

Konkurrensklausuler i skärningslinjen mellan konkurrens-, marknads- och arbetsrätt

av professor Niklas Bruun

1. Inledning

Mogens Kocktvedgaards vetenskapliga aktiviteter uppvisar en imponerande bredd. Hans produktion täcker förutom immaterialrättens samtliga områden även konkurrensrätten, marknadsrätten och stora fält av den allmänna civilrätten. I en festskrift till hans ära är det därför väl lämpat att behandla en fråga som har beröringspunkter med en rad rättsområden såsom konkurrens-, avtals-, arbets-, marknads- och EU-rätt. Den fråga jag syftar på gäller så kallade konkurrensklausuler, som innebär en (tidsbegränsad) förbindelse från anställds sida att efter anställningsförhållandets upphörande avhålla sig från en viss typ av verksamhet. Fråga är alltså om vad Hasselbalch kallat *aktivitetsbegränsningsklausuler*.¹

Konkurrensklausulerarna har fått förnyad aktualitet i informationssamhället, där allt flera anställda sysslar med olika typer av kunskapsproduktion och -hantering. Regleringen har reviderats både i Danmark och Finland, i Sverige diskuteras frågan för närvarande.² I det följande belyses några aktuella problemställningar i anslutning till konkurrensklausulerna i ett komparativt nordiskt perspektiv. Framställningen gör inga anspråk på att utgöra någon fullständig probleminventering.

2. Lagregleringen i huvuddrag

Avtals- och arbetsrätt. Den gemensamma nordiska *avtalsrättsliga* bakgrunden till bedömningen av problematiken med konkurrensklausulerna finns i de nordiska avtals- eller rättshandlingslagarna. Där har man uttryckligen i § 38 valt att reglera frågan.

Regleringen i rättshandlingslagarna har i samtliga länder något reviderats från den ursprungliga versionen från 1900-talets förra hälft. I Sverige och Finland lyder stadgandet i dag på följande sätt:

¹ Se Hasselbalch (2002), 833 ff.

² Se utredningen Hållfast arbetsrätt - för ett föränderligt arbetsliv, Näringsdepartementet, Ds 2002:56. Stockholm 2002, 329 - 340.

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.

Stadgandet gäller olika typer av avtal. Det innefattar som ordalydelsen utvisar ett slags skälighetsprövning och är ett slags jämningsregel. Då § 36 i de nordiska avtalslagarna reviderades valde man dock att hålla regeln intakt. Tanken är att den materiella konkurrensbegränsningsklausulen kan prövas enligt § 38, storleken av eventuellt vite eller en avtalad kompensation kan prövas enligt § 36.

Den danska lagen innehåller ett stk. 2, som saknar motsvarighet i den finska och svenska avtalslagen:

Har nogen, der er ansat i en forretning eller anden virksomhet, over for dennes indehaver påtaget sig en forpligtelse af det ovenfor angivne indhold, som skall gælde efter ansættelsens ophør, bliver forpligtelsen uvirksom, hvis han opsiges eller afskediges uden at have givet rimelig anledning dertil, eller han selv fratræder sin stilling, og indehaverens undladelse af at opfylde sine forpligtelser har givet ham gyldig grund dertil.

Det citerade stycket utvisar att den danska lagen ger en längre gående detaljerad beskrivning av hur konkurrensklausulen skall bedömas i en situation där arbetsgivaren ger anledning till att anställningsförhållandet upphör. Också i Finland och Sverige kan denna omständighet medtas i en helhetsvärdering, men dess innebörd och relevans är inte lika entydig som i Danmark.³

Avtalslagen är som känt tillämplig på samtliga typer av avtal. Aktivitetsbegränsningsklausuler kan intas i många olika typer av samarbetsavtal och anställningsavtal utgör endast en avtalstyp bland flera andra. I samtliga nordiska länder har dock den arbetsrättsliga regleringen kommit att utvecklas via avtalspraxis, rättspraxis och/eller lagstiftning.

I Danmark innehåller Funktionærloven numera efter lagrevision år 1999 en ingående reglering av både så kallade konkurrensklausuler (§ 18) och så kallade kundklausuler (§ 18a).⁴

³ Angående rättsläget i Norge, se Borch og Fougner, Lov og Rett 2000, 90-91.

⁴ Lagstiftningen är väl behandlad i litteraturen, se t.ex. Paulsen - Sørensen (2000) och Nielsen, Karl Henrik (2001), 303-319.

Regleringen om konkurrensklausuler kan kortfattat sägas innefatta en supplerings av den danska aftalelovens 36 och 38 §§. Förutsättningarna för att ingå ett giltigt konkurrensbegränsningsavtal är att den funktionär för vilken avtalet ingås har en särskilt betrodd ställning eller som ingår ett avtal med sin arbetsgivare om rätt att utnyttja en av funktionären gjord uppfinning. Förpliktelsen är giltig endast om funktionären mottar ekonomisk kompensation för den tidsperiod klausulen gäller och detta framgår av ett skriftligt kontrakt. Kompensationen skall uppgå till minst 50 % av lönen vid tidpunkten för anställningens upphörande. Rätten till kompensation bortfaller om arbetsgivaren av motiverad orsak har avskedat arbetstagaren. Det faktum att funktionären erhåller annat passande arbete efter anställningens upphörande kan verka nedsättande på rätten till kompensation.

