

<b>1</b>	<b><i>Inledning</i></b> .....	<b>3</b>
1.1	<b>Bakgrund</b> .....	3
1.2	<b>Syfte</b> .....	3
1.3	<b>Avgränsningar</b> .....	4
1.4	<b>Metod och tidigare studier i ämnet</b> .....	4
1.5	<b>Disposition</b> .....	5
<b>2</b>	<b><i>Allmänt om konkurrensklausuler</i></b> .....	<b>6</b>
2.1	<b>Inledning</b> .....	6
2.2	<b>Konkurrensbegränsande avtal</b> .....	6
2.3	<b>Konkurrensklausuler</b> .....	7
2.4	<b>Avtalsförhållanden där konkurrensklausuler används</b> .....	9
2.4.1	Inledning.....	9
2.4.2	Företagsöverlåtelser.....	9
2.4.3	Anställningsavtal .....	10
2.4.4	Handelsagentur .....	11
<b>3</b>	<b><i>Tillämpbara delar av avtalsrätten på konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse</i></b> .....	<b>12</b>
3.1	<b>Inledning</b> .....	12
3.2	<b>Allmänna avtalsrättsliga principer som kan påverka en konkurrensklausuls giltighet</b> .....	13
3.3	<b>36 § och 38 § före 1976 års ändring av avtalslagen</b> .....	14
3.4	<b>36 § och 38 § efter 1976 års ändring av avtalslagen</b> .....	16
<b>4</b>	<b><i>Tillämpbara delar av konkurrensrätten på konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser</i></b> .....	<b>18</b>
4.1	<b>Inledning</b> .....	18
4.2	<b>Bakgrund till konkurrensrätten</b> .....	19
4.3	<b>Förhållandet mellan EG konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt</b> .....	20
4.4	<b>Allmänt om EG konkurrensrätt</b> .....	20
4.4.1	Inledning.....	20
4.4.2	Artikel 81 i fördraget .....	20
4.4.3	Koncentrationsförordningen och tillkännagivandet av accessoriska begränsningar.....	22
4.5	<b>Allmänt om svensk konkurrensrätt</b> .....	24
<b>5</b>	<b><i>En avtalsrättslig analys av konkurrensklausulens giltighet</i></b> .....	<b>25</b>
5.1	<b>Inledning</b> .....	25
5.2	<b>Förhållandet mellan avtalsrätten och konkurrensrätten beträffande konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse</b> .....	25
5.3	<b>En konkurrensklausuls materiella innehåll och substans</b> .....	28

5.3.1	Inledning.....	28
5.3.2	Vad avser konkurrensklausulen att skydda.....	28
5.3.3	Konkurrerande verksamhet.....	30
5.3.4	Att engagera sig i konkurrerande verksamhet.....	34
5.3.5	Att driva eller starta konkurrerande verksamhet.....	34
5.3.6	Att ta anställning hos konkurrerande företag.....	35
5.3.7	Att främja med råd eller dåd.....	36
<b>5.4</b>	<b>En konkurrensklausuls bindningstid .....</b>	<b>37</b>
<b>5.5</b>	<b>En konkurrensklausuls geografiska tillämplighet .....</b>	<b>40</b>
<b>5.6</b>	<b>Den personkrets som omfattas.....</b>	<b>42</b>
<b>5.7</b>	<b>Skälighetsbedömning.....</b>	<b>44</b>
5.7.1	Inledning.....	44
5.7.2	Vederlaget.....	44
5.7.3	Övriga förhållanden.....	45
<b>5.8</b>	<b>Sanktioner och processuella tvångsmedel .....</b>	<b>48</b>
5.8.1	Inledning.....	48
5.8.2	Skadestånd och vite .....	48
5.8.3	Tvång till naturauppfyllelse.....	50
<b>6</b>	<b><i>Avslutande kommentarer</i>.....</b>	<b>51</b>
<b>6.1</b>	<b>Inledning.....</b>	<b>51</b>
<b>6.2</b>	<b>Diskussion.....</b>	<b>51</b>
<b>6.3</b>	<b>Slutord .....</b>	<b>55</b>
	<b><i>Käll och Litteraturförteckning</i>.....</b>	<b>57</b>

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Dagens samhälle präglas i större utsträckning än tidigare av kunskapsföretag. Tillgångarna i bolaget består till stor del av ägares och personals kunskap. Företagen är ofta på grund av sin specialisering en viktig samarbetspart för många av sina kunder. Den personliga kontakten med kunderna innebär också att kunderna i stor utsträckning blir beroende av den individuella kontakten med företagets ägare eller anställda. Eftersom kunden i dessa fall är relativt knuten till företaget genom en relation skulle kunden kunna ses som en tillgång för företaget. Vid ett köp av ett sådant företag är det därför viktigt att på något sätt hindra säljarna av företaget att etablera ett liknande företag som kan konkurrera med köparen. Detta kan förhindras genom att parterna ingår ett avtal som förpliktar säljaren att under en tid inte konkurrera med köparen. Ett sådant avtal kallas normalt för en konkurrensklausul.

En traditionell utgångspunkt i svensk och annan västerländsk rätt är att en person skall ha rätt att genom avtal förplikta sig själv och en motpart samt att avtalen som ingås på frivillig basis är bindande för parterna. Parallellt finns däremot lagstiftning som begränsar individens avtalsfrihet, exempelvis inom konkurrensrätten och annan tvingande lagstiftning. Beroende på den rättsliga utvecklingen och de lagar som tillkommer förändras förhållandet mellan avtalsfriheten och den lagstiftning som inkräktar på densamma. För tillfället präglas den svenska rättsordningen av ett humant socialt perspektiv, en idé om rättvis fördelning samt en vilja att företagandet i Sverige kontinuerligt skall utsättas för konkurrens. Detta har medfört att flera lagar tillkommit för att skydda svagare parter vid exempelvis avtalsförhållanden, och exempelvis en för avtalsfriheten alltmer inskränkande konkurrensrätt. Vid företagsöverlåtelse påverkas en avtalad konkurrensklausul av denna relation mellan avtalsfrihet och inskränkande lagstiftning. Enligt den nuvarande lagstiftningen innebär det att en konkurrensklausul kan granskas och bedömas både i ett avtalsrättsligt och i ett konkurrensrättsligt perspektiv. Om det konkurrensrättsliga perspektivet inte är tillämpligt på konkurrensklausulen i enlighet med de särskilda omsättningsreglerna,<sup>1</sup> återstår endast en prövning enligt det avtalsrättsliga perspektivet. Vilka förhållanden som påverkar denna bedömning är intressant, något oklart och har väckt mitt intresse.

## 1.2 Syfte

Avsikten med uppsatsen är att ge en bild över det rådande rättsläget avseende konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse. Framställningen tar sikte på att utreda hur långt en konkurrensklausul kan sträcka sig främst i ett avtalsrättsligt perspektiv, d v s hur den förhåller sig parterna emellan, med avsikt på jämningsreglerna i avtalslagens 36 § och 38 §, och om den konkurrensrättsliga bedömningen av en konkurrensklausul kan påverka och verka vägledande även vid en avtalsrättslig prövning. Eftersom

---

<sup>1</sup> Se vidare kapitel 4

konkurrensklausuler också är ett avtal som begränsar konkurrensen beskrivs även kort under vilka förutsättningar en konkurrensklausul kan bli föremål för en konkurrensrättslig granskning.

### **1.3 Avgränsningar**

I uppsatsen behandlas konkurrensklausuler i samband med företagsöverlåtelser, främst ur ett avtalsrättsligt perspektiv. Den konkurrensrättsliga bedömningen av konkurrensklausuler behandlas endast översiktligt. Eftersom konkurrensklausuler förekommer inom flera avtalsområden redogörs kortare för användningsområden inom anställningsförhållanden och i agentavtal. Anledningen är att en något tydligare reglering för hur konkurrensklausuler får användas förekommer inom dessa områden. Framställningen syftar också endast att beskriva konkurrensklausuler som förpliktar säljaren, och inte så omvända konkurrensklausuler som förpliktar köparen.

Beträffande den konkurrensrättsliga delen bör det påpekas att utbudet av rättsfall och beslut av kommissionen och konkurrensverket är mycket rikligt. I texten behandlas endast ett fåtal beslut och domar som anses relevanta i ett avtalsrättsligt perspektiv.

### **1.4 Metod och tidigare studier i ämnet**

Som grund för uppsatsen används juridisk litteratur, förarbeten och rättsfall. Doktrin som behandlar konkurrensklausuler i kommersiella avtalsförhållanden är dock föga förekommande. Troligtvis beror detta på att exempelvis rättsfall som behandlar konkurrensklausuler inte är särskilt vanliga. I många avtal där konkurrensklausuler i samband med företagsöverlåtelse ingår förekommer det också oftast en skiljeklausul.<sup>2</sup> I förekommande fall innebär det att en eventuell tvist avgörs i en skiljedomstol och att domstolens tolkning aldrig kommer till allmänhetens kännedom.

Anders Walléns artikel *Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse ur en konkurrensrättslig och avtalsrättslig synvinkel* från 1982 är veterligen den första skriften där problemen runt konkurrensklausuler i ett kommersiellt perspektiv behandlas, med avsikt på de nya reglerna i 36 och 38 §§ avtalslagen. Wallén beskriver dåvarande konkurrenslagstiftnings påverkan på konkurrensklausuler och gör även en beskrivning i ett avtalsrättsligt perspektiv. Axel Adlercreutz och Boel Flodgren författade senare, 1992, en framställning *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelser*. Författarna har till stor del tagit upp och refererat de rättsfall som kan påverka hur en konkurrensklausul bör tillämpas fram till att framställningen skrevs. Merparten av den deskriptiva delen av uppsatsen är hämtad ifrån denna bok. Samma år, 1992, utkom även Reinhold Fahlbeck med en bok *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet*. Boken har främst till avsikt att beskriva konkurrensklausuler i anställningsförhållanden, vilket innebär att som helhet är den inte direkt tillämplig på företagsöverlåtelser. I förhållande till 36 § avtalslagen och främst i förhållande till den allmänna skälighetsbedömningen, som även 38 § innefattar, har Claes-Robert von Posts avhandling om *36 § avtalslagen* från 1998

---

<sup>2</sup> Bernitz, Ulf, *Svensk Marknadsrätt* s 75. Intygas även av verksamma jurister på området.

lästs. Avhandlingen behandlar 36 § tillämplighet i näringsidkarförhållanden, vilket är förhållandet vid företagsöverlåtelser. De juridiska tidsskriftsartiklar som behandlar 36 § och 38 § avtalslagen refereras i texten där dessa kunnat bidra med beskrivande information.

De förarbeten som behandlats har främst varit till avtalslagens 36 § och 38 § samt till 1982 års konkurrenslag. Till 36 § avtalslagen har främst propositionen från den senaste ändringen av lagen år 1976 använts. Detta beroende på den genomgripande förändringen som regeln genomgick. I förhållande till 38 § har förarbetena till 1915 års avtalslag, förutom propositionen till 1976 års ändring, även belysts och refererats. Anledningen är att 38 § inte fick särskilt stort utrymme i propositionen till 1976 års ändring. Det kan te sig märkligt att förarbeten till den gamla konkurrenslagen beaktats, men anledningen är att dessa innehåller korta delar om förhållandet mellan avtalsrätt och konkurrensrätt. I senare förarbeten till ny konkurrenslag berörs inte förhållandet nämnvärt.

Avsikten med de rättsfall som återopats i uppsatsen, där i vissa fall en kortare redogörelse för dem gjorts, har varit att beskriva den direkta tillämpningen av konkurrensklausuler. Avgöranden som behandlar konkurrensklausuler i samband med företagsöverlåtelse, i ett rent avtalsrättsligt perspektiv, har som tidigare påpekats varit svåra att finna. Detta innebär givetvis en viss osäkerhet vid bedömningen om exempelvis rättsfall från andra domstolar än Högsta domstolen, t ex Arbetsdomstolen och Marknadsdomstolen samt beslut från kommissionen går att tillämpa direkt på avtalsrättsliga förhållanden mellan parterna.

Det finns flera böcker som beskriver den konkurrensrättsliga problematiken vid konkurrenshämmande avtal. Litteratur som specifikt beskriver konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse är dock föga förekommande. Det finns emellertid inom området flera relevanta rättsfall som beskriver samma problemställning som i ett avtalsrättsligt perspektiv. De skillnader som finns är i bedömningen, eftersom det i konkurrensmål sker en konkurrensrättslig avvägning av avtalet som sådant och dess eventuella verkningar på den relevanta marknaden. Dessa rättsfall används för att ytterligare belysa konkurrensklausuler i ett avtalsrättsligt perspektiv.

## **1.5 Disposition**

För att ge läsaren en allmän information om konkurrensklausuler och konkurrensbegränsande avtal och även lite information i vilka avtalsförhållanden de används ges en allmän redogörelse i kapitel 2. Vidare i kapitel 3 behandlas vilka avtalsrättsliga regler som kan tillämpas på konkurrensklausuler. I nästkommande kapitel 4 ges samma bakgrund fast vilka konkurrensrättsliga regler som kan tillämpas. Analysen görs sedan i kapitel 5 där både förhållandet mellan avtalsrätten och konkurrensrätten vid konkurrensklausuler beskrivs samt det görs en redogörelse för den rättsliga synen på konkurrensklausuler vid rena företagsöverlåtelser i ett avtalsrättsligt perspektiv. Avslutningsvis i kapitel 6 diskuteras, sammanfattas och kommenteras uppsatsen i ett försök att klargöra hur konkurrensklausulen bedöms i dagsläget och åt vilket håll en bör gå.

## **2 Allmänt om konkurrensklausuler**

### **2.1 Inledning**

I samband med företagsöverlåtelse kan en konkurrensklausul ha följande lydelse:

”Säljaren förbinder sig att inte engagera sig varken direkt eller indirekt i verksamhet som konkurrerar med Bolaget. Konkurrensförbudet gäller i fem år från överlåtelsedagen. Bryter Säljaren mot konkurrensförbudet, skall Köparen erhålla ett skadestånd som vid varje tillfälle uppgår till en tredjedel av de sålda aktiernas värde.”<sup>3</sup>

Som synes är konkurrensklausulen ett avtal. Avtalet syftar till att hindra säljaren av Bolaget att konkurrera med köparen, i detta fall under fem års tid. Om säljaren även efter försäljningen hade drivit ett liknande företag och därmed konkurrerat med köparen hade konkurrensen ökat på denna del av marknaden. Det innebär i en vidare mening att en konkurrensklausulen är/ kan vara ett konkurrensbegränsande avtal.

Nedan i kapitel 2.2 beskrivs konkurrensklausulen som en del i en större grupp av avtal, de konkurrensbegränsande avtalen. I kapitel 2.3 beskrivs konkurrensklausulen mer ingående i sin helhet och i kapitel 2.4 ges en kort allmän redogörelse om konkurrensklausulens användningsområde vid företagsöverlåtelse, vid anställningsavtal och vid agentavtal. Beträffande företagsöverlåtelse är redogörelsen endast summarisk eftersom uppsatsen i övrigt behandlar denna fråga.

### **2.2 Konkurrensbegränsande avtal**

Ett konkurrensbegränsande avtal är ett avtal som har till syfte eller har den effekten att konkurrensen på marknaden påverkas eller sätts ur spel. I ett marknadsekoniskt system är fri konkurrens en av hörnstenarna. Termen konkurrens eller konkurrensbegränsning är egentligen en nationalekonomisk term och knyter an till den grundläggande konkurrensteorin. För att fri konkurrens skall kunna föreligga på en marknad krävs det dock att flera förutsättningar skall vara uppfyllda, däribland att det måste vara ett stort antal köpare och säljare på marknaden och att det inte finns några regleringar eller avtal som påverkar beteendet på marknaden.<sup>4</sup> Tanken är att fri konkurrens skall leda till ett effektivt utnyttjande av de ekonomiska resurser som samhället förfogar över. Problemet är att fri konkurrens inte existerar på ett annat sätt än som en teoretisk modell. Det har visat sig att näringslivet, som skall stå som bas för den fria konkurrensen ofta agerar konkurrenshämmande. Adam Smith – den brittiske ekonomen, och även kallad marknadsekonomens fader har skrivit:

---

<sup>3</sup> Ett exempel på en av de två konkurrensklausuler som berördes i RH 1996:38.

<sup>4</sup> För mer information läs exempelvis Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen* eller Nordell, Per Jonas, *Konkurrensteori och konkurrensbegränsning*.

”Kapitalisterna kan inte träffas, om det så vore bara för nöje och förströelse, utan att deras umgänge slutar i någon konspiration mot det allmännas bästa eller i någon hemlig överenskommelse för att höja priserna”<sup>5</sup>

I USA som är marknadsekonomins hemland, agerade man först mot näringslivets konkurrenshämmande beteende.<sup>6</sup> Detta genom den ”första konkurrenslagen” som benämns The Sherman Act (1890). Avsikten med lagstiftningen var och är att ingripa mot konkurrenshämmande avtal på marknaden. Liknande lagstiftningen har tillkommit i flertalet länder i världen.

En uppdelning kan göras mellan de konkurrensbegränsande avtalen i två huvudformer, horisontella och vertikala.<sup>7</sup> De horisontella avtalen är avtal mellan konkurrenter eller aktörer i samma led. Avsikten är att avtalsparterna inte ska konkurrera med varandra på en viss gemensam marknad. Det kan ske genom företrädesvis priskarteller, anbuds-karteller eller att parterna delar upp marknaden geografiskt eller på annat sätt. Det horisontella avtalet är i sin natur konkurrenshämmande för marknaden. Avtalen kallas ofta ringavtal. Anledningen är att företagen som ingår avtalen sluter sig samman som en ring och släpper inte in företag eller parter utifrån på marknaden. Den konkurrens-lagstiftning som finns förbjuder eller har avsikt att hindra och försvåra att olika parter på marknaden ingår liknande konkurrensbegränsande avtal. Alla avtal som sker i ett horisontellt perspektiv är dock inte förbjudna. Det finns många olika avtal som är tillåtna, i t ex läkemedelsforskning om två eller flera företag samordnar sin forskning på ett visst område eller när företag startar vissa samriskbolag där syftet är att gemensamt ta fram nya produkter.<sup>8</sup>

De vertikala konkurrenshämmande avtalen är avtal mellan företagare på olika nivåer eller mellan arbetsgivare och anställd. Med nivåer avses det förhållande som finns i exempelvis licensförhållanden mellan en licensgivare och licenstagare, i agentförhållanden eller som förhållandet mellan köpare och säljare i en företagsöverlåtelse. Vertikala konkurrenshämmande avtal kallas normalt för konkurrensklausuler.

### **2.3 Konkurrensklausuler**

En konkurrensklausul är en avtalsförpliktelse med ett konkurrenshämmande syfte. Avsikten är med avtalsförpliktelsen är att ena parten, den förpliktade, skall avhålla sig ifrån att under en viss tid konkurrera på samma eller ett liknande område som motparten agerar inom. Den förpliktade inskränker således sin möjlighet att fritt kunna utöva förvärvsverksamhet. Det utmärkande för konkurrensklausulen är således att det är en negativ förpliktelse, vilket innebär att den stipulerar en skyldighet att underlåta något.

---

<sup>5</sup> Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of wealth of Nations*, 1776, chapter X part II. Eng. “People of the same trade seldom meet together even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or on some contrivance to raise prices.”

<sup>6</sup> Westin, Jakob, *En introduktion till EG´s konkurrensregler* s 22. Övriga industrialiserade västländer skapade sina konkurrenslagar först på 1900-talet.

<sup>7</sup> Bernitz, *Svensk Marknadsrätt* s 45 f och 50 f. Adlerceutz – Flodgren s 18.

<sup>8</sup> Elopak/Metal Box – Odin, EGT nr L 209, 1990 s 15. Westin s 55.

Syftet med denna förpliktelse är att skydda motparten från konkurrens som den förpliktade kan utöva på marknaden, d v s att *få den förpliktades konkurrenskraft immobiliserad*.

Konkurrensklausuler kan ha formen som fristående avtal men vanligare är att de ingår som en del i ett huvudavtal, därav benämningen klausul. I de fall som konkurrensklausulen ingår eller är bundet till ett huvudavtal, exempelvis vid företagsöverlåtelse eller vid agentförhållanden, sägs konkurrensklausulen vara accessorisk med huvudavtalet. Med detta avses att konkurrensklausulen vid en juridisk prövning kan förklaras ogiltig eller jämkas utan att huvudavtalet berörs vid prövningen. Om däremot huvudavtalet är ogiltigt faller även konkurrensklausulens giltighet. Konkurrensklausulen ses också ofta som en biförpliktelse i huvudavtalet vilket innebär att ett brott mot konkurrensklausulen även innebär ett brott mot huvudavtalet.

Konkurrensklausuler kan vara olika ingående beträffande dess materiella omfattning och substans, bindningstid, geografiskt tillämpningsområde och vilka personer som omfattas av klausulen. Det innebär att förhållandet mellan avtalsparterna och om hur de skall förhålla sig till varandra regleras i konkurrensklausulen. För att konkurrensklausulen skall vara så effektiv som möjligt kombineras klausulen normalt med en vitesdel, eller en separat vitesklausul, som innebär att den förpliktade vid ett eventuellt avtalsbrott förpliktas att utge avtalat vite. Beloppet bör vara så högt att det utgör ett tillräckligt påtryckningsmedel gentemot säljaren att inte bryta mot konkurrensförbudet.

I 38 § avtalslagen<sup>9</sup> finns en särskild bestämmelse som reglerar konkurrensklausulers giltighet. Vid en sådan prövning sker en avvägning mellan parternas inbördes intressen i avtalsförhållandet och konkurrensklausulen kan jämkas den anses oskälig för den förpliktade parten. En annan regel som också kan påverka en konkurrensklausul är *den stora generalklausulen*, 36 § avtalslagen, vilken även är tillämplig på alla avtal och avtalsvillkor. I rättspraxis har regeln dock endast använts för jämkning av det normalt kopplade vitet. Reglerna har stor samhörighet med varandra och den gemensamma utgångspunkten är att konkurrensklausulen/ avtalsvillkoret inte är giltig i den mån det är oskälig för den förpliktade parten.

En konkurrensklausul kan även påverka en tredje part, som står utanför avtalsförhållandet. Med detta avses främst att avtalet i ett konkurrensrättsligt perspektiv kan påverka konkurrensen på marknaden, vilket leder till att konsumenter drabbas av högre priser. Samhället accepterar normalt inte sådana avtal som på ett eller annat sätt påverkar prisbildningen eller snedvrider konkurrensen på marknaden. En prövning av konkurrensklausulens giltighet kan därför också ske i ett konkurrensrättsligt perspektiv. Denna prövning sker i den EG-rättsliga lagstiftningen enligt företrädesvis EG-fördragets art 81 eller enligt koncentrationsförordningen. Enligt svensk konkurrensrätt sker prövningen enligt 6 § och 34 § konkurrenslagen(KL).

