

Blendow Lexnova Expertkommentar - Affärsjuridik, mars 2018

Längre konkurrensklausuler skyddar företagsköpare

Företagsförvärv är riskfyllda och köparen har all anledning att försöka begränsa risken i den situation som uppstår efter att man tillträtt målföretaget. Riskerna består inte bara av eventuella fel och brister i de övertagna tillgångarna, utan även av hur intressenterna i företagets omvärld - däribland säljaren - agerar efter förvärvet.

A. Reglering av konkurrens mellan köpare och säljare

En viktig funktion av köpeavtal vid företagsförvärv är att se till att säljaren inte omedelbart kan använda köpeskillingen för att starta ett företag inom branschen som konkurrerar med det nyss sålda målföretaget. Säljaren besitter troligtvis fortfarande efter tillträdet ingående kunskaper om branschen och har kvar sitt upparbetade kontaktnät. Om säljaren har rätt att starta eller hjälpa ett konkurrerande företag kommer köpet inte att ge det utbyte köparen förväntat sig och har betalat för. Även om förfarandet tycks illojalt - förekommer det.

Av detta skäl vill köparen inkludera ett icke-konkurrensvillkor, även kallad konkurrensklausul, i företagsköpeavtalet. Att säljaren inte under några år efter transaktionen börjar konkurrera med köparen och målföretaget är en generell och accepterad förutsättning för företagsförvärv. Rättsligt sett anses det att köparen har ett legitimt intresse av att kunna tillgodogöra sig värdet av det förvärvade företaget. Samtidigt finns det också negativa konsekvenser av sådana villkor eftersom de konstituerar ett privat överenskommet näringsförbud för en aktör som har kompetens och medel att bedriva verksamhet inom en viss marknad.

Ett typiskt, men tillrättalagt, konkurrensvillkor kan se ut som följer:

Säljaren förbinder sig att under en period av två (2) år efter Avtalsdagen inte, vare sig direkt eller indirekt,

a. bedriva eller på annat sätt främja verksamhet som direkt eller indirekt konkurrerar med Målföretagets eller dess Dotterbolags verksamhet.

b. äga eller kontrollera mer än fem (5) procent av andelarna i ett bolag med konkurrerande verksamhet.

c. rekrytera, anställa eller ge uppdrag till person som i relation till Målföretaget varit anställd, uppdragstagare, ledande befattningshavare, medarbetare, representant eller rådgivare.

d. avslöja affärshemlighet eller information avseende Målföretagets produkter, affärsprocesser, arbetsmetoder, teknik, leverantörer, kunder, finansiering eller strategi.

I ovanstående fall har säljaren förbundit sig att inte konkurrera (a.), inte vara ägare av en konkurrent (b.), inte rekrytera medarbetare (c.) och inte sprida information (d.). Den vanligaste konkurrensklausulen omfattar endast a. men i många fall expanderas villkoret till att reglera andra former av illojala förfaranden från säljaren sida. Att säljaren litar sig med en konkurrent, rekryterar

nyckelpersoner eller sprider affärskunnande kan vara lika skadligt som öppen konkurrens.

För att inte bestämmelsen ska bli för omfattande, bland annat så att säljaren kan acceptera den, men även för att den inte ska strida mot konkurrensrätten (som omtalat nedan) måste klausulen begränsas. Det finns olika typer av begränsningar men den vanligaste är att låta den gälla endast en viss tid från avtalsstillträdet. Andra typer av begränsningar är den geografiska räckvidden och vilka aktiviteter som är inkluderade.

Det är opåkallat men förekommande att konkurrensförbudet görs ömsesidigt, det vill säga att köparen även åtar sig att i motsvarande utsträckning inte konkurrera med säljaren i den verksamhet som säljarbolaget fortsätter bedriva. Ett sådant reciprok villkor är än mer känsligt ur ett konkurrensrättsligt perspektiv.

Det finns, liksom vid sekretessklausuler, skäl att överväga att knyta ett vite till klausulen som påföljd vid brott mot konkurrensklausuler. Det kan vara svårt för köparen att visa de faktiska konsekvenserna och skadorna på grund av brott mot klausulen och därför är ett vite mer praktiskt. Skadeståndssanktionen ska dock inte uteslutas så att köparen har möjlighet att kompenseras för den faktiska direkta och indirekta skadan av avtalsbrottet.

