



<http://www.diva-portal.org>

This is the published version of a chapter published in *Festskrift till Lars Pehrson*.

Citation for the original published chapter:

Domeij, B. (2016)

Konkurrensförbud vid företagsöverlåtelser och Alfa Quality Moving-målet.

In: Ulf Bernitz, Jan Kleineman, Jori Munukka, Jessika van der Sluijs (ed.), *Festskrift till Lars Pehrson* (pp. 113-126). Stockholm: Jure

N.B. When citing this work, cite the original published chapter.

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:uu:diva-315150>

Konkurrensförbud vid företagsöverlåtelser och Alfa Quality Moving-målet

BENGT DOMEIJ*

Inledning

Konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser innebär att säljaren åtar sig att under en tid avstå från att delta i eller främja verksamhet som konkurrerar med det överlåtna bolaget. Klausulerna syftar till att hela företaget, inklusive mer personberoende tillgångar hos säljaren såsom relationer till kunder och anställda samt företagshemligheter, på ett säkert sätt kan överföras till företagsköparen. Konkurrensförbud är samtidigt problematiska. Tidigare ägare bör inte utestängas alltför länge från en bransch som de har varit verksamma i, eftersom det blir skadligt för konkurrensen och kunderna. Man måste avgöra när konkurrensklausulerna varit behövliga för överlåtelserna och när de enbart fungerar som konkurrensbegränsande.¹

Ämnet för detta bidrag är i första hand den tillåtna längden på konkurrensklausuler, särskilt i situationer när det är osannolikt att företags säljaren kan eller vill konkurrera. I andra hand är ämnet hur en konkurrenskada-

* Professor, Uppsala universitet.

¹ EU-domstolen, mål C-42/84, Remia, punkterna 18–20: "För att bedöma huruvida sådana klausuler omfattas av förbudet i artikel 85.1 [numera artikel 101.1 FEUF] måste det undersökas hurdana konkurrensförhållandena skulle vara i avsaknad av dessa. I ett sådant fall, och om säljaren och köparen skulle fortsätta att konkurrera med varandra efter överlåtelserna är det tydligt att avtalet om företagsöverlåtelserna inte kan genomföras. Säljaren, med sin särskilt ingående kännedom om det överlåtna företaget, skulle bibehålla möjligheten att på nytt dra till sig sin gamla kundkrets omedelbart efter överlåtelserna och därigenom förorsaka att detta företag inte blev livskraftigt. Under dessa omständigheter har konkurrensklausuler i avtal om företagsöverlåtelser i princip den fördelen att de garanterar att överlåtelserna blir möjliga och effektiva. Därigenom bidrar de till att stärka konkurrensen genom att de leder till ett ökat antal företag på den berörda marknaden. För att sådana klausuler skall ha denna gynnsamma verkan på konkurrensen krävs det vidare att dessa klausuler är nödvändiga för överlåtelserna av det berörda företaget och att deras giltighetstid och tillämpningsområde är strängt begränsade till detta mål. Kommissionen har därför med rätta ansett att när dessa villkor är uppfyllda omfattas sådana klausuler inte av förbudet i artikel 85.1 [numera 101.1 FEUF]."

avgiften ska beräknas när konkurrensklausulen varit alltför lång, men företags säljaren inte avsett att konkurrera. Den speciella situation som fokuseras på är således en konkurrensklausul vid en företagsöverlåtelse när säljaren under alla förhållanden avser att lämna branschen. Då behövdes i princip inte en konkurrensklausul. Samtidigt var förmodligen klausulen enkel för parterna att överenskomma och effekterna av klausulen var sannolikt inte särskilt skadliga.

Den direkta anledningen till att denna fråga tas upp till diskussion är Alfa Quality Moving-domen från Stockholms tingsrätt i maj 2016.² Den gällde förvärv av två flyttverksamheter. I båda fallen fanns konkurrensklausuler som hindrade säljarna från att ägna sig åt internationell bohagsflytt under fem år. Säljaren av den ena verksamheten hade efter ungefär två år och nio månader sagt upp konkurrensklausulen, medan klausulen i det andra fallet gällde som avtalat. Till skillnad från EU-kommissionen kan inte det svenska Konkurrensverket besluta om konkurrensskadeavgifter, utan det ska prövas i domstol.³ Konkurrensverket hade yrkat att tingsrätten skulle ålägga företagsköparen att betala en konkurrensskadeavgift om 32 600 000 kr (sju procent av köparens årsomsättning), och ålägga de två säljarbolagen 6 510 000 kr respektive 2 940 000 kr i konkurrensskadeavgift (sex procent av respektive bolags årsomsättning). Tingsrätten biföll inte Konkurrensverkets talan. Målet är överklagat⁴ och några säkra slutsatser kring rättsläget kan därför inte dras utifrån domen. Anledningen till att jag ändå skriver om domen är att den på ett intressant sätt illustrerar konkurrensklausulers funktion vid företagsöverlåtelser.⁵ Särskilt intressant i domen är hur en alltför lång konkurrensklausul sanktioneras med konkurrensskadeavgift i ett läge där den förpliktigade säljaren inte avsåg att vara verksam i branschen. Förhoppningen har varit att bidraget mot sagda bakgrund, kan vara av ett principiellt värde för beräkning av konkurrensskadeavgifter och dessutom ämnesmässigt ligga i linje med Lars Pehrsons breda forskning om bolag, kommersiella avtal och konkurrensvillkoren på olika marknader.

² Stockholms tingsrätts dom 2016-05-16 i mål nr T 10057-14.

