



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Henrik Schnell

Vitet som ansvarsbegränsning och
friköpsklausul

-

En studie av viten kopplade till konkurrensklausuler

Examensarbete
20 poäng

Lars Gorton

Förmögenhetsrätt

Ht 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte	5
1.3 Avgränsning	5
1.4 Metod och material	6
1.5 Disposition	6
2 KONKURRENSFÖRBUD	8
2.1 Konkurrensförbud under anställningens bestånd	8
2.2 Konkurrensförbud efter anställningens upphörande och vid företagsförvärv	10
2.2.1 Konkurrensklausulens syfte och funktion	10
2.2.1.1 Motstående intressen	13
2.2.2 Giltighet och jämkning	14
2.2.3 1969 års överenskommelse om konkurrensklausuler	15
3 VITEN	18
3.1 Begreppet vite	18
3.1.1 Avgränsning mot likartade avtalsvillkor	19
3.2 Vitets syfte och funktion	21
3.3 Jämkning och ogiltighet	22
4 EKONOMISK TEORI	24
4.1 Den fria och perfekta marknaden	24
4.2 Principal agentteorin	25
4.2.1 Kostnader och riskfördelning	26
5 ALLMÄNNA RÄTTSPRINCIPER	28

5.1	Avtalsfrihet	28
5.2	Lojalitetsplikt	29
5.3	Avtalsbundenhet	30
5.4	Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande	31
5.5	Obehörig vinst	34
6	VITET SOM ANSVARSBEGRÄNSNING	36
6.1	Överlåtelse av rörelse	39
6.1.1	Skälighetsbedömning	40
6.2	I anställningsavtalet	41
6.2.1	Skälighetsbedömning	42
6.3	Sammanfattning	42
7	VITET SOM FRIKÖPSKLAUSUL	44
7.1	Tvång till naturauppfyllelse	45
7.1.1	Intresseavvägning	46
7.2	Sammanfattning	47
8	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	48
	BILAGA A	50
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	57
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	60

Sammanfattning

Den här uppsatsen behandlar det kontraktuella vitets funktion som ansvarsbegränsning samt ”friköpsklausul” i relationen med konkurrensklausuler. Jag försöker dels klargöra det svenska rättsläget, huruvida vitet kan anses vara den enda och maximala ersättningen borgenären kan erhålla vid brott mot en konkurrensklausul. Likaså undersöker jag om gäldenärens skadeståndsansvar kan och bör utökas under vissa omständigheter och på vilken grund detta i så fall skall ske. Jag har i uppsatsen även behandlat huruvida vitet kan anses vara en friköpsklausul för gäldenären, vilken ger denne en möjlighet att betala sig ur en för honom betungande förpliktelse.

Som stöd för de slutsatser jag kommer fram till har jag tittat på allmänna rättsprinciper, parternas motstående intressen samt använt mig av grundläggande ekonomiska modeller. Vissa av slutsatserna är allmänt hållna och kan vara tillämpliga för kontraktuella viten även i andra situationer än när de är kopplade till en konkurrensklausul. Dock är det relationen mellan vitesklausuler och konkurrensklausuler som främst behandlas i uppsatsen. Sammanfattningsvis är min uppfattning att vitet som huvudregel skall anses vara den minsta *och* den maximala ersättningen vid brott mot en konkurrensklausul. Min åsikt är vidare att möjligheterna för borgenären att använda vitet som en friköpsklausul bör vara relativt stora – större än idag - och endast särskilda skäl bör ge en domstol rätt att förbjuda en gäldenär att vid offentligt rättsligt vite bryta mot ett avtalat konkurrensförbud.

Förord

Att skriva ett examensarbete är inget livsverk, men innebär däremot ett intensivt arbete som kan ge upphov till både huvudbry, huvudvärk och stundom en känsla av att vara huvudlös. Onekligen är det dock slutet på fyra och ett halvt års juridikstudier och det är med blandade känslor jag nu lämnar Lund. Dels med en känsla av eufori över att vara klar och ge sig ut i den vida världen, men samtidigt med visst vemod för att studenttiden nu slutligen är över.

Jag vill rikta ett stort tack till min handledare Lars Gorton för god och kunnig handledning under uppsatsens gång. Jag vill även tacka min familj för att ha bidragit med studiemotiverande råd och stöd när studier och tentor har varit särskilt betungande. Sist men inte minst vill jag tacka alla mina kursare och övriga vänner, som under hela studietiden har bidragit till att göra min studietid i Lund till något alldeles speciellt.

Lund i december 2006

Henrik Schnell

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (2005:551)
AD	Arbetsdomstolen
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Brb	Brottbalken (1962:700)
CF	Sveriges Civilingenjörsförbund
Ds	Departementsserien
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet
KL	Konkurrenslag (1993:20)
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
SAF	Svenska Arbetsgivarförbundet (<i>numera Svenskt Näringsliv</i>)
SALF	Svenska Arbetsledareförbundet (<i>numera Ledarna</i>)
SIF	Svenska Industritjänstemannaförbundet
SKL	Skadeståndslagen (1972:207)
SN	Svenskt Näringsliv
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJt	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

*Every morning in Africa, a gazelle wakes up.
It knows it must run faster than the fastest lion or it will be killed.
Every morning a lion wakes up.
It knows it must outrun the slowest gazelle or it will starve to death.
It doesn't matter whether you are a lion or a gazelle.
When the sun comes up, you better start running.*

Afrikanskt ordspråk

Följande uppmaning sattes upp i en kinesisk bilreservdelsfabrik för att ingjuta kraft och arbetsvilja hos de kinesiska fabriksarbetarna.¹ Jag vet inte vem som är gasell eller vem som är lejon. Jag vet inte heller vem som får äta eller vem som kommer att ätas. Men vad jag vet är att världen håller på att plattas ut och att kampen om professionell arbetskraft har blivit hårdare. Nya arbetsmarknader med kompetent och välutbildad personal till väsentligt konkurrenskraftigare priser har dykt upp i Asien i allmänhet, i Indien och Kina i synnerhet. Informationsteknologin blir allt viktigare och kunskapsföretagen samt företagen med de tekniskt avancerade idéerna har fått en allt viktigare roll i västvärlden, inklusive Sverige, när globala storföretag förflyttar produktionsverksamheten till mer lönsamma länder. Kraven på produktutveckling samt marknadsanalys och marknadsföring ökar för att kunna tillgodose en snabb produktivitetshöjning och förbättrad anpassning till marknadens stränga krav. Utvecklingsarbetet som sker i samverkan med de anställda leder många gånger fram till know-how och företagspecifikt kunnande. Detta medför att företagets viktigaste resurs är dess personal samt den know-how som finns inom företaget. Det är därför av stor vikt att utnyttja dessa resurser på bästa sätt samt att tillse att konkurrenter inte kan ta del av dem.

Ett sätt för företag att skydda sig är att använda sig av konkurrensklausuler. I tjänsteavtalet eller överlåtelseavtalet vid ett företagsförvärv förbinder sig den anställde/säljaren att inte konkurrera med företaget under en viss tidsperiod. Konkurrensklausulen förenas nästan alltid med skadestånd eller ett kontraktuellt vite i påtryckningssyfte, varför företaget/köparen kan benämnas borgenär och den anställde/säljaren för gäldenär.

Fri konkurrens och näringsfrihet är viktiga faktorer i en marknadsekonomi. Likaså rätten för den enskilde individen att fritt kunna erbjuda sin arbetskraft. Svensk rätt har därför intagit en relativ hård inställning till konkurrensklausuler, men de tillåts i vissa fall. Avtalsfrihet är en annan viktig rättsprincip i ett fritt samhälle. Gäldenären och borgenären kan därför

¹ Friedman (2006).

avtala om storleken på skadeståndet och huruvida andra påföljder ska vara möjliga vid ett avtalsbrott. Gör parterna inte detta, utan endast avtalar om ett vite uppkommer frågan om vitet skall anses utgöra den maximala ersättningen och en friskrivning från andra påföljder eller om annan ersättning eller påföljd kan utgå vid sidan om vitet. Om detta spørsmål skall uppsatsen handla.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att göra en undersökning *de lege lata* samt *de lege ferenda* huruvida ett kontraktuellt vite kan anses utgöra den maximala ersättningen som kan utgå vid ett brott mot en konkurrensklausul. Härvid ligger frågan huruvida vitet kan betraktas som en ”*friköpsklausul*” ur avtalet om gäldenären önskar att inte prestera enligt kontraktet eller om borgenären har andra möjligheter att på annat sätt framtvunga prestation.

Mot bakgrund av de ovannämnda syftena har ett antal mer detaljerade frågeställningar ställts upp. Följande frågor är tänkt att besvaras:

- Anses ett kontraktuellt vite enligt svensk rätt som en giltig ansvarsbegränsning och friskrivning från ytterligare skadestånd vid ett brott mot en konkurrensklausul?
- Vilka bakomliggande intressen och faktorer är relevanta vid bedömningen av ett eventuellt utökat skadeståndsansvar för gäldenären och hur på vilka grunder och på vilket sätt bör en utökning i så fall ske?
- Vilka möjligheter och i vilka situationer har och bör gäldenären ha möjlighet att köpa sig fri från ett för honom betungande konkurrensförbud?

1.3 Avgränsning

Med beaktande av ovannämnda syften och frågeställningar har ett antal avgränsningar fått göras.

Till en början kan konstateras att uppsatsen endast kommer att fokusera på kontraktuella viten i två olika situationer. Dels när vitesklausuler är kopplade till konkurrensklausuler i tjänsteavtal, dels konkurrensklausuler i företagsöverlåtelseavtal förenade med ett kontraktuellt vite. Paralleller kan självklart dras till jämförbara fall där konkurrensklausuler används och förenas med vite, såsom i återförsäljaravtal eller i försäljningsagentsförhållande eller till andra situationer där kontraktuella viten används. Allt för långtgående analogier bör dock göras med varsamhet

och man bör ha i åtanke att konkurrensklausulen stipulerar en negativ förpliktelse. Detta faller emellertid utanför uppsatsens direkta syfte. Jag kommer inte heller gå djupare in på gäldenärens skyldighet att försöka minska skada som orsakats av borgenären.

Uppsatsen kommer enbart att fokusera på det svenska rättsläget, även om vissa komparativa utblickar görs mot våra nordiska grannar samt Tyskland och England för att skapa ett bredare perspektiv. Jag vill även understryka att det i uppsatsen inte kommer att läggas någon större kraft på konkurrensklausulens giltighet, även om det är relevant och måste beröras i sammanhanget. Jag kommer istället att fokusera på vitesklausulens funktion.

1.4 Metod och material

I uppsatsen används huvudsakligen en rättsvetenskaplig metod som består av studier av gällande lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin. I en studie av kontraktuella viten finns även ett utrymme för att analysera rätten ur ekonomiska och rättsekonomiska perspektiv. I denna uppsats skall grundläggande rättsekonomiska teorier hjälpa till att förklara de principiella för- och nackdelarna med att använda vitet som en ansvarsbegränsning och friköpsklausul. Jag kommer även att använda mig av i svensk rätt erkända rättsgrundsatser och principer i min analys av vitets funktion och status.

Den största delen av det material som jag har använt mig av utgörs av svensk juridisk doktrin (främst litteratur) och förarbeten. Till viss del har jag även använt mig av utländsk litteratur i ett komparativt syfte, men även för att redogöra för de grundläggande ekonomiska teorierna. Stundom refereras till Taxell, vilken representerar finsk doktrin. Detta har främst gjorts när hans tankar och idéer gett vägledning vid rättspolitiska principiella avvägningar samt utvecklingen av allmänna rättsprinciper, vilka är gemensamma i den nordiska rätten, men läsaren bör vara medveten om hans ursprung.

Med anledning av den rättsfallstorka som råder i den kommersiella kontraktsrätten, då en majoritet av tvisterna löses i skiljedomstol istället för i allmän domstol, är en del av rättsfallen av äldre valör, vilket har beaktats vid tolkning av den gällande rätten.

1.5 Disposition

Dispositionen i uppsatsen är ett försök att göra ett pedagogiskt upplägg utifrån uppsatsens syfte och problemställning. Uppsatsen inleds med att jag i kapitel två redogör för omfattningen av konkurrensförbudet under och efter anställningens bestånd samt vid företagsförvärv utifrån gällande rätt och praxis samt presenterar de olika faktorer och intressen som är relevanta vid

bedömningen av giltigheten av en konkurrensklausul. I kapitel tre ges en presentation av begreppet vite samt vitets funktioner och bakomliggande intressen av att använda sig av kontraktuella viten.

I kapitel fyra ges en översiktlig introduktion till rättsekonomiska teorier och ekonomiska modeller, vilka tillsammans med de allmänna rättsprinciperna som presenteras i kapitel fem ligger till grund för den avslutande analytiska diskussionen om vitet som ansvarsbegränsning i kapitel sex, samt vitets funktion som friköpsklausul i kapitel sju. Det är främst till dessa två kapitel som analysen koncentrerats, även om den till viss del sker löpande. Det bör också nämnas att även om teorin om *efficient breach* är en ekonomisk teori, vilken hör hemma i kapitel fyra, har jag valt att integrera den delen i kapitel sju tillsammans med diskussionen om vitet som friköpsklausul för att få ett bättre sammanhang.

2 Konkurrensförbud

2.1 Konkurrensförbud under anställningens bestånd

En arbetstagares primära förpliktelse är att utföra de arbetsuppgifter som faller inom anställningen. Utöver denna huvudförpliktelse har han även en rad olika sidoförpliktelser. Dessa sidoförpliktelser bygger på sedvänjor och regleras i vissa fall genom lag², kollektivavtal och tjänstereglementen eller är utvecklade i domstolspraxis. De förhållningsregler som arbetstagaren är bunden att följa är ett uttryck för arbetstagarens allmänna lojalitetsplikt gentemot arbetsgivaren och sträcker sig längre än den lojalitetsplikt som finns i andra kontraktsförhållanden.³ Lojalitetsplikten har ett flertal gånger bekräftats i praxis och kan kortfattat sammanfattas såsom att arbetstagaren inte får vidta åtgärder som är ägnade att skada eller försvåra arbetsgivarens verksamhet.⁴

Under anställningens bestånd, inkluderat uppsägningstiden, har arbetstagaren en skyldighet att inte bedriva med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet. Ett brott häremot utgör ett brott mot lojalitetsplikten.⁵ All konkurrerande verksamhet klassas emellertid inte som illojal. I regel krävs det att arbetstagarens verksamhet konkurrerar med arbetsgivarens och att arbetstagarens verksamhet tillfogar, eller i vart fall är ägnad att tillfoga, mer påtaglig skada eller om den sker under sådana omständigheter att den bör anses som illojal.⁶

För att fastställa huruvida verksamheterna är konkurrerande görs en bedömning av art och likhet. Självklart spelar också omfattningen en viktig roll. Verksamheterna behöver inte sammanfalla helt och även om de endast till viss del konkurrerar om samma uppdrag kan konkurrensen anses illojal.⁷ För att en arbetstagares handlande skall anses illojalt behöver verksamheten ej alltid ha påbörjats. Planer och förberedelser med avsikt att starta en konkurrerande verksamhet kan i vissa fall anses vara illojal om arbetsgivaren genom förberedelserna lider skada. Bedömningen görs utifrån omständigheterna i det specifika fallet och det torde krävas att planerna är genomförbara och allvarligt menade samt att arbetstagaren kommit en

² Se exempelvis insiderlagen (1990:1342) och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter.

³ Ds 2002:56, s 302 f.

⁴ Se bl.a. AD 1994 nr 79 samt AD 1993 nr 18.

⁵ Fahlbeck (2004), s 119.

⁶ Ds 2002:56, s 322 samt AD 1993 nr 18.

⁷ Se AD 1996 nr 15. Jfr dock AD 1980 nr 82 där arbetsgivaren (OK) bedrev uthyrning av husvagnar och arbetstagaren endast i begränsad omfattning hade försäljning av det samma, vilket av AD inte ansågs illojalt.

relativt långt i förberedelseprocessen.⁸ Blott själva registreringen av en verksamhet med liknande inriktning som arbetsgivarens kan i vissa fall bedömas som ett brott mot lojalitetsplikten.⁹ Inte heller kan en arbetstagare planera eller förbereda verksamhet som han har vetskap om att arbetsgivaren har eventuellt intresse i att starta upp i ett senare skede.¹⁰ Däremot är det självklart tillåtet att söka andra jobb under anställningstiden.

För att den verksamhet som arbetstagaren bedriver eller planerar att bedriva skall anses illojal krävs det i de flesta fall att den tillfogar, eller att det i vart fall föreligger, en uppenbar risk för påtaglig skada. Skadans storlek, eller potentiella storlek, har i högsta grad betydelse huruvida den konkurrerande verksamheten under anställningen kan anses vara illojal.¹¹ Den av arbetstagaren planerade eller påbörjade verksamheten behöver dock inte nödvändigtvis konkurrera med arbetsgivarens verksamhet för att anses illojal. I t.ex. AD 1993 nr 56 startade en verkställande direktör upp en verksamhet som konkurrerade med en betydelsefull kund till ett bolag inom samma koncern som arbetsgivarföretaget. Omfattningen av verksamheten samt den verkställande direktörens utpräglade förtroendepost medförde att han ansågs ha åsidosatt sina åligganden gentemot arbetsgivaren i den omfattningen att uppsägning var befogat.

En viktig faktor vid bedömningen om en arbetstagare bedriver illojal konkurrens är hans ställning i företaget. Besitter arbetstagaren en särskild förtroendeställning kan arbetsgivaren också kräva högre lojalitet och tvärtom. Här beaktas vilken tillgång arbetstagaren haft till företagshemligheter, kundinformation och kundernas behov och preferenser.¹² Likaså har det betydelse i vilken utsträckning arbetstagaren har informerat och samrått med arbetsgivaren om sina kommande planer. Har arbetsgivaren direkt eller indirekt givit tillstånd till arbetstagarens verksamhet, kan det ej anses illojalt. Tvärtom bedöms det hårdare om arbetsgivaren uttryckligen motsatt sig arbetstagarens planer.¹³ Konkurrensförbudet under anställningstiden är i de flesta fall inget i tjänsteavtalet generellt uttryckt förbud. Förbudet har istället utvecklats genom praxis och har sin grund i en vagt definierad och allmängiltig lojalitetsplikt i anställningsrelationen.¹⁴

⁸ Se AD 1982 nr 39, AD 1982 nr 42 samt AD 1986 nr 146.

⁹ Se AD 1999 nr 144.

¹⁰ Se AD 1993 nr 12.

¹¹ Ds 2002:56, s 324 f.

¹² Se A.A, s 326 f samt AD 1993 nr 18 och AD 1999 nr 61.

¹³ Ds 2002:56, s 327.

¹⁴ Se vidare kap. 5.2 för utveckling av lojalitetsplikten som en allmän rättsprincip.