Lagenligheten i en konkurrensklausul kan således prövas både i ett avtalsrättsligt och i ett konkurrensrättsligt perspektiv. Skillnaden mellan normsystemen i grunden är att i det avtalsrättsliga perspektivet sker avvägningen mellan de inbördes parterna i avtalet, mot i

---

<sup>9</sup> SFS 1915:218



det konkurrensrättsliga perspektivet vägs främst ett samhällsintresse in vid bedömningen av avtalsinnehållet. Eftersom prövningen sker enligt skilda normsystem kan konkurrensklausulen förklaras fullt giltigt enligt en avtalsrättslig bedömning men förklaras ogiltigt eller jämkas enligt gällande konkurrenslagstiftning, och vise versa. Skillnaden är dock att om avtalet förklaras ogiltigt enligt konkurrenslagstiftningen förlorar det även sin civilrättsliga verkan.<sup>10</sup>

## 2.4 Avtalsförhållanden där konkurrensklausuler används

### 2.4.1 Inledning

Konkurrensklausuler förekommer inom flera olika avtalsförhållanden i samhället. Det kanske mest kända för gemene man är i samband med anställningskontrakt. Det är vidare förekommande vid exempelvis företagsöverlåtelse eller när verksamhetsgrenar i företag säljs, i agentförhållanden, i licensavtal, bolagsavtal/ joint ventures och kommissionärsavtal. Beroende på det enskilda fallet är motiven och intressena (markandsandelar, goodwill eller know-how)<sup>11</sup> till ett konkurrensförbud olika. Konkurrensklausuler har också en tendens att användas rent slentriant, utan att ett eventuellt skyddsbehov är undersökt eller konstaterat. Andra fall där konkurrensklausuler är vanligt förekommande är i horisontella avtalsförhållanden, där de kan vara av rent marknadsuppdelande natur.

Nedan i kapitel 2.4.2 beskrivs konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser endast kortfattat eftersom resterande delen av uppsatsen behandlar detta. Eftersom konkurrensklausuler förekommer inom flera avtalsområden redogörs även kortare för konkurrensklausuler i anställningsavtal i kapitel 2.4.3 och vid handelsagenturer i kapitel 2.4.4. Anledningen är att en något tydligare reglering för hur konkurrensklausuler får användas förekommer inom dessa områden.

### 2.4.2 Företagsöverlåtelser

Vid företagsöverlåtelse är det vanligt att säljaren genom en konkurrensklausul förpliktas att inte konkurrera med köparen på ett visst sätt, under en bestämd tid och ibland inom ett begränsat område. Det vanligaste motivet och intresset till konkurrensklausulen vid företagsöverlåtelser torde vara intresset att bevara marknadsandelar och goodwill. Om säljaren efter överlåtelsen direkt eller i anknytning till försäljningen startar upp en ny konkurrerande verksamhet är risken stor att dennes tidigare kunder följer med till det nya företaget. Det skulle medföra att det numera köpta företagens klientstock skulle urholkas vilket innebär svårigheter att driva företaget vidare. Förmodligen skulle aldrig köparen ha ingått affären om det fanns en vetskap om att säljaren tänkte starta upp en liknande konkurrerande verksamhet. Likaså kan det vara av stor vikt att säljaren inte engagerar sig i konkurrerande företag eller på annat sätt stör köparens intressen på marknaden.

---

<sup>10</sup> prop 1981/82:165 s 238

<sup>11</sup> Behandlas utförligare i kapitel 5.3.2

Ett annat motiv och skyddsvärt intresse i konkurrensklausuler kan vara säljarens know-how. Det säljande företaget är kanske ett fåmansföretag<sup>12</sup> där ägarkretsens arbete och know-how är det stora värdet i bolaget. Om ägarkretsen i det säljande bolaget hade kunnat starta upp en liknande verksamhet direkt efter försäljningen försvinner värdet och substansen i företaget. Eftersom eventuella ägares know-how ofta är viktigt för företagets fortsatta fortlevnad erbjuds eller så krävs det att de under en viss tid arbetar kvar i företaget i den nya ägarens regi. Det innebär att ett anställningsförhållande uppstår mellan de nya och gamla ägarna. I litteraturen brukar dessa avtal kallas kombinerade konkurrensklausuler. Någon direkt skillnad i bedömningen av konkurrensklausulens giltighet jämfört med om säljaren inte anställts i bolaget är det däremot inte. De kombinerade avtalen har däremot avgjorts i Arbetsdomstolen(AD) istället för i Högsta domstolen(HD).

Grundprincipen är att konkurrensklausuler i samband med företagsöverlåtelser är tillåtna. Däremot kan en part åberopa att klausulens tillåtlighet skall prövas enligt gällande avtalsrätt, se kapitel 3. Konkurrensklausulen får däremot inte strida mot gällande konkurrenslagstiftning, se kapitel 4.

### **2.4.3 Anställningsavtal**

Företag som t ex bedriver en verksamhet som kräver specialkompetenser hos arbetstagarna och som bygger på hög kunskapsnivå och know-how är angelägna om att arbetstagarna inte tar anställning hos en konkurrent eller slutar på företaget för att starta egen konkurrerande verksamhet. Företagens anställningsavtal med arbetstagaren kan av den anledningen innehålla en konkurrensklausul. Konkurrensklausulen har som avsikt att hindra eller försvåra möjligheterna för arbetstagaren att ta anställning hos konkurrenter eller starta egen konkurrerande verksamhet. I vilken utsträckning som anställningsavtal innehållande konkurrensklausul är tillåtna är intressant och synnerligen aktuell. Beträffande avtal i arbetsförhållanden är det som brukligt i svensk arbetsrätt lite nationell lagreglering på området.<sup>13</sup> Förutom 38 § avtalslagen finns det ingen reglering som styr hur konkurrensklausuler i anställningsförhållanden skall tillämpas. Istället har arbetsmarknadens parter kommit överens om ett kollektivavtal, 1969 års överenskommelse om konkurrensklausuler mellan SAF och SIF, fortsättningsvis kallad ÖK 69, som reglerar förhållandet. Kollektivavtalet bygger på ett tidigare ingånget avtal från 1947 och i flera avseenden på motivuttalanden till 1915 års avtalslag och dess 38 §.<sup>14</sup> Ramavtalet kan te sig gammalt, men är fortfarande gällande som avtal mellan arbetsmarknadens parter.

Ramavtalet beskriver vilka krav som kan ställas på företagen som vill tillämpa konkurrensklausuler på sina anställda och även hur omfattande klausulerna får vara. Avtalet gör gällande att de tekniska företagshemligheterna är betydligt lättare att skydda genom konkurrensklausuler än kunnande som hänför sig till marknadens rådande

---

<sup>12</sup> Den juridiska definitionen på fåmansföretag finns i Inkomstskattelagen (1999:1229), kap 56. Jag vill påpeka att med fåmansföretag avser jag också mindre företag där ägar- och kunskapskretsen är sluten till en viss grupp även om företaget inte faller under bestämmelserna i kap 56.

<sup>13</sup> Adlercrutz – Flodgren s 52, som hänvisar till specialreglering i ex Finland och Sverige.

<sup>14</sup> aa s 53

situation, som exempelvis prissättning och marknadsföring.<sup>15</sup> Vidare bör en konkurrensklausuls tidslängd inte vara längre än 24 månader, men skall regleras i förhållande till hur snabbt den kunskapen individen har är aktuell och användbar.<sup>16</sup> Om kunskapen blir inaktuell efter 6 månader finns inget behov av en konkurrensklausul på längre tid. I extremfallen kan 24 månaders tidslängd överskridas om kunskapen är av sådan karaktär. Den eventuella geografiska omfattningen av klausulen berörs inte närmare i ramavtalet. Det torde innebära att generellt gäller konkurrensklausulen i hela världen, om inte undantag görs i klausulen.<sup>17</sup>

En önskan om förnyelse inom arbetsrätten finns eftersom arbetsmarknadsbilden hela tiden är föränderlig. Ramavtalets skrevs vid sin tillkomst inte främst för de nya kunskapsintensiva företag som existerar idag utan mer med utgångspunkt på traditionella industriföretag. Arbetslivsinstitutet har fått i uppgift från regeringen att göra en genomsyn inom arbetsrättens område.

Konkurrensklausulerna i anställningskontrakt har samma syfte i stort som vid företagsövertagelser. Skillnaden är att en anställd och inte företagsägare förpliktas att inte konkurrera eller övergå till konkurrerande företag. Det eventuella samhällsintresse som finns förutom att personer bör arbeta och försörja sig, är att personer bör arbeta inom det område de är mest produktiva för att bidra till en höjd effektivitet och ökad konkurrens. Detta innebär att även konkurrensklausuler i anställningsförhållanden kan påverka konkurrensen på marknaden. Någon prövning av anställningsavtal kan däremot inte ske enligt konkurrensrätten.<sup>18</sup> En prövning sker endast enligt gällande arbetsrätt och avtalsrätt.

#### **2.4.4 Handelsagentur**

En handelsagent är den som i näringsverksamhet avtalat med en annan, huvudmannen, att för dennes räkning självständigt och varaktigt verka för försäljning eller köp av varor genom att uppta anbud till huvudmannen eller sluta avtal i dennes namn.<sup>19</sup> Det typiska för handelsagenten är att han säljer varor för huvudmannens räkning. Problematiken i förhållandet mellan parterna blir att handelsagenten kanske vill köpa eller sälja varor åt flera huvudmän, vilka kanske konkurrerar med varandra. Huvudmännen vill normalt att agenten endast arbetar för dem inom avtalsområdet. Konkurrensklausuler innehållande exklusivitet och att agenten inte får ägna sig åt egen konkurrerande verksamhet blir därför en naturlig del i avtalsförhållandet mellan parterna. Även så finns det incitament för huvudmannen att agenten, under en tid efter att avtalet dem emellan har upphört, inte konkurrerar men huvudmannen eftersom han förmodligen är den person som haft mest kontakt med huvudmannens kunder och även presumtiva kunder.

Den nya lagen om handelsagentur (HagL)<sup>20</sup> trädde i kraft i januari 1992. Lagen är i stort överensstämmande med EG-direktivet från 1986 om handelsagentur.<sup>21</sup> I lagens 35 § har

---

<sup>15</sup> Adlercrutz – Flodgren s 64

<sup>16</sup> aa s 60

<sup>17</sup> Fahlbeck, Reinhold, *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet* s 112

<sup>18</sup> Konkurrenslag (1993:20), 6 §

<sup>19</sup> Lag (1991:351) om handelsagentur, 1 §

<sup>20</sup> SFS 1991:351

en bestämmelse om konkurrensklausuler tillkommit som beskriver att agenten bara är bunden av klausulen om ”den upprättas skriftligt, avser det område eller den kundkrets som tilldelats agenten och avser de slag av varor som agenturavtalet gällde”. Med skriftlighetskravet avses att huvudmannen inte kan göra muntliga avtal gällande. Agenten kan däremot i motsats till huvudmannen åberopa muntliga överenskommelser utöver det skriftliga avtalet. Givetvis bör hans påståenden kunna bevisas i gängse ordning. Det ställs däremot inga krav att konkurrensklausulen ska vara upprättad i samband med agenturavtalet, utan klausulen kan även ha upprättats i ett senare skede. En konkurrensklausul gäller inte heller mer än två år från att agenturavtalet upphört. Som regleringen är uppställd innebär det ett ensidigt minimiskydd för agenten. Trots att HagL är en speciallagstiftning utesluter det inte att avtalslagen tillämpas på avtalet mellan parterna.<sup>22</sup> Vad som åsyftas främst är jämningsreglerna i 36 och 38 §§ avtalslagen som trots att konkurrensklausulen uppfyller de krav som uppställts enligt 35 § HagL, skulle kunna tillämpas. Det skall dock påpekas att i näringsidkarförhållanden skall 36 § avtalslagen tolkas restriktivt och att en eventuell jämkning av avtalet i enlighet med avtalslagen är bara för extrema fall. Normalt torde agentavtalet och HagL reglera eventuella problem mellan parterna och var gränsdragningen skall gå.

Konkurrensklausulen får endast förplikta agenten inom ramen för de varor som agentavtalet gäller. Gränsdragningen mellan ”olika varor” bör enligt propositionen avgöras genom branschpraxis. Vidare påpekas det att ”i rena gränsfall bör konkurrensklausulen ges en tolkning som inte i onödan inskränker agentens utkomstmöjligheter.”<sup>23</sup> Syftet med regleringen, som är av tvingande natur till agentens fördel, ger en tanke om att en restriktiv tolkning bör ske vid omfattningen av konkurrensklausulen.

Tvåårsfristen från avtalets upphörande skall inte överskridas, inte ens vid ett liknande efterarbete för huvudmannens räkning som krävs enligt 32 § och 33 § HagL.<sup>24</sup> I vissa fall kan tvåårsfristen däremot förkortas. Om avtalet upphör i förtid skall längden gälla från upphörandet, trots eventuellt efterarbete enligt 32 § och 33 § HagL.

### **3 Tillämpbara delar av avtalsrätten på konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse**

#### **3.1 Inledning**

Vid företagsöverlåtelse är det vanligt att säljaren genom en konkurrensklausul förpliktas att inte konkurrera med köparen på ett visst sätt, under en bestämd tid och ibland inom ett begränsat område. Motiven är att köparen vill behålla markandsandelar, goodwill och/eller know-how inom företaget. Om säljaren efter överlåtelsen direkt eller indirekt engagerar sig i konkurrerande verksamhet är risken stor att verksamheten blir betydligt

---

<sup>21</sup> Söderlund, Herbert, *Agenträtt*, s 17

<sup>22</sup> aa s 152

<sup>23</sup> aa s 154

<sup>24</sup> aa s 154

svårare att bedriva för köparen. Köparen hade kanske aldrig ingått affären om det fanns en vetskap om att säljaren tänkte engagera sig i liknande konkurrerande verksamhet. En konkurrensklausul kan således vara ett avtal som är berättigat för att en försäljning av företaget skulle kunna ske.

Det kan också vara så att konkurrensklausulen inskränker säljarens möjligheter att i framtiden kunna arbeta eller bedriva näringsverksamhet på ett godtagbart sätt, eller att det avtalade vitet i konkurrensklausulen är oskäligt högt.

Konkurrensklausulen vid företagsöverlåtelse är ett avtal där parterna har motstående intressen. Köparen vill begränsa säljarens möjligheter till förvärvsarbete och säljaren vill normalt inte vara begränsad i sitt förvärvsarbete. Avtalets giltighet kan prövas avtalsrättsligt och då främst enligt 38 § och 36 § avtalslagen. Enligt 38 § avtalslagen skall en konkurrensklausul inte sträcka sig längre än vad som anses skäligt. Den ”stora generalklausulen” som 36 § avtalslagen benämns, är tvingande och tillämplig på alla avtal. Syftet med sådan prövning är att avtalet kan ogiltighetsförklaras, jämkas eller anses fullt ut giltigt.

I kapitel 3.2 beskrivs några de allmänna avtalsrättsliga principer, som är relevanta vid prövningen om en konkurrensklausuls giltighet. I följande kapitel 3.3 och 3.4. beskrivs 38 § och 36 § avtalslagen före och efter 1976 års ändring av avtalslagen

### **3.2 Allmänna avtalsrättsliga principer som kan påverka en konkurrensklausuls giltighet**

Huvudprinciper i svensk avtalsrätt har sedan länge varit *avtalsfrihet*, d v s att vem som helst får ingå avtal om i stort sett vad som helst samt avtalsbundenhet, *pacta sunt servanda*.<sup>25</sup> Marknadsaktörerna och individers agerande har haft stor del i hur dessa avtalsprinciper tillkommit tillsammans med politiska värderingar och samhällsförhållanden i övrigt. Principen om *pacta sunt servanda* har förefallit självklar, men ett behov att motivera det självklara har alltid funnits. När naturrätten var gällande förklarades principen som en regel med stark moralisk förankring. Man ansåg att det var givet av naturen att avtal skall hållas. Senare försökte man finna mer logiska förklaringar som att det tjänade samhällsintresset och låg i parternas gemensamma intresse att avtal skall hållas. Oavsett så har principen alltid stått sig stark i svensk rättstillämpning. Under 1900-talet när industrialiseringen slog igenom och företagen blev allt större, ingicks flera konkurrenshämmande avtal mellan företagen i Sverige. Principen om att avtal skall hållas var fortsatt stark, detta trots vetskapen om dess negativa konsekvenser för samhället och utvecklingen. Utvecklingen gick så långt att svensk obligationsrätt ansågs präglad av en viss *laissez-faire* mentalitet i sin inställning till vissa avtal.<sup>26</sup> Detta har medfört att lagstiftaren främst under 1900-talets senare hälft infört fler och fler inskränkningar i avtalsfriheten och tendensen är än mer inskränkningar. Principen att avtal skall hållas lever dock fortfarande starkt kvar i

---

<sup>25</sup> Bernitz, [1999] *Konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt – ett utvecklingsperspektiv*, s 46

<sup>26</sup> aa s 46. Bernitz påpekar att framförallt kartellbildningen genom den attityd som rättsväsendet visade fick en allmän acceptens trots vetskapen om dess negativa verkningar.

svensk rättstillämpning. Bakgrunden är både av kulturella och praktiska skäl. Vid en bedömning om avtal skall jämkas eller helt förklaras ogiltiga måste därför alltid denna princip beaktas.

*Förutsättningsläran* kan åberopas om det saknas klara regler i lagar eller rättsfall för hur en viss förutsättning skall bedömas.<sup>27</sup> Finns det sådana regler är vanligtvis förutsättningsläran obehövlig, men om det saknas eller att rättsföljden är oklar kan läran vara ett komplement vid bedömningen. Den kan främst fungera som ett komplement till avtalslagens ogiltighetsregler. I vissa fall om förutsättningslärans grundprinciper och lagtext är motstridiga kan förutsättningsläran användas för normal avtalstolkning.<sup>28</sup> I förhållande till 36 § och 38 § avtalslagen bör förutsättningsläran användas vid felaktiga relevanta förutsättningar och 36 § och 38 § avtalslagen när förutsättningen inte är relevant eller relevansen är svår att bedöma. För att läran skall kunna åberopas måste också förutsättningen ha varit väsentlig eller bestämmande för att huvudavtalet skulle komma till stånd. Vid konkurrensklausuler måste säljaren också ha insett eller åtminstone bort ha insett betydelsen av förutsättning för köparen.

En ytterligare viktig allmän rättsgrundsats är den i avtals- och partsförhållanden så kallade *lojalitetsplikten*. Lojalitetsplikten innebär att parterna före, i och efter ett avtalsförhållande är skyldiga att i viss mån beakta varandras intressen, främst med avsikt på att motparten inte skall lida skada. De centrala moment som är typiskt förekommande är informations- och upplysningsplikt, klargörandeplikt, vårdplikt, omsorgsplikt, tystnadsplikt samt förbud mot konkurrerande verksamhet. Tystnadsplikten räknas som en viktig del av lojalitetsplikten.<sup>29</sup> Särskilt när avtalsområdet innehåller exempelvis affärshemligheter och know-how som är av särskilt intresse för motparten. Om motparten yppar information som utgör företagshemligheter, kan bestämmelserna i lagen om skydd mot företagshemligheter<sup>30</sup> bli tillämpliga. I förhållande till konkurrerande verksamhet, dvs att ena parten på något sätt konkurrerar med motparten, så framgår det generellt, att åtminstone efter ett avtalsförhållande så förekommer det inget förbud enligt lojalitetsplikten.<sup>31</sup>

### **3.3 36 § och 38 § före 1976 års ändring av avtalslagen.**

Vid en tillbakablick av rättspraxis som behandlar konkurrensklausuler i samband med företagsöverlåtelse före 1915 års avtalslag har de ansetts giltiga i enlighet med sitt innehåll.<sup>32</sup> I samtliga avgöranden<sup>33</sup> ansågs konkurrensklausulerna fullt ut bindande. Det som tvistas i fallen var dock inte konkurrensklausulens giltighet utan mer skadeståndets omfattning. I 1915 års avtalslag uppfattades därför dess 38 § och 36 § om möjlighet till jämkning av konkurrensklausuler och viten som nyheter.

---

<sup>27</sup> Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran*, s 573

<sup>28</sup> aa s 574

<sup>29</sup> Fahlbeck s 92. Nicander, Hans, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, JT 1995/96 s 39

<sup>30</sup> SFS 1990:409

<sup>31</sup> Nicander aa s 35, Lojalitetsplikten i förhållande till konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse beskrivs mer i slutsatsen.

<sup>32</sup> Almén, Tore, *Lagen om avtal*, s 152, Bernitz [1999] s 50

<sup>33</sup> NJA 1882 s 291, NJA 1905 s 513 och NJA 1907 s 122

Vid avtalslagens tillkomst hade 38 § avtalslagen följande lydelse:

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

Huvudsyftet med införandet av bestämmelsen var att öppna möjligheter för jämkning i anställningsförhållanden. Även uppmärksammades problemen att mindre näringsidkare hade behov av ett skydd i likhet med det som anställda skulle få. Däremot var motverkande av eventuella kartellavtal eller liknande inte berörda i förarbetena.<sup>34</sup> Vid tiden för tillkomsten av 38 § avtalslagen fanns liknande lagstiftning i flera europeiska länder. Dessa var i stort koncentrerade till att reglera konkurrensklausuler i anställningsförhållande. Förslaget från början var att dela upp 38 § avtalslagen i två delar. En del som var avsedd för anställningsförhållanden och en del som var tillämplig på avtal i allmänhet. Lagstiftaren valde dock istället endast en ensam regel som var tillämplig på samtliga konkurrensklausuler, vilket även framgår av lydelsen.

Vad som särskilt sas i förslaget var att vid beaktande av en konkurrensklausuls giltighet enligt 38 § avtalslagen *skall parternas motstående intressen avvägas*.<sup>35</sup> Det tydliggjordes dock att grundprinciperna om avtalsfrihet och ”pacta sunt servanda” var utgångspunkterna, och att konkurrensbegränsande avtal och avtalsvillkor normalt var giltiga. Allt annat fick ses som undantag.<sup>36</sup> Beträffande de särskilda rekvisit som fanns i regeln framfördes beträffande den tid, som förbudet sträcker sig och den eller de orter det omfattar, att det i konkurrensklausulen inte krävdes någon begränsning av nämnda rekvisit i konkurrensklausulen. Däremot kunde domstolen i dessa fall anse att konkurrensförbudet var för omfattande.<sup>37</sup> Möjligheterna för köparen att förplikta säljaren var beroende av köparens intresse att säljaren skulle beläggas med konkurrensförbud. Detta intresse skulle nog ses främst i ett ekonomiskt perspektiv. ”En ganska omfattande inskränkning i den förpliktades förvärvsverksamhet kan sålunda vara befogad, om den berättigade har stort gagn av densamma...”<sup>38</sup>. Den berättigades gagn fick dock inte vara för ringa. Övriga omständigheter som kunde påverka en konkurrensklausuls tillämplighet var bl a den förpliktades möjligheter att kunna skaffa sig en annan försörjning. Den förpliktades ålder eller bristande utbildning kunde vid denna bedömning påverka giltigheten. Det vederlag som betingats för de inskränkingar den förpliktade underkastat sig påtalades också ha betydelse för konkurrensförbudets tillåtlighet.

Vid en diskussion om påföljden av en alltför långtgående konkurrensklausul, sades i motiven att utfästelsen skulle vara ogiltig *endast i den mån* som den skulle medföra

---

<sup>34</sup> NJA II 1915 s 286, Bernitz [1999] s 56

<sup>35</sup> NJA II aa s 287

<sup>36</sup> Bernitz [1999] s 51

<sup>37</sup> Almén s 153

<sup>38</sup> aa s 153

alltför stora begränsningar för den förpliktade.<sup>39</sup> För långtgående konkurrensklausuler skall därigenom i första hand jämkas.

Genom 36 § i 1915 års lag om avtal infördes en regel för jämkning av ”uppenbart obilliga” viten. Vid avtalslagens tillkomst hade 36 § följande lydelse:

”Vite i penningar eller annat, som någon utfäst sig att gälda för den händelse han icke skulle fullgöra en honom åliggande förpliktelse eller eljest skulle företaga eller underlåta att företaga en handling, må nedsättas efter ty skäligt prövas, såframt utkrävandet av vad utfäst blivit finnes vara uppenbart obilligt; vid prövning härav skall hänsyn tas ej blott till förlust, som den enligt utfästelsen berättigade må hava lidit, utan även till det intresse han eljest må hava haft i handlingens företagande eller underlåtande även som till övriga föreliggande omständigheter. Har förverkat vite utan förbehåll guldits, äge den, som utfäst vitet, icke på grund av vad här ovan är stadgat söka något åter.”

