



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

Postprint

This is the accepted version of a paper published in *Juridisk Tidskrift*. This paper has been peer-reviewed but does not include the final publisher proof-corrections or journal pagination.

Citation for the original published paper (version of record):

Domeij, B. (2013)

Förhandlade konkurrensklausuler i anställningsavtal.

Juridisk Tidskrift, 2: 272-304

Access to the published version may require subscription.

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

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:uu:diva-216998>

Förhandlade konkurrensklausuler för anställda

BENGT DOMEIJ*

1. Inledning

Personalchefen: ”Bra, vi är överens. Välkommen! Du kommer att sälja marknadens mest avancerade produkter. Förbudet att efter anställningen arbeta för konkurrenterna skyddar det viktigaste vi har, kunskapen om marknaden och vår teknik.” Arbetssökanden: ”OK, jag förstår.” Ordväxlingar av liknande slag är vanliga vid anställningar. I en av mig nyligen genomförd enkät svarade 42 procent av personalcheferna på svenska teknikföretag att hälften eller fler av deras tekniker har konkurrensklausuler i sina anställningsavtal.¹ Frekvensen av konkurrensklausuler var i stort sett densamma oavsett bransch och företagens storlek.² En betydande del av alla anställningar frångår därmed den dispositiva utgångspunkten i svensk rätt, som är att arbetstagare får börja konkurrera direkt efter avslutad anställning.³

Klausulerna har för- och nackdelar. Arbetsgivaren kan påverkas att satsa mer på personalens utbildning, teknisk forskning kan stimuleras och viljan ökar hos arbetsgivare att tillåta en framväxt av beroenden mellan kunder och enskilda anställda. För arbetstagare finns en risk för inlåsning och en allmänt sett svagare position i anställningen genom att uppsägning försvåras. Därtill finns intressen

* Professor i civilrätt vid Uppsala universitet.

¹ B. Domeij, Anställda teknikers konkurrensklausuler, Uppsala Faculty of Law Working Paper 2012:3 s. 11 (hädanefter Domeij 2012), tillgänglig via <http://uu.diva-portal.org>. Nämnda enkät och föreliggande artikel ingår i projektet ”Efter anställningen – företagshemligheter och konkurrensklausuler” som stöds ekonomiskt av Torsten Söderbergs stiftelse och MELT-projektet vid Chalmers/VINNOVA. Jag vill också särskilt tacka Unionens chefsjurist Martin Wästfelt och Svenskt Näringslivs arbetsrättsjurist Lars Gellner, för tillfällena som de båda givit mig att diskutera konkurrensklausuler.

² Domeij 2012 s. 12.

³ AD har i 2010 nr 7 uttalat att: ”Såvida inte parterna i anställningsavtalet särskilt avtalat om det, exempelvis genom en sekretess- eller konkurrensklausul som gäller även efter att anställningsförhållandet har avslutats, upphör normalt kravet på arbetstagarens lojalitet i förhållande till arbetsgivaren i och med att anställningsavtalet inte längre gäller mellan parterna.” Se närmare R. Fahlbeck, Lagen om skydd för företagshemligheter avsnitt 6.3.1, tredje upplagan, Stockholm.

hos utomstående dels hos arbetsgivare som försöker att rekrytera inom branschen, dels samhällsintresset av uppsägningar som leder till nystartade företag. Avvägningen mellan konkurrensmöjligheter och stabilitet vid anställningsförhållanden har länge ansetts vara svår.⁴

I föreliggande artikel beskrivs rättsläget kring konkurrensklausuler i Sverige, dvs. prövningen som görs antingen utifrån 1969 års kollektivavtal eller genom den praxis som Arbetsdomstolen (AD) har utvecklat på basis av 38 § avtalslagen. Särskilt diskuteras betydelsen av arbetsgivarens skyddsintresse, arbetstagarens fortsatta yrkesmöjligheter och ersättningsfrågan, eftersom nämnda tre hänsyn är de viktigaste vid prövningen. Vidare förs i artikeln en diskussion om varför arbetstagare så sällan förmår att förhandla konkurrensklausuler. Avslutningsvis presenteras förslag som eventuellt kan främja individuella förhandlingar och på så sätt leda till fler skäligt formulerade konkurrensklausuler i anställningsavtal. Artikelns diskussionsdel tar alltså som utgångspunkt att klausulerna idag sällan är föremål för reell förhandling vid anställningstillfället utan formuleras ensidigt av arbetsgivaren. Det medför att ordalydelsen tenderar att bli långtgående och ofta behöver ogiltigförklaras vid anställningens upphörande. Alternativt blir effekten att arbetsgivaren överhuvud inte försöker att genomdriva en avtalad konkurrensbegränsning. Konkurrensklausuler används i hög grad som påminnelser om hur mycket arbetsgivaren värdesätter sina företagshemligheter och kundrelationer, men genom ogiltighet och bristande förhandling påminner de bara svagt om sedvanliga avtals- eller anställningsvillkor.

Det just sagda är långtgående, men jag anser att stöd finns i den gjorda enkätundersökningen. För det första, rapporterade 79 procent av de tillfrågade personalcheferna att konkurrensklausuler aldrig förhandlades individuellt eller att en individuell förhandling bara hade skett några gånger. För det andra, uppgav 54 procent av cheferna att personer med konkurrensklausuler inte hade någon rätt till ersättning under klausulens giltighetstid, medan ytterligare 33 procent svarade att personal med konkurrensklausuler hade rätt till ersättning med maximalt 60 procent av slutlönen. Det tyder på att arbetstagaren inte förhandlar klausulerna till dess att han kan avstå från arbete under giltighetstiden. Följden blir att ofta endast icke-konkurrerande verksamhet står arbetstagaren till buds efter en uppsägning, om klausulen tillämpas enligt ordalydelsen. Hade ersättning varit vanligare och/eller högre, hade det indikerat en verklig avvägning av partsintressen. Slutligen, när personalcheferna tillfrågades om vad de ansåg skulle vara en lämplig längd på konkurrensklausuler, om de ensamt fick bestämma, framkom att de saknade intresse av längre tid än den som används (i genomsnitt 10–12 månader).⁵ Sammanfattningsvis indikerar svaren att arbetsgivares stan-

⁴ De första kända rättsfallen härrör från England under 1400- och 1500-talet. Se H. M. Blake, *Employee Agreements Not To Compete*, 73 *Harvard Law Review* s. 625, 631–39 (1960). Klausulerna befanns ofta vara ogiltiga.

⁵ Domeij 2012 s. 13.

dardiserade konkurrensklausuler idag inflyter i anställningsavtalen utan att föregås av en individuell förhandling. Det är möjligt att arbetstagare vid anställningsförhandlingar hänvisar till klausulen och på så sätt lyckas att få andra tjänsteförmåner, men även om så är fallet kan diskutera om det skulle finnas fördelar med större individuell anpassning.

2. Kollektivavtalet och 38 § avtalslagen

En skälighetsbedömning av en konkurrensklausul kan i svensk rätt göras antingen enligt reglerna i ett kollektivavtal (1969 års överenskommelse om konkurrensklausuler) eller, när parterna inte är bundna av nämnda kollektivavtal, enligt 38 § avtalslagen. Överenskommelsen från 1969 angår ”begränsning av användningsområdet för och innehållet i s.k. konkurrensklausuler i tjänstestavtal”. Avtalet är antaget av flertalet förbund inom Svenskt Näringsliv och gäller därmed direkt för företag som är medlemmar i nämnda förbund i förhållande till anställda som är medlemmar i de avtalsslutande fackföreningarna.⁶

När parterna är bundna av kollektivavtalet finns regler om klausulernas användningsområde (arbetsgivaren ska ha hemlighållen produktionsteknik), arbetstagarens ålder, klausulens tidslängd, vad som är skäligt skadestånd vid brott mot konkurrensklausuler, m.m. Därutöver finns en bilaga som ytterligare preciserar överenskommelsen i viktiga avseenden, bl.a. att ersättning bör utgå under konkurrensklausulens giltighetstid. Tvister om kollektivavtalets tillämpning avgörs i skiljenämnd. Endast en skiljedom torde ha meddelats.⁷ Arbetsgivare och arbetstagare som båda är bundna av överenskommelsen kan inte träffa bindande överenskommelser som strider mot kollektivavtalet (27 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL)). Bestämmelserna i kollektivavtalet ska inte riskera att undergrävas genom att arbetsgivare och arbetstagare avtalar i strid med kollektivavtalsinnehållet.⁸

Om arbetsgivare och arbetstagare inte är bundna av kollektivavtalet tillämpas istället 38 § avtalslagen på det materiella innehållet i en konkurrensklausul; frå-

⁶ Vissa regler i 1969 års överenskommelse avser uttryckligen endast ”medlemmar av arbetstagarorganisationerna”. I övrigt är överenskommelsen så formulerad att den synes avse alla arbetstagare hos avtalsbundna arbetsgivare. Det tycks innebära att överenskommelsen i dessa hänseenden ska tillämpas av avtalsbundna arbetsgivare även gentemot arbetstagare som inte är medlemmar av någon avtalsbunden arbetstagarorganisation. Se R. Fahlbeck, Lagen om skydd för företagshemligheter avsnitt 6.3.2 och 6.3.3, tredje upplagan, Stockholm.

⁷ Skiljedom meddelad i Stockholm den 8 augusti 1997. Den är inte allmänt tillgänglig, men har spritts i vida kretsar och diskuteras nedan.

⁸ J. Malmberg, Anställningsavtalet: Om anställningsförhållandets individuella reglering s. 119, Uppsala 1997.

gor om t.ex. storleken av ett avtalsvite prövas enligt 36 § avtalslagen. 38 § är allmänt hållen och anger endast att den som har gjort en utfästelse om att inte konkurrera inte är bunden längre än vad som är skäligt. I propositionen till 38 § avtalslagen uttalades att 1969 års överenskommelse skulle tjäna som anvisning även utanför kollektivavtalsreglerade förhållanden, dvs. när 38 § tillämpas.⁹ Det kommer emellertid att framgå strax nedan att kopplingen mellan 38 § och kollektivavtalet successivt har blivit mindre. När parterna inte är bundna av kollektivavtal och tvisten avgörs i AD på basis av 38 § avtalslagen, uppställs t.ex. inte tekniska hemligheter hos arbetsgivaren som ett krav. Ekonomisk kompensation under konkurrensklausulens giltighet torde krävas för skälighet enligt kollektivavtalet, men det behövs inte i alla lägen vid prövning enligt 38 § avtalslagen.

3. Arbetsgivarens skyddsintresse och arbetstagarens yrkesmöjligheter

För parter bundna av 1969 års överenskommelse är det tekniska hemligheter som kan motivera konkurrensklausuler. Företag beroende av egen produkt- eller metodutveckling är de som får använda konkurrensklausuler, tillsammans med företag som genom avtal förvärvat sådan kunskap.¹⁰ Inom nämnda företag kommer konkurrensklausuler ifråga för arbetstagare som under anställningen har fått kännedom om tillverkningshemligheter och om de genom utbildning och erfarenhet har möjlighet att själva göra bruk av kunskapen. Dessutom ska klausulerna bara gälla under livslängden för hemligheterna och normalt inte vara längre än två år.¹¹

Kollektivavtalsbundna företag som inte tillverkar egna produkter, tycks därmed sakna möjligheter att använda konkurrensklausuler.¹² I 1997 års skiljedom uttalade skiljenämnden att det inte torde kunna uteslutas att tekniska konsult- eller tjänsteföretag kan vara beroende av sådan självständig produkt- eller

⁹ Proposition 1975/76:81 s. 148.

¹⁰ 1969 års uppgörelse mellan arbetsmarknadens parter: ”1. Konkurrensklausuler bör ifrågakomma 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.”

¹¹ Punkten 2 i 1969 års överenskommelse. I en protokollsanteckning tillfogas att även försäljare och kameral personal kan bindas av konkurrensklausuler under förutsättning att de objektiva rekvisiten är uppfyllda.

¹² Ds 2002:56, Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv s. 426 f., R. Fahlbeck, Lagen om skydd för företagshemligheter avsnitt 6.3.2, tredje upplagan, Stockholm.

metodutveckling som avses i 1969 års överenskommelse, men enligt nämnden måste utrymmet för att tillämpa överenskommelsen ifråga om nämnda företag antas vara begränsat. Arbetstagaren som skiljeförfarandet gällde hade en bred kontaktyta mot arbetsgivarens/teknikkonsultföretagets kunder. Han deltog också i möten där marknadsstrategi diskuterades. Skiljenämnden framhöll att en klausul som enbart motiverades av sådana intressen (marknadskunskap) faller utanför området för 1969 års överenskommelse, vilket betyder att klausulen strider mot överenskommelsen. En projektstyrningsmetod som hade utvecklats och som anfördes av arbetsgivaren som ett tekniskt utvecklingsarbete, kunde inte likställas med tillverkningshemligheter. Inte heller ISO-certifieringen som arbetsgivaren erhållit eller uppbyggnaden av ett kundregister motiverade en användning av konkurrensklausuler. Sammanfattningsvis kan ett konsultbolag bundet av 1969 års överenskommelse normalt sett inte använda konkurrensklausuler.

