för att utgöra ett kännbart påtryckningsmedel gentemot överlåtaren att inte bryta mot klausulens konkurrensförbud. Dessa förekommande vitesbelopp kan uppgå till rejäla summor, viten på miljonbelopp är inte ovanliga<sup>57</sup>.

Förutom vite finns andra åtgärder som kan aktualiseras vid ett kontraktsbrott. Mer om dessa åtgärder följer nedan.

## 5.2 Generalklausulen och förutsättningsläran

En konkurrensklausul utgör inte sällan en förutsättning för ett avtals ingående. Av lagmotiven till 36 § AvtL framgår att om ett avtalsvillkor anses strida mot en tvingande lagbestämmelse kan paragrafen tillämpas för att lämna hela avtalet utan avseende<sup>58</sup>. Om konkurrensklausulen inte skulle strida mot tvingande lagbestämmelse, men dess bortfall ändå skulle påtagligt snedvrída balansen mellan parterna kan andra avtalsvillkor jämkas eller lämnas helt utan avseende med stöd av 36 § AvtL<sup>59</sup>.

Generalklausulen möjliggör en jämkning ända ner till noll av ett avtalsvillkor, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Vid händelse av brott mot konkurrensklausulen kan köparen hävda att han har betalt ett oskäligt högt pris för företaget och att den konkurrerande verksamheten utgör ett sådant ”senare inträffade förhållande” som enligt 36 § AvtL kan medföra rätt till jämkning<sup>60</sup>.

Om ett återopande av 36 § AvtL inte blir framgångsrik kan det finnas en möjlighet att använda sig av förutsättningsläran. Läran anses generellt som ett komplement till AvtL: s ogiltighetsgrunder. En tillämpning av läran kräver dock att konkurrensklausulen kan betraktas som en grundläggande förutsättning för förvärsavtalet. Avgörande blir huruvida konkurrensklausulen är en förutsättning för det övriga avtalet. En

---

<sup>57</sup> Se A. Wallén, *a.a.*

<sup>58</sup> Se prop. 1975/76:81, s 121.

<sup>59</sup> Se H. Westin, M. Linder, *Något om avtals eller avtalsvillkors ogiltighet enligt den nya konkurrenslagen*, SvJT 1995, s 45. Se även U. Bernitz, *Den svenska konkurrenslagen*, 1996, s 86.

<sup>60</sup> Se Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 12:e uppl., 2002, s 296-298.

förutsättning som slår fel pga. händelser efter avgivandet av löftet är en bristande förutsättning. Köparen kan hävda att konkurrensklausulen var en förutsättning för hans handlande, såtillvida att han ingick avtalet därför att han trodde sig ha skydd mot konkurrens från säljaren i enlighet med klausulens innehåll. För att ett åberopande av förutsättningsläran skall bli framgångsrik krävs att förutsättningen var synbar för säljaren (*synbarhetskriteriet*), samt att förutsättningen var väsentlig. Dessutom skall även beaktas om säljaren skulle ha gått med på ett villkor motsvarande förutsättningen om detta aktualiserats vid avtalets ingående (*relevansprövning*). Huruvida dessa kriterier bedöms uppfyllda för tillämpning av förutsättningsläran får avgöras i det enskilda fallet<sup>61</sup>.

Som framgår av ovan hänger ett åberopande av förutsättningsläran samman med om en konkurrensklausul i samband med företagsöverlåtelse kan anses vara en grundläggande förutsättning för avtalet. Konkret innebär detta att om en köpare av ett företag ingår ett förvärvsavtal under förutsättning att en bifogat konkurrensklausul skyddar honom från den konkurrenspotential som säljaren besitter kan detta komma att ses som en grundläggande förutsättning för affärens fullbordande.

När en konkurrensklausul ogiltigförklaras eller jämkas kan det bli aktuellt att sätta ned köpeskillingen. Domstolen kan ställas inför en ganska svår avvägning när det skall avgöras hur stor del av köpelikviden som köparen ej får valuta för. I och med risken för bortfall av konkurrensklausul är det önskvärt att parterna i förväg uppskattar hur stor del av köpeskillingen som avser konkurrensinskränkningen. Detta kunde även möjliggöra för köparen att erlægga vederlaget successivt, så att om konkurrensklausulens giltighet senare begränsas kan köparen i motsvarande grad befrias från sin plikt att betala återstoden av köpeskillingen som hänför sig till konkurrensinskränkningen<sup>62</sup>.

### 5.3 Överträdelse av konkurrensförbudet

En konkurrensklausul som förekommer vid sidan av ett avtal brukar benämnas biförpliktelse till huvudavtalet. Om den förpliktade agerar i strid mot klausulen begår denne normalt ett brott mot själva huvudavtalet, det vill säga köpekontraktet. Vid kontraktsbrott kan två påföljder aktualiseras. Köparen kan häva köpet om skadan är av väsentlig art eller så kan han kräva ersättning för liden skada<sup>63</sup>. Detta kommer sig av att ett företagsköp, vare sig det rör sig om aktieköp eller inkråmet i företaget, anses falla under köplagen<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Se J. Westin, M. Linder, *Konkurrensbegränsande avtals ogiltighet*, Konkurrensen, nr 5/94, s 11. Se även A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 12:e uppl., 2002, s 279.

<sup>62</sup> Se A. Wallén, *Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser ur konkurrensrättslig och avtalsrättslig synvinkel*, 1982, s 227.

<sup>63</sup> Se Rodhe, *Lärobok i obligationsrätt*, 4: e upplaga, s 26.

<sup>64</sup> Se Lag (1990:931) om köp av lös egendom. C. Hultmark, *Kontraktsbrott vid köp av aktier*, 1992, s 85.

Att kräva skadestånd är förenat med svårigheter. Skadans storlek och värde måste bevisas. Det torde i allmänhet vara omöjligt att exakt fastställa storleken av ett sådant skadestånd. Av denna anledning är det naturligt att avtalspart föredrar avtalsvitet<sup>65</sup>.

## 5.4 Avtalets sanktionsform

Ett särskilt problem är hur avtal vilka innehåller negativ avtalsförpliktelse skall sanktioneras. Ekonomiskt skadestånd, dvs. ersättning för förlust på grund av avtalsbrott är inte någon effektiv sanktionsform. Inte sällan kombineras konkurrensklausuler med vitesbestämmelser<sup>66</sup>. "*När så är fallet blir 36 § tillämplig på vitesklausulen och 38 § på konkurrensklausulen...*". Detta skall dock ej hindra att bedömningen av om jämkning bör ske eller inte kan få olika utfall beträffande två villkor i samma avtal, t.ex. på det sättet att en konkurrensklausul kan anses fullt skälig, medan en vitesklausul bedöms som oskälig och jämkas<sup>67</sup>. Vid fråga om jämkning är tidpunkten för avtalsbrottet viktig, ju senare under bindningstiden detta inträffar, desto starkare är skälen för jämkning<sup>68</sup>. Anses konkurrensklausulen civilrättsligt ogiltig tillmäts naturligtvis inte heller vitesklausulen någon verkan<sup>69</sup>.

Begreppet vite används i den följande framställningen endast för avtalsbestämmelser enligt vilka ett belopp, som antingen framgår direkt av bestämmelsen eller kan beräknas på grundval av den, skall utgå vid avtalsbrott, s.k. avtalsvite. Konkurrensklausuler vilka nästan enbart innehåller förpliktelse att underlåta någonting sanktioneras effektivast genom vite. Skulle vitesbestämmelse saknas och överträdelse av konkurrensklausulen äga rum måste utredning om skadans storlek företas, vilket kan vara svårt att åstadkomma. Utöver bevisbördan för skadans inträffande skall även skadans storlek i pengar fastställas<sup>70</sup>.

Vitesbestämmelser brukar vanligtvis anpassas utifrån det enskilda fallet. Vitet kan vara bestämt till ett belopp eller i procent av köpeskillingen per dag eller annan tidsenhet och går under namnet *tidsrelaterad vitesklausul*. En annan typ av anpassning är beräkning av vitet baserad på den kvantitet kontraktsbrottet gäller och kallas *kvantitetsrelaterad vitesklausul*. Vitet kan även bestå i ett bestämt belopp eller från början beräkningsbart, utan att man behöver beakta arten av avtalsbrott. I det sistnämnda utgörs vitet av ett *engångsbelopp*. Det finns enligt Olsen fyra grundläggande motiv till

---

<sup>65</sup> Se Palmgren, *Konkurrensklausuler vid tjänsteavtal*, s 200 ff.

<sup>66</sup> Se Prop. 1975/76:81, s 190f.

<sup>67</sup> Se Prop. 1975/76:81, s 148. Se även R. Fahlbeck, *Lagen om skydd för företags hemligheter: en kommentar och rättsöversikter*, 2: a upplagan, 2004, s 100.

<sup>68</sup> Se L. Gorton, *Något om 36 och 38 §§ i 1915 års avtalslag – nu och då*, Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, 1999, s102. A. Adlercreutz, B. Flodgren, *a.a.*, s 127.

<sup>69</sup> Se L. Olsen, *Ersättningsklausuler*, 1986, s 88f.

<sup>70</sup> Se A. Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, 2002, s 306.

vitesklausuler i avtal. Den första anledningen är att parterna vill förbättra sina möjligheter till full kompensation för skada. Olsen kallar detta för *ersättningsintresset* och likställer det med en slags skadeståndsgaranti. Sedan existerar också motpolen som benämns begränsningsintresset. Vitesklausulen används då som en begränsning till ersättning, vilket kan preciseras genom ett visst belopp. En vitesklausul kan ofta infogas i ett avtal i syfte att öka trycket på motparten. Det s.k. *påtryckningsintresset* är vanligen förknippat med vitesklausulen. Sist men inte minst bör nämnas *konfliktlösningsintresset*. Genom en vitesklausul kan parterna själva förutse och administrera påföljderna. Parterna slipper därigenom tvista om skadans storlek eller andra detaljer. Tvistelösning i domstol är både dyrt och tidsödande<sup>71</sup>. Vitet kan utgöra en "*snabb och enkel uppgörelse*" när avtalsbrott ägt rum<sup>72</sup>.

Det är ingenting som hindrar en kombination av dessa fyra intressen. Således kan en vitesklausul vara motiverad av en eller samtliga intressen.

För en skadelidande part innebär vitesklausulen en fördel eftersom det många gånger är svårt att bevisa att skada inträffat, särskilt om skadan uppstått på goodwill eller know-how. Beträffande konkurrensklausulers negativa avtalsförpliktelse utgör ett avtalsbrott större bevissvårigheter gällande den faktiskt lidna skadan. Svårigheten beror särskilt på orsakssambandet. Det är sällan lätt att visa vilken skada som uppstått då den förpliktade säljaren brutit mot en konkurrensklausul<sup>73</sup>.

Det kan vidare konstateras att vitesklausuler i samband med konkurrensklausuler i allmänhet har upprätthållits av HD då de förekommit i samband med köp av rörelse<sup>74</sup>.

En mer omtvistad fråga på detta område har varit huruvida den berättigade kan få skadestånd utöver vitet. Inom doktrin förekommer skilda meningar i frågan. Olsen förordar på grundval av en rättspolitisk bedömning att en vitesklausul normalt skall anses exklusivt reglera skadeståndsskyldigheten på grund av ett ifrågavarande kontraktsbrott. Vitesbeloppet skall alltså *in dubio* utgöra maximal skadeersättning<sup>75</sup>. HovR har uttalat sig i frågan. HovR fann att en vitesklausul, när annat inte avtalats, begränsade vad den förpliktade var skyldigt att betala vid brott mot den vitessanktionerade förpliktelsen<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> Se L. Olsen, *a.a.*, 1986, s 23-24.

<sup>72</sup> Se L.E. Taxell, *Avtalsrätt och rättsskydd*, 1972, s 442.

<sup>73</sup> Se L. Olsen, *a.a.*, 1986, s 35 och 105.

<sup>74</sup> Jfr NJA 1924 A 125, 1926 A 287, 1926 A 362. Jfr även NJA 1942 s.354.

<sup>75</sup> Se L. Olsen, *a.a.*, 1986, s 114. Se även A. Adlercreutz, B. Flodgren, *a.a.*, 1992, s 127.

<sup>76</sup> Se RH 1996:38.

## 5.5 Offentligträttslig förbudsvite

Det offentligträttsliga vitet skiljer sig mot avtalsvitet som är ett förhandsbestämt belopp. Ett offentligträttsligt förbudsvite som inte respekteras kan leda till successivt högre viten. En annan typ av offentligträttsligt vite är det s.k. löpande vitet som är ett vite om visst belopp för varje tidsperiod under vilket föreläggandet inte har följts<sup>77</sup>.

Enligt 15:3 RB kan domstolen besluta om ”*lämplig åtgärd*” för att säkerställa sökandets rätt om denne visar ”*sannolika skäl*” för sin sak vid en uppkommen tvist som är eller kan antas bli föremål för domstolsprövning. Förbudsvite anges som en lämplig åtgärd.

Av praxis framgår att förbudsvite kan förordnas med stöd av 15:3 RB. Detta trots om konkurrensklausulen innehåller ett avtalsvite eller ett normerat skadestånd<sup>78</sup>.

I nästkommande avsnitt skall vi titta på hur domstolarna har behandlat konkurrensklausuler i de få fall som finns att tillgå.

---

<sup>77</sup> Se lagen 1985:206 om viten.

<sup>78</sup> Frågan har behandlats i tre rättsfall, se NJA 1991 s 200, AD 1990:44 och AD 1993:218. För en kommentar av rättsfallen se R. Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter: en kommentar och rättsöversikt*, 2: a upplagan, 2004, s 100 ff.



# 6 Rättspraxis

## 6.1 HD: s praxis rörande konkurrensklausuler

Som det har nämnts i början av arbetet förekommer det inte många rättsfall på det avtalsrättsliga området, vilket kan bero på att många förvärvsavtal innehåller en skiljeklausul. Således finns det endast tre<sup>79</sup> fall rörande konkurrensklausuler vid företags överlåtelser, varav två är av intresse. Ett förhållandevis nytt fall, NJA 1993 s. 188, handlar visserligen inte om konkurrensklausuler vid näringsöverlåtelser men har ändå bedömts vara såpass betydelsefull att fallet har behandlats nedan. Tilläggas bör att sammanfattningen av fallen inte alltid är fullständiga, frågor som inte är relevanta för framställningen har utlämnats.

Fallet, **NJA 1942 s. 354**, gällde överlåtelse av en speceriaffär där säljaren i överlåtelseavtalet förbundit sig vid vite på 5 000 kronor att varken själv eller genom annan person i någon form bedriva specierirörelse på orten (Ludvika) med omnejd. När säljarens son något år senare öppnade en liknande affär, bistånden av säljaren, cirka 700 meter från stadsgränsen aktualiserades frågan om brott mot konkurrensklausulen. Hovrätten konstaterade att säljaren genom sin medverkan brutit mot konkurrensförbudet, men satte ner vitet. Skadan ansågs skäligen gottgjord med 2 000 kronor. Endast säljaren fullföljde talan. HD fastställde Hovrättens domslut, men gav tydliga indikationer på att varken 38 eller 36 § § AvtL kunde vinna tillämpning. HD ansåg uppenbarligen att hela vitesbeloppet borde ha dömts ut.

Fallet, **NJA 1948 s. 704**, gällde tillämpningen av ett avtal om partiell överlåtelse av rörelse. Rörelsen ägdes av F och bestod av en speceriaffär. I anslutning till denna affär skedde försäljning av mejeriprodukter. Den senare näringsdelen överläts till köpmannen J varigenom F förband sig vid vite på 3 000 kronor att inte själv konkurrera med sådan mejeriförsäljning, samt att vid överlåtelse av speceriaffären avfordra den nye innehavaren en förbindelse korresponderande med den han själv förbundit sig till. Speceriaffären såldes sedan till ny innehavare utan sådant förbehåll.

De dömande instanserna hade var sin ståndpunkt. RR fann att F brutit mot konkurrensklausulen genom att inte vid överlåtelsen ta in förbehållet, men jämkade vitet till 500 kronor. HovR tolkade avtalet så att F skulle vara skyldig att betala vitet endast om den nye förvärvaren konkurrerade med J: s verksamhet, dvs. försäljning av mejeriprodukter och därmed ogillade J: s talan. HD gjorde, i likhet med HovR, en tolkning av avtalet innebärande att säljaren var skyldig att betala vitet endast om förvärvaren faktiskt bedrev konkurrerande verksamhet. HD konstaterade att det inte framgick av

---

<sup>79</sup> NJA 1922 s 144, NJA 1942 s 354 och NJA 1948 s 704.

utredningen att förvärvaren i realiteten bedrev konkurrerande rörelse, varför talan ogillades.

Fallet, **1993 s. 188**, handlar huvudsakligen om huruvida en konkurrensklausul kan göras gällande även mot annat bolag inom samma koncern. Enligt en konkurrensklausul hade ett aktiebolag, PM, förbundit sig att inte utöva viss verksamhet. Gillette, tillverkare av rakvårdsprodukter hade i februari 1988 ingått ett avtal med PM avseende vissa säljfrämjande aktiviteter som PM skulle utföra för Gillettes räkning. På grund härav fick PM tillgång till Gillettes marknadsföringsmaterial, uppgifter om marknadstäckning, marknadsföringskampanjer och strategier mm. PM förband sig i avtalet att under avtalstiden, samt ytterligare sex månader efter avtalets upphörande inte utföra tjänster för andra företag som marknadsförde eller sålde rakvårdsprodukter. I juni 1992 sade Gillette upp avtalet till den 12 december 1992. I december samma år yrkade Gillette i TR att PM måtte förbjudas att utföra säljaktiviteter för en av Gillettes konkurrenter. TR biföll yrkandet. En kort tid efter TR: s beslut gick cirka 20 säljare över från PM till ett systerbolag inom samma koncern vid namn Manico. Avsikten med denna övergång till Manico var att återuppta säljaktiviteterna avseende rakvårdsprodukter för Gillettes konkurrent. Manico hade inte tidigare befattat sig med dylik verksamhet. HD: s utgångspunkt var att konkurrensklausulen mellan Gillette och PM endast kunde göras gällande mellan avtalsparterna och i princip inte mot Manico. HD utvecklar emellertid sitt resonemang och framhåller att i det föreliggande fallet fick det anses framgå att PM och Manico, *systerbolag ägd av samma ägare och samma ledning, samverkat i syfte att kringgå konkurrensklausulen* (förf. kursivering). Gillette hade således rätt att ställa samma krav på Manico som företaget tidigare ställt på PM att upphöra med verksamhet som stred mot konkurrensklausulen.

## 6.2 Kommentarer

Fallen från 1942 och 1948 utgör ingen stark grund för några definitiva slutsatser. Det förekommer inte någon djupare diskussion om konkurrensklausuler som rättsmedel, vilket gör fallen knapphändiga. Det skall även hållas i minnet att båda fallen är från tiden före ändringarna i avtalslagen 1976.

