



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Nils Svantemark

En studie av
konkurrensklausuler i
företagsförvärvsavtal

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Jur. dr Ola Svensson

Konkurrensrätt/avtalsrätt

VT 2010

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Metod och material	8
1.4 Avgränsning	9
1.5 Disposition	10
2 KONKURRENSRÄTT I EU OCH SVERIGE	11
2.1 Inledning	11
2.2 Konkurrensrättens tillkomst och syfte	11
2.2.1 EG-rätt	12
2.2.2 Svensk rätt	12
2.3 Grundläggande konkurrensregler	13
2.3.1 EG-rättens förbud mot konkurrensbegränsande avtal	13
2.3.1.1 Avtalskriteriet	14
2.3.1.2 Märkbarhetskravet	14
2.3.2 EG-rättens förbud mot missbruk av dominerande ställning	15
2.3.3 Svensk rätts förbud mot konkurrensbegränsande avtal	15
2.3.3.1 Avtalskriteriet	15
2.3.3.2 Märkbarhetskriteriet	16
2.3.4 Svensk rätts förbud mot missbruk av dominerande ställning	17
2.4 Parallell tillämpning av lagsystemen	17
2.5 Ogiltighet och skadestånd enligt konkurrensrätten	18
3 FÖRETAGSKONCENTRATIONER	20
3.1 Inledning	20
3.2 Kontroll av koncentrationer	20
3.2.1 Kommissionens prövning	21

3.2.1.1	Substanstest - SIEC	21
3.2.2	Konkurrensverkets prövning	22
3.3	Accessoriska begränsningar	22
3.3.1	Inledning	22
3.3.2	Allmänt om accessoriska begränsningar	23
3.3.2.1	EG-rätt	23
3.3.2.2	Svensk rätt	25
4	KONKURRENSKLAUSULER	26
4.1	Inledning	26
4.2	Exempel på klausul	26
4.3	Är en konkurrensklausul konkurrensbegränsande eller konkurrensfrämjande?	27
4.4	Proportionalitetskravet	27
4.4.1	Giltighetstiden	28
4.4.2	Geografisk räckvidd	30
4.4.3	Klausulens materiella innehåll	31
4.5	Vem eller vilka konkurrensklausulen omfattar	33
4.6	Sanktioner vid brott mot konkurrensklausuler	33
4.6.1	Inledning	33
4.6.2	Skadestånd och vite vid kontraktsbrott	34
4.6.3	Naturauppfyllelse vid kontraktsbrott	36
4.7	Andra typer av avtal där konkurrensklausuler förekommer	38
4.7.1	Inledning	38
4.7.2	Konkurrensklausuler i anställningsavtal	38
4.7.3	Ensamåterförsäljaravtal och franchiseavtal	40
4.7.4	Produktionssamarbeten	41
4.7.5	Handelsagentur	41
4.7.6	Sekretessklausuler och lagen om skydd för företagshemligheter	42
5	AVTALSRÄTTSLIG BEDÖMNING AV KONKURRENSKLAUSULER	45
5.1	Inledning	45
5.2	38 § avtalslagen	46
5.2.1	Tillkomst och tillämpning	46
5.2.2	Oskälighetsbedömningen	46
5.3	36 § avtalslagen	47
5.3.1	Tillkomst och tillämpning	47
5.3.2	Bedömningsgrunder	48
5.3.3	Samspelet mellan konkurrensrätt och 36 § AvtL	49
5.3.4	Förutsättningsläran	49
5.3.5	Okklarhetsregeln	50
5.3.6	Lojalitetsplikt	51

6	SLUTKOMMENTARER	52
6.1	Möjliga förbättringar av rättsläget	54
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	57
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	60

Summary

Corporate acquisitions are a vital part of the business world. They are a way to ensure growth. They are also a good way of adding values to the company, which in turn makes the company stronger. However, an acquisition is not risk free. It is often expensive and there are no guarantees that the acquisition will be profitable in the end. The buyer can to some extent protect its investment with a non-competition clause. The non-competition clause protects the buyer for a certain amount of time from the takeover, since the clause prevents the seller from engaging in any kind of competing activity.

The non-competition clause is in itself a competition restrictive agreement. Both Swedish and European Community competition law forbid agreements which have a restrictive impact on competition. However, non-competition clauses have been granted an exception. Why is that? Both the European Union and Sweden strive for a market with effective competition. Effective competition in the market creates prerequisites for growth, increased standard of living and a competitive industry. This cannot be achieved without a flexible market, i.e. a market where companies acquire other companies. In order to ease the flexibility of the market, the non-competition clauses have been granted exception status. This is justified by the fact that acquisitions cannot, without great difficulty, be successful without protection for the buyer.

Without the presence of a non-competition clause, the seller could start a new undertaking directly after the takeover. The seller will be in a position to win back his former customers because he has detailed knowledge of the sold company. In so doing, the acquisition would be worthless for the buyer. The non-competition clause prevents the seller from starting a new business, during which the buyer can take advantage of his acquisition.

Depending on the individual circumstances of each case, the contents of a non-competition clause can variegated with regard to duration, geographic market and material content. However, the clause must be formulated in a reasonable way. The non-competition clause must therefore be balanced. Consideration must be taken to the seller's interest of competing and the buyer's interest of assimilating the acquisition. No exact answer how to formulate the non-competition clause can be given, but case law can give some guidelines. A non-competition clause that does not comply with competition law can be deemed invalid.

A non-competition clause is according to civil law binding and can therefore be challenged under contractual laws. As a general principle, a non-competition clause is valid provided that it is not unreasonable. The 38 § of the Swedish contract law (Avtalslagen) regulates non-competition clauses

specifically. 36 § Avtalslagen, the general clause, is also applicable on non-competition clauses as well as general legal principles.

In summation, both competition and contractual legislation are applicable when examining the legality of non-competition clauses. However, the examination differs since the two law systems protect different subjects. Competition law protects the community's interest of effective competition whilst contract law is focused on the contracting parties. Therefore, the result may be that a non-competition clause is considered reasonable according to one legal system whilst the other deems the non-competition clause as unreasonable.

Sammanfattning

Att företag köper upp andra företag är en viktig del av näringslivet. Det är ett sätt för företag att snabbt växa och tillskansa sig värden som gör företaget starkare. En företagsöverlåtelse är dock inte riskfri. Den är ofta kostsam och det finns inga garantier för att köpet lönar sig. Det köpande företaget kan dock till viss del skydda sin investering genom att i överlåtelseavtalet föra in en konkurrensklausul. Konkurrensklausulen skyddar köparen genom att säljaren under en viss tid efter överlåtelsen förbjuds att bedriva konkurrerande verksamhet med köparen.

Konkurrensklausulen i sig är ett konkurrensbegränsande avtal. Både den svenska och den gemenskrätsrättsliga konkurrenslagstiftningen förbjuder avtal som begränsar konkurrensen på marknaden. Man har dock valt att göra ett undantag för konkurrensklausuler. Varför har lagstiftarna gjort det? Både EU och Sverige eftersträvar en marknad med effektiv konkurrens. Effektiv konkurrens på marknaden skapar förutsättningar för god tillväxt, höjd levnadsstandard och konkurrenskraftig industri. Detta går inte att uppnå utan att marknaden också är rörlig, dvs. en marknad där företag köper andra företag. För att underlätta marknadens rörlighet har konkurrensklausulerna fått undantagsstatus. Detta motiveras med att ett företagsköp inte utan stor svårighet kan bli framgångsrikt utan att köparen, med en konkurrensklausul, skyddas mot säljaren.

Utan en konkurrensklausul skulle säljaren direkt efter överlåtelsen kunna starta upp en ny verksamhet i konkurrens med köparen. All den goodwill och know-how som köparen förvärvar, skulle säljaren kunna använda i sin konkurrerande verksamhet. Köpet skulle därmed bli värdelöst för köparen. Konkurrensklausulen hindrar säljaren från att starta upp en ny verksamhet samtidigt som köparen har tid till att tillgodogöra sig sitt förvärv.

Beroende på de enskilda förhållandena i företagsöverlåtelsen kan en konkurrensklausul till sitt innehåll variera tidsmässigt, geografiskt och materiellt. Den får dock inte vara så omfattande att den anses vara oskälilig. Härvid måste en avvägning ske. Säljaren har ett intresse av att kunna konkurrera samtidigt som köparen ska kunna tillgodogöra sig sitt förvärv. Några exakta svar på hur långtgående en konkurrensklausul får vara finns inte men i praxis har vissa riktlinjer arbetats ut. En klausul som anses vara för långtgående omfattas inte av undantaget och kan därför enligt de konkurrensrättsliga reglerna förklaras ogiltilig.

En konkurrensklausul är ett civilrättsligt bindande avtal och kan därmed prövas enligt de avtalsrättsliga reglerna. En konkurrensklausul är som huvudregel giltilig såvida den inte anses vara oskälilig. 38 § avtalslagen reglerar specifikt konkurrensklausuler men även 36 § avtalslagen kan bli tillämplilig i samband med konkurrensklausuler då den är tillämplilig på alla civilrättsliga avtal. För att avgöra om en konkurrensklausul är oskälilig är

förutom de ovan nämnda paragraferna även allmänna rättsprinciper tillämpliga.

Sammanfattningsvis är både konkurrensrättslig och avtalsrättslig lagstiftning tillämplig vid prövningen av en konkurrensklausuls lagenlighet. Prövningen skiljer sig dock åt eftersom de olika lagsystemen har olika skyddsobjekt. Konkurrenslagstiftningen syftar till att skydda samhällets intresse av effektiv konkurrens medan avtalslagens prövning avser att väga de enskilda avtalsparternas intressen mot varandra. Utgången härav kan bli att en konkurrensklausul enligt det ena normsystemet är skälig medan det andra kan döma klausulen såsom oskälig.

Förord

Den här uppsatsen är finalen på tio fantastiska terminer i Lund och två terminer utomlands. När jag tittar tillbaka på den här tiden är det med glädje och stolthet. Många vänner har vunnits och erfarenheterna har blivit åtskilliga. Jag vill passa på att tacka för det stöd som min familj och mina vänner har bistått mig med genom åren.

Jag vill även tacka min handledare, Ola Svensson, för stöd och vägledning med uppsatsen.

Även om man aldrig slutar lära sig i livet är min lärotid här i Lund nu förbi. Lund är en fantastisk stad som jag vet kommer att välkomna nya generationer av studenter lika varmt som jag en gång blev välkomnad.

Lund i juni 2010.

Nils Svantemark

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AvtL	Avtalslagen
Dnr	Diarienummer
FHL	Lag om skydd för företagshemligheter
FÖL	Förutsättningsläran
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
KKV	Konkurrensverket
KKVFS	Konkurrensverkets föreskrifter
KL	Konkurrenslagen
KöpL	Köplagen
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
RB	Rättegångsbalken
SAF	Svenska Arbetsgivareföreningen
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

När jag sitter och skriver bakgrunden till det här arbetet tittar jag mig om kring i rummet. Jag ser min datorskärm, mitt tangentbord, ett glas med vatten, en tavla, kläder i en hög på golvet, morgontofflor. Alla de här sakerna, och många fler i rummet, har jag köpt. Köpt sakerna av företag som tävlat om mina pengar mot konkurrenter som vill åt pengarna lika mycket. Tack vare att företagen konkurrerar med varandra har jag som konsument fått en produkt som är billigare, bättre och snyggare än om det bara funnits ett företag eller en tillverkare. Ju mer konkurrens det är, desto billigare och bättre produkter till konsumenten.

I den marknadsstyrda värld vi lever i strävar lagstiftaren efter att åstadkomma fri konkurrens mellan företagare. Detta visar sig både inom europeiska unionen och nationellt. I verkligheten är dock fri konkurrens en utopi och kommer så att förbli. Den fria konkurrensen existerar nämligen endast som en nationalekonomisk modell. I praktiken fungerar inte fri konkurrens då privaträttsliga avtal, offentliga regleringar eller rent brottsliga gärningar sätter den fria konkurrensen ur spel.¹ Lagstiftaren försöker dock uppnå en så effektiv konkurrens som möjligt. Detta görs genom att lagreglerna kring konkurrens är rigorösa och dagens företag måste följa ett konkurrensfrämjande regelverk. Det finns dock situationer när konkurrensen tillåts att sättas ur spel. De monopol som fortfarande finns eller de undantag för konkurrensbegränsande avtal som lagen tillåter är exempel på när lagstiftaren godtagit avsteg från den fria konkurrensen. Ett annat exempel är *konkurrensklausuler*.

Konkurrensklausuler är mycket vanliga och har som funktion att begränsa någons rätt till att konkurrera. Vid ett företagsförvärv kan säljaren genom avtal förbjudas att mot köparen bedriva konkurrerande verksamhet under en viss tid, inom ett visst produktområde och inom ett visst geografiskt område. Det finns i svensk rätt inga förbud mot konkurrensklausuler som sådana. Däremot får konkurrensklausulen inte förorsaka en ogiltig konkurrensbegränsning eller vara oskälig.² Det finns inga klara lagregler för hur en konkurrensklausul ska utformas korrekt. Det finns viss rättspraxis vilken visar hur omfattande en konkurrensklausul tillåts vara. Denna är dock inte särskilt omfattande vilket resulterat i att en tillåten eller ogiltig konkurrensklausul definieras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

En ogiltig konkurrensklausul kan för köparen innebära mycket stora förluster. Köparen har genom överlåtelsen förvärvat säljarens know-how

¹ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 17.

² Bernitz, U, *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare*, 1993, s. 218.

och goodwill, dvs. kundlistor, hemlig information, ritningar, specialiserad personal, varumärke osv., med förhoppningen om att köpet ska resultera i en god investering som ger bra avkastning. Om säljaren med god kunskap om det sålda företaget tillåts att starta upp ett nytt företag som lockar till sig de gamla kunderna och den gamla personalen kommer köparen att snabbt se sin investering gå om intet. För att undvika detta och istället uppmuntra företags vilja till expansion, används konkurrensklausuler.

Konkurrensklausuler kan angripas både av konkurrensrättsliga och avtalsrättsliga regler. Denna uppsats kommer att granska båda rättsområdena för att fastställa hur en konkurrensklausul bör vara utformad för att vara giltig enligt båda rättsområdena.

1.2 Syfte och frågeställningar

Huvudsyftet med denna uppsats är att närmare granska konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse. Eftersom en felaktigt utformad konkurrensklausul kan få stora ekonomiska verkning är det viktigt att veta hur de ska utformas korrekt. Situationen problematiseras av att en konkurrensklausul kan angripas ur både ett konkurrensrättsligt och ett avtalsrättsligt perspektiv. Jag kommer därför att redogöra för båda rättsområdena.

Uppsatsen strävar även efter att åskådliggöra den intresseavvägning som måste göras vid utformningen av en konkurrensklausul för att ta tillvara både köparens och säljarens intressen. Inom konkurrensrätten är dessa väl etablerade i gemenskapsrättens praxis såväl som inom svensk rättspraxis. Däremot finns det inom den avtalsrättsliga praxisen få avgöranden som klargör rättsläget avseende konkurrensklausuler vid företagsförvärv. Vidare kommer uppsatsen att granska vilka följderna blir av att säljaren bryter mot en konkurrensklausul

Mina frågeställningar är:

- Vilket syfte tjäna en konkurrensklausul?
- Vilka konkurrensrättsliga regleringar styr utformningen av konkurrensklausuler?
- Vilka avtalsrättsliga regleringar styr utformningen av konkurrensklausuler?
- Hur förhåller sig konkurrensrätten och avtalsrätten till varandra?
- Vilka blir följderna av en säljares brott mot en konkurrensklausul?

1.3 Metod och material

Jag kommer att huvudsakligen använda mig av den klassiska rättsdogmatiska metoden för att besvara mina frågeställningar. Lagtext, både nationell och EG-rättslig, samt därtill hörande förarbeten och praxis blir centrala rättskällor i mitt arbete. Doktrinen är även den central.

Eftersom det inte finns några lagregler som direkt reglerar hur en konkurrensklausul ska vara utformad för att vara giltig, spelar praxis en stor roll i att definiera gränserna. Inom konkurrensrätten finns det relativt mycket praxis avseende konkurrensklausuler. Avtalsrättsligt är materialet dock varken omfattande eller särdeles aktuellt. Bristen på praxis kan hänföras till att avtal med konkurrensklausuler ofta innehåller en skiljeklausul, varför tvister inte når allmän domstol.³

Jag vill särskilt omnämna tre böcker som varit till stor hjälp i mitt arbete. För den konkurrensrättsliga delen av uppsatsen har *Konkurrensrätt, en kommentar* skriven av Carl Wetter, Johan Karlsson och Marie Östman spelat en stor roll. Det har även Ulf Bernitz *Svensk och europeisk konkurrensrätt 1* gjort. Sist och till sidantalet minst har Axel Adlercreutz och Boel Flodgrens alster *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse* varit en ständig följeslagare under arbetet.

1.4 Avgränsning

Uppsatsens fokus ligger på konkurrensklausuler i företagsöverlåtelseavtal. Konkurrensklausuler förekommer dock i många andra avtal och är framförallt vanliga i anställningsavtal. Jag kommer i uppsatsen att redogöra för andra sorters konkurrensklausuler men endast i korthet. Uppsatsen hade blivit alltför ambitiös om alla sorters konkurrensklausuler skulle ha granskats. Däremot kan viss praxis inom andra konkurrensklausulsområden tjäna som vägledning för tolkningen av konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser.

Avseende den konkurrensrättsliga delen av arbetet har både gemenskapsrätt och svensk rätt spelat stor roll. Konkurrensrätt är ett stort rättsområde, där enorma mängder material skulle kunna vara intressant för uppsatsen. Jag har dock valt att begränsa mig till att överskådligt ge en för konkurrensklausulen relevant konkurrensrättslig bakgrund och sedan djupdyka i det material som direkt påverkar konkurrensklausulen. Andra länders lagstiftning rörande konkurrensklausuler har inte redovisats i uppsatsen utan jag har koncentrerat mig på de svenska rättskällorna och där det varit betydelsefullt, de gemenskapsrättsliga rättskällorna.

Den avtalsrättsliga delen belyser främst 36 och 38 §§ avtalslagen. Dessa paragrafer är de som avtalsrättsligt är mest relevanta för konkurrensklausuler men även allmänna avtalsrättsliga principer redovisas i de fall de är relevanta för uppsatsen.

³ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 212.

1.5 Disposition

Uppsatsen strävar efter att åskådliggöra rättsläget avseende konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser. Som redan nämnts kan detta göras både ur ett konkurrensrättsligt och ur ett avtalsrättsligt perspektiv. För att underlätta förståelsen för den konkurrensrättsliga bedömningen av konkurrensklausuler, inleds uppsatsen i kapitel 2 med att redogöra allmänt för konkurrensrätten inom EU och i Sverige. Båda dessa rättsområden måste redogöras för, då svensk konkurrensrätt till stor del är sammanvävd med den gemenskapsrättsliga. Kapitel 2 strävar följaktligen efter att ge läsaren en förståelse för vad konkurrensrätten tillåter och vad den förbjuder.

Kapitel 3 ger en kortare introduktion till begreppet *företagskoncentration*. Då uppsatsen behandlar konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse, vilket kan sägas vara synonymt med företagskoncentrationer, ger kapitel 3 en fingervisning om de konkurrensregler som omger företagsöverlåtelser av viss storlek. Kapitel 3 behandlar också begreppet *accessoriska begränsningar*, vilket är en grupp konkurrensbegränsande avtal vilka är tillåtna enligt konkurrensrätten. Konkurrensklausuler är en del i denna grupp.