³ Se närmare om denna skillnad i E. Lagerlöf, Should the Swedish Competition Authority be allowed to adopt legally binding decisions on antitrust fines? A comment in the perspective of procedural rights, the role of the Commission and EU law, *Europarättslig tidskrift* 2016 s. 265.

⁴ Överklagandet har inkommit till Marknadsdomstolen den 14 juni 2016 och givits målnumret A 2/16. I och med nedläggningen av Marknadsdomstolen kommer målet emellertid att överlämnas till Patent- och Marknadsöverdomstolen.

⁵ Den historiska svenska utvecklingen på området finns redovisad och analyserad i U. Bernitz, *Konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt – ett utvecklingsperspektiv*, Rättsvetenskapliga studier till minne av Tore Almén s. 43, red. T. Håstad, A. Knutsson, S. Unger (1999).

Kommissionens tillkännagivande

En central utgångspunkt ifråga om konkurrensförbud vid företagsöverlåtelser finns i EU-kommissionens tillkännagivande av den 5 mars 2005 om begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationer (2005/C 56/03). Tillkännagivandet om s.k. accessoriska begränsningar bygger på EU-kommissionens beslutspraxis inom området. Stockholms tingsrätt uttalade i Alfa Quality Moving-domen att:

”Kommissionens tillkännagivande om accessoriska begränsningar är framtaget av hänsyn till de berörda företagens rättssäkerhet och avspeglar huvuddragen i kommissionens beslutspraxis. Även om tillkännagivandet inte är bindande för nationella konkurrensmyndigheter eller domstolar ... anses det vägledande vid bedömningen av en koncentration som prövas enligt konkurrenslagen. Enligt tingsrättens mening bör det anses vägledande även vid den prövning som nu är aktuell.”

Tillkännagivandet använder, som sagt, termen accessoriska begränsningar. Uttrycket har sitt ursprung i att vissa rättshandlingar är konstitutiva för företagskoncentrationens uppkomst och därmed bildar en del av denna, exempelvis en avtalsklausul varigenom en säljare överlåter ett företag till en köpare. Därutöver finns accessoriska konkurrensbegränsningar, varmed avses delar av avtal som inskränker parternas handlingsfrihet på marknaden och som är nödvändiga för företagskoncentrationens genomförande.⁶ Exempel är konkurrensklausuler för säljaren, men också licenser avseende industriella och kommersiella rättigheter och know-how samt inköps- och leveransavtal och liknande begränsningar. Accessoriska begränsningar behövs för en effektiv fortsatt drift av det överlåtna bolaget i köparens händer. Med att begränsningarna måste vara nödvändiga för koncentrationens genomförande förstås att koncentrationen inte skulle ha kunnat genomföras i avsaknad av dem eller endast kunnat genomföras på avsevärt osäkrare villkor, till betydligt större kostnader, under en avsevärt längre period eller med avsevärt större svårigheter.

Tillkännagivandet om accessoriska begränsningar reglerar, ifråga om konkurrensklausuler, den tillåtna tidslängden – ämnet för detta bidrag – men dessutom det geografiska området där företags säljaren kan hindras från att verka och de produkter/tjänster som förbudet får avse. Accessoriska konkurrensklausuler ska begränsas till vad som behövs för köparens övertagande av bolagets fulla värde och får inte sträckas längre än nödvän-

⁶ En tredje typ av förfaranden vid en företagskoncentration är konkurrensbegränsningar som inte är accessoriska. De prövas inte enligt bestämmelser om företagskoncentrationer utan bara enligt de allmänna förbudsbestämmelserna i konkurrenslagen och i FEUF. Se SOU 2006:99 s. 381 En ny konkurrenslag.

digt i tiden, geografiskt och gällande arten av de förbjudna produkterna/tjänsterna.⁷

Om avtalade konkurrensklausuler uppfyller kraven för att vara accessoriska till ett företagsförvärv (nödvändiga) faller de utanför tillämpningsområdet för förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101 FEUF. De faller istället under företagskoncentrationsreglerna. Om de accessoriska begränsningarna objektivt sett är nödvändiga för genomförandet av en koncentration enligt tillkännagivandet, anses de acceptabla från konkurrenssynpunkt även när begränsningarna är konkurrensbegränsande och skulle ha bedömts annorlunda om de hade prövats för sig eller i ett annat ekonomiskt sammanhang, och inte mot bakgrund av en företagskoncentration.⁸ I den mån konkurrensbegränsningar vid företagsöverlåtelser inte är nödvändiga för huvudtransaktionens genomförande kan de prövas enligt de allmänna reglerna mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101 FEUF. Exempelvis kan en alltför utdragen tidslängd på en konkurrensklausul (den överskjutande delen) prövas enligt förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete. I Alfa Quality Moving-målet var längden på en av de två konkurrensklausulerna tillräckligt kort för att godtas enligt reglerna för företagskoncentrationer; den andra konkurrensklausulen överskred vad nämnda regler tillät och prövades därför som ett konkurrensbegränsande samarbete enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101 FEUF.