Av HD: s avgöranden framgår att HD vid bedömning av konkurrensklausuler anlägger ett avtalsrättsligt betraktelsesätt utan spår av konkurrensrättsliga hänsynstaganden. Ingenstans märks att HD försökt att ta ställning till konkurrensklausulers konkurrensbegränsande verkningar. Utgångspunkten är att avtal i princip skall tillämpas enligt sitt innehåll och bedömningen skiljer sig från fall till fall. Det kan också konstateras att HD inte har helt fanatiskt upprätthållit avtalets bokstav. I fallet från 1948 prövade HD oaktat konkurrensklausulens bokstav hur omständigheterna i realiteten såg ut. Det gjordes en bedömning om det *faktiskt fanns* ett behov av skydd, oberoende av vad konkurrensklausulen stadgade. Av detta kan

framhållas att HD tittar på det enskilda fallet och gör en bedömning av hur långt en konkurrensklausul måste sträcka sig för att täcka det skyddsintresse som köparen har ett verkligt behov av.

Även om Gillette-målet inte gällde konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse, har avgörandet betydelse för vissa frågor som kan aktualiseras i samband med konkurrensklausuler, t.ex. vilken personkrets som kan omfattas av en konkurrensklausul. I fallet sägs uttryckligen att utgångspunkten är att en konkurrensklausul endast kan göras gällande kontrahenterna emellan. Men fallet öppnar också möjligheten för att även andra personer, såväl juridiska som fysiska, kan omfattas av en konkurrensklausul i fall säljaren samverkat med andra personer eller företag i *syfte* att kringgå en konkurrensklausul.

# 7 Det konkurrensrättsliga perspektivet

## 7.1 Inledning

EG: s konkurrensregler är i och med Sveriges EU-inträde *direkt tillämpliga* i Sverige utan särskild lagstiftning, även om vissa frågor som rör tillämpningen har reglerats i en särskild tillämpningslag<sup>80</sup>.

EG: s konkurrensregler har utgjort modell för den svenska KL. I förarbetena uttalar regeringen följande<sup>81</sup>:

*Genom en anpassning till EG rättens och EES-avtalets materiella konkurrensregler uppnås den fördelen att aktörer på den svenska marknaden inte behöver anpassa sig efter olika konkurrensrättsliga regler beroende på om det är fråga om handel inom landet eller handel över gränserna. Det torde också underlätta företagens internationalisering genom att kännedom om svenska konkurrensregler automatiskt ger kännedom om motsvarande internationella regler.*

När det gäller tillämpning av konkurrensreglerna är EG: s konkurrensregler bara tillämpliga på konkurrensbegränsningar som kan beröra handel över gränserna, medan KL är tillämplig på konkurrensbegränsningar som berör den svenska marknaden, även om EG: s konkurrensregler har företräde<sup>82</sup>.

I fortsättning kommer huvudsakligen fokus sättas på EG: s konkurrensregler. Den svenska KL uppmärksammas parallellt i de delar det är relevant i förhållande till EG: s konkurrensregler. Svensk praxis om konkurrensklausuler har tagits upp i ett eget avsnitt.

EG-domstolens och första instansrättens praxis får avgörande betydelse när man undersöker tillämpningen och räckvidden av konkurrensreglerna. Om detta sägs i regeringens proposition att vid tillämpning av svensk rätt bör mycken ledning kunna hämtas från EG-domstolens praxis som anses ha stor betydelse för det svenska regelverket<sup>83</sup>. Denna utveckling har hållit i sig i

---

<sup>80</sup> Se Lagen (1994:1845) om tillämpning av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler. Se även prop. 2003/04:80, s 23. Se för kommentar K. Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen*, 2002, s 28.

<sup>81</sup> Se prop. 1994/1995:48, s 19. Se även Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, ingressen p 8.

<sup>82</sup> Se K. Carlsson m.fl., a.a., 2002, s 3-4 och 17.

<sup>83</sup> Konkurrensmyndighet på EU-nivå är Europeiska Kommissionen (nedan Kommissionen) och generaldirektoratet för konkurrens (GD konkurrens) är den konkurrensmyndighet som är ytterst ansvarig för konkurrensreglerna inom EU. Kommissionens beslut kan överklagas till EG-domstolen i Luxemburg. Beslut av KKV eller svenska domstolar kan inte

och med konstaterandet att ”Sverige eftersträvar att nationell konkurrensrätt efterliknar EG: s konkurrensrätt, för att företagen så långt möjligt skall slippa att möta två regelverk”<sup>84</sup>. Samtidigt framhålls att EG-domstolens avgöranden är influerade av de grundläggande principerna och de övergripande målen för gemenskapen i syfte att eliminera handelshinder och skapa en gemensam marknad. Medan tillämpningen av KL i vissa fall behöver anpassas efter de särskilda geografiska och ekonomiska förhållanden som råder i Sverige<sup>85</sup>. Det finns vissa olikheter mellan EG-rätten och den svenska rätten när det gäller reglerna om förfarandet, sanktioner m.m.<sup>86</sup>. Olikheterna har dock inte ansett vara av den art eller omfattning att de påverkar rättsläget för konkurrensklausuler. Därav har dessa olikheter inte behandlats.

EG: s art. 81 i EG-fördraget bygger på *förbudsprincipen*. Detta innebär att den rättsliga utgångspunkten är att avtal som är konkurrensbegränsande är förbjudna, utan att det krävs något föregående beslut om det<sup>87</sup>.

I samband med EU: s utvidgning den 1 maj 2004 genomfördes ett antal reformer på konkurrensområdet. Kännetecknande för dessa förändringar är att de innebär en decentralisering från unionsnivå till medlemsländerna. Syftet har varit att frigöra resurser för att kunna fokusera på allvarigare överträdelse av EG-förbuden och att effektivisera ingripandena mot dessa. Tidigare kunde företag begära förhandsbesked om huruvida ett konkurrensbegränsande avtal var förenligt med konkurrenslagen. Dessa förhandsbesked gavs i form av icke-ingripandebesked eller undantag. De nya reglerna tillåter inte KKV eller Kommissionen att ge sådana förhandsbesked. Ett generellt gällande undantag (*legalundantag*) från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal mellan företag har införts. Detta gäller när samarbetet är övervägande positivt för konsumenterna. I fortsättningen får företagen själva bedöma om deras agerande, t.ex. konkurrensbegränsande handlingar, faller inom konkurrensrättens förbud eller inte. Härtill har företagen bevisbördan vid en eventuell tvist. Kommissionen kan dock på eget initiativ fatta beslut om att art. 81 EG-fördraget inte är tillämplig<sup>88</sup>.

De riktlinjer och praxis från KKV, Kommissionen och domstolarna som finns att tillgå beträffande tillämpningen av konkurrensreglerna skall ge vägledning för företagen. Om ett avtal skulle strida mot konkurrensreglerna

---

överklagas till EG-domstolen. Däremot kan nationella domstolar begära in förhandsbesked från EG-domstolen. Se C. Wetter, m.fl., *Konkurrenslagen en handbok*, 2002, avsnitt Xii och XIII.

<sup>84</sup> Se prop. 2003/04:80, s 50.

<sup>85</sup> Se prop. 1994/1995:48, s 19.

<sup>86</sup> Se prop. 2003/04:80, s 42.

<sup>87</sup> Se Rådet förordning 1/2000.

<sup>88</sup> Se prop. 2003/04:80, s 39. Se även Rådets förordning 1/2003.

kan KKV eller Kommissionen agera. KKV har i och med denna reform fått formell behörighet att tillämpa gemenskapsrätten<sup>89</sup>.

## 7.2 EG: s konkurrensregler

Två regelsystem existerar inom EG: s konkurrensrätt tillämpliga på konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser. Det ena är *Rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer*. För att förordningen skall bli tillämplig krävs att parterna i företagsförvärvet sammantaget har en så hög omsättning att lagens krav uppfylls<sup>90</sup>. Är den sammanlagda omsättningen tillräckligt högt prövas konkurrensklausulen under vissa förutsättningar tillsammans med själva förvärvet.

Om koncentrationsförordningen inte är tillämplig kan konkurrensklausulen prövas enligt det allmänna förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i art. 81.1 EG-fördraget. För att förbudet skall träda ikraft krävs att konkurrensbegränsningen kan få en viss *märkbar effekt* på den gemensamma marknaden. Mer om detta nedan.

## 7.3 De materiella reglerna

### 7.3.1 Förbjudna konkurrensbegränsningar

Art. 81.1 i EG-fördraget är uppbyggd på förbudsprincipen. Art. 81.1 i EG-fördraget innehåller ett generellt förbud mot sådana avtal mellan företag, beslut av företagsammanslutningar eller samordnade förfaranden (*avtalskriteriet*) som kan påverka handeln mellan medlemsstater (*samhandelskriteriet*) och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden (*konkurrensbegränsningskriteriet*)<sup>91</sup>. Det krävs inte en ur avtalsrättsligt perspektiv korrekt konkurrensklausul, utan det räcker att en konkurrensbegränsningsklausul upprättats för att förbuden skall aktiveras<sup>92</sup>. Avtal eller förfaranden som är förbjudna enligt art. 85.1 i EG-fördraget är enligt art. 85.2 civilrättsligt ogiltiga. Ogiltigheten gäller från avtalets tillkomst<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> Se prop. 2003/04:80 och Rådet förordning 1/2003. Se även Lilla konkurrensboken – En skrift från Konkurrensverket, sep. 2004, s 11 och 20.

<sup>90</sup> Se Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (nedan EG: s koncentrationsförordning). Denna förordning har ersatt den tidigare, Rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer, RFI 4064/89/EEG, EGT 1990 L 257/13.

<sup>91</sup> Se artikel 81.1 i EG-fördraget.

<sup>92</sup> Se prop. 2003/04, s 24.

<sup>93</sup> Se t ex. mål 48/72 Brasserie de Haecht mot Wilken-Janssen REG 1973 s 77, p 27.

Bestämmelsen har direkt effekt, vilket innebär att svenska domstolar kan ogiltigförklara ett konkurrensbegränsande avtal som faller under bestämmelsen. Se prop. 2003/2004:80, s 25.

Vid alla nationella förfaranden eller gemenskapsförfaranden där art. 81 i EG-fördraget skall tillämpas faller bevisbördan på den part som gör gällande att art. 81 har överträtts<sup>94</sup>.

### 7.3.1.1 Samhandelskriteriet

I EG-fördraget art. 81.1 finns det s.k. *samhandelskriteriet*, vilken saknas i KL: s motsvarande bestämmelse, 6 § KL. Samhandelskriteriet är i själva verket en jurisdiktionsregel som reglerar vilka avtal som kan omfattas av EG: s konkurrensregler. Kriteriet har givits en vidsträckt tolkning. Således har det inte krävts mycket för att kriteriet skall anses uppfyllt<sup>95</sup>.

Enligt EG-domstolen anses samhandelskriteriet uppfyllt om det<sup>96</sup>:

*"... 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 handelsflödet mellan medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstaterna".*

För att samhandelskriteriet skall anses uppfyllt torde det räcka med att det konkurrensbegränsande avtalet i fråga är av sådan beskaffenhet att *det kan* påverka handeln mellan medlemsstater eller få återverkningar på konkurrensstrukturen inom den gemensamma marknaden<sup>97</sup>. EG-domstolen har till och med gått längre och ansett samhandelseffekten vara för handen trots att avtalet endast berör en medlemsstat. EG-domstolen syftar här på fall av förfaranden som hämmar konkurrensen och kan omfatta en medlemsstats hela territorium så att integrationen mellan medlemsstaterna hindras<sup>98</sup>. För att samhandelseffekten skall uppnås måste det

---

<sup>94</sup> Se Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, artikel 2.

<sup>95</sup> Se K. Carlsson, *Konkurrenslagen*, 1995, s 71.

<sup>96</sup> Se Mål 42/84 Remia mot Kommissionen, REG 1985, s 2545. Se även Mål C309/99 Wouters m.fl. REG 2002, s I-1577. Se även prop. 2003/04:80, 44.

<sup>97</sup> Se Mål 19/77 Miller mot kommissionen REG 1978, s 131, 15 och Mål 6 och 7/73 Comercial Solvents mot Kommissionen REG 1974 s 223, p 30-35 där EG-domstolen ansåg att samhandelskriteriet var uppfyllt trots att det konkurrensbegränsande förfarandet riktade sig mot en konkurrent vars produktion var avsedd för export. Se även Kommissionens tillkännagivande Riktlinjer om begreppet påverkan på handel i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT nr C 101, 2004-04-27, s 81.

<sup>98</sup> Se Mål 8/72 Cementhandlaren mot Kommissionen REG 1972 s 977, p 29, i fallet ansågs en priskartell som omfattade den holländska marknaden ha samhandelseffekt. Se även Dnr 792/2003 (2004-05-05) där KKV konstaterar sin skyldighet att i och med de nya reglerna tillämpa art. 81 i EG-fördraget om ett avtal uppfyller samhandelskriteriet. KKV konstaterar vidare att kravet på att det skall finnas en effekt på handeln mellan medlemsstaterna innebär att "flödet av varor och tjänster mellan minst två medlemsstater påverkas". Men det kan räcka med att handeln kan påverkas. Detta innebär att om det går att objektivt förutse att avtalet kan ha inflytande, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, på handelsmönstret mellan medlemsstaterna är samhandelskriteriet uppfyllt. I fallet som rörde en konkurrensklausul vid företagsöverlåtelse avseende äggproduktion

konkurrensbegränsande avtalet ha viss dignitet och inte begränsa sig och sina effekter till en ort, samt vara av kommersiellt intresse för handel mellan medlemsstater<sup>99</sup>. EG-domstolen har slutligen slagit fast att vid bedömning av huruvida samhandelskriteriet är uppfyllt eller ej skall en helhetsbedömning av avtalet äga rum. Om ett avtal ingår i ett nätverk av liknande avtal blir det nödvändig att bedöma dessa avtal sammantaget för att kunna avgöra om de kan påverka handeln mellan medlemsstaterna<sup>100</sup>.

### 7.3.1.2 Avtalets syfte

Av EG: s rättspraxis framgår att om det går att konstatera ett konkurrensbegränsande syfte med ett avtal behöver man inte undersöka dess effekter på konkurrensen på den relevanta marknaden. I det läget behöver man inte göra något s.k. konkurrenstest, dvs. en bedömning av avtalets negativa påverkan på konkurrensen på den relevanta marknaden. Om något syfte inte kan påvisas skall således ett konkurrenstest genomföras<sup>101</sup>. Dock kommer man inte ifrån viss analys om huruvida avtalets effekter påverkar konkurrensen på ett märkbart sätt<sup>102</sup>. Detta torde innebära att enbart ett konkurrensbegränsande syfte kan vara tillräckligt för att träffas av förbudet i art. 81.1 i EG-fördraget så fort avtalets slutits. Avtalet behöver alltså inte faktiskt tillämpas<sup>103</sup>.

Ett viktigt rättsfall i EG-rätten när det gäller frågan om ett avtals *syfte* och resultat är målet *Maschinenbau Ulm mot EG-domstolen*<sup>104</sup>. Fallet handlade visserligen om ett avtal varigenom ett franskt företag fick ensamrätt att i Frankrike sälja vissa produkter tillverkade av ett tyskt bolag, men även frågan om ett avtals syfte behandlades. Angående huruvida avtalet kunde träffas av förbudet i art. 81.1 i EG-fördraget, fastslog domstolen att för att ifrågasvarande avtal skulle omfattas av art. 81.1 i EG-fördraget måste det finnas ett *syfte* eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden.

Syftet med ett avtal torde man finna genom en objektiv bedömning av målen med avtalet och då handlar det inte om att göra en bedömning av avtalsparternas subjektiva uppfattningar<sup>105</sup>. Redan av formuleringen att avtalet skall ha till "syfte eller resultat" att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden framgår att det inte behövs något uppsåt för att art. 81.1 skall vara tillämplig.

---

konstaterade KKV att det fanns ett handelsflöde på marknaden av export av ägg till Danmark, således ansågs samhandelskriteriet uppfyllt.

<sup>99</sup> Se Mål 18/96 SCK och FNK mot Kommissionen REG 1997, s II-1739, p 175-181.

<sup>100</sup> Se Mål C-234/89 Delimitis REG 1991 s 935, p 14-15.

<sup>101</sup> Se mål 56 och 58/64 Consten och Grundig mot Kommissionen reg 1966 S 299. För svensk del se prop. 1992/93:56, s 20 och 72.

<sup>102</sup> Se avsnitt 7.3.1.3. Se även mål Grundig/Consten./Kommissionen, (1966) ECR s 229.

<sup>103</sup> Se Odudu "Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited" (2001) ELRev, s 379.

<sup>104</sup> Se mål Maschinenbau Ulm./Kommissionen (1966), ECR, s 235

<sup>105</sup> Se mål Asturienne Zinc./Kommissionen (1984), ECR, s 1679.



Kortfattat kan sägas att ett avtal anses vara konkurrensbegränsande om det, i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang, kan påverka konkurrensen negativt mellan parter eller i förhållande till tredje man<sup>106</sup>. Samma sak gäller om avtalet är behäftat med restriktioner gällande parternas frihet att handla med andra företag<sup>107</sup>. En konkurrensklausul begränsar en av avtalsparternas frihet att bedriva handel med andra företag när det gäller den aktuella produkten inom den aktuella geografiska marknaden. Utan klausulen hade avtalsparterna fritt kunnat konkurrera med varandra, något som inte är möjligt i och med klausulen. På så sätt begränsar en konkurrensklausul konkurrensen.

Om efter en analys av avtalets syfte eller resultat det inte går att konstatera att effekten på konkurrensen blir tillräckligt skadlig, måste man gå vidare med en undersökning av avtalets övriga verkningar. Det sista steget är att närmare titta på om konkurrensen faktiskt blivit hindrad eller begränsad eller snedvriden i en *märkbar* utsträckning för att avtalet skall bli träffad av förbudet i art. 81.1 EG-fördraget<sup>108</sup>. Detta innebär också att en konkurrensklausul som i för sig uppfyller rekvisiten i art. 81.1 i EG-fördraget kan undkomma förbudet i de fall den inte uppfyller märkbarhetsrekvisitet.

### 7.3.1.3 Märkbar konkurrensbegränsning

För att ett konkurrensbegränsande avtal skall träffas av förbudet i art. 81.1 i EG-fördraget krävs vid sidan av samhandelseffekten att avtalet har till syfte att begränsa konkurrensen, samt att det utgör en *märkbar* konkurrensbegränsning i den mening som avses i art. 81 EG-fördraget<sup>109</sup>.

Endast det faktum att ett avtal har konkurrensbegränsande inslag innebär inte automatisk att avtalet är förbjudet. För att ett konkurrensbegränsande avtal skall vara förbjudet krävs att det riskerar att påverka konkurrensen på den gemensamma eller svenska marknaden på ett *märkbart sätt*, dvs. har ekonomiska verkningar av någon vikt. För detta ändamål måste avtalets *faktiska* eller *potentiella* verkningar utredas och fastställas<sup>110</sup>. Således kan ett avtal bedömas konkurrensbegränsande, men ändå inte omfattas av förbudet i art. 81.1 i EG-fördraget därför att parternas marknadsandelar och

---

<sup>106</sup> Se mål 56/65 *Technique Miniéré, C-5/96 Volk v Vervaecke*.