Kapitel 4 utgör större delen av uppsatsen och behandlar själva konkurrensklausulen. Vilka krav ställs på en konkurrensklausul, vilka sanktioner är kopplade till konkurrensklausuler och vilka andra typer av konkurrensklausuler som finns, är exempel på vad kapitel 4 behandlar.

Följande kapitel, nr 5, granskar den avtalsrättsliga bedömningen av konkurrensklausuler. Här utgör 36 § AvtL huvudparten av resonemanget, men även andra rättsprinciper och lagrum granskas.

Kapitel 6 sammanfattar uppsatsen.

2 Konkurrensrätt i EU och Sverige

2.1 Inledning

Som namnet antyder är en konkurrensklausul något som har med konkurrens att göra och bör därför gälla under konkurrensrättsliga regler. Samtidigt är konkurrensklausulen ett avtalsvillkor vilket medför att det civilrättsliga regelsystemet blir tillämpligt. En konkurrensklausul har därför att rätta sig efter båda rättsområdena. Konkurrensrätten tar sin början i det civilrättsliga regelsystemet. En konkurrensklausul är civilrättsligt bindande men kan drabbas av civilrättslig ogiltighet om den strider mot konkurrensrättens regler.⁴ Med bakgrund av detta är det viktigt att förstå de grundläggande dragen inom konkurrensrätten och hur en konkurrensklausul kan angripas av konkurrensrätten. I detta avsnitt ges därför en kort inblick i de för uppsatsen relevanta delarna av konkurrensrätten inom EU och Sverige, samt hur dessa två samspelar. Med detta i åtanke ges läsaren ett underlag för att bättre förstå hur konkurrensklausuler regleras i ett konkurrensrättsligt perspektiv.

2.2 Konkurrensrättens tillkomst och syfte

Trots att ordet *konkurrens* har sitt ursprung i latinets *concurro*, dvs. löpa samman, stammar konkurrensrätten inte ur romersk rätt. Konkurrensrätten är nämligen ett relativt nytt påfund som fick sitt stora genombrott på 1950-talet. Med den amerikanska lagstiftningen som förebild utvecklades den konkurrensrätt vi har i EU och Sverige idag. Framväxten av konkurrensrätten har till stor del grund i att västerländerna behövde ett verktyg, med vilket marknadsekonomi kunde skyddas och som såg till att den fungerade effektivt. Ur denna snabba utveckling av konkurrensrätten har två principer av grundläggande karaktär växt fram: *förbudsprincipen* och *missbruksprincipen*. Den förra bygger på ett system med lagar som förbjuder konkurrensbegränsande avtal, medan den senare ger möjlighet att i enskilda fall ingripa mot konkurrensbegränsande beteenden. Vanligtvis kombineras de två principerna, samtidigt som ena principen ofta får mer utrymme, vilket färgar av sig på lagstiftningen.⁵ Gemenskapsrätten och den svenska konkurrensrätten bygger på en kombination av förbudsprincipen och missbruksprincipen, där principerna används för olika situationer av konkurrensbegränsning.⁶

⁴ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 233.

⁵ Bernitz, U, *Den svenska konkurrenslagen*, s. 11ff.

⁶ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 62.

2.2.1 EG-rätt

Fördraget om den Europeiska Unionen stipulerar att unionen ska verka för en ”marknadsekonomi med hög konkurrenskraft”.⁷ Syftet med gemenskapsrättens konkurrensregler är att möjliggöra för att effektiv konkurrens ska kunna råda på den inre marknaden.⁸ Vinningen med effektiv konkurrens är att samhällets resurser utnyttjas effektivt samtidigt som utbudet av varor och tjänster blir större, kvaliteten blir bättre och priset lägre. Även om det övergripande skyddsobjektet är den inre marknads funktion så tjänar konsumenten på det i förlängningen.⁹ Det är dock inte helt klart vad som menas med effektiv konkurrens. I en dom från förstainstansrätten konstaterades det att effektiv konkurrens, i ljuset av EG-rätten, är konkurrens som är tillräckligt stark för att uppnå fördragets syften.¹⁰ Härtill poängterade rätten att konkurrens inte är en fast struktur utan kan variera beroende på hur marknaden är strukturerad och vilken produkt det är fråga om. Följaktligen kan olika parametrar få olika relevans beroende på det enskilda fallet. Rent generellt bör man dock kunna säga att konkurrens som är effektiv råder på en marknad där det inte finns väsentliga hinder för marknadstillträde, antalet aktörer är inte för begränsat och marknadsaktörerna konkurrerar med varandra.¹¹

EG:s konkurrensrätt bygger således på idén om en fri marknad med effektiv konkurrens. Man har därför valt att utforma en lagstiftning som intar en kraftfull ställning mot konkurrensbegränsande åtgärder som stör den effektiva konkurrensen, något som varit oförändrat sedan dess tillkomst år 1957.¹² Tack vare EU:s stora genomslagskraft kombinerat med det faktum att EG-rätten har exklusivitet inom vissa områden är de flesta EU-staters konkurrenslagstiftningar idag utformade med EG-rätten som förebild. Endast EU har nämligen exklusiv rätt att fastslå de konkurrensregler som ska gälla för att den inre marknaden ska fungera.¹³

2.2.2 Svensk rätt

Den svenska konkurrensrättens utveckling är något brokig och har kantas av stort motstånd från näringslivet. Den första egentliga konkurrenslagen, KBL, infördes 1953.¹⁴ Dessförinnan hade avtalsfrihet regerat och kartellavtal var fullt giltiga och bindande. Principen *pacta sunt servanda* gav avtalen sin giltighet i svensk rätt och det finns till och med äldre rättspraxis där HD i sin dom erkänt omfångsrika kartellavtal såsom civilrättsligt bindande.¹⁵ Dock slets tvister oftast hemligt inom näringslivet utan att gå till

⁷ Fördraget om den Europeiska Unionens funktionssätt, art. 3 p. 3.

⁸ Rådets förordning nr 1/2003 p. 9.

⁹ Se bl.a. Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 9 och Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2009, s. 83.

¹⁰ Mål T-168/01 *GlaxoSmithKlein Services mot kommissionen*, p. 109.

¹¹ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 9.

¹² Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 62ff.

¹³ Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt, art. 3, p 1b.

¹⁴ Konkurrensbegränsningslagen (KBL).

¹⁵ Se t.ex. NJA 1935 s. 106.

domstol. Tillkomsten av KBL var till stor del en kompromiss mellan staten och näringslivet, varför den också ansågs vara relativt svag. Under årtiondena som skulle följa blev den svenska konkurrenslagstiftningen mer och mer inaktuell, inte minst ur konsumentsynpunkt. Den stora förändringen kom i och med 1993 års konkurrenslag. Statens ambition att ta del av den avreglerade europeiska marknaden, tillsammans med en ändrad attityd hos näringslivet, bäddade för att 1993 års konkurrenslag fick en helt ny uppbyggnad med EG-rätten som förebild. Man ville åstadkomma en konkurrensrättslig lagstiftning som satte upp tydliga regler för hur marknadens konkurrens skulle se ut och till det koppla sanktioner som förhindrade brott mot reglerna. Den nya lagen fick därför ett förbud mot konkurrensbegränsande avtal och ett förbud mot missbruk av dominerande ställning. Sanktionsmöjligheterna blev därmed mer genomslagskraftiga. Med ändringarna och det faktum att de var så omfattande följde en situation där mer eller mindre all äldre rättspraxis blev obsolet. Åren därefter genomfördes ett antal ändringar varför det 2008 kom en ny konkurrenslag.¹⁶

I inledningen nämnde jag att fri konkurrens inte existerar i praktiken. Detta har naturligtvis lagstiftaren också insett. I 1982 års konkurrenslag nämner lagstiftaren därför att målet för konkurrenslagen är att uppnå *önskvärd* konkurrens.¹⁷ Denna lydelse har nu ändrats. Precis som EG-rätten har den svenska konkurrensrätten numera som syfte att säkerställa en *effektiv* konkurrens. KL kap 1 § 1 föreskriver att lagen ”har till ändamål att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter”. KKV förtydligar att effektiv konkurrens är till nytta för konsumenterna men även för samhället i stort där konkurrensen stärker de svenska företagen vilket möjliggör att de kan hävda sig på den internationella marknaden.¹⁸

2.3 Grundläggande konkurrensregler

2.3.1 EG-rättens förbud mot konkurrensbegränsande avtal

I EG-fördragets artikel 2 anges de mål som den europeiska unionen strävar efter att uppfylla. Ur artikeln går det att utläsa en önskan om hållbar utveckling i näringslivet och en hög grad av konkurrenskraft. Enligt fördraget uppnås detta genom att införa ”en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids”.¹⁹ De grundläggande materiella huvudbestämmelserna som ska säkerställa att målen uppnås återfinns i EG-fördraget artikel 101 och 102, där artikel 101.1 är central.²⁰ Den bygger på förbudsprincipen och förbjuder konkurrensbegränsande samarbeten mellan företag. Förbudet gäller både

¹⁶ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 75ff.

¹⁷ Konkurrenslag (1982:729), 1 §.

¹⁸ KKV hemsida: <http://www.kkv.se/t/SectionStartPage.aspx?id=2107>

¹⁹ Fördraget om den Europeiska Unionens funktionssätt art. 3 p. 3.

²⁰ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 65.

horisontella och vertikala avtal. Ett horisontellt avtal kännetecknas av att parterna befinner sig i samma handelsled och är därmed ofta konkurrenter, medan ett vertikalt avtal sluts mellan olika handelsled.²¹ Ett avtal som strider mot artikel 101.1 EG-fördraget innebär att avtalet eller beslutet är ogiltigt.²² Emellertid är enligt artikel 101.3 avtal som effektiviserar produktionen av varor eller driver den tekniska eller ekonomiska utvecklingen framåt samtidigt som konsumenterna får ta del av vinsten, undantagna från förbudet i artikel 101.1. Dessa benämns *gruppundantag* och specificerar vissa typer av konkurrensbegränsande avtal som anses vara ofarliga eller positiva för konkurrensen på marknaden.²³ Utöver EG-fördragets konkurrensartiklar finns ett stort material av kompletterande rättsakter och praxis som formar de regler företag idag har att rätta sig efter för att säkerställa att den gemensamma marknaden erbjuder företag fritt konkurrerande.

2.3.1.1 Avtalskriteriet

Vilka samarbeten träffas då av förbudet? Ett samarbete kan utgöras av avtal, företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater där syftet är att hindra, begränsa eller snedvrinda konkurrensen.²⁴ Med vissa undantag inbegrips således alla konkurrensbegränsande handlingar som faller inom EG-fördragets konkurrensregler.²⁵ Ur rättspraxis går det att utläsa att avgörande för avtalskriteriet är att det finns en gemensam vilja hos två parter att påverka marknaden i en viss riktning.²⁶ Det finns inga krav på hur avtalet ska vara formulerat utan parternas vilja eller agerande räcker för att avtalskriteriet ska anses uppfyllt.²⁷

2.3.1.2 Märkbarhetskravet

För att ett avtal ska falla under förbudet i artikel 101.1 krävs det att avtalet påverkar konkurrensen på ett märkbart sätt. Härvid sker alltid en prövning i det enskilda fallet där hänsyn tas till både kvantitativa och kvalitativa aspekter för att kunna avgöra om avtalet potentiellt sett kommer att påverka konkurrensen på marknaden.²⁸ Kommissionen har preciserat vissa tröskelvärden för att underlätta den kvantitativa bedömningen.²⁹ De avtal som inte når upp till tröskelvärdena anses helt enkelt inte kunna påverka konkurrensen på ett märkbart sätt och träffas därför inte av förbudet i artikel 101.1. Inom gemenskapsrättens praxis har detta kommit att kallas för *de minimis-regeln*. Kvalitativt bedöms avtalet med hänsyn till rättsliga och

²¹ Bernitz, U, *Den svenska konkurrenslagen*, s. 14.

²² Fördraget om den Europeiska Unionens funktionssätt art. 101.2.

²³ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 130.

²⁴ Fördraget om den Europeiska Unionens funktionssätt art. 101.

²⁵ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 12.

²⁶ Se bl.a. Bundesverband der Arzneimittel-Importeure mot Bayer och kommissionen, p. 102.

²⁷ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 145ff.

²⁸ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 167ff.

²⁹ Se *Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1.i Fördraget (de minimis) EGT nr C 368, 22.12.2001, s 1.*

ekonomiska aspekter utifrån hållpunkten att konkurrensreglernas funktion är att skydda den fria konkurrensen.³⁰

2.3.2 EG-rättens förbud mot missbruk av dominerande ställning

Både i svensk rätt och i gemenskapsrätten finns ett förbud mot missbrukande av dominerande ställning. Detta stadgas i EG-fördraget artikel 102, vilken har legat till grund för KL 2:7. När ett företag blir så stort att ett missbruk av den dominerande ställningen åsidosätter de normala spelreglerna på en marknad med fri konkurrens, inverkar det skadligt på konkurrensen. Den dominerande parten intar en position där den får ett oproportionerligt inflytande över marknadsvillkoren. I EG-domstolens dom *United Brands* definieras en dominerande ställning av:

”att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det får möjlighet att hindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter.”³¹

Det bör noteras att det inte strider mot förbudet att inneha en dominerande ställning, utan endast att missbruka sin dominerande ställning.³²

2.3.3 Svensk rätts förbud mot konkurrensbegränsande avtal

År 2008 fick Sverige sin senaste konkurrenslag, den första, KBL, kom år 1953. Sverige trädde in i EU 1995 men redan 1993 kom en ny konkurrenslag, till stora delar med gemenskapsrätten som förebild.³³ Den svenska konkurrenslagen har som syfte att ”undandröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter.”³⁴ Man har därför valt att införa ett förbud mot konkurrensbegränsande avtal, motsvarande det som finns i artikel 101 EG-fördraget.³⁵ Skillnaden mot EG-rätten är att KL 2:1 preciserar ett krav på märkbarhet, något som inom gemenskapsrätten följer av praxis.³⁶ Ett avtal eller villkor som är förbjudet enligt 2:1 är ogiltigt.³⁷

2.3.3.1 Avtalskriteriet

KL 2:1 preciserar vilka avtal som omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete. Förutom civilrättsligt bindande avtal

³⁰ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 175f.

³¹ Mål 27/76 *United Brands mot kommissionen* REG 1978, s. 270, p. 65.

³² C-395 och 396/96 *Compagnie Maritime Belge och Dafra Lines mot kommissionen* s. 37.

³³ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 77.

³⁴ KL kap. 1 § 1.

³⁵ KL kap. 2 § 1.

³⁶ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 79f.

³⁷ KL kap. 2 § 6.

omfattas även beslut om sammanslutning av företag och samordnade förfaranden av företag.³⁸ Följaktligen träffas inte ensidiga åtgärder från ett företag av förbudet i 2:1. Vad gäller parternas avsikt med avtalet hänvisar marknadsdomstolen i fallet *Norsk Hydro Olje AB m fl* till gemenskapsrättens praxis. Domstolen intar samma ståndpunkt som EG-domstolen, dvs. parterna ska ha haft som syfte att verka konkurrensbegränsande. I sammanhanget är det irrelevant om detta kommer till uttryck som en uppmaning eller om syftet är underförstått.³⁹ Det finns en omfattande praxis på andra exempel där avtalskriteriet har varit uppfyllt. Bland dessa räknas bl. a *gentlemen's agreements* och andra informella överenskommelser.⁴⁰

2.3.3.2 Märkbarhetskriteriet

För att ett avtal ska träffas av förbudet i KL 2:1 krävs det att den konkurrensbegränsande effekten av avtalet är märkbar. I KL 2:1 räknas ett antal avtalstyper upp som typiskt sett är konstruerade för att negativt påverka konkurrensen. Man bör ha i åtanke att denna uppräkningslista inte är uttömmande. Vidare är inga avtal förbjudna *per se*, dvs. i sig. Ett avtal kan ha en så liten konkurrenspåverkan att det inte är förbjudet, trots att avtalet är av sådan typ att det räknas upp i KL 2:1.⁴¹ Dessa avtal benämns ofta bagatellavtal. Precis som i gemenskapsrätten sker en kvantitativ och en kvalitativ bedömning av märkbara effekter. *Allmänt råd om avtal av mindre betydelse*, utgivet av KKV, anger de tröskelvärden som gäller för den kvantitativa bedömningen.⁴² Om ett avtal inte når upp till de tröskelvärden som används i den kvantitativa bedömningen kan det fortfarande ha en konkurrensbegränsande effekt. Ordalydelsen i KL anger att avtal som har till *syfte* att påverka konkurrensen negativt är förbjudet. Den kvalitativa bedömningen tar därför sin början i att bedöma avtalets objektiva syfte. Enligt praxis saknar parternas subjektiva syfte i sammanhanget relevans.⁴³ Om syftet inte är konkurrensbegränsande sker en bedömning av om avtalet fått ett konkurrensbegränsande resultat eller riskerar att få den följden. Man genomför då ett konkurrenstest, där situationen på marknaden utan avtalet får tjäna som bedömningsgrund. Härvid granskas hur konkurrensen har påverkats och/eller hur den förväntas att påverkas, både mellan parterna och mot tredje man.⁴⁴

³⁸ KL kap. 1 § 6.

³⁹ Se MD 2005:7 s. 17f. med hänvisning till C-2 och 3/01 *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure mot Bayer och kommissionen*.

⁴⁰ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 147.

⁴¹ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 165.

⁴² Se KKVFS 2009:1

⁴³ MD 2005:7, s. 36 med hänvisning till MD 2003:2.

⁴⁴ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 170ff.

2.3.4 Svensk rätts förbud mot missbruk av dominerande ställning

Förutom förbudet mot konkurrensbegränsande avtal, som är en av två materiella huvudbestämmelser i KL, finns det ett förbud mot missbruk av dominerande ställning.⁴⁵ Även denna är baserad på EG-fördraget, närmare bestämt artikel 102. Syftet med bestämmelsen är att motverka att ett företag ensidigt missbrukar sin dominerande ställning och på så sätt skadar konkurrensförutsättningarna på marknaden. Jag kommer inte att gå in djupare på missbruk av dominerande ställning i uppsatsen då det har liten relevans med konkurrensklausuler.

2.4 Parallell tillämpning av lagsystemen

I Sverige gäller både EG-rättens konkurrensregler och de svenska konkurrensreglerna parallellt. Således är art. 101 och 102 en del av den svenska rättsordningen. Artikel 101 och 102 har direkt effekt, något som verkar både horisontellt och vertikalt. Enskilda personer eller företag kan följaktligen åberopa artiklarna direkt.⁴⁶ Detta underlättas av att svensk domstol har behörighet att direkt tillämpa artikel 101 och 102.⁴⁷ Även förordningar utfärdade av EU gäller såsom svensk lag. Detta är resultatet av att förordningar inte får omvandlas till nationell lag.⁴⁸

Konstruktionen av dubbla rättssystem medför att svensk konkurrensrätt hela tiden måste tolkas utifrån EG:s rättsliga regleringar.⁴⁹ När både EG-rätt och svensk lag är tillämplig och det råder en divergens mellan lagsystemen, har EG-rätten alltid tolkningsföreträde.⁵⁰ Det kan dock vara svårt att avgöra när egentligen det ena eller båda lagsystemen ska användas. Man har valt att lösa det med att titta på hur den aktuella konkurrensbegränsningen påverkar samhandeln, det så kallade *samhandelskriteriet*. Kommissionen har gett ut riktlinjer för att underlätta tolkningen av samhandelskriteriet i artikel 101 och 102. Utifrån artiklarnas ordalydelse kan tre rekvisit utrönas. Det rör sig om begreppet *handel mellan stater*, begreppet *kan påverka* och begreppet *märkbar effekt*. Kommissionens riktlinjer är omfattande och jag kommer inte att gå in djupare på samhandeln. Det som dock kan sägas rent allmänt är att samhandelskriteriet tolkas extensivt och är inte ett schabloniserat förfarande, dvs. det enskilda fallet får avgöra om samhandeln påverkas.⁵¹ Om den konkurrensbegränsande handlingen endast påverkar den svenska marknaden är endast de svenska lagreglerna tillämpliga. Om det däremot rör sig om en handling som inte bara påverkar den svenska marknaden, utan

⁴⁵ KL kap. 2 § 7.