Bakgrunden var att det synnerligen ofta inom affärlivet förekom utfästelser i form av viten för den händelsen att en person inte fullföljde vad som ålades honom i enlighet med det avtal han ingått.<sup>40</sup> De avtal som åsyftades var exempelvis entreprenad- och leverensavtal, köpeavtal och fraktavtal. Regeln avsåg endast jämkning av viten och kunde således inte åberopas på konkurrensklausuler på annat sätt än om konkurrensklausulen innehöll ett ”uppenbart obilligt vite”.

Förhållandet mellan 36 § och 38 § i 1915 års avtalslag var som synes att paragraferna inte hade särskilt stor samhörighet med varandra. De båda reglerna åberopades i helt olika syften. Avtalslagens 38 § åberopades för att jämka eller ogiltighetsförklara en konkurrensklausul och 36 § åberopades om det tillkopplade vitet på något sätt ansågs obilligt.

### **3.4 36 § och 38 § efter 1976 års ändring av avtalslagen.**

År 1976 ändrades framförallt 36 § och därmed blev den materiella innebörden densamma i de båda reglerna. Avtalslagens 36 § som senare kommit att kallas ”den stora generalklausulen” anses numera tillämplig på hela förmögenhetsrättens område, inte bara på det tillkopplade vitet. Avtalslagens 36 § kan således tillämpas på alla typer av avtal, antingen mellan privatpersoner, i konsumentförhållanden eller vid avtal mellan näringsidkare. Regeln är tvingande vilket medför att det inte finns några möjligheter för parterna i avtalsförhållandet att avtala bort regeln.<sup>41</sup> Beträffande 38 § var ändringarna inte särskilt omfattande. Regeln skulle fortfarande specifikt användas vid konkurrensklausuler, men möjligheterna att kunna jämka en konkurrensklausul skulle öka. Lagstiftaren avsåg efter 1976 års ändring, att regeln skulle kunna tillämpas i nära sammanslutning till 36 §. En diskussion fördes även om 38 § var nödvändig eftersom 36 § principiellt kunde tillämpas även på konkurrensklausuler. Till slut fann lagstiftaren att behovet fanns, främst med avsikt på konkurrensklausuler i anställningsförhållanden, men även i förhållande mellan näringsidkare vid företagsöverlåtelse.

---

<sup>39</sup> Adlercreutz - Flodgren s 45

<sup>40</sup> Gorton, Lars, *Något om 36 och 38 §§ i 1915 års avtalslag – då och nu* s 102

<sup>41</sup> SOU 1974:83 s 194



Efter ändringen 1976 hade 38 § avtalslagen följande lydelse:

”Har någon för att förebygga konkurrens betinga sig av annan att denne icke skall bedriva verksamhet, är den som gjort utfästelsen icke bunden därav i den mån utfästelsen sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt.”

Syftet med ändringen av 38 § var att vidga möjligheterna till jämkning. Vid tillämpning av 38 § är dock fortfarande de förarbeten som gjordes till 38 § 1915 års lag vägledande i stor utsträckning. Fortfarande skall, som sagts i motiven, en avvägning ske mellan köparens rättmätiga intresse av att hindra konkurrensen på marknaden mot köparens behov att fortsättningsvis kunna bedriva förvärvsverksamhet. Detta innebär att vid en prövning enligt avtalsmässiga grunder skall i huvudsak de inbördes motstående förhållandena beaktas.<sup>42</sup> Det eventuella samhällsintresse som skulle kunna beaktas var fortfarande för varje individs försörjningsmöjligheter. Vidare påpekades att vid en bedömning enligt 38 § skall en helhetsbedömning av konkurrensklausulen företas samt så skall klausulen bedömas i perspektiv till huvudavtalet. Detta innebär att ett för ena parten fördelaktigt huvudavtal kan påverka bedömningen av konkurrensklausulen.

Huvudsyftet med regleringen var att skydda arbetstagare i anställningssituationer, men regeln skulle också användas i andra avtalsrelationer samt det konstaterades särskilt även gälla vid företagsöverlåtelser.

Som regeln är utformad föreligger det ett underlåtenhetskrav för den förpliktade för att regeln skall kunna tillämpas. Detta beskrivs som ”denne icke skall bedriva verksamhet av visst slag”, vilket innebär att konkurrensklausulen skall kräva viss passivitet av säljaren. Visst slag innebär endast att vissa former av konkurrensklausuler (karteller) faller utanför tillämpningen av regeln. Avlutningen i regeln är att den som gjort utfästelsen, eller förpliktat sig att inte agera ”icke (är) bunden” av utfästelsen i den del den inte är skälig. Före lagändringen 1976 var bedömningen huruvida en konkurrensutfästelse kunde anses som icke bindande knuten till särskilda rekvisit. Det ena avsåg utfästelser som enligt ”tid och ort eller eljest” sträckte sig längre med avsikt på behovet av konkurrensbegränsningen. Det andra var om utfästelsen inskränkte honom ”över hövan” i friheten att utöva förvärvsverksamhet. Om nu konkurrensutfästelsen gick utöver de angivna gränserna var den förpliktade ej bunden av den.<sup>43</sup>

Syftet med ändringen var som påtalats att vidga möjligheterna till jämkning, då det ansågs att rättspraxis var alltför återhållsam. De villkor som tidigare fanns i 38 § finns inte längre, utan en skälighetsbedömning kan göras med utgångspunkt av allmänna synpunkter. Vid företagsöverlåtelser innebär det att köparens krav på skydd mot konkurrens i form av marknadsandelar/goodwill står mot säljarens behov att kunna bedriva förvärvsverksamhet. De riktlinjer som domstolarna hade vid en skälighetsbedömning enligt 38 § fanns, förutom i tidigare i förarbeten, även i kommentarerna till den nya 36 § avtalslagen.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Prop 1975/76:81 s 148, SOU 1974:83 s 118, Adlercreutz –Flodgren s 44 och 46

<sup>43</sup> Bernitz [1999] s 56

<sup>44</sup> SOU 1974:83 s 118, 192 och prop 1975/76 s 148.

”Den stora generalklausulen” hade efter ändringen 1976 följande lydelse:

”Avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret äro skäligen med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende.

Vid prövning enligt första stycket skall särskild hänsyn tagas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller eljest intager en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.

Första och andra styckena äga motsvarande tillämpning i fråga om villkor vid annan rättshandling än avtal.

Ifråga om jämkning av vissa avtalsvillkor i konsumentförhållanden gäller dessutom 11 § lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.”

Enligt 36 § avtalslagen kan ett avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden eller omständigheterna i övrigt. Eftersom en konkurrensklausul är ett avtalsvillkor kan den åtminstone teoretiskt prövas enligt 36 §, men eftersom 38 § reglerar konkurrensklausuler och den materiella innebörden är densamma sker prövningen uteslutande enligt 38 §. I gammal praxis har 36 § bara används vid en prövning av det aktuella vitet i samband med en överträdelse av konkurrensförbudet, och någon förändring har inte skett i sak efter lagändringen.<sup>45</sup> Vid en genomgång av rättsfall förefaller det inte som om 36 § använts på annat sätt än tidigare. Ett åberopande av 36 § handlar fortfarande normalt om det tillkopplade vitet. Däremot som påtalats kan de förarbeten som behandlar 36 § och andra nyanseringar om skälighetsregeln i 36 § påverka bedömningen enligt 38 § avtalslagen.

Vid en prövning om en konkurrensklausul vid företagsöverlåtelse är giltig, ogiltig eller skall jämkas skall främst 38 § avtalslagen skälighetsrekvisit tillämpas med 36 § avtalslagen i beaktande. Denna skälighetsbedömning görs i kapitel 5.

## **4 Tillämpbara delar av konkurrensrätten på konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser**

### **4.1 Inledning**

Inställningen i samhället till konkurrensbegränsade avtal styr den reglering som finns på området, särskilt beroende på det rådande politiska klimatet och även hur omvärldens, särskilt EU syn är. I den liberala västvärlden där fri företagsamhet, fri konkurrens och fri avtalsfrihet är viktiga fundamentala hörnstenar skapar de konkurrensbegränsande avtalen motsägelser och problem. Från början var tanken att marknaden själv skulle kunna styra konkurrensen, vilket innebar om priserna var för höga skulle det dra nya aktörer till marknaden och därmed skulle konkurrensen höjas och sedermera priserna sjunka. Marknaden är dock inte så enkel i praktiken. Problemen är att en del företag

---

<sup>45</sup> Se vidare kapitel 5.8.

strävar efter att minska konkurrensen på marknaden, och lyckas på det viset styra priset på en vara. Scenariot leder till högre priser, lägre konsumtion och att samhällets resurser inte utnyttjas tillräckligt effektivt.<sup>46</sup> I nästan hela världen finns därför lagstiftning som innebär att agerande som hämmar konkurrensen, genom avtal eller på annat sätt ofta är förbjudet.

Om en konkurrensklausul vid företagsöverlåtelse påverkar marknaden inom EU eller i Sverige skall dess giltighet prövas i enlighet med respektive konkurrensrätt. Både EG konkurrensrätt och svensk konkurrensrätt är svåröverskådlig och oerhört omfattande. Detta gäller även beträffande konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse. Nedan sammanfattas därför endast övergripande de regler som behandlar konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse. Först i kapitel 4.2 ges en kortare bakgrund till konkurrensrätten, i kapitel 4.3 behandlas förhållandet mellan EG konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt. Nästföljande två kapitel behandlar först allmänt om EG konkurrensrätt och efter detta allmänt om svensk konkurrensrätt.

## **4.2 Bakgrund till konkurrensrätten**

I Romfördraget, som även har kallats EG grundlag, artikel 2 beskrivs de övergripande målen för EG. Ett av målen är att underlätta och främja den gränsöverskridande handeln. För att kunna fullfölja det målet fyller konkurrensreglerna en viktig funktion. Artikel 3 (g) anger vidare att gemenskapen skall upprätta ett system som tillser att konkurrensen inte snedvrids.

EG konkurrenslagstiftning har sina rötter i den amerikanska ”antitrustlagstiftningen” vilken härrör från 1890 års Sherman Act som är ett förbud mot konkurrensbegränsande avtal och försök till monopolisering. I Europa accepterades långt in på 1900-talet olika kartellavtal mellan företag och avtalsfriheten sattes före konkurrensfriheten. Efter andra världskriget skedde dock en svängning, och den amerikanska förebilden gjorde intryck och hade stor betydelse för den fortsatta rättsutvecklingen och EG-fördragets tillkomst 1957.

I Sverige kom den första moderna konkurrenslagen 1953 (KBL),<sup>47</sup> vilken följdes av 1982 års konkurrenslag<sup>48</sup> och senare ersattes av 1993 års konkurrenslag (KL).<sup>49</sup> Efter detta har flera ändringar i KL gjorts. Den senaste innebar i princip att svensk konkurrenslagstiftning anpassades efter EG - lagstiftningen på området.

---

<sup>46</sup> För mer information, läs exempelvis Nordell.

<sup>47</sup> Lag (1953:603) om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning i näringslivet

<sup>48</sup> SFS 1982:729

<sup>49</sup> SFS 1993:20

### **4.3 Förhållandet mellan EG konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt**

Konkurrensreglerna i EG-fördraget är direkt tillämpliga på konkurrensbegränsningar med effekt på samhandeln mellan medlemsstaterna. Enligt EG-rätten har dessa regler högre dignitet än regler i den nationella rätten och har därför företräde om de kolliderar med nationella regler. I ett enskilt ärende kan det också vara så att formellt kan både nationella konkurrensregler och EG konkurrensregler samtidigt vara tillämpliga på konkurrensbegränsande avtal eller samarbete. I fall där båda systemen har jurisdiktion, är huvudregeln att nationell rätt inte får tillämpas så att det verkar menligt på tillämpningen av EG-rätten.

### **4.4 Allmänt om EG konkurrensrätt**

#### **4.4.1 Inledning**

Inom EG-fördraget finns det två system som prövar konkurrensbegränsande avtal i samband med företagsöverlåtelse. Det ena är enligt fördragets förbudsregler i artikel 81 och 82 och den andra i enlighet med rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer<sup>50</sup> och enligt tillkännagivandet av accessoriska begränsningar. Det senare är det mest tillämpliga systemet på konkurrensklausuler i samband med företagsöverlåtelse. Artikel 82 berör i stort dominerande företags agerande på marknaden och inte direkt konkurrensklausuler som helhet. Jag berör vidare inte artikeln i arbetet.

#### **4.4.2 Artikel 81 i fördraget**

Artikel 81.1 i fördraget är en s k förbudsregel, som förbjuder avtal eller andra förfaranden som snedvrider konkurrensen och som kan påverka handeln på marknaden. Förbudet innehåller fyra grundläggande kriterier, nämligen;

*Företagskriteriet*, vilket innebär att det otillåtna handlandet skall ske mellan företag. Begreppet företag skall tolkas väldigt extensivt och i princip skall all ekonomisk verksamhet som bedrivs av fysiska eller juridiska personer inbegripas i definitionen.<sup>51</sup>

*Avtalskriteriet*, förbudet gäller alla avtal, såväl horisontella som vertikala. Med avtal jämställs även, betydligt lösare former, såsom oförbindande överenskommelser, gemensamma rekommendationer och även gentlemen's agreements.<sup>52</sup>

*Samhandelskriteriet*, vilket innebär att agerandet skall påverka handeln mellan medlemsstaterna. Begreppet "handel" skall ges en vid tolkning och innefatta alla

---

<sup>50</sup> Rådets förordning nr 4064/89, fortsättningsvis kallad "koncentrationsförordningen"

<sup>51</sup> Westin, *En introduktion till EG's konkurrensregler* s 34

<sup>52</sup> Bernitz, Ulf, *Europarättens grunder* s 251

märkbara konkurrensbegränsningar som direkt, indirekt, faktiskt eller potentiellt påverkar handeln mellan medlemsstaterna.<sup>53</sup>

*Konkurrensbegränsningskriteriet*, innebär att agerandet eller avtalet skall ha som syfte eller resulterar i att konkurrensen på marknaden märkbart hindras, snedvrids eller begränsas.<sup>54</sup> Begreppet skall som ovan tolkas vidsträckt.

Artikel 81.2 är en ogiltighetsregel som innebär att ett avtal som omfattas av förbudet i art 81.1 är ogiltigt. I enlighet med målet *Société Technique Minière*<sup>55</sup> framkom det att ogiltigheten även kan begränsas till en klausul. Det innebär att den förbjudna konkurrensbegränsande delen av avtalet är ogiltig och övriga avtalet skall ses som giltigt.<sup>56</sup> Den ogiltiga delen anses ogiltig *ab initio*, d v s från tillkomsten av avtalet.<sup>57</sup>

I artikel 81.3 öppnas möjligheter för undantag från förbudet i art 81.1. Kommissionen får, under förutsättning att de positiva effekterna av det konkurrensbegränsande avtalet är så pass stort att avtalet gynnar utvecklingen och försäkrar konsumenterna en vinst, förklara artikel 81.1 icke tillämpligt på avtalet.

I rättspraxis vid bedömningen om ett avtal skall prövas enligt EG konkurrenslagstiftning så har man använt sig av en s k *de minimis* – regel. Regeln innebär att art 81 inte omfattar avtal eller ageranden som har så ringa betydelse att de inte har en märkbar effekt på marknaden. För att klargöra om ett avtal har en sådan märkbar effekt har Kommission givit ut *tillkännagivandet om avtal med mindre betydelse*.<sup>58</sup> Om huvudavtalet vid företagsöverlåtelsen inte har en märkbar effekt är således inte EG konkurrensrätt tillämplig.

Om effekten av ett avtal har en märkbar effekt, d v s uppfyller *de minimis* – regeln så skall en kvalitativ bedömning av avtalet göras. Den kvalitativa bedömningen är en skälighets- och proportionalitetsbedömning, likt en s k *rule of reason*<sup>59</sup>- bedömning, som innebär att konkurrensbegränsningar som är objektivt nödvändiga kan tillåtas. Av fallet *Remia BV och Verenigde Nutrica/Kommissionen*<sup>60</sup> framgår det att konkurrens-klausuler i vissa kan vara ett sådant avtal.

<sup>53</sup> Mål 56/65 *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm*, [1966] ECR s 235

<sup>54</sup> *Bernitz* aa s 253, se även vidare nedan.

<sup>55</sup> Mål 56/65 *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm*, [1966] ECR s 235

<sup>56</sup> Exakt hur giltigheten och ogiltigheten av avtalet skall konstitueras är givetvis svårt att veta men kommissionen borde bli den instans som avgör frågan. Linder, Mikael, Westin, Jacob, *Något om avtals eller avtalsvilkors ogiltighet enligt den nya konkurrenslagen*, SvJT 1995 s 50-51.

<sup>57</sup> Mål 48/72 *SA Brasserie de Haecht mot makarna Wilkin-Janssen*, [1973] ECR s 77. Se även Linder – Westin, SvJT 1995 s 50.

<sup>58</sup> EGT 1997 nr C 372/13. Som vägledning om ett avtal uppnår en sådan märkbarhet att artikel 81 och övriga konkurrensregler skall tillämpas har följande riktsvärden getts: För ett avtal som är horisontellt måste avtalets begränsningsområde påverka minst 5 % av marknaden. För vertikala avtal skall minst 10 % av marknaden påverkas. Samtidigt måste den samlade omsättningen för avtalsparternas överstiga 200 miljoner euro, tillsammans i sina bolag.

<sup>59</sup> Begreppet är hämtat från England/USA men har sedermera även börjat användas för att beskriva vilka fall som ofta faller utanför en viss reglering, även inom EG-rätten. Se exempelvis Mål 56/65 *Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm* [1966], ECR s 235. Westin, Jacob, Linder, Mikael, *Kvalitativa aspekter vid bedömning av konkurrensbegränsning*, JT 1993:10 s 895.

<sup>60</sup> Mål 42/84 *Remia BV och Verenigde Nutrica/Kommissionen* [1985] ECR s 2545

#### **4.4.3 Koncentrationsförordningen och tillkännagivandet av accessoriska begränsningar**

Beträffande avtal om företagsöverlåtelse och eventuell tillhörande konkurrensklausul görs huvudsakligen bedömningen om avtalets giltighet numera (sedan 1990) enligt koncentrationsförordningen och enligt tillkännagivandet av accessoriska begränsningar. Koncentrationsförordningen tillkom därför att ett klagörande var behövligt huruvida artikel 81 eller 82 kunde tillämpas för att hindra företagsförvärv.<sup>61</sup> Koncentrationsförordningen är skriven med bakgrund av flera rättsfall, däribland fallet Remia BV och Verenigde Nutrica/Kommissionen.

Koncentrationsförordningen skall tillämpas när två eller flera självständiga företag slås samman eller när en eller flera personer som redan kontrollerar ett företag eller ett eller flera företag antingen genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt får kontroll helt eller delvis över ett eller flera företag. Med kontroll avses normalt att företaget förvärvar eller totalt innehar mer än 50 % av aktierna. Andra möjligheter att ha kontroll kan ske genom t ex avtal, rättigheter eller andra medel om det ger möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på företaget.<sup>62</sup> Vilka krav som ställs exakt varierar i det enskilda fallet och kraven kan även variera beroende på specifika förutsättningar i olika branscher.<sup>63</sup> Enligt förordningen skall alla koncentrationer<sup>64</sup> som har en gemenskapsdimension anmälas till kommissionen. För att uppnå en sådan *gemenskapsdimension* har tröskelvärden, i likhet med *de minimis* – regeln tagits fram som riktlinjer för företagen.<sup>65</sup> Först skall den relevanta marknaden fastställas. En god ledning för att fastställa den relevanta marknaden finns i Kommissionens *tilkännagivande om definitionen av relevant marknad vid tillämpning av konkurrensrätten*.<sup>66</sup> När den relevanta marknaden är fastställd kan kommissionen avgöra de effekter som den anmälda koncentrationen kan få på marknaden. Vidare skall koncentrationsförordningen tillämpas på konkurrensbegränsningar som är direkt relaterade och nödvändiga för genomförandet av företagsöverlåtelsen. Förutsättningen är dock att den konkurrensbegränsande handlingen är accessorisk till huvudavtalet.<sup>67</sup> Den vanligaste typen av accessoriska konkurrensbegränsningar är *konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser*, t ex när den överlåtande parten förpliktar sig att inte konkurrera med köparen på den relevanta marknaden. Vid en prövning om en

---

<sup>61</sup> Mål 6/72 Europemballage Corp. & Continental Can Co. Inc mot kommissionen [1973] ECR s 215, Målen 142 och 156/84 British American Tobacco Ltd och RJ Reynolds Industries Inc mot Kommissionen [1987] ECR s 4487

<sup>62</sup> koncentrationsförordningen art 3.

<sup>63</sup> Westin, Jakob, *Introduktion till EG's konkurrensregler* s 121.

<sup>64</sup> Se koncentrationsförordningen art 3.

<sup>65</sup> Se koncentrationsförordningen art 1.

<sup>66</sup> EGT nr C 372, 1997 s 5. Tillkännagivandet är inspirerat av de amerikanska s.k Merger Guidelines som utarbetats av Federal Trade Commission och Department of Justice, För bestämning av den relevanta produktmarknaden hänvisas till bl a målen, 27/76 United Brands Co och United Brands Continental BV mot Kommissionen [1978] ECR s 207, mål 86/82 Hasselblad mot Kommissionen [1984] ECR s 883 och mål 322/81 Michelin mot Kommissionen [1983] ECR s 3461. För bestämning av den relevanta geografiska marknaden hänvisas till målen 6/72 Europemballage Corp. & Continental Can Co. Inc mot kommissionen [1973] ECR s 215 och de förenade målen 40-48/73, 50/73, 54-56/73, 111/73 samt 113-114/73 Co-operative Vereniging Suiker Unie UA mot kommissionen [1975] ECR s 1663

<sup>67</sup> koncentrationsförordningen art 6.1 2 st och art 8.1

konkurrensklausul är accessorisk krävs att den har *direkt samband överlåtelsen*, är *nödvändig för genomförandet av överlåtelsen* och att den är *proportionell*. Om konkurrensklausulen inte är att anse som accessorisk, d v s att konkurrensklausulen inte anses vara en förutsättning för förvärvet, prövas konkurrensklausulen enligt förbudsregleringen i art 81.1 i fördraget. Kommissionen kan dock ge parterna en möjlighet att förändra konkurrensklausulen så att den kan anses som accessorisk med huvudavtalet.<sup>68</sup> Kommissionen ha utgivit ett *tillkännagivande om accessoriska begränsningar*<sup>69</sup> för att bistå med riktlinjer för hur en bedömning skall ske huruvida en konkurrensklausul anses som accessorisk. I tillkännagivandet anges att *direkt samband med* skall tolkas som om konkurrensklausulen måste vara av underordnad betydelse till koncentrationens huvudsyfte.<sup>70</sup> Det utesluter således konkurrensklausuler som är självständiga från företagsöverlåtelsen. Konkurrensklausulen kan inte heller tillkomma i efterhand, dvs efter att förvärvet skett. Däremot så har det accepterats att konkurrensklausulen tillkommer mellan avtalsslutet och förvärvsögonblicket.<sup>71</sup> Konkurrensklausulen skall vara *nödvändig för genomförandet*, vilket innebär att konkurrensklausulen är en förutsättning för förvärvet eller ”endast skulle kunna genomföras på osäkrare villkor till väsentligt högre kostnader, under en betydligt längre tidsperiod eller med avsevärt mindre utsikter till framgång.”<sup>72</sup> Kommissionen har visat att de har en relativt vid tolkning av begreppet.<sup>73</sup> Den skall vidare vara *proportionell* vilket innebär att den inte får vara irrelevant eller sträcka sig längre än vad förvärvet kräver.