Tillåten tidslängd

I tillkännagivandet om accessoriska konkurrensbegränsningar stadgas i punkten 20 att: "Konkurrensklausuler är berättigade för perioder på upp till

⁷ Tillkännagivandet om accessoriska begränsningar stadgar i punkten 22 att: "Den geografiska räckvidden för en konkurrensklausul måste vara begränsad till det område där säljaren har erbjudit de relevanta varorna eller tjänsterna före överlåtelsen, eftersom köparen inte behöver skyddas mot konkurrens från säljaren i områden där säljaren tidigare inte varit verksam. Den geografiska räckvidden kan utvidgas till områden där säljaren vid tidpunkten för transaktionen planerade att inleda verksamhet, under förutsättning att han redan hade gjort investeringar för att förbereda detta." Tillkännagivandet om accessoriska begränsningar stadgar vidare i punkten 23 att: "På motsvarande sätt måste konkurrensklausuler förbli begränsade till varor (inklusive förbättrade versioner eller uppdateringar av varor samt efterföljande modeller) och tjänster som utgör det överlåtna företags ekonomiska verksamhet. Detta kan inbegripa varor och tjänster som är i ett långt framskridet utvecklingsstadium vid tiden för överlåtelsen eller varor som är fullt utvecklade men ännu inte har introducerats på marknaden. Skydd mot konkurrens från säljaren på produkt- och tjänstemarknader där det överlåtna företaget inte var verksamt före överlåtelsen anses inte nödvändigt."

⁸ C. Wetter, J. Karlsson, M. Östman, Konkurrensrätten – en kommentar s. 772 (2009).

tre år, om överlåtelsen av företaget innefattar en överföring av kundlojalitet i form av både goodwill och know-how. Om överlåtelsen bara omfattar goodwill är de berättigade för en period på upp till två år.” I ingressen till tillkännagivandet, beaktandesats 21, uttalas att konkurrensklausuler överhuvud inte kan anses nödvändiga om överlåtelsen är begränsad till materiella tillgångar (såsom mark, byggnader eller maskiner) eller till exklusiva industriella eller kommersiella äganderätter (innehavarna av sådana rättigheter skulle nämligen omedelbart kunna vidta åtgärder mot ett intrång utfört av den som överlätit rättigheterna).

Två år kan, som sagt, företagssäljare hindras att vara verksamma i branschen om det sålda bolaget besitter goodwill; finns också know-how kan förbudet utsträckas till tre år. Normalt räknas tiden från köparens tillträde, inte tidpunkten för avtalets undertecknande. Stockholms tingsrätt har i Alfa Quality Moving-målet funnit att tillträdet är den normala utgångspunkten för beräkningen av vad som är tillåtna konkurrensklausuler, men om parterna specifikt i avtalet angivit en annan tidpunkt, kan denna punkt istället användas för att beräkna tillåten längd på konkurrensklausuler.⁹

Uppenbarligen är det viktigt att skilja mellan företag som bara innehar goodwill och de som dessutom besitter know-how. De två termernas rättsliga betydelse är emellertid oklar. I huvudsak avses med goodwill ett värde som består av hur kunder och andra samarbetsparter betraktar företaget utifrån. Goodwill är ett positivt rykte som finns utanför bolaget och som gör det lättare att få kunder eller att ingå samarbeten. Know-how är istället en beteckning på ett immateriellt värde inom ett företag och kännetecknar kunskap som kontrolleras av företaget. Tillkännagivandet om accessoriska begränsningar hänvisar ifråga om definitionen av know-how till artikel 1.1 i tekniköverföringsförordning nr 772/2004 (numera ersatt av tekniköverföringsförordningen nr 316/2014). Know-how definieras som praktisk information som ska vara a) hemlig, dvs. den får inte vara känd eller tillgänglig för allmänheten; b) väsentlig, dvs. den måste vara viktig och självklart vara till nytta för att kunna producera den aktuella varan eller tjänsten; och c) identifierad, dvs. så detaljerat och ingående beskriven att det går att kontrollera om informationen är både hemlig och väsentlig. Know-how kan innehålla alla slags tekniska och ekonomiska uppgifter i ett företag som underlättar affärsverksamheten.

⁹ Stockholms tingsrätts dom 2016-05-16, mål nr T 10057-14: ”Konkurrensklausulers giltighetstid räknas normalt sett från tidpunkten för koncentrationen [köparens tillträde]. Enligt tingsrätten ligger det dock närmast till hands att tolka klausulen mellan [säljare och köpare] enligt dess ordalydelse. Konkurrensklausulen bör alltså förstås som att säljaren ... inte fick bedriva – med den verksamhet som överläts – konkurrerade verksamhet redan från avtalsdagen. Det hade till exempel kunnat ske i ett av [säljaren] nystartat bolag. Giltighetstiden ska alltså räknas från [avtalsdagen] ...”

En begränsning i termen know-how ligger, som sagt, i att kunskapen måste vara väsentlig. I ett företag som utför enklare tjänster tycks sedvanliga uppgifter om hur tjänsterna närmare utförs inte vara tillräckligt för att utgöra know-how. Stockholms tingsrätt fann i Alfa Quality Moving-målet beträffande bohagsflyttjänster att:

”Enligt tingsrätten är den kundrelaterade kunskap, avseende företagskundernas behov och rutiner m.m., sådan kundkännedom som normalt sett får anses ingå i goodwill-begreppet. Den tjänsterelaterade kunskapen, om kostnadseffektiva arbetsmetoder och systemlösningar m.m., ... är vidare alltför allmänt hållen för att kvalificera som know-how i egentlig mening. Detsamma gäller under alla förhållanden den kundrelaterade kunskapen.”¹⁰

Det tycks i begreppet know-how – och därmed rätten att använda treåriga konkurrensklausuler – finnas ett krav på att kunskapen avser förhållanden av ett mer kvalificerat slag. Kunskapen om tjänsterna ska vara utmärkande för innehavaren och inte finnas i ungefär samma tappning hos alla i branschen.¹¹

