

Refereegranskad artikel

Docent Petra Sund-Norrgård, Helsingfors universitet

Värvningsklausuler i avtal mellan näringsidkare¹

1 Inledning

1.1 Vad är en värvningsklausul?

Artikeln behandlar så kallade *värvningsklausuler*². På finska används t.ex. begreppen *houkuttelukiello* och *rekrytointikiello*, på engelska t.ex. *non-solicitation*, *non-recruit* och *non-poaching clause*. Med termen *rekryteringsförbud*³ avses i artikeln den avtalsklausul som förbjuder en avtalspart att värva den andra avtalspartens arbetstagare till den egna verksamheten. Förbudet gäller ofta dels under avtalstiden, dels under en viss tid efter avslutat avtal. Alternativt kan värvningsklausulen skrivas som en *kundklausul*⁴, vilken i artikeln förstås som ett motsvarande förbud att värva avtalspartens kunder. Rekryteringsförbudet kan sägas säkerställa det fortsatta intresset av att upprätthålla och på olika sätt investera i en stabil arbetsstyrka, medan en kundklausul primärt säkerställer intresset av att utveckla kundrelationer och kundkontakter.⁵ Värvningsklausulen kan skrivas in i såväl avtal mellan näringsidkare som i arbetsavtal, och den kan bestå av såväl ett rekryteringsförbud som en kundklausul.⁶ En värvningsklausul i ett avtal mellan

¹ Jag vill tacka professor Niklas Bruun för värdefulla idéer, synpunkter och kommentarer.

² Termen används även t.ex. i Fahlbeck, Reinhold, Lagen om skydd för företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter, tredje upplagan, Stockholm 2013 s. 201.

³ Se Domeij, Bengt, Från anställd till konkurrent. Lojalitetsplikt, företagshemligheter och konkurrensklausuler, Stockholm 2016 s. 241 som använder begreppet *icke-rekryteringsklausul*.

⁴ Jfr begreppsanvändningen i Domeij 2016 s. 241, 397; han särskiljer mellan *kundklausulen* som ”anger att arbetstagaren efter anställningen inte får börja hos arbetsgivarens kunder” respektive *kundskyddsklausulen* som avser ”hinder mot att ’ta med sig kunder’ till en konkurrent”.

⁵ Nicholas, Elisabeth E., Drafting Enforceable Non-solicitation Agreements in Kentucky, Kentucky Law Journal 2006–2007 s. 505–527 (s. 508).

⁶ Nicholas 2006–2007 s. 508, Fahlbeck 2013 s. 201–202.

näringsidkare kan gälla för den ena eller för bägge parterna. Klausulen kombineras allmänt med en bestämmelse om avtalsvite.⁷

1.2 Syfte och upplägg

Väravningsklausulen har diskuterats sparsamt i nordisk juridisk doktrin. Artikelns syfte är initiera en sådan diskussion. Här belyses skillnader och likheter mellan väravningsklausuler och besläktade, mera välkända rättsfigurer. Det är fråga om att formulera vissa tankar om, och synpunkter på, väravningsklausuler och deras tolkning enligt finsk rätt. Syftet är uttryckligen *inte* att på ett uttömmande sätt redogöra för väravningsklausulens ställning i finsk rätt e.d.

Artikeln behandlar väravningsklausuler som har skrivits in i *avtal mellan näringsidkare*. Såväl rekryteringsförbud som kundklausuler tas upp. Diskussionen inleds med att i kapitel 2 kort diskutera väravningsklausulen i praxis. Här redogörs bl.a. för en liten empirisk undersökning som gjordes i maj 2016. I kapitel 3 ligger fokus på de rättsregler som gäller för väravningsklausuler. Kapitel 4 tillägnas sådana faktorer som kan påverka bedömningen av en väravningsklausul, medan kapitel 5 består av en kort sammanfattning och några avslutande reflektioner.

I diskussionen ligger fokus mestadels på *hur väravningsklausulen inverkar på partskonstellationen A – B*, där såväl A som B är näringsidkare som har träffat det avtal vari väravningsklausulen ingår. Avsnitt 3.5 har däremot ett annat fokus: Här belyses möjligheten att *ålägga en*, i förhållande till avtalsrelationen A – B, *utomstående part ett ansvar* för så kallad medverkan till avtalsbrott. I den diskussionen är 3:3.3 i arbetsavtalslagen (ArbAvtL) samt 1.1 § i lag om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet (OtillbFörfL) relevanta. Även avsnitt 4.7 avviker i fråga om fokus; då diskuteras att *ett rekryteringsförbud i avtalet A – B också kan påverka A:s arbetstagare AT*. Det är sålunda fråga om ett tredjepartsperspektiv även här: det är problematiskt att en arbetstagare – som enligt arbetsrätten som utgångspunkt är fri att söka nytt arbete – de facto kan hindras att göra så till följd av att hens arbetsgivare i ett avtal med en annan näringsidkare har skrivit in ett rekryteringsförbud.

⁷ Lindfelt, Villy, Sopimuksen päätyessä voimassa pysyvät sopimusmääräykset, Defensor Legis 2011 s. 195–209 (s. 207).

Trots att den med EU-konkurrensrätten harmoniserade konkurrenslagen (KonkurrensL)⁸ förvisso kan ha en viss relevans för värkning,⁹ ligger fokus inte på frågor som faller under den. Det huvudsakliga perspektivet är sålunda inte ett makroperspektiv som tar sikte på samhällsintresset.¹⁰ Konkurrensrätten fokuserar som bekant på karteller, missbruk av dominerande marknadsställning o.d.¹¹ Det kan dock noteras att KonkurrensL 2.1 §, som medför att lagen i fråga inte tillämpas ”på avtal och arrangemang som gäller arbetsmarknaden”, i sig inte hindrar att den kan tillämpas på t.ex. ett rekryteringsförbud i ett avtal mellan näringsidkare som förbjuder rekrytering av den andra partens arbetstagar.¹²

Artikeln innehåller en hel del ställningstaganden som baseras på svensk rätt. Amerikansk rätt har fått ett visst utrymme, eftersom man i USA har presenterat intressanta synpunkter om värningsklausuler som det finns skäl att notera. Dessutom hänvisas i artikeln till såväl dansk som norsk rätt. Den utländska rätten används i denna, i huvudsak rättsdogmatiska, undersökning närmast i tjänande syfte vid tolkningen av problem i den nationella rätten.¹³

⁸ Se även Leivo, Kirsi & Leivo, Timo & Huimala, Hannele & Huimala, Mikko, EU:n ja Suomen kilpailuoikeus, Helsinki 2012 s. 1316–1317 för en överblick av denna revidering av konkurrensrätten. KonkurrensL trädde i kraft 1.11.2011.

⁹ Det kan påpekas att i avgörandet MD 183/16 – i vilket ett rekryteringsförbud figurerar – tillämpades huvudsakligen den gamla lagen om konkurrensbegränsningar 480/1992. Se punkt 451 i domen om detta.

¹⁰ Adlercreutz, Axel & Flodgren, Bodil, Om konkurrensklausuler i anställningsavtal och vid företagsöverlåtelser, Lund 1992 s. 48.

¹¹ Se även Kuoppamäki, Petri, Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa, Helsinki 2003 s. 21.

¹² Se även Bruun, Niklas, Konkurrensklausuler i skärningslinjen mellan konkurrens-, marknads- och arbetsrätt, i Mads Bryde Andersen & Caroline Heide-Jørgensen & Jens Schovsbo (red.), Festschrift til Mogens Kockvedgaard, København 2003 s. 121–139 om konkurrensrättens tillämpning på konkurrensklausuler i *arbetsavtal*. Här konstateras att ”[k]onkurrenslagstiftningen torde som huvudregel inte bli tillämplig på konkurrensklausuler som ingåtts mellan arbetsgivare och anställd”, vilket dock *inte* beror på arbetsmarknadsundantaget i lagen. Bruun är i stället ”tveksam till om konkurrensklausuler kan anses utgöra ’avtal eller arrangemang som gäller arbetsmarknaden’”, eftersom de tar sikte på tiden *efter* anställningen. Till följd av att en part i ett arbetsavtal är annat än näringsidkare uppfylls däremot inte ”lagens tillämpningsförutsättning i subjektivt hänseende”.

¹³ Strömholm, Stig, Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag, Svensk Juristtidning 1971 s. 251–263 (s. 252–254).