Den prövning som görs enligt tillkännagivandet är en skälighets- och proportionalitetsprövning av konkurrensklausulen som helhet. Denna prövning betecknas som den kvalitativa prövningen av konkurrensklausulen. Vid en kvalitativ prövning ges riktlinjer för hur konkurrensklausulen skall bedömas både enligt tillkännagivandet av accessoriska begränsningar och i de beslut som kommissionen tagit och i de mål som avgjorts i EG-domstolen. De frågeställningar som bedöms av instanserna är förutom skälighets- och/eller proportionalitetsbedömningen av konkurrensklausulen som helhet, ofta konkurrensklausuls *materiella innehåll och substans, dess bindningstid, dess geografiska tillämplighet* och även vilken *personkrets* som kan drabbas av förbudet.

EG konkurrensrätt i förhållande till konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse är svår att kortfattat beskriva på ett lättbegripligt sätt. Jag hoppas att läsaren med detta åtminstone fått lite förståelse om turerna hur ett konkurrensbegränsande avtal prövas enligt konkurrensreglerna.

<sup>68</sup> Gahnström Anders, Norelid Stefan, *Företagsförvärv i Sverige* s 159 f

<sup>69</sup> EGT 1990 C203/5. Tillkännagivandet reglerar bara vilka riktlinjer kommissionen använder vid en bedömning om en konkurrensklausul är accessorisk med huvudavtalet. Varken EG-domstolen eller nationella domstolar är skyldiga att följa de riktlinjer som där anges.

<sup>70</sup> EGT 1990 C203/5, del II punkt 4.

<sup>71</sup> UAP/Provincial Mål, nr IV/M 512 (07/11/1994), [1994] 5 CMLR 504, premiss 13 jmf 16

<sup>72</sup> EGT 1990 C203/5, del II punkt 5

<sup>73</sup> Se exempelvis beslutet Ameritech/ Tele Danmark Mål nr. IV/M. 1046 (05/12/1997), [1998] 4 CMLR 206, premiss 18 där konkurrensklausulen var en förutsättning för de avtalsförhandlingar om aktieköp som senare gjordes.

## 4.5 Allmänt om svensk konkurrensrätt

De svenska konkurrensreglerna beskrivs endast kortfattat eftersom de i stort hör samman med de EG-rättsliga, vilka beskrivits ovan. Artikel 81 och koncentrationsförordningen är direkt tillämpliga i Sverige, och gäller därmed som gällande rätt. Artikel 81 har även direkt effekt vilket innebär att juridiska och fysiska personer har skyldigheter och rättigheter enligt regeln.

Om ett förhållande eller ett konkurrensbegränsande avtal inte uppnår kravet i enlighet med *de minimis* - regeln eller om avtalet har en sådan gemenskapsdimension som krävs enligt koncentrationsförordningen, se kap 4.4, skall svensk konkurrensrätt tillämpas på avtalet.

I likhet med artikel 81 i fördraget är konkurrensbegränsande avtal förbjudna enligt 6 § KL. För att 6 § och svenska konkurrensregler skall kunna tillämpas på avtalet krävs också att märkbarhetskriterierna i regeln är uppfyllda. Märkbarhetskriterierna delas in i två delar; en kvantitativ- och en kvalitativ märkbarhet. Vid en kvantitativ bedömning är de relevanta bedömningsgrunderna avtalsparternas marknadsandel och årsomsättning.<sup>74</sup> I tolkningen huruvida avtalet uppnår kvalitativ märkbarhet skall grunder för bedömningen sökas inom EG-rätten.<sup>75</sup> Erinras bör vid den kvalitativa bedömningen att EG-rättens tillämpning, som skall verka vägledande, inte alltid är lämplig på svenska förhållanden. Sverige är ett avlägset land inom unionen och är även relativt glesbefolkat jämfört med de centrala delarna av Europa, vilket innebär att förutsättningarna för att driva näringsverksamhet inte alltid är lika.

Före lagändringen den 1 april 2000 fanns det ingen motsvarighet i svensk rätt till EG-rättens koncentrationsförordning. Numera är 34 § KL avsedd att motsvara koncentrationsförordningen. De omsättningskrav<sup>76</sup> som gäller för 34 § innebär dock att regeln sällan direkt används. Däremot skall den tillämpas även på accessoriska begränsningar och däribland konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser. En bedömning huruvida en konkurrensklausul är accessorisk har utvecklats genom rättspraxis där EG-rättens avgöranden var vägledande.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Se Konkurrensverkets allmänna råd (KKVFS 1999:1) om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen (1993:20) gjort sin egen tolkning och dragit upp riktlinjer var gränsen bör ligga.

<sup>75</sup> prop 1993/94:56 s 21, Gustavsson, Leif, *Svensk konkurrensrätt* s 20, Westin – Linder, SvJT 1995 s 45 f

<sup>76</sup> Vid företagsförvärv har det förvärvande företaget anmälningsskyldighet om den sammanlagda omsättningen är mer än 100 miljoner kronor.

<sup>77</sup> prop 1998/99:144 s 44



## 5 En avtalsrättslig analys av konkurrensklausulens giltighet

### 5.1 Inledning

Beträffande konkurrensklausuler skall bedömningen ske i ett avtalsrättsligt perspektiv, när de konkurrensrättsliga reglerna inte är tillämpliga, exempelvis på grund av att *de minimis*-reglerna inte uppnås. I 36 § och 38 § avtalslagen regleras att en konkurrensklausul eller avtalsvillkor kan jämkas om det anses oskäligt. Ett försök att rama in vad som är oskäligt - eller tvärtom - skäligt bygger på att allt som kan påverka en bedömning bör lyftas fram. Nedan beskrivs skälighetsbegreppet i 38 § och 36 § avtalslagen i förhållande till konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse. Vid en skälighetsbedömning bör konkurrensrätten kunna verka vägledande och påverka tillämpningen av konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse.

I följande kapitel 5.2 beskrivs förhållandet mellan avtalsrätten och konkurrensrätten vid företagsöverlåtelser. En konkurrensklausul i samband med företagsöverlåtelse kan delas in i flera olika delar. Anledningen är att de olika delarna kan angripas var och en för sig och/eller som helhet. I kapitel 5.3 behandlas en konkurrensklausuls *materiella innehåll* *substans*. Efter detta följer kapitel 5.4 som syftar till att beskriva hur lång tid ett konkurrensförbud får gälla, d v s konkurrensklausulens *bindningstid*. I kapitel 5.5 beskrivs den geografiska räckvidd som förbudet har, den *geografiska tillämpligheten*. Vilka som omfattas av förbudet, d v s vilka det kan drabba som är närstående till den förpliktade, dess *personkrets*, behandlas i kapitel 5.6. Oavsett uppdelningen av konkurrensklausulen görs alltid en total helhetsbedömning av konkurrensklausulens skälighet. Vid en helhetsbedömning vägs flera avtalsrättsliga aspekter in, där storleken på vederlaget normalt anses som det tyngsta av alla skäl. Vilka sanktioner och tvångsmedel som kan vara aktuella vid brott mot konkurrensklausulen behandlas i kapitel 5.7.

### 5.2 Förhållandet mellan avtalsrätten och konkurrensrätten beträffande konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse.

Konkurrensklausuler är som beskrivits en avtalsrättslig förpliktelse. Dess verkan kan, men behöver inte påverka förhållandet på den öppna marknaden. Enligt *de minimis* – reglerna krävs exempelvis vissa omsättningskrav hos parterna i avtalet för att konkurrensklausulen skall kunna prövas enligt den konkurrensrättsliga lagstiftningen. Om konkurrensklausulen istället skall prövas enligt konkurrensrätten, d v s att märkbar effekt på marknaden uppnås, skall konkurrensklausulen prövas enligt de konkurrensrättsliga reglerna.<sup>78</sup> Vid en konkurrensrättslig prövning kan en konkurrensklausul accepteras om den är skälig och proportionell.<sup>79</sup> Om konkurrensklausulen faller inom eller utom konkurrenslagstiftningen är dock inte intressant i den avtalsrättsliga bedömningen. De frågeställningarna huruvida

---

<sup>78</sup> se kapitel 4

<sup>79</sup> se kapitel 4.4

konkurrensklausulen är skälig eller oskälig är dock inte beroende av företagets omsättning eller marknadsdominans. Inom båda normsystemen förefaller det som om en konkurrensklausuls skälighet bedöms. Om konkurrensklausulen inte är skälig, skall den också enligt båda normsystemen jämkas eller ogiltigförklaras.

Beträffande kommissionens, konkurrensverket eller domstolens praxis görs det i likhet med avtalsrätten en individuell prövning i varje enskilt fall. En indelning av en konkurrensklausul, i likhet med den som gjorts i den avtalsrättsliga analysen i kap 5.3-5.7, är också lämplig vid en genomgång av konkurrensrätten rättspraxis.

I svensk rätt anses den konkurrensrättsliga lagstiftningen vara föga samordnad med den avtalsrättsliga. I utländsk rätt, främst inom common – law länder är lagstiftningen betydligt mer integrerad. Principen i t ex amerikansk rätt är att konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser bedöms ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. För att en konkurrensklausul skall anses giltig krävs det att den är skälig. Skälighetsbedömningen och samhällsintresset bedöms enligt läran om *reasonable restraints*.<sup>80</sup> Läran innebär att trots avtalen är konkurrensbegränsande, måste en viss näringsutövning hållas fri från orimliga hinder samtidigt som samhällsintresset skall beaktas. Det är dock viktigt att skyddet för fri näringsutövning inte får sträcka sig längre än vad som betingas av den berättigades intresse. Med samhällsintresse avses vikten att ha en fri konkurrens på marknaden. Även principerna om avtalsfrihet och *pacta sunt servanda* kan ha betydelse tillämpningen av konkurrensklausuler enligt läran om *reasonable restraint*. Det finns dock en klar praxis och lära där samhällsintresset skall beaktas.

Uppdelningen i svensk rätt beror säkerligen bl a på den rättstradition vi har i Sverige. Beträffande konkurrensklausuler inom avtalsrätten har dessa präglats av en allmänt tolerant syn. Vid en eventuell tillämpning är osäkerheten stor eftersom det ofta saknas vägledande rättsfall. Inom konkurrensrätten blir däremot linjerna klarare och klarare. Dels med tanke på konkurrenslagens närmande mot den EG-rättsliga lagstiftningen och den stora mängd rättsfall och klargöranden som finns där och dels för att konkurrenslagstiftningen omarbetas kontinuerligt. Omarbetningen innebär att det finns förarbeten som belyser och behandlar eventuella oklarheter.

Vilka möjligheter finns det att åberopa konkurrensrättsliga förarbeten, lagstiftning och eventuella rättsfall vid en avtalsrättslig bedömning, är därför en adekvat fråga?

Förhållandet mellan konkurrensrätten och avtalsrätten har bl a berörts i propositionen<sup>81</sup> till 1982 års konkurrenslag. I denna konstaterade departementschefen att en bedömning enligt 38 § avtalslagen endast indirekt kunde påverka en bedömning enligt konkurrensrätten, d v s att 38 § avtalslagen inte direkt påverkade synen för hur konkurrensrätten skulle tillämpas. Däremot påverkade konkurrensrättsliga beslut en konkurrensklausuls civilrättsliga giltighet, i den mån klausulen stred mot konkurrensrätten. Detta innebär att en konkurrensklausul kan strida mot konkurrensrätten trots att den anses som giltig mellan parterna enligt den avtalsrättsliga bedömningen i avtalslagen. Detta skulle i så

---

<sup>80</sup> *Mitchel v Reynolds*, från 1711 och *Nordefeldt v Maxim Nordenfeldt Guns and Ammunition Company*, från 1894. Läran är bygger på samma principer som *the rule of reason*.

<sup>81</sup> Prop 1981/82:165 s 238

fall innebära att konkurrensklausulen anses civilrättsligt ogiltig och parterna inte kan återropa avtalet mot varandra. Detta förhållande gällde även till konkurrensbegränsningslagen (KBL)<sup>82</sup>. I propositionen till 1993 års konkurrenslag<sup>83</sup> berörs inte denna fråga vilket torde innebära att någon skillnad i sakfrågan inte var aktuell. Det nämndes dock att en bedömning enligt 38 § avtalslagen indirekt kunde påverka en konkurrensrättslig bedömning. Det fanns således en möjlighet att avtalsrättsliga bedömningar kunde påverka en bedömning även i ett konkurrensrättsligt perspektiv. Likaså nämndes att de konkurrensrättsliga avgörandena indirekt kunde påverka de avtalsrättsliga bedömningarna av en konkurrensklausul. Departementschefens syn torde innebära att en avvägning mellan de enskilda partsintressena bör överensstämma med vad som främjar en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens inom näringslivet. I denna mening kan den konkurrensrättsliga frågan och bedömningen komma in i den civilrättsliga bedömningen, och få ett önskvärt samspel mellan den konkurrensrättsliga regleringen i KL och 38 § avtalslagen. Skälighetsbedömningen enligt 38 § kan ses som en funktion i det enskilda fallet av skadlighetsrekvisitet i 2 § KL.<sup>84</sup> Detta skulle innebära att övervägningar som från allmän synpunkt, hämmar effektiviteten inom näringslivet, hindrar någon annans näringsutövning och påverkar prisbildningar kan bedömas inom ramen för 38 § avtalslagen.

Denna kanske något radikala syn är en utveckling på vad som påbörjades i förarbetena till 1976 års ändringar i avtalslagen och i den s k generalklausulutredningen.<sup>85</sup> Där berördes hur KBL och avtalslagen förhöll sig till varandra. Främst åsyftas den allmänna skälighetsbedömningen i 36 § och i viss mån 38 § avtalslagen. Innan ändringen i avtalslagen befann sig konkurrensrätten och avtalsrätten betydligt längre ifrån varandra. Genom ändringarna skulle en viss harmonisering mellan lagarna ske.<sup>86</sup> Vad som åsyftades var att inom ramen för skälighetsbedömningen skulle även oskäligen konkurrenshämmande avtalsvillkor för individen beaktas.

I konkurrensmål har tyngdpunkten lagts vid Marknadsdomstolen såsom specialdomstol, delvis med Stockholms tingsrätt såsom specialforum i första instans. Den allmänna domstolen skulle inte pröva annat än frågor om skadestånd och ogiltighet. Motivet till detta är den särskilda kopplingen till den allmänna civilrätten.<sup>87</sup> Detta indikerar också på den nära samhörigheten mellan de båda rättsystemen.

Den rättsliga bakgrunden för att konkurrensrättsliga avgöranden skall kunna påverka en bedömning av en konkurrensklausul har ovan diskuterats, där förarbeten till avtalslagen och 1982 års KL varit normerande för en djupare integration mellan konkurrensrätten och avtalsrätten. Det bör ytterligare tilläggas att sedan 1993 års KL tillkommit, vars grundläggande förbudsbestämmelser i 6 och 19 §§ närmast ordagrant återger artikel 81 och 82 i EG-fördraget, har dessa förbudsregler blivit en central del av den moderna lagstiftningen och beskriver även samhällsutvecklingen. De värderingar som sker inom

---

<sup>82</sup> SFS 1953:603

<sup>83</sup> SFS 1993:20

<sup>84</sup> Adlercreutz – Flodgren s 48

<sup>85</sup> SOU 1974:83

<sup>86</sup> Prop 1975/76:81 s 48 f samt SOU 1974:83 s 144 f

<sup>87</sup> Bernitz U, [1999] s 65

ramen för konkurrensrätten speglar således samhällets grundläggande värderingar.<sup>88</sup> Dessa värderingar borde ges uttryck i all rättstillämpning. Detta torde innebära att konkurrensrätten och avtalsrätten blir allt mer integrerade, vid behandlingen av konkurrensbegränsande avtal. För konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse innebär det att konkurrensrättsliga avgöranden kan verka vägledande i avsaknad av relevanta avtalsrättsliga avgöranden. Huruvida ett sådant angreppssätt verkligen accepteras är svårt att bedöma. Tiden torde dock vara inne för en förändring.

## **5.3 En konkurrensklausuls materiella innehåll och substans**

### **5.3.1 Inledning**

Med det materiella innehållet i en konkurrensklausul avses vad konkurrensklausulen närmare innehåller. Det normala vid utformningen av en konkurrensklausul är att säljaren förbinder sig att inte bedriva rörelse eller engagera sig i verksamhet som konkurrerar med köparens. I kap 2.1 beskrevs hur en konkurrensklausul kan utformas. Klausulen löd att säljaren inte ska engagera sig – vare sig direkt eller indirekt - i verksamhet som konkurrerar. Andra formuleringar kan vara att den förpliktade inte får konkurrera med köparen genom att starta, driva, främja med råd eller dåd, ta anställning hos en konkurrent osv. Syftet är att säljaren inte på något sätt skall kunna konkurrera med köparen under en viss tid inom ramen för avtalsområdet. Hur texten utformas exakt varierar mellan konkurrensklausuler. Formuleringen kan vara av stor betydelse om den förpliktade agerar i strid mot konkurrensklausulen. Ibland kan t ex en anställning eller agerande på annat sätt vara acceptabelt enligt konkurrensklausulen, men att själv vara en företagsledare i konkurrerande verksamhet bryter mot konkurrensförbudet. Om det är säljarens marknadsandelar, goodwill och/eller know-how eller i vissa fall specifika företagshemligheter som är grunden till konkurrensklausulen framgår sällan och några större anledningar att specificera dessa torde inte finnas. Anledningen att texten om hur säljaren inte får konkurrera normalt ges en väldigt allmän karaktär är svårigheten att föra in alla möjliga olika former av konkurrerande verksamhet i avtalet.

Nedan beskrivs i kapitel 5.3.2 mer ingående vad konkurrensklausulen avser att skydda, dvs marknadsandelar och goodwill och/eller know-how och företagshemligheter. Detta följs av kapitel 5.3.3, där begreppet konkurrerande verksamhet beskrivs. I kapitel 5.3.4 – 5.3.7 beskrivs innebörden att engagera sig i konkurrerande verksamhet, att driva eller starta konkurrerande verksamhet, att ta anställning hos konkurrerande företag och att främja en konkurrerande verksamhet med råd eller dåd.

### **5.3.2 Vad avser konkurrensklausulen att skydda**

#### *Marknadsandelar och goodwill*

De marknadsandelar som ett företag har är tillsammans med goodwill, (bolagets kundintresse, rykte, namn och varumärke) den vanligaste anledningen till att köparen vid en företagsöverlåtelse i konkurrensklausulen vill belägga säljaren med ett

---

<sup>88</sup> aa s 65

konkurrensförbud. Bolagets namn och varumärke finns det ingen större anledning att specifikt skydda i konkurrensklausulen eftersom det normalt skyddas av immaterialrättsliga lagar. Däremot är de marknadsandelar som det köpta bolaget har samt det kundintresse som finns för bolaget ofta viktigt att skydda. En stor eller viktig kundkrets kan vara den avgörande anledningen till ett företagsköp. Om säljaren engagerar sig i liknande verksamhet är det stor risk att de kunder säljaren har haft i sin tidigare verksamhet börjar anlita honom igen. En konkurrensklausul där säljaren beläggs med ett konkurrensförbud kan därför vara av största vikt. Likaså kan goodwill, avseende bolagets kundintresse och rykte, vara viktigt att skydda.

I de flera rättsfall har säljarens marknadsandelar och goodwill varit huvudintresset för köparen. I exempelvis AD 1993:218, AD 1990:44 och AD 1984:68 var marknadsandelarna det centrala i köpet och någon ny verksamhet som kunde knyta till sig en kundkrets kunde inte accepteras av domstolen.<sup>89</sup> I fall som AD behandlat har ett meddelande av kundregistret till en konkurrerande part varit av sådan art att det ingår i ett eventuellt konkurrensförbud.<sup>90</sup>

### *Know-how och Företagshemligheter*

Ett område som beskrivits tidigare, framförallt i samband med konkurrensklausuler för anställda, är de anställdas know-how vilket också ibland är anledningen till ett företagsförvärv. En framträdande uppfattning är att know-how är något som inte är allmänt tillgängligt och ofta är en fråga om säljbar kunskap. Know-how kan således bestå av personlig skicklighet, d v s skicklighet vilken alla som arbetar inom ett visst område förvärvar och/eller speciell kunskap inkluderat yrkeserfarenhet, fack- och sakkännedom.<sup>91</sup> Motiven till att know-how nått en skyddsvärd status är att företagets kunskaper i jämförelse med andra produktionsfaktorer är av allt större betydelse för förmågan att konkurrera på marknaden. Mot denna bakgrund är det naturligt för det enskilda företaget att söka behålla och skydda know-how. Ibland kan även know-how vara identiskt med företagshemligheter. I Sverige finns det en särskild lagstiftning gällande företagshemligheter.<sup>92</sup> Företagets unika eller strategiska kunnande kan betraktas som en företagshemlighet. Ur en näringsidkarens synvinkel framstår ett skydd för företagshemligheter ofta som minst lika angeläget som skyddet för materiella tillgångar och ensamrätter.<sup>93</sup> Lagstiftningen om företagshemligheter syftar främst till att anställda på ett företag som genom arbetet skaffat sig tillgång till en företagshemlighet inte skall sprida den utanför företagskretsen.

Viktigt är att begreppet know-how, vilket kan relateras till konkurrensklausuler, är betydligt vidare<sup>94</sup> än det know-how som är skyddat enligt lagen om företagshemligheter.

---

<sup>89</sup> Se bla SOU 1983:52 s 55. Kundkretsen har även kunnat anses som skyddat enligt Lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter.

<sup>90</sup> Se AD 1984:20

<sup>91</sup> Ståhlros, Leif, *Företagshemligheter – Know how* s 29

<sup>92</sup> SFS 1990:409

<sup>93</sup> Prop 1987/88:155 s 8

<sup>94</sup> aa s 9

### **5.3.3 Konkurrerande verksamhet**

Begreppet konkurrerande verksamhet är det mest relevanta och svårtolkade begreppet vid en bedömning om ett konkurrensförbud överträds. I nästan alla konkurrensklausuler är detta begrepp det centrala, och en förutsättning för att ett konkurrensförbud skall kunna aktualiseras är att den förpliktade partens handlande innebär konkurrens eller risk för konkurrens. Problemet med begreppet är att det är allmänt hållt. I konkurrensklausulen kan exakt beskrivas vilken verksamhet som den förpliktade parten inte får ägna sig åt, ex driva mejerirörelse<sup>95</sup> eller sälja ett visst dataprogram. Några problem beträffande vilken verksamhet som inte får bedrivas borde i sådana fall inte föreligga. Om parterna i stället använt begreppet konkurrerande verksamhet vilket är vanligt, blir istället frågan vad parterna avsett med begreppet, och även i vissa fall hur samhället ser på begreppet.