2.2 Konkurrensförbud efter anställningens upphörande och vid företagsförvärv

2.2.1 Konkurrensklausulens syfte och funktion

När anställningen avslutas, upphör också i princip de lojalitetsförpliktelser som arbetstagaren haft under anställningen. Den i praxis stadgade lojalitetsplikten försvinner därmed i princip helt och arbetstagaren är sålunda fri att bedriva med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet.¹⁵ Ett undantag från denna rättighet är emellertid 7 § 2 st FHL, vilken uttrycker ett förbud för arbetstagare att efter anställningens upphörande röja eller utnyttja företagshemlighet som han har fått del av i sin anställning om det finns *synnerliga* skäl. Med företagshemlighet avses enligt 1 § ”sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende.” Ett brott mot 7 § är inte straffsanktionerat, men däremot skadeståndsgrundande. Anledningen till detta är att 7 § reglerar företagshemlighet som erhållits lovligen i anställningen och missbruket är ett avtalsbrott och ej en straffvärd handling.¹⁶

Skyddet som ges i FHL är emellertid av begränsad betydelse och inte sällan önskar arbetsgivaren att ytterligare begränsa arbetstagarens konkurrensmöjligheter. Denna rättighet kan bara inskränkas avtalsvägen med en *konkurrensklausul*. Genom konkurrensklausulen utsträcks arbetstagarens lojalitet att gälla även en viss tid efter anställningen har upphört.¹⁷

Konkurrensklausuler förekommer inte bara vid en anställnings upphörande, utan även frekvent vid företagsförvärv. Det vanligaste är att konkurrensklausulen ger ett konkurrensförbud för individer att konkurrera, exempelvis vid uppköp av familjeföretag helt eller delvis, men om ett bolag säljer av ett dotterbolag riktas förbudet självklart mot det säljande bolaget. Den uppoffring säljaren gör i och med konkurrensförbudet kompenseras genom försäljningspriset.¹⁸ Holm har även diskuterat att det kan finnas implicita konkurrensklausuler i överlåtelseavtalet om parterna inte uttryckligen har avtalat därom. Grunden är den avtalsgrundande lojalitetsplikten och där ett konkurrensförbud i vissa fall är en grundläggande förutsättning för överlåtelsen.¹⁹ En sådan tolkning av överlåtelseavtalet ändrar emellertid den riskfördelning och det ursprungliga avtalsförhållandet väsentligt. Om det överhuvudtaget kan tolkas in ett

¹⁵ Adlercreutz och Flodgren (1992), s 13 f.

¹⁶ Fahlbeck (2004), s 304.

¹⁷ Ds 2002:56, s 329 f. samt Fahlbeck (2004), s 121 f.

¹⁸ Adlercreutz och Flodgren (1992), s 14.

¹⁹ Holm (2004), s 157 f.

konkurrensförbud måste det ske med stor restriktivitet och enbart under synnerligen särskilda omständigheter.

Med en konkurrensklausul förstås enligt 38 § AvtL en reglering där ”*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*”. En konkurrensklausuls giltighet följer indirekt av 38 § AvtL, även om den kan jämkas eller förklaras ogiltig om den anses oskälig.²⁰ I de flesta fall förenas konkurrensklausulen med en påföljd, t.ex. normerat skadestånd eller en vitesklausul. Parallellt med konkurrensförbudet brukar också finnas en sekretessklausul som ålägger tystnadsplikt, även den förenad med vite. De olika klausulerna har olika funktioner och kan angripas på skilda grunder och bör därför hållas isär.²¹

Konkurrensklausulen stipulerar en negativ förpliktelse, att underlåta att konkurrera, och har för avsikt att tillfälligt sätta motparten i karantän under en känslig period, t.ex. en viss tid efter en företagsöverlåtelse eller upphörande av anställning. Konkurrensförbudet brukar ofta utformas så att motparten under en bestämd tid efter ett företagsförvärv eller en anställningsupphörande förbjuds att:²²

- (i) ta anställning hos konkurrent inom samma verksamhetsområde som arbetsgivaren/bolaget;
- (ii) ingå som delägare i sådant företag eller på annat sätt bistå sådant företag med råd eller dåd;
- (iii) direkt eller indirekt starta eller driva med arbetsgivaren/bolaget konkurrerande näringsverksamhet;
- (iv) förmå arbetsgivarens/bolagets uppdragsgivare att anlita annan eller föra över uppdrag till annan; samt
- (v) förmå anställd personal hos arbetsgivaren/bolaget att lämna anställningen.

I det tjänste- och informationssamhälle som vi idag lever i konkurrerar företagen om och med kunskap och högutbildad personal och det går tydligt att urskilja olika motiv bakom förekomsten av konkurrensklausuler.²³ Dessa är bl.a.:

- (i) Att bevara kundkretsen.
- (ii) Att skydda företagshemligheter och företagsspecifik kunskap.
- (iii) Att behålla nyckelpersoner i företaget.

²⁰ Se även HD:s uttalande i NJA 1957 s 279.

²¹ Fahlbeck (2004), s 93.

²² Smitt m.fl. (2004), s 102 samt jfr formulär till 1969 års överenskommelse.

²³ Adlercreutz och Flodgren (1992), s 13 f.

Alla företag är intresserade av att behålla sin kundstock. I många branscher bygger kundkontakten på ett personligt förhållande och relation. Om kundlojaliteten till stor del är knuten till en viss person och inte företaget som den anställde representerar, finns det givetvis ett starkt intresse från arbetsgivaren sida att skydda sig från att nuvarande kunder följer med en anställd när denne slutar. Konkurrensklausulen har här ett rent syfte att skydda mot konkurrens och förlust av marknadsandelar och tar ej sikte på att ge skydd mot att den anställde använder insikter och kunskaper som förvärvats under anställningen, *marknads(konkurrens)klausul*. En bieffekt blir emellertid att skyddet kommer att omfatta de kunskaper och kontakter med kunder som arbetstagaren har byggt upp under anställningstiden.²⁴ Detta intresse gör sig framför allt gällande vid företagsförvärv, där köparen vill skydda sig mot att säljaren direkt efter förvärvet startar upp en konkurrerande verksamhet i samma geografiska område. Men intresset finns även vid tjänsteföretag såsom data- och konsultföretag samt advokat- och revisionsbyråer där tidigare anställda kan ta med sig kunder från arbetsgivaren, med anledning av kundens tidigare kontakt och förtroende för arbetstagaren.²⁵

Syftet kan också vara att skydda arbetsgivaren mot att arbetstagaren för egen räkning utnyttjar sina kunskaper om arbetsgivarens verksamhet efter anställningen. Detta intresse är mer vanligt i anställningsavtal, och enligt 1969 års överenskommelse det enda legitima intresset, men förekommer även vid företagsöverlåtelser där know-how kan vara ett viktigt skyddsobjekt.²⁶ Bolaget eller arbetsgivaren måste då skydda sig med en *informations- och företagshemlighets(konkurrens)klausul*.²⁷

I ett tjänsteföretag representerar och besitter personalen den kunskap och information som företaget konkurrerar med. Personalen kan ha bekostats dyr specialutbildning och kompetensutveckling och de anställda utgör en stor del av företagets värde, ibland nästan hela det totala värdet. Kunskap är en viktig konkurrensfaktor och företagets överlevnad kan bero på huruvida nyckelpersoner stannar kvar i företaget, varför de skyddar sig med en *kompetens(konkurrens)klausul*.²⁸ Detta intresse åtnjuter emellertid ett mycket begränsat skydd från domstolarna. AD har i avgörandet 1991 nr 38 uttryckt ”att man i varje fall numera inom näringslivet i princip inte godtar konkurrensklausuler som rättsligt bindande, om de syftar till att kvarhålla arbetstagare med särskilda kunskaper och särskild kompetens.” Däremot finns det inget hinder mot att arbetstagaren får återbetala en del av vad arbetsgivaren kostat på arbetstagaren gällande utbildning, om denne slutar i förtid enligt gällande kontrakt.

²⁴ Fahlbeck (2004), s 123.

²⁵ Adlercreutz och Flodgren (1992), s 15. För praxis där intresset att behålla kunder har ansetts vara skyddsvärt, se t.ex. AD 1977 nr 167 samt AD 1993 nr 40.

²⁶ Gällande 1969 års överenskommelse se bilagan.

²⁷ Fahlbeck (2004), s 123.

²⁸ Ibid.

2.2.1.1 Motstående intressen

Ett liberalt samhälle bygger på en grundtanke om fri konkurrens. Likväl är det aktörernas ambition att försöka begränsa konkurrensen till sin fördel. Den fria konkurrensen är en viktig förutsättning för att marknadsekonomin skall fungera. Tanken är att fri konkurrens skall leda till det mest effektiva användandet av resurser. Den kamp som följer av konkurrensen om marknadsandelar, kunder och kompetent personal skall ge incitament till utveckling och kreativitet hos marknadens aktörer och förväntas leda till det samhällsekonomiskt mest gynnsamma alternativet.²⁹ Samtidigt som konkurrensen är en pådrivande faktor mot större effektivitet, verkar den också som en ”stress-faktor” som det enskilda företaget i strävan att handla ekonomiskt rationellt söker att eliminera.³⁰

Det finns ett tydligt *samhällsintresse* att upprätthålla en sund konkurrens på marknaden, vilket innebär att lagstiftaren önskar ”undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor och tjänster”.³¹ En helt fri konkurrens är dock inte ett mål i sig, utan konkurrens är ett medel för att pressa priser och bredda utbud på varor och tjänster. En helt fri konkurrens skulle till och med kunna sätta konkurrensen ur spel, varför lagreglering måste finnas på området för att hindra detta och eftersträva en *effektiv* konkurrens.³² Konkurrenslagens regler är avseende konkurrensklausuler inte alltid tillämpliga, men däremot går klausulen att angripa med 36 och 38 §§ AvtL.³³

Mot en arbetsgivares eller en köpares intresse att avtala om konkurrensbegränsning står den *enskildes intresse* att fritt kunna erbjuda sin arbetskraft på det för honom mest gynnsamma sättet eller bedriva verksamhet i enlighet med näringsfriheten. Detta intresse, liksom samhällsintresset att upprätthålla en effektiv konkurrens, kolliderar ofrånkomligen med arbetsgivare/förvärvares behov att skydda sina intressen. Därför måste konkurrensklausuler ses i olika perspektiv. För det första måste de ses i ett *avtalsrättsligt* perspektiv, där konkurrensbegränsningen är ett avtal mellan olika individer och där frågor gällande tolkning, jämkning och giltighet kan bli aktuella. De måste dessutom ses i ett *arbetsrättsligt* perspektiv där skyddsaspekten aktualiseras gällande en arbetstagares rätt att arbeta. Men även det *konkurrensrättsliga* perspektivet är intressant där en fri marknad och effektiv konkurrens eftersträvas.³⁴

²⁹ Adlercreutz och Flodgren (1992), s 14 f.

³⁰ A.A., s 18.

³¹ Jfr KL:s syfte 1 §.

³² Carlsson m.fl. (1999), s 29 f.

³³ Angående konkurrenslagens tillämplighet, se 2.2.2 nedan.

³⁴ Adlercreutz och Flodgren (1992), s 21.

2.2.2 Giltighet och jämkning

Som ovan konstaterats är utgångspunkten att konkurrensklausuler är giltiga, vilket är i enlighet med avtalsfriheten. För att motverka missbruk av avtalsfriheten har lagstiftaren dock ansett det nödvändigt att skydda den svagare parten i anställningsförhållandet. Skäligheten i en konkurrensklausul bedöms utifrån 36 och 38 §§ AvtL. 36 och 38 §§ är tillämplig på konkurrensklausuler i alla typer av avtal, såsom vid företagsöverlåtelser, även om bedömningen kan bli en annan.³⁵

I samband med tillkomsten av generalklausulen i 36 § AvtL år 1976 omarbetades även 38 § i syfte att göra jämkningsmöjligheterna mer vidsträckta än tidigare. Det fanns funderingar att slopa 38 § helt, men den behölls med hänsyn till att det ansågs värdefullt att förutsättningarna för att jämka eller åsidosätta konkurrensklausuler angavs i en separat bestämmelse.³⁶ Följden av den separata lagregleringen är att den konkurrensrättsliga begränsningen i en konkurrensklausul kan angripas med 38 §. Däremot skall eventuella viten och bindningstiden jämkas eller ogiltigförklaras med 36 §.³⁷ Utgångspunkten för när ogiltighet inträder synes enligt Bruun vara då giltig grund för att ingå konkurrensavtal överhuvudtaget saknas. Om det däremot funnits en giltig orsak, vilket som huvudregel enbart (i vart fall i ett anställningsförhållande) bör vara att skydda information och affärshemligheter, men klausulens bindningstid eller påföljd anses oskäligen, är klausulen fortfarande giltig och påföljden, tillämpningsområdet eller giltighetstiden får jämkas separat.³⁸ Bindningstidens längd är viktig. Ju längre tid desto större ingrepp i näringsfriheten, men samtidigt ett bättre skydd mot konkurrens eftersom gäldenärens konkurrensförmåga avtar över tiden. Vid företagsöverlåtelser finns en riktlinje på tre år och i tjänsteavtal regleras detta särskilt i kollektivavtalet. I de tjänsteavtal som faller utanför kollektivavtalet bör bindningstiden inte överstiga tre år, liksom vid företagsöverlåtelser.³⁹

I de flesta fall kan en konkurrensklausul i ett anställningsförhållande inte angripas med konkurrenslagens regler, eftersom KL endast är tillämplig på näringsidkare. Enligt 2 § KL är lagen uttryckligen inte tillämplig på ”överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor”. Konkurrensverket har i sin tolkning av 2 § ansett att en konkurrensklausul inte utgör avtal om anställningsvillkor såvitt avser tid efter anställningens upphörande. En alltför långtgående konkurrensklausul kan därmed träffas av förbudet i 6 § om avtalsparterna är att anse som näringsidkare.⁴⁰ De fall som kan träffas av KL:s regler är när arbetstagaren

³⁵ Svensäter (1991), s 197.

³⁶ Prop. 1975/76:81, s 148 f.

³⁷ Svensäter (1991), s 197.

³⁸ Bruun (2003), s 135 f.

³⁹ Adlercreutz och Flodgren (1992), s 98 f. Gällande bindningstider i 1969 års överenskommelse, se 2.2.3 nedan.

⁴⁰ Carlsson m.fl. (1999), s 42.

bryter mot en konkurrensklausul genom att bedriva egen näringsverksamhet samt vid företagsförvärv.

En konkurrensklausul i ett anställningsförhållande som omfattas av 1969 års överenskommelse skall vidare inte gälla om arbetsgivaren sagt upp anställningsavtalet och det inte föranletts av avtalsbrott från den anställdes sida. En konkurrensklausul skall inte heller gälla om arbetstagaren sagt upp sig med anledning av avtalsbrott från arbetsgivarens sida.⁴¹

Vid bedömningen av en konkurrensklausuls skälighet skall en helhetsbedömning göras utifrån parternas olika intressen samt de särskilda omständigheterna som finns i det specifika fallet. Det blir en intresseavvägning utifrån principerna om näringsfrihet och avtalsfrihet samt de arbetsrättsliga och konkurrensrättsliga skyddsbehov som finns på den fria marknaden.⁴²

2.2.3 1969 års överenskommelse om konkurrensklausuler

1969 ingicks mellan SAF (numera Svenskt Näringsliv) och å andra sidan SALF (numera Ledarna), SIF samt CF en överenskommelse angående begränsning av nyttjandet av och det materiella innehållet i konkurrensklausuler i tjänsteavtal. Samtliga arbetsgivare som är knutna till Svenskt Näringsliv är bundna av överenskommelsen och har även godkänt överenskommelsen som ett kollektivavtal med arbetstagarorganisationerna. Överenskommelsen är således direkt tillämplig för medlemmar i Svenskt Näringsliv samt arbetstagare som är medlemmar i någon av de avtalsslutande arbetstagarorganisationerna.⁴³ I vissa fall är överenskommelsen uttryckligen begränsad till att endast gälla för medlemmar.⁴⁴ Men överenskommelsen kan i andra fall tjäna som förebild vid skälighetsbedömningen enligt 36 och 38 §§ AvtL, när arbetsgivaren inte är bunden av överenskommelsen, även om arbetsgivaren inte gör sig skyldig till kollektivavtalsbrott om den ej följer den.⁴⁵

Angående användningsområdet bör konkurrensklausuler enligt p. 1 st. 1 i överenskommelsen:

”ifrågasättas blott hos sådana arbetsgivare, som är beroende av självständig produkt- eller metodutveckling och som genom utvecklingsarbete av angivet slag skaffar sig tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart kunnande, vars yppande för konkurrenter skulle kunna medföra påtagligt men. Lika med sådana arbetsgivare skall anses företag, som genom avtal förvärvat tillverkningshemligheter etc.”

⁴¹ Formulär till överenskommelsen. Angående överenskommelsens tillämpningsområde se 2.2.3 nedan.

⁴² Adlercreutz och Flodgren (1992), s 36.

⁴³ A.A. s 55 f. samt s 141.

⁴⁴ Se t.ex. p 6, 7 och 8 i överenskommelsen.

⁴⁵ Ds 2002:56, s 333 f. samt AD 1984 nr 20.

Kollektivavtalet avser till synes främst tillverkningssektorn och tjänste- och IT-sektorn faller således utanför avtalets direkta tillämpningsområde. Konkurrensklausuler i anställningsförhållanden som faller utanför kollektivavtalets tillämpningsområde är som tidigare konstaterats inte ogiltiga, utan på sådana avtal tillämpas istället 36 och 38 §§ AvtL. Däremot menar Bruun att den gängse uppfattningen är att regleringen i kollektivavtalet stipulerar en restriktiv syn på konkurrensklausuler i anställningsförhållanden.⁴⁶

Fahlbeck är emellertid av en annan uppfattning och menar att formuleringen i ingressen till överenskommelsen ”otvetydigt” ger även kunskapsföretagen ett skydd enligt avtalet. Han anser att även om dessa företag inte ägnar sig åt materiell produktion, så är produktion av kunskap också produktion, vilket omfattas av överenskommelsen.⁴⁷

Gällande med vilka arbetstagare som en arbetsgivare kan ingå avtal om konkurrensklausul sägs det i p. 1 st. 2 överenskommelsen att:

”Konkurrensklausuler bör vidare komma ifråga blott för arbetstagare, som under anställningen får kännedom om tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart kunnande och som genom utbildning eller erfarenhet har möjlighet att göra bruk av denna kännedom.”

En konkurrensklausul kan enligt kollektivavtalet således endast komma ifråga när en arbetstagare har kännedom om företagshemligheter som kan missbrukas. En viktig distinktion är att som företagshemlighet aldrig räknas anställdas ”personliga skicklighet, erfarenhet och kunskaper.”⁴⁸ En konkurrensklausul får inte heller innebära ett generellt hinder mot att ta anställning hos en konkurrent. Endast den del av företaget där de företagsspecifika kunskaperna från den tidigare anställningen riskerar att missbrukas, kan omfattas av klausulen.⁴⁹

Att notera är att överenskommelsen i p. 2 rekommenderar att vid anställning av person som ej uppnått 27 års ålder, och vid anställningstillfället är nyutexaminerad från undervisningsanstalt, bör klausulen i normalfallet endast få verkan om anställningen varat i mer än sex månader. Beträffande bindningstiden i en konkurrensklausul bör den enligt p. 3 ej överstiga den beräknade livslängden för arbetsgivarens skyddsvärda know-how, vilket i normalfallet inte är mer än 24 månader, eller om livslängden är kort, 12 månader.

Arbetstagaren har rätt till mellanskillnaden för det inkomstbortfall som konkurrensförbudet innebär under karenstiden, dock högst 60% av den anställdes genomsnittliga månadslön.⁵⁰ Vid brott mot konkurrensklausulen

⁴⁶ Bruun (2003), s 126 f.

⁴⁷ Fahlbeck (2004), s 135.