⁴⁶ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 68f.

⁴⁷ Rådets förordning nr 1/2003 art. 6.

⁴⁸ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 69.

⁴⁹ Prop. 1992/92:56 s. 21.

⁵⁰ Rådets förordning 1/2003 art. 3.

⁵¹ Se Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 47ff. samt *Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget* (2004/ C 101/07).

även samhandeln inom EU, är båda lagsystemen tillämpliga. I de fallen ska konvergenskravet efterföljas, dvs. de svenska lagreglerna får inte innebära strängare eller mildare följder än de som artikel 101 stipulerar. I de situationer där endast KL är tillämplig på grund av att konkurrensbegränsningen endast påverkar den svenska marknaden är dock EG-rätten fortfarande vägledande. Det innebär även att hänsyn måste tas till EG:s allmänna rättsprinciper och beaktande måste tas till lojalitetskravet på samarbete stipulerat i EG-fördragets 10 artikel.⁵² Hur samhandelskriteriet tolkas har en direkt påverkan på hur extensiv artikel 3 i förordning nr 1/2003 är, dvs. den artikel som styr förhållandet mellan gemenskapsrätten och nationell rätt. Historiskt sett har det dock inte krävts mycket för att samhandelskriteriet ska anses vara uppfyllt.⁵³

Utöver att svenska domstolar har behörighet att tillämpa artikel 101 och 102 har de också, i vissa fall, en skyldighet att tillämpa dem, parallellt med svensk konkurrensrätt.⁵⁴ Detta aktualiseras när ett konkurrensbegränsande avtal eller förfarande kan ha en märkbar påverkan på handeln mellan EU:s medlemsstater.

2.5 Ogiltighet och skadestånd enligt konkurrensrätten

Konkurrensrättens regler om ogiltighet och skadestånd är konstruerade för att avskräcka näringslivets aktörer från att ingå avtal som verkar konkurrensbegränsande. Som kommer att visas nedan kan ogiltighetspåföljderna och skadestånd drabba ett företag hårt och med den föresatsen vill lagstiftaren påverka företag att inte använda sig av avtal som strider mot konkurrensrätten. Ett företag som begagnar sig av konkurrensbegränsande avtal löper risken att motparten utnyttjar konkurrensrättens ogiltighets- och skadeståndsregler för att ta sig ur ett avtal, inom EG-rätten kallat Eurodefence. Med det ogiltighetssystem som nu finns blir företag mer varsamma med vilka avtal som skrivs, vilket även är systemets mål. Marknadens aktörer sporras således till att själva genomdriva lagstiftningen.⁵⁵ Hur ser då reglerna ut? Huvudregeln är att avtal som strider mot konkurrensrättens regler, framförallt förbudet i art. 101.1 EG-fördraget och KL 2:1, drabbas av civilrättslig ogiltighet.⁵⁶ Det finns dock avtal som trots att de är konkurrensbegränsande är giltiga. Detta är situationen då avtalet inte uppfyller märkbarhetsrekvisitet, faller in under art. 101.2 EG-fördraget/2:2 KL eller kvalificerar sig som ett gruppundantag.

⁵² Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 70.

⁵³ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 71.

⁵⁴ Förordning 1/2003 art. 3 (1) stadgar att skyldigheten att tillämpa gemenskapsrätten gäller förutom domstolarna även de nationella konkurrensmyndigheterna. Enligt KL 3:1-2 samt 3:5 är Konkurrensverket, Marknadsdomstolen och Stockholms tingsrätt de myndigheter i Sverige som får tillämpa artikel 101 och 102 i EG-fördraget.

⁵⁵ Även kallat private enforcement.

⁵⁶ Ogiltighetsregeln är specificerad i 101.2 EG-fördraget och 2:6 KL.

Ogiltighetsreglerna är tvingande och går följaktligen inte att avtala bort. Vidare gäller ogiltigheten från avtalets tillkomst och är stark, dvs. avtalet saknar helt rättsverkan mellan parterna och mot tredje man. Följden härvid är att fullgörelse av avtalet är utesluten och prestationerna ska gå tillbaka.⁵⁷ Härom råder dock viss osäkerhet om hur en sådan åtgärd ska genomföras.⁵⁸ Det är de nationella rättsordningarna som reglerar frågan. I svensk rätt är huvudregeln att prestationerna ska gå tillbaka men i vissa fall låter detta sig inte göras. Rättsläget är oklart.⁵⁹ Viktigt är även att ogiltigheten bara drabbar den del som är konkurrensbegränsande. Hela avtal kan således förklaras ogiltiga men även endast en liten del eller endast en klausul av avtalet. I fall där endast fraktioner av avtalet förklaras ogiltigt är det upp till varje enskilt lands lagstiftning att avgöra vad som händer med resten av avtalet, då gemenskapsrätten saknar egen kontraktsrätt. Enligt förarbetena till konkurrenslagen bör i första hand endast de konkurrensbegränsande delarna av ett avtal bli ogiltiga.⁶⁰ Samtidigt kan hela avtalet bli ogiltigt om den ogiltiga klausulen är av betydelse för andra delar av avtalet. Även allmänna avtalsrättsliga regler kan enligt förarbetena jämka eller ogiltigförklara avtalet, i första hand är 36 § avtalslagen alternativt förutsättningsläran aktuella.⁶¹ 36 § avtalslagen ger domstolarna stora jämningsmöjligheter. Intressant för den här uppsatsen är en situation där en konkurrensklausul anses vara konkurrensbegränsande. Här ger 36 § utrymme för en jämkning där klausulen anpassas till att vara skälig utan att den helt tas bort eller att hela avtalet ogiltigförklaras (se kap. 5).⁶²

Vilka blir följderna av att någon lider skada av ett konkurrensbegränsande avtal? Vad anbelangar skadestånd finns det inga regleringar inom gemenskapsrätten. Praxis har dock öppnat upp en möjlighet för skadestånd då någon lidit skada på grund av ett brott mot artikel 101.1. EG-fördraget.⁶³ Enligt svensk konkurrensrätt finns det en lagstadgad rätt till skadestånd.⁶⁴ Skadeståndskrav kan enligt KL framställas för skada som uppkommit genom överträdelse av antingen KL 2:1 eller 2:7 eller art. 101 eller 102 i EG-fördraget. Endast ren förmögenhetsskada ersätts och reglerna följer huvudsakligen de allmänna skadeståndsrättsliga principerna. För en rätt till skadestånd krävs antingen uppsåt eller culpa samt adekvat kausalitet. Problemet kring konkurrensrättsligt skadestånd är att det kan vara svårt att beräkna hur stora skador som åsamkats genom konkurrensöverträdelsen.⁶⁵

⁵⁷ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 233ff.

⁵⁸ Andersson, T, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler*, s. 116f.

⁵⁹ Andersson, T, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler*, s. 117.

⁶⁰ Prop. 1992/93:56 s. 32.

⁶¹ Prop. 1992/93:56 s. 77.

⁶² Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 238f.

⁶³ Mål C-453/99, *Courage Ltd. mot Bernard Crehan*, REG 2001 s. I-6297, kommenterat av Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 240.

⁶⁴ KL kap. 3 § 25.

⁶⁵ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 241f.

3 Företagskoncentrationer

3.1 Inledning

Inte sällan kan vi läsa i media om företag, stora som små, som köper upp andra företag eller går ihop med en konkurrent. I vardagligt tal betecknas detta ofta som fusion, joint venture eller förvärv. Oavsett vilken slags företagskoncentration det är fråga om, är alla dessa strukturförändringar reglerade av EG-rätten och konkurrenslagen. En företagskoncentration definieras av att en varaktig förändring i de berörda företagens struktur sker.⁶⁶ Det kan göras på två olika sätt, där det härskande tillvägagångssättet är att två eller flera företag slås ihop.⁶⁷ En företagskoncentration kan även göras genom att ett företag övertar kontrollen av ett annat genom t.ex. förvärv av värdepapper eller genom avtal.⁶⁸ Oberoende av vilken slags koncentration det rör sig om, är det avgörande kriteriet för att förvärvet i lagens mening ska anses genomförd *kontroll*.⁶⁹ Kontroll, såsom det definieras i EG:s koncentrationsförordning, är möjligheten att ”utöva ett avgörande inflytande på ett företag”.⁷⁰ Det krävs inte att företaget faktiskt utövar kontroll eller kommer att göra det. Möjligheten att utöva kontroll är tillräcklig.⁷¹

Större företagskoncentrationer måste godkännas av antingen kommissionen eller KKV. Vid en koncentrationsprövning godkänns s.k. accessoriska begränsningar automatiskt. En accessorisk begränsning är ett konkurrensbegränsande avtal vilket är nödvändigt för koncentrationens genomförande. Konkurrensklausuler omfattas av begreppet accessorisk begränsning. Nedan kommer jag att först redogöra för koncentrationskontrollen för att sedan granska de accessoriska begränsningarna.

3.2 Kontroll av koncentrationer

Företag som slås ihop eller ”koncentreras” är helt naturligt på en marknad med fri konkurrens och detta välkomnas av EU. Med målet att skapa förutsättningar för god tillväxt, höja gemenskapens levnadsstandard och ha en konkurrenskraftig industri gentemot omvärlden är det nödvändigt med en rörlig marknad.⁷² Samtidigt fastslår EG:s koncentrationsförordning att det måste finnas begränsningar även på en fri marknad:

⁶⁶ Prop. 2007/08:135, s. 185.

⁶⁷ KL kap. 1 § 9, p. 1.

⁶⁸ KL kap. 1 § 9, p. 2.

⁶⁹ Prop. 2007/08:135, s. 185.

⁷⁰ EG:s koncentrationsförordning nr 139/2004, art. 3.2.

⁷¹ Meddelande från kommissionen 2008/C 95/01 B II, 1.2.

⁷² EG:s koncentrationsförordning nr 139/2004 (3-4).

”Åtgärder måste dock vidtas för att säkerställa att omstruktureringsprocessen inte på längre sikt skadar konkurrensen.”⁷³

De beståndsdelar på den fria marknaden som på sikt kan skada en effektiv konkurrens är således reglerade i gemenskapsrätten. Detta görs genom att stora företagskoncentrationer kontrolleras i förväg. Skillnaden mellan artikel 102 i EG-fördraget och koncentrationskontrollen är att det förra är ett rättsverktyg för att stoppa redan inträffat konkurrensbegränsande beteende medan det senare är ett verktyg för att i förhand stoppa konkurrensbegränsande åtgärder. För att kunna stoppa dessa konkurrensbegränsande åtgärder har man, både i nationell rätt och i gemenskapsrätten, valt att använda ett system där företag måste anmäla förestående koncentrationer i förväg. Dessa prövas sedan mot gemenskapsrättens regler, KL:s regler eller, om koncentrationen är tillräckligt liten i omfattning, inte alls. Det finns inga krav från EG-rättens sida på att det ska finnas en nationell koncentrationskontroll men den svenska lagstiftaren har valt att införa ett kontrollsystem liknande det i gemenskapsrätten, för att anpassa sig till EG-rätten.⁷⁴ Till skillnad från det parallella lagsystemet som används vid tillämpning av artikel 101 och 102, är koncentrationskontrollen utformad på så sätt att när gemenskapsrätten är tillämplig får nationell lagstiftning inte tillämpas.⁷⁵ När en företagskoncentration inte uppfyller kraven för en gemenskapsrättslig prövning är nationell lagstiftning tillämplig. På detta sätt sker en prövning endast i en instans, även kallat ”one stop shop”.

3.2.1 Kommissionens prövning

En prövning enligt EG-rätten företas när de berörda företagens sammanlagda omsättning överstiger vissa angivna tröskelvärden.⁷⁶ Det är kommissionen som genomför prövningen. En förhandsanmälan av koncentrationen ska vara kommissionen tillhanda innan koncentrationens genomförande men efter att avtal slutits eller när avtal är nära förestående, dvs. när budet offentliggjorts eller parterna har för avsikt att sluta avtal.⁷⁷ Skulle kommissionen vid en prövning finna att företagskoncentrationen inte är förenlig med gemenskapsrätten ska den förbjudas.

3.2.1.1 Substantest - SIEC

Utslagsgivande för prövningen är om koncentrationen inom den gemensamma marknaden påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen.⁷⁸ En sådan slutsats nås genom att ett substantest genomförs, även kallat SIEC (*Significant Impediment to Effective Competition*)⁷⁹.

⁷³ EG:s koncentrationsförordning nr 139/2004 (5).

⁷⁴ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 667f samt prop. 2007/08:135, s. 180.

⁷⁵ EG:s koncentrationsförordning nr 139/2004 art. 21 (3).

⁷⁶ EG:s koncentrationsförordning nr 139/2004 (10).

⁷⁷ EG:s koncentrationsförordning nr 139/2004, art. 4.1.

⁷⁸ EG:s koncentrationsförordning nr 139/2004, art. 2 (3).

⁷⁹ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 679f.

Kommissionen beaktar vid sin bedömning två aspekter. De ser dels till hur marknaden kommer att påverkas. Emfasen ligger därvid på att se hur marknaden är strukturerad och behovet av att marknaden kan bevara och utveckla den fria konkurrensen.⁸⁰ Vidare granskas de i koncentrationen engagerade företagen. Koncentrationsförordningen räknar upp flera olika bedömningsaspekter, däribland företagets finansiella styrka, vilken roll de har på marknaden och hur leverantörer och konsumenter kommer att påverkas av företagskoncentrationen.⁸¹ Om företagen klarar SIEC-testet är koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden och ska godkännas. En motsatt bedömning innebär dock att koncentrationen är oförenlig med den gemensamma marknaden.⁸²

3.2.2 Konkurrensverkets prövning

Som avhandlats ovan reglerar den nationella lagstiftningen de koncentrationer som inte når upp till gemenskapdimensionen. Även här finns ett anmälningssystem där koncentrationer som överstiger vissa angivna tröskelvärden ska anmälas till KKV.⁸³ Enligt förarbetena ska koncentrationskontroll endast ske mycket restriktivt och då vid större företagskoncentrationer.⁸⁴ En koncentration ska förbjudas om den är ägnad att inom Sverige märkbart påverka konkurrensen negativt eller hämma utvecklingen av en effektiv konkurrens.⁸⁵ En företagskoncentration som riskerar att förbjudas kan undkomma förbudet genom att avyttra ett företag eller på annat sätt handla konkurrensfrämjande. Härvid krävs det att åtgärderna är så omfattande att konkurrensbegränsningarna undanröjs.⁸⁶ För att kunna fastslå om en koncentration har en negativ påverkan på konkurrensen eller inte genomför KKV ett s.k. *substanstest*. Faktorer så som företagets ställning på marknaden, deras ekonomiska styrka och möjligheten för andra företag att träda in på marknaden bedöms av KKV innan beslut tas i prövningen.⁸⁷ Skapandet eller förstärkandet av en dominerande ställning beaktas särskilt. Finner KKV att koncentrationen inte uppfyller de krav som ställts i lagen, ska den förbjudas.⁸⁸

3.3 Accessoriska begränsningar

3.3.1 Inledning

Det kan i företagsöverlåtelseavtal förekomma inslag av konkurrensbegränsande karaktär. Ett exempel är konkurrensklausuler, vilka föreskriver att den säljande parten förbjuds att, under en viss tid efter

⁸⁰ EG:s koncentrationsförordning nr 139/2004, art 2 (1) a.

⁸¹ EG:s koncentrationsförordning nr 139/2004, art 2 (1) b.

⁸² EG:s koncentrationsförordning nr 139/2004, art 2 (2-3).

⁸³ KL kap. 4 § 6.

⁸⁴ Prop. 1992/93:165 s. 40.

⁸⁵ KL kap. 4 § 1.

⁸⁶ KL kap. 4 § 2.

⁸⁷ KKV hemsida: <http://www.kkv.se/t/Page.aspx?id=292>.

⁸⁸ KL kap. 4 § 1.

koncentrationens genomförande, bedriva konkurrerande verksamhet. Detta görs för att köparen ska kunna börja driva den uppköpta verksamheten direkt, med en rimlig chans att lyckas med sitt förehavande.⁸⁹ Samtidigt är den konkurrensbegränsande utfästelsen endast en mindre del i ett avtal, som inte verkar eller har till syfte att verka konkurrensbegränsande.⁹⁰ Trots att konkurrensklausuler i sig är konkurrensbegränsande, är de under vissa betingelser tillåtna. De ska då inkluderas i det som betecknas som accessoriska begränsningar. En accessorisk begränsning kännetecknas av att den har direkt anknytning till och är nödvändig för en koncentrations genomförande.

Vad har då accessoriska begränsningar med koncentrationsprövning att göra? I de fall där en koncentrationsprövning görs av kommissionen eller KKV (se stycke 3.2) ska en accessorisk begränsning omfattas av det beslut som förklarar företagskoncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden.⁹¹ Är den inte accessorisk prövas konkurrensklausulen mot artikel 101.1 EG-fördraget/2:1 KL.

Bara på grund av att en företagskoncentration är så pass liten att den inte kvalificerar sig för prövning av kommissionen eller av KKV kan en konkurrensklausul fortfarande vara konkurrensbegränsande. Förbudet i EG-fördraget art. 101 och KL 2:1 mot konkurrensbegränsande avtal kvarstår alltså. Är konkurrensklausulen måttfullt utformad anses den dock inte vara tillräckligt konkurrensbegränsande och uppfyller därför inte märkbarhetsrekvisitet. Anledningen är att den i regel är nödvändig för att genomföra förvärvet.⁹²

3.3.2 Allmänt om accessoriska begränsningar

3.3.2.1 EG-rätt

Accessoriska begränsningar är avtalsförpliktelser mellan parterna i en företagskoncentration vilka verkar konkurrensbegränsande på marknaden men som kan vara undantagna från konkurrensförbudet. Enligt huvudregeln i artikel 101.1 EG-fördraget är konkurrensbegränsande åtgärder förbjudna. Dock inkluderas inom gemenskapsrätten de accessoriska begränsningarna i beslut som förklarar en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden.⁹³ Hur stämmer det överens med förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och vad är en accessorisk begränsning mer specifikt? Kommissionen har i ett tillkännagivande preciserat begreppet genom att sammanställa gemenskapsrättens praxis.⁹⁴ Accessoriska begränsningar ska ha direkt anknytning till genomförandet av

⁸⁹ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 772.

⁹⁰ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 121.

⁹¹ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer, I (1).

⁹² Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 122.

⁹³ Se bl.a. EG:s koncentrationsförordning nr 139/2004, art 6 (1) b.