Om arbetslagstiftning eller konkurrenslagstiftning är aktuell för tolkningen av konkurrensklausulen är parternas syn inte särskilt relevant. Istället gör domstolen en objektiv bedömning för hur samhället upplever verksamheten. Om avtalet är sådant att arbetslagstiftning eller konkurrenslagstiftning inte är tillämplig blir parternas syn på konkurrerande verksamhet den förhärskande. Däremot om tvist uppstår mellan parterna huruvida en verksamhet är konkurrerande skall begreppet tolkas av antingen en skiljedomstol eller vanlig domstol. Om parterna inte berört vad konkurrerande verksamhet skall vara, torde den eventuellt konkurrerande verksamheten i detta fall också bedömas i enlighet med hur samhället upplever verksamheten. Konkurrensmyndigheter och specialdomstolar<sup>96</sup> är de som oftast avgör ärenden/mål där konkurrensförbud eller konkurrensbegränsande avtal berörs. Vägledning vad konkurrerande verksamhet innebär bör därför finnas i deras avgöranden.

#### *Avtalsrätt*

Det ekonomiska incitamentet är i huvudsak drivande för vad som styr ett eventuellt brytande av konkurrensklausulen. Om den förpliktade parten genom sitt agerande riskerar att påverka marknadsandelarna för köparen är det troligt att konkurrensförbudet överträds, vilket även påpekades i rättsfallen i kap 5.3.2 ovan. Säljarna hade i dessa mål bl a återtagit en del av de kunder de haft i sin tidigare sålda verksamhet.

Det är dock inte alltid som den existerande kundkretsen är föremål för konkurrensförbudet. I NJA 1944 s 432 stod endast konkurrensen om kunderna på spel. En fastighetsmäklare som varit anställd öppnade egen verksamhet i samma område som han tidigare arbetat, inom Göteborg. I målet anfördes bl a att kunderna i branschen inte var trogna, utan var mer av tillfällig natur. HD fann dock inte att detta hade någon betydelse i sakfrågan, och ansåg att den förpliktade bröt mot den konkurrensklausul som han åtagit sig att följa. Målet klargör att själva konkurrenssituationen som sådan avgör huruvida konkurrensförbudet överträds.

---

<sup>95</sup> Vilket var exemplet i konkurrensklausulen i mål NJA 1948 s 704

<sup>96</sup> EG-domstolen, Marknadsdomstolen och Arbetsdomstolen.

Påverkar inte den förpliktades engagemang på något sätt konkurrenssituationen för motparten/köparen, är det inte säkert att konkurrensförbudet är giltigt. I NJA 1948 s 69 (dispensmål) diskuterades bl a gränsen för konkurrerande verksamhet. Bakgrunden var att en tidigare anställd hos gummifabriken i Viskafors efter egen uppsägning tagit anställning på AB Värnamo Gummifabrik. Han hade i sin tidigare anställning haft tillgång till vissa yrkeshemligheter, d v s (skyddad) know-how. Även om det i målet medgavs att den anställde hade möjlighet att använda en del av (skyddad) know-how menade HovR att ”kunder inte väljer mellan bildäck och cykeldäck”, vilka var huvudprodukterna i vad företagen saluförde. I målet dömde rätten ut ett jämkat vitesbelopp, där den ringa konkurrensen mellan bolagen var avgörande. Målet är intressant i avseendet att trots know-how användes, som i detta fall säkerligen var lika användbart inom bil- såsom cykeldäckstillverkningen, ansåg domstolen att den konkurrerande verksamhet som den anställde utförde i viss mån inte var konkurrerande verksamhet. Verksamheten påverkade inte gummifabriken i Värnamos marknadsandelar. Nu jämkade domstolen vitesbeloppet vilket tyder på att en viss konkurrens eller åtminstone risk för konkurrens förelåg. Det är däremot inte särskilt troligt att en konkurrensklausul där en förpliktad använder viss know-how, som enligt konkurrensklausulen inte får användas, aktualiseras om den förpliktades användning av den skyddsvärda kunskapen aldrig utan minsta risk kan påverka köparens marknadssituation.

En mer tydlig reglering för det avtalbara området finns i HagL bestämmelser. Här sägs att konkurrensklausulen endast får förplikta agenten inom ramen för de varor som agentavtalet gäller, och gränsdragningen mellan olika varor bör avgöras genom branschpraxis. Avsikten med detta är en restriktiv tolkning över det avtalbara området. HagL bestämmelser kan liknas med de konkurrensrättsliga som beskrivs nedan. Det skyddsvärda intresset i HagL är dock främst agentens möjligheter att i framtiden idka näringsverksamhet. Denna reglering är intressant och borde även kunna verka även inom det avtalbara området på konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse. I likhet med en säljare av ett företag är agenten också näringsidkare.

### *Konkurrensrätt*

Inom konkurrensrätten har det utvecklats en tydligare reglering över vad som kan vara konkurrerande verksamhet. I målet Remia,<sup>97</sup> vilket är ett viktigt och centralt rättsfall, har domstolen dragit upp riktlinjer för om en konkurrensklausul skall kunna godtas vid en företagsöverlåtelse där know-how ingår. Domstolen har beskrivet vilka kriterier som skall vara uppfyllda:

- köparen skall tillföras know-how,
- klausulen skall vara begränsad till det geografiska område där säljaren var aktiv och
- klausulen skall vara begränsad till de varor eller tjänster som ingår i det överlåtna företagets verksamhet.

---

<sup>97</sup> Mål 42/84 Remia v Commission (1985) ECR 2545

Intressant är den tredje punkten som anger att klausulen skall vara begränsad till de varor och tjänster som ingår i det överlåtna företagets verksamhet. Samma lydelse men något mer förfinad finns i kommissionens *tillkännagivande av accessoriska begränsningar*. I tillkännagivandet har omfattningen vad konkurrensförbudet får innehålla beskrivits till att endast avse de varor och tjänster som är en del av det överlåtna företagets verksamhet och som har ekonomisk betydelse.<sup>98</sup>

I praxis har kommissionen haft en vid syn på begreppet konkurrensklausul och vad som ligger inom ramen för varor och tjänster, vilket innebär att även andra omständigheter kan regleras i konkurrensklausuler. I Solvay/Raporte<sup>99</sup> och BTR/Pirelli<sup>100</sup> godtog kommissionen ett förbud för säljaren att försöka värva anställda från det sålda företaget. Det innebär en utvidgning av vad konkurrensklausulen får omfatta. Personer och deras know-how har ofta ett ekonomisk värde, vilket kan vara värt att skydda på föreliggande sätt i en konkurrensklausul. Givetvis går det inte att hindra andra personer som är utanför avtalsförhållandet att värva kunder och anställda från det försålda företaget, men i rimligheten namn, vilket även kommissionen fann, så borde ett sådant förbud kunna vara berättigat mot de tidigare ägarna.

Kommissionen har även godtagit konkurrensklausuler med ett 10% och 5 % investeringsförbud för de tidigare ägarna i liknande verksamhet.<sup>101</sup> Detta även om investeringarna enbart sker i kapitalplaceringssyfte. Förhållandet kan verka specifikt just för det enskilda fallet men en viss parallell går att dra. Ett ägande i en konkurrerande verksamhet, åtminstone i sådan omfattning att det finns möjligheter att styra verksamheten i viss riktning, kan enligt min uppfattning, vara tillräckligt för att anse att ett konkurrensförbud överskrids.<sup>102</sup>

Det avtalbara området enligt svensk rätt är principiellt det samma som kommissionen angivit i sitt tillkännagivande, d v s att innehållet endast får omfatta de produkter eller tjänster som det försålda företaget marknadsförde vid försäljningen. Konkurrensverket har i flera beslut ändrat bredare och mer generella klausuler till att specifikt gälla de produkter som sålts i det uppköpta företaget. I ärendet Procordia<sup>103</sup> påtalades av konkurrensverket att parternas konkurrensklausul i kontraktet skulle ändras till exakt vad säljande parten sålde vid tiden för förvärvet. Enligt konkurrensklausulen omfattades all konfektyr rörelse av konkurrensförbudet, men enligt konkurrensverket så kunde substansen i konkurrensförbudet endast omfatta sockerkonfektyrer.

En annan detalj som bör belysas är konkurrensklausuler i samband med bolag vars verksamhet är forskning och utveckling. I konkurrensverkets beslut i ärendet Scotia Holding Plc<sup>104</sup> fastslogs att en konkurrensklausul endast kan tillämpas på verksamheten

---

<sup>98</sup> [1990] O.J. C203/5, del III, avdelning A punkt 3 och 4

<sup>99</sup> Mål nr. IV/M. 197 (30/04/1992), premiss 14

<sup>100</sup> Mål nr. IV/M. 253 (17/08/1992), premiss 33

<sup>101</sup> Tesco Ltd/ Cateau SA, Mål nr. IV/M. 301 (04/02/1993) CMLR 402 premiss 14-15 och Sappi/DLJMB/UBS/Warren, Mål nr. IV/M. 526 (28/11/1994), premisser 31 och 33.

<sup>102</sup> Konkurrensverket har i likhet med kommissionen godtagit ett investeringsförbud i en konkurrensklausul. Se Svenska Shell, Dnr. 742/93, beslut 1993-11-22.

<sup>103</sup> Dnr 739/93, beslut 1993-10-27, s 3

<sup>104</sup> Dnr 336/95, beslut 1996-02-13 s 6



om den exploateras och kommersialiseras. Detta innebär att forskningen och utvecklingen inte ingår i vad konkurrensklausulen kan reglera, men däremot kommersialisering av forskningen. Konkurrensverket har förmodligen haft kommissionen beslut i ärendet Reuter/BASF<sup>105</sup> som underlag för bedömningen, där samma princip fastslogs.

Den svenska lagstiftningen och praxis verkar avseende en konkurrensklausuls substans motsvara den EG-rättsliga. Samma principer avseende produkterna, tjänsterna och hur man skall handskas med personal verkar föreligga. Förmodligen är också detta avsikten. Problem torde ligga på samma nivå avseende substans oavsett om konkurrensklausulen får verkningar inom EG eller endast på en nationell nivå.

#### *Kommentar*

En bedömning huruvida en verksamhet är konkurrerande inom avtalsförhållandet skall bedömas från fall till fall. Moment som har betydelse för om verksamheten anses vara konkurrerande är om säljaren kan komma att påverka köparens marknadsandelar/goodwill eller om säljarens know-how exponeras på ett otillbörligt sätt, och som antingen får en ekonomisk eller konkurrensmässig påverkan. Vid en genomgång av den konkurrensrättsliga tillämpningen kan det konstateras att ett specifikt förbud är lättare att acceptera enligt konkurrensrätten och även att tyda som konkurrerande för motparten, än ett rent generellt. Huruvida det är samhällets behov av fri konkurrens, i så stor utsträckning som möjligt, som har påverkat bedömningen i en sådan riktning framgår inte direkt av domsluten. Men eftersom syftet med konkurrenslagstiftning är att konkurrensen inte skall snedvridas kan detta vara ett styrande argument. Något krav att samhällets syn huruvida en konkurrensbegränsning föreligger är dock inget krav i rena avtalsrättsliga fall där varken konkurrens eller arbetslagstiftning enligt lag skall tillämpas. Förhållandet skulle kunna innebära att ramen för vad konkurrerande verksamhet vid företagsöverlåtelse är utan sådan inblandning skulle kunna bli en aning vidare. Detta är dock inte säkert. I HagL, som är en avtalsrättslig lagstiftning för näringsidkare verkar det avtalbara området för konkurrensklausuler vara ganska snävt, i likhet med den konkurrensrättsliga regleringen.

Parternas syn skall dock vara förhärskande för vad de anser vara konkurrerande verksamhet i rena avtalsrättsliga fall. Det troliga är dock att deras syn inte ger någon större vägledning om tvist har uppstått. Eftersom konkurrensrätten och arbetsrätten belyser och beskriver begreppet torde den uppfattning som begreppet har inom dessa områden bli prejudicerande.

Ett annat moment som också kan en avsevärd betydelse i bedömningen huruvida konkurrerande verksamhet anses föreligga, inte rent sakligt men som helhet, är den förpliktades ekonomiska ersättning för ett eventuellt underkastande av konkurrensförbudet. Denna problematik tillsammans med en skälighetsbedömning på avtalet i stort görs i kap 5.7.

---

<sup>105</sup> Reuter/ BASF, EGT nr L 254, 1976, s 40

### **5.3.4 Att engagera sig i konkurrerande verksamhet**

I inledningen berördes att formuleringen av ett konkurrensförbud kan påverka huruvida förbudet överträds. En inte helt ovanlig lydelse i konkurrensklausuler är att säljaren inte får ”engagera sig i eller ägna sig åt konkurrerande verksamhet”.<sup>106</sup> Lydelsen är vag, vilket också innebär att diskussioner kan uppstå i ett senare skede vad som konkurrensförbudet egentligen innebär. Samtidigt är det kanske vad parterna velat, eftersom det ger båda möjligheten att bedöma varje individuell situation var för sig. Lydelsen skulle kunna innefatta samtliga formuleringar om konkurrerande agerande som berörs nedan i kapitel 5.3.5 - 5.3.7. Denna lydelse är en av flera generella lydelse. Det finns dock ingen större anledning att beröra dem alla.

Att driva eller starta konkurrerande verksamhet, att ta anställning hos konkurrerande företag eller främja konkurrerande verksamhet med råd eller dåd beskriver i stort inom vilka ramar säljaren kan förpliktas att inte engagera sig i eller ägna sig åt.

### **5.3.5 Att driva eller starta konkurrerande verksamhet**

En mer specialiserad formulering än ovan är att den förpliktade inte får driva eller starta konkurrerande verksamhet. Några direkta problem med denna formulering i förhållande till en konkurrensklausul ligger inte för handen. Ett förbud att inte driva eller starta konkurrerande verksamhet förefaller i det närmaste självklart, om köparen vill skydda marknadsandelar, goodwill och/eller know-how. Förbudet är även allmänt accepterat i anställningsavtal<sup>107</sup> enligt ÖK 69. Om en person i eget namn bedriver eller startar en verksamhet är det således ett klart avtalsbrott mot konkurrensförbudet. Problemet är ofta huruvida verksamheten bedrivs *genom annan*, främst fysisk eller ibland juridisk person, vilket berörs i kap 5.6. Om en verksamhet bedrivs genom en juridisk person av den förpliktade anses det att konkurrensförbudet bryts. Redan tidigt fastställdes detta i NJA 1922 s 144, där frågan i målet var om en av säljarna kringgått konkurrensförbudet genom ett nybildat aktiebolag.

I NJA 1942 s 354 hade domstolen bl a att avgöra innebörden med att driva en verksamhet, genom en annan fysisk persons namn. J.B hade överlåtit sin speceriaffär till A.P. Speceriaffären hade J.B länge drivit och den var väl inarbetat. I köpeavtalet undertecknades en konkurrensklausul av J.B som innebar att han förbundit sig vid ”vite om 5.000 kronor att icke vare sig själv eller genom annan person i någon form driva speceriaffär i Ludvika eller dess omnejd.” Drygt ett år senare öppnades en ny speceriaffär, i J.B sons namn, ca 800 meter ifrån den sålda speceriaffären. Den nya affären låg i en fastighet som J.B ägde och han arbetade i stor utsträckning i betjäandet av kunderna. Hov R fann att J.B medverkan i rörelsen innebar att han ansågs ha brutit mot konkurrensklausulen i köpeavtalet. I målet sas ”Rörelsen har drivits under den av Y.B (J.B son) ... anmälda firman Y.B eller således under namn som i förening med J.B ledande ställning i affären varit ägnat att bibringa allmänheten den föreställningen att

---

<sup>106</sup> se RH 1996:38 som återges i kapitel 2.1

<sup>107</sup> Se ÖK 69. Enligt avtalet får en part (arbetstagare/anställd) inte själv eller genom annan starta eller driva med motparten konkurrerande verksamhet. Problematiken med en definition som klagör *genom annan* berörs även där.

rörelsen varit J.B egen.” HD fastställde senare HovR dom, där de kommenterade att varken 36 § eller 38 § avtalslagen borde vinna tillämpning i målet.

Domstolen påpekade att en individuell prövning skall ske om hur den förpliktade agerat i det enskilda fallet. I detta fall hade JB deltagit vid försäljning till kunder och utåt verkade driva speceriverksamheten. HovR kommenterade även att den rörelseform som speceriaffären bedrivits i tillsammans med J.B ledande ställning i verksamheten påverkade bedömningen. De bedömningsgrunder som bör beaktas vid ett eventuellt brytande av en konkurrensklausul är i enlighet med detta mål att; kundkontakter i ett senare skede påverkar bedömningen. Den rörelseform som den nya rörelsen sker i kan påverka bedömningen, åtminstone om en ledande ställning innehas av säljaren i den nya verksamheten. Även verkar kundernas syn på vem som bedrev verksamheten påverka i högsta grad.

En formulering av konkurrensförbudet enligt ovan innebär dock att konkurrensförbudet för den förpliktade är ganska snävt. Givetvis är det eftersträvansvärt att parterna verkligen noggrant formulerar vad konkurrensförbudet bör innehålla. Räcker det att säljaren inte ”bedriver egen” verksamhet som konkurrerar kan det vara lämpligt med denna formulering. Om däremot köparen inte vill att säljaren skall ta anställning i konkurrerande företag, eller på annat sätt beläggas med konkurrensförbud bör detta tydligt formuleras för att kunna skydda marknadsandelar/ goodwill och know-how.

### **5.3.6 Att ta anställning hos konkurrerande företag**

Huruvida ett brott mot konkurrensklausulen också inkluderar att ta anställning hos konkurrerande företag<sup>108</sup> är beroende på hur konkurrensklausulen är skriven, men vid allmänna formuleringar torde detta i huvudsak vara ganska troligt. En konkurrensklausul som innebär att den förpliktade inte får ta anställning i konkurrerande företag kan i vissa fall vara en ganska stor inskränkning i den individuella friheten. Enligt ÖK 69 får exempelvis den anställda inte ta anställning i eller ingå som delägare i ett konkurrerande företag. Vid närmare granskning av kommentarerna till överenskommelsen visar det sig att det nämnda konkurrensförbudet beskriver att den förpliktade parten inte får ta anställning i ett konkurrerande företag, i den mån det kan tänkas att parten kan komma att utnyttja företagshemligheter eller know-how som konkurrensförbudet har för avsikt att skydda. Denna kommentar lämnar en öppning för att bli anställd hos konkurrerande företag, men att den know-how som förvärvats i det tidigare arbetsförhållandet inte får användas eller utnyttjas. Kommentarna har dock som tidigare påpekats inte använts vid avtalstolkning i kommersiella avtal tidigare. Generellt kan åtminstone sägas att om en viss restriktion är gällande för en arbetstagare så borde samma restriktion minst gälla mellan näringsidkare, under förutsättning att inget annat är avtalat. ÖK 69 kan därför, utan risk att dra för långtgående slutsatser, ses som minimiregler. Troligtvis begränsas möjligheterna att ta anställning hos konkurrerande företag än mer i kommersiella avtal.

---

<sup>108</sup> Gränsen för om företag konkurrerar med varandra är svår, vilket beskrivits ovan i kap 5.3.3. Se även NJA 1948 s 69.

### 5.3.7 Att främja med råd eller dåd

Konkurrensförbudet kan i många fall även innebära att olika kontakter med konkurrerande företag kan hindras. En förpliktad part får inte såsom delägare eller på annat sätt bistå ett konkurrerande företag med *råd eller dåd*. Beskrivningen är direkt tagen från ÖK 69 och legitimerar ett förbud för tidigare anställda att begränsas mer allmänt. Någon skillnad i näringsidkarrelationer är det inte. I detta fall är problemet att personen som drabbats av konkurrensförbudet inte har tagit anställning i ett konkurrerande företag eller driver egen konkurrerande verksamhet mot betalning, utan istället agerar den förpliktade, genom att på ett aktivt sätt ge exempelvis information, pengar, eller på annat sätt bistå med material, vilket kan verka konkurrerande för köparen. Om den förpliktade parten bistår en konkurrent med ritningar, modeller eller andra liknande tekniska förebilder, och röjandet kan skada den köpande motparten i ett konkurrensperspektiv, kan också detta vara ett brott mot konkurrensklausulen. I lagen om skydd för företagshemligheter ges också ett visst skydd mot röjande av liknande information.<sup>109</sup> Syftet med lagen är att både skydda enskilda och det allmännas intressen. Ett uttryck för detta är att sanktionerna enligt lagen utgörs av straff och skadestånd.

Förpliktelsen att inte föra information vidare kan också tydliggöras i exempelvis en sekretessklausul. I samband med en företagsöverlåtelse kan det tänkas att säljaren förpliktas genom en sekretessklausul att inte yppa något om företagets verksamhet eller om vilka allmänna kunskaper han har som skulle kunna skada köparen. En sekretessklausul blir mer konkret än ett allmänt konkurrensförbud där parten inte får bistå med råd eller dåd till konkurrenter. Det kan ändå vara så att vad som skulle falla in under ett yppandeförbud i en sekretessklausul också faller in under ett konkurrensförbud i en konkurrensklausul. Det nära sambandet mellan sekretessklausuler och konkurrensklausuler påpekades i förarbetena.<sup>110</sup> Den främsta skillnaden är att en sekretessklausul kan vara tillämplig mot vem som helst oberoende om informationen används på ett otillbörligt sätt eller på ett sätt som påverkar köparens konkurrenssituation.

---

<sup>109</sup> I AD 2000:3 definieras begreppet företagshemlighet: "Med företagshemlighet avses enligt 1 § första stycket sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. Med information förstås enligt paragrafens andra stycke både sådana uppgifter som har dokumenterats i någon form, inbegripet ritningar, modeller och andra liknande tekniska förebilder, och enskilda personers kännedom om ett visst förhållande, även om det inte dokumenterats på något särskilt sätt. I lagens förarbeten uttalas att begreppet information i detta sammanhang har en vid innebörd. Begreppet omfattar inte bara kommersiella uppgifter om enskilda affärshändelser. Som exempel på sådan information anges i förarbetena uppgifter om enskilda affärshändelser samt information om affärshändelser av mera allmänt slag, såsom marknadsundersökningar, markplanering, prissättningsklausuler och planer rörande reklamkampanjer (se prop. 1987/88 s 34f). Ett företags kundregister innehåller typiskt sett information som har karaktären av företagshemligheter (se domen 1998 nr 80)."

<sup>110</sup> Prop 1987/88:155 s 47

## 5.4 En konkurrensklausuls bindningstid

En konkurrensklausuls bindningstid, d v s under hur lång tid den förpliktade är skyldig att avhålla sig från konkurrerande verksamhet i enlighet med konkurrensklausulen, varierar mycket mellan konkurrensklausuler. Det har funnits konkurrensklausuler med bindningstider på allt mellan ett och tio år upp till i extremfall på tjugofem år.

### *Avtalsrätt*

Några diskussioner om en konkurrensklausul tidslängd i samband med företagsöverlåtelser eller i näringsidkarförhållanden förekommer knappt i förarbetena. Det som sagts är att ÖK 69 bör ha en normerande verkan för en bedömning av bindningstiden, även vid rena företagsöverlåtelser.<sup>111</sup> I de rättsfall från AD som beskriver så kallade blandade konkurrensklausuler, d v s klausuler där det både förelegat en företagsöverlåtelse och ett anställningsförhållande, har däremot AD inte alls visat sig villig att använda sig av ÖK 69 som utfyllnad vid tolkningen av avtalslagens 38 §.<sup>112</sup> Att AD inte valt att använda ÖK 69 vid sin bedömning behöver dock inte betyda att överenskommelsen inte har någon relevans vid bedömning av tidslängden. Överenskommelsen är allmänt känd och en viss praxis på området har bildats genom parternas agerande. En eventuell praxis och ett visst agerande blir givetvis normerande och blir svårt att bortse helt ifrån. Enligt ÖK 69 bör en konkurrensklausul bindningstid inte vara längre än 24 månader. Tiden är inte fast, utan ett riktmärke. Tiden skall variera utefter det enskilda behovet i varje enskilt fall vilket kan innebära att tiden kan bli längre eller kortare. Enligt punkt 3 bör bindningstiden begränsas till "den beräknade livslängden för arbetsgivarens skyddsvärda know-how eller därmed jämförbart kunnande". Med det avses att tidsbegränsningen bör regleras i förhållande till hur länge den kunskap som individen har är aktuell.