B. Fallet

Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) avgjorde sent i november 2017 ett mål ([PMT 7498-16](#)) gällande konkurrensklausuler vid företagsförvärv.

Konkurrensverket hade 2014 väckt talan mot tre flyttföretag på grund av två företagsöverlåtelser där parterna avtalat om att inte konkurrera under fem år efter tillträdet. Bakgrunden var att marknadsledaren Alfa Quality Moving AB förvärvade delverksamheter från NFB Transport Systems AB och ICM Kungsholms AB. NFB och ICM var då bolagsrättsligt skilda men sammankopplade genom ägande och numera sammanslagna under firman Eterne. De båda överlåtna delverksamheterna rörde utrikes bohags- och verksamhetsflyttningar för framförallt större företag där sådana flyttar sker med viss regelbundenhet. Kundavtalen och kundrelationerna i branschen är långsiktiga, med ramavtal och upparbetade kunskaper om kundernas preferenser. De överlåtna företagen var fortsatt verksamma inom den angränsande marknaden inrikesflyttar och annan verksamhet.

Den första transaktionen var ett aktieförvärv som ägde rum 2006. NFB knoppade av sina utrikesflyttar till ett dotterbolag som därefter överläts till Alfa. I avknoppningen ingick materiella tillgångar (containrar, flyttmaterial, magasinlådor med mera), men vare sig personal eller kundavtal. Köpeskillingen var 10 miljoner kronor. Det var upp till köparen att kontakta och överta de kunder och anställda de önskade. Eftersom viss personal övertogs och säljaren var behjälpligt med övertagande av kunder ansåg man att Alfa övertagit NFB:s goodwill och know-how inom utlandsflyttar.

Den andra transaktionen var ett inkråmsförvärv som föranleddes av att ägaren till NFB förvärvade kontrollen i ICM och som en konsekvens av den först avtalade konkurrensklausulen. Inkråmet överläts 2011 och omfattade materiella tillgångar. Kunder och anställda övertogs genom att köparen kontaktade vissa av dem, motsvarande förfarandet vid den första transaktionen. Värdet av ICM:s utrikesflyttar var 10,5 miljoner kronor.

Det rörde sig således om två transaktioner och två konkurrensklausuler som dock var relaterade, eftersom de rörde samma grupp av företag och samma typ av verksamhet. Även de perioder som

reglerades överlappade till en del. Konkurrensklausulen för den första transaktionen (2006) innebar att säljarbolaget, dess ägare och närstående bolag, inte skulle konkurrera med köparen inom marknaden för utrikesflyttar under en period om fem år. Om säljaren bröt mot klausulen utgick vite begränsat till maximalt 200 000 kronor per år. Konkurrensklausulen för den andra transaktionen (2011) innebar att endast säljarbolaget ICM inte skulle konkurrera, genom att vare sig direkt eller indirekt bedriva verksamhet inom marknaden för utrikesflyttar, under en period om fem år. Den andra konkurrensklausulen innehöll ingen särskild påföljdsbestämmelse och sanktionerades således av skadeståndsansvar.

Klausulerna var ensidiga till förmån för köparen. På grund av sent tillträde i första fallet och uppsägning i andra fallet var klausulerna praktiskt sett i kraft 4 år och 10 månader (2006 års klausul) respektive 2 år och 9 månader (2011 års klausul).

De långa konkurrensklausulerna motiverades med att branschen präglades av långa avtalsperioder och hög kundlojalitet.

C. Reglering av konkurrensvillkor

Bortsett från normal avtalsrätt kan ifrågavarande villkor angripas utifrån konkurrensrättsliga principer. Företagsförvärv utgör enligt konkurrensrätten företagskoncentrationer och regleras av 4 kap. konkurrenslagen (KL). Företagskoncentrationer som förklaras förenliga med den gemensamma marknaden ska enligt [EU:s koncentrationsförordning \(139/2004\)](#) inkludera även de begränsningar av konkurrensen som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationens genomförande (så kallade *accessoriska villkor*). I 2:1 KL finns även förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten, det vill säga sådana avtal mellan företag som har till syfte (*syftesöverträdelser*) eller resultat (*resultatöverträdelser*) att hindra, begränsa eller snedvräda konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt.