⁴⁸ Se bl.a. AD 1984 nr 20.

⁴⁹ Fahlbeck (1992), s 110.

⁵⁰ I dansk rätt finns en stipulerad nedre gräns och ersättningen skall minst uppgå till 50% av lönen vid tidpunkten för anställningens upphörande, se Bruun (2003), s 123.

skall dock normerat skadestånd utgå till arbetsgivaren, vilket skall stå i rimlig proportion till arbetstagarens lön. Överenskommelsen uttrycker att det i allmänhet bör räcka med sex genomsnittliga månadslöner.⁵¹

1969 års överenskommelse har ett stort inflytande även på konkurrensklausuler i tjänsteavtal som inte omfattas av kollektivavtalet. I förarbetena framhålls det att det ligger nära till hands att göra en jämförelse samtidigt som vikten att beakta de skilda förhållandena inom olika områden betonas.⁵² Detta har även bekräftats i rättspraxis. I AD 1984 nr 20 konstateras i domskälen att det inte kan anses skäligt att arbetsgivare som är bunden av kollektivavtalet skulle ha större möjligheter att använda konkurrensklausuler beträffande anställda, som står utanför de avtalslutande organisationerna.⁵³ Konkurrensklausuler i rent kommersiella förhållanden träffas självklart inte av kollektivavtalet. Som regel finns det enligt förarbetena inte någon anledning att göra någon ingående jämförelse med kollektivavtalet, även om det kan ge vägledning om den allmänna uppfattningen om vad som kan vara rimligt gällande t.ex. karenstidens längd.⁵⁴ Vissa anställningsförhållanden är emellertid mer att likna vid ett affärsmässigt förhållande än en anställning och ligger långt ifrån kollektivavtalet tillämpning. Ett exempel här är anställda som innehåft en nyckel position och särskild förtroendeställning i företaget, såsom hög chef eller VD. Domstolen har då möjlighet att bortse från kollektivavtalets vägledande karaktär.⁵⁵ Detta konstaterades i bl.a. AD 1977 nr 167 där en konkurrensklausul upprätthölls eftersom konsultföretaget var speciellt utsatta för konkurrens från tidigare anställda i chefsställning, eftersom kundernas förtroende på ett särskilt sätt var knutet till chefen personligen.

⁵¹ Se överenskommelsen p 4. Angående innebörden av samt likheter och skillnader mellan normerat skadestånd och vite, se kap. 3 nedan.

⁵² Prop. 1975/76:81, s 149.

⁵³ Jfr dock AD 1992 nr 99 där domstolen ansåg att en restriktiv syn på konkurrensklausuler är befogat även när kollektivavtalet inte är tillämpligt, *men* med hänsyn till särskilda omständigheter ändå kan anses giltiga.

⁵⁴ Prop. 1975/76:81, s 149.

⁵⁵ Fahlbeck (1992), s 122.

3 Viten

3.1 Begreppet vite

Vitesklausuler är i kommersiella sammanhang vanligt förekommande och har rikligt behandlats i doktrinen. En vitesbestämmelse i ett avtal innebär enligt Rodhe ”att en gäldenär åtager sig att utgiva ett visst penningbelopp vid underlåtenhet att fullgöra en honom åliggande prestation”⁵⁶. Även Fehr ser det som ”ett i förväg bestämt skadestånd för fall av bristfällig fullgörelse”.⁵⁷ Synpunkter har getts att det kontraktuella vitet till viss del har en straffartad karaktär.⁵⁸ Mot detta talar att det är missvisande att ta in straffsynpunkter i diskussionen kring kontraktsvitets natur och syfte. Taxell menar att vitesklausulen är en specifik påföljd vid avtalsbrott och den skall inte jämföras med straff eller andra påföljder.⁵⁹ I praktiken borde denna teoretiska avgränsning emellertid inte spela någon större roll. Ett kontraktuellt vite jämföras vid en konkurs med andra oprioriterade fodringar och avtalsparterna har ingen faktisk möjlighet att utdöma ”böter”.⁶⁰ I de fall avtalsvitet används som ett påtryckningsmedel och ersättningen överstiger den faktiska skadan skulle man kunna se det som en överenskommen ”böteslapp”, även om vitet inte är ett straff i ett civil- eller straffrättsligt perspektiv.

Den förpliktelse till vilken vitesklausulen är kopplat kan vara av olika art. Den kan bestå i att göra något, exempelvis att leverera, *positiv förpliktelse*, eller kräva underlåtenhet som i fallet när de kopplas till konkurrensklausuler, *negativ förpliktelse*.⁶¹ Ersättningsbeloppet som skall utfalla vid brott mot förpliktelsen kan regleras på olika sätt. Vid dröjsmål är det vanligt att ersättningen är tidsrelaterad eller kvantitetsrelaterad. Ersättningen utgår då i förhållande till t.ex. antal veckor leveransen är sen alternativt en procentsats eller ett belopp för den del av leveransen som är felaktig eller har uteblivit.⁶² I fallet med konkurrensklausuler utformas vitesklausulen ofta att gäldenären förpliktas att utge vite för varje överträdelse.⁶³ Ett öppnande av konkurrerande rörelse torde inte räknas som mer än ett avtalsbrott.⁶⁴ Ett alternativ är här att låta tidsrelaterat vite utgå under den tid som avtalsbrottet pågår. En annan möjlighet är att låta skadeståndet motsvara en procentandel av uppskattade intäkter för övertagna kunder. AD 1992 nr 9 gällde tillämpningen av en

⁵⁶ Rodhe (1986), s 249.

⁵⁷ Fehr (1913), s 11. Jfr även Ramberg och Ramberg (2003), s 283.

⁵⁸ Olsen (1993), s 23.

⁵⁹ Taxell (1972), s 442.

⁶⁰ Fehr (1913), s 9 f.

⁶¹ Olsen (1993), s 23.

⁶² Olsen (1993), s 24.

⁶³ Jfr regleringen i överenskommelsen från 1969.

⁶⁴ Adlercreutz och Flodgren (1992), s 129 samt se anmärkning till p. 4 i formuläret till överenskommelsen från 1969.

konkurrensklausul inom konsultbranschen, närmare bestämt revisionsbolag. Den anställde revisorn förband sig att inte sluta inom en överenskommen inarbetsperiod. Gjorde han det var han skyldig att tre år efter anställningens upphörande betala skadestånd ”motsvarande 50% av under varje år utfört arbete till normalt kalkyltimpris” för klienter han övertagit från bolagets klientstock vid tiden för hans anställnings början. Klausulen godtogs av HD.

3.1.1 Avgränsning mot likartade avtalsvillkor

En med vitesklausulen nära besläktad avtalsbestämmelse är *förverkandeklausulen*. Klausulen reglerar det förhållande där en pant eller säkerhet kan behållas utan avräkning om den förpliktelse för vilken säkerheten har ställts inte fullgörs.⁶⁵ Förverkandeklausuler förekommer vanligast i fall där handpenning har erlagts, t.ex. vid köp av fastighet. Fullföljer köparen inte affären kan säljaren behålla handpenningen som en form av vite. I samband med konkurrensklausuler som är kopplade till en vitesbestämmelse har gäldenären vanligtvis inte erlagt någon säkerhet. Däremot är han berättigad till en löpande ersättning under den tid som han inte får konkurrera. Alternativt har han redan blivit kompenserad för konkurrensförbudet genom köpeskillingen vid företagsförvärvet. I det senare fallet går det att reglera en eventuell överträdelse av konkurrensklausulen genom att en del av köpeskillingen deponeras på ett konto hos en oberoende tredje man, ett *escrow account*. Den deponerade köpeskillingen utfaller inte till säljaren förrän tiden för de garantier han åtagit sig att uppfylla har gått ut. Detta är visserligen inte en förverkandesituation och avräkning sker mot det deponerade beloppet, men vissa likheter finns. I de fall där gäldenären löpande får ersättning under karenstiden för sitt åtagande att inte konkurrera finns ingen riktig motsvarighet. Vid brott mot konkurrensklausulen utfaller dels vitet och rätten till ersättning försvinner i och med kontraktsbrottet. Att rätten till vidare ersättning uteblir efter avtalsbrottet är emellertid snarare en följd av kontraktsbrottet i sig än ett förverkande av ersättningen.⁶⁶ Rodhe anser att vites- och förverkandeklausulen har så pass snarlik utformning att det inte finns någon större anledning att skilja dem åt, men jag anser ändå att skillnaden bör uppmärksammas.⁶⁷

En till vitesklausulen närliggande skadestandsreglering är också de *normerade skadestånden*. Begreppet är i doktrinen inte tydligt definierat, men enligt förarbetena är det ett villkor som har till syfte att ge en normaliserad ersättning för en viss förlust.⁶⁸ Olsen diskuterar i sin avhandling olika gränsdragningar mellan vitet och det normerade skadeståndet. Enligt Olsen är det en möjlighet att betrakta en klausul som enbart tillgodoser borgenärens intresse som ett vite, medan de villkor som

⁶⁵ Ramberg och Ramberg (2003), s 158 f.

⁶⁶ Jfr Adlercreutz och Flodgren (1992), s 61 f.

⁶⁷ Rodhe (1956), s 584 f.

⁶⁸ SOU 1974:83, s 170.

tillvaratar båda parter intresse av säkerhet i avtalsförhållandet som ett normerat skadestånd. Ett tecken på att klausulen tillgodoser båda parter intressen skulle kunna vara om klausulen även innehåller en friskrivning.⁶⁹ En annan infallsvinkel är att fokusera på bevisbördan i avtalsförhållandet. Vid vitesklausuler skulle ersättning utgå utan bevis om skada, medan en klausul om normerat skadestånd endast skulle vara en presumtion för skadans storlek.⁷⁰ Att notera är att i 1969 års överenskommelse gällande konkurrensklausuler används begreppet normerat skadestånd.⁷¹ I kollektivavtalet är avsikten emellertid att skadeståndet skall vara en redan i förväg bestämd ersättning, varför denna avgränsning gällande konkurrensklausuler ter sig mindre lämplig.⁷²

En ytterligare distinktion skulle kunna vara att se på vilket av ersättnings- och påtryckningsintresset som har varit det primära vid avtalets utformande.⁷³ Är det senare det huvudsakliga intresset är villkoret att klassa som ett normerat skadestånd medan det förra skulle medföra att det är ett vite. Ett högt vitesbelopp skulle kunna vara ett indicium för att påtryckningsintresset är primärt.⁷⁴ Här kan det vara intressant att göra en kort komparativ utblick mot det engelska rättsystemet och dess reglering gällande vitesklausuler. I engelsk rätt tar man enbart ställning till klausulens giltighet och det finns inte några motsvarande jämningsmöjligheter som i svensk rätt. Den giltiga klausultypen benämns ”liquidated damages” och är tillämplig i hela dess vidd. Den ogiltiga klausultypen benämns ”penalty”.⁷⁵ Giltighetsprövningen baseras på huruvida klausulen kan anses motsvara den vid avtalsslutet förväntade skadan. Gör den det är klausulen giltig och fungerar som en ansvarsbegränsning mellan parterna. Anses klausulen däremot utgöra en penalty gäller den inte alls mellan parterna och det står den skadelidande fritt att kräva ersättning för sin skada oavsett om den är större eller mindre än det avtalade beloppet.⁷⁶ Det i Sverige accepterade påtryckningsintresset är sålunda inte godtagbart i engelsk rätt och ersättning får inte verka som ett hot för att motpart skall fullgöra sina förpliktelser enligt avtalet.

Både Olsen och Taxell använder sig av termen ”ersättningsklausul”, under vilka både normerat skadestånd och vitesklausulerna hamnar, som en enhetlig beteckning för att förklara en parts skyldighet att betala förutbestämd ersättning med anledning av kontraktsbrott.⁷⁷ Skillnaden mellan de två klausulerna synes inte vara särskilt stor och det är också osäkert vad den exakta skillnaden ligger. En av de viktigaste karaktärsdragen hos ett vite som jag ser det är lättnaden i bevisbördan. De fall där bevis måste framläggas för att borgenären skall få sin avtalade

⁶⁹ Olsen (1993), s 38.

⁷⁰ A.A., s 38 f.

⁷¹ Se p. 4 i överenskommelsen.

⁷² Adlercreutz och Flodgren (1992), s 62.

⁷³ Angående de olika intressena vid utformningen av vitesklausuler, se nedan kap. 3.2.

⁷⁴ Olsen (1993), s 39.

⁷⁵ Olsen (1993), s 43.

⁷⁶ Olsen (1993), s 48.

⁷⁷ Se Taxell (1972) samt Olsen (1993).

ersättning är snarare en ansvarsbegränsning än ett kontraktuellt vite.⁷⁸ Ett lämpligt synsätt är därför att ge de normerade skadestånden en bredare innebörd, under vilken viten i sin tur kan hänföras.⁷⁹ För den fortsatta framställningen är det inte nödvändigt att ha en tydlig avgränsning utan läsaren behöver bara ha en medvetenhet om de olika termerna. Med vite avses i denna uppsats en klausul som till beloppet reglerar ersättningen vid ett eventuellt kontraktsbrott och där skadelidande part inte behöver framlägga bevis om skadans storlek eller uppkomst, medan ett normerat skadestånd kan innebära krav på att framlägga bevis – en *bevisklausul*.

3.2 Vitets syfte och funktion

En stor skillnad i jämförelse med ersättning på skadestandsgrund är att med en vitesklausul är ersättningsbeloppet redan fastställt och borgenären behöver ej framlägga bevisning om skadans storlek eller uppkomst. Detta kan ge fördelar, kanske främst för borgenären, men även för gäldenären.⁸⁰ Ett av vitesklausulens främsta syften, vilket kanske är än mer framträdande i kopplingen till konkurrensklausuler, är dess *preventiva* funktion. Vitet fungerar som ett påtryckningsmedel för att motparten inte skall bryta mot avtalet och fullgöra sina förpliktelser enligt kontraktet, vilket annars kan bli kostsamt.⁸¹ Om vitet sätts relativt högt fungerar det som ett mer effektivt påtryckningsmedel än skadestånd, dels för att det i många fall kan vara svårt att frambringa bevisning om skadans storlek, dels för att den ersättnings som utgår enligt skadeståndsrättsliga regler inte alltid är tillräckligt stor för att utgöra ett effektivt påtryckningsmedel.⁸²

Vitet kan även ha en *reparativ* funktion. Borgenären har självklart ett intresse att få ersättning för de skador han har lidit i och med kontraktsbrottet. Som nämnts ovan kan en reglering med skadestånd istället för vite medföra både bevissvårigheter samt att ersättning blir låg. Genom att avtala om ett förutbestämt belopp kan borgenären skydda sig mot att inte få skäligen ersättning för den skada som han åsamkats. Dessutom kan han på detta sätt få täckning för vissa skador som inte omfattas av skadeståndsrättens regler, t.ex. vissa indirekta kostnader såsom goodwillförluster, framtida förlorade kunder etc.⁸³ Mot borgenärens ersättningsintresse står gäldenärens intresse att *begränsa* sin ersättningsskyldighet, vilken tillgodoses om vitet kan anses utgöra en övre gräns för skadeståndsansvaret.⁸⁴ Att fixera skadeersättningen gör en eventuell konflikt mer överskådlig om parterna redan på förhand vet vilken kostnad eller ersättning ett avtalsbrott innebär och det är först vid en eventuell jämkning som skadans storlek kan ha betydelse. Att inte förena en konkurrensklausul med vite, utan endast låta skadeståndet motsvara skadans

⁷⁸ Jfr Gorton och Samuelsson (2005), s 80 f.

⁷⁹ Jfr Smitt (2004), s 104.

⁸⁰ Rodhe (1956), s 585.

⁸¹ Taxell (1972), s 442 f.

⁸² Rodhe (1956), s 585.

⁸³ Se bl.a. Ekelöf (1942), s 129 samt Olsen (1993), s 29.

⁸⁴ Taxell (1972), s 443.

omfattning är mindre lämpligt. Konkurrensklausulen förlorar i så fall dels sin effekt som påtryckningsmedel, men kan också delvis förlora sin reperativa funktion p.g.a. svårigheterna att bevisa skada.

Olsen diskuterar även vitesklausulens funktion som *konfliktlösare*. Med ersättningsbeloppet redan bestämt behöver avtalsbrottet inte leda till en utdragen dispyt med oförutsägbart resultat, utan den blir mer lätthanterlig och båda parter kan tjäna både tid och pengar på att slippa tvista om ersättnings storlek.⁸⁵

Viktigt att notera är att dispositiv rätt styr reglerna kring vitesklausuler, med undantag för starkt inflytande från 1969 års överenskommelse, och parterna kan själva avtala om storlek, ansvarsbegränsning och huruvida de önskar att vitet skall verka som en friköpsklausul. Det finns inga till engelsk rätt motsvarande regler hur klausulen inte får utformas, och avtalet riskeras endast att jämkas efter skälighetsbedömning eller annan grund.

3.3 Jämkning och ogiltighet

1976 genomfördes betydelsefulla förändringar av avtalslagen och möjligheterna till jämkning ökades. I avtalslagen från 1915 fanns det tidigare reglerat i 36-38 §§ om nedsättning av vite när ersättningen kunde anses oskäligen. Jämkningsregeln var relativt snävt utformad genom att oskälighetsbedömningen kvalificerades som ”utkrävandet av vad utfäst blivit finnes vara uppenbart obilligt”. Efter 1976 års omarbetning av avtalslagen togs särregleringen gällande vite bort och vitesklausuler bedöms numera under den stora generalklausulen i 36 § AvtL.⁸⁶

En vitesklausul får jämkas eller lämnas utan avseende, om den är oskäligen med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Begreppet *oskälighet* är ett relationsbegrepp vilket innebär att oskäligheten av en vitesklausul måste ställas i relation till omständigheterna i den aktuella situationen.⁸⁷ De olika intressen som finns bakom avtalet måste analyseras och domstolen skall göra en helhetsbedömning.

Vitets storlek kan vara oskäligt i sig och om vitet anses som orimligt högt skall det jämkas. Ett fall när detta kan bli aktuellt är när vitet markant överstiger det positiva kontraktsintresset.⁸⁸ Olsen menar emellertid att det torde vara sällan som jämkning av vitesbelopp i avtal mellan näringsidkare blir aktuell. I de fallen krävs ytterligare omständigheter, såsom skillnad i parternas styrkepositioner eller att vitet är just orimligt.⁸⁹ Enligt von Post bör ett vite kunna jämkas om det påtagligt överstiger vad som är brukligt i

⁸⁵ Olsen (1993), s 30.

⁸⁶ Grönfors (1995), s 219 samt prop. 1975/76:81 s 141 f.

⁸⁷ Grönfors (1995), s 223.

⁸⁸ Post von, (1999), s 199.

⁸⁹ Olsen (1993), s 121.

branschen, om det inte kan försvaras på ett särskilt sätt.⁹⁰ I ett anställningsförhållande är 1969 års överenskommelse tvingande, och i de fall som kollektivavtalet inte är direkt tillämpligt en god vägvisare för vad som kan anses rimligt. Men fallet skall givetvis bedömas utifrån de faktiska omständigheterna i den aktuella situationen och hänsyn skall tas till parternas ställning, avtalets innehåll samt omständigheter vid avtalets tillkomst eller som inträffat senare. Generellt anser jag att mycket starka skäl skall till för att jämka en vitesklausul, med anledning av att borgenären ska kunna bibehålla påtryckningsfunktionen.