2 Värvningsklausulen i praxis

För att få en bild av värvningsklausulernas användning i praxis, kontaktade jag i maj 2016 per e-post tre erfarna finska jurister verksamma inom affärsjuridikens område. Utifrån svaren i denna – förvisso mycket begränsade – empiriska undersökning kan man dra slutsatsen att värvningsklausuler numera skrivs in i många olika avtal.¹⁴ Enligt respondenterna hittas de i sekretessavtal, intentionsavtal (speciellt gällande företagstransaktioner), i olika överlåtelseavtal såsom avtal för överlåtelse av affärsverksamhet, i aktieägaravtal och andra samarbetsavtal, i R&D¹⁵ och IT-avtal, olika sakkunnigavtal (med advokat, konsult etc.), VD-avtal och avtal med andra ledande befattningshavare i bolag (i sådana fall i kombination med konkurrensförbud), samt i vissa franchiseavtal. Enligt en respondent är det dock sällan motiverat med en värvningsklausul i franchiseavtal inom t.ex. restaurangbranschen, medan t.ex. en kundklausul kan behövas i franchiseavtal inom vård eller städservice.

Två respondenter meddelade att rekryteringsförbud används oftare än kundklausuler; en av dem motiverade detta med att kundklausulerna upplevs som mer problematiska ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. En respondent meddelade att såväl rekryteringsförbudet som kundklausulen uppfattas som en typ av konkurrensklausul, varför ett verkligt behov av dem behövs för att de ska kunna användas. Följaktligen används bägge varianterna rätt sparsamt. Frågan om värvningsklausulens ”släktskap” med konkurrensklausulen är intressant och tas upp senare i artikeln.

Beträffande förbudets längd meddelade en respondent att förbudet ofta är i kraft i 6–12 månader, medan en annan meddelade en gaffel på 6–24 månader till följd av att värvningsklausulen inte uppfattas som en regelrätt konkurrensklausul. En respondent konstaterade att förbudet allmänt är i kraft i 12–24 månader. En bestämmelse om avtalsvite skrivs i allmänhet in i värvningsklausulen, med undantag för vissa sakkunnigavtal. Som ett exempel meddelade en respondent att avtalsvitet som skrivs in i ett rekryteringsförbud kan motsvara den ifrågasvarande personens lön för sex månader.

Det finns inte mycket rättspraxis att stöda sig på. En sökning 13.10.2016 bland de finska domstolsavgöranden som publicerats på www.finlex.fi gav endast en träff i fråga om specifika värvningsklausuler: I kartellärendet MD 183/16 (där

¹⁴ Se också Fahlbeck 2013 s. 201: ”Användning av värvningsklausuler synes vara starkt tilltagande.”

¹⁵ Förkortning för *research and development*, dvs. forskning och utveckling.

marknadsdomstolen förkastade konkurrens- och konsumentverkets yrkande om påföljdsavgift) noteras en överenskommelse mellan näringsidkare om att inte aktivt rekrytera varandras arbetstagare.¹⁶ Sökningen gav däremot inga träffar bland HD-prejudikat, ärenden i besvärstillståndsregistret (dvs. sådana som tagits till behandling genom besvärstillstånds förfarandet, men som ännu inte har avgjorts av högsta domstolen), avgöranden av högsta domstolen som saknar prejudikatstatus eller bland de i databasen publicerade hovrättsavgörandena. Några skiljedomar har inte granskats för artikeln. Specifika värningsklausuler torde inte heller ha behandlats i svensk domstol.¹⁷ Fahlbeck påpekar ändå dels att kundklausuler är ett vanligt inslag i traditionella konkurrensklausuler, samt dels att de flesta tvisterna om konkurrensklausuler avser just inslaget av kundklausul.¹⁸ Det finns också avgöranden från högsta domstolen i Finland om arbetsrättsliga konkurrensförbudsavtal (HD 2003:19 och HD 2005:50) som de facto ser ut att handla om kundklausuler.¹⁹

¹⁶ Marknadsdomstolen diskuterar rekryteringsförbudet i punkterna 556–562 och 812 i domen.

¹⁷ Fahlbeck 2013 s. 202.

¹⁸ Fahlbeck 2013 s. 202. Här kan också noteras Domeij 2016 s. 312: ”Skyddet av kundrelationer torde vara konkurrensklausulernas viktigaste tillämpningsområde.” Se ytterligare s. 278 i samma källa: ”Arbetsgivare som driver tvister gentemot tidigare arbetstagare kring kundrelationer har kommit att dominera bland AD:s mål om konkurrensklausuler.” Se därtill Adlercreutz & Flodgren 1992 s. 15 om att intresset att bevara kundkretsen är framträdande t.ex. då konkurrensförbud används vid företagsöverlåtelser.

¹⁹ Det kan särskilt noteras att högsta domstolen i avgörandet HD 2003:19 fann att även sådana villkor som i och för sig inte hindrar att ett nytt arbetsavtal träffas eller att företagsverksamhet inleds, men som ändå i något avseende begränsar möjligheterna att verka inom branschen, ska anses som konkurrensförbudsavtal (i arbetsrättslig mening). För giltighet krävs sålunda synnerligen vägande skäl enligt ArbAvtL 3:5. Det ska dock även påpekas att tröskeln för en giltig konkurrensklausul trots allt inte ter sig som särskilt hög ens inom arbetsrätten. Se Tiitinen, Kari-Pekka & Kröger, Tarja, Työsopimus oikeus, Helsinki 2012 s. 342, vilka t.ex. noterar att arbetsgivarens – dvs. företagets – intressen i någon mån tycks betonas i den intresseavvägning som görs då giltigheten bedöms. Se även Koskinen, Seppo, Kilpailukieltosopimus, Edilex 2002. Här kan ytterligare noteras RP 157/2000 rd Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till arbetsavtalslag och till vissa lagar som har samband med den s. 87 om att ett intresse att bevara kunder – t.ex. i ett fall där kunderna är starkt förbundna till en arbetstagare som utför försäljningsarbete – kan utgöra ett synnerligen vägande skäl som krävs för att en konkurrensförbudsklausul i ett arbetsavtal ska vara giltig.

3 Vilka rättsregler gäller för värvningsklausuler?

3.1 Utgångspunkterna för diskussionen

Då värvningsklausuler diskuteras är det elementärt att inse att kunderna och personalen är viktiga tillgångar i ett företag. *Rimliga* möjligheter måste därför finnas att hindra att en avtalspart tar med sig dessa tillgångar efter avslutat samarbete. Ett – i sig odiskutabelt – avstamp i avtalsfrihet,²⁰ innebär ändå inte att näringsidkare helt fritt kan inkludera värvningsklausuler i sina avtal. Vissa rättsregler i lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) ställer hinder för detta, och i kapitlet belyses den relevans som AvtL 38 §, AvtL 36 § och AvtL 33 § kan ha vid bedömningen av värvningsklausuler.

Därefter noteras också möjligheten att åberopa ArbAvtL 3:3.3 och OtillbFörfL 1.1 § i ett försök att ålägga en utomstående part ett ansvar för värvning. Den fråga som då kort diskuteras är om rekrytering av en konkurrents arbetstagare över huvud taget kan medföra ett ansvar gentemot konkurrenten.

3.2 Värningsklausulen och AvtL 38 §

Värningsklausulen anses, åtminstone bland vissa praktiker, ha likheter med konkurrensklausulen. Den slutsatsen kan man t.ex. dra av den lilla empiriska undersökning som redan presenterades i kapitel 2. En krönika i Dagens Juridik kan också noteras: Baker & McKenzie Advokatbyrå (i Sverige) rekommenderar kunskapsföretag att skydda sina tillgångar med just värvningsklausuler i stället för med konkurrensklausuler (i anställningsavtal). Som orsak anges att konkurrensklausuler ofta är svåra att genomdriva och dessutom mer långtgående än vad som behövs.²¹

Det ska dock poängteras redan här att också ett avtal som begränsar konkurrens som utgångspunkt är giltigt.²² Då näringsidkare har träffat ett sådant avtal är

²⁰ Se t.ex. Sund-Norrgård Petra, Lojalitet i licensavtal, Helsingfors 2011 s. 103 jämte hänvisningar.