På basis av flyttföretagens transaktioner hade Konkurrensverket att pröva två frågor:

1. Är konkurrensvillkoren accessoriska till företagsförvärven?
2. Strider konkurrensvillkoren mot förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete?

Accessoriska villkor

EU-kommissionen har i sitt [tillkännagivande \(2005/C56/03\)](#) gjort en precisering av koncentrationsförordningens artiklar som omfattar accessoriska begränsningar i företagskoncentrationer. Tillkännagivandet är endast vägledande för tillämpningen och inte bindande för nationella myndigheter och domstolar.

Accessoriska begränsningar är sådana begränsningar av parterna handlingsfrihet på marknaden som har direkt anknytning till och är nödvändiga för genomförandet av en företagskoncentration. Sambandet med koncentrationen ska göras på objektiva kriterier och inte baserat på parternas subjektiva uppfattning. Det finns således två kriterier:

Direkt anknytning (Tillkännagivandet II.12) Begränsningen ska ha ingåtts samtidigt eller i samma sammanhang som huvudtransaktionen men den ska även vara ekonomisk förknippad med transaktionen och ha till ändamål att möjliggöra en smidig övergång till den nya företagsstrukturen.

Nödvändig för genomförandet (Tillkännagivandet II.13) Om begränsningen inte fanns skulle det innebära osäkerhet, fördyring, försening eller svårigheter för företagskoncentrationen. Nödvändiga begränsningar är typiskt sett till för att skydda värdet av huvudtransaktionen. Bedömningen innefattar begränsningens art, varaktighet, materiella och geografiska tillämpningsområde.

Tillkännagivandet reglerar i en särskild avdelning just konkurrensvillkor vid företagsförvärv. Där sägs att:

För att kunna tillgodogöra sig hela värdet av de överlåtna tillgångarna måste köparen åtnjuta någon form av skydd mot konkurrens från säljaren för att vinna kundernas lojalitet och införliva och utnyttja företagets know-how. Sådana konkurrensklausuler utgör en garanti för att tillgångarnas fulla värde överförs till köparen.

Kommissionen avgör i tillkännagivandet att konkurrensvillkoren i förhållande till vilka värden som överförs från säljare till köpare. Reglerna innebär att följande schema bör beaktas vid införande och formulering av konkurrensvillkor:

Överförda värden	Accepterad period för konkurrensklausuler
<i>Materiella tillgångar</i> samt exklusiva industriella eller kommersiella äganderätter	Ingen
<i>Goodwill</i> (= affärsrenommé, t.ex. rykte på marknaden, varumärken och kundrelationer).	Upp till 2 år
<i>Know-how</i> (= tekniskt kunnande, dvs. praktisk, ekonomisk eller marknadsinformation baserad på erfarenhet som är hemlig, väsentlig och identifiering).	Upp till 3 år

Konkurrensbegränsande samarbete

Frågan om konkurrensvillkoren strider mot konkurrenslagens regel om konkurrensbegränsande samarbete innehåller flera kriterier. Avgörande i fallet är om klausulerna haft ett konkurrensbegränsande syfte eller om klausulerna fått ett konkurrensbegränsande resultat. I det förra fallet (syftesöverträdelser) gäller att samordningen mellan företagen är så pass skadlig att dess faktiska effekter på konkurrens inte ens behöver prövas, typiskt sett rör det horisontell kartellsamverkan mellan konkurrenter. I fallet med konkurrensbegränsande resultat (resultatöverträdelser) krävs att omständigheterna visar att konkurrens faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits. Det är alltså Konkurrensverket som har bevisbördan för detta påstående.

För att avgöra om ett villkor eller avtal innebär en syftesöverträdelse ska man främst beakta avtalsinnehållet, avtalets objektiva målsättningar samt avtalets ekonomiska och juridiska sammanhang. Det viktigaste kriteriet för en syftesöverträdelse är att avgöra om samordningen i sig är tillräckligt skadlig för konkurrensen. Syftesöverträdelse tillämpas endast på vissa typer av samarbeten och tillämpningsområdet är därför inskränkt.

PMÖD:s slutsatser

Patent- och marknadsöverdomstolen fastställer tingsrättens domslut och lämnar Konkurrensverkets talan utan bifall. Konkurrensverket ändrade sin talan i PMÖD så att man släppte påståendet att avtalen mellan företag haft ett konkurrensbegränsande resultat. Kvar fanns endast frågan om villkoren var accessoriska och om de var syftesöverträdelser.