I HagL finns lagstiftning som beskriver hur lång en konkurrensklausuls bindningstid får vara. Enligt 35 § HagL är två års bindningstid en gräns som inte får överskridas. Bindningstiden kan däremot förkortas. Detta skulle kunna ske om avtalet upphör i förtid och i så fall skall tidsfristen löpa från upphörandet. Att en tvåårsregel finns i HagL skulle kunna tänkas ha en viss inverkan vid bedömning av konkurrensklausuler i andra näringsidkarrelationer. HagL är en relativt ny lag. Det synsätt som lagstiftaren ger på konkurrensklausuler enligt HagL är genom en inskränkning i avtalsfriheten restriktivt. Någon skälighetsbedömning för att kunna förlänga tvåårsfristen finns inte utan endast en förkortning är möjlig i enlighet med HagL eller med tillämpning av 36 § och 38 § avtalslagen. ÖK 69 och HagL beskrivs dock två olika skyddsvärda behov för att belägga parterna med konkurrensförbud. I ÖK 69 är det en arbetstagares know-how som är föremål för bedömningen om tidslängden. I HagL är det i huvudsak de marknadsandelar agenten genom agentavtalet skaffat sig. Den rekommenderade tidslängden i ÖK 69 och maximal bindningstid i HagL är desamma. Beroende på vad som avses att skydda med konkurrensklausulen kan det skilja vid en bedömning om giltigheten av bindningstiden.

---

<sup>111</sup> Prop 1975/76:81 s 149

<sup>112</sup> AD 1984:68 och 1990:44

De ovan nämnda regleringarna påverkar troligen inte en konkurrensklausul vid företagsöverlåtelse nämnvärt, men att reglering finns bör åtminstone beaktas.

I de rättsfall som behandlar konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse visar det sig att längre tid än 24 månader har accepterats i flera fall. I AD 1984:68, Nyberg, Köhler ./ SKF Tools AB behandlades en konkurrensklausul intagen i avtal om företagsöverlåtelse genom aktieköp mellan Norrteam där Nyberg och Köhler var ägare och SKF. Konkurrensklausulen var intagen i grundavtalet och berörde Nyberg och Köhlers anställning i Norrteam efter aktieöverlåtelsen samt även att de under en *treårsperiod* efter anställningens slut förbjöds att bedriva eventuell konkurrerande verksamhet mot SKF. En viktig fråga som domstolen hade att ta ställning till var om konkurrensklausulen skulle tillämpas på Nyberg och Köhler ur ett arbetsrättsligt perspektiv, vilket innebar att avtalslagens 38 § kunde utfyllas med ÖK 69, och tillämpas på klausulen. Domstolen kom fram till att grundavtalet och konkurrensklausulen hade utgångspunkt i en näringsidkarrelation, vilket innebar att ÖK 69 inte skulle verka som utfyllnad till avtalslagens 38 §. Domstolen hänvisade till förarbetena<sup>113</sup> som anger att det som regel saknas anledning att ingående göra någon jämförelse med gällande kollektivavtal (ÖK 69) i rena näringsidkarrelationer. De beaktade inte att just bindningstiden i ÖK 69 enligt propositionen kunde vara normgivande. AD fortsatte och menade att konkurrensklausulen inte kunde ses som oskälig under rådande omständigheter eftersom ett näringsidkarförhållande förelåg. Det skall dock understrykas att AD inte på något sätt påstod att oskäliga konkurrensklausuler kan förekomma vid fall av företagsöverlåtelse. Samma slutsats angående bindningstiden om tre år gjordes i AD 1990:44<sup>114</sup>. I målet påtalade den förpliktade att bindningstiden var oskälig och borde jämkas. Förhållandena var ungefär desamma som i AD 1984:68 med avseende på att efter företagsöverlåtelsen anställdes säljaren i det köpande bolaget. I köpeavtalet ingick konkurrensklausulen som löd:

”SÄLJARNA förbinder sig att under en tidsrymd av 3 år från dagen för detta avtals tecknande icke direkt eller indirekt bedriva med AWA-koncernen konkurrerande verksamhet eller på annat sätt medverka till att AWA-koncernens marknadssituation stördes.”

Den förpliktade uppgav att någon särskild ersättning för konkurrensklausulen inte hade erhållits och att ÖK 69 borde ha normerande verkan, dvs att tvåårsregeln skulle tillämpas. Domstolen fann i likhet med AD 1984:68 att ÖK 69 inte skulle tillämpas på avtalsförhållandet och sedemera att bindningstiden inte var oskäligt lång.

I AD 1993:218 började säljaren av ett företag arbeta i döttrarnas nyöppnade begravningsbyrå, vilken konkurrerade med köparen. AD godtog i fallet en konkurrensklausul på fem år och dömde ut ett ojämkat vitesbelopp på 600 000 kronor samtidigt som säljaren förbjöds att fortsätta arbeta i verksamheten. Köpeskillingen i företagsköpet var 1270 000 kronor varav goodwill beräknades motsvara 900.000 kronor. Det bör påpekas att säljaren började arbeta hos köparen men slutade på grund av vantrivsel innan han gick över till döttrarnas bolag. Domstolen godtog i målet en

---

<sup>113</sup> Domen s 4 av 13 med hänvisning till prop 1975/76:81 s 149

<sup>114</sup> för fakta i målet se kapitel 5.7.2

konkurrensklausul på fem år utan jämkning. Domen har fått en del kritik, främst på grund av att både vitet och konkurrensförbudet utgick i sin helhet.<sup>115</sup> Målet refererades inte av AD vilket kanske innebär att något större prejudikatsvärde inte var avsett. En detalj som bör påpekas är att stor del av köpeskillingen var goodwill. Någon direkt skyddsvärd know-how var det inte fråga om.

### *Konkurrensrätt*

I förhållande till konkurrensrätten prövas giltigheten av en konkurrensklausuls bindningstid efter en mängd olika faktorer. EG-domstolen har vid flera avgöranden avgjort hur lång bindningstid de anser en konkurrensklausul får omfatta, men som brukligt är avser avgöranden det specifika mål som är uppe till prövning. I fallet Reuter/BASF (1976 OJ L 254/40), ansåg Kommissionen att en konkurrensklausul på fem år kunde godtas och slog fast att följande faktorer bör tas i beaktande vid utvärdering av bindningstiden för en konkurrensklausul:

- 1) arten av den know-how som transfererats; ju mer invecklad och komplex know-how, desto längre tid bör företaget ha för att kunna utnyttja överförd know-how
- 2) möjligheter att utnyttja förvärvad know-how; om det tar längre tid för köparen att tillgodogöra sig kunskapen, desto längre tid bör företaget erhålla för att kunna exploatera förvärvet
- 3) köparens kunskap; ju mindre kunskap en köpare besitter, desto längre tid bör han få för att maximera exploateringen
- 4) typen av know-how; väl beprövad know-how har ett större skyddsvärde än icke beprövad know-how då den sistnämnda typen av know-how kommer att färdigutvecklas av köparen själv.

I senare rättspraxis har det framkommit att fyra år har ansetts vara en tillräckligt lång tid för att skydda en köpare, se bl a ärendet Nutricia<sup>116</sup> och domstolens dom och riktlinjer i det senare målet Remia.<sup>117</sup>

I enlighet med tillkännagivandet har kommissionen godkänt förbud *upp till 5 år*<sup>118</sup> under förutsättning att överlåtelsen innehåller både marknadsandelar/goodwill och know-how. Innefattar däremot överlåtelsen endast marknadsandelar/goodwill är motsvarande period *max två år*.<sup>119</sup> Det bör poängteras att den tidslängd som är acceptabel kan variera från fall till fall. Vid bedömningar görs en individuell prövning om behovet av längden på konkurrensförbudet. Detta innebär att två år kan anses som en acceptabel bindningstid i ett fall och tre år eller i vissa fall upp till fem år som en acceptabel bindningstid i andra fall.

---

<sup>115</sup> Adlercreutz, SvJT 1994 s 533

<sup>116</sup> [1983] O.J L 376/22

<sup>117</sup> Mål 42/84 Remia v. Commission [1985] ECR 2545

<sup>118</sup> [1990] O.J C203/5, del III, avd A punkt 2. I förslaget till ändring kan denna tid minskas till tre år.

<sup>119</sup> aa punkt 2

*Kommentar*

Om den konkurrensrättsliga regleringen beträffande bindningstid kan tillämpas direkt på rena partsförhållanden är svår att besvara och bedöma. Den konkurrensrättsliga regleringen är genomtänkt och de bindningstider som anges är tagna med hänsyn till vad som anses rimligt, både i det eventuella partsförhållandet för att ett företagsköp inte skall hindras samt med beaktande av samhällets behov av fri och ökad konkurrens. I rena avtalsförhållanden har konkurrensklausuler upp till åtminstone tre år inte på något sätt setts som oskäliga.<sup>120</sup> Vid åtminstone två fall ovan har konkurrensklausuler upp till fem år också ansetts giltiga i sin helhet.<sup>121</sup> Ingenstans har domstolarna redogjort för om en avtalad bindningstid är rimlig för just det avtalade ändamålet. Domstolarna har tolkat avtalsförhållandet som ingånget mellan två näringsidkarparter, vilket i varje enskilt fall inneburit att jämkning inte varit aktuell. Någon skillnad i domstolarnas bedömning om avtalet skyddade marknadsandelar, goodwill eller know-how har därför inte kunnat skönjas. Det skall även beaktas vid den avtalsrättsliga bedömningen att det betalda vederlaget för antingen konkurrensförbudet eller överlåtelsen också skall vägas in. Ett högt vederlag kan innebära att längre bindningstid är acceptabelt. En sådan avvägning är inte överensstämmande med hur konkurrensrätten behandlar bindningstiden. En förutsättning inom ramen för konkurrensrätten är att rätt pris skall betalas med viss modifikation och att överlåtelsen kanske inte alls hade kommit till stånd utan ett eventuellt konkurrensförbud.

## **5.5 En konkurrensklausuls geografiska tillämplighet**

En konkurrensklausul innehåller ofta någon form av geografisk avgränsning. Det innebär att säljaren ofta förpliktas att inte inom ett visst område t ex i en viss stad med omnejd, en kommun eller ett län bedriva konkurrerande verksamhet. Den geografiska avgränsningen - eller ibland - den obefintliga avgränsningen, kan ifrågasättas om den är oskälig mot den förpliktade. Vid en avtalsrättslig prövning av en konkurrensklausuls giltighet bör därför även den geografiska tillämpligheten beaktas.

*Avtalsrätt*

Beroende på om konkurrensklausulen avsåg att skydda marknadsandelar, goodwill eller know-how kan den geografiska avgränsningen ifrågasättas mer eller mindre. Ett konkurrensförbud bör inte vara geografiskt större än behovet vid köpet. Det som avses är exempelvis om ett företag bedriver försäljning av fisk i Uddevalla, företaget överläts och i konkurrensklausulen innefattas att säljaren inte får bedriva konkurrerande verksamhet i hela Västra Götalandsregionen. Kunder som köper fisk i Uddevalla börjar inte köpa fisk i Borås bara för att säljaren startar upp en liknande verksamhet där. Det borde vara risken att förlora marknadsandelar som styr den geografiska angränsningen. Om konkurrensförbudet istället enkom eller samtidigt omfattar know-how, som kanske i större utsträckning kan användas universellt, kan kanske ett betydligt större område eller kanske ett obegränsat geografiskt förbud godtas.

---

<sup>120</sup> AD 1984:68 och RH 1996:38 där två fall av konkurrensklausuler på tre respektive fem år godkändes utan närmare reflektion av domstolen.

<sup>121</sup> AD 1993:218 och RH 1996:38



Vid en genomgång av förarbeten, litteratur och rättsfall inom området visar det sig att den geografiska räckvidden inte berörs i närmare utsträckning enligt 38 § avtalslagen. I kommentarerna till ÖK 69 berörs frågeställningen. I likhet med den syn som beskrivits ovan påpekas att om förbudet avser know-how, som är av sådan art att den är världsomspännande, kan obegränsade konkurrensklausuler geografiskt godtas. Det kan t ex gälla uppbyggnad av ett specifikt datasystem.

Ett tidigt rättsfall där åtminstone problematiken berörts är NJA 1942 s 354. I målet hade konkurrensklausulen en geografisk räckvidd. Säljaren av företaget som var en speceriaffär hade förpliktat sig att ”vid vite ... inte driva speceriaffär i Ludvika eller dess omnejd”. Säljarens son öppnade och drev tillsammans med säljaren en liknande speceriaffär ca 800 meter från den gamla. Frågan om den nya speceriaffären drevs inom Ludvika med omnejd var inte huvudfrågan i målet, utan den korta sträckan mellan affärerna gjorde att den nya speceriaffären konkurrerade med den överlåtna, vilket konkurrensklausulen hade avsikt att förhindra. Detta avgörande belyste mer att vikten läggs vid om den konkurrerande verksamheten påverkar marknadssituationen för köparen.

### *Konkurrensrätt*

Frasen ”ett konkurrensförbuds geografiska tillämpningsområde måste vara begränsat till det område där säljaren marknadsförde de relevanta produkterna eller tjänsterna före överlåtelsen” beskriver allmänt konkurrensverkets syn på geografiskt obegränsade eller begränsade klausuler. Verket har i ärenden underkänt alltför generella geografiska tillämpningar. Exempel därpå är AB Svenska Shell<sup>122</sup> där konkurrensklausulen i avtalet förbjöd säljarna att ”--- bedriva eller främja verksamhet som konkurrerar med den verksamhet som Shell bedriver inom Petroleumbranschen i Sverige”. Säljarna hade endast bedrivit försäljning av eldningsolja och diesel regionalt inom Uppsala län samt i kommunerna Heby, Sala, Västerås, Norrtälje och Sigtuna. Om däremot säljaren hade haft verksamhet i större delen av Sverige, även inom koncernen, hade en nationell territoriell begränsning godtagits. Globala konkurrensförbud kan även godtas om säljaren har verksamhet i stora delar av världen.<sup>123</sup> I dessa fall har överlåtelsen inte bara begränsat sig till marknadsandelar/goodwill, utan även kvalificerad teknisk know-how, vilket säkerligen påverkat bedömningen.

### *Kommentarer*

Några generella regler för den geografiska tillämpningen är svåra att ge, på grund av de förhållandevis få rättsfall som behandlat frågan. Begränsar sig köpet till enbart marknadsandelar/goodwill är det åtminstone svårare att förplikta säljaren territoriellt obegränsat. Troligen görs en individuell prövning i det enskilda fallet, huruvida säljaren bedriver konkurrerande verksamhet och om det inkräktar på köparens marknadsandelar. Om verksamheten inte inkräktar på marknadsandelarna borde konkurrensförbudet

---

<sup>122</sup> Dnr. 742/93, beslut 1993-11-22 s 5f

<sup>123</sup> British Nuclear Fuels Plc., Dnr 445/00, beslut 2000-08-04 s 4f och Eveready Battery Company Inc./ Gates Corporation, Dnr 656/93, beslut 1993-09-29 s 3f.

eventuellt inte kunna göras gällande, om inte den allmänna skälighetsbedömningen finner det rimligt, se kapitel 5.7.

## **5.6 Den personkrets som omfattas**

Utgångspunkten inom avtalsrätten och gällande konkurrensklausuler är att dessa endast kan göras gällande mellan parterna. En viss argumentation kan dock föras att ett konkurrensförbud även skulle kunna göras gällande mot personer som samverkar eller står den förpliktade parten nära.

Syftet med en konkurrensklausul är att den förpliktade normalt inte skall ägna sig åt konkurrerande verksamhet. Däremot kan det antas att personer som står den förpliktade nära t ex juridiska personer inom samma koncern, make, barn, släktingar och andra som den förpliktade har speciella band till, kan tänkas driva en konkurrerande verksamhet som den förpliktade inte får driva enligt konkurrensklausulen. Den förpliktades marknadsandelar/goodwill och know-how kan kanske vara en viktig del i denna verksamhet. I kapitel 5.3.5 beskrivs händelsekedjan om den förpliktade på något sätt agerade aktivt. Den aktiva medverkan kan vara betydligt svårare att fastställa, om en närstående bedriver den konkurrerande verksamheten, men verksamheten kan skada köparen betydligt mer än vad som förutsattes i avtalet.

Vid ett avtals ingående finns det en viss skyldighet enligt allmänna avtalsrättsliga principer att parterna i viss mån skall visa varandra trohet och omsorg, en sorts lojalitetsplikt till motparten.<sup>124</sup> Lojalitetsplikten varierar beroende på avtalstypen och omständigheterna i det individuella fallet. Ibland innebär det en skyldighet för motparten att informera om omständigheter som kan tänkas inverka på avtalet i den mån att avtalet möjligen inte hade genomförts. Vid företagsöverlåtelse kan förhållandet att säljaren kände till att en närstående till honom tänkte starta upp en konkurrerande verksamhet vara sådana omständigheter. Beträffande konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse bör köparen påpeka att exempelvis säljaren kände till att en närstående till säljaren tänkte starta upp en konkurrerande verksamhet. Syftet med företagsköpet och den avtalade konkurrensklausulen är normalt, vilket även framgår indirekt av konkurrensklausulen, att den förväntade konkurrenssituationen skulle råda en tid efter förvärvet.<sup>125</sup>

I NJA 1993 s 188 aktualiserades just ovan nämnda problematik. Målet avsåg en konkurrensklausul i ett avtal där ett aktiebolag (PM) förbundit sig att inte utöva konkurrerande verksamhet med bolaget Gillette. Det var inte ett fall av företagsöverlåtelse utan avtalet behandlade ett samarbete av vissa säljfrämjande aktiviteter som PM skulle utföra för Gilettes räkning. I avtalet förpliktades PM under avtalstiden och sex månader efter att marknadsföra eller sälja konkurrerande produkter. Samarbetet slutade och trots konkurrensförbudet utförde PM säljfrämjande aktiviteter åt en konkurrent till Gillette i strid med det tidigare ingångna avtalet med Gillette. Gillette förde talan mot PM i TR. PM förbjöds fortsätta den avtalsstridiga verksamheten. Ett 20-

---

<sup>124</sup> Se kapitel 3.2

<sup>125</sup> Nicander, Hans, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, JT 1995/96 s 31 ff

tal säljare från PM gick därpå över till ett av PM ägt systerbolag, Manico, och började bedriva samma verksamhet åt Gilettes konkurrent. Manico hade inte tidigare ägnat sig åt liknande verksamhet. Målet drevs till HD som slog fast att principen är att ett avtal endast gäller mellan avtalsparterna. Men i föreliggande fall fick det anses framgå att PM och Manico, systerbolag i samma ägares hand och med samma ledning, samverkat i syfte att kringgå konkurrensklausulen. Av detta kunde Gillette ställa samma krav på Manico som Gillette tidigare ställt på PM.

Målet är mycket intressant eftersom det innebär att det finns en möjlighet att kunna ställa samma krav på andra än avtalsparten. Det ska poängteras att fallet var ett undantag och de två berörda bolagen hade en moder – dotterbolagsrelation, d v s tillhörde samma koncern.

Det finns i nuläget inga möjligheter att likställa ovanstående bolagsrelation med exempelvis en närstående relation rent fysiskt. Exempelvis en faders konkurrensklausul kan inte drabba dottern, utan begränsas strikt till honom själv och hans eventuella verksamhet. I NJA 1942 s 354, som refereras ovan i kapitel 5.3.5 arbetade domstolen efter den principen att individuellt beakta faders insatser i sonen speceriaffär. Innebörden blev att fadern ansågs bedriva verksamheten och förpliktades att utge skadestånd trots att det var i sonens namn som firman stod. Sonen i sig hindrades inte att bedriva verksamhet.

Ett annat intressant mål som berör överlåtelse av rörelse är NJA 1948 s 704. Målet rör en partiell överlåtelse av en rörelse. F som innehade en speceriaffär som bl a sålde mejeriprodukter överlät den delen till en köpman J att inte konkurrera med J inom speceriaffären. Även vid en eventuell försäljning av speceriaffären skulle ett sådant förbehåll ligga den nye ägaren till last. F sålde speceriaffären utan att avtala om det förbehåll som konkurrensklausulen mellan F och J gällde. Frågan var om F brutit mot konkurrensklausulen. Den nye ägaren bedrev vid tillfället ingen konkurrerande verksamhet men kunde i praktiken ha gjort det. Rådhusrätten ansåg att F överträtt konkurrensförbudet i konkurrensklausulen, men både HovR och HD frikände F och menade att ansvar endast kunde komma i fråga om den nye ägaren i ett senare skede bröt mot konkurrensklausulen som den nye ägaren själv inte var bunden av. I domslutet ansåg HD att konkurrerande verksamhet inte förelåg ännu, vilket de menade var en förutsättning för att konkurrensklausulen skulle kunna tillämpas. I denna bedömning ägnade sig HD till viss del av avtalstolkning, när de kom fram till avgörandet.

### *Kommentarer*

Målet beskriver inte det förhållande att en tredje part förpliktas att agera på ett visst sätt, utan som beskrivits ovan att ett tidigare konkurrensförbud inte förts vidare vid den senare företagsöverlåtelsen. HD konstaterade, vilket torde vara självklart att den nye ägaren inte var bunden av konkurrensförbudet. Däremot vilket var intressant sa HD att säljaren i målet inte hade brutit konkurrensförbudet förrän den nye ägaren skulle starta sådan verksamhet som konkurrensklausulen avsåg. Innebörden blev att tredje person kan utlösa ett konkurrensförbud i ett avtal.

## **5.7 Skälighetsbedömning**

### **5.7.1 Inledning**

Ovan i kapitel 5.3 – 5.6 har konkurrensklausulen delats upp för att förtydliga vilka problem och avvägningar varje del står inför. I detta kapitel beskrivs vilka avvägningar som är av vikt vid en bedömning av konkurrensklausulen som helhet.<sup>126</sup> Med detta åsyftas en bedömning i förhållande vederlaget, och andra förhållanden i konkurrensklausulen samt i förhållande till det tillkopplade överlåtelseavtalet.

### **5.7.2 Vederlaget**

Ett vederlag kan vara för hela överlåtelsen av rörelsen inkluderat det konkurrensförbud som säljaren förpliktas att följa. En annan lösning är att separera betalningen för överlåtelsen och att viss betalning utgår för förpliktelsen att inte konkurrera. Betalningen kan ske uppdelat i tiden under förutsättning att säljaren inte bryter mot konkurrensförbudet.<sup>127</sup>

Vederlagets betydelse i förhållande till konkurrensklausulen berördes i motiven: ”Hänsyn är ock att taga därtill, huruvida den förpliktade erhållit eller betingat sig något vederlag för de inskränkningar han underkastat sig i sin frihet att utöva förvärvsverksamhet”.<sup>128</sup> Storleken på vederlaget är således relevant i förhållande till de inskränkningar den förpliktade underkastar sig. Det torde innebära ju större vederlag desto större inskränkningar.