<sup>107</sup> Se Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen en kommentar*, s 97.

<sup>108</sup> Se målen *Maschinenbau Ulm./Kommissionen* (1966), ECR, s 235 och *volk v Vervaecke*, p 5-7, där det uttalas att konkurrensbegränsningen måste ha "märkbar effekt".

<sup>109</sup> En skillnad kan konstateras mellan 6 § KL och art. 81 RF. Medan rekvisitetet "märkbar effekt" har sitt ursprung i EG-domstolens praxis inom EG: s konkurrensrätt, har i svensk rätt uttryckligen angetts som rekvisit i 6 § KL. Följaktligen gäller att även i svensk konkurrensrätt ett konkurrensbegränsande avtal måste ha märkbar påverkan på konkurrensen för att omfattas av förbudet i 6 § KL.

<sup>110</sup> Jfr Kommissionens tillkännagivande Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT nr C 101, 2004-04-27, s 3 och s 10. För svensk del se avsnitt 7.7.2.

marknadsinflytande är så begränsad att deras ingångna avtal inte märkbart påverkar marknadsförhållandena (*den kvantitativa märkbarheten*) eller på grund av att själva konkurrensbegränsningen är av sådan art att effekterna inte är märkbara (*den kvalitativa märkbarheten*). I doktrin och praxis har märkbarheten delats upp i kvantitativ märkbarhet respektive kvalitativ märkbarhet<sup>111</sup>.

Eftersom konkurrensklausuler i princip är konkurrensbegränsande samarbeten är det viktigt att avgöra huruvida de uppfyller märkbarhetsrekvisitet. Därför är det viktigt att närmare titta på märkbarhetsbedömningen.

### 7.3.1.3.1 Den kvantitativa märkbarheten

Beträffande den kvantitativa märkbarheten har EG-domstolen skapat en s.k. *de minis*-doktrin. Doktrinen innebär att art. 81.1 i EG-fördraget inte är tillämplig när konkurrensbegränsande avtal inte har kvantitativt märkbara effekter på handeln inom gemenskapen eller på konkurrensen<sup>112</sup>. Till följd av domstolens praxis fann Kommissionen det önskvärt att ge ut närmare vägledning kring innebörden av rekvisiten märkbar effekt ur en kvantitativ synpunkt. Vägledning gavs i form av ett tillkännagivande från Kommissionen<sup>113</sup>.

Skulle efter en undersökning av avtalsparternas ställningar på den relevanta marknaden effekten visa sig vara av mindre betydelse undgår avtalet förbudet i art. 81, enligt *de minis*-doktrinen<sup>114</sup>. Kommissionen kommer följaktligen inte att inleda förfaranden mot avtal som omfattas av tillkännagivandet. Härigenom utesluts avtal mellan små och medelstora företag från förbudsregeln. Graden av märkbar effekt kan särskilt bedömas i förhållande till de relevanta företagens ställning och betydelse på marknaden avseende de berörda produkterna<sup>115</sup>. Kommissionen beräknar med hjälp av tröskelvärden för marknadsandelar vad som inte är en märkbar begränsning av konkurrensen enligt art. 81.1 EG-fördraget<sup>116</sup>. När det gäller vertikala avtal, till vilken konkurrensklausuler hör, kan de sammanlagt omfatta 15 % av marknadsandelen för den aktuella produkten utan att

---

<sup>111</sup> Se Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen en kommentar*, s 100, Wetter m.fl., *Konkurrenslagen en handbok*, s 130.

<sup>112</sup> Se mål Volk/Vervaecke 5/69, p 5-7.

<sup>113</sup> Se fotnot 112 och 114.

<sup>114</sup> Se Tillkännagivande från Kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (*de minis*), 2001, C 368/o7. Tillkännagivandet har ersatt Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse EGT nr. C 372, 1997/13. För den svenska motsvarigheten se avsnitt 7.7.2.

<sup>115</sup> Se även KKV: s beslut Dnr 792/2003 (2004-04-27), p 48-50.

<sup>116</sup> Detta betyder inte att företag som överskrider angivna tröskelvärden alltid bedömas märkbart påverka konkurrensen. Sådana avtal kan ha en försumbar påverkan på konkurrensen och inte förbjudas av artikel 81.1 i EG-fördraget. Se t.ex. EG-domstolens dom i de förenade målen C-215/96 och C-216/96 Bagnasco (Carlos) mot Banca Popolare di Novara och Casa di Risparmio di Genova e Imperia (1999), REG I-135, p 34-35. Se avsnitt 7.3.1.3.2, den kvalitativa märkbarhetsbedömningen. Se även avsnitt 7.3.1.3.2.

begränsa konkurrensen märkbart<sup>117</sup>. Viktigt att påpeka här är att EG-domstolen har i sin bedömning av kvantitativ effekt beaktat alla inblandade parter marknadsandelar. Argumentet att ena parten är så pass liten att dennes medverkan inte märkbart begränsar konkurrensen har inte accepterats av domstolen<sup>118</sup>. Vidare kan nämnas att i varken *de minimis*-tillkännagivandet eller KKV: s allmänna råd om bagatellavtal tas det något hänsyn till endast ena avtalspartens marknadsandelar. I båda dessa dokument utgår man från att om parternas gemensamma marknadsandelar understiger ett visst tröskelvärde, så medför det i regel att samarbetet inte anses ha kvantitativ märkbar effekt på konkurrensen och vice versa<sup>119</sup>.

Skulle vid en tillämpning av *de minis*-doktrinen effekten visa sig vara av vikt på marknaden så att avtalet inte kan betraktas som bagatellartad krävs för förbudets inträdande att även den kvalitativa märkbarheten är uppfyllt.

### 7.3.1.3.2 Den kvalitativa märkbarheten

Redan här skall nämnas att detta avsnitt behandlar den kvalitativa bedömningen som aktualiseras när det kan konstateras att ett konkurrensbegränsande avtal uppfyller det kvantitativa kravet. Frågan är huruvida konkurrensbegränsningen kan anses inte märkbart påverka konkurrensen på kvalitativa grunder. Således behandlas här inte frågan om konkurrensklausul kan bedömas som accessorisk till förvärvsavtalet. Detta behandlas i avsnitt 7.3.2.1.

Som framgått av ovan inrymmer märkbarhetsprövningen även en kvalitativ analys av ett avtals verkningar. Detta innebär att de avtal som utifrån den kvantitativa bedömningen, som i princip bygger på storleken på de samarbetande företagen och marknadsandelen för avtalsprodukterna, inte kan anses bagatellartade skall dessutom överskrida gränsen för den kvalitativa bedömningen. Sådana avtal kan fortfarande ha en försumbar påverkan på konkurrensen och därför inte vara förbjudna enligt art. 81.1 EG-fördraget. Bedömningen om huruvida ett avtal, trots överskridandet av *de minimis* tröskelvärden, skall anses ha en försumbar påverkan på konkurrensen utgör den kvalitativa bedömningen. Denna bedömning påminner i mångt och mycket om ett slags rimlighetsbedömning<sup>120</sup>. En

---

<sup>117</sup> Se Tillkännagivande från Kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (*de minimis*), 2001, C 368/07, II p 7a. Se även K. Carlsson, m.fl., *Konkurrenslagen - En kommentar*, s 106.

<sup>118</sup> Se målet T-6/89 Enichem Anic mot Kommissionen.

<sup>119</sup> Här får man inte glömma att *de minimis*-tillkännagivandet är ett uttryck för Kommissionens syn inom området och påverkar inte EG-domstolens eller Förstainstansrättens tolkning av art. 81 i EG-fördraget. Se tillkännagivandet p 6. Såvitt författaren känner till finns inget rättsfall vari rätten skulle ha gått emot Kommissionens inställning i denna fråga.

<sup>120</sup> Se K. Carlsson, m.fl., *Konkurrenslagen - En kommentar*, s 106. J. Westin, M. Linder, *Om kvalitativa aspekter vid bedömnings av konkurrensbegränsning*, SvJT 1993, s 893-895. Den kvalitativa bedömnings påminner om den i amerikansk praxis utvecklade *rule of reason* doktrinen som gör det möjligt att godkänna ett konkurrensbegränsande avtal så

kvalitativ analys kan således resultera i att vissa klausuler, oavsett företagets storlek, anses nödvändiga för avtalets bestånd. Detta erbjuder möjligheter att kunna argumentera för konkurrensklausulers legitimitet vid företagsöverlåtelse.

En kvalitativ analys kan resultera i att vissa begränsningar, oavsett företagets storlek, anses *objektivt nödvändiga* för avtalets bestånd. Den kvalitativa märkbarhetsbedömningen begränsar således räckvidden av förbudet i art. 81.1 i EG-fördraget till att omfatta avtal som verkligen har konkurrensbegränsande verkningar av någon vikt. Av EG-domstolens praxis framgår att konkurrensklausuler är en naturlig del i ett förvärsavtal och giltiga om klausulens materiella omfattning, geografiska tillämpningsområde och giltighetstid är nödvändig för att garantera värdet av de överförda tillgångarna. Skulle klausulen vara mer långtgående i något av de uppräknade hänseendena så kommer domstolen att jämka klausulen eller förklara den icke giltig<sup>121</sup>.

Konkurrensklausuler kan inte automatisk träffas av förbudet i art. 81.1 och kan således bedömas som nödvändiga för ett avtals genomförande, t.ex. en företagsöverlåtelse<sup>122</sup>. Det har också slagits fast att vid företagsöverlåtelse, varpå övergången av material går hand i hand med övergång av know-how och/eller goodwill, kan det vara legitimt med konkurrensbegränsande åtgärder för att fullborda säljarens skyldighet att enligt överlåtelseavtalet överföra all värde av kommersiell natur. Utan klausulen skulle avtalet inte komma till stånd eftersom köparen inte till fullo skulle kunna utnyttja de överförda tillgångarna<sup>123</sup>.

Även bindningstiden beaktas i den kvalitativa bedömningen. EG-domstolen har uttalat att bindningstiden är avhängig överlåtelsens karaktär och omfattning, samt med beaktande av de enskilda omständigheterna måste hållas på ett minimum efter en objektiv bedömning av överlåtelsen. Efter en utgången bindningstid skall det ej finnas något hinder för säljaren att kunna återinträda på marknaden då denne inte anses ha något föresprång jämfört med andra nykomlingar på marknaden. Den konkurrensbegränsande åtgärdens geografiska omfattning får inte heller vara vidlyftigare än vad

---

länge det gynnar konkurrensen på marknaden totalt, se F. Mark, Competition Law of the UK & EC, s 143. De kvalitativa aspekterna berörs inte KL: s förarbeten, varför riktlinjer för tillämpningen av kvalitativa bedömningsgrunder får sökas i EG-rätten. I det följande är det viktigt att hålla i minnet att vad som framgår av EG: s rättspraxis även skall vara vägledande för KKV: s bedömning av kvalitativ märkbar effekt. Se prop. 1992/93:56, s 21.

<sup>121</sup> Se mål 42/84 Remia Kommissionen, p 26-30. I Remia jämkades en konkurrensklausul med giltighetstid på 10 år till endast 4 år. Även den svenska kvalitativa prövningen är i princip en kopia av EG-rätten. I en mängd beslut från konkurrensverket har konkurrensklausuler ansetts falla utanför förbudet i 6 § KL om de beträffande giltighetstid, geografiskt tillämpningsområde och materiell omfattning är nödvändiga för att företagsförväret skall kunna genomföras. Se Carlsson., m.fl., Konkurrenslagen, s 131 (2: a uppl.). Se även avsnitt 7.7.3.

<sup>122</sup> Se mål Remia BV och Verenigde Nutricia/Kommissionen 42/84 (1995) ECR s 2545.

<sup>123</sup> Se mål Reuter/Basf mot Kommissionen 743/76 EEC (1976).

som utgör den aktuella marknaden för produktion och försäljning<sup>124</sup>. Det sistnämnda kommer närmare att belysas nedan vid behandling av den relevanta marknaden<sup>125</sup>.

I den kvalitativa märkbarhetsbedömning ingår att undersöka hur konkurrenssituationen skulle ha sett ut om konkurrensklausulen inte existerat. Om slutledningen blir att klausulen medverkar till en ökad konkurrens, genom att direkt eller indirekt öka konkurrensen på marknaden, kan den godtas<sup>126</sup>. I detta skall även marknadsstrukturen beaktas. Huruvida konkurrensbegränsningen förekommer på en fragmenterad marknad med hård konkurrens eller på en marknad som kännetecknas av oligopol kan vara avgörande<sup>127</sup>.

#### 7.3.1.4 Relevant marknad

Begreppet relevant marknad är ett centralt begrepp inom konkurrensrätten. Det är konkurrensen på den marknad som är relevant i det enskilda fallet som är aktuell som skall bedömas. För att bestämma marknadsandelarna vid tillämpning av märkbarhetsbedömningen krävs att den relevanta marknaden definieras. En relevant marknad utgörs av ett produktmässigt<sup>128</sup> (*relevant produktmarknad*) och geografiskt<sup>129</sup> (*relevant geografisk marknad*) område som ligger till grund för den materiella bedömningen och inom vilket företagets marknadsandelar kan beräknas.

Marknadsandelar beräknas i regel på grundval av företagets försäljning efter volym och/eller värde. Försäljningsvärdet anses dock bäst återspegla företagets styrkeposition när produkterna är uppdelade prismässigt<sup>130</sup>.

---

<sup>124</sup> Se mål Remia BV och Verenigde Nutricia/Kommissionen 42/84 (1995) ECR s 2545, p 27 och 30.

<sup>125</sup> Se avsnitt 7.3.1.4.

<sup>126</sup> Se mål Verenigde Nutricia/Kommissionen 42/84 (1995) ECR s 2545. Se vidare Korah, Cases & Material on EC Competition Law, s 66.

<sup>127</sup> Se mål Villeroy & Boch EGT 376, (19985-12-31).

<sup>128</sup> Den relevanta produktmarknaden innefattar, enligt Kommissionen, alla de varor och tjänster vilka kan anses substituerbara av konsumenter med hänsyn till produktens egenskaper, pris och användningsområde. Se Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad, p 7.

<sup>129</sup> ”Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från avgränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren”. Kommissionens tillkännagivande om definition av relevant marknad, p 8.

<sup>130</sup> Se Kommissionens Tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning EGT nr C 372, 1997-12-09, s 5, p 55. Det kan tilläggas att detta tillkännagivande har utformats efter förebild i amerikans konkurrensrätt, se Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines 2 april 1992/8 april 1997. Kommissionens tillkännagivande är även vägledande för tillämpningen av KL - både MD och KKV hänvisar till tillkännagivandet om relevant marknad, se t.ex. MD 1998:15 KKV./Posten Sverige AB (1998-11-11). Jfr MD 2001:3 Interflora AB./KKV (2001-01-30) där MD vid avgränsning av den relevanta marknad, vid

En acceptabel marknadsavgränsning kräver en noggrann bedömning av ett antal olika omständigheter vars betydelse varierar beroende på förhållandena i det enskilda fallet. En omständighet som kan vara avgörande för utgången i ett fall kan vara helt betydelselös i ett annat fall. Tidigare ställningstaganden till marknads omfattning och beaktansvärda omständigheter kan inte ges någon "prejudicerande verkan" eftersom marknaden förändras hela tiden. Detta gör att en marknadsavgränsning blir beroende av de inblandade parternas marknadsegenskaper och de åtgärder som är föremål för bedömningen<sup>131</sup>.

Av Kommissionens tillkännagivande om relevant marknad framgår att företagets möjligheter att utöva marknadsinflytande huvudsakligen begränsas av tre faktorer. Vid marknadsavgränsning är det i första hand *utbyttbarheten från efterfrågesidan* som beaktas eftersom den normalt utgör den mest omedelbara och effektiva begränsningen i företagets möjligheter att utöva inflytande. Således är frågan om kunderna kan inom tillräckligt kort tid välja en annan produkt eller vända sig till en leverantör inom ett annat geografiskt område för att kunna skydda sig mot eventuella prishöjningar<sup>132</sup>. Den andra faktor *utbyttbarhet från utbudssidan* är också av intresse när den kan jämföras med utbyttbarhet från efterfrågesidan i omedelbarhet och effektivitet som förutsätter att det finns företag som snabbt kan ställa om sin produktion till utbytbara produkter utan väsentliga tilläggskostnader eller kommersiella risker<sup>133</sup>. Den tredje faktorn är förekomsten av *potentiell konkurrens* och aktualiseras när det finns risk att den ifrågavarande åtgärden negativt påverkar konkurrens<sup>134</sup>. Men i praktiken torde det sällan finnas någon skillnad mellan utbyttbarheten från utbudssidan och potentiell konkurrens.

### 7.3.2 Koncentrationskontroll

Många konkurrensklausuler vid företagsförvärv kan numera prövas i samband med själva förvärvet. Inom EG finns en särskild ordning för kontroll av företagskoncentrationer<sup>135</sup>. För koncentrationer med s.k.

---

frågan om huruvida en konkurrensklausul begränsade konkurrensen på ett märkbart sätt, räknade antal butiker som omfattades av konkurrensklausulen än antalet blomsterförmedlingsuppdrag som förmedlades genom de butiker som omfattades av konkurrensklausulen.

<sup>131</sup> Se mål T-125 och 127/97 The Coca-Cola Company m.fl. REG 2000 s II-1733, p 92-93.

<sup>132</sup> Se Kommissionens Tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning EGT nr C 372, 9-12-1997, p 13.

<sup>133</sup> Se Kommissionens Tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning EGT nr C 372, 9-12-1997, p 20-23, se även mål Michelin mot Kommissionen REG 1983 s 3461, p 41.

<sup>134</sup> Se Kommissionens Tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning EGT nr C 372, 1997-09-12, p 24.

<sup>135</sup> Se Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer ("EG: s koncentrationsförordning"). 2004 års förordning har ersatt Rådets förordning nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av koncentrationer mellan företag. Definitionen av en koncentration hittas i artikel 3.

gemenskapsdimension har Kommissionen i princip exklusiv kompetens i förhållande till nationella myndigheter i medlemsstaterna<sup>136</sup>. För att förhindra att strukturella förändringar på marknaden får långsiktiga skadliga effekter genom väsentligt minskat konkurrenstryck på marknaden innehåller EG: s konkurrensrätt ett system för kontroll av företagskoncentrationer av viss storlek. Kommissionens förklaring om att en företagskoncentration är förenlig med den gemensamma marknaden skall även omfatta de "begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationens genomförande"<sup>137</sup>.