²¹ Bauer, Sten & Labaf, Arsalan (Baker & McKenzie Advokatbyrå), Kunskapsföretag – skydda era tillgångar med värvningsförbud i stället för konkurrensklausul, Dagens Juridik 30.1.2013, <http://www.dagensjuridik.se/2013/01/kunskapsforetag-skydda-era-viktigaste-tillgangar>. Informationen hämtades 13.5.2016. Det ska påpekas att Baker & McKenzie här också noterar att ett värvningsförbud kan ogiltigförklaras om det är för långtgående. Se även Johnson, David L.: The Parameters of Solicitation in an Era of Non-Solicitation Covenants, ABA Journal of Labor and Employment Law 2012 s. 99–127 (s. 99) för en liknande åsikt för USA.

²² Ämmälä, Tuula, Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta, Helsinki 1993 s. 96.

utgångspunkten att det också ska ”tillämpas enligt sitt innehåll”.²³ AvtL 38 § hindrar endast att avtalsfriheten missbrukas, dvs. en *oskäligen* klausul om saken binder inte.²⁴ Detta framgår tydligt av rättsregelns ordalydelse: ”Avtal, genom vilket någon till förebyggande eller begränsande av konkurrens förbundet sig att inte bedriva viss verksamhet eller verksamhet av visst slag eller att inte ingå arbetsavtal med någon som bedriver sådan verksamhet, binder inte den som gjort utfästelsen till den del den oskäligt begränsar hans handlingsfrihet.”

Det förekommer följaktligen giltiga konkurrensklausuler i många avtal. Dessutom kan ett konkurrensförbud i vissa långvariga samarbetsavtal där parterna är beroende av varandra t.o.m. följa direkt av lojalitetsprincipen, dvs. utan att avtalet innehåller någon uttrycklig konkurrensklausul.²⁵

Det är inte helt lätt att se skillnaderna mellan AvtL 38 § och den allmänna jämningsregeln AvtL 36 § (som diskuteras i nästa avsnitt); i regeringspropositionen RP 247/1981 rd, i samband med att AvtL 36 § infördes, tog man t.o.m. upp möjligheten att upphäva AvtL 38 §. Avtal om konkurrensbegränsning ansågs trots allt som ”sammhälleligt så viktiga att det alltjämt är skäl att stadga om jämkning av dem i ett särskilt stadgande”. Följaktligen skulle AvtL 38 § bibehållas. Regeln skulle dock ges en mer generell lydelse som, på samma sätt som i fråga om AvtL 36 §, ”ger domstolarna vidsträckt befogenheter att i sina avgöranden beakta alla omständigheter som påverkar saken”.²⁶

²³ Fahlbeck 2013 s. 108.

²⁴ Telaranta, K.A., Sopimusoukeus, Helsinki 1990 s. 398, Fahlbeck 2013 s. 165.

²⁵ Observera dock t.ex. Nicander, Hans, Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, Juridsk Tidskrift vid Stockholms universitet 1995–96 s. 31–49 (s. 34) och högsta domstolens avgörande HD 1983 II 84 om att avtal av denna typ inte ger upphov till något generellt förbud mot konkurrerande verksamhet. Det har också påpekats att det kan vara svårt att motivera ett konkurrensförbud som överskrider avtalstiden i en situation där parterna inte har avtalat om konkurrensförbud; i t.ex. norsk doktrin har det lyfts fram att konkurrensförbud som baseras på blott och bart lojalitetsprincipen i regel är kortare än vad som kan följa av en konkurrensklausul. Se Bjørnebye, Andreas, Lojalitetskrav etter oppfylt kontrakt – postkontraktuelle konkurransebegrensninger på immaterialrettens område, i Aase Gundersen & Are Stenvik (red.), Aktuell immaterialrett, Oslo 2008 s. 21–50 (49–50). Se ytterligare Sund-Norrgård, 2011 s. 259–260 jämte hänvisningar och Sund-Norrgård, Petra, Tolknings av franchiseavtal, Helsingfors 2014 s. 185 jämte hänvisningar. Det kan därtill vara intressant att notera den lojalitetsplikt som styrelseledamöter i aktiebolag har: Enligt den härskande uppfattningen i Sverige medför den t.ex. ett förbud att för egen del utnyttja de affärsmöjligheter som tillkommer bolaget. Om förhandlingar har inletts gäller förbudet – trots huvudregeln om att styrelseledamöters konkurrensförbud upphör då styrelseuppdraget upphör – också efter denna tidpunkt. Se diskussionen i Östberg, Jessica, Styrelseledamöters lojalitetsplikt. Särskilt om förbudet att utnyttja affärsmöjligheter, Stockholm 2016 s. 341–342, 377–408, 412–413.

²⁶ RP 247/1981 rd Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagstiftning om jämkning av rättshandlingar s. 18.

Hemmo påpekar att det i sig specifika kravet i AvtL 38 § på att handlingsfriheten inte oskäligt får begränsas för den som gett utfästelsen inte har någon nämnvärd inverkan; även då AvtL 38 § tillämpas görs samma typ av bedömning som alltid då en avtalsklausul ska jämkas. Det är med andra ord endast möjligt att bedöma begränsningens skälighet genom att ta i beaktande faktorer som avtalets hela innehåll, parternas ställning, samt förhållandena då avtalet företogs och därefter.²⁷ Det har i rättsdoktrinen också framhållits att AvtL 38 § enligt ordalydelsen förvisso är en ogiltighetsregel – på basis av vilken ett konkurrensförbudsavtal kan förklaras helt eller delvis ogiltigt – men att den också kan betraktas som en jämningsregel: *Grunderna* för konkurrensförbudets oskälighet kan i ett sådant fall bedömas enligt AvtL 38 §, medan själva *jämknings* kan ske utifrån AvtL 36 §.²⁸ Pöyhönen (numera Karhu) anser däremot att bedömningen enligt AvtL 38 § är mer begränsad än den som sker utifrån AvtL 36 §: Förvisso handlar AvtL 38 § också om en helhetsbedömning, men (endast) av det avtal med vilket parterna har förbundit sig att inte bedriva viss verksamhet. Regeln sätter därför enligt honom klart snävare gränser för helhetsbedömningen jämfört med AvtL 36 §.²⁹

Orsaken till att AvtL 38 § uppmärksammas i artikeln är trots allt dess specifika skyddsobjekt, dvs. *handlingsfriheten* för den som gett utfästelsen: Handlingsfriheten begränsas onekligen av en värningsklausul. Värningsklausulen kan därtill betraktas som ett avtal, genom vilket någon till förebyggande eller begränsande av konkurrens förbinder sig att inte bedriva viss verksamhet eller verksamhet av visst slag, vilket krävs för att AvtL 38 § ska vara tillämplig. Det finns sålunda klara likheter mellan värningsklausulen och konkurrensförbudet, och

²⁷ Hemmo, Mika, *Sopimusoikeus II*, Helsinki 2003 s. 48–49 fotnot 14. Se också Grönfors, Kurt & Dotevall, Rolf, *Avtalslagen. En kommentar, femte upplagan*, Stockholm 2016 s. 308 om att AvtL 38 § föreskriver att konkurrensklausuler ”ska vara föremål för samma slags skälighetsprövning som avtalsvillkor i allmänhet enligt 36 § AvtL”. Se även s. 310 i samma källa.

²⁸ Se t.ex. Ämmälä 1993 s. 97, 134 och Pönkä, Ville, *Osakassopimuksen suhde työlainsäädäntöön ja erityisesti työsopimuslaissa tarkoitettuun kilpailukieltosopimukseen*, Lakimies 2011 s. 64–81 (s. 68 jämte hänvisningar).

²⁹ Pöyhönen, Juha, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, Helsinki 1988 s. 357–359. Pöyhönen diskuterar här också högsta domstolens avgörande HD 1984 II 83. Se ytterligare Wilhelmsson, Thomas, *Standardavtal och oskäliga avtalsvillkor*, Helsingfors 2008 s. 139 om att den sannolika orsaken för att högsta domstolen i nämnda avgörande valde att hänvisa till AvtL 36 § i stället för till AvtL 38 § var att domstolen beaktade hela avtalsförhållandet och inte enbart bedömde om det konkurrensbegränsande villkoret i sig var skäligt.

jag sällar mig till dem som anser att AvtL 38 § kan tillämpas på en värvningsklausul.³⁰

En värvningsklausul och en konkurrensklausul har det oaktat inte identiska syften. Varken rekryteringsförbudet eller kundklausulen ryms inom den traditionella definitionen på en konkurrensklausul, dvs. en klausul, vars *direkta syfte* är att förhindra eller begränsa konkurrerande verksamhet.³¹ Syftet med ett rekryteringsförbud som har skrivits in i avtalet A – B kan vara att (endast) hindra B från att värva A:s arbetstagare AT. Ett rekryteringsförbud, som skraddarsys enligt avtalspartens legitima affärsintressen,³² är därmed ofta till omfattningen klart snävare än en traditionell konkurrensklausul. Av denna anledning inkräktar rekryteringsförbudet ofta i en mindre omfattning än en konkurrensklausul på handlingsfriheten för den som gett utfästelsen.³³ Det är därför möjligt att bedömningen utifrån AvtL 38 § rätt sällan resulterar i att en värvningsklausul som har skrivits in i ett avtal mellan näringsidkare *oskäligt* anses begränsa handlingsfriheten för den av förbudet bundna parten.