Domstolen hade följaktligen att avgöra var gränsen går för när en konkurrensklausul upphör att vara accessorisk och istället är konkurrensbegränsande i strid med KL 2:1. Och om det vid denna gräns inträder en syftesöverträdelse eller en resultatöverträdelse, det vill säga måste Konkurrensverket påvisa en konkurrensbegränsande effekt med en utredning av klausulens påverkan på konkurrensen på marknaden?

Domstolen konstaterar att accessoriska villkor inte faller inom tillämpningsområdet för det konkurrensrättsliga förbudet, men om ett villkor är mer långtgående än vad som är objektivt nödvändigt för förvärvets genomförande är det inte accessoriskt. Tillkännagivandets tidsperioder anger endast hur länge företag är skyddade mot talan från kommissionen, det vill säga inte hur länge en konkurrensklausul i det enskilda fallet kan vara gällande och fortfarande anses accessorisk.

Domstolen tillstår alltså att det finns gränser för hur länge en konkurrensklausul kan vara accessorisk. En klausul kan i praktiken vara motiverad även "fem år eller t.o.m. längre". Klausulerna är dock inte syftesöverträdelser utan bedömningen av om klausulen upphört vara accessorisk ska i normala fall avgöras av en utredning om klausulens konkurrensbegränsade resultat. PMÖD tillägger lätt raljant:

Med tanke på att förhållanden och beteenden på marknader förändras gradvis är det uppenbart att ett avtal om företagskoncentration som innehåller en sådan konkurrensklausul inte från en dag till en annan kan gå från att vara utan negativ påverkan på konkurrensen till att vara så skadligt för konkurrensen att något konkurrensbegränsande resultat inte behöver visas föreligga.

D. Slutkommentar

Fallet handlar i grunden av konsekvenserna av att överskrida de accepterade tidsgränserna för konkurrensklausuler. I praxis är konkurrensklausuler mycket sällan gällande längre än de 2 - 3 år som även EU:s tillkännagivande stipulerar. Skälen till detta är flera, utöver den omtalade rättsliga övervägandena. I praktiken är tidsgränsen ett uttryck för att avtalsperioden i allmänhet bör vara kortast möjliga vid överlåtelser så att parterna inte är bundna till varandra längre än nödvändigt - det gäller även tilläggsköpeskillingar, preskriptionstider med mera. Tidsgränsen kan även ses som en uppmaning till köparen att vara aktiv och skyndsam i sitt övertagande och integrering av målföretaget. Tidsgränsen kan också tolkas i ljuset av att köpeskillingen många gånger är i storleksordningen 3 - 5 årsvinster och att efter denna uppskovsperiod går konkurrensen tillbaka till det normala.

Det finns föga att invända mot PMÖD:s slutsats om företagskoncentrationen sätts i förgrunden. Företagsförvärv och dess accessoriska begränsningar är som huvudregel tillåtna. Den slutsatsen stöds av koncentrationsförordningen. Det är då väl magstarkt att per ett visst datum gå från ett tillåtet förfarande direkt att bedöma förfarandet som förbjudet per se. Bilden blir dock något annorlunda om själva konkurrensöverenskommelsen sätts i förgrunden. Avtal mellan kommersiella parter att inte konkurrera är otillåtet. Det är endast på grund av att överenskommelsen är

accessorisk till en företagskoncentration som den är tillåten. Då framstår inte konsekvenserna av konkurrensbegränsningen som helt orimliga. Konkurrensklausuler är undantagsvis tillåtna vid företagsförvärv och om parterna inte kan skapa sunda principer för att inskränka dess negativa effekter mot kunderna bör sanktionerna vara tydliga.

Det kan bara konstateras att rättsläget numera är att konkurrensklausuler vid företagsförvärv aldrig kan vara syftesöverträdelser oavsett längd. Vi får hoppas att detta inte skapar negativa effekter för konkurrensen i näringslivet eller för Konkurrensverkets budget.



Robert Sevenius

Ekon. lic., jur.kand., verksam som rådgivare inom företagsförvärv vid Arkios Sweden samt författare till böcker om företagsförvärv och bolagsstyrning samt kursledare vid Sveriges Advokatsamfund, Linköpings universitet, Företagsekonomiska Institutet m fl.