

Handelsrättslig skriftserie

Nr 6

Axel Adlercreutz

Boel Flodgren

Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse

Institutionen för
handelsrätt
Lunds universitet



JURIDISKA INSTITUTIONEN
BIBLIOTEKET
LUND

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Handelsrättslig skriftserie
Nr 6



**Utgiven av
Institutionen
för handelsrätt
Lunds universitet**

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2023

eISBN: 9789198793437

DOI: <https://doi.org/10.37852/oblu.223>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.

(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

**Om konkurrensklausuler
i anställningsavtal
och
vid företagsöverlåtelse**

av

Axel Adlercreutz Boel Flodgren

Institutionen för handelsrätt

JURIDISKA INSTITUTET
BIBLIOTEKET
LUND

Mångfaldigande av innehållet i denna bok, helt eller delvis, är enligt Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk förbjudet utan medgivande av Handelsrättsliga förlaget, Institutionen för handelsrätt vid Lunds universitet. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande genom tryckning, stencilering, bandinspelning etc.

© Författarna och Institutionen för handelsrätt.
Lund 1992
Tryckt av Vallin & Dalholms boktryckeri, Lund.
Institutionen för handelsrätt vid Lunds universitet
Distribution Juristförlaget
ISSN 1101-7236
ISBN 91-87998-06-8

Förord

Under en resa, som vår institution för handelsrätt företog i juni 1990 till Bryssel och Paris för att studera EG-rätt, kom vi att sitta bredvid varandra i bussen och konstaterade under samtalet, att vi båda varit engagerade i uppdrag rörande konkurrensklausuler, att vi var chockerade av vad vi erfarit härom, att vi hade mycket samstämmig uppfattning i olika hithörande frågor och att vi båda hade tänkt skriva om ämnet, särskilt med tanke på bristen på svensk litteratur på området. Vi beslöt att samarbeta i stället för att skriva var sin framställning. Det var från ena sidan sett en konspiration i konkurrenshämmande syfte, å andra sidan blev det ett rationellt och befruktande samarbete, utan vilket vi knappast kunnat avsluta arbetet under den tid vi haft till vårt förfogande. Mycket annat har kommit i vägen för oss båda. Bl a blev under-tecknad Boels arbete avbrutet av en vistelse i USA 1991-92, som dock också givit oss goda bidrag i ämnet, och sedan vid hem-komsten av rektoratet vid Lunds universitet. Arbetet har därför i huvudsak fullföljts av undertecknad Axel. Boels insatser har främst gällt, förutom USA-materialet, lagförarbeten och den arbetsrättsliga regleringen i Sverige samt problematiken kring företagshemligheter, men vi har diskuterat de flesta frågorna.

Någon till fullständighet syftande monografi har inte eftersträfvats, men vår framställning ger den hittills fullständigaste överblicken på området och bör kunna vara till gagn med tanke på hur litet som förut skrivits i detta ämne i Sverige. Gunnar Palmgrens monografi om Konkurrensklausuler vid tjänsteavtal, som tar sikte på skandinavisk rätt, är från 1939, och det mesta i svensk rätt på området har hänt senare. Dessutom har vi tagit med konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse, som ger goda jämförelsepunkter. Men det har inte varit möjligt inom ramen för detta arbete att genomgående göra sådana jämförelser.

Vi är många tack skyldiga för upplysningar och synpunkter. Advokaten Göran Olson och förbundsjuristen Toivo Öman deltog i ett praktikerseminarium i ämnet på vår institution i november 1991. Dåvarande förbundsjuristen Kerstin Gustafsson, som gjorde en utredning inom SIF 1968, har ställt denna till vårt förfogande. För upplysningar från olika yrkesområden tackar vi särskilt advokaten Torsten Lundius och civilekonomen Lars G Svensson.

Lund i september 1992

Axel Adlercreutz

Boel Flodgren

Innehåll

Förord 7

Förkortningar 10

Inledning och programförklaring 11

1. Allmänt om konkurrensklausuler 13

- 1.1. Vad är en konkurrensklausul? Huvudtyper 13
- 1.2. Vilka slags intressen är konkurrensklausuler avsedda att skydda? 14
- 1.3. Allmänt om konkurrensbegränsande avtal och samhällets inställning till dem 17
- 1.4. Något om förekomsten av konkurrensklausuler 21
- 1.5. Litteratur 25
- 1.6. Plan för den följande framställningen 26

2. Rättsutvecklingen i olika länder 27

- 2.1. Engelsk rätt 27
- 2.2. Amerikansk rätt 30
- 2.3. Tysk rätt 32
- 2.4. Fransk rätt 33
- 2.5. EG-rätt 35
- 2.6. Dansk rätt 39
- 2.7. Norsk rätt 40
- 2.8. Finsk rätt 41

3. Svensk rätt 43

- 3.1. Tillkomsten av den allmänna bestämmelsen i 38 § avtalslagen och ändringarna 1976 43
- 3.2. Annan lagstiftning om konkurrensklausuler 47
- 3.3. Konkurrensklausuler och konkurrensrätt 48
- 3.4. Konkurrensklausuler och arbetsrättslig reglering 51
- 3.5. Närmare om 1969 års överenskommelse 55
 - 3.5.1. Allmänt 55
 - 3.5.2. När får konkurrensklausuler användas enligt överenskommelsen? 57
 - 3.5.3. Hur skall intresseavvägningen mellan arbetsgivare och arbetstagare ske? 60
 - 3.5.4. Begränsningen i tid av konkurrensklausuler 60
 - 3.5.5. Undantag från tillämpligheten 60
 - 3.5.6. Den materiella innebörden av en konkurrensklausul 61
 - 3.5.7. Den anställdes rätt till ersättning 61
 - 3.5.8. Sanktioner vid brott mot konkurrensklausul 62
 - 3.5.9. Ordningsregler m m 62

- 3.5.10 Allmänt om hur 1969 års överenskommelse fungerar 63
- 3.5.11. 1969 års överenskommelses normerande verkan inom och utanför giltighetsområdet 64
- 3.6. Påföljder för brott mot konkurrensklausuler 67

4. Svensk rättspraxis 69

- 4.1. Rättspraxis i HD vid tillämpning av avtalslagen före 1976 69
 - 4.1.1. Fall om företagsöverlåtelse 69
 - 4.1.2. Arbetsrättsliga fall 70
 - 4.1.3. Sammanfattning rörande HDs praxis före 1976 75
- 4.2. Rättsfall i AD 77
 - 4.2.1. Fall från tiden före 1976 års ändringar 77
 - 4.2.2. Rättsfall i AD efter ändringarna 1976 78
- 4.3. Rättsfall om interimistiskt vitesförbud i samband med konkurrensklausuler 89
- 4.4. Fall från MD och NO 90

5. Tvärsnitt och rättspolitiska synpunkter 95

- 5.1. Några allmänna undantag från giltigheten 95
- 5.2. Sammanfattningar och jämförelser angående bindningstid och kompensation 98
- 5.3. Om de olika intressena och deras skyddsvärde 99
 - 5.3.1. Intresset att bevara kundkretsen 100
 - 5.3.2. Företagshemligheter och företagsspecifikt kunnande 107
 - 5.3.3. Forskning och utveckling 114
 - 5.3.4. Intresset att behålla påkostade anställda och nyckelpersoner 115
- 5.4. Hur skall intresseavvägningen ske? 119
 - 5.4.1. När får konkurrensklausul användas och något om dess utformning 120
 - 5.4.2. Bedömning ex post 122
- 5.5. Något om tolkning av konkurrensklausuler och om kravet på aktuellt intresse 125
- 5.6. Sanktioner och processuella tvångsmedel 127
 - 5.6.1. Skadestånd och vite 127
 - 5.6.2. Tvång till naturauppfyllelse 130

Bilaga 141

Litteratur 151

Rättsfall 152

Sakregister 153

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag 1975
AC	Law Reports. Appeal Cases (England)
AD	Arbetsdomstolen, Arbetsdomstolens domar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BrB	Brottsbalk 1962
CF	Sveriges civilingenjörskörbundet
Ds	Departementens utredningsserie
ECR	European Court Reports
EG	Europeiska gemenskapen (-erna)
FHL	Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter
Förslag	Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar 1914 (cit: Försl)
HD	Högsta domstolen
HGB	Handelsgesetzbuch
HovR	Hovrätten
KBL	Lag 1953 om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsningar i näringslivet
KL	Konkurrenslag (1982:729)
KV	Konkurrensverket
MD	Marknadsdomstolen
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd (tidskrift)
NJA	Nytt juridiskt arkiv avd I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv avd II
NO	Näringsfrihetsombudsmannen
PKF	Pris- och kartellfrågor (tidskrift)
PoK	Pris och konkurrens (tidskrift)
Prop	Proposition till riksdagen
RB	Rättegångsbalk 1942
RR	Rådhusrätt
SAF	Svenska arbetsgivareföreningen
SALF	Sveriges arbetsledareförbund
SIF	Svenska industritjänstemannaförbundet
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidsskrift för rettsvetenskap
TR	Tingsrätt
TSA	Tidsskrift för Sveriges advokatsamfund
typ A, B, AB	(förklaras i avsnitt 1.1)
UL	Utsökningslag 1877
VD	Verkställande direktör

Inledning och programförklaring

Två huvudfrågor kan urskiljas i den historiska utvecklingen på konkurrensklausulernas område.

Den ena är den anglo-amerikanska, som redan på ett tidigt stadium präglades av public policy-doktrinen genom införande av the Rule of Reason. Enligt anglo-amerikansk rätt är konkurrensbegränsningar i princip förkastliga (bad), men vissa begränsade inskränkningar kan tolereras, om de uppbärs av tillräckligt skyddsvärda intressen (justification) och därför är "reasonable". Den konkurrensrättsliga aspekten tar över den avtalsrättsliga. Denna princip har sedan lagts till grund för EG-rätten.

Den andra är den kontinentaleuropeiska, som utgår från partsautonomin och principen att avtal skall hållas, om inte innehållet är otillåtet. Den har präglat även den nordiska rättsutvecklingen. Allmänna avtalsrättsliga principer blev här grundläggande för inställningen. Avtal skall hållas - med endast de begränsningar som följer av allmänna avtalsrättsliga regler, främst ogiltighetsregler. Men snart kom, främst lagstiftningsvägen, även sociala skyddssynpunkter att prägla rättsutvecklingen åtminstone såvitt angick konkurrensklausuler i arbetsrättsliga förhållanden. Inom denna ram blir i princip parternas egna intressen och åtaganden avgörande, medan samhällssynpunkten, konkurrensbegränsningarnas allmänna hämmande inverkan, förefaller ha varit ovidkommande.

Avtalsrättens, arbetsrättens och konkurrensrättens principer - dessa representerar tre olika infallsvinklar på problemet med delvis motstridiga tendenser, som blir av stor betydelse för den följande analysen. Mot den avtalsrättsliga principen att avtal skall hållas står dels sociala skyddshänsyn, dels kravet på fri konkurrens för att stärka marknadens effektivitet. Ofta leder tillämpningen av de båda sistnämnda principerna till samma resultat: konkurrensklausulen jämkas eller åsidosättes.

I och med att allmän lagstiftning mot konkurrensbegränsningar införts, har i Sverige tillämpningen av denna handhåfts av en särskild domstol, för närvarande MD, och andra organ, särskilt NO, som från 1 juli 1992 efterträts av konkurrensverket (KV). Denna i huvudsak näringsrättsliga lagstiftnings betydelse för bedömningen av konkurrensklausuler i civilrättsliga tvister är en ganska öppen fråga. Eftersom den i huvudsak bygger på miss-

bruksprincipen är den mindre principiellt präglad än den amerikanska och EG-rättens, fast sannolikt en ändring i detta avseende kan förväntas i och med förslaget till ny konkurrenslag.

Det är inte minst EG-rättens växande betydelse som kan motivera ett omtänkande på denna punkt. EG-rätten ingriper omdanande på många områden. Konkurrensfrihet är en av de från början grundläggande principerna, uttryckt redan i Romfördraget art 85 och 86. Kännetecknande för EG-rätten är att den i betydligt större utsträckning än vår egen styrs av överordnade principer och mindre, om över huvud, av detaljerade lagstiftningsförarbeten, som vi i Sverige vanligen är så bundna av. Lagförarbeten kommer antagligen även i vår rätt att spela mindre roll än förr, men i denna studie har vi varit angelägna om att på traditionellt sätt återge vad sådant material liksom andra rättskällor ger vid handen. Rättspraxis och det synsätt som präglar den har vi försökt återge så materialtroget som möjligt, fast vi redan vid genomgången därav antyder vissa kritiska synpunkter.

Vår uppfattning är att det finns mycket som talar för att konkurrensrättsliga synsätt bör få spela in vid den civilrättsliga prövningen av konkurrensklausuler, där hittills de enskilda parternas intressen och åtaganden förefaller att ha helt dominerat. Det innebär att inte alla enskilda intressen bör anses vara lika skyddsvärda och att detta bör påverka rättskipningen/rättsbildningen. Detta är huvudbudskapet i denna studie, som visserligen som nämnts är inriktad på att i första hand objektivt lägga fram det relevanta materialet men också i ett slutkapitel skall ge uttryck för våra tankar om hur en omvärdering, en delvis ny inriktning vid bedömningen av konkurrensklausuler, bör få göra sig gällande.

Även i fråga om användningen av exekutiv tvång för fullgörande av konkurrensklausuler har vi kritiska synpunkter.

1. Allmänt om konkurrensklausuler

1.1. Vad är en konkurrensklausul? Huvudtyper

Ett företag, som till sig knutit som anställda högt kvalificerade specialister, är vanligen angeläget att behålla dessa dels för företagets fortsatta framgångsrika verksamhet, dels för att dessa medarbetare inte skall övergå i tjänst hos någon konkurrent eller själv öppna konkurrerande verksamhet. Det vanliga sättet att förfara är att binda upp den anställda med ett avtal eller vanligen genom en särskild bestämmelse i anställningsavtalet, som innehåller förbud för denne att övergå i tjänst hos konkurrent eller själv öppna konkurrerande verksamhet. På motsvarande sätt önskar vanligen den person eller det företag, som förvärvar ett företag eller en del därav, i överlåtelseavtalet inrycka bestämmelse om att säljaren förbinder sig att inte öppna konkurrerande verksamhet eller ta anställning hos konkurrent. Å andra sidan har den anställda i normalfallet, och ibland även säljaren vid företagsöverlåtelse, intresse av att bevara största möjliga frihet att använda sin arbetskraft och erfarenhet på mest inkomstbringande sätt.

Därmed har angivits de båda huvudtyper av avtal, vari konkurrensklausuler förekommer, nämligen

A. i anställningsavtal, *typ A*, och

B. i avtal om överlåtelse av företag, *typ B*.

Konkurrensklausuler går alltså ut på att, åtminstone för en tid, immobilisera den konkurrenskraft, som en f d anställd eller säljaren av ett företag ofta representerar. Avsikten är att den konkurrensfarliga parten åtminstone temporärt försätts i karantän och får ägna sig endast åt icke konkurrerande verksamhet. En karenstid skall förflyta, under vilken den berättigade skall vara skyddad mot konkurrens från motpartens sida. Ibland kallas konkurrensklausuler just *karensklausuler*, så ofta i norsk litteratur. Trots att förpliktelsen är *negativ*, att underlåta något, innebär den ofta ett påtagligt ingrepp i den förpliktades frihet.

Om konkurrensklausuler finns en särskild bestämmelse i avtalslagen § 38, som under vissa förutsättningar begränsar sådana klausulers giltighet men som bygger på principen att de är giltiga i sig, om de inte sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt.

Konkurrensklausuler av typ A förekommer också i avtal med

part, som inte är anställd, såsom handelsagenter (se 35 § lagen 1991:351 om handelsagentur) och ensamåterförsäljare, och även i bolagsavtal med sikte på förhållandena efter det att bolagsman utträtt ur bolaget. Konkurrensklausuler mellan bolagsmän kan också ha närmare beröring med typ B, företagsöverlåtelser, åtminstone i den mån den utträdande bolagsmannen får ut ett betydande vederlag ur bolagsförmögenheten.

Det förekommer också kombinationer av dessa typer, *typ AB*. Ett företag köper upp ett annat och anställer säljaren i avsikt att driva den övertagna rörelsen vidare med i huvudsak samma personal. Ett avtal om företagsköp och ett eller flera anställningsavtal kombineras.

Det vanliga är att konkurrensklausuler innebär förbud för *individer* att konkurrera. Så är det alltid när de ingår i anställningsavtal och ofta vid företagsöverlåtelser, när ett större företag köper upp ett familjeföretag helt eller delvis. Men vid företagsöverlåtelser mellan bolag kan på motsvarande sätt det säljande *företaget* tillförbindas att inte konkurrera (som exempel kan nämnas fallet Sydsten, nedan 4.4).

Det förekommer även konkurrensklausuler i licensavtal men de lämnas här åsido.¹

En närliggande men mindre ingripande avtalsbindning är *sekretessklausulen*, avsedd att hindra den anställda att efter anställningen yppa vad han fått inblick i hos arbetsgivaren. Den beröres i detta arbete endast sporadiskt.²

1.2. Vilka slags intressen är konkurrensklausuler avsedda att skydda?

Bruket att använda konkurrensförbud har nära samband med samhällets struktur, liksom förändringar i detta bruk har samband med samhällsutvecklingen. I det gamla agrarsamhället kände man nog inget behov av konkurrensbegränsningar. Inom hantverket fanns genom skräna etableringskontroll och andra bindningar, som ställde åt sidan enskilda initiativ av den typen. Merkantilismen kan ses som ett samhällssystem, i vilket konkurrensbegränsning var ledstjärnan. Först med det liberala samhället, marknadsekonomi och industrialismen aktualiserades ett behov att genom enskilda initiativ begränsa konkurrensen.

¹ Se härom Lars Pehrson, EG och immaterialrätten (1985) s 153 ff.

² Beträffande dessa se Hans Berglund, Företags sekretesskydd - särskilt genom avtal (1982).

Marknadsekonomin bygger på idén om fri konkurrens, men samtidigt strävar aktörerna på marknaden ständigt efter att på olika sätt begränsa konkurrensen. Framväxten av konkurrensklausuler är ett exempel härpå.

Vid företagsöverlåtelser torde redan tidigt ha förekommit konkurrensklausuler (typ B). Det äldsta rättsfall vi känner till härom är från 1711 (se nedan 2.1). Med industrialismens och den industriella teknologins genombrott växte fram nya behov att skydda ett företags tillverkningshemligheter och andra eventuella försteg framför konkurrenterna. Visserligen infördes patentlagstiftning till skydd för uppfinnarens rätt till tekniska uppfinningar, en av marknadsekonomin godtagen konkurrensbegränsning, men konkurrensklausuler är avsedda att skydda ett vidare spektrum av företagsspecifikt kunnande.

I *industrisamhället*, som i dag utvecklats till ett *tjänste- och informationssamhälle*, har det personliga kunnandet kommit att spela en allt viktigare roll. Kampen om högutbildad och väl intrimmad personal, specialister, har blivit hård och det finns anledning att anta att betydelsen och förekomsten av konkurrensklausuler har ökat, även om det inte bekräftats av företagna undersökningar.³

Man kan tydligt urskilja olika motiv eller intressen som brukar ge anledning att stipulera konkurrensförbud.

1. Att bevara *kundkretsen*. Detta intresse är särskilt framträdande, kanske ofta det enda, vid huvudtypen B, företagsöverlåtelser. Den som förvärvar ett företag vill förhindra att säljaren kort därefter startar ett nytt konkurrerande företag, åtminstone inom samma geografiska verksamhetsområde. Men även vid företag av typ tjänsteföretag, såsom dataföretag, konsult- och revisionsbyråer, är detta ett framträdande intresse. Intressets intensitet kan variera och sträcker sig olika långt i rum och tid, såsom rättspraxis skall visa. Enligt vad vi erfarit kommer sådana klausuler inte sällan in i avtal slentrianmässigt utan någon bakomliggande förhandling. De ingår i mallar och checklistor, som kommer till användning vid avtalsskrivning.

2. Att skydda *företagshemligheter och företagsspecifikt kunnande*. Här är det fråga om ett klassiskt skyddsobjekt för konkurrensklausuler. Konkurrensklausuler som tar sikte på detta

³ Den i SOU 1983:52 s 117 f redovisade fältundersökningen visar att konkurrensklausulernas antal minskat efter hand, men denna undersökning, som tog sikte på företagshemligheter, avser just konkurrensklausulernas "klassiska" område, den kemiska industrin och verkstadsindustrin, inte företag inom informations- och tjänstesektorn. Se vidare härom 1.4.

intresse förekommer mestadels i anställningsavtal, men även vid företagsöverlåtelser är ibland know-how ett viktigt skyddsobjekt. På ett helt annat sätt än när det gäller företagsöverlåtelse har konkurrensklausuler i anställningsavtal blivit uppmärksammade och föremål för generell reglering, i lag eller kollektivavtal, eftersom här även sociala aspekter aktualiseras.

3. Att behålla kvalificerad intrimmad personal, nyckelpersoner, eller i vart fall förhindra att de går över till konkurrenter. Ibland har arbetsgivaren kostat på vissa anställda dyr specialutbildning.

I ett arbetsliv där tjänsteproduktion dominerar, blir kunskap och tillgång till information viktiga konkurrensfaktorer. Även i tillverkningsföretag bygger produktionen på alltmer sofistikerat kunnande. I motiven till den i Sverige nyligen införda *lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter* tar departementschefen upp kunskapens betydelse som konkurrensfaktor i följande ordalag:

Företagets kunskaper är i jämförelse med andra produktionsfaktorer 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 sådan kunskap. Företagets unika eller strategiska kunnande betraktas som en företagshemlighet. Ur näringsidkarens synvinkel framstår ett skydd för företagshemligheter ofta som minst lika angeläget som skyddet för materiella tillgångar och immateriella ensamrätter.⁴

En annan skillnad mellan det tidigare industrisamhället och kunskapssamhället är anställningsförhållandets ändrade karaktär. Förändringen tar sig bl a uttryck i flexibla och individualiserade anställningsvillkor, men förändringen märks också i själva maktrelationen mellan arbetsgivare och arbetstagare. Arbetsgivaren är visserligen alltjämt den som driver verksamheten och därmed den som bestämmer över arbetskraftens användning, men efter hand som kraven på specialkunskaper hos de anställda ökar, blir arbetsgivaren alltmer beroende av sina anställda. I det typiska tjänsteproducerande företaget, särskilt i sk kunskapsintensiva företag, utgör de anställdas kunskaper och förmåga att hantera information den absolut viktigaste tillgången. Det ligger i arbetsgivarens intresse inte bara att få behålla sina anställda utan också att de anställdas kompetens hålls på en hög nivå. Detta kräver att de anställda invigs i företagshemligheter, att de kontinuerligt vidareutbildas m m.

⁴ Prop 1987/88:155 s 9.

Samtidigt som den anställdes kvalifikationer och kompetens växer, ökar också "flykttfaran", d v s faran för att den anställda överger arbetsgivaren för ett bättre kontrakt hos en annan arbetsgivare eller för att helt enkelt starta eget. Anställningsavtalet som sådant innebär inte någon garanti för framtiden sett från arbetsgivarens sida; den anställda kan när som helst lämna företaget och behöver inte ens ange någon saklig grund för detta.

Den svenska arbetsrätten lägger en lojalitetsplikt på den anställda gentemot arbetsgivaren endast så länge anställningsavtalet består. Lojalitetsplikten innebär bl a att det är förbjudet för den anställda att driva med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet. Efter anställningens upphörande är den f d anställda emellertid i princip fri att konkurrera med arbetsgivaren. Det är här konkurrensklausulen griper in.

Huruvida de här grovt angivna intressena sinsemellan är lika *skyddsvärda* är en fråga som skall diskuteras längre fram (kap 5:3). Här skall närmast något mycket allmänt sägas om samhällets/rättssystemets inställning till konkurrensbegränsningar.

1.3. Allmänt om konkurrensbegränsande avtal och samhällets inställning till dem

Fri konkurrens är en av hörnpelarna i en liberal samhällsordning. Konkurrensen spelar en avgörande roll för marknadsekonomins sätt att fungera. Fri konkurrens - så är det tänkt - skall leda till det bästa utnyttjandet av ekonomiska resurser. Den tävlan och den mobilisering av mänsklig kreativitet som förväntas följa därav skall leda till det för samhället i stort gynnsammaste resultatet.

Men fri konkurrens eller, som man också brukar säga, fullständig konkurrens existerar endast som en nationalekonomisk modell. I praktiken förekommer överallt olika grader av ofullständighet i företagens konkurrensfrihet, genom privaträttsliga arrangemang, offentliga regleringar av olika slag, brister i informationen etc. I stället för fri konkurrens är det därför mer adekvat att tala om *önskvärd konkurrens*, såsom det uttryckts i ändamålsparagrafen i konkurrenslagen 1982 liksom i dess föregångare 1953. Därmed avses en effektiv, fungerande konkurrens som framför allt tjänar konsumenternas intressen. Det heter att konkurrensen skall vara önskvärd ur allmän synpunkt. Vad här betecknas som *samhällsintresset* blir styrande. Sett från den enskildes synpunkt handlar den fria konkurrensen bl a om att han skall ha frihet att använda alternativt erbjuda sin arbetskraft på

för honom själv bästa sätt. Det är ytterst om friheten att använda/erbjuda sin arbetskraft som denna framställning skall handla. Frågan är viktig inte minst i det nya tjänstesamhället. Den enskildes intresse av största möjliga frihet i detta hänseende kan kollidera med arbetsgivarens, den tidigare kompanjonens etc intresse av att behålla sin intrimmade personal och bevara sina företagshemligheter.

Sett från det enskilda företags synpunkt är konkurrensen visserligen en pådrivande faktor mot större effektivitet men också en "stress-faktor", som företaget - som ett uttryck för ekonomisk rationalitet - söker eliminera. I en marknadsekonomi gör sig en naturlig strävan gällande att söka skydd mot konkurrens. Ett viktigt instrument för sådant ändamål är konkurrensbegränsande avtal. Det finns även andra åtgärder än avtal, såsom leveransvägran (alltså en vägran att sluta avtal främst om köp och försäljning) och sammanslagningar (som i och för sig sker genom avtal). Det förekommer på marknaden ständigt en strävan mot herravälde - marknadsdominans, oligopol och monopol.

Konkurrensbegränsande avtal finns av två huvudtyper, horisontella och vertikala.⁵ Huvudformen av den förra är kartellen, vari de avtalande sluter sig samman i en ring (därav ibland beteckningen ringavtal) och till skydd för sina gemensamma intressen förbinder sig att i något avseende inte konkurrera, t ex priskarteller och anbudskarteller. Den andra är den vanliga typen av tvåpartsavtal, där ena parten betingar sig av andra parten att denne inte skall bedriva konkurrerande verksamhet, ett avtal om konkurrensbegränsning i ena partens intresse. Det är till den vertikala typen som konkurrensklausulen hör.

Den samhälleliga inställningen till konkurrensbegränsande avtal såsom den tagit sig uttryck i lagstiftning och rättspraxis har växlat under tidernas lopp. Till den liberala samhällsordningen hör inte bara näringsfrihet utan även avtalsfrihet, allt inom varierande gränser. Friheten att sluta konkurrensbegränsande avtal kommer lätt - för att inte säga nödvändigtvis - i konflikt med intresset att upprätthålla fri konkurrens. Skall fri konkurrens aktivt genomföras genom begränsning av rätten att träffa konkurrensbegränsande avtal, eller skall samhället avhålla sig från ingrepp och tolerera konkurrensbegränsningar, åtminstone om de inte är alltför långtgående? Hur företages i så fall en avgränsning mellan godtagbara och icke godtagbara konkurrensbegränsningar?

⁵ Se allmänt härom Bernitz, Svensk marknadsrätt (3 uppl 1991) kap 3.

I engelsk rätt, som är av stort intresse, då den även haft starkt inflytande på rätten i USA, utvecklades tidigt en rättsprincip, kallad *The Rule of Reason* och grundad på *public policy*, vilken innebär att ett samgående i syfte att begränsa konkurrensen, *in restraint of trade*, är olagligt, om begränsningen är oskäligen från allmän synpunkt sett. Denna rättsgrundsats gjorde sig gällande redan innan liberalismen som ekonomisk politisk ideologi slagit igenom. Principen slog hårt mot arbetarnas strävanden att sammansluta sig för att hävda löneanspråk. Det var visserligen tillåtet för var och en att framställa lönekrav, men förenade de sig för detta ändamål, som alltså förklarades vara *in restraint of trade*, blev det en otillåten, t o m en brottslig konspiration, *a criminal conspiracy in restraint of trade*. Denna princip lades även till grund för mot arbetarsammanslutningarna riktade lagar (som dock vanligen var reciproka i det att de även gällde arbetsgivarna).⁶

Den negativa inställningen i common law till konkurrensbegränsningar gjorde sig ännu starkare gällande i USA, där den kom till uttryck i federal lagstiftning genom *Sherman Antitrust Act* 1890.

I många andra länder, däribland Sverige, slog liberala idéer igenom i lagstiftningen först på 1800-talet. Dessförinnan var merkantilismen och den gamla näringsregleringen förhärskande, med rötter och mönster från medeltiden. Den franska revolutionens proklamerande av näringsfrihet (*loi Chapelier* 1791) blev en startsignal, men det dröjde innan de nya idéerna slog igenom. Näringsfriheten, som i vårt land genomfördes i etapper 1846 och 1864 och ännu är grundvalen för vår ekonomiska samhällsordning, har i sin tur blivit föremål för regleringar i olika riktningar.

Tendensen har under senare tid i ökad utsträckning varit att lagstiftningsvägen bekämpa konkurrensbegränsningar. Det började som nämnts tidigt i USA med antitrustlagstiftningen i *Sherman Act* 1890. I Europa gjorde sig motsvarande strävanden på allvar gällande först efter andra världskriget, även om antikartelllagstiftning förekom även tidigare. *Sherman Act* blev förebild för EGs konkurrensrätt, vars principer fastslogs redan i Romfördraget art 85 och 86. I vårt land genomfördes den första moderna konkurrenslagen 1953, lag 1953:603 om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning i näringslivet, som redan i

⁶ Denna utveckling har beskrivits i Adlercreutz, Kollektivavtalet, Studier över dess tillkomsthistoria (1954) s 38 ff. En klassisk skildring är Sidney & Beatrice Webb, *The History of Trade Unionism* (1894).

sin titel antyder en försiktig hållning. Den har ersatts av *konkurrenslagen* 1982:729. Konkurrenslagstiftningen är nu åter i stöpsleven. Avsikten är att genomföra en till EG-rätten anpassad och därför betydligt strängare konkurrenslag.⁷

En första lag infördes 1925 om undersökning angående monopolistiska företag och sammanslutningar. Den ersattes av en lag 1946 om övervakning av konkurrensbegränsning inom näringslivet.⁸

Konkurrensklausulerna, som vanligen gäller enskilda individers handlingsfrihet, kan sägas representera ett mikroperspektiv i jämförelse med de mera omfattande konkurrensbegränsningarna, såsom priskarteller, vilka representerar ett makroperspektiv. I svensk rätt görs åtminstone typiskt sett i sådana fall en intresseavvägning. I ringavtal/kartellfallen är det samhällets intresse av effektivitet i näringslivet och konsumentintresset som vägs mot de avtalandes intresse att upprätthålla bindningen. Frågeställningen blir om *skadlig verkan* av konkurrensbegränsningen kan påvisas eller icke. Med skadlig verkan förstås enligt 2 § konkurrenslagen att konkurrensbegränsningen på ett sätt som är *otillbörligt från allmän synpunkt* (1) påverkar prisbildningen, (2) hämmar effektiviteten inom näringslivet, eller (3) försvårar eller hindrar annans näringsutövning. (I Sherman Act och Romfördraget finns inget motsvarande krav, eftersom konkurrensbegränsningen är i och för sig förbjuden, om den inte faller under något undantag från det generella förbudet.) Det finns dock även i vår konkurrenslag vissa direkt, *per se*, förbjudna bindningar (förbud mot bruttopriser och anbudskarteller). I individfallen, det typiska vid konkurrensklausuler, som ju kännetecknas av intresse motsättning avtalsparterna emellan, vägs partsintressena mot varandra, men även samhällsintresset kan här spela in. Även om skilda synpunkter gör sig gällande vid dessa olika slag av konkurrensbegränsningar, har de tillräckligt gemensamt för att man inte skall bortse från makroperspektivet vid behandlingen av konkurrensklausuler. Detta visar sig bl a däri att NO ibland ingripit mot konkurrensklausuler, när dessa förefaller vara alltför långtgående (se 4.4). Samhällets intresse av ett effektivt fungerande näringsliv och utnyttjande av befintliga resurser bör inte lämnas utan beaktande vid bedömningen av dessa mera individpräglade konfliktfall. Detta är en huvudtes i denna studie.

⁷ Se Ds 1992:18.

⁸ För en komprimerad rättshistoria avseende vår konkurrenslagstiftning se Martenius, Konkurrenslagstiftningen (1985) s 17 ff.

Om den konkurrensrättsliga aspekten blir den viktigaste beträffande konkurrensbegränsningar mellan företag, i form av avtal eller andra åtgärder, blir den *avtalsrättsliga* aspekten mera framträdande vid de avtal mellan individer, som konkurrensklausulerna vanligen utgör. Det gäller i första hand sådana frågor som tolkning, giltighet, jämningsmöjligheter o d. Den grundläggande regeln om konkurrensklausuler i svensk (och nordisk) rätt finns ju t o m i avtalslagen (§ 38). Vanligast är att de ingår i anställningsavtal, varför i dessa fall, såsom framhållits i vår inledning, även *arbetsrättsliga* principer, skyddsaspekten, aktualiseras. Nyss framhölls att även den *konkurrensrättsliga* aspekten bör beaktas i dessa individuella avtal. Slutligen måste uppmärksammas en mera ideell eller *personrättslig* aspekt vid bedömningen av de sanktioner, som kan förbindas med konkurrensklausuler. Den hör närmast hemma inom exekutionsrätten men beaktas till stor del även inom avtalsrätten (frågor om avtalsviten, vitesförelägganden o d).

1.4. Något om förekomsten av konkurrensklausuler

I en undersökning om förekomsten av konkurrensklausuler i anställningsavtal, genomförd av Svenska Industritjänstemannaförbundet (SIF) 1968, framkom att konkurrensklausuler framför allt förekom för tjänstemän i kemisk och kemisk-teknisk industri och i metallindustrin.⁹ I en fältundersökning, som 1980 utfördes inom ramen för utredningen om skydd för företagshemligheter (SOU 1983:52), undersöktes bl a dels förekomsten över huvud taget av företagshemligheter - "teknisk eller kommersiell kunskap i företaget som hålls hemlig för de anställda eller utomstående" - hos företag inom olika branscher, dels förekomsten av sekretess- och konkurrensklausuler. Undersökningen visade att företagshemligheter förekom främst i kemisk industri, men också i forskningsverksamhet, teknisk uppdragsverksamhet och maskintillverkning samt att det bara var i ett fåtal branscher som företagshemligheter helt saknade praktisk betydelse. I fråga om sekretess- och konkurrensklausuler framgick av undersökningen att sådana inte var särskilt vanliga; konkurrensklausulerna föreföll helt enkelt vara "på utdöende". På endast 10 av undersökta 34 företag förekom konkurrensklausuler och där de förekom användes de

⁹ Konkurrensklausuler i anställningskontrakt. Opublicerad utredning inom SIF, daterad 20.8.1968, s 23. (Utredningen genomfördes av dåvarande förbundsjuristen Kerstin Gustafsson).

mycket selektivt. Det kan ha sitt intresse att citera utredningens redovisning på denna punkt:¹⁰

Vid tre av de tio företagen finns det bara ett anställningsavtal med konkurrensklausul. I ett av dessa företag gäller det anställningsavtalet med verkställande direktören som innehåller en konkurrensklausul från 1965. I ett litet företag inom elektronikbranschen är företagets ägargrupp på tre personer bundna av konkurrensklausul. På ett större verkstadsföretag uppgavs att man använder individuella konkurrensklausuler för chefs-tjänstemän som besitter kunskaper på ett visst område. Sådana klausuler berörde uppskattningsvis 1 procent av de anställda. Vid ett annat stort företag fanns konkurrens- (och sekretess-) klausuler hos utlandsanställda och konsulter. På ytterligare ett företag gav man mycket precisa uppgifter. Antalet konkurrensklausuler hade minskat successivt från 135 stycken 1961 till 62 stycken år 1977 och 16 stycken för närvarande (1980, vår anm). De som berördes var numera endast utvecklingsingenjörerna.

Vid flera företag kom man in på orsaken till varför man inte längre använder så mycket konkurrensklausuler vid företagen. I de flesta fall anknyter argumenten till 1969 års överenskommelse (se nedan avsnitt 3.4-5, vår anm) och särskilt omständigheten att denna gör det kostsamt för företagen att upprätthålla konkurrensklausuler. Ett annat argument var att konkurrensklausuler visat sig ineffektiva i praktiken: "Man bör inte ha paragrafer som man inte kan efterleva."

Resultaten av den här nämnda undersökningen från 1980 antyder att konkurrensklausuler då var på utdöende. Vi har inte nu haft möjlighet att göra någon liknande fältundersökning även om en sådan skulle vara av stort intresse idag. Vi har därför ett betydligt mindre tillförlitligt faktaunderlag att gå efter, när vi drar slutsatser om den nutida förekomsten av konkurrensklausuler i anställningsavtal. Trots att stor försiktighet i fråga om slutsatser därför är på sin plats, vill vi likväl hävda som vår mening att det förefaller som om bruket av konkurrensklausuler återigen ökat på senare tid. Om denna slutsats har fog för sig, finns det anledning att fråga sig om ökningen är ett uttryck för ett behov i det s k *kunskapssamhället*. Som ovan framhållits utgör i denna typ av arbetsliv tillgången till information och förmågan att hantera avancerad information den viktigaste konkurrensfaktorn och detta betyder att konkurrensen om olika kategorier av kvalificerad arbetskraft, av specialister, hela tiden ökar.¹¹ Som redan nämnts, blir arbetsgivarna mer och mer beroende av att få behålla sina anställda, och då särskilt sådana anställda som betraktas

¹⁰ SOU 1983:52 s 177 ff (citatet s 179).

¹¹ Jfr Niklas Bruun, Konkurrens- och sekretessklausuler i anställningsavtal, i NIR 1988 s 73.

som *nyckelpersoner*. Det blir också allt vanligare att arbetsgivaren bekostar dyr utbildning för sina anställda, vilket kan tänkas medföra att arbetsgivaren med avtal av konkurrensklausultyp vill "binda upp" den anställde för att få avkastning på den investering, som utbildningen utgör sett från företagets synpunkt. Exempel härpå skall ges i fortsättningen.

Vad nu sagts bekräftas för Finlands del i förarbetena till en skärpt lagstiftning 1990 om konkurrensförbudsavtal för anställda (se om denna vidare nedan 2.8). Det framhölls i propositionen att utvecklingen på arbetsmarknaden har lett till en allmänare användning av konkurrensklausuler. Det förväntades att användningen skulle komma att öka ännu mera som en följd av strukturförändringen inom produktions- och arbetslivet.

Användningen av konkurrensklausuler och konkurrensförbudsavtal är som livligast i branscher där forskning och utveckling är gängse verksamhetsformer. Sådana är t.ex. automatisk databehandling, framställning av mediciner, utnyttjande av elektronik och konsultverksamhet. I vissa branscher finns det tillämpningsanvisningar och modellavtal för användningen av avtal om konkurrensförbud. Dylika används åtminstone i bankbranschen samt för bokföringsbyråer.¹²

Från konsult- och informationsbranschen i Sverige skall några exempel på förekomsten av konkurrensklausuler nämnas. Redan i motiven till avtalslagen nämndes *advokatycket* som ett av de områden, där det fanns utrymme för konkurrensklausuler.¹³ Inom Sveriges Advokatsamfund har frågan inte så mycket blivit om sådana klausulers laglighet enligt 38 § avtalslagen utan huruvida de är förenliga med god advokatsed. I en uppsats i TSA 1944 om "Konkurrensklausuler inom advokatycket" (s 55 ff) kom advokaten Curt Ekdahl med stöd av ett par disciplinärenden avgjorda av Sveriges Advokatsamfunds styrelse till resultatet "att konkurrensklausuler kolleger emellan knappast kunna förenas med god advokatsed" (s 56). Ekdahl ansåg dock att en viss åsiktsförskjutning inträtt. Inställningen antog han bero på att landsortsinslaget i styrelsen var ringa. I stora städer har klausulen inget berättigande, medan motsatsen gäller för orter med relativt ringa kundunderlag. Hans slutsats blev därför "att man icke äger å priori förklara konkurrensklausuler advokater emellan stridande emot god advokatsed" (s 58), men de borde i görligaste mån undvikas. I sitt arbete om God advokatsed ger Holger Wiklund uttryck för en liknande uppfattning: "En konkurrensklausul be-

¹² Regeringens proposition 1990 nr 57 (Finland), s. 2.

¹³ Förslag s 160. Även tandläkaryrket nämndes där.

höver inte strida mot god advokatsed men kan göra det". Några fixa gränser för klausulens tillämplighet i tid och rum kunde enligt Wiklund inte anges. Han nämner att inga disciplinärenden rörande konkurrensklausuler förekommit i styrelsen efter ett fall 1940, då styrelsen underkände en konkurrensklausul (s 146).¹⁴ Ett senare ärende, refererat i Advokaten 1992 (s 123 ff), skall behandlas i 5.2.1.

Enligt vad advokater upplyst saknas konkurrensklausuler åtminstone på större advokatbyråer. De torde vara sällsynta, men att de finns framgår av nyssnämnda fall. Advokater emellan, som är partners, förekommer bestämmelser rörande upplösning av bolagsförhållandet av annan typ. De som bryter sig ur gemenskapen kan bli skyldiga att betala ersättning för onyttiga kontorsutrymmen o d.

Inom konsult- och revisionsområdet synes konkurrensklausuler snarast ha fått växande betydelse, sammanhängande med branschens snabba ökning. I ett rättsfall, AD 1992:9 som skall behandlas längre fram (4.2.2), finns exempel på en konkurrensklausul vid ett landsomfattande revisionsbolag. Den innehåller en förbindelse att inte övergå till annan anställning eller starta egen revisionsverksamhet inom regionen, men denna sanktionerades inte på annat sätt än att den f d anställde, om han bröt häremot, under 3 år var skyldig att till sin gamla byrå betala 50 % av sina intäkter från klienter, som följde med honom från byråns klientstock. Ehuru smidig i jämförelse med vanliga vitesklausuler är procentsatsen så hög att den tydligt och även uttryckligen var avsedd att förhindra övertagande av klienter.