Det är dock inte nödvändigtvis fullt så enkelt. Det är t.ex. inte alltid lätt att klart särskilja värvningsklausuler och konkurrensklausuler. Kundklausulens skyddsobjekt kan ligga mycket nära konkurrensklausulens skyddsobjekt, och information om kunder kan t.o.m. utgöra affärshemligheter, dvs. information som är betydelsefull på grund av den konkurrensfördel som uppnås just för att den hålls hemlig.³⁴ Affärshemligheter har självfallet ett högt skyddsvärde; de är klassiska skyddsobjekt för konkurrensklausuler.³⁵ Begreppet affärshemlighet kan förvisso inte enligt regeringspropositionen RP 114/1978 rd exakt definieras.³⁶ Någon

³⁰ Här kan också slutsatsen i svensk rätt i Fahlbeck 2013 s. 201 noteras, dvs. "[v]ärvningsklausuler torde omfattas av 38 § avtalslagen". Han påpekar att i fråga om värvningsklausulen utgörs "verksamheten" av en negativ utfästelse t.ex. i formen av en begränsning att fritt anställa arbetstagare.

³¹ Fahlbeck 2013 s. 201. Notera dock även Telaranta 1990 s. 397 som påpekar att AvtL 38 § är tillämplig på avtal som har träffats i syfte att hindra eller begränsa konkurrens; regeln kan enligt honom inte tillämpas på avtal med ett annat syfte.

³² Se avsnitt 4.1 för en diskussion om legitimt intresse och proportionalitet.

³³ Vanko, Kenneth J., "You're fired! And Don't Forget your Non-Compete...": The Enforceability of Restrictive Covenants in Involuntary Discharge Cases, *DePaul Business & Commercial Law Journal* 2002 s. 1–48 (s. 28), Nicholas 2006–2007 s. 508. Se också Domeij 2016 s. 241.

³⁴ Vapaavuori, Tom, *Yrityssalaisuudet ja salassapitosopimukset*, Helsinki 2005 s. 1.

³⁵ Adlercreutz & Flodgren 1992 s. 15.

³⁶ RP 114/1978 rd Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet och lag angående ändring av lagen om marknadsdomstolen s. 14.

definition finns inte heller i OtillbFörFL.³⁷ Det är dock klart att affärshemligheter innehåller ekonomiska eller tekniska uppgifter,³⁸ och enligt Vapaavuori är kundförteckningar och kunduppgifter de facto typiska exempel på ekonomiska affärshemligheter.³⁹ Det kan noteras att vikten av att det inom EU införs en enhetlig definition av begreppet företagshemlighet lyfts fram i ett nytt EU-direktiv.⁴⁰ Tanken bakom ett rekryteringsförbud kan vara att hålla kvar arbetstagarna uttryckligen för att personerna i fråga har företagsspecifik kunskap (affärshemligheter eller kundkontakter). I ett sådant fall ligger också rekryteringsförbudet mycket nära konkurrensklausulen: även med rekryteringsförbudet strävar man efter att skydda know-how, sekretessbelagd information och annat intellektuellt kapital.⁴¹ Det är dessutom viktigt att notera tredjepartsperspektivet vid bedömningen av en värvningsklausul: Ett rekryteringsförbud som har skrivits in i avtalet A – B kan begränsa en tredje parts, t.ex. A:s arbetstagare AT:s, rörlighet på arbetsmarknaden och hens frihet att ta anställning. Jag återkommer till detta.

Det är i vilket fall som helst intressant att notera att kundklausuler i Finland ser ut att godtas t.o.m. i ett arbetsrättsligt sammanhang, trots de höga krav som arbetsrätten – åtminstone i princip – ställer på en giltig konkurrensförbudsklausul.⁴²

³⁷ Enligt doktrinen är dock begreppen företagshemlighet, affärshemlighet och affärs- och yrkeshemlighet i stort synonyma som tolkas på samma sätt. Se Vapaavuori 2005 s. 29–30 jämte hänvisningar. Slutsatsen kan vara användbar, eftersom 30:11 i strafflagen innehåller en definition av begreppet företagshemlighet.

³⁸ RP 114/1978 rd s. 14.

³⁹ Vapaavuori 2005 s. 33. Här kan också exempelförteckningen i ArbAvtL 3:5.2 lyftas fram: På bedömningen av de synnerligen vägande skälen som enligt ArbAvtL 3:5.1 krävs för en giltig konkurrensförbudsklausul inverkar bl.a. ”behovet av sådant skydd som beror på bevarande av affärs- eller yrkeshemligheter”. I högsta domstolens (arbetsrättsliga) avgörande HD 2003:19 bedömdes omfattande uppgifter om ett fastighetsmäklarföretags aktuella uppdrag utgöra affärshemligheter. Dels den insats som krävs för att skaffa uppdragen i en konkurrenssituation, dels den ogrundade nytta och oförtjänta konkurrensfördel som en konkurrent skulle få i och med kunduppgifterna gavs relevans i bedömningen. Se även RP 157/2000 rd s. 87 om att ett intresse att bevara kunder kan utgöra ett sådant synnerligen vägande skäl som krävs för att en konkurrensförbudsklausul i ett arbetsavtal ska vara giltig. Notera också Adlercreutz & Flodgren 1992 s. 101 om att intresset att bevara kunder är kontroversiellt, eftersom intresset är ”rent konkurrensbegränsande” och ”ett ingrepp i den fria tävlan om kunderna”.

⁴⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs, 213/0402 COD, PE-CONS 76/15, Bryssel den 26 april 2016 s. 9. Se även Eurooppa-neuvosto, Euroopan unionin neuvosto, Liikesalaisuuskien suojaaminen: neuvosto hyväksyi uuden direktiivin, 27.5.2016, <http://www.consilium.europa.eu/fi/press/press-releases/2016/05/27-trade-secrets-new-directive/>. Informationen hämtades 16.9.2016.

⁴¹ Lindfelt, DL 2011 s. 207.

⁴² Se t.ex. högsta domstolens avgöranden HD 2003:19 och HD 2005:50.

Därtill påpekar Fahlbeck att även svensk rättspraxis ”i viss mån” ger ”intryck av att konkurrensklausuler som är utformade som kundklausuler godtas”,⁴³ trots att Sveriges arbetsdomstol i det rätt färska avgörandet AD 2015 nr 8 förvisso *inte* ansåg att det var skäligt att skydda existerande kundrelationer.⁴⁴ Avgörandet har tolkats som att möjligheterna för en arbetsgivare att använda sig av dessa klausuler nu sannolikt har minskat i Sverige.⁴⁵

3.3 Värvningsklausulen och AvtL 36 §

AvtL 36 § kan tillämpas på en värvningsklausul.⁴⁶ Denna allmänna jämningsregel med stöd av vilken alla slags förmögenhetsrättsliga avtal kan jämkas uttrycker skälighetsprincipen. Jämkning är i dag den viktigaste möjligheten att på skälighetsgrunder i efterhand ingripa i ett avtals innehåll.⁴⁷ Det ska dock noteras att avtalsvillkor över lag ska jämkas endast undantagsvis, vilket bl.a. framgår av högsta domstolens avgörande HD 2001:27. Här valde domstolen att inte jämka det avtalsvite som var föremål för tvist.⁴⁸

⁴³ Fahlbeck 2013 s. 179.