Tidsgränserna i tillkännagivandet är riktlinjer. Är säljaren ett företag med kvarvarande verksamhet inom särskilt näraliggande områden kan längre perioder än två eller tre år behövas för att köparen ska känna en trygghet i att säljaren inte genom konkurrens kan försämra det sålda bolaget. Långa kund- och avtalsrelationer kan peka mot ett behov av konkurrensklausuler överstigande två år. I Alfa Quality Moving-målet uttalades avseende företag som utför internationella bohagsflyttar att:

”Tingsrätten har, som framgår, bedömt att båda förvärven endast innefattade överföring av goodwill inbegripet kundkontakter, kundlojalitet m.m. Det förhållandet att knowhow inte ingick i förvärven medför dock – enligt tingsrätten – inte per automatik att konkurrensklausuler med längre giltighetstider än två år inte kan vara berättigade. Som inledningsvis redovisats måste omständigheterna i det enskilda fallet beaktas och längre giltighetstider kan accepteras t.ex. p.g.a. hög kundlojalitet, dvs. om kundkretsens köprohet kommer att bestå under en längre period än två år.”

Vidare uttalade tingsrätten att:

”Genom [säljarens] kvarvarande kunnande ..., renommé, kundkännedom, kontaktnät samt närvaro på angränsande marknader (inrikes bohagsflyttar och agentverksamhet) anser ... tingsrätten att Alfa var i behov av ett starkare skydd än vad som normalt sett är fallet. ... Normalt sett godtas dock inte längre giltighetstider än tre år ens om know-how ingår i förvärvet och den utredning som svarandebolagen har lagt fram om kundlojalitet, avtalstidernas betydelse m.m. kan inte anses berättiga till längre skydd än så. Det bör också framhållas att löptider på tre år inte generellt kan godtas när ett förvärv endast innefattar goodwill. I detta fall får det dock sägas föreligga särskilda omständigheter p.g.a. [säljarens] närvaro på angränsande marknader i förening med förhållandevis hög

¹⁰ Stockholms tingsrätts dom 2016-05-16, mål nr T 10057-14.

¹¹ Jfr B. Domeij, Från anställd till konkurrent s. 70 (2016).

kundlojalitet respektive långa avtalstider inom utrikes bohagsflyttar. Enligt tingsrätten var därför i detta fall treåriga konkurrensklausuler objektivt sett nödvändiga och proportionerliga för genomförandet av förvärven.”

Prövningen i Alfa Quality Moving-målet avseende accessoriska konkurrensklausuler kan därmed sammanfattas. Prövningen gällde förvärv av två verksamheter. I båda fallen fanns femåriga konkurrensklausuler som hindrade säljarna att ägna sig åt internationell bohagsflytt under fem år. Säljaren av den första verksamheten hade efter ungefär två år och nio månader sagt upp konkurrensklausulen. Den tidslängden prövades av domstolen. Tingsrätten fann att de speciella förhållandena kring överlåtelser av bolag för internationella flyttjänster motiverade en treårig konkurrensklausul: säljarens särskilda kunnande om branschen, stark kundlojalitet och långa avtalstider samt likheterna mellan nationella och internationella flyttjänster hade annars eventuellt möjliggjort för säljaren att ånyo ge sig in i branschen. Den två år och nio månader långa konkurrensklausulen var därmed accessorisk till företagsöverlåtelserna och godtagbara på denna grund (kortare än de tillåtna tre åren). Ifråga om den andra företagsöverlåtelserna hade inte skett en uppsägning och konkurrensförbudet hade varit i kraft under de avtalade fem åren, vilket överskred den tid som bedömdes ha varit nödvändig (accessorisk). De två överskjutande åren prövades enligt förutläggningarna för konkurrensbegränsande avtal i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och artikel 101 FEUF, vilket nu kommer att diskuteras.

Icke-accessoriska konkurrensklausuler

En konkurrensklausul som inte är nödvändig eller accessorisk till en företagsöverlåtelserna prövas, som sagt, enligt de allmänna reglerna för konkurrensbegränsande avtal. Den huvudsakliga frågan är vilket syfte eller vilka effekter som konkurrensklausulen givit under den överskjutande tiden. Stockholms tingsrätt uttalade i Alfa Quality Moving-målet att:

”Även om klausulen till en början hade ett legitimt syfte, dvs. att skydda värdet av den överlåtna verksamheten, har tingsrätten ovan bedömt att det syftet inte kan anses berättigat för en längre tidsperiod än tre år. Under överskjutande tidsperiod kan konkurrensklausulen inte anses ha haft något annat syfte eller mål än att förhindra [säljaren] från att konkurrera med [köparen]. ... Frågan är dock om en ensidig konkurrensklausul till förmån för köparen i ett företagsförvärv, som är begränsad till det område och de produkter som förvärvet gäller men som vid en proportionalitetsbedömning får anses ha en längre varaktighet än vad som är nödvändigt, typiskt sett kan anses så pass skadlig för konkurrensen att dess faktiska verkningar inte behöver prövas.”

En första fråga i denna del av domen var om effekterna av den överskjutande delen av klausulen behövde bedömas eller räckte det att själva syftet var konkurrensbegränsande.