Från en annan byrå finns exempel på en liknande bestämmelse rörande delägare som bryter sig ur bolagsförhållandet. Här finns inget direkt förbud att ta med sig klienter, men för det fall att delägaren efter utträdet fortsätter att betjäna byråns uppdragsgivare, skall han upp till 3 år betala skäligen ersättning till byrån, som inte får överstiga 10 % av den årliga faktureringen på ifrågasvarande klienter, en betydligt mera balanserad bestämmelse.¹⁵

Avsikten är som nämnts inte att försöka kartlägga förekomsten av och olika typer av konkurrensklausuler. Den exemplifiering som gjorts torde räcka för vårt ändamål att värdera olika typer av konkurrensklausuler särskilt med hänsyn till de intressen de är avsedda att skydda. Vi återkommer i ett senare avsnitt till

¹⁴ Holger Wiklund, God advokatsed, s 146. Ett fall från 1954 rörande kontorspersonal nämns dock s 152. Kontoristen var förbjuden att ta anställning på annan advokatbyrå i samma stad, men denna klausul ansåg styrelsen vara olämplig.

¹⁵ Se härom vidare 5.2.1.

utformningen av vitesbestämmelser och andra ersättningsklausuler. En viktig fråga är om klausulerna används huvudsakligen för att i största allmänhet minimera konkurrensen, om det förekommer missbruk på så sätt, att konkurrensklausuler huvudsakligen använts för att binda upp den anställda till företaget, d v s som en metod att i kunskapssamhället möta den ökande konkurrensen om nyckelpersoner. Å andra sidan är det klart att konkurrensklausuler kan vara ett godtagbart medel bland andra, ibland rentav nödvändigt, för att skydda ett företags vitala intressen.

1.5. Litteratur

Den svenska litteraturen om konkurrensklausuler är inte omfattande. Det finns förutom lagförarbeten, kommentarer, arbets-, konkurrens- och avtalsrättsliga handböcker huvudsakligen några tidskriftsuppsatser. Tidigast var en liten skrift på 10 sidor, Något om konkurrensklausuler (1924) av *Berndt Hasselrot*, en redogörelse baserad huvudsakligen på motiven - även de danska och norska - till avtalslagen. *Hans Berglund* har i en skrift om Företags sekretesskydd - särskilt genom avtal (1982) även ett avsnitt (s 21-28) om konkurrensklausuler i anställningsavtal. *Anders Walléns uppsats om Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser ur konkurrensrättslig och avtalsrättslig synvinkel* (TSA 1982) är den utförligaste uppsatsen i detta ämne.

Den hittills enda svenskspråkiga monografin är från Finland, länge den enda i Norden, nämligen *Gunnar Palmgren*, Konkurrensklausuler vid tjänsteavtal, Helsingfors 1939. Den är en gedigen framställning om skandinavisk rätt på området med utblickar mot andra europeiska länder. Den behandlar, som titeln anger, endast konkurrensklausuler i anställningsavtal.

Från Danmark är att nämna dels en uppsats av *Ole Hasselbalch* om Tjenstlige loyalitetspligter (TfR 1980), dels *Sune Troels Poulsen*, Loyalitetspligt og erhvervsforbud (1991). Båda har en bredare inriktning än på endast konkurrensklausuler och tar sin utgångspunkt i den med anställningen förenade lojalitetsplikten. Poulsens undersökning avser mera allmänt företagets möjligheter att skydda sig mot skaderisker sammanhängande med anställdas och f d anställdas kännedom om företagets förhållanden. Såvitt angår konkurrensklausuler undersökes framför

allt, vilken rättsverkan en sådan avtalsreglering har, i vilken utsträckning den stärker företagets skydd.

1.6. Plan för den följande framställningen

Den följande framställningen inleds (kap 2) med en kortfattad översikt över rättsutvecklingen och rättsläget i olika länder samt i EG-rätten. Mestadels är det fråga om lagstiftning. Det har inte varit möjligt att inom ramen för detta arbete även gå in på rättspraxis annat än i engelsk rätt, som ju utvecklats just genom rättspraxis. Motsvarande gäller i viss mån EG-rätten. Det har synts oss vara motiverat med en sådan översikt som bakgrund till rättsutvecklingen i Sverige och övriga Norden, som på grund av de gemensamma avtalslagarna har mycket gemensamt men på det arbetsrättsliga området utvecklats något olika.

I kap 3 behandlas den svenska rättsutvecklingen, där 38 § jämte 36 § avtalslagen, motiven till dessa bestämmelser och senare ändringar blir en huvudpunkt liksom den arbetsrättsliga utvecklingen genom 1969 års överenskommelse mellan de berörda arbetsmarknadsorganisationerna. Viktigt är här att inte bara den avtals- och den arbetsrättsliga utan även den konkurrensrättsliga aspekten behandlas. Svensk rättspraxis på området beskrivs och analyseras i kap 4, som är en annan huvudpunkt i framställningen.

I kap 5 tas olika frågor upp till särskild behandling, delvis som en sammanfattning, delvis och mestadels för vidare analys och diskussion. Kritiska synpunkter på rättspraxis från kap 4 fullföljes här med rättspolitiska argument. Utgångspunkten är en rättspolitisk värdering av olika skyddsvärda och mindre skyddsvärda intressen. Här följer även ett avsnitt om sanktionssystemet.

2. Rättsutvecklingen i olika länder

Någon systematisk insamling av uppgifter för detta kapitel har inte företagits. Avsikten är som nämnts (1.6) att ge en inblick i rättsutvecklingen beträffande konkurrensklausuler i olika länder, vilkas rätt vi brukar ta del av, såsom bakgrund till den svenska utvecklingen. Vi har mestadels nöjt oss med uppgifter ur vanliga handböcker.

2.1. Engelsk rätt

Som nämnts under 1.3 utvecklades i engelsk rätt tidigt en lära om att hinder mot näringsutövning, *in restraint of trade*, var olovliga. Avtal med sådant innehåll var inte endast ogiltiga (void) utan även straffbara. Emellertid befanns det redan tidigt finnas visst fog för konkurrensklausuler (*restrictive covenants*). I ett rättsfall 1711, *Mitchel v. Reynolds*, fastslogs sålunda att en bagare, som förvärvat en annan bagares bageri och tillförsäkrat sig av förre innehavaren, att denne under 5 år skulle avhålla sig från konkurrera inom ifrågavarande församling (parish) i London, kunde vinna rättsskydd för denna bestämmelse.¹⁶ Det framhölls att ifrågavarande konkurrensförbud var begränsat både tidsmässigt och geografiskt och motsvarades av vederlag ("good consideration"). Rättsfallet blev en viktig utgångspunkt för den kommande utvecklingen.

Domaren Erle lade ut dessa läror i en utredning om rätten såvitt angick fackföreningar, *The Law Relating to Trade Unions*, som fogades som bilaga till en kunglig kommissions rapport om fackföreningarna 1867. Erle beskrev där värtaligt *the right to free course for trade* ungefär som en naturlig mänsklig rättighet, likvärdig med rätten till luft, vatten och fri färd på landsväg (s 7 f). Avtal *in restraint of trade* var visserligen som allmän regel *unlawful*, men han tillade att olagligheten är beroende av hur genomgripande begränsningen blir med hänsyn till omständigheterna (the degree of restraint resulting from the circumstances). Det finns en rätt att kräva att näringsutövning skall hållas fri från orimliga, unreasonable, hinder. Han gav därmed uttryck för en

¹⁶ Batt, *The Law of Master and Servant* (3 uppl London 1939) s 95 f, Gellhorn, *Antitrust Law and Economics in a nutshell* (3 uppl St Paul, Minn. 1986) s 5 f, Haslam, *The Law Relating to Trade Combinations* (London 1931) Chapter IV.

lära om *reasonable restraints*, och hänvisade därvid till fallet *Mitchel v. Reynolds*.

Sin mera definitiva utformning fick den nuvarande rätten om konkurrensklausuler genom Nordenfelt-fallet, *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company* (1894, AC 535), främst tack vare några uttalanden av olika domare i House of Lords. Fallet var annars ganska extremt.

En svenskättad kanonkonstruktör och fabrikant av krigsmateriel vid namn Nordenfelt sålde sitt företag och förband sig därvid för en tid av 25 år att inte direkt eller indirekt engagera sig i något företag av liknande art som på något sätt kunde konkurrera med det företag han sålt. Det fanns ingen geografisk begränsning utan klausulen ansågs omfatta hela världen. Court of Appeal gjorde vissa begränsningar i konkurrensklausulen till att avse tillverkning av kanoner med tillbehör, krut och andra explosiva ämnen samt ammunition men godtog den i övrigt. House of Lords fastställde domen och utvecklade läran om restraint of trade i utförliga vota, som ofta citeras än i dag. Följande citat ur Lord Macnaghtens votum anses ge ett gott uttryck för gällande rätt (s 565):

"The public have an interest in every person's carrying on his trade freely: so has the individual. All interference with individual liberty of action in trading, and all restraints of trade in themselves, if there is nothing more, are contrary to public policy and therefore void. That is the general rule. But there are exceptions; restraints of trade and interference with individual liberty of action may be justified by the special circumstances of a particular case. It is a sufficient justification, and indeed it is the only justification, if the restriction is reasonable, reasonable, that is, in reference to the interests of the public, so framed and so guarded as to afford adequate protection to the party in whose favour it is imposed, while at the same time it is in no way injurious to the public."

Här talas om *justification* för konkurrensbegränsningen i fallets särskilda omständigheter, och om att begränsningen är *reasonable*, så att den ger *adequate protection* åt den berättigade parten utan att vara skadlig från allmän synpunkt. Här kunde ges ett världsomfattande skydd under praktiskt taget obegränsad tid gentemot en kanonkung, medan en bagare i fallet från 1711 fick skydd inom en London-församling under 5 år. Dessa fall illustrerar intresseavvägningen med hänsyn till omständigheterna. Viktigt är att skyddet inte får sträcka sig längre än som betingas av den berättigades intresse, och att samhällssynpunkten måste beaktas. Det går inte att fastställa några exakta ramar för vad

som får godtagas respektive förkastas i varje särskilt fall (jfr Batt a a s 102). Lord Macnaghten framhöll att avtalsfriheten sträcker sig längre mellan köpare och säljare än mellan arbetsgivaren och en anställd (Batt s 100).

Efter den senare utvecklingen kan rättsläget sammanfattas så, att konkurrensbegränsande avtal visserligen som en utgångspunkt sägs vara ogiltiga men att det är fullt möjligt att få sådana godtagna, om de åtminstone ursprungligen avsetts tillgodose båda parter intressen (en säljare får bättre betalt för sitt företag, en person som söker anställning får den på vissa villkor). Avtalet får inte gå utöver vad som är rimligt med hänsyn till båda parter; den förpliktade får inte med giltig verkan förbinda sig till större inskränkningar än som tillgodoser motpartens rimliga intressen, och han får inte själv utsättas för alltför stora uppoffringar. Man kan säga att avtalsfriheten och principen avtal skall hållas här i realiteten fått ett ganska vidsträckt spelrum, ehuru utgångspunkten alltjämt säges vara att sådana avtal är ogiltiga. Vad hänsynen till *public policy*, samhällsintresset, i själva verket innebär, är osäkert. Man kan inte säga att samhällsintresset av fri konkurrens blivit den dominerande principen men väl att den kan påverka avvägningen, när parternas inbördes intressen vägs mot varandra.

Enligt en amerikansk kommentar, *Areeda & Kaplow*, *Antitrust Analysis* (4 ed 1988) s 47 f, har domstolarna i England tillåtit så många undantag att principen till stor del blivit urholkad, medan i USA (se nästa avsnitt) domstolarna mera hållit fast vid principen, ehuru med variationer i olika stater.

Ytterligare ett rättsfall, som belyser en annan viktig fråga, skall här nämnas, *Morris & Co v. Saxelby* (1916, AC 688). En i ett verkstadsföretag efter avslutad skolgång anställd person, som småningom avancerat till föreståndare för en avdelning, hade förbundit sig att i 7 år efter anställningens upphörande inte ta anställning i ett liknande företag inom Storbritannien. Konkurrensklausulen förklarades ogiltig. Lord Shaw sammanfattade rättsläget så här (s 714, se Batt s 101):

Företagshemligheter, namn på kunder, allt sådant som kan betecknas som objektiv kunskap, är arbetsgivarens egendom, och det finns inget samhällsintresse som hindrar arbetsgivare att förbjuda att sådant sprids vidare. Å andra sidan får inte en anställd avstå från sin personliga skicklighet, lämplighet, uppfinningsförmåga, manuell och mentala förmåga. "They are not his master's property; they are his own property; they are himself. There is no public interest which compels the rendering of those things

dormant or sterile or unavailing; on the contrary, the right to use and to expand his powers is advantageous to every citizen, and may be highly so for the country at large."

Här görs en viktig skillnad mellan sådana intressen som kan förbehållas en arbetsgivare genom konkurrensklausuler och sådana som inte kan det, mellan å ena sidan företagshemligheter, å andra sidan den enskilde arbetstagarens personliga kapacitet. På liknande sätt framhöll Lord Parker i samma mål (s 710), att vad som motiverar godtagandet av ett konkurrensförbud är att arbetsgivaren har någon egendomsrätt (proprietary right), i form av affärsförbindelse eller företagshemlighet, för vars skydd förbudet är nödvändigt.

I *Fitch v Dewes* (1921) 2 AC158 godtog House of Lords ett icke tidsbegränsat konkurrensförbud för ett biträde hos en advokat (en solicitor) inom en omkrets av 7 miles från advokatkontoret.¹⁷

Jämkning torde inte förekomma. Engelsk avtalsrätt har en stark obenägenhet att låta domstolarna omforma avtal. Avtalet eller klausulen får bestå eller ogiltigförklaras.

2.2. Amerikansk rätt¹⁸

Den engelska common law bildar grunden för den amerikanska rättsutvecklingen. Som huvudregel gäller i USA avtalsfrihetens princip. Den allmänna utgångspunkten vid tolkningen av en konkurrensklausul i ett anställningsavtal resp i ett avtal om företagsöverlåtelse är således att avtalet skall gälla, men eftersom konkurrens är ett viktigt samhällsintresse enligt public policy-principen, som common law slår vakt om, gäller just i fråga om konkurrensklausuler sedan "early times" liksom i England snarare det omvända, nämligen att utgångspunkten är att sådana avtalsklausuler inte förtjänar rättens skydd. Det engelska fallet *Mitchel v. Reynolds* från 1711 och dess fastläggande av "the rule of reason" har även i USA format utvecklingen och varit bestämmande för synen på konkurrensklausuler och konkurrensbegränsningar överhuvudtaget. 1890 infördes för första gången federal lagstiftning mot konkurrensbegränsningar, *The Sherman Antitrust Act*, vilken byggde vidare på common law's principer.

¹⁷ Fallet nämnt av Palmgren s 91.

¹⁸ Huvudsaklig källa för detta avsnitt är Edward B Miller, *Antitrust Laws and Employee Relations: An Analysis of their Impact on Management and Union Policies* (University of Pennsylvania, Labor Relations and Public Policy Series No 26, 1985).

Enligt 1 § i Sherman Act är avtal som innebär konkurrensbegränsning ogiltiga, vilket gäller även avtal mellan enskilda, t ex ett anställningsavtal. Är emellertid en sådan konkurrensbegränsning (*restraint*) skälig (*reasonable*) kan den tillåtas (såvida den inte är *illegal per se*, vilket gäller för vissa slags till sin typ extremt konkurrensbegränsande avtal). Skäligheten avgörs utifrån ett public policy-perspektiv, d v s utifrån ett konkurrensperspektiv. Skälighetsbedömningen görs med beaktande av konkurrensklausulens typ, längd i tiden och/eller geografiska utsträckning. En konkurrensklausul som liksom i fallet *Mitchel v Reynolds* endast utgör en mindre del av ett avtal, *ancillary covenant*, kan godtas.¹⁹

Sherman Act, en federal lag, har hittills inte använts på sedvanliga konkurrensklausuler i anställningsavtal, men dessa kan i stället angripas med stöd av den från engelsk rätt ärvda common law, som gäller i nästan alla stater. Den amerikanska avtalsrätten tar - trots sin betoning av att avtal skall hållas - principiellt avstånd från klausuler i anställningsavtal som begränsar konkurrensen; "there is, in short, general judicial disfavor of anti-competitive covenants contained in employment contracts"²⁰, varmed särskilt avses möjligheten att med lagens hjälp genomdriva avtal i vilka den anställde åtagit sig att inte sluta hos arbetsgivaren resp att inte ta anställning hos annan eller på annat sätt utfäst sig att inte konkurrera med arbetsgivaren efter anställningens upphörande.

Av speciellt intresse för USA och visst inte utan intresse för europeiska länder men delvis fallande utanför ramen för detta arbete är frågan om konkurrensklausuler inom den professionella sporten. Denna fråga är av intresse i detta sammanhang, eftersom det här handlar om försök från arbetsgivarens sida att binda upp unika nyckelpersoner, ett behov som arbetsgivaren kan känna även beträffande andra anställda än elitidrottsmän. I USA finns ett flertal rättsfall, i vilka man prövat rätten för t ex en fotbollsklubb att binda upp sina (anställda) spelare genom att förbjuda dem att lämna klubben utom på vissa villkor liksom att börja spela för någon annan klubb. I fråga om Sherman Acts tillämplighet på denna typ av avtal antyder rättsfallen att domstolarna börjat tillämpa "a kind of federal law or policy regarding private employment contracts, holding that somehow the antitrust laws prohibit

¹⁹ Se resonemang i rättsfallen *United States v Addyston Pipe & Steel Co*, 175 US 211 (1899) och *National Society of Professional Engineers v United States*, 435 US 679 (1978).

²⁰ Citat ur rättsfallet *American Broadcasting Companies, Inc, v Wolf*, Court of Appeals of New York, 52 NY 2nd 394 (1981).

restrictions on individual employee freedom unless they are 'reasonable' - as that term is now to be interpreted and defined by the judiciary".²¹ En viktig fråga i denna typ av fall är frågan om arbetsgivaren kan kräva naturauppfyllelse, "specific performance", d v s huruvida arbetsgivaren kan få domstolens hjälp att med hänvisning till konkurrensklausulen tvinga den anställda, t ex fotbollsspelaren, att fortsätta att arbeta (spela) hos arbetsgivaren resp hindra den anställda att gå över till annan arbetsgivare (klubb).²² En närmare diskussion om konkurrensklausuler inom den professionella sporten får dock här lämnas därhän.

2.3. Tysk rätt

I tysk rätt har sedan länge konkurrensklausuler (*Wettbewerbsverbote*) ansetts vara i och för sig giltiga, men relativt tidigt, 1897, gjordes lagstiftningsvägen vissa begränsningar såvitt angick anställda, dels i HGB §§ 74 ff, som gällde handelsbiträden, dels i *Gewerbeordnung* §§ 133 ff (ursprungligen av 1883) beträffande vissa andra kategorier av tjänstemän. En sådan klausul förklarades vara bindande för den anställda endast i den mån han icke med hänsyn till den tid utfästelsen avsåg eller dennas innehåll i övrigt kunde anses genom bestämmelsen obilligt hindras i utövningen av sin förvärvsverksamhet. Tiden för en giltig sådan klausul begränsades i HGB till 3 år.²³ 1914 infördes i HGB ytterligare restriktioner till skydd för handelsbiträden, däremot inte i *Gewerbeordnung*, som ansågs behöva större utrymme för skydd för yrkeshemligheter. Nu fastslogs, förutom tidigare begränsningar, att konkurrensförbudet är ogiltigt, om inte arbetsgivaren för varje år förbudet gäller betalade biträdet ett vederlag (*Karenzentschädigung*), som motsvarade minst hälften av bitrådets avtalade löneförmåner vid anställningens upphörande (HGB § 74 st 2). Förbudet är inte giltigt alls för anställda med lön under visst belopp, och tiden begränsades till 2 år. Viss avräkning på vederlaget skall göras med hänsyn till lön i anställning som är förenlig med konkurrensförbudet (§ 74 c). Arbetsgivaren kan med ett års varsel befria sig från skyldigheten att betala vederlag, om han före anställningens upphörande

²¹ Citat ur Miller a a s 106.

²² Om naturauppfyllelse se vidare nedan avsnitt 5.6.2.

²³ Dessa bestämmelser nämndes i förarbetena till avtalslagen, se Förslag till lag om avtal s 159. Se även Almén, Lagen om avtal (1916) s 229, och t ex Nikisch, *Arbeitsrecht* (3 uppl 1961) s 458 ff, Däubler, *Das Arbeitsrecht* 2 (1979) s 195 ff.

skriftligen befriar den anställda från konkurrensförbudet (§ 75 a).

HGB § 75 innehåller ytterligare begränsningar. Om handelsbiträdet säger upp anställningen på grund av avtalsbrott på arbetsgivarens sida, blir konkurrensklausulen på arbetstagarens begäran utan verkan, likaså om arbetsgivaren säger upp arbetstagaren utan väsentligt skäl hänförligt till arbetstagarens person. Har arbetstagaren gjort sig skyldig till avtalsbrott, är han bunden av klausulen och har inget anspråk på vederlag.²⁴

Också HGB § 90 a innehåller en bestämmelse om konkurrensklausuler, vilken avser handelsagenter. Även här finns en begränsning till 2 års giltighetstid och krav på lämpligt vederlag (angemessene Entschädigung).

Det finns såsom framgått ingen allmän regel om begränsningar i konkurrensklausulers giltighet, men det har i rättspraxis fastslagits att de i HGB §§ 74 - 75 f intagna reglerna får tillämpas på arbetstagare av alla kategorier.²⁵

Beträffande konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelse o d (typ B) saknas veterligen regler.²⁶ Så mycket är klart att inte samma restriktioner gäller. Men givetvis gäller en generalklausul som BGB § 138 (rättshandling i strid med goda seder), och även här torde den allmänna principen gälla, att konkurrensförbudet måste uppbäras av ett behov på motpartens sida.

2.4. Fransk rätt²⁷

Även i Frankrike har utgångspunkten varit avtalsfrihetens princip. Konkurrensklausuler (*clauses de non-concurrence*) har i princip ansetts vara giltiga enligt sitt innehåll, och ingen lagstiftning finns för att begränsa giltigheten. Likväl har i rättspraxis utvecklats motsvarande principer för begränsningar som i andra länder. Näringsfriheten, rätten att utöva sitt yrke och bedriva förvärvsverksamhet, har en stark ställning i fransk rätt alltsedan den infördes 1791 under den franska revolutionen. Ingen får fullständigt hindras att försörja sig inom sitt yrke. Å andra sidan

²⁴ Däubler (a a s 198 f) är kritisk mot denna bestämmelse.

²⁵ Se Weiss i monografin Germany (1986) i International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations, ed by Roger Blanpain, s 94, Däubler a a s 199.

²⁶ Se Nikisch a a s 459.

²⁷ Framställningen bygger på uppgifter i monografin France (1987), Chapter VII, av Michel Despax & Jacques Rojot, i International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations, ed by Roger Blanpain, samt G Lyon-Caen & J Pélissier, Droit du travail (14 uppl 1988) s 402 ff.

kännetecknas fransk rätt av ett rigoröst fasthållande vid principen att avtal skall hållas. Det följande gäller endast det arbetsrättsliga området.

Det är enligt Lyon-Caen & Pélissier (s 403 f) inte lätt att få grepp om inställningen i rättspraxis till konkurrensklausuler - bilden är inte entydig. Man räknar emellertid med begränsningar i konkurrensklausulers giltighet i tre olika hänseenden. Tiden för giltigheten måste begränsas. Ett i tiden obegränsat konkurrensförbud är vanligen ogiltigt, åtminstone om det inte förenas med lokal begränsning. Samma krav gäller inte såvitt angår den lokala begränsningen; även en lokalt obegränsad klausul kan vara giltig. Endast om trots begränsningar i fråga om tid och rum arbetstagarens försörjningsmöjligheter alltför mycket inskränkts, kan denna omständighet, den tredje faktorn, föranleda ogiltighet. I princip gäller att konkurrensförbudet antingen upprätthålles eller ogiltigförklaras helt. Jämkning har åtminstone länge inte ansetts kunna komma i fråga men lär dock ha förekommit (konkurrensförbud har upprätthållits endast inom en begränsad lokal ram). Skadestånd synes vara den normala påföljden, men även tvång vid vite att sluta den nya anställningen kan förekomma. Motsvarande anses gälla vid övergång till egen rörelse. Även den nye arbetsgivaren kan, om han känt till konkurrensförbudet, bli skadeståndsskyldig mot den tidigare arbetsgivaren. Det är fråga om utomobligatorisk skadeståndsskyldighet för medverkan till annans kontraktsbrott (Lyon-Caen & Pélissier s 411).

Det saknas i fransk rätt en allmän regel om att konkurrensförbudet inte kan göras gällande, om arbetsgivaren säger upp arbetstagaren. Inte ens en felaktig uppsägning leder automatiskt till konkurrensförbudets ogiltighet. Klausulens lydelse blir här av stor betydelse. Den s k partsviljan uttryckt i lydelsen har här, som så ofta i fransk avtalsrätt, avgörande betydelse. Klausulen skall i princip gälla enligt sitt innehåll, om den inte är ogiltig.

Lyon-Caen & Pélissier (s 404 f) är kritiska mot den franska rätten för att den tillåter så omfattande inskränkningar i friheten att arbeta. Det är enligt dem oacceptabelt att en friställd arbetstagare skall kunna förbjudas att utöva sin verksamhet på ett område, där han är specialist. Det är från ekonomisk synpunkt obegripligt att ett land berövar sig tillgången till värdefull arbetskraft genom att ge lagens stöd åt klausuler som förbjuder personer att arbeta på det område där de är mest produktiva. De är också kritiska (s 407) mot att konkurrensklausuler kan tillåtas utan

kompensation; det strider enligt deras mening mot den franska avtalsrättens causa-lära.

I Frankrike spelar *kollektivavtal* en viktig roll som instrument för reglering av konkurrensklausuler. De kan ange maximal omfattning i fråga om tid (vanligen 2 år) och rum. Deras viktigaste syfte är att bereda arbetstagare ersättning för konkurrensförbudet, en viktig hämmande faktor när det gäller bruket - och framför allt missbruket - av konkurrensklausuler. Det skall kosta något för arbetsgivaren att pålägga en f d anställd konkurrensförbud. Å andra sidan kan arbetsgivaren vanligen frigöra sig från ersättningsskyldigheten genom att släppa konkurrensförbudet. Domstol kan inte jämka kompensationsbeloppet för att skadan varit ringa. Ersättning kan utgå som ett engångsbelopp, men vanligen regleras ersättningen med hänsyn till klausulens giltighetstid och den anställdes tidigare lön.

Konkurrensförbud måste alltid ingå i det personliga avtalet. Ett sådant förbud i ett kollektivavtal är inte bindande.

2.5. EG-rätt

Som nämnts är EG-rätten, närmast efter amerikanskt mönster, präglad av uppfattningen att upprätthållandet av fri konkurrens är nödvändig för marknadsekonomins funktion. Konkurrensbegränsande avtal mellan företag är enligt Romfördraget art 85 i princip förbjudna och ogiltiga (st 1 och 2). Från förbudet kan dock vissa begränsade undantag göras enligt st 3.

Romfördraget avser givetvis i första hand kartellavtal och andra sådana bindningar i avtalsparternas gemensamma intresse; det tar åtminstone främst sikte på makroperspektivet. Såsom framgår av det följande kan dock även konkurrensklausuler, konkurrensbegränsning för ena parten i motpartens intresse, drabbas av förbudet. De fall vi känner till gäller dock endast konkurrensklausuler i avtal om företagsöverlåtelse. De som ingår i anställningsavtal har i allmänhet alltför ringa betydelse för att beröras av EG-rätten, som tar sikte på förhållanden mellan företag.

I en viktig dom 1985 i *Remia-fallet* /1985/ ECR 2545, deklarerade EG-domstolen sin inställning till konkurrensklausuler i avtal om företagsöverlåtelse.²⁸

²⁸ Detta fall, liksom fallet *Reuter* nedan, finns refererat i M van Empel m fl, *Leading Cases* s 508 f resp s 499 f.

Ett bolag N med säte i Nederländerna sålde två dotterbolag, Remia jämte ett annat, vilka tillverkade och sålde olika specialiteter i matvarubranschen, såsom såser och pickles. Köpare var två olika bolag. I båda avtalen, ingångna 1979 respektive 1980, fanns konkurrensklausuler, som hade en varaktighet av 10 respektive 5 år. I det förra fallet gällde förbudet den nederländska marknaden, i det senare Europa. Den ene köparen anmälde konkurrensklausulen till kommissionen med begäran om undantag enligt 3 st i art 85.

Kommissionen fann att klausulerna var alltför långtgående både i fråga om varaktighet och omfattning och att undantag enligt 3 st inte kunde komma i fråga. Remia och den andre köparen ansökte då om ogiltigförklaring av kommissionens beslut och om förklaring att nämnda konkurrensklausuler inte stred mot art 85 (1), i vart fall inte efter 1 oktober 1983, och att kommissionen felaktigt avvisat tillämpning av av undantaget i art 85 (3).

EG-domstolen gjorde några principiella utalanden. Att konkurrensklausuler ingår i avtal om företagsöverlåtelse är inte i sig tillräckligt för att undandra dem tillämpning av förbudet i art 85 (1). En test måste göras för att undersöka konkurrensläget utan sådant konkurrensförbud. Skulle säljaren och köparen förbli konkurrenter efter överlåtelsen, skulle överlåtelseavtalet inte få avsedd verkan utan säljaren skulle lätt kunna konkurrera ut köparen. Konkurrensklausulen säkerställer verkan av överlåtelsen och bidrar till ökning av konkurrensen genom att antalet företag växer. Men för att få sådan gynnsam verkan på konkurrensen måste konkurrensklausulen vara nödvändig för överlåtelseaffären, och dess varaktighet och omfattning måste vara strikt begränsad till detta ändamål. Kommissionen hade därför rätt i att sådana klausuler går fria från förbudet i art 85 (1), förutsatt att dessa villkor är uppfyllda.

Det blir uppenbarligen fråga om en intresseavvägning av samma slag som förutsätts i 38 § avtalslagen. Konkurrensklausuler i avtal om företagsöverlåtelse uppehålls så långt de behövs för att göra överlåtelsen meningsfull. Bevisbördan torde ligga på den som påstår att klausulens innehåll är befogat i det särskilda fallet. Annars faller konkurrensbegränsningen i princip under förbudet. De i fallet aktuella klausulerna gällde rent kommersiella intressen (avhållsamhet från produktion och försäljning).

EG-rättens konkurrensregler tar som nämnts sikte på förhållanden mellan företag, såsom i nyssnämnda fall, inte enskilda individer. Därför är konkurrensklausuler, som avser en individ

som ena parten, vanligen inte aktuella i EG-rätten. Det finns dock ett fall, det enda vi känner till, som gäller giltigheten av en sådan konkurrensklausul, och där blev just knäckfrågan, om en enskild person kunde räknas som företag. Fallet är belysande även från andra, här viktigare, synpunkter. Det är inget av EG-domstolen avgjort fall, endast ett kommissionsbeslut 1976-07-26 i tvisten *Reuter ./ BASF*, således tidigare än det nyssnämnda.

Reuter, kemiforskare och företagare i Tyskland, förde talan om ogiltigförklaring av den konkurrensklausul, som fanns i hans avtal med BASF om försäljning av hela hans aktieinnehav i ett schweiziskt bolag, ett holdingbolag med dotterbolag i flera länder både inom och utanför EG. Det sålda bolagets värde låg främst i "knowhow and goodwill developed by Mr Reuter". Enligt den aktuella klausulen i överlåtelseavtalet åtog sig Reuter att för en period av 8 år avhålla sig från "engaging in any direct or indirect activities in the field covered by the contract" i Tyskland eller annorstädes. All verksamhet hänförlig till ifrågavarande plastprodukter, forskning, utveckling, tillverkning, industriellt utnyttjande och marknadsföring innefattades i förbudet, även innehav av aktier och utövande av konsultverksamhet.

Kommissionen fann att restriktionerna i fråga om forskning och utveckling var avsedda att eliminera Reuter som potentiell konkurrent och därmed innebar ett klart brott mot EG-rättens konkurrensregler. Restriktionerna i fråga om kommersiella aktiviteter, tillverkning, industriellt utnyttjande, tillämpning av know-how etc, som på vissa villkor, såsom att de gällt för rimlig tid, kunnat vara godtagbara, hade blivit olagliga vid tiden för kommissionens beslut, 5 år efter överlåtelsen. Avtalet ansågs ha slutits mellan företag, eftersom Dr Reuter var ekonomiskt verksam inom sina återstående företag med utnyttjande av sin forskning och utövade konsultverksamhet till utomstående.

Det intressanta här från vår synpunkt är att kommissionen godtog rimligt tidsbegränsade konkurrensklausuler såvitt angår kommersiell verksamhet men inte någon konkurrensbegränsning alls beträffande forsknings- och utvecklingsverksamhet. Ett allmänt samhälleligt intresse ges alltså här prioritet utan modifieringar framför ett enskilt företags intresse att skydda sig mot konkurrens, även när bindningen ingår i ett avtal om företagsöverlåtelse. Någon bestämd tidsgräns för klausuler med i övrigt godtagbart innehåll anges inte, men det framgår klart att de skulle vara olagliga om de gått utöver 5 år. Man kan förmoda att tidsgränsen kan varieras allt efter förhållandena.

I kommissionens rapport om konkurrensfrågor 1976²⁹ konstateras i anledning av detta beslut att kommissionen ännu inte fastställt sin "policy" i fråga om bindningstiden men att den för företagsförvärvets ändamål nödvändiga bindningstiden redan överskridits, då klausulen varit i kraft i 5 år. I rapporten 1985³⁰ efter *Remia-Nutricia*-målet förklaras dock att 5 års bindningstid normalt kunde accepteras vid företagsöverlåtelser, men att, när endast goodwill överlåtits, normalt en 2-årsgräns har tillämpats.

EG-rättens uppfattning, som endast gäller företagsöverlåtelser och liknande transaktioner (fusion o d), kan sammanfattas på följande sätt. Konkurrensklausuler får inte användas för att allmänt begränsa konkurrensen utan uteslutande för att den berättigade parten effektivt skall få till sig överförda de tillgångar som förvärvet avsett. Denna princip är av gammalt datum och grundläggande inte minst i amerikansk rätt.³¹ Prövningen måste ske från fall till fall, och inga generella undantag enligt art 85 (3) medges. Konkurrensklausuler accepteras alltså endast i den mån de är nödvändiga för att huvudavtalets lagliga syfte skall uppnås.³² Endast kommersiella aktiviteter såsom tillverkning och försäljning får förbjudas i sådana Konkurrensklausuler, inte forskning och utveckling. Eftersom komplicerade ekonomiska uppskattningar måste göras i varje enskilt fall har kommissionen i huvudsak fått avgörandena i sin hand, medan domstolen endast har en mer eller mindre övervakande funktion.³³

Att nämna är slutligen ett EG-direktiv från 1986 om handelsagenter (self-employed commercial agents), vars artikel 20 innehåller regler för Konkurrensklausuler. Där är tidsgränsen fastställd till 2 år. I övrigt stadgas att en sådan restraint of trade clause är giltig endast i den mån den är avfattad skriftligen och i fråga om område, kundkrets och varuslag motsvarar vad som gällde enligt agenturavtalet.³⁴

²⁹ Sixth Report on Competition Policy, 1976, s 42 f.

³⁰ Fifteenth Report on Competition Policy, 1985, s 108 f.

³¹ Jfr Palmgren s 87 och Wallén i TSA 1982 s 221 f.

³² Se särskilt nämnda Report 1976 s 42 nr 60.

³³ Se nämnda Report 1985 s 108.

³⁴ Se prop 1990/91:63 till lag om handelsagentur, Bilaga 4, s 205. Se 3.2.

2.6. Dansk rätt³⁵

Den grundläggande regeln beträffande konkurrensklausuler finns i dansk rätt, liksom hos oss och i övriga Norden, i avtalslagen § 38. Härom hänvisas närmare till avsnittet om svensk rätt.

Dessutom finns i Danmark en specialbestämmelse i funktionärlagen (Funktionærlov 1971) § 18, som begränsar möjligheten att intaga konkurrensklausuler i avtal med tjänstemän. En konkurrensklausul kan giltigt ingås endast om tjänstemannen intar en förtroendeställning, vilket dock inte behöver betyda att han har en överordnad ställning, blott han har en ställning som ger honom möjlighet att få information av intresse för konkurrerande företag. Konkurrensklausulen måste, om den varar längre än ett år efter anställningens upphörande, vara förbunden med en rätt till skäligt vederlag för den överskjutande tiden. Vederlaget kan utbetalas efter hand eller som en klumpsumma. Därtill gäller begränsningarna i avtalslagen.

Till skillnad från den svenska innehåller den danska 38 § avtalslagen ett andra stycke, enligt vilket konkurrensklausulen inte kan göras gällande, om anställningen bringas att upphöra utan att arbetstagaren givit rimlig anledning härtill eller om arbetstagaren frånträder anställningen på grund av arbetsgivarens underlåtenhet att fullgöra sina förpliktelser.

I praktiken användes ofta en bindningstid om ett år, eftersom den kan stipuleras vederlagsfritt, men 2 år accepteras av domstolarna även för skydd av kundrelationer. Det är annars främst företagshemligheter som motiverar en längre tid, upp till 3 år.³⁶

Vid företagsöverlåtelser gör sig till stor del andra principer gällande. Enligt Poulsen är en bindningstid på 10 år inte ovanlig och har godtagits av Højesteret.³⁷ Här kommer även konkurrensrättsliga synpunkter in och även EG-rätten, om konkurrensklausulen kan påverka samhandeln mellan medlemsstaterna.³⁸

³⁵ Uppgifterna hämtade hos O Hasselbalch, *Arbejdsret* (3 uppl 1985) s 163 ff (se även hans uppsats i *TfR* 1980 s 641 ff), Sune Troels Poulsen, *Loyalitetspligt og erhvervsforbud* (1991) och P Jacobsens monografi *Denmark*, Chapter VIII, i *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, ed by Roger Blanpain.

³⁶ Poulsen s 248 ff.

³⁷ Poulsen s 255 f. Poulsen är själv kritisk häremot, då klausulen i så fall måste sträcka sig utöver det kommersiellt nödvändiga.

³⁸ Poulsen s 257.

2.7. Norsk rätt³⁹

Även i Norge finns grundläggande lagbestämmelser om konkurrens- eller karensklausuler, som de ofta kallas i norsk litteratur, i 38 § avtalslagen, kompletterad av 36 §. Någon speciallagstiftning finns inte, men 38 § innehåller även en särskild bestämmelse om konkurrensklausuler i anställningsavtal. Sådana är ogiltiga, om de avser arbetstagare i underordnad ställning, såvida inte denne har inblick i kundkrets eller företagshemligheter som kan skada företaget. En konkurrensklausul får aldrig oskäligt hindra en arbetstagare att försörja sig.

Liksom i Danmark finns en regel om att konkurrensklausuler inte kan göras gällande, om arbetsgivaren säger upp den anställde utan giltig anledning eller om denne säger upp sig själv och arbetsgivaren givit honom skälig anledning därtill genom att inte uppfylla sina förpliktelser.

Det finns i Norge av berörda arbetsmarknadsorganisationer utarbetade standardformulär för konkurrensklausuler. Bindningstiden skall där fyllas ut, och om dess längd finns ingen rekommendation. Förutom att lagreglerna om undantag från giltigheten i olika uppsägningssituationer finns där också en regel om att den anställde saknar rätt till ersättning (se nedan), ehuru han är bunden av konkurrensförbudet, om han blivit uppsagd på grund av väsentligt kontraktsbrott från hans sida.

Arbetsgivaren skall skriftligen samtidigt med uppsägning eller innan 14 dagar förflutit efter mottagande av den anställdes uppsägning förklara att konkurrensförbudet skall göras gällande, varvid även dess varaktighet och omfång skall anges. Den anställde kan under anställningstiden skriftligen ställa en förfrågan till arbetsgivaren om i vilken utsträckning företaget vid hans eventuella uppsägning vill göra gällande konkurrensförbudet. Om arbetsgivaren inte svarar inom viss tid, kan inte konkurrensförbudet göras gällande.

Om konkurrensförbudet görs gällande, skall företaget (utom i nyssnämnda undantagsfall), så länge det varar, betala ersättning, som står i rimlig proportion till konkurrensförbudets omfattning i produktionsmässigt och geografiskt hänseende, till dess varaktighet och det hinder det innebär för den (f d) anställdes tillgång till

³⁹ Uppgifterna är hämtade från Peter J Bernhardt, *Arbeidsrett Del 1*, 1978 s 57 ff, Fr.Fr. Gundersen & Yngve Svendsen, *Bedrifts- og personalrett*, 3 uppl 1988, s 110 f, och Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, 1989, s 589 ff.

arbete. Ersättningen bör minst uppgå till halva lönen vid anställningens upphörande.⁴⁰

Konkurrensklausuler för mellanmän (handelsagenter etc) skall principiellt anmälas enligt reglerna i prisloven om konkurrensbegränsande avtal.⁴¹

2.8. Finsk rätt

Den finska rättshandlingslagen av 1929 innehåller motsvarande bestämmelser som 36 och 38 §§ avtalslagen. Några uppgifter om tillämpningen skall här anföras, hämtade ur propositionen till den speciallagstiftning i ämnet som genomfördes 1990⁴², varom strax.

Om arbetsgivaren saknar ett verkligt behov av konkurrens-skydd är klausulen ogiltig redan på denna grund. Det är inte tillräckligt med en begränsning av den ekonomiska konkurrensen för att en konkurrensklausul skall vara befogad, inte heller att arbets-tagaren besitter särskild yrkesskicklighet.

Konkurrensklausul som gällt i 2 år efter anställningens upphörande har ansetts vara giltig. Vid bedömning av hur lång tid förbudet får gälla har det haft betydelse, om arbetsgivaren utfäst ersättning. Avtalsvite som omfattat 24 månadslöner har ansetts oskäligt och avtalet har jämkats. Det har ansetts att konkurrensklausulen förfaller, om arbetsgivaren utan saklig grund bringat anställningen att upphöra (a prop s 2).

Som nämnts har dessa bestämmelser inte bedömts vara tillräckliga utan särskilda regler för anställning infördes 1990 genom en ny 16 a § i lagen 1970 om arbetsavtal. Den tekniska termen är konkurrensförbudsavtal. Ett sådant får ingås endast om det förestavas av "synnerligen vägande skäl", varvid bl a skall "beaktas

(1) arten av arbetsgivarens verksamhet och det skyddsbehov som beror på att affärs- eller yrkeshemligheter bör bevaras eller på den specialutbildning som arbetsgivaren ordnat för arbets-tagaren samt

(2) arbetstagarens ställning och uppgifter."

Konkurrensförbudet får begränsa arbetstagarens rätt att ta ny

⁴⁰ Ett sådant formulär finns avtryckt i Bernhardt a a s 58 f.

⁴¹ Krüger a a s 232.

⁴² Regeringens proposition 1990 nr 57. - Betr finsk rätt finns som nämnts (1.5) Palmgrens monografi (1939), som bygger på rättshandlingslagen och således inte omfattar den numera viktigaste lagstiftningen.

anställning eller utöva ett yrke under högst 6 månader. Om arbetstagaren fått skälig ersättning, får tiden utsträckas till högst ett år.

Avtalsvite får inte överstiga 6 månaders lön strax före anställningens upphörande. Om inget avtalsvite bestämts gäller allmänna regler för arbetstagares skadeståndsskyldighet liknande våra i skadeståndslagen. Konkurrensförbudet binder inte arbetstagaren, om anställningen upphört av skäl som beror av arbetsgivaren (§ 16 a 3 st).