Så kallade kundklausuler enligt Funktionærloven § 18a begränsar funktionärens rätt att ha affärsmässig kontakt med kunder som han inom ramen för sin anställning har haft affärsmässiga relationer till för sin tidigare arbetsgivares räkning. En förutsättning för att kundklausulen skall kunna åberopas är att arbetsgivaren särskilt senast innan uppsägningen verkställs anger vilka kunder som skall anses omfattas av klausulen. Också här är klausulens giltighet beroende av att arbetsgivaren ekonomiskt kompenserar aktivitetsbegränsningen med minst 50 % av lönen efter anställningens upphörande.

Såväl Funktionærloven 18 § som 18a § är fullt ut kollektivavtalsdispositiva. Detta innebär att man i kollektivavtal fritt kan välja att reglera konkurrens- och kundklausuler på ett avvikande sätt. Lagstiftningen ger dock de anställda som omfattas av dylika klausuler ett grundläggande ekonomiskt skydd efter anställningens upphörande och det förefaller knappast troligt att starka organisationer är beredda att i avgörande mån urholka detta skydd avtalsvägen. Snarare kan man väl tänka sig att kollektivavtalet kommer till användning för att specificera och eventuellt i viss mån utvidga de grupper som kan omfattas av klausulerna samtidigt som det ekonomiska skyddet stärks eller åtminstone uppfyller lagens minimikrav.

Den nya finska arbetsavtalslagen⁵ från år 2001 och som reglerar det individuella anställningsförhållandet, innehåller särskilda bestämmelser om konkurrensklausuler. Förutsättningen för att en sådan klausul skall kunna ingås är enligt stadgandet 3:5 att det föreligger "synnerligen vägande skäl som har samband med arbetsgivarens verksamhet eller med

⁵ Se Finlands författningssamling 2001/155. De övriga nordiska länderna saknar denna typ av generell reglering av anställningsavtalet.

anställningsförhållandet". I lagen definieras vidare att vid bedömningen av om det finns synnerligen vägande skäl till ett konkurrensförbudsavtal skall bland annat beaktas arten av arbetsgivarens verksamhet och behovet av sådant skydd som beror på bevarandet av affärshemligheter eller på specialutbildning som arbetsgivaren har ordnat för arbetstagaren samt arbetstagarens ställning och uppgifter.

Enligt den finska lagen får ett konkurrensförbudsavtal under högst sex månader begränsa arbetstagarens rätt att ingå ett nytt arbetsavtal eller att utöva ett yrke. Tidsbegränsningen kan avtalas att gälla högst ett år om det kan anses att arbetstagaren får en skälig ersättning för den bundenhet som konkurrensförbudsavtalet förorsakar honom eller henne. I konkurrensförbudsavtalet kan intas en bestämmelse om avtalsvite som utdöms i stället för skadestånd och som högst får motsvara arbetstagarens lön för de sex månader som närmast föregår anställningens upphörande.

Den finska lagens regler är tvingande minimistadganden till förmån för de anställda, de kan inte avtalas bort genom kollektivavtal. Vidare sägs i lagen att i övrigt tillämpas rättshandlingslagen på giltigheten och jämkningen av avtalet

Rättsläget i Sverige har framförallt präglats av kollektivavtalsreglering i form av den så kallade 1969 års överenskommelse.⁶ Den har antagits som kollektivavtal av samtliga förbund inom Svenskt Näringsliv (tidigare SAF) och gäller därmed direkt för företag som är medlemmar i Svenskt Näringsliv i förhållande till anställda som är medlemmar i CF, Ledarna och SIF.⁷ Överenskommelsen anger i vilka fall arbetsgivare och arbetstagare, som är bundna av denne, äger ingå konkurrensklausuler.

Överenskommelsen föreskriver relativt stora begränsningar för användning av konkurrensklausuler. Överenskommelsen begränsar för det första vilka arbetsgivarföretag som kan utnyttja konkurrensklausuler. I överenskommelsen heter det att konkurrensklausuler bör användas "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 företagsspecifikt kunnande, vars yppande för konkurrenter skulle kunna medföra påtagligt men. Lika med sådana arbetsgivare skall anses företag, som genom avtal förvärvat tillverkningshemligheter etc."

⁶ Se DS 2002:56, 331-332 på vilken föreliggande beskrivning baserar sig samt Fahlbeck (1992). särskilt 275-282 samt Zethräus (2001), 405.

⁷ Adlercreutz & Flodgren (1992),. 55.

I överenskommelsen anges även med vilka arbetstagare avtal om konkurrensklausuler kan ingås:

”Konkurrensklausuler bör komma i fråga bara 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.”

Överenskommelsen reglerar vidare innehållet i konkurrensklausulerna.