⁹⁴ Se Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer.

koncentrationen, vilket innebär en ekonomisk närhet till transaktionen med syftet att underlätta bildandet av den nya företagskonstruktionen.⁹⁵ Samtidigt får begränsningarna inte vara huvudsyftet med koncentrationen. Den får heller inte vara en av de grundläggande beståndsdelarna i avtalet utan ska vara underordnad koncentrationen.⁹⁶ Viktigt är även att begränsningarna ska vara nödvändiga för koncentrationens genomförande. Med detta avses att koncentrationen utan begränsningarna inte skulle kunna genomföras alls eller endast med stor svårighet. En konkurrensklausul är nödvändig för koncentrationens genomförande då den skyddar det överförda värdet i koncentrationen och möjliggör för köparen att fortsätta eller starta en ny ekonomisk enhet utan konkurrens från säljaren.⁹⁷ I avvägningen om en klausul är en accessorisk begränsning har kommissionen infört en proportionalitetsprincip, där begränsningens omfattning avseende varaktighet i tid, geografisk spridning och innehåll ska stå i proportion till koncentrationens genomförande. Om flera begränsningsalternativ finns att tillgå, ska det minst konkurrensbegränsande väljas.⁹⁸ Bedömning sker på rent objektiva grunder.⁹⁹ Kommissionens prövning om en koncentration är förenlig med gemenskapsrätten omfattar automatiskt ett godkännande av de accessoriska begränsningarna. Därmed är en enskild prövning av de accessoriska begränsningarna mot art 101 EG-fördraget utesluten. Som huvudregel är det inte kommissionen som avgör vad i ett avtal som är en accessorisk begränsning utan företagen själva gör den avvägningen.¹⁰⁰

Kommissionens tillkännagivande kan sägas vara en sammanställning av EG-domstolens praxis. Denna sammanställning har bland annat gjorts utifrån fallet *Métropole télévision*, där flera hänvisningar görs till *Remia BV-fallet* (se nedan stycke 4.3.).¹⁰¹ I *Métropole télévision* klargjorde rätten att två prövningar måste göras för att kunna fastslå att en konkurrensbegränsning är nödvändig för överlåtelsens genomförande.¹⁰² Den första prövningen avser en objektiv prövning. Hänsyn tas inte till hur marknaden ser ut eller om företagsöverlåtelsen kommer att bli framgångsrik utan man försöker att mer teoretiskt se huruvida överlåtelsen skulle ha genomförts utan den konkurrensbegränsande åtgärden. Den andra prövningen ser till om begränsningen står i proportion till transaktionen. Här kontrolleras begränsningens giltighetstid, geografiska räckvidd och det materiella tillämpningsområdet.¹⁰³

⁹⁵ Kommissionens tillkännagivande *om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer* II (12).

⁹⁶ Kommissionens tillkännagivande *om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer* II (10).

⁹⁷ Kommissionens tillkännagivande *om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer* II (13).

⁹⁸ Kommissionens tillkännagivande *om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer* II (13).

⁹⁹ Kommissionens tillkännagivande *om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer* II (11).

¹⁰⁰ EG:s koncentrationsförordning nr 139/2004, art. 21 (1).

¹⁰¹ Mål T-112/99, *Métropole télévision* (M6) m.fl., REG 2001 s.II-2459.

¹⁰² Mål T-112/99, *Métropole télévision* (M6) m.fl., REG 2001 s.II-2459, p. 106.

¹⁰³ Mål T-112/99, *Métropole télévision* (M6) m.fl., REG 2001 s.II-2459 p. 106ff.

Begränsningar som inte kan sägas ha direkt anknytning till och vara nödvändiga för koncentrationens genomförande och därmed inte är accessoriska, prövas enligt artikel 101.1. Det betyder dock inte att den är oförenlig med gemenskapsrätten per automatik, utan den sedvanliga bedömningen av begränsningens syfte och effekt måste genomföras.¹⁰⁴

3.3.2.2 Svensk rätt

Samma regler kring accessoriska begränsningar som gäller inom gemenskapsrätten, gäller också inom svensk rätt. För den svenska rättsordningen är det dock relativt nytt att accessoriska begränsningar prövas. I och med införandet av 2008 års konkurrenslag ändrades inställningen till accessoriska begränsningar med syftet att närma sig gemenskapsrättens bestämmelser. Denna förändring är nu klart uttryckt i KL 4 kap 5 §. Konkurrensverket ska i sitt beslut att godkänna en företagskoncentration även inkludera accessoriska begränsningar, dvs. ”begränsningar som har anknytning till och är nödvändiga för genomförandet av den anmälda företagskoncentrationen.”¹⁰⁵

På samma sätt som i gemenskapsrätten prövas konkurrensbegränsande avtal som inte anses vara accessoriska mot förbudsbestämmelsen i KL kap 2 § 1. Där sker den vanliga bedömningen om begränsningen har till syfte att begränsa konkurrensen eller om den effekten har uppnåtts.

¹⁰⁴ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 772.

¹⁰⁵ Prop. 2007/08:135, s.192f.

4 Konkurrensklausuler

4.1 Inledning

Det faller sig naturligt att ett förvärvande företag vill kunna tillgodogöra sig alla de värden som har anskaffats, både materiella och immateriella. Därför förekommer inte sällan konkurrensklausuler i de avtal som reglerar en företagskoncentration. Köparens förvärv av kundkontakter, specialistkunskaper, personal etc. är oftast anledningen till förvärvet. Utan ett skydd för köparen skulle säljaren snabbt kunna ta tillbaka sina gamla klienter, den gamla personalen och ha en fördel av ingående kunskaper om det förvärvade företaget. Genom en konkurrensklausul kan köparen utnyttja sitt förvärv till fullo, utan risk för konkurrens från säljaren. Däremot får en konkurrensklausul inte vara hur omfattande som helst. Säljaren ska kunna börja konkurrera med köparen när köparen har fått chansen att tillgodogöra sig det fulla värdet av köpet.

Nedan kommer jag att redogöra för hur omfattande en konkurrensklausul tillåts vara enligt konkurrensrätten, dvs. vilka ramar säljarparten och köparparten har att rätta sig efter. Då det mer eller mindre saknas en klar reglering för konkurrensklausuler i den konkurrensrättsliga lagstiftningen får den konkurrensrättsliga praxis som utarbetats inom gemenskapsrätten och svensk rätt stor betydelse. Denna kommer jag i delar att redovisa för nedan. Kommissionen har även i ett tillkännagivande preciserat de regler och principer som gäller för bland annat konkurrensklausuler samt andra liknande konkurrensbegränsningar.¹⁰⁶ Den kan sägas vara en sammanfattning av den viktigaste praxisen och blir därmed en viktig källa för bedömningen av konkurrensklausulers giltighet. Till viss del har jag redovisat kommissionens tillkännagivande i föregående stycke. Trots att kommissionens tillkännagivande är vägledande för de dömande instanserna, finns det många undantag i praxis. Den praxisen återfinns dock inte primärt i domstolarna utan i myndigheternas egna beslut. Jag kommer därför att redovisa vissa av KKV:s koncentrationsprövningsbeslut för att så grundligt som möjligt åskådliggöra rättsläget. Den avtalsrättsliga bedömningen av oskäliga konkurrensklausuler redovisas i kap. 5.

4.2 Exempel på klausul

En konkurrensklausul skulle kunna ha följande utformning:

”Det säljande bolaget förbinder sig att under en period av tre år från avtalsslutet, inte på något sätt engagera sig i någon verksamhet, direkt eller indirekt, som konkurrerar med den överlåtna rörelsens verksamhet. Detta

¹⁰⁶ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer.

ska gälla i Sverige och i andra länder där något av det säljande bolaget har eller har haft affärer. Vid brott av säljaren mot denna konkurrensklausul erhåller köparen ett vite på 50 % av köpeskillingen.”¹⁰⁷

4.3 Är en konkurrensklausul konkurrensbegränsande eller konkurrensfrämjande?

I fallet *Remia BV m.fl. mot kommissionen*¹⁰⁸ fastslog EG-domstolen ett antal grundläggande förutsättningar avseende tillämpningen av EG-fördraget artikel 101.1 i anslutning till konkurrensklausuler. Omständigheterna i fallet var följande. Ett nederländskt bolag, Nutricia, sålde två av sina dotterbolag, Remia och Luycks, till två olika köpare. I båda överlåtelseavtalen fanns konkurrensklausuler vilka skulle förhindra Nutricia från att bedriva konkurrerande verksamhet inom ramen för avtalet under en 10-årsperiod. I det här fallet avsågs sås- och picklesmarknaden. Det som ställdes på sin spets i det här domslutet var huruvida konkurrensklausulerna var förenliga med dåvarande artikel 85.1, nuvarande artikel 101.1 i EG-fördraget.

Rätten fastslog inledningsvis att en konkurrensklausul inte faller utanför artikel 101.1 tillämpningsområde endast på grund av att det är en konkurrensklausul vid en företagsöverlåtelse. Huruvida en klausul ska omfattas av artikel 101.1 eller inte avgörs genom att undersöka hur konkurrensförhållanden skulle se ut utan konkurrensklausulerna. Domstolen kom fram till att ett avtal utan konkurrensklausuler innebär att köparen måste konkurrera med säljaren där säljaren har fördelen av ingående kunskap om företaget och tillgång till den gamla kundkretsen. Därigenom skulle det köpta företaget inte kunna bli livskraftigt och företagsöverlåtelsen skulle aldrig ha genomförts. Detta ledde fram till slutsatsen att accessoriska begränsningar möjliggör för fler företagskoncentrationer och därmed gynnar konkurrensen, trots att de i sig är konkurrensbegränsande.¹⁰⁹ Med stöd av märkbarhetskriteriet anses således moderat utformade konkurrensklausuler som icke konkurrensbegränsande och faller därmed utanför tillämpningen av artikel 101.1.¹¹⁰

4.4 Proportionalitetskravet

Det finns ett krav på proportionalitet för att en konkurrensklausul ska anses vara accessorisk och därmed utan särskild prövning enligt art 101 EG-fördraget/KL kap 2 § 1. Konkurrensklausulen får vara så omfattande att förvärvaren kan tillgodogöra sig det fulla värdet av det förvärvade företaget samtidigt som det finns ett intresse av att säljaren ska kunna åtnjuta fortsatt

¹⁰⁷ Jfr dnr 445/2000 samt dnr 1808/93.

¹⁰⁸ Mål 42/84 *Remia mot kommissionen* REG 1985 s. 2545.

¹⁰⁹ Mål 42/84 *Remia mot kommissionen* REG 1985 s. 2545, p 1-19.

¹¹⁰ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 122.

rörelsefrihet.¹¹¹ Vissa förhållningspunkter har utkristalliserats i praxis där bedömningen tar hänsyn till konkurrensklausulens giltighetstid, den geografiska räckvidden och klausulens materiella innehåll.¹¹²

4.4.1 Giltighetstiden

Det finns ingen specificerad tillåten giltighetstid för en konkurrensklausul utan en prövning i varje enskilt fall måste göras för att kunna konstatera om konkurrensklausulen är nödvändig för förvärvets genomförande.

I ett grundläggande fall från 1976 påvisade kommissionen ett antal faktorer som är viktiga att beakta vid fastslåendet av tillåten giltighetstid.¹¹³ Dr Reuter hade sålt sitt företag, Elastomer, till BASF AG. Företaget var verksamt inom tillverkning av polyuretanplast. Dr Reuter var forskare i det överlåtna företaget med specialisering på just polyuretanplast men även dess managing director. Överlåtelseavtalet innehöll en konkurrensklausul vilken hindrade Dr Reuter från att konkurrera med BASF under en åttaårsperiod, något som Dr Reuter ansåg vara för långtgående. Förvärvet avsåg både know-how och goodwill.¹¹⁴ Kommissionen konstaterar att en köpare ska ha tid till att tillgodogöra sig det förvärvade företaget. Samtidigt är det inte en tidsmässigt obegränsad rätt utan den begränsas av ett antal faktorer. Hänsyn ska tas till att organisatoriska problem kan uppstå när ett förvärvat företag ska integreras i köparens företag. Vidare måste hänsyn tas till vilken slags know-how som överförs. Mer teknisk know-how kräver längre tid för köparen att tillgodogöra sig kunskapen, vilket motiverar en längre giltighetstid för konkurrensklausulen. I samband med detta vägs köparens förkunskaper in. Om köparen har goda kunskaper om det förvärvade krävs inte lika lång giltighetstid och vice versa. Ytterligare en faktor som påverkar är vilka möjligheter köparen har att tillgodogöra sig den förvärvade kunskapen.¹¹⁵ Kommissionen behandlade Dr Reuters klagomål fem år efter konkurrensklausulen slöts. Man ansåg att det var tillräckligt lång tid för BASF att tillgodogöra sig förvärvet.

I fallet *Preem Petroleum AB*, ett av få fall som finns i svensk rättspraxis, diskuterades frågan om giltighetstiden påverkas av vad som överförs i överlåtelsen.¹¹⁶ Beroende på om förvärvet inkluderar både goodwill och know-how eller bara goodwill varierar bedömningen av vad som är en acceptabel giltighetstid. I kommissionens tillkännagivande stadgas en giltighetstid av två år för förvärv med endast överförd goodwill medan tre år är den rekommenderade tiden för både goodwill och know-how.¹¹⁷ Svensk

¹¹¹ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 122.

¹¹² Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer III (19).

¹¹³ Reuter/BASF

¹¹⁴ Reuter/BASF II p. 3.

¹¹⁵ Reuter/BASF II p. 3 (b).

¹¹⁶ MD 1998:22

¹¹⁷ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer III (20).

rättspraxis har följt dessa rekommendationer. I Preem Petroleum-fallet godtog MD en konkurrensklausul på två år. Ursprungligen hade parterna i fallet, Preem och Texaco, avtalat om en konkurrensklausul som sträckte sig 3,5 år. Därefter skulle Texaco tillåtas bedriva konkurrerande verksamhet mot Preem. HD kortade dock ner giltighetstiden med motiveringen att inget talade för att bensinmarknadens kunders köptrohet skulle bestå längre än två år. Texaco skulle därmed inte konkurrera speciellt med Preem utan med alla aktörer på marknaden vid ett återinträde på marknaden. Vidare noterade KKV att inträdeshindrena på bensinstationsmarknaden är stora för den part som vill återinträda på marknaden. Ett återinträde kräver ofta att en bensinstationskedja finns att köpa eller någon slags samarbete med en redan etablerad aktör. Produkternas ekonomiska livslängd motiverade heller inte en konkurrensklausul som översteg två år.

En femårig konkurrensklausul ansågs vara för långtgående i *Norsk Hydro Olje AB*, där MD medgav att tre år var acceptabelt med hänsyn till de aktuella produkterna och hur de distribuerades (diverse oljeprodukter).¹¹⁸

Även om kommissionens tillkännagivande förespråkar en giltighetstid av två år vid förvärv avseende endast goodwill frångick KKV detta vid en koncentrationsprövning avseende ett förvärv mellan Trygg-Hansa och Folksam.¹¹⁹ En konkurrensklausul med tre års giltighetstid hade avtalats och den ansågs vara accessorisk till förvärvet trots att förvärvet endast avsåg goodwill och inte know-how. Beslutet godkändes av KKV:s generaldirektör och innebar alltså ett avsteg från kommissionens riktlinjer.

Längre giltighetstider än tre år har accepterats. 1999 förvärvade British Nuclear Fuels Plc. ABB:s globala kärnkraftsverksamhet. Förvärvet avsåg både know-how och goodwill. Parterna slöt ett "Non-Compete Agreement" vilket innebar att ABB hindrades från att konkurrera med köparen under sju år. I ett beslut från KKV godkändes konkurrensklausulen så som accessorisk. KKV grundade sitt beslut på ett antal faktorer. Dels förfogade ABB över både en stor del av marknaden och över ett stort mått av tekniskt know-how på området. Om ABB, med sitt stora kunnande och sin stora kundkrets, tilläts konkurrera för snabbt inpå köpet skulle de förvärvade företagen inte bli livskraftiga. Vidare noterade KKV kärnkraftsmarknadens mycket speciella karaktär, där produkterna är mycket tekniskt avancerade och har en lång livslängd. En reaktor har en livslängd på ca 30-40 år och kunderna är mer köptrogna än vad som är normalt på andra marknader. Vid en sammanvägning av dessa faktorer ansåg KKV att de talade för ett starkt konkurrensskydd för köparen och konkurrensklausulen ansågs därmed vara nödvändig för köpets genomförande.¹²⁰

En annan ovanligt lång konkurrensklausul ansågs giltig vid *Volvo Aero Corporation AB:s* förvärv av FFV Aerotech AB.¹²¹ Den relevanta

¹¹⁸ MD 1996:33.

¹¹⁹ Dnr 745/2001.

¹²⁰ Dnr 445/2000.

¹²¹ Dnr 1808/93.

marknaden gällde underhåll av flygmotorer och mellan parterna avtalades en konkurrensklausul med en giltighetstid på tio år. KKV poängterade i sitt beslut att en bedömning måste ske utifrån omständigheterna i det aktuella fallet. Normal giltighetstid för en konkurrensklausul är 2-3 år beroenden på förvärvets innehåll. Här fann KKV att marknads säregenhet motiverade en längre giltighetstid. Underhåll av flygmotorer är mycket resurskrävande och stora investeringar krävs för att kunna finansiera verksamheten. Dessa omständigheter medförde att KKV godkände konkurrensklausulen.

En annan faktor påverkade KKV:s beslut att godkänna en relativt lång konkurrensklausul i *NCC International AB m fl.*¹²² Förvärvet avsåg ett företag vars tillverkning var inriktad på oljelänsar och uppblåsbara broar. Den relevanta marknaden geografiskt sett avsåg hela världen, och konkurrensen i Sverige uppskattades som mycket liten eller ingen alls. Konkurrensklausulen uppgavs gälla i fem år, dvs. över rekommenderad giltighetstid. KKV motiverade i det här fallet sitt beslut med att förvärvet avsåg både goodwill och know-how. KKV betonade att NCC saknade egen know-how på marknaden. Denna omständighet blev följaktligen viktig i bedömningen och följer riktlinjerna i Reuter/BASF-fallet.

Sammanfattningsvis är det svårt att ange en generell acceptabel giltighetstid för konkurrensklausuler. Omständigheterna i de enskilda fallen skiljer sig mycket åt, vilket påverkar giltighetstiden.

4.4.2 Geografisk räckvidd

Med rimlighetskravet i åtanke måste en konkurrensklausuls geografiska räckvidd begränsas till det område där säljaren före överlåtelsen erbjöd sina varor eller tjänster.¹²³ På grund av relativt få avgöranden gällande den geografiska räckvidden är det oklart var gränsen går. Viss vägledning ges dock i beslut nedan.

I KKV:s beslut *Kuwait Petroleum Svenska AB*, där Kuwait Petroleum förvärvade Flaskgascentralen i Malmö AB, utslöt KKV inte att en konkurrensklausul i avtalet skulle kunna komma att strida mot § 6, nuvarande kap 2 § 1 KL.¹²⁴ En av anledningarna var att konkurrensklausulen saknade en angiven geografisk begränsning. KKV ansåg att det inte var nödvändigt för förvärvets genomförande att ha en konkurrensklausul utan geografisk begränsning.

Vid *Svenska Nestlé AB*'s förvärv av JEDE AB omfattade konkurrensklausulen hela världen.¹²⁵ Målet med förvärvet var för Nestlé att utveckla sin kaffevarksamhet genom att förvärva know-how och goodwill inom kaffemaskinstillverkning, samt varma och kalla drycker. KKV

¹²² Dnr 44/95.

¹²³ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer III (22).

¹²⁴ Dnr 1252/94.

¹²⁵ Dnr 660/94.

bedömde att den mycket omfattande konkurrensklausulen inte var nödvändig för förvärvets genomförande. Svenska Nestlé behövde inte skyddas från säljarens konkurrens på områden som säljaren inte bedrivit verksamhet inom före överlåtelsen.

4.4.3 Klausulens materiella innehåll

Även hur omfattande en klausuls materiella innehåll tillåts vara bestäms i varje enskilt fall. Ur kommissionens tillkännagivande kan man sluta sig till att en konkurrensklausul endast får omfatta de varor och tjänster som ingår i förvärvet.¹²⁶ Här räknas tillgångar så som know-how och goodwill in. Den förra karakteriseras av erfarenhetsmässigt utarbetad information som varken är patentskyddad eller hemlig men som är väsentlig, dvs. till nytta för produktionsframställningen medan den senare innefattar värden så som kundkontakter, varumärken och firmanamn.¹²⁷ I övrigt får man söka sig till praxis för att någorlunda kunna avgränsa en konkurrensklausuls tillåtna omfattning, även om den existerande praxisen inte är särdeles rik.