Utvecklingen på arbetsmarknaden mot att konsulter blivit vanligare har där-
emot satt spår i AD:s praxis där företag utan kollektivavtal och utan egen pro-
duktutveckling numera tillåts att skydda kundrelationer genom konkurrensklausuler. Först bör emellertid påpekas att vid tillämpning av 38 § avtalslagen, sär-
skilt enkel teknisk kunskap inte har motiverat konkurrensklausuler. I AD 1984
nr 20 hade arbetstagaren kunskap om kundanpassning av metallslangar och
kopplingar inom VVS-området. Det fanns ingen möjlighet att fixera en sådan
arbetstagare genom en konkurrensklausul. Senare, i AD 2003 nr 110, uttalades
att beställning och testning av klotterborttagningsmedel inte innebar den sortens
tekniskt utvecklingsarbete som avsågs i 1969 års kollektivavtal och utgången
blev densamma. När kunskapen är mer avancerad råder ingen tvekan om att
företag med egen produktutveckling kan använda konkurrensklausuler. Frågan
blir då om klausulen är tillräckligt begränsad. I AD 2009 nr 63 hade arbetstaga-
ren lett utvecklingen av ett datorprogram med en medicinsk tillämpning.
Arbetsgivaren hade ett berättigat intresse av en konkurrensklausul, men i det
aktuella fallet var klausulens utsträckning oskälig. Den gällde i 12 månader och
omfattade flera länder. AD uttalade att lönen under anställningstiden inte före-
föll att ha satts utifrån konkurrensklausulen och att inte heller någon kompensa-
tion under klausulens giltighetstid (efter uppsägningen) var utlovad. I en sam-
manvägning fann AD att klausulen medförde att arbetstagaren under en inte
obetydlig tid förbjöds att verka i den bransch som han under lång tid varit en del
av, vilket gjorde klausulen oskälig enligt 38 § avtalslagen. Att ersättning inte
erbjöds efter anställningens upphörande och arbetstagarens höga specialisering
ifråga om datorprogramutveckling (konsekvenser för yrkesmöjligheterna)
fällde avgörandet.

För företag som står utanför 1969 års kollektivavtal har, som sagt, konkur-
rensklausuler även accepterats när arbetsgivaren saknat tekniska tillverknings-
hemligheter. Klausulerna kan motiveras av arbetsgivarens kundrelationer. Ett

första sådant avgörande gällde elkonsultbranschen (AD 1977 nr 167).¹³ När en konsult blev filialchef accepterade han att inte under två år efter anställningen själv eller i annat företags tjänst bedriva med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet inom distriktet. Några månader efter sin avgång fick arbetstagaren en anställning i distriktet hos ett företag i samma bransch. Domstolen uttalade att klausulen inte hade tillkommit i första hand för att hindra att företagsspecifikt tekniskt kunnande kom till konkurrenters kännedom. AD fann likväl att omständigheterna talade för att klausulen skulle accepteras. I ett konsultbolag sades kundernas förtroende vara särskilt knutet till chefen, vilket motiverade en konkurrensklausul.¹⁴

Utöver en chefsposition har en auktorisation i kombination med etablerade kundrelationer motiverat en konkurrensbegränsning åtminstone när klausulen endast innebar att en del av konsultintäkterna efter anställningen skulle gå till den f.d. arbetsgivaren. I AD 1992 nr 9 hade arbetstagaren under anställningen erhållit auktorisation som revisor. Senare öppnade han egen revisionsrörelse inom samma region. Den f.d. arbetsgivaren skulle enligt anställningsavtalet erhålla 50 procent av revisorns debiteringar gällande kunder som funnits hos den tidigare arbetsgivaren. Domstolen beskrev klausulens effekter som marginella och att klausulen främst kunde ses som ett försök att bevara kunder. Det nämndes också att lönen varit relativt hög.¹⁵

¹³ Se om målet och dess betydelse, S. Zethräus, Konkurrensklausuler i anställningsavtal – särskilt vid kunskapsföretag; ett försök till rättslägesbeskrivning s. 403 f., Festskrift till Hans Stark, Stockholm 2001.

¹⁴ AD 1977 nr 167: ”De för ett framgångsrikt bedrivande av konsultverksamhet avgörande kontakterna med kunderna sker i stor utsträckning med den som i egenskap av konsultföretagets chef är den i sista hand ansvarige för vad som presteras. Kundernas förtroende för konsultföretaget är också på ett särskilt sätt knutet till företagschefen personligen och inte till produkten som sådan. En följd av dessa förhållanden är att konsultföretaget är särskilt utsatt för konkurrens från tidigare anställda i chefsställning. Det är med hänsyn till det anförda tydligt att [arbetsgivaren] har haft ett betydande intresse av konkurrensklausulen. Mot bakgrund härav kan arbetsdomstolen inte finna att det i och för sig har varit otillbörligt att inta en konkurrensklausul i anställningsavtalet ...”.

¹⁵ AD 1992 nr 9: ”Som redan framhållits i det föregående innebär konkurrensklausulen en endast marginell inskränkning i O. N:s möjligheter att efter det han lämnat sin anställning hos bolaget som anställd eller som egen företagare bedriva verksamhet som revisor. Och denna marginella inskränkning skall vid skälighetsbedömningen ses mot bakgrund av omständigheterna i övrigt. Som redan nämnts hade bolaget ett berättigat intresse av att kunna behålla de klienter man redan hade. O. N. fick också så vitt kan bedömas en trygg anställning som avsågs bli långvarig. Han erhöll också en från allmänna utgångspunkter relativt hög lön ... Till detta kommer att bolaget medverkade till att han kunde få den för en externrevisor nödvändiga auktorisationen.” Se kommentarer till domen i A. Adlercreutz, B. Flodgren, Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse s. 102, Lund 2002, där det uttalas att 50 procent av intäkterna är en hög andel. Det kan nämnas att i ett tingsrättsavgörande avseende revisorer har en liknande avräkningsklausul jämkats från 50 procent av arvoden från klienter som fanns hos arbetsgivaren, till 25 procent av samma arvoden, se Göteborgs tingsrätts dom i målen T 21135-98 och T 21136-98, från 2001-06-29.

Även konsulter utan chefsställning eller auktorisation har kunnat hindras att ta med sig kunder. Förutsättningen har varit att yrkesbegränsningarna inte blivit mer än marginella. I AD 2002 nr 115 hindrade klausulen en redovisningskonsult från att under två år efter anställningen aktivt försöka att förmå någon av arbetsgivarens kunder att gå över till en konkurrerande verksamhet. Klausulen tog sikte på värvning av kunder och hindrade inte arbetstagaren att arbeta med den f.d. arbetsgivarens kunder. AD uttalade att klausulen skyddade redovisningsföretaget från att aktivt fråntas sina klienter och att det var ett berättigat intresse. Eftersom klausulen bara innebar en mindre inskränkning av arbetstagarens möjligheter efter anställningen, fanns inget skäl att helt underkänna klausulen.¹⁶

Det finns naturligtvis även mål där AD har underkänt konkurrensklausuler när arbetsgivaren saknat tekniska hemligheter och avsett att skydda kundrelationer. I AD 1992 nr 99 var det ett IT-konsultföretag som bedrev utbildning. En anställd lärare var civilingenjör och hade förbundit sig att inte under två år efter anställningen åta sig utbildningsuppdrag hos företagets kunder. AD fann att klausulen syftade till att skydda arbetsgivaren mot kundförluster, men att det i övrigt inte fanns några paralleller med AD 1977 nr 167 (filialchefen för elkonsultbolaget). Särskilt betonades att arbetstagaren inte hade varit chef, att anställningen hade varit helt kortvarig och att arbetstagaren inte hade haft någon högre lön till följd av konkurrensklausulen.

AD 2009 nr 63 har nämnts ovan ifråga om konkurrensklausulen för arbetstagaren ansvarig för utvecklingen av det medicinska datorprogrammet. Målet innehöll också frågan om en konkurrensklausul på sex månader för en person som arbetade med försäljning av datorprogrammet. AD fann att arbetsgivarens intresse av konkurrensklausulen i detta fall var begränsat. Det hade eventuellt varit möjligt med en konkurrensklausul som skyddade kundrelationer, men eftersom klausulen hade en betydande geografisk omfattning, avsåg all konkurrerande verksamhet och att ekonomisk kompensation saknades, fann AD att klausulen inte enbart var marginellt ingripande för arbetstagaren och att den därför var oskälig. Trots den korta giltighetstiden var klausulen ogiltig när all konkurrens förbjöds och ersättning saknades.

Det kan jämföras med ett avgörande från år 2007 i Hovrätten för Västra Sverige där en arbetstagare hade slutat som rådgivare med klientansvar på en

¹⁶ AD fann att: "Normalt godtas ... inte som giltigt skäl för att ta in en konkurrensklausul i ett anställningsavtal att den skall syfta enbart till att hålla kvar en arbetstagare med särskilda kunskaper och särskild kompetens. Klausulen ... kan dock inte sägas ha ett sådant syfte som nyss nämnts. I stället synes klausulens väsentliga funktion, som anförts ovan, vara att skydda Tifring mot att aktivt fråntas sina klienter. En redovisningsfirma måste enligt Arbetsdomstolens mening anses ha ett berättigat intresse av ett sådant skydd. Klausulen kan inte heller bedömas innebära annat än endast en mindre inskränkning i Lotta L:s möjligheter att efter det att hon lämnat sin anställning hos Tifring som anställd eller som egen företagare bedriva redovisningsverksamhet. Mot bakgrund härav finns det inte något skäl att, såsom Lotta L vill göra gällande, helt underkänna konkurrensklausulen."

inkassofirma och inlett verksamhet i egen juristfirma.¹⁷ Vid uppsägningen ingicks ett konsultavtal som innebar att juristen inte skulle åta sig inkassouppdrag från någon av den tidigare arbetsgivarens kunder. Vidare skulle arbetstagaren inte åta sig någon typ av juridiska uppdrag från vissa av inkassofirmans kunder. Klausulen gällde i två och ett halvt år. Hovrätten fann att syftet var att inkassoföretaget inte skulle fräntas sina kunder, att klausulen ingicks när arbetstagaren hade sagt upp sig och att den anställde hade haft en arbetsledande position med stort ansvar. Sammantaget fann hovrätten att konkurrensklausulen inte sträckte sig längre än vad som var skäligt enligt 38 § avtalslagen. Kundskydd godtogs, men ett generellt konkurrensförbud hade kanske inte accepterats.

Betydelsen av klausulens bredd återkom i AD 2010 nr 27, som avsåg en konsult inom IT-säkerhet som hade varit anställd under tre år (2005–2008). Konkurrensklausulen skulle gälla ”efter anställningsförhållandet”, alltså obegränsat i tiden. Klausulen avsåg dessutom all konkurrerande verksamhet. I processen inför AD hade arbetsgivaren emellertid eftergivit delar av klausulen; den begränsades till två år och till de kunder som arbetsgivaren hade kvartalet som arbetstagaren slutade, samt därutöver två identifierade samarbetspartner till arbetsgivaren. Det generella konkurrensförbudet omvandlades till ett kundskydd. AD fann att förbudet inte innebar en utvidgning i förhållande till den ursprungliga avtalsklausulen. Eftergiften var tillåten. Vidare uttalade AD att förbudets främsta funktion, i omformulerad lydelse, var att skydda arbetsgivaren mot att aktivt fräntas sina befintliga kunder. Förbudet var skäligt, eftersom det inte innebar mer än en mindre inskränkning i arbetstagarens fortsatta möjligheter som IT-säkerhetskonsult. AD utdömde ett skadestånd om 210 000 kronor, beräknat som sex månadslöner utifrån arbetstagarens slutlön. Avtalsbrottet begicks när konkurrensklausulen hade en oskälig lydelse (generellt konkurrensförbud obegränsat i tiden, utan ersättning), men arbetstagaren bröt naturligtvis också mot det inskränkta förbudet (kundskydd i två år, utan ersättning).

Hur konsult- och andra tjänstebolags intressen av att värna relationer till existerande kunder ska vägas mot arbetstagarens yrkesmöjligheter tydliggjordes ytterligare i AD 2010 nr 53. Det fanns ett förbud för en försäkringsmäklare att under fem år kontakta kunder som arbetsgivaren hade vid anställningens upphörande. AD fann att klausulen var alltför långtgående. Först och främst var det tänkbart att en kund önskade anlita flera försäkringsmäklare, vilket talade mot att förbjuda arbetstagarens kontakter med den f.d. arbetsgivarens kunder. Vidare fann AD att kundantalet (8 000 stycken) var så stort att arbetstagaren eventuellt skulle ha svårt att följa förbudet. Dessutom var arbetsgivarens marknadsandel – förhållandet mellan arbetsgivarens kunder och den totala mängden potentiella

¹⁷ Hovrätten för Västra Sverige, mål T 1087-06, 2007-04-25. Högsta domstolen har i NJA 2008 s. 429 konstaterat att det var riktigt att tvisten inte prövades i Arbetsdomstolen, vilket annars gäller för tvister om anställningsförhållanden enligt lagen (SFS 1974:371) om rättegången i arbetstvister. Förklaringen låg i att konkurrensklausulen hade närmare samband med konsultavtalet som träffats efter arbetstagarens uppsägning.

kunder inom det geografiska området – så stor att klausulen inte bara marginellt begränsade arbetstagarens möjligheter att fortsätta som säljare av försäkringar. Slutligen var giltighetstiden onormalt lång och trots en hög lön var ingen del därav en ersättning för konkurrensklausulen. Sammantaget var klausulen oskäl- lig.¹⁸ I speciella fall kan följaktligen även en klausul begränsad till arbetsgiva- rens kunder vara alltför betungande.