”Den tid efter anställningens upphörande, under vilken den anställde skall vara förhindrad att befatta sig med verksamhet, vilken konkurrerar med arbetsgivaren (bindningstid), 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.”

Därutöver anges att normerat skadestånd bör sättas i rimlig relation till arbetstagarens lön. I allmänhet torde ett skadeståndsbelopp motsvarande sex genomsnittliga månadsinkomster utgöra tillräckligt skydd för konkurrensförbudet. I ett formulär till konkurrensklausul som intagits som bilaga till 1969 års överenskommelse framgår att arbetsgivaren skall stå för den förlust som arbetstagaren kan komma att lida därför att denne inte fritt kan erbjuda sina tjänster åt andra, närmare bestämt genom en förpliktelse att betala skillnaden mellan arbetstagarens tidigare lön och den lägre lön som arbetstagaren kan tjäna i ny förvärvsverksamhet. Av formuläret följer också att en annars giltig konkurrensklausul inte kan göras gällande, när det är arbetsgivaren som sagt upp anställningsavtalet, bortsett från det fall att uppsägningen föranletts av den anställdes avtalsbrott.⁸ Vid anställning av person, som ej uppnått 27 års ålder och som vid anställningstillfället är nyutexaminerad från undervisningsanstalt bör klausulen normalt utformas så att den erhåller verkan endast då anställningen upphört sedan den varat i mer än sex månader.

I svensk rätt reglerar alltså kollektivavtal en betydande del av arbetsmarknaden. Avtalet gäller dock tillverkningssektorn och tjänste- och IT-sektorn faller alltså utanför avtalets direkta tillämpningsområde. På sådana avtal tillämpas rättshanslingslagen 36 och 38 §§. Man kan alltså inte utan vidare utgå från att konkurrensklausuler i anställningsförhållanden som ligger vid sidan av det sakliga tillämpningsområdet för kollektivavtal på området – i praktiken 1969 års överenskommelse – kan fränkännas giltighet. Däremot har det antagits att kollektivavtalsbestämmelser om konkurrensklausuler kan antas återspegla

⁸ Se vidare Fahlbeck (1992), 110 f.

ett mer allmänt synsätt i fråga om konkurrensklausuler på arbetsmarknaden och ge anledning till en restriktiv syn på sådana bestämmelser. Mot bakgrund härav har 1969 års överenskommelse i Arbetsdomstolens praxis fått betydelse vid tillämpningen av 38 § avtalslagen på konkurrensklausuler i anställningsavtal i fall där överenskommelsen inte har varit bindande som kollektivavtal för parterna i anställningsavtalet. Kollektivavtalsregleringen har härigenom fått en vidare genomslagskraft än vad som anges i dess direkta tillämpningsområde.

Det faktum att den svenska kollektivavtalsregleringen är begränsad och delvis föråldrad har föranlett förslag om att lagreglera frågan också i Sverige utgående från den tidigare kollektivavtalsregleringen samt med beaktande av rättsutvecklingen i övriga Norden.⁹

Marknadsrättslig reglering. Den marknadsrättsliga regleringen har traditionellt syftat att stävja illojala förfaranden mellan konkurrerande näringsidkare. Dyliga illojala förfaranden kan och har kunnat äga rum med hjälp av anställda hos näringsidkaren och härigenom har man traditionellt kopplat kunnat reglera och sanktionera illojalt beteende från anställdas sida inom ramen för marknadsrätten. I detta sammanhang är vi dock enbart intresserade av att granska reglering, som tar sikte på att stävja illojala förfaranden efter det att anställningsförhållandet upphört.

Vid en granskning av den marknadsrättsliga regleringen kan inledningsvis nämnas att lagarna om arbetstagaruppfinningar i Norden har infört en presumtionsregel enligt vilken uppfinning, som tillkommer inom viss tid (sex månader) från anställningens upphörande presumeras ha tillkommit under anställningen (vilket ger den tidigare arbetsgivaren rättigheterna härtill) om annat inte uttryckligen avtalats. Arbetsrättsligt präglad är bestämmelsen enligt vilken överenskommelse mellan arbetsgivare och arbetstagare innefattande inskränkning i den senares rätt att förfoga över uppfinning som görs mera än ett år efter det anställningen upphört, skall vara utan verkan.¹⁰

Av naturliga skäl har den marknadsrättsliga regleringen primärt riktat in sig på att kräva lojalitet av den anställda under pågående anställningsförhållande. I den danska Markedsføringsloven (424/1994) § 10 har man dock infört en regel som säger att anställd (eller

⁹ Se DS 2002:56. 43-44.

¹⁰ Reglerna är till sitt sakliga innehåll desamma i Danmark, Finland och Sverige. Se Lov om arbejdstageres opfindelser (131/1986) § 9 och § 10, lagen om rätten till arbetstagares uppfinningar (1949:345) § 7 och lag om rätt till arbetstagares uppfinningar (1967/656) § 8. Se även Bruun (1982), 232 och Andersen (1995), 137.

samarbetspart) som anförtrotts affärshemlighet är bunden vid tystnadsplikt under tre år efter det anställningen eller samarbetet upphörde.