Nu nämnda bestämmelser om begränsning av varaktighet och avtalsvite gäller inte beträffande arbetstagare som deltar i ledningen av ett företag (4 st).

Konkurrensförbudsavtal är ogiltiga i den mån de strider mot dessa regler (st 4). Det innebär att om varaktigheten överstiger maximum är förbudet ogiltigt för tiden därefter, och en vitesbestämmelse är giltig endast intill lagstadgat maximum. - I övrigt gäller beträffande ogiltighet och jämkning rättshandlingslagens regler (st 5).

I propositionen beröres relationen till den allmänna konkurrenslagstiftningen, d v s främst lagen 1988 om konkurrensbegränsningar. Om avsikten med konkurrensklausulen endast är att begränsa konkurrensen inom en bransch, finns det enligt propositionen "mycket litet som talar för att ett sådant avtal kan godkännas som ett medel att begränsa fri konkurrens" (prop s 4). Det hänvisas bl a till 1 § lagen om konkurrensbegränsningar, där det stadgas om skydd för en sund och fungerande ekonomisk konkurrens. Vidare skall enligt 1 § 2 st vid tillämpningen av lagen särskilt beaktas "att friheten att idka näring skyddas mot ogrundade hinder och begränsningar", och i 6 § 2 st hänvisas till 36 och 38 §§ rättshandlingslagen som komplettering till sanktionsbestämmelserna i lagen om konkurrensbegränsningar. Den kunskap hos arbetstagaren som ger arbetsgivaren skäl för en godtagbar konkurrensklausul skall "vara av sådan art att det med tanke på närings- och konkurrenslagstiftningen är godtagbart att hemlighålla den" (prop s 4).

3. Svensk rätt

3.1. Tillkomsten av den allmänna bestämmelsen i 38 § avtalslagen och ändringarna 1976

Obligationsrättskommittén hänvisade i sitt förslag till lag om avtal 1914 (cit Försl) till förekommande utländska förebilder för begränsning av konkurrensklausulers giltighet (Försl s 159 f). I de flesta fall hänvisades till lagstiftning, först och främst till den tyska, men det påpekades även att i engelsk rätt liknande synpunkter gjorde sig gällande. All den utländska lagstiftning vartill kommittén hänvisade gällde konkurrensklausuler i anställningsavtal. Det förefaller att ha varit en innovation, när i de nordiska avtalslagarna en *allmän* regel om konkurrensklausuler infördes. Det närmaste mönstret var som antytts de tyska bestämmelserna såsom de lydte före de genomgripande ändringarna 1914 (se ovan under 4).⁴³

"Att sådana utfästelser, varom här är fråga, enligt gällande svensk rätt i allmänhet måste anses giltiga, lider intet tvivel". Detta angav obligationsrättskommittén (Försl s 160) som sin utgångspunkt med hänvisning till två rättsfall, *NJA 1905 s 513* och *1907 s 122*. Båda dessa fall gällde konkurrensklausuler i avtal om överlåtelse av affärsrörelse (diversehandel) och avsåg endast konkurrensförbud på de små orter där affären var belägen, å andra sidan var de obegränsade i tid. Giltigheten bestreds inte. Främst frågan om skadeståndet och dess belopp var omtvistad. I fallet 1907 bestreds i första hand att brott mot klausulen ägt rum.

Det var för att förebygga missbruk av avtalsfriheten på detta område som kommittén ansåg det vara "av behovet påkallat, att laga verkan fränkännes sådana konkurrensförbud, som överskrida billighetens gränser" (s 160). Två bestämmelser föreslogs, men den ena, som avsåg att fränkänna konkurrensförbud i anställningsavtal verkan, om den anställdes skildes från anställningen utan att därtill ha givit skälig anledning eller själv lämnat densamma på grund av arbetsgivarens avtalsbrott, uteslöts i propositionen såsom dels alltför speciell för att ingå i avtalslagen,

⁴³ Det påpekades i Försl s 159 bl a att den österrikiska lagen om Handlungsgehilfen inskränkte giltighetstiden till ett år och att motsvarande schweiziska lag som förutsättning för giltigheten av ett konkurrensförbud i anställningsförhållanden angivit, att den anställd kunde betydligt skada arbetsgivaren genom att begagna sig av den inblick han förvärvat i dennes kundkrets eller affärshemligheter. Dessa regler var i skyddshänseende mera avancerade än de tyska vid denna tid.

dels otillräcklig såsom skydd för affärsanställda.⁴⁴ Den allmänna regeln infördes i § 38 och fick följande lydelse:

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

I motiven betonades starkt att frågan om tillåtligheten av en konkurrensklausul skulle avgöras med beaktande av de motstående intressen som i det särskilda fallet gör sig gällande mellan å ena sidan den berättigade partens rättmätiga krav på skydd mot konkurrens och å andra sidan den förpliktades behov av att kunna bedriva förvärvsverksamhet. Fråga är alltså om den typ av rättsliga avgöranden som består i en *avvägning mellan motstående intressen*. Konkurrensförbudet skulle

(1) inte få sträcka sig längre än vad som krävdes med hänsyn till dess syfte och

(2) inte heller alltför mycket hindra den förpliktades frihet.

Palmgren (s 103) talar om de två ogiltighetsreglerna i 38 §. Den första anger "den yttersta gräns, inom vilken ett konkurrensförbud kan avtalas", den andra "tager åter hänsyn främst till den anställdes intressen" (Palmgren behandlar endast arbetsrättsliga konkurrensklausuler). De är visserligen formellt fristående men bedömningen skall ta sikte på en "totalbild" (se strax).

Vad angår den sistnämnda regeln framhölls i motiven även samhällets intresse av att var och en kan skaffa sig nödigt uppehälle. "Den rätt att fritt bestämma över sina handlingar och sin verksamhet, som tillkommer varje människa, bör hon visserligen kunna delvis uppgiva, men aldrig med laga verkan helt avstå" (Försl s 160 f).

När här i motiven pekas på *samhällets intresse* tycks det endast vara fråga om var och ens försörjningsmöjligheter, för att inte falla det allmänna till last, däremot knappast fråga om samhällets intresse av fri konkurrens för att bäst utnyttja samhällets resurser. *Hasselrot* (s 95) hävdade dock, med stöd av de norska motiven, att samhällets intresse i en vidare bemärkelse måste be-

⁴⁴ NJA II 1915 s 287, jfr Almén, *Lagen om avtal* (1916) s 240. - Såsom nämnts ovan 2.6 och 2.7 finns sådana bestämmelser i både den danska och den norska avtalslagen § 38 st 2.

aktas, varvid han jämte behovet att ta hänsyn till den förpliktades försörjningsmöjligheter även nämnde som stridande mot samhällsintresset "att enstaka personer skaffa sig monopol på vissa grenar av förvärvsverksamhet... eller då syftet med konkurrensklausulen eljest är att hålla priserna uppe."

Varje fall måste enligt motiven avgöras med hänsyn till dess särskilda omständigheter. Avgörande skulle bli "den totalbild konkurrensförbudet till sitt innehåll erbjuder" (Försl s 161). Tid och ort eller orter var sådana omständigheter men även andra, såsom den anställdes ställning i den berättigades företag. Ett mycket speciellt konkurrensförbud skulle kunna vara giltigt, även om det var obegränsat i fråga om tid och ort. Även vederlagsfrågan berördes: "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" (Försl s 162).

I fråga om *påföljden* av alltför långtgående konkurrensförbud framhölls i motiven (Försl s 162), att utfästelsen skulle vara ogiltig endast *i den mån* den skulle medföra alltför stora inskränkningar för den förpliktade, alltså *jämkning* i stället för total ogiltighet. Detta överensstämde med bestämmelserna om vitesutfästelser och andra sådana kontraktsbestämmelser (§§ 36 och 37).

Det framhölls av obligationsrättskommittén att konkurrensklausuler kunde förväntas få sin huvudsakliga betydelse inom handel, industri och hantverk men att utrymme för deras tillämpning också fanns inom andra yrkesgrenar, exempelvis advokat- och tandläkaryrket (Försl s 160).

38 § avtalslagen kvarstod i sin ursprungliga lydelse under åtskilliga decennier. Domstolarnas tillämpning av regeln var under denna tid mycket försiktig. (I avsnitt 4.1 skall göras en översikt av denna rättspraxis.) Av stor betydelse blev att inställningen till konkurrensklausuler förändrades på arbetsmarknaden, något som kom till uttryck i ett 1969 ingånget och alltså gällande kollektivavtal mellan SAF och fackförbunden SIF, SALF och CF. Detta behandlas i avsnitt 3.4-5. Även den allmänna inställningen till konkurrenshinder förändrades under denna tid, såsom framhållits i avsnitt 1.3-4. Senare tider har karakteriserats av allt starkare ingripanden mot konkurrensbegränsningar, numera förestavade inte minst av behovet av anpassning till EG-rätten.

I samband med tillkomsten av generalklausulen i 36 § avtalslagen 1976 omarbetades även 38 §. Det övervägdes att helt slopa

38 § och låta 36 §:s skälighetsbedömning gälla även för konkurrensklausuler, men inte minst från arbetsrättslig synpunkt bedömdes det som "värdefullt att förutsättningarna för att jämka eller åsidosätta konkurrensklausuler anges i en separat bestämelse"⁴⁵. Ett viktigt syfte var att *vidga* möjligheterna till jämkning, då rättspraxis ansetts vara alltför återhållsam, varför särregleringen i 38 § inte ansågs stå "i samklang med vad som eljest antas skola gälla".⁴⁶

Den nya 38 § skulle alltså ge ökade möjligheter till jämkning eller åsidosättande men skulle inte innebära "några principiella nyheter i fråga om bedömningsgrunderna" (prop s 149). Dock måste anmärkas att lydelsen nu ger vagare uttryck för hur bedömningen skall ske; endast skäligheten anges som riktmärke. Det är nu tydligare än förut fråga om en intresseavvägning - med bibehållande av de gamla komponenterna - men jämningsmöjligheterna har ökat. 38 § lyder numera:

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

Beträffande konkurrensklausuler i anställningsavtal ansågs ledning kunna hämtas från kollektivavtal, varvid dock framhölls att förhållandena kan skifta avsevärt. T o m beträffande "rent affärsmässiga avtal" skulle för någon speciell fråga, såsom giltighetstiden, vägledning kunna hämtas från kollektivavtal.⁴⁷

I fråga om vitesklausuler i konkurrensklausuler skulle liksom förut 36 § avtalslagen bli tillämplig. Medan enligt den gamla 36 § vitet kunde jämkas endast när utdömandet skulle vara "uppenbart obilligt", räcker det efter 1976 års ändring för jämkning, att vitet bedöms vara oskäligt. Även om en konkurrensklausul i fråga om själva konkurrensbegränsningen bedöms som fullt skälig, kan vitesklausulen bedömas som oskälig, men i princip rekommenderas i motiven en "helhetsbedömning av avtalet" (prop s 149).

Lagrådet hade funnit generalklausulsutredningens behandling av hitthörande problem "ytterst knapphändig" och menat att frågan om konkurrensklausuler inte fått den belysning som varit önskvärd inför en eventuell lagändring, och lagrådet hade till följd härav inte velat tillstyrka att för-

⁴⁵ Prop 1975/76 s 148.

⁴⁶ Anf prop s 148, jfr SOU 1974:83 s 118, 192.

⁴⁷ Anf prop s 149. Se härom vidare 3.5.11.

slaget till lagändring av 38 § genomfördes. Om en förnyad utredning inte kunde avvaktas ansåg lagrådet att 38 § borde upphävas så att frågan om konkurrensklausuler i stället kunde behandlas under generalklausulen i 36 §. "Endast om grunderna för jämkning av konkurrensklausuler anges på ett mera konkret sätt synes ett bibehållande av 38 § vara motiverat", blev lagrådets sammanfattande synpunkt.⁴⁸ Som framgått ovan beaktades emellertid inte lagrådets synpunkter utan man införde en ganska opreciserad 38 §, och skälet till att man överhuvudtaget bibehöll en särskild paragraf för jämkningen av konkurrensklausuler var, som redan framgått, framför allt att paragrafen hänför sig till specifikt arbetsrättsliga förhållanden.

3.2. Annan lagstiftning om konkurrensklausuler

En särskild bestämmelse om konkurrensklausuler finns i lagen 1991:351 om handelsagentur § 35.⁴⁹ Denna bestämmelse fastslår att en konkurrensklausul mellan huvudmannen och en agent "är bindande för agenten bara om och i den mån konkurrensklausulen (1) har upprättats skriftligt, (2) avser det område eller den kundkrets som har tilldelats agenten, och (3) avser de slag av varor som agenturavtalet gäller". Vidare är enligt 2 st agenten inte bunden av klausulen "i den mån den avser längre tid än två år efter det att agenturavtalet har upphört".

Denna bestämmelse, som helt följer EG-direktivet i ämnet (se prop s 205), anger en klar ram för sådana konkurrensklausuler men utesluter enligt 3 st inte att klausulen kan vara ogiltig eller kan jämkas med tillämpning av 38 eller 36 § avtalslagen.

Bestämmelsen avser agentens verksamhet inom den angivna ramen vare sig agenten blivit anställd hos annat företag, blivit handelsagent för en ny huvudman eller öppnat egen återförsäljarverksamhet. Huruvida agenturavtalet bragts att upphöra genom huvudmannen eller genom agentens egen försorg skall vara ovidkommande. Huvudmannens konkurs torde enligt förarbetena medföra att klausulen förlorar sin verkan (jfr § 27). Vad angår varuslag är enligt förarbetena avgörande vad som faktiskt omfattats av agenturen, inte vad som angivits i agenturavtalet.⁵⁰

⁴⁸ Se lagrådets yttrande om 38 § i anf prop s 169 f.

⁴⁹ Se härom prop 1990/91:63.

⁵⁰ Dessa uppgifter har hämtats ur anf prop s 133 f.

3.3. Konkurrensklausuler och konkurrensrätt

I detta avsnitt behandlas frågan, vad som framgår av lagförarbeten till den allmänna konkurrenslagstiftningen angående dess tillämplighet eller betydelse i övrigt vid bedömningen av konkurrensklausuler. En utgångspunkt är att denna lagstiftning åtminstone i första hand tar sikte på samhällsintresset, makroperspektivet. Detta gäller åtminstone konkurrenslagen (KL), kanske mindre lagen om skydd för företagshemligheter, som ersatt den gamla lagen från 1931 om illojal konkurrens och som också skall tas upp i det följande.

I propositionen till 1982 års KL konstaterade departementschefen såvitt angår 38 § avtalslagen, att denna gällde "motstående partsintressen. Endast medelbart kommer det allmännas intressen under bedömande". Därmed torde förstås att samhällsintresset endast beaktas inom ramen för den individuella intresseavvägningen. Men detta innebar också enligt departementschefen, som därvid anslöt sig till utredningens ståndpunkt, "självfallet att möjligheterna att gripa in enligt en konkurrenslagstiftning inte på något sätt binds genom 38 § avtalslagen. MD kan sålunda förbjuda en konkurrensklausul som det eventuellt inte hade varit möjligt att angripa med stöd av 38 § sistnämnda lag".⁵¹

Innebörden härav torde med andra ord vara följande. Även om lagarna har olika syften och rättslig teknik, individuell intresseavvägning kontra skadlighetsprövning från allmän synpunkt, kan det allmänna intresse, som konkurrenslagstiftningen är avsedd att tillgodose, i någon mån påverka intresseavvägningen enligt 38 § avtalslagen. Och även om intresseavvägningen enligt 38 § inte skulle leda till ogiltighet eller jämkning, kan konkurrensmyndigheterna ingripa mot en konkurrensklausul med tillämpning av KL. Avvägningen 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 komma in i den civilrättsliga bedömningen, och det blir i sådant fall ett enligt vår mening 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 (att konkurrensklausulen på ett sätt som är otillbörligt från allmän synpunkt påverkar prisbildningen, hämmar effektiviteten inom näringslivet alternativt försvårar eller hind-

⁵¹ Citaten ur prop 1981/82:165 s 238. - Betr rättspraxis se 4.4.

rar annans näringsutövning).

Ett särskilt problem erbjuder 41 § KL. Enligt denna skall KL inte tillämpas "på överenskommelse mellan arbetsgivare och arbetstagare angående arbetslön eller andra arbetsvillkor". Syftet med denna bestämmelse, som fanns med redan i 1953 års lag om konkurrensbegränsning, är uppenbarligen, såsom också framgår av förarbetena, att klargöra att kollektivavtal i normalfallet inte skall betraktas som sådan skadlig konkurrensbegränsning, som skulle kunna angripas med stöd av KL. Det kan erinras om att i vissa länder fackföreningarnas strävanden att få till stånd kollektiv reglering av arbetsvillkoren länge stötte på motstånd just med motiveringen, att sådan reglering hämmade konkurrensen på arbetsmarknaden.

Varför man inte valt att använda gängse terminologi för kollektivavtal framgår inte av förarbetena - syftet har väl varit att över huvud utesluta arbetsrättsliga förhållanden från lagens tillämpningsområde. Lydelsen för närmast tanken till anställningsavtal eller över huvud personliga avtal, och konkurrensklausuler ingår regelmässigt som ett villkor i personliga avtal och skulle därmed formellt undantas från tillämpningen av KL. Detta skulle strida mot de ovan citerade uttalandena om att konkurrensklausuler självfallet kan angripas med stöd av KL.

Så mycket framgår klart av förarbetena att inte allt som regleras i kollektivavtal undantas från KLs tillämpningsområde. Kollektivavtal har ibland innehållit bestämmelser avsedda att till skydd för arbetstagarnas löner förebygga konkurrens mellan branschens arbetsgivare genom i kollektivavtalet fastställda prislister att tillämpas gentemot kunderna. Sådana bestämmelser har i praxis inte ansetts falla under undantaget utan drabbats av ingripanden (se t ex beträffande frisörbranschen prop s 195). Ett sentida ingripande av denna typ är MD 1989:13 (se 4.4).

I propositionen till KL uttrycktes det så att undantaget inte "är tillämpligt när arbetsmarknadsorganisationer, kanske i ett kollektivavtal, medverkar till en konkurrensbegränsning på marknaden utan att detta är ett utflöde av regleringen av arbetsvillkor".⁵² Detta skulle tillämpat på konkurrensklausuler i anställningsavtal innebära, att en sådan klausul inte räknas som arbetsvillkor i lagens mening utan som en bestämmelse avsedd att begränsa den framtida konkurrensen och därmed inte villkoren i ett anställningsförhållande.

⁵² Prop 1981/82:165 s 195. Jfr även s 196 departementschefens eget uttalande.

Detta synes kunna godtagas som en utväg att komma ifrån att lagtextens lydelse formellt inbegriper de arbetsrättsliga konkurrensklausulerna i undantaget.

Det kan anmärkas att det nya förslaget till konkurrenslag (Ds 1992:18) i 2 § innehåller exakt samma undantagsbestämmelse som 41 § i 1982 års KL.

Även *lagen 1990:409 om skydd för företagshemligheter* skall nämnas i detta sammanhang. Dess 7 § innehåller en regel om skadeståndsskyldighet för "arbetstagare som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos arbetsgivaren som han fått del av i sin anställning under sådana förhållanden att han insåg eller borde ha insett att han inte fick avslöja den". Denna bestämmelse gäller alltså tiden för anställningens fortbestånd. Av intresse är här 2 st:

"Har förfarandet ägt rum sedan anställningen upphört, tillämpas första stycket endast om det finns synnerliga skäl."

7 § ger alltså ett ganska snävt utrymme för sanktioner mot spridande av företagshemligheter efter anställningens upphörande. I förarbetena⁵³ finns några uttalanden om vad som avses med *synnerliga skäl*. "Det skall vara fråga om fall då arbetstagaren på ett stötande sätt har missbrukat det förtroende som följer av anställningsförhållandet." Som exempel anges att arbetstagaren tagit anställning just för att komma över hemlig information eller under sin anställning förberett överförande av hemlig information till konkurrerande företag, särskilt om dokumentation upprättats för ändamålet. Särskild förtroendeställning och skadans storlek anges också som omständigheter som kan påverka bedömningen.

En omständighet i motsatt riktning är att arbetstagaren själv utvecklat hemligheten hos sin tidigare arbetsgivare. Det kan då "ofta finnas skäl att inte frånga huvudregeln om arbetstagarens frihet att utnyttja sin kunskap och erfarenhet på den öppna arbetsmarknaden".

Huvudregeln är således enligt förarbetena att arbetstagaren är fri att utnyttja i en anställning vunna kunskaper och erfarenheter i sin senare verksamhet. I den allmänna motiveringen till den nya lagen gav departementschefen några allmänna synpunkter på de motsatta intressen som gör sig gällande i en lagstiftning av denna typ. Först angavs de intressen som motiverar

⁵³ Se prop 1987/88:155 s 46.

ett skydd för företagshemligheter. Därefter uttalade departementschefen:

Mot de skyddsintressen som jag nu har beskrivit måste emellertid ställas att det från allmän synpunkt är angeläget med ett brett och fritt kunskapsutbyte. Det är också viktigt att konkurrensen inom näringslivet är effektiv. Mot de angivna skyddsintressena står vidare den enskilde arbetstagarens intresse av att fritt kunna utnyttja sin erfarenhet och utveckla sitt kunnande.⁵⁴

Det allmänna samhällsintresset av effektiv konkurrens inom näringslivet, makroperspektivet, bör således få göra sig gällande även vid denna bedömning, inte endast mikroperspektivet, varje enskild parts intressen.

Arbetsgivarens ställning kan förstärkas med en konkurrens- eller sekretessklausul, som då kan underkastas en prövning enligt 38 och/eller 36 § avtalslagen. I propositionen (s 47) talas i detta sammanhang endast om sekretessklausuler och tillämpning därpå av 36 §. Det framhålls som en omständighet av betydelse vid tillämpningen "hur pass konkret tystnadsplikten har angetts i avtalet. För den anställde är det givetvis väsentligt att veta vilka uppgifter eller vilka slag av uppgifter han inte får lämna ut. En annan omständighet av betydelse är hur lång tid som har förflutit efter anställningens upphörande." Det nära sambandet med konkurrensklausuler påpekades:

Vid bedömning av om en sekretessklausul är att anse som oskäligen enligt 36 § avtalslagen torde viss ledning kunna hämtas i de uttalanden som har gjorts vid tillkomsten av den motsvarande jämningsbestämmelsen i 38 § samma lag och i rättspraxis vid tillämpningen av den bestämmelsen.

Det viktiga begreppet *företagshemlighet* tas upp i annat sammanhang (se 5.3.2).

3.4. Konkurrensklausuler och arbetsrättslig reglering

Konkurrensklausuler förekommer såsom framgått i stor utsträckning i anställningsavtal, varför specifikt arbetsrättsliga synpunkter givetvis gör sig gällande i sådana fall. Det har även framgått att det mestadels är arbetsrättsliga konkurrensklausuler som föranlett lagstiftning i de länder, vilkas rätt berörs i detta arbete (kap 2). Det tycks vara ganska unikt för Norden att ha en för alla

⁵⁴ Anf prop s 9.

konkurrensklausuler gemensam regel såsom den i 38 § avtalslagen, men att regeln är gemensam för alla klausuler av sådant innehåll utesluter givetvis inte att särskilda synpunkter gör sig gällande vid tolkningen och tillämpningen av arbetsrättsliga konkurrensklausuler. Mot arbetsgivarens intresse av att skydda sig mot konkurrens skall vägas arbetstagarens intresse av att kunna försörja sig och därvid utnyttja sin kompetens. Den moderna arbetsrätten har alltmer utvecklats till en social skyddslagstiftning för den anställde och den successiva begränsning av användningsområdet för konkurrensklausuler som ägt rum under 1900-talet kan ses som ett uttryck för detta.

Medan i Sverige 38 § avtalslagen är den enda lag som direkt reglerar konkurrensklausulers tillämplighet, har i Danmark och Finland tillkommit speciell lagstiftning om konkurrensklausuler i anställningsavtal (se 2.6, 2.8). I Sverige har valts en annan väg, typisk för den svenska arbetsmarknaden, nämligen att reglera frågan i ett centralt kollektivavtal, för närvarande 1969 års överenskommelse om konkurrensklausuler. Denna föregicks av ett 1947 ingånget ramavtal mellan SAF och SIF om konkurrensförbud. Åtskilliga regler från detta ramavtal återkom i 1969 års överenskommelse, varför en redogörelse för dess innehåll är på sin plats.⁵⁵ Syftet med avtalet var att begränsa och närmare reglera användningen av konkurrensklausuler. I ramavtalet hade parterna tagit in följande principförklaring:

Konkurrensförbud bör endast ifrågasättas vid företag där yrkeshemligheter finnas, vilkas yppande skulle vara till påtagligt men för företaget. Vid sådant företag bör konkurrensförbud endast ifrågasättas för tjänsteman, som under tjänstgöringen får kännedom om dylik yrkeshemlighet och genom utbildning eller erfarenhet har förutsättning att göra bruk av denna kännedom. Vid avgörande av fråga, huruvida konkurrensklausul bör intagas i kontraktet för viss tjänsteman samt vid fastställande av klausulens villkor bör sålunda hänsyn tagas till å ena sidan vikten av det intresse, som arbetsgivaren avser att skydda, och å andra sidan tjänstemannens intresse av att fritt kunna utnyttja sin arbetskraft."

I Riktlinjer till ramavtalet förordade parterna att bl a följande skulle ingå i konkurrensklausulen, om en sådan intogs i ett tjänsteavtal:

1. Konkurrensförbudet gäller ej i följande fall:

a) Vid uppsägning från arbetsgivarens sida, vilken icke föranletts av kontraktsbrott från tjänstemannen.

⁵⁵ Uppgifterna härom har hämtats ur en opublicerad utredning inom SIF Konkurrensklausuler i anställningskontrakt, 1968 (Kerstin Gustafsson), se not 9.

b) Vid uppsägning från tjänstemannens sida, vilken föranletts av kontraktsbrott från arbetsgivaren. Med kontraktsbrott förstås sådan åtgärd eller underlåtenhet, som ger motparten hävningsrätt.

2. Som ersättning för iakttagande av konkurrensförbudet utbetalar arbetsgivaren per månad skillnaden mellan tjänstemannens arbetsinkomst hos arbetsgivaren vid anställningens upphörande och den (lägre) inkomst, som tjänstemannen därefter uppburit i ny förvärvsverksamhet, dock att ersättningen icke får överstiga 60 % av månadsinkomsten från arbetsgivaren. För fastställande av ersättningsbeloppet är tjänstemannen skyldig att hålla arbetsgivaren underrättad om storleken av sina inkomster i ny förvärvsverksamhet.

3. Arbetsgivaren kan genom meddelande till tjänstemannen befria denne från skyldigheten att iakttaga konkurrensförbudet, varvid arbetsgivarens ersättningsskyldighet enligt punkt 2 upphör tre månader efter det meddelandet lämnats.

Som Protokollsanteckningar till 1947 års ramavtal fanns vidare följande text:

1. Det är organisationernas uppfattning, att konkurrensförbudets giltighetstid i allmänhet ej behöver överstiga två år efter anställningens upphörande. En längre giltighetstid bör endast i undantagsfall vara nödvändig. I många fall kan en kortare tid än två år vara tillräcklig.

2. Vitesbeloppet bör sättas i rimlig proportion till tjänstemannens årslön. Det är organisationernas uppfattning, att i flertalet fall ett vitesbelopp av 75 % av tjänstemannens årslön utgör en tillräcklig garanti för konkurrensförbudets iakttagande.

I dessa avtalstexter från 1947 ser man uttryck för viktiga principer, vilka i flera avseenden bygger på motivuttalanden till 1915 års version av 38 § AvtL och vilka därefter återkommit i 1969 års överenskommelse, när det gäller att dra gränserna för konkurrensklausulers räckvidd. Således utsades redan i 1947 års ramavtal att konkurrensklausuler endast får förekomma när det handlar om att skydda rena yrkeshemligheter eller liknande. I 1969 års överenskommelse har terminologin ändrats från "yrkeshemligheter" till "tillverkningshemligheter", men detta synes inte ha inneburit någon egentlig förändring med avseende på det möjliga utrymmet för konkurrensklausuler. Vidare togs i avtalet in de regler, som i förslaget till lagen om avtal infogats i 2 st av 38 § men som uteslöts såsom alltför speciella, nämligen regler om att konkurrensklausul inte får göras gällande, om det berott på arbetsgivaren att anställningen upphört (jfr ovan 3.1 vid not 44).

Viktiga principer som fanns med redan i 1947 års ramavtal är vidare att konkurrensförbudet inte bör vara längre än 2 år och att arbetsgivaren är ersättningsskyldig gentemot den anställde för

att han genom konkurrensklausulen hindrar den anställde att fritt försörja sig efter bästa förmåga.

1961 sade SIF upp 1947 års ramavtal, sedan SIF utan framgång begärt omförhandling av avtalet i skärpande riktning. Frågan om konkurrensklausuler var därefter ett öppet stridsämne mellan arbetsgivare och arbetstagare. År 1960 hade tillsatts en statlig utredning om illojal konkurrens, vilken 1966 lade fram betänkandet *Otillbörlig konkurrens* (SOU 1966:71). Förslaget ledde inte till lagstiftning, mycket beroende på att framför allt reglerna om företagshemligheter var kontroversiella mellan arbetsgivare och arbetstagare. Dessa motsättningar dämpades dock genom den överenskommelse om konkurrensklausuler som ingicks 1969.

Frågan om eventuell lagstiftning mot konkurrensklausuler i anställningsavtal har varit mer eller mindre aktuell sedan 60-talet. Efter en motion av dåvarande SIF-juristen Lennart Geijer, anhöll riksdagen 1963 genom en skrivelse till regeringen om att frågan om användningen av sådana klausuler i anställningsavtal skulle utredas förutsättningslöst. Utredningen fördröjdes av olika skäl, bl a för att man ansåg att en eventuell ändring av lagstiftningen rörande konkurrensklausuler utgjorde ett gemensamt nordiskt problem.⁵⁶ År 1973 överlämnade regeringen denna skrivelse till den s k generalklausulutredningen, och lagstiftningsfrågan om konkurrensklausuler kom därmed att behandlas tillsammans med omarbetningen av generalklausulen i 36 § AvtL. Utredningen övervägde som nämnts (3.1 vid not 45) att "baka in" 38 § i den allmänna generalklausulen i 36 §, men avstod från att göra en sådan förändring "eftersom paragrafen i väsentlig mån rör specifikt arbetsrättsliga förhållanden" och eftersom "hithörande frågor varit föremål för överläggningar mellan arbetsmarknadsparterna". I betänkandet till 1976 års lagändring redogörs ingående för den överenskommelse, som blivit resultatet av dessa överläggningar.⁵⁷

Eventuell lagstiftning om konkurrensklausuler ifrågasattes återigen i samband med införandet av 1990 års lag om skydd för företagshemligheter, men även då avstod man från att lagstifta, bl a med hänvisning till 1969 års överenskommelse.⁵⁸

Den 14 december 1969 ingicks den nämnda överenskommelsen. Parter var å ena sidan SAF och å andra sidan SIF, SALF och CF. Överenskommelsen bygger i allt väsentligt på det ramavtal som

⁵⁶ SIFs utredning *Konkurrensklausuler i anställningskontrakt* (se ovan not 9 och 55).

⁵⁷ SOU 1974:83 s 29, 191.

⁵⁸ SOU 1983:52 s 314 f och prop 1987/88:155 s 21.

SAF och SIF ingick 1947. Skälet till att SAF gick med på att ingå 1947 års avtal påstås vara det då föreliggande hotet om lagstiftning mot konkurrensklausuler⁵⁹ och även när 1969 års överenskommelse ingicks förelåg, som ovan framkommit, ett visst hot om lagstiftning.

Överenskommelsen gäller alltså i den utformning, som den fick 1969. Formellt trädde överenskommelsen, som berörda arbetsgivarförbund godkänt som kollektivavtal med de avtalslutande fackförbunden, i kraft den 1 januari 1971. Överenskommelsen har efterhand fått betydelse som normkälla långt utöver sitt formella tillämpningsområde, inte minst genom att lagstiftaren i förarbetena till 1976 års ändring av 38 § AvtL förordat en sådan normerande verkan av överenskommelsen.⁶⁰ I följande avsnitt analyseras 1969 års överenskommelse och dess betydelse mera ingående.

3.5. Närmare om 1969 års överenskommelse⁶¹

3.5.1. Allmänt

1969 års överenskommelse skall ses som ett instrument för begränsning av användningsområdet för konkurrensklausuler i anställningsavtal i förhållande till vad som tidigare gällt, samtidigt som den innehåller bestämmelser för det materiella innehållet i sådana klausuler. Den har antagits som kollektivavtal av samtliga förbund inom SAF och gäller därmed direkt för företag anslutna till SAF i förhållande till anställda som är medlemmar i förbunden SIF, SALF och CF. För anställdas bundenhet krävs dock ett individuellt avtal om att klausulen skall gälla för honom/henne (se 3.5.11). Att överenskommelsen dessutom tillämpas på anställda utanför giltighetsområdet kommer att framgå längre fram (3.5.11).

Överenskommelsen föregås av en ingress där parterna i löpande text redogör för bakgrunden till överenskommelsen och även något om den intressekonflikt som överenskommelsen avser att "stämna av". Ingressen kan ses som ett slags förarbeten och intentionsförklaring till överenskommelsen på sådant sätt att den ger anvisningar om hur själva avtalstexten skall tolkas.

⁵⁹ Se den i not 55 nämnda SIF-utredningen s 6.

⁶⁰ Prop 1975/76:81 s 149. Jfr SOU 1974:83 s 192.

⁶¹ Texten till överenskommelsen finns i Bilaga.

Parterna framhåller i ingressen att kraven på näringslivet avseende snabb produktivitetshöjning och förbättrad marknadsföring är utomordentligt starka och att många företag därför ägnar sig åt viktigt utvecklingsarbete avseende såväl produkt- och metodutveckling som marknadsanalys och marknadsföring, vilket i sin tur leder fram till know-how eller jämförbart kunnande, som kan vara specifikt för företaget i fråga. Det framhålls att arbetsgivaren även kan skaffa sig detta kunnande genom avtal. Parterna är införstådda med att företag, som utvecklat eller förvärvat sådant kvalificerat kunnande, det som parterna sammanfattningsvis kallar *skyddsvärda företagshemligheter*, kan vara angelägna om att kunnandet förbehålles den egna arbetsplatsen. I sådana fall kan det enligt parternas gemensamma uppfattning vara motiverat att kräva att de anställda inte ger spridning åt dessa skyddsvärda företagshemligheter och i synnerhet gäller detta när hemligheterna inte kan skyddas genom patent eller liknande registreringsförfaranden. Så länge anställningen pågår är arbetstagaren genom sin allmänna (och ibland även särskilt avtalade) lojalitets- och diskretionsplikt förhindrad att föra detta kunnande vidare utanför företaget. Efter anställningens upphörande finns emellertid inte längre något sådant skydd för arbetsgivaren. Stundom kan, enligt vad parterna framhåller i ingressen, ett företag behöva kräva lojalitet och tystnadsplikt av en arbetstagare även under viss tid efter anställningens upphörande. Det är i dessa situationer som parterna förklarar sig kunna finna det motiverat med en konkurrensklausul, d v s att i anställningsavtalet hos en arbetstagare, som har "inblick i skyddsvärda hemligheter och möjligheter att utnyttja kunskap därom intaga en klausul, enligt vilken arbetstagaren vid visst normerat skadestånd förbinder sig att icke under fastställd tid efter anställningens upphörande ta befattning med verksamhet, vilken konkurrerar med företaget". Om de motstående intressena yttras i ingressen följande:

Gentemot ett enskilt företags intresse att i vissa fall binda sina anställda med konkurrensklausuler kan dock anföras, att det för arbetstagarna liksom även för näringslivet i stort kan vara betydelsefullt, att de anställda har frihet att ta anställning där de bäst kan utnyttja utbildning, yrkeserfarenhet och specialkunskaper. Det framstår även som angeläget, att arbetstagare, som skaffat sig specialutbildning och erfarenhet inom visst område, får tillfälle att hos andra arbetsgivare tillgodogöra sig kunskaper inom samma område och där skaffa sig vidare erfarenhet och kunskap.

3.5.2. När får konkurrensklausuler användas enligt överenskommelsen?

Användningsområdet för konkurrensklausuler anges i överenskommelsen p 1 inte bara med avseende på *vilka arbetsgivare/företag*, som kan komma ifråga och *vilka anställda*, som kan komma att behöva acceptera en sådan klausul i sina anställningsavtal, utan även med avseende på *vilket slags kunnande* som avses bli skyddat.

(a) Vilka företag får använda konkurrensklausuler?

Det ligger i sakens natur att det är på arbetsgivarens initiativ, som en konkurrensklausul införs i anställningsavtalet. De arbetsgivare som enligt 1969 års överenskommelse kan göra anspråk på konkurrensklausuler gentemot sina anställda är sådana, som "är beroende av självständig produkt- eller metodutveckling och som genom utvecklingsarbete av angivet slag skaffar sig tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart företagsspecifikt kunnande, vars yppande för konkurrenter skulle kunna medföra påtagligt men". Även företag som genom avtal förvärvat sådant kunnande faller enligt överenskommelsen i denna kategori.

(b) Vilka anställda skall behöva acceptera en konkurrensklausul?

Vad därefter gäller frågan vilken kategori arbetstagare, som bör ha konkurrensklausuler i sina anställningsavtal, stipulerar överenskommelsen vissa viktiga begränsningar. För det första gäller, att den arbetstagare som kan bindas av en konkurrensklausul skall uppfylla två kriterier, nämligen dels att han "under anställningen får kännedom om tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart kunnande", dels att han "genom utbildning eller erfarenhet har möjlighet att göra bruk av denna kännedom". Genom denna avgränsning bestäms kategorin anställda utifrån såväl innehållet i kunskaperna och det sätt på vilka dessa förvärvats som utifrån en viss nivå inom företaget; en anställd i underordnad ställning, t ex en laboratorieassistent med enbart rutinarbete eller en sekreterare, som fått kännedom om företagshemligheter under sin tid på företaget, får inte bindas av en konkurrensklausul, eftersom en sådan anställd i normalfallet inte i en ny verksamhet har möjlighet att "göra bruk av denna kännedom". I en s k Anmärkning till överenskommelsen finns följande upplysning om vad man skulle kunna kalla arbetstagare på "mellan-nivån":

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

Anmärkningen tjänar syftet att aktualisera gränsen nedåt i arbetstagarhierarkin. Försäljare och kameral personal hänförs inte till den nivå som automatiskt faller utanför den kategori anställda, som kan komma i fråga för konkurrensklausuler. Beträffande dessa kategorier anställda får det avgöras i det enskilda fallet, huruvida arbetstagaren kan utgöra en fara i konkurrenshänseende efter att vederbörande lämnat arbetsgivaren. Om t ex en försäljare har sådan utbildning och erfarenhet att han hos arbetsgivare nr två skulle kunna få arbetsuppgifter som innebar att han utnyttjade de kunskaper om skyddsvärda företags-hemligheter, som han tillägnat sig hos arbetsgivare nr ett, i ett sådant fall ingår försäljaren i den kategori anställda, för vilka konkurrensklausul är tillåten enligt överenskommelsen.

En särskild regel finns i överenskommelsens p 2 för arbets-tagare som "ej uppnått 27 års ålder och som vid anställnings-tillfället är nyutexaminerad från undervisningsanstalt". Om en sådan person i sitt anställningsavtal blir bunden av en konkur-rensklausul, "bör klausulen i normalfallet erhålla sådan utform-ning, att den erhåller verkan blott i det fallet, att anställningen upphör, sedan den varat i mer än sex månader".

(c) Vilket kunnande skall få skyddas genom klausulen?

Konkurrensklausulens skyddsobjekt anges i avtalstexten på följande sätt: "tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart företagsspecifikt kunnande, vars yppande för konkurrenter skulle kunna medföra påtagligt men".

Vad som avses med tillverkningshemligheter framgår inte närmare av överenskommelsen. Det enda man kan läsa sig till av texten är att det handlar om ett slags kunnande, som genereras genom utvecklingsarbete hos sådana arbetsgivare, som är bero-ende av *självständig produkt- eller metodutveckling*. Det skall vidare röra sig om *företagsspecifikt* kunskap. Det är företagets intresse av att ensamt kunna utnyttja detta företagsspecifika kunnande för kommersiella ändamål, som överenskommelsen avser att skydda. En viktig, svårdragen gränslinje går mellan denna företagsspecifika kunskap och den anställdes *allmänna yrkeskunskap*.⁶² Denna senare form av kunskap har arbets-

⁶² Redan den i början av detta sekel tillsatta patentlagstiftningskommittén gjorde i sitt år

givaren inte någon ensamrätt till utan denna kunskap har den anställde rätt att förfoga över efter anställningens upphörande, även om han är bunden av en konkurrensklausul och då även på ett sätt som kan innebära konkurrens med den f d arbetsgivaren, hos vilken han tillägnat sig denna kunskap.

Ett begrepp som ligger nära begreppet tillverkningshemligheter är begreppet *företagshemligheter*, även om i det allmänna språkbruket begreppet tillverkningshemligheter kan ses som ett snävare begrepp i och med att det hänför sig till hemligheter som har att göra med "tillverkningen" och inte med "företaget" i stort.⁶³ I ingressen till överenskommelsen använder parterna uttrycket "skyddsvärda företagshemligheter" när de sammanfattningsvis betecknar objektet för överenskommelsen. Av ingressen till överenskommelsen framgår vidare att det skall handla om *kunnande*, som förvärvats genom egna insatser eller genom avtal, och som utgör resultatet av *utvecklingsarbete* inriktat på att öka konkurrenskraften hos företaget. I ingressen nämns som exempel på områden där utvecklingsarbete kan förekomma såväl produkt- och metodutveckling som marknadsanalys och marknadsföring. I själva överenskommelsen begränsar man området inom vilket konkurrensklausuler bör få ifrågakomma till företag som är beroende av självständig produkt- och metodutveckling och hos dessa företag avses då "tillverkningshemligheter och därmed jämförbart kunnande" som tagits fram genom eget utvecklingsarbete eller förvärvats genom avtal.

Man kan av överenskommelsens text få intrycket att konkurrensklausuler enligt överenskommelsen är tillåtna endast med avseende på mer tekniskt betonat kunnande (tillverkningshemligheter) och inte på sådant kunnande som hänför sig till marknaden, kundregister, prissättning och liknande mera *kommersiellt* betonad information. Att ordet tillverkningshemligheter används i överenskommelsen innebär förvisso en avsnävning mot det vidare begreppet företagshemligheter, men i och med att man i överenskommelsen talar om "tillverkningshemligheter och därmed jämförbart kunnande", kan man eventuellt hävda att överenskommelsen också gör det möjligt att använda konkurrensklausuler för att förhindra den f d anställde att använda mera kommersiellt betonad information. Frågan huruvida överens-

1915 framlagda betänkande med förslag till lag om illojal konkurrens denna distinktion, se s 307 f. Se även SOU 1983:52 s 43, 292.