En viktig fråga som avtalsparterna måste fråga sig vid utformningen av konkurrensklausulen är vilken verksamhet det är som överförs och som säljaren inte får konkurrera med. En vanlig formulering av en konkurrensklausul torde vara att säljaren förbjuds att bedriva *konkurrerande verksamhet* men vad inbegriper begreppet konkurrerande verksamhet?

Vid en koncentrationsprövning påtalade KKV att en konkurrensklausul ska specificera exakt vilka varor som köpet avser.¹²⁸ Huhtamäki Oy:s köp av Ahlgrens AB specificerades som ett köp av Ahlgrens konfektyrverksamhet. Detta kunde inte godkännas av KKV men efter ändring till sockerkonfektyr godkändes förvärvet. Beslutet visar hur viktigt det är att en konkurrensklausul inte får för vid lydelse och därmed ger köparen en oförtjänt konkurrensfördel samtidigt som säljaren drabbas onödigt hårt.

En annan detalj belystes vid BTR:s förvärv av delar av Pirelli-koncernen.¹²⁹ Avtalet innehöll en konkurrensklausul vilken bl.a. förbjöd säljaren att konkurrera med det sålda företaget inkluderat försök att förvärva kunder från och anställda i det sålda företaget. Konkurrensklausulen hade en giltighetstid på fem år. Kommissionen godtog konkurrensklausulen utan närmare förklaring. Beslutet visar att det är tillåtet att förbjuda säljaren från att förvärva personal från köparen. Detta är föga förvånande då den förvärvade personalen och dess know-how kan ha stort ekonomiskt värde för den nya ägaren och är därför både skyddsvärd och nödvändig för överlåtelsens genomförande.

¹²⁶ Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer III (23).

¹²⁷ Se t ex Förordning (EG) nr 772/2004, art 1 i (I-III) samt Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 2009, s. 775.

¹²⁸ Dnr 700/93.

¹²⁹ BTR/Pirelli p. 33-35.

En konkurrensklausul kan stoppa säljaren från att investera i andra verksamheter. Det avgörande här är var investeringsspärren är satt och i vilket syfte som en investering görs. I ett beslut från kommissionen ansågs en konkurrensklausul vara för långtgående då den ålade säljaren ett investeringsförbud, vilket innebar att säljaren inte fick förvärva mer än 10 % av ett annat företags aktiekapital.¹³⁰ Kommissionen menade att ett aktieförvärv i investeringssyfte där säljaren inte utövar något inflytande genom sitt aktieinnehav inte kan vara en överträdelse av konkurrensklausulen.¹³¹

Det har även fastslagits, i det ovan refererade rättsfallet Reuter/BASF att produkter som är i forsknings- och utvecklingsstadiet och som ännu inte kommersialiserats inte omfattas av konkurrensklausuler.¹³² Det innebär att en säljare kan fortsätta att forska på en produkt som omfattas av konkurrensklausulen under förutsättning att produkten inte kommersialiseras. Kommissionen motiverade sitt beslut med att en produkt som ännu inte har ett kommersiellt värde inte heller kan utgöra ett konkurrenshot mot köparen. Vidare ansåg kommissionen att en forskare som förbjuds att forska på en produkt riskerar att hamna så långt efter i utvecklingen att det helt slår ut forskaren från marknaden och därmed eliminerar honom eller henne som en framtida konkurrent. Därmed har en så långtgående konkurrensklausul konkurrensbegränsande verkan som inte är försvarbar. I det här sammanhanget bör Gambro-fallet nämnas.¹³³ Gambro förvärvade en dialysfilterverksamhet från Arjo Instruments AB. Arjo och dess ägare, Arne J, förbjöds att bedriva konkurrerande verksamhet med Gambro. Kort därefter uppfann Arne J:s son ett nytt effektivare dialysfilter som han ville utveckla med sin far. Gambro motsatte sig detta med hänvisning till konkurrensklausulen. Med beaktande av Reuter/BASF borde utgången vara lätt att förutspå, dvs. en konkurrensklausul kan inte stoppa forskning och utveckling på en produkt. Minoriteten i MD kom även fram till den slutsatsen. Majoriteten genomförde dock en prövning och intresseavvägning av konkurrensklausulens syfte och verkan. Adlercreutz och Flodgren har kritiserat MD:s resonemang och menar att en lika strikt hållning som inom EG-rätten är önskvärd även inom svensk rätt.¹³⁴

Ovan har beskrivits vad en konkurrensklausul omfattar och vad den inte omfattar. En fråga som dock fortfarande är obesvarade är vad som händer om köparen, under konkurrensklausulens bindningstid, ändrar inriktning på den förvärvade verksamheten eller helt lägger ner den? Är säljaren fortfarande bunden av konkurrensklausulen? Enligt Adlercreutz och Flodgren är köparen inte det. I och med att verksamheten har ändrats så att

¹³⁰ *Tesco Ltd/Catteau SA*.

¹³¹ *Tesco Ltd/Catteau SA*, p. 14.

¹³² *Reuter/BASF II* 4 st. 1.

¹³³ MD 1976:10.

¹³⁴ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 114f.

den inte längre omfattar det konkurrensklausulen avsåg, behöver den nya verksamheten heller inte något skydd för konkurrens mot säljaren.¹³⁵

En konkurrensklausul som inte klarar rimlighetskravet, t.ex. genom att vara tidsmässigt alltför långtgående är förbjuden och därmed ogiltig.¹³⁶

4.5 Vem eller vilka konkurrensklausulen omfattar

Det står relativt klart att konkurrensklausuler är riktade mot det säljande företaget. Det finns dock ett avgörande som utvidgar klausulens omfattning.

I NJA 1993 s. 188 gällde frågan om en konkurrensklausul kan hindra säljarens systerbolag att bedriva konkurrerande verksamhet. Gillette hade ett avtal med PM, vilka skulle marknadsföra Gillettes produkter. Avtalet avslutades och PM förbjöds att under en sexmånadersperiod marknadsföra produkter för Gillettes konkurrenter. Alla säljare i PM gick över till Manico, PM:s systerbolag. Manico marknadsförde produkter för en av Gillettes konkurrenter. Gillette yrkade att Manico, med stöd av RB 15:3, skulle förbjudas att fortsätta säljverksamheten. HD poängterade att konkurrensklausulen endast gällde mellan avtalsparterna, dvs. Gillette och PM, och kunde därför inte göras gällande mot tredje man. HD gick dock på Gillettes linje med motiveringen att PM och Manico ”samverkat i syfte att kringgå konkurrensbegränsningsklausulen”. Rättsfallet visar att vad som räknas som säljare i konkurrensklausuler kan utvidgas till att omfatta även bolag i samma koncern.

4.6 Sanktioner vid brott mot konkurrensklausuler

4.6.1 Inledning

En inte helt ovanlig situation är att de som är bundna av en konkurrensklausul bryter mot den. Det finns många tänkbara anledningar till varför någon skulle vilja göra det. Den bundne avtalsparten kanske helt enkelt tröttnar på att inte kunna driva ett företag och jobba med sitt gamla yrke. Den bundne parten räknar med sanktioner men anser att det är värt risken med tanke på vad en ny verksamhet skulle inbringa. Oavsett vilket innebär ett brott mot konkurrensklausuler också ett avtalsbrott. Det råder delade meningar vilka sanktioner som står till buds vid ett kontraktsbrott. Klart är att allmänna rättsprinciper berättigar till skadeståndsanspråk vid

¹³⁵ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 126f.

¹³⁶ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 124.

avtalsbrott.¹³⁷ En inte helt ovanlig situation är att avtalet också innehåller en vitesklausul. Utöver detta kan det bli aktuellt att med vitesförbud tvinga säljaren till att följa avtalet och avsluta den konkurrerande verksamheten. Rättsläget kring dessa sanktioner är dock oklart. Olika svar kan ges med tanke på hur avtalen är skrivna och hur omfattande sanktionerna är. Detta skapar osäkerhet kring vad som förväntas av avtalsparterna och har även utmynnat i olika ståndpunkter i litteraturen. Praxis på området är liten vilket ytterligare spätt på osäkerheten kring sanktionsmöjligheterna.

Nedan behandlas skadestånd och vite samt tvång till naturauppfyllelse och RB 15:3.

4.6.2 Skadestånd och vite vid kontraktsbrott

Den vanligaste följden av ett avtalsbrott är skadestånd, något som inte behöver anges särskilt utan som följer av allmänna rättsprinciper.¹³⁸ Skadan ska då enligt skadeståndsrättsliga principer ersättas till det positiva kontraktsintresset.¹³⁹ Här uppstår dock problem. Det kan vara svårt att bevisa att en skada inträffat. Dessutom är det problematiskt att avgöra hur stor skadan är och hur stor den eventuella vinsten skulle vara, mätt i pengar.¹⁴⁰ Svårigheten ligger i att bevisa att säljarens konkurrens med köparen i strid med konkurrensklausulen har inneburit att köparen förlorat ett visst belopp pengar, dvs. adekvat kausalitet.¹⁴¹ I ett fall från arbetsdomstolen hade parterna i avtalet tagit med en skadeståndsklausul där skadestånd vid kontraktsbrott skulle utgå motsvarande skadan med en maxgräns på 200 00 kr.¹⁴² I dessa fall måste käranden bevisa skadans omfattning vilket är mycket svårt att göra. Istället kan det lösas genom att en vitesklausul kopplas till konkurrensklausulen. Ett specificerat vitesbelopp fastställs och kan avkrävas säljaren vid ett eventuellt kontraktsbrott. Därigenom krävs det inte något bevis för skada och skadans omfattning samtidigt som vitet fungerar som ett påtryckningsmedel på säljaren.¹⁴³ Lösningen är både tids- och kostnadseffektiv då domstolsförhandling ofta undviks. Olsen har i litteraturen identifierat flera förtjänster kopplade till vitesklausuler. Den ovan beskrivna tids- och kostnadseffektiviteten betecknar Olsen som *konfliktlösningssintresset*.¹⁴⁴ Denna funktion är till gagn för båda avtalsparter. Köparen slipper bevisa skada och säljaren vet med sig vilka följder som blir aktuella vid ett kontraktsbrott. Därtill tjänar

¹³⁷ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 67.

¹³⁸ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 67.

¹³⁹ Wallén, A, *Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser ur konkurrensrättslig och avtalsrättslig synvinkel*, 1982, s. 225.

¹⁴⁰ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 67.

¹⁴¹ Hellner, J, Radetzki, M, *Skadeståndsrätt*, 8:e uppl. 2010, s. 203.

¹⁴² AD 1990:44.

¹⁴³ Palmgren, G, *Konkurrensklausuler vid tjänsteavtal*, 1939, s. 203.

¹⁴⁴ Olsen, L, *Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, 1986, s. 30.

vitesklausulen såsom påtryckningsmedel, *påtryckningsintresset*.¹⁴⁵ Detta menar hon är det främsta funktionen med vitesklausulerna. Vidare ökar vitesklausulen chanserna till ersättning för säljaren och får närmast karaktären av en skadeståndsgaranti. Ur köparens perspektiv blir vitesklausulen en begränsning av ersättningen och uppfyller dennes *begränsningsintresse*.¹⁴⁶

Det står klart att en vitesklausul tjänar som en bra lösning för att konkurrensklausuler ska efterlevas. Samtidigt råder det i litteraturen delade meningar om vilket belopp som en vitesklausul specificerar, dvs. om vitet är ett maxbelopp eller om skadestånd ska kunna ges utöver vitet. Olsen menar att vitet utesluter ytterligare skadestånd.¹⁴⁷ Andra författare anser att avtalet måste tolkas för att kunna utlösa ytterligare skadeståndsanspråk men samtidigt ska utgångspunkten vara att vitet endast är en minimumersättning.¹⁴⁸ Rättsläget är synnerligen oklart och praxis pekar åt olika håll. Intrycket från praxis verkar dock vara situationen varierar med hänsyn till omständigheterna från fall till fall. I och med att 36 § AvtL infördes har en möjligheten att jämka både uppåt och neråt införts, vilket gjort att vitet kan anpassas till avtalssituationen.¹⁴⁹

En härtil relaterad fråga är huruvida vitet ska kunna betalas ut flera gånger. Visst stöd finns för den lösningen bland annat i 1969 års fackliga överenskommelse (se 4.7.2) men rättsläget är oklart.¹⁵⁰

I avtal som innehåller en vitesklausul men som saknar klara bestämmelser om vidare påföljder för avtalsbrott bör man fråga sig om vitet kan komma att tjäna som ett friköpsbelopp. En sådan tolkning innebär att säljaren kan välja mellan att följa avtalet eller betala vitet och därmed vara fri från avtalet. Denna metod stöds till viss del av Adlercreutz-Flodgren. De menar att köparen annars har möjlighet att belägga säljaren med ett större vite än vad som avtalats, vilket i förlängningen skulle förfela syftet med avtalet och kringkärna avtalsfriheten.¹⁵¹ Litteraturen verkar dock vara enig om att vitet inte kan tolkas som ett friköpsbelopp, utan att konkurrensklausulen får ett förfelat syfte. Praxis synes vara att säljaren kan kräva fullgörelse med reservation för att omständigheterna i fallet hindrar en sådan lösning.¹⁵²

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Olsen, L, *Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, 1986, s. 30.

¹⁴⁷ Olsen, L, *Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, 1986, s. 143.

¹⁴⁸ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s 129 med vidare hänvisningar.

¹⁴⁹ Olsen, L, *Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, 1986, s 121. med hänvisning till prop. 1975/76:81 s. 142.

¹⁵⁰ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 129.

¹⁵¹ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 130.

¹⁵² Se Olsen, L, s. 147, Palmgren, G, s. 211, Poulsen, S T, s. 196.

4.6.3 Naturauppfyllelse vid kontraktsbrott

Vad händer när säljaren av ett företag börjar konkurrera med köparen i strid med en konkurrensklausul och trots utdömda viten fortsätter med sin verksamhet? Kan säljaren tvingas till att följa avtalet och avsluta sin konkurrerande verksamhet? Inom arbetsrätten får en arbetstagare inte tvingas till att utföra en arbetsprestation med hänsyn till bl.a. den personliga friheten.¹⁵³ Men en konkurrensklausul är en negativ förpliktelse¹⁵⁴, dvs. en underlåtenhet att inte handla på ett visst sätt, och bör därför vara en mindre ingripande åtgärd. Samtidigt kan en konkurrensklausul ändå innefatta stora intrång i en persons frihet. En person som sålt sitt företag och som förbjuds att konkurrera med köparen kan ha stora svårigheter att finna verksamheter som inte konkurrerar med köparen, vilket innebär att den personliga friheten begränsas avsevärt. Kan konkurrensklausulen upprätthållas ändå genom ett vitesförbud (tvång till naturauppfyllelse)?

Innan jag går vidare är det viktigt att åtskilja vilka slags grupper som kan komma att drabbas av ett förbud att konkurrera. Arbetstagare är den grupp där konkurrensklausuler kanske förekommer mest. Den gruppen är dock inte föremål för den här uppsatsen varför jag inte heller kommer att ta upp dem här. Vidare går det att urskilja en grupp där en företagsöverlåtelse mellan ett företag och ett fåmansföretag. Här kan en del praxis urskiljas. Vid rena företagsöverlåtelser saknas praxis kring naturauppfyllelse. Därför hämtar jag praxis från de andra grupperna som vägledning.

Det synes inte finnas något reellt stöd i praxis för eller emot ett vitesförbud vid rena företagsöverlåtelser. Adlercreutz-Flodgren menar att det kan bli aktuellt med vitesförbud. Dock är det beroende av när avtalsbrottet sker. Ett vitesförbud är mer aktuellt som sanktion om avtalsbrottet sker kort efter överlåtelsens genomförande och ju längre tiden går, desto svagare blir incitamentet för ett vitesförbud.¹⁵⁵

Vid företagsöverlåtelser där säljaren efter överlåtelsen tar anställning hos köparen och sedan inte trivs och startar upp en egen konkurrerande verksamhet är rättsläget också oklart. Situationen kan te sig som så att säljaren känner sig tvingad att fortsätta sin anställning hos köparen, då inga andra försörjningsmöjligheter finns att tillgå. Det bör då diskuteras om detta indirekta tvång kan sägas utgöra ett tvång till naturauppfyllelse av anställningsavtal, vilket enligt svenska rättsprinciper inte är tillåtet. Rättsläget är som sagt oklart men dessa förhållanden bör tas med i domstols intresseavvägning.¹⁵⁶

¹⁵³ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 131f.

¹⁵⁴ Ramberg, J, Hultmark, C, *Allmän avtalsrätt*, 5:e uppl., 2000, s. 38.

¹⁵⁵ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 137.

¹⁵⁶ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 137f.

Ur ett rättsfall från arbetsdomstolen skulle vissa slutsatser kunna dras.¹⁵⁷ C och hans kompanjon hade sålt deras företag till A. C och kompanjonen anställdes i A:s koncern men efter ett tag sade C upp sig och öppnade en egen verksamhet. I överlåtelseavtalet mellan C och A fanns en konkurrensklausul vilken förbjöd konkurrerande verksamhet under en treårsperiod. Vid brott mot konkurrensklausulen avtalade parterna om skadestånd upp till 200 000 kr. C var medveten om skadeståndet men C förelades ändå av AD ett vitesförbud att inte konkurrera med A. AD dömde ut vitesförbudet med stöd av RB 15:3, dvs. den möjlighet som domstolen har att ålägga vitesförbud. 15:3 är inte en rättighet utan en möjlighet för käranden och kräver en intresseavvägning.¹⁵⁸ Å ena sidan står köparen, som betalat för att slippa konkurrens och som vill skydda den investering som gjorts. Principen pacta sunt servanda är stark i svensk rätt och Ekelöf menar att den förpliktade är ”i princip skyldig att göra rätt för sig in natura och den berättigade behöver alltså inte nöja sig med skadestånd”.¹⁵⁹ Å andra sidan står säljaren med ett intresse av att kunna försörja sig. I fallet hävdade C att konkurrensklausulen utgjorde ett ingrepp i hans personliga frihet. Domstolen menade dock att C hade fått betalt för sitt företag, vilket betyder att domstolen värderade A:s rätt till konkurrensskydd högre. Adlercreutz har i en artikel kommenterat domen.¹⁶⁰ Adlercreutz anser att det avtalsreglerade skadeståndet utestänger andra sanktionsmöjligheter. En av avtalets funktion är att reglera vad som gäller vid ett kontraktsbrott och om skadestånd är den avtalade sanktionen, så ska parterna kunna räkna med att endast den är aktuell. Vidare anser Adlercreutz att skyddet för A:s kundkrets ges för stort utrymme. Kunder låter sig inte styras av konkurrensklausuler och följer inte med i överlåtelsen utan väljer det företag de anser vara bäst. Vitesförbudet innebär en stor olägenhet i C:s frihet. ”Det skall inte gå att med rättsliga medel trycka ned en fri man eller kvinna till overksamhet. Så stor makt över varandra tillerkänner oss inte rättsordningen.”¹⁶¹ Sammanfattningsvis menar Adlercreutz att domstolens intresseavvägning varit för sträng där inskränkningarna mot C står inte i proportion till A:s vinning av vitesförbudet.¹⁶²

Fallet är relativt gammalt och skiljer sig mycket från rena företagsöverlåtelser. Adlercreutz artikel visar dock på sidor som domstolarna kanske förbiser eller värderar lågt. En noggrann intresseavvägning bör därför vara att förespråka, där både köparens behov av skydd för sin investering och säljarens intresse av att kunna verka på marknaden tas hänsyn till.