I den svenska marknadsföringslagen (1995:459) ingår inte mera några regler med bäring för affärshemligheter. I stället ingår dylik reglering i lagen om skydd för företagshemligheter (1990:409). I lagens § 7.1 föreskrivs att en arbetstagare som uppsåtligt 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 skall ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. I § 7.2 stadgas att om förfarandet har ägt rum sedan anställningen upphört, tillämpas första stycket endast om det finns synnerliga skäl.

I den finska lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet (1978/1061) regleras i § 4 näringsidkares skydd mot att anställd eller avtalspart yppar företagshemligheter. För anställdas del är huvudregeln att sekretessskyldigheten gäller under den tid anställningen består. Därefter gäller sekretessplikten endast i 4.2 § avsedd teknisk förebild eller teknisk anvisning som anförtrotts arbetstagaren.

Konkurrensrätten. Det står klart att konkurrensklausuler, såsom namnet indikerar, kan ha konsekvenser också för konkurrenssituationen på marknaden. En konkurrensklausul innebär i vissa situationer att en presumtiv konkurrent hålls borta från marknaden genom ett avtalsarrangemang under en bestämd tid. Å andra sidan kan konstateras att anställningsförhållanden som huvudregel faller utanför den nordiska konkurrenslagstiftningens tillämpningsområde: Den danska konkurrenanceloven (2000/416) omfattar enligt § 3 inte "løn og arbejdsforhold".¹¹ Motsvarande gäller i övriga nordiska länder. I Sverige stadgar konkurrenslagen § 2 (1993:20) att den inte skall tillämpas på "överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor". Motsvarande skrivning i den finska lagen om konkurrensbegränsningar (1992/480) lyder: "Denna lag tillämpas inte på avtal eller arrangemang som gäller arbetsmarknaden" (§ 2.1).

Syftet med begränsningen i konkurrenslagstiftningens tillämpningsområde är framförallt att skydda den normala kollektivavtalsverksamheten från en konkurrensrättslig genomlysning. En något oklar, men dock intressant fråga är i vilken utsträckning det kan

¹¹ Se Kockvedgaard (2000), 144 och Levinsen (1998), 57-63.

vara möjligt att angripa konkurrensklausuler med stöd av konkurrenslagstiftningen. Den frågan granskas närmare nedan.

3. Några viktiga frågeställningar

3.1. Allmänt

Konkurrensklausulerna aktualiserar grundläggande principiella frågor kring utgångspunkterna för det marknadsekonomiska systemet med fri konkurrens. Utgångspunkten är ju att var och en fritt skall kunna inleda näringsverksamhet enligt eget förgottfinnande och att myndighetskontrollen som huvudregel endast kan avse att personen i fråga har den behövliga kompetensen och utbildningen.

En konkurrensklausul innebär ju att ett enskild avtalspart fråntas rätten att ägna sig åt en viss typ av näringsverksamhet under en definierad tidsperiod. Detta kan hämma konkurrensen och innebära svårigheter för den enskilda att försörja sig. Allt detta förklarar den restriktiva regleringen, som allmänt kan sägas innebära en avvägning mellan å ena sidan det samhällliga intresset av att den enskildas kompetens och färdigheter utnyttjas samt den enskildas intresse att få möjlighet att tjäna sin utkomst och å andra sidan den förra arbetsgivarens intresse att skydda företagsspecifikt kunnande och företagshemligheter.

I informationssamhället har det skett en rad förändringar som också i viss mån kan förväntas påverka bedömningen av konkurrensklausuler. Den allmänna rättsutvecklingen präglas av att konkurrensrätten blivit allt mer utbyggd och att konkurrensbedömningar tillmäts ökad relevans i olika sammanhang. Konkurrensen gäller allt oftare informationsproduktion, kundkontakter, produktionskoncept mm. Samtidigt blir det allt svårare att kontrollera eller förhindra att de anställda kopierar kundregister, tekniska anvisningar, databaser mm.

En annan utvecklingstendens, som gör sig gällande, innebär att det inte är ovanligt att anställda med specialkunskap antar varierande roller. Man kan gå från att vara löntagare till att vara egenföretagare och tvärtom. Man kan välja att avyttra det företag man byggt upp för att återfå en löntagarroll inom ramen för detsamma.

Den grupp anställda som sysslar med informationsbehandling och som kan ha tillgång till företagshemligheter torde också ha ökat markant i

många sektorer. Konkurrensen är global (eller sker åtminstone på den europeiska inre marknaden) och inom de stora multinationella företagen finns också en betydande grupp anställda som jobbar "utomlands". Detta gör att frågan om konkurrensklausuler blir övernationell, frågan om hur det är tillåtet för den enskilda att konkurrera bör också granskas över landsgränserna.