⁴⁴ En konkurrensklausul hade skrivits in i ett avtal mellan en revisor och hans arbetsgivare. Revisorn hade sedermera bytt arbetsgivare till en konkurrerande revisionsfirma. Enligt klausulen skulle revisorn under två års tid efter att anställningen hade upphört till sin tidigare arbetsgivare betala 35 procent av de intäkter som han, eller den som han arbetar för, haft från kunder för vilka han varit kundansvarig hos den tidigare arbetsgivaren. Syftet med klausulen var därmed att skydda arbetsgivarens befintliga kundrelationer, vilket arbetsdomstolen också konstaterade att utgör ett sådant berättigat intresse som kan rättfärdiga en konkurrensklausul. Arbetsdomstolen fann dock att klausulen i det aktuella fallet innebar en begränsning av arbetstagarens möjligheter att verka som revisor som inte bara var marginell. Det kan inflikas att klausulen *inte* var en renodlad kundklausul, eftersom revisorn – som hade arbetat på en mindre ort i Sverige i 23 år – inte i sig förbjöds att ta med sig kunder. Arbetsdomstolen ansåg i varje fall att bl.a. det höga ersättningsanspråket kunde påverka revisorns möjligheter att bedriva fortsatt yrkesverksamhet. Domstolen fann utifrån en helhetsbedömning att klausulen var oskälig enligt AvtL 38 §.

⁴⁵ Stålhammar, Jessica (Advokatbyrå Gärdé Wesslau), DagensPs.se 11.2.2016, Konkurrensklausuler – Ny dom ändrar praxis?, <http://www.dagensps.se/artiklar/kronikor/jessica-stalhammar/2015/05/04/48358957/index.xml>. Informationen hämtades 10.2.2016.

⁴⁶ Så även Fahlbeck 2013 s. 202.

⁴⁷ Se dock den tankeväckande diskussionen i Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*, Uppsala 2008 s. 74–88 under rubriken ”Den stora generalklausulen som den moderna avtalsrättens symbol”. Skribenten noterar bl.a. att AvtL 36 § inte har någon ”egentlig” innebörd och att generalklausulen förvisso gör skillnad, men vilken skillnad?

⁴⁸ Se också Wilhelmsson 2008 s. 114, s. 154, *Varallisuusoikeus, Oikeuden perusteokset, Saarnilehto m.fl., toinen, uudistettu painos*, Helsinki 2012 s. 109.

Domstolen ska ta ställning till frågan om jämkning utifrån en helhetsbedömning där alla omständigheter som kan påverka frågan beaktas, dvs. såväl avtalsinnehållet som relevanta omständigheter utanför avtalet. Det är därmed inte möjligt att isolerat bedöma skäligheten av ett visst villkor.⁴⁹ Detta framgår av ordalydelsen i AvtL 36.1 §: ”Är villkor i rättshandling oskäligt eller skulle dess tillämpning leda till oskälighet, kan villkoret antingen jämkas eller lämnas utan avseende. Vid prövning av oskäligheten skall beaktas rättshandlingens hela innehåll, parternas ställning, förhållandena då rättshandlingen företogs och därefter samt övriga omständigheter.”

Det står därmed klart att ”parternas ställning” är relevant vid denna helhetsbedömning. I praktiken är det också avtal där en obalans – som ofta handlar om ekonomisk ojämlikhet – föreligger mellan parterna som blir föremål för jämkning. Det blir sannolikt rätt sällan aktuellt att jämka en värvningsklausul som har skrivits in i ett avtal mellan jämlika parter.⁵⁰ Något egentligt hinder för att jämka avtal mellan jämlika parter finns dock inte,⁵¹ och självfallet borde jämkningsregeln tillämpas där det behövs. Måhända går utvecklingen i Norden mot att AvtL 36 § med tiden över lag får en större betydelse.⁵² Det kan ytterligare noteras att den i Finland erkända allmänna rättsprincipen om skydd av svagare part ligger nära skälighetsprincipen: en svagare part kan de facto skyddas just genom jämkning med stöd av AvtL 36 §.⁵³ Ifall obalansen mellan parterna i ett avtal bedöms vara stor ökar också sannolikheten för att det kan bli aktuellt att jämka det avtalsvite som sannolikt har skrivits in i värvningsklausulen. Vissa typer av villkor,

⁴⁹ Högsta domstolens avgöranden HD 2001:27 och HD 2010:9, Wilhelmsson 2008 s. 119.

⁵⁰ RP 247/1981 rd s. 3, 14–15, Hemmo II 2003 s. 64–66, Wilhelmsson 2008 s. 122–124, Varallisuusoikeus 2012 s. 110–111, Sund-Norrgård 2014 s. 103–108.

⁵¹ Grönfors & Dotevall 2016 s. 259–260.

⁵² Se t.ex. Lindskog, Stefan, Jämknings i kommersiella avtalsförhållanden, i Mads Bryde Andersen m.fl. (red.), *Aftaleloven 100 år, Baggrund, status, udfordringer, fremtid*, Copenhagen 2015 s. 305–327 (s. 327): ”När det gäller den framtida rättsutvecklingen kan kanske förväntas att föreställningen om avtalets helgd kommer att i konsumentförhållanden luckras upp ytterligare, och att det kan komma att smitta av sig på kommersiella förhållanden.” Se ytterligare Gomard, Bernhard & Godsk Pedersen, Hans Viggo & Ørgaard, Anders, *Almindelig kontraktret*, 5. Udgave, København 2015 s. 178: ”Kontrakter mellem erhvervsvirksomheder bør i almindelighed ikke censureres. ... Udviklingen går dog imod, at reglen i 36 § anvendes i videre udstrækning end tidligere til at regulere kontraktforholdet mellem parterne.”

⁵³ Varallisuusoikeus 2012 s. 106, s. 108, Sund-Norrgård 2014 s. 100–102. Se också Bärlund, Johan, *Protection of the Weaker Party in B2B Relations in Nordic Contract Law*, i Torgny Håstad (ed.), *The Nordic Contracts Act, Essays in Celebration of its One Hundredth Anniversary*, Copenhagen 2015 s. 83–106 (s.105): ”The principle of protecting the weaker party is widely recognized in Finnish legal literature ... In the other Nordic countries studied here, the situation is different.”

bl.a. just oskäligen villkor om avtalsviten, blir mer sannolikt än andra föremål för jämkning.⁵⁴

3.4 Värningsklausulen och AvtL 33 §

Ogiltighetsregeln AvtL 33 § ska också noteras i sammanhanget. Regeln – som över lag sällan blir tillämplig – lyder på följande sätt: ”Rättshandling, som eljest vore att såsom giltig anse, må ej göras gällande, där omständigheterna vid dess tillkomst voro sådana, att det skulle strida mot tro och heder att med vetskap om dem åberopa rättshandlingen, och den, gent emot vilken rättshandlingen företogs, måste antagas hava ägt sådan vetskap.” Regelns syfte är, enligt Lagberedningens publikationer 1925:2, att utgöra ett skydd mot ohederliga affärstransaktioner, och för att AvtL 33 § ska bli tillämplig krävs ”att medkontrahenten avvetat eller på grund av förhävande omständigheter måste förutsättas hava ägt vetskap om de omständigheter under vilka rättshandlingen företagits”.⁵⁵

Avgörandet HD 2000:121 är ett belysande exempel på när AvtL 33 § har tillämpats av högsta domstolen i Finland. Köparna av ett outbrutet område hade i samband med förhandlingarna meddelat säljaren att de ville anskaffa tilläggsmark till en lägenhet som omfattade två byggnadsplatser för fritidsbostäder. Köparnas egentliga syfte hade dock varit att genom förvärvet göra det möjligt att få tillstånd för en tredje byggnadsplats; de hade redan hos byggnadsmyndigheten utrett förutsättningarna för beviljande av ett undantagstillstånd för en ny byggnadsplats.

⁵⁴ Se RP 247/1981 rd s. 15 där det talas om ”villkor rörande storleken av den gottgörelse part förbehåller sig ifall den andra parten frånträder avtalet”. Se även Wilhelmsson 2008 s. 154, Sund-Norrgård 2014 s. 108. Notera ytterligare Adlercreutz & Flodgren 1992 s. 127, vilka poängterar att för jämkningen av ett avtalsvite har *tidpunkten för avtalsbrottet* stor betydelse: ”Ju senare under bindningstiden detta inträffar, desto starkare är skälen för jämkning.” Se ytterligare Grönfors & Dotevall 2016 s. 312 om att AvtL 38 § tillämpas på konkurrensklausulen och AvtL 36 § på vitesklausulen i ett fall där en konkurrensklausul har kombinerats med en vitesklausul. De påpekar ändå att ”avtalet ska bedömas i sin helhet”; resultatet kan dock bli att t.ex. konkurrensklausulen bedöms vara skälig medan avtalsvitet jämkas. Se därtill Telaranta 1990 s. 399 som påpekar att om det gäller att ta ställning till ett avtalsvites skälighet i en situation där ett konkurrensförbud har kombinerats med en avtalsvitesklausul, sker bedömningen till den delen enligt AvtL 36 §.