I en central del av domskälen kom tingsrätten fram till att även vid så kallade syftesbegränsningar krävs att en konkurrensbegränsande effekt har uppstått. Om företags säljaren inte avsåg eller inte hade möjlighet att idka konkurrerande verksamhet under giltighetstiden kunde det få betydelse. Tingsrätten fann att:

”I en situation där parterna inte kan anses vara potentiella konkurrenter efter förvärvet, t.ex. då en konkurrensklausul till förmån för köparen har tillkommit på dennes begäran men då säljaren saknar förutsättningar att återinträda på marknaden (på egen hand, genom förvärv eller uppköp osv.) torde dock alla konkurrensbegränsande verkningar i princip kunna uteslutas. Enligt tingsrätten bör därför bl.a. frågan om potentiell konkurrens noggrant undersökas redan inom ramen för syftesanalysen ... En granskning av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget för att fastställa huruvida det föreligger en begränsning genom syfte kan nämligen inte leda till att företagen anses ha överträtt konkurrensreglerna, om man inte av avtalsbestämmelserna kan sluta sig till att samverkan är skadlig för konkurrensen ...”.

Vidare uttalades att:

”Tingsrätten har godtagit att en treårig konkurrensklausul var objektivt nödvändig för genomförandet av förvärvet p.g.a. [säljarens] närvaro på angränsande marknad, kvarvarande kundkännedom, kontakter m.m. Det är dock inte samma sak som att [säljaren] – efter den tidsperioden – hade incitament och möjligheter, t.ex. personal och andra resurser, för att återinträda på marknaden för utrikes bohagsflyttar. Bl.a. [ägaren till säljaren] har berättat att [man] ville sälja verksamheten p.g.a. ökad konkurrens och minskad lönsamhet. Enligt tingsrätten har det inte framkommit några omständigheter som, annat än rent teoretiskt, talar för att det hade varit lönsamt för [säljaren] att återanställa personal m.m. för att återuppta verksamheten på nytt.”

Avslutningsvis uttalade tingsrätten att:

”Enligt klausulens ordalydelse kan brott mot konkurrensförbudet leda till vite om maximalt 200 000 kr per år genom nedsättning av köpeskillingen (någon annan tolkning av vitesklausulen har inte lagts fram av parterna), dvs. maximalt 400 000 kr på två år. Även om ett avtal med konkurrensbegränsande syfte inte behöver efterlevas för att utgöra en överträdelse kan det enligt tingsrätten ifrågasättas om en sådan klausul – i objektiv mening – överhuvudtaget kan ha haft någon avskräckande effekt i en situation då säljaren, i det här fallet [säljaren] eller dess ägare, hade velat bedriva konkurrerande verksamhet. Sammantaget anser tingsrätten att det – med beaktande av de omständigheter som var kända när avtalet ingicks – inte kan anses ha framkommit annat än att [köparen] och [säljaren] endast rent teoretiskt var potentiella konkurrenter i tiden efter förvärvet och att klausulen, såsom sanktionen var utformad, inte skulle verka avskräckande i en situation då [säljaren] verkligen hade velat återinträda på marknaden för utrikes bohagsflyttar. Den analysmetod som anvisats i rättspraxis ger därmed inte stöd för att konkurrensklausulen ger upphov till en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen för att den ska kunna ha till syfte att begränsa konkurrensen.”

Även vid en syftesöverträdelse krävdes att man kan sluta sig till att samverkan var skadlig för konkurrensen. I en avslutande del av domen, som inte diskuteras närmare här, fann tingsrätten att effekten av samverkan, som eventuellt fanns, inte kunde anses vara märkbar. Slutsatsen blev att Konkurrensverkets talan om utdömmande av konkurrensskadeavgift med anledning av den femåriga konkurrensklausulen lämnades utan bifall.

Kommentarer

Det är en ur många synvinklar intressant dom. Man kan välja att lyfta fram olika perspektiv. Tillåten längd på konkurrensklausuler fick en ingående belysning i domen, inklusive skillnaden mellan goodwill och know-how och hur omständigheterna i det enskilda fallet kan påverka bedömningen. Kärnan i målet är ändå bedömningarna kring hur parterna skulle ha agerat i avsaknad av konkurrensklausuler. Det hade betydelse på två sätt. Så länge det fanns en risk för att säljaren skulle inleda konkurrens och locka till sig kunder och anställda, var konkurrensklausuler tillåtna (bedömdes vara i tre år vid internationell flyttverksamhet). Därefter, under den överskjutande tiden på två år, bedömdes istället att det inte fanns något intresse hos säljaren av att konkurrera, vilket gjorde att det inte uppstod några skadliga effekter och därmed inget brott mot 2 kap. 1 § konkurrenslagen eller 101 FEUF. Under de tre första åren var konkurrensklausulen nödvändig/accesorisk för transaktionen, för att därefter inte strida mot de allmänna reglerna för konkurrensbegränsande avtal eftersom klausulen saknade effekt på konkurrensen. Det är svårt att uttala sig om konkurrensintentionerna hos säljaren, men typiskt sett finns en risk för konkurrens under de första åren efter en företagsöverlåtelse, som sedan successivt sjunker i takt med att uppstartskostnaderna ökar och värdet av de personliga relationerna och yrkeskunnandet minskar.