3.2. Något om konkurrenslagstiftningen och konkurrensklausulerna

Det är i viss mening vilseledande att karaktärisera alla aktivitetsbegränsningsklausuler som konkurrensklausuler. Arbetsgivarens intresse av att begränsa den anställdas rätt att ta anställning hos tredje part kan även ha att göra med det faktum att arbetsgivaren vill skydda avkastningen av betydande utbildnings- eller andra investeringskostnader. Det står klart att det offentliga luftförsvaret i de nordiska länderna inte kan hävdas konkurrera med de privata flygbolagen SAS, Finnair m.fl. Trots detta kan militärmyndigheterna ha ett legitimt intresse att avtalsvägen förhindra att nyutbildade piloter söker sig till välbetalda (jämfört med försvarets löner) arbeten hos privata arbetsgivare. Här konkurrerar alltså arbetsgivarna om arbetskraften, det handlar inte om att verksamheterna konkurrerar.

I dylika situationer är det svårt att tänka sig att nordisk konkurrenslagstiftning skulle bli tillämplig (i relationen mellan privata flygbolag och försvarsverken). Dessa situationer måste alltså enligt min uppfattning hållas klart åtskilda från övriga typer av aktivitetsbegränsningsklausuler. I själva verket handlar det här om en situation fullt jämförbar med att anställningsavtalet tidsbegränsas för en längre period. Om denna period ges en oproportionerligt lång varaktighet kan avtalet säkerligen jämkas, men principiellt bör arbetsgivaren som gör kostsamma utbildningsinvesteringar också kunna räkna med att den utbildade personalens insatser kan tillgodogöras arbetsgivarföretaget under en rimlig tidsperiod och att det i annat fall kan bli fråga om en skyldighet för den anställda att i någon form återbörda en del av arbetsgivarens utgifter.

Konkurrenslagstiftningen torde som huvudregel inte bli tillämplig på konkurrensklausuler som ingåtts mellan arbetsgivare och anställd och som håller sig inom de ramar som utstakas i dansk och finsk lagstiftning samt i svensk kollektivavtalspraxis. Orsaken härtill är dock enligt min mening inte det ovan refererade arbetsmarknadsundantaget i lagstiftningen. Ett avtal som tar sikte på tidsperioden efter det att anställningen upphört kan knappast anses gälla "lön eller andra

anställningsvillkor" i t.ex. den svenska lagens mening. Den finska skrivningen medger en vidare tolkning, men jag är tveksam till om konkurrensklausuler kan anses utgöra "avtal eller arrangemang som gäller arbetsmarknaden". Detta innebär alltså att ett sådant avtal principiellt kunde genomlysas med stöd av konkurrensbegränsningslagstiftningen. Det faktum att part i avtalet är annan än näringsidkare gör dock att lagens tillämpningsföresättning i subjektivt hänseende inte uppfylls, nordisk konkurrenslagstiftning tillämpas ju endast på näringsidkare.

Frågan om konkurrenslagstiftningens tillämpning blir dock mer öppen i de situationer där arbetstagaren uppträder i flera roller. Då arbetstagaren avslutar anställningsförhållandet och grundar ett eget företag torde konkurrensklausulens hållbarhet kunna prövas också i ljuset av konkurrenslagstiftningen eventuellt till förmån för den förra arbetstagaren. Likaså torde konkurrenslagstiftningen bli tillämplig i situationen där en entreprenör överlåter sitt företag till en utomstående person och samtidigt förbinder sig att kvarstå som anställd nyckelperson hos den nya arbetsgivaren och även att avhålla sig från alla former av konkurrens. I den sistnämnda situationen menar jag att arbetstagaren har två roller: han agerar som företag/företagsägare i överlåtelsesituationen och därefter som anställd. Avtalet som anställd får här bedömas i enlighet med reglerna om konkurrensklausuler, men som ägare av det överlåtna företaget kan regler om konkurrens och marknadsföring bli aktuella i förhållandet mellan avtalsparterna i avtalet om företagsöverlåtelsen och konkurrensbegränsningsklausulen kan mycket väl ses som en del av detta avtal.

Huruvida det kan antas råda inbördes skillnader i möjligheten att tillämpa konkurrensrättsliga överväganden på konkurrensklausuler i de nordiska länderna måste här lämnas öppet. Rättsläget förefaller relativt klart i Sverige¹², medan frågan är mindre klarlagd i Danmark och Finland. Det finns dock goda skäl att på denna punkt tillämpa de nordiska konkurrenslagarna och de däri ingående arbetsmarknadsundantagen på ett likartat sätt.

3.3. Skyddsobjektet

Utgångspunkten för regleringen av konkurrensklausuler är klar och särskilt tydligt uttalad i svensk och finsk rätt. Vid anställningsavtalets slut upphör även arbetstagarens lojalitetsskyldighet gentemot arbetsgivaren. Därefter står arbetstagaren fritt att söka sig anställning på annat håll.

¹² Se Carlsson, Söderlind och Ulriksson (1999), 42.