#### *Avtalsrätt*

I ÖK 69 är relation mellan vederlaget och bindningstiden tydlig. Ett krav föreligger för den arbetsgivare som förpliktat en anställd att inte konkurrera genom en konkurrensklausul att under en viss tid efter anställningen kompensera den anställde med upp till 60 % av sin tidigare lön. Den minsta ersättningen som skall utgå är den mellanskillnad som den anställdes nuvarande lön är, i förhållande till den som den anställde hade hos arbetsgivaren. Några liknande tal för hur ersättningen för konkurrensförbudet skall vara i kommersiella förhållanden finns inte, men kommentarerna i ÖK 69 beskriver också vikten av en viss ersättning för att personen i fråga skall underkasta sig konkurrensförbudet.

I AD 1984:68, se även kapitel 5.4 ovan, bestämdes köpeskillingen till 1.133.300 kronor där de två säljarna vardera skulle få de sista 111.500 kronorna först efter att konkurrensklausulen bindningstid löpt ut. För att få ut det sistnämnda beloppet, som

---

<sup>126</sup> Motiven till 38 § avtalslagen rekommenderar en helhetsbedömning av konkurrensklausulen. Även skall en bedömning ske i förhållande till hela överlåtelseavtalet Detta innebär att konkurrensklausulen inte bara i stället för att dela upp exempelvis vitesdelen i en del konkurrensklausulens giltighet i en. Prop 1975/76:81 s 148.

<sup>127</sup> Se ex AD 1984:68.

<sup>128</sup> Adlercreutz – Flodgren s 45

förvisso var en slutlikvid för företagsöverlåtelsen, krävdes i konkurrensklausulen att säljarna inte hade brutit mot konkurrensförbudet. AD ansåg att säljarna brutit mot konkurrensklausulen, och att det inte fanns någon anledning till jämkning av vare sig bindningstid eller skadestånd.<sup>129</sup>

Ett annat mål av intresse är även AD 1990:44 (Hans C./Patentbyrå A W Anderson AB). Målet handlade om en konkurrensklausul i samband med att en rikstäckande patentbyrå köpte upp ett litet företag i branschen. Köpeskillingen var på 2.970.000 kronor och uppgick till drygt åtta gånger bolagets substansvärde. Köpeavtalet var sådant att de två ägarna Bo Lindberg (L) och Hans Cederbom (C) samt företagets anställda anställdes hos patentbyrån. I konkurrensklausulen ingick det att L och C inte direkt eller indirekt fick bedriva med patentbyrån konkurrerande verksamhet under en period av tre år från dagen för överlåtelseavtalet. C bröt avtalet, genom att sluta på patentbyrån och återigen öppna en egen firma som agerade inom samma verksamhetsområde. Flera kunder som C hade valde också att anlita C i hans nya bolag istället för att stanna kvar hos patentbyrån. AD menade att avtalet inte var av det slaget att ÖK 69 kunde användas eftersom det inte var ett renodlat anställningsavtal, utan ett kombinerat, överlåtelse/ anställningsavtal med tillhörande konkurrensklausul. Vid avtalets ingående saknades en anledning för parterna att inte ta med ett motsvarande villkor som fanns i konkurrensklausulen. De eventuella nackdelar och inskränkningar konkurrensklausulen var för L och C måste ses i förhållande till de ekonomiska intressena vid företagsöverlåtelsen.<sup>130</sup>

Av rättsfallet kan två slutsatser dras av det som angetts. För det första skall inte ÖK 69 direkt tillämpas på avtal som ingåtts av två näringsidkare trots att ett anställningsförhållande uppstått vid överlåtelsen. Följden i detta fall blev att konkurrensklausulens bindningstid inte kunde angripas enligt ÖK 69. För det andra uttalade AD att inskränkningarna står i relation till de ekonomiska intressena vid företagsöverlåtelsen, dvs ett vederlag som är adekvat i förhållande till de nämnda inskränkningar påverkar konkurrensklausulen skälighet.

### 5.7.3 Övriga förhållanden

Vid en allmän skälighetsbedömning skall domstolen beakta samtliga förhållanden som kan påverka konkurrensklausulens giltighet. Vederlagets betydelse har beskrivits i kapitlet ovan. Övriga förhållanden kan vara avtalets övriga innehåll, omständigheter vid avtalets tillkomst, senare inträffade omständigheter och omständigheterna i övrigt<sup>131</sup> samt vissa avtalsrättsliga principer som kan ha betydelse för den allmänna skälighetsbedömningen.

Beträffande avtalets innehåll skulle det kunna vara att upprättandet av överlåtelseavtalet och konkurrensklausulen var ”lagt i en överlägsen parts hand”. Om den ena parten har

---

<sup>129</sup> Skadestånd och vite behandlas vidare i kapitel 5.8.2.

<sup>130</sup> Samma uttalande gjorde Högsta domstolen i NJA 1991 s 200

<sup>131</sup> SOU 1974:83 s 195. Skälighetsbedömningen i detta fall diskuteras i förhållande till 36 § avtalslagen. I fall av konkurrensklausuler ligger det nära till hand att använda 38 §, se ovan kapitel 3.3, om förhållandet inte behandlat vitet eller eventuellt skadestånd. Se vidare kapitel 5.8.2

haft makt att bestämma över avtalsinnehållet kan det förekomma att parten utnyttjat sin ställning på ett otillbörligt sätt. I AD 1984:68 påpekade säljarna i målet, i likhet med detta, att deras möjligheter att påverka överlåtelseavtalet var små. ABB hade i stort redan konkurrerat ut deras företag när uppköpet gjordes. Säljarna påpekade och tyckte dock att vederlaget var marknadsmässigt i förhållande till bolagets värde. Däremot skulle de förmodligen ha blivit utkonkurrerade av ABB oavsett om företagsköpet hade skett eller inte. Domstolen fann dock att eftersom vederlaget var adekvat kunde inte konkurrensklausulen jämkas eller ogillas. Ett vederlag som är marknadsmässigt tyder också ofta på att båda parterna var i förhållande till avtalet likställda, och att andra besvärande omständigheter inte förelåg, vilket innebär att en möjlighet till jämkning i kommersiella förhållanden avsevärt minskar.<sup>132</sup>

Med omständigheterna kring avtalets tillkomst avses fall som inte riktigt går under ogiltighetsreglerna i avtalslagens 28 – 33 §§. Exempelvis i samband med ockerbeteende eller där ett avtalsslut tillkommit genom aggressivt beteende, överraskningstaktik, tvång i någon form eller genom annat missbruk i avtalsförhållandet.<sup>133</sup>

Beträffande senare inträffade förhållanden avses händelser som kan påverka konkurrensklausulen tillämpningsområde under själva avtalstiden. I svensk rätt, med vissa undantag, möjlighet att förändra ingångna avtalsvillkor. I förarbeten<sup>134</sup> diskuteras ändrade förhållanden av särskilt långvariga avtal. En ändring skulle kunna ske om avtalet var mycket fördelaktigt vid tillfället för tillkomsten, men senare förändrats till att vara till en direkt nackdel. Konkurrensklausuler kan ofta te sig överdrivet belastande efter något år. Det normala är dock att belastningen avslutas efter ytterligare något eller ett par år vilket innebär att en jämkning av konkurrensklausulen enligt denna grund inte är självklar. Bindningstiden uppfattas nog ofta som för kort för att regeln skall kunna tillämpas. Förhållandet mellan dessa exempel på jämkningsmöjligheter måste också ställas i relation till vederlaget.

Omständigheterna i övrigt kan t ex vara betydelsen av affärssed, en parts praxis eller eventuella sammankoppling av andra avtal. Sådana avtal skulle kunna vara speciella sekretessavtal, serviceavtal eller andra avtal som påverkar avtalsförhållandet som helhet.

Allmänna avtalsrättsliga principer som kan påverka tillämpningen av konkurrensklausuler kan ofta åberopas tillsammans med allmänna skälighetsregler enligt 36 § avtalslagen. Förutsättningsläran är tillsammans med lojalitetsplikten och oklarhetsregeln exempel på sådana principer.

För att förutsättningsläran skall kunna tillämpas krävs att konkurrensklausulen var en (väsentlig) förutsättning för företagsöverlåtelsen. Vidare krävs det att förutsättningen varit synbar för motparten samt att en relevansprövning huruvida förutsättningen och synbarheten verkligen ska tillåtas inverka på avtalsbundenheten.<sup>135</sup> Det fall där

---

<sup>132</sup> Von Post Claes-Robert, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden* s 154 samt NJA 1983 s 332.

<sup>133</sup> aa s 157

<sup>134</sup> SOU 1974:83 s 156.

<sup>135</sup> Adlercreutz Axel, *Avtalsrätt I*, [1989] s 280

förutsättningsläran bedöms vara mest gångbar är i situationer då ett företagsköp sker utan att säljaren förpliktas med konkurrensförbud. Säljaren avyttrar företaget och startar på nytt upp en liknande verksamhet. Om väsentligheten, synbarheten och relevans är uppfyllda skulle säljaren kunna beläggas med konkurrensförbud i efterhand.

Lojalitetsplikten är som regel fristående i avtalsförhållanden, men kan även utläsas av 36 § avtalslagen.<sup>136</sup> Efter ett avtals upphörande är lojalitetsplikten starkt begränsad.<sup>137</sup> Huvudregeln är att parterna efter avtalstiden är obundna i fråga om lojalitet. Däremot förhållanden som skedde innan och under avtalsförhållandet kan resultera i att en prövning av avtalet trots att avtalsförhållandet upphört. I kap 5.6 beskrevs att det skulle kunna vara en informationsskyldighet till motparten om sådant som kan antas vara av betydelse för motparten, exempelvis att en närstående till säljaren redan planerade att starta upp en konkurrerande verksamhet och en upplysning om detta hade påverkat köpet. I Gilettemålet<sup>138</sup> belystes problematiken. Den brutna lojalitetsplikten innebar att konkurrensförbudet gällde utanför avtalsförhållandet. I domskälen påpekades dock att det krävs mycket speciella förhållanden för att en tredje part, som skall vara mycket närstående, skall kunna drabbas av ett konkurrensförbud. För att ha framgång med en liknande argumentation så krävs det mycket speciella förhållanden för att en tredje part skall kunna drabbas av konkurrensförbudet. Vid en sådan prövning bör också en avvägning göras huruvida den konkurrerande verksamheten i fallet rent faktiskt försvårar utövningen av köparens rätt eller väsentligen förringade dess värde.

Om det föreligger vissa tvetydligheter angående avtalets innehåll kan *oklarhetsregeln*<sup>139</sup> ibland tillämpas på avtalet. Grunden för regeln är att den part som utformat klausulen skall, om otydligheter i klausulen ger anledning till tvekan om innebörden, tolkas till förmån för den andra parten. Det normala torde vara att det är den förpliktade parten eftersom det ligger mest i köparens intresse att begränsa säljarens konkurrenskraft. Förhållandet gäller särskilt i fall där den förpliktade intagit en underlägsen beroendeställning.<sup>140</sup>

### *Kommentarer*

Sammantaget var avsikten med detta kapitel att belysa att en konkurrensklausul också som helhet måste prövas enligt skälighetsreglerna. Några klara gränser för hur en konkurrensklausul skall bedömas finns knappt, i likhet med tolkningen av andra avtals innehåll. Gränserna för hur en del, exempelvis bindningstiden skall bedömas, kan förskjutas om omständigheterna enligt klausulen i övrigt pekar i motsatt riktning. Vad som är av särskild vikt, som belysts i flera rättsfall ovan, vid den allmänna bedömningen om ett konkurrensförbud är för långtgående, är *vederlaget* för den eventuella inskränkningen i friheten att utöva näringsverksamhet.

---

<sup>136</sup> Von Post s 180. Se även kapitel 3.3

<sup>137</sup> Nicander s 32

<sup>138</sup> se kapitel 5.6

<sup>139</sup> Oklarhetsregeln har inte beskrivits tidigare i arbetet utan behandlas endast i detta avsnitt.

<sup>140</sup> Adlercreutz – Flodgren s 125

## 5.8 Sanktioner och processuella tvångsmedel

### 5.8.1 Inledning

Eftersom konkurrensklausulen ses som en biförpliktelse till huvudavtalet innebär ett brott mot konkurrensklausulen ett brott mot hela köpeavtalet. Ett företagsköp genom aktieköp eller genom att bara köpa inkråmet faller in under köplagen.<sup>141</sup> Detta innebär att de påföljdsregler som finns i köplagen är aktuella vid avtalsbrott. Om avtalsbrottet är väsentligt kan hävning av hela avtalet ske, dvs att företagsköpet återgår. Frågan är mer om det verkligen är den mest lämpliga åtgärden? Det faller sig ofta mer naturligt att säljaren slutar agera i strid mot avtalet, vilket normalt torde vara köparens vilja. Det finns inga rättsfall där frågan om hävning behandlats vid ett brott mot konkurrensklausulen.<sup>142</sup> Det är inte ens säkert att agerandet av säljaren är av så väsentlig betydelse att hävning är möjlig om så inte avtalats. En annan och mest gångbara påföljden är skadeståndsskyldighet eller att den förpliktade tvingas betala ersättning enligt avtalat vite. Problemet med skadestånd är att den uppkomna skadan är svår att uppskatta. Detta har medfört att i många fall av konkurrensklausuler finns det en vitesbestämmelse vid fall av brott mot konkurrensklausulen. Vitesbeloppet är, om inte i en separat vitesklausul, inskrivet direkt i konkurrensklausulen. Ibland förekommer det dock att säljaren fortsätter med sin konkurrerande verksamhet, trots hot eller skyldighet att utge vite. Köparen har i så fall ibland en möjlighet att begära och yrka att säljaren genom en sk ”förbudsdom” förbjuds att fortsätta konkurrera med köparen. Om förhållandet istället är något annorlunda, att t ex ett oskäligt högt vite skall utgå i förhållande till den konkurrerande verksamhet eller den skada säljaren orsakat, kan vitesdelen eller vitesklausulen jämkas enligt 36 § avtalslagen. Nedan behandlas skadestånd och vite i kapitel 5.8.2 och tvång till naturuppfyllelse i kapitel 5.8.3. I det sistnämnda kapitlet berörs även vite tillsammans med naturuppfyllelse.

### 5.8.2 Skadestånd och vite

En skadeståndsrättslig grundsats vid avtalsbrott är att den kränkta skall erhålla ersättning enligt det positiva kontraktsintresset. Ersättning skall inte bara utgå för uppkommen skada utan även för förlorad vinst.<sup>143</sup> Det svåra är att uppskatta hur den under tiden ökade konkurrensen påverkade skadans storlek. Denna anledning har medfört att avtalsparterna normalt kopplar en vitesklausul eller ett vitesbelopp till konkurrensklausulen. Köparen behöver i sådana fall inte påvisa vilken skada köparen åsamkat eftersom avtalet reglerar hur ett avtalsbrott skall kompenseras. Förhållandet främjar också en snabb och bekväm avveckling av tvisten. Vitet fungerar också som ett påtryckningsmedel och är ofta det incitament som gör att köparen inte bryter mot konkurrensförbudet.

---

<sup>141</sup> Hultmark, Christina, *Kontraktsbrott vid köp av aktie* s 15 f, 79 ff spec s 85

<sup>142</sup> För mer information om hävning vid kontraktsbrott, Läs Hultmark aa. Eftersom hävning inte verkar vara en aktuellt yrkande om påföljd för köparen kommer inte påföljden behandlas mer i uppsatsen.

<sup>143</sup> I AD 1990:44 och RH 1996:38 gjordes en skadeståndsberäkning av de uppkomna skadorna.



En vitesklausul eller vitesdelen i konkurrensklausulen kan enskilt anses som oskälig i förhållande till huvudavtalet som helhet. Bakgrunden är att när en ersättning på grund av avtalsbrott avtalas på förhand uppstår en viss risk att bestämmningen av vitet sker till den överlägsna partens fördel, utan att det klart framgår vilka skäl som ligger bakom.<sup>144</sup> Enligt 36 § avtalslagen kan ett avtalsvillkor jämkas om det är oskäligt.<sup>145</sup> En eventuell ersättning bör stå i rimlig proportion till avtalsförhållandet som helhet. Av vikt vid en eventuell jämkning är förhållandet mellan avtalstidpunkten och avtalsbrottet. Ju längre tid som gått av bindningstiden desto större anledning till ett jämkat vitesbelopp.<sup>146</sup> Bara anledningen att skadan är obetydlig är däremot inte helt avgörande för att vitets skall jämkas.<sup>147</sup> Det kan däremot vara en anledning till jämkning.

Vitet i förhållande till uppkommen skada har berörts i ett jämningsperspektiv i NJA 1942 s 352. I målet fann HovR att J.B hade brutit mot en konkurrensklausul. Det avtalade vitet skulle vara en förutbestämd summa på 5.000 kronor. HovR jämkade vitet till 2.000 kronor, vilket de ansåg vara skäligt ersättning för den skada som åsamkats köparen. När målet kom upp i HD sökte J.B ensam revision. HD kom i ansvarsfrågan inte fram till någon annan slutsats än HovR, dvs att J.B brutit mot konkurrensklausulen. Tvärtemot HovR fann de däremot ingen anledning att jämkat vitet enligt 36 § avtalslagen, utan hela vitet borde ha dömts ut. Eftersom J.B ensam fullföljt talan fanns ingen möjlighet att ändra HovR's dom. HD's markering avsåg säkert att klargöra att jämkning av vitet bara bör användas när det föreligger särskilda skäl för det. HovR hade gjort en bedömning att vitet inte motsvarade den skada som åsamkats A.P. HD kommenterade inte denna del, vilket innebär att deras syn är att avtalat vite och uppkommen skada, åtminstone i detta mål, inte hörde ihop.

Förhållandet mellan avtalat vite och uppkommen skada är intressant. Frågan är huruvida ett avtalat vite kan ses som ett maxbelopp på vad avtalsparten skall behöva betala för uppkommen skada. I litteraturen verkar författare ha olika åsikter om detta. En del förordar vitet som ett maxbelopp<sup>148</sup> andra att vitesbeloppet företrädesvis borde ses som en minimiersättning.<sup>149</sup>

I RH 1996:38 diskuterades både skadeståndet och dess förhållande till en vitesklausul som var kopplad till konkurrensklausulen. I samband med överlåtelse av aktier i ett bolag hade två personer var för sig blivit bundna av en konkurrensklausul, som förbjöd dem att själva eller genom annan person bedriva med bolaget konkurrerande verksamhet. Till klausulerna hade kopplats skyldighet att betala vite. De båda bildade ett nytt handelsbolag som kom att bedriva verksamhet i strid med konkurrensklausulerna. En tvist mellan säljarna och köparen förliktes genom ett nytt avtal i vilket ytterligare en konkurrensklausul togs in. Denna gällde för, förutom de två personerna, även deras handelsbolag. Vitesklausulerna enligt de båda tidigare avtalen

---

<sup>144</sup> SOU 1974:83 s 170

<sup>145</sup> Anledningen att 36 § avtalslagen används vid en jämkning av konkurrensklausulers vite är bl a av historisk natur. Se kapitel 3.3

<sup>146</sup> SOU 1974:83 s 127, Gorton s 102 f.

<sup>147</sup> Adlercreutz – Flodgren s 128, se även kapitel 5.8 nedan där två rättsfall behandlar vites inklusive tvång till naturauppfyllelse.

<sup>148</sup> aa s 129 hänvisar till Olsén s 136.

<sup>149</sup> aa s 129 hänvisar till Hassebalch (TfR 1980 s 660)

skulle fortfarande gälla för de två personerna. Köparen av bolaget väckte talan mot de båda personerna och deras handelsbolag på grund av upprepade brott, avseende försäljning av produkter vid flera tillfällen under en viss tidsperiod, mot konkurrensklausulen i det sistnämnda avtalet. Hovrätten fann inte att de upprepade försäljningarna kunde anses utgöra mer än ett enda brott och beräknade det skadestånd handelsbolaget skulle utge enligt det positiva kontraktsintresset med tillämpning av den sk subtraktionsmetoden. Rätten fann att skadan i detta fall motsvarade det täckningsbidrag som köparen förlorat. Vidare ansåg rätten att vitesklausulen, där annat inte avtalats, begränsar vad den förpliktade är skyldig att betala vid brott mot den vitesanktionerade förpliktelsen och lämnade därför köparens yrkande om skadestånd utöver vitesbeloppet mot en av motparterna utan bifall. Några större paralleller torde man inte dra av fallet förutom att det krävs något utöver det vanliga för att en ersättning skall bli större än avtalat vitesbelopp.

### **5.8.3 Tvång till naturauppfyllelse**

I inledningen beskrevs att det även förekommit fall där säljaren bryter mot en konkurrensklausul och inte har för avsikt att sluta med den konkurrerande verksamheten. Ett vite kan händelsevis vara kopplat till den först skrivna klausulen, men säljaren har gjort den bedömningen att hans intresse är större att fortsätta verksamheten än det eventuella skadestånd eller vite han är tvungen att betala enligt klausulen. Om man bör kunna köpa sig fri från konkurrensförbudet på detta sätt råder det delade meningar om.<sup>150</sup> Under senare tid har liknande mål prövats, vilket har inneburit att säljaren som brutit konkurrensförbudet av domstolen meddelats, utöver avtalad kompensation, vid vite att upphöra med verksamheten enligt RB 15:3.<sup>151</sup>

I AD 1990:44<sup>152</sup> förbjöds säljaren, vid vite om 150.000 kronor, att under resterande tid av bindningstiden att bedriva verksamhet som konkurrerade med köparens företag.<sup>153</sup>

I AD 1993:218 började säljaren av ett företag arbeta i döttrarnas nyöppnade begravningsbyrå, vilken konkurrerade med köparen. AD godtog i fallet en konkurrensklausul på fem år och dömde ut ett ojämkat vitesbelopp på 600 000 kronor samtidigt som säljaren förbjöds att fortsätta arbeta i verksamheten.

Om inget annat avtalats förefaller det klart, med ovan nämnda avgöranden som grund, att ett krav på fullgörande av konkurrensförbudet är möjligt. Någon möjlighet att köpa sig fri är således endast möjligt med motpartens godkännande. En användning av vitesförbud enligt RB 15:3 i samband med konkurrensavtal nämndes som möjlig i processlagsberedningens förslag från 1938. Vid ett sådant beslut var det av vikt att en avvägning mellan parternas intressen skall företas, och ett föreläggande kunde meddelas ”endast om det är av synnerlig vikt och det ej länder svaranden till väsentligt förfång.”<sup>154</sup> I propositionen till den nuvarande lydelsen står det ”bara” att ett sådant

---

<sup>150</sup> aa s 131

<sup>151</sup> NJA 1993:188

<sup>152</sup> för bakgrund se ovan kapitel 5.7.2

<sup>153</sup> Enligt konkurrensklausulen var vitesbeloppet styrt upp till 200.000 kronor, men köparen var tvungen att påvisa skada upp till avtalat vitesbelopp.

<sup>154</sup> Adlercreutz – Flodgren s 131 som hänvisar till SOU 1938:44 s 202 f.

ingripande inte bör ske ”utan starka skäl” samt att parternas motstridiga intressen bör ställas mot varandra.

Adlercreutz har i två artiklar<sup>155</sup> kommenterat utgången i ovan nämnda mål, där säljarna i målen påtvingats att fullfölja konkurrensförbudet vid vite. Adlercreutz menar att sanktionerna dubbleras utan hänsyn till balansen i avtalsförhållandet samt att säljarnas intressen inte tillvaratagits tillräckligt. Adlercreutz hade haft större förståelse för de hårda domarna om företagshemligheter eller särskild skyddad know-how varit föremål för företagsöverlåtelsen, eftersom sådan kunskap har ett större skyddsvärde än marknadsandelar och goodwill vilket i dessa fall var största delen av ersättningen för bolagen. Känslan är idag att det skett en viss svängning mot att företag i allmänhet värderar marknadsandelar och goodwill betydligt högre än tidigare. Troligen beror detta på att avkastningskraven är tydligare från investerare samt att de numera är vaksammare efter IT-kraschen att kasta sig in i högriskprojekt där substansen i företaget enkom är know-how. Arbetsdomstolen har inte i något av målen lämnat någon närmare redogörelse till varför de ansett att både förbud mot verksamhet meddelats och en skyldighet att utge avtalat vite. Jag kan bara spekulera, men principen om *pacta sunt servanda* lever stark och det verkar som om mycket skall till innan den svage tillmäts skydd i kommersiella relationer.