En nyligen meddelad och särskilt viktig dom är AD 2013 nr 24, som avsåg en marknadschef på ett factoringbolag (belåning av fakturor). Enligt avtalet fick arbetstagaren inte bedriva, eller ta anställning i, verksamhet som konkurrerade med arbetsgivaren inom tolv månader från det att hans anställning hade upphört. AD uttalade att arbetstagaren under en relativt lång tid förbjöds att arbeta i en bransch där han varit verksam under de senaste sex åren och att någon särskild kompensation inte var utlovad under karenstiden. Visserligen kunde arbetsgiva- ren ha ett berättigat intresse i att skydda kundrelationer, men konkurrensklausu- len hade ett vidare tillämpningsområde än att bara skydda existerande kundrela- tioner, vilket gjorde den oskäligen enligt 38 § avtalslagen.¹⁹

AD 2013 nr 24 bekräftar att klausulerna måste begränsas till existerande kun- der vid uppsägningen och inte får förbjuda all konkurrerande verksamhet. Det sagda gäller när klausulen motiveras av kundkännedom, men begränsningen kan knappast vara nödvändig när arbetsgivaren har tillverkningshemligheter att skydda. Mest intressant i domen är emellertid att AD tar avstånd från den efter- giftsmöjlighet som användes i AD 2010 nr 27. Arbetsgivaren hade under tings-

¹⁸ ”Enligt Arbetsdomstolens uppfattning innebär emellertid klausulen enligt ordalagen en betydande olägenhet för I.N. Domstolen beaktar då till att börja med att förbudet omfattar en anse- lig mängd personer. Bolaget har anfört att med begreppet 'kunder' i konkurrensklausulens mening avses samtliga cirka 8 000 personer som var kunder hos bolaget när I.N. slutade ... Det rör sig således om så många personer ... att I.N. måste antas ha svårt att överblicka dem. Det ligger också nära till hands att anta att den kundkrets som är intressant att vända sig till för för- medling av den här sortens tjänster trots allt är begränsad. Klausulen torde därför inte endast marginellt inskränka möjligheten för I.N. att fortsätta verka som säljare av dessa tjänster, i allt fall om man beaktar att det geografiska område som varje säljare verkar inom torde vara avgrän- sat, eftersom arbets sättet innefattar personliga sammanträffanden med kunderna. Till det sagda kommer klausulens förbudstid om fem år som är avsevärt längre än vad som får anses vara praxis. I.N. har inte heller, såvitt framkommit, fått någon särskild kompensation för den olägen- het som klausulen innebär. I.N:s lön har enligt hennes egna uppgifter uppgått till omkring 500 000 kr per år. ... Även om ... lönen kan anses som hög har inget framkommit som tyder på att den, som var helt provisionsbaserad, bestämts med utgångspunkt i de restriktioner som kon- kurrensklausulen innebär för henne. En sammanvägning av de omständigheter som har anförts ovan leder enligt Arbetsdomstolens mening till att konkurrensklausulen, vid en helhetsbedöm- ning, får anses oskäligen enligt 38 § avtalslagen. Den ska därför inte tillämpas för I.N.”

¹⁹ AD uttalade: ”[Arbetsgivaren] kan i och för sig ha ett berättigat intresse i att skydda sina befint- liga kundrelationer (se t.ex. AD 2002 nr 115). Såsom konkurrensklausulen är utformad har den dock ett vidare tillämpningsområde än att bara skydda existerande kundrelationer och tycks närmast syfta till att hindra marknadskonkurrens. Mot bakgrund härav instämmer Arbetsdom- stolen i tingsrättens bedömning att konkurrensklausulen, såsom den är formulerad i anställ- ningsavtalet, är oskäligen enligt 38 § avtalslagen.”

rättsprocessen förklarar att klausulen eftergavs så att den bara skulle förhindra arbetstagaren från att kontakta de kunder som arbetstagaren visste var arbetsgivarens vid anställningens upphörande. Arbetsdomstolen uttalade:

”38 § [och] 36 § avtalslagen ... syftade inte enbart till att utvidga möjligheten att jämka oskäligen avtal utan förhoppningen var också att reformen skulle bidra till en avtalspraxis där oskäligen avtalsvillkor inte används (prop. 1975/76:81 s. 118). Om det förekommer konkurrensklausuler i anställningsavtal som sträcker sig längre än vad som är skäligt kan detta leda till inläsningseffekter och minska rörligheten på arbetsmarknaden, eftersom det kan vara svårt för en arbetstagarare att avgöra om klausulen är skäligt eller inte. Svårigheten att förutse verkan av en konkurrensklausul skulle öka ytterligare om det accepteras att en arbetsgivare, efter att anställningen upphört eller till och med efter att arbetstagaren börjat bedriva den nya verksamheten, tillåts begränsa klausulens tillämpningsområde så att den därigenom blir skäligt. En rättstillämpning där en arbetsgivare ges möjlighet att i händelse av tvist begränsa räckvidden av en konkurrensklausul, ... kan även leda till missbruk av vidsträckt konkurrensklausuler. Syftet med 38 § avtalslagen är, som redan nämnts, det motsatta, nämligen att motverka oskäligen konkurrensklausuler och tillgodose intresset av att det på marknaden endast förekommer godtagbara sådana. Mot bakgrund av det anförda ska prövningen av om konkurrensklausulen i K.K:s anställningsavtal är skäligt ske utifrån klausulens innebörd när anställningen upphörde och utan beaktande av de eftergifter av klausulens tillämpningsområde som [arbetsgivaren] gjort därefter. Som framgått ovan har Arbetsdomstolen kommit fram till att konkurrensklausulen, såsom den är formulerad i anställningsavtalet, är oskäligt enligt 38 § avtalslagen. K.K. är därför inte bunden av konkurrensklausulen.”

Genom domen har en väsentlig förändring, eller åtminstone ett viktigt förtydligande, skett i svensk rätt. Det tycks stå klart att oskäligt långtgående klausuler inte kan bli skäliga genom eftergifter när anställningen har upphört. Det kan eventuellt antas att bindande eftergifter inte längre är möjliga efter det att arbetstagaren har sagt upp sig. Avgörandet bygger på tanken att arbetstagaren ska kunna säga upp sig och inleda konkurrerande verksamhet, utifrån en bedömning av lydelsen på en existerande konkurrensklausul. Det förutsätter att uppsägningstillfället och inte anställningens upphörande avgör när eftergifter inte längre är möjliga. Frågan är så viktig att rättsläget möjligtvis behöver bekräftas i något AD-mål innan man kan vara säker, men domstolens argumentation indikerar att eftergifter inte längre är möjliga efter en uppsägning.²⁰ AD 2013 nr 24 ger därmed uttryck för principen att om en klausul är ogiltig beroende på oskälighet, ska avtalet utfyllas med den aktuella dispositiva rätten, inte med en ny klausul som faller just inom ramen för vad som är skäligt. Eftersom svensk dispositiv rätt stadgar att det inte finns några konkurrensbegränsningar efter uppsägningstiden, blir resultatet att oskäligt formulerade konkurrensklausuler är

²⁰ Jfr dock S. Öman, Blendow Lexnova Expertkommentar – Arbetsrätt, maj 2013, som med utgångspunkt i domens ordalag drar slutsatsen att arbetsgivaren är avskuren från möjligheten att inskränka konkurrensklausulen först efter det att anställningen har upphört, dvs. att möjligheten finns kvar under uppsägningstiden. Öman uttalar att många arbetsgivare kan ha goda skäl att under uppsägningstiden inskränka eventuella konkurrensklausuler så att de blir skäliga. Jag är, som sagt, av uppfattningen att domen bör tolkas som att eftergiftsmöjligheten upphör redan i och med arbetstagarens uppsägning.

utan verkan mellan parterna. Betydelsen av en oskäligen konkurrensbegränsning består endast i att eftergifter kan göras ensidigt av arbetsgivaren fram till uppsägningstidpunkten. Därefter krävs arbetstagarens samtycke för gynnande ändringar.

En sista kommentar till AD 2013 nr 24 är att tvister efter det att en arbetstagar har inlett konkurrerande verksamhet inte sällan innehåller andra grunder än konkurrensklausuler t.ex. brott mot lagen om företagshemligheter, upphovsrättsintrång eller brott mot lojalitetsplikten i anställningsförhållandet. Även om konkurrensklausulen bortfaller återstår därför ofta att bedöma övergången från arbetstagar till konkurrent utifrån ytterligare regelverk där det stadgas om konkreta missbrukshandlingar. I AD 2013 nr 24 ådömdes arbetstagar som hade en ogiltig konkurrensklausul att solidariskt med företaget som rekryterat honom, att betala skadestånd om 3,5 miljoner kronor för brott mot 7 och 8 §§ lagen om företagshemligheter. Arbetstagar hade utnyttjat den f.d. arbetsgivarrens hemliga kundregister i den nya anställningen.

Sammanfattningsvis kan utanför det kollektivavtalsreglerade området kundrelationer skyddas med konkurrensklausuler (egenutvecklad teknik behövs inte), men klausulerna får inte mer än marginellt försvåra för arbetstagar. Det betyder att arbetstagar normalt bara får utestängas från kunder som arbetsgivar hade vid uppsägningstillfället. Klausulen behöver inte vara så begränsad att den endast avser de kunder som arbetstagar själv hade kontakt med utan kan, som sagt, omfatta alla arbetsgivarrens kunder vid anställningens upphörande. Men ibland är även en sådan lydelse alltför långtgående, t.ex. om arbetsgivar har en särskilt stor marknadsandel. Vidare kan nämnas att om personen har haft en chefsställning talar det för skälighet. Utbildningsinvesteringar kan också ha betydelse, vilket stöds av AD 1992 nr 9 (den auktoriserade revisorn) och AD 2002 nr 15 (en pilot i Försvarsmakten).²¹

Avslutningsvis kan nämnas att återförsäljaravtal inte tycks motivera konkurrensklausuler. I AD 2001 nr 91 hade arbetsgivar ett återförsäljaravtal för metallkopplingar och ventiler. AD konstaterade att bolagets huvudsakliga syfte med konkurrensklausulen var att hindra att arbetstagar slutade och försökte

²¹ Enligt kollektivavtal i AD 2002 nr 15 utgick vite om piloten dels sade upp sig inom fem år från flygutbildningens början, dels inom tre år efter uppsägningen tog en ny anställning som pilot. Villkoret var riktat mot arbetskraftskonkurrens från trafikflyget. AD fann att vid uppsägning och ny flygtjänst skulle arbetstagar återbetala den särskilda lönepremie som hade utbetalats för åtagandet att inte ta annan flygtjänst. Så länge sanktionen är en återbetalning av en särskild premie, kan utbildningsinvesteringar sannolikt skyddas. AD uttalade att en arbetstagar typiskt sett har en underlägsen ställning i en anställningsförhandling, men att en pilot i Försvaret bör ha goda förutsättningar att självständigt ta ställning till en klausul som begränsar nya anställningar. Se även K. Källström, Jämknings av kollektivavtal och långtidskontrakt med stöd av 36 § avtalslagen, JT 1991–92 s. 119 ff.; K. Källström, J. Malmberg, Anställningsförhållandet – inledning till den individuella arbetsrätten s. 263, Uppsala 2009; Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv s. 492.

att överta den exklusiva återförsäljarrätten. Klausulen ogiltigförklarades. Även i AD 2003 nr 110 uttalades att arbetsgivarens ställning som återförsäljare (av klotterborttagningsmedel) inte kunde motivera en konkurrensklausul. Undantagsvis har ändå accepterats konkurrensklausuler som skydd för en återförsäljarposition. I AD 1993 nr 40 hade arbetstagaren under slutet av sin anställning förberett import av gjutjärnsgods från en utländsk tillverkare. Arbetstagaren slutade och åtog sig i ett uppsägningsavtal att inte konkurrera. Trots det ingick han själv återförsäljaravtalet med den utländske tillverkaren. AD konstaterade att klausulen var en del av ett avgångsavtal. Vidare framhölls att arbetstagaren inte hade en svag ställning när han var en erfaren affärsman i en hög position hos arbetsgivaren och att verkliga förhandlingar om konkurrensklausulen hade förekommit. Arbetstagaren hade under förhandlingen erhållit juridisk rådgivning som pekade på att konkurrensklausulen var ogiltig, vilket bidragit till att arbetstagaren accepterade lydelsen. AD fann att klausulen mot denna bakgrund var giltig.²² Sammanfattningsvis tycks arbetsgivarens ställning som återförsäljare sällan legitimera en konkurrensklausul, men undantag kan göras när klausulen har ingåtts i tiden efter en uppsägning, eftersom arbetsgivaren då inte längre har ett påtagligt förhandlingsövertag.

4. Ersättning under giltighetstiden

I den genomförda enkäten svarade 54 procent av personalcheferna att deras anställda med konkurrensklausuler inte hade någon rätt till ersättning.²³ Det är en förvånansvärt hög siffra med tanke på ersättningens betydelse för klausulernas giltighet. I bilagan till 1969 års kollektivavtal anges att det bör finnas ekonomisk ersättning till arbetstagare för den olägenhet som ett konkurrensförbud innebär.²⁴ Arbetsgivaren ska kompensera en inkomstminskning till följd av kon-

²² AD uttalade: ”Enligt arbetsdomstolens mening kan R.H. inte anses ha haft en i förhållande till motparten särskilt svag ställning vid ingåendet av det aktuella avtalet. Han var en erfaren affärsman och hade en hög position i Starckjohann-koncernen med bl.a. styrelseuppdrag. Han ingick i reella förhandlingar med Starckjohann Telko Oy om ’avgångsavtalet’, bl.a. med avseende på innehållet i konkurrensklausulen. Vidare fick han Starckjohann Telko Oy att på ett påtagligt sätt ändra de först föreslagna avtalsvillkoren. Det är naturligt att han inte ville ha med konkurrensklausulen eftersom han visste att han i samma stund han skrev under avtalet skulle bryta mot just den klausulen. Att han ändå skrev under avtalet har förklarats med att han, efter att ha konsulterat en engelsk och en svensk jurist, fått den uppfattningen att klausulen ändå inte skulle kunna göras gällande mot honom. Mot denna bakgrund finns det enligt arbetsdomstolens mening inte någon anledning att jämka avtalet på grund av vad R.H. anfört i detta sammanhang.”