Enligt EG: s koncentrationsförordning föreligger en koncentration om två eller flera tidigare självständiga företag slås samman eller om en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag, eller ett eller flera företag, antingen genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt får kontroll helt eller delvis över ett eller flera andra företag<sup>138</sup>. Om koncentrationen skulle skapa eller förstärka en dominerande ställning medförande att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller väsentlig del av denna (*gemenskapsdimensionen*) hämmas påtagligt, är den otillåten enligt EG: s koncentrationsförordning<sup>139</sup>.

Alla företagskoncentrationer som har en s.k. *gemenskapsdimension* skall anmälas till Kommissionen<sup>140</sup>. Med gemenskapsdimension menas att koncentrationen skall ha viss omsättning, samt ha gränsöverskridande effekter<sup>141</sup>. Kommissionen gör då en bedömning av den anmälda koncentrationens förväntade konkurrens effekter på den gemensamma marknaden. Innan Kommissionen kan avgöra frågan huruvida en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden måste man definiera den eller de relevanta marknader, vilka kan komma att påverkas av

---

<sup>136</sup> Kommissionen har möjlighet att hänskjuta ärenden till medlemsstaternas myndigheter under vissa angivna förutsättningar. Se EG: s koncentrationsförordning, artikel 9. Se även artikel 22.

<sup>137</sup> Se Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer, 2004, artikel 6.1b och 8.2. Från den 1 april 2000 bygger KL: s regler om kontroll av företagskoncentrationer på EG: s motsvarande regler om koncentrationskontroll, se prop. 1998/99:144, s 44 där det anges att EG: s rättspraxis bör få stor betydelse för tolkningen av det svenska regelverket rörande koncentrationskontroll. Se vidare avsnitt 7.7.4.

<sup>138</sup> Se EG: s koncentrationsförordning, artikel 3. Se även Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer EGT nr C 66, 2-3-1998, s 5.

<sup>139</sup> Se EG: s koncentrationsförordning, artikel 2.2.

<sup>140</sup> Se EG: s koncentrationsförordning, artikel 1 och 4.1.

<sup>141</sup> Betr. omsättning se EG: s koncentrationsförordning, artikel 5, samt Kommissionens tillkännagivande om beräkning av omsättning enligt rådet förordning nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer EGT nr C 66, 2-3-1998, s 14. I Sverige skall en koncentration anmälas till KKV om: 1. berörda företag tillsammans har en års omsättning som överstiger 4 miljarder kr och, 2. minst två av de berörda företagen har en årsomsättning i Sverige som överstiger 100 miljoner kr för vart och ett av företagen. Vid särskilda skäl får KKV ålägga anmälningsplikt för en koncentration även om punkten 2 inte är uppfyllda.

koncentrationen. Syftet med att fastställa denna marknad är att fastställa vilka faktiska och potentiella konkurrenter som kan vara aktuella för de berörda företagen<sup>142</sup>.

### 7.3.2.1 Accessoriska begränsningar

En accessorisk begränsning är en avtalad eller överenskommen inskränkning av de berörda parternas handlingsutrymme utan vilken, koncentrationen inte skulle vara möjlig att genomföra. En konkurrensklausul kan utgöra en accessorisk begränsning om den bedöms säkerställa att förvärvaren kan tillgodogöra sig det fulla värdet av den egendom som förvärvats.

När det gäller koncentration av företag är det inte ovanligt att konkurrensklausuler förekommer som inskränker parts handlingsfrihet på marknaden under en viss tid efter det att koncentrationen genomförs. Som det har nämnts ovan kan syftet med denna begränsning vara att en förvärvare vill tillförsäkra sig det fulla värdet av de förvärvade tillgångarna eller att en eventuell uppdelning mellan säljarens kvarvarande verksamhet och den del som överlåtits på köparen kan fungera. Dessa konkurrensklausuler, även kallad *accessoriska begränsningar*, skall bedömas tillsammans med företagskoncentrationen om de objektivt sett har ett direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen<sup>143</sup>. Kommissionen har utfärdat ett tillkännagivande som förtydligar vad som avses med accessoriska begränsningar<sup>144</sup>. Ett beslut av

<sup>142</sup> Se avsnitt 7.3.1.4. För svensk del se avsnitt 7.7.4.

<sup>143</sup> Se EG: s koncentrationsförordning, artikel 6.1 och 8.2. Genom ändringarna i KL som trädde ikraft den 1 april 2000 har KL ändrats i syfte att närmare anpassa bedömningen vad gäller s.k. accessoriska begränsningar till EG-rätten, se SFS 2000:88 och prop. 1998/99:140, s 57 och 88. Se även avsnitt 7.7.4.

<sup>144</sup> Se Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration EGT nr C 188, 2001-07-04, s 5. där Kommissionen förtydligar hur kravet på direkt samband och nödvändig för genomförandet av koncentrationen skall tolkas. Tillkännagivandet ersatte ett tidigare, Kommissionens tillkännagivande om accessoriska konkurrensbegränsningar i samband med koncentrationer EGT nr C 203, 1990-08-14. I tillkännagivandet anges för att en accessorisk begränsning skall föreligga krävs ett *direkt samband* med en koncentration, det föreligger inte en accessorisk begränsning bara för att parterna har avtalat om en viss begränsning vid samma tidpunkt, utan det skall finnas en direkt koppling till koncentrationen. Begränsningar som parterna avtalar om efter förvärvet faller utanför, se Cook, C.J., Kerse, C.S, E.C Merger Control, London 2000, s 187. Är kravet på direkt samband inte uppfyllt får begränsningen istället bedömas under artikel 81. Begränsningen måste också vara *nödvändig för genomförandet* av koncentrationen, dvs. att koncentrationen inte skulle kunna genomföras utan den eller endast genomföras på mer otydliga villkor, till betydligt högre kostnad, under en mycket längre tidsperiod eller avsevärt större svårigheter. Rekvisitet har bivits en ganska vidsträckt tolkning i Kommissionens praxis, se mål Ameritech/Tele Danmark mot Kommissionen IV/M.1046, 1998, 4 CMLR 206, p 18. Om mindre konkurrensbegränsande alternativ skulle stå till buds måste dessa väljas. Detta är ett uttryck för proportionalitetskravet som bedöms objektivt. Om parterna inte tillgodoser detta krav kan Kommissionen förklara att begränsningen faller utanför koncentrationsförordningen, vilket aktualiserar tillämpning av artikel 81.1 i EG-fördraget, se Mdrall, James R., Ancillary Restrictions in the Commission`s Decisions under the Merger Regulation: Non-competition



Kommissionen att godkänna en koncentration omfattar även accessoriska begränsningar, vilket innebär att Kommissionen saknar då behörighet att tillämpa art. 81.1 i EG-fördraget på dessa konkurrensklausuler<sup>145</sup>. En konkurrensklausul som inte anses accessoriska till företagsförvärvet kan prövas i vanlig ordning enligt art. 81.1 i EG-fördraget<sup>146</sup>.

En konkurrensklausul anses accessorisk om dess giltighetstid och omfattning vid en rimlighetsbedömning anses nödvändigt för att förvärvaren skall kunna tillgodogöra sig det fulla värdet av det förvärvade företaget eller rörelsen. EG-domstolen har slagit fast att konkurrensklausuler är en naturlig del av förvärvsavtal och faller utanför förbudet mot konkurrensbegränsande avtal om klausulens materiella omfattning, geografiska tillämpningsområde och giltighetstid är nödvändig för att garantera värdet av de överförda tillgångarna<sup>147</sup>.

Kommissionens beslut i ärendet *Stora Enso/Assi Domän/JV* är ett bra exempel på en konkurrensklausul överkommen mellan parterna i ett joint venture projekt. Moderbolaget fick, enligt konkurrensklausulen, inte konkurrera med det gemensamma företaget inom dennes produktområde under avtalstiden och 12 månader därefter. Parterna menade att konkurrensklausulen hade till syfte att garantera genomförbarheten av det gemensamma företaget och att bibehålla de tillförda tillgångarnas värde. Dessutom ville man undvika att tillförd know-how, plus det gemensamma företagens know-how skulle användas som konkurrensmedel av enskilda moderbolag. Kommissionen ansåg att konkurrensklausulen var nödvändig för koncentrationens genomförande, samt en förutsättning för att det gemensamma företaget skulle få tillträde till marknaden<sup>148</sup>.

När det gäller den tillåtna giltighetstiden för att en konkurrensklausul skall accepteras som accessorisk är det svårt att fastställa något generellt, utan varje fall måste prövas enskilt. En längre giltighetstid torde dock kunna accepteras vid koncentrationer som omfattar såväl goodwill som know-how jämfört med koncentrationer som enbart omfattar den ena eller den andra. I

---

Clauses, (1995) 1 ECLR., s 41. Se även Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration EGT nr C 188, 4-7-2001, avsnitt I, p 2.

<sup>145</sup> Se EG: s koncentrationsförordning, artikel 22, se även Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration EGT nr C 188, 4-7-2001, avsnitt I, p 3.

<sup>146</sup> Se Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration, p 6. För svensk del se prop. 1998/99:144, s 63. Lämnar KKV koncentrationen utan åtgärd accepteras även konkurrensklausulen. Om KKV inte godkänner koncentrationen (enligt förbudet i 34 § KL) blir även tillhörande konkurrensklausul ogiltig.

<sup>147</sup> Se mål 42/84 Remia mot Kommissionen REG 1985 s 2545, p 18-20. På motsvarande sätt har MD i Norsk Hydro, MD 1996:33 ansett att en konkurrensklausul faller utanför förbudet om den beträffande giltighetstid, geografisk tillämpningsområde och materiell omfattning har ett direkt samband med och är nödvändig för att ett företagsförvärv skall kunna genomföras. Se vidare avsnitt 7.7.4.

<sup>148</sup> Se mål COMP/M.2243, *Stora Enso/Assi Domän/JV*, p 8-9 och 11.

fall då koncentrationen endast omfattar överföring av goodwill accepteras normalt en giltighetstid på högst två år<sup>149</sup>. En giltighetstid upp till tre år anses i regel godtagbart om förvärvet omfattar såväl know-how som goodwill<sup>150</sup>. En giltighetstid som överstiger tre år anses normalt inte vara nödvändig, men i undantagsfall har konkurrensklausuler med en giltighetstid på över tre år accepterats<sup>151</sup>. Det faktum att part redan besitter betydande know-how på den relevanta marknaden kan också medföra att bindningstiden sätts ned<sup>152</sup>. Bevisbördan ligger på parterna att visa vilken bindningstid som är nödvändig<sup>153</sup>.

En konkurrensklausul måste även begränsas till att gälla de varor och tjänster som ingår i det förvärvade företagens verksamhet vid tidpunkten för överlåtelsen för att den skall anses accessorisk. Dessutom måste i princip en konkurrensklausuls geografiska omfattning bestämmas till det område där det förvärvade företaget marknadsförde sina varor eller tjänster vid tiden för koncentrationen för att klausulen skall anses accessorisk. Det torde inte anses acceptabelt att förvärvaren skaffar sig skydd mot konkurrens från säljaren inom områden där säljaren tidigare inte bedrivit någon verksamhet<sup>154</sup>. Kommissionen har underkänt konkurrensklausuler med

---

<sup>149</sup> Se Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration EGT nr C 188, 2001-07-04, avsnitt III.A, p 15. Se även mål nr IV/M.1481 Denso/Magneti Marelli (1999) 4 CMLR 1182, p 19-20. I fallet accepterades inte en femårig bindningstid eftersom förvärvet huvudsakligen innefattade goodwill. Av fallet framgår ej vilken bindningstid som kunde ha accepterats. För svensk del se avsnitt 7.7.4.

<sup>150</sup> Se Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration EGT nr C 188, avsnitt III.A, p 15. För svensk vidkommande se avsnitt 7.7.4.

<sup>151</sup> I Kommissionens tidigare tillkännagivande angavs fem år som acceptabel giltighetstid i situationer som innefattade överlåtelse av såväl know-how som goodwill. Se mål nr IV/M.1298 (1998-10-23) Kodak/Imation, (1998) 5 CMLR 878, p 72-73, i fallet sattes bindningstiden ner från sju till fem år respektive tre år. Överlåtelsen innefattade både goodwill och know-how. Se även Kommissionens beslut Comp/M.1784 Delphi Automotive Systems/Lucas Diesel, där godtogs en konkurrensklausul på 5 år, med motiveringen att perioden var nödvändig för att köparen skulle kunna anpassa sig till den överförda tekniken. Kommissionen har numera intagit en mer restriktiv inställning till konkurrensklausuler. Det är möjligt att Kommissionens nya inställning leder till att KKV kommer att inta en mer restriktiv hållning till konkurrensklausuler än hittills, se Kommissionens tillkännagivande (EGT nr C 188, 2001-07-04). Se dnr 415/2002 Partek Forest AB (2002-05-16) där KKV i samband med att underkänna konkurrensklausuler som accessoriska till koncentrationen noterade särskilt att ett av konkurrensförbudets löptid översteg tre år. Se vidare avsnitt 7.7.4.

<sup>152</sup> Se C.J. Cook., C.S. Kerse., *a.a.*, s 191. För svensk del se dnr 700/93 Procordia AB (1993-10-27), s 3. I fallet ansågs köparen redan besitta viss know-how på området, vilket ledde till att parternas sinsemellan under ärendets handläggning överenskomna bindningstid från fem till tre år accepterades.

<sup>153</sup> Se mål Cargill/Continental Grain, nr IV/M.1376 (3-2-1999) 4 CMLR 383, p 22. I målet hade konkurrensklausulen en bindningstid på fem år. Överlåtelsen inkluderade goodwill och även viss Know-how. Kommissionen ansåg att parterna inte visat att denna know-how var så väsentlig att den berättigade längre bindningstid än tre år.

<sup>154</sup> Se Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration EGT nr C 188, avsnitt III.A, p 16-

stipulerad obegränsad geografiskt tillämpningsområde och krävt att konkurrensklausulen skulle begränsas till områden produkterna hade saluförts<sup>155</sup>.

Att konkurrensklausuler skall vara begränsade till de produkter och tjänster som är en del av det överlåtna företags ekonomiska verksamhet känner vi redan till från ovan<sup>156</sup>. Kommissionen har även i ett par fall behandlat konkurrensklausulers innehåll och lagt vikten på dess substans för att bedöma dess omfattning. För att en köpare skall givas möjlighet att tillägna sig det fulla värdet av det förvärvade företaget har Kommissionen accepterat förbud för säljaren att försöka värva kunder eller anställda från det överlåtna företaget<sup>157</sup>. I en enligt Kommissionen till förvärvet accessorisk konkurrensklausul, vilken förbjöd säljaren att förvärva mer än 10% av aktiekapitalet eller utöva något direkt eller indirekt inflytande i ett med förvärvaren konkurrerande företag uttalade Kommissionen att klausulen inte borde hindra säljaren att i investeringssyfte köpa aktier förutsatt att säljaren inte hade något inflytande över verksamhetens skötsel<sup>158</sup>.

Avslutningsvis kan nämnas att konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser vars verksamhet består i forskning och utveckling kan vara begränsande så länge dessa är kommersialiserade. Om säljaren inte utnyttjar resultatet av sin forskning och utveckling på ett sätt som skulle innebära att han, direkt eller indirekt, konkurrerar med köparen, uppstår ingen risk för att köparen skall förlora marknadsandelar, värdet av överförda tillgångar eller kunder<sup>159</sup>.

---

17. Beträffande produktavgränsning, se även dnr 1252/94 Kuwait Petroleum Svenska AB (1994-10-13).

<sup>155</sup> Se mål nr IV/m.301 Tesco Ltd/Catteau 1993-02-04, (1993) CMLR 402, 12.

<sup>156</sup> För svensk del se avsnitt 7.7.4.

<sup>157</sup> Se mål Solvay/Laporte, mål nr IV(M.197 (30-4-1992), 1992, 5 CMLR 116, p 48-49.

Förbudets bindningstid framgår inte av beslutet, det noteras endast att förbudet understeg fem år. Denna typ av begränsningar har av Kommissionen förklarats som konkurrensförbud och har ibland begränsats till att gälla vissa nyckelpersoner i företaget. Se mål BTR/Pirelli, nr IV/M.253 (17-8-1992), p 33, samt mål Volkswagen AG/V.A.G. Ltd, nr IV/M.304 (24-2-1993), (1993), 4 CMLR 402. Jfr. med Dnr 325/2004 (2004-04-06) vari KKV accepterade en konkurrensklausul som innebar att 12 privatpersoner (anställda och/eller f.d. ägare till den överlåtna företaget) åtog sig att under två år efter koncentrationen inte bedriva verksamhet som konkurrerade med koncentrationen. Personerna betraktades som företag i KL: s mening och klausulen ansågs ha ett direkt samband med och vara nödvändig för genomförandet av koncentrationen. Se vidare avsnitt 7.7.4.

<sup>158</sup> Se mål Tecso Ltd/Catteau, nr IV/M.301, (1993-02-04), (1993), CMLR 402, p 14-15. Se även KNP BT/ Bunz/Wilhelm Seiler, nr IV/M.884 (14-2-1997), (1997), 4 CMLR 373, p 15-20, där Kommissionen accepterade förbudet under förutsättning att säljaren fick köpa i investeringssyfte, samt att det inte fick utövas något inflytande över hur det konkurrerande företaget drev. Men Kommissionen har även gjort strängare bedömning i fall där förbud för säljaren att förvärva mer än 5% av aktiekapitalet i en konkurrerande verksamhet har accepterats utan ens något förbehåll för förvärv i investeringssyfte, se mål Sappi/DLJMB/UBS/Warren, nr IV/M.526 (28-11-1994), (1994), p 31-33.

<sup>159</sup> Se mål Reuter/Basf EGT nr L 254, 1976, s 40. Se även dnr 336/95, (1995-02-13), s 6, där framgår att KKV helt och hållet har gått på Kommissionens linje.

## 7.4 Förhållandet mellan KL och EG: s konkurrensregler

### 7.4.1 Allmänt

Efter Sveriges medlemskap i EU är det vid sidan av KL i huvudsak EG: s konkurrensregler och koncentrationsförordning som har betydelse för svenska företag. Till följd av EG rättens principer om *företräde*, *direkt tillämplighet* och *direkt effekt* blir EG: s konkurrensregler en viktig del av svensk rätt. Materiellt sett överensstämmer Sveriges och EG: s konkurrensregler i stor utsträckning. En grundläggande skillnad mellan de båda regelsystemen är emellertid att tillämpningen av EG: s konkurrensregler förutsätter att det s.k. *sambandskriteriet* är uppfyllt, dvs. att avtalet eller förfarandet kan påverka handeln mellan minst två EG-länder<sup>160</sup>. Däremot ett förfarande som bara har effekter på den svenska marknaden regleras enkom av KL. I praktiken är det inte ovanligt att både EG: s konkurrensregler och KL kan vara tillämpliga.

Med tanke på att EG: s konkurrensregler utgjort modell för KL är det naturligt att det svenska regelsystemet i första hand tolkas mot bakgrund av motsvarande bestämmelser i EG-rätten. Det har tydligt och klart angivits i lagmotiven att detta är avsikten<sup>161</sup>.