Jag har valt att fokusera på en annan aspekt. Målet ställer på sin spets skillnaden mellan en administrativ och en judiciell prövning av företagskoncentrationer. Vid koncentrationer måste företag snabbt kunna få besked om Konkurrensverket har några invändningar.¹² Det är därför naturligt att företag och Konkurrensverket föredrar entydiga regler. Konkurrensverket hade i detta fall identifierat en avvikelse ifrån vedertagna tidslängder för konkurrensklausuler, utifrån Tillkännagivandet. Verket förde förmodligen talan delvis för att sända en signal om betydelsen av att upprätthålla tidsgränserna vid avtalsskrivning och bara delvis för att sanktionera uppkomna

¹² Det är talande att sedan 1993 har endast två avgöranden rörande företagskoncentration överklagats från Stockholms tingsrätt till Marknadsdomstolen, se prop. 2015/16:57 s. 167.

konkurrensskador i det enskilda fallet. Ett problem uppstår emellertid när regler åberopas för att styra avtalsskrivning i ett mål om utdömmande av en konkurrensskadeavgift uppgående till drygt 42 miljoner kronor gentemot bolag som förmodligen inte har ett särskilt stort eget kapital. Det är en ganska annorlunda tillämpningssituation när bolagens hela framtid står på spel, jämfört med när ett avtal ska formuleras. En domstol kan knappast avstå från att bedöma graden av skadliga effekter från överträdelserna som bolagen läggs till last. Alla skäl som tingsrätten funnit för att överträdelserna inte var skadliga behöver inte upprepas nu, men det kan nämnas att säljarbolagen lämnade marknaden för internationella bohagsflyttar efter att verksamheten inte hade varit särskilt lönsam, vilket i kombination med nödvändiga tillkommande uppstartskostnader gjorde det osannolikt att säljarna ånyo skulle börja med internationell flyttverksamhet.

Skillnaderna mellan administrativ och judiciell prövning har sin svarighet i den allmänna konkurrensrättsliga avvägningen mellan enkla juridiska regler och det som har kommit att kallas en "more economic approach".¹³ Det senare tar hänsyn till alla omständigheter på marknaden och kan leda till bättre materiella bedömningar, men gör prövningen svårare och ökar de administrativa kostnaderna. Tingsrättens avgörande är ekonomiskt och effektinriktat.¹⁴ Tillkännagivandet är entydigt och formalistiskt. Konkurrensverket eller bolag som gör företagsöverlåtelser önskar emellertid knappast en situation vid avtalsskrivning som förutsätter de komplicerade överväganden kring marknads funktionssätt som tingsrätten utförde. Domstolar som ställs inför samma problem kan, som sagt, knappast ignorera effekternas omfattning när konkurrensskadeavgifterna har en storlek som nu yrkad. Det skulle vara att stipulera exempel utan hänsyn till de aktuella parterna.

Det ska påpekas att Konkurrensverket i argumentationen hävdade att effekterna i detta fall var stora. Verket framhöll att konkurrensklausulerna var ett sätt för köparen att freda marknaden från de största konkurrenterna inom flyttbranschen och därför skulle ses som mycket allvarliga. Konkurrensbegränsningseffekterna beror emellertid av vilka intentioner som säljarbolagen hade och det är, som sagt, svårt att veta. Om det ändå är

¹³ Utvecklingen mot mer ekonomiska bedömningar och bort från en formalistisk syn på konkurrensbegränsningskriteriet har beskrivits i V. Bastidas Venegas, Svensk konkurrensrätt i ljuset av tjugo års medlemskap i EU, Europarätten – 20 år i Sverige, de lege Juridiska fakulteten i Uppsala Årsbok 2015 (red. M. Dahlberg, K. Åhman) s. 67 (70).

¹⁴ Det gäller också det hitintills viktigaste svenska avgörandet om konkurrensklausuler vid företagsöverlåtelser där det uttalades att någon allmängiltig längsta tillåtna giltighetstid för att en konkurrensklausul ska accepteras som accessorisk, inte kan fastställas generellt utan får prövas i varje enskilt fall. Konkret fann emellertid Marknadsdomstolen att kundlojaliteten mot ett varumärke på drivmedelsmarknaden inte var så stark att konkurrensklausulen vid en bensinmacksöverlåtelse fick överstiga två år. Se MD 1998:22 Preem Petroleum AB ./. Konkurrensverket (1998-12-21).

riktigt att målet drevs, inte så mycket beroende på de allvarliga effekterna som hade uppstått i det enskilda fallet, utan för att upprätthålla entydiga regler på ett generellt plan för tillåten tidslängd på konkurrenskláusuler vid företagsöverlåtelser, finns ett svårslösligt problem. Hur ska regler, som praktiskt sett behöver vara entydiga, sanktioneras när en enskild överträdelse inte har orsakat allvarliga konsekvenser?

Svaret handlar om vilken metod som lämpligen används för att beräkna den offentlighetsrättsliga konkurrensskadeavgiften.¹⁵ I konkurrenslagen från 2008 anpassades reglerna för beräkning av konkurrensskadeavgiften till EU-rätten där det i förordning 1/2003, artikel 23, stadgas att böterna inte får överstiga 10 procent av företagets årsomsättning men samtidigt att hänsyn ska tas både till hur allvarlig överträdelsen varit och hur länge den har pågått. Det huvudsakliga syftet med den svenska anpassningen var att underlätta för domstolarna att döma ut högre avgifter samtidigt som man försökte öka förutsebarheten för enskilda.¹⁶ Konkurrensskadeavgiften ska enligt 3 kap. 8 § konkurrenslagen bestämmas efter sanktionsvärdet. Vid bedömning av sanktionsvärdet ska det beaktas hur allvarlig överträdelsen har varit och hur länge den har pågått. Vidare ska enligt 3 kap. 9–11 §§ konkurrenslagen, försvårande och förmildrande omständigheter beaktas. I förarbetena uttalades att:

”Enligt regeringens mening bör därför utgångspunkten för att bestämma konkurrensskadeavgiftens storlek vara att den ska vara så ingripande att företag inte överträder förbudsreglerna. Konkurrenslagens regler om fastställande av konkurrensskadeavgift bör således ges en utformning som gör det möjligt att döma ut avhållande och avskräckande avgifter för överträdelser som är särskilt skadliga från konkurrenssynpunkt.”