²³ Domeij 2012 s. 21.

²⁴ Formuläret punkt 2 stycke 1.

kurrensklausulen, men kostnaden härför ska inte för arbetsgivaren överstiga 60 procent av arbetstagarens slutlön.²⁵ Så länge arbetstagaren under klausulens giltighetstid har andra inkomster om 40 procent eller mer av sin slutlön, kan han behålla sin tidigare lön.²⁶

Utanför kollektivavtalet är ersättning också som regel nödvändig,²⁷ men med något undantag. AD 2002 nr 115 avsåg en klausul som förbjöd arbetstagaren (redovisningskonsulten) att i två år efter anställning försöka att förmå någon av den f.d. arbetsgivarens klienter att övergå till en konkurrent. Den godkändes trots att ekonomisk ersättning saknades, med motiveringen att icke-rekryteringsklausulen inte innebar annat än en mindre inskränkning i yrkesmöjligheterna. Icke-värkning är förmodligen en så pass obetydlig inskränkning att kompensation inte behövs. AD 2010 nr 27 avsåg en IT-konsult med en konkurrensklausul utan ersättning. Att det godtogs kan kanske förklaras med de speciella omständigheterna. Arbetstagaren förberedde under anställningstiden konkurrens genom att bilda det egna bolaget och den nya verksamheten inriktades på kunderna hos den f.d. arbetsgivaren. Arbetstagaren utnyttjade sin kunskap om den f.d. arbetsgivarens priser för att vinna över kunder. Inriktningen på verksamheten förklarar kanske att bristen på ersättning inte gjorde konkurrensförbudet ogiltigt. Huvudregeln är ändå att ersättning krävs enligt 38 § avtalslagen.²⁸

5. Diskussion av rättsläget

För parter bundna av 1969 års kollektivavtal finns snäva gränser för användning av konkurrensklausuler. Tekniska hemligheter och ekonomisk kompensation krävs. Utanför kollektivavtalet kan skönjas fyra utvecklingslinjer. För det första, tillåts konsultbolag och andra företag beroende av kundrelationer, att använda konkurrensklausuler. Fokus har förskjutits från arbetsgivarens skyddsintresse mot att klausulen inte mer än marginellt begränsar arbetstagarens möjligheter

²⁵ I bilagan, punkten 4, till 1969 års överenskommelse anges att om tjänsteavtalet upphör att gälla av annat skäl än pensionering är arbetsgivaren skyldig att som ersättning för konkurrensklausulen till den anställde per månad utbetala skillnaden mellan den anställdes arbetsinkomster hos arbetsgivaren vid anställningens upphörande och den lägre inkomst som den anställde därefter intjänar i ny förvärvsverksamhet. Ersättningen ska 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. Se vidare J. Malmberg, *Avstående av konkurrensförbud i anställningsförhållanden*, Utblick och Inblick – Vänbok till Claes Sandgren s. 359 ff., Uppsala 2012.

²⁶ Undantag från kravet på ekonomisk kompensation finns om arbetstagaren har sålt företaget och köpeskillingen har satts med hänsyn till att säljaren/arbetstagaren ska kvarstanna och inte börja konkurrera. Se AD 1990 nr 44.

²⁷ Se t.ex. AD 2009 nr 63.

²⁸ Jfr R. Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter* avsnitt 6.3.3, Stockholm.

inom sitt yrke. Det betyder att chefer av olika slag (AD 1977 nr 167 och AD 1993 nr 40), men även IT-konsulter (AD 2010 nr 27) och redovisningskonsulter utan chefsställning (AD 2002 nr 115), har kunnat bindas med konkurrensklausuler eller åtminstone förbud mot att värva arbetsgivarens kunder. Förutsättningen är att klausulerna bara avser kunder som arbetsgivaren hade vid anställningens upphörande. Om arbetsgivarens andel av den totala mängden kunder är särskilt stor, kan klausulen emellertid innebära svårigheter för arbetstagaren och klausulen blir ogiltig (AD 2010 nr 53).

En andra utveckling i AD:s praxis är att giltigheten tycks bero på hur ingående kundkunskaper som arbetstagaren besitter.²⁹ En IT-konsult eller en redovisningskonsult känner kundens tekniska behov, organisation och ekonomiska förhållanden, vilket skapar ett beroende som inte primärt beror på arbetstagarens egna kvaliteter utan på anställningen som han har innehaft. Arbetsgivaren tillåts att motverka försteget. Det är osannolikt att arbetstagare som inte har haft möjlighet att bygga upp omfattande kundkunskap, t.ex. en tandläkare, frisör eller säkerhetsvakt, behöver acceptera en konkurrensklausul. Begränsningen skulle möjligtvis bli marginell genom det stora antalet potentiella kunder, men det tar inte lång tid för en ersättare hos arbetsgivaren att sätta sig in i kundens behov. Skillnaderna kan förklara att i AD 1992 nr 99 tilläts IT-läraren med en konkurrensklausul att åta sig egna undervisningsuppdrag från arbetsgivarens kunder. Läraren hade inte samma anställningsberoende försprång som t.ex. IT-konsulten i AD 2010 nr 27.

För det tredje, visar praxis att man ska se till graden av förhandlingsstyrka som arbetstagaren hade när konkurrensklausulen formulerades. Det nämns inte i 1969 års avtal, där fokus är på skyddsintresse, ersättning och klausulens omfattning (en materiell prövning av konkurrensklausulens effekter). Men vid målen om avgångsavtal (AD 1993 nr 40 och 2007 års mål från Hovrätten för Västra Sverige) godtogs långtgående klausuler eftersom parterna varit i stort sett jämbördiga vid förhandlingstillfället. Arbetstagarens yrkeserfarenhet, utbildning och position, t.ex. som erfaren affärsman (AD 1993 nr 40), jurist (Hovrätten för Västra Sverige), revisor (AD 1992 nr 9) eller officer (AD 2002 nr 15), har också talat för klausulens skälighet. Välutbildade personer med tidigare yrkeserfarenheter förväntas i högre grad förhandla konkurrensklausuler. Om arbetstagaren lyckas med att modifiera lydelsen av en föreslagen konkurrensklausul indikerar det skälighet (AD 1993 nr 40). Förhållandena vid förhandlingen bör inte längre förbises vid en prövning enligt 38 § avtalslagen.

Slutligen, ekonomisk ersättning under giltighetstiden bör vara utlovad enligt kollektivavtalet. Även enligt 38 § avtalslagen krävs i de flesta fall ersättning, men det kan finnas undantag om klausulen är särskilt inskränkt (bara icke-rekrytering av kunder) eller om arbetstagaren i hög grad har utnyttjat sina kun-

²⁹ S. Öman, Nya rättsfall om konkurrensklausuler, Blendow Lexnova Expertkommentar – Arbetsrätt s. 2, mars 2011, tillgänglig på www.sorenoman.se, 2013-04-07.

skaper om, eller sin position hos, den f.d. arbetsgivaren. Domskålen i AD 2013 nr 24 torde betyda att arbetsgivaren inte kan uppnå giltighet genom att efter en mottagen uppsägning utlova en ersättning som inte tidigare fanns angiven.

Utvecklingen i AD:s praxis har introducerat en friare avvägning, vars karaktär skiljer sig från de relativt fasta ramar som uppställs i 1969 års överenskommelse. Olika arbetsgivarintressen godtas, arbetstagarens anställningsberoende försprång framför en ersättare bedöms, förhandlingsstyrkan påverkar och kravet på ekonomisk ersättning har gjorts beroende av klausulens bredd. Nackdelen med den mer nyanserade prövningen är den mångfald faktorer som har blivit betydelsefulla. Ett försök till fullständig sammanställning lyder: (1) arbetsgivarens intresse av konkurrensklausulen, t.ex. om den skyddar hemlig teknisk information, upparbetade kundrelationer eller utbildning, (2) arbetstagarens möjlighet att efter anställningen nyttja sitt yrkeskunnande (begränsningarna tillåts inte bli mer än marginella), (3) kompensation efter anställningens upphörande/under klausulens giltighet, (4) arbetstagarens lön under anställningen³⁰ och om någon del av lönen under anställningen har utgjort ersättning för konkurrensförbudet,³¹ (5) anställningens längd, särskilt att den inte har varit kort eller tidsbegränsad,³² (6) arbetstagarens utbildning, erfarenhet och position hos arbetsgivaren,³³ (7) i vilken utsträckning som arbetsgivaren har investerat i arbetstagarens utbildning,³⁴ (8) konkurrensklausulens tidslängd³⁵ och geografiska utsträckning³⁶, (9) om konkurrensklausulen ingåtts i början eller slutet av anställningsförhållandet,³⁷ och (10) en förutsättning för klausulens giltighet torde vara att det var arbetstagaren som sade upp sig samt att arbetsgivaren inte framkallade nämnda uppsägning.³⁸ I de flesta tvister aktualiseras flera av

³⁰ AD 1992 nr 99.

³¹ AD 2009 nr 63.

³² AD 1992 nr 99.

³³ AD 1977 nr 167; AD 1992 nr 99; AD 1993 nr 40; Hovrätten för Västra Sverige mål T 1087-06, 2007-04-25; AD 2009 nr 63.

³⁴ AD 1992 nr 9.

³⁵ AD 1994 nr 65; AD 2010 nr 27; AD 2010 nr 53. I AD 2013 nr 24 beskrevs 12 månader som en relativt lång tid. Jfr punkten 3 i 1969 års överenskommelse.

³⁶ AD 2001 nr 91; AD 2009 nr 63.

³⁷ AD 1993 nr 40; Hovrätten för Västra Sverige mål T 1087-06, 2007-04-25.

³⁸ Vem som orsakat uppsägningen har, så vitt jag kunnat hitta, inte direkt nämnts i AD:s praxis, men i AD 1985 nr 138 anfördes av arbetstagaren nämnda skäl som hinder mot att konkurrensklausulen skulle vara giltig. Arbetsdomstolen fann inte anledning att direkt ta upp denna invändning utan gick direkt på om konkurrensförbudet överhuvudtaget kunde vara bindande. Arbetstagarens otrygga anställning (ingen fast tjänst) tillmättes avgörande betydelse, vilket gjorde att sättet som arbetstagaren skildes från anställningen indirekt fick viss signifikans. I bilagan till 1969 års överenskommelse stadgas i 1 punkten, andra stycket, att om arbetsgivaren sagt upp anställningsavtalet eller uppsägningen från arbetstagaren föranletts av arbetsgivarens handlande, gäller inte konkurrensklausulen. Se A. Adlercreutz, B. Flodgren, Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse s. 97, Lund 2002. Se även R. Fahlbeck, Lagen om skydd för företagshemligheter avsnitt 6.3.2, tredje upplagan, Stockholm.

nämnda faktorer och det är svårt att av AD:s domskäl utläsa vilken relativ tyngd som de ges.

Rättsfrågor innehållande så många faktorer av oklar prioritet är vanskliga.³⁹ Nackdelarna kan illustreras med bolaget i AD 2009 nr 63, som hade utvecklat ett medicinskt datorprogram. Tre arbetstagare med kunskap om programmets konstruktion och kunder kom ut på marknaden med en liknande produkt, tre månader efter anställningarnas upphörande. Det skulle förmodligen ha inneburit en stor skillnad om klausulerna varit giltiga och chefsteknikern fått avvakta 12 månader efter anställningens slut. Att några arbetstagare på tre månader genom egna arbetsinsatser kan bli en konkurrent måste vara ett problem för ett företag som har utvecklat en teknisk produkt i flera år till en kostnad på över hundra miljoner kronor. Osäkerhet slår särskilt mot IT-bolag som brukar sakna starka immaterialrättigheter. Ett annat arbetsgivarproblem med klausulernas svårbedömda giltighet är om en arbetstagare, i likhet med affärsmannen i AD 1993 nr 40, förhandlar till sig förmåner – högre lön eller ett avgångsvederlag – i utbyte mot en konkurrensklausul som senare visar sig vara ogiltig. Samtidigt kanske arbetsgivare ser att bristande förhandling och det osäkra rättsläget kring konkurrensklausuler har vissa fördelar. Till ingen eller låg kostnad kan klausulerna avskräcka från konkurrens.

Nackdelarna med ett komplext rättsläge och klausuler i anställningsavtal som ofta avviker därifrån är påtagliga för arbetstagarna. De har att tolka en klausul inför ett eventuellt byte av anställning. Visserligen finns på Internet relativt mycket skrivet för lekmän och många arbetstagare kan säkert få rådgivning från fackförbund. Men utfallet är osäkert och bedömningen får stora personliga konsekvenser. Redan en liten tvekan kan avhålla någon från att söka ett nytt arbete eller att börja en egen näringsverksamhet.⁴⁰ Det finns en *in terrorem*-effekt.⁴¹ Klausulen avskräcker även när den är ogiltig. Effekten beror på att arbetsgivaren alltid kan stämna arbetstagaren. För arbetstagare är tvister riskfyllda, tidsutdräkten stor och i realiteten blir därför bara en bråkdel av alla klausuler prövade. En omständighet som möjligen reducerar avskräckningen är att en kollektivavtalsbunden arbetsgivare har en förhandlingskyldighet med lokalt fackförbund

³⁹ Se M. Tonell, Sekretessavtal s. 165, Stockholm 2012.