⁶³ I AD 1984 nr 20 menade AD att begreppet företagshemligheter kunde användas som en samlande beteckning på det som 1969 års överenskommelse avser att skydda, d v s det som där kallas "tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart företagsspecifikt kunnande", se ADs tryckta domssamling s 176.

kommelsen omfattar endast mer tekniskt betonat kunnade eller också kommersiella/administrativa företagshemligheter får anses oklar.⁶⁴

I ett kommande avsnitt (5.3.2) skall begreppet företagshemlighet behandlas närmare i anslutning till senare lagstiftning.

3.5.3. Hur skall intresseavvägningen mellan arbetsgivare och arbetstagare ske?

Enligt p 2 i överenskommelsen bör frågan om införande av konkurrensklausul i anställningsavtalet "prövas i varje enskilt fall" med hänsynstagande till å ena sidan arbetsgivarens skyddsintresse och "å andra sidan arbetstagarens intresse av att fritt kunna utnyttja sin arbetskraft". Det är samma slags intresseavvägning som föreskrevs i den gamla 38 § avtalslagen. I ett kommande avsnitt (5.4) skall denna intresseavvägning närmare behandlas.

3.5.4. Begränsningen i tid av konkurrensklausuler

Den tid under vilken arbetstagaren skall vara bunden av konkurrensförbudet, *bindningstiden*, skall enligt punkt 3 begränsas till "den beräknade livslängden för arbetsgivarens skyddsvärda know-how eller därmed jämförbara kunnande" men bör "i normalfallet ej överstiga 24 månader". Är livslängden på detta know-how kort, bör bindningstiden inte vara längre än 12 månader. Frågan om bindningstiden skall således regleras i varje särskilt fall i det individuella avtalet. 2-årsregeln fanns med redan i 1947 års ramavtal. Den anger en normaltid, men avvikelse åt båda hållen är således möjlig.

3.5.5. Undantag från tillämpligheten

En annars giltig konkurrensklausul kan inte göras gällande, när det är arbetsgivaren som sagt upp anställningen, bortsett från det fall att uppsägningen föranletts av den anställdes avtalsbrott. Med arbetsgivares uppsägning jämföras uppsägning från den anställdes sida, som föranletts av grovt avtalsbrott från arbets-

⁶⁴ Se vidare härom 5.3.2 i slutet.

givarens sida (avtalsbrott som kan föranleda hävning). Detta framgår, liksom tidsbegränsningen, av formuläret till konkurrensklausul i bilagan till överenskommelsen. Bestämmelsen överensstämmer till innehållet med det 2 st, som obligationsrättskommittén föreslog till 38 § men som uteslöts såsom alltför speciellt för att stå där (se ovan 3.1 och vidare 5.1).

3.5.6. Den materiella innebörden av en konkurrensklausul

Vad konkurrensförbudet närmare bestämt innehåller anges inte i själva avtalet men väl i det formulär till konkurrensklausul som finns i en bilaga till överenskommelsen. Den anställda får inte ta anställning i eller ingå som delägare i ett konkurrerande företag och inte heller själv eller genom annan starta eller driva egen konkurrerande verksamhet. Någon begränsning till viss ort eller viss region krävs inte. Det är således inte uteslutet att göra konkurrensklausulen gällande överallt. Att ingen geografisk begränsning anges hänger givetvis samman med att endast exklusiva tillverkningshemligheter o d skyddas. I sådana fall har geografisk begränsning föga betydelse.

Om det konkurrerande företag, där den anställda tänker ta ny anställning, har två eller flera verksamhetsområden på samma ort, skall samtliga beaktas, när man bedömer konkurrensklausulens räckvidd. Den anställda kan således inte komma undan effekterna av konkurrensklausulen genom att ta anställning inom ett annat verksamhetsområde, om den nye arbetsgivaren, som måste vara en konkurrent till den f d arbetsgivaren, på samma ort också bedriver verksamhet inom samma område som den tidigare arbetsgivaren.

3.5.7. Den anställdes rätt till ersättning

För att en konkurrensklausul skall godtas, fordras enligt 1969 års överenskommelse att den anställda erhåller någon form av ersättning från den arbetsgivare, gentemot vilken den anställda bundit sig i en konkurrensklausul. Redan i Riktlinjerna till 1947 års ramavtal fanns denna regel om den anställdes rätt till compensation uttryckt. I 1969 års överenskommelse återfinns man i stort sett samma regel, dock inte i själva överenskommelsen utan i bilagan med formulär till konkurrensklausul. Enligt denna text gäller att, om tjänsteavtalet upphör efter uppsägning från den

anställdes sida (av annan anledning än pensionering), den f d arbetsgivaren är skyldig att som ersättning för den olägenhet som konkurrensklausulen innebär för den anställde, till den anställde utbetala skillnaden mellan den anställdes arbetsinkomst hos f d arbetsgivaren och den (lägre) inkomst, som den anställde erhåller hos sin nye arbetsgivare/i sin nya förvärvsverksamhet. Den f d arbetsgivarens skyldighet att utge kompensation begränsas dock till 60 % av vad den anställde hade i månadsinkomst hos denne arbetsgivare, och skyldigheten varar inte längre än den tid under vilken konkurrensförbudet gäller.

3.5.8. Sanktioner vid brott mot konkurrensklausul

Enligt 1969 års överenskommelse punkt 4 är sanktionen vid den anställdes överträdelse av en konkurrensklausul "normerat skadestånd". Detta bör enligt p 4 "sättas i rimlig relation till arbetstagarens lön. I allmänhet torde ett skadeståndsbelopp motsvarande sex genomsnittliga månadsinkomster utgöra tillräckligt skydd för konkurrensförbudet". Ett normerat skadestånd är att likställa med ett *avtalsvite* (se 3.6), d v s en redan i avtalet bestämd ersättning för avtalsbrott.

En förutsättning för att skadestånd skall utgå enligt överenskommelsen är att arbetstagaren "avsiktligt eller genom grov vårdslöshet" överträder konkurrensförbudet (p 4 i formuläret).

3.5.9. Ordningsregler m m

Om arbetsgivaren ingår en konkurrensklausul med en anställd åligger det honom enligt överenskommelsen att underrätta vederbörande fackklubb (alternativt lokal facklig representant) om detta. Vidare skall arbetsgivaren vartannat år vid löne-revisionsdatum till berörda lokala fackklubbar lämna en förteckning över alltjämt gällande konkurrensklausuler avseende medlemmar i de av överenskommelsen bundna fackliga organisationerna. Innan arbetsgivaren gör upp dessa förteckningar skall inom företaget övervägas om och i vad mån konkurrensklausulerna alltjämt är påkallade. Arbetsgivaren kan också i dessa förteckningar ange för vilka anställda han skulle vilja införa eller skärpa konkurrensklausuler. Konsekvensen för arbetsgivaren av att inte lämna dessa förteckningar är att gällande konkurrens-

klausuler förlorar sin giltighet, om företaget underlåter att vidta rättelse inom en vecka från det fackklubben påpekat denna underlåtenhet.

Enligt vad som upplysts fungerar inte dessa ordningsregler i praktiken, inte heller ogiltighetsregeln, som annars till sin konstruktion förefaller effektiv.

Twister angående införande av eller tillämpning av konkurrensklausuler liksom tvister om huruvida en konkurrensklausul alltfjämt är påkallad för en viss arbetstagare skall enligt 1969 års överenskommelse bli föremål för förhandling på lokal och där-efter på central nivå och, om enighet inte kan uppnås, hänskjutas till en i särskild ordning utsedd skiljenämnd för avgörande (p 8 och 9).

Twister om konkurrensklausuler lär inom det område, som överenskommelsen avser, hittills aldrig ha förts upp på central nivå, än mindre till skiljeavgörande.

3.5.10. Allmänt om hur 1969 års överenskommelse fungerar

1969 års överenskommelse har varit i kraft under lång tid och har utan tvivel haft stor betydelse i olika hänseenden. Dess normerande betydelse utanför tillämpningsområdet skall behandlas i följande avsnitt. Här skall något sägas om hur denna avtalsreglering fungerat i praktiken inom sitt område.

Överenskommelsen avser industrin och har antagits som kollektivavtal av alla berörda arbetsgivarförbund inom SAF i förhållande till de tre fackförbund, SIF, SALF och CF, som representerar arbetstagarna. Den tar sikte på den vid överenskommelsens tidpunkt mest brännande frågan, tillverkningshemligheter och därtill knuten know-how. Den har otvivelaktigt haft en pacifierande betydelse i detta avseende, därpå tyder inte minst den ringa förekomsten av tvistigheter på detta område, såsom framgår av föregående avsnitt. De speciella regler och anordningar för effektivisering som införts tycks i praktiken inte ha ansetts vara behövliga eller mödan värda att följa. Regleringen av bindningstider och vitesbelopp tycks fungera såsom avsetts.

Konkurrensklausuler lär sällan vara föremål för förhandlingar vid anställning. De kommer ofta i efterhand, när anställningsavtalet i princip är klart. Kunskapen om deras giltighet lär vara dålig bland dem som kan komma i fråga för konkurrensklausuler.

En viktig med utvecklingen sammanhängande omständighet är att företagens viktigaste skyddsintressen knappast längre hän-

för sig till tillverkningshemligheter utan till andra intressen, främst marknads- och branschkunskande. Härom mera längre fram (5.3.2). Tillverkningshemligheter har väl fortfarande betydelse men överskuggas av andra problem.

3.5.11. 1969 års överenskommelses normerande verkan inom och utanför giltighetsområdet

(a) Rättslig form

Som ovan nämnts är överenskommelsen antagen som kollektivavtal mellan berörda förbund. I detta avseende innebar överenskommelsen en skärpning i jämförelse med 1947 års ramavtal, som endast innehöll rekommendationer (riktlinjer) varom parterna enat sig.

Enligt ingressen är överenskommelsen avsedd att reglera "frågor om konkurrensklausulers användningsområde och innehåll samt om handläggningen av spörsmål rörande konkurrensklausuler, allt i den mån sagda frågor berör anställda, vilka är medlemmar av arbetstagarorganisationerna". Detta förefaller att vara en tydlig markering av att tillämpningsområdet är begränsat till fackligt anslutna arbetstagare, vilket innebär att arbetsgivare inte begår avtalsbrott genom att stipulera konkurrensförbud av annat innehåll med oorganiserade arbetstagare.⁶⁵

Det kan över huvud finnas skäl att ställa frågan i vilken utsträckning och på vilket sätt innehållet i kollektivavtalet blir bindande. En konkurrensklausul kommer inte som en lönebestämmelse att bli automatiskt gällande för individuella arbetsgivare och arbetstagare. Det förutsättes att varje konkurrensklausul ingås särskilt efter prövning i varje enskilt fall på det individuella planet med användande av det i bilagan intagna formuläret (se p 5 i överenskommelsen). Har bindningstidens maximum överskridits, torde kollektivavtalets normerande verkan gripa in och ersätta avtalsbestämmelsen med den i kollektivavtalet angivna. Som nämdes i föregående avsnitt synes problem inte ha uppkommit i detta avseende, och några tvister om brott mot kollektivavtalet på grund av avtalsstridiga konkurrensklausuler har enligt uppgift inte förekommit. Den rättspraxis som finns om konkurrensklausuler från senare år faller utanför kollektivavtalets giltighetsområde.

⁶⁵ En av ett kollektivavtal bunden arbetsgivare är annars normalt skyldig att tillämpa det även på oorganiserade arbetstagare, se t ex Adlercreutz, Svensk arbetsrätt (8 uppl 1991) s 64 f. Se även AD 1984:20, behandlat nedan 4.2.2, där AD inte direkt berörde denna begränsning.

I föregående avsnitt nämndes att konkurrensklausuler vanligen kommer till stånd utan förhandlingar genom undertecknande av skriftliga avtal efter det att anställningen i praktiken ansetts klar. Man kan ställa frågan om en arbetstagare, som från att ha varit alltför okvalificerad för att tillhöra den kategori som avses i kollektivavtalet, och sedan utbildat sig och avancerat så att han kommit att tillhöra denna kategori, är skyldig att underkasta sig klausulen. Det förutsättes att han är medlem i ett avtalsslutande förbund. Innehållets detaljer och även frågan om arbetstagare verkligen är tillräckligt kvalificerad för att omfattas av kollektivavtalet är givetvis frågor, som kan bli föremål för tvisteförhandlingar och slutligt kan avgöras genom rättslig prövning, enligt överenskommelsen genom skiljedom. En principiell skyldighet för arbetstagaren att underkasta sig en konkurrensklausul, när förutsättningarna härför föreligger, torde vara för handen. Som nämnts tycks inga tvister av denna typ ha förekommit, vilket kan tyda på att överenskommelsen fungerar väl. Detta kan också bero på att arbetstagare räknar med att en sådan klausul aldrig får tillämpas utöver skälighetens ram.

Bland de företag, som formellt omfattas av av överenskommelsen genom att deras arbetsgivarförbund antagit den som kollektivavtal, är det inte alla, som uppfyller kraven för den kategori arbetsgivare som enligt överenskommelsen har rätt att binda sina anställda med konkurrensklausuler. De arbetsgivare som kommer i fråga för detta är uttryckligen endast sådana som är "beroende av självständig produkt- och metodutveckling och som genom utvecklingsarbete av angivet slag skaffar sig tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart företagsspecifikt kunnande", samt "arbetsgivare som genom avtal förvärvat tillverkningshemligheter etc". Det blir en tolkningsfråga, huruvida ett i och för sig "anslutet" företag faller inom eller utanför denna kategori.

(b) Verkan utanför giltighetsområdet

Trots att överenskommelsen uttryckligen innehåller ovan nämnda avgränsningar, har den efter hand fått normerande verkan utöver sitt formella giltighetsområde och har kommit att ses som en "prototyp" för regleringen av konkurrensklausuler. I propositionen till den nya 38 § avtalslagen framhåller departementschefen att överenskommelsen bör tjäna till ledning vid den närmare utformningen av de ökade möjligheter till jämkning av konkurrensklausuler som den nya 38 § innebär: "På det sättet bör bl a de principer som har kommit till uttryck i överenskommelsen

mellan parterna på arbetsmarknaden kunna vinna beaktande även beträffande konkurrensklausuler i arbetsavtal utanför det område som överenskommelsen gäller.⁶⁶ Skälet till att 38 § inte bakades in i den stora avtalsrättsliga generalklausulen i 36 § angavs i utredningen, som låg till grund för lagstiftningen, vara dess speciella arbetsrättsliga betydelse och den omständigheten att "hithörande frågor varit föremål för överläggningar mellan arbetsmarknadsparterna." I utredningen övervägdes t o m att i lagtexten direkt ange att "vid prövning av konkurrensklausul särskild vikt bör fästas vid innehållet i överenskommelse som träffats mellan arbetsmarknadens parter", men vid närmare eftertanke fann man en sådan precisering onödig.⁶⁷ Även i propositionen med förslag till ändring av 38 § AvtL övervägdes att baka in 38 § i 36 §, men samma överväganden som i betänkandet gjorde att man behöll en särskild 38 §, nämligen "de specifikt arbetsrättsliga förhållanden, som bestämmelsen bl a avser".⁶⁸

I 1976 års version behöll 38 § AvtL sitt tidigare tillämpningsområde, d v s den omfattar konkurrensklausuler såväl i anställningsavtal som i avtal mellan näringsidkare, och lagändringen bestod i att paragrafen fr o m 1976 innebar ökade möjligheter till jämkning. När det gäller bestämmelsens tillämpning på anställningsavtal, ligger det enligt uttalanden i propositionen nära till hands att göra en jämförelse med innehållet i överenskommelser om konkurrensklausuler som har träffats i kollektivavtal, och även beträffande konkurrensklausuler i affärsmässiga avtal kan det enligt samma källa ibland finnas anledning att "hämta vägledning från innehållet i kollektivavtal, t ex för att belysa den allmänna uppfattningen om vad som kan anses rimligt i fråga om konkurrensbegränsningstidens längd". Men i regel, framhölls det, saknas när det gäller konkurrensklausuler i rent affärsmässiga avtal "anledning att göra någon ingående jämförelse med vad som gäller enligt kollektivavtal".⁶⁹

Den enda kända överenskommelse, som föreligger mellan arbetsmarknadsparter, är 1969 års överenskommelse och det är också den som avses, när det i förarbetena rent allmänt talas om "överenskommelser mellan arbetsmarknadens parter" respektive kollektivavtal.

Man kan således konstatera att 1969 års överenskommelse

⁶⁶ Prop 1975/76:81 s 148.

⁶⁷ SOU 1974:83 s 191 f.

⁶⁸ Prop 1975/76:81 s 148.

⁶⁹ Prop 1975/76:81 s 149.

officiellt fått status av rättskälla. Att så i praktiken också har blivit fallet skall framgå av genomgången av rättspraxis i kap 4. Detta står i överensstämmelse med den svenska modellen att välja kollektivavtalsreglering i stället för lagstiftning, även om inget kollektivavtal tidigare tillerkänts denna status. En annan sak är att 1969 års överenskommelse inte längre tar, åtminstone direkt, sikte på det numera mest brännande ämnet för konkurrensklausuler.⁷⁰

3.6. Påföljder för brott mot konkurrensklausuler

Brott mot en giltig konkurrensklausul är ett avtalsbrott, som följer allmänna regler för sådana. *Skadestånd* är den allmännaste påföljden för kontraktsbrott och kan utdömas vid brott mot konkurrensklausuler utan att det behövt anges särskilt.

En svårighet vid talan om skadestånd på grund av att en konkurrensklausul överträtts är att bevisa dels att skada inträffat, dels denna skadas storlek i pengar. För att undvika sådana svårigheter förekommer mycket ofta i konkurrensklausuler särskilda bestämmelser om *vite*, d v s en avtalsreglering av skadeståndssbeloppet. Om vite i pengar eller annat fanns tidigare en särskild bestämmelse i 36 § avtalslagen, som gav möjlighet att nedsätta beloppet, om "utkrävandet av vad utfäst blivit finnes vara uppenbart obilligt". 36 § omarbetades emellertid till den stora generalklausulen 1976, och jämkning av avtalsvite är således endast *ett* av fallen under denna allmänna jämningsbestämmelse, med den skillnaden mot tidigare att det för jämkning av vitesbelopp numera räcker att detta är *oskäligt*.

Det kan uppkomma många frågor i samband med tillämpning av vitesbestämmelser, som skall närmare behandlas i samband med rättspraxis och i kap 5, t ex om en vitesbestämmelse in dubio får anses exklusivt reglera frågan om skadestånd eller endast avser ett minimibelopp, om vite kan utkrävas flera gånger vid upprepade överträdelse, om vitet är att se som ett friköpsbelopp (se härom 5.6.1).

En viktig fråga är om den enligt konkurrensklausulen berättigade (borgenären) kan kräva *naturauppfyllelse*, som ju normalt är ett alternativ som borgenär kan välja i stället för påföljd i form av hävning och/eller skadestånd (jfr 22 § köplagen). Här är av intresse bl a om eller i vad mån bestämmelsen i RB 15:3 om interimistiskt *vitesförbud* kan tillämpas. Kan den som överträtt en

⁷⁰ Se t ex AD 1992:9, varom mera i 4.2.2.

konkurrensklausul genom att öppna egen konkurrerande verksamhet eller ta anställning hos en konkurrent vid vite förbjudas att fortsätta sin verksamhet eller lämna anställningen? Enligt 2 st i RB 15:3 *får* en sådan interimistisk säkerhetsåtgärd "innebära förbud vid vite att utöva viss verksamhet eller företa viss handling". Här uppkommer många känsliga avvägningsfrågor, som när det gäller frågor om förbud att bedriva förvärvsverksamhet och över huvud utövande av personligt tvång kräver stor uppmärksamhet. Bestämmelsen är, som Ekelöf påpekat, fakultativ ("får"). En intresseavvägning måste företas.⁷¹ Vi återkommer närmare till dessa frågor i senare avsnitt (5.6.2).

⁷¹ Ekelöf, Rättegång, 5 uppl 1988 s 12, 14.

4. Svensk rättspraxis X

4.1. Rättspraxis i HD vid tillämpning av avtalslagen före ändringarna 1976

Det finns från tiden före ändringarna 1976 11 i NJA refererade fall rörande tillämpningen av avtalslagens regler om konkurrensklausuler (§§ 38 och 36). 8 fall har gällt konkurrensklausuler i anställningsavtal,⁷² i tre fall har konkurrensförbud ingått i avtal om företagsöverlåtelse.⁷³ Det finns ett fall om konkurrensförbud i ett ensamförsäljningsavtal, som dock avsåg konkurrens under rättsförhållandets bestånd.⁷⁴ Från tiden före avtalslagen finns två fall rörande företagsöverlåtelse⁷⁵ och ett rörande anställningsavtal,⁷⁶ vilka här inte vidare skall beröras.

4.1.1. Fall om företagsöverlåtelse

Här skall först behandlas de tre fallen om konkurrensklausuler i avtal om företagsöverlåtelse. De gäller alla mer eller mindre tolkningen av innehållet i klausulen och huruvida visst förfarande inneburit brott mot klausulen.

NJA 1922 s 144 gäller huvudsakligen mera speciella frågor och förbigås här. Fråga var bl a om en av säljarna genom rörelse i ett nybildat aktiebolag kringgått konkurrensförbudet.

NJA 1942 s 354 är ett mera typiskt fall. Efter överlåtelse av en speceriaffär hade J, som förbundit sig vid vite av 5 000 kr att varken själv eller genom annan person i någon form driva specierirörelse i Ludvika med omnejd, något år senare medverkat, när hans son öppnat en liknande affär strax utanför stadens gräns. HovR konstaterade att J genom sin medverkan brutit mot konkurrensförbudet men nedsatte vitet. Skadan kunde skäligen

⁷² NJA 1934 s 19, 1934 s 671, 1941 s 350, 1943 s 224, 1944 s 432, 1948 s 69, 1949 s 134, 1957 s 279.

⁷³ NJA 1922 s 144, 1942 s 354, 1948 s 704.

⁷⁴ NJA 1927 s 642. Det faller därför utanför framställningen. Konkurrensförbudet ansågs inte kunna göras gällande, då huvudmannen satt så höga priser på sina produkter att försäljaren inte kunde sälja dem utan förlust.

⁷⁵ NJA 1905 s 513, 1907 s 122.

⁷⁶ NJA 1911 s 467. Detta gällde frågan om en rätt för gäldenären att för visst belopp friköpa sig från en förpliktelse att icke konkurrera (jfr tyska Reugeld i BGB § 359) tillika kunde anses reglera påföljden vid kontraktsbrott såsom ett avtalat vite. Så ansågs ej vara fallet. Se vidare 5.6.1.

anses gottgjord med 2 000 kr. Då endast J fullföljde talan, fastställde HD domsutet men gav tydligt till känna att varken 38 eller 36 §§ avtalslagen kunde vinna tillämpning. HD ansåg uppenbarligen att hela vitesbeloppet bort dömas ut.

NJA 1948 s 704 gällde tillämpningen av ett avtal om partiell överlåtelse av rörelse. Innehavaren av en speceriaffär, F, som även sålt mejeriprodukter, överlät denna del av rörelsen till en köpman J och förband sig vid vite av 3 000 kr att inte själv konkurrera med sådan försäljning och att vid överlåtelse av speceriaffären avfordra nye innehavaren en förbindelse av samma innehåll. Speceriaffären såldes sedan utan sådant förbehåll, men den nye innehavaren bedrev i realiteten ingen konkurrerande rörelse.

De dömande instanserna företrädde var sin ståndpunkt. RR fann att F brutit mot konkurrensklausulen genom att inte vid överlåtelsen ta in förbehållet men jämkade vitet till 500 kr. HovR tolkade avtalet så att F skulle vara skyldig att betala vitet endast om den nye innehavaren konkurrerade och ogillade Js talan. NRev föreslog att vitet skulle utdömas i dess helhet, varemot HD (4 ./ . 1) i likhet med HovR ogillade talan på grundval av en tolkning av konkurrensklausulen. Dissidenten anslöt sig till RRs mening.

Denna rättspraxis rörande företagsöverlåtelser är inte särskilt givande men visar i allt fall, att HD vid bedömningen anlägger ett avtalsrättsligt betraktelsesätt utan spår av konkurrensrättsliga synpunkter.

4.1.2. Arbetsrättsliga fall

Av större intresse är de arbetsrättsliga fallen. Före lagen 1974:371 om rättegången i arbetstvister handlades arbetstvister, som inte gällde kollektivavtal eller tillämpningen av vissa arbetsrättsliga lagar, enligt den allmänna rättegångsordningen i RB, varför HD var högsta instans.

I två rättsfall, *NJA 1934 s 19* och *671*, fastslogs att en konkurrensklausul inte kan göras gällande, när det inte berott på arbetstagaren att anställningen upphört. Detta överensstämmer med det förslag till bestämmelse härom i avtalslagen, som obligationsrättskommittén lagt fram men som ströks såsom alltför speciellt (se ovan 3.1). I sistnämnda fall fastslogs också att arbetstagaren måste avstå från den utfästa efterlönen, eftersom han fick anses genom sin konkurrerande rörelse inte ha förtjänat mindre än den

utfästa efterlönen. De här fastslagna reglerna överensstämmer med vad som lagstiftningsvägen stadgats i tysk rätt (se ovan 2.2).

Följande två fall har gällt frågan om över huvud brott mot konkurrensklausulen varit för handen.

NJA 1949 s 134 var ett typiskt kringgåendefall. Föreståndaren för en konsumbutik L förband sig, när han lämnade sin anställning, att inte öppna konkurrerande "öppen affär inom föreningens verksamhetsområde". Något vite utfästes inte, men konkurrensförbudet var förenat med viss månatlig ersättning tills L uppnått pensionsåldern. L började emellertid från en ort strax utanför området sälja varor av samma slag till kunder inom området. Fråga var nu om L därmed förverkat sin rätt till "efterlönen". Medan två justitieråd med var sin motivering bedömde förfarandet som avtalsbrott, ansåg majoriteten med en på förutsättningsläran grundad motivering att förfarandet medfört att överenskommelsen "numera" icke var bindande för föreningen och befriade således föreningen från att i fortsättningen utge efterlönen.

I *NJA 1948 s 69* (dispensmål) blev avgörande för att inget vite utdömdes, att de berörda företagen nästan inte alls konkurrerade med varandra. B hade varit anställd på gummifabriken i Viskafors och efter egen uppsägning fått anställning på AB Värnamo gummifabrik. Han hade mest sysslat med arbets- och tidsstudier. På Värnamobolaget blev han anställd som chef på arbetsstudieavdelningen och personalchef. Konkurrensklausulen lydde på 5 år och vitet var fastställt till 100 000 kr. Från Viskaforsbolagets sida påstods att B hade kännedom om vissa yrkeshemligheter. B invände att han inte haft tillgång till recept och blandningar för gummiproduktionen och att företagen inte konkurrerade med varandra. Kunder väljer inte mellan bildäck och cykeldäck, som var huvudprodukterna vid respektive fabrik.

HR dömde ut ett till 10 000 kr jämkat vite. För HovR, vars dom vann laga kraft då HD inte beviljade dispens, blev den ringa konkurrensen avgörande. Även Bs anställning utan direkt beröring med tillverkningshemligheter anfördes som skäl. Någon skada i konkurrenshänseende ansågs inte tillskyndas Viskaforsbolaget genom Bs anställning hos Värnamobolaget. I rubriken till rättsfallsreferatet framhävs, mera i anslutning till lagtexten, frågan "huruvida arbetsgivarens intresse av klausulens tillämpning kunde anses ur konkurrenssynpunkt berättigat". Arbetsgivarens skyddsintresse var otillräckligt för att arbetstagaren skulle vara bunden av klausulen i förevarande situation (se om denna fråga 5.5).

NJA 1941 s 350 är av intresse särskilt för att det avspeglar

motsättningen mellan svensk och anglosaxiskt präglad rätt, i detta fall sydafrikansk. Fallet är i första hand ett internationellt privaträttsligt avgörande men ses här som ett fall av ifrågasatt tillämpning av 38 § avtalslagen, eftersom svensk rätt skulle tillämpas. En svensk sjukgymnast T ingick i Sverige avtal om anställning hos två andra svenska sjukgymnaster som öppnat verksamhet i branschen i Transvaal. I avtalet förband sig T vid vite av 1 000 pund sterling att efter anställningens upphörande inte arbeta som sjukgymnast inom Transvaal. Efter nära tre års anställning sade T upp sig och öppnade omedelbart egen rörelse som sjukgymnast i Transvaal, en tid t o m i samma byggnad som sina tidigare arbetsgivare. T förlitade sig antagligen på att en sådan konkurrensklausul inte kunde göras gällande inom Sydafrikanska unionen. Emellertid hade Ts fader och en broder tecknat proprie-borgen för fullgörandet av avtalet och frågan i målet blev om dessa skulle vara skyldiga att betala vitet. Hela vitet utdömdes enhälligt.

I ett fall som detta fanns inga yrkeshemligheter att bevara. Endast konkurrensen om kunderna stod på spel. Ett intresse att tillförsäkra arbetsgivaren ersättning för kostnader i anledning av att T anställts (resor, eventuellt upplärning), som givetvis kan vara inbyggt i en sådan klausul, borde bättre ha tillgodosetts på annat sätt (se vidare härom 5.3.4).

Principen att upprätthålla konkurrensklausulerna, när de väl ansetts vara tillämpliga, stod sig även i fortsättningen. Tre rättsfall skall belysa detta.

NJA 1944 s 432 gällde en person B, som varit anställd drygt ett år hos en fastighetsmäklare K i Göteborg och därefter likaså i Göteborg öppnat egen rörelse för fastighetsförmedling i bolag med annan person, som även han tidigare varit anställd hos K. B var bunden av en klausul att icke vid vite av 10 000 kr under två år efter anställningens upphörande idka egen rörelse inom egen-domsförmedlingsbranschen och ej heller direkt eller indirekt deltaga i sådan affärsrörelse.

RR, vars dom fastställdes av HovR, ansåg att konkurrensförbudet inte sträckte sig längre än som erfordrats till förebyggande av konkurrens och icke heller över hövan inskränkt B i hans frihet att utöva förvärvsverksamhet. Det framhölls att anställningen varat endast kort tid och att K dessförinnan varit helt obehövrad i denna verksamhet. Vitesbeloppet ansågs dock vara uppenbart obilligt och jämkades till 1 500 kr.

HD däremot fann inga omständigheter föreligga som kunde motivera nedsättning av vitet.

Två fall, *NJA* 1943 s 224 ("Esab I") och 1957 s 279 ("Esab II"), gällde båda tidigare anställda hos Elektriska svetsningsaktiebolaget (Esab), som med sina konkurrensklausuler avsåg att skydda företagshemligheter vid tillverkning av elektroder för elektrisk svetsning. Klausulen gällde 2 år. Vitet uppgick till 2 årslöner. I båda fallen ansågs klausulerna vara bindande fullt ut, även vad gällde vitets belopp.

I fallet 1943, Esab I, hade S varit anställd ca 7 år. Han hade bedrivit akademiska studier under något år men hade ingen egentlig ingenjörsutbildning. Han hade haft anställning som kemist vid olika företag särskilt i USA och även studerat kemi vid Berkeley-universitetet. Hos Esab hade han avancerat till chef för bolagets utvecklingslaboratorium. Efter egen uppsägning hade han övergått till anställning hos Asea, som konkurrerade inom området. Esab hävdade att han anstälts av Asea just för att Asea skulle få del av hans kunskaper och erfarenheter. S medgav att Asea utfäst sig att betala eventuellt vite. Något vederlag för konkurrensförbudet hade inte utfästs.

I domskälen, varom samtliga instanser var eniga, konstaterades att bolagen bedrev med varandra konkurrerande verksamhet och att S inte förebragt någon omständighet som kunde befria honom från att betala vitet. Detta uppgick till 28 000 kr.

I fallet 1957, Esab II, hade den anställda E börjat hos Esab som arbetare 1938 vid 18 års ålder och avancerat till arbetsledare i tjänstemannanställning 1951, då sedvanligt tjänstemannaavtal med konkurrensklausul upprättades. 1955 slutade E på egen begäran. Anledningen var enligt hans egen uppgift att han av personliga skäl ville flytta till Göteborg, och då Esab inte kunde bereda honom anställning där fått anställning hos Elga, ett med Esab konkurrerande företag. Esabledningen erbjöd honom slutligen arbetslön under två år utan arbetsskyldighet, om han avstod från att ta anställning hos Elga, men han vägrade. Själv ansåg E att han inte hade så omfattande kunskaper om Esabs hemliga tillverkningsmetoder att han kunde skada Esab. Han hade ingen teknisk utbildning och en relativt underordnad och lågt avlönad befattning. Hans ställning var otvivelaktigt mindre kvalificerad än Ss i Esab I. I målet upplystes om att SAF och SALF träffat överenskommelse om att utfäst vite borde vara begränsat till 75 % av en årslön (se om ramavtalet 1947 avsnitt 3.4).

RR tog uttryckligen fasta härpå och utdömde endast en årslön

i stället för avtalets två. HovR sänkte beloppet ytterligare till 75 %, 9 225 kr, som vitsordats som skäligt i enlighet med kollektivavtalet.

HD, som dömde ut det fulla vitesbeloppet 24 600 kr (ett justitieråd begränsade vitet till en årslön), tog tillfället i akt att i utförliga domskäl klarlägga sin uppfattning om rättsläget. Som utgångspunkt angavs "den allmänna grundsatsen om avtalsfrihet", varefter HD analyserade vad HD kallade de två undantagsreglerna i 38 § avtalslagen.

Tillämpningen av dessa "blir en fråga om bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Tydligt är emellertid, att med lagstiftningens utgångspunkt denna tillämpning måste såtillvida vara återhållsam som den icke kan föras över de gränser stadgandet i 38 § angiver. Skulle av nationalekonomiska eller sociala skäl en utvidgning av undantagen anses påkallad, är detta en angelägenhet för lagstiftningen, icke rättsskipningen; jämkningar kunna givetvis också ske genom avtal mellan arbetsmarknadens parter."

Som skäl mot jämkning enligt regel 1 angav HD att det var av stor betydelse för Esab att Elga inte fick kännedom om Esabs företagshemligheter och att E förskaffat sig ingående kännedom om dessa. Som skäl mot tillämpning av regel 2 angavs att E lätt kunnat skaffa sig annat arbete än hos Elga, varjämte anfördes erbjudandet om två års arbetsfri lön.

Det är framför allt detta mål som låg bakom ställningstagandet vid ändringen 1976 av 38 § avtalslagen (se ovan avsnitt 3.1). Med den nya lydelsen skulle tillämpningen av jämkningsreglerna inte längre vara så återhållsam som HD här uttalat.

HD hade inför avgörandet införskaffat yttrande från kommerskollegium, som även ingav ett yttrande från Sveriges industriförbund avgivet efter samråd med SAF. Dessa yttranden är av stort intresse såsom bakgrund till HDs dom, varför några huvudpunkter ur dem skall refereras.

Industriförbundet gav utförliga upplysningar om den 1947 träffade överenskommelserna mellan å ena sidan SAF, å andra sidan respektive SIF och SALF (se härom avsnitt 3.4), varvid påpekades att ingen skillnad gjorts mellan arbetsledare och övriga tjänstemän. Dessa överenskommelser hade inte karaktär av för medlemmarna bindande kollektivavtal, och enskilda parter kunde bortse från dem. De gav uttryck åt en viss gemensam uppfattning om användningen av konkurrensklausuler och deras lämpliga innehåll i normalfallet. Enligt industriförbundet innebar Esabs erbjudande av 2 årslöner ett väsentligt längre tillmötes-

gående än som förordats i överenskommelsen. Industriförbundet hävdade slutligen att konkurrensbegränsningslagstiftningen (KBL 1953 var då aktuell) inte hade med förhållandena på arbetsmarknaden att göra utan var förestavade av helt andra motiv än dem som legat till grund för 38 § avtalslagen.

Kommerskollegium polemiserade delvis mot industriförbundets uttalande att den nya lagstiftningen mot konkurrensbegränsning skulle sakna betydelse för konkurrensklausuler. Även om som grundprincip gäller att avtalsfrihet råder på detta område, är det naturligt att lagtillämpningen i särskilt hög grad påverkas av den allmänna samhällsutvecklingen. Under senare tid har den uppfattningen vuxit sig starkare, att konkurrensen näringsidkare emellan bör vara så obunden som möjligt. Efter ett oklart resonemang om frågan, huruvida konkurrensklausuler kunde komma under bedömning enligt 1953 års KBL, framhöll kollegiet som sin uppfattning att konkurrensförbud i vissa fall kan vara berättigade, nämligen till skydd för yrkeshemligheter (vad numera kallas företagshemligheter). Sammanfattningsvis uttalade kollegiet att den allmänna rättsuppfattningen inte krävde att konkurrensklausuler "alltid skall underkännas av domstolarna, men att utvecklingen gått i riktning mot en för näringsidkarna strängare tillämpning av 38 § avtalslagen".

Det har redan framgått att HD höll sig till sin tidigare praxis och uttryckligen, på ett numera kanske förlegat sätt, avstod från att göra en insats i rättsbildningen.

4.1.3. Sammanfattning rörande HDs praxis före 1976

En sammanfattning av de centrala rättsfallen på detta område ger vid handen följande rörande rätten vid tillämpningen av 38 § i dess ursprungliga lydelse. HD har utgått från en strikt avtalsrättslig bedömning. Avtal skall i princip tillämpas enligt sitt innehåll, och den bedömning som 38 § ger anledning till är helt individuell. Hänsyn tas dels till den berättigades behov av skydd, dels till den förpliktades behov av att kunna försörja sig utan alltför genomgripande förändringar beträffande verksamheten. I sistnämnda hänseende kunde bl a erbjudanden från den tidigare arbetsgivaren om ekonomisk ersättning för konkurrensförbudet undanröja hinder för dess upprätthållande. Den sociala skyddssynpunkten är från början inbyggd i 38 §, såsom den var det i de tyska förebilderna. Däremot har HD inte tagit hänsyn till huru-

vida det i övrigt från samhällets synpunkt är lämpligt att konkurrensförbud upprätthålles. Den engelska rättens public policy-doktrin lyser med sin frånvaro. De samhällsintressen som berördes i förarbetena (se ovan avsnitt 3.1) avsåg såvitt framgår endast den sociala aspekten, försörjningsmöjligheterna. Den nationalekonomiska aspekten har däremot inte alls beaktats, och HD menade tydligen, till skillnad från kommerskollegium, att det skulle krävas lagstiftning för att så skulle ske.

Det tas således i denna gamla praxis ingen hänsyn till om den berättigades skyddsbehov är motiverade från samhällets synpunkt. Skydd för företagshemligheter brukar anses vara sådana intressen som förtjänar beaktande. Men skydd för kundkretsen, som är det enda eller åtminstone dominerande motivet i många fall, främst mäklarfallet *NJA 1944 s 432* och sjukgymnastfallet *NJA 1941 s 350*, saknar ofta motivering från allmän synpunkt. Att kunderna i mäklarbranschen brukar vara högst tillfälliga - stamkunder är där nog mera sällsynta - om sådant togs ingen notis, inte heller till sådant som huruvida en stad som Göteborg kunde tåla ett ökat antal fastighetsmäklare. Man kan tycka att sådana synpunkter inte borde vara uteslutna ens vid en individuell bedömning av behovet av skydd, som i denna praxis tydligen gjorts helt oberoende av vilka skyddsintressen som stod på spel, men de har sannolikt kunnat få betydelse vid bedömningen av skadan vid skadeståndsberäkningen eller - vanligare - vid bedömningen av om vitet var uppenbart obilligt.

Ett ytterligare arbetsgivarintresse bakom konkurrensklausuler, som framträder mindre tydligt i dessa rättsfall men nog gjort sig gällande, är att genom konkurrensklausuler knyta till sig nyckelpersoner dels därför att de ofta utgör en värdefull tillgång i sig för företaget, dels därför att det kan vara besvärligt och kostsamt att finna, inskola, eventuellt lära upp en ersättare. Från allmän synpunkt kan det i sådana fall finnas fog för skydd åtminstone om arbetsgivaren lagt ner kostnader för upplärning och eventuell extern utbildning av arbetstagaren. I ett fall som *NJA 1941 s 350* (sjukgymnasten i Transvaal) kan sådant som resekostnader ha spelat in. Men det torde vara bättre i sådana fall att direkt reglera sådana frågor om ersättning för nedlagda kostnader än att baka in dem i konkurrensklausulen, som lätt kan få prägel av slavkontrakt (se vidare härom i 5.3.4).

4.2. Rättsfall i AD

Sedan genom lagen 1974:321 om rättegången i arbetstvister AD blivit högsta instans i alla arbetstvister, har utvecklingen i rättspraxis beträffande konkurrensklausuler huvudsakligen försiggått i AD, ty rena rättsfall rörande konkurrensklausuler i avtal om företagsöverlåtelse (typ B) tycks vara sällsynta.

Dock finns i ADs praxis även en del fall rörande företagsöverlåtelse men då i kombination med anställning (typ AB).

4.2.1. Fall från tiden före 1976 års ändringar

Här skall först tas upp några fall från tiden före ändringarna 1976 i 38 § avtalslagen.

AD 1975:23. Genom ett avtal 1967 sålde A, som ägde och drev HMG Mekaniska Verkstad AB, sitt bolag till B på villkor bl a att A skulle få anställning i bolaget t o m 1972. I avtalet fanns intagen en konkurrensklausul, enligt vilken A förband sig vid vite av 125 000 kr att icke före utgången av år 1975 vare sig direkt eller indirekt bedriva eller planera med B eller dennes bolag konkurrerande verksamhet, däri inbegripet anställning hos konkurrerande företag. Enligt det särskilt upprättade anställningsavtalet gällde en ömsesidig uppsägningstid av 6 månader. A gick in som medlem i SALF.

I maj 1973 blev A uppsagd med verkan från november 1973. Det hade uppkommit olika tvister, och A yrkade vid AD bl a ogiltigförklaring av den i köpeavtalet intagna konkurrensklausulen såsom uppenbart obillig för honom. Han hade varit arbetslös efter anställningens upphörande, och bolaget hade enligt A inget skyddsvärt intresse av upprätthållandet. Den avsåg inte skydd för yrkeshemligheter eller företagsspecifikt kunnande (jfr 1969 års överenskommelse). Det enda intresset var skydd mot överströmning av Bs kunder. Klausulen gällde vid tvistens avgörande ännu endast en kort tid, ca 3/4 år. B gjorde i målet gällande klausulen endast beträffande sex namngivna företag, som var Bs kunder.

AD, som tog fasta på Bs förklaring att konkurrensklausulen inte gjordes gällande mer än i fråga om sex angivna kundföretag, fann inte skäl att ogiltigförklara konkurrensklausulen. Bs bolag ansågs "ha ett beaktansvärt intresse av att A inte under klausulens återstående giltighetstid får möjlighet att bedriva med bola-

get eller B konkurrerande verksamhet såvitt gäller dessa företag".

Det kan anmärkas att A inte i målet åberopade att han blivit uppsagd från sin anställning och - om uppsägningen inte föranletts av avtalsbrott från hans sida - därför konkurrensförbudet inte kunde göras gällande enligt 1969 års överenskommelse.