Arbetsgivarens skydd efter avtalets upphörande inskränker sig till att direkta affärshemligheter inte får utnyttjas, här har den danska lagstiftaren i den ovan refererade marknadsföringsloven varit klart mera generös än den finska och svenska genom att föreskriva skydd under en treårsperiod. Under denna period är det framförallt affärshemligheter som manifesterats i fysiska entiteter som skyddas: tekniska ritningar, förebilder, kundregister, databaser mm. I övrigt kan arbetsgivaren skydda sig mot konkurrens från tidigare anställd genom avtalsklausuler inom ramen för det strikta utrymmet som lagstiftaren uppställer. Utgångspunkten är att genom konkurrensklausuler får man inte begränsa anställdas rätt att utnyttja allmänt yrkeskunnande, yrkeserfarenheter och specialistkompetens. Det man kan skydda är företags- och affärshemligheter samt härtill anslutet företagsspecifikt i konkurrenshänseende relevanta kunnande.

Det är ytterst svårt att klart ange vad allt som kan skyddas genom konkurrensklausuler. Redan affärs- och företagshemlighetsbegreppet är ju relativt såtillvida att arbetsgivaren själv kan påverka dess omfattning genom sin egen policy. I den svenska lagen om företagshemligheter definieras begreppet att avse "sådan information om affärs- eller driftsförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnad att medföra skada i konkurrenshänseende". Begreppet är svårt att definiera men det handlar som huvudregel om företagsspecifik information, som har ett konkurrensvärde för arbetsgivaren och som uppenbart är eller har definierats som förtrolig av arbetsgivaren.¹³

Frågan är i vilken utsträckning arbetsgivarens konkurrensintresse kan skyddas för annan typ av kunskap än direkta affärs- och företagshemligheter efter avtalets upphörande. Här menar jag att en omfattande nordisk praxis utvisar att som huvudregel bör skyddsintresset vara relaterat till affärs- eller företagshemligheter. En konkurrensklausul kan dock tas i bruk i situationer där den anställdas ställning i företaget och personkontakter och kunnande gör att han relativt snabbt kan rekonstruera en affärshemlighet eller bidra med kunskap som är ägnad att avslöja företagsspecifika affärshemligheter, trots att personen i fråga endast besitter fragmentariska delar av det företagsspecifika kunnandet. Vidare kan arbetsgivaren legitimt skydda kundrelationer och kunskap om kundförhållanden, som i och för sig väl i vissa fall kan definieras till sfären av företagshemligheter.

¹³ Se Helgeson (2000), 272.

Den relativt allmänna tendensen i många företag att definiera all information som rör företaget och dess affärsverksamhet som företags- och affärshemligheter blir lätt kontraproduktiv när det gäller att visa varför en konkurrensklausul är motiverad. Om allmänt kunnande och yrkeskunskaper som de anställda besitter definieras som affärshemligheter förbrukas lätt det skönsmässiga utrymme som arbetsgivaren har att inom ramen för företagets strategi och verksamhet på ett rimligt sätt definiera vad som skall ses som förtrolig information. Det betyder också att man avskär möjligheten att göra en direkt koppling mellan företagsspecifik förtrolig information och möjligheten att avtala om konkurrensklausuler för personal som är i besittning av sådan.

Marknadsrätten skyddar på ovan angivet sätt vissa typer av missbruk av affärshemligheter efter anställningsförhållandets upphörande. Sanktionssystemet i marknadsrätten är dock i allmänhet inte anpassat för kränkningar från enskilda anställdas sida, vilket är en av förklaringarna till att konkurrensklausulerna används relativt allmänt och marknadsrätten förefaller att ha en begränsad betydelse i detta sammanhang. Marknadsrättens allmänna förbud mot att vidta åtgärder som strider mot god affärssed i näringsverksamhet kan dock bli relevant, då den tidigare anställda inleder näringsverksamhet. Särskilt i Danmark förefaller man i rättspraxis ha använt generalklausulen i Markedsføringsloven § 1 för att stävja konkurrens från tidigare anställda, som efter anställningens upphörande inlett konkurrerande näringsverksamhet i förhållande till den tidigare arbetsgivaren.¹⁴

3.4. Fri rörlighet på EU:s arbetsmarknad

Artikel 39 i EG-fördraget garanterar personers och särskilt arbetstagares fria rörlighet inom den Europeiska unionen.¹⁵ Enligt stadgad tolkningspraxis förhindrar klausulen inte endast diskriminering på grund av nationalitet i anställningsförhållanden, utan den förhindrar även uppställandet av krav eller begränsningar som förhindrar att en person kan söka och ta emot en anställning i en annan medlemsstat. Endast begränsningar som är motiverade av allmän ordning, säkerhet eller folkhälsoskäl kan utgöra tillåtna bevekelsegrunder för att begränsa den fria rörligheten.

I ljuset av artikel 39 är det motiverat att ställa frågan om en konkurrensklausul eventuellt kan tänkas utgöra ett hinder mot fri rörlighet. Om konkurrensklausulens tillämpningsområde i det enskilda

¹⁴ Se Hasselbalch (2002),. 286 not 304 som refererar en räkna sådana rättsfall.

¹⁵ Se Nielsen, Ruth (2000), 245-281.

fallet inte har begränsats till den medlemsstat där den ingåtts innebär den ju de facto ett tidsbegränsat hinder för att ta anställning i annan medlemsstat.