Den avtalade ersättningen bedöms främst utifrån de intressen som är anledningen till förekomsten av vitesklausulen i det aktuella fallet. Likaså bör intressena bakom konkurrensklausulens förekomst i sig beaktas vid bedömningen av vitesklausulens skälighet samt de kolliderande intressen som är anledningen till att konkurrensförbudet överträds.⁹¹ Bedömningen utifrån 36 § berör fortfarande enbart vitesklausulens skälighet och konkurrensklausulen bedöms utifrån 38 § även om det praktiskt kan vara svårt se de olika klausulerna isolerade från varandra. Det finns därmed inget hinder mot att konkurrensklausulen anses skälig medan vitesklausulen bedöms som oskälig med påföljd att ersättningen sätts ner.⁹² En annan viktig jämningsfaktor är tidpunkten för avtalsbrottet. Ju senare under bindningstiden kontraktetsbrottet inträffar, desto starkare anledning finns för jämkning.⁹³ Anledningen till det torde vara att galdenären under en lång tid följt avtalet och hans konkurrensförmåga avtar med tiden, varför avtalsbrottet inte kan anses lika grovt om det bryts i slutet av karenstiden istället för i ett tidigt skede.

De vanligaste fallen där jämkning kan bli aktuellt är när vitet anses vara oskäligt högt. I praxis har domstolen bl.a. jämkat höga viten i de s.k. ”pilotfallen”, AD 1991 nr 38 samt AD 1992 nr 67. De båda fallen gällde piloter som utbildats av försvarsmakten. Anställningskontrakten löpte under ett flertal år och innehöll konkurrensklausuler som förenats med vite. De av staten åberopade skadestånden ansågs allt för höga och jämkades i olika grad beroende på hur länge piloterna kvarstannat i tjänst i enlighet med kontraktet. Men i förarbetena anges att det även finns en möjlighet att jämka ett vite i positiv riktning. En höjning av ett avtalat vite är emellertid en undantagssituation. Det fall som exemplifieras är om en vitesklausul i ett avtal mellan näringsidkare och konsument i används som en begränsning av skadeståndsansvaret som annars åvilar näringsidkaren och det avtalade skadeståndsansvaret anses som oskäligt lågt.⁹⁴ Konsumentperspektivet är inte av intresse in denna uppsats, men däremot kommer möjligheten till ansvarsbegränsning behandlas vidare i uppsatsen.⁹⁵

⁹⁰ Post von, (1999), s 201.

⁹¹ Se ovan kap. 2.2.1 resp. 3.2.

⁹² Prop. 1975/76:81, s 149.

⁹³ Adlercreutz och Flodgren (1992), s 127.

⁹⁴ Prop. 1975/76:81, s 142.

⁹⁵ Se kap. 6 nedan.

4 Ekonomisk teori

I ett ekonomiskt perspektiv ser man på alla handlingar i ekonomiska termer. Med detta perspektiv görs alla handlingar i syfte att hushålla med tillgångar på det mest ekonomiskt effektiva sättet. En part i de ekonomiska modellerna förutsätts vara rationell och logisk och strävar ytterst efter att maximera sin tillfredsställelse. Därför behöver han kostnadsberäkna de olika alternativ som han ställs inför och rationellt välja det som ger störst tillfredsställelse eller *nytta*.⁹⁶ I kommersiella förhållanden förutsätts parterna sträva efter att vinstmaximera och deras val styrs utifrån denna önskan.⁹⁷ Parterna i ett avtal kommer i ett ekonomiskt perspektiv att fullgöra sina förpliktelser i enlighet med avtalet under förutsättning att det inte, i ett lång- eller kortsiktigt perspektiv, är mer ekonomiskt gynnsamt att bryta kontraktet, *effektivt kontraktsbrott*.⁹⁸

Lagstiftaren har i stor utsträckning möjlighet att styra parternas beteende i olika situationer. Det finns goda skäl att genom rättsordningen försöka upprätthålla en hög moral i avtalsförhållanden och försöka styra parterna till ett lojalt handlingssätt. Samtidigt är det av intresse att lagstiftaren inte försöker styra allt för hårt, utan låter parterna själva reglera sina åtaganden och förpliktelser utifrån principen om avtalsfrihet. I ett *rättsekonomiskt perspektiv* används ekonomiska modeller för att analysera rättsliga regler och principer. Rättsekonomin försöker dels beskriva de ekonomiskt effektiva lösningarna på olika juridiska problem, dels ge svar på hur rätten bör utformas för att uppnå ekonomiskt effektivitet, vilket skall redogöras för nedan.

4.1 Den fria och perfekta marknaden

Marknadsekonomin är en av de viktigaste grunderna i en liberal samhällsordning, där fri konkurrens och utbud och efterfråga styr transaktioner och utbyte av nyttigheter. Den perfekta marknaden utifrån mikroekonomisk teori analyserar hur marknadens aktörer gör sina val. En central utgångspunkt i detta resonemang är att aktörernas resurser är begränsade och att de därför är tvungna att välja mellan olika alternativ. Många av teorierna utgår ofta från ett konsumentperspektiv, där priset på varor och tjänster har en avgörande betydelse för konsumentens val och det pris han är beredd att betala beror på den nytta han får ut av just det valet.⁹⁹ Dessa teorier där utbud och efterfråga möter varandra är med viss

⁹⁶ Dahlman et al. (2004), s 9 f. Med *nytta* avses i teorin inte enbart ekonomiska tillfredsställelse utan även andra subjektiva faktorer kan vägs in som genererar nytta, se Dahlman et al., s 16 f.

⁹⁷ Jfr 3:3 ABL.

⁹⁸ Cooter och Ulen (2000), s 189. För vidare utveckling av vitet som friköpsklausul och effektiva avtalsbrott, se kap. 5.3 samt 7 nedan.

⁹⁹ A.A, s 16, 45 f.

modifikation också applicerbara på arbetsmarknaden och arbetsgivarnas efterfråga av välutbildad arbetskraft, eller omvänt, arbetstagarens efterfråga på arbete.¹⁰⁰ En skillnad i en analys av arbetsmarknaden är att utbudet av arbetskraft inte lika snabbt och enkelt går att öka eller reducera som vissa varor och tjänster, i takt med att efterfrågan svänger i hög- och lågkonjunkturer.

Målet för den perfekta marknaden är att uppnå *ekonomiskt effektivitet*, där det inte finns möjlighet att genomföra någon ytterligare förändring utan att någon annan individ får det sämre.¹⁰¹ I teorin värderar individer saker olika mycket och ger dem olika nytta. Så länge deras nytta ökar kommer drivkraften finnas att byta anställning, vilket också ökar den totala nyttan i samhället. Slutligen kommer pareto-optimalitet att råda på marknaden, vilket är önskvärt eftersom den totala nyttan då är som störst.¹⁰²

På den perfekta marknaden omallokeras arbetskraft till den arbetsgivare som värderar den högst och utnyttjar den bäst. I ett rättsekonomiskt perspektiv är det därför viktigt att lagar och regler utformas så att de främjar upprätthållandet av den perfekta marknaden. I svensk rätt finns det idag, på gott och ont, ett omfattande arbetsrättsligt skydd för arbetstagare, vilket begränsar möjligheterna och ger sämre incitament till att byta jobb och omfördela arbetskraft. Viktigt att beakta är emellertid de subjektiva faktorer som påverkar ”nyttovärderingen”. Arbetskraft är en produkt som inte är att direkt jämförbart med konsumtionsvaror. Att byta arbetsplats är i många fall ett stort beslut och andra faktorer än rent ekonomiska, såsom trygghet, arbetskamrater och arbetsklimat, kan vara en anledning till att inte flytta på sig.

4.2 Principal agentteorin

Principal- agentteorin är en erkänd modell i den ekonomiska teorin. Modellen är applicerbar i många olika fall, men är vanligt förekommande vid beskrivningen av den organisationsproblematik som finns i aktiebolag och andra företagsformer samt i rena fullmakts- och mellanmansrättsliga relationer. I huvuddrag bygger teorin på att uppdragsgivaren, t.ex. aktieägarna eller bolaget, har en kontraktsrelation med agenten - uppdragstagaren. Både principalen och agenten är rationella beslutsfattare och har intresse av att maximera sin egen nytta, *rationella nyttomaximerare*

¹⁰⁰ Se bl.a. De Geest m.fl (2001) som gör en djupgående analys av arbetstagarens rationella val och försök att maximera sin nytta i anställningsförhållandet.

¹⁰¹ Med effektivitet avses potentiell paretoeffektivitet eller Kaldor-Hickseffektivitet. Enligt dessa teorier definieras effektivitet som en förändring i samhället som medför en välfärsökning, vilken är större för vinnarna än motsvarande välfärsförlust är för förlorarna. Nettoeffekten för samhället blir således positiv. För vidare utveckling se Dahlman et. al., s 54 f.

¹⁰² Ibid.

(*homo economicus*). Ett följdantagande av detta är att agenten förutsätts agera *opportunistiskt*, och en intressekonflikt uppstår.¹⁰³

Principal agentproblematiken har sin grund i det *informationsövertag* som agenten besitter. Problemet blir naturligtvis större ju längre ifrån insyn och översikt principalen är av alla de faktorer som kan påverka agentens beslut. Detta blir extra tydligt i kontraktsrelationen gällande konkurrensklausuler, eftersom agenten ensam beslutar huruvida han vill bryta mot konkurrensförbudet och ta konsekvenserna därav. Intressekonflikten och informationsasymmetrin i relationen medför att agenten är en *lojalitetsrisk* för principalen, eftersom denne är en rationell och opportunistisk nyttomaximerare. Principalen måste motverka att agenten handlar mot hans intressen och istället söka styra agenten att handla i den riktning som han önskar. Det kontroll- och övervakningsbehov som principalen har innebär en kostnad, och principalen måste med belöning och påtryckning avtalsvägen skapa incitament för att agentens intressen skall överensstämma med hans egna.¹⁰⁴

Ovan har redogjorts för bolagets och köparens samt arbetstagarens och säljarens olika intressen. En tydlig intressekonflikt kan identifieras i det att bolaget vill skydda sig mot att kunder tas över och att företagshemligheter lämnas ut till konkurrenter samtidigt som arbetstagaren eller säljaren önskar att använda sin arbetskraft på det för honom mest lönsamma sättet.¹⁰⁵ I ett anställningsförhållande finns som tidigare konstaterats ett implicit konkurrensförbud, medan det efter anställningen upphör mer eller mindre helt och hållet.¹⁰⁶ Konkurrensklausulen är en del av den styrning som principalen försöker utöva för att stävja opportunistiskt beteende, och vitet fungerar som hot och påtryckningsmedel för att klausulen efterlevs. Situationen skiljer sig till viss del från en klassisk principal-agent situation i den bemärkelsen att den förpliktelse som agenten åtagits sig är tydligt definierad; att inte konkurrera, även om det stundom kan uppstå tolkningssvårigheter angående konkurrensförbudets omfattning, t.ex. geografi och förbjudna arbetsmarknader. Agenten har i detta fall inte heller några löpande beslut att fatta, utan det enda principalen behöver skydda sig emot är ett brott mot konkurrensklausulen.

4.2.1 Kostnader och riskfördelning

Som konstaterats ovan innebär agenten en lojalitetsrisk för principalen, vilken han måste gardera sig mot. Ett problem att kalkylera risken för ett eventuellt brott mot konkurrensklausulen ligger emellertid i, dels svårigheten att uppskatta den förväntade skadan av ett eventuellt kontraktbrott, dels uppskatta sannolikheten för ett kontraktbrott.

¹⁰³ Se bl.a. Bergström och Samuelsson (2001), s 22 ff. samt Dahlman et. al. (2004), s 16 samt 190 ff.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Se kap. 2.2 ovan.

¹⁰⁶ Se kap. 2.1 ovan.

I en vanlig kommersiell relation, t.ex. gällande leverans av spannmål, reglerar avtalsparterna vem som ska stå risken för olika typer av händelser som medför att ena parten inte kan prestera enligt kontraktet. Risken för ett brott mot en konkurrensklausul är utan tvekan något som måste bäras av agenten. Han är den som har kontroll över situationen och ensam avgör huruvida han vill följa avtalet. Det måste vara i ett ytterst få fall där brott mot en konkurrensklausul inte sker med uppsåt eller av grov vårdslöshet.

Vitet medför att ett osäkerhetsmoment försvinner om det anses vara den maximala ersättningen, eftersom skadans storlek på så sätt fastställs och blir förutsägbar. För principalen är det också en trygghet att veta den ersättning som utfaller, men fortfarande finns det en osäkerhet i att vitet inte alltid täcker den skada som följer av kontraktsbrottet då en uppskattning av skadans omfattning är svår att göra.

5 Allmänna rättsprinciper

I civilrätten eftersträvas en enhetlighet och systematik och den gällande rätten bygger på såväl övergripande principer som mer detaljerade bestämmelser. Principerna måste vara förankrade i verkligheten och ha sin grund i rättspolitiska syften och bedömningar. I svensk rätt finns ett antal principer som har fäste i ett demokratiskt och marknadsekonomiskt samhällssystem, vilkas syfte är att försäkra individens frihet och trygghet samt tillvarata parter olik intressen i en kontraktrelation. En allmän avtalsprincip är ett uttryck för tankar och strävanden som man vill se förverkligade i avtalsförhållanden. Taxell poängterar här vikten av att inte se principerna som rättsligt bindande normer, utan snarare riktlinjer för rättstillämpningen, vilka genomsyrar hela avtalsrätten. Nedan kommer en redogörelse av de viktigaste principerna i ett kontraktförhållande, vilka är en viktig faktor vid bedömningen hur vitesklausuler får och bör användas i samband med att de är kopplade till en konkurrensklausul.¹⁰⁷

5.1 Avtalsfrihet

Avtalsfriheten är ett uttryck för individens frihet i ett demokratiskt samhälle samt en nödvändig förutsättning i en fungerande marknadsekonomi. *Avtalsfriheten* har ett tredelat innehåll. Den ger dels en möjlighet – *frihet* – för individen att ingå avtal om han så önskar eller låta bli att göra det. Avtalsfriheten ger individen möjlighet att förfoga över sin egendom såsom han behagar liksom sin relation till andra parter i sin omgivning. Likaså ger avtalsfriheten individen fritt val att välja vem och på vilket sätt avtal skall ingås. Avtalsfriheten innebär för det tredje att parterna själva, fritt kan bestämma avtalets innehåll och verkningar.¹⁰⁸ En individ kan själv avtala bort delar av sin avtalsfrihet genom avtal, som i fallet med konkurrensklausuler, men den begränsas också av andra yttre begränsande faktorer. De flesta av dessa begränsningar kommer från behovet att värna om intressen som ansetts skyddsvärda och gäller avtals innehåll och rättsverkningar. Taxell har formulerat en tes om avtalsfrihetens omfattning; *avtalsfriheten gäller till dess den stöter på någon begränsande omständighet.*¹⁰⁹

Taxells tes inskränker avtalsfriheten väsentligt och i praktiken är begränsningar många och brett formulerade. Begränsningarna av avtalsfriheten sker genom tvingande lag och ett tydligt exempel är avtalslagens 36 och 38 §§, vilka ger möjlighet att jämka eller ogiltigförklara oskäliga avtalsvillkor respektive stryper möjligheterna till konkurrensbegränsande avtal. Ett giltigt och bindande avtal uppstår i teorin

¹⁰⁷ Taxell (1987), s 30 f.

¹⁰⁸ Grönfors (1993), s 36 f.

¹⁰⁹ Taxell (1987), s 32 f.

när samstämmiga viljeförklaringar har avlagts av parterna.¹¹⁰ I praktiken är dock de flesta avtalen troligen en kompromiss mellan starka viljor, vilket har föregåtts av långa förhandlingar kring vitesbeloppets storlek samt konkurrensförbudets bindningstid och omfattning.

En strikt syn på avtalsfrihet ligger till grund för en uppfattning om avtalet som löfte – *löftesprincipen*. Är avtalet enbart byggt på löften är det endast dessa som ska utgöra avtalets innehåll och parternas skyldigheter och rättigheter inskränks till just vad de har lovat.¹¹¹

5.2 Lojalitetsplikt

Om det inte ställdes krav på avtalsparter att visa lojalitet under avtalsförhållandet, skulle rädslan för att bli bedragen vara stor. I svensk rätt finns en generell lojalitetsplikt som bygger på en tanke om skälighet och rättvisa.¹¹² Inom civilrätten har lojalitetsprincipen olika innebörd beroende på vilket rättsområde som den berör. Konkurrensklausulen reglerar förpliktelsen efter anställningens upphörande och är främst av avtalsrättslig karaktär, även om arbetsrättsliga aspekter har betydelse. Lojalitetsprincipen är inte direkt kodifierad, men man kan se spår av den i lagstiftarens arbete och generalklausulen i avtalslagen är ett bevis för att rättvisa och lojalitet eftersträvas i avtalsförhållandet. PECL, (Principles of European Contract Law), är resultatet av Lando-kommissionens strävan att ta fram en gemensam europeisk civillag, och i vilken en generell lojalitetsplikt har definierats. Även om inte PECL är gällande svensk rätt kan den vara ett riktmärke för vad vi i svensk rätt menar med lojalitetsplikt, men inte har kodifierat.

Art. 1:201:

- (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing
- (2) The parties must not exclude or limit this duty

Lojalitetsplikten innebär i praktiken för avtalsrättens del att parter inte får driva egna intressen hårt och ensidigt och en part är skyldig att inom vissa gränser beakta och bevaka sin motparts intresse. Kravet på partslojalitet utgör en motvikt till att partsegoism och strävanden att handla uteslutande till egen fördel också när detta åsidosätter en motparts intresse.¹¹³

Votinius har i sin avhandling - *Varandra som vänner och fiender* - gjort en djupgående analys av kontraktet och dess grunder. Han är av uppfattningen att *vänskap* är en bättre norm för kontraktet istället för att enbart se det som löften. Avtalet baseras då istället på förståelse och samspel, liksom i en vänskaplig relation, och det finns underförstådda plikter som går vidare än det som uttryckligen har avtalats. En kontraktsrelation som bygger på

¹¹⁰ Grönfors (1993), s 21.

¹¹¹ Votinius (2004), s 159 f.

¹¹² Se Holm (2004) samt Votinius (2004). Jfr Gorton (2005), s 249 f.

¹¹³ Taxell (1997), s 65.

vänskap präglas av ömsesidighet, och ömsesidighet manar till respekt. I en sådan relation finns således ett större intresse att ta till vara motpartens intresse för den gemensamma nyttans skull.¹¹⁴

Lojalitetsplikten är, enligt PECL, oinskränkbar och går ej att avtala bort. Inte heller i svensk rätt torde den kunna begränsas avtalsvägen. Däremot är den till sin karaktär vag och svårdefinierad och det är en omöjlighet att sätta en yttre eller inre gräns. Lojalitetsplikten får onekligen en viktig betydelse vid bedömningen av en vitesklausuls skälighet gällande ansvarsbegränsning samt utrymmet för effektiva avtalsbrott. En bred tillämpning av lojalitetsplikten i ett avtalsförhållande torde utesluta möjligheten av effektiva avtalsbrott och starkt inverka på en ansvarsbegränsning som medför att den skadelidande inte får täckning för skada han lider. Om man istället ser avtalet som baserat på löften, ges en större möjlighet till effektiva avtalsbrott samt begränsa sitt ansvar, även när avtalsbrottet är uppsåtligt eller av grov oaktsamhet.