Ett uppmärksammat fall var AD 1977:167. Fråga var om F, elektrisk ingenjör (gymnasieingenjör), som arbetat i chefsställning vid ett konsultföretag i den elektrotekniska branschen, genom att nyckelperson, ta anställning hos ett liknande företag i samma stad (Lund), brutit mot en konkurrensklausul i avtalet med den förre arbetsgivaren. Klausulen, som avsåg konkurrerande verksamhet i Skåne, hade en giltighetstid av 2 år. Det utfästa vitet utgjorde en årslön.

AD uttalade i sin dom att prövningen av konkurrensklausulen borde "ske mot bakgrund av det numera på arbetsmarknaden rådande synsättet i fråga om konkurrensklausuler i anställningsavtal". Det påpekades att ifrågavarande konkurrensklausul föll vid sidan av tillämpningsområdet för 1969 års överenskommelse - det var här inte fråga om företagsspecifikt kunnande. Men även om "en starkt restriktiv syn på sådana klausuler torde vara befogad", när de ligger vid sidan av vad 1969 års överenskommelse tar sikte på, kunde enligt AD inte antas att de för den skull saknar giltighet.

AD tillerkände alltså klausulen full giltighet även vad angår vitet (80 100 kr) med hänsyn till att den var begränsad till Skåne och avsåg en person i chefsställning och tillade, att ett konsultföretag "är särskilt utsatt för konkurrens från tidigare anställda i chefsställning". Det är här således fråga om skydd för kundkrets framför allt mot konkurrens från en tidigare nyckelperson.

Domen har ansetts ge uttryck för en relativt sträng bedömning (Folke Schmidt).⁷⁷ Det erinras om att den gällde tillämpning av 38 § avtalslagen i dess äldre lydelse, då förutsättningarna för åsidosättande var strängare och vitet kunde jämkas endast om det var "uppenbart obilligt".⁷⁸

4.2.2. Rättsfall i AD efter ändringarna 1976

Det nya som nu tillkommit i lagstiftningsväg var inte endast de ökade möjligheterna till jämkning och åsidosättande av konkurrensklausuler som givits genom 1976 års ändringar i avtalslagen

⁷⁷ Folke Schmidt, Löntagarrätt (1980) s 215.

⁷⁸ Jfr kommentaren till detta fall i SOU 1983:52 s 109 f om att vitet nog hade jämkats, om fallet kommit upp "nu", d v s på 1980-talet.

utan även det auktoritativa erkännande av 1969 års överenskommelse som rättskälla, som givits i förarbetena till denna lagstiftning. Överenskommelsen skulle t o m kunna vara vägledande för bedömningen av icke arbetsrättsliga konkurrensklausuler (se ovan 3.5.11). Visserligen hade redan i AD 1977:167 en starkt restriktiv syn på sådana klausuler proklamerats med åberopande av denna överenskommelse men nu hade dessutom genom förarbetsuttalanden till den nya 38 § avtalslagen denna princip fått lagstiftarens stöd.

Först skall tas upp några fall som gäller konkurrensklausuler i rena anställningsavtal (typ A).

AD 1984:20. En gymnasieingenjör A hade 1976 anställts i ett bolag som bedrev verkstadsrörelse inom produktområdet värmeteknik. När bolaget 1980 bytte ägare, arbetade A som försäljare. Den nye ägaren träffade med A ett anställningsavtal med konkurrensklausul gällande produktområdet värmeteknik och med en bindningstid av ett år. Genom fyllnadsbelopp skulle A garanteras samma inkomstläge som när hans anställning upphörde, förutsatt att han iakttog konkurrensförbudet. Om han bröt mot detta, skulle han som skadestånd betala ett belopp motsvarande vad han intjänat de sista 12 månaderna i sin anställning hos bolaget. Detta var såsom medlem av Verkstadsföreningen bundet av 1969 års överenskommelse, men A var inte fackligt ansluten, varför överenskommelsen inte gällde beträffande A (se ovan 3.5.11).

TR fann att A var bunden av klausulen enligt dess innehåll. Med hänsyn till "den på arbetsmarknaden rådande rättsuppfattningen på området" såsom den framgår av 1969 års överenskommelse jämkades dock skadeståndet till halva det av bolaget i enlighet med klausulen yrkade beloppet, vilket blev 57 000 kr.

AD tog redan vid bedömningen av klausulens skälighet hänsyn till 1969 års överenskommelse. Även om denna inte var direkt tillämplig, eftersom A inte var fackligt ansluten, måste enligt AD

"skälighetsbedömningen enligt 38 § avtalslagen göras med tillämpning av de materiella regler som finns i 1969 års överenskommelse. Det kan nämligen då inte anses skäligt att en av kollektivavtalet bunden arbetsgivare skulle ha större möjligheter att använda konkurrensklausuler beträffande anställda, som står utanför de avtalsslutande organisationerna, än han enligt avtalet har beträffande anställda som tillhör de avtalsslutande arbetstagarorganisationerna."

Räckvidden av detta uttalande är svårbedömt. Det strider inte

mot principen att arbetsgivaren rättsligt sett inte var bunden i förhållande till A att följa kollektivavtalet, även om resultatet blir detsamma. Fråga är om en skälighetsbedömning av klausulen enligt 38 § - inte en kollektivavtalsrättslig giltighetsbedömning. Att därvid särskilt anförts argumentet att arbetsgivaren var bunden av ifrågavarande klausul behöver inte medföra motsatsslutet att i annat fall - utan sådan bundenhet - 1969 års överenskommelse inte bort påverka bedömningen. Någon fråga om brott mot kollektivavtalet var inte aktuell. Rättegången fördes utan medverkan av facklig organisation från TR till AD. Men givetvis blir rättsfallets prejudikatvärde påverkat av nu nämnda osäkerhet. Var arbetsgivarens bundenhet ett hinder för att godta konkurrensklausuler utanför det i överenskommelsen stipulerade användningsområdet?

Vad angår bedömningen av klausulen i belysning av 1969 års överenskommelse framhöll AD dennas begränsning till företag som var beroende av självständig produkt- och metodutveckling etc. Bolaget hade hävdatt att fråga här var om företagsspecifikt kunnande. AD gjorde den tolkningen av överenskommelsen att som företagshemlighet (eller skyddsvärd hemlighet enligt avtalet) inte skulle

"räknas anställdas personliga skicklighet, personliga kunskaper och personliga erfarenhet. Därav följer bl a att den mera allmänna kännedom om marknads- och branschförhållanden som förvärvats av anställda i inköps- och försäljningsverksamhet i regel inte utgör sådana företags-hemligheter som avses i 1969 års överenskommelse (domstolen har med detta inte äsyftat att ta ställning till speciella situationer då en anställd har tillgång till särskilda kundregister som arbetsgivaren vill hålla hemliga)."

AD tycks dock inte ha varit främmande för att 1969 års överenskommelse kan omfatta s k kommersiella företags-hemligheter (även bortsett från hemliga kundregister). Sedan konstaterats att As arbete krävde tekniska insikter, dock inte av karaktären kunskap om företags-hemligheter, och att han "för bolagets räkning skaffat sig ingående bransch- och produktkännedom som bolaget kan ha funnit svårt att ersätta då A slutade sin anställning" (jfr problemet nyckelperson), hade "såvitt framkommit i målet... bolaget inte använt sig av några särskilda försäljningsmetoder som skulle kunna karakteriseras som kommersiella företags-hemligheter". Snarare var det så att A skaffat sig specialkunnande inom ett visst område utan att därmed företaget fått "rätt att genom konkurrensklausul hålla denna kunskap hemlig såsom företagshemlighet".

As arbete föll alltså enligt AD inte "inom användningsområdet för 1969 års överenskommelse". Därav följde "att det inte har

varit skäligt att kräva att A skulle utfästa sig att inte utöva konkurrerande verksamhet med bolaget när hans anställning i bolaget upphörde". Klausulen var inte bindande för A.

En jämförelse med 1969 års överenskommelse medförde således att konkurrensklausulen ansågs sträcka sig längre än som var skäligt. Om detta berott på att målet hade så nära anknytning till 1969 års överenskommelse att arbetsgivaren i princip var bunden därav, om än inte i förhållande till A, kan som nämnts inte utläsas av domen. Skall alla sådana klausuler i anställningsavtal som faller utanför användningsområdet enligt 1969 års överenskommelse anses oskäliga och inte bindande? Eller kan t ex inom konsultbranschen bedömningen bli en annan? Vi upprepar dock att AD i målet inte utesluter från skydd enligt överenskommelsen vissa kommersiella företagshemligheter. I det tidigare fallet AD 1977:167 räknade AD i vart fall med giltiga klausuler utanför området för 1969 års överenskommelse.

Ytterligare är att märka följande. Även om AD i sin dom måste ha byggt på en tolkning av 1969 års överenskommelse, kan det här inte vara fråga om en prejudicerande tolkningsdom. I ett sådant fall måste de kollektiva parterna vara företrädade och utveckla sin mening om innebörden. Domen ger alltså ingen auktoritativ tolkning t ex av begreppet kommersiell företagshemlighet enligt överenskommelsen. Detta begrepp finns över huvud inte direkt angivet där, men det talas i vart fall om "marknadsanalys och marknadsföring" vid sidan av produkt- och metodutveckling.

Även om räckvidden av domen som prejudikat är osäker, ger den uttryck för en ganska restriktiv hållning till konkurrensklausuler. För Svensäter framstår ADs praxis efter ändringarna 1976 "som betydligt mera offensiv till den förutvarande arbetstagarens förmån än vad som kommer till uttryck i äldre avgöranden från högsta domstolen".⁷⁹

AD 1985:138 gällde en anställning vid ett serviceföretag (Företagens Kundbibliotek AB). Bolaget sålde dataregister. C anställdes på prov som försäljare i april 1983 och skulle få fast anställning efter 1 september, om parterna kom överens därom. Provanställningsavtalet innehöll en konkurrensklausul med en bindningstid på 12 månader och ett vite å 10 gånger den genomsnittliga månadsinkomsten från bolaget. Cs anställning varade utöver provanställningstiden men han blev inte formellt fast anställd och lämnade anställningen efter tvistigheter i början av 1984. Cs fackliga organisation, HTF, gjorde gällande att C skilts

⁷⁹ Svensäter, Anställning och upphovsrätt (1991) s 201.

från anställningen på ett sätt jämförligt med avskedande, vilket också AD fann vara fallet. C hade sedan tagit anställning i ett konkurrerande företag och bolaget återopade därför kvittningsvis gentemot Cs anspråk på lön och skadestånd att C brutit mot konkurrensklausulen och därför var skadeståndsskyldig mot bolaget. Mot detta invändes bl a att klausulen inte kunde återopas, eftersom C skilts från anställningen av arbetsgivaren.

AD fann ingen anledning att ta upp denna invändning mot konkurrensklausulens tillämplighet utan gick direkt in på frågan om konkurrensförbudet över huvud kunde anses vara bindande för C eller sträckte sig längre än skäligt. AD fäste vid denna prövning vikt vid att Cs position i företaget inte varit särskilt hög. Det hade inte framkommit att C fått inblick i affärshemligheter o d. Än viktigare blev för AD Cs otrygga ställning hos företaget, att det gjorts klart att han inte kunde påräkna fast anställning. Därmed tycks det sätt, varpå C skildes från anställningen, ha fått viss betydelse.

1969 års överenskommelse nämns inte i domskälen och därför inte heller att konkurrensklausulen föll utanför dess användningsområde. Detta tyder på att AD inte avsett att tillerkänna 1969 års överenskommelse den betydelsen att konkurrensklausuler utanför dess användningsområde skulle anses vara i sig oskäliga och därmed icke bindande. Detta bekräftas även av senare mål.

Ett rättsfall som inte gäller en formlig konkurrensklausul men dock giltigheten av bestämmelser i ett anställningsavtal med liknande konkurrensbegränsande syften eller åtminstone effekt är AD 1991:38. Bakgrunden var försvarets intresse att begränsa flygbolagens rekrytering av flygvapenpiloter. Flygföraren H hade i avtal i december 1987 med marinen åtagit sig att mot ett lönetillägg, s k särskild flygförarpremie (SFP), i Hs fall 3 000 kr per månad, stanna kvar som flygförare i 10 år. Om han lämnade anställningen i förtid och inom tre år från det han lämnade anställningen vid försvarsmakten övergick till annan flygtjänst, var han skyldig att "till arbetsgivaren erlägga det belopp som han skulle haft rätt till som SFP under återstående del av åtagandetiden eller det högre belopp som fastställs av den partssammansatta nämnden", den s k flygnämnden. Avtalet anslöt till ett avtal mellan statens avtalsverk (SAV) och statstjänstemannaorganisationerna. I november 1988 begärde H entledigande. Han lämnade tjänsten i januari 1989 och övergick till Linjeflyg.

Staten yrkade vid AD att H skulle utge som avtalsvite inte bara de 480 000 kr, som skulle utgå enligt beräkningsgrunden i

avtalet, utan sammanlagt 700 000 kr, som fastställts av flygnämnden.

H, som förde talan utan stöd av sin fackliga organisation, anförde invändningar både mot giltigheten av de åberopade bestämmelserna och beloppets storlek och anförde som stöd både 36 § och grunderna för 38 § avtalslagen.

AD fann inget hinder för jämkning i det förhållandet att avtalsvillkoren ingick i ett kollektivavtal, om det ändå var oskäligt enligt synsättet i 36 § avtalslagen. AD påpekade vidare att enligt 1969 års överenskommelse, vars principer genom lagstiftningen 1976 gjorts vägledande för skälighetsbedömningen, konkurrensklausuler inte godtas "som rättsligt bindande, om de syftar enbart till att kvarhålla arbetstagare med särskilda kunskaper och särskild kompetens i deras anställning". I överenskommelsen anges också "som riktlinje att ett normalt skadestånd motsvarande sex månadslöner bör utgöra ett tillräckligt skydd för ett konkurrensförbud", varjämte förutsätts att arbetsgivaren skall "betala skillnaden mellan arbetstagarens tidigare lön och den lägre lön som arbetstagaren kan tjäna i ny förvärvsverksamhet". AD återanknöt till uttalanden i tidigare mål om att gällande rätts syn på konkurrensklausuler utanför det område, som åsyftas i 1969 års överenskommelse, torde "få betraktas som starkt restriktiv". Sättet att reglera arbetstagarens ersättningsskyldighet, bl a flygnämndens sammansättning för ändamålet, underkändes helt. Likväl fanns enligt AD inte tillräckliga skäl för att

"helt fränkänna ett avtal av det här ifrågavarande slaget verkan, när dess innebörd är att arbetstagare tillerkänns en viss bestämd ekonomisk ersättning i utbyte mot ett åtagande att stanna kvar i anställningen och inte gå över till annan anställning. Sanktionen synes emellertid för att kunna betraktas som skälig inte böra få sträcka sig längre än till en skyldighet att återbetala vad som har utgått i ersättning för åtagandet."

En sådan återbetalningsskyldighet kan dock jämkas. "Redan det förhållandet att arbetstagaren under viss tid har kvarstannat i anställningen innebär ju att åtagandet åtminstone delvis fullgjorts". AD uttalade också att viss återbetalningsskyldighet av vad arbetsgivaren kostat på arbetstagaren i utbildning kan ifrågakomma, när arbetstagaren lämnar anställning i förtid. Resultatet blev att AD ålade H att återbetala vad han uppburit som SFP till ett jämkat belopp av 36 000 kr (= ett års flygförarpremie).

Ett liknande fall är AD 1992:67 med motsvarande bakgrund.

Det av staten där yrkade beloppet var 426 800, uträknat enligt avtalet om SFP utan höjning genom flygnämndens beslut. Staten önskade med detta mål få ökad klarhet i vissa frågor som inte utretts i 1991 års fall. Till dessa återkommer vi i ett senare avsnitt (5.3.4). Här skall endast nämnas att även i detta fall vitet blev kraftigt reducerat, delvis av andra skäl än som här är av intresse, till 50 000 kr.

AD 1992:9 gäller tillämpning av en konkurrensklausul inom informations- och konsultbranchen, närmare bestämt vid ett revisionsbolag. Bolaget hade verksamhet över hela landet. 1984 anställdes N, som tidigare varit auktoriserad revisor men en tid haft anställning i ett företag som internrevisor, vid bolagets kontor i Motala. N måste arbeta en tid på en revisionsbyrå för att återfå sin auktorisation, men eftersom anställningen var avsedd att bli långvarig, måste N godkänna en konkurrensklausul som formulerades i ett brev till N från regionchefen. N förband sig att inte efter en övergångstid och erhållen auktorisation övergå till annan anställning eller starta egen revisionsverksamhet inom regionens marknadsområde. Skulle han bryta denna förbindelse, som angavs syfta till att han inte efter en "inarbetsperiod" skulle kunna utan avsevärt ekonomiskt avbräck ta med "upparbetade" klienter till med revisionsbolaget konkurrerande företag, var han skyldig att under 3 år efter det han lämnat anställningen betala som skadestånd ett belopp "motsvarande 50 % av under varje år utfört arbete till normalt kalkyltimpris" för klienter som han tog med sig ur bolagets klientstock vid tiden för hans anställnings början.

N, som börjat sitt arbete i augusti 1984, erhöll auktorisation i februari 1986 (avgiften 6 000 kr betalades av bolaget) och slutade anställningen den 1 juli samma år. Därefter öppnade han egen revisionsrörelse inom regionen. Bolaget yrkade vid TR i skadestånd ett belopp å drygt 174 000 kr beräknat efter bolagets kalkyltimpris.

N uppgav som anledning till att han slutat sin anställning att han reagerat mot bolagets höga debiteringar, som småföretagare hade svårt att klara av. Han påstod att klienterna hade följt med honom på eget initiativ. Han gjorde bl a gällande att han inte var bunden av klausulen, som sträckte sig längre än som var skäligt och hävdade att klausuler av detta slag inte bör förekomma i anställning som avser arbete av denna typ.

AD, som ansåg bolaget ha "ett berättigat intresse av att kunna behålla de klienter man redan hade", fann, liksom TR, att N tagit med sig klienter och därmed brutit mot klausulen åtminstone i

Kunna
behålla

vissa fall. AD fäste vikt vid begränsningarna i klausulen vad angick område och påföljden, vilken aktualiserades endast beträffande arbete utfört under de 3 närmaste åren åt klienter som fanns vid tiden för anställningens början. AD ansåg klausulen inte sträcka sig längre än som var skäligt. Den utgjorde inget egentligt hinder mot att N lämnade sin anställning hos bolaget, och AD fann heller inget skäl att jämka vitesbeloppet. Dock beräknades detta med tillämpning av den allmänna avtalsrättsliga oklarhetsregeln med ledning av Ns egna, inte bolagets högre debiteringsprinciper. Det utdömda beloppet uppgick till drygt 126 000 kr.

I fråga om betydelsen för bedömningen av 1969 års överenskommelse menade AD, att man inte utan vidare kan

"utgå från att konkurrensklausuler i anställningsförhållanden som ligger helt vid sidan av tillämpningsområdet för träffade kollektivavtal om sådana klausuler - vilket anställningsförhållandet mellan N och bolaget gör - kan fränkännas giltighet. Däremot kan givetvis kollektivavtalsbestämmelser om konkurrensklausuler antas återspegla ett mer allmänt synsätt i fråga om konkurrensklausuler på arbetsmarknaden och ge anledning till en restriktiv syn på sådana bestämmelser".

Klausulens utformning var otvivelaktigt smidigare än de tidigare prövade. Anmärkningsvärt är dock att bevarandet av kundkretsen givits så högt skyddsvärde, fast det inte rörde sig om överlåtelse av rörelse. Någon påfallande restriktivitet vid bedömningen av klausuler utanför området för 1969 års överenskommelse förmärkes knappast. Några hänsyn till allmänna konkurrensintressen spåras inte.

Även situationen i AD 1992:99 ligger utanför området för 1969 års överenskommelse. Ett företag i datakonsultbranschen, här kallat Bolaget, bedrev bl a verksamhet med internutbildningskurser för olika företag. Därvid användes inhyrda lärare, bl a R, en civilingenjör med anställning vid Tekniska högskolan i Stockholm. Enligt ett skriftligt avtal med Bolaget hade R förbundit sig

Kund
Klats

"att under en period av två år från avslutad kurs varken enskilt eller som anställd i annat konsultbolag än Bolaget åta sig utbildningsuppdrag för den kund som utbildningen enligt detta avtal avser. Läraren är dock oförhindrad att ta tillsvidareanställning hos Kunden."

Klausulen innebar alltså under två år efter en sådan utbildningskurs förbud att åta sig utbildningsuppdrag för samma företag utom i Bolagets regi. R hade åtagit sig ett uppdrag för kunden under förbudstiden. Det blev inte i målet utrett vad uppdraget

innehöll. Målet i AD gällde överklagande av ett interimistiskt beslut meddelat av en TR om förbud för R vid vite av 50 000 kr för varje överträdelse av förbudet att "som enskild eller anställd i annat bolag än /Bolaget/ åta sig utbildningsuppdrag" för ifrågasvarande företag.

AD upphävde förbudet, då enligt domstolen Bolaget inte visat sannolika skäl för sin talan (det gällde tillämpning av RB 15:3). AD fann nämligen att klausulen inte kunde bedömas som bindande för R. Klausulen föll utanför området för 1969 års överenskommelse - bolaget hade inte ens påstått att fråga var om företagshemligheter o d - och därför menade AD att särskild restriktivitet var påkallad. Klausulen hade visserligen samma syfte som i fallet AD 1992:9, dvs att i viss mån skydda bolaget från konkurrerande verksamhet avseende Bolagets redan befintliga kunder. Men till skillnad från i nämnda fall hade Rs anställning varit helt kortvarig utan anställningstrygghet, och R hade inte åtnjutit någon högre lön eller eljest förmånliga villkor. Han hade inte haft någon särskild rätt att hos Bolaget ifrågakomma för eventuella ytterligare utbildningsuppdrag hos den aktuella kunden. Klausulen bedömdes därför som oskälig enligt 38 § avtalslagen.

Här gjorde AD en intresseavvägning med hänsyn tagen till bl a Rs blygsamma ställning och anställningsvillkor. Här påminner fallet om AD 1985:138. Så osäkra anställningar bör inte förenas med konkurrensförbud. Dessutom bör tydligen viss kompensation förekomma i form av hög lön o d, en balansering av parternas intressen.

Två fall gäller konkurrensklausuler av typ AB, i samband med en kombination av företagsöverlåtelse och anställning.

AD 1984:68. N och K ägde bolaget Norrteam, som handlade med specialverktyg. 1976 köpte det konkurrerande företaget SKF Tools genom ett dotterbolag av N och K samtliga aktier i Norrteam. Enligt avtalet skulle N och K stanna kvar i Norrteam, N som VD och K som försäljningschef, och de garanterades även efter 1981 arbete inom SKF-koncernen i Sverige. Enligt en konkurrensklausul i överlåtelseavtalet förband sig N och K, för det fall att de skulle sluta sina anställningar i Norrteam, att under 3 år efter anställningens upphörande inte driva med SKF Tools konkurrerande verksamhet. Resultatet av Norrteams verksamhet försämrades efter överlåtelsen. Under 1978 meddelade N och K att de åter önskade starta egen rörelse, och de tilläts förbereda start av sådan i det av dem ägda bolaget Vinnteam mot viss reduktion av lönen. Det avtalades slutligen om att deras anställning hos Norrteam skulle upphöra med utgången av 1978, varvid

N och K erhöll vardera i avgångsvederlag över 50 000 kr. Konkurrensklausulens giltighetstid begränsades till 5 mars 1981. N och K hade räknat med att få en agentur, som inte konkurrerade med SKF Tools, men då detta inte lyckades, måste de såsom hårt specialiserade på skärande verktyg ta en annan agentur, som bedrev med SKF Tools konkurrerande verksamhet. De försökte förgäves köpa sig fria från konkurrensförbudet och stämde nu av SKF Tools till Halmstads tingsrätt med yrkande om att vardera skulle betala i skadestånd nära 60 000 kr. N och K invände i målet bl a att konkurrensklausulen inte var giltig och att den tillkommit endast för att begränsa konkurrensen, medan sådant som fabrikationshemligheter, know-how och kundkontakter inte förvärvats genom anställning i SKF-koncernen. Vid TR argumenterade N och K för ogiltighet huvudsakligen med stöd av allmänna avtalsrättsliga principer (36 §), men vid AD blev 38 § avtalslagen aktuell.⁸⁰ AD, som på grund av att målet hänvisats dit från HD hade att pröva målet, fann uppenbarligen ingen anledning att lägga arbetsrättsliga principer till grund vid prövningen.⁸¹ Klausulen hade kommit till

"i samband med att N och K sålde sitt företag. Det är ostridigt att klausulen syftar till att skydda SKF-Tool, där N och K aldrig varit anställda. Dessa omständigheter visar att klausulen inte ingår som led i sådana normala anställningsavtal där det är påkallat att göra någon jämförelse med reglerna i 1969 års kollektivavtal."

Det förefaller som om AD här varit mera kallsinnig mot hänsynstagande till principerna i 1969 års överenskommelse än de åsyftade förarbetsuttalandena ger anledning till, ty där framhölls att även vid konkurrensklausuler i överlåtelseavtal viss hänsyn i speciella frågor kunde tas till denna överenskommelse (se ovan 3.5.11). Å andra sidan var det utdömda beloppet ganska beskedligt, inte fullt 60 000 kr, vilket nog motsvarade högst 6 månadslöner.

Det andra fallet av denna karaktär är AD 1990:44, som gällde en konkurrensklausul i samband med att en stor landsomfattande patentbyrå A köpte upp ett litet företag i branschen med vidareanställning av dess personal. I avtalet 1987 om köp av samtliga

⁸⁰ Målet kom först till Svea HovR, som fastställde domen, varefter den kom under HDs prövning. HD, som fann att konkurrensklausulen hade "sådan anknytning till anställningsförhållandet att den utgjorde en del av anställningsavtalet", undanröjde HovRs dom och hänvisade målet till AD.

⁸¹ Jfr Svensäter, Anställning och upphovsrätt (1991) s 202 med not 378.

aktier i den lilla patent- och varumärkesbyrån förband sig de två säljarna, C och L, att under 3 år från dagen för överlåtelseavtalet "icke direkt eller indirekt bedriva med A konkurrerande verksamhet eller på annat sätt medverka till att A-koncernens marknads-situation störes." I klausulen ingick en ersättningsklausul av en ganska mild utformning. Om endera eller båda bröt mot klausulen skulle skadestånd utgå "motsvarande skadans omfattning, dock högst med 200 000 kr för vardera säljare". Skada måste alltså bevisas, och mer än 200 000 kr kunde inte utkrävas. Efter en tid vantrivdes den ene av de båda tidigare kompanjonerna, C, till den grad med de nya förhållandena i det större företaget A att han sade upp sig från sin anställning hos A och åter öppnade egen byrå. En del av hans gamla personal följde med till hans nya patentbyrå.

A yrkade vid TR skadestånd och återgång av förvärvet av Cs aktier i det gamla likviderade bolaget samt att C vid vite skulle förbjudas att utöva konkurrerande verksamhet. TR avgjorde först i ett interimistiskt beslut frågan om vitesförbud, som överklagades till AD, varom i nästa avsnitt (4.3). I övrigt har målet ännu (1992) inte avgjorts, men AD, som fastställde det interimistiska beslutet, tog i vart fall ställning till vissa frågor rörande konkurrensförbudet. AD konstaterade att fråga var om en blandad situation (både överlåtelse och anställning, vad här kallas klausul av typ AB) och alltså "inte fråga om ett sådant renodlat anställningsförhållande som avses i 1969 års överenskommelse". Det var därför "inte påkallat att göra någon jämförelse med bestämmelserna i 1969 års kollektivavtal". I anledning av kundöverströmning till Cs nya byrå uttalade AD att A "har ett avsevärt intresse av att det avtalade konkurrensförbudet iakttas. De nackdelar som detta medför för C måste ses mot bakgrund av bl a de ekonomiska villkoren för företagsöverlåtelsen." Det saknades enligt AD "vid en avvägning mellan parternas intressen... anledning att avstå från att förordna om den begärda säkerhetsåtgärden." Även här var det intresset att behålla en kundkrets som blev avgörande, och sannolikt också synpunkten att C var en nyckelperson.

4.3. Rättsfall om interimistiskt förbud i samband med konkurrensklausuler

Såsom nämnades i föregående avsnitt, fastställde AD i beslutet AD 1990:44 ett interimistiskt förbud för C vid vite av 150 000 kr att delta i sin patentbyrås verksamhet och att i övrigt bedriva enligt konkurrensklausulen förbjuden verksamhet. Bl a framhövdes att i förarbetena till RB 15:3 konkurrensklausuler nämnts som exempel på fall där vitesförbud kan ifrågakomma (NJA II 1943 s 186) och att så skett även i litteraturen. Att en ersättningsklausul införts i avtalet hindrar inte en borgenär från att kräva fullgörelse in natura. Att krav på fullgörande knappast förekommit i tidigare praxis föranledde ingen tvekan hos AD.

Vi återkommer närmare till dessa frågor i ett senare avsnitt (5.6.2). Att sådana interimistiska vitesförbud börjat förekomma framgår även av ett annat mål, *NJA* 1991 s 200. Detta gällde ett yrkande om att ett interimistiskt förbud, som meddelats i anslutning till en talan om fastställelse av att en konkurrensklausul skulle upprätthållas.

N, VD i Ahlbo Kemi, dotterbolag till Boliden Kemi AB (sedermera och här kallat Kemira), var enligt avtal med Boliden/Kemira i anledning av att han lämnade sin anställning och helt skulle lämna Bolidenkoncernen bunden av en konkurrensklausul 3 år framåt. Han var förbjuden att arbeta med varor inom Bolidens sortiment, även "som säljare eller köpare oavsett land och oavsett varans fysiska form eller kvalitet". Som compensation skulle han erhålla 18 månadslöner å 30 000 kr utbetalade efter hand från 1 oktober 1988 med sista utbetalning i mars 1990, således under halva bindningstiden. Om N bröt mot klausulen, skulle Boliden kunna omedelbart avbryta compensationen och, om det skedde efter avslutad compensationstid, kräva tillbaka hela compensationen. Kemira yrkade vid TR dels fastställelse av att N inte hade rätt att arbeta med de i avtalet angivna produkterna, dels återbetalning av hela compensationen 540 000 kr, dels omedelbart interimistiskt förbud för N vid vite av 1 milj kr att utöva sådan förbjuden verksamhet. TR, som konstaterade att Kemira visat sannolika skäl för sitt anspråk och att det skäligen kunde befaras att N genom sin verksamhet väsentligt skulle förringa värdet för Kemira av dess rätt enligt avtalet samt att fara var i dröjsmål, biföll talan om interimistiskt beslut och förbjöd N vid vite av 1 milj kr att utöva sådan verksamhet. HovR fastställde, så även HD, som dock nedsatte vitet till 200 000 kr.

I HD togs först frågan upp huruvida tvisten var en arbetstvist. Detta ansåg HD inte vara fallet eftersom N varit anställd i Ahlbo Kemi och inte i Kemira, som var motpart i avtalet om konkurrensförbud. HDs mindre formella ställningstagande i denna fråga i det mål, som HD i AD 1984:68 (se där HDs beslut på s 453 f och ovan 4.2.2) hänsköt till avgörande i AD, är desto märkligare som det i nu förevarande fall, till skillnad från det nämnda, klart är fråga om en arbetsrättslig konkurrensklausul, visserligen inte med arbetsgivaren/dotterbolaget men väl med moderbolaget.

Sedan HD funnit att de formella processuella förutsättningarna för vitesförbud var för handen, tog HD upp frågan om vitesbeloppets storlek med tillämpning av 3 § lagen 1985:206 om viten. I det sammanhanget fann HD att det saknades utredning såväl "om vilket ekonomiskt intresse bolaget har av att N inte bryter mot konkurrensklausulen" som om vad N "själv skulle vinna genom ett sådant avtalsbrott". Enligt uppgift hade N i stort sett inte haft annan inkomst än kompensationen från Boliden.

Någon närmare utredning om karaktären av de intressen som var förenade med konkurrensklausulen eller om på vilket sätt och av vilka skäl N bröt mot klausulen framgår alltså inte, åtminstone inte av referatet i NJA. Enligt vår mening borde en sådan intresseavvägning ha skett redan vid prövningen av förutsättningarna för vitesförbud - ett sådant är inte obligatoriskt (jfr RB 15:3 "får" och ovan 3.6) - inte endast vid prövning av vitesbeloppets storlek.

Ytterligare ett fall skall här beröras, AD 1992:99, som behandlats i föregående avsnitt. AD upphävde här ett av en tingsrätt meddelat interimistiskt beslut om vitesförbud i anslutning till en konkurrensklausul i datakonsultbranschen. Här skall endast anmärkas att ADs beslut torde komma att tjäna som en välbehövlig broms på alltför snabbt fattade beslut, varpå TR i målet givit ett exempel. AD gjorde en intresseavvägning som ledde till att själva klausulen bedömdes som oskäligen. Det behövdes därför ingen särskild prövning av själva vitesförbudets behövlighet i fallet.

4.4. Fall från MD och NO

Ett viktigt rättsfall är NO ./ . Gambro, MD 1976:10, som gällde tillämpning av 1953 års KBL. I samband med upplösningen av ett flerårigt samarbete (enkelt bolag) träffades 1971 ett avtal om slutlig avveckling av samarbetet mellan å ena sidan Arjo Instrument AB och dess ägare Arne Johansson och å andra sidan AB Gambro. Arne J hade lett det tekniska arbetet med utveckling av den konst-

gjorda njure (dialysapparat) som var Gambros huvudprodukt. Gambro hade finansierat utvecklingsarbetet. Enligt avtalet skulle Gambro till Arjo betala 550 000 kr i engångsersättning för övertagande av Arjos monteringsverksamhet och för avlösning av framtida royaltyförpliktelser. Vidare förband sig Arjo och Arne J "att icke - vare sig direkt eller indirekt - bedriva med Gambro konkurrerande verksamhet avseende konstruktion, tillverkning eller försäljning av dialysfilter avsedda för behandling av njursjuka". Någon tid därefter kom Arne Js son ingenjören P-J J på en ny idé om hur man skulle kunna konstruera ett dialysfilter med större fördelar än de filter som fanns på marknaden och önskade samarbeta med sin far för utveckling av denna idé. NO tog vid MD upp frågan om konkurrensbegränsningen var skadlig enligt 5 § i lagen 1953:603 om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet (KBL). Gambro bestred utom vad gällde bindningstiden, som Gambro begränsade till 10 år.

MD tog först ställning till sin behörighet att handlägga tvister om konkurrensklausuler och fastslog därvid att KBL gav möjlighet till ingripande mot alla former av skadliga konkurrensbegränsningar.

Vad angår skadlig verkan ansåg en minoritet (3 ./ 4) av MDs ledamöter att fara för sådan verkan inte styrkts, då uppfinningen ännu befann sig på idéstadiet och dess konkurrensduglighet var obestyrkt.

Majoriteten däremot anförde med stöd av förarbetena till KBL att effektiviteten (verkningsförmågan) i näringslivet "påverkas oförmånligt eller hämmas om en konkurrensbegränsning hindrar tekniska och organisatoriska framsteg eller allmänt avtrubbar tävlingslusten inom en viss näringsgren". Värdet av den nya uppfinningen var visserligen ännu inte klarlagd men den föreföll av utredningen att döma vara värd att exploateras. Från allmän synpunkt var det enligt MD "i hög grad angeläget att varje möjlighet till förbättring och effektivisering av njursjukvården tillvaratas". Gambro hade framhållit att det från allmän synpunkt var betydelsefullt att det genom Gambro utvecklade know-how på detta område skyddades. MD höll med om att konkurrensklausuler som syftar till att under begränsad tid skydda know-how kan vara försvarbara från allmän synpunkt. Men eftersom allt utvecklings- och konstruktionsarbete hos Arjo upphört 1966, härrörde den know-how som Arjo och Arne J förvärvat huvudsakligen från tiden dessförinnan. Därför förmodades "att det huvudsakliga syftet med införandet av konkurrensklausulen i 1971

års avtal varit att allmänt förhindra en konkurrerande verksamhet som skulle kunna minska Gambros dominans inom den svenska marknaden". MD fann sålunda inte "att konkurrensbegränsningens vidmakthållande rättfärdigas av något från allmän synpunkt skyddsvärt intresse". - Genom förhandling undanröjdes sedan den skadliga verkan av konkurrensbegränsningen.

Den i detta mål förekommande konkurrensklausulen är närmast av typ B. I samband med upplösning av ett samarbetsförhållande, närmast ett enkelt bolag, "utlöstes" ena parten med ett vederlag på ca 500 000 kr och blev då bunden av en icke tidsbegränsad konkurrensklausul. Den konkurrerande verksamhet som Arjo och Arne J aktualiserat var att ta upp arbete med utvecklingen av en av Arne Js son gjord uppfinning på dialysområdet. Det finns här anledning att jämföra med det av EG-kommissionen samma år (1976) avgjorda fallet *Reuter ./. BASF* (se ovan 2.5). Kommissionen förklarade där rakt fram att alla restriktioner i fråga om forsknings- och utvecklingsarbete innebar ett klart brott mot EGs konkurrensregler. Där behövdes ingen prövning och intresseavvägning som när fråga var om annan typ av konkurrerande verksamhet.

Ett annat fall är NO ./. Sydsten m fl, MD 1986:21, 1987:2. I avtal om förvärv av anläggningar för tillverkning av betong hade intagits konkurrensklausuler. Säljaren i dessa avtal, bl a AB Sydsten, hade förpliktat sig för en tid av högst 10 år "att icke etablera ytterligare betongfabriker inom Malmö-, Lund- och Halmstadområdet". Detta och vissa tillhörande optionsvillkor ansåg MD medföra skadlig verkan enligt 2 § KL. Konkurrensklausulen var dock knappast typisk såtillvida som den förmodligen gällde i avtalsparternas gemensamma intresse att begränsa betongproduktionen. De förvärvade fabrikerna lades ner. MDs motivering ger uttryck för domstolens syn på konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser.

MD yttrade bl a att konkurrensklausuler, som bereder skydd för kundkontakter och goodwill i den överlåtna rörelsen, kan godtas exempelvis "när klausulen tas in i ett avtal om företagsöverlåtelse för att bereda förvärvaren skydd mot att överlåtaren genom fortsatt verksamhet ändrar de förutsättningar förvärvet bygger på." Men i detta fall, där de förvärvade fabrikerna lades ner, fanns knappt behov av sådant skydd, och skyddstiden var omotiverat lång. Det saknades m a o ett aktuellt intresse som kunde bära upp konkurrensförbudet (se härom 5.5). Villkorens huvudsyfte föreföll MD ha varit att hindra sund konkurrens snarare än att ge Sydsten ett legitimt skydd.

Ett uppmärksammat fall, som visserligen inte gällde konkurrensklausuler men väl konkurrensbegränsningar i kollektivavtal, är MD 1989:13 (se härom även PoK 1989:3 s 57 ff). Det är av intresse främst därför att det belyser tillämpningen av 41 § KL, som undantar från KLs tillämpningsområde "överenskommelse mellan arbetsgivare och arbetstagare angående arbetslön eller andra arbetsvillkor" (se ovan 3.3). I kollektivavtal för måleriyrket hade införts begränsningar för näringsidkare utan anställda (ensamföretagare) att lämna anbud om måleriarbeten - de fick inte överskrida visst belopp. MD fann att ingripande inte hindrades av 41 § KL, eftersom bestämmelsen inte rörde "arbetsvillkor". Målarmästarna som inte själva hade intresse av bestämmelsen - den var ett krav från arbetstagersidan - förbjöds att genom tillämpning av bestämmelsen eller liknande förfarande försvåra för näringsidkare utan någon anställd (ensamföretag eller handelsbolag) eller näringsidkare som arbetar med hjälp endast av lärling att åta sig arbetsobjekt över viss storlek.

Här skall även nämnas något om *NOs verksamhet* för begränsning av användningen av konkurrensklausuler.

I SPKs kartellregister har efter hand införts flera avtal om företagsöverlåtelse med konkurrensklausuler. NO har med hänsyn till dessas konkurrensbegränsande verkan tagit upp en del fall till prövning. NOs inställning är att konkurrensklausuler av denna typ, som tillkommit för att skapa ett rättsligt skydd för den till det överlåtna företaget eller enheten hörande marknadsandelen, i princip skall anses vara skadliga från allmän synpunkt. Dock bör en sådan klausul kunna tänkas vara godtagbar från allmän synpunkt för att skydda *know-how* under en kortvarig övergångstid, vanligen högst 3 år, om den utgör en nödvändig förutsättning för överlåtelseavtalets fullgörande och det är av värde från allmän synpunkt att fullgörelsen kommer till stånd.⁸²

Några konkreta fall skall anföras.

PKF 1974:9 s 66. Sedan NO funnit att Auktoriserade Fastighetsmäklares Riksförbund i sina för medlemmarnas räkning utarbetade standardformulär för köpekontrakt vid överlåtelse av handelsrörelse intagit en konkurrensklausul, med utrymmen i formuläret öppna för fastställande av tid och vitesbelopp, ströks efter NOs ingripande konkurrensklausulen ur formuläret. Om parterna så önskade, kunde konkurrensklausul införas i avtal under "Övriga avtalsvillkor". NO framhöll i sin skrivelse till förbundet att det var önskvärt att användningen av sådana klau-

⁸² PKF 1977:3-4 s 104 och 1980:7 s 75.

suler begränsas. Ett automatiskt införande av konkurrensklausul som ett standardvillkor var principiellt ägnat att medföra fara för att verktningsförmågan inom näringslivet hämmas.

PKF 1977:2 s 66. NO ingrep 1976 mot konkurrensklausuler, som AB Pripps bryggerier infört vid uppköp av små lokala bryggerier. Mot bakgrund av den ökande koncentrationen inom näringslivet borde, förklarade NO, sådana klausuler undvikas helt eller i vart fall begränsas att gälla högst 3 år, vilket också genomfördes.

PoK 1990:1 s 45. Enligt en konkurrensklausul i ett avtal, varigenom Teleannons AB (ett dotterbolag till televerket) förvärvade Tryckcentralen, förbjöds Tryckcentralens säljare att inom 5 år ta anställning hos eller bli delägare i bolag, som bedrev ackvisition av annonser för telefonkatalogen. Inte heller fick de medverka vid utveckling, tillverkning eller marknadsföring av produkter eller tjänster inom verksamhetsområdet annonsackvisition till telefonkataloger eller utgivning av sådana. Förbudet var förenat med vite. En av säljarna begärde att få bli befriad från förbudet. NO förmådde Teleannons att efterge förbudet, som enligt NO medförde skadliga verkningar och var otillbörligt från allmän synpunkt.

PoK 1991:3 s 27 gällde en 10-årig konkurrensklausul i ett företagsförvärsavtal, enligt vilket Euroc-koncernen till finska Partek-koncernen sålde sina kalkföretag och därvid avstod från att under 10 år operera på kalkmarknaden i Sverige. Genom NOs ingripande minskades giltighetstiden till 3 år. Klausulen hade enligt NO förstärkt Parteks dominansposition. Det fanns inga godtagbara motiv för en så lång bindningstid.