Artikel 39 i fördraget begränsar också enskilda företags möjligheter att vidta åtgärder som begränsar den fria rörligheten, vilket klart framgår av den så kallade Bosman-domen från EG-domstolen.¹⁶ Som huvudregel är dock parten i ett konkurrensbegränsningsavtal arbetstagaren själv. Lika litet som man kan ålägga en arbetstagare att söka sig arbete i en annan medlemsstat torde man kunna begränsa hans eller hennes möjligheter att för egen del avtala om att avstå från att ta konkurrerande anställning i annat land under en begränsad tid.

Å andra sidan har man i de flesta av EU:s medlemsländer genom lagstiftning noga begränsat de individuella avtalsparternas möjlighet att ingå avtal om konkurrensklausuler. Så är som ovan framgått även fallet i Danmark och Finland. Mot denna bakgrund kan man hävda att en medlemsstat som erkänner bindande verkan åt exceptionellt långvariga konkurrensklausuler, som förhindrar arbetskraftens rörlighet mellan medlemsländerna, därigenom kunde bryta mot sina åtaganden enligt EU-gemenskapsrätten. Var gränsen går mellan tillåtliga och otillåtliga konkurrensklausuler måste här göras in casu och med beaktande av proportionalitetsresonemang. På motsvarande sätt torde kollektivavtalsklausuler som innefattar konkurrensklausuler kunna prövas rättsligt inom EG-rätten.

3.5 Något om gränserna för giltiga konkurrensklausuler

I ljuset av det faktum att man i samtliga nordiska länder uppställer klara tidsgränser samt begränsningar för överenskomna skadestånd, avtalsviten eller konventionalböter uppstår frågan hur man skall bedöma avtalsklausuler som spränger gränsen för det tillåtna. Här kan man tänka sig att rättsföljden blir att dylika överenskommelser blir ogiltiga så att någon konkurrensklausul inte anses föreligga eller att ogiltigheten blir partiell så att klausulen tillmäts relevans till den del den håller sig inom ramen för det tillåtna.

Utgångspunkten förefaller vara den att ogiltighet inträder om någon giltig grund för att ingå konkurrensavtal överhuvudtaget icke föreligger. Om det funnits en giltig orsak, men klausulen tidsmässigt eller avseende den överenskomna påföljden spränger ramarna för det tillåtna kan klausulen

¹⁶ Case C-415/93[1995] ECR I-4921.

jämkas. I så fall förblir den giltig, men giltighetstiden, tillämpningsområdet eller påföljderna kan jämkas.

Det faktum att påföljden av stränga konkurrensklausuler oftast är partiell ogiltighet har den olägenheten att arbetsgivarsidan har föga att förlora på att ge en konkurrensklausul en sträng utformning. Detta har åtminstone i Finland och Sverige föranlett många företag att - i preventivt syfte - ta in relativt stränga konkurrensklausuler i enskilda anställningsavtal. De uppstramningar av lagstiftningen som gjorts eller föreslagits i dessa länder hänger mycket ihop med den vildvuxna praxis som vuxit fram.

I Finland har man dessutom stadgat att konventionalbot eller avtalsvite kan inträda i stället för skadestånd. Det innebär att ett överenskommet skadestånd uttömmande reglerar den tidigare arbetsgivarens ekonomiska ansvar om inte skadeståndsansvar särskilt avtalats. I Danmark är rättsläget annorlunda: Vid sidan av konventionalbot kan arbetsgivaren som lidit stor ekonomisk skada kräva skadestånd.¹⁷

3.6. Interimistiska förbud

Inom arbetsrätten ställer man sig i allmänhet relativt restriktiv till personalexekution. Arbetstagaren kan inte genom åläggas att uppfylla sin arbetskyldighet genom exekutiva åtgärder, lika litet som det går att ålägga arbetsgivaren att återta en olagligt uppsagd arbetstagare med hot om att åläggande verkställs av myndighet om arbetsgivaren inte frivilligt uppfyller domen.

Frågan om man kan erhålla ett interimistiskt förbud för att verkställa ett åtagande enligt en konkurrensklausul avviker dock på vissa centrala punkter från den sedvanliga arbetsrättsliga frågeställningen. Här är det liksom i immaterialrätten fråga om att verkställa ett åtagande att avhålla sig från att göra något. Det är alltså inte fråga om att tvinga fram ett positivt uppfyllande av en skyldighet som innefattar en arbetsprestation eller en skyldighet att förse någon med arbete. Mot denna bakgrund är det inte överraskande att man utfärdat interimistiska förbud för att verkställa ett förbud mot att konkurrera.

I Danmark, där tröskeln för så kallat foreløbigt fagedforbud¹⁸ legat relativt lågt finns sedan länge en fast praxis att man använder interimistiska förbud mot konkurrensklausuler. Detta förefaller relativt ostridigt. Den danska diskussionen förefaller snarast att gälla utrymmet

¹⁷ Hasselbalch (2002), 836.