⁴⁰ ”Under hearingen har framkommit bl.a. att konkurrensklausuler inte sällan används i rent avskräckande syfte för att åstadkomma att den bundna arbetstagaren inte vågar byta anställning eftersom han riskerar höga ersättningskrav. Detta är möjligt eftersom de olika bedömningsgrunderna för giltigheten av konkurrensklausuler inte är kodifierade och praxis är svåröverskådlig för gemene man. Osäkerheten upplevs som stor på området.” Se Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv s. 426. Se även N. Bruun, Konkurrens- och sekretessklausuler i anställningsavtalet, NIR 1988 s. 74 (77).

⁴¹ *In terrorem*-effekten lyftes först fram i en grundläggande amerikansk artikel om konkurrensklausuler, H. M. Blake, Employee Agreements not to Compete, 73 Harvard Law Review s. 625 (682–683) (1960).

närhelst ett rättsligt krav baseras på ett anställningsavtal.⁴² Det är emellertid osäkert i vilken utsträckning sådan förhandling sker och om arbetstagare känner till denna rättighet. Under alla förhållanden kan förhandlingsskyldigheten bara fördröja arbetsgivarens eventuella stämning. Arbetstagarorganisationerna, å sin sida, ser förmodligen att de utifrån en kunskap om rättsläget kan hjälpa många medlemmar genom att hävda ogiltighet *ex post*. Det innebär en viktig arbetsuppgift. Konkurrensklausuler drabbar särskilt oorganiserade arbetstagare.

Ensidigt formulerade, ofta oskäligt långtgående konkurrensklausuler undviks naturligtvis om parterna genom förhandling når ett resultat som ligger inom tillåtna ramar. Det skulle förhindra avskräckningseffekter, men också ge arbetsgivare ökad säkerhet vid investeringar i teknisk forskning och utbildning av arbetstagare. Vidare skulle det ge en bättre matchning på arbetsmarknaden. Antag att en arbetstagare generellt sett är något mindre attraktiv än en annan, men den förstnämnde är mer villig att acceptera en långtgående konkurrensklausul jämfört med den mer attraktive arbetstagaren. Arbetsgivaren värdesätter säkerhet ifråga om att anställda inte konkurrerar direkt efter anställningen, eftersom arbetstagaren då kan ges tillgång till mer ekonomiska och tekniska hemligheter, mer utbildning samt tillåtas att utveckla starka personliga kundrelationer. Det gör arbetstagaren mer produktiv. För den aktuella anställningen är den mindre attraktive arbetstagaren alltså mer produktiv, efter det att skillnaden ifråga om konkurrerande verksamhet har beaktats. En ineffektivitet uppstår om den generellt sett mindre attraktive arbetstagaren inte vid anställningstillfället på ett trovärdigt sätt kan använda sin inställning ifråga om konkurrens. Om en rättsligt giltig konkurrensklausul inte efter en förhandling skiljer arbetstagarna åt, väljer arbetsgivaren att anställa den allmänt sett mer attraktiva arbetstagaren. Det leder sedan till att arbetsgivaren är restriktiv med tekniska hemligheter, reducerar utbildningsinvesteringar, delar upp kundrelationer på flera anställda m.m., vilket åtminstone för de inblandade parterna ger ineffektiviteter. Arbetstagaren som endast med en giltig avtalsklausul förmår att övertyga om att han inte avser att konkurrera med tekniska hemligheter eller försöka att överta kundrelationer, fräntas fördelen och såväl arbetsgivare som arbetstagare blir lidande.

Bättre matchning kräver dels reell förhandling, dels att överenskomna klausuler är giltiga. Men fördelarna med förhandlade och skäliga klausuler, slutar inte där. Aktivt deltagande i en förhandling tycks i sig reducera mängden avtalsbrott. Det har noterats att graden av avtalsuppfyllelse (avsaknaden av avtalsbrott) står i proportion till hur aktiv en part varit i förhandling av det aktuella villkoret. I experiment har även marginell delaktighet ett tydligt positivt sam-

⁴² Förhandlingsordningen mellan Teknikarbetsgivarna och Unionen stadgar i § 3, under rubriken Förhandlingsskyldighet, bl.a. att "Parterna är överens om att samtliga tvister där anställningsförhållandet ingår som en nödvändig förutsättning för ett rättsanspråk omfattas av förhandlingsordningen." Det betyder att arbetsgivaren i princip måste förhandla om alla anspråk som riktas mot enskild tjänsteman, vilket innebär ett hinder för arbetsgivaren att, utan föregående förhandling, väcka talan i tingsrätt. Lokal förhandling sker mellan parterna på arbetsplatsen.

band med försökspersoners ansträngningar att följa en avtalsklausul.⁴³ Arbetsgivare som är angelägna om att konkurrensklausuler ska följas har därmed ett egenintresse av förhandling. I rent kommersiella avtal kan kanske skadestånd ersätta kostnader vid avtalsbrott. Men eftersom full ekonomisk kompensation sällan är aktuell vid brott mot konkurrensklausuler (1969 års kollektivavtal anger sex månadslöner som skäligt), är vinsterna för arbetsgivare med att undvika avtalsbrott genom att engagera arbetssökanden i förhandlingen förmodligen ganska betydande.⁴⁴

Det tycks som att dagens långtgående och ensidigt formulerade ordalydelser samt en senare materiell bedömning som, när den genomförs, ofta leder till ogiltighet har väsentliga nackdelar. En rimlig strävan bör vara att förbättra möjligheterna till individuell förhandling av konkurrensklausuler, ledande till skäliga formuleringar som parterna sedan respekterar (naturligtvis kan utfallet bli att överhuvud ingen konkurrensklausul inkluderas i anställningsavtalet). Ett steg mot ett minskat avstånd mellan existerande avtalsklausuler och vad som anses skäligt i rättspraxis har nyligen tagits genom AD 2013 nr 24, som torde innebära att skälighet inte kan uppnås genom arbetsgivareftergifter senare än vid uppsägningen. Prövningen har blivit binär. Arbetsgivare bör därigenom vara mer angelägna än tidigare om att använda skäliga lydelse. Det har blivit enklare för en arbetstagare att hantera en tydligt oskälig konkurrensklausul. Men för en helt okunnig arbetstagare är fortfarande en vittomfattande klausul avskräckande och för de talrika gränfallen har domen inte nämnvärt underlättat prövningen.

Härnäst diskuteras orsakerna till att konkurrensklausuler i anställningsavtal så sällan förhandlas individuellt. Förhoppningen är att det ska ge förslag, som i likhet med AD 2013 nr 24, stimulerar ett närmande mellan använda konkurrensklausuler och det som i praxis har bedömts vara skäligt.

6. Förhandlingssvårigheter

Det finns påtagliga svårigheter för den som vill förhandla en av arbetsgivaren föreslagen konkurrensklausul. Ett av de större problemen är att förhandlingskrav ger signaler om egna kvaliteter eller förutsättningar, vilket kan vara ett pro-

⁴³ Z. J. Eigen, When and Why Individuals Obey Contracts: Experimental Evidence of Consent, Compliance, Promise, and Performance, 41:1 Journal of Legal Studies s. 67 (2012).

⁴⁴ I den genomförda enkätundersökningen ställdes en fråga om orsakerna till att brott mot konkurrensklausuler långtifrån alltid åtföljdes av åtgärder från arbetsgivaren. Det fanns en relativt jämn fördelning mellan de givna svarsalternativen: 1. behålla en god relation med den f.d. anställde, 2. kunnat störa en affärsrelation med företaget som rekryterat den f.d. anställde, 3. juridisk rådgivning hade indikerat att klausulen var ogiltig och 4. kostnaderna med att inleda en rättsprocess mot den f.d. arbetstagaren hade varit för stora. Se Domeij 2012 s. 22.

blem särskilt på arbetsmarknaden.⁴⁵ Signaler uppstår om en part i en förhandling har information som den andre saknar. Den senare bedömer förhållandet indirekt utifrån motpartens förhandlingskrav. En arbetstagare som ställer höga lönekrav visar att han eller hon anser sig ha goda kvaliteter, vilket naturligtvis inte är ett avtalshinder. Men den som framför önskemål om förstärkt anställningstrygghet indikerar att det kanske kommer att finnas skäl att säga upp honom.⁴⁶

En arbetsgivare kan kräva konkurrensklausuler utan att sända negativa signaler om anställningsförhållandena. Tvärtom, klausulerna kan motiveras med att arbetsgivaren har företagshemligheter, kommer att investera i arbetstagarens utbildning eller erbjuda arbetstagaren värdefulla insikter om kunder och marknaden. En arbetstagare måste emellertid räkna med att ett motstånd tolkas som att sökanden avser att inskaffa företagshemligheter, utbildning och kundkontakter, för användning i eget intresse inom en förutsebar framtid. Problemen försvåras av att arbetstagaren fritt kan säga upp sig. Visste parterna hur länge anställningen skulle gälla hade arbetstagarens eventuella förhandlingskrav inte på samma sätt tolkats som försök att inhämta oväntade fördelar. Då vore det givet att arbetstagaren hade senare intentioner och signalvärdet av ett förhandlingskrav vore mindre. Nu kan ett förhandlingskrav nog ofta uppfattas som en indikation på en ovanligt kort anställningstid. Signalproblemen reduceras om arbetstagaren kan motivera sin inställning med t.ex. branschpraxis, eftersom kravet då inte behöver uttrycka dold information.

En annan svårighet för arbetstagarens förhandling sammanhänger med konkurrensklausulers speciella karaktär i anställningsavtalet. Näst efter giftermålet är anställningen det mest relationella avtalsförhållandet.⁴⁷ Det betyder att samverkan kännetecknas av allmänna skyldigheter, såsom att i handlandet ta hänsyn till motpartens intressen. Avtalet visar på en intention om att samarbeta, medan det konkreta innehållet förändras kontinuerligt och formlöst. Relationella avtal används i långvariga förhållanden och när det är svårt att inledningsvis förutsäga eller definiera parternas behov.⁴⁸ De relationella kännetecknen saknas emellertid i en konkurrensklausul. Den konkretiserar i stor detalj en speciell fråga – konkurrensmöjligheterna efter anställningen. Klausulen är huggen i sten i en annars föränderlig relation. Klausulens artfrämmande natur beror på att parterna vid tillämpning inte längre har s.k. relationsspecifika investeringar, som man annars normalt försöker att skydda genom att gå motparten till mötes. Avsakna-

⁴⁵ Den klassiska artikeln är M. Spence, Job Market Signalling, *Quarterly Journal of Economics* Vol. 87 s. 355–374 (1973).

⁴⁶ C. Sunstein, Human Behaviour and the Law of Work, 87:205 *Virginia Law Review* 2001 s. 205 (253).

⁴⁷ Startpunkten för relationell avtalsteori brukar anses vara arbeten av Ian Macneil, se t.ex. I. Macneil, *The New Social Contract*, New Haven 1980, och I. Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 *Northwest University Law Review* 340 (1983).

⁴⁸ K. Grönfors, *Avtal och omförhandling* s. 88, Göteborg 1995.

den av en gemensam framtid vid konkurrensklausulens tillämpning ställer ordalydelsen i förgrunden. Man kan anta att det hade varit lättare för arbetstagaren om klausulen varit av mer relationell karaktär och i likhet med andra anställningsvillkor innefattats i en löpande anpassning.

Psykologiska tendenser bidrar också. Fram till för några decennier sedan utgick ekonomisk teori nästan uteslutande ifrån att rationalitet dominerade ekonomiskt handlande, åtminstone i tillräcklig grad för att effekter av t.ex. en pris- eller lagändring skulle kunna förutses. Ämnet behavioural economics introducerade tanken att irrationellt beslutsfattande kan vara en viktig och förutsebar komponent i ekonomiska beslut.⁴⁹ Genom experiment har påträffats psykologiska mönster som kompletterar rationalitetsantagandet, vilket öppnar för möjligheten att modifiera beslutssituationen så att utfallet blir bättre, mer rationellt. Det kallas ”debiasing” eller ”rebiasing” och ses som en medelväg mellan paternalism och liberalism. Principen är lika enkel som när en obotlig men insiktsfull tidsoptimist ställer sin klocka att gå före. Kombinationen psykologi och ekonomi har omfamnats av rättsekonomer.⁵⁰ Behavioural economics anses som den viktigaste utvecklingen inom ämnet under de senaste decennierna.⁵¹

Ett väldokumenterat psykologiskt mönster är överdriven optimism. Personer underskattar konsekvent sannolikheten för negativa utfall och överskattar sannolikheten för positiva.⁵² Hundratals experiment har visat att individer uppskattar att det är mer sannolikt att de själva ska få uppleva positiva händelser jämfört med genomsnittet i deras situation, samt att det är mer sannolikt att negativa händelser ska drabba andra än dem själv trots att de är i samma situation. Över-

⁴⁹ Under de senaste decennierna har funnits en snabb tillväxt av empiriskt inriktad psykologisk forskning (behavioural economics) som ifrågasatt *homo economicus*. Daniel Kahneman och Amos Tversky är de som förknippas starkast med utveckling. Den förstnämnde mottog Riksbankens pris till Alfred Nobels minne år 2002, bland annat för sitt arbete tillsammans med Tversky.