5.3 Avtalsbundenhet

Partsförhållandet genomsyras av principen om avtalets bindande kraft – *pacta sunt servanda*. Avtalsbundenheten uppkommer automatiskt när ett giltigt avtal har formats och parternas viljeförklaringar överensstämmer.¹¹⁵ Bundenheten innebär att parterna skall beakta de handlingsnormer som gäller för avtalet och rättigheter skall förverkligas och skyldigheter fullgöras. Principen är ett nödvändigt element i parternas samverkan och utgör stommen i den avtalsrättsliga relationen. Den ger ett skydd mot illojala beteenden samt en trygghet och säkerhet vid avtalets ingående.¹¹⁶

Avtalsbundenheten är emellertid inte en absolut princip och den kan genom avtal begränsas eller uteslutas. Avtalsfriheten ger möjlighet att avtala att vitet skall verka som ett alternativ till fullgörelse och uttryckligen avtala om en friköpsklausul. Har detta inte avtalats och vill borgenären framtvunga prestation (icke konkurrens), kan det finnas det en möjlighet till detta enligt 15:3 RB, även om den enligt Westberg bör vara relativt begränsad.¹¹⁷

I AD 1990 nr 44 fastställde AD en tingsrätts interimistiska beslut, enligt vilken en person, C, som drev en patentbyrå, vid vite av 150 000 förbjöds att bedriva konkurrerande verksamhet med ett företag, A, vari han tidigare hade varit anställd. Bakgrunden var att C och en kompanjon tidigare sålt sin patentverksamhet till A och därefter börjat jobba hos A. I överlåtelseavtalet fanns en konkurrensklausul, i vilken säljarna förband sig under en period av tre år att inte konkurrera med A. Vid brott mot konkurrensklausulen skulle den berörde säljaren ersätta skadans omfattning, dock högst med 200 000 kr.

¹¹⁴ Votinius (2004), s 55 f.

¹¹⁵ Grönfors (1993), s 21.

¹¹⁶ Taxell (1987), s 35.

¹¹⁷ Westberg Bok 1 och 4 (2004). Se vidare utveckling under kap. 7.1 nedan.

C sade emellertid upp sig efter halva karenstiden, startade upp ny konkurrerande verksamhet och tog med både arbetskamrater och kunder från sin tidigare arbetsgivare till det nya företaget.

AD konstaterar i sitt domskäl att det av 15:3 RB framgår att lämplig åtgärd för att säkerställa sökandes rätt *får* innebära förbud att vid vite utöva viss verksamhet och negativa naturaförpliktelser är således inte undantagna från fullgörelsekravet, vilket C hävdar. AD avvisade även invändningen att säkerhetsåtgärd enligt 15:3 inte kan användas när skadestånd är avtalat.

I rättsfallet NJA 1991 s 200 bekräftade HD borgenärens möjligheten att säkerställa en konkurrensklausul med vitesförbud enligt 15:3 RB. I fallet hade en verkställande direktör i samband med att han lämnade företaget förbundit sig att under tre år inte arbeta eller befatta sig med varor som fanns i företaget sortiment. HD fastställde HovR:s beslut att utfärda vitesförbud, även om vitesbeloppet sattes ned till 200.000 kronor från tidigare 1 miljon. Omfattningen av dessa två rättsfall och följderna därav kommer diskuteras vidare nedan.¹¹⁸

5.4 Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande

En annan princip, som visserligen är svagt förankrad i svensk rätt, är *otillbörligt ingripande i avtalsförhållande*, vars rättsverkning kan vara av intresse i en studie av effektiva avtalsbrott. Principen riktar inte direkt in sig på förhållandet mellan de två avtalsparterna, utan istället på om en tredje utomstående part, t.ex. en konkurrent till borgenären, vilken aktivt förmår gäldenären att bryta konkurrensklausulen och samtidigt gör sig skyldig till *medverkan till kontraktsbrott*.¹¹⁹ En tredje part kan således, med avsikt att skada en konkurrent, förmå en arbetstagare att bryta sitt anställningskontrakt och säga upp sig. Det är inte förbjudet att värva personal från konkurrenter, om än det kan ske på mindre etiska sätt, och den anställde har givetvis möjlighet att själv säga upp sig. Saken kan emellertid bli en annan om den tredje parten anställer gäldenären i avtalsförhållandet, eftersom han då medverkar till avtalsbrottet mot konkurrensförbudet.

I utländsk rätt har det ansetts angeläget att stävja dylikt handlande och rättsregler finns i både tysk och fransk rätt liksom inom det anglosaxiska common-law systemet mot denna form av illojala konkurrens.¹²⁰ I engelsk rätt finns en etablerad skadeståndsrättslig princip om medverkan till kontraktsbrott (s.k. *interference with contractual relations*)¹²¹ I svensk rätt finns det på utomobligatoriska grunder som huvudregel endast möjlighet att få ersättning för ekonomisk skada om förfarandet har varit brottsligt, 2:2

¹¹⁸ Se kap 7 nedan.

¹¹⁹ Bernitz (1988), s 43 f.

¹²⁰ A.A, s 45 f.

¹²¹ Gorton och Sjöman (2003), s 505.

SKL. Medverkan till brott medför skadeståndsskyldighet om sådan medverkan är straffsanktionerad.¹²² Likaså finns det med de konkurrensrättsliga regler som finns i KL ingen möjlighet att komma åt det otillbörliga handlandet hos utomstående part i denna situation.

I FHL är det som ovan nämnts skadestandsgrundande för en anställd att röja eller utnyttja en företagshemlighet hos arbetsgivaren som han fått del av under sin anställning, § 7 st. 1. Sker det efter anställningens upphörande krävs *synnerliga* skäl för skadestandsansvar, § 7 st. 2. Av särskild vikt är således bedömningen och avgränsningen huruvida utnyttjandet har skett under eller efter anställningens upphörande.¹²³ I § 8 FHL stadgas vidare skadeståndsskyldighet för den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer företagshemlighet som *angripits* av FHL. Den riktar därigenom in sig på envar som kommit i kontakt med företagshemlighet, och medveten om informationens karaktär, utnyttjar eller röjer den. Något bakomliggande avtalsförhållande eller tidigare kontakt behöver sålunda inte finnas.¹²⁴

I utredningen till FHL uttrycktes ett starkt intresse att hindra otillbörliga konkurrensmetoder, som inte träffas av 3 eller 4 §§, såsom utfrågning av konkurrenters personal eller värvning av desamma i syfte att utnyttja företagshemligheter.¹²⁵ Enligt § 7 i utredningens förslag kunde en konkurrent bli skadeståndsskyldig om denne i ond tro beredde sig tillgång eller utnyttjade företagshemlighet på ett otillbörligt sätt. Det ansågs emellertid senare i lagberedningen vanskligt att i lag försöka avgränsa affärsetiska spelregler och stötande beteende, med ett relativt obestämt innehåll.¹²⁶

Rättsläget idag gällande skyddet från FHL innebär att om en konkurrent (K) värvar en anställd (A) från företaget (X) i syfte att utnyttja de företagshemligheter A har erhållit genom sin anställning, kan K bli skadeståndsskyldig om han "bort inse" att A bryter mot den lojalitetsplikt som anställningsförhållandet innebär under *eller* efter anställningens upphörande, § 8 FHL. Om A:s röjande av företagshemligheten sker efter anställningens upphörande krävs som sagt *synnerliga* skäl för skadeståndsskyldighet, vilket får avgöras utifrån de specifika omständigheterna i det enskilda fallet. De *synnerliga* skäl som förarbetena framhåller är bl.a. om den anställde har en särskild förtroendeställning i bolaget, såsom VD eller annan chefsposition, samt skadans omfattning. Likaså om en person tagit anställning i syfte att förvärva företagshemligheter för att senare byta över till konkurrent med den informationen.¹²⁷

¹²² Hellner, (1995), s 70.

¹²³ Se t.ex. AD 1998 nr 80 där fråga bl.a. gällde huruvida konkurrens och utnyttjande av företagshemlighet skett under eller efter anställnings upphörande.

¹²⁴ Se Fahlbeck (2004), s 326 f samt AD 2003 nr 21.

¹²⁵ SOU 1983:52, s 327 f. samt s 392 f.

¹²⁶ Prop. 1987/88:155, s 25.

¹²⁷ Prop. 1987/88:155, s 46.

En tredje man kan således bli skadeståndsansvarig för medverkan till kontraktsbrott enligt FHL. En intressant fråga är om ansvar kan åläggas tredje man utan stöd i FHL. Doktrinen är emellertid splittrad om det kan ske och i så fall i vilken omfattning.¹²⁸ Gorton och Sjöman diskuterar huruvida skadeståndsansvar kan uppkomma vid brott mot negativa förpliktelser. De krav de uppställer, om tillämpliga i fallet på konkurrensförbud, är att tredje man är medveten om konkurrensförbudet samt att den aktiva påverkan han utövar sker med uppsåt, att skada borgenären - s.k. *kvalificerad ond tro*. Dock med reservationen att det ändå är i ytterst få fall ansvar kan bli aktuellt.¹²⁹

Rättsläget har klarnat till viss del genom NJA 2005 s 608, där HD utdömde utomobligatoriskt skadestånd utan stöd av SkL 2:2. Hamburgerkedjan Max (M) överlät en hyresrätt till ett företag (L), med reservation att L skulle erbjuda M att återförvärva hyresrätten innan annan intressent fick förvärva den. Anledningen var att hyresrätten var mycket lämpad som hamburgerrestaurang och M ville undvika att den föll i händerna på en konkurrent. L hade under förhandlingarna uppgivit att de ämnade ha konstgalleri i lokalen. Konkurrenten Frasse (F) förvärvade emellertid kort efter överlåtelsen hyresrätten av L, och hade dessutom i samband med M:s överlåtelse av hyresrätten till L redan övertagit majoriteten av aktierna i L. Några seriösa planer på att bedriva konstgalleri hade aldrig funnits.

HD inleder med att fastslå att stadgandet i 2:2 SkL inte skall tolkas motsatsvis, vilket öppnar för ett tredjemansansvar. HD konstaterar vidare i sina domskäl att F har hade ett bestämmande inflytande över L samt att de båda i samförstånd svikligen förledde M att överlåta hyresrätten till L. Båda parter måste ha varit medvetna om att M skulle lida skada och handlandet var att betrakta som kvalificerat otillbörligt och ett tydligt avsteg från vad som kan krävas av en kommersiell aktör, varför F ålades skadeståndsansvar.

Det finns andra fall där HD ålagt tredjeman skadeståndsansvar för medverkan till kontraktsbrott.¹³⁰ Gemensamma nämnare är bl.a. den avtalsbrytande partens insolvens samt den kontroll eller nära relation tredje mannen haft med gäldenären. Likaså har handlandet på något sätt varit att betrakta som svikligt.

Vid ett brott mot en konkurrensklausul är situationen emellertid lite annorlunda. Om en tredje man förmår en gäldenär att sluta sin anställning genom att köpa ut honom för att utnyttja dennes kompetens eller potentiellt medhavda marknadsandel, är det knappast talan om svek. Är den övergången planerad på så sätt att gäldenärens anställning hos borgenären endast var avsedd att vara temporär, för att senare ta över kunder till den nya arbetsgivaren skulle det dock kunna klassas som svek eller *kvalificerat otillbörligt*. Någon jämförbar kontroll såsom över juridiska personer kan

¹²⁸ Se bl.a. Bernitz (2002), s 189 ff och (1993), s 199 ff, Karlgren (1959), s 10 f, samt Gorton och Sjöman (2003), s 504 ff.

¹²⁹ Gorton och Sjöman (2003), s 509 ff.

¹³⁰ Se bl.a. NJA 1928 s 681 samt NJA 1943 s 370.

den nya arbetsgivaren sällan ha över en fysisk person, ett planerat delägarskap skulle emellertid kunna jämföras med denna kontroll och inflytande. Galdenären lär dessutom inte bry sig om vitet eftersom han gör ett *effektivt avtalsbrott* och enligt beräkningarna kommer tjäna på kontraktsbrottet, om han inte åläggs att betala ett mer omfattande skadestånd än vitet. Om galdenären är insolvent är tredjemansansvaret mer intressant och den ersättningsskyldighet som medverkan till kontraktsbrottet medför för tredje man underlättar för borgenären att kräva sin rätt. Om medverkan till kontraktsbrottet bedöms så pass allvarligt att det anses vara kvalificerat otillbörligt är frågan om ansvarsbegränsningen bör jämkas helt. En långt dragen tolkningsmöjlighet av ovanstående rättsfall är att tredje mannen kan åläggas inte bara ett solidariskt betalningsansvar för det kontraktuella vitet, utan fullt solidariskt skadeståndsansvar.¹³¹

Klart är att FHL ger ett visst skydd för företagshemligheter vid medverkan till brott mot en konkurrensklauzul. Doktrin och NJA 2005 s 608 öppnar dessutom dörren för ett utökat ansvar för en tredje part, men i vilken omfattning får vidare praxis fastställa.

5.5 Obehörig vinst

Avseende effektiva avtalsbrott och en syn på vitet såsom en friköpsklauzul är det intressant att se till läran om *obehörig vinst*. Vinstregeln är en utjämningsmekanism där en förmögenhetsförskjutning har skett mellan två parter, (A) och (B). Den förlorande partens (B) förlust utjämnas endast i mån av den andra partens (A) vinst. Ansvaret är strikt eftersom det endast omfattar vinsten och en culpapregel hade gjort den vinnande partens ansvar alltför inskränkt.¹³²

För tillämpning av vinstregeln är det en förutsättning att förmögenhetsförskjutningen är *obehörig*. Följden av det är att även vinsten är obehörig. Den förmögenhetsförskjutning som således skett från B till A medför att den obehöriga vinsten skall gå åter så att en utjämning sker av förmögenhetsförskjutningen. Rättsföljden innebär således att B får en ersättningsrätt gentemot A. A skall återställa den obehöriga vinsten till B. Ersättningsrätten behöver inte innebära att B blir fullständigt kompenserad för sin skada, vilket är det som är skillnaden mellan obehörig vinst och skadestånd.¹³³ Principen om obehörig vinst är tillämplig i situationer som rör oriktiga betalningar. T.ex. i fall där galdenären felaktigt trott sig ha stått i skuld till borgenären och betalat eller där galdenären har trott att skulden varit större än den varit och betalat för mycket pengar.¹³⁴

I ett lojalitetsperspektiv där man ser avtalsförhållandet som en ömsesidig relation är det en tilltalande tanke att en part inte skall tjäna på motpartens

¹³¹ Se vidare diskussionen i kap. 6 angående utökat skadeståndsansvar.

¹³² Karlgren (1982), s 33.

¹³³ A.A., s 12 ff.

¹³⁴ Se även Hellner (1950), s 137 ff ang. utveckling av principen.

förlust. Principen om obehörig vinst är emellertid främst tillämplig i situationer där annan ersättning inte utgår, såsom vite eller skadestånd. Men jag anser likväl att den förtjänar att uppmärksammas, och att det kan vara gott att ha den i åtanke gällande utjämning av stötande resultat.

6 Vitet som ansvars- begränsning

En av de kanske mest avgörande förutsättningarna för att få skadestånd enligt allmänna regler är att skada *de facto* har inträffat. Vitesklausuler däremot, uppställer i regel inte något krav på att skada skall ha uppstått, eller överhuvudtaget något om skadans betydelse för ersättningsskyldigheten.¹³⁵ Dispositiv rätt reglerar förhållandet och parterna kan själva avtala vilka förutsättningar som gäller för att vitet skall utfalla. Det torde dock numera vara fastställt att det inte är en ansvarsförutsättning, om avtalet i sig inte kräver det, att skada har uppkommit.¹³⁶ Men även om avtalet för ersättningsskyldighet inte kräver att en faktisk skada har inträffat, kan det likväl ha betydelse vid bedömningen av ersättningen om skadan visar sig vara mindre eller större än det avtalade beloppet.

Parterna har frihet att avtala om hur de vill reglera ansvaret och riskfördelningen vid ett eventuellt kontraktsbrott. Men om det inte sker, utan klausulen enbart anger ett vitesbelopp, uppstår en osäkerhet. Huruvida gäldenären kan åläggas att betala ersättning utöver det avtalade vitet, är det främst två alternativ som är aktuella:¹³⁷

- A) Avtalsvitet utgör den maximala ersättningen och endast nedsättning av vitet kan ske med stöd av AvtL § 36.
- B) Avtalsvitet utgör ett av parterna fixerat belopp, som kan justeras antingen nedåt (36 § AvtL) eller uppåt med stöd av AvtL § 36 eller på annan grund.

I A-fallet uppkommer bl.a. två frågor: i) om vitet är maximal ersättning är vitet också det minsta belopp som borgenären har rätt till; eller ii) är vitet endast en presumerad skada, vilken gäldenären kan motbevisa. Ekelöf verkar ha uppfattningen att vitesklausulen endast är en presumtion av skadans storlek. Med det synsättet kastas bevisbördan om och en invändning av gäldenären att skadan understiger vitet är utan betydelse om det ej kan bevisas.¹³⁸ Den allmänna uppfattningen i svensk doktrin verkar emellertid vara att vitet är ett minimum för vad borgenären har rätt att kräva.¹³⁹ Det är också den mening som ligger i linje med uppfattningen att faktisk skada inte är en förutsättning för att ersättning skall utgå. Vitet kan därmed endast nedsättas efter en skälighetsbedömning utifrån samtliga omständigheter och med stöd av 36 § AvtL.

¹³⁵ Olsen (1993), s 130.

¹³⁶ Se bl.a. Taxell (1972), s 442, Olsen (1993), s 131 samt NJA 1939 A 149.

¹³⁷ Jfr Taxell (1972), s 448.

¹³⁸ Ekelöf (1942), s 200 f.

¹³⁹ Olsen (1993), s 134 samt Fehr (1913), s 21 f.

I B-fallet kan vitesbeloppet även justeras uppåt på olika grunder. De grunder som kan tänkas bli åberopade.¹⁴⁰

- i) En justering uppåt med beaktande av skälighetssynpunkter (jfr 36 § AvtL).
- ii) Borgenären kräver ersättning enligt allmänna regler istället för kontraktuellt vite. (Alternativ ersättning).
- iii) Borgenären kräver avtalsvite *och* därjämte ersättning enligt allmänna grunder för den del av skadan som inte täcks av vitet. (Kumulativ ersättning)¹⁴¹

I den svenska doktrinen råder en delad uppfattning huruvida vitet skall anses som en ansvarsbegränsning. I den äldre litteraturen anser bl.a. Almén att vitet inte utgör maximum, medan Fehr är av motsatt mening.¹⁴² Som nämnts ovan fungerar vitet (liquidated damage) i engelsk rätt som en begränsning av gäldenärens ansvar.¹⁴³ I Olsens avhandling framgår att i tysk rätt däremot, har borgenären en rätt att få ersättning enligt allmänna regler för den del som överstiger vitesbeloppet. Uppfattningen i de övriga nordiska länderna är likaså splittrad. I dansk rätt har såväl Ussing som Lassen uttalat sig att borgenären bör ha möjlighet att välja mellan att kräva skadestånd enligt allmänna regler och att kräva vitet. I Finland har många författare anslutit sig till den tyska modellen där ersättning kan utgå enligt allmänna regler för den del som överstiger vitesbeloppet.¹⁴⁴ Taxell däremot anser att mycket starka skäl skall till för att rubba den avtalade riskfördelningen genom den avtalade ersättningen och menar att vitet skall som huvudregel vara exklusivt.¹⁴⁵

Att vitet, enligt svensk rätt, är den högsta ersättningen är dock den uppfattning som har fått starkast genomslagskraft i litteraturen. Anledningen till det är enligt Olsen motiven till de civilrättsliga lagförslag som framlades under 1800-talets första hälft. Där stadgades att ersättning inte kunde utgå utöver vitet om borgenären inte gjort förbehåll därom, m.a.o. ett *exklusivt* vite.¹⁴⁶ Varierande utgångar finns i svensk praxis, vilket inbjuder till olika tolkningar. I ett par äldre rättsfall har HD gjort bedömningen att ersättning inte skall utgå för mer än det avtalade vitet, vilket tyder på att vitet är en ansvarsbegränsning.¹⁴⁷ Likaså har HD i NJA 1919 s 127 uttalat sig att borgenären inte har en valmöjlighet att välja mellan att yrka skadestånd enligt allmänna regler eller att yrka på det avtalade vitet. Med anledning av

¹⁴⁰ Jfr Olsen (1993), s 130 ff och Taxell (1972), s 446 ff.