Det är viktigt att framhålla att den materiella överensstämmelsen mellan dessa regelverk inte innebär att en tillämpning av KL och EG: s konkurrensregler på ett avtal alltid leder till samma resultat. Det kan bero på att det är olika myndigheter eller domstolar som tillämpar regelverken, samt att regelverken har delvis olika syften. Som tidigare har framhållits är EG: s regelsystem i större utsträckning genomsyrad av vissa grundläggande principer och mål, såsom strävan att eliminera handelshinder och främja integrationen mellan medlemsstaterna<sup>162</sup>.

### 7.4.2 Parallell tillämpning

Som utgångspunkt gäller att 6-8 och 19 § § KL kan tillämpas vid sidan av, eller parallellt med, art. 81, 82 och 86 i EG-fördraget. Art. 10 i EG-fördraget ålägger medlemsstaterna att vidta alla lämpliga åtgärder för att se till att de skyldigheter som följer av EG-fördraget fullgörs. Samtidigt skall medlemsstaterna avstå från varje handling som kan motverka eller försvåra att fördragets mål uppnås. Enligt EG-domstolen får en parallell tillämpning av nationella konkurrensregler inte hindra: "*... en enhetlig tillämpning - inom hela den gemensamma marknaden - av de gemenskapsrättsliga*

---

<sup>160</sup> Se avsnitt 7.3.1.1.

<sup>161</sup> Se prop. 1992/93:56, s 18.

<sup>162</sup> C.Weiter m.m., *Konkurrenslagen, en handbok*, s 49. Se även Artiklarna 2 och 3(g) i EG-fördraget

*reglerna om konkurrensbegränsande samverkan och ... den fulla verkan av de rättsakter som antagits med tillämpning av dessa regler*<sup>163</sup>.

Om ett konkurrensbegränsande avtal, ingånget i Sverige, anses uppfylla gemenskapsdimensionen skall även art. 81 EG-fördraget tillämpas. Å andra sidan får tillämpningen av den nationella konkurrensrätten inte leda till förbud mot konkurrensbegränsande avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna men som inte begränsar konkurrensen enligt art. 81 EG-fördraget<sup>164</sup>.

Av EG-domstolens uttalande att döma och den tendens som kan skönjas hos EG-domstolens praxis framgår att svenska myndigheter och domstolar kan vara förhindrade att godkänna eller förbjuda ett avtal eller förfarande enligt KL om en tillämpning av EG:s konkurrensregler skulle leda till ett annat beslut<sup>165</sup>.

### **7.4.3 Artikel 81.1: s räckvidd i förhållande till KL**

Hitintills har EG:s konkurrensreglers betydelse och prioritet lyfts fram och behandlats. Frågan inställer sig hur ställningen blir om ett förfarande inte omfattas av EG:s konkurrensregler? Ett avtal som överhuvudtaget inte omfattas av art. 81.1 i EG-fördraget kan, utan hinder av EG-rätten, förbjudas enligt KL. Som ovan redovisats är EG:s konkurrensreglers tillämplighet avhängiga samhandelseffekten. Saknas samhandelseffekt ställer EG-rätten inga begränsningar vid tillämpningen av KL. Detsamma torde gälla om EG:s konkurrensregler inte är tillämpliga på grund av att avtalet i fråga inte utgör en märkbar konkurrensbegränsning i den mening som avses i art. 81.1 i EG-fördraget. Men tillämpning av svensk rätt på konkurrensbegränsande avtal som faller under art. 81.1 EG-fördraget får inte leda till förbud av sådana avtal om de inte också är förbjudna enligt gemenskapens konkurrensrätt<sup>166</sup>.

Detta gäller emellertid inte företagskoncentrationer, eftersom koncentrationsförordningen är exklusiv och endast företagskoncentrationer

---

<sup>163</sup> Se Mål 14/68 Wilhelm mot Bundeskartellamt REG 1969 s 1 (svensk specialutgåva I s 379), p 4, se även mål C-453/99 Courage REG 2001 s I-6297.

<sup>164</sup> Se Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, artikel 1 p 1-2. Se även prop. 2003/04:80, s 40. I prop. Framförde regeringen argument för att behålla möjligheten till parallell tillämpning, se prop 2003/04:80, s 50-52.

<sup>165</sup> Mål 14/68 Wilhelm mot Bundeskartellamt REG 1969 s 1, p 6 Mål 66/86 Ahmed Saeed REG 1989 s 803, p 48. Se även mål C-344/98 Masterfoods mot HB Ice Cream REG 2000 s I-11369, målet handlade om vilken legal effekt ett beslut från kommissionen hade på en tvist i nationell domstol. EG-domstolen uttalade att när en tvist är avhängig giltigheten av ett beslut från kommissionen, den nationella domstolen skall avvakta tills frågan har avgjorts av gemenskapsdomstolarna. Om den nationella domstolen finns det nödvändigt kan den begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen. Se även Holgersson "Ett banbrytande avgörande från EG-domstolen" Europarättslig tidskrift 2001, s 241.

<sup>166</sup> Se Rådet förordning 1/2003, artikel 3. Se Mål 253/78 och 1-3/79 Procereue de la République mot Giry och Guerlain REG 1980 s 2327, p 18.

vilka faller utanför EG: s kontrollsystem får prövas och bedömas enligt nationell konkurrensrätt<sup>167</sup>.

## 7.5 KKV: s tillämpning av EG: s konkurrensregler

För att öka effektiviteten och harmoniseringen av EG: s konkurrensregler har nationella konkurrensmyndigheter möjlighet att tillämpa art. 81.1 och 82 i EG-fördraget<sup>168</sup>. I Sverige har KKV<sup>169</sup> i enlighet med svenska regler tilldelats behörighet att tillämpa dessa artiklar<sup>170</sup>.

KKV har sedan 2001 haft tre alternativa möjligheter i sin tillämpning på ett konkurrensbegränsande avtal med samhandelseffekt. Alternativen har varit att antingen tillämpa EG-rätten eller tillämpa både EG-rätten och KL samtidigt eller att endast tillämpa KL. KKV har fortsatt att tillämpa det sista alternativet, men beaktande av EG-rätten och dess företräde och vetskapen om att den nationella tillämpningen inte får strida mot en fullständig och enhetlig tillämpning av EG-rätten.

Från och med den 1 maj 2004 är KKV skyldigt att tillämpa art. 81 i EG-fördraget på avtal och förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Som bekant innebär skyldigheten i sådana fall att tillämpningen av nationella bestämmelser inte får avvika från motsvarande tillämpning av art. 81<sup>171</sup>.

## 7.6 Svenska domstolars tillämpning av EG: s konkurrensregler

De materiella reglerna i art. 81 i EG-fördraget är som berört direkt tillämpliga och kan alltså tillämpas av svenska domstolar och konkurrensmyndigheter.

Svenska domstolar skall tillvarata de rättigheter och skyldigheter som följer av EG: s konkurrensregler. Svenska domstolar kan även under vissa omständigheter vara skyldiga att vidta interimistiska åtgärder för att

---

<sup>167</sup> Se EG: s koncentrationsförordning, artikel 21. Se även fotnot 164.

<sup>168</sup> Se Meddelande från Kommissionen om samarbete mellan Kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter för handläggning av ärenden som omfattas av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget EGT nr C 313, 15.10.1997, s 3.

<sup>169</sup> Även MD och Stockholms tingsrätt har getts behörighet att tillämpa artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, se 2 § lag (1994:1845) om tillämpnings av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler och 1 § MDL.

<sup>170</sup> Se 5 § KL och 2 § 1 st lag (1994:1845) om tillämpning av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler, ändringarna infördes genom 2000:1021. Se även prop. 1999/2000:140, s 180.

<sup>171</sup> Se Rådets förordning 1/2003, art. 3. Se även Dnr 792/2003 (2004-05-05), p 45.

säkerställa EG rättens fulla genomslagskraft<sup>172</sup>. Skulle art. 81 i EG-fördraget tillämpas har nationella domstolar möjlighet att från Kommissionen begära upplysningar som den förfogar över eller yttranden i frågor rörande tillämpningen av EG: s förbud mot konkurrensbegränsande avtal<sup>173</sup>.

## 7.7 Svensk praxis om konkurrensklausuler

### 7.7.1 Inledning

I detta avsnitt skall konkurrensklausuler vid näringsöverlåtelse som endast berör Sverige behandlas. Huvuddelen av det som har tagits upp under behandlingen av konkurrensklausuler i EG-rätten gäller även inom svensk rätt. Som tidigare har nämnts har svenskt rättsläge behandlats parallellt med den EG-rättsliga konkurrensrätten, varför det är viktigt att hålla i minnet ovannämnda genomgång. Inte minst därför att EG: s konkurrensrätt och praxis har utgjort en modell och förebild för dess svenska motsvarighet. Utifrån de typfall av konkurrensklausuler som behandlats ovan, kommer deras svenska motsvarighet att beröras nedan. Först lite om de aktuella konkurrensreglerna.

Även i svensk konkurrensrätt existerar två regelsystem tillämpliga på konkurrensklausuler vid näringsöverlåtelser. Den första bestämmelsen återfinns i 6 § KL. Enligt 6 § KL är avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat. Den andra bestämmelsen är den svenska motsvarigheten till EG: s koncentrationsförordning och hittas i 34 a § KL. Enligt denna bestämmelse prövar KKV alla större företagskoncentrationer för att avgöra om de är förenliga med konkurrenslagen<sup>174</sup>.

Som redan framhållits har den svenska konkurrenslagen EG: s konkurrensregler som modell. Det är därför inte förvånande att art. 81.1 återspeglas i 6 § KL. Avsikten med KL var att ”*så långt som möjligt uppnå materiell rättslikhet med Romfördragets konkurrensregler*”<sup>175</sup>. EG-domstolens praxis gällande tolkningen av art. 81.1 EG-fördraget får sålunda även betydelse för innebörden av rekvisiten i 6 § KL.

Rekvisitet *märkbar effekt* har sitt ursprung i EG-domstolens praxis. I svensk rätt har det uttryckligen angetts som rekvisit i 6 § KL. I förarbetena definieras märkbar effekt som ”*ekonomiska verkningar av någon betydelse*”<sup>176</sup>. Det är sålunda inte alla konkurrensbegränsande avtal som träffas av förbuden i 6 § KL. KKV uttalar att ”*konkurrensklausuler är en typ av konkurrensbegränsning som kan vara förbjudna*

---

<sup>172</sup> Se Kommissionens meddelande om förhållandet mellan Kommissionen och de nationella domstolarna vad gäller tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, Meddelande om samarbete mellan Kommissionen och de nationella domstolarna vid tillämpning av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget EGT nr C 39, 13.2.1993, s 6 och p 11.

<sup>173</sup> Se Rådets förordning 1/2003, art. 15. Se även prop. 2003/04:80, s 57.

<sup>174</sup> Se ”*Lilla konkurrensboken En skrift från konkurrensverket*”, 2004.

<sup>175</sup> Se prop. 1992/93:56, s 21.

<sup>176</sup> Se prop. 1992/93:56, s 73.

enligt 6 § KL. Sådana klausuler hindrar potentiell konkurrens<sup>177</sup>. Avgörandet hänger samman med huruvida klausulen uppfyller märkbarhetsrekvisiten.

I doktrin och praxis har märkbarheten delats upp i två skilda kategorier, nämligen kvantitativ märkbarhet respektive kvalitativ märkbarhet<sup>178</sup>. Nedan fokuseras på hur märkbarhetsbedömningen har skett i svensk praxis. Efter det behandlas även accessoriska konkurrensklausuler i svensk praxis.

## 7.7.2 Den kvantitativa bedömningen

Om rekvisitet märkbar effekt i 6 § KL uttalas i propositionen att samarbetet ”mellan mindre eller medelstora företag där avtalsprodukterna, eller produkter som av konsumenter uppfattas som likvärdiga och som tillverkas eller säljs av avtalsparterna, omfattar en mindre del av den relevanta marknaden – omkring tio procent – torde normalt sakna betydelse för konkurrensen<sup>179</sup>. Vidare framhålls att storleken på de samarbetande företagen och marknadsandelen för avtalsprodukterna har avgörande betydelse för om ett avtal skall anses påverka konkurrensen på ett kvantitativt märkbart sätt<sup>180</sup>. KKV anser att ett avtal mellan företag som tillverkar eller säljer varor eller tillhandahåller tjänster i regel inte begränsar konkurrensen på ett kvantitativt märkbart sätt om avtalsparterna och till dem anknutna företag tillsammans har en andel av den relevanta marknaden som inte överstiger 15 procent om avtalet gäller s.k. vertikala avtal<sup>181</sup>.

KKV har i sin praxis uttalat att vid bedömning av om en konkurrensklausuls ekonomiska verkningar är av betydelse, tittar man främst på företagets marknadsandel på den relevanta marknaden<sup>182</sup>. För att fastställa företagets marknadsandel i den kvantitativa bedömningen undersöks företagets gemensamma<sup>183</sup> marknadsandel på den relevanta marknaden. För att kunna bestämma den relevanta marknaden har även KKV identifierat dels en produktmarknad, dels en geografisk marknad<sup>184</sup>.

---

<sup>177</sup> Se Dnr 792/2003 (2004-04-27), p 17.

<sup>178</sup> För mer fullständig redogörelse se exempelvis N. Wahls *Rättsutlåtande rörande kravet på märkbarhet inom svensk konkurrensrätt* i små företag och konkurrenslagen, Ds 1998:72.

<sup>179</sup> Se prop. 1992/93:56, s 73.

<sup>180</sup> Se prop. 1992/93:56, s 73.

<sup>181</sup> Se KKVFS 2004:1.

<sup>182</sup> Se Dnr 661/1999 (1999-11-09), p 33. Jfr med MD 2001:3 Interflora AB/.KKV (2001-01-30) där MD vid avgränsning av den relevanta marknad, vid frågan om huruvida en konkurrensklausul begränsade konkurrensen på ett märkbart sätt, räknade antal butiker som omfattades av konkurrensklausulen än antalet blomsterförmedlingsuppdrag som förmedlades genom de butiker som omfattades av konkurrensklausulen.

<sup>183</sup> Även i KKV: s allmänna råd om bagatellavtal utgår bedömningen från avtalsparternas gemensamma marknadsandelar. Detta innebär att avtalsparternas gemensamma marknadsandelar överstiger tröskelvärdena så har konkurrensbegränsningen kvantitativ märkbar effekt. Se även avsnitt 7.3.1.3.1 Den kvantitativa märkbarheten.

<sup>184</sup> Se Dnr 792/2003 (2004-04-27), p 25-26. Se även avsnitt 7.3.1.4 Relevant marknad. Se även MD 2001:3 där MD har baserat sin kvantitativa bedömning på antalet butiker på den relevanta marknaden, till skillnad mot det beräkningen av företagets omsättning.



KKV har vidare i sin kvantitativa bedömning uppmärksammat det faktum att avtalsparterna saknat konkurrenter på den relevanta marknaden i Sverige vid tidpunkten för avtalet. Detta tillsammans med höga marknadsandelar gjorde att KKV utifrån den kvantitativa bedömningen inte kunde acceptera en konkurrensklausul<sup>185</sup>.

KKV har utvecklat sin syn på märkbarhetskriteriet i allmänna råd om s.k. bagatellavtal<sup>186</sup>. KKV kan inleda förfarande enligt KL mot avtal som omfattas av det allmänna rådet om bagatellavtal. Om ett företag av misstag antagit att deras avtal har varit ett bagatellavtal kan KKV låta bli att ingripa med att väcka talan om konkurrenskadeavgift<sup>187</sup>. Detta innebär att en konkurrensklausul kan vara konkurrensbegränsande, men ändå vara giltig eftersom den inte har nödvändig omfattning för att uppfylla den kvantitativa märkbarheten.

### 7.7.3 Den kvalitativa bedömningen

Precis som vid behandlingen av EG-rätten kommer här icke-accessoriska konkurrensklausuler att behandlas. Som vi har sett från ovan lämnar den kvalitativa bedömningen visst utrymme för sådana klausuler. Accessoriska konkurrensklausuler vid företagskoncentrationer behandlas i nästa avsnitt.

Som bekant är det inte tillräckligt att en konkurrensklausul uppfyller det kvantitativa kriteriet. Utan det skall även bedömas huruvida avtalet, trots att avtalet inte kan betraktas som ett bagatellavtal, skall anses ha en försumbar påverkan på konkurrensen i den kvalitativa bedömningen. Som ovan påpekats berörs inte den kvalitativa bedömningen i KL: s förarbeten<sup>188</sup>. Utan riktlinjer för tillämpning av kvalitativa bedömningsgrunder får sökas i EG-rätten. Därav är det angeläget att hålla i minnet att EG: s praxis skall vara vägledande för KKV: s bedömning av kvalitativ märkbar effekt<sup>189</sup>.

Här är det på sin plats att uppmärksamma KKV: s tidvis obenägna inställning att ta till sig och tillämpa den kvalitativa bedömningen. I många beslut har KKV nöjt sig att med konstaterandet att avtalsparternas marknadsandelar medför att avtalet ifråga är märkbart, såväl kvantitativt

---

<sup>185</sup> Se Dnr 792/2003 /2004-04-27), p 33. Det skall tilläggas att den kvantitativa bedömningen blev avgörande sedan konkurrensklausulen inte ansågs acceptabelt utifrån en kvalitativ bedömning.

<sup>186</sup> Se KKVFS 2004:1. KKV: s allmänna råd om bagatellavtal hänvisar till största del till Kommissionens tillkännagivande. Enligt verkets allmänna råd skall art. ”81.1” i Kommissionens tillkännagivande ersättas med ”6 § KL”, samt ”Kommissionen” ersättas med ”Konkurrensverket”. Se även avsnitt 7.3.1.3.1 Den kvantitativa märkbarheten.

<sup>187</sup> Se KKVFS 2004:1, p 5-6.

<sup>188</sup> Se prop. 1992/93:56, s 21.

<sup>189</sup> Se avsnitt 7.3.1.3.2 Den kvalitativa märkbarheten.

som kvalitativt<sup>190</sup>. Denna KKV: s ibland ensidiga tillämpning av den kvantitativa märkbarhetsbedömningen har kritiserats<sup>191</sup>.

Av KKV: s fortsatta praxis att döma verkar det som om verket har hörsammat kritiken och lagt om kursen mot en tillämpning av märkbarhetsrekvisiten bättre överensstämmande med EG: s konkurrensrätt. KKV har i sin praxis framhållit att inte enbart storleken på de samarbetande företagen och deras marknadsandelar skall ligga till grund för märkbarhetsprövningen, utan bedömningen måste göras med beaktande av rådande faktiska omständigheter<sup>192</sup>.