⁵⁰ Cass Sunstein är den främste rättsvetenskaplige förespråkaren för perspektivet, se H. Thaler, C. R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven 2008. Se även C. Jolls, C. R. Sunstein, *Debiasing Through Law*, 35 *Journal of Legal Studies* s. 199–241 (2006), tillgänglig på Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series, Paper 495, http://lsr.nellco.org/harvard_olin/495. I svensk rättsvetenskap finns enstaka studier som bygger på, eller har inslag av, hänsyn till psykologiska mönster i beslutsfattande, se M. Gräns, *Some Aspects of Legal Decision Making in the Light of Cognitive Consistency Theories*, *Perspectives on Jurisprudence – Essays in Honour of Jes Bjarup*, *Scandinavian Studies in Law* Vol. 48 s. 99 ff. och se F. Korling, *Rådgivningsansvar: särskilt avseende finansiell rådgivning och investeringsrådgivning*, Stockholm 2010. Nyligen har publicerats en första monografi inom området, se M. Gräns, *Decisio Juris*, Uppsala 2013.

⁵¹ H.-B. Schäfer, C. Ott, *The Economic Analysis of Civil Law* s. 59 (2004); O. Amir, O. Lobel, *Stumble, Predict, Nudge; How Behavioral Economics Informs Law and Policy*, 108 *Columbia Law Review* s. 2098 (2008); R. B. Korobkin, T. S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 *California Law Review* s. 1053 (2000).

⁵² A.I. Ogus, *Costs and Cautionary Tales. Economic Insights for the Law* s. 235, Oxford 2006.

driven optimism tycks vara särskilt vanlig när individer har ett mått av kontroll över händelserna. 90 procent av alla bilförare anser t.ex. att de löper mindre risk att drabbas av olyckor än genomsnittet av bilförare.⁵³ I takt med att man inte själv påverkas av den händelse vars sannolikhet man har att beakta i ett beslut, minskar den överdrivna optimismen. Ett relevant exempel är en studie av juriststudenter i USA som inom snar framtid skulle gifta sig.⁵⁴ De informerades om att nästan hälften av alla äktenskap slutade i skilsmässa, men när de tillfrågades om det egna förestående äktenskapet blev uppskattningen att risken för skilsmässa var praktiskt taget noll procent. Artikelförfattarna påpekade att det kunde få effekter i form av alltför få äktenskapsförord.⁵⁵ Parallellerna till ett anställningsbeslut är uppenbara; optimismen leder till att man underskattar betydelsen av konkurrensklausuler. En överdrivet optimistisk person tror att anställningen blir långvarig och trivsam. Han ser inte konkurrensklausulen som angelägen att förhandla.

Ett annat psykologiskt mönster som är näraliggande överdriven optimism, är motviljan till s.k. kognitiv dissonans. Alldeles före, vid och en kort tid efter ett beslut, betonar beslutsfattaren det valda alternativets fördelar och nackdelarna förringas.⁵⁶ Kognitiv dissonans reduceras, vilket betyder att beslutsfattaren blir mer säker jämfört med vad som är fallet under andra delar av beslutsprocessen. Det är alltså ovanligt att någon fattar ett beslut och samtidigt förmår att fullt ut överväga vad följderna blir om beslutet visar sig vara felaktigt. Oviljan till kognitiv dissonans är ett problem för förhandling av konkurrensklausuler. När arbetstagaren beslutar sig för huvudsaken, dvs. att ta en anställning, är det särskilt svårt för honom eller henne att samtidigt bedöma eventuella negativa effekter av beslutet. Överdriven optimism och en ovilja till kognitiv dissonans kan i någon mån motverkas av konkret saklig information om sannolikheten för negativa utfall. Men om arbetstagaren har svaga sådana hållpunkter, t.ex. om arbetstagaren inte vet om utbildningen, kundrelationerna eller företagshemligheterna i anställningen kommer att ge incitament till konkurrerande verksamhet, blir tendensen desto starkare att bortse från konkurrensklausulens negativa effekter.

Överdriven optimism och en motvilja till kognitiv dissonans hos arbetstagaren, kan bara förklara ensidiga konkurrensklausuler om arbetsgivaren förmår att bedöma det lämpliga i att anställa personen och samtidigt rationellt beakta sannolikheten för att arbetssökanden senare blir en konkurrent. Arbetsgivarens

⁵³ C. Sunstein, *Human Behaviour and the Law of Work*, 87:205 *Virginia Law Review* 2001 s. 205 (241).

⁵⁴ L. A. Baker, R. E. Emery, *When every relationship is above average: Perceptions and expectations of divorce at the time of marriage*, *Law and Human Behavior*, Vol. 17 s. 439–450 (1993). Artikeln är tillgänglig på <http://www.jstor.org/stable/view/1394227>.

⁵⁵ A.a. s. 448.

⁵⁶ M. Gräns, *Some Aspects of Legal Decision Making in the Light of Cognitive Consistency Theories*, *Perspectives on Jurisprudence – Essays in Honour of Jes Bjarup*, Vol. 48 *Scandinavian Studies in Law* s. 99 (105).

representant påverkas inte lika personligt av anställningsbeslutet. Med distans till konsekvenserna avklingar de irrationella mönstren. Arbetsgivaren bör också ha säkrare statistiska hållpunkter; han har mer erfarenheter av vad f.d. arbetstagare brukar göra. Undantagsvis kan det emellertid vara så att arbetstagare redan i anställningsögonblicket planerar konkurrens, vilket inte en arbetsgivare kan veta. Vanligtvis ger emellertid arbetsgivarens bättre information och större avstånd till konsekvenserna, ett mindre spelrum för överdriven optimism och motviljan till kognitiv dissonans.

Ett annat väldokumenterat mönster är att individer uppskattar sannolikheten som högre när en händelse är enkel att föreställa sig eller att personen har ett närminne av en liknande händelse.⁵⁷ ”Tillgänglighetsbias” beror på att sannolikhet oftast inte bedöms i form av siffror för en enskild händelse, utan genom att alternativa scenarier ställs mot varandra och jämförs. Ju enklare något är att föreställa sig och ju mer aktuellt ett minne av en händelse är, desto högre sannolikhet åsätts det vid en sådan mental komparation. Lättfattlighet och hur nyligen något liknande har inträffat, inverkar utan att ha samband med sannolikhet. Det finns förmodligen skillnader mellan arbetsgivare och arbetstagare även här. Arbetsgivarrepresentanten har i anställningssituationen lättare än den arbetssökande att göra sig en bild av att arbetstagaren säger upp sig och inleder konkurrerande verksamhet. Han har förmodligen tidigare erfarenheter av vad det praktiskt innebär. Det är naturligtvis inte ovanligt att arbetstagare har erfarenheter av att byta mellan konkurrerande arbetsgivare, men erfarenheter av tidigare uppsägningar från den aktuella tjänsten har bara arbetsgivaren och en uppsägning är normalt inte en aktuell fråga för arbetstagaren. ”Tillgänglighetsbias” leder till att sannolikheten för att konkurrensklausulen ska tillämpas, bedöms som högre av arbetsgivaren. Arbetstagaren antar att villkoret är av liten betydelse.

En annan iakttagelse som har gjorts inom behavioural economics är att privatpersoner tycks ha särskilt svårt med biförpliktelser i avtal.⁵⁸ Privatpersoner ser mest till huvudvillkor såsom pris, leveranstid och produktens kvaliteter. Även arbetstagare tycks ofta bara förmå att fokusera på de viktigare villkoren såsom lön, arbetstid, arbetsuppgifter, semester och kanske några fler.⁵⁹ En konkurrensklausul är en förpliktelse som aktualiseras vid en oklar tidpunkt i framtiden och utgör en typisk biförpliktelse. Det gör ett rationellt val svårt mellan t.ex. 36 000 kronor/månaden och en konkurrensklausul, jämfört med 35 000

⁵⁷ ”The availability heuristic” diskuterades först i A.Tversky, D. Kahneman, Judgement under uncertainty: Heuristics and Biases, Vol. 185 Science s. 1124 (1127) (1974). Se även R. Korobkin, T.S. Ulen, Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, 88 California Law Review s. 1087–90 (2000) och T. Kuran, C. Sunstein, Availability Cascades and Risk Regulation, 51 Stanford Law Review s. 683 (1999).

⁵⁸ R. Korobkin, Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability, 70 University of Chicago Law Review s. 1203 (1222–34) (2003).

⁵⁹ C. Sunstein, Human Behaviour and the Law of Work, 87:205 Virginia Law Review s. 205 (243) (2001).

kronor/månad och ingen konkurrensklausul. Erfarna förhandlare väger normalt in biförpliktelser i högre grad.

Ett fjärde och särskilt intressant psykologiskt mönster är den s.k. endowment- eller besittnings-/ägareffekten. En individ som innehar en egendom/rättighet kräver ett högre pris för att uppge den, än en helt motsvarande individ är beredd att betala för samma egendom/rättighet.⁶⁰ Endowmenteffekten är så grundläggande att den har observerats hos barn⁶¹ och primater.⁶² Sedvanlig ekonomisk teori innehåller ingen endowmenteffekt, utan antar att ett objekts värde är oberoende av ursprungsläget. Värdering antas bero på stabila personliga preferenser, avkastning eller egendomens värde i handel. Experimentellt är det inte utslutande så. Kanske är det i vissa situationer inte ens huvudsakligen nämnda faktorer som styr. Individer begär inte sällan dubbelt så mycket för att sälja något som en i alla avseenden motsvarande individ bortsett ifrån besittning/ägande, erbjuder för samma egendom.⁶³ Start- eller referenspunkten influerar värderingen.

Endowmenteffekten antas finnas vid ingående av anställningsavtal, vilket innebär att förhandlingsutfallet påverkas av vem som initialt har en rättighet även när det inte finns transaktionskostnader.⁶⁴ Effekten kanske är relativt begränsad, eftersom fysisk besittning tycks vara viktigt. Endowmenteffekten har observerats framför allt ifråga om saker och är inte lika tydlig vid immateriella rättigheter såsom en möjlighet till konkurrens.⁶⁵ Viss betydelse för arbetstagarens värdering skulle det ändå sannolikt ha med större kunskap om att dispositiv rätt ger möjlighet till omedelbar konkurrens. Konkurrensklausulen i anställningsavtalet uppfattas då inte bara som ett konkretiserande och förtydligande, utan som en rättighetsövergång. Men oavsett vem som initialt uppfattas

⁶⁰ Mest kända är experimenten i D. Kahneman, J. L. Knetsch, R. H. Thaler, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, 98 *Journal of Political Economy* s. 1325 (1990).

⁶¹ W. T. Harbaugh, K. Krause, L. Vesterlund, *Are adults better behaved than children? Age, experience, and the endowment effect*, 70 *Economics Letters* s. 175 (2001).

⁶² S. F. Brosnan et al., *Endowment Effects in Chimpanzees*, 17 *Current Biology* s. 1 (2007), som observerar att schimpanser tenderar att behålla mindre uppskattad mat snarare än att byta ut den mot mer uppskattad mat, vilket tyder på en endowmenteffekt.

⁶³ J. L. Knetsch & W. Wong, *The endowment effect and the reference state: Evidence and manipulations*, 71 *Journal of Economic Behavior and Organization* s. 407 (2009).

⁶⁴ "[T]he allocation of the legal entitlement, to workers or to employers, will likely matter in the sense that the ultimate outcome will be affected by the increased value placed upon the right simply by virtue of the initial allocation." Se C. R. Sunstein, *Human Behavior and the Law of Work*, 87:2 *Virginia Law Review* s. 205 (221), 2001.

⁶⁵ J. Reb, T. Connolly, *Possession, feelings of ownership and the endowment effect*, 2 *Judgment and Decision Making* s. 107 (2007), som hävdar att det högre värde som följer av endowmenteffekten härrör från subjektiva känslor som utvecklas genom besittning av ett objekt snarare än av rättsligt bestämd äganderätt. J. R. Wolf, H. R. Arkes, W. A. Muhanna, *The power of touch: An examination of the effect of duration of physical contact on the valuation of objects*, 3 *Judgment and Decision Making* s. 476 (2008), hävdar att de subjektiva känslor som följer av fysisk kontakt med ett objekt leder till en högre ekonomisk värdering av detsamma.

som innehavare av rättigheten har endowmenteffekten knappast hunnit verka i någon större utsträckning vid anställningstillfället, eftersom den utvecklas just genom besittning/innehav. Anställningsförhandlingen räcker knappast för en effekt. Det är snarare så att endowmenteffekten börjar verka vid anställningstillfället och värderingen av en konkurrensmöjlighet för arbetstagaren (om det saknas konkurrensklausul) stiger under anställningstiden. Efter några års anställning kan antas att värderingen har stigit hos många arbetstagare.

Ett sådant förhållande är betydelsefullt, eftersom individer inte tycks kunna förutse och kalkylera med att besittning/innehav ger endowmenteffekter.⁶⁶ En person som givit någon annan en rätt att överta ett objekt vid ett framtida tillfälle förmår regelmässigt inte att kalkylera med hur mycket han eller hon kommer att ogilla förlusten efter att ha haft besittning en längre tid. Värderingen görs utifrån avtalstidpunkten och beslutsfattaren antar att värderingen/preferenserna är oberoende av besittning. Man inrättar sig, men räknar inte med att det får konsekvenser. En oförmåga att kalkylera med endowmenteffekten har i amerikansk litteratur sagts motivera att arbetstagare inte ska kunna godkänna utökade möjligheter till uppsägning. När arbetstagaren skriver under anställningsavtalet förmår han eller hon inte att beakta vad en förlust av arbetet innebär efter det att anställningen har blivit en del av vardagen.⁶⁷ Det förefaller inte osannolikt att en rätt att inleda konkurrerande verksamhet för många arbetstagare, på samma konsekventa men ändå oförutsebara sätt, ökar i värde under anställningstiden.