## 6 Avslutande kommentarer

### 6.1 Inledning

En del av syftet med uppsatsen var att ge en bild över hur långt en konkurrensklausul vid företagsöverlåtelse kan sträcka sig, främst i ett avtalsrättsligt perspektiv. Undersökningsarbetet gjordes genom traditionell juridisk metod med tillgång till lagtext, litteratur, förarbeten och rättsfall. Ett problem har varit att det saknas ledande förarbeten som beskriver hur konkurrensklausuler skall bedömas. Ett annat problem i undersökningsarbetet har varit de förhållandevis få rättsfall från HD som behandlar konkurrensklausuler vid rena företagsöverlåtelser. Rättsläget blir därför något osäkert. Utöver analysen av rättsfall från HD har därför rättsfall från AD och konkurrensrättsliga avgöranden använts för att på bästa sätt belysa hur en konkurrensklausul vid företagsöverlåtelse bör bedömas. Den andra delen med syftet var att utreda hur konkurrensrättsliga avväganden kan påverka bedömningen av konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse enligt 36 § och 38 § avtalslagen.

### 6.2 Diskussion

En aktuell grundläggande fråga, särskild vid en uppsats som denna, är hur man bör se på synkroniseringen mellan de avtalsrättsliga och de konkurrensrättsliga normsystemen. Traditionellt har de haft föga beröring med varandra. Utgångspunkten för praktiskt arbetande jurister har varit att de konkurrensbegränsande avtal som inte faller inom de

---

<sup>155</sup> Adlercreutz, Axel, *Personexekution eller skadestånd/ avtalat vite i mål om konkurrensklausuler*, SvJT 1991 s 445

konkurrensrättsliga ramarna i sin helhet har varit giltiga. En snabb översikt av i arbetet nämnda rättspraxis visar att de prejudicerande instanserna, som HD och Arbetsdomstolen, tagit fasta på detta. Bernitz anser att denna uppfattning är mindre lämplig rättspolitiskt och en aning förenklad.<sup>156</sup> Han menar att en större integration mellan systemen faller sig numera mer naturlig. Adlercreutz menar också att den avtalsrättsliga tillämpningen bör kunna påverkas av samhällsintresset.<sup>157</sup> I England och USA, som förvisso har en annan juridisk tradition än oss i Norden, är integreringen av systemen tydligare. Jag förordar också en sådan utveckling, av två skäl. Det första skälet är; även om ett avtal inte märkbart medför konsekvenser på samhället, bör ändå samhället vid rättstillämpningen ansvara för att avtalet är acceptabelt, och inte påverkar individens inkomstmöjligheter i för stor grad, vilket i förlängningen oavkortat påverkar samhällsutvecklingen. Det är av stor vikt att varje individ kan försörja sig själv och inte i onödan belastar samhället med allmänna kostnader på ett ofördelaktigt ingånget avtal. Det andra skälet är en tro att varje individ kan påverka eller åtminstone inverka på samhällsutvecklingen. I dag specialiserar sig människor på arbetsmarknaden i betydligt större utsträckning än tidigare, vilket innebär att kunskapen hos individen ökar inom det enskilda arbetsområdet, men minskar i ett mer allmänt perspektiv. Den tillgång individen är för samhället som specialist, med sitt engagemang och med sin kunskap inom ett arbetsområde bidrar till ett effektivt nyttjande av resurser. En konkurrensklausul, där individen inte får bruka sina kunskaper inom arbetsområdet leder till att denna samhällsresurs inte kan utnyttjas under en viss tid. Den snabbt föränderliga arbetsmarknaden kan sedan leda till att individen när konkurrensklausulen löpt ut inte längre är samma resurs för samhället. Detta utanförskap inom arbetsområdet, kan inte bara för samhällsintresset utan även för individen få konsekvenser under och framförallt efter konkurrensklausulens bindningstid. Dessa skäl tycker jag borde anses starka och kunna konkurrera med principerna om avtalsfrihet och *pacta sunt servanda*. I den allmänna skälighetsbedömningen om en konkurrensklausul är giltig bör även det samhälliga perspektivet beaktas inom ramen för beslutet. Med en sådan bedömningsbakgrund borde konkurrensrättsliga avgöranden kunna påverka en bedömning även i rent avtalsmässiga relationer.

Det vanligaste skälet till användandet av konkurrensklausuler är det säljande företags marknadsandelar/goodwill. Andra normala skyddsvärda objekt är företagshemligheter och företagsspecifikt kunnande, s k know-how. Av detta följer att köparen har ett legitimt intresse av att säljaren beläggs med ett konkurrensförbud. Förmodligen hade köpet kanske aldrig blivit av om en konkurrensklausul inte skulle ingå i överlåtelseavtalet. En sådan inskränkning i avtalsfriheten skulle innebära att företagsuppköp inte skulle göras i den omfattning som skulle gagna samhället och samhällsutvecklingen. Personer kanske inte skulle välja att starta upp företag, om det i ett senare skede inte skulle finnas någon marknad för en köpare. Å andra sidan är det viktigt att inte personer hindras i för stor omfattning att bedriva yrkesverksamhet, vilket också skulle kunna ha en dämpande effekt på samhällsutvecklingen och den personliga friheten. Ett samspel mellan de båda behoven är därför av största vikt.

---

<sup>156</sup> Bernitz [1999] s 55 anser också att tiden är inne för en ökad integration mellan de konkurrensrättsliga och de avtalsrättsliga normsystemen.

<sup>157</sup> Adlercreutz – Flodgren s 45

I nuläget är den grundläggande utgångspunkten i ett avtalsrättsligt perspektiv att konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse är giltiga. Endast om konkurrensklausulen är oskälig finns det en möjlighet till undantag från denna regel, och att en jämkning ligger för handen, enligt företrädesvis 38 § avtalslagen. En möjlighet att förklara klausulen ogiltig i sin helhet torde vara mycket ovanligt, om inte konkurrensrättens regler är tillämpliga på avtalet. Var oskälighetsbegreppet tar vid i en rättslig bedömning varierar där de enskilda omständigheterna måste beaktas för varje enskilt fall. Bedömningen skall göras i ett avtalsrättsligt perspektiv.<sup>158</sup> Samhällsintresset påverkar åtminstone inte direkt bedömningen.

En förutsättning för att konkurrensförbudet i klausulen skall kunna aktiveras är att den förpliktade parten på något sätt ägnar sig åt konkurrerande verksamhet.<sup>159</sup> Om det i konkurrensklausulen inte specifikt beskrivits vad konkurrerande verksamhet är skall en sådan bedömning göras enligt den allmänna branschpraxis som eller genom att visa på att köparen lider ekonomisk skada genom den konkurrerande verksamheten. Denna skada är enklare att visa när konkurrensförbudets substans huvudsakligen är marknadsandelar/goodwill, än om konkurrensförbudets substans huvudsakligen är know-how, t ex genom minskade intäkter eller om den förpliktade återtagit kunder. Är know-how substansen i konkurrensförbudet och exponeras denna kunskap på ett otillbörligt sätt, som antingen får en ekonomisk eller konkurrensmässig påverkan, är det klart att konkurrensförbudet överträds. Den bedömningen kan dock tänkas vara betydligt vidare.

Konkurrensklausulen beskriver ibland på vilka sätt den förpliktade inte får konkurrera med köparen, men ofta är klausulen mer allmänt formulerad för att täcka de flesta möjligheter för säljaren att konkurrera mot köparen varken direkt eller indirekt. Hur långt en konkurrensklausul får sträcka sig är därför en aktuell fråga. Redan tidigt när denna fråga uppmärksammades framgick det att förbudet inte endast var avsett att förplikta individen att som fysisk person bedriva näringsverksamhet, den förpliktade personen kunde inte undkomma konkurrensförbudet genom att driva verksamhet i bolagsform eller genom annan juridisk person. Någon direkt möjlighet att ta anställning hos en konkurrent finns normalt inte heller. Parten får normalt inte heller främja konkurrerande verksamhet med råd eller dåd. Detta skulle kunna vara att bistå med ritningar, modeller eller andra tekniska förebilder eller även sådant som allmän information, pengar eller på annat sätt bistå med material.

Beträffande en konkurrensklausuls bindningstid, verkar inte ÖK 69 som vägledning vid bedömningen. Detta trots att förarbetena haft som avsikt att så skall ske.<sup>160</sup> I ett rättsfall har en bindningstid på upp till fem år<sup>161</sup> accepterats av domstolen, trots att konkurrensklausulen i vissa fall enbart avsåg att skydda marknadsandelar/goodwill. Målet var endast ett notismål vilket innebär att för stora paralleller inte skall dras. Däremot verkar löptider på tre år vara helt accepterat.<sup>162</sup> Det har dock påpekats i

---

<sup>158</sup> se kap 3

<sup>159</sup> se kap 5.3.3

<sup>160</sup> se kap 5.4 och prop 1975/76:81 s 149

<sup>161</sup> AD 1993:218

<sup>162</sup> se kapitel 5.4

domarna att säljarna erhållit ett visst vederlag för den inskränkning som klausulen innebär. Enligt konkurrensrätten har en konkurrensklausuls bindningstid, om substansen enbart är marknadsandelar/goodwill, begränsats till två år. Anledningen är att två upplevs som en skälig tid för att kunna behålla marknadsandelarna i det enskilda fallet. Däremot beträffande know-how kan löptider om fyra till fem år accepteras, om samtliga förutsättningarna enligt kommissionens beaktande är uppfyllda.<sup>163</sup> Eventuellt är denna acceptenstid på väg ner mot tre år. Någon direkt uppdelning på liknande sätt kan inte skönjas i den avtalsrättsliga bedömningen av konkurrensklausuler. Konkurrensrätten verkar här sakligt varför ett sådant tankesätt borde vara prejudicerande även i den avtalsrättsliga bedömningen.

I förhållande till en konkurrensklausuls geografiska tillämpningsområde<sup>164</sup> är det svårt att ge några klara direktiv vad som gäller. Det finns en skillnad på behovet av skydd om marknadsandelar/goodwill eller know-how är föremål för förbudet. Den know-how som har en potential att kunna användas obegränsat torde inte heller behöva begränsas. Däremot förfaller det orimligt att bara för att en förpliktelse är obegränsad så skall detta gälla om ett sådant behov absolut inte kan skönjas. Inom konkurrensrätten måste ett konkurrensförbuds geografiska tillämpningsområde vara begränsat till det område där säljaren marknadsförde de relevanta produkterna eller tjänsterna före överlåtelsen. En något vidare beskrivning kan kanske göras i rent avtalsrättsliga förhållanden, men mycket längre än så borde inte den geografiska tillämpningen sträcka sig. Beaktas bör dock den rigorösa tillämpningen av konkurrensklausuler hittills i kommersiella avtalsförhållanden, vilket kan innebära att är det särskilt avtalat kan den geografiska tillämpningen gå långt utanför det skyddsvärda konkurrensområdet.

När det gäller den eventuella personkrets som omfattas av förbudet är den avtalsrättsliga grundregeln att konkurrensklausulen endast kan göras gällande mellan avtalsparterna. Utrymme för argumentation finns dock efter HD-avgörandet i målet NJA 1993 s 188, att även personer som samverkar med säljaren skall kunna omfattas av förbudet. En sådan tillämpning av konkurrensförbudet är däremot exceptionell.

Argumentation och angreppspunkter som kan användas, när en närstående till den förpliktade driver konkurrerande verksamhet, eller den förpliktade indirekt driver konkurrerande verksamhet, riktar sig normalt mot den förpliktade och avtalet om företagsöverlåtelsen. Förutsättningsläran och lojalitetsplikten i avtalsförhållanden är sådana exempel. Förutsättningsläran kan innebära att hela avtalsförhållandet bryts upp, om även det ”indirekta konkurrensförbudet” var en väsentlig förutsättning för överlåtelsen, d v s att någon så närstående till säljaren inte skulle driva liknande verksamhet. Lojalitetsplikten angriper istället avtalsrelationen som helhet. Som påtalats anses även 36 § avtalslagen i viss mån ge uttryck för lojalitetsplikten. Normalt är en tillämpning av lojalitetsplikten inte möjlig efter ett avtalsförhållande men med avgörandet i NJA 1993 s 188 gjordes detta möjligt. En troligare användning är dock att exempelvis den bristande lojaliteten leder till att en del av vederlaget för överlåtelsen skall återgå eller att andra jämningsåtgärder träder in.

---

<sup>163</sup> se kapitel 5.4

<sup>164</sup> se kapitel 5.5

Slutligen skall en allmän bedömning av avtalet som helhet göras i förhållande till erlagt vederlag och andra eventuella omständigheter.<sup>165</sup> Redan tidigt har det påpekats att ett adekvat vederlag kan medföra att gränserna förskjuts.<sup>166</sup> Det kan vara så att ett konkurrensförbud vid tillfället verkligen medförde att säljaren fick extra mycket betalt, och säljaren själv påtalat detta under avtalsförhandlingarna och kanske t o m varit drivande gällande konkurrensförbudet. Möjligheterna för säljaren att bryta mot förbudet i sådana fall minskar givetvis än om förhållandet istället var omvänt, d v s att köparen var drivande, en stark aktör och säljaren själv känt att denne haft svårt att påverka utformningen av konkurrensklausulen. Andra eventuella omständigheter som påverkar den allmänna bedömningen av konkurrensklausulen är det allmänna förhållandet till den grundläggande regeln om ”pacta sunt servanda”. Varje frånsteg från principen innebär också att individerna fråntas rådigheten att kunna besluta över sina egna liv och avtala om vad helst det anbelangar. Andra avtalsrättsliga principer som förutsättningsläran och lojalitetsplikt i avtalsförhållandet påverkar också i olika riktningar.

De påföljder som är aktuella vid avtalsbrott mot konkurrensklausulen är främst skadestånd och/eller vite beroende på om konkurrensklausulen innehåller en vitesbestämmelse eller om en separat vitesklausul är upprättad och kopplad till konkurrensförbudet. Skadeståndsberäkningen skall ske enligt det positiva kontraktsintresset, vilket innebär att den skadade skall ersättas för full skada och eventuella uteblivna vinster. Problemen är svårigheten att uppskatta den uppkomna skadan. Ett stipulerat vite vid kontraktsbrott är därför betydligt mer funktionellt och kanske den enda anledningen att den förpliktade avhåller sig att agera i strid mot konkurrensklausulen. Om en förpliktad säljare ändå bedriver konkurrerande verksamhet i strid med konkurrensklausulen kan denne genom förbudsdom förpliktas upphöra med den konkurrerande verksamheten. En sådan dom innehåller också normalt en skyldighet för den förpliktade att utge tidigare avtalat vite eller skadestånd för den skada som åsamkats köparen. Detta kan uppfattas som en dubbel bestraffning. Skall både vite utgå samt ett förbud att fortsätta bedriva verksamhet. I vissa rättsfall<sup>167</sup> är rättens dom väl hård, vilket även väckt upprördhet i en del juridiska kretsar.<sup>168</sup> Det är förvånande att inte 36 § avtalslagen varit tillämplig i dessa mål, det förefaller rimligt att åtminstone ett vite eventuellt borde jämkas om det i samma mål meddelas en förbudsdom.

### 6.3 Slutord

Under arbetets gång har jag förvånats över den ovilja domstolarna har att tillämpa 38 § och 36 § avtalslagen i rent kommersiella förhållanden. Som regel har parterna varit ett större företag mot en betydligt mindre förpliktad motpart. Det ligger förvisso i sakens natur när den förpliktades företag blir uppköpt. Den allmänna tendensen i samhället idag är dock en obalans mellan företag. Stora företag blir allt starkare och tar allt fler marknadsandelar. Konkurrenslagstiftningen verkar som en motpol mot alltför dominerande företagsstrukturer. Den omarbetas kontinuerligt för att kunna svara på de

---

<sup>165</sup> se kapitel 5.7

<sup>166</sup> Bernitz [1999]s 56

<sup>167</sup> se kapitel 5.8

<sup>168</sup> Adlercreutz, SvJT 1994 s 533

behov som finns för att både företagare och samhällets resurser, individer och kapital skall utnyttjas så effektivt som möjligt. Målet är också att finna en bra balans mellan de olika behoven. Konkurrensklausuler i rena avtalsförhållanden kan men behöver inte träffas av konkurrenslagstiftningen. I de fall där konkurrenslagstiftningen inte kunnat tillämpas har den avtalsrättsliga bedömningen inneburit en rigorös tillämpning av principen *pacta sunt servanda*. Den intresseavvägning som skall göras i partsförhållandet enligt både 38 § och 36 §, även i kommersiella förhållanden, har varit mycket sällsynt och inte heller har samhällsintresset beaktas vid bedömningen. En förändring av inställningen hos domstolarna beträffande intresseavvägningen i partsförhållandet kanske har skett. Många rättsfall var gamla, men en del inte äldre än 7-10 år. Möjligheten att påverkas av de konkurrensrättsliga reglerna vid en bedömning torde också ligga inom ramen för hur skälighetsrekvisitet i 38 § avtalslagen skall tolkas, åtminstone om det råder delade meningar om avtalets innebörd mellan parterna. Jag anser att ett sådant spelrum finns, och frågan är när domstolen skall beakta dessa företags, individers och samhällets behov.



## **Käll- och Litteraturförteckning**

### ***Svenska rättskällor och avgöranden***

#### **Förarbeten**

- Proposition 1998/99: 144 Regler om företagskoncentration  
Proposition 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning  
Proposition 1987/88:155 Om skydd för företagskoncentrationer  
Proposition 1981/82:165 Förslag till konkurrenslag  
Proposition 1975/76:81 Förslag till ändring i lagen (1915:218) om avtal och rättshandlingar på förmögenhetens område m.m  
NJA II 1915 Nytt juridiskt arkiv, avd II, utgiven av G.B.A Holm  
SOU 1983:52 Företagshemligheter  
SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten

#### **Allmänt**

Konkurrensverkets allmänna råd (KKVFS 1999:1) om avtal av mindre betydelse

#### **Rättsfall**

- NJA 1993 s 188  
NJA 1991 s 200  
NJA 1948 s 704  
NJA 1948 s 69  
NJA 1944 s 432  
NJA 1907 s 122  
NJA 1905 s 513  
NJA 1882 s 291  
RH 1996:38  
AD 2000:3  
AD 1998:80  
AD 1993:218  
AD 1990:44  
AD 1984:68  
AD 1984:20

#### **Konkurrensverkets avgöranden**

- Svenska Shell, Dnr. 742/93, beslut 1993-11-22  
Procordia, Dnr 739/93, beslut 1993-10-27  
Scotia Holding Plc, Dnr 336/95, beslut 1996-02-13

## ***EG rättskällor och avgöranden***

### **Allmänt**

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

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

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

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad vid tillämpning av konkurrensrätten EGT nr C 372, 1997

### **EG-domsolsavgöranden**

Målen 142 och 156/84 British American Tobacco Ltd och RJ Reynolds Industries Inc mot Kommissionen [1987] ECR s 4487

Mål 42/84 Remia BV och Verenigde Nutrica/Kommissionen [1985] ECR s 2545

Mål 86/82 Hasselblad mot Kommissionen [1984] ECR s 883

Mål 322/81 Michelin mot Kommissionen [1983] ECR s 3461

Mål 27/76 United Brands Co och United Brands Continental BV mot Kommissionen [1978] ECR s 20

Målen 40-48/73, 50/73, 54-56/73, 111/73, 113-114/73 Co-operative Vereniging Suiker Unie UA mot kommissionen [1975] ECR s 1663.

Mål 48/72 Brasserie de Haecht mot makarna Wilkin-Janssen [1973] ECR s 77

Mål 6/72 Europemballage Corp. & Continental Can Co. Inc mot kommissionen [1973] ECR s 215

Mål 56/65 Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm [1966], ECR s 235

### **Kommissionens avgöranden**

Sappi/DLJMB/UBS/Warren, Mål nr. IV/M. 526 (28/11/1994)

Ltd/ Catteau SA, Mål nr. IV/M. 301 (04/02/1993)

BTR/Pirelli IV/M. 253 (17/08/1992)

Solvay-Laporte/inerox BTR/Pirelli IV/M. 197 (30/04/1992)

Elopak/Metal Box – Odin, EGT nr L 209, 1990

Reuter/ BASF, EGT nr L 254, 1976

### ***Övrigt citerat***

Konkurrensklausuler i tjänsteavtal [ÖK 69], den 14 december 1969 träffades en överenskommelse om kollektivavtal mellan SAF, SIF, SALF och CF

Mitchel v Reynolds, från 1711

Nordefeldt v Maxim Nordenfeldt Guns and Ammunition Company, från 1894

## **Bibliografi**

- Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 9:e upplagan, Lund 1989
- Adlercreutz, Axel, Flodgren Boel, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse*, Lund 1992
- Adlercreutz, Axel, Personexekution eller skadestånd/ avtalat vite i mål om konkurrensklausuler, SvJT 1991 s 445
- Adlercreutz, Axel, *Hård dom i mål om konkurrensklausul*, SvJT 1994 s 533
- Almén, Tore, Eklund Rudolf, *Lagen om avtal* (faksimilupplaga), Stockholm 1997
- Bernitz, Ulf, *Konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt – ett utvecklingsperspektiv I: Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén*, Göteborg 1999
- Bernitz, Ulf, *Europarättens grunder*, Stockholm 1999
- Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, Stockholm 1996, första upplagan, Stockholm 1996
- Bernitz, Ulf, *Svensk Marknadsrätt*, 3 upplagan, Stockholm 1991
- Fahlbeck, Reinhold, *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet*, Göteborg 1992
- Gahnström, Anders, Norelid, Susanna, *Företagsförvärv i Sverige, en handbok för praktiker*, Stockholm 1999
- Gorton, Lars, *Något om 36 och 38 §§ i 195 års avtalslag – då och nu, I: Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén*, Göteborg 1999
- Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, tredje upplagan, Göteborg 1995
- Gustavsson, Leif, Westin, Jacob, *Svensk konkurrensrätt*, Stockholm 1998
- Hultmark, Christina, *Kontraktsbrott vid köp av aktie*, Göteborg 1992
- Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran*, Uppsala 1989
- Nicander, Hans, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållandet*, JT 1995/96
- Nordell, Per Jonas, *Konkurrens teori och konkurrensbegränsning - En inledning till konkurrensrätten*, Stockholm 1996
- Ståhlros, Leif, *Företagshemligheter – know-how*, Stockholm 1986
- Söderlund, Herbert, *Agenträtt – kommentarer till lagen om handelsagentur m.m.*, Stockholm 1994
- Von Post, Claes-Robert, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Stockholm 1999
- Wallén, Anders, *Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser ur konkurrensrättslig och avtalsrättslig synvinkel*, Tidsskrift för Sveriges advokatsamfund (TSA), 1982
- Westin, Jacob, *Introduktion till EG:s konkurrensregler- en praktisk översikt*, andra upplagan, Uppsala 1998
- Westin, Jakob – Linder, Mikael, *Om kvalitativa aspekter vid bedömning om konkurrensbegränsning*, JT 1993:10
- Westin, Jakob – Linder, Mikael, *Något om avtals eller avtalsvillkors ogiltighet enligt den nya konkurrenslagen*, SvJT 1995