Även MD har uttryckligen tillämpat den kvalitativa bedömningen. I det följande fall som skall behandlas framgår inte helt klart att den kvantitativa tröskeln har överskridits. Det anges att marknadsandelen ligger mellan 10 och 20 procent, varför MD även gjort vissa uttalanden som kan ses som en kvalitativ bedömning. KKV har hänvisat till dessa uttalanden när de tillämpat den kvalitativa bedömningen<sup>193</sup>. I fallet MD 2001:3 hade KKV underkänt en konkurrensklausul i Interflorakedjan. Kedjan är en form av frivillig samverkan mellan blomsterhandlare/butiker som samarbetar för att uppnå skalfördelar och ett väl inarbetat varumärke. KKV hade hävdad i sitt beslut att konkurrensklausulen innebar dels ett förbud för butiker i Interflorakedjan att samtidigt tillhöra en annan kedja, dels ett förbud för butiker i kedjan att sälja produkter som konkurrerar med Blommogram AB: s produkter. MD uttalar att ”*En bedömning av konkurrensklausulens konkurrensbegränsande effekt måste göras med beaktande av rådande faktiska förhållanden. ... samtliga omständigheter beaktas, varvid de samverkande företagens totala marknadsandel utgör en sådan omständighet*”. Annan omständighet att beakta anges vara klausulens bindningstid. MD framhåller även att ett konkurrensförbud kan vara legitimt för att värna om investeringar och kunskapsöverföringen som äger rum i en kedja som skapat en gemensam profil. Dessutom sägs att när det existerar en gemensam identitet och profil gentemot konsumenterna, plus investeringar och överföring av know-how så ”... får kedjan anses ha ett beaktansvärt behov av att kunna skydda de gemensamma tillgångarna”. MD anser även att det finns flera aktörer på marknaden vilket underlättar en nyetablering och att klausulen inte försvårar konkurrenternas blomsterförmedlingsverksamhet, samt att konkurrensförbudet i det aktuella fallet främjar konkurrensen på den relevanta marknaden genom att tvinga samtliga företag och organisationer att satsa på marknadsföring, profilering och andra effektivitetsfrämjande åtgärder.

---

<sup>190</sup> Se Dnr 540/2002, p 20, Dnr 207/1999, p 42 och Dnr 1219/93, p 51.

<sup>191</sup> Se SOU 1997:20. Utredningen uttalar vidare att sådan tillämpning inte har varit avsedd, s 102.

<sup>192</sup> Se Dnr 361/1998 (1998-06-30). Jfr MD 2001:3 (2001-01-30).

<sup>193</sup> Se t.ex. Dnr 361/98 (1998-06-30).

Även möjligheten att befrias från konkurrensklausulens ålägganden har beaktats i ovannämnda fall. MD har konstaterat att medlemskapet i Interflorakedjan kan upphöra med sex månaders varsel.

Även fallet MD 1996:33 utgör ett exempel på kvalitativa bedömningar i svensk praxis. Kortfattat avsåg fallet en konkurrensklausul i ett aktieförvärsavtal. MD konstaterade att en treårig giltighetstid borde kunna accepteras med hänsyn till de aktuella produkternas typ och distributionssätt.

Sammantaget kan konstateras att vissa faktorer är av vikt vid den kvalitativa bedömningen. Faktorer som marknadskoncentration, inträdeshinder samt utjämnande marknadsinflytande är faktorer som framhållits i EG:s praxis. Dessa faktorer har även beaktats i svensk praxis. Av fallen ovan framgår dessutom att klausulens tidsmässiga längd har beaktats i svensk praxis.

#### **7.7.4 Accessoriska konkurrensklausuler**

För en närmare behandling av vad som menas med accessoriska begränsningar hänvisas till avsnitt 7.3.2.1 Accessoriska begränsningar. Även för övrigt anser författaren att detta avsnitt bör läsas tillsammans med avsnitt 7.3.2.1. Detta delvis pga. att KKV:s beslut många gånger inte innehåller en utförlig och tillfredställande motivering, speciellt i fall utgången varit positiv.

KL innehåller också regler om kontroll av företagskoncentrationer. Koncentrationer där de berörda företagens årsomsättningar överstiger vissa tröskelvärden skall anmälas till KKV<sup>194</sup>. Verket kan ingripa mot en koncentration som antas leda till påtagligt skadliga effekter.

KKV har i sin praxis i likhet med vad som gäller inom EG ansett att konkurrensklausuler som har ett direkt samband med och är nödvändiga för ett förvärvs genomförande inte omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 6 § KL. Det kommer av KKV:s beslut att framgå att verket följt den syn som Kommissionen ger uttryck för i sitt tillkännagivande. Redan innan ändringarna i KL tyck KKV ha följt den syn som Kommissionen ger uttryck för i sitt tillkännagivande gällande accessoriska konkurrensklausuler<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> Om de berörda företagens sammanlagda årsomsättning överstiger 4 miljarder kronor och minst två av de berörda företagen har en omsättning i Sverige som överstiger 100 miljoner kronor för vart och ett av företagen skall koncentrationen anmälas till KKV. Se 37 § KL. Vid särskilda skäl kan KKV ålägga en part i en koncentration att anmäla den, även om företagets omsättning i Sverige inte överstiger 100 miljoner kronor. En förutsättning är dock att företagets sammanlagda omsättning överstiger 4 miljarder kronor. En part i en koncentration har alltid rätt att frivilligt anmäla koncentrationen till KKV då företagets sammanlagda omsättning överstiger 4 miljarder kronor.

<sup>195</sup> Se K. Carlsson, m.fl. *Konkurrenslagen – En kommentar*, s 80 ff.

Från och med den 1 april 2004 bygger KL: s regler om kontroll av företagskoncentrationer på EG: s koncentrationsförordning. I förarbeten uttalas att EG: s praxis bör få stor betydelse för tolkning av det svenska regelverket rörande koncentrationskontroll<sup>196</sup>.

Ett beslut att KKV att lämna en företagskoncentration utan åtgärd omfattar även sådana inskränkningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen<sup>197</sup>. Detta förhållningssätt känns igen från EG-domstolens praxis och i lagmotiven anges uttryckligen att Kommissionens tillkännagivande beträffande accessoriska begränsningar bör ge vägledning även vid prövning enligt KL<sup>198</sup>.

Huruvida en konkurrensklausul är att anse som accessorisk till ett förvärv måste avgöras utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet<sup>199</sup>. Av KKV: s praxis framgår att det är rätt ovanligt att KKV ingriper mot företagskoncentrationer. Ett ingripande får bara ske mot företagskoncentrationer som leder till väsentligt minskat konkurrenstryck eller till att konkurrensen helt sätts ur spel. Koncentrationens eventuella negativa effekter på konkurrensen bedöms genom ett s.k. konkurrenstest. Det är en sammanvägd bedömning av hur koncentrationen påverkar konkurrensen på marknaden. Faktorer som prövas är exempelvis de berörda företagens marknadsställning och ekonomiska styrka, potentiell konkurrens samt om andra företag hindras att komma in på marknaden.<sup>200</sup>

En konkurrensklausul som inte anses accessorisk till företagsförvärvet kan prövas i vanlig ordning enligt 6 § KL<sup>201</sup>.

I likhet med EG-domstolen har MD ansett att en konkurrensklausul faller utanför förbudet i 6 § KL om den beträffande giltighetstid, geografisk tillämpningsområde och materiell omfattning har ett direkt samband med och är nödvändig för att ett företagsförvärv skall kunna genomföras<sup>202</sup>.

KKV har i sin praxis uttalat att för att förvärvaren av ett företag skall kunna tillgodogöra sig värdet av förvärvet kan ett konkurrensförbud vara berättigad endast om dess giltighetstid, geografiska tillämpningsområde och materiella omfattning inte går utöver vad som *”rimligen kan anses nödvändigt för att uppnå detta syfte”*<sup>203</sup>. I ett annat ärende beträffande konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse fastslog KKV att *”Sådana begränsningar har ofta inte en tillräcklig märkbar effekt. Detta är fallet även om de avtalade begränsningarna i och för sig är konkurrensbegränsande och skulle ha kommit att bedömas annorlunda om*

---

<sup>196</sup> Se prop. 1998/99:144, s 44ff.

<sup>197</sup> Se 34 a KL.

<sup>198</sup> Se prop. 1998/99:144, s 58ff.

<sup>199</sup> Dnr 445/2000 (2000-08-04), p 27.

<sup>200</sup> Se C. Wetter, *Konkurrenslagen En kommentar*, 2002, avsnitt X.

<sup>201</sup> Se prop. 1998/99:144, s 63.

<sup>202</sup> Se MD 1996:33.

<sup>203</sup> Se Dnr 821/2001 (2001-10-23).

*de prövats för sig eller i ett annat ekonomiskt sammanhang och inte mot bakgrund av ett företagsförvärv*” (förf. understrykning). Det uttalades vidare att frågan huruvida en konkurrensklausul utgör en accessorisk begränsning måste avgöras utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet<sup>204</sup>.

Konkurrensklausulens bindningstid torde vara den främsta orsaken till att vissa klausuler inte accepteras som accessoriska. KKV har inte accepterat konkurrensklausul utan bestämt slutdatum och bedömt den som otillåten konkurrensbegränsning<sup>205</sup>. En annan konkurrensklausul i ett avtal om aktieförvärv underkändes av KKV. Anledningen var att konkurrensklausulen hade en bindningstid på mer än tre år räknat från koncentrationens genomförande. Således ansågs den inte ha ett direkt samband med och vara nödvändig för genomförandet av koncentrationen<sup>206</sup>. Även av svensk praxis framgår att benägenheten att acceptera en längre giltighetstid är större vid koncentrationer som omfattar såväl goodwill som know-how jämfört med koncentrationer som enbart omfattar den ena eller den andra<sup>207</sup>. KKV har ofta uttalat att konkurrensklausuler som endast gäller goodwill normalt kan berättiga till upp till två års skydd. Detta illustreras av KKV: s beslut vari en konkurrensklausul med en femårig bindningstid var aktuell<sup>208</sup>. KKV ansåg att förvärvet främst omfattade värden i form av goodwill representerat av säljarens kundkontakter, varför en längre bindningstid än två år skulle strida mot 6 § KL. I ett annat ärende behandlades en femårig konkurrensklausul som förbjöd konkurrerande verksamhet inom ett geografiskt område. Förvärvet innefattade främst goodwill bestående i säljarens kundkontakter. Vidare fanns inga omständigheter som kunde motivera att köparen för att tillgodogöra sig fulla värdet av de överlåtna tillgångarna behövde skydd av en konkurrensklausul med en bindningstid på fem år. Därav ansåg KKV att konkurrensklausulen inte var nödvändig för genomförandet av förvärvet till den delen den översteg två år<sup>209</sup>. För klausuler som även avser att skydda know-how kan en längre bindningstid accepteras. Således har KKV accepterat en konkurrensklausul med en bindningstid på tre år när ifrågavarande förvärv ansågs omfatta överföring av såväl goodwill som viss know-how<sup>210</sup>. I ett annat ärende har KKV uttalat ”*när en företagskoncentration innefattar know-how och goodwill kan ett konkurrensförbud upp till tre år i allmänhet anses motiverat*”<sup>211</sup>.

<sup>204</sup> Se Dnr 792/2003 (2004-05-05).

<sup>205</sup> Se Dnr 100/95 (1995-02-16).

<sup>206</sup> Se Dnr 325/2004 (2004-04-06). Se även Dnr 792/2003 (2004-05-06) där KKV underkände en konkurrensklausul pga. att den saknade tidsbegränsning och därför ansågs ”...alltför långtgående för att kunna falla utanför förbudet i 6 § KL”.

<sup>207</sup> Se MD 1998:22.

<sup>208</sup> Dnr 742/93 (1993-11-22), s 5 ff.

<sup>209</sup> Se Dnr 1471/94 (1995-03-28). KKV: s beslut överklagades till MD som konstaterade att en treårig giltighetstid kunde accepteras med beaktande av de aktuella produkternas typ och distributionsätt. Se MD 1996:33 (1996-12-13).

<sup>210</sup> Dnr 739/93 (1993-10-15), s 4ff.

<sup>211</sup> Se Dnr 9/2001 (2001-02-01). Se även Dnr 458/2000 (2000-06-15) där en konkurrensklausul med treårig bindningstid accepterades då förvärvet innefattade såväl know-how som goodwill.

En giltighetstid som överstiger tre år anses normalt inte vara nödvändig, men i undantagsfall har konkurrensklausuler med en giltighetstid på över tre år accepterats. KKV har accepterat konkurrensklausuler med en giltighetstid på mer än tre år. I ett fall ansågs att vid sidan av överföring av know-how och goodwill, saknade förvärvaren relevant know-how och erfarenhet på den aktuella marknaden, vilket motivera en konkurrensklausul på fem år<sup>212</sup>. I ett annat fall har KKV accepterat en konkurrensklausul med en giltighetstid på sju år som accessorisk. Förvärvet innebar i princip ett övertagande av alla materiella och immateriella tillgångar. Förvärvaren hade före förvärvet inte varit verksamt på marknaden för kärnbränsle och service till kokvattenreaktorer. I fallet uttalar KKV att under vissa förutsättningar kan längre giltighetstid än det normala accepteras och ”Så är fallet om t.ex. om det kan visas att kundkretsens köptrohet kommer att bestå under en längre period än två år eller om de berörda produkternas ekonomiska livslängd är längre än fem år och hänsyn bör tas till detta.”<sup>213</sup> I fallet bedömdes överlåtaren ha haft en mycket stark ställning på den relevanta marknaden för den aktuella produkten. Denna starka ställning kom delvis av att överlåtaren varit med och byggt upp den aktuella produkten. Detta, plus övertagande av ett avancerat tekniskt know-how medförde att KKV accepterade konkurrensklausulen med en bindningstid på sju år. I ett annat ärende kan det utläsas av KKV: s resonemang att en konkurrensklausul på fem år kan accepteras om parterna börjar med någon ny verksamhet och således saknar erfarenhet på det aktuella området, varför de kan anses vara i behov av att skydda sitt know-how för att kunna etablera sig på den relevanta marknaden<sup>214</sup>.

Det faktum att part redan besitter know-how på den relevanta marknaden kan resultera i att bindningstiden sätts ned. KKV har underkänt en konkurrensklausul på fem år såsom accessorisk till förvärvet av den anledningen att avtalspart redan innan koncentrationen bedömdes besitta know-how om den överlåtna verksamheten i Sverige<sup>215</sup>. I ett annat ärende gällde frågan en treårig konkurrensklausul. Förvärvaren besatt redan före förvärvet ett betydande know-how inom det aktuella området, och ansågs inte genom förvärvet tillföras sådant know-how som kunde motivera en längre bindningstid än två år<sup>216</sup>.

Om varken know-how eller goodwill ingår i överlåtelsen är bedömningen enligt praxis restriktiv. I ärende vari KKV bedömde att en

---

<sup>212</sup> Se Dnr 44/95.

<sup>213</sup> Se Dnr 445/2000 (2000-08-04).

<sup>214</sup> Se Dnr 661/1999 (1999-11-09). Se även Dnr 535/93 (1993-08-12), vari KKV accepterade en konkurrensklausul med bindningstid på fem år då särskilda omständigheter ansågs föreligga, delvis beroende på säljarens (ICA) starka ställning på den relevanta marknaden. Den starka ställningen innebar att ICA snabbt kunde ta sig in på marknaden igen om man tog upp tillverkningen av de i förvärvet aktuella produkterna.

<sup>215</sup> Se Dnr 821/2001 (2001-10-23).

<sup>216</sup> Se Dnr 202/96 (1996-03-21).

konkurrensklausul omfattade verksamhet som varken innehåll know-how eller goodwill accepterades inte klausulen som accessorisk. Klausulen hänvisades till en prövning enligt 6 § KL<sup>217</sup>.

En konkurrensklausul måste även begränsas till att gälla de varor och tjänster som ingår i det förvärvade företagets verksamhet vid tidpunkten för överlåtelsen. KKV har i ett ärende krävt av parterna att ändra konkurrensklausulen till att endast omfatta de produktområden som överlåtaren marknadsförde vid tiden för förvärvet<sup>218</sup>. Dessutom måste konkurrensklausulens geografiska tillämpningsområde vara begränsat till det område där säljaren marknadsförde de relevanta produkterna eller tjänsterna före överlåtelsen för att klausulen skall anses accessorisk.

I ett ärende hade säljarna av ett företag bedrivit verksamhet inom Uppsala län samt i Heby, Sala, Västerås, Norrtälje, Vallentuna och Sigtuna kommuner. Förvärvaren förbjöd säljarna att bedriva konkurrerande verksamhet inom oljebranschen i Sverige. KKV uttalade att konkurrensförbudets geografiska omfattning syntes gå utöver vad som sakligt kunde motiveras<sup>219</sup>. Det sagda betyder inte att en konkurrensklausul alltid måste vara geografisk begränsad för att bedömas som accessorisk. I två fall har KKV accepterat territoriellt obegränsade konkurrensklausuler som accessoriska till koncentrationen. I båda fallen har det rört sig om näringar vars verksamhet varit världsomspännande<sup>220</sup>.

Beträffande konkurrensklausulers omfattning för övrigt kan frågan om vilken personkrets som omfattas av konkurrensförbuden aktualiseras. KKV har accepterat en konkurrensklausul som innebar att 12 privatpersoner (anställda och/eller f.d. ägare till den överlåtna företaget) åtog sig att under två år efter koncentrationen inte bedriva konkurrerande verksamhet med koncentrationen. Personerna betraktades som företag i KL: s mening och klausulen ansågs ha ett direkt samband med och vara nödvändig för genomförandet av koncentrationen<sup>221</sup>.

Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser vars verksamhet består av forskning och utveckling kan fungeras som konkurrensbegränsande avtal så länge verksamheten och dess resultat är kommersialiserad<sup>222</sup>.

Ibland kan parterna använda andra typer av klausuler med liknande effekt som konkurrensklausuler. Dessa klausuler kan ofta betraktas som en förlängning av det konkurrensskydd förvärvaren har fått genom konkurrensklausulen. Om det är på detta sätt kan de sättas ur funktion. I ett

---

<sup>217</sup> Se Dnr 895/2000 (2000-11-08).

<sup>218</sup> Se Dnr 739/93 (1993-10-15). Se även Dnr 700/93 (1993-10-27) där KKV ställde samma krav på parterna. Konkurrensklausulen som till en början omfattade ”konfektyrrörelse”, ändrades till att gälla endast ”sockerkonfektyr”.

<sup>219</sup> Se Dnr 742/93 (1993-11-22).

<sup>220</sup> Se Dnr 445/2000 (2000-04-08) och Dnr 656/93 (1993-09-29).

<sup>221</sup> Se Dnr 325/2004 (2004-04-06).

<sup>222</sup> Se Dnr 336/95 (1995-02-13). Se även avsnitt 7.3.2.1 Accessoriska begränsningar.

fall innehöll ett förvärsavtal utöver en treårig konkurrensklausul även en sekretessklausul vilken förbjöd de tidigare ägarna att använda, eller till tredje man sprida, för bolaget hemliga uppgifter under en tioårsperiod. KKV fann att tidsperioden gick långt utöver vad som kunde motiveras av förväret<sup>223</sup>.

---

<sup>223</sup> Se Dnr 380/94.