Negativa signaleffekter, bristen på relationella kännetecken och psykologiska mönster (överdriven optimism och ovilja till kognitiv dissonans, sannolikhetsbedömning utifrån mental tillgänglighet, svårigheter att värdera biförpliktelse och bristande förutseende av endowmenteffekter) är näraliggande förklaringar till att konkurrensklausuler, jämfört med andra anställningsvillkor, sällan förhandlas vid anställningstidpunkten. Det är omöjligt att uppskatta den relativa betydelsen av de olika förklaringarna, men få arbetstagare är nog opåverkade vid anställningstillfället. Konkurrensklausuler i anställningsavtal förhandlas inte av *homo economicus*.

Det svenska rättsläget för konkurrensklausuler med början i 1969 års överenskommelse har slagit in på vägen mot materiella ogiltighetsregler bestämda utifrån förhållandena vid anställningens upphörande, snarare än att försöka reglera förhandlingsprocessen och att sedan acceptera utfallet. En uppfattning om att förhandling är svårt eller kanske närapå omöjligt kan ligga bakom inriktningen. Men det har ovan hävdats att vägvalet har nackdelar, bl.a. rättsosäkerheten till följd av frekventa skillnader mellan faktiska klausuler och vad som är giltigt, dålig matchning på arbetsmarknaden som försämrar produktiviteten samt även fler avtalsbrott. I nästa del diskuteras på vilka sätt förhandlingssvårighe-

⁶⁶ C. Sunstein, Human Behaviour and the Law of Work, 87:205 Virginia Law Review 2001 s. 205 (242).

⁶⁷ A. st.

terna eventuellt kan motverkas, i syfte att få fler av parterna individuellt formulerade och skäliga konkurrensklausuler.

7. Vägar till förhandling

7.1 Förslag och reformer

Det har under senare år presenterats ett större förslag till reglering av konkurrensklausuler i anställningsavtal. Arbetslivsinstitutet föreslog ett skriftlighetskrav och lagfästa materiella regler för konkurrensklausuler, men någon ny lagstiftning blev inte införd.⁶⁸ Ett viktigt steg i riktning mot efter en förhandling skäligt formulerade konkurrensklausuler, togs emellertid nyligen genom ovan nämnda AD 2013 nr 24 (marknadschefen på factoringbolaget). Så länge som domstolarna kriorättade konkurrensklausuler, som t.ex. i AD 2010 nr 27, var det ett påtagligt hinder mot förhandlingar. Arbetsgivaren kunde genom ensidiga krav först få *in terrorem*-effekten och därefter en godtagbar konkurrensbegränsning anpassad utifrån vad arbetsgivaren visste om arbetstagarens nya verksamhet. Det var som att äta arbetstagarens kaka och att ha den kvar.⁶⁹ Avgörandet bör leda till att arbetsgivare som behöver konkurrensklausuler vinnlägger sig

⁶⁸ Arbetslivsinstitutet föreslog införandet av en ny reglering om konkurrensklausuler i lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS), som tillsammans med 36 och 38 §§ AvtL därefter skulle vara tillämplig på bruket av konkurrensklausuler. Den föreslagna 37 § LAS skulle kräva skriftlighet, att avtalet har ingåtts av vägande skäl, att det av avtalet framgår att arbetstagaren erhåller särskild ekonomisk kompensation för bindningstiden, och att anställningsförhållandet behövde upphöra av annan orsak än uppsägning från arbetsgivarens sida om inte uppsägningen hade skett av personliga skäl och var sakligt grundad. Vidare föreslog Arbetslivsinstitutet att bindningstiden enligt en konkurrensklausul inte fick överstiga tolv månader och ett normerat skadeståndsbelopp vid avtalsbrott skulle få uppgå till högst sex genomsnittliga månadslöner för arbetstagaren. Se Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv s. 491.

⁶⁹ H. M. Blake, *Employee Agreements not to Compete*, 73 *Harvard Law Review* s. 625 (682–683) (1960): "The argument against doing so [att domstolar jämkar en alltför omfattande konkurrensklausul så att den blir skälig] is persuasive. For every covenant that finds its way to court, there are thousands which exercise an *in terrorem* effect on employees who respect their contractual obligations and on competitors who fear legal complications if they employ a covenantor, or who are anxious to maintain gentlemanly relations with their competitors. Thus, the mobility of untold numbers of employees is restricted by the intimidation of restrictions whose severity no court would sanction. If severance is generally applied, employers can fashion truly ominous covenants with confidence that they will be pared down and enforced when the facts of a particular case are not unreasonable. This smacks of having one's employee's cake, and eating it too." Se om jämkningens negativa effekter även i N. Bruun, *Konkurrensklausuler i skärningslinjen mellan konkurrens-, marknads- och arbetsrätt*, Festskrift till Mogens Koktvedgaard s. 121 (136), red. Mats Bryde Andersen m.fl., Köpenhamn 2003 och i A. Adlercreutz, B. Flodgren, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse* s. 123, Lund 2002.

om att t.ex. erbjuda ersättning och att begränsa klausulerna till egna kunder. Arbetsökande som inte motsätter sig sådana konkurrensklausuler får fördel av att det används en giltig lydelse, i förhållande till mer konkurrensbenägna arbetsökande som kanske avstår anställningar med nämnda klausuler. Klausulerna används om de leder till en mer produktiv anställning, men inte annars.

7.2 Tecken på förhandling – kompromisser, detaljrikedom och särskild ersättning

Ett ytterligare steg vore att i skälighetsprövningen mer direkt undersöka om arbetsgivare och arbetstagare reellt har förhandlat klausulen. Man kan söka bevis för en dynamisk process där alternativ har lagts fram och bemötts, t.ex. att arbetsgivaren har inskränkt en ursprungligen framlagd konkurrensklausul. Hänsyn till sådant har tagits i praxis, t.ex. i AD 1993 nr 40, där domstolen uttalade att reella förhandlingar förts och att arbetstagaren förmådde arbetsgivaren att ändra ett först föreslaget konkurrensförbud. Avtalspreliminärerna bidrog till giltigheten. Om bevisläget medger det skulle med fördel liknande hänsyn kunna bli vanliga i mål om konkurrensklausuler.

Detaljrikedom och noggranna avgränsningar i konkurrensklausulers lydelse kan också tala för reella förhandlingar. I 2007 års avgörande från Hovrätten för Västra Sverige fann domstolen att klausulens avgränsning till specifika kunder talade för giltighet.⁷⁰ Med en detaljerad klausul kanske arbetstagaren enklare kan se vilka konkurrenshandlingar som träffas. Eftersom sannolikhet bedöms genom hur mentalt tillgängliga olika scenarier är, leder detaljrikedom och alternativ från arbetsgivaren till att parterna blir mer jämlika. Enbart ett generellt konkurrensförbud är svårt att veta vad det innebär och det finns en tendens att underskatta betydelsen. En klausul som anger att förbudet avser en lista med arbetsgivarens kunder eller konkurrenter vid uppsägningen, är relativt specifik och underlättar en förhandling.

Ett annat tecken på förhandling är om det finns skillnader avseende konkurrensklausuler för liknande arbetstagare på arbetsplatsen. Några har förmått att förhandla konkurrensklausulerna och arbetsgivaren har haft en kompromissvilja. Arbetsgivare med heterogena klausuler skulle kunna ges större möjlighet att förlita sig på lydelsena.

Eventuellt skulle också förhandling kunna framgå av att särskild lön har utgått under anställningen som ersättning för konkurrensklausulen. Den möjligheten har nämnts i bl.a. AD 2009 nr 63 och AD 2010 nr 53. Det krävs emellertid i så fall att arbetstagaren har kunnat välja den lägre lönen utan en konkurrensklausul. Risker är påtagliga att arbetsgivaren uppfattar ett sådant val som udda och en signal om närallgande konkurrensplaner. Erbjudandet kan bli ett sätt att

⁷⁰ Hovrätten för Västra Sverige mål T 1087-06, 2007-04-25.

välja bort arbetsökande. Det finns inte något AD-mål där arbetstagaren har erhållit särskild lönekomensation för en konkurrensklausul. AD har endast i några fall uttalat att särskild ersättning inte har utgått under anställningen och att det indikerade klausulens oskälighet. Pilotmålen skulle möjligtvis kunna ses som att särskild ersättning erbjöds för att arbetstagaren inte skulle ta annan flygtjänst under en tid.⁷¹ Men frågan är om Försvaret skulle ha anställt och utbildat piloter som sagt sig vilja gå utbildningen med lägre lön men som direkt efter utbildningen önskade att kunna ta tjänst hos kommersiella flygbolag utan ekonomiska konsekvenser. Det förefaller mindre troligt. Jag tror inte att särskild lönekomensation under anställningstiden fungerar som tecken på en dynamisk förhandling.

7.3 Formkrav – skriftlighet, särskilt dokument, registrering, offentliggörande

Av 6 c § 1 stycket LAS följer att arbetsgivare ska informera anställda om alla väsentliga villkor som gäller för anställningsförhållandet.⁷² Av paragrafens andra stycke följer att arbetsgivaren skriftligen ska informera bl.a. om parterna, arbetsuppgifter, arbetsplats, anställningsform, löneförmåner, arbetstid och kollektivavtal. Konkurrensklausuler nämns inte, men det kan hävdas att en sådan klausul ändå omfattas av informationsplikten beroende på klausulens väsentliga effekter.⁷³ Därmed kan det finnas ett skriftlighetskrav redan idag. Det är värdefullt, men konkurrensklausuler är nog nästan alltid skriftliga så den praktiska betydelsen blir ringa.

Ett ytterligare tänkbart formkrav vore att konkurrensklausuler behövde upprättas i ett särskilt av arbetstagaren undertecknat dokument, skilt från anställningsavtalet. Klausulen skulle i så fall inte vara ett villkor bland andra sådana i anställningsavtalet. Med ett särskilt dokument skulle klausulen inte uppfattas i lika hög grad som en biförpliktelse i ett positivt sammanhang, vilket idag är något som leder till att arbetstagaren inte överväger eller åtminstone överser

⁷¹ Pilotmålen – AD 1991 nr 38, AD 1992 nr 67 och AD 2002 nr 15.

⁷² Stadgandet bygger på direktiv 91/533/EG om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet (upplysningsdirektivet). Se närmare prop. 1993/94:67, prop. 2005/06:185 och Ds 2005:27. Tore Sigeman har påpekat att ett villkor som är av väsentlig betydelse för anställningsförhållandet omfattas av informationsplikten enligt direktivet, även om villkoret inte räknas upp konkret i direktivet och i 6 c §. Uppräkningen får nämligen inte förstås som uttömmande. Se T. Sigeman, Information om anställningsvillkor, Festskrift till Hans Stark s. 299 f. (Arbetsrättsliga förenings skrifter, Volym V, 2001). Se också K. Källström, J. Malmberg, Anställningsförhållandet s. 112 f., Uppsala 2009.

⁷³ Publikation av organisationen Ius Laboris, Non-Compete Clauses – An International Guide, tillgänglig på <http://www.iuslaboris.com/Files/non-compete-clauses-an-international-guide.pdf>, 2011-04-29.

med klausulens effekter. Arbetstagaren skulle också genom sin särskilda underskrift bli mer aktivt involverad, vilket visat sig ha ett positivt samband med avtalsuppfyllelse. Idag finns nog en stor andel arbetstagare som överhuvud inte vet ifall de har en konkurrensklausul i anställningsavtalet. Avtalet läses vid anställningstidpunkten, men glöms sedan bort och återfinns eventuellt vid överväganden kring en uppsägning.

Ett formkrav för giltighet bestående i ett särskilt undertecknat dokument skulle emellertid vara artfrämmande för svensk rätt. Det adderar transaktionskostnader. Rättsförluster genom att vissa arbetsgivare inte känner till formkravet är en annan nackdel. Ett särskilt dokument för konkurrensklausuler vore knappast praktiskt möjligt. Anställningsavtal är redan relativt korta, och skulle ett särskilt dokument upprättas i syfte att påverka arbetstagarens förhandlingsbenägenhet, borde det sannolikt inkludera andra väsentliga biförpliktelser i anställningen såsom t.ex. en övergång av rätten till arbetstagarens uppfinningar. Då skulle lite vara vunnet.

Ett annat tänkbart formkrav vore att förutsätta notering i ett offentligt register av en konkurrensklausul. Registrering skulle kunna vara en förutsättning för giltighet. En sådan öppenhet skulle ha fördelar. Arbetsgivare skulle bli mer återhållsamma med konkurrensklausuler, eftersom registren kanske avskräcker potentiella arbetssökande. Det blir inte kostnadsfritt att använda klausulerna ens när de egna anställda själva inte kräver compensation. Med ett registreringskrav går att föreställa sig arbetsgivare som lockar med att de har inga eller bara snäva konkurrensklausuler, jämfört med konkurrenterna. På samma sätt som mer förhandlade konkurrensklausuler gynnar arbetstagare som accepterar sådana, gynnar ett offentliggörande de arbetsgivare som kan driva sin verksamhet effektivt helt utan eller med bara snäva konkurrensklausuler. Signaleffekterna skulle reduceras genom att arbetssökande kan hänvisa till vad som är normalt. Registret skulle även reducera svårigheter beroende på oviljan till kognitiv dissonans. Anställningen och en eventuell konkurrensklausul skulle förmodligen uppfattas mer som två sammanlänkade men förhandlingsbara frågor. Kanske ett register även skulle kunna få arbetstagare att räkna med endowmenteffekten. Många i registret kommer att ha arbetat länge och fortfarande vara bundna av en konkurrensklausul. Arbetsgivare skulle ha fördel av att konkurrensklausulernas giltighet blir säkrare, vilket öppnar för överföring av mer teknisk kunskap, framväxt av djupare relationer mellan anställda och kunder samt större satsningar på utbildning.