¹⁵⁷ AD 1990 nr 44.

¹⁵⁸ Adlercreutz, A, *Personexekution eller skadestånd/avtalat vite i mål om konkurrensklausuler*, SvJT 1991 s. 448.

¹⁵⁹ Ekelöf, P O, *Rättegång III*, 7 uppl. 2006, s. 32.

¹⁶⁰ Adlercreutz, A, *Personexekution eller skadestånd/avtalat vite i mål om konkurrensklausuler*, SvJT 1991 s. 445.

¹⁶¹ Adlercreutz, A, *Personexekution eller skadestånd/avtalat vite i mål om konkurrensklausuler*, SvJT 1991 s. 452.

¹⁶² Adlercreutz, A, *Personexekution eller skadestånd/avtalat vite i mål om konkurrensklausuler*, SvJT 1991 s. 446ff.

Avslutningsvis, är det möjligt att kumulera vitet och vitesförbudet eller är vitesförbudet endast ett alternativ till vitet? Det finns varken i lag eller i praxis något svar på den frågan. I litteraturen kan man dock finna stöd för att sanktionerna bör kunna kumuleras, i vilket fall som helst genom jämkning.¹⁶³

4.7 Andra typer av avtal där konkurrensklausuler förekommer

4.7.1 Inledning

Konkurrensklausuler förekommer huvudsakligen i två typer av avtal. Som redan omnämnts är konkurrensklausuler vanliga vid företagsöverlåtelser. I dessa fall är det företagen som berörs av de förpliktelser som konkurrensklausulen medför och inte arbetstagarna. Men det finns konkurrensklausuler som har en direkt påverkan på arbetstagare. Denna typ av konkurrensklausul är mycket vanligt förekommande i anställningsavtal. Arbetstagare vilka besitter specialkompetens är ofta bundna av konkurrensklausuler av den enkla anledning att företaget/arbetsgivaren vill behålla sin specialiserade och kvalificerade personal samtidigt som de vill undvika att konkurrenter får tillgång till arbetstagarens kompetens. Konkurrensklausulen immobiliserar därmed arbetstagarens eller säljarens konkurrenskraft under en viss tid. De två huvudvarianterna av konkurrensklausuler kan även kombineras. Detta aktualiseras vid företagsöverlåtelser där säljaren anställs av köparen för att fortsätta driva det förvärvade företaget med samma personal.¹⁶⁴ Konkurrensklausuler förekommer även i t ex handelsagenturavtal, produktionssamarbeten och ensamåterförsäljaravtal men även som sekretessbestämmelser. Viss vägledning för konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser kan hämtas från dessa andra områden. Jag anser därför att denna uppsats tjänar på att dessa andra typer av konkurrensklausuler redogörs för.

4.7.2 Konkurrensklausuler i anställningsavtal

Konkurrens är till fördel både för samhällsekonomin och konsumenter. Konkurrens kan också vara en sporre för många företag att prestera och göra sin produkt så bra som möjligt. Samtidigt rensar konkurrensen ut de företag som inte klarar av att tävla med andra företag. För företagen blir det därför essentiellt att tillförskaffa sig så många fördelar som möjligt. En av dessa utgörs av företagets anställda. Eftersom det samhälle vi lever i idag till stora delar baseras på kunskap är tillgång till information och vetenskapen hur den ska hanteras av yttersta vikt. Detta görs till stor del av arbetstagarna. Företag investerar stora summor i att förvärva kvalificerad personal eller att utbilda

¹⁶³ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 138.

¹⁶⁴ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 13f.

den för att göra företaget konkurrenskraftigt. Därmed får arbetstagaren tillgång till know-how och företagshemligheter. Det blir därför viktigt att företagen lyckas behålla kunskapen eller i värsta fall, se till att konkurrerande företag inte får tillgång till den. Om en arbetstagare vill lämna företaget skapar konkurrensklausulen därför en slags karantän där arbetstagaren hindras att konkurrera med sin före detta arbetsgivare och företaget behöver inte konkurrera mot sin egen investering. En konkurrensklausul får dock inte vara för långtgående. Även om företaget har ett intresse av att skydda sin verksamhet mot konkurrens ska det vägas mot arbetstagarens intresse av att kunna försörja sig och utveckla sin kompetens. Hur denna balansgång ska företas har utvecklats i praxis och i avtal mellan arbetsmarknadens parter.

I svensk rätt är 38 § AvtL den enda lagregel som direkt reglerar konkurrensklausuler i anställningsförhållanden men även 36 § AvtL kan användas för att jämka eller ogiltigförklara oskäligen konkurrensklausuler. Arbetsmarknadens parter har också, på svenskt manér, ingått en central kollektivavtalsöverenskommelse, vilken reglerar konkurrensklausuler i anställningsavtal. Överenskommelsen slöts år 1969 och kollektivavtalet gällde direkt för alla företag anslutna till SAF (numera Svenska Näringsliv).¹⁶⁵ Trots sin ålder har 1969 års överenskommelse fortfarande bärkraft såsom rättskälla. I förarbetena till 38 § AvtL framhöll departementschefen att 1969 års överenskommelse borde vara vägledande för utformningen av de jämningsmöjligheter som 38 § AvtL erbjuder.¹⁶⁶ Så har rättspraxis också utvecklats.¹⁶⁷ Stor hänsyn tas således till överenskommelsen, även utanför kollektivavtalsrörelsen. Förutom den arbetsrättsliga dimensionen finns en rent konkurrensrättslig dimension kopplad till konkurrensklausulen. KL är dock inte tillämplig på förhållanden mellan arbetsgivare och arbetstagare. Såvida inte parterna anses vara företag enligt definitionen i 1 kap. 5 § KL är arbetsmarknadsundantaget i 1 kap. 2 § KL tillämpligt.

1969 års överenskommelse fastställer relativt omfattande begränsningar för användandet av konkurrensklausuler. Jag kommer här att endast redogöra för de viktigaste reglerna. Endast företag som besitter eller utvecklar ett specifikt kunnande och på så sätt skaffar sig företagshemligheter vilka skulle kunna medföra påtagligt men för sina konkurrenter får använda sig av konkurrensklausuler i anställningskontrakten. Vidare binds endast arbetstagare som får kännedom om företagshemligheter och som har tillräckligt kunnande att kunna tillgodogöra sig informationen. Detta begränsar målgruppen avsevärt. Vilken information som ska skyddas är något oklart. Överenskommelsen nämner ”tillverkningshemligheter och

¹⁶⁵ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 52ff.

¹⁶⁶ Prop. 1975/76:81 s. 148.

¹⁶⁷ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 67.

därmed jämförbart kunnande”.¹⁶⁸ Detta tyder på att inte bara tekniskt kunnande utan även kommersiellt betingad information omfattas av överenskommelsen. Vad avser klausulens giltighetstid avgörs det i varje enskilt fall beroende på den know-how som klausulen avser skydda. 24 månaders bindningstid bör dock inte överstigas, även om möjligheten finns. Det finns ingen geografisk begränsning. Detta skiljer sig mot konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser och hänger samman med att konkurrensklausuler i anställningsavtal skyddar företagshemligheter, vilka ofta inte låter sig begränsas geografiskt. Ett brott mot en konkurrensklausul sanktioneras av ett normerat skadestånd. Detta kan likställas med en i avtalet bestämd ersättning, dvs. avtalsvite. Arbetstagaren ska avsiktligt eller genom grov vårdslöshet ha brutit mot avtalet för att bli skadeståndsskyldiga. Skadeståndet viktas mot lönen. Normalt är sex månadslöner tillräckligt för att upprätthålla klausulens verkningsgrad.¹⁶⁹

4.7.3 Ensamåterförsäljaravtal och franchiseavtal

Ett ensamåterförsäljaravtal innebär att ett företag knyter en eller flera återförsäljare till sig, vilka i sin tur har ensamrätt att vidareförsälja produkterna till ett visst område eller en viss kundkrets. Detta innebär inte att återförsäljaren inte får sälja konkurrerande produkter utan endast att återförsäljaren köper in just den produkten från endast en leverantör. Återförsäljaravtal är vanligt förekommande i många olika branscher. Det möjliggör för tillverkaren att nå sina kunder på ett effektivt sätt genom lägre distributions- och transaktionskostnader och lättare planering av återförsäljarens behov. Återförsäljarens lagerhållning och marknadsföring minskar också tillverkarens kostnader. Samtidigt säkrar ensamrätten återförsäljarens investeringar i t ex marknadsföring, service och utveckling av produkten. Ingen kan åka snålskjuts på återförsäljarens investering i produkten. Vanligtvis är återförsäljaravtal konkurrensfrämjande då det ökar mellanmärkeskonkurrensen. Det kan dock få negativa effekter om mellanmärkeskonkurrensen är liten eller obefintlig. Ofta är en konkurrensklausul kopplad till ensamåterförsäljaravtalet. Det innebär att återförsäljaren hindras från att sälja konkurrerande produkter. För leverantören är det ofta nödvändigt att kräva exklusivitet eftersom återförsäljaren då koncentrerar sina investeringar på leverantörens produkt. På en fungerande marknad ökar konkurrensen tack vare återförsäljaravtalen. De därtill kopplade konkurrensklausulerna anses därför inte orsaka större konkurrensbegränsningar och är därför tillåtna.¹⁷⁰

Ett affärsförhållande som är snarlikt till återförsäljaravtal är franchiseavtal. Franchising är en affärsmodell vilken ger oberoende näringsidkare möjlighet

¹⁶⁸ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 59.

¹⁶⁹ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 55ff.

¹⁷⁰ Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 423ff.

att mot ersättning utnyttja ett företags immateriella rättigheter och know-how. Snabbmatsrestauranger är ett bra exempel på franchising men konceptet existerar i många andra branscher. Franchisegivaren och franchisetagaren visar en gemensam fasad utåt men franchisetagarens verksamhet bedrivs i eget namn och för egen räkning.¹⁷¹ För att försäkra sig om att franchisetagaren inte bedriver konkurrerande verksamhet med franchisegivaren eller sprider franchisegivarens know-how innehåller avtalen ofta en konkurrensklausul eller ett konkurrensförbud. Detta är i normalfallet inte i strid med artikel 101.1 EG-fördraget/2 kap 1 § KL.

4.7.4 Produktionssamarbeten

Avtal om samarbete inom produktion förekommer ofta mellan konkurrenter. Genom att samarbeta kan företag minska sina produktionskostnader men samtidigt finns en risk för att konkurrensen på den relevanta marknaden skadas. Om prisbilden stiger på grund av samarbetet, produktutbudet minskar eller tredje man har marknadsinträdessvårigheter finns en klar risk för konkurrensbegränsande samarbete. Leder samarbetet till konkurrensbegränsningar är de förbjudna enligt både EG-rätten och svensk rätt. Är det tillåtet ur konkurrenssynpunkt är avtalen i sig inte förbjudna. Konkurrensklausuler förekommer i avtalen. Det kan t ex handla om att ett företag förbinder sig att inte använda en fabrik för viss verksamhet. I regel är konkurrensklausulerna tillåtna eftersom de ofta utgör en nödvändig förutsättning för samarbetet. Detta gäller även för konkurrensklausuler som sträcker sig en kortare tid efter samarbetets avslutande.¹⁷²

4.7.5 Handelsagentur

Handelsagenter karaktäriseras av att en uppdragsgivare, även kallad huvudman, ger i uppdrag till en agent att i huvudmannens namn och för dennes räkning förmedla anbud och träffa avtal. Handelsagenten fungerar på så sätt som "huvudmannens utsträckta arm" men är samtidigt en självständig näringsidkare. Den ekonomiska risken ligger på förhållandet mellan huvudmannen och kunden.¹⁷³ Då huvudmannen anförtrot affärens genomförande till agenten är det viktigt för huvudmannen att agenten endast saluför huvudmannens varor. Det är därför naturligt att huvudmannen vill ha någon slags exklusivitetsgaranti, en konkurrensklausul. Konkurrensklausulen hindrar inte bara att agenten konkurrerar med huvudmannen under handelsagentförhållandet utan även för en tid efter. Detta stoppar agenten från att använda den know-how som han/hon har tillgodogjort sig under handelsagenturavtalet samtidigt som agenten inte kan utnyttja de kontakter och kunder som han/hon arbetat med. Handelsagenter regleras i lag (1991:351) om handelsagentur (HagL). 35 § HagL anger vilka ramar som gäller för konkurrensklausuler. En

¹⁷¹ Prop. 2005:06:98 s. 7.

¹⁷² Wetter, Karlsson, Östman, *Konkurrensrätt*, 4:e uppl., 2009, s. 269ff.

¹⁷³ Stenberg, H, *Distributionsavtal*, 2005, s. 42.

konkurrensklausul får inte sträcka sig längre än två år efter att agenturavtalet upphört. Vidare måste konkurrensklausulen vara skriftlig, precisera vilka varor som agenten har förmedlat samt det geografiska område eller den kundkrets som agenturavtalet avser. 35 § 3 st HagL anger att bestämmelserna i lagen inte hindrar att avtalslagens bestämmelser tillämpas på konkurrensklausulen. Härmed avses främst 36 och 38 §§ AvtL. Medan HagL föreskriver tämligen strikta ogiltighetsregler erbjuder 38 § AvtL en mer obunden och fri skälighetsbedömning. En konkurrensklausul kan följaktligen uppfylla de formella kraven i HagL medan en bedömning enligt AvtL kan resultera i att den anses vara oskälig. Detta beror på att en bedömning enligt AvtL tillåter att relevans ges till hur t.ex. avtalet avslutades eller ett ensidigt partsberoende.¹⁷⁴

4.7.6 Sekretessklausuler och lagen om skydd för företagshemligheter

Vanligtvis kombineras en konkurrensklausul med tystnadsplikt.¹⁷⁵ Detta görs för att den köpande parten i en företagsöverlåtelse inte bara vill skydda sig mot konkurrens utan även vill skydda de företagshemligheter som förvärvas. I och med att konkurrensklausuler och sekretessklausuler ofta är tätt sammanknutna är det förtjänstfullt att även redogöra för den senare, trots att den i sig inte innehåller ett förbud att konkurrera. Jag kommer nedan att först ge en kort bakgrund till skyddet för företagshemligheter för att sedan redogöra för själva sekretessklausulen.

För många företag är det vitalt att skydda sina företagshemligheter. Detta möjliggörs med lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Vid första anblicken kan idén om att skydda företagshemligheter verka konkurrensbegränsande. Konkurrerande företag får inte tillgång till information, arbetstagare hindras från att utnyttja sitt kunnande och sin erfarenhet och rörligheten för arbetstagarna på marknaden minskar. Skyddet kan dock vara konkurrensfrämjande. Utan möjligheten för företag att skydda sina hemligheter minskar antagligen investeringsivern hos många näringsidkare. Ett obefintligt skydd skulle även påverka företags vilja att samarbeta i form av kunskapsutbyte eller produktutveckling negativt.¹⁷⁶

Vilka företagshemligheter är det då som lagen avser skydda? En företagshemlighet i lagens mening är ”sådan information om affärs- eller driftsförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende.”¹⁷⁷ Den första delen av definitionen innebär mer eller mindre att all information kan vara en företagshemlighet. Detta begränsas dock av definitionens andra del. Här snävas skyddet av och avser endast

¹⁷⁴ Prop. 1990/91:63 s. 134.

¹⁷⁵ Fahlbeck, R, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, 2004, s. 94.

¹⁷⁶ Fahlbeck, R, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, 2004, s. 83f.

¹⁷⁷ Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter, 1 §.

hemligheter vars röjande kan skada näringsidkaren i konkurrenshänseende.¹⁷⁸ Enligt förarbetena ska skyddet endast avse information på en marknad där det råder effektiv konkurrens.¹⁷⁹ Därmed skyddas endast information som är rättsenlig och information som lagvidrigt snedvrider konkurrensen på marknaden förblir skyddslös.¹⁸⁰ Själva skyddet utgörs av straffsanktionerna *företagsspioneri* och *olovlig befattning med företagshemlighet*, vilka kan rendera i fängelsestraff eller böter samt skadestånd.¹⁸¹ Företagsspioneri innebär att någon olovligen bereder sig tillgång till en företagshemlighet medan olovlig befattning med företagshemlighet behandlar själva anskaffandet av den hemliga informationen.

Hur bör nu en köpare av ett företag skydda sig mot att säljaren inte bara förbjuds att konkurrera utan även att säljaren inte röjer några företagshemligheter? Detta görs genom att ålägga säljaren med tystnadsplikt genom att avtala om en sekretessklausul. Eftersom sekretessklausuler regelmässigt förekommer i konkurrensklausuler granskas även de utifrån KL och avtalslagen. Men skulle det vara tänkbart att även en granskning av FHL är tillämplig? Härvid måste två faktorer adresseras. Dels är, med vissa undantag, tystnadsplikt inte reglerat i FHL.¹⁸² Tystnadsplikten får istället sin bärkraft genom civilrättsliga avtal. Vidare är det i regel fritt att avtala om sekretessens omfattning. Därmed är FHL inte ett effektivt verktyg för att utmana en konkurrensklausul med sekretessbestämmelser utan huvudregeln blir istället att klausulen inte går att angripas med stöd av FHL. I sammanhanget bör det dock observeras att den stipulerade avtalsfriheten inte har företräde över de tvingande reglerna i FHL:s 1-2 §§. 1 § FHL stadgar att lagen inte omfattar information om brottslig verksamhet eller särskilt allvarliga missförhållanden medan 2 § stadgar att lagen endast skyddar mot obehöriga angrepp på företagshemligheter. Det innebär att röjande av uppgifter som faller under lagens två första paragrafer inte strider mot en avtalad sekretessklausul.¹⁸³

Ytterligare en dimension bör läggas till resonemanget. Enligt förarbetena skyddas endast företagshemligheter som är speciella.¹⁸⁴ Begreppet *speciella företagshemligheter* inbegriper inte kunskap som kan sägas vara ”personlig skicklighet, erfarenhet och kunskap hos någon som är anställd”.¹⁸⁵ Avgränsningarna av begreppet görs i förarbetena med hänvisning till arbetstagare, dvs. när en arbetstagare är bunden av en sekretessklausul.¹⁸⁶ Hur ter sig då situationen vid en företagsöverlåtelse mellan företag där det

¹⁷⁸ Fahlbeck, R, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, 2004, s. 85.

¹⁷⁹ Fahlbeck, R, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, 2004, s. 85.

¹⁸⁰ Lagutskottets betänkande 1988/89:LU30, s. 19.

¹⁸¹ Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter. 3-8§§.

¹⁸² Undantaget är FHL:s 7 § 2 st. och 8 §. 7 § 2 st. reglerar arbetstagare som röjer en företagshemlighet efter det att anställningen upphört. För skadeståndsberättigande krävs synnerliga skäl. (Prop. 1987/88:155 s. 46.)

¹⁸³ Fahlbeck, R, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, 2004, s 95.

¹⁸⁴ Prop. 1987/88:155 om skydd för företagshemligheter, s. 36.

¹⁸⁵ Prop. 1987/88:155 om skydd för företagshemligheter, s. 35.