¹⁴¹ För ersättning upp till vitesbeloppet behövs således ingen bevisning, utan enbart för den del som överstiger vitet. Vitet blir därmed en minimiersättning. I alternativ (ii) löper borgenären risken att ej kunna bevisa skadan och därför erhålla mindre ersättning än vitet.

¹⁴² Se Almén (1960), s 319 resp. Fehr (1913), s 26 f.

¹⁴³ Se kap. 3.1.1. ovan.

¹⁴⁴ Olsen (1993), s 135.

¹⁴⁵ Taxell (1972), s 451.

¹⁴⁶ Olsen (1993), s 136.

¹⁴⁷ Se bl.a. NJA 1891 A 22 samt NJA 1920 A 615. Jfr. dock NJA 1909 A 597 där vitet var på 400:-, men skadestånd utgick enligt allmänna regler till 2173:-.

rättsfallens ålder bör viss försiktighet iakttagas vid bedömningen av rättsfallens prejudikatvärde. Vad som dock borde stå klart är att eftersom vitet är ett surrogat för skadeståndet, om möjligt partiellt, så är det naturligt att vite och skadestånd inte kumuleras på så sätt att både fullt vite och fullt skadestånd utgår samtidigt.¹⁴⁸

Om vitet verkar som en ansvarsbegränsning är det något som kan bli föremål för jämkning enligt 36 § AvtL. När detta skall ske är emellertid enligt betänkandet svårt att avgöra.¹⁴⁹ Ansvarsbegränsningen till ett visst maximalt belopp är en typ av friskrivning, som i propositionen likställs med en form av vite, och vilket sällan kan jämkas uppåt om det inte framstår som oskäligt lågt.¹⁵⁰ En problematik som Gorton och Samuelsson tar upp är huruvida vitesklausulen skall anses som en ansvarsbegränsning då vitesbeloppet är lågt och gäldenären gjort sig skyldig till medvetet kontraktsbrott.¹⁵¹ En part kan som huvudregel inte friskriva sig från skadeståndsansvar vid uppsåt eller grov oaktsamhet.¹⁵² Om vitet verkar som en beloppsmässig ansvarsbegränsning, men är så pass lågt i förhållande till den reella skadan kan det liknas vid en friskrivning från skadeståndansvaret och skall enligt förarbetena jämkas. Ett brott mot en konkurrensklausul är emellertid i de flesta fall ett medvetet val av gäldenären och det torde vara i ytterst få fall där gäldenären inte är medveten om att han har begått ett kontraktsbrott. Denna princip att en friskrivning ej gäller vid medvetna kontraktsbrott synes vara mindre lämplig i fallet med konkurrensklausuler. Enligt kollektivavtalet från 1969 är uppsåtligt, eller av grov oaktsamhet, kontraktsbrott dessutom ett krav för att ersättning skall utgå.¹⁵³

Gällande kontraktuella viten i allmänhet kan sammanfattningsvis sägas att den bestämda ersättningen skall utgå till den skadelidande oavsett om skadan är större eller mindre. En justering av vitet kan ske både uppåt och nedåt med stöd av 36 § AvtL, men i kommersiella sammanhang är det endast i få fall en jämkning kan ske, särskilt till fördel för borgenären.¹⁵⁴ Den del av doktrinen som redogjorts för ovan är emellertid i många fall kommentarer om vitets ställning i köp- och transporträtten. Det är därmed inte sagt att samma sak bör gälla vitesklausuler som är kopplade till konkurrensklausuler. Nedan kommer därför en bedömning utifrån ett ekonomiskt perspektiv och allmänna rättsprinciper samt de olika intressen som är relevanta vid en bedömning av vitesklausulen som en ansvarsbegränsning i kopplingen med en konkurrensklausul samt på vilka grunder som justering kan tänkas ske.

¹⁴⁸ Rodhe (1956), s 520.

¹⁴⁹ SOU 1974:83, s 182 f.

¹⁵⁰ Prop. 1975/76:81, s 142 ff.

¹⁵¹ Gorton och Samuelsson (2005), s 105.

¹⁵² Prop. 1975/76:83, s 144.

¹⁵³ Se formulär till överenskommelsen från 1969.

¹⁵⁴ Jfr Gorton och Samuelsson (2005), s 80 ff.

6.1 Överlåtelse av rörelse

Rättsäkerheten kräver att det som parterna har avtalat skall gälla. Samtidigt är borgenären i behov av skydd och skälig ersättning för den skada som avtalsbrottet framkallat. Ett brott mot ett konkurrensförbud kan medföra allvarliga konsekvenser för borgenären. Omfattningen av de skador som kan uppstå är svåra att förutse och kan i många fall bli omfattande och i värsta fall leda till att verksamheten måste läggas ned.¹⁵⁵ Vid ett företagsförvärv är köparen i samband med köpet särskilt känslig för konkurrens. Säljaren har i detta läge bättre kunskap om dels företaget i sig, men även marknaden samt viktiga kund- och klientkontakter. Om exempelvis en person köper en kinarestaurang på en mindre ort är det förstäligt om han inte vill att säljaren skall öppna upp en ny kinarestaurang någon vecka senare på gatan bredvid. Det avtalade vitet har här främst ett påtryckningsintresse och att köparen i detta fall kan få ersättning för den verkliga förlusten synes inte orimligt.

Enligt förarbetena till 36 § AvtL är emellertid utrymmet för en höjning av vitet små. Främst är generalklausulens syfte att minska eller utesluta avtalsförpliktelser som anses oskäligen, inte att påföra den ena parten ytterligare ansvar. Det avtalade vitet skulle i så fall behöva jämkas så pass mycket till borgenärens fördel att dennes förlust inte längre framstår som oskäligen. Jämkning av kommersiella avtal bör ske med stor restriktivitet och särskilt när det gäller att utöka en parts ansvar i förhållande till den ursprungliga förpliktelsen, varför en jämkning enligt 36 § AvtL känns främmande i den utsträckning som krävs.

Enligt praxis är det tveksamt om borgenären kan anses ha en valmöjlighet att välja mellan att kräva vitet eller att kräva ersättning enligt allmänna skadestandsregler.¹⁵⁶ I NJA 1909 A 597 tillerkändes borgenären visserligen ett belopp som betydligt översteg det avtalade beloppet. HD fastställde dock enbart HovR:s dom och det är i domskälen svårt att utläsa vilken grund som detta beslut vilar på och den principiella betydelsen torde vara svag. En viktig faktor vid avtalets utformning är att gäldenären har möjlighet att förutse och beräkna sina risker och kostnader. Borgenären har den fördelen att han inte behöver framlägga bevis om skadans omfattning. Ges borgenären valfriheten att kräva än mer ersättning än vad som avtalats ändras förutsättningarna för riskbedömningen väsentligt. Även om det främst skulle vara till en förfördelad borgenärs fördel med valfrihet ändras vitets funktion fundamentalt, vilket känns mycket främmande. Den processuella lättningen som borgenären har fått har också ett pris, varför jag har svårt att se att borgenären skall få en sådan valmöjlighet. Till dennes nackdel med en sådan lösning är dessutom att gäldenären har möjlighet att exculpera sig. Vad gäller konkurrensklausuler är vitets påtryckningsfunktion en av de främsta egenskaperna. Borgenären har möjlighet att sätta ett relativt högt vite utan att det bör kunna ifrågasättas, varför han även bör bära risken

¹⁵⁵ Se t.ex. AD 1998 nr. 80 gällande bevisvärigheter samt påverkan av direkt kundbortfall av konkurrerande verksamhet.

¹⁵⁶ Se ovan kap. 6.1.

om vitet har satts för lågt och inte reparerar den skada som avtalsbrottet innebär.

Ett tredje alternativ är att låta bevislättningen vara kvar och behålla vitets funktion som en ansvarsbegränsning upp till det avtalade beloppet. Borgenären kan därefter yrka på ytterligare ersättning för att bli försatt i samma situation som innan avtalsbrottet. Frågan är på vilket sätt som detta i så fall ska ske. Om borgenären ges rätt att få full ersättning för de skador han lidit och dessutom har rätt till åtminstone vitet med bibehållen bevislättning, är det en än mer gynnsam än om han har en rätt att välja mellan vitet eller att yrka skadestånd enligt allmänna regler. Ett alternativ är att dra analogier från principen om obehörig vinst och göra en skälighetsbedömning utifrån de syften som finns bakom vitesklausulen. Borgenären kommer i sådana fall inte att bli fullständigt kompenserad för den förlust han har lidit som inte täcks av vitet, men har däremot eventuellt en rätt att få del av den *obehöriga vinst* som gäldenären har gjort genom sitt avtalsbrott. En sådan lösning ligger också i linje med att det inte skall gå att friskriva sig från ansvar vid medvetna avtalsbrott, även om denna lösning inte är fullt lika drastisk och ger full ersättning. Om ersättning skall utgå utöver det kontraktuella vitet är det denna tredje lösning med beaktande av principen om obehörig vinst som jag förespråkar och kommer utgå från vid skälighetsbedömningen nedan.

6.1.1 Skälighetsbedömning

Vid skälighetsbedömningen är de faktorer som påverkar utgången konkurrensklausulens och vitets syfte och funktion i partsrelationen samt särskilda omständigheter i det enskilda fallet, exempelvis vilken typ av marknad konkurrensklausulen reglerar eller om gäldenären har uppvisat ett särskilt illojalt beteende. Av relevans vid bedömningen är också den direkta orsaken till inkomstbortfallet, liksom vid ett vanligt skadeståndsanspråk. I relationen med konkurrensklausuler är vitet huvudsakligen ett påtryckningsmedel som skall förmå gäldenären att fullgöra avtalet. De syften som borgenären har med konkurrensklausulen kan som tidigare nämnts variera.¹⁵⁷ Kundintresset är kontroversiellt på det sätt att det går direkt emot idén om konkurrensfrihet och tanken om en fri marknad. I fallet med företagsöverlåtelser anser jag dock att det kan vara ett legitimt intresse och skäl för att lindra borgenärens förlust om gäldenären brutit mot konkurrensförbudet. Dock bör det vara mycket särskilda skäl, t.ex. om gäldenären har sålt en mindre verksamhet för att sedan sätta upp en ny i samma område efter försäljningen. Skyddsintresse finns dessutom för att värna om omsättningsintresset och därmed bättre konkurrens, vilket minskar om sådant handlande accepteras. Av relevans är också på vilket sätt gäldenären har värvat kunder och hur aktiv han har varit. Som huvudregel bör emellertid intresset att bevara befintliga kunder och marknadsandelar inte vara en anledning till att ge borgenären mer ersättning än vad som

¹⁵⁷ Se kap. 2.2.1.

avtalats och detta intresse går även emot den rätt som kunder och klienter har att fritt välja vem som de ska köpa sina varor eller tjänster av.

Skyddet för företagshemligheter och specifikt företagskunnande är mindre kontroversiellt. Vid företagsöverlåtelsen förvärvar borgenären inte bara materiella och finansiella tillgångar, utan även know-how och företagshemligheter som inte går, eller som han inte vill, skydda immaterialrättsligt genom t.ex. patent. Denna information eller kunskap har haft ett pris och utgör i vissa fall en stor del av överlåtelsepriset. Genom konkurrensklausulen vill borgenären skapa sig ett skydd mot att gäldenären använder eller sprider informationen, vilken utgör en viktig konkurrensfördel för företaget. Beroende på vilken typ av information och på vilket sätt den har utnyttjats eller spridits kan det finnas anledning att utöka det avtalade skadeståndsansvaret.

6.2 I anställningsavtalet

Om det kan åläggas gäldenären ett utökat skadeståndsansvar vid brott mot konkurrensklausul i tjänsteavtal förespråkar jag samma lösning som ovan, med beaktande av principen om obehörig vinst. Förutom de grundläggande skälen behöver man inte ta samma hänsyn till gäldenärens förmögenhetsförhållande, vilket kan vara en jämningsgrund i andra riktningen om denne har en svag privatekonomiställning, eftersom utjämnningen sker från den obehöriga vinsten. Den skälighetsbedömning som skall ligga till grund för en eventuell utjämnning av den obehöriga vinsten kan dock skilja sig åt i vissa delar. Dels beroende på att den arbetsrättsliga aspekten bör få en större inverkan i denna bedömning, dels för att kollektivavtalet från 1969 gällande konkurrensklausuler direkt inverkar på möjligheten till ett vidare skadeståndsansvar. Överenskommelsen tillåter endast konkurrensklausuler för att skydda företagshemligheter, varför en konkurrensklausul med syfte att bevara kunder och marknadsandelar inte ens är giltig. De riktlinjer som kollektivavtalet ger gällande skadestånd är att ersättningen skall stå i rimlig proportion till arbetstagarens lön och rekommendationen ligger på sex månader. Skadans omfattning eller på vilket sätt konkurrensförbudet har brutits mot nämns inte in vid bestämmandet av ersättningens storlek. En möjlig och trolig tolkning är att kollektivavtalet inte ens godkänner ett utökat ansvar, även om en friskrivning inte uttryckligen finns i överenskommelsen.¹⁵⁸ Att beakta är dock att ett visst skydd finns i FHL, vilken enligt *lex specialis* träder före kollektivavtalet i normhierarkin.

¹⁵⁸ Se 1969 års överenskommelse p. 4 samt tillhörande formulär samt jfr. Fahlbeck (1992), s 129 angående möjligheten till andra påföljder.

6.2.1 Skälighetsbedömning

I vissa fall kan det ändå vara befogat att ge gäldenären ett utökat ansvar och bedömningen blir när kollektivavtalet inte är tillämpligt i stort den samma, även om det bör ske med större restriktivitet än i företagsförvärvssituationen. Viktigt är dock att skilja på de tjänsteavtal som faller utanför kollektivavtalets tillämpning, t.ex. VD, personer på chefspositioner eller som innehar en särskild förtroendeställning i företaget, där möjligheten bör vara större att utöka ansvaret än för en ”vanlig” arbetstagare. En person med särskild förtroende ställning som slutar sin anställning och därefter medvetet bryter mot konkurrensförbudet genom att ta över kunder som han haft en nära relation med kan det vara motiverat att vidga ansvaret. Likaså i situationer där en sådan person använder företagshemligheter för att konkurrera under sådana omständigheter att det kan anses särskilt illojalt. I det senare fallet finns emellertid ett skydd som ges i 7 § st 2 FHL, vilket kräver *synnerliga* skäl.

Intresset att bibehålla utbildad och påkostad personal samt nyckelpersoner i organisationen är ett intresse som främst gör sig gällande vid konkurrensklausuler i anställningsförhållande. I vissa fall kan säljarna erbjudas anställning i företaget efter förvärvet, men i sådan fall kopplas konkurrensförbudet oftast till överlåtelseavtalet och omfattas inte av kollektivavtalet utan är av mer kommersiell natur. Detta intresse är inte skyddsvärt vid övervägningen att utöka den avtalade skadeståndet och en person bör som huvudregel fritt få förfoga över sin kompetens och kunskap.¹⁵⁹

6.3 Sammanfattning

Enligt min bedömning bör vitet som huvudregel uppfattas som en ansvarsbegränsning och, om inte annat följer av avtalet, slutligt reglera ersättningsfrågan. Denna ståndpunkt har sin grund i parternas vilja och ursprungliga riskfördelning. Vitet är således en medveten *eller* omedveten ansvarsbegränsning, vilket sällan bör justeras av domstol. Särskilda skäl kan motivera en ersättning utöver vitesbeloppet för att tillgodose borgenärens krav på skydd mot det medvetna avtalsbrottet. En avvägning får göras av de relevanta intressen som finns, skadans omfattning och gäldenärens vinst, omfattningen av den konkurrerande verksamheten samt omständigheter som gör att konkurrensen kan anses som särskilt illojal. Det är svårt att ge tydliga exempel på när en ökning av ansvaret skall ske och borgenären kan inte räkna med att erhålla full ersättning, utan endast en del av vinsten som gäldenären erhållit när vitets påtryckningsfunktion inte har varit tillräcklig och han brutit mot kontraktet. Svårigheter finns, inte bara med att uppskatta en eventuell skada, vilket uppskattats genom vitet, utan även att senare bevisa den uppkomna skadan. Det är en bidragande orsak till att ge gäldenären ett ökat ansvar, men borgenären har givetvis själv bevisbördan

¹⁵⁹ Jfr ”Pilotfallen” AD 1991 nr 81 samt AD 1992 nr 67.

för ersättning utöver vitet. Ett utökat ansvar kan självklart aldrig bli aktuellt i en situation där giltigheten av konkurrensklausulen kan ifrågasättas.

Genom att se vitet som en ansvarsbegränsning ges gäldenären en möjlighet att köpa sig fri från ett för honom ofördelaktigt avtal genom att betala vitet. Det är inte i alla situationer som det är tilltalande att låta gäldenären på detta sätt flytta över de ekonomiskt ofördelaktiga verkningarna av ett avtal på borgenären. Dock finns det som tidigare nämnts möjlighet att använda sig av 15:3 RB och vid vite yrka att gäldenären förbjuds att fortsätta konkurrera under den tid konkurrensförbudet gäller. Denna möjlighet påverkar givetvis huruvida ett utökat gäldenärsansvar skall förekomma och kommer att utredas i det följande.