Sammanfattningsvis framgår av NOs olika ingripanden dels, att NO vill undvika att konkurrensklausuler ingås slentrianmässigt i avtal om företagsöverlåtelser, dels att sådana avtalade förbud kan godtas för begränsad tid, i allmänhet högst 3 år, t ex för att skydda know-how. I något fall har NO godtagit 4 1/2 års skyddstid (PKF 1976:2 s 69 ff). NO gör liksom MD en avvägning mellan för- och nackdelar med konkurrensförbudet utifrån allmän synpunkt, d v s utifrån synpunkten näringslivets effektivitet. Ett ibland av NO anfört argument för att tillåta konkurrensklausuler, om än för begränsad tid, är att en i och för sig lämplig rationalisering annars inte skulle ha kommit till stånd (se ovan PKF 1977:3-4 s 104), en bedömning som kanske inte alltid är så välgrundad, men argumentet är sannolikt avsett att rättfärdiga ställningstagandet.

5. Tvärsnitt och rättspolitiska synpunkter

I detta kapitel skall olika med konkurrensklausuler sammanhängande frågor tas upp till särskild behandling. Det är dels frågor om kompletteringar med nytt material, dels sammanfattningar och jämförelser samt rättspolitiska analyser på grundval av det framlagda materialet. Någon fullständig bearbetning av problematiken kring konkurrensklausuler har inte åsyftats.

5.1. Några allmänna undantag från giltigheten

Här skall först sammanfattas några fall, då en konkurrensklausul, som inte i och för sig är ogiltig på grund av sitt innehåll, inte kan göras gällande av andra skäl.

Generellt gäller om konkurrensklausuler, att de förlorar sin verkan, om huvudavtalet hävts eller eljest förfaller på grund av väsentligt avtalsbrott från den enligt klausulen berättigades sida.⁸³ Vid anställningsavtal gäller sålunda att konkurrensklausul inte kan göras gällande, när den anställde avskedas eller uppsäges utan laga skäl, ej heller om den anställde sagt upp sig eller lämnat anställningen direkt på grund av tillräckligt grovt avtalsbrott från arbetsgivarens sida. Lika klart är att klausulen är giltig, när arbetstagaren i andra fall sagt upp sig eller sagts upp av godtagbar anledning. Osäkert är läget däremot, när arbetsgivaren sagt upp den anställde och har saklig grund härför på grund av arbetsbrist eller eljest i syfte att begränsa sin verksamhet.

I obligationsrättskommitténs förslag till lag om avtal fanns efter tysk förebild (se ovan 2.3) en bestämmelse, enligt vilken all verkan av konkurrensklausul var förfallen, om den anställde skilts "från anställningen utan att därtill hava givit skälig anledning". Denna bestämmelse ströks i den svenska avtalslagen men finns med i såväl den danska⁸⁴ som den norska avtalslagen. Motiveringen i de svenska förarbetena var att bestämmelsen var alltför speciell för att ingå i avtalslagen (se ovan 3.1).

I motiven till den föreslagna bestämmelsen diskuterade obligationsrättskommittén, om konkurrensförbudet skulle kunna göras gällande, när arbetsgivaren endast begagnat sin fria uppsägningsrätt. Enligt kommittén borde den anställde i sådana fall

⁸³ Jfr Almén, Lagen om avtal (1916) s 240.

⁸⁴ Se om tillämpningen av den danska bestämmelsen Sune Troels Poulsen kap 15.

"vara bunden av sin utfästelse, likaväl som han är det, när avtalet ingåtts på bestämd tid och anställningen upphör i följd av att denna tid gått till ända". Men kommittén nämnde också att bland arbetsgivare den allmänna uppfattning var rådande, "att konkurrensförbudet i sådana fall icke bör kunna göras gällande". Det för arbetsgivare viktigaste syftet med konkurrensklausuler angavs vara att "förbudet skall utgöra ett hinder för den anställde att mot principalens vilja lämna sin anställning för att övergå till en konkurrerande verksamhet".⁸⁵ - Hasselrot (s 99 f) upprepade dessa uttalanden i sin skrift 1924 om konkurrensklausuler. - I en artikel i TSA 1944 (s 55 ff) menade författaren, advokaten Curt Ekdahl, att det bortsett från kontraktsbrottsfallen inte bör spela någon roll, om initiativet till uppsägningen utgår från principalen. När samarbetet visat sig vara omöjligt utan att skulden härför kan tillskrivas den ena eller andra parten, "saknas anledning att fritaga den anställde från skyldigheten att respektera en klausul, som tillkommit just med tanke på den inträffade situationen" (s 62).

Det förefaller från rättspolitisk synpunkt rimligt att en arbetsgivare, som inte längre kan sysselsätta en anställd, inte skall kunna lägga hinder i vägen för dennes fortsatta förvärvsarbete. Det kan visserligen invändas att den ökande konkurrensen genom den anställde kan bli förödande för den tidigare arbetsgivaren, men detta är ett allmänt konkurrens- eller effektivitetsproblem, så länge inte den f d anställde illojalt utnyttjar företagshemligheter, och mot sådana metoder finns andra remedier än konkurrensklausuler.

Vad som gällde i brist på lagregel synes ha varit en ganska öppen fråga. Men i ett par rättsfall på 1930-talet, *NJA* 1934 s 19 och 671, nämnda ovan 4.1.2, fastslog HD att konkurrensklausul inte får göras gällande, om det inte berott på arbetstagaren att anställningen upphört. Sedan tycks frågan inte ha ställts på sin spets, men ett par betydligt senare fall som snart skall nämnas har åtminstone snuddat vid frågan.

Dessförinnan är att nämna 1969 års överenskommelse mellan SAF och SIF m fl, vari uttryckligen förklaras, i formuläret till konkurrensklausuler, att konkurrensförbudet inte gäller, när arbetsgivaren sagt upp anställningsavtalet, utom när uppsägningen föranletts av avtalsbrott från den anställdes sida. Med den genomslagskraft denna överenskommelse erhållit är detta ett viktigt rättskälledatum (se 3.5.11).

⁸⁵ Citaten ur Förslag s 164. Se även Almén, *Lagen om avtal* (1916) s 238 ff.

I senare rättsfall finns dock ingen egentlig bekräftelse. I AD 1975:23 åberopade aldrig den anställde att han sagts upp av arbetsgivaren, och konkurrensklausulen tillämpades (se 4.2.1). I AD 1985:138 invändes att den anställde sagts upp av arbetsgivaren, men AD fann ingen anledning ta upp denna invändning utan förklarade konkurrensklausulen icke bindande av andra skäl, främst den anställdes låga position i företaget men även osäkerheten i hans anställning - han hade egentligen endast haft provanställning (se om fallet ovan 4.2.2).

I pilotfallet AD 1992:67, där piloten visserligen sagt upp sig själv men åberopade avtalsbrott från arbetsgivarens sida som grund för att anses fri från förbudet att övergå i privat flygtjänst, ansåg AD dessa avtalsbrott inte vara tillräckligt grova för att förbudet skulle förlora sin verkan, men de fick betydelse som anledning att jämka den ekonomiska påföljden av överträdelsen av förbudet.

Man torde dock, på grund av de gamla rättsfallen från 1934 och inte minst på grund av den klara regeln i 1969 års överenskommelse och dennas ställning som officiell rättsskälla, ha att räkna med som gällande rätt att konkurrensklausuler förlorar sin verkan vid uppsägning från arbetsgivarens sida, som inte berott på avtalsbrott från arbetstagarens sida. Det kan dock anmärkas att enligt den nya lagstiftningen 1990 i Finland en konkurrensklausul förfaller endast om arbetsgivaren saknat saklig grund för uppsägningen (se 2.8). Likaså saknas i Frankrike en allmän regel av sådan innebörd (se 2.4).

I det nyssnämnda fallet AD 1985:138 förekom omständigheter av annat slag, som kan medföra konkurrensförbudets bortfall. Den anställdes låga position i företaget, anställningens korta varaktighet och osäkerhet i anställningsförhållandet (det var där fråga om "förlängd" provanställning) anfördes av AD som skäl att förklara konkurrensklausulen inte vara bindande. Motsvarande omständigheter åberopades av AD i AD 1992:99, där en person som av ett datakonsultföretag anlåtats som lärare för internutbildning i olika företag ansågs ha haft alltför lösliga anställningsförhållanden för att kunna bindas av en konkurrensklausul åtminstone utanför området för 1969 års överenskommelse. Den anställdes låga ålder är också ett skäl som brukar åberopas. I 1969 års överenskommelse p 2 anges 27 års ålder som en gräns (se 3.5.2). Tanken bakom sådana regler är att konkurrensklausuler bör få användas endast i fråga om kvalificerad personal och framför allt inte skall få hämma unga personers rörlighet på arbetsmarknaden.

5.2. Sammanfattning och jämförelser angående bindningstid och kompensation

Konkurrensklausuler är avsedda att skydda den berättigade partens företag genom att hindra den förpliktade parten att under bindningstiden utnyttja sin konkurrensförmåga. Bindningstidens längd är en viktig del av klausulen som vid avtalskrivning, lagstiftning och i rättspraxis ägnats stor uppmärksamhet. Den hänger på ett påtagligt sätt samman med kompensationsfrågan. Ju längre tid konkurrensförbudet varar, desto starkare blir skälen för kompensation till den förpliktade.

I 1969 års överenskommelse finns regler om både bindningstid och kompensation. Bindningstiden är inte fixerad utan skall övervägas från fall till fall, men det fastslås att den i normalfallet inte bör överstiga 24 månader. Om livslängden för arbetsgivarens skyddsvärda know-how eller därmed jämförbara kunnande är kort, bör bindningstiden inte överskrida 12 månader. Därav framgår att bindningstiden endast i speciella fall får överstiga 2 år, som brukar räknas som den normala bindningstiden.

I fråga om kompensation innehåller 1969 års överenskommelse att arbetsgivaren under bindningstiden "skall till den anställde per månad utbetala skillnaden mellan den anställdes arbetsinkomst hos arbetsgivaren vid anställningens upphörande och den (lägre) inkomst, som den anställde därefter intjänar i ny förvärvsverksamhet". Ersättningen är maximerad till 60 % av månadsinkomsten hos arbetsgivaren vid anställningens upphörande. Den anställde skall göra framställning om denna ersättning och är skyldig att hålla arbetsgivaren underrättad om sina förvärvsinkomster. Om arbetstagaren avskedas på grund av grovt avtalsbrott, kan arbetsgivaren efter hörande av organisationerna å omse sidor helt eller delvis dra in förmånen av sådan ersättning.

En kort sammanställning med motsvarande förhållanden i våra nära grannländers lagstiftning visar följande.

Kompensationsregler infördes i Tyskland för handelsbiträden redan 1914. Där fastställdes bindningstiden till tre år och ersättningsbeloppet till 50 % av arbetstagarens avtalade löneförmånder vid anställningens upphörande (se ovan 2.3). Arbetsgivaren kan genom att slopa konkurrensförbudet under vissa förutsättningar befria sig från skyldigheten att betala vederlag. Det kan nämnas att *Däubler* anser ersättningen vara alltför låg. Enligt hans uppfattning bör vederlaget sättas så högt, att som

följd därav konkurrensförbud skall kunna användas endast när väsentliga intressen av typ företagshemlighet står på spel.⁸⁶

I Danmark måste ett konkurrensförbud för tjänstemän, som varar mer än ett år, vara förenat med skäligt vederlag för den överskjutande tiden (se 2.6). Ersättning kan utgå som en klumpsumma eller efter hand (se Poulsen s 62).

I Finland skall enligt den nya lagen av 1990 (§ 16 a i lagen 1970 om arbetsavtal) bindningstiden vara högst 6 månader som, om arbetstagaren får skälig ersättning, kan utsträckas till högst ett år. Dock gäller inte begränsningen för arbetstagare i ledningen för ett företag (se 2.8).

I fråga om bindningstid vid företagsöverlåtelser finns såvitt vi vet ingen lagstiftning i här berörda länder utom den allmänna jämkningsregeln i de nordiska avtalslagarna. I EG-kommissionens rapport 1985 talas dock om en bindningstid av 5 år som godtagen eller, när endast goodwill överlåtes, 2 år (se 2.5). I Danmark har långa bindningstider godtagits (se 2.6). I Sverige har NO som riktpunkt angivit 3 år.

Vid företagsöverlåtelser skiftar förhållandena så starkt att det knappast kan vara lämpligt att uppställa regler. Bedömningen måste bli beroende av om frågan varit uppe till diskussion under avtalsförhandlingarna och eventuellt påverkat priset. Om så är fallet, blir kompensationsfaktorn av betydelse vid prövningen av om bindningstiden är godtagbar.

Det har från juristhåll framhållits som lämpligt i sådana fall att i överlåtelseavtalet bestämma, att viss del av köpeskillingen, som motsvarar kompensation för konkurrensförbudet, skall hållas inne tills "karenstiden" förflutit eller utbetalas efter hand under denna tid. Därmed skulle frågan om skadestånd regleras på ett praktiskt sätt. Men det torde inte vara lätt att få parterna överens om sådana bestämmelser.

5.3. Om de olika intressena och deras skyddsvärde

Det har framgått att många olikartade intressen motiverat användningen av konkurrensklausuler. De har varierat under tidernas lopp i takt med samhällsförändringarna och de har varit föremål för olika värderingar, å ena sidan förståelse och respekt med hänsyn till avtalets helgd, å andra sidan en mera restriktiv eller helt fördömande inställning. Inledningsvis nämndes (avsnitt 1.2) preliminärt de mest framträdande intressena. Här blir diskus-

⁸⁶ Däubler, Das Arbeitsrecht 2 (1979) s 200.

sionen mera differentierad. Därjämte skall diskuteras i vad mån andra åtgärder än konkurrensklausuler skulle kunna bättre svara mot och tillgodose vissa befogade intressen. Inte alltid är konkurrensklausuler det bästa medlet att tillgodose vissa i och för sig beaktansvärda intressen.

5.3.1. Intresset att bevara kundkretsen

Mest kontroversiellt är utan tvivel intresset att bevara kundkretsen. Det är det mest påtagliga rent konkurrensbegränsande intresset, som skär in i själva hjärtpunkten av marknads ekonomin, ett ingrepp i den fria tävlan om kunderna med rent ekonomiska medel för att åstadkomma de bästa produkterna eller tjänsterna till konkurrenskraftiga priser.

Kundintresset kan ta sig uttryck i upprättande av särskilda hemliga kundregister⁸⁷ eller kan vara begränsat till ett fåtal betydelsefulla kunder (se t ex AD 1975:23). Det kan också vara mera obestämt, ett goodwillvärde som är svårt att uppskatta i pengar. Detta goodwillvärde kan vara knutet till viss eller vissa personer, som då blir särskilt värdefulla för företaget att behålla. Detta är mycket påtagligt särskilt i konsultbranschen, och kundintresset kan då sammanfalla med intresset att bevara nyckelpersoner eller åtminstone hindra att ett konkurrerande företag drar nytta av en sådan nyckelperson. Nyckelpersonsproblematiken tas upp i ett senare sammanhang (5.3.4).

Kundintresset är inte sällan det enda egentliga intresset som avses bli skyddat, t ex vid överlåtelse av vissa typer av företag, sådana som tillgodoser t ex dagliga behov av livsmedel o d. Vårt äldsta kända rättsfall, *Mitchel v Reynolds* från 1711 (se 2.1), var av denna typ (ett helt lokalt bageri). Att sälja en liten affär och sedan sätta upp en ny alldeles i närheten - det är ett påtagligt missbruk av säljarens närhet och bekantskap med en begränsad kundkrets som kan vara förödande för förvärvaren. Ett sådant intresse respekteras även vid tillämpningen av EGs stränga konkurrensregler, om det är rimligt begränsat i tid och rum, att döma av uttalanden, om än *obiter dicta*, i *Remia*-domen 1985 (se 2.5). Å andra sidan kan det finnas anledning att beakta, att även lokal konkurrens kan medföra fördelar för allmänheten från service- och prissynpunkt.

⁸⁷ Kundregister anses t o m kunna räknas som företagshemligheter, se nedan not 100. Se även AD 1984:20 (ovan 4.2.2).

Detta att förbehålla kundkretsen för sig har även en annan sida. Skall kundernas intressen lämnas helt åsido? För kunderna kan det vara i hög grad betydelsefullt att få följa med till ett annat företag, till vilket en anställd i det gamla företaget övergått eller som etablerats av en f d där anställd. Om det är den f d anställdes personliga egenskaper mer än företaget i övrigt som haft betydelse för kunden, kan det från kundens synpunkt vara ett starkt intresse att få följa med, och det är i mål med en intresse-motsättning av denna typ ofta svårt att reda ut, varifrån initiativet till kundöverströmningen kommit. Kunder bör inte få behandlas som en handelsvara, som boskap som köpes och säljes. Skall kunden kunna förhindras att anlita sin tidigare kontaktman? Effektivast sker detta genom att eliminera dennes verksamhet, såsom just är meningen med en konkurrensklausul. Men är detta från allmän synpunkt alltid rationellt och motiverat? Ett företag har t ex intresse av att behålla sin revisor, som är väl insatt i företagets förhållanden, även sedan denne gått över till en annan revisionsbyrå. Sådana överväganden tycks aldrig få utrymme vid prövningen. De ryms inte i avtalsrättens trånga ramar, avtalsrättens principiella begränsning till parterna. Om det skulle bli fråga om att på motsvarande sätt begränsa valet av läkare, skulle det nog betraktas som oetiskt. Med ett konkurrensrättsligt synsätt torde däremot kundintresset kunna beaktas.

Vad åtminstone svenska domstolar nog aldrig ger sig in på är att bedöma, om marknaden - det kan vara en lokal marknad - skulle tåla och kanske må väl av ökad konkurrens. Om bara säljaren har fått bra betalt för sitt företag eller den f d anställda får ersättning för att avhålla sig från konkurrens, har domstolarna förefallit vara nöjda. Läget har förefallit oproblematiskt. Om de enskilda avtalsparternas intressen tillgodosetts, är allt väl. Visserligen deklarerar AD i sin praxis, att konkurrensklausuler utanför det i 1969 års överenskommelse angivna användningsområdet skall bedömas restriktivt, men därav - av en från allmän synpunkt prövande inställning - har synts mycket litet, när frågan om bundenhet avgjorts. I revisionsbyråfallet AD 1992:9, där nämnda deklaration återkom, fann AD att revisionsbolaget hade "ett berättigat intresse av att kunna behålla de klienter man redan hade" och att konkurrensklausulens skadestandsregler var godtagbara: "Det ligger ju i sakens natur att en klausul av detta slag för att bli verksam bör vara förenad med en påföljd för brott mot klausulen". Den aktuella påföljden ansågs inte oskälig vare sig den tolkades enligt ena eller andra partens uppfattning. Den påföljd som stadgades var smidig, nämligen att den tidigare anställ-

de skulle betala i skadestånd 50 % av sina inkomster från "förbudna" klienter. Avsikten med denna skadeståndsregel var enligt arbetsgivaren att den anställde inte skulle "kunna utan avsevärt ekonomiskt avbräck" ta med sig "upparbetade klienter". Det var påföljdens effektivitet inom ramen för vad som ansågs skäligt som blev avgörande, inte en bedömning av de ekonomiska konsekvenserna för den tidigare anställde, att den stadgade andelen 50 % av kalkyltimpriset var ganska grymt tilltagen, även om skadeståndsregeln i sig var ganska smidigt utformad. Den var utformad efter "brottets" storlek, men procentsatsen, avsedd att verka preventivt, måste anses diskutabel, när inga mera okontroversiella intressen var involverade. Man borde här kunna nöja sig med ekonomisk utjämning snarare än hårda preventiva påföljder. I det hittills sista målet, AD 1992:99, ogiltigförklarade AD dock en konkurrensklausul utanför området för 1969 års överenskommelse, där endast kundintressen var involverade, med åberopande särskilt av den förpliktades lösliga anställningsförhållanden och blygsamma förmåner (se närmare 4.2.2).

Vad särskilt angår revisorer finns särskilda synpunkter att anlägga. Revisorer utför en i lag, såsom ABL, reglerad obligatorisk verksamhet, som står under offentlig tillsyn av kommerskollegium. En konkurrensklausul, som innebär att en revisor, vars klient följt med honom när han lämnat sin anställning hos en revisionsbyrå och öppnat egen byrå, har att avstå från en hög procent av intäkterna (t ex 50 % såsom i nyssnämnda fall AD 1992:9) till sin f d arbetsgivare, innebär ett ingrepp i relationen revisor-klient, som är betänklig från allmän synpunkt. I analogi med att en arbetstagare - av hänsyn bl a till arbetsgivaren - inte kan med bindande verkan avstå från framtida lön, bör knappast ett avstående av detta slag anses giltigt, åtminstone inte i den utsträckning att vederlaget blir helt otillräckligt och kan medföra risk för sämre arbetsprestation.⁸⁸

Ovan har i avsnitt 1.4 nämnts ett exempel på en betydligt mera balanserad ersättningsregel, som används av ett internationellt revisionsföretag såvitt angår partners som bryter sig ur gemenskapen. Den ersättning som där föreskrives - utan något förbud mot övertagande av klienter - är *högst* 10 % av faktureringen såvitt angår övertagna klienter under *högst* 3 år. Det slutliga avgörandet sker i brist på överenskommelse genom skiljedom. Mot en sådan bestämmelse torde inga allvarliga invändningar kunna riktas.⁸⁹

⁸⁸ Jfr Schmidt, Löntagarrätt (rev upplaga 1988 ombesörjd av Tore Sigeman) s 234 f.

Poulsen (s 128 ff) har kommenterat en inom den danska revisorsbranschen mycket använd konkurrensklausul av annan typ men med samma syfte. Den innebär i huvudsak att en anställd revisor efter anställningens upphörande inte får ta sig an klienter som funnits hos den tidigare arbetsgivaren under anställningens 2 sista år. Det finns inget förbud att övergå till konkurrerande revisorsbyrå eller öppna egen byrå, endast att överta klienter. Någon bestämmelse om vite tycks inte finnas. Det finns inget spår av hänsyn till klienterna vare sig i standardklausulen eller i Poulsens kommentar. Eftersom klausulen varken förbjuder den anställde att övergå till anställning hos annan revisor eller att öppna egen byrå anses den enligt Poulsen inte kunna drabbas av 38 § avtalslagen. Att den dock kan vålla bekymmer framgår av Poulsens kommentar.

Inom Sveriges Advokatsamfund har konkurrensklausuler prövats i disciplinär väg. Som nämnts (1.4) är advokatkårens inställning till sådana ganska avvisande. Här anser man ingripanden mot klienter, som vill hålla fast vid en tidigare anlitad advokat även sedan denne lämnat sin anställning vid en byrå och öppnat en egen, vara stridande mot god advokatsed, liksom ingripanden mot advokaten för att klienter övergått till honom. Holger Wiklund säger härom i God advokatsed:

Hela föreställningen att en klient "tillhör" en viss advokat måste anses oriktig.... Advokaterna har all anledning att slå vakt om klientens rätt att fritt välja advokat.⁹⁰

Ett nyligen av advokatsamfundets disciplinnämnd avgjort fall förtjänar att refereras.⁹¹ Det gällde en kvinnlig advokat B, som vid anställningen hos advokaten A, vid den tiden som biträdande jurist, blev bunden av en konkurrensklausul, vari hon utfäst sig "att - vid anställningens upphörande - icke påverka klienter ej anskaffade av B att fortsättningsvis anlita henne samt att under en tid av ett (1) år efter anställningens upphörande icke åtaga sig uppdrag för sådana klienter". Anställningen upphörde 1990. B blev av ett bolag, vars ärenden hon börjat handlägga under sin anställning hos A, anmodad att fortsätta därmed även sedan hon lämnat As byrå. A gjorde upprepade försök att hindra detta. Advokatsamfundets disciplinnämnd fann förbudet för B att åta sig uppdrag för klienter ej anskaffade av B vara ägnat "att inskränka

⁸⁹ Vi har även sett exempel på en klausul med skyldighet att avstå från 20 % av intäkten från tidigare kunder, redan det en tveksamt hög andel. I ett fall gällde skyldigheten under 5 år, en alltför lång tid.

⁹⁰ Holger Wiklund s 145. Wiklund hänvisar även till förbudet inom Advokatsamfundet mot personliga hänvändelser för att få uppdrag.

⁹¹ Fallet refereras i Advokaten 1992 s 123 ff.

klienters fria val av advokat" och att A genom att aktivt verka för att förmå klienter att inte anlita B brutit mot god advokatsed.

Detta avgörande visar att advokatsamfundet tillmäter kunden/klientens intressen stor betydelse vid bedömningen av konkurrensklausuler. Detta hänger samman med den av samfundet omhuldade principen att slå vakt om klienters fria val av advokat och synes vara förebildlig för all verksamhet, i vilken kunden/klientens förtroende för den han anlitar för uppdrag har stor betydelse, vartill tillkommer den praktisk/ekonomiska synpunkten att det är fördelaktigt för klienten att anlita en person som är insatt i företagets förhållanden och kanske även påbörjat arbetet med ett visst ärende.

Inom advokatyrket, som torde ha den på konsultområdet mest utvecklade yrkesetiken, anses det enligt Wiklund i hans skrift om God advokatsed självklart, att en biträdande jurist, och motsvarande gäller förvisso för advokater, som lämnar en advokatbyrå, inte får vara aktivt verksam för att förmå byråns klienter att övergå till honom, något som följer redan av förbudet mot personliga hänvändelser för att få uppdrag. Men ingenting hindrar honom från att mottaga uppdrag av tidigare klienter som vill anlita honom. Och, såsom också framgår av nyssnämnda disciplinärende, det är lika stridande mot god advokatsed av den tidigare principalen att förmå förutvarande klienter att återgå till honom.⁹²

Vad Wiklund inte ger direkt svar på är frågan, huruvida ett enkelt meddelande från en advokat eller biträdande jurist till klienter att han övergått till annan byrå eller öppnat egen verksamhet är otillåtet, vare sig det finns en konkurrensklausul eller ej. Såvitt vi kan förstå bör inte ett enkelt sådant meddelande anses strida mot god advokatsed eller i sig utgöra ett brott mot en konkurrensklausul⁹³ utan kunna ses som en tillåten kundupplysning. Det bör kunna ses som ett legitimt intresse för en kund/klient att få kunskap om att den han anlitat som konsult, advokat, revisor etc övergått till egen verksamhet.

Hur ett yrkesetiskt ställningstagande förhåller sig till en rent rättslig bedömning är inte alltid lätt att avgöra. Domstolarna tar vid avgöranden av denna mer eller mindre generalklausul-liknande typ gärna intryck av vad som är god sed eller åtminstone godtagbart inom olika verksamhetsområden men har främst att självständigt ta ställning till vad som är ett godtagbart hand-

⁹² Holger Wiklund, God advokatsed s 145 ff, sammanfattningsvis s 152.

⁹³ Om handlandet i övrigt strider mot en giltig konkurrensklausul, kan meddelandet knappast få självständig betydelse.

lingssätt. HD tar ofta före avgörandet in utlåtanden från myndigheter och organisationer som har med verksamhetsområdet att göra. AD tycks aldrig göra det men har sakkunskap genom sina organisationsrepresentanter och den tredje ämbetsmannaledamoten. Man kan dock ifrågasätta, om det inte hade varit lämpligt att AD före avgörandet 1992:9 hört sig för hos revisorsorganisationer och hos kommerskollegium som tillsynsmyndighet.

Vi har fått intrycket att kampen om kunder och inte minst kvalificerad personal hårdnat inom konsultbranschen och att utnyttjandet av konkurrensklausuler och liknande blivit ett allt vanligare medel att motverka flyktfaran. Vad som är tillåtet och otillåtet från parternas sida i denna kamp är svårbedömt. Arbetsgivare på området har i inte få fall gått så långt som att föra talan mot f d anställda om trolöshet mot huvudman enligt BrB 10:5. Ett intressant sådant fall, som visserligen inte gäller tillämpningen av en konkurrensklausul men dock frågor som har nära beröring därmed, är *NJA 1984 s 665*. Fallet gällde ett åtal om trolöshet mot huvudman mot en försäljningsingenjör S. Denne hade varit anställd hos en firma D, som bedrivit agenturverksamhet för försäljning av maskiner för plastindustrin från utländska till svenska företag. S hade efter uppsägning 1/4 1980 slutat sin anställning 30/6 samma år. Han hade under denna tid inregistrerat egen firma, maskinagenturen Plastum. Anledningen till att han övergått till egen verksamhet angav han vara att han blivit missnöjd med förhållandena i D efter ett chefsbyte. Han hade meddelat två tyska företag, kunder hos D, vilka själva visat intresse för att han skulle öppna egen firma, att så skett, varefter dessa genast sagt upp sina avtal med D och övergått till Ss nya företag.

Alla instanser var eniga om att S i förhållande till D intagit en sådan förtroendeställning som avses i 10:5 BrB. Men endast HovR biföll åtalet.

I fråga om ansvar för trolöshet gjorde HD en skillnad mellan de fall, då den anställde missbrukat sin förtroendeställning och därigenom vållat skada för huvudmannen, och de fall då den skadevållande handlingen hänfört sig "till anställningsförhållandet i allmänhet".

"Om arbetstagaren t ex upplyser arbetsgivarens kunder om sin avsikt att lämna anställningen och starta eget företag, kan förfarandet innefatta ett åsidosättande av den lojalitetsförpliktelse som följer av anställningsavtalet, särskilt om arbetstagaren i någon form försöker påverka arbetsgivarens kunder att gå över till det nya företaget. Förfarandet kan emeller-

tid i allmänhet inte anses utgöra något missbruk just av förtroendeställningen."

Det konstaterades att de tyska företagen "efter en saklig bedömning funnit det mest förenligt med sina affärsintressen att i fortsättningen anlita S som agent i Sverige."

"Det kan sålunda inte anses visat mer än att S genom sina upplysningar om att han ämnade övergå till annan verksamhet initierat det skeende som ledde fram till de västtyska företagens beslut rörande agenturerna."

I ett tilläggsyttrande anförde två justitieråd bl a, med hänvisning till AD 1984:20, att 38 § avtalslagen genom ändringarna 1976 begränsat möjligheterna för näringsidkare att genom konkurrensklausuler skydda sig mot skador genom överströmning av kunder.

"Detta innebär självfallet inte att en arbetstagare, som avser att sluta sin anställning för att börja en verksamhet i konkurrens med arbetsgivaren, har rätt att under anställningens bestånd vidta åtgärder för att exempelvis förmå arbetsgivarens kunder att gå över till det planerade företaget. Men det synes inte stå väl överens med grunderna för 38 § avtalslagen att låta sådana förfaranden från arbetstagarens sida omfattas av straffbarhet enligt 10 kap 5 § BrB utom i undantagsfall såsom när missbruket avser en företagshemlighet."

Man kan alltså dra den slutsatsen att det enligt HD väl kan vara ett brott mot anställningsavtalet och den därmed förenade lojalitetsplikten att verka för kundöverströmning under anställningens fortgång men att detta inte räcker för ansvar för trolöshet mot huvudman.

I och med att anställningen upphör, upphör också lojalitetsplikten. En konkurrensklausul kan inte anses förlänga lojalitetsplikten - bortsett från det särskilda skyddet för företagshemligheter - men givetvis kan det stå i strid med konkurrensklausulen att aktivt verka för kundöverströmning. Däremot torde knappast som nämnts en ren upplysning om den ändrade situationen i sig stå i strid med en konkurrensklausul, t ex om att en av en konkurrensklausul bunden revisor öppnat egen revisorsverksamhet utanför det förbjudna geografiska området men är villig att behålla gamla kunder inom detta. Även kunden/klientens intresse att få upplysning om ändringen bör beaktas.

Sammanfattningsvis vill vi anförda följande. Ett företags intresse att bevara en kundkrets för sig själv utan intrång är det som mest strider mot de allmänna konkurrensrättsliga princi-

perna. Det gäller särskilt när anställda avtalsvis förhindras att efter anställningens upphörande etablera sig som självständiga företagare eller att hos ett konkurrerande företag ta en anställning som motsvarar hans kompetens och kunnande. Mindre kontroversiellt är det påtagliga intresset hos förvärvaren av ett företag att säljaren inte genom att strax därefter etablera ett konkurrerande företag "förstör" marknaden för den nye innehavaren. Här finns ofta ett behov av att en karenstid skall få förflyta, under vilken den nye innehavaren skall kunna uppnå viss stabilitet i sin rörelse. Här har som nämnts även EG-rätten tillåtit konkurrensklausuler, givetvis inom skäliga gränser, så även NO med särskild hänvisning till behov att skydda know-how under en övergångsperiod (3 år).⁹⁴ Särskilt besvärliga problem uppkommer vid de kombinerade klausulerna, av typ AB, som vi återkommer till längre fram (5.6.2).

Även om konkurrensbegränsningen kan godtas, är det inte alltid okontroversiellt, vilka påföljder av överträdelse som skall anses vara godtagbara. Härom i ett senare avsnitt (5.6.2).

5.3.2. Företagshemligheter och företagsspecifikt kunnande

Ett betydligt mindre kontroversiellt skyddsintresse är det som gäller företagshemligheter o d. Visserligen skyddas uppfinningar genom patent, men ofta föredrar företag att inte använda patentering på grund av den publicitet, omgång och kostnader som är förbundna därmed, utan väljer i stället att försöka hålla uppfinningen hemlig. Dessutom finns det så mycket annat inte patenterbart kunnande, som företagen vill skydda, know-how o d, vars närmare innehåll är svårbestämbart. Företagsspecifikt kunnande är den i 1969 års överenskommelse använda termen. Genom denna överenskommelse och dess upphöjelse till rättskälla (se 3.5.11) har företagshemligheter eller, som det heter i överenskommelsen, "tillverkningshemligheter" fått en status i skyddshänseende som är jämförbar med den som erhålles genom lagstiftning. Som exempel på benägenheten att särbehandla företagshemligheter kan hänvisas till slutorden (citerade i föregående avsnitt) i det särskilda yttrandet av två justitieråd i *NJA 1984 s 665*.⁹⁵

⁹⁴ Se ovan 4.4 och Anders Wallén, Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser ur konkurrensrättslig och avtalsrättslig synvinkel, TSA 1982 s 218 ff.

⁹⁵ Även Hasselrot framhöll (s 97) att konkurrensklausuler var mera berättigade än annars, när "den förpliktade fått inblick i den berättigades kundkrets eller hans affärs-

Ett viktigt skäl för denna särskilda ställning torde vara att ett konkurrerande företags tillägnelse av annat företags hemligheter på ett helt annat sätt än en överströmning av kunder framstår som resultat av ett illojalt beteende. Förvärvaren har kanske uppnått "det stora språnget" framåt utan de för framtiden tyngande kostnader som ofta är förenade med en tålmodig och kostnadskrävande utveckling. Sådana förvärv framstår som konkurrens med otillåtna medel, som *illojal konkurrens*.

Men gränsen är svår att dra upp. En anställd förvärvare under sitt arbete ett stort mått av erfarenhet och tekniska insikter, som inte får monopoliseras av den tidigare arbetsgivaren, när den anställda väljer att lämna företaget och övergå i annan verksamhet, såsom anställd i annat företag eller som egen företagare. Detta framhävdes med skärpa i det gamla engelska rättsfallet *Morris v Saxelby* (1916, se ovan 2.1), och det har också med visst eftertryck framhållits i svenska rättsfall, inte minst i pilotfallen (se ovan 4.2.2 och där även AD 1984:20). AD godtar inte som rättsligt bindande konkurrensklausuler, "om de syftar enbart till att kvarhålla arbetstagare med särskilda kunskaper och särskild kompetens i deras anställning" (citatet ur AD 1991:38). Företagshemligheter har också fått ett särskilt skydd genom *lagen 1990:409 om skydd för företagshemligheter* (FHL), som ersatte resterna av den gamla lagen från 1931 med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens.

Det skyddsvärda området enligt 1969 års överenskommelse är inte lätt att precisera. Innebörden i de bestämmelser som anger det tillåtna (skyddsvärda) användningsområdet för konkurrensklausuler i 1969 års överenskommelse borde enligt vanliga avtalstolkningsprinciper ytterst bli beroende av vad parterna gemensamt avsett i detta hänseende. Att få fram någon gemensam partsavsikt torde vara svårt eller omöjligt av flera skäl, inte minst överenskommelsens ålder, och även med hänsyn till att förhållandena ändrats. I brist på prejudicerande domar i hithörande tolkningsfrågor måste en objektiv tolkningsmetod tillgripas, och därvid torde en jämförelse med och eventuell analogi utifrån den nya lagen (FHL) ligga nära till hands. En närmare undersökning av vad som i denna lag menas med begreppet företagshemlighet kan förväntas kasta visst ljus över begreppet tillverkningshemlighet enligt 1969 års överenskommelse.⁹⁶ Både FHL och

hemlighet".

⁹⁶ En viss försiktighet med att blanda orden tillverkningshemligheter, företagshemligheter och yrkeshemligheter, när dessa begrepp används i juridiska sammanhang, är påbjuden. I propositionen till FHL gör lagstiftaren en distinktion mellan företagshemligheter

1969 års överenskommelse inriktar sig på att ringa in ett fenomen bestående av ett *immateriellt värde*, vilket företaget har intresse av att utifrån konkurrenshänsyn exklusivt få behålla och exploatera för egen del.

När man använder FHL som underlag för analogier med 1969 års överenskommelse, bör man dock hålla i minnet att regelsystemen i viss mening har olika syften och tillämpningsområden. Medan överenskommelsen syftar till att förhindra att en anställd under en viss tid efter anställningstidens slut "befattar sig med verksamhet, vilken konkurrerar med arbetsgivaren", syftar FHL uteslutande till att förhindra att arbetsgivarens affärs- eller driftsförhållanden utnyttjas eller röjes. FHL omfattar de hos arbetsgivaren anställda men är - till skillnad från överenskommelsen - inte begränsad till dessa; tvärtom avser lagen *alla* som får reda på vad som i lagen klassificeras som företags-hemligheter. Det *kan* handla om att hindra en f d anställd från att i sitt nya jobb använda sig av information, som han har med sig från sitt arbete hos den f d arbetsgivaren, d v s den situation som 1969 års överenskommelse inriktar sig på, men det behöver ingalunda göra det. Vidare är lagen en *straffrättslig* lag, och bör således tolkas restriktivt, medan överenskommelsen är ett avtal, vilket i tolkningshänseende innebär att texten ytterst skall tolkas utifrån den s k partsviljan, i den mån denna går att uttröna. Om man beaktar dessa och andra särskiljande aspekter, kan det emellertid inte vara fel att snegla på lagens förarbeten i fråga om vissa centrala begrepp, när man närmare söker fastställa innehållet i 1969 års överenskommelse.⁹⁷

och yrkeshemligheter på följande sätt: "I gällande rätt används på flera ställen uttrycket yrkeshemlighet, exempelvis i rättegångsbalken (36 kap. 6 § RB). Den praktiska innebörden torde många gånger sammanfalla med vad som här tidigare har sagts om det nya begreppet företagshemlighet. Det senare begreppet torde dock främst genom skaderekvisitet ha en mer inskränkt betydelse och begreppen är inte utbytbara." Se prop 1987/88:155 s 37. Begreppet tillverkningshemligheter kan snarare jämföras med begreppet yrkeshemligheter. Som nämnts ovan 3.4 byttes den senare termen, som användes i 1947 års ramavtal, i 1969 års överenskommelse ut mot termen tillverkningshemlighet.

I det betänkande som låg till grund för FHL gjordes också vissa försök att bringa reda i begreppsförvirringen, framför allt i fråga om begreppen företagshemlighet contra begreppet know-how, se SOU 1983:52 s 294 ff.

För att göra den terminologiska diskussionen ännu mer subtil kan man framhålla att begreppet tillverkningshemlighet enligt 1969 års överenskommelse också innehåller ett skaderekvisit, som nedan kommer att framgå, varför bristande överensstämmelse mellan å ena sidan detta begrepp, sådant det används i 1969 års överenskommelse, och å andra sidan företagshemlighetsbegreppet inte torde föreligga av denna anledning.

⁹⁷ Parallellen mellan konkurrensklausuls- och företagshemlighetsproblematiken har dragits tidigare. Exempelvis anförde departementschefen som ett av skälen till varför han inte ville lägga fram det förslag till ny lag om otillbörlig konkurrens, som utredningen om

1 § FHL innehåller en legaldefinition. Enligt denna menas med företagshemlighet "sådan information om affärs- eller driftsförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende".

Man skiljer inom konkurrensrätten mellan *tekniska* och *kommersiella* hemligheter.⁹⁸ Det tekniska kunnandet handlar om maskiner, konstruktioner eller t ex ett tillverkningsförfarande, medan det kommersiella kunnandet hänför sig till produktion och marknadsföring, t ex kännedom om inköpskällor och avnämare. I många frågor, t ex produktutveckling, kan denna gräns självfallet vara svår att dra i praktiken. Mellan 1969 års överenskommelse och den nu diskuterade lagen förefaller emellertid den skillnaden föreligga, att det är osäkert i vilken utsträckning överenskommenheten, som åtminstone i huvudsak riktar in sig på det mera tekniskt betonade kunnandet, även avser kommersiell information, medan det är helt klart att lagen omfattar såväl tekniska som kommersiella uppgifter. Frågan beröres i slutet av detta avsnitt.

Det handlar enligt båda regelkomplexen om *information*. I det betänkande som låg till grund för lagen hade i stället ordet *kunskap* använts (SOU 1983:52 s 11). I propositionen till lagen ger departementschefen en förklaring till varför ordet *information* valts i stället för ordet *kunskap*. Ordet *kunskap* kan enligt departementschefen ge en felaktig bild av skyddsobjektet, eftersom detta dels inte behöver vara av någon särskild kvalitet eller originalitet i fråga om uppfinningshöjd eller liknande, dels mycket väl kan bestå av ritningar eller modeller, då det blir konstlat att tala om kunskap (prop 1987/88:155 s 12). I 1969 års överenskommelse används ordet "kunnande", vilket begrepp ligger ordet *kunskap* nära. Med departementschefens sätt att resonera skulle det betyda att överenskommelsens utrymme för konkurrensklausuler är mera begränsat, d v s avser mera kvalificerade eller originella uppgifter, än lagens utrymme för skydd för företagshemligheter. Även triviala uppgifter kan klassificeras som företagshemligheter i lagens mening (prop 1987/88:155 s 12), dock inte som skyddsvärda företagshemligheter (se nedan), medan triviala

illojal konkurrens utarbetat (SOU 1966:71) att "frågan om nya regler till skydd för företagshemligheter sammanhänger ... med frågan om konkurrensklausuler i anställningsavtal. Riksdagen har här begärt en förutslutningslös utredning." (s 58. Jfr också SOU 1983:52 s 72.) 1966 års betänkande var kontroversiellt mellan arbetsgivar- och arbetstagsidan, men dessa motsättningar dämpades genom 1969 års överenskommelse, se SOU 1983:52 s 72.

⁹⁸ Se t ex SOU 1983:52 s 55. Ibland utskiljer man också *administrativa* företagshemligheter som en särskild kategori.

uppgifter inte synes kunna utgöra "tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart företagsspecifikt kunnande" enligt överenskommelsen.