⁵⁵ Lagberedningens publikationer 1925 N:o 2, Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättsens område jämte motiv, Helsingfors 1925 s. 64–65. För information om vad detta egentligen innebär, se t.ex. Telaranta 1990 s. 347, Ämmälä 1993 s. 64, Hemmo, Mika, Sopimusoikeyden oppikirja, Helsinki 2008 s. 181 och Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, Allmän avtalsrätt. Tionde väsentligt omarbetade och utökade upplagan, Stockholm 2016 s. 132–133. Det ska också noteras att betydelsen av ”lilla generalklausulen” AvtL 33 § över lag har minskat sedan ”stora generalklausulen” AvtL 36 § infördes. Se Hemmo, Mika, Sopimusoikeyus I, Helsinki 2003 s. 369 och Norlén, Andreas, Oskälighet och 36 § avtalslagen, Linköping 2004 s. 28 fotnot 67.

Köparna visste att en ny byggnadsplats skulle inskränka byggnadsrätten för stomfastighetens del. Säljaren hade följaktligen väsentligen misstagit sig beträffande det sätt på vilket köparna avsåg att utnyttja området, och därmed beträffande dess värde, samt i fråga om den inverkan köparens framtida utnyttjande skulle få för stomfastighetens byggnadsrättigheter och värde. Högsta domstolen fann att köpet var ogiltigt på basis av AvtL 33 §. Avgörandet Rt-1984-28 från Norges Høyesterett förtjänar likaså att noteras kort, trots att domen gavs för rätt länge sedan, närmare bestämt 13.1.1984. Det intressanta är att domstolen baserade sitt avgörande på AvtL 33 § och lojalitetsprincipen då man fann att en borgensman inte var bunden av sitt åtagande gentemot en bank, eftersom banken hade underlåtit att uppfylla sin upplysningsplikt i fråga om flera relevanta omständigheter.⁵⁶

Kopplingen mellan AvtL 33 § och lojalitetsprincipen i form av upplysningsplikt lyftes fram på följande sätt i avsnitt 2.1 i regeringspropositionen RP 241/2006 rd:⁵⁷ ”Rättshandlingslagens 33 § anses ge uttryck för en allmän lojalitetsprincip. Bestämmelsen anses skydda avtalsparternas goda tro och främja öppenheten – en part måste yppa sådana väsentliga och relevanta omständigheter som den andra parten inte har vetskap om. Avtalsparterna måste sålunda se till att det inte råder asymmetri mellan dem i informationshänseende. Även om det i första hand är parterna själva som skall ta fram den information som är relevant för ett avtal, kan en avtalspart anses vara skyldig att på eget initiativ lämna uppgifter, med beaktande av vilken betydelse dessa har och vilka möjligheter parterna har att skaffa uppgifterna.”

En tillämpning av AvtL 33 § leder alltså till att avtalet förklaras ogiltigt. Här syns en skillnad jämfört med situationer där den nyss diskuterade AvtL 36 § tillämpas; då strävar man i första hand efter att jämka vissa avtalsvillkor medan avtalet i övrigt hålls i kraft.⁵⁸ För att ett avtal ska förklaras ogiltigt i sin helhet, dvs. i betydelsen ”avtalet existerar inte”,⁵⁹ enligt AvtL 33 § krävs att förfarandet *klart*

⁵⁶ Domen hittas på <http://folk.uio.no/olav/Dommer/hr/Rt-1984-28.htm>. Den diskuteras också i Ingvarsson, Torbjörn, Ogiltighet och moralens eviga återkomst, i Mads Bryde Andersen m.fl. (red.), Aftaleloven 100 år, Baggrund, status, udfordringer, fremtid, Copenhagen 2015 s. 279–304 (s. 292).

⁵⁷ RP 241/2006 rd Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till kreditupplysningslag och lagar som har samband med den.

⁵⁸ Hemmo I 2003 s. 369.

⁵⁹ Se t.ex. RP 247/1981 rd s. 11. Observera dock Adlercreutz, Axel & Mulder, Bernard Johann, Lärobok i allmän avtalsrätt, trettonde upplagan, Stockholm 2013 s. 68 som påpekar att partiell ogiltighet ibland inträder; dvs. endast en viss avtalsklausul anses ogiltig, medan resten av avtalet förblir i kraft, t.ex. till följd av ”att ingen av parterna gör gällande eller yrkar annat”.

avviker från vad som kan anses som normalt.⁶⁰ På bedömningen inverkar dock den andra partens ställning: Om hen är i en liknande beroendeställning som avses i AvtL 31 §,⁶¹ uppfylls också kraven i AvtL 33 § lättare än om avtalet gäller jämnstarka avtalsparter eller parter som i förhållande till varandra är oberoende.⁶² Om man då önskar resonera kort kring AvtL 33 §:s tillämpning på värningsklausuler som har skrivits in i avtal mellan näringsidkare, kan franchising tas som ett exempel: Franchisetagare står i ett beroendeförhållande till sin franchisegivare,⁶³ och det är inte ovanligt att franchisetagare saknar tidigare erfarenhet av att verka som egenföretagare.⁶⁴ Eftersom franchisegivaren ytterligare är den som bäst känner till den egna verksamheten kan informationsasymmetrin mellan parterna i franchising vara markant; det är därför generellt motiverat med en rätt långtgående prekontraktuell informationsplikt för franchisegivaren. En sådan plikt kan bl.a. anses inkludera information om centrala villkor i franchiseavtalet.⁶⁵ Ifall franchisetagaren t.ex. är en ung person som saknar såväl erfarenhet av att verka som egenföretagare som branschkunskap i övrigt och hen, utan egentliga förhandlingar med franchisegivaren,⁶⁶ har slutit ett franchiseavtal med ett väldigt

⁶⁰ Hemmo I 2003 s. 372.

⁶¹ AvtL 31.1 § om s.k. ocker lyder på följande sätt: ”Har någon, med begagnande av annans trångmål, oförstånd, lättsinne eller beroende ställning i förhållande till honom, tagit eller betingat sig fördel i egendom, som står i uppenbart missförhållande till vad av honom givits eller beviljats eller för vilken något vederlag icke skall utgå, vare rättshandling, som sålunda tillkommit, icke gällande mot den förfördelade.”

⁶² Hemmo I 2003 s. 372.

⁶³ Sund-Norrgård 2014 s. 20–23. Se också Bygglin, Gustav, Om franchiseavtal och upplösningsfrihet med särskild hänsyn till förhållandena på dagligvaruhandelns område, Oikeustiede – Jurisprudentia 1978 s. 89–157 (s. 137) om franchisegivarens roll ”som tryggare av franchisetagarens framtid och verksamhetsförutsättningar”.

⁶⁴ Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 14/2002, Elinkeino-osasto, Yritysten yhteistyö ja franchising – sopimusriskien hallinta ja sopimusohjaus s. 52, Stanworth, John & Curran, James, Colas, burgers, shakes and shirkers: Towards a sociological model of franchising in the market economy, i Hoy & Stanworth (ed.), Franchising, An International Perspective, London 2003 s. 19–45 (s. 33), Tuunanen, Mika, Essays on Franchising in Finland. Empirical Findings on Franchisors and Franchisees, and Their Relationships, Jyväskylä 2005 (s. 56), Gölstam, Carl Martin, DCFR och franchising, Svensk Juristidning 2012 s. 1013–1033 (s. 1014).

⁶⁵ Mattila, Kimmo & Wathén, Antti & Tommila, Marja & Rinkinen, Petri, Franchising-käsikirja. Yhdistä osaaminen, yhteistyö, resurssit ja yrittäjyys kilpailueduksi, Helsinki 1998 s. 55, Norheim, Lars G., Franchising, avgangsvederlag og agentur. Agenturlovens regler om avgangsvederlag (goodwill-vederlag) og deres analogiske anvendelse på franchising, Oslo 2003 s. 165–166, Sund-Norrgård, Petra, Franchising in Finland: Lessons Learned From a Multiple Case Study, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2016 s. 261–304 (s. 275–281, 301).