7 Vitet som friköpsklausul

Utgångspunkten i de flesta kommersiella avtal är att parterna vill minimera sin egen risk och maximera nyttan av avtalet. En hög risk föranleder en lägre köpeskilling vid företagsförvärv eller ett högre skadeståndstak. Ansvarsbegränsningar och garantier med striktansvar – jfr. vite - är vanligt vid företagsförvärv och är ur ett rättsekonomiskt perspektiv bra då de tydligt fördelar risken och därmed minskar processkostnaden vid en eventuell tvist. Parterna har på så sätt prissatt de risker som avtalet innebär och även ett brott mot konkurrensklausulen. Om vitet för brott mot konkurrensklausulen är en miljon kronor, men vinsten för gäldenären samtidigt är två miljoner för en eventuell anställning i konkurrerande företag eller uppdrag som egen företagare, är det mer lukrativt samt ekonomiskt rationellt för gäldenären att bryta mot konkurrensförbudet och erlagga vitet. Den totala nyttan av avtalsbrottet minskar teoretiskt inte eftersom borgenären vid avtalets ingående värderade risken till maximalt en miljon. Inom rättsekonomi har denna problematik utvecklats en teori om *efficient breach* - effektiva avtalsbrott.¹⁶⁰

När vitet åtminstone ger täckning för den skada borgenären åsamkas kan det tyckas svårt att se skäl till att hindra gäldenären att bryta mot avtalet. Problemet är som tidigare nämnts att uppskattning av skadan vid brott mot en konkurrensklausul är mycket svår att göra. Vid bedömningen huruvida avtalsbrottet medför mer nytta i samhällsekonomi måste också samtliga transaktionskostnader och eventuella externa effekter beaktas.¹⁶¹ Avtalsbrottet kan, förutom att borgenären förlorar kunder och gör en ekonomisk förlust (som täcks av vitet), t.ex. att han behöver göra personalneddragningar p.g.a. minskad arbetsbörda.¹⁶²

För att det skall vara möjligt att använda sig av en vitesklausul som en *friköpsklausul* krävs det således att vitet utgör en rättsligt bindande ansvarsbegränsning gällande ersättnings storlek. Dessutom kan borgenären inte ha möjlighet att genom interimistiskt förbud framtvunga prestation av gäldenären. AD:s dom från 1990 indikerar att borgenären har denna möjlighet. Likaså HD:s dom från 1991, varför innebörden av rättsfallen skall utvecklas i det följande.

¹⁶⁰ Eisenberg (2004), kap. II ff. (Sidnumrering saknas tyvärr.)

¹⁶¹ Gorton och Samuelsson (2005), s 101.

¹⁶² För att friköpet skall medföra mer nytta och vara paretooptimalt krävs att vitet ger täckning för den förlust borgenären gör. Om gäldenärens skada är större än vitet är transaktionen inte paretooptimal, men kan uppfylla Kaldor-Hicks-kriteriet om den totala vinsten är större än den totala förlusten, se vidare kap. 4 ovan samt Dahlman et. al. (2004).

7.1 Tvång till naturauppfyllelse

Ett interimistiskt förbud gällande annat än betalning i pengar regleras i 15:3 RB. Det är en säkerhetsåtgärd varmed gäldenären kan förbjudas att upphöra med verksamhet som strider mot konkurrensklausulen. Sanktionen förenas med vite som påtryckningsmedel för att förbudet skall efterföljas. Detta vite är ett offentlighetsrättsligt vite och tillfaller staten, varför det måste skiljas från det kontraktsrättsliga vitet.¹⁶³ Enligt svensk rätt är som tidigare nämnts gäldenären bunden till avtalet och tvungen att prestera i natura. Borgenären behöver därför inte nöja sig med skadestånd och denna sanktion kan enligt Ekelöf påföras gäldenären *vid sidan av* det kontraktsrättsliga vitet. Vidare kan det tänkas att gäldenären inte är solid men mycket väl kan avhållas från att konkurrera, varför ett förbud enligt 15:3 är mer lämpligt.¹⁶⁴ Adlercreutz diskuterar huruvida en fullgörelse- och förbudstalan enligt 15:3 kan vara ett *alternativ* till att yrka vitet.¹⁶⁵ Ett notis fall från HD, NJA 1938 A. 238 gällande en konkurrensklausul vid försäljning av en tandklinik indikerar att det kan vara så.¹⁶⁶ Rättsfallet är emellertid svårtolkat och något yrkande om förbud förenat med vite gjordes aldrig. En sådan lösning anser jag vara mindre lämplig, då vitets reparativa funktion försvinner, även om påtryckningsintresset är det primära. Även om konkurrensförbudet är ett ingrepp i den personliga friheten och näringsfriheten, bygger det på att konkurrensklausulen i sig är giltig. Den negativa förpliktelsen som förbudet innebär är redan ”godkänd” varför det inte bör finnas hinder för en borgenär i vissa fall får använda sig av en förbudstalan i 15:3 RB och dessutom yrka vitet.

Av lagtexten framgår att om borgenären visar sannolika skäl för att han har ett anspråk, som är eller kan antas bli föremål för rättegång och det skäligen kan befaras att gäldenären genom att utöva viss verksamhet, *får* domstol förordna om förbud vid vite för att säkerställa gäldenärens rätt. Säkerhetsåtgärden är en fakultativ bestämmelse, varför domstolen inte nödvändigtvis behöver bifalla yrkandet om förbud. Enligt Ekelöf måste en *proportionalitetsprövning* göras för att avgöra om förbudet kan medföra oproportionerliga skadeverkningar i förhållande till de skäl som talar för en ett förordnande om förbud.¹⁶⁷ Denna intresseavvägning bör enligt förarbetena till rättegångsbalken inte leda till ett förbud ”utan starka skäl.”¹⁶⁸ Även Westberg är av uppfattningen att rättskyddet som *får* ges i 15:3 är av undantagskaraktär. Svaranden har som huvudregel en rätt att förfoga över sin rörelsefrihet under tiden fram till slutlig dom. De fall som enligt Westberg kan bli aktuella är om borgenärens rätt hotas av ett oförsvarbart agerande som befaras att försvåra eller omintetgöra den

¹⁶³ Norrgård (2002), s 1 ff. samt Ekelöf et. al. (2006), s 32.

¹⁶⁴ Ekelöf et. al. (2006), s 33. Fortsättningsvis menas med vite det kontraktsrättsliga vitet, om inte annat framgår av sammanhanget.

¹⁶⁵ Adlercreutz (1991), s 449.

¹⁶⁶ Jfr Olsen (1993), s 146.

¹⁶⁷ Ekelöf et. al. (2006), s 36.

¹⁶⁸ Prop. 1980/81:84, s 230.

praktiska betydelsen av en framtida dom till borgenärens favör.¹⁶⁹ Att beakta är dock att förbudet ämnar att vidmakthålla den rättsliga situationen. Någon tvekan finns sällan angående omfattningen av konkurrensförbudet och att gäldenären bryter mot det. Vitesförbudet avsedda syfte är att bevara *status quo*, vilket enligt en del utländsk doktrin bör vara det enda giltiga syftet för en säkerhetsåtgärd.¹⁷⁰ Andra säkerhetsåtgärder kan indirekt innebära en förtida verkställighet, vilket det inte är fråga om i detta fall. Problemet är enligt Westberg att intresseavvägningen i många fall kan bli ofullkomlig och halvhjärtad,¹⁷¹ vilket verkar vara fallet i NJA 1991 s 200 och AD 1990 nr 44. En noggrann intresseavvägning måste ändå göras för att hitta en balans mellan det resultat som säkerhetsåtgärden syftar att ge samt de negativa effekter den medför.¹⁷² Domstolen bör därför vid intresseavvägningen tillämpa - *principen om det lindrigaste ingreppet* – och väga borgenärens behov av förbudet mot de skador förbudet innebär.¹⁷³

7.1.1 Intresseavvägning

I AD 1990 nr 44¹⁷⁴ förlitade sig C på att ansvarsbegränsningen var den maximala ersättningen han skulle behöva erlagga om han bröt mot konkurrensförbudet och att hans prestation inte kunde framtvingas på annat sätt. Adlercreutz har varit mycket kritisk till AD:s domslut och anser att A borde ha fått nöja sig med skadestånd, främst för att förbudet innebär en inskränkning i rätten att utöva näringsverksamhet, vilket är ett djupt ingrepp i den personliga friheten.¹⁷⁵ Enligt svensk rätt kan en arbetstagare inte förpliktigas vid offentlighetsrättsligt vite att återgå till arbete.¹⁷⁶ På motsvarande sätt kan inte heller en arbetsgivare tvingas att återanställa en arbetstagare som skiljts från sin tjänst på ogiltig grund.¹⁷⁷ Prestationen i avtalet är emellertid av negativ karaktär och kan inte bedömas på samma sätt. Därmed inte sagt att det kan ske i alla situationer. AD har i sitt domskäl utelämnat en tydlig motivering och intresseavvägningen är mager när de fastsällt tingsrättens beslut. En noggrann avvägning av parternas intressen och skyddsbehov måste göras. Av intresse är också den ersättning som gäldenären fått för konkurrensförbudet, vitets storlek, konkurrensförbudets omfattning i tid samt geografi och bransch.

Utfallet blir dock olika beroende på partsrelationen. Kollektivavtalet tillåter till och börja med endast konkurrensklausuler till skydd för företagshemligheter. Om gäldenärens handlande kan angripas genom 7 § st. 2 FHL finns möjlighet att använda sig av vitesförbudet i FHL. Däremot menar Fahlbeck att kollektivavtalet utesluter annan sanktion än just

¹⁶⁹ Westberg, Bok 1, (2004), s 89.

¹⁷⁰ A.A., s 102.

¹⁷¹ A.A., s 103 f.

¹⁷² Westberg. Bok 4, (2004), s 191 ff.

¹⁷³ För utveckling av principen, se A.A., s 298 ff.

¹⁷⁴ Se kap. 5.3 ovan för ett sammanfattande referat och benämning av parter.

¹⁷⁵ Adlercreutz (1991), s 446

¹⁷⁶ Schmidt (1994), s 32 samt se t.ex. AD 1970 nr 9.

¹⁷⁷ Se LAS 39 § samt se t.ex. AD 1978 nr 89.

normerat skadestånd, varför vitesförbud med stöd av 15:3 RB inte kan användas i ett anställningsavtal. För denna åsikt talar att vitet fastställts i förhållande till gäldenärens ekonomiska förhållanden, att vitet bara kan utfalla vid grov vårdslöshet samt att vitet kan jämkas.¹⁷⁸ Om vitesförbud skulle kunna utverkas synes dessa faktorer överflödiga. Jag vill dock inte själv tolka in en fullständig *friskrivningsklausul* från andra påföljder i kollektivavtalet. Det måste vara i ytterst få fall som intresseavvägningen ger domstolen rätt att besluta om vitesförbud och i de fallen måste finnas synnerliga skäl. Troligt är emellertid att de fall där ett vitesförbud kan vara aktuellt ändå fångas upp av 7 § st. 2 i FHL, varför avgränsningen blir av mindre betydelse. I de rena anställningsavtal som inte träffas av kollektivavtalet bör en liknande restriktiv inställning hållas i linje med överenskommelsen, även om avvikelser kan tänkas.

I de fall där gäldenären har innehaft en särskild förtroende ställning, såsom VD eller hög chef samt i överlåtelsesituationen blir bedömningen en annan. Skyddet för företagshemligheter är liksom i anställningsavtalet ett legitimt intresse. De två rättsfallen uttrycker att även intresset för att bevara kunder och marknadsandelar är ett legitimt intresse, vilket kan säkerställas genom vitesförbud.

7.2 Sammanfattning

Att borgenären har möjlighet att framtvinga prestation under konkurrensklausulen genom att yrka på vitesförbud framgår av HD:s och AD:s två domar, i vart fall i de situationer när kollektivavtalet från 1969 inte är tillämpligt. Vitesförbudet bör dock föregås av en grundlig intresseavvägning för att domstolen skall kunna använda sig av säkerhetsåtgärden i 15:3, vilket till synes saknas i de två domarna. Jag ser det definitivt inte som en självklarhet att en borgenär i alla lägen skall få igenom ett vitesförbud, utan snarare att det bör vara särskilda skäl för att upprätthålla konkurrensförbudet med vitesförbud.

Rättsekonomiska modeller kan vara ett hjälpmedel vid intresseavvägningen. Dock bör de inte få allt för stor inverkan på det slutgiltiga resultatet, utan de andra ovan nämnda faktorerna bör ha en mer central roll vid bedömningen. Dessutom har modellerna den svagheten att resultatet är svårbedömt med anledning av bevisvärigheterna gällande skadans omfattning samt svårigheten att få med alla relevanta påverkande faktorer.

¹⁷⁸ Fahlbeck (1992), s 129.

8 Avslutande reflektioner

Skadans omfattning vid brott mot en konkurrensklausul är svår att uppskatta, men kan i många fall leda till stor ekonomisk förlust för borgenären. När en vitesklausul kopplas till en konkurrensklausul är det främst ett påtryckningsmedel för borgenären att försöka tvinga gäldenären att följa konkurrensförbudet. Det svenska rättsläget huruvida vitet är den enda och maximala ersättningen vid kontraktsbrott är osäkert. Svensk rättspraxis är gammal och ger inget entydigt svar, men däremot indikerar doktrinen att vitet är den minsta och högsta ersättningen. Min uppfattning är att ett kontraktuellt vite skall verka som ansvarsbegränsning oavsett om parterna uttryckligen har avtalat därom och vitet skall utgå oavsett om skadan är större eller mindre. Detta framförallt med anledning av parternas avtalade riskfördelning och möjlighet att förutse kostnader, men även med hänsyn till konfliktlösningsintresset. Om parterna önskar att vidga skadeståndsansvaret har de möjlighet att avtala om detta. Att det kontraktuella vitet som huvudregel är en skadeståndsrättslig ansvarsbegränsning anser jag inte bara skall gälla i kopplingen till konkurrensklausuler, utan för samtliga kontraktuella viten som är kopplade till en *negativ förpliktelse*.

Under vissa omständigheter som har diskuterats ovan kan ett ansvar utöver den förutbestämda ersättningen vara aktuellt. Enligt svensk gällande rätt är det främst 36 § AvtL som kan jämka en oskäligen ansvarsbegränsning. Enligt min uppfattning bör istället en fördelning göras av gäldenärens ekonomiska vinning av avtalsbrottet utifrån principen om obehörig vinst. Här får en avvägning göras utifrån parternas intressen, skadans omfattning samt särskilda omständigheter i det enskilda fallet. Borgenären har dessutom begränsade möjligheter att få full ersättning med stöd av FHL. Vad som gäller idag angående tredje mans ansvar för medverkan till kontraktsbrott är relativt oklart. Uttryckligt skydd för företagshemligheter finns i vissa situationer i FHL, men det kan finnas möjligheter till fullt skadestånd även när skyddsintresset är annat än företagshemligheter.¹⁷⁹ Vad jag uttalat mig om gällande ett utökat ersättningsansvar för gäldenären vill jag dock begränsa till att enbart gälla för vitesklausuler som är kopplade till konkurrensklausuler eftersom denna fördelningsmetod inte passar alla kontraktuella viten.

Enligt gällande rätt har borgenären en möjlighet att försöka framtvinga prestation, (konkurrensförbud), av gäldenären genom att föra en interimistisk förbudstalan, vilken förenas med offentlighetsvite. Denna möjlighet synes enligt praxis vara relativt stor. Enligt förarbetena samt doktrinen, vilket tillika är min egen uppfattning bör denna möjlighet inte göras allt för bred. En noggrann proportionalitetsprövning av parternas intressen måste göras och starka skäl måste finnas för att förelägga ett vitesförbud. I ett rättsekonomiskt perspektiv är den som bäst kan utnyttja

¹⁷⁹ Se ovan, kap. 5.4.

marknadens resurser vinnare och bör inte hindras i allt för stor utsträckning. Jag anser att i en balans mellan effektivitet och skälighet bör näringsfrihet och rätten till att fritt erbjuda sin arbetskraft premieras. Om upprätthållandet av konkurrensförbudet är av yttersta vikt för borgenären har han möjlighet att försöka öka den förutbestämda ersättningen eller skapa andra positiva ekonomiska incitament. En möjlighet är att låta konkurrensklausulen vara förenad med dels vite, men även väl tilltagen bonus som utfaller vid karenstidens slut. I kampen om marknadens resurser kan inte ett allt för otillbörligt agerande accepteras samtidigt som kommersiella parter inte kan förbjudas att göra bra affärer. Oavsett vem som springer snabbast – lejonet eller gasellen – gäldenären, borgenären eller en utomstående konkurrent, bör möjligheterna till att ändra förutsättningarna vara begränsade till ett ytterst få antal fall.

Bilaga A

Överenskommelse 1969 angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i s k konkurrensklausuler i tjänsteavtal.¹⁸⁰

Den höga materiella standarden i Sverige beror på tekniska och kommersiella framsteg, som möjliggör ständigt höjd produktivitet och förbättrad marknadsföring.

Kraven på näringslivet avseende snabb produktivitetshöjning och förbättrad marknadsföring även framdeles är utomordentligt starka. Mot bakgrund härav är snabb teknisk och kommersiell utveckling påkallad jämväl i framtiden. Medvetna om detta ägnar sig ett växande antal företag åt produkt- och metodutveckling samt marknadsanalys och marknadsföring. Utvecklingsarbetet, som äger rum under medverkan av företagets anställda, leder emellanåt fram till know-how eller därmed jämförbart kunnande, som kan vara specifikt för de företag, där arbetet ägt rum. Det förekommer likaså, att arbetsgivare genom avtal förvärvar know-how eller därmed jämförbart kunnande.

Företag som utvecklat eller förvärvat kvalificerat kunnande, kan vara angelägna om att kunnandet förbehålles de egna arbetsplatserna. Det är av vikt för företagen, att deras anställda iakttaga lojalitet och ej utåt ger spridning åt skyddsvärda företagshemligheter av ovan nämnda art. Detta gäller i synnerhet, när hemligheterna ej kan skyddas genom patent eller liknande registreringsförfaranden. För flertalet företag utgör bestämmelserna om lojalitet och diskretion i avtalen om allmänna anställningsvillkor ett tillräckligt skydd för ifrågavarande hemligheter. Ibland kan dock skyddet behöva utsträckas genom att företag och anställd ingår för längre tid bundet anställningsavtal eller genom att i anställningsavtal intages bestämmelse om längre uppsägningstid än vad som kan framgå av kollektivavtalens dispositiva uppsägningsbestämmelser. Stundom anser sig emellertid ett företag behöva kräva lojalitet och tystnadsplikt av en arbetstagare även under viss tid efter anställningens upphörande. När sakliga skäl härför föreligger och när efter anställningstidens slut gällande allmän lojalitetsförklaring ej kan anses tillfyllest som skydd, kan övervägas att i anställningsavtal mellan företag och arbetstagare med inblick i skyddsvärda hemligheter och möjligheter att utnyttja kunskap därom intaga en klausul, enligt vilken arbetstagaren vid visst normerat skadestånd förbinder sig att icke under fastställd tid efter anställningens upphörande ta befattning med verksamhet, vilken konkurrerar med företaget (konkurrensklausul).

Gentemot ett enskilt företags intresse att i vissa fall binda sina anställda med konkurrensklausuler kan dock anföras, att det för arbetstagarna liksom för anställning där de bäst kan utnyttja utbildning, yrkeserfarenhet och

¹⁸⁰ Bilaga A är hämtad från Fahlbeck (2004), bilaga 4.

specialkunskaper. Det framstår även som angeläget, att arbetstagare, som skaffat sig specialutbildning och erfarenhet inom ett visst område, får tillfälle att hos andra arbetsgivare tillgodogöra sig kunskaper inom samma område och att där skaffa sig vidgad erfarenhet och kunskap.

Mot bakgrund av ovan intagna övervägande förklarar Svenska Arbetsgivareföreningen (SAF) samt Svenska Industritjänstemannaförbundet (SIF), Sveriges Arbetsledareförbund (SALF) och Sveriges Civilingenjörskörbundet (CF) sig vara ense om följande såvitt avser frågor om konkurrensklausuler, allt i den mån sagda frågor berör anställda, vilka är medlemmar av arbetstagarorganisationerna.

SAF rekommenderar anslutna arbetsgivarförbund att godkänna avtalet såsom kollektivavtal med SIF/SALF/CF gemensamt. Har arbetsgivarförbundet förklarat sig berett att göra detta, förbinder sig SIF/SALF/CF att sluta sådant avtal.