# 8 Sanktioner

## 8.1 Inledning

Den grundläggande tillämpningsförfordningen till art. 81 är förordning nr 17/62. Denna förordning innehåller sanktionsregler enligt vilka Kommissionen bl.a. kan döma ut böter för överträdelser av förbuden, samt vid vite ålägga företag att upphöra med pågående överträdelser.

Den nuvarande konkurrenslagen innehåller ett batteri av påföljder och skjuter fram dessa som det primära medlet för att stävja överträdelser av KL. Om ett företag bryter mot förbudet i 6 § KL kan det drabbas av sanktioner. Dessa är konkurrensskadeavgift, åläggande med eller utan vite, ogiltighet och skadestånd. Enskilda personer kan inte straffas för överträdelser av KL eller EG: s konkurrensregler<sup>224</sup>.

Konkurrensskadeavgift och åläggande initieras av KKV, medan ogiltighet och skadestånd kan bli aktuella efter talan av ett företag i domstol.

Vi har redan konstaterat att i samband med moderniseringen av såväl EG-rättsliga reglerna såväl som de svenska reglerna har bördan på företagen, ur en konkurrensrättslig synvinkel, ökat. Den ökade bördan beror inte minst på att möjligheten till individuella undantag har försvunnit. Möjligheten att få individuella undantag ersattes 1 juli 2004 av ett generellt legalundantag från förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag. Företagen får framöver på eget ansvar pröva om undantaget är tillämpligt på det egna avtalet eller förfarandet. Det är därmed än viktigare för företagen idag att försäkra sig om att de avtal som de ingår är konkurrensrättsligt korrekta. Detta företagens nya ansvar ger även ny dimension åt KL: s sanktioner. Av denna anledning känns angeläget att kortfattat redogöra för de sanktioner som kan aktualiseras om ett företag gör en missbedömning eller försöker utnyttja det nya legalundantaget.

## 8.2 Konkurrensskadeavgift

Ett företag som medvetet eller av oaktsamhet bryter mot något av förbuden i KL kan bli skyldigt att betala en konkurrensskadeavgift, det vill säga ett slags böter. Konkurrensskadeavgiftens storlek bestäms framför allt med hänsyn till hur allvarlig överträdelsern är och hur länge den pågått. Att andra företag drabbats ekonomiskt av t.ex. en konkurrensklausul kan vara en omständighet som kan ha betydelse. Konkurrensskadeavgift kan sättas till

---

<sup>224</sup> Se C. Wetter, m.fl., *Konkurrenslagen en handbok*, 2002, avsnitt XI.

höga belopp. Avgiften skall ligga mellan 5 000 och 5 000 000 kr, men kan gå därutöver, ända upp till 10 procent av företagets totala årsomsättning<sup>225</sup>.

För att avgift skall kunna utdömas krävs *uppsåt* eller *oaktsamhet* hos företaget eller den som handlar på företagets vägnar. Bevisbördan ligger på KKV att bevisa detta. Oaktsamhet kan föreligga om part rimligtvis borde ha förutsett att handlandet skulle få negativa konkurrens effekter av det slag som är förbjudet<sup>226</sup>.

Konkurrensskadeavgift torde kunna aktualiseras då en konkurrens klausul vid företagsöverlåtelse befunnits vara för långtgående.

### 8.3 Åläggande förenat med vite

Om ett företag bryter mot något av förbuden i KL kan KKV ålägga företaget att upphöra med överträdelsen. I lagen har det inte angetts hur ett sådant åläggande skall se ut. KKV kan välja det som är mest lämpligt i varje enskilt fall. Åläggandet kan vara att företaget eller företagen skall upphöra med att tillämpa ett konkurrensbegränsande avtal, klausul eller något annat förbjudet förfarande.

Ett åläggande kan förenas med vite. Rättar sig inte företaget efter åläggandet avgör en allmän domstol på talan av KKV om vitet skall dömas ut<sup>227</sup>.

På grund av konkurrensförbudets karaktär av negativ förpliktelse kan det ifrågasättas hur ett vitesåläggande skulle kunna fungera i praktiken. Ett åläggande innebär som bekant att part åläggs vid vite att upphöra med ett visst beteende.

### 8.4 Skadestånd

Ett företag som medvetet eller av oaktsamhet bryter mot något av förbuden i KL kan bli skyldigt att betala skadestånd till andra företag för den ekonomiska skada som drabbat dem.

KL erbjuder företag viss motivation att själva agera mot konkurrensbegränsningar. Av 33 § KL följer att ett företag som uppsåtligt eller av oaktsamhet överträder förbudet i 6 § KL skall ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett annat företag eller avtalspart. Enligt allmänna skadeståndrättsliga principer uppställs krav på adekvat kausalitet mellan en skadegörande handling och en uppkommen skada<sup>228</sup>. Den enligt konkurrens klausulen berättigade parten kan bli skadeståndsskyldig

---

<sup>225</sup> Se 26-27 §§ KL. Se även KKV: s *Konkurrensreglerna*, 2004, s 12ff.

<sup>226</sup> Se 26 och 27 §§ KL.

<sup>227</sup> Se 23 § KL. Se även KKV: s *Konkurrensreglerna*, 2004, s 13.

<sup>228</sup> Se prop. 1992/93:56, s 96ff.

gentemot konkurrerande företag, samt även företag i tidigare eller senare handelsled som beröres mer direkt av klausulen<sup>229</sup>.

Frågan om ersättning för skada vid överträdelse av EG: s förbud mot konkurrensbegränsande avtal är inte närmare reglerad inom EG-rätten.

## 8.5 Ogiltighet

KL innehåller två ogiltighetsregler. I 35 § stadgas att ett förbud mot ett företagsförvärv innebär att förvärvet därefter blir ogiltigt. Som redan är bekant är ett avtal som strider mot 6 § KL *civilrättsligt ogiltigt*, det vill säga en allmän domstol kan inte döma en part till att fullgöra avtalet. Detta kräver inget särskilt beslut utan ogiltigheten inträder samtidigt som det otillåtna avtalet sluts. Det är endast den konkurrensbegränsande klausulen som drabbas av ogiltighet enligt KL. Om konkurrensklausulen bedöms ha betydelse för avtalet i övrigt, kan det bli fråga om att jämka andra avtalsvillkor eller lämna hela avtalet utan avseende med stöd av 36 § AvtL eller enligt förutsättningsläran<sup>230</sup>.

Accessoriska konkurrensklausuler bedöms i samband med koncentrationen. Lämnas koncentrationen utan åtgärd accepteras därmed även konkurrensklausulen. Annars blir såväl förvärvsavtalet som tillhörande konkurrensklausul ogiltiga<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> Se C. Wetter m.fl., *Konkurrenslagen en handbok*, 2002.

<sup>230</sup> Se prop. 1992/93:56, s 76. Se även avsnitt 5.2.

<sup>231</sup> Se prop. 1998/99:144, s 63.

# 9 Avslutande kommentarer

## 9.1 Ur avtalsrättslig synvinkel

Utgångspunkten ur avtalsrättslig synvinkel är att konkurrensbegränsande avtal har en välgrundad juridisk och ekonomisk bas. Eftersom svensk rätt inte möjliggör skydd för know-how genom lagstiftning återstår bara möjligheten att stipulera förbud i en konkurrensklausul<sup>232</sup>. Den fundamentala principen om avtalsfrihet kombinerad med principen om att avtal skall hållas har tidigare dominerat den rättsliga inställningen gentemot konkurrensklausuler. En successiv försvagning av dessa avtalsrättsliga principer har ägt rum. Men huvudregeln är fortfarande att konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser är giltiga. Detta följer indirekt av 38 § AvtL.

Den restriktiva tillämpningen av 38 § AvtL hänger nog samman med stadgandets allmänt restriktiva utformning. Annat som är slående är stadgandets konsekventa inriktning på en bedömning enbart ur avtalsparternas synvinkel. Det går inte att hos praxis undgå lägga märke till det konservativa upprätthållandet av avtalsfrihetens principer och noninterventionsandan. Där kan även skönjas en obenägenhet att söka utveckla bedömningsprinciper av konkurrensrättslig karaktär, i för sig helt förenligt med paragrafens intentioner från början.

Det torde vara ganska svårt att uttala vad som generellt kan utgöra ett befogat bruk av konkurrensklausuler eller missbruk som leder till ogiltighet. Huvudregeln är den grundläggande utgångspunkten ända tills konkurrensklausulen bedöms vara oskäligt enligt 38 § AvtL. En oskälig konkurrensklausul kan jämkas eller förklaras ogiltig. Som vi har sett förordas jämkning framför ogiltighet, så det skall mycket till för att helt ogiltigförklara en konkurrensklausul med hjälp av avtalsrättsliga argument.

När det gäller själva oskälighetsbedömningen kan vi av den blygsamma praxis som finns att tillgå sluta oss till att de särskilda omständigheterna i varje fall skall beaktas i en intresseavvägning. Vidare kan konstateras att tillämpningen av 38 § AvtL innebär ett avtalsrättsligt betraktelsesätt utan försök till att beakta klausulens konkurrensbegränsande effekter. Huvudprincipen har varit att avtal skall tillämpas enligt sitt innehåll. Samtidigt kan skönjas att HD har vid bedömning av konkurrensklausuler beaktat hur omständigheterna i realiteten sett ut och inte rakt av gått på konkurrensklausulens bokstav. HD har efter en undersökning av omständigheterna avgjort om det faktiskt finns ett behov av skydd. För att en konkurrensklausul skall kunna upprätthållas måste det således finnas ett verkligt skyddsintresse.

---

<sup>232</sup> Se avsnitt 3.2.

Även om bristen på domstolsavgöranden lyser med sin frånvaro, kan av det som finns att tillgå konstateras att avtalsrätten ändå visat en ganska tolerant syn på konkurrensbegränsande avtal. Avtalsrättens syfte är som bekant bl a att skydda den enskilde individen mot oskäligen avtal. Så länge det inte kan bevisas att en konkurrensklausul är oskäligen, med beaktande av aktuella omständigheter såsom den berättigades behov av skydd för sin know-how och/eller goodwill, köpeskillningens storlek, bindningstidens längd och geografisk omfattning, sätter 38 § AvtL inte upp några hinder för användandet av konkurrensklausuler. Vad gäller konkurrensklausulers tidsmässiga längd har vi sett att även tidsobegränsade konkurrensklausuler har accepterats av praxis. Det är väldigt tveksamt om en sådan klausul skulle kunna bestå idag. Om inte med avtalsrättsliga argument så med all sannolikhet med konkurrensrättsliga skulle en sådan klausul underkännas. Vi kan i alla fall med bakgrund av 1969 års överenskommelse påstå att en bindningstid på två eller tre år är acceptabel om know-how och goodwill finns med i bilden. Det finns även utrymme för längre bindningstid med detta måste bedömas i det enskilda fallet.

Även om avtalsrätten enbart är inriktad på bedömningen av avtalsparternas intressen, finns här en potential att uppdatera denna bedömning genom att inskjuta en konkurrensrättslig dimension i bedömningen. Mer om detta i avsnitt 9.3.

Vanligen kombineras konkurrensklausuler med vitesbestämmelser. Den negativa förpliktelse som konkurrensklausuler innebär sanktioneras bäst genom vite. En utredning om skadans storlek vid överträdelse är oftast svår att genomföra. Det är även önskvärt att parterna i avtalet uppskattar värdet av konkurrensförbudet. Detta kan gynna köparen vid ett eventuellt brott mot konkurrensklausulen, eftersom det då blir lättare att jämka köpeskillningen. Jämkning av vite kan ske enligt 36 § AvtL. Även om konkurrensklausuler bedöms enligt 38 § AvtL torde bedömningsgrunderna numera vara desamma.

## **9.2 Ur konkurrensrättslig synvinkel**

Ett syfte med detta arbete har varit att undersöka vilka juridiska ramar som ställs upp för konkurrensklausuler. Här nedan redovisas dessa slutsatser utifrån olika infallsvinklar.

### **9.2.1 Konkurrensklausulers räckvidd enligt konkurrensreglerna**

EG: s konkurrensrätt utgår ifrån att konkurrensklausuler är ogiltiga. Men för att ogiltigheten skall träda ikraft krävs att avtalet är märkbart på den relevanta marknaden. Detta tycks lämna ett visst utrymme för möjligheten

att använda konkurrensklausuler. Även den svenska rätts inställning gentemot konkurrensklausuler torde vara detsamma. Alla konkurrensklausuler strider inte mot KL. Märkbarhetskriteriet i 6 § KL gör att många s.k. bagatellavtal faller utanför förbudets räckvidd. Sålunda har konkurrensklausuler många gånger inte den marknadstäckning eller betydelse i övrigt som gör att de kan betraktas som ”märkbara”.

Kommissionens tillkännagivande och praxis har också fungerat som förebild för KKV: s bedömningar. Detta kan man sluta sig till av den i princip heltäckande överensstämmelse som förekommer mellan KKV: s praxis och EG: s konkurrensrätt. Samtidigt skall poängteras att några slutgiltiga generella principer att ställa upp vid en jämförelse mellan Kommissionens och KKV: s avgöranden låter sig inte göras. Två anledningar till detta kan framhållas. För det första skiljer sig svenska marknadsförhållanden betydligt från den gemensamma marknaden. För det andra är varje avgörande baserad på enskilda bedömningar utifrån särskilda omständigheter speciellt avsedd för det enskilda fallet. Men det som har framkommit i detta arbete tyder ändå på att det i princip råder överensstämmelse mellan den svenska tillämpningen av konkurrensregler och den EG-rättsliga.

## 9.2.2 Konkurrensklausuler och den kvalitativa bedömningen

Som bekant har vi redan konstaterat att en konkurrensklausul är i princip att betrakta som konkurrensbegränsande avtal. Detta gör märkbarhetsbedömning väldigt viktig. Av EG-praxis och Kommissionens *de minis*-tillkännagivande framgår att den kvantitativa bedömningen endast tar hänsyn till parternas gemensamma marknadsandelar. Att den ena parten innehar obetydliga marknadsandelar påverkar inte den kvantitativa bedömningen. Här kunde man önska en mer individuell och proportionerlig bedömning av parterna, men gällande rätt tycks vara annorlunda för närvarande. Därmed återstår den kvalitativa bedömning som inhyser större potential att legitimera konkurrensklausuler med.

Man kan alltid lägga fram argument för att konkurrensklausulen inte har kvalitativ märkbar effekt på konkurrensen. Av EG-domstolens och KKV: s praxis kan man sluta sig till att arten av marknadsstruktur är viktig när ett avtals märkbarhet på konkurrensen bedöms. En uppdelad och lättillgänglig marknad som kännetecknas av hård konkurrens och spridda marknadsandelar på det aktuella området ökar sannolikheten att i och med den kvalitativa bedömningen med framgång kunna påstå att konkurrensklausulen inte har märkbar effekt. Att det skall råda konkurrens och spridda marknadsandelar har med avtalets eventuella påverkan på marknadsförhållandena att göra, dvs. huruvida avtalet påverkar andra aktörers inträde på marknaden.

Den kvalitativa bedömning innehåller inslag som påminner om bedömningen av accessoriska begränsningar. Enligt författarens mening

torde det inte heller finnas några hinder att man drar analogier med accessoriska begränsningar. Beaktande marknadsstrukturen, utgör vikten av konkurrensklausulen för avtalets genomförande och dess positiva konsekvenser för marknaden argument för att klausulen inte har märkbar effekt och därmed inte kan omfattas av förbudet i art. 81.1 EG-fördraget eller 6 § KL.

### 9.2.3 Accessoriska konkurrensklausuler

Som bekant kan en konkurrensklausul såsom accessorisk begränsning accepteras om en företagskoncentration godkänns. Godkännandet är avhängig frågan huruvida fördelarna eller nackdelarna överväger, och måste avgöras utifrån det enskilda fallet. Förutom att bestämmelser om detta finns i EG: s koncentrationsförordning har Kommissionen även i denna fråga utfärdat ett tillkännagivande med riktlinjer om hur Kommissionen ser på saken. Även av KKV: s praxis kan slutsatsen dras att verket liksom EG-rätten anser att konkurrensbegränsningar som har ett direkt samband med ett företagsförvärv och som är nödvändiga för förvärvets genomförande inte omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete.

Klausulens utformning gällande materiell omfattning, geografiskt tillämpningsområde, samt dess giltighetstid torde vara avgörande för utfallet om accessoriskhet. Av praxis framgår att en klausuls giltighetstid många gånger varit avgörande för huruvida den accepteras som accessorisk begränsning eller ej. Kortfattat kan sägas att en generell giltighetstid på 2 år gäller vid överföring av goodwill genom förvärv. Vid överföring av både goodwill och know-how gäller en giltighetstid upp till 3 år. Även längre giltighetstid än 3 år har accepterats, även om det tillhör undantagen. Man får se till så att man har tillräckligt med ”kött på benen” om man vill avtala om giltighetstid på längre än 3 år. En längre giltighetstid kan legitimeras om förvärvaren: 1. saknar erfarenhet på den aktuella marknaden eller överlåtelsen avser avancerat tekniskt know-how, 2. det råder speciella marknadsförhållanden, dvs. överlåtaren har en ovanlig stark position på marknaden och kan snabbt återuppbygga sin verksamhet och knyta till sig potentiella kunder på den relevanta marknaden, 3. konsumenternas lojalitetsbenägenhet och 4. den aktuella produktens eller tjänstens ställning på den aktuella marknaden. Dessa faktorer kan göra att förvärvaren kan behöva längre tid på sig att etablera sig på den aktuella marknaden eller/och vara nödgad anpassa sig till den nya övertagna tekniken.

Klausulens geografiska tillämpningsområde får inte heller sträcka sig längre än det geografiska område där det köpta företaget före förvärvet bedrev verksamhet eller planerade att bedriva verksamhet. Har t.ex. ett köpt företag bedrivit verksamhet begränsad till Lund finns det ingen anledning för köparen att genom en konkurrensklausul skydda sig mot konkurrens inom den överlåtta verksamheten i Stockholm. Detta skulle innebära att klausulen innefattade ett större geografiskt tillämpningsområde än vad som är

nödvändigt för att köparen skall kunna tillgodogöra sig fulla värdet av de överförda tillgångarna och således inte vara accessorisk.

Samma tänkesätt gäller för klausulens materiella omfattning. En klausul kan anses accessorisk om den endast omfattar produkter och tjänster som utgjorde det övertagna företagens ekonomiska aktivitet vid förvärvet.

Är en konkurrensklausul i någon av dessa hänseenden för långtgående kommer klausulen inte accepteras som accessorisk till förvärvet. Mer om detta nedan.