¹⁸⁶ Fahlbeck, R, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, 2004, s 96.

säljande företaget endast utgörs av en eller ett fåtal personer. En konkurrensklausul med tystnadsplikt innebär att säljaren inte får konkurrera med köparen, däri inbegripet att han inte utnyttjar sin egen know-how. Men om FHL inte omfattar dessa egenskaper, kan det då bli så att FHL innebär ett förbud mot konkurrensklausuler och sekretessåtaganden?¹⁸⁷ Enligt Fahlbeck ska förarbetena inte tolkas såsom att de har för avsikt att begränsa konkurrensklausuler. Han menar att FHL:s förarbeten inriktar sig mot arbetstagares villkor och rättsutvecklingen däromkring medan giltigheten av en konkurrensklausul mellan näringsidkare ska ses mot bakgrund av ekonomiska och marknadsmässiga aspekter.¹⁸⁸ En giltighetsprövning sker såtillvida enligt KL alternativt övriga tillgängliga civilrättsliga instrument.

¹⁸⁷ Fahlbeck, R, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, 2004, s 96.

¹⁸⁸ Fahlbeck, R, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, 2004, s 96.

5 Avtalsrättslig bedömning av konkurrensklausuler

5.1 Inledning

Avtalsfrihet är en grundläggande princip inom svensk civilrätt. Den erbjuder var och en att fritt välja avtalspartner samtidigt som den skänker avtalsparterna friheten att själva få bestämma avtalsinnehållet. Tätt kopplad till avtalsfriheten är principen om *pacta sunt servanda*, dvs. att avtal ska hållas. Det är av yttersta vikt att avtal som tillkommit på ett giltigt sätt, också tillåts att förbli orörda och gälla med den lydelse som parterna har enats om. Dessa två principer utgör grundfundament i en marknadsekonomi och har varit mycket starka historiskt sett. På senare år har dock attityden mjukats upp, bl.a. genom utökat skydd för den svagare parten i ett avtalsförhållande.¹⁸⁹ Det har lett till att fler oskäligen avtal har jämkats eller förklarats ogiltiga. Detta gäller även konkurrensklausuler.

Konkurrensklausuler är i avtalslagens mening en avtalsförpliktelse och utgör en del i ett företagsöverlåtelseavtal.¹⁹⁰ En konkurrensklausul är i sig konkurrensbegränsande men som visats ovan är en rätt utformad konkurrensklausul undantagen från konkurrensrättens förbudsregler. Det innebär däremot inte att den nödvändigtvis till fullo accepteras av rättsordningen. I fall där en konkurrensklausul uppfyller kraven ställda inom konkurrensrätten, kan den fortfarande jämkas eller förklaras ogiltig om den anses vara oskäligen enligt allmänna civilrättsliga regler.¹⁹¹ Det är företrädesvis § 38 och § 36 avtalslagen som reglerar konkurrensklausuler. Avtalslagen tar sin utgångspunkt i parternas intressen och väger dessa mot varandra. Dess syfte skiljer sig därmed mot konkurrenslagstiftningen, vars intresse är att skydda samhället från konkurrensbegränsande avtal.¹⁹² Denna skillnad är viktig att uppmärksamma, då en skälighetsprövning därmed tar hänsyn till olika intressen beroende på vilken lag som är för handen.

Även andra rättsprinciper kan vara tillämpliga vid en skälighetsbedömning. Nedan kommer jag att redogöra för både 38 § och 36 § AvtL men även de allmänna rättsprinciper som kan komma att aktualiseras vid en prövning av en konkurrensklausuls giltighet.

¹⁸⁹ Prop. 1975/76:81 s. 10f.

¹⁹⁰ Adlercreutz, A, *Avtalsrätt 1*, 12:e uppl., 2002, s. 305.

¹⁹¹ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s.234.

¹⁹² Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 48.

5.2 38 § avtalslagen

5.2.1 Tillkomst och tillämpning

Denna paragraf kom till som en reaktion på det missbruk av den totala avtalsfrihet som förr rådde. Före avtalslagen infördes i svensk rätt var avtal att inte konkurrera fullt giltiga.¹⁹³ Karteller var till exempel inte ovanligt. Avseende konkurrensklausuler var även dessa utsatta för missbruk, dvs. mycket långtgående konkurrensklausuler nyttjades ofta i avtal. Därmed bands många arbetstagare och företag av konkurrensförbud som kunde gälla under långa tidsperioder. 38 § avtalslagen infördes med syftet att förhindra alltför långtgående konkurrensklausuler.¹⁹⁴

Enligt förarbetena är 38 § primärt inriktad mot konkurrensklausuler inom arbetsrätten och det är inom det området mest praxis relaterad till 38 § finns.¹⁹⁵ Detta hindrar dock inte att paragrafen även kan användas för en oskälighetsprövning av en konkurrensklausul i rena överlåtelseavtal. Skulle domstol finna en konkurrensklausul enligt 38 § oskälig kan rättsföljden bli ogiltighet eller jämkning. 38 § föreskriver att säljaren inte är bunden ”i den mån utfästelsen sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt”. I samband med att avtalslagens generalklausul infördes i svensk rätt diskuterades huruvida 38 § tjänade något syfte längre. Frågan var om den skulle tas bort eller låtas stå kvar. Departementschefen frågade sig om det fanns något egentligt värde i att ha kvar 38 §, då generalklausulen likväl kunde användas för att jämka eller ogiltigförklara en konkurrensklausul. Man kom dock fram till den åsikten att det skulle vara förtjänstfullt att ur arbetsrättsligt hänseende ha kvar en fristående bestämmelse där jämnings- och ogiltighetsförutsättningarna angavs separat.¹⁹⁶

5.2.2 Oskälighetsbedömningen

38 § bedömer skäligheten hos en konkurrensklausul genom att väga säljarens och köparens intressen mot varandra. Säljaren, med ett intresse av att kunna konkurrera medan köparen, ställs mot köparens behov av skydd mot säljarens konkurrens.¹⁹⁷ I bedömningen ska hänsyn tas de speciella omständigheterna i varje enskilt fall. Denna bedömning är den som framhävs i förarbetena från 1914.¹⁹⁸ Ingen principiell ändring avseende bedömningsgrunderna ansågs heller nödvändig vid omarbetningen av 38§.¹⁹⁹ Dock ändrades lydelsen av 38 §, varvid den nuvarande lydelsen är vagare än förut. Adlercreutz-Flodgren menar att detta ger klara indikationer

¹⁹³ Zeteo, lagkommentar till 38 § AvtL, 1 p.

¹⁹⁴ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 43.

¹⁹⁵ Prop 1975/76:81 s. 148f.

¹⁹⁶ Prop 1975/76:81 s. 148.

¹⁹⁷ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 44.

¹⁹⁸ Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar 1914.

¹⁹⁹ Prop. 1975/76:81 s. 149.

på att bedömningen än mer än förut ska bestå av en intresseavvägning mellan de två parterna.²⁰⁰

Den praxis som finns avseende 38 § rör till största delen anställningsförhållanden och tjänar föga till att ge vägledning till konkurrensklausuler mellan näringsidkare. Det är därför svårt att avgöra hur en oskälighetsbedömning av en konkurrensklausul vid en företagsöverlåtelse skulle se ut. Man kan dock tänka sig, då 36 § och 38 § är tätt sammankopplade, att vägledning kan hämtas från bedömningsgrunderna i 36 § och att bedömningen därmed skulle bli mycket snarlik till hur en bedömning enligt 36 § skulle se ut.

Det är svårt att säga varför det finns så lite praxis på 38 § avtalslagen. Historiskt sett har domstolarna varit mycket restriktiva med att använda 38 § vilket skulle kunna bero på att inställningen till konkurrensbegränsande beteenden förr var annorlunda än vad den är idag. Innan KBL tillkom på 1950-talet godkändes konkurrensbegränsande avtal av rättsordningen. Att praxis varit så fåtalig på senare tid skulle kunna bero på att både svensk och gemenskaprättslig konkurrensrätt fått stort genomslag och ingripit mot konkurrensbegränsande avtal. Därmed har behovet av 38 § minskat.²⁰¹

5.3 36 § avtalslagen

5.3.1 Tillkomst och tillämpning

Avtalslagens § 36 (stora generalklausulen) infördes i svensk rätt för att ge domstolarna större utrymme att ingripa mot oskäligen avtal. Generalklausulen är tillämplig på i stort sett alla civilrättsliga avtal och ger domstolen befogenhet att göra allt från mindre ändringar i en klausul till att ogiltighetsförklara ett helt avtal. Denna möjlighet strider mot principen om avtalsfrihet. Vid en prövning sker det därför en avvägning mellan den ena partens behov av skydd och vikten av att parterna i ett avtalsförhållande måste kunna lita på att ett avtal är bindande och på så sätt förutse vilka konsekvenser avtalet kommer att få. 36 § prövar om en klausul är skäligen eller oskäligen. Härvid prövas inte bara avtalsklausulen i fråga, utan en helhetsbedömning av avtalet företas. Med det menas att rättsföljden av en i sig oskäligen klausul kan mildras om andra regleringar i avtalet väger upp oskäligheten.²⁰² 36 § kan inte avtalas bort, dvs. den är tvingande, och den ger dessutom domstolarna stor frihet i val av rättsföljd.²⁰³ Vanligast förekommande är att det oskäligen avtalsvillkoret jämkas eller helt åsidosätts, men även andra delar av avtalet kan jämkas eller helt åsidosättas. Det bör

²⁰⁰ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 46.

²⁰¹ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 45.

²⁰² Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, 12:e uppl., 2002, s. 299.

²⁰³ Bernitz, U, *Standardavtalsrätt*, 6:e uppl., 2002, s. 80.

dock påpekas att generalklausulen inte har som syfte att jämka varje avtal. Det ska fortfarande vara möjligt att genomföra en god affär men om avtalet innebär en påtaglig rubbning av balansen mellan avtalsparterna ska det kunna ogiltigförklaras eller jämkas.²⁰⁴

Innan 36 § tillkomst bedömdes oskäligen avtalsvillkor ofta kasuistiskt, dvs. möjligheten till ogiltighet eller jämkning utgick ifrån huruvida avtalsklausulen var oskäligen i det särskilda fallet. I och med 36 § tillkomst blev bedömningen mer klausulinriktad, dvs. bedömningen avsåg att fastställa huruvida en viss typ av avtalsvillkor kunde anses oskäligen i sig.²⁰⁵ Denna praxisändring efterfrågades i förarbetena för att ge domstolarna möjlighet att skapa mer stadga och förutsebarhet vid avtalskrivande.²⁰⁶ Farhågan var nämligen att generalklausulen kunde leda till ”allmän osäkerhet och löslighet i avtalsförhållanden.”²⁰⁷ Avseende konkurrensklausuler har praxis, både gemenskapsrättslig och nationell, fastslagit att konkurrensklausulen i sig är tillåten, men den måste vara skäligen utformad för att inte ogiltigförklaras eller jämkas.

Som behandlats ovan är en konkurrensklausul ofta förbunden med en vitesklausul. I fall där fråga är om skäligheten av antingen konkurrensklausulen eller den därtill kopplade vitesklausulen, tillämpas 38 § på själva konkurrensklausulen medan generalklausulen är tillämplig på vitesklausulen.²⁰⁸ Förarbetena framhäver att en distinktion de två klausulerna emellan kan vara svår att göra, varför en helhetsbedömning av avtalet måste göras. Det är därför relevant att inte bara granska 38 § utan även 36 § avtalslagen i samband med konkurrensklausuler.

5.3.2 Bedömningsgrunder

Vilka bedömningspunkter används då för att fastställa om ett avtalsvillkor är oskäligt? Rent allmänt tar prövningen sin utgångspunkt i själva avtalsklausulen, även om man i ett senare skede även ser till hela avtalsinnehållet.²⁰⁹ Vid en oskälighetsbedömning måste en eller flera referenspunkter fixeras, för att fastställa vad som är skäligt. Härvid används analogitolkning som redskap, där man tittar på både tvingande och dispositiv rätt. Även praxis enligt avtalsvillkorslagarna kan ge viss vägledning.²¹⁰ Andra bedömningspunkter är omständigheterna vid avtalets tillkomst eller ändrade förhållanden. I rena affärsuppställningar kan branschbruk och gott affärsskick tjäna som måttstock för vad som är skäligt. Kopplat till detta är parternas egen praxis. Enligt förarbetena bör avsteg från den egna affärspraxisen anses vara oskäligt om avsteget är till det sämre och

²⁰⁴ Adlercreutz, A, *Avtalsrätt 1*, 12:e uppl., 2002, s. 300ff.

²⁰⁵ Bernitz, U, *Standardavtalsrätt*, 6:e uppl., 2002, s. 82.

²⁰⁶ Prop. 1975/76:81 s. 111, 173.

²⁰⁷ Prop. 1975/76:81 s. 173.

²⁰⁸ Prop. 1975/76:81 s. 149.

²⁰⁹ Prop. 1975/76:81 s. 118.

²¹⁰ Bernitz, U, *Standardavtalsrätt*, 6:e uppl., 2002, s. 83f.

ogrundat.²¹¹ Vid en prövning ska särskild hänsyn tas till om ena parten befinner sig i en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. I avtal mellan näringsidkare förespråkas därför viss försiktighet i att ingripa alltför lättvindigt i avtal eftersom parterna ofta är jämbördiga. Detta utesluter dock inte en prövning enligt 36 §. Enligt förarbetena kan inte heller en jämkning till fördel för den starkare parten uteslutas.²¹²

5.3.3 Samspelet mellan konkurrensrätt och 36 § AvtL

I samband med en oskälighetsbedömning enligt 36 § AvtL bör man fråga sig hur konkurrensrättsliga avgöranden och civilrättsliga avgöranden påverkar varandra. Enligt förarbetena är det inte de allmänna domstolarnas uppgift att göra en självständig bedömning av om ett avtal utgör en otillåten konkurrensbegränsning enligt KL.²¹³ Detta motiveras med lagarnas olika syften. KL har till syfte att tillgodose allmänna ekonomiska intressen medan generalklausulen beaktar avtalets möjliga skadeverkningar mellan avtalsparterna. Däremot bör ett konkurrensrättsligt avgörande kunna påverka allmän domstols civilrättsliga bedömning. Av detta följer att praxis som MD fastslagit rörande konkurrensklausuler kan tillämpas vid en civilrättslig oskälighetsbedömning av en konkurrensklausul. Vidare utgör avtalslagen inte något hinder att pröva en konkurrensklausul enligt konkurrenslagen, dvs. en klausul som ansetts skälig enligt avtalslagen kan bli föremål för prövning enligt konkurrenslagen.²¹⁴

I en dom från AD diskuterade rätten avvägningen mellan avtalsrätt och konkurrensrätt.²¹⁵ Ur tingsrättens domskäl går det att läsa: ”det allmänintresse, som konkurrenslagstiftningen är avsedd att tillgodose, i någon mån kan påverka den avvägning mellan parternas intresse som ska ske enligt 38 § avtalslagen” samt ”Vid intresseavvägningen bör sålunda även synpunkter av konkurrensrättsligt slag få göra sig gällande”. Detta samspel mellan konkurrensrätten och civilrätten är enligt Adlercreutz-Flodgren önskvärt.²¹⁶ De menar att bedömningen enligt 38 § avtalslagen, där parternas intressen ställs mot varandra, bör överensstämma med konkurrenslagens syfte, dvs. att skydda det allmänna mot konkurrensbegränsande beteenden.

5.3.4 Förutsättningsläran

När 36 § AvtL används är rättsföljderna ogiltighet eller jämkning. Att ogiltigförklara en konkurrensklausul kan dock bli mycket kännbart för köparen och skapa en obalans i överlåtelseavtalet. Jämkning är därför en

²¹¹ Prop. 1975/76:81 s. 119f.

²¹² Prop. 1975/76:81 s. 127.

²¹³ Se SOU 1974:83 s. 144 samt prop. 1975/76:81 s. 48.

²¹⁴ Prop. 1981/82:165 s. 288.

²¹⁵ AD 1994:65.

²¹⁶ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 48.

mindre ingripande rättsföljd vilket, 36 § AvtL andra meningen öppnar upp för. Denna stadgar att om villkoret har ”sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt ska gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende”. För att kunna avgöra om en konkurrensklausul är av sådan betydelse för avtalet kan förutsättningsläran utgöra ett hjälpmedel.²¹⁷ På området saknas dock tillräckligt klar praxis, varför rättsläget hur dessa regler behandlar konkurrensklausuler fortfarande är oklart.²¹⁸

Ett antal rekvisit måste vara uppfyllda för att förutsättningsläran ska vara tillämplig. För det första ska konkurrensklausulen ha varit en väsentlig förutsättning för avtalet, dvs. köparen skulle inte ha genomfört överlåtelsen om konkurrensklausulen skulle komma att upphävas, alternativt skulle köpeskillingen ha varit en annan utan konkurrensklausul. Vidare ska detta ha varit synligt för motparten, innebärande att säljaren ska ha insett eller bort inse att säljaren såg konkurrensklausulen som en väsentlig förutsättning för avtalet. Det tredje och sista rekvisitet är en relevansbedömning där avtalets art, förutsättningens beskaffenhet samt ser vem av parterna som får bära risken för att förutsättningen brustit undersöks.²¹⁹

Det är oklart vilken roll FÖL kan komma att spela vid bedömningen av konkurrensklausuler. Det finns ingen enhetlig förutsättningslära utan olika läror har utvecklats genom åren. Den är dessutom omtvistad av vissa men har vunnit erkännande i domstolarnas praxis.²²⁰ Det råder en diskussion om vilken roll FÖL kan anses ha vid sidan av 36 § AvtL. Enligt generalklausulutredningen ersätter 36 § inte FÖL.²²¹ Samtidigt stadgar förarbetena att FÖL kan få en mer begränsad roll i och med införandet av generalklausulen.²²² Det är därför svårt att veta hur en domstol skulle döma i ett fall med en konkurrensklausul. Den övriga praxis som finns visar dock att part själv får bära risken för att hans förutsättning brister och endast i undantagsfall kan risken komma att läggas på motparten.²²³ Det bör därför vara svårt att endast stödja sig på FÖL men den kan möjligtvis kunna komma att spela en viss roll i en skälighetsbedömning.

5.3.5 Oklarhetsregeln

Vid avtalstolkning bör oklarhetsregeln nämnas. Denna regel blir tillämplig då en klausul är utformad på så sätt att den kan ge upphov till tvekan om hur den bör tolkas. Den part som har formulerat klausulen missgynnas och

²¹⁷ Linder, M, Westin, J, *Något om avtals eller avtalsvillkors ogiltighet enligt den nya konkurrenslagen*, SvJT 1995 s. 48f.

²¹⁸ Bernitz, U, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2:a uppl., 2009, s. 238.

²¹⁹ Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, 12:e uppl., 2002, s. 281f.

²²⁰ Adlercreutz, A, *Avtalsrätt I*, 12:e uppl., 2002, s. 279f.

²²¹ SOU 1974:83, s. 157.

²²² Prop. 1975/76:81 s. 128.

²²³ Se t. ex. NJA 1999 s. 575.

istället tolkas klausulen till förmån för motparten.²²⁴ I samband med konkurrensklausuler borde det oftast röra sig om en tolkning till förmån för säljaren. Den rättspraxis som finns är gammal och har enligt Adlercreutz-Flodgren antagligen tjänat ut sin rätt i och med att 38 § AvtL infördes. Eftersom ogiltighets- och jämningsreglerna i 38 § AvtL är mer långtgående än oklarhetsregeln och då öppen kontroll går före dold kontroll så får oklarhetsregeln ge vika för avtalslagen.²²⁵ Samtidigt har DepCh i propositionen till 36 § uttalat att vedertagna tolkningsprinciper såsom oklarhetsregeln inte ska överges i samband med generalklausulens införande.²²⁶ Således verkar litteraturen och förarbetena skilja sig på den här punkten och praxis finns inte.