⁶⁶ Ett franchiseavtal kan beskrivas som ett kedjespecifikt standardavtal som den starkare avtalsparten franchisegivaren med stor sannolikhet har upprättat ensam utan några egentliga förhandlingar med

långt (fyraårigt?)⁶⁷ rekryteringsförbud som gäller franchisegivarens arbetstagare i en situation där hen inte förstod vad rekryteringsförbudet innebar och inte heller aktivt informerades om detta innan avtalet slöts,⁶⁸ är det förvisso möjligt att åberopa AvtL 33 §. Det får dock anses som tämligen långsökt att en sådan talan vore framgångsrik. Till följd av att AvtL 33 §, till skillnad från AvtL 36 §, kräver ond tro är rekvisiten självfallet svårbevisade.⁶⁹

3.5 Värkning, ArbAvtL 3:3.3 och OtillbFörfL 1.1 §

3.5.1 Ansvar för en utomstående part

Fokus i diskussionen flyttas nu från partskonstellationen A – B, dvs. från värningsklausulens inverkan på dem som slutit det avtal som den ingår i, till möjligheten att *ålägga en*, i förhållande till avtalsrelationen A – B, *utomstående part ett ansvar* för värkning. Den övergripande frågan som det ska ges ett – närmast inledande, riktgivande – svar på är *om rekrytering av en konkurrents arbetstagare över huvud taget kan medföra ett ansvar gentemot konkurrenten*. I diskussionen är såväl ArbAvtL 3:3.3 som generalklausulen i OtillbFörfL 1.1 § relevanta.

Otillbörliga ingripanden i kommersiella avtalsförhållanden, för vilka termen avtalsingrepp kan användas, har i finsk rättsdoktrin analyserats av Norrgård i en monografi från år 2006.⁷⁰ Han argumenterar för att ett ansvar för en utomstående

franchisetagaren. Se Sund-Norrgård 2014 s. 55–57, 59 jämte hänvisningar. Se dock även Sagell, Dan-Michael, Handbok i franchisejuridik, Stockholm 2016 s. 203–204 om olika punkter som eventuellt kan vara förhandlingsbara i ett franchiseavtal.

⁶⁷ Se diskussionen i avsnitt 4.3.

⁶⁸ Det kan noteras att franchisetagare utan framgång åberopade AvtL 33 § i Vasa HovR 17.2.2003 nr 208 (S01/435), Vasa HovR 17.2.2003 nr 209 (S01/436) och Vasa HovR 17.2.2003 nr 210 (S01/437). Enligt franchisetagarnas uppfattning hade franchisegivaren i rekryteringsskedet gett en alltför positiv bild av verksamhetens lönsamhet, vilket varken tingsrätten eller hovrätten ansåg i sina avgöranden.

⁶⁹ Wilhelmsson 2008 s. 128. Se också Ramberg & Ramberg 2016 s. 135, 137 som påpekar att en grundläggande skillnad mellan AvtL 28–33 § och AvtL 36 § är att den senare ”inte tar sin utgångspunkt i parternas subjektiva insikter”. Man konstaterar därtill att AvtL 36 § täcker in fler fall än de som faller under AvtL 28–33 §: Om rekvisiten för t.ex. AvtL 33 § ”nästan” uppfylls ligger det därför nära till hands att jämkning enligt AvtL 36 § kan aktualiseras.

⁷⁰ Se Norrgård, Marcus, Avtalsingrepp, Helsingfors 2006 s. 1 om att denna rättsfigur i engelsk rätt benämns *inducing breach of contract*, i tysk rätt *Verleitung zum Vertragsbruch*, och i amerikansk rätt *interference with contract*. Se även Hemmo, Mika, Sopimus ja delikti, Helsinki 1998 s. 228–233, Tammi-Salminen, Eva, Sopimus, kompetenssi ja kolmas. Varallisuusoukeudellinen tutkimus negative pledge -lausekkeiden sivullisittovuudesta, Helsinki 2001 s. 313–319, Wetterstein, Peter, Compensation for Interference with Contractual Rights – Liability in Tort, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2012 s. 159–180.

part uppkommer vid s.k. *medverkan till avtalsbrott*. Då är det fråga om att en i förhållande till ett giltigt avtal utomstående part förmår/övertalar den ena avtalsparten att bryta avtalet i syfte att själv sluta ett avtal med den avtalsbrytande parten. Norrgård är däremot – förståeligt – tveksam till att förorda ansvar vid s.k. *medverkan till avtalsenligt upphörande av avtal*. Då är det fråga om att en i förhållande till ett giltigt avtal utomstående part förmår/övertalar den ena avtalsparten att avsluta avtalet på ett avtalsenligt sätt, även här i syfte att själv sluta ett avtal med parten i fråga.⁷¹ Också ett tredje typfall i Norrgårds kategorisering, *utnyttjande av redan begånget avtalsbrott*, har relevans för artikeln och tas upp. Då drar den utomstående parten endast nytta av ett (redan begånget) avtalsbrott, dvs. hen har inte själv medverkat till det, och Norrgård är här tveksam till ett (allmänt) ansvar i finsk rätt.⁷² Ett ansvar kan dock följa av ArbAvtL 3:3.3.

3.5.2 Värning och ArbAvtL 3:3.3

ArbAvtL 3:3.3 lyder på följande sätt: ”En arbetsgivare som anställer en person och känner till att han eller hon enligt 1 mom. är förhindrad att börja arbeta, ansvarar jämte arbetstagaren för skada som orsakas den tidigare arbetsgivaren.”

Vi antar att arbetstagaren AT är anställd hos arbetsgivaren AG1. Vi antar vidare att AT också värvas till arbetsgivaren AG2 som är en konkurrent⁷³ till AG1. ArbAvtL 3:3.3 kan följaktligen vara relevant om AT agerar i strid med det konkurrensförbud som enligt ArbAvtL 3:3.1 (automatiskt) gäller för hen under anställningen hos AG1.⁷⁴ Ett ansvar för den senare arbetsgivaren, dvs. AG2 i exempel-fallet, kan sålunda uppstå vid arbetstagarens *förbjudna* konkurrerande verksamhet *under arbetsavtalsförhållandet*.⁷⁵ Det har poängterats i doktrinen att ifrågakarande skadeståndsansvar för den senare arbetsgivaren dels kan grunda sig

⁷¹ Norrgård 2006 s. 2–3.

⁷² Norrgård 2006 s. 4.

⁷³ Begreppet konkurrent diskuteras inte i artikeln.

⁷⁴ ArbAvtL 3:3.1 lyder på följande sätt: ”En arbetstagare får inte åt någon annan utföra sådant arbete eller utöva sådan verksamhet som, med hänsyn till arbetets natur och arbetstagarens ställning, såsom en konkurrerande handling i strid med god sed i anställningsförhållanden uppenbart skadar arbetsgivaren.”

⁷⁵ Se Bruun, Niklas, *Kilpailukielto työ- ja toimisuhteissa*, Defensor Legis 2003 s. 777–785 (s. 777). Se även Saarinen, Mauri, *Työsuhteasioiden käsikirja I*, Helsinki 2013 s. 806 om att ArbAvtL 3:3 endast gäller en situation där arbetstagaren bryter mot konkurrensförbudet under arbetsavtalsförhållandet. Notera ytterligare högsta domstolens avgörande HD 2016:19 (även om talan förkastades som preskriberad).

på att arbetstagaren till följd av konkurrensförbudet inte var fri att träffa det nya avtalet, och dels på att det nya avtalet minskar arbetstagarens möjligheter att uppfylla det tidigare avtalet.⁷⁶ Norrgård, som också nämner ArbAvtL 3:3.3 som ett exempel på ett avtalsingreppsansvar i finsk rätt,⁷⁷ kategoriserar situationen som *utnyttjande av (redan begånget) avtalsbrott*.⁷⁸ Det ska särskilt påpekas att ett ansvar enligt regeln i fråga *inte* förutsätter aktiv värvning av AT genom övertalningsförsök eller liknande; det är tillräckligt att AG2 känner till hindret.⁷⁹

Vi antar nu i stället att arbetstagare AT, som även denna gång värvas av arbetsgivare AG2, har förmått säga upp sitt arbetsavtal med AG1 avtalsenligt. AT har med andra ord inte gjort sig skyldig till avtalsbrott. Kan AG2 bli ansvarig gentemot AG1 också här? Situationen är praktiskt relevant: Det är inte särskilt svårt för en arbetstagare att säga upp ett (tills vidare ingånget) arbetsavtal avtalsenligt, t.ex. genom att iaktta gällande uppsägningstid. Det krävs som bekant ingen uppsägningsgrund. Enligt Norrgårds kategorisering är det fråga om *medverkan till avtalsenligt upphörande av avtal*.⁸⁰ För att ett ansvar ska kunna uppstå krävs att förfarandet *kombineras med andra otillbörliga förfaranden*. Som ett exempel nämner han en arbetstagare som är bunden av ett (giltigt) konkurrensförbudsavtal som (avtalsenligt) säger upp sitt arbetsavtal för att i strid med konkurrensförbudsavtalet börja arbeta för en konkurrent till arbetsgivaren. Han konstaterar att ”[s]teget är inte långt till att anse att konkurrenten har förmått arbetstagaren att bryta sitt konkurrensförbudsavtal”.⁸¹ Slutsatsen är rimlig, och vi antar nu att arbetstagaren AT i exempelfallet de facto är bunden av ett giltigt konkurrensförbudsavtal, vars existens den senare arbetsgivaren, dvs. AG2, känner