#### **9.2.4 Icke accessoriska konkurrensklausuler**

Under arbetets gång har kunnat konstateras att en konkurrensklausul vid förvärvsavtal kan vara icke accessorisk av flera orsaker. Klausulen kan vara för långtgående i materiell (omfatta flera produkter än den aktuella) omfattning, geografiskt tillämpningsområde eller ha för lång bindningstid. Av praxis på området framgår att en för långtgående giltighetstid torde vara en vanlig anledning till att konkurrensklausuler anses som icke accessoriska. Köparen får inte frestas av tanken att skydda sig mot konkurrens från säljaren under en alltför lång tid. Sådan möjlighet kan vara för handen om vissa speciella förutsättningar föreligger som legitimerar undantag från huvudregeln. En köpare har ändå goda möjligheter att enligt huvudregeln under en treårsperiod vara skyddad mot konkurrens från säljaren på den aktuella marknaden och beträffande den aktuella produkten eller tjänsten.

Är en konkurrensklausul i någon av dessa ovannämnda hänseenden för långtgående kommer klausulen inte accepteras som accessorisk till förvärvet. Detta betyder inte nödvändigtvis att konkurrensklausulen faller för gott. I dessa fall får man bedöma konkurrensklausulen enligt konkurrensförbuden i antingen KL eller EG-fördraget. Då aktualiseras märkbarhetsbedömningen och det utrymme denna bedömning lämnar för konkurrensklausuler<sup>233</sup>. Som vi har sett kan den kvalitativa bedömningen medföra att konkurrensklausuler med längre giltighetstid än den normala kan anses ej märkbart påverka konkurrensen och därmed vara giltiga. Dessutom kan en jämkning av konkurrensklausulen komma ifråga beträffande den eller de delar klausulen anses för omfattande. Vi har sett fall där EG-domstolen ansett en konkurrensklausul vara för långtgående i tid och jämkat bindningstiden från 10 år till 4 år.

Sammantaget är det möjligt att under vissa speciella förhållanden argumentera för att en konkurrensklausul som inte kan anses accessorisk, ändå kan ha omärkbar effekt på konkurrensen och således vara giltig.

---

<sup>233</sup> För hur den kvalitativa bedömningen går till och vilka argument som kan utnyttjas se avsnitt 9.2.2.



Av genomgången i detta arbete kan slutsatsen dras att inställningen gentemot konkurrensklausuler är välvilligast i samband med företagskoncentrationer. Så länge företagskoncentrationen klarar prövningen enligt de materiella reglerna ter det sig sällsynt att anslutna konkurrensklausuler inte accepteras. Det krävs självfallet att konkurrensklausulen är begränsad både tidsmässigt och geografiskt, samt att överlåtelsen innefattar know-how eller goodwill. Av svensk praxis att döma är det väldigt sällsynt att en tids- och geografisk begränsad konkurrensklausul inte accepteras.

Som vi har sett öppnar den kvalitativa bedömningen möjligheter för att kunna argumentera för konkurrensklausuler. Även den svenska utvecklingen har gått från att lägga avgörande vikt vid den kvantitativa bedömningen till att inse vikten av den kvalitativa bedömningen. Detta gör det viktigt att hålla sig informerad om den EG-rättsliga utvecklingen, främst av två orsaker. För det första saknas en genomgående svensk behandling av den kvalitativa bedömningen i förarbeten. För det andra fungerar den EG-rättsliga utvecklingen av den kvalitativa bedömningen som en förebild för den svenska rättens tillämpning av bedömningen.

Avslutningsvis är det på sin plats att påpeka att det finns säkert fall en konkurrensklausul inte kan legitimeras med de möjligheter som har redovisats ovan. Kanhända i dessa fall konkurrensklausulen utgjort en förutsättning för företagsförvärvet. Här kan man med hjälp av generalklausulen eller förutsättningsläran antingen söka ogiltigförklara köpet eller sätta ned köpeskillingen. Dessa alternativ kan vara en möjlighet att beakta när alla andra argument inte kan skörda framgång.

### **9.3 Förhållandet mellan avtalsrätt och konkurrensrätt**

Det andra syftet med denna studie har varit att uppmärksamma skärningspunkten mellan avtalsrätt och konkurrensrätt. Härnedan redovisas slutsatser utifrån denna aspekt.

Den konkurrensrättsliga lagstiftningen har varit föga samordnad med avtalsrätten. Avtalsrätten kännetecknas av en ganska tolerant syn på konkurrensbegränsningar. Dock kan rättsläget kännas osäkert pga. den påtagliga bristen på vägledande domstolsavgöranden.

Även om principen om avtalsfrihet och konkurrenslagstiftningen har olika utgångspunkter samexisterar de i vår moderna rättsordning. Det finns en grundläggande skillnad mellan lagarnas tillämpning på konkurrensklausuler. Avtalslagen inriktar sig på förhållandet mellan parterna och har till syfte att bl a skydda den enskilde individen i det särskilda fallet mot oskäliga avtalsvillkor. Utgångspunkten för konkurrensrätten är intresset ur samhällets synvinkel av obunden och effektiv konkurrens.

Efter att ha utrett det rådande rättsläget för konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse, kan man få intrycket att om ett konkurrensbegränsande avtal faller utanför konkurrensrättens regler så är det också giltigt till alla delar enligt traditionella avtalsrättsliga principer. Denna föreställning cementeras av att HD har strängt hållit på principen om pacta sunt servanda och non-intervention.

Diskrepansen mellan avtalsrätten och konkurrensrätten som vi har sett kan inte hålla i sig länge till. Enligt författarens mening är det endast en tidsfråga innan en ökad integration mellan de konkurrensrättsliga och avtalsrättsliga normsystemen äger rum. Numera torde 6 § KL som i princip ordagrant återger EG-fördragets art. 81 kunna ses som en viktig del i svenska samhällets centrala lagstiftning, i det att bestämmelsen ger uttryck för samhällets grundläggande värderingar på konkurrensrättens område. Med hänsyn till detta skulle det vara besynnerligt om domstolarna vid bedömning av avtalsrättsliga tvister med konkurrensrättslig bakgrund skulle bortse från konkurrensrättsliga hänsynstaganden. Vi har tidigare nämnt att avtalsrätten inrymmer potential att anamma en konkurrensrättslig dimension i bedömningen av konkurrensklausuler. Detta sägs med tanke på att HD har i sin praxis inte slaviskt följt konkurrensklausulens bokstav, utan undersökt aktuella omständigheter i realiteten. Detta för att se huruvida det finns ett faktiskt skyddsbehov som kan upprätthållas av avtalet. Mycket i den konkurrensrättsliga bedömningen går ut på att avgöra om ena partens skyddsbehov är så pass starkt att en konkurrensbegränsning kan accepteras. Köparens möjligheter att kunna tillgodogöra sig det förvärvade näringsens know-how och goodwill, samt behovet av en övergångsperiod fri från skadlig konkurrens från säljaren för att kunna etablera sig på den aktuella marknaden är tunga inslag i den konkurrensrättsliga bedömningen. Hänsynstagandet till den enskilde avtalsparten är slående i dessa resonemang och inte alltför främmande för att kunna få plats i den avtalsrättsliga bedömningen. Beaktad den integration som ägt rum av konkurrensrätten i det civilrättsliga systemet, kan det vara på tiden för avtalsrätten att anamma en konkurrensrättslig dimension i sin avtalsrättsliga bedömning.

Vi kan endast förväntansfullt se fram emot ett avtalsrättsligt avgörande i ämnet. Om HD skulle anamma denna förutspådda tillnärmning mot konkurrensrätten kommer den avtalsrättsliga rättspraxis som behandlats ovan tillhöra rättshistoria.

Avslutningsvis skall vikten av EG:s konkurrensrätt och de nationella konkurrensreglerna framhållas. Samtidigt som möjligheten till undantag/icke ingripandebesked har tagits bort har betydelsen av studier av praxis och annat underlag för att fastställa rättsläget för konkurrensklausuler ökat. Men vi har sett att det inte alltid går att med bestämdhet uttala sig om rättsläget för konkurrensbegränsande avtal. Tanken bakom slopandet av förhandskontroll och införandet av ett generellt legalundantag har varit att effektivisera resurserna för att kunna bekämpa allvarliga

konkurrensbegränsningar. Eftersom konkurrensklausuler inte sällan ingås mellan små eller medelstora företag, vilka i KKV: s ögon inte kommer att ses som allvarliga konkurrensbegränsningar, kan detta komma att bidra till att användningen av konkurrensklausuler ökar.

# Käll- och litteraturförteckning

## Källor

### Sverige

#### Lagstiftning

Konkurrenslagen (1993:20)

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

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

Lag (1990:931) om köp av lös egendom

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)

Lagen (1994:1845) om tillämpning av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler

Lag (1994:1845) om tillämpnings av Europeiska gemenskapernas

konkurrens- och statsstödsregler lag (1994:1845) om tillämpning av

Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler, ändringarna infördes genom 2000:1021

#### Kommittébetänkanden och propositioner m.m.

Ds 1998:72 Småföretag och konkurrenslagen, bilaga 1

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område, avgivet den 31 januari 1914 av därtill utsedda kommitterande, Stockholm 1914

KKVFS 2004:1), Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen (1993:20)

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

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

Prop. 1975/76:81 med förslag om ändring I lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område, m.m.

Prop. 1981/82:165 med förslag till konkurrenslag

Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslag

Prop. 1994/1995:48 Tillämpningen av Europeiska gemenskapernas konkurrens- och statsstödsregler, m.m.

Prop. 1998/99:144 Regler om företagskoncentration

Prop. 1999/2000:140 Lag (2000:10:21) om ändring i konkurrenslagen

Prop. 2003/04:80 Moderniserad konkurrensövervakning

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten

SOU 1997:20 Konkurrenslagen 1993-1996

SOU 1998/99 Konkurrenslagens regler om företagsekonomi

SOU 1998:98 Konkurrenslagens regler om företagskoncentration

## **EG**

### **Lagstiftning**

Romfördraget

Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer

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

Rådets förordning nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av koncentrationer mellan företag.

### **Tillkännagivanden och meddelanden m.m.**

Tillkännagivande från Kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minis), 2001, C 368/07

Riktlinjer om begreppet påverkan på handel i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT nr C 101, 2004-04-27

Kommissionens tillkännagivande om begreppet koncentration enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer EGT nr C 66, 2-3-1998

Tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning EGT nr C 372, 1997-12-09

Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av en koncentration EGT nr C 188, 2001-07-04

Kommissionens tillkännagivande om accessoriska konkurrensbegränsningar i samband med koncentrationer EGT nr C 203, 1990-08-14

Meddelande från Kommissionen om samarbete mellan Kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter för handläggning av ärenden som omfattas av artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget EGT nr C 313, 15.10.1997

## Litteratur

- |                                   |  |
|-----------------------------------|--|
| Almén, Tore                       | Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den 20 juni 1905, Stockholm 1906-08   |
| Almén, Tore                       | Om köp och byte av lös egendom, tredje upplagan, Stockholm 1934  |
| Almén, Tore                       | Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 11 juni 1915, Stockholm 1916   |
| Adlercreutz, Axel                 | Avtalsrätt I, 12: e upplagan, Lund 2002  |
| Adlercreutz, Axel, Flodgren, Boel | Om konkurrensklausuler i anställningsavtal vid företagsöverlåtelse, Lund 1992  |
| 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  |
| Bernitz, Ulf                      | Svensk marknadsrätt, 3: e upplagan, Stockholm 1991   |

- Carlsson, K., Söderlind, E., Ulriksson, Konkurrenslagen en kommentar, Stockholm 1999
- Cook, C.J., Kerse, C.S. E.C. Merger Control, 3: rd edition, London 2000
- Fahlbeck, Reinhold. Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet: en kommentar mm. till lagen 1990 om skydd för företagshemligheter, Göteborg 1992
- Fahlbeck, Reinhold. Lagen om skydd för företagshemligheter: en kommentar och rättsöversikter, 2: a upplagan, Norstedts 2004
- Furse, Mark. Competition law of the UK and EC, London 1999
- Gorton, Lars  
Gorton, Lars. EG och immaterialrätt, Något om 36 och 38 §§ i 1915 års avtalslag – nu och då, I: Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, Göteborg 1999
- Goyder, D.G. EC competition law, 3:rd edition, Oxford 1998
- Konkurrensverket Lilla konkurrensboken – En skrift från Konkurrensverket, 2004
- Korah, Valentine. Case and materials on EC competition law, Oxford 1997
- Mark, F. Competition Law of the UK & EC, London 2000
- Mdrall, James R. Ancillary Restrictions in the Commission`s Decisions under the Merger Regulation: Non-competition Clauses, (1995) 1 ECLR
- Nisser, Carl., Krokstäde, Anna-Carin. EG: s konkurrensrätt – vägledande domar, Stockholm 1995
- Olsen, Lena. Ersättningsklausuler, Stockholm 1986
- Ramberg, Jan  
Strömholm, S. Allmän avtalsrätt, Stockholm 2003  
*Avtalsfrihetens komponenter - ett analys försök*, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, 1987
- Wahl, Nils. Konkurrensförhållanden – om förhållandet mellan EG: s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt, Stockholm 1994
- Wetter, Carl, Karlsson, Johan, m.fl. Konkurrenslagen en handbok, Stockholm 2002.

## Tidskriftsartiklar

Holgersson

"Ett banbrytande avgörande från EG-domstolen" Europarättslig tidskrift 2001, s 241.

Westin, Jacob, Linder, Mikael.

Något om avtals eller avtalsvilkors ogiltighet enligt den nya konkurrenslagen, SvJT 1995, s 45.

Westin, Jacob, Linder, Mikael.

Konkurrensbegränsande avtals ogiltighet, konkurrensen, nr 5/94



# Rättsfallsförteckning

## Svenskt material

### Konkurrensverkets beslut

Dnr 325/2004 (2004-04-06)  
Dnr 325/2004 (2004-04-06)  
Dnr 792/2003 (2004-04-27),  
Dnr 415/2002 Partek Forest AB (2002-05-16)  
Dnr 540/2002  
Dnr 9/2001 (2001-02-01)  
Dnr 745/2001 Trygg-Hansa Försäkrings AB  
Dnr 821/2001 (2001-10-23)96:33  
Dnr 458/2000 (2000-06-15)  
Dnr 445/2000 Brittish Nuclear Fuels Plc (2000-08-04)  
Dnr 895/2000  
Dnr 207/1999  
Dnr 661/1999 (1999-11-09)  
Dnr 361/98 Sweden Hotell Service AB m.fl. (1998-06-30)  
Dnr 100/95 (1995-02-16)  
Dnr 336/95 (1995-02-13)  
Dnr 44/95 NCC International AB m.fl. (1995-02-02)  
Dnr 1252/94 Kuwait Petroleum Svenska AB (1994-10-13).  
Dnr 380/94 Imchem  
Dnr 535/93 ICA/BOB (1993-08-12),  
Dnr 640/93 Sveriges Geologiska AB m.fl  
Dnr 700/93 Procordia AB (1993-10-27),  
Dnr 739/93 Euroc AB/Oy Partek AB (1993-10-15) Dnr 742/93 Svenska Shell  
Dnr 742/93 Svenska Shell AB (1993-09-29)  
Dnr 739/93 (1993-10-15)  
Dnr 1219/1993

### Marknadsdomstolen

MD 2001:3 Interflora AB:/.KKV (2001-01-30)  
MD 1998:15 KKV./.Posten Sverige AB (1998-11-11)  
MD 1998:22 Preem Petroleum AB:/.KKV (1998-12-21)  
MD 1997:11 VIVO Stockholm ek för:/.KKV (1997-06-10)  
MD 1996:33 Norsk Hydro Olje AB:/.Konkurrensverket

Svenska Shell I och Partek Vetonit, Konkurrensverket, Guldsmeders inköp AB, Konkurrensverket, Sockerbolaget/Pågen, Konkurrensverket

## **Högsta domstolen**

NJA 1922 s 144  
NJA 1924 A 125  
NJA 1926 A 287  
NJA 1926 A 362  
NJA 1927 s 642  
NJA 1942 s 354  
NJA 1948 s 704  
NJA 1991 s 200

## **Hovrätten**

RH 1996:38

## **Arbetsdomstolen**

AD 1990:44  
AD 1993:218.

## **EG-rättsligt material**

### **Kommissionens beslut**

Ameritech/Tele Danmark (1997-12-05) IV/M.1046  
BT/ESB (1998-05-19) IV/M.1132  
BTR/Pirelli (1992-08-17) IV/M.253  
Cargill/Continental Grain m(1999-02-03) IV/M.1376  
Delphi Automotive Systems/Lucas Diesel, Comp/M.1784, (1999-11-25),  
M.1784  
DENSO/Magneti Marelli (1999-04-26) IV/M.1481  
DHL/Deutsche Post (1998-06-26) IV/M.1168  
KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler (1997-02-14) IV/M.884  
Kodak/Imation (1998-10-23) IV/M.1298  
Reuter/BASF (1976) O.J, L254/40, 2 CMLR D44  
Sappi/DLJMB/UBS/Warren (1994-11-28) IV/M.526  
Solvay/Laporte (1992-04-30) IV/M.197  
Tesco Ltd/Catteau SA (1993-02-04) IV/M.301  
Volkswagen AG/V.A.G. Ltd (1993-02-24) IV/M.304

### **EG-domstolen**

56/64 Consten et Grundig./.Kommissionen (1965-07-13) REG 1966, s 429  
58/64 Grundig./.Kommissionen (1965-06-16) REG 1966, s 299  
56/65 Société Technique Miniéré./.Maschinenbau Ulm REG 1966, s 235  
14/68 Walt Wilhelm e.a./.Bundeskartellamt (1969-02-13), REG 1969 s 1

5/69 Voelk./Vervaecke (1969-07-09) REG 1969, s 295  
Mål 8/72 Vereniging van Cementhandelaren./Kommissionen (1972-10-17)  
REG 1972 s 977  
Maschinenbau Ulm./Kommissionen (1966), ECR, s 235.  
48/72 Brasserie de Haecht mot Wilken-Janssen REG, 1973  
7/73 Comercial Solvents./Kommissionen REG 1974 s 223  
19/77 Miller./kommissionen (1978-02-01) REG 1978, s 131  
253/78 Procereue de la République./Giry et Guerlain (1980-07-10), REG  
1980 s 2327  
42/84 Remia BV och Verenigde Nutricia./ Kommissionen, REG 1985, s  
2545  
66/86 Ahmed Saeed Flugreisen e.a./Zentral zur Bekämpfung unlauteren  
Wettbewerbs (1989-04-11), REG 1989 s 803  
Mål C-234/89 Delimitis./Henninger Brau (1991-02-28) REG 1991, s 935  
18/96 SCK och FNK./Kommissionen REG 1997, s II-1739  
C-344/98 Masterfoods et HB./HB Ice Cream (2000-12-14) REG 2000 s I-  
11369  
C309/99 Wouters e.a. (2002-02-19), REG 2002, s I-1577  
C-215/96 och C-216/96 Bagnasco e.a./Banca Popolare di Novara och Casa  
di Risparmio di Genova e Imperia (1999.01.21), REG I-135  
C-453/99 Courage et Crehan (2001-09-20), REG 2001 s I-6297  
T-127/97 Coca-Cola Enterprises./Kommissionen (2000-03-22), REG 2000  
s II-1733