Enligt förarbetena till 1 § FHL krävs det således inte att en företagshemlighet är "en intellektuellt fristående uppgift av en viss kvalitet" eller att den är uttryck för någon form av originalitet (prop 1987/88:155 s 12). Som nyss nämnts kan även rätt triviala uppgifter rent definitionsmässigt utgöra företagshemligheter enligt lagen. Frågan huruvida en uppgift utgör en företagshemlighet enligt 1990 års lag bestäms inte av uppgiftens karaktär och är inte beroende av att det mot bakgrund av särskilda omständigheter framstår som motiverat att hemlighålla den; det avgörande är att arbetsgivaren rent faktiskt hemlighåller uppgiften och att ett avslöjande kan medföra skada i konkurrenshänsende.⁹⁹

Som flera gånger betonats utgörs företagshemligheter av *information*. Denna information kan enligt 1 § 2 st FHL ta sig uttryck såväl i ritningar, modeller och liknande tekniska förebilder som i enskilda personers kännedom om ett visst förhållande, även om denna kännedom inte har dokumenterats på något sätt.¹⁰⁰ Utanför begreppet företagshemlighet faller människors personliga skicklighet, kunskaper och erfarenhet. Sådant kunnande har arbetsgivaren inte rätt att förbehålla sig genom konkurrensklausuler. Det är tvärtom ett samhällsintresse att den enskilde fritt skall kunna använda sin allmänna yrkesskicklighet, sina yrkeskunskaper och sin yrkeserfarenhet.¹⁰¹

⁹⁹ Prop 1987/88:155 s 34 ff och LU 1989/90:37 s 20 f. Se även Svensäter, Anställning och upphovsrätt (1991) s 123.

¹⁰⁰ Begreppet företagshemlighet fanns med redan i 1966 års förslag till lag om otillbörlig konkurrens, vilket förslag lades fram i SOU 1966:71 av utredningen om illojal konkurrens (men inte ledde till lagstiftning). Enligt nämnda utredning kan en företagshemlighet vara av teknisk eller kommersiell karaktär och den utgör ett immateriellt värde, som oftast torde vara materialiserat i form av ritningar, beskrivningar eller på annat sätt, men som också kan finnas enbart som minne, kunskaper och erfarenhet hos människor. Se SOU 1966:71, s 119 och redogörelsen i SOU 1983:52, s 55. I den fram till 1990 gällande lagen (1931:152) med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens användes i stället ordet yrkeshemlighet, vilket i lagtexten (3 §) exemplifierades med "fabrikationssätt, anordning, affärsförhållande eller annat". I en tidigare version av Verkstadsföreningens kommentar till § 3 i kollektivavtalet om allmänna anställningsvillkor mellan å ena sidan Verkstadsföreningen och å andra sidan SIF-SALF-CF (Tjänstemannaavtalet), som handlar om tjänstemannens lojalitetsplikt, uttolkades yrkeshemlighetsbegreppet i 3 § lagen om illojal konkurrens sålunda: "Yrkeshemlighet avser inte endast tekniska förhållanden. Det kan också vara fråga om exempelvis innehåll i leveransanbud, en affärs vinstprocent på olika varor samt särskilda för en viss affär speciella försäljningsmetoder. Här torde inräknas även ett företags kundregister".

¹⁰¹ Jfr uttalanden av utredningen om illojal konkurrens, SOU 1966:71 s 140, refererade i SOU

Enligt legaldefinitionen av begreppet företagshemlighet i 1 § FHL består en företagshemlighet vid närmare betraktande av tre komponenter. Det skall för det första handla om *information om affärs- eller driftförhållande i en näringsidkares rörelse*. Här avses såväl information om en produkt eller vara som näringsidkaren ännu inte har introducerat på marknaden som information om tekniska landvinningar, produktionserfarenheter och liknande samt uppgifter av kommersiell art om administration, planering, försäljning, finansiering m m. Någon uppdelning av informationen mellan teknisk, kommersiell, administrativ eller annan slags information är inte avsedd; det avgörande är att informationen avser näringsidkarens affärs- eller driftförhållanden. Det kan handla om information som rör konstruktions- och utvecklingsarbete, forskning, prov och liknande men också information som rör enskilda affärshändelser av mer allmänt slag, t ex marknadsundersökningar, marknadsplanering, prissättningskalkyler och planer rörande reklamkampanjer innefattas i lagens företagshemlighetsbegrepp (prop 1987/88:155 s 13 och 34 f). Även information om idéer och projekt bör kunna betraktas som företagshemligheter, om det är viktigt att utvecklingsarbetet hålls hemligt (ibid s 13). Gränsen dras vid det som kan klassas som personlig skicklighet, erfarenhet och kunskap hos någon som är anställd i näringsverksamheten. Den information som innefattas i företagshemlighetsbegreppet kan vara både sådan som dokumenterats i någon form, inbegripet tekniska förebilder, och enskilda personers kännedom om ett visst förhållande, även om det inte har dokumenterats på något särskilt sätt. Begreppet synes ha haft samma innebörd redan enligt lagen 1931 om illojal konkurrens (SOU 1983:52 s 54 f). Med reservation för att 1969 års överenskommelse tycks omfatta framför allt tekniskt kunnande och möjligen endast i mindre omfattning det som vi här kallat kommersiella uppgifter, förefaller förarbetena till FHL kunna användas som källa även för vad som skall avses med "tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart kunnande" enligt 1969 års överenskommelse.

Den andra komponenten i begreppet företagshemligheter enligt lagen är att det handlar om information som "*näringsidkaren håller hemlig*". Det avgörande här är således om informationen faktiskt hålls hemlig, d v s så skyddad att den inte är lätt åtkomlig för envar, som vill ta del av den (SOU 1983:52 s 54 f). Hemlighållandet innebär att informationen inte får spridas till

fler än ett begränsat antal personer eller utanför en viss krets, t ex företagets samarbetspartners. Kretsen måste vara begränsad, definierbar och sluten i den meningen att de som får del av informationen inte reservationslöst är behöriga att utnyttja den eller föra den vidare (ibid). Även om man inte kan ställa upp något formellt krav på säkerhetsinstruktioner, hemligstämpling eller liknande från företagets sida, bör det ändå kunna krävas att det på något sätt framgår, att det handlar om information som företaget vill hålla hemlig.

Även i 1969 års överenskommelse utgör hemlighetskriteriet en egenskap hos skyddsobjektet. Överenskommelsen handlar ju om "tillverkningshemligheter" och om att konsekvenserna av *ypandet* är till men för företaget. Även överenskommelsen inriktar sig således på att skydda information, som de facto hålls hemlig. Man kan således även i detta avseende söka hjälp i förarbetena till FHL när man vill göra klart för sig vad 1969 års överenskommelse avser att skydda. Det ligger t ex nära till hands att påstå att - precis som i fråga om företagshemligheter enligt lagen - det ligger i begreppet tillverkningshemligheter enligt överenskommelsen inte endast att informationen faktiskt hålls hemlig utan också att företaget på ett eller annat tydligt sätt markerar att den aktuella informationen *skall* hållas hemlig.

Det tredje ledet i företagshemlighetsbegreppet enligt lagen är ett krav på att *röjandet av informationen är ägnat att medföra skada för näringsidkaren i konkurrenshänseende*. Här ligger att det endast är relevanta och viktiga uppgifter som bör klassificeras som sådana företagshemligheter, vilka åtnjuter skydd enligt lagen. Det handlar således inte om varje slags uppgift som en näringsidkare av en eller annan anledning kan vilja hålla hemlig. Först om en uppgift kan anses som så väsentlig för näringsidkaren att ett röjande skulle förändra hans *konkurrensförmåga* i negativ riktning, vilket lagen uttrycker som "medföra skada", bör uppgiften anses utgöra en skyddsvärd företagshemlighet (prop s 13 och 36 f). Liknande gäller för begreppet tillverkningshemligheter enligt överenskommelsen; det handlar där om *företagsspecifikt kunnande vars yppande för konkurrenter skulle kunna medföra påtagligt men*. Eftersom båda regelkomplexen syftar till att skydda företagets *konkurrensförmåga*, finns det skäl att anta att begreppet "skada" enligt lagen i stort sett betyder det samma som "påtagligt men" enligt överenskommelsen.

Förarbetena till 1 § FHL bör såsom framgått kunna ge viss hjälp när man söker utröna det närmare innehållet i 1969 års överenskommelse. Överenskommelsen avser visserligen endast

det område av näringslivet där SIF, SALF och CF har sina medlemmar, dvs framförallt tillverkningsindustrin, och detta har också satt sin prägel på textens utformning; användningsområdet för konkurrensklausuler har att göra med behovet av att skydda framför allt tillverkningshemligheter. Den omständigheten att de båda regleringarna i övergripande mening dock avser att skydda samma fenomen, nämligen företagets intresse av att ensamt ha tillgång till viss information med betydelse för företagets konkurrensförmåga, gör att det likväl - trots att det handlar om två helt skilda regelkomplex - kan vara befogat att i allt väsentligt likställa begreppet "företagshemligheter" enligt FHL med "tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart företagsspecifikt kunnande" enligt 1969 års överenskommelse.

Som framhållits intar företagshemligheter en särskild på det hela taget okontroversiell ställning i skyddshänseende, låt vara att gränsen till personliga erfarenheter och kunnande, som inte skyddas, kan vara svår att dra. 1969 års överenskommelse tar sikte på företagshemligheter och därmed jämförbart kunnande, och det är mera osäkert i vad mån även kommersiella företagshemligheter skyddas enligt denna överenskommelse. Frågan synes aldrig ha ställts på sin spets i rättspraxis. När överenskommelsen kom till, var det främst den tekniska utvecklingen som tilldrog sig intresset. Senare har sådant som marknadsföring och bransch-kännedom fått växande betydelse, och då kunnande av denna typ åtminstone finns omnämnd vid sidan av teknisk utveckling i ingressen till överenskommelsen ("produkt- och metodutveckling samt marknadsanalys och marknadsföring", kurs här), är det inte omöjligt, snarast sannolikt, att även kommersiella företagshemligheter kan anses rymmas inom överenskommelsens ram, särskilt som överenskommelsen med den ställning den kommit att inta torde kunna tolkas i belysning även av den efterföljande utvecklingen.

5.3.3. Forskning och utveckling

En särställning bland intressen, som kan vara föremål för avtalade konkurrensförbud, intar åtminstone i EG-rätten en persons eller ett företags forsknings- och utvecklingsverksamhet. Det i 2.4 nämnda kommissionsbeslutet i *Reuter ./. BASF* 1976 innebar i detta hänseende ett absolut förbud mot konkurrensklausuler som lade hinder i vägen för forsknings- och utvecklingsverksamhet.

Ett enskilt konkurrensskyddsintresse måste här vika för det allmänna intresset att forsknings- och utvecklingsarbete skall vara fritt. Som nämnts blev bedömningen i det svenska Gambro-fallet åtminstone såvitt utvecklingsarbete ganska annorlunda (4.4).¹⁰² Det synes finnas anledning att rekommendera en lika strikt hållning för svensk rätts del. Även om gränsdragningen mellan vad som utgör forsknings- och utvecklingsverksamhet och vad som bör kunna legitimt skyddas som företagshemlighet torde vara svår att dra, finns det anledning att se till att sådan verksamhet inte blir föremål för begränsningar i konkurrensklausuler.

5.3.4. Intresset att behålla påkostade anställda och nyckelpersoner

Det förekommer att företag kostar på vissa av sina anställda en dyrbar utbildning och därför har särskilt intresse att behålla dem åtminstone en tid tills företaget s.a.s dragit tillräcklig nytta av - och kunnat avskriva - denna investering. Utifrån konkurrenssynpunkt vill arbetsgivaren kanske framför allt inte att en konkurrent skall kunna locka över till sig sådan påkostad och välutbildad personal, åtminstone inte utan att behöva betala något för det. Inom idrottsvärlden har utbildats en hel flora av kontraktsformer, som bl.a. innebär att den idrottsklubb, som önskar förvärva en vältränad idrottsstjärna, måste betala en summa till den klubb som den förvärvade idrottsmannen lämnar. Idrottsavtalen, som omnämnts något i avsnittet om USA (2.2), lämnas här åsido.

Ibland använder arbetsgivare konkurrensklausuler eller liknande avtalsbestämmelser för att skydda sig. I svensk rätt är "pilotfallen", AD 1991:38 och 1992:67, behandlade ovan i 4.2.2, från vissa synpunkter typiska, även om det inte är fråga om egentliga konkurrensklausuler, eftersom staten/flygvapnet (i dessa fall var det dock fråga om marinen) inte driver konkurrens med flygbolagen. Å andra sidan är det i hög grad fråga om en konkurrens om personalresurser. Bakgrunden till den i kollektivavtal reglerade avtalsbestämmelsen var försvarsmaktens svåra situation på grund av att allt fler av staten utbildade piloter övergick till anställningar hos de privata flygbolagen. Utbildningen av varje pilot kostade försvarsmakten miljontals kr.

Som redan nämnts hade de i målen förekommande flygförarna mot ett särskilt lönetillägg, särskild flygförarpremie (SFP), utfäst sig att stanna kvar som flygförare i 10 år. Om anställningen lämnades i förtid och flygföraren övergick till annan flygtjänst

¹⁰² EG-fallet finns omnämnt i PKF 1977:3-4 s 104.

inom tre år därefter, var han skyldig att "till arbetsgivaren erlägga det belopp som han skulle ha haft rätt till som SFP under återstående del av åtagandetiden". Endast om flygföraren övergick till annan flygtjänst skulle alltså avtalsvite utgå. I det förra fallet yrkades, när flygföraren lämnat tjänsten och övergått till Linjeflyg, 700 000 kr, som av AD reducerades till 36 000 kr. Bl a hänvisade AD till att åtagandet åtminstone delvis fullgjorts.

I fallet 1992 önskade den statlige arbetsgivaren få vissa frågor om vitet klarlagda. AD hade i 1991 års fall menat att vitessanktionen inte fick sträcka sig längre än högst till återbetalning av vad som uppburits som SFP, medan staten för sin del höll på det i avtalet stipulerade vitet, nämligen det belopp piloten skulle haft rätt till som SFP under återstående - icke fullgjord - del av åtagandetiden, ett belopp som alltså - av preventiva skäl - var högre ju tidigare under åtagandetiden piloten lämnade tjänsten och övergick till annan flygtjänst. Under felaktiga förutsättningar uppburet lönetillägg borde alltså enligt AD kunna återkrävas men inte i sig ett vite, som skulle hindra uppsägning under åtagandetiden och övergång till annan flygtjänst. Avtalet innebar, enligt AD, för piloten, C, ett hinder

"att fritt förfoga över de kunskaper och den kompetens han hade och som han skaffat sig under sin tid som flygförare i marinen. Någon rätt att hålla denna kunskap hemlig såsom en företagshemlighet har arbetsgivaren inte haft (jfr AD 1984 nr 20). Avtalets bestämmelser varigenom C åtog sig att erlägga ett närmare angivet belopp, om han bröt sitt åtagande och inom viss tid från det han lämnade sin anställning gick över till annan flygtjänst kan därför inte anses bindande för honom såsom en påföljd för brott mot en konkurrensklausul. Det saknar härvid betydelse vilken bundenhetstid avtalet innehöll."

Avtalet underkändes alltså som konkurrensklausul, med åberopande av AD 1984:20 (se ovan 4.2.2) och - förefaller det - vad som kan kallas "företagshemlighetsrekvisitet", nämligen att bindningar genom konkurrensklausul endast kan avse företagshemligheter, varvid antagligen måste tilläggas, att detta gäller anställningsavtal, arbetsrättsliga förhållanden, inte företagsöverlåtelse.

Men avtalet ansågs inte böra "i sin helhet... fränkännas verkan". AD uttalade att avtal, som innebär att arbetstagaren åtar sig att kvarstanna i anställningen viss tid som motprestation, när arbetsgivaren bekostar utbildningen, åtminstone under vissa förutsättningar bör godtas. Fråga blev endast om jämkning enligt 36 § avtalslagen. Det yrkade beloppet, 426 800 kr, var enligt AD

"uppenbart oskäligt". Liksom i 1991 års fall utgick AD här från summan av uppburna lönetillägg, SFP, som maximum, 236 000 kr. En viktig jämningsfaktor var att C stannat kvar i tjänsten nästan halva åtagandetiden. Men inom denna ram tillämpade AD den av staten återopade principen, som fått uttryck i avtalet, att vitet bör vara högre ju kortare tid flygföraren tjänstgjort. "Om tjänstgöringen varat endast en kort tid, som i 1991 års fall, bör någon nedsättning över huvud inte ske."¹⁰³ Denna princip ansågs leda till en nedsättning med 100 000 kr. Därjämte skulle ytterligare nedsättning ske på grund av att C under sin tjänstgöring utsatts för åtskillig dålig behandling av sin arbetsgivare. Slutresultatet blev att C ålades att återbetala 50 000 kr av vad han uppburit som SFP.

Av intresse är här att AD dels underkände avtalet som en för C bindande konkurrensklausul, dels godtog avtalet som ett giltigt avtal, varigenom arbetsgivaren kan tillförsäkra sig viss kompensation för dyrbara utbildningskostnader och förmodligen andra kostnader, t ex dyrbara resekostnader (jfr t ex *NJA 1941 s 350* om den svenska sjukgymnasten, som anställdes i Sverige för arbete i Sydafrika, se ovan 4.1.2).

Det är enligt vår mening lämpligt att inte lösa problem av denna typ med användande av konkurrensklausuler utan i stället just med kompensationsregler som syftar till en ekonomisk utjämning mellan parterna med hänsyn till arbetsgivarens kostnader och hur lång tid han haft nytta av sin "investering", varvid även de skäl som föranlett arbetstagaren att lämna anställningen i förtid bör medtagas i bedömningen.

Konkurrensen mellan företag om kvalificerad personal har intensifierats med den högteknologiska utvecklingen och den därmed sammanhängande framväxten av konsultföretag. Och högkvalificerade anställda, medvetna om sin betydelse, kan ställa krav, som företagsledningen inte utan vidare vill gå med på.

Ett par exempel skall nämnas. Det hände för några år sedan att personalen i ett konsultföretag, dotterbolag i en koncern, blev allt missnöjdare med företags- och särskilt koncernledningen och, när personalens förslag om en omorganisation mot större självständighet och delaktighet i vinsten sköts på framtiden, såg sig om efter andra möjligheter. Praktiskt taget alla anställda i konsultföretaget sade upp sig och bildade ett dotterbolag i en annan

¹⁰³ Man kan fråga sig om detta innebar ett avståndstagande från den kraftiga reduktionen i 1991 års fall, där flygföraren lämnat tjänsten efter endast drygt 1 år av åtagandetiden 10 år.

koncern, vilket ledde till allehanda tvistigheter om trolöshet mot huvudman m m. Ett annat kanske mera typiskt fall är det som förelåg i AD 1990:44 rörande en patent- och varumärkesbyrå (se ovan 4.2.2 och 4.3 och nedan under 5.6.2), då ett större företag köper upp ett mindre företag och inkorporerar detta i sin organisation, varefter många i det uppköpta företaget vantrivs med den nya företagsledningen. En "kulturkrock" inträffar, och en utbrytning blir följden. Den tidigare företagsledaren säger upp sig, etablerar ett nytt företag och följes av en stor del av den gamla personalen. Följden blir överströmning inte bara av personal utan även av tidigare kunder, varefter följer rättegång inte bara om konkurrensklausulen utan även om trolöshet mot huvudman etc.

Ofta är det en eller ett par anställda som för ett företag är särskilt värdefulla - de intar ställning som *nyckelpersoner*. De är värdefulla för företaget genom att dra till sig kunder, och de är särskilt farliga, om de går över till konkurrerande företag eller öppnar egen verksamhet och förorsakar överströmning av kunder. Det är frestande att binda sådana nyckelpersoner med en konkurrensklausul.

Ett exempel är här AD 1977:167, med tillämpning av äldre rätt (före 1976, se ovan 4.2.1), där ojämkat vite (= en årslön) utdömdes av en elektroingenjör i chefsställning, som övergått till konkurrerande företag i samma stad (Lund). Numera finns i denna fråga ADs klara uttalanden i pilotfallen, AD 1991:38 och 1992:67, här citerat ur den förra domen:

Slutsatsen torde bli att man i varje fall numera inom näringslivet i princip inte godtar konkurrensklausuler som rättsligt bindande, om de syftar enbart till att kvarhålla arbetstagare med särskilda kunskaper och särskild kompetens i deras anställning.

Endast intresset att behålla en för företaget särskilt attraktiv person kan inte enligt detta yttrande läggas till grund för en giltig konkurrensklausul (ehuru på annan grund ekonomiska påföljder kan ifrågakomma, såsom i pilotfallen delvis återbetalning av under felaktiga förutsättningar uppburna lönetillägg). Detta gäller åtminstone vid anställningsavtal. Vid en kombinerad företagsöverlåtelse och anställning har emellertid en sådan konkurrensklausul upprätthållits, se AD 1990:44, dock endast ett interimistiskt beslut men med vitesförbud att utföra arbete i det nybildade företaget (se 5.6.2).

Det kan här anmärkas att enligt Palmgrens uppfattning ingenting i 38 § gav möjlighet att generellt underkänna konkurrensklausler, när konkur-

rensfaran berodde på den anställdes personliga egenskaper. Dock uttryckte han tvivel om lämpligheten härav de lege ferenda. Som argument emot att godtaga sådana klausuler anförde han "att de skäl, vilka i allmänhet motivera ett konkurrensförbud, icke här förefinnas, eftersom man inte kan tala om någon konkurrensfara på grund av det tidigare anställningsförhållandet". Han hänvisade därvid till den schweiziska OR art 356 mom 2, "enligt vilken ett konkurrensförbud kan ifrågakomma endast då en anställd på grund av den inblick, som han under anställningstiden erhållit i arbetsgivarens företag, kan skada arbetsgivaren". Här krävdes m a o ett kausalsammanhang mellan å ena sidan den anställdes hos arbetsgivaren förvärvade kunskaper om dennes företag och företagshemligheter och å andra sidan hans möjligheter att skada arbetsgivaren i dennes verksamhet.¹⁰⁴

5.4. Hur skall intresseavvägningen ske?

Konkurrensklausuler kan fylla ett legitimt behov men kan också användas urskillningslöst och missbrukas. Var gränsen går mellan välmotiverat - rättsligt godtagbart - bruk och å andra sidan missbruk är en svår fråga, och förhållandena skiftar starkt.

I föregående avsnitt behandlades de olika intressen som föranleder upprättande av konkurrensklausuler. Det har där framgått att inte alla intressen, även om de för intressenten själv framstår som betydelsefulla, från allmän synpunkt bedömts vara lika skyddsvärda. Företagshemligheter har fått ett högt skyddsvärde och har ju även beretts särskilt skydd genom lagstiftning (FHL). Intresset att behålla nyckelpersoner har inte bedömts vara lika skyddsvärt eller över huvud skyddsvärt; de skyddsvärda intressen som finns i dessa sammanhang regleras bättre på annat sätt än genom konkurrensklausuler. Den rättspraxis som finns, torde dock snarare vara grundad på 1969 års överenskommelse än på 38 § avtalslagen. Inställningen till kundkretsintresset varierar med hänsyn till situationen och den allmänna inställningen i fråga om avtalade konkurrensförbud. Detta intresse synes ha högre skyddsvärde vid företagsöverlåtelser än i arbetsrättsliga förhållanden men har givits skydd även här, kanske i högre grad än det från konkurrensrättslig utgångspunkt borde beredas. Ibland godtas konkurrensförbud endast mot kompensation i form av kontant ersättning till motparten.

På den andra sidan står motpartens intresse av rörelsefrihet, av att få utnyttja sin förmåga och kompetens, och med detta intresse sammanfaller normalt samhällets intresse av att mänskliga

¹⁰⁴ Palmgren s 142 f.

resurser skall kunna utnyttjas fritt för det allmännas bästa. Den avvägning mellan de motsatta intressena som måste ske, aktualiseras på två olika stadier:

(1) vid bedömning av om konkurrensklausul över huvud skall ingå i avtalet och hur den i jakande fall skall utformas,

(2) vid en rättslig bedömning av konkurrensklausulens giltighet respektive dess omformning vid jämkning.

Allmänt må härom sägas att en ex post-bedömning under (2) vanligen har en betydligt mera konkretiserad situation att ta ställning till än ex ante-bedömningen under (1). Vanligen föreligger då ett åtminstone påstått brott mot konkurrensklausulen, men det kan också vara så att en arbetstagare eller f d arbetstagare påkallar en bedömning av klausulens tillämplighet och omfattningen av en eventuell påföljd inför en planerad övergång till annan verksamhet. Då föreligger klausulen, men det blir ändå en bedömning med sikte på framtiden.

5.4.1. När får konkurrensklausul användas och något om dess utformning

Vad angår konkurrensklausuler i anställningsavtal hör frågan om i vilka fall en sådan skall få förekomma till de viktigaste som reglerats i 1969 års överenskommelse (se ovan 3.5.2). Som framgått skall vid intresseavvägningen prövas om det föreligger sakliga skäl för ett företag att "kräva lojalitet och tystnadsplikt av en arbetstagare även under viss tid efter anställningens upphörande", och dessutom gäller att företaget skall vara "beroende av självständig produkt- eller metodutveckling".¹⁰⁵ Konkurrensklausuler får inte införas slentrianmässigt utan frågan skall avgöras efter en avvägning av de motstående intressena i just den individens fall. Först efter en sådan individuell avvägning kan det bli aktuellt att använda det formulär för konkurrensklausul som intagits som bilaga till överenskommelsen. Av vad nu sagts framgår också att vissa allmänna undantagsregler, som angivits ovan i 5.1, måste iakttagas, såsom att konkurrensklausul inte får förekomma, om den anställda är ung (enligt överenskommelsen under 27 år) och nyexaminerad. I senare fallet skall klausulen gälla endast om anställning varat mer än sex månader (p 2 i överenskommelsen).

När fråga är om företagsöverlåtelse, torde det vara vanligt att konkurrensklausul införes slentrianmässigt. Från advokathåll

¹⁰⁵ Citaten ur ingressen resp p 1 i överenskommelsen. Jfr även p 2.

har vi dock hört att även sådana konkurrensklausuler regelmässigt överväges noga så att inte köparen skall råka ut för att klausulen inte håller.

En konkurrensklausul kan utformas mer eller mindre preciserat. Det finns en naturlig benägenhet hos arbetsgivare att göra klausulen allmän och vidsträckt "för säkerhets skull", vidsträcktare än som är sakligt motiverat. Bruun säger härom:

Syftet med en sträng konkurrens- eller sekretessklausul är preventivt, arbetsgivaren räknar med att en sträng klausul kan ha avskräckande effekt på den anställdes benägenhet att börja samarbeta med konkurrenter. Man är medveten om risken, kanske rent av sannolikheten, för att klausulen jämkas i domstol, men utgår från att jämkningen trots allt kan leda till en för arbetsgivaren godtagbar kompromiss. En sträng klausul kan däremot knappast lända arbetsgivaren till förfång.¹⁰⁶

Å andra sidan torde det vara lättare att få en mera preciserad, en mera selektiv klausul accepterad. På senare tid förekommer också på ett helt annat sätt preciserade klausuler, som anpassas till branschens förhållanden. Som exempel kan nämnas klausulen i AD 1992:9 (se härom 4.2.2), som endast omfattade övertagande av klienter hos revisionsbyrån som funnits när den anställde tillträdde sin tjänst. Vissa sådana klausuler vid revisionsbyråer innehåller inte något förbud mot övertagande utan endast en skyldighet att till den tidigare arbetsgivaren avstå från vissa procent av arvudet, vilket arrangemang i sig, om procentsatsen är hög, är avsett att fungera som ett effektivt hinder mot övertagande (se härom även ovan 1.6 och 5.3.1). Även i AD 1992:99 var konkurrensklausulen preciserad, i detta fall till viss kund - å andra sidan träffades förmodligen motsvarande avtal för varje kund. Det gällde här en person, som av ett datakonsultföretag anlätats för interutbildningskurser i olika företag.

I avtal med handelsagenter brukar de varor eller varugrupper anges, som den f d agenten inte skall få sälja inom ifrågavarande område.

Själva den konkurrerande handlingen beskrivs ofta mer eller mindre vagt. Den förpliktade skall inte vare sig direkt eller indirekt konkurrera med den berättigade. Vad som ingår i "indirekt" kan vara svårt att avgöra, förutom att bevisningen kan vara svår att genomföra. Detta kan i praktiken bli en av de svåraste knäckfrågorna vid en rättslig bedömning. Vid tolkningen blir kring-

¹⁰⁶ Bruun i NIR 1988 s 77.

gåendeproblematiken ofta brännande (frågan beröres vidare i 5.5).

5.4.2. Bedömning ex post

Vid en rättslig bedömning när en tvist aktualiserats genom ett påstått kontraktsbrott, föreligger som nämnts en betydligt mera konkret situation till bedömning. Har den f d anställde handlat i strid med klausulen genom vad som förevarit? Har säljaren av det överlåtna företaget genom att gå in i ett eventuellt konkurrerande bolags styrelse handlat i strid med konkurrensklausulen i överlåtelseavtalet?

Vid denna bedömning är det inte endast fråga om en intresseavvägning utan även andra frågor kan aktualiseras. Det gäller ofta i första hand att tolka klausulen och bedöma, huruvida den förpliktades handlande står i strid med dess lydelse. En annan fråga, som kan vara men inte nödvändigtvis är en avtals-tolkningsfråga, är om den förpliktades handlande över huvud innebär konkurrens eller risk för konkurrens.¹⁰⁷ Föreligger ingen konkurrenssituation, såsom konstaterades i *NJA 1948 s 69* (cykeldäcksfabrikant konkurrerar inte med bildäcksfabrikant), är ju klausulen över huvud inte tillämplig, eller i vart fall skulle den i sådant fall ha ansetts sträcka sig längre än som motsvarar arbetsgivarens intresse och därmed bli ogiltig enligt den s k första ogiltighetsregeln i gamla 38 § avtalslagen, vars bedömningsprinciper fortfarande skall gälla. Det är först när en konkurrenssituation befunnits föreligga, som tillämpning aktualiseras. Först då blir det fråga om en bedömning av om den förpliktade alltför mycket inskränkts i sin frihet att utöva förvärvsverksamhet, varvid den berättigades intresse måste vägas in.

Domstolen har som nämnts vanligen att ta ställning till om en konkret handling av den förpliktade, t ex att ta anställning hos en konkurrent eller grunda ett nytt konkurrerande företag, strider mot konkurrensklausulen och om yrkad påföljd kan utdömas. Påföljdsfrågan behandlas i ett senare avsnitt (5.6). Domstolen behöver inte ta ställning till mer än om ett avtalsbrott skett och detta faller inom ramen för vad som inte kan anses oskäligt enligt 38 § avtalslagen eller kollektivavtal. Även om konkurrensklausulen är oskälig på grund av en bindningstid av 10 år, torde domstolen anse ett avtalsbrott föreligga, om den mot konkurrens-

¹⁰⁷ Beträffande dessa båda frågor mera i avsnitt 5.5.

klausulen stridande handlingen skett inom det första året. Däremot torde inte domstolen kunna fastslå att klausulen är giltig. Denna ståndpunkt är dock inte självklar. I ett samhällsklimat kännetecknat av fri konkurrens kan det finnas skäl att totalt underkänna en sådan klausul. Så har i vart fall en engelsk domare i ett fall från 1913 förklarat sig skola göra med följande motivering:

I do not doubt that the Court may, and in some cases will, enforce a part of a covenant in restraint of trade, even though taken as a whole the covenant exceeds what is reasonable. But in my opinion, that ought only to be done in cases where the part so enforceable is clearly severable, and even so only in cases where the excess is of trivial importance, or merely technical, and not a part of the main purport or substance of the clause. It would in my opinion be passim exempli if, when an employer had exacted a covenant deliberately framed in unreasonably wide terms, the Courts were to come to his assistance and, by applying their ingenuity and knowledge of the law, carve out of this void covenant the maximum of what he might validly have required.¹⁰⁸

Fördelen med en sådan ståndpunkt skulle vara att klausulerna hålls på en måttlig nivå vid äventyr att annars lämnas utan avseende. Men den torde inte vara accepterad i svensk rätt med dess jämningsprincip.

Vid sin intresseavvägning synes svenska domstolar, såvitt konstaterats, beakta endast parternas individuella intressen. Det sammanhänger med det avtalsrättsliga synsättet. Det är den berättigades intresse av klausulens efterföljd respektive hur långt begränsningen av den förpliktades handlingsfrihet skäligen skall kunna sträcka sig som skall avvägas med hänsynstagande till omständigheter som vederlag o d. Däremot beaktas inte tredje mansintressen, t ex kundernas, och inte heller samhällets intresse av fri konkurrens, av att den förpliktades resurser skall kunna utnyttjas på bästa sätt. Det prövas aldrig om det från allmän synpunkt kan vara en fördel att något ytterligare företag etableras.

Enligt vår mening borde, såvitt angår konkurrensklausuler som har till huvudsakligt syfte att skydda kundkretsen, ett konkurrensrättsligt synsätt få göra sig gällande vid bedömningen av konkurrensklausuler. Det skulle bidra till ökad rörlighet i näringslivet. Däremot bör företagshemligheter kunna skyddas, och skyddet härav har ju förstärkts genom särskild lagstiftning (FHL). Vid intresseavvägningen borde alltså även synpunkter av

¹⁰⁸ Lord Moulton i *Mason v Provident Clothing and Supply Co* (1913) A C 724. Yttrandet finns citerat i Palmgren s 93.

konkurrensrättsligt slag få göra sig gällande. Det skulle också bringa rättstillämpningen i bättre överensstämmelse med vad som gäller inom EG, ehuru EG-principerna endast upprätthålles av EG-institutionerna så långt det har betydelse för EG-ändamålsens genomförande.

Det kan invändas häremot dels att det skulle komplicera bedömningen, dels att konkurrensverket (KV), som från 1 juli 1992 övertagit NOs uppgifter, och MD redan kan ingripa mot konkurrensklausuler från sådan synpunkt. Komplikationerna behöver dock inte bli särskilt stora. En viss nedvärdering av kundintresset särskilt vid arbetsrättsliga konkurrensklausuler torde kunna räcka ett gott stycke. Lika väl som konsumentintresset gjort sig gällande i rättspraxis även utan lagstiftning härom, skulle vad som också kan räknas som ett konsumentintresse kunna göra sig gällande genom en mera snäv hållning till konkurrensklausuler, som huvudsakligen är avsedda att skydda företagets intresse att behålla sina kunder. En rättspraxis med sådana inslag skulle på intet sätt onödiggöra KVs verksamhet såvitt angår konkurrensklausuler. KV är inte beroende av att en tvist mellan avtalsparterna uppkommit, ehuru så nog ofta är fallet. Från den förpliktades synpunkt kan ett ingripande av KV vara fördelaktigt med tanke på rättegångskostnader o d. I tvister vid domstolar har vanligen den förpliktade ställning av svarande. KV har större utredningsresurser vad gäller ekonomiska bedömningar av konsekvenser av ökad konkurrens, men även vid domstolar torde betydelsen av och hållbarheten i en argumentering av detta slag från den förpliktades sida kunna bedömas.

Som framgått tidigare (3.1) talades redan i motiven till avtalslagen om att samhällsintresset måste beaktas, fast det nog närmast var individernas intresse av att kunna försörja sig som var aktuellt. Det är dock klart att intresset hos dem som är bundna av konkurrensklausuler normalt sammanfaller med samhällets intresse av att var och en skall kunna utnyttja sin arbetskraft på bästa sätt.

Palmgren menade att "Ett konkurrensförbud måste anses strida mot god sed om detsamma icke överensstämmer med samhällets intresse av att de enskilda individernas förvärvsfrihet icke otillbörligen inskränkes eller för samhället värdefull arbetskraft lamslås." Detta förklarade han dock med att konkurrensklausulerna kunde drabbas, förutom av de två ogiltighetsreglerna i (den gamla) 38 § avtalslagen, av principen att avtal i strid mot god sed är ogiltiga.

5.5 Något om tolkningen av konkurrensklausuler och kravet på ett aktuellt intresse

Vid tillämpningen av en konkurrensklausul gäller det i första hand att tolka dess innebörd. Härom skall endast några allmänna anmärkningar göras. På detta område gäller vanliga regler för avtalstolkning.

Först skall här nämnas oklarhetsregeln. Av den ena parten utformade klausuler skall, när otydlighet ger anledning till tvekan om innebörden, tolkas till förmån för andra parten, som normalt är den enligt klausulen förpliktade, och detta gäller i synnerhet, om denne intagit en underlägsen beroende ställning.¹⁰⁹

Ett exempel härpå från rättspraxis är AD 1992:9, där AD som ersättning för brott mot konkurrensklausulen utdömde ett belopp beräknat efter den av den förpliktade hävdade fördelaktigare tolkningsversionen (se ovan 4.2.2).

Oklarhetsregeln tar sig ofta uttryck i en restriktiv tolkning till förmån för den förpliktade parten. Emellertid får nog i allmänhet denna tolkningsprincip vika för tillämpning av ogiltighets/jämkningsreglerna i 38 § avtalslagen, som ju går längre i samma riktning, enligt principen att den öppna kontrollen tar över den mera dolda. Annars gäller i princip att tolkning går före tillämpningen av ogiltighetsregler, ty först om förbudet enligt sitt genom tolkning fastställda innehåll bedömes vara alltför ingripande finns underlag för åsidosättande.¹¹⁰

Å andra sidan kan i vissa fall finnas skäl för en vidgande tolkning. Vid tolkningen blir intresseläget av betydelse. Detta gäller i synnerhet när frågan om kringgående aktualiseras, när förbudets innehåll angivits alltför preciserat för att täcka konkurrensförbudets ändamål. Genom klausulen "direkt eller indirekt" täckes en hel del sådana fall upp, men även om "indirekt" saknas i klausulen, torde ofta tolkningsvis kunna fastställas att ett förfarande som ligger utanför klausulens lydelse likväl strider mot klausulen.

I ett fall med en klausul av alltför preciserat innehåll använde majoriteten i HD inte tolkning utan förutsättningsläran för att komma förbi lydelsen, *NJA* 1949 s 134. Klausulen förbjöd en f d butiksföreståndare i en konsumaffär att öppna en konkurrerande öppen butik inom verksamhetsområdet. Han hade emellertid börjat konkurrera inom området från en butik strax utanför det förbjudna området, och HD befriade den f d arbetsgivaren från att

¹⁰⁹ Möjligen är Palmgren av annan mening i detta hänseende, se Palmgren s 181.

¹¹⁰ Härom se Adlercreutz, *Avtalsrätt* II (3 uppl 1991) 10.1 och s 100.

för framtiden behöva betala ut det vederlag för konkurrensförbudet som utfästs i konkurrensklausulen. Annan påföljd hade inte yrkats. Ett justitieråd ansåg dock att beteendet innefattade ett avtalsbrott.

Konkurrensklausuler är, när de ingår i anställningsavtal, normalt avsedda att träda i kraft vid en obestämd tidpunkt i framtiden för den eventualitet att arbetstagaren slutar på egen begäran. Tillämpningen aktualiseras därför ofta lång tid efter det klausulen utformats, och förhållandena kan ha ändrats betydligt. Avtal tolkas i princip med hänsyn till omständigheterna vid dess tillkomst. Ändrade förhållanden kan leda till att avtalet måste tillämpas på ett annat sätt än parterna ursprungligen avsett. Det torde vid konkurrensklausuler i sådana fall ofta vara aktuellt att fästa särskild vikt vid förhållandena vid ikraftträdandet. Vad som åsyftas med en konkurrensklausul är att den anställde under en viss karenstid skall avhålla sig från konkurrerande verksamhet, och vad detta innebär måste rimligen bedömas med hänsyn till förhållandena när anställningen upphör. Att arbetsgivarens verksamhet ändrats torde inte kunna åberopas till befrielse såvitt angår sådan verksamhet som tillkommit under anställningstiden efter det att konkurrensklausulen kommit till stånd. Om konkurrensförbudet begränsats till viss verksamhet, måste detta givetvis gälla, men ett generellt konkurrensförbud torde, om inte särskilda omständigheter talar däremot, kunna åberopas av arbetsgivaren även beträffande nytillkommen verksamhet, förutsatt att den anställde varit sysselsatt så att han fått inblick i denna del av verksamheten.

Å andra sidan måste en inskränkning i arbetsgivarens verksamhet på motsvarande sätt minska omfånget av förbudet. Detta följer redan därav att en arbetsgivare, som inte längre har intresse av konkurrensförbudet, även om detta ursprungligen omfattade och t o m uttryckligen anger sådan verksamhet, inte längre kan hävda det t ex genom utkrävande av vite på grund av överträdelse, ty det måste finnas ett reellt skyddsvärt intresse som grund för att påkalla konkurrensförbudet. Annars är förbudet oskäligt, då det sträcker sig längre än som erfordras för att hindra konkurrens.

Dessa frågor blir mindre aktuella vid konkurrensklausuler i samband med företagsöverlåtelse, eftersom en sådan klausul vanligen är avsedd att träda i kraft omedelbart i samband med överlåtelsen. Men principen måste gälla även här. Om köparen ändrat sin verksamhet under klausulens bindningstid så att verksamheten inte längre omfattar vad konkurrensförbudet avsåg,

kan detta inte göras gällande i brist på skyddsintresse. Köparen kan då inte t ex utkräva vitet bara på grund av att säljaren brutit mot konkurrensklausulens lydelse.

Det är i dessa situationer fråga om en kombination av avtals-tolkning och tillämpning av rättsregler. Liknande blir fallet vid frågor om kringgående eller indirekt konkurrens, t ex genom bulvan, genom samverkan av olika slag. Vi lämnar därhän dessa frågor, som i och för sig kan ge upphov till intressanta och svår-lösta problem, då de faller något vid sidan av vad som är huvud-syftet med denna framställning.

5.6. Sanktioner och processuella tvångsmedel

5.6.1. Skadestånd och vite

Brott mot en konkurrensklausul kan medföra skadeståndsskyldig-het. Eftersom fråga är om en negativ förpliktelse, en underlåten-het, och inte minst därför eventuell skada i allmänhet är svår att bevisa, är konkurrensklausulen ofta förenad med en vitesklausul. I en sådan fastställes vanligen ett visst belopp som skall kunna ut-krävas vid överträdelse av konkurrensförbudet. Vitesbeloppet kan jämkas enligt 36 § avtalslagen, om det anses oskäligt. En viktig jämningsfaktor är tidpunkten för avtalsbrottet. Ju senare under bindningstiden detta inträffar, desto starkare är skälen för jäm-kning.

Genom att vitesklausulen eliminerar svårigheten med bevis-nings av skadans storlek främjas en snabb och bekväm avveckling av tvisten. Lena Olsen betecknar detta som det genom vitesklausulerna tillgodosedda *konfliktlösningsintresset*.¹¹¹ Först i sam-band med frågan om jämkning kan skadans eventuella obetydlig-het bli en jämningsfaktor. Ett annat viktigt med vitesklausulen förenat intresse, sannolikt det viktigaste, är *påtrycknings-intresset*.¹¹²

Denna dubbla funktion föranleder i allmänhet inga särskilda svårigheter. Visserligen torde jämningspåföljden snarast vara avsedd för vite använt som påtryckningsmedel, men så oberäk-nelig som skadan i allmänhet är, torde funktionerna, när inte avtalet ger stöd härför, knappast kunna hållas isär.¹¹³

¹¹¹ Lena Olsen a a s 30.