Det är lätt att se fördelar med öppenhet, men nackdelarna i detta fall är också betydande. Invändningarna mot en offentlig registrering är i mångt och mycket desamma som beträffande ett separat dokument. Principen i svensk avtalsrätt är att i det längsta avstå från formkrav. Strävan mot enkla och smidiga avtalsformer är mycket viktig. Registrering skulle skapa administrationskostnader dels för företagen, dels för myndigheten som ska hantera registret. Rättsförluster måste man räkna med, eftersom inte alla arbetsgivare kommer att känna till registre-

ringskravet. Slutligen har det integritetskonsekvenser, om registrering sker på ett sätt som gör att arbetsgivare och arbetstagare blir identifierbara. Frågan om konkurrensklausuler är nog helt enkelt inte av den praktiska dignitet att ett registreringskrav är tänkbart. Särskilt undertecknat dokument och/eller offentlig registrering, skulle leda till mer förhandlade och skäligt formulerade konkurrensklausuler, men strävan dithän är inte nog viktig för så ingripande lösningar. Det finns mig veterligen inte något land där särskild dokumentation eller registrering krävs för giltighet.

Det är emellertid intressant att notera att ett system finns i svensk rätt som har likheter med särskild dokumentation och ett register. Punkten 7 i 1969 års överenskommelse stipulerar regelbunden genomgång av beståndet av konkurrensklausuler. Varje företag med konkurrensklausuler ska vid ordinarie lönervisionsdatum vartannat år, till berörda fackförbund överlämna förteckning över alltjämnt gällande konkurrensklausuler avseende förbundens medlemmar. Innan listorna upprättas ska man inom företaget överväga om och i vad mån klausulerna alltjämt är påkallade. Om avlämnad lista inte upptar anställd fackförbundsmedlem bunden av en konkurrensklausul, eller om företaget underlåter att överlämna förteckning över gällande konkurrensklausuler, förlorar ifrågavarande klausuler sin giltighet, förutsatt att företaget underlåter att vidtaga rättelse inom en vecka från det att fackklubben påpekat underlåtenheten. Det är ett system som har några av fördelarna med särskild dokumentation och ett offentligt register.

Det är emellertid tveksamt om förteckningar idag överhuvud upprättas av företag för vidarebefordran till fackförbund och vilken betydelse listorna i så fall tillmäts.⁷⁴ I skiljedomen från 1997 gällande 1969 års kollektivavtal fördes en diskussion kring om ogiltighetsregeln för icke-rapporterade konkurrensklausuler behövde tillämpas med försiktighet eller restriktivt, eftersom kunskapen om regeln var begränsad bland företag. Skiljenämnden fann att det inte hade framkommit något stöd för att ogiltighetsregeln, som enligt skiljenämnden var av central betydelse i 1969 års kollektivavtal, av detta skäl borde tillämpas med restriktivitet. Sammanfattningsvis är det svårt att veta i vilken utsträckning som listor avseende personer med konkurrensklausuler upprättas, men sådana förteckningar är knappast vanliga.

En förnyad och utvecklad användning av systemet i 1969 års överenskommelse skulle kunna vara ett sätt att få mer övervägda och skäliga konkurrens-

⁷⁴ Fahlbeck skriver att reglerna om genomgång uppfattas som giltiga av arbetsmarknadens parter och inte som ”döda bokstäver”, se R. Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter* avsnitt 6.3.2, tredje upplagan, Stockholm. Men Camilla Frankelius, som är Sveriges Ingenjörers industriförhandlare, uttalar att arbetsgivare som omfattas av 1969 års kollektivavtal inte anmäler konkurrensklausuler till facket som de är skyldiga att göra. Se E. Örnerborg, *Klausulerna ska anmälas till facket*, *Lag & Avtal*, 19 april 2012 s. 27. Även i A. Adlercreutz, B. Flodgren, *Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelse* s. 63, Lund 2002, uppges att systemet knappast tillämpas.

klausuler. Man kan möjligen hitta ett sätt där företagens rapportering sker anonymiserat och den inte bara avser fackförbundsmedlemmar eller bara görs tillgänglig för berörda fackförbund. Strävan skulle vara att enskilda arbetstagare i anställningsförhandlingen har tillgång till ett underlag i form av sammanställningar av hos olika arbetsgivare existerande klausuler. Det skulle reducera signaleffekter. Matchningen blir bättre genom att arbetsgivares behov och arbetstagares acceptans mer vägs in. Att modifiera punkten 7 i 1969 års överenskommelse i sagda riktning har emellertid nackdelen att företag utan kollektivavtal, inte underställs något krav. Ett första steg kanske ändå kunde vara att arbetsmarknadens parter undersöker möjligheterna att omförhandla punkten 7 i 1969 års avtal. Företagsvis offentlighet kring konkurrensklausuler blir emellertid inte lätt att uppnå. En indikation är att dagens system knappast används. Och det är osäkert om någon av parterna, arbetsgivare eller fackförbund, önskar mer öppenhet. Nackdelarna idag drabbar särskilt oorganiserade arbetstagare, genom en frånvaro av nyetablerade företag och genom rekryteringssvårigheter som drabbade företag har svårt att koppla till existerande konkurrensklausuler. Ett eventuellt samhällsintresse av offentliggjorda sammanställningar kanske därför inte passar för kollektivavtalsreglering, utan mer lämpar sig för regelverk om hur företag lämnar information.

7.4 Betänketid och avtalstidpunkten

En annan väg mot förhandling och skälighet vore att en konkurrensklausul som presenteras för en arbetssökande bara blir giltig om betänketid har funnits innan klausulen accepteras. Minst ett par dagar, kanske en vecka, ska passera innan arbetstagaren lämnar en giltig accept. En sådan betänketid skulle betyda att en arbetsgivare i många fall måste avvakta med att sluta anställningsavtalet och i vissa situationer är fördröjningen naturligtvis en nackdel. Om arbetsgivare eller arbetstagare parallellt förhandlar med flera parter kan beslut behöva fattas snabbt. Det ska vägas mot att arbetssökande får tillfälle att söka rådgivning, inleda en förhandling om klausulen och att kanske överväga andra anställningar. Om arbetstagaren hinner få rådgivning kan signaleffekten av ett förhandlingskrav bli mindre. Psykologiska hinder reduceras också. Arbetstagaren hinner överväga ett scenario där han eller hon blir missnöjd med anställningen och konkurrensmöjligheter åsätts ett högre värde.

Tvingande betänketid kräver lagstiftning och det vore knappast ändamålsenligt. En mildare form skulle vara att i skälighetsbedömningen enligt 38 § avtalslagen ta in tidsperioden mellan första presentationen av konkurrensklausulen och det bindande anställningsavtalet, som en faktor. Ju tidigare som konkurrensklausulen har förts på tal, desto mer sannolikt att den är skälig. I de flesta fall sker en anställningsförhandling relativt utdraget och flera tänkbara kandidater intervjuas. Trots det är det nog ganska vanligt att konkurrensklausuler kommer

på tal i nära samband med undertecknandet, i ett skede när parterna utgår från att förhandlingen är avslutad. Stundom torde det t.o.m. vara så att konkurrensklausuler intas i ett dokument som arbetstagaren får första dagen på arbetet, i samband med att nycklar, passerkort, m.m. hämtas ut. Konkurrensklausuler som ingås enligt principen acceptera-anställningen-först-och-fä-konkurrensklausulen-senare, är naturligtvis tveksamma. Tidigt omnämnande är också en förutsättning för att de arbetstagare som accepterar en giltig och långtgående klausul ska kunna nyttja sin fördel.

AD:s praxis gör redan tydlig skillnad mellan konkurrensklausuler som ingås i början av en anställning och sådana som sluts efter en uppsägning (avgångsavtal). De senare är normalt skäliga och giltiga enligt ordalydelsen. Det förklarar domstolen med den jämbördiga förhandlingssituationen.⁷⁵ På liknande sätt skulle hänsyn kunna tas till tidpunkten innan anställningsavtalet, som konkurrensklausulen först presenterades för arbetstagaren. Vid ett tidigt omnämnande blir effekterna av motviljan till kognitiv dissonans inte så stark, eftersom arbets sökanden i det skedet inte är säker på att få anställningen. Ett tidigt omnämnande och betänketid skulle också involvera arbetstagaren mer i klausulen, vilket ger större benägenhet att respektera densamma.

Sammanfattningsvis finns flera möjligheter att underlätta individuell förhandling av konkurrensklausuler som leder till skäliga lydelse. Det kan i princip göras dels genom formkrav, dels genom att fästa avseende vid hur förhandlingen har genomförts. Slutsatsen drogs emellertid att ytterligare formkrav utöver skriftlighet – särskild dokumentation eller registreringskrav – är orealistiska. Lämpligare är att mer än idag beakta detaljerna kring förhandlingen och parternas agerande däri. AD har gått i den riktningen på senare tid, men man kan göra mer. Några av de viktigaste möjligheter har nämnts ovan, men det är svårt att uttömmande identifiera faktorerna som kan tillmätas betydelse. Tanken med att beakta detaljerna i förhandlingsprocessen är ändå att ansvaret på detta sätt ska förskjutas mot de individuella parterna. Man måste då också tolerera att oönsksamhet kring konkurrensklausuler har konsekvenser. Om bara förhandlingssituationen var rättvis bör nog konkurrensklausuler i några fall kunna tillåtas med ett materiellt innehåll som idag inte accepteras. Frågan gäller relativt välkvalificerade personer som brukar betros med att förhandla inom vida ramar, om än det naturligtvis alltid kommer att finnas behov av möjligheten till *ex post* prövning av konkurrensklausuler.⁷⁶

⁷⁵ Det är ett synsätt som t.ex. uttrycks i AD 1993 nr 40 och i 2007 års avgörande från Hovrätten för Västra Sverige.

⁷⁶ Det har inte varit syftet att i artikeln diskutera den materiella skälighetsbedömning som görs idag utifrån förhållandena vid uppsägningen, utan istället att lyfta fram att det finns en annan möjlig prövning som ofta har fördelar. Skulle förhandlingsskälighet få större plats i praxis enligt 38 § avtalslagen leder det emellertid naturligt till en mer tolerant inställning gentemot utfallet (materiell skälighet ges mindre utrymme).

8. Slutsatser

AD har de senaste decennierna visat en lyhördhet för utvecklingen i näringslivet och, utanför det kollektivavtalsreglerade området, vidgat möjligheterna att använda konkurrensklausuler. Arbetsgivare utan kollektivavtal kan skydda kundrelationer, men bara så länge klausulerna inte lägger mer än marginella hinder i vägen för arbetstagaren. Man kan utan att ha tekniska hemligheter hindra arbetstagaren från att arbeta med de kunder som fanns hos arbetsgivaren vid anställningens upphörande. Ersättning krävs normalt under konkurrensklausulens tillämpning. Utöver det tas hänsyn till faktorer såsom arbetstagarens lön, anställningens längd, arbetstagarens utbildning, erfarenhet och position, om arbetsgivaren har investerat i utbildning, klausulens tidslängd och geografiska utsträckning, vid vilken tidpunkt som konkurrensklausulen ingicks och om det var arbetstagaren som sade upp sig. Mångfalden gör det svårt att förutse utfallet. AD 2013 nr 24 har emellertid förenklats i ett viktigt avseende: gynnande ändringar tycks inte längre kunna göras av arbetsgivaren i oskäligen konkurrensklausuler, efter arbetstagarens uppsägning. En ursprungligt formulerad klausul är i sin helhet giltig eller ogiltig. Rättsläget kan fortsatt förnyas i samma riktning genom att skälighetsbedömningen fokuserar mer än idag på förhandlingsprocessen och mindre på de materiella konsekvenserna vid en uppsägning. Med individuellt förhandlade och giltiga klausuler vinner man förutsebarhet och bättre matchning på arbetsmarknaden, men det kräver att arbets sökandes förhandlingssvårigheter beaktas noggrant.

Det finns flera möjligheter. Tidpunkten då konkurrensklausulen ingicks är idag viktig främst genom att det skiljs mellan klausuler ingångna vid anställningens början och sådana som finns i avgångsavtal. Man kan gå längre och beakta om det fanns betänketid för arbetstagaren och när under anställningsprocessen som konkurrensklausulen fördes på tal. Man kan allmänt bedöma vilken styrka som arbetstagaren besatt i förhandlingen. Vidare kan det vara av betydelse om arbetsgivaren har anpassat en först föreslagen konkurrensklausul eller om det finns skillnader mellan kollegor. AD har i några fall beaktat om det för konkurrensklausulen utgått särskild lönekompensation under anställningen, men det indikerar knappast en förhandling.

Skriftlighet är eventuellt redan ett krav och det är positivt. Ett annat formkrav ledande till mer förhandlade och skäliga konkurrensklausuler, vore att klausulen behövde upprättas i ett särskilt dokument undertecknat av arbetstagaren. Men fördelarna härav är knappast tillräckliga för att väga upp administrationskostnader och rättsförluster. En annan möjlighet att främja förhandling vore att en konkurrensklausul skulle behöva noteras i ett offentligt register. Också det vore emellertid alltför långtgående med hänsyn till den enkelhet som eftersträvas på svensk arbetsmarknad. Lämpligare skulle vara att genom ett ändrat kollektivavtal få på företagsnivå offentliggöra sammanställningar av gällande konkurrensklausuler, men det är tveksamt om en sådan överenskommelse är möjlig.

Arbetsökanden: ”Tack för anställningsavtalet. Ni hör alltså av er om en vecka och meddelar om jag kan få tjänsten. Jag ska under tiden tänka igenom konkurrensklausulen och undersöka vad som är normalt.” Personalchefen: ”Gör det. Du kommer att se att vi ligger i framkant även inom detta område.”