Användningsområde

1. Konkurrensklausuler bör ifrågasättas blott hos sådana arbetsgivare, som är beroende av självständig produkt- eller metodutveckling och som genom utvecklingsarbete av angivet slag skaffar sig tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart kunnande, vars yppande för konkurrenter skulle kunna medföra påtagligt men. Lika med sådana arbetsgivare skal anses företag, som genom avtal förvärvat tillverkningshemligheter etc.

Konkurrensklausuler bör vidare komma ifråga blott för arbetstagare, som under anställningen får kännedom om tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart kunnande och som genom utbildning eller erfarenhet har möjlighet att göra bruk av denna kännedom.

Anmärkning

Under förhandlingarna rörande förevarande överenskommelse uppkom frågan, huruvida försäljare eller kameral personal enligt överenskommelsen kunde bindas av konkurrensklausuler. Tjänstemannaparterna meddelade, att så kunde ske, under förutsättning att de i överenskommelsens punkt 1 intagna förutsättningarna vore uppfyllda.

2. Vid avgörande fråga, huruvida konkurrensklausul bör intagas i tjänsteavtalet för viss arbetstagare, samt vid fastställelse av klausulens innehåll bör hänsyn tagas till å ena sidan vikten av det intresse, som arbetsgivaren önskar skydda, och å andra sidan arbetstagarens intresse av att fritt kunna utnyttja sin arbetskraft. Med hänsyn härtill böre frågan om införande av konkurrensklausul i tjänsteavtal prövas i varje enskilt fall.

Anställer företag som förvärvat know-how eller därmed jämförligt kunnande, person, som ej uppnått 27 års ålder och som vid anställningstillfället är nyutexaminerad från undervisningsanstalt, och fattas därvid beslut om att binda den anställde med konkurrensklausul, bör klausulen i normalfallet erhålla sådan utformning, att den erhåller verkan blott i det fallet, att anställningen upphör, sedan den varat i mer än sex månader.

Innehåll

3. Den tid efter anställningens upphörande, under vilken den anställde skall vara förhindrad att befatta sig med verksamhet, vilken konkurrerar med arbetsgivaren, (bindningstiden) skall ej vara längre än den beräknade livslängden för arbetsgivarens skyddsvärda know-how eller därmed jämförbara kunnande. Med hänsyn till arbetstagarens intresse av att fritt kunna disponera över sin arbetskraft bör dock bindningstiden i normalfallet ej överstiga 24 månader eller, om ovan nämnda livslängd är kort, 12 månader.

4. Normerat skadestånd bör sättas i rimlig relation till arbetstagarens lön. I allmänhet torde ett skadeståndsbelopp motsvarande sex genomsnittliga månadsinkomster utgöra tillräckligt skydd för konkurrensförbudet. Med genomsnittlig månadsinkomst avses här genomsnittet av de belopp, som arbetstagaren per månad uppburit som fast lön, provision, tantiem etc under sista anställningsåret. Vid uträknandet av den genomsnittliga månadsinkomsten skall hänsyn tagas endast till tid, under vilken arbetstagaren i normal omfattning utfört arbetet för arbetsgivarens räkning.

5. I övrigt bör konkurrensklausul utformas i överensstämmelse med vid denna överenskommelse fogad bilaga.

Underrättelse om konkurrensklausul

6. Införes konkurrensklausul i tjänsteavtal för arbetstagare, som är medlemmar av SIF, SALF eller CF skall arbetsgivaren ofördröjligen underrätta vederbörande klubb om detta.

Anmärkning

I den mån klubb saknas, avses här och i det följande lokal representant för vederbörande arbetstagarorganisation.

Regelbunden genomgång av beståndet av konkurrensklausuler

7 Varje företag med en eller flera anställda, i vilkas tjänsteavtal konkurrensklausuler intagits, skall vid ordinarie lönerevisionsdatum vartannat år med början år 1971 till berörda lokala SIF-, SALF- och CF-klubbar överlämna förteckning alltjämt gällande konkurrensklausuler avseende SIF-, SALF- respektive CF-medlemmar. Innan listorna uppgöres, skall man inom företaget överväga, om och i vad mån klausulerna alltjämt är påkallade. Förteckningarna kan även upptaga anställda, för vilka konkurrensklausuler anses böra införas eller skärpas men med vilka företaget ännu ej träffat överenskommelse härom.

Om avlämnad lista icke upptager anställd, som enligt vad som meddelats berörda klubb är bunden av konkurrensklausul, eller om företaget helt och hållet underlåter att till klubben överlämna förteckning över gällande konkurrensklausuler, förlorar ifrågavarande klausul(er) sin giltighet, därest företaget underlåter att vidtaga rättelse inom en vecka från det klubben påpekade underlåtenheten för företaget.

Förhandlingsordning

8. Har konkurrensklausul införts i visst tjänsteavtal och uppstår oenighet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren rörande frågan, huruvida klausulen alltså är påkallad, eller rörande klausulen innehåll eller tillämpning, skall tvisten behandlas vid lokal förhandling i enlighet med föreskrifterna i huvudavtalen mellan å ena sidan SAF och å andra sidan SIF resp. SALF. Uppstår oenighet mellan arbetsgivare och arbetstagare i fråga om införande under bestående anställning av konkurrensklausul i tjänsteavtalet eller i fråga om klausulens innehåll, skall tvisten likaså behandlas vid lokal förhandling enligt nyss nämnda huvudavtal.

I övrigt gäller i fråga om lokal förhandling och ärendets fullföljande i central förhandling vad som stadgas i vederbörande huvudavtal.

CF-medlemmar skall, såvitt avser förhandlingsordningen enligt ovan, anses falla under huvudavtalet SAF/SIF.

Uppnås ej heller vid central förhandling enighet, kan tvisten hänskjutas till nedan angiven skiljenämnd för avgörande. Tvisten skall hänskjutas till nämnden inom tre månader från den dag, då den centrala förhandlingen enligt huvudavtalet anses avslutad, vid äventyr att vederbörande anspråk eljest preskriberas.

Skiljenämnd

9. Den i punkt 8 ovan nämnda skiljenämnden skall bestå av ordförande och fyra ledamöter jämte suppleanter.

Ordföranden och suppleanten för honom utses genom enhälligt beslut av SAF, SIF, SALF och CF gemensamt för tre år åt gången.

Två ledamöter och suppleanter för dem utses av SAF.

Två ledamöter och suppleanter för dem utses genom enhälligt beslut av SIF, SALF och CF gemensamt.

Nämnden är beslutför endast om den är fulltalig.

Varje ledamot (resp suppleant i förekommande fall) äger en röst. Såsom nämndens beslut gäller den mening, varom flertalet förenar sig. De med ordförandens resp hans suppleants deltagande i nämndens verksamhet förenade kostnaderna skall bäras av organisationerna gemensamt, varvid SAF svarar för hälften samt SIF, SALF och CF gemensamt för återstoden. De kostnader, som uppkommer till följd av ledamots (suppleants) deltagande i nämndens verksamhet, skall bäras av organisation, som utsett ledamoten (suppleanten).

För nämndens verksamhet skall i övrigt tillämpliga delar gälla lagen om skiljemän.

Överenskommelsens giltighetstid

10. Mellan SAF samt SIF, SALF och CF gäller denna överenskommelse från den 1 januari 1971 och tills vidare med ett års uppsägningstid. Överenskommelsen må dock ej genom uppsägning bringas att upphöra förrän från den 1 april 1975. Om någon av de avtalsslutande parterna uppsäger avtalet, skall det efter uppsägningstidens utgång anses ha upphört att gälla även för de återstående parterna, därest ej annat överenskommes dem emellan.

Anmärkning

Under förhandlingarna rörande förevarande överenskommelse nåddes enighet om att överenskommelsen skulle träda i kraft först den 1 januari 1971, detta för att underlätta för företagen att anpassa sina rutiner. Man var emellertid ense om att det vore ett gemensamt önskemål, att de materiella reglerna om möjligt började tillämpas redan under år 1970.

Stockholm den 14 december 1969

Svenska Arbetsgivareföreningen
Svenska Industritjänstemannaförbundet
Sveriges Arbetsledareförbund
Sveriges Civilingenjörsförbund

Bilaga

Formulär till konkurrensklausul att intagas i tjänsteavtal

1. Den anställde må icke under en tid av...månader, räknat från anställningens upphörande,

a) taga anställning inom sådant verksamhetsområde hos med arbetsgivaren konkurrerande företag, att detta kan tänkas komma att utnyttja företagshemligheter, varom den anställde erhållit kännedom hos arbetsgivaren,

eller

b) ingå som delägare i sådant företag eller på annat sätt bistå sådant företag med råd eller dåd,

eller,

själv eller genom annan starta eller driva med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet.

Har det konkurrerande företaget två eller flera verksamhetsområden inom ort, där anställning ifrågasättes, skall samtliga beaktas vid tillämpningen av stycke a) ovan.

Konkurrensförbudet gäller ej i följande fall:

a) När arbetsgivaren sagt upp anställningsavtalet. När arbetsgivarens uppsägning föranletts av avtalsbrott från den anställdes sida, gäller dock konkurrensförbudet.

b) När den anställde sagt upp anställningen och detta föranletts av avtalsbrott från arbetsgivarens sida. Med avtalsbrott förstås sådan åtgärd eller underlåtenhet, som ger motparten rätt att häva anställningsavtalet med omedelbar verkan.

2. Om tjänsteavtalet upphör att gälla efter uppsägning på annan grund än pensionering, är arbetsgivaren pliktig att som ersättning för den olägenhet, som gällande konkurrensförbud innebär för den anställde, till den anställde per månad utbetala skillnaden mellan den anställdes arbetsinkomst hos arbetsgivaren vid anställningens upphörande och den (lägre) inkomst, som den anställde därefter intjänar i ny förvärvsverksamhet. Ersättningen skall dock icke överstiga 60 % av månadsinkomsten från arbetsgivaren vid anställningens upphörande och ej heller utgå för längre tid än den period, under vilken konkurrensförbudet gäller. För fastställande av ersättningsbeloppet är den anställde skyldig att fortlöpande hålla arbetsgivaren underrättad om storleken av sina inkomster i ny förvärvsverksamhet.

Ersättning enligt ovan utgår först fr o m den dag, då arbetsgivaren genom rekommenderat brev erhållit del av den anställdes framställning därom. Om den anställde avskedats på grund av grovt avtalsbrott, kan arbetsgivaren efter hörande av sitt arbetsgivareförbund och av arbetstagarorganisation, som den anställde må tillhöra (SIF, SALF resp CF), helt eller delvis draga in förmånen av ersättning enligt ovan.

3. Arbetsgivaren kan genom meddelande till den anställde befria denne från skyldigheten att iakttaga konkurrensförbudet, varvid arbetsgivarens ersättningsskyldighet enligt punkt 2 ovan upphör.

Vid tillämpningen härav märkes dock följande:

Meddelar den anställde arbetsgivaren, att han överväger att sluta sin anställning, skall arbetsgivaren, om den anställde så begär, inom en vecka meddela, huruvida och i vad mån arbetsgivaren avser att låta konkurrensklausulen äga giltighet. Ett sådant meddelande får ej ensidigt ändras av arbetsgivaren, förrän tolv månader förflutit från det meddelandet lämnades.

4. Om den anställde, avsiktligt eller genom grov vårdslöshet överträder konkurrensförbudet, är han skyldig att för varje gång så sker till arbetsgivaren utgiva normerat skadestånd med ett belopp motsvarande...x den anställdes genomsnittliga månadsinkomst från arbetsgivaren. Med den anställdes genomsnittliga månadsinkomst förstås genomsnittet av de belopp, som den anställde per månad uppburit som fast lön, provision, tantiem etc under sista anställningsåret. Vid uträknandet av den genomsnittliga månadsinkomsten skall hänsyn tagas endast till tid, under vilken den anställde i normal omfattning utfört arbete för arbetsgivarens räkning.

m det med hänsyn till den anställdes ringa skuld, arbetsgivarens förhållande i avseende å tvistens uppkomst eller omständigheterna i övrigt finnes

skäligt, må skadeståndets belopp nedsättas; fullständig befrielse från skadeståndsskyldighet må ock äga rum.

Anmärkning

Har den anställde brutit mot konkurrensförbudet genom att taga anställning hos konkurrerande företag, kan, såsom framgår av det ovanstående, normerat skadestånd utkrävas av honom. Den omständigheten, att den anställde sedan förhållandet påtalats fortsätter sin anställning hos det konkurrerande företaget, skall ej anses innebära ny överträdelse av denna konkurrensklausul.

5. Uppstår oenighet mellan arbetsgivaren och den anställde med avseende på fråga, som regleras i denna konkurrensklausul, skall tvisten handläggas i den ordning, som stadgas i överenskommelsen den 14 december 1969 mellan Svenska Arbetsgivareföreningen samt Svenska Industritjänstemannaförbundet, Sveriges Arbetsledareförbund och Sveriges Civilingenjörskörbundet angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i s k konkurrensklausuler i tjänsteavtal.

Käll- och litteraturförteckning

Artiklar och festskrifter

- Adlercreutz, Axel, *Personexekution eller skadestånd/avtalat vite i mål om Konkurensklausuler*, s 445-454, SvJt, 1991.
- Bernitz, Ulf, *Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande, Ett konkurrensrättsligt problem i ett komparativt perspektiv*, s 43-70, Festskrift till Lars Welamsson, Norstedts, 1988.
- Bruun, Niklas, *Konkurrensklausuler i skärningslinjen mellan konkurrens-, marknads- och arbetsrätt*, s121-139, Festskrift till Mogens Koktvegaard, Jurist – og Økenomforbundets Forlag, Danmark, 2003.
- De Geest, Gerrit, Siegers, Jacques, Vandenberghe, Ann-Sophie, *The expectation measure, labor contracts, and the incentive to work hard*, s 1-21, International Review of Law and Economics, Volym 21, 2001.
- Gorton, Lars, *Good faith (Loyalty) in contractual relations*, s 249-284, Festskrift till Reinhold Fahlbeck, Stockholm, 2005.
- Gorton, Lars, Samuelsson, Per, *Kontraktuella viten*, Studier i rättsekonomi – Festskrift till Ingemar Ståhl, Studentlitteratur, Lund, 2005.
- Gorton, Lars, Sjöman, Erik, *Negativa förpliktelser och tredje män – särskilt om överträdelse av negative pledge i finansiella avtal*, s 504-521, JT, 2003/2004.

Internet källor

- Eisenberg, Melvin, *The Theory of Efficient Breach and the Theory of Efficient Termination*, Law and Economics Workshop, School of Law, UC Berkeley, 2004. (2006-11-09)
http://repositories.cdlib.org/berkeley_law_econ/spring2004/14/

Litteratur

- Adlercreutz, Axel och Flodgren, Boel, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, Handelsrättslig skriftserie Nr 6, Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet, Lund 1992.
- Almén, Tore, *Om köp och byte av lös egendom*, Kommentar till lagen 20 Juni 1905, 4:e uppl., Norstedts, Stockholm, 1960.

- Bergström, Clas, Samuelsson, Per, *Aktiebolagets grundproblem*, 2:a uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2001.
- Bernitz, Ulf, *European Law in Sweden*, Stockholms Universitet, Stockholm, 2002.
- Bernitz, Ulf, *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1993.
- Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik, Ulriksson, Magnus, *Konkurrenslagen. En kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1999.
- Dahlman Christian, Glader Marcus, Reidhav, David, *Rättsekonomi. En introduktion*, 2:a uppl., Studentlitteratur, Lund, 2004.
- Ekelöf, Per Olof, Straffet, skadeståndet och vitet, Lundquistska Bokhandeln, Uppsala, 1942.
- Ekelöf, Per-Olof, Bylund, Torleif, Edelstam, Henrik, *Rättegång III*, 7:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2006.
- Fahlbeck, Reinhold, *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet. En kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1992.
- Fahlbeck, Reinhold, *Lagen om skydd för företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter*, 2:a uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2004.
- Fehr, Martin, *Om vitesbestämmelser i avtal enligt svensk rätt*, Almqvist & Wiksell, Uppsala, 1913.
- Friedman, Thomas L, *The world is flat*, Penguin Books, London, 2006.
- Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, 3:e uppl., Fritzes, Göteborg, 1995.
- Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, Nerenius & Santérus, Stockholm, 1993.
- Hellner, Jan, *Obehörig vinst*, Almqvist & Wiksell, Uppsala, 1950.
- Hellner, Jan, *Skadeståndsrätt*, 5:e uppl., Juristförlaget, Stockholm, 1995.
- Holm, Anders, *Den avtalsgrundande lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*. Linköpings universitet, Linköping, 2004.
- Karlgren, Hjalmar, *Kollegium i allmän obligationsrätt 1*, Juridiska Föreningen, Lund, 1959.

- Karlgren, Hjalmar, *Obehörig vinst och värdeersättning*, Norstedts, Stockholm, 1982.
- Norrgård, Marcus, *Interimistiska förbud i immaterialrätten*, Juristförbundets Förlag, Helsingfors, 2002.
- Olsen, Lena, *Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, Nerenius & Santérus, Stockholm, 1993.
- Rodhe, Knut, *Lärobok i obligationsrätt*, 6:e uppl., Norstedts, Stockholm, 1986.
- Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*, P.A Norstedt & Söners, Stockholm, 1956.
- Schmidt, Folke, *Löntagarrätt*, Rev. uppl. 1994, Juristförlaget, Stockholm, 1994.
- Smitt, Raoul et al., *VD avtalet*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2004.
- Svensäter, Lennart, *Anställning och upphovsrätt*, Nordstedts Juridikförlag, Göteborg 1991.
- Taxell, Lars-Erik, *Avtal och rättsskydd*, Åbo Akademi, Åbo, 1972.
- Taxell, Lars-Erik, *Avtalsrätt*, Juristförlaget, Stockholm, 1997.
- Taxell, Lars-Erik, *Avtalsrättens normer*, Åbo Akademi, Åbo, 1987.
- Westberg, Peter, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål, Bok 1*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2004.
- Westberg, Peter, *Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål, Bok 4*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2004.

Offentligt tryck

Ds 2002:56, *Hållfast arbetsrätt – för ett föränderlig arbetsliv*

Prop. 1975/76:81

Prop. 1980/81:84

Prop. 1987/88:155

SOU 1974:83, *Generalklausul i förmögenhetsrätten*

SOU 1983:52, *Företagshemligheter*

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

AD 1970 nr 9
AD 1977 nr 167
AD 1978 nr 89
AD 1980 nr 82
AD 1982 nr 39
AD 1982 nr 42
AD 1984 nr 20
AD 1986 nr 146
AD 1990 nr 44
AD 1991 nr 38
AD 1992 nr 9
AD 1992 nr 99
AD 1993 nr 12
AD 1993 nr 18
AD 1993 nr 40
AD 1993 nr 56
AD 1994 nr 79
AD 1996 nr 15
AD 1998 nr 80
AD 1999 nr 61
AD 1999 nr 144
AD 2003 nr 21

Högsta domstolen

NJA 1891 A 22
NJA 1909 A 597
NJA 1919 s 127
NJA 1920 A 615
NJA 1928 s 681
NJA 1938 A. 238
NJA 1939 A 149
NJA 1943 s 370
NJA 1957 s 279
NJA 1991 s 200
NJA 2005 s 608