Konkurrensskadeavgifterna ska vara avskräckande, men särskilt vid de mer skadliga överträdelserna.¹⁷

I förarbetena sägs vidare att en lämplig utgångspunkt för beräkningen av konkurrensskadeavgifterna är omsättningen som bolagen hade på den relevanta marknaden under det sista kompletta räkenskapsåret för överträdelsen.¹⁸ Avgiften kan enligt 3 kap. 6 § konkurrenslagen bli upp till tio procent av omsättningen, men beror på hur allvarlig överträdelsen har varit (fem till tio procent vid allvarliga överträdelser, lägre vid mindre allvarliga). Konkurrensverket har 2009 tagit fram en promemoria för hur verket avser att tolka och tillämpa konkurrenslagens regler om konkurrensskadeavgift,

¹⁵ I sammanhanget kan nämnas att de civilrättsliga skadeståndssanktionerna nyligen har reglerats i ett direktiv om konkurrensrättslig skadeståndstalan, direktiv 2014/104/EU av 26 november 2014. Se U. Bernitz, Det nya direktivet om konkurrensrättslig skadeståndstalan, *Europarättslig Tidskrift* 3/2015 s. 495.

¹⁶ Prop. 2007/08:135, En ny konkurrenslag s. 122.

¹⁷ Prop. 2007/08:135, En ny konkurrenslag s. 119–120.

¹⁸ Prop. 2007/08:135, En ny konkurrenslag s. 125.

varvid utgångspunkten anges vara årsomsättningen.¹⁹ Metoden för avgiftsberäkning är alltså i dessa källor inte, såsom annars är vanligt vid juridiska sanktioner, omedelbart knuten till den orsakade skadan. Det kan orsaka problem. Redan i ett remissvar år 2008 framhöll Konkurrensverket svårigheten med att fastställa konkurrensskadeavgiften för ett företag som inte har någon omsättning på den marknad som överträdelsen avser, exempelvis när överträdelsen utgörs av en marknadsdelning eller en begränsning av marknader till nackdel för konsumenterna och som går ut på att företaget inte ska sälja några produkter på marknaden. Konkurrensverket menade att i ett sådant fall bör konkurrensskadeavgiften istället bestämmas efter en samlad bedömning av omständigheterna i fallet.²⁰ Även Marknadsdomstolen har uttalat att konkurrensskadeavgift ska bestämmas "genom en samlad bedömning av samtliga omständigheter som kan vara av betydelse för beräkning av avgiftens storlek och sålunda inte i första hand med tillämpning av den metod som tillämpas inom EG-rätten [en andel av årsomsättningen]".²¹ Vidare har Marknadsdomstolen i MD 2009:11 (NCC m.fl.), efter en genomgång av EG-domstolens praxis, funnit att:

"Av EG-rättspraxis följer således att varken den totala omsättningen eller omsättningen på den berörda marknaden får ges en oproportionerlig betydelse i förhållande till andra bedömningskriterier och att det inte är lämpligt att fastställa konkurrensskadeavgiftens storlek genom en enkel beräkning grundad på den totala omsättningen."²²

Att utgå ifrån årsomsättning, istället för skadans storlek, gör sanktionen mindre anpassad till verkningarna i det enskilda fallet. Inte sällan torde finnas omständigheter i det enskilda fallet som indikerar vad som hade behövts för en avskräckande effekt. En möjlighet i Alfa Quality Moving-målet hade varit att utgå ifrån det överenskomna avtalsvitet: en överträdelse av konkurrensklausulen under ett år sanktionerades med 200 000 kronor. Det är ett mått på den maximala vinst som den alltför långa konkurrensklausulen hindrade företagssäljaren ifrån. Om säljarbolaget hade räknat med en högre vinst än 400 000 kronor för utrikes bohagsflyttar under de två överskjutande åren skulle man antagligen ha valt att inleda konkurrens.

Även om säljarbolaget inte hade kunnat tjäna mer än 400 000 kronor under de två åren på att utföra utrikes bohagsflyttar, kan köparbolaget ha tjänat mer på att utestänga säljarbolaget. Man kan förutsätta att företagsköparen tjänade mer än säljaren på att utestänga konkurrens. Annars hade förmodligen ingen konkurrensklausul överenskommits. Det är också logiskt att köparbolagets vinst översteg säljarbolagets förlust av konkur-

¹⁹ Metod för att fastställa konkurrensskadeavgift, promemoria från 2009-11-19, Konkurrensverket Dnr 394/2009.

²⁰ Prop. 2007/08:135, En ny konkurrenslag s. 125.

²¹ MD 2005:7 (Norsk Hydro m.fl.).

²² MD 2005:7 (Norsk Hydro m.fl.) s. 112.

rensförbudet, eftersom mer konkurrens ger pressade priser och sämre lönsamhet för alla inblandade. Dessutom skulle säljarbolaget ha haft initiala uppstartskostnader. Vi kan alltså på goda grunder anta att konkurrensklausulen under de överskjutande två åren hade ett värde för köparbolaget som översteg den potentiella förlusten för säljarbolaget, men hur stort värdet av konkurrensklausulen var för köparbolaget vet vi inte. En sådan bedömning behövs för att uppskatta vad som hade krävts för att nå en avskräckande effekt.