5.3.6 Lojalitetsplikt

Man skulle i sammanhanget kunna diskutera huruvida det föreligger en lojalitetsplikt mellan parterna och vilken vikt den har för oskälighetsbedömningen enligt generalklausulen? I avtal har parterna ofta en underförstådd plikt att agera lojalt.²²⁷ Denna lojalitet grundar sig i att parterna har valt att samarbeta med varandra och utgångspunkten blir därför att parterna inte ska skada varandra. Vid en eventuell tvist ska parterna därmed respektera varandras intressen.²²⁸ Lojalitetsplikten gäller i svensk rätt såsom en allmän rättsgrundsats, även om den i vissa lagar har uttryckt stöd.

Det råder i litteraturen viss osäkerhet huruvida lojalitetsplikten kan härledas ur 36 § AvtL. Teoretiskt sett bör dock lojalitetsplikten kunna användas vid en oskälighetsbedömning enligt generalklausulen.²²⁹ Därmed skulle man kunna sluta sig till att lojalitet kan spela en viss roll vid bedömningen av konkurrensklausulers skälighet. Denna slutsats understöds till viss del av det ovan redovisade Gillettefallet (se 4.5) där just den bristande lojaliteten hos ena avtalsparten blev till förfång för honom.

²²⁴ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 125.

²²⁵ Adlercreutz, A, Flodgren, B, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, 1992, s. 125.

²²⁶ Prop. 1975/76:81 s. 116.

²²⁷ Ramberg, J, Hultmark, C, *Allmän Avtalsrätt*, 5:e uppl., 2000, s. 243.

²²⁸ Nicander, H, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, JT 1995/96 s. 31.

²²⁹ von Post, C-R, *Studier kring 36 § avtalslagen*, 1999, s. 180.

6 Slutkommentarer

Konkurrensklausuler används mycket frekvent i olika sammanhang. De är kanske mest förekommande i anställningskontrakt men den här uppsatsen har primärt granskat konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser. Företagsöverlåtelser kan betinga mycket stora summor. Det är därför viktigt för köparen att göra förvärvet så säkert som möjligt. Ett sätt är att köparen skyddar sig mot att säljarens konkurrens. Säljaren har stor kunskap om det sålda företaget och därtill ofta en lojal och inarbetad kundkrets. Om säljaren tilläts att konkurrera med köparen hade det, ur köparens synvinkel, varit förödande för förvärvet. Konkurrensklausulen bidrar med ett skydd för köparen mot konkurrens från säljaren. Skyddet innebär att köparen får tid till att tillgodogöra sig den good will och know-how som förvärvats medan säljaren ”sitter i karantän”. Klausulen utgör således en viktig del i avtalet.

Både gemenskapsrätten och svensk rätt erkänner betydelsen som konkurrensklausuler utgör. Utan konkurrensklausuler skulle företagsförvärv med stor svårighet kunna genomföras. Trots att klausulen i sig är konkurrensbegränsande blir den i det stora hela konkurrensfrämjande. Den underlättar för företagsförvärv vilket bidrar till en rörlig marknad. Företagsförvärv ökar även på marknadens konkurrens och gör denna mer effektiv. Effektiv konkurrens är målet både för gemenskapsrätten och för nationell rätt eftersom effektiv konkurrens verkar för att samhällets resurser utnyttjas effektivt samtidigt som utbudet av varor och tjänster blir större, kvaliteten blir bättre och priset lägre. Samhället i stort vinner på en marknad med effektiv konkurrens men även konsumenterna gör en vinning i fler och bättre produkter till lägre pris.

Även om konkurrensklausuler är konkurrensfrämjande är de inte utan begränsningar. Vilka begränsningarna är framgår inte av lagen utan har till stor del utarbetats i praxis. Detta medför att viss osäkerhet råder om hur en konkurrensklausul ska utformas för att accepteras av rättsordningen. Det som ytterligare komplicerar rättsläget är att konkurrensklausuler kan angripas med konkurrenslagen, avtalslagen samt allmänna rättsprinciper. Detta medför en situation där en konkurrensklausul kan uppfylla kraven ställda inom konkurrensrätten men som samtidigt kan förklaras ogiltig enligt avtalsrätten. Anledningen härför är att lagarna har olika skyddsobjekt. Konkurrenslagen har till syfte att värna om samhällsintresset genom att skydda marknaden mot konkurrensbegränsande avtal medan avtalslagen endast ser till avtalsparternas inbördes förhållande. Vad som är en skäligen konkurrensklausul bedöms således olika beroende på vilka lagar som används.

Enligt gemenskapsrätten och svensk rätt är avtal som märkbart verkar konkurrensbegränsande förbjudna. Konkurrensklausuler är dock i regel undantagna från förbudet. Detta motiveras som nämnts ovan att konkurrensklausuler verkar för effektiv konkurrens. Konkurrensklausulen

får dock inte vara för långtgående. Vilka är då begränsningarna? Då EG-rätten och svensk rätt till stora delar tillämpas parallellt får vägledning hämtas ur praxis från båda rättssystemen. Generellt har en konkurrensklausul tre olika begränsningar. För det första får den inte vara tidsmässigt för långtgående. Riktmärket är två till tre år, beroende på vad förvärvet avser, men enskilda omständigheter kan både sänka och höja den acceptabla tidsomfattningen. Vidare får konkurrensklausulen geografiskt endast sträcka sig till de områden där det förvärvade företaget bedrev verksamhet. Slutligen begränsas konkurrensklausuler till att endast omfatta den verksamhet som köpet avser, dvs. säljaren kan inte förbjudas att bedriva annan sorts verksamhet. Dessa tre områden ovan är endast generell återgivna. Anledningen till det är att varje enskilt falls förutsättningar avgör hur omfattande en konkurrensklausul tillåts vara. Det finns således enligt konkurrensrätten inga klara svar på hur omfattande en konkurrensklausul får vara. Detta kan självklart skapa osäkerhet vid avtalsutformandet. Vidare utgör osäkerheten kring följderna av en säljares potentiella avtalsbrott ett problem. Skadestånd kan enligt allmänna rättsprinciper utdömas vid kontraktsbrott. Att bevisa skada och skadans omfattning är dock svårt. Vanligt är därför att en vitesklausul kopplas till konkurrensklausulen. Vid upprepat avtalsbrott kan även vitesförbud bli aktuellt. Problemet är att litteraturen är oenig om vilka följder som är tillämpliga och i vilken omfattning. Nedan kommer jag därför att diskutera en alternativ lösning på problemet.

En konkurrensklausul kan även anses vara oskälig enligt avtalslagen alternativt allmänna avtalsrättsliga principer. 38 § AvtL reglerar specifikt konkurrensklausuler men då 36 § AvtL är tillämplig på alla avtal kan även den användas för att angripa en konkurrensklausul. Till skillnad från en konkurrensrättslig skälighetsprövning, ser granskningen enligt avtalslagen till avtalsparternas intresse. En konkurrensklausul som enligt avtalslagen är oskälig kan jämkas eller ogiltigförklaras. Även andra delar av avtalet kan jämkas eller ogiltigförklaras. Normalt sett accepteras konkurrensklausuler inom den civilrättsliga rättsordningen men konkurrensklausulen får inte vara oskälig. Vad som är oskäligt får det enskilda fallet avgöra. En avvägning mellan parternas intressen, där köparens behov av skydd från säljarens konkurrens och säljarens intresse av att kunna bedriva affärsverksamhet, är avgörande för bedömningen. Det finns dock få avgöranden som kan ge en fingervisning om hur domstolen ställer sig till olika situationer och den praxis som finns är i regel gammal. Det är därför svårt att säga när en konkurrensklausul enligt avtalslagen är oskälig.

Förutsättningsläran, oklarhetsregeln och lojalitetsplikten är principer som skulle kunna aktualiseras i samband med misstänkt oskäliga konkurrensklausuler. Litteraturen är oenig om hur dessa ska tolkas och vilken betydelse de egentligen har. Det är dock inte omöjligt att principerna skulle kunna tillgripas inom ett resonemang enligt 36 eller 38 §§ avtalslagen och därmed ha en viss inverkan på oskälighetsbedömningen.

6.1 Möjliga förbättringar av rättsläget

Det finns en hel del frågetecken kring konkurrensklausuler som jag nedan skulle vilja adressera.

Till att börja med finns det ingen klar lagstiftning som anger hur omfattande konkurrensklausuler får vara. Inom konkurrensrätten finns det förvisso en relativt bred praxis men den ger inte några klara riktlinjer avseende konkurrensklausulers omfattning. Vilka förbättringar skulle då kunna göras för att förtydliga rättsläget? Ett förtydligande genom lagstiftning skulle möjligtvis räta ut vissa frågetecken. Genom lagstiftning skulle det inte längre finnas några tveksamheter kring huruvida en konkurrensklausul är för långtgående eller inte. Risken för att en konkurrensklausul förklaras ogiltig på grund av att den är för långtgående minskas därmed kraftigt. Med tanke på att företagsförvärv ofta innebär en mycket stor investering för köparen, försvinner risken att förvärvet blir, om inte värdelöst, i alla fall mycket ofördelaktigt. Det finns dock negativa aspekter med lagstiftning. Den lagstiftning vi har på området idag, dvs. konkurrenslagen och avtalslagen, erbjuder avtalsparterna, inom skälighetens gränser, att själva bestämma över sitt avtal. En eventuell lag tar bort den möjligheten. Därmed försvagas den i svensk rätt mycket starka avtalsfriheten. En lag skulle även kunna innebära att det blir svårt att anpassa konkurrensklausulen efter förutsättningarna i det enskilda fallet. Riktlinjen idag är att konkurrensklausuler får gälla i 2-3 år. Samtidigt finns det praxis där en konkurrensklausul tillåts sträcka sig så långt som tio år. Den här problematiken är något som lagstiftaren måste adressera. Lagen måste utformas på så sätt att den tar hänsyn till förutsättningarna i det enskilda fallet samtidigt som den ska ge klart besked hur långtgående konkurrensklausulen får vara. Risken är att en kodifiering i lag antingen blir för vag eller för strikt. En för vag lag skulle inte förändra rättsläget nämnvärt medan en för strikt lag skulle begränsa avtalsparterna. Det kan således bli svårt att genom lagstiftning klargöra rättsläget.

Detta resonemang leder in på frågan om den lagstiftning vi har idag, närmare bestämt 38 § avtalslagen, längre tjänar något syfte? Under de decennier som 38 § avtalslagen funnits har mycket få fall avseende konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser avgjorts med hjälp av 38 §. Detta har dels sin förklaring i att man förr i svensk rätt hade en annan syn på konkurrensbegränsande avtal och dels att gemenskapsrätten under senare tid fått större genomslagskraft. Oavsett vilket så kvarstår faktum att 38 § avtalslagen inte nyttjas vid konkurrensklausuler i företagsförvärvsavtal. Då 36 § avtalslagen likaväl skulle kunna användas vid en tvist ser jag inte att 38 § har ett reellt syfte att fylla. Oskälighetsbedömningen i de två paragraferna är samma vilket innebär att det egentligen inte finns någon reell skillnad mellan paragraferna. Att helt ta bort 38 § avtalslagen ur lagstiftningen anser jag därför vara fullt genomförbart med den lilla vinningen att domstolar och avtalsparter får lite färre paragrafer att hålla reda på.

Vidare vad gäller påföljderna vid säljarens brott mot konkurrensklausulen skulle ett klarare ställningstagande av lagstiftaren tjäna framtida avtalsparter

väl. Enligt skadeståndsrättsliga principer kan skadestånd utdömas vid kontraktsbrott. Svårigheten ligger i att bevisa sådan skada samt hur omfattande den är. Därför kopplas i normalfallet en vitesklausul till konkurrensklausulen. Vid brott mot konkurrensklausulen kan köparen utkräva vitet. Därtill finns möjligheten att genom domstol begära vitesförbud. Problematiken ligger i att det råder delade meningar om vad säljaren har rätt till. Har köparen rätt till både skadestånd och vite eller endast vitet? Är vitet en minimumersättning eller maximumersättning? Kan vitet tjäna som friköpsbelopp? Frågan är inte helt lätt att besvara och litteraturen har intagit olika syn på problemet. I grunden ligger ett principiellt problem. De som förespråkar att endast skadestånd eller avtalat vite ska betalas anser att det är detta som har avtalats och båda parter är införstådda med detta. Om detta frångås åläggs säljaren ett större vite än som avtalats och därmed förfelas syftet med avtalet. Avtalsparterna får det mycket svårt att veta vad de kan vänta sig vid ett eventuellt avtalsbrott. Å andra sidan finns det de som hävdar att vitet är en minimumersättning. Detta skulle kunna tolkas så som att vitets påtryckande effekt värderas högre än avtalsfriheten. Att avtalet följs är enligt denna åskådning det viktigast. Praxis har inte tagit en klar ställning utan dömt olika utifrån de särskilda omständigheterna i fallen. Detta är olyckligt eftersom avtalsparterna får det svårt att veta vad de kan förvänta sig av ett kontraktsbrott.

Jag menar att en klar lagstiftning som klart anger hur situationen ska lösas kan undanröja frågetecknen. Genom en klar lagstiftning blir det åskådligt för båda avtalsparter vad ett eventuellt kontraktsbrott kan komma att innebära. Därigenom kan parterna bättre avtala om vilket pris förvärvet bör ha. Köparen betalar ju delvis för att säljaren inte ska konkurrera. Det är dock inte problemfritt att i lag ange vad som i dessa situationer ska gälla. Med den lagstiftning vi har nu, speciellt med 36 § avtalslagen i åtanke, har domstolen möjlighet att tolka avtalets alla omständigheter och väga avtalsparternas behov av skydd mot varandra. Detta ger självklart en mer, efter omständigheterna, anpassad dom som förhoppningsvis tjänar båda parter. Problemet löses inte lätt men det skulle vara intressant att i en HD-dom få ett klart ställningstagande.

En annan fråga av vikt är samspelet mellan konkurrensrätt och avtalsrätt (se 5.3.3.). Som rättsläget är nu är de två rättsområdena relativt fristående från varandra i fråga om en konkurrensklausuls skälighet. Detta beror på att de två rättsområdena tjänar olika syften. Konkurrenslagen syftar till att skydda samhällsekonomin genom att förhindra avtal och beteenden som begränsar effektiv konkurrens. Avtalslagen däremot ser primärt till avtalsparternas intressen. Detta medför att oskälighetsbedömningen skiljer sig åt. Olika avtalspremissor får betydelse beroende på vilken lag det är som granskar konkurrensklausulen. Detta behöver nödvändigtvis inte vara av ondo men ett visst samspel de två rättsområdena emellan skulle kunna vara av godo. Vid en avtalsrättslig prövning ser domstolen primärt till avtalsparternas intressen men sekundärt kan konkurrensrättslig praxis även vägas in i

bedömningen.²³⁰ Därmed tar domstolen hänsyn till det allmänintresse som konkurrenslagen syftar till att skydda. Jag anser att en bedömning där både parternas intressen men även samhällsintresset får spela roll skulle ge ett domslut som är mer mångfasetterat och som väger in alla aspekterna av avtalet.

²³⁰ Prop. 1981/82:165 s. 288.

Käll- och litteraturförteckning

Svenska lagar och förordningar

Konkurrenslag (2008:579)

Lag (1991:351) om handelsagentur

Köplag (1990:931)

Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter

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

Offentligt tryck

Proposition 2007/08:135 *Ny konkurrenslagstiftning m.m.*

Proposition 2005/06:98 *Förstärkt skydd för franchisetagare*

Proposition 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*

Proposition 1990/91:63 *om handelsagentur*

Proposition 1987/88:155 *om skydd för företagshemligheter*

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

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar 1914

SOU 1974:83 *Generalklausul i förmögenhetsrätten*

Konkurrensverkets föreskrifter 2009:1 *Om bagatellavtal*

Lagutskottets betänkande 1988/89:LU30 med anledning av proposition 1987/88:155 med förslag till lag om företagshemligheter

Källor från EG-rätten

Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt

Fördraget om Europeiska Unionen

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

Rådets förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april 2004 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring

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

Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1.i Fördraget (de minimis) EGT nr C 368, 22.12.2001, s 1

Kommissionens tillkännagivande, Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (2004/ C 101/07)

Kommissionens tillkännagivande om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer (EGT nr C 56, 5.3.2005)

Litteratur

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt 1*, 12:e uppl., Studentlitteratur, Lund, 2002

Adlercreutz, Axel, Flodgren, Boel, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, Handelsrättslig skriftserie Nr 6, Institutionen för handelsrätt Lunds universitet, Lund, 1992

Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1999

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1,2:a uppl.*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2009

Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1996

Bernitz, Ulf, *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1993

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 6:e uppl., Marknadsrättsförlaget och Nordstedts Juridik, Stockholm, 1993

Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif, Edelstam, Henrik, *Rättegång III*, 7 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2006

Fahlbeck, Reinhold, *Lagen om skydd för företagshemligheter: en kommentar och rättsöversikter*, 2:a uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2004

Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 8:e uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2010

Olsen, Lena, *Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättningar vid kontraktsbrott*, Nerenius & Santéus Förlag AB, Stockholm, 1993

Palmgren, Gunnar, *Konkurrensklausuler vid tjänsteavtal*, Juridiska föreningens i Finland publikationsserie N:o 7, Helsingfors, 1939

Poulsen, Sune Troels, *Loyalitetspligt og erhvervsforbud*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, Köpenhamn, 1991

von Post, Claes-Robert, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Elanders Gotab, Stockholm, 1999

Ramberg, Jan, Hultmark, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 5:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2000

Stenberg, Hans, *Distributionsavtal*, Industrilitteratur AB, Uppsala, 2005

Wetter, Carl, Karlsson, Johan, Östman, Marie, *Konkurrensrätt, en kommentar*, 4:e uppl., Advokatfirman Vinge KB/Thomson Reuters Professional AB, Vällingby, 2009

Periodiskt tryck och artiklar

Adlercreutz, Axel, *Personexekution eller skadestånd/avtalat vite i mål om konkurrensklausuler*, SvJT 1991 s. 445

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

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

Wallén, Anders, *Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser ur konkurrensrättslig och avtalsrättslig synvinkel*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund (TSA), 1982

Internet

www.konkurrensverket.se

<http://www.kkv.se/t/Page.aspx?id=292>

<http://www.kkv.se/t/SectionStartPage.aspx?id=2107>

Senast besökt 2010-03-17

Zeteos lagkommentar

Rättsfallsförteckning

EG-domstolen samt kommissionens beslut

T-168/01 GlaxoSmithKlein mot Kommissionen REG 2006 s. II-2969

C-2 och 3/01 Bundesverband der Arzneimittel-Importeure mot Bayer och kommissionen REG 2004 s. I-23

42/82 Remia BV m.fl. mot Kommissionen, REG 1985 s. 2545

T-112/99, Métropole télévision (M6) m.fl., REG 2001 s.II-2459

Kommissionens beslut Case No IV/M.253 - BTR/Pirelli

Kommissionens beslut Case No IV/M.301 - Tesco Ltd/Catteau SA

Kommissionens beslut Case No IV/28.996 - Reuter/BASF

Marknadsdomstolen

MD 2003:2 Uponor

MD 1998:22 Preem Petroleum

MD 1996:33 Norsk Hydro Olje

MD 1976:10 Gambro

KKV's beslut

Dnr 745/2001 Trygg-Hansa Försäkrings AB

Dnr 445/2000 British Nuclear Fuels Plc

Dnr 44/95 NCC International AB m fl

Dnr 1252/94 Kuwait Petroleum Svenska AB

Dnr 660/94 Svenska Nestlé AB

Dnr 700/93 Huhtamäki Oy

Dnr 1808/93 Volvo Aero Corporation AB

Högsta domstolen

NJA 1999 s. 575

NJA 1993 s. 188 Gillette

NJA 1935 s. 106 Zinkvittkartellen

Arbetsdomstolen

AD 1994:65