¹¹² Ibid.

¹¹³ I prop 1975/76:81 s. 141 uttalade departementschefen följande härom: "Enligt min

Det förekommer också klausuler som närmare anknyter till skadeståndsrätten. Ett exempel finns i AD 1990:44 (se ovan 4.2.2). Vid bristande fullgörande skulle där skadestånd utgå motsvarande skadans omfattning, dock högst med 200 000 kr för vardera säljaren (det gällde här ett AB-fall). En sådan klausul är svår-tillämpad och förutsätter att den berättigade bevisar skadans storlek, vartill kommer en maximering av skadeståndet.

Det finns också ersättningsklausuler som anknyter mera direkt till avtalsbrottets förväntade skadeverkningar genom inkomstbortfall. Såsom nämnts förekommer det i revisorsbranschen att den förpliktade enligt avtalet blir skyldig att betala viss procent av intäkterna från övertagna klienter. Procentsatsen kan vara så hög som 50 % för att verka preventivt (AD 1992:9) eller så låg som 10 %, som väl närmast är avsedd att utjämna de ekonomiska konsekvenserna under en övergångstid (se härom 5.3.1).

Åtskilliga tillämpningsfrågor kan uppkomma, särskilt när det gäller vitesklausuler som endast anger ett bestämt vitesbelopp. Då Lena Olsen utförligt behandlat sådana frågor, skall de här tas upp endast översiktligt.¹¹⁴

En sådan fråga är om vitets belopp är absolut avgörande för skadeståndets storlek. Detta är först och främst en tolkningfråga. Så mycket torde vara klart att den förpliktade inte genom bevisning om skadans obetydlighet kan få nedsättning på denna grund - att denna faktor däremot kan vara en jämningsanledning har redan nämnts. Mera kontroversiell är frågan om den berättigade kan få skadestånd utöver vitet. Är vitet en definitiv reglering av den berättigades rätt till skadestånd? Vilken in dubio-regel gäller här?

Meningarna härom varierar i olika länder. Här skall endast nämnas att vissa danska och norska författare uttalat sig för att borgenären kan välja mellan att utkräva skadestånd enligt allmänna regler och att kräva vitet. I de svenska lagförslagen på 1800-talet föreslogs en regel att skadestånd utöver vitet kräver "förord", d v s avtal härom. Många svenska författare har i anslutning därtill hävdad "att det avtalade vitet vitesbeloppet in dubio är att betrakta som det högsta belopp borgenären kan få vid

mening föreligger påtagliga svårigheter att göra en gränsdragning mellan vitesklausuler i strikt mening och vitesklausuler som innefattar en förhandsuppskattning av framtida skadestånd. De skall både tjäna som påtryckningsmedel och garantera att den berättigade får ersättning för eventuell förlust. Jag delar utredningens uppfattning att det inte finns skäl att dra en skarp gräns mellan de angivna typerna av villkor." - I engelsk rätt görs en ganska skarp skillnad mellan å ena sidan liquidated damages och å andra sidan penalty (jfr Palmgren s 207).

¹¹⁴ Se Lena Olsen a a särskilt kap V.

kontraktsbrott".¹¹⁵ Almén har däremot enligt tysk förebild uttalat sig för den motsatta ståndpunkten. Någon avgörande rättspraxis lär inte finnas. Lena Olsen förordar på grundval av en rättspolitisk bedömning att en vitesklausul normalt skall anses exklusivt reglera skadeståndsskyldigheten på grund av det ifrågasatta kontraktsbrottet, dvs att vitesbeloppet in dubio skall utgöra maximal skadeersättning.¹¹⁶

Motsvarande gäller frågan om vitesbelopp kan utdömas mer än en gång vid upprepad överträdelse. Kumulation av flera vitesbelopp kräver enligt Lena Olsen att avtalet ger stöd härför. T o m när klausulen givit uttryck för att beloppet skall utgå vid varje överträdelse har domstolarna varit återhållsamma, men fallen där det ifrågasatts är inte många (Olsen s 194 f). Öppnande av konkurrerande rörelse torde över huvud inte kunna räknas som mer än ett avtalsbrott. Men det i revisorsbranschen härskande systemet av avtalsviten räknar som framgått varje klient som övertagits.¹¹⁷

Det kan anmärkas att enligt formuläret till konkurrensklausul i 1969 års överenskommelse normerat skadestånd kan utkrävas för varje gång den f d anställde överträder konkurrensförbudet.

En särskild fråga är om vitesbeloppet, om inte avtalet utesluter det, kan fungera som ett *friköpsbelopp*. Har den förpliktade valrätt mellan att fullfölja avtalet och betala beloppet och därmed frigöra sig från förpliktelsen. Meningarna härom är delade. I en förut citerad artikel i TSA 1944 (s 59) har advokaten Ekdahl uttalat sig för friköpsalternativet:

I vitesbestämmelsens natur ligger också, att vederbörande genom vitets frivilliga erläggande kan så att säga köpa sig fri från förpliktelsen.

Ett argument, som enligt min mening talar ganska starkt för denna mening är följande. Avtal saknar ofta bestämmelser om

¹¹⁵ Se sammanfattningsvis Lena Olsen s 136 f. Enligt Hasselbalch (s 164) och Jacobsen (s 421 f) beror det på tolkningen av avtalet, om vitet skall anses uttömma verkningarna av överträdelse eller endast utgör minimiersättning. Enligt Hasselbalch (TfR 1980 s 660) är utgångspunkten snarast att vitet skall ses som minimiersättning.

¹¹⁶ Se bl a sammanfattningen i Lena Olsen s 144. Palmgren ansåg däremot att företräde i regel borde "givas åt den uppfattning, som i vitet ser ett fordringsägaren tillförsäkrat minimiskadestånd", varvid Alméns köplagskommentar § 25 vid not 29-29 a var hans främsta svenska stöd. Betr tysk rätt se BGB § 340 st 2.

¹¹⁷ Lena Olsen s 194 ff, även Poulsen s 196 ff. Poulsen är snarast för kombination av vite och skadestånd (s 198 f).

påföljder för avtalsbrott. När de gör det, blir avtalet även här gällande inom avtalsfrihetens ram. Ett avtals upplysningsfunktion förfelas, om den berättigade kan välja ett annat strängare alternativ än det avtalade. Det förefaller också sannolikt att parter åtminstone i Sverige inte räknar med annat än att utdömande av vitet är den enda påföljd som kan ifrågakomma.

Det synes dock vara klart, som Lena Olsen (s 145 f) påvisat, att det i litteraturen råder ganska stor enighet om att vite inte är s k *Reugeld*, den tyska termen för valfritt utbyte av naturaprestation mot en summa pengar, en valfrihet som gäller till förmån för gäldenären. Det framhålls av flera författare att konkurrensklausulen annars inte skulle fylla sitt primära syfte.¹¹⁸ Övervägande skäl talar nog för att den berättigade skall kunna kräva naturauppfyllelse. Vi vill dock hävda att valet inte är fritt utan att det finns skäl att omgärda krav på naturauppfyllelse genom personexekution med starka restriktioner, varom i nästa avsnitt. Det bör framhållas att en författare som Lena Olsen behandlar avtalsvite som ett allmänt kontraktsrättsligt institut utan särskild hänsyn till personexekution.

5.6.2. Tvång till naturauppfyllelse

Kan den som trots en giltig konkurrensklausul öppnat egen konkurrerande rörelse eller på annat sätt överträtt konkurrensförbudet tvingas att på talan av den berättigade avstå från sin verksamhet eller måste den berättigade nöja sig med ekonomisk kompensation, som vanligen är bestämd i en med konkurrensklausulen förenad vitesklausul? Skall utöver eller i stället för vitesbeloppet kunna förordnas om personexekution genom föreläggande vid vite att inte utöva konkurrerande verksamhet?

Frågan har till sen tid föga uppmärksammats i det svenska rättsmaterialet, i lagförarbeten och litteratur, men ställdes på sin spets i AD 1990:44, där AD fastställde ett interimistiskt beslut om vitesförbud.¹¹⁹ Å ena sidan står intresset att effektivt framtvinga efterlevnaden av en avtalad förpliktelse, å andra sidan hänsynen till den personliga friheten och integriteten. Ett näringsförbud av denna typ är ett djupt ingrepp i den personliga friheten. Det finns dock mera begränsade förbud i anslutning till mera begränsade konkurrensklausuler, som gäller viss eller vissa kunder. Dessa

¹¹⁸ Lena Olsen s 145 f, Palmgren s 211 f, som bl a påpekar fallet NJA 1911 s 467, Poulsen s 196.

¹¹⁹ Se ovan 4.3 och Adlercreutz i SvJT 1991 s 445.

drabbas inte av samma betänkligheter från denna synpunkt.

Frågan om vitesförbud behandlades ytterst summariskt i förarbetena till RB 15:3. I de ursprungliga motiven, processlagberedningens förslag 1938, nämndes möjligheten att använda vitesförbud mot dem som handlar i strid med konkurrensavtal, men "en avvägning mellan parternas olika intressen" måste enligt motiven företagas, och föreläggande kunde meddelas "endast om det är för käranden av synnerlig vikt och det ej länder svaranden till väsentligt förfång".¹²⁰ I förarbetena till den nuvarande lydelsen står att sådant ingripande inte bör "ske utan starka skäl. Parternas motstridiga intressen bör i sådant fall vägas mot varandra" (prop 1980/81:84 s 230).

Den intresseavvägning som här avses, synes knappast ha med de särskilda problemen vid personexekution att göra. Ekelöf yttrar härom:

Domaren måste sålunda företa en *intresseavvägning*, varvid han även fäster avseende vid hur sannolikt det är att käromålet kommer att bifallas.¹²¹

Detta utesluter inte att hänsyn bör kunna tas till att vitesförbudet innebär ett djupt ingrepp i den personliga friheten, som inte uppväges av ett starkt intresse på den berättigades sida. Ekelöf understryker "att bestämmelserna om säkerhetsåtgärder är *fakultativa* ("får")" och tar som exempel talan om firmaintrång.¹²²

Vad nu sagts gäller bestämmelser om interimistiska beslut om säkerhetsåtgärder. Beträffande slutliga beslut görs inga motsvarande reservationer. Frågor om när tvång till naturaprestation medför ingrepp i den personliga friheten, vad här kallas personexekution, förefaller vara ganska obeaktad i den svenska processrättsliga litteraturen. Ekelöf talar, när fråga är om underlåtenhetsförpliktelser, om förbudsdom, som endast kan "verkställas genom föreläggande och utdömande av vite".¹²³ Men där finns ingenting om intresseavvägning.

I 11 § lagen 1990:409 om skydd för företagshemligheter (FHL) finns en bestämmelse om vitesförbud mot den som "angripit en företagshemlig-

¹²⁰ SOU 1938:44 s 202 f, NJA II 1943 s 186.

¹²¹ Ekelöf, Rättegång III (6 uppl 1988) s 14.

¹²² Ibid.

¹²³ Ekelöf, Rättegång II (7 uppl 1987) s 114.

het". Det gäller förbud "att utnyttja eller röja företagshemligheten", således ett ingripande av mera begränsad karaktär än att tvinga någon att upphöra med sin verksamhet. Det är där närmast fråga om ett förbud mot en art av illojal konkurrens. Även interimistiskt beslut kan meddelas (§ 13).

Inom arbetsrätten gör sig på ett helt annat sätt personrättsliga hänsyn gällande. Sedan länge gäller att exekutivt tvång för att få arbetsprestation utförd inte får förekomma. Skälen härför är förvisso av olika slag; konsekvensen blir i vart fall ett visst personlighetsskydd.

I AD 1970:9 yttrade AD efter att ha konstaterat, att domstolen i ett antal fall förelagt vite för fullgörande av meddelade domar: "Under de mer än 40 år, som domstolens rättstillämpning omspänner, har emellertid inte i något fall arbetstagares arbetsskyldighet utkrävts genom vitesföreläggande. Med hänsyn till det anförda måste gällande rätt även såvitt avser kollektivavtalsreglerade förhållanden antagas innebära, att arbetstagare inte kan förpliktas vid vite att återgå till arbetet." I AD 1978:122 förklarade AD i ett fall av upprepad olovlig strejk, att domstolen hade "svårt att tänka sig en situation i vilken det skulle kunna komma ifråga att döma ut ytterligare skadestånd för deltagande i" denna strejk. Skadeståndet skulle om det höjdes ytterligare (det gällde här 600 kr), "lätt få karaktären av vite", och sådan tvångsåtgärd användes inte i svensk rätt för att framtinga arbetsprestation.¹²⁴ Inte heller kan dom på återanställning läggas till grund för exekutivt tvång. I NJA 1960 s 63 talade HD om det personliga momentet i arbetsförhållandet åtminstone utanför kollektivavtalsområdet. Enligt 39 § LAS kan en arbetsgivare alltid friköpa sig från skyldigheten att återta en arbetstagare i arbetet.

När det gäller konkurrensklausuler kan måhända hävdas, att det måste ses som mindre ingripande att utkräva en *negativ* förpliktelse, en underlåtenhet att utöva konkurrerande verksamhet, än en positiv, såsom att återgå till arbetet eller att återintaga en arbetstagare.¹²⁵ Men även ett förbud att utöva sin yrkesverksamhet är förvisso en djupt ingripande åtgärd, som inte bör få förekomma utan mycket starka skäl.

Som en bakgrund skall här något inskjutas om hur man ser på denna fråga i andra länder. I Danmark är tvång till uppfyllelse möjlig men lär sällan användas.¹²⁶ Mera komplicerat är läget i engelsk rätt. Enligt common law var *skadestånd* den enda sank-

¹²⁴ Se även Schmidt m fl, Löntagarrätt (rev uppl 1988) s 23, Adlercreutz, Svensk arbetsrätt (8 uppl 1986) s 85 f, 98.

¹²⁵ Jfr Rodhe, Obligationsrätt (1956) s 380.

¹²⁶ Se Hasselbalch s 164 f, Poulsen s 198 med not 16. Se även Palmgren s 213 f.

tion som kunde utdömas vid avtalsbrott. Inom equity-rätten utvecklades möjligheten att utkräva naturaprestation, *specific performance*. *Injunction* är det rättsmedel som närmast motsvarar vitesföreläggande och kan användas såväl interimistiskt (temporary injunction) som i definitiv form (permanent, final injunction). *Injunction* användes främst för att upprätthålla förbud men även för genomdrivande av positiva förpliktelser (mandatory injunction). I nyare arbetslagstiftning förekommer *reinstatement* men används mycket sällan.¹²⁷ Vad angår just konkurrensklausuler har *injunction* använts för att framtvunga efterlevnaden, men enligt Atiyah har en trend att utdöma skadestånd i stället för *specific relief* gjort sig gällande i vissa fall, särskilt i fråga om konkurrensklausuler (restrictive covenants).¹²⁸

Det brukar framhållas att *injunction* alltid är ett *diskretionärt* rättsmedel, att det aldrig räknas med en rätt att erhålla *injunction*.¹²⁹ Bl a är att märka det klassiska kravet att sökanden skall ha *clean hands*, vilket innebär att sökanden inte får genom sitt beteende ha på något sätt bidragit till avtalsbrottet. En annan begränsning, särskilt aktuell i arbetsrätten, är att en *injunction* inte får innebära ett så starkt tryck på svaranden att effekten av förbudet blir ett tvång att positivt utföra den personliga tjänsten eller arbetet.¹³⁰

I USA, vars rätt i nästan alla stater vilar på den engelska rättens grund, gör sig motsvarande principer gällande. I en dom 1981 i staten New Yorks Court of Appeals i målet *American Broadcasting Companies, Inc, v Wolf*, som inte direkt gällde en konkurrensklausul men en näraliggande fråga, förekommer utläggningar som på ett förträffligt sätt visar inställningen. Käranden, här kallad ABC, hade begärt förbud för Wolf, en berömd TV- och radioman, att arbeta för ett konkurrerande företag. Wolf hade brutit mot ett avtal med ABC, hans tidigare arbetsgivare, att erbjuda ABC sina tjänster innan han tog anställning hos något konkurrerande företag, ett avtal som Wolf nu brutit emot. Om rättsläget beträffande konkurrensklausuler yttrades bl a följande av Cooke, C J:

After a personal service contract terminates, the availability of equitable relief against the former employee diminishes appreciably. Since the

¹²⁷ Wedderburn, *The Worker and the Law* (3 uppl 1986) s 251.

¹²⁸ Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (3 uppl 1981) s 326.

¹²⁹ Cheshire, Fifoot & Furmston's *Law of Contract* (11 uppl 1986) s 612, Wedderburn a a s 148.

¹³⁰ Treitel, *The Law of Contract* (7 uppl 1987) s 802.

period of service has expired, it is impossible to decree affirmative or negative specific performance. Only if the employee has expressly agreed not to compete with the employer following the term of the contract, or is threatening to disclose trade secrets or commit another tortious act, is injunctive relief generally available at the behest of the employer... Even where there is an express anticompetitive covenant, however, it will be rigorously examined and specifically enforced only if it satisfies certain established requirements... Indeed, a court normally will not decree specific performance of an employee's anticompetitive covenant unless necessary to protect the trade secrets, customer lists or good will of the employer's business, or perhaps when the employer is exposed to special harm because of the unique nature of the employee's services... And, an otherwise valid covenant will not be enforced if it is unreasonable in time, space or scope or would operate in a harsh or oppressive manner... There is, in short, general judicial disfavor of anticompetitive covenants contained in employment contracts.

Ett domstolsförbud skall således kunna meddelas endast efter en rigorös prövning och endast till skydd för företagshemligheter, kundlistor eller good will och möjligen i vad här kallas nyckelpersonssituationer (se ovan 5.3.4), men det anmärkes i en kommentar till fallet, att det ännu inte förekommit att förbud beviljats endast på grund av "the uniqueness of the services".¹³¹ Det görs således en bestämd skillnad mellan olika intressen. Endast kvalificerade intressen ger rätt att få till stånd domstolsförbud.

Bakom denna strikta inställning till domstolsförbud ligger enligt fortsättningen av domskälen att "the general public policy favoring robust and uninhibited competition should not give way merely because a particular employer wishes to insulate himself from competition".

Talan om domstolsförbud bifölles inte i detta fall:

To grant an injunction in that situation would be to unduly interfere with an individual's livelihood and to inhibit free competition where there is no corresponding injury to the employer other than the loss of a competitive edge.¹³²

Tydligare kan inte intresseavvägningen exponeras.

I tysk arbetsrättslig doktrin har på senare tid diskuterats, om inte konkurrensklausuler åtminstone när fråga är om specialister kan likställas med *näringsförbud* och därmed vara författnings-

¹³¹ Fallet citeras efter Dawson m fl, Contracts - Cases and Comments on . . . (5 uppl 1987) s 165 ff. Kommentaren i not 5 s 169.

¹³² Citerat i föregående not a s 170.

stridiga. Även om knappast någon vill gå så långt anser t ex *Däubler*, att konkurrensklausuler med hänsyn därtill bör begränsas till det absolut nödvändiga, dit han hänför skyddet för företagshemligheter.¹³³ Däremot har vi inte sett att man diskuterar begränsning på exekutionsstadiet, där ju frågan ställs särskilt på sin spets. Nöjer sig den berättigade med skadestånd, uppkommer inte dessa problem.

Det kan anmärkas att Peter Westberg, utan att tala om konkurrensklausuler, i en uppsats om "Privaträttsliga kontrakt och regeringsformen" pläderat för att (den svenska) regeringsformen bör "anses innefatta ett principiellt förbud för våra domstolar att i tvistemål ålägga svaranden att göra, tåla eller underlåta något som kommer i direkt konflikt med de grundlagsskyddade värdena i regeringsformens andra kapitel. Det handlar främst om situationer där käranden kräver dom på naturaprestation av personlig art och hävdar att svaranden i avtal har utfäst sig att fullgöra sådan prestation." Konsekvensen skulle vara att endast skadestånd, inte naturafullgörelse, skulle kunna utdömas.¹³⁴ Nu hör inte rätten att fritt utöva näringsverksamhet till de i den svenska regeringsformens andra kapitel skyddade rättigheterna men anses likväl som en allmän medborgerlig rättighet.

Som redan konstaterats är det i svensk rättspraxis möjligt att er-hålla vitesförbud. Ovan 4.3 har två tämligen färska rättsfall nämnts, AD 1990:44 och NJA 1991 s 200, som båda gäller interimistiska beslut. De måste anses innebära att även slutliga beslut av denna typ kan meddelas. Det återstår att undersöka om det förekommer någon intresseavvägning som skulle kunna verka begränsande på användningen?

I TRs beslut i det förra målet finns inte någon direkt intresseavvägning, fast möjligen avgörandets diskretionära karaktär kommit till uttryck. TR konstaterade att As rätt "lämpligen" kunde säkerställas genom yrkat tvångsmedel, en formulering som nog härstammade från gamla UL § 38 ("där det finnes lämpligt"). - ADs motivering är utförligare. Efter att ha konstaterat att TRs beslut har stöd i RB 15:3 och att det inte föreligger något principiellt hinder i svensk rätt mot att ålägga part att fullgöra negativa naturaförpliktelser, fastslår AD att en bestämmelse om skadestånd i avtalet inte utesluter realiserandet av naturaförpliktelser. A hade enligt AD "ett avsevärt intresse av att det avtalade konkurrensförbudet iakttas. De nackdelar som detta medför för C måste ses mot bakgrund av bl a de ekonomiska villkoren för företagsöverlåtelsen." Det saknades "vid en avväg-

¹³³ Wolfgang Däubler, *Das Arbeitsrecht* 2 (1979) s 196, där nämnda debatt refereras s 195 f.

¹³⁴ Festskrift tillägnad Håkan Strömberg (1992) s 309 ff, citat s 328.

ning mellan parternas intressen anledning att avstå från att förordna om den begärda säkerhetsåtgärden". Det var intresset att behålla kundkretsen som här blev avgörande, sannolikt också Cs ställning som nyckelperson.

AD stödde sig bl a på Lena Olsens förut nämnda avhandling om "Ersättningsklausuler" och hennes analys av *NJA 1938 A 238*, som gällde en konkurrensklausul i ett avtal om köp av en tandklinik. Avtalet ansågs inte innebära att säljaren kunde undandra sig att åttlyda konkurrensförbudet genom att i stället erlagga det avtalade vitesbeloppet.¹³⁵

Det fanns, när AD fattade sitt beslut, åtskilligt som talade emot att vitesförbud borde få förekomma utom i flagranta fall, då verkligt betydelsefulla intressen står på spel. Nämnas bör i sådant hänseende vitesklausulens utformning med vitet som enda påföljd av avtalsbrott och det förhållandet att vitesförbud veterligen aldrig förekommit tidigare i en sådan situation, varför det funnits anledning räkna med en sedvänja att parter normalt räknar med vitet som enda påföljd. Inte ens i 1938 års fall yrkades vitesförbud. En sådan sedvänja kan, när avtalet inte innehåller något däremot stridande, ligga till grund för en presumtion för vad avtalet skall anses innehålla eller om man så vill en utfyllande regel.¹³⁶ Det kan ytterligare anmärkas att 1969 års överenskommelse inte antyder någon möjlighet att tillgripa vitesförbud. Däremot förekommer någon gång sådana bestämmelser i revisorsbranschens konkurrensklausuler.

I AD 1992:99 upphävde AD ett av en TR meddelat interimistiskt beslut om vitesförbud i anslutning till en konkurrensklausul. Denna bedömdes efter en avvägning av parternas motsatta intressen som oskälig, och därför behövdes ingen bedömning av behovligheten av ett vitesförbud. Som nämnts (4.3) kan beslutet tjäna som en nyttig varningssignal mot alltför lättvindigt meddelade vitesförbud.

I och med att HD i *NJA 1991 s 200* fastställt möjligheten av vitesförbud för fullgörande av en konkurrensklausul, har rättsläget klarnat, även om målet - och därmed argumenteringen - egentligen gällde frågan om vitesförbud kunde förenas med fastställesetalan. Det återstår att argumentera för att vitesförbudet skall användas med försiktighet. Hur bör intresseavvägningen ske?

¹³⁵ Olsen a a s 145 f, 148 f. - I *NJA 1922 s 144* förbjöds en säljare av aktierna i ett företag vid vite av 1 000 kr att hädanefter inom Sverige bedriva tillverkning och försäljning av steriliserad grädde. Frågan prövades dock inte av HD.

¹³⁶ Se vidare Adlercreutz i SvJT 1991 s 448 ff.

I det avseendet saknade HD utredning såväl "om vilket ekonomiskt intresse bolaget har av att N inte bryter mot konkurrensklausulen" som om vad N "själv skulle vinna genom ett sådant avtalsbrott". Likväl fastställdes vitesförbudet, och intresseavvägningen avsåg endast vitesbeloppets storlek. Såvitt framgår av referatet avsåg konkurrensförbudet främst att skydda kundkretsen. Om s k kommersiella företagshemligheter var berörda framgår ej.

Enligt vår mening borde, såvitt angår domstolsförbud till fullgörande av konkurrensklausuler, den amerikanska rätten kunna tjäna som förebild. Där värderas inte alla i och för sig lagliga individuella intressen lika högt och samhällsintresset får göra sig gällande. Intresset att bevara företagshemligheter, dit väl också vissa kommersiella förhållanden kan hänföras, ävensom andra irreparabla intressen, får skyddas genom vitesförbud. *I övrigt bör en ekonomisk kompensation räcka som sanktion.* Det må vara tillräckligt klandervärt att ta med sig kundlistor men inte att underrätta kunder om att anställningen upphört och att betjäna kunder som vill fortsätta förbindelsen. Detta synes oss vara principer som hör väl samman med en rättskultur kännetecknad av hänsyn till personlig integritet och till samhälls- och tredjemansintressen.

Såvitt angår företagsöverlåtelse är förhållandena något annorlunda. Här är det huvudsakligen fråga om kundkretsintressen, fast även goodwill-värden torde vara involverade och kunna vara skyddsvärda. Ett brott mot konkurrensförbudet kort efter det överlåtelsen genomförts bör kunna mötas med vitesförbud, men ju längre bindningstiden löpt, desto svagare blir anledningen att ingripa med ett sådant tvångsmedel. Enligt Alméns köplagskommentar synes man i fransk rätt "betrakta det som ett naturale negotii vid dylika avtal, att säljaren icke får öppna konkurrerande verksamhet. Även om någon uttrycklig utfästelse härutinnan icke föreligger, anses en dylik åtgärd såsom kontraktsbrott å säljarens sida."¹³⁷

I AB-fallen skiftar förhållandena, och det torde vara svårt att dra upp riktlinjer för bedömningen. AB-fallen uppvisar inte sällan särskilda problem. Inte sällan vantrivs det uppköpta företags chef och anställda efter överföringen till anställning i det nya företaget. Det blir en krock mellan två olika företagskulturer, och efter en tid kan utbrytningstankar växa fram. Genom åläggande av tvång till naturauppfyllelse av den negativa förpliktelsen att

¹³⁷ Almén, Om köp och byte (4 uppl 1960) s 380, not 80.

inte konkurrera kan i realiteten utövas ett sådant tvång, om än indirekt, till naturafullgörelse av anställningsavtalet, att resultatet kan tänkas komma i strid med principen att inte framtvinga naturafullgörelse av anställningsavtal. Problemet gäller de ledande anställda som är bundna av konkurrensklausuler i överlåtelseavtalet såsom tidigare ägare. Med en sådan tvångsåtgärd i sikte skulle dessa kunna tänkas ha sett sig tvungna att avstå från sin rätt att frigöra sig från anställningen hos det nya företaget, där de vantrivs. Och att finna tillräcklig försörjning och någorlunda arbetstillfredsställelse på ett annat område än det invanda är ofta omöjligt. Detta gäller i synnerhet specialister. Sådana omständigheter borde vara en faktor vid intresseavvägningen liksom den nye ägarens mer eller mindre påtagliga medverkan till avtalsbrottet (jfr den engelska rättens krav på *clean hands* hos den som begär domstolsförbud).¹³⁸

En fråga återstår här att något beröra. Är vitesförbudet, naturafullgörelse, ett alternativ till det utfästa vitet eller kan påföljderna kumuleras?

I svensk rätt finns veterligen varken i lag eller rättspraxis ett avgörande svar på denna fråga. I BGB finns en lagbestämmelse som ger klart besked. Borgenären kan enligt BGB § 340 alltid begära vitet i stället för naturafullgörelse. Gör han det, är anspråk på fullgörelse uteslutet. Code civil art 1229 st 2 innehåller samma regel.

Det förefaller inte vara något att invända mot denna regel, som torde vara tillämplig även enligt svensk rätt.¹³⁹

När avtalet delvis fullgjorts, d v s när brott mot ett giltigt konkurrensförbud försiggått först ett stycke in på bindningstiden, kan det bli fråga om delning av sanktionen. Om inte på annat sätt bör en sådan kunna försiggå jämkningens vägen. Hur mycket som återstår av bindningstiden måste alltid bli av betydelse vid jämkningen. Ett domstolsförbud kan endast gälla till slutet av bindningstiden och kan ej förlänga denna. Det bör också beaktas att konkurrensförbudet är betydligt mera värt i början än i slutet av bindningstiden, varför en rak proportionering inte är att rekommendera. Om inget vite fastställts och vanligt skadestånd aktualiseras, skall skadan i princip styrkas.

¹³⁸ Se ovan vid not 126-130.

¹³⁹ Så enligt Lena Olsen s 147 ff.



Bilaga

Konkurrensklausuler i tjänsteavtal¹

Den 14 december 1969 träffades uppgörelse mellan å ena sidan Svenska Arbetsgivareföreningen samt å andra sidan Svenska Industritjänstemannaförbundet, Sveriges Arbetsledareförbund och Sveriges Civilingenjörskörbundet rörande löner, allmänna anställningsvillkor m m för industrins tjänstemän under åren 1970—1974. Till uppgörelsen hör en särskild överenskommelse angående begränsning av användningsområdet för och innehållet i s k konkurrensklausuler i tjänsteavtal. Överenskommelsens text återges nedan. Med anledning av innehållet i sista stycket av ingressen bör framhållas, att berörda arbetsgivarförbund godkänt överenskommelsen som kollektivavtal med arbetstagarorganisationerna.

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

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

Företag, som utvecklat eller förvärvat kvalificerat kunnande, kan vara angelägna om att kunnandet förbehålles de egna arbetsplatserna. Det är av vikt för företagen, att deras anställda iakttaga lojalitet och ej utåt ger spridning åt skyddsvärda företags-hemligheter av ovan nämnd art. Detta gäller i synnerhet, när hemligheterna ej kan skyddas genom patent eller liknande registreringsförfaranden. För flertalet företag utgör bestämmelserna om lojalitet och diskretion i avtalen om allmänna anställningsvillkor ett tillräckligt skydd för ifrågavarande hemligheter. Ibland kan dock skyddet behöva utsträckas genom att företag och anställd ingår för längre tid bundet anställningsavtal eller genom att i anställningsavtal intages bestämmelse om längre upp-

¹ Utskrift efter SAFs delägarcirkulär 5/70.

sägningstid än vad som kan framgå av kollektivavtalens dispositiva uppsägningsbestämmelser. Stundom anser sig emellertid ett företag behöva kräva lojalitet och tystnadsplikt av en arbetstagare även under viss tid efter anställningens upphörande. När sakliga skäl härför föreligger och när efter anställningstidens slut gällande allmän lojalitetsförklaring ej kan anses tillfyllest som skydd, kan övervägas att i anställningsavtal mellan företag och arbetstagare med inblick i skyddsvärda hemligheter och möjligheter att utnyttja kunskap därom intaga en klausul, enligt vilken arbetstagaren vid visst normerat skadestånd förbinder sig att icke under fastställd tid efter anställningens upphörande ta befattning med verksamhet, vilken konkurrerar med företaget (konkurrensklausul).

Gentemot ett enskilt företags intresse att i vissa fall binda sina anställda med konkurrensklausuler kan dock anföras, att det för arbetstagarna liksom även för näringslivet i stort kan vara betydelsefullt, att de anställda har frihet att ta anställning där de bäst kan utnyttja utbildning, yrkeserfarenhet och specialkunskaper. Det framstår även som angeläget, att arbetstagare, som skaffat sig specialutbildning och erfarenhet inom visst område, får tillfälle att hos andra arbetsgivare tillgodogöra sig kunskaper inom samma område och att där skaffa sig vidgad erfarenhet och kunskap.

Mot bakgrund av ovan intagna överväganden förklarar Svenska Arbetsgivareföreningen (SAF) samt Svenska Industri-tjänstemannaförbundet (SIF), Sveriges Arbetsledarförbund (SALF) och Sveriges Civilingenjörskörbundet (CF) sig vara ense om följande såvitt avser frågor om konkurrensklausulers användningsområde och innehåll samt om handläggningen av spörsmål rörande konkurrensklausuler, allt i den mån sagda frågor berör anställda, vilka är medlemmar av arbetstagarorganisationerna.

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

Användningsområde

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

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

Anmärkning

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

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

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

Innehåll

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

4. Normerat skadestånd bör sättas i rimlig relation till arbetstagarens lön. I allmänhet torde ett skadeståndsbelopp motsvarande sex genomsnittliga månadsinkomster utgöra tillräckligt skydd för konkurrensförbudet.

Med genomsnittlig månadsinkomst avses här genomsnittet av de belopp, som arbetstagaren per månad uppburit som fast lön, provision, tantiem etc under sista anställningsåret. Vid uträkningen av den genomsnittliga månadsinkomsten skall hänsyn tagas endast till tid, under vilken arbetstagaren i normal omfattning utfört arbete för arbetsgivarens räkning.

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

Underrättelse om konkurrensklausul

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

Anmärkning

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

Regelbunden genomgång av beståndet av konkurrensklausuler

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

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

Förhandlingsordning

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

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

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

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

Skiljenämnd

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

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

Två ledamöter och suppleanter för dem utses av SAF.

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

Nämnden är beslutför endast om den är fulltalig.

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

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

Överenskommelsens giltighetstid

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

Anmärkning

Under förhandlingarna rörande förevarande överenskommelse nåddes enighet om att överenskommelsen skulle träda i kraft först den 1 januari

1971, detta för att underlätta för företagen att anpassa sina rutiner. Man var emellertid ense om att det vore ett gemensamt önskemål, att de materiella reglerna om möjligt började tillämpas redan under år 1970.

Stockholm den 14 december 1969

Svenska
Arbetsgivareföreningen

Svenska
Industritjänstemannaförbundet

Sveriges
Arbetsledareförbund

Sveriges
Civilingenjörskörbundet

Bilaga

Formulär till konkurrensklausul att intagas i tjänsteavtal

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

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

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

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

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

Konkurrensförbudet gäller ej i följande fall:

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

b) När den anställda sagt upp anställningen och detta föranletts av avtalsbrott från arbetsgivarens sida. Med avtalsbrott

förstås sådan åtgärd eller underlåtenhet, som ger motparten rätt att häva anställningsavtalet med omedelbar verkan.

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

Ersättning enligt ovan utgår först fr o m den dag, då arbetsgivaren genom rekommenderat brev erhållit del av den anställdes framställning därom.

Om den anställda avskedas på grund av grovt avtalsbrott, kan arbetsgivaren efter hörande av sitt arbetsgivareförbund och av arbetstagarorganisation, som den anställda må tillhöra (SIF, SALF resp CF), helt eller delvis draga in förmånen av ersättning enligt ovan.

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

Vid tillämpningen härav märkes dock följande:

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

4. Om den anställda avsiktligt eller genom grov vårdslöshet överträder konkurrensförbudet, är han skyldig att för varje gång så sker till arbetsgivaren utgiva normerat skadestånd med ett belopp motsvarande x den anställdes genomsnittliga månadsinkomst från arbetsgivaren. Med den anställdes genomsnittliga månadsinkomst förstås genomsnittet av de belopp, som den anställda per månad uppburit som fast lön, provision, tantiem etc

under sista anställningsåret. Vid uträknandet av den genomsnittliga månadsinkomsten skall hänsyn tagas endast till tid, under vilken den anställda i normal omfattning utfört arbete för arbetsgivarens räkning.

Om det med hänsyn till den anställdes ringa skuld, arbetsgivarens förhållande i avseende å tvistens uppkomst eller omständigheterna i övrigt finnes skäligt, må skadeståndets belopp nedsättas; fullständig befrielse från skadeståndsskyldighet må också äga rum.

Anmärkning

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

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



Litteratur

I allmänhet har litteraturhänvisningar gjorts löpande i noterna med tillräcklig fullständighet. Detta gäller i synnerhet den utländska litteraturen. Här upptas endast böcker som citerats med endast författarnamn eller på annat sätt ofullständigt.

Almén, Tore, Om köp och byte av lös egendom, 4 uppl Sthlm 1960

Empel, M van m fl, Leading Cases on the Law of the European Communities, 5 uppl (Kluwer) Deventer 1990

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar (Obligationsrättskommittén) Sthlm 1914 (cit: Försl)

Hasselbalch, Ole, Arbejdsret, 3 uppl Khvn 1985

Hasselrot, Berndt, Något om konkurrensklausuler (i Supplement till Berndt Hasselrots Juridiska skrifter), Malmö 1924

Olsen, Lena, Ersättningsklausuler. Vite och andra avtalade ersättning vid kontraktbrott, 1986

Palmgren, Gunnar, Konkurrensklausuler vid tjänsteavtal (Juridiska föreningens i Finland publikationsserie 7) Helsingfors 1939

Poulsen, Sune Troels, Loyalitetspligt & erhvervsforbud, Khvn 1991

SOU 1938:44. Processlagberedningens Förslag till Rättegångsbalk, II. Motiv m m

SOU 1966:71. Otillbörlig konkurrens (Utredningen om illojal konkurrens)

SOU 1974:83. Generalklausul i förmögenhetsrätten (Generalklausulutredningen)

SOU 1983:52. Företagshemligheter (Utredningen om skydd för företagshemligheter)

Wiklund, Holger, God advokatsed, 1973

Rättsfall

(Endast svenska rättsfall. Några mindre viktiga har uteslutits)

NJA

1911 s 467 69, 130
 1922 s 144 69, 136
 1927 s 642 69
 1934 s 19 70, 96
 1934 s 671 70, 96
 1938 A 238 136
 1941 s 350 71, 76, 117
 1942 s 354 69
 1943 s 224 73
 1944 s 432 72, 76
 1948 s 69 71, 122
 1948 s 704 70
 1949 s 134 71, 125
 1957 s 279 73
 1960 s 63 132
 1984 s 665 105, 107
 1991 s 200 89, 135, 136

MD

1976:10 90, 115
 1986:21 14, 92
 1987:2 92
 1989:13 41, 93

AD

1970:9 132
 1975:23 77, 97, 100
 1977:167 78, 79, 81, 118
 1978:122 132
 1984:20 59, 64, 79, 100
 106, 108, 116
 1984:68 86, 90
 1985:138 81, 86, 97
 1990: 44 87, 89, 118, 128
 130, 135
 1991:38 82, 108, 115, 118
 1992:9 24, 67, 84, 86, 101
 102, 121, 125, 128
 1992:67 83, 97, 115, 118
 1992:99 85, 90, 97, 102, 105
 121, 136

Sakregister

- advokatbyrå, -yrket, god
 - advokatsed 23 f, 103 f
- aktuellt intresse 92, 125 f
- avtalsvite
 - se vite
- bindningstid 60, 63, 98 f
- bolagsavtal 14, 24
- dataföretag 15, 85
- ersättning, kompensation
 - för konkurrensförbud 61 f, 98 f
- ersättningsklausul
 - se vitesklausul
- fastighetsmäklare 72, 93
- flygpiloter 82 f, 115 f
- forskning 37, 112, 114 f
- friköp 129
- företagshemlighet, tillverknings-,
 - yrkes- 15 f, 29 f, 51, 56 ff, 63, 71 ff, 76, 107 ff, 119, 124, 137
 - begrepp 107 ff
 - kommersiell 59, 80, 110, 112, 114
- handelsagent 38, 41, 47, 121
- illojal konkurrens 54, 108
- intressen, avsedda att skyddas
 - 14 ff, 99 ff
- intresseavvägning 44, 48, 60, 86, 119 ff
 - ex ante 120 f
 - ex post 122 ff
 - vid vitesförbud 68, 88, 131, 134 ff
- jämkning 30, 45 f, 67, 127
- karensklausul 13, 40
- karenstid 126
 - se bindningstid
- know-how 16, 37, 60, 63, 91, 93
- kollektivavtal 35, 45, 49, 52, 55, 64 ff, 93
- konkurrensverket (KV) 11, 124
- konsultföretag, -branschen
 - 15, 23 f, 78, 81, 85, 100
- kundkrets, kundintresset
 - 15, 29, 72, 76, 77, 100 ff, 119, 123 f, 136 f
- licensavtal 14
- lojalitetsplikt 17, 25, 56, 106
- MD 11, 90 ff
- måleriyrket 93
- naturafullgörelse, -uppfyllelse
 - se 32, 67, 130 ff
- NO 11, 20, 90 ff, 124
- nyckelperson 16, 23, 31, 76, 88, 100, 115 ff, 119, 134, 136
- näringsförbud 135
- patentbyrå 87 f
- personexekution 130 ff
 - se även naturafullgörelse, vitesförbud
- public policy 11, 19, 29
- restraint of trade 19, 27 f
- Reugeld 69, 130
- revisionsbyrå 15, 24 f, 84 f, 101 ff, 128
- Rule of Reason 11, 19, 27 f, 30

samhällsintresset 17 ff, 27 ff,
44 f, 48, 123 f

sekretessklausul 14, 21, 51

sekretessplikt, tystnadsplikt 51,
56

skadestånd

se vite

tillverkningshemlighet 15

se företagshemlighet

trolöshet mot huvudman 105,
118

tystnadsplikt
se sekretessplikt

utveckling(sverksamhet)
37, 59, 91 f, 112, 114 f

vite - skadestånd 67, 127 ff

vitesklausul, -bestämmelse
21, 24 f, 41 f, 46, 62, 67 f, 127
ff

vitesförbud, -föreläggande
21, 68, 88 ff, 130 ff, 136 ff

JURIDISKA INSTITUTIONEN

BIBLIOTEKET

1994 -03- 29

JURIDISKA INSTITUTIONEN
BIBLIOTEKET
LUND

Axel Adlercreutz är professor emeritus i Handelsrätt i Lund.
Boel Flodgren är professor i handelsrätt och rektor för Lund
universitet.

Handelsrättslig Skriftserie

- Nr 1 . Letters of comfort. Clas Blixt, Krister Mohe
Michael Bogdan och Björn Lindquist
- Nr 2 . Vad är oskäligt? En analys av 36 § avtalsr. en.
Asa Jansohn och Henrik Kjellin
- Nr 3 . En inblick i japansk avtalsrätt.
Peter Henrysson
Etableringsmöjligheter i japan.
Catharina Lyden och Martin Rosell
- Nr 4 . Värdering av företag. Magnus Pfennestlin
Gunnar Flodhammar, Göran Ramberg
och Gilbert Larsson
- Nr 5 . Bolags- och skatterättsliga uppsatser.
Elisabet Possellin, Martin Smiciklas,
Magnus Brokelind och Olof Jakobsson
- Nr 6 . Om konkurrensklausuler i anställningsavt.
och vid företagsöverlåtelse.
Axel Adlercreutz och Boel Flodgren