Det man vet är att köparbolaget inte var en monopolist på utrikes bohagsflyttar under de aktuella åren. Det finns flera omständigheter som hindrade en monopolprissättning. För det första var säljarbolaget – beroende på den låga vitessanktionen – i någon mån en potentiell konkurrent som utövade ett visst konkurrenstryck. Det existerade också andra företag på den svenska marknaden för utrikes bohagsflyttar. Köparbolaget var störst i branschen under de två åren, men i princip alla flyttföretag erbjöd eller kunde erbjuda utrikes bohagsflyttningar åt både privat- och företagskunder. Vidare var gränserna mellan inrikes och utrikes flyttar, flytande och det fanns potentiell konkurrens från andra aktörer. Utifrån den bilden framstår det som osannolikt att köparbolaget under de två åren, till följd av att man utestängde säljarbolaget, kan antas ha tjänat mer än dubbelt den vinst som säljarbolaget potentiellt hade kunnat få på marknaden. Ungefär 800 000 kronor framstår således som en sannolik maximal vinst för köparbolaget av att under de två åren utestänga säljarbolaget från utrikes bohagsflyttar. En konkurrensskadeavgift kring detta belopp, för den överskjutande tvåårsperioden, skulle således förmodligen ha haft en avskräckande effekt.

Sammanfattningsvis visar Alfa Quality Moving-målet på ett problem kring sanktionerna vid otillåtna konkurrensklausuler i företagskoncentrationer. Med hänsyn till avtalsskrivningen och till det administrativa systemets funktion måste finnas tydliga och enkelt tillämpliga regler. Att inte sanktionera femåriga konkurrensklausuler eftersom säljaren ändå inte avsåg att konkurrera eller att kräva individuella prövningar av konkurrensbegränsningseffekterna blir svårt i en administrativ kontext. Samtidigt kan knappast sanktioner utdömas, i allmän domstol, utan en närmare prövning av den faktiska skadan. Något generellt svar på hur detta, mycket svårlösliga, problem ska hanteras, har naturligtvis inte kunnat presenteras här. Men det har förespråkats en bedömning i det enskilda fallet av avgiften utifrån vad som krävs för att uppnå en avskräckande effekt, snarare än att utgå ifrån årsomsättningen. Det finns redan stöd i domstolspraxis för en sådan metod. Finns ett avtalsvite knutet till konkurrensklausulen finns en möjlighet att ta det som utgångspunkt. Avtalsvitet indikerade hur stor vinst säljarbolaget maximalt hade kunnat tjäna på den aktuella marknaden. Från marknadsförhållandena kan man sedan – om än med stor osäkerhet – göra antagan-

den om hur stor vinst som köparbolaget som mest hade kunnat göra genom den otillåtna konkurrensbegränsningen. I Alfa Quality Moving-fallet hade säljaren antagligen maximalt tjäna 400 000 kronor på utförande av utrikes bohagsflyttar under åren fyra och fem. Med tanke på konkurrenstrycket som fanns är det, enligt min mening, osannolikt att köparbolaget tjänat mer än kanske 800 000 kronor på att slippa konkurrens från säljarbolaget under sagda tid. En avskräckande effekt hade således sannolikt uppnåtts om konkurrensskadeavgifter utdömdes med ungefär sagda belopp. Det är en konkurrensskadeavgift som försöker beakta enskildheterna i målet och samtidigt understödja en tillämpning vid avtalsskrivning av tidslängderna angivna i tillkännagivandet om accessoriska begränsningar.

Avslutningsvis ska nämnas några möjliga invändningar mot det nyss sagda. En är att man räknar den potentiella vinsten dubbelt om man utdömer en konkurrensskadeavgift på 400 000 för säljaren utifrån vad denne potentiellt hade kunnat tjäna på konkurrens och samtidigt utdömer en konkurrensskadeavgift på 800 000 för köparen utifrån vad denne maximalt har kunnat tjäna på att slippa säljaren som konkurrent under de två åren. Båda parter kan ju inte samtidigt göra dessa vinster. Det är en riktig invändning. Mitt svar är att syftet inte har varit att försöka hitta en avskräckande sanktion som står i paritet med skadan med en tio-, tjugo- eller ens trettioprocentig felmarginal. Det tror jag inte går. Målet har varit att försöka hitta avskräckande men samtidigt proportionerliga konkurrensskadeavgifter, och att diskutera om dessa ligger i häraden av 1 200 000 kronor, 8 000 000 kronor eller kanske 36 000 000 kronor.

En mer generell invändning mot resonemangen ovan är att metoden som förespråkats sällan är applicerbar, eftersom det torde vara ovanligt att avtalsviten finns knutna till konkurrensklausuler i företagsöverlåtelser. Också det är korrekt. Det som har förespråkats här är emellertid att man ska fokusera på omständigheterna i det enskilda fallet och se om dessa ger underlag för att avgöra vad som är avskräckande och samtidigt proportionerligt. I detta mål fanns en speciell möjlighet genom ett avtalssvite, men det kan vara andra omständigheter t.ex. vinstmarginalen eller överlåtelsepriset i relation till de fysiska tillgångarnas värde (storleken på de immateriella tillgångarna). Det har i festskriftsbidraget hävdats att, åtminstone när företagssäljaren inte har haft för avsikt att vara verksam längre på den aktuella marknaden, en individuell metod sannolikt är bättre än att utgå ifrån årsomsättningen, som sanktion när ett företag på ett otillåtet sätt har utestängts genom en konkurrensklausul efter en företagsöverlåtelse. Det bör utifrån omständigheterna kring överlåtelserna, i kombination med grundläggande ekonomiska resonemang, som regel gå att uppskatta vilket belopp som hade varit avskräckande men samtidigt proportionerligt till skadan. John Maynard Keynes påpekade att: "It is better to be roughly right than precisely wrong."