¹⁸ Poulsen, Sune Troels (1991), 210 ff.

att använda interimistiska förbud i situationer där (den tidigare) arbetsgivaren endast kan stöda sig t.ex. på generalklausulen i § 1 den danska Markedsføringsloven. Också dylika interimistiska förbud har utfärdats.

I Sverige har den svenska arbetsdomstolen utfärdat interimistiska förbud för att verkställa konkurrensklausuler och även stärkt förbudet med vite. I Sverige har det förts en principiell diskussion i vad mån dylika påföljder kan göras gällande i synnerhet, då parterna i sitt inbördes avtal fastställt ett överenskommet skadestånd (en konventionalbot eller med finsk terminologi ett avtalsvite).¹⁹ Praxis förefaller dock vara fast och den svenska rättsläget är relativt entydigt.

Också i Finland, där det finns relativt nya regler om interimistiska säkerhetsåtgärder i rättegångsbalken 7:3 har underrätt i några fall nyttjat interimistiska förbud för att verkställa konkurrensklausuler.²⁰ Rättsläget i Finland är dock mindre klart än vad som är fallet i Sverige och Danmark.²¹

4. Några konklusioner

Frågan om lojalitetspliktens omfattning efter anställningsförhållandets upphörande ter sig högaktuell i samtliga nordiska länder. Också lagstiftningen har utvecklats eller håller på att utvecklas. Trots att regleringen i enskildheter avviker mellan de olika länderna finns dock en strukturell enhet, som ursprungligen utgår från de nordiska rättshandlingslagarna § 36 och § 38 och på en relativt likartad syn på hur marknadsrätten, konkurrensrätten och arbetsrätten skall samspela för att kunna skapa en rimlig balans mellan arbetstagarens intresse att utnyttja sin kompetens och tjäna sitt uppehälle och arbetsgivarens intresse att skydda företagsspecifikt kunnande samt det allmänna samhällsintresset att undvika en alltför restriktiv praxis på detta område. Samtidigt bör lagstiftningen skapa möjligheter för att stävja missbruk.

På konkurrensklausulernas område finns det fortfarande en nordisk rättsgemenskap som skapar förutsättning för en gemensam diskussion kring hur regleringen fungerar. Kanske vore konkurrensklausulerna och praxis i de olika länderna ett lämpligt ämne för gemensamma nordiska dryftelser på ett gemytligt NIR-möte, där inte minst Kocktvedgaard på sedvanligt sätt kunde berika diskussionen.

¹⁹ Adlercreutz Svensk juristtidning 1991, 445-454.

²⁰ Se allmänt rörande regleringen av interimistiska förbud i Finland, Norrgård (2002), 59-106.

²¹ För Norges del, se Borch og Fougner, Lov og Rett 2000, 98-99.

Litteratur

Adlercreutz, Axel (1991), Personexekution eller skadestånd/avtalat vite i mål om konkurrensklausuler. Svensk Juristtidning. 445-454.

Adlercreutz, Axel & Flodgren, Boel (1992), Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelser. Handelsrättslig skriftserie Nr 6. Lund.

Andersen, Mads Bryde (1995), Lov om arbejdstageres opfindelser. Akademikernes centralorganisation. København.

Borch, Alex og Fougner, Jan (2000), Konkurransen med nåværende eller tidligere arbejdsgiver. Lov og Rett 2000, 67-100.

Bruun, Niklas (1982), Uppfinnarrätt i anställningsförhållande. Finlands juristförbunds förlag. Jyväskylä.

Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik och Ulriksson, Magnus (1999), Konkurrenslagen. En kommentar. Norstedts. Stockholm.

Ds 2002:56. Hållfast arbetsrätt - för ett föränderligt arbetsliv. Näringsdepartementet. Stockholm.

Fahlbeck, Reinhold (1992), Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet. Norstedts. Stockholm.

Hasselbalch, Ole (2002), Ansættelsesretten. 3 udg. DJØF. København.

Helgeson, Christina (2000), Affärshemligheter i samtid och framtid. Jure. Stockholm.

Koktvedgaard, Mogens (2000), Lærebog i konkurrenceret. 4. udg. DJØF. København.

Levinsen, Kirsten (1998), Konkurrenceloven med kommentarer. DJØF. København.

Nielsen, Henrik Karl (2001), Funktionærloven. 2. udgave. GadJura. København.

Nielsen, Ruth (2000), European Labour Law. DJØF. København.

Norrgård, Marcus (2002), Interimistiska förbud i immaterialrätten.
Kauppakaari. Helsingfors.

Paulsen, Jens & Sørensen, Niels (2000), Konkurrence- og kundeklausuler
& andre erhvervsbegrænsende aftaler. DJØF. København.

Poulsen, Sune Troels (1991), Loyalitetspligt & erhvervsforbud. DJØF.
København.

Zethræus, Sten (2001), Konkurrensklausuler i anställningsavtal - särskilt
vid kunskapsföretag. Ett försök till rättslägesbeskrivning. I "Festskrift till
Hans Stark", Jure. 397-412.