⁷⁶ Hietala, Harri & Kahri, Tapani & Kairinen, Martti & Kaivanto, Keijo, Työsopimuslaki käytännössä, Helsinki 2008 s. 187. Det kan ytterligare noteras att ArbAvtL 3:3.3 inte säger något om (fördelningen av) själva skadeståndsansvaret. För synpunkter, se t.ex. Tiitinen & Kröger 2012 s. 336, Koskinen, Seppo, Työntekijän erityinen uskollisuusvelvoite, Kilpailevan toiminnan kieltö, i Kairinen & Koskinen & Nieminen & Ullakonoja & Valkonen, Työoikeus Juridiikka (e-bok, vars innehåll uppdateras vid behov, och grundar sig på en icke omarbetad edition från år 2013 av boken Työoikeus som publicerats år 2006 i Oikeuden perusteokset-serien), del III.8, <http://fokus.talentum.fi>, Bruun, DL 2003 s. 779. Frågan om möjligheten att väcka en förbudstalan mot t.ex. den senare arbetsgivaren på basis av OtillbFörfL belyses i RP 157/2000 rd s. 84, Bruun, DL 2003 s. 779–780 jämte hänvisningar, samt i marknadsdomstolens avgörande MD 64/03 som också diskuteras i Norrgård 2006 s. 13–14.

⁷⁷ Norrgård 2006 s. 16.

⁷⁸ Norrgård 2006 s. 98.

⁷⁹ RP 157/2000 rd s. 85, Norrgård 2006 s. 15, 98.

⁸⁰ Norrgård 2006 s. 3.

⁸¹ Norrgård 2006 s. 2–3, 6.

till vid värningsögonblicket. Vilken rättsregel kunde ett eventuellt ansvar för AG2 gentemot AG1 baseras på?

Det konstaterades redan att ArbAvtL 3:3.3 är relevant om värningen har skett så att arbetstagaren har brutit mot det konkurrensförbud som enligt ArbAvtL 3:3.1 gäller under arbetsavtalsförhållandet. Kan ArbAvtL 3:3.3 bli tillämplig också då en konkurrensarbetstagarare värvas *efter* anställningen med vetskap om att hen därmed bryter mot sitt konkurrensförbudsavtal? Det är relevant att notera att ArbAvtL 3:3.3 är mer begränsad än den tidigare 16.3 § i lag om arbetsavtal 320/1970, vilken löd på följande sätt: ”Den som i arbete anställer person, som han vet vara till följd av 1 mom. eller *eljest på grund av tidigare arbetsavtal* förhindrad att åtaga sig arbetet, är jämte arbetstagaren ansvarig för ersättning av skada som härigenom tillskyndas arbetsgivaren” (min kursivering). Den nya ArbAvtL 3:3.3 saknar sålunda ett uttryckligt arbetsgivaransvar i en situation där arbetstagaren ”*eljest på grund av tidigare arbetsavtal*” är förhindrad att ta emot arbetet. Enligt rättsdoktrinen innebar den tidigare regleringen att också en arbetsgivare som medvetet anställde en arbetstagarare i strid med ett konkurrensförbudsavtal blev ersättningskyldig gentemot den tidigare arbetsgivaren.⁸² Det saknas en motivering i förarbetena till – den potentiellt betydelsefulla – lagändringen. Ytterligare sägs det i regeringspropositionen att ”[p]aragrafens 3 mom. motsvarar den gällande lagen”. Man kunde därför anta att lagstiftaren har avsett att ArbAvtL 3:3.3 kan tillämpas på samma sätt som den tidigare regeln. I regeringspropositionen konstateras dock därefter att avsikten är att skadeståndsansvaret ska ”begränsas till den nya arbetsgivare som anställer en person som med stöd av 1 mom. är förhindrad att börja arbeta”,⁸³ vilket tyder på att man trots allt tänkt sig en ändring här. Möjligheterna att ålägga AG2 ett ansvar i exempelfallet står dock inte och faller med ArbAvL 3:3.3; ett ansvar torde kunna uppstå på basis av OtillbFörfL.

3.5.3 Värning och OtillbFörfL 1.1 §

Enligt OtillbFörfL 1.1 § får i näringsverksamhet ”icke användas förfarande, som strider mot god affärssed eller *eljest är otillbörligt mot annan näringsidkare*”. I lagen ligger sålunda fokus på *hur* konkurrensen bedrivs, dvs. vilka konkurrensmedel som är tillåtna och vilka som inte är det.⁸⁴ Enligt min uppfattning

⁸² Se om detta Bruun, DL 2003 s. 783.

⁸³ RP 157/2000 rd s. 85.

⁸⁴ Norrgård 2006 s. 30.

finns det i sig inga hinder för att denna flexibla, omfattande generalklausul också kan tillämpas då en arbetstagare värvas i strid med ett gällande konkurrensförbudsavtal på det sätt som nyss diskuterades.⁸⁵ Det är förvisso intressant att OtillbFörFL 1 § ofta i rättspraxis sammankopplas med marknadsföring.⁸⁶

Det ska slutligen påpekas att ett ansvar för AG2 möjligen kan aktualiseras på basis av OtillbFörFL 1.1 § i den värningssituation som kan kallas *medverkan till avtalsbrott*.⁸⁷ Då har den senare arbetsgivaren AG2 aktivt värvat arbetstagaren AT genom att t.ex. övertala hen att avsluta sitt arbetsavtal med arbetsgivaren AG1 utan att iaktta uppsägningstiden.⁸⁸

4 Vilka faktorer kan inverka på bedömningen av en värningsklausul?

4.1 Legitimt intresse och proportionalitet

Kapitlet tillägnas några, mer eller mindre specifika, faktorer som kan ha betydelse vid helhetsbedömningen av en värningsklausuls godtagbarhet. Förteckningen över relevanta faktorer är snarare exemplifierande än uttömmande. Faktorena kan i viss mån överlappa varandra, vilket inte förtar deras betydelse. Jag har inte gjort någon ansats att behandla dem i viktighetsordning.

Enligt min uppfattning handlar den helhetsbedömning som ska göras av en värningsklausul huvudsakligen om att visa ett *legitimt (affärs)intresse* som motiverar behovet av klausulen i kombination med *proportionalitet* vid dess användning.⁸⁹ Kundstocken kan t.ex. betraktas som en för ett företag livsviktig

⁸⁵ Se även Saarinen 2013 s. 806 som påpekar att det är möjligt att OtillbFörFL 1 § blir tillämplig då den nya arbetsgivaren, som känner till att konkurrensförbudsavtalet existerar, anställer arbetstagaren under konkurrensförbudsavtalets giltighetstid. Observera därtill diskussionen i Norrgård 2006 s. 59–65. Se också RP 114/1978 rd s. 10–11 där det ytterligare påpekas att någon konkret skada inte krävs för att generalklausulen ska kunna tillämpas. Det är tillräckligt att det har uppstått en risk för skada.

⁸⁶ OtillbFörFL 1 § förknippas med marknadsföring i t.ex. högsta domstolens avgöranden HD 2004:4, HD 2004:32, HD 2005:38, HD 2005:105 (där ett intressant resonemang förs om kravet på synnerligen vägande skäl i 5:1 i skadeståndslagen) och HD 2009:33.

⁸⁷ Norrgård 2006 s. 2.

⁸⁸ Se även Saarinen 2013 s. 806 om att den nya arbetsgivarens ansvar kan aktualiseras även då denne lockar arbetstagaren att avsluta sitt arbetsavtal utan att t.ex. iaktta uppsägningstiden.

⁸⁹ Se t.ex. Cabrelli, David, Restrictive Covenants: Some Recent Case Law, *Employment Law Bulletin* 2007 s. 5–7 (s. 5): "[I]n the case of a non-solicitation of, or non-dealing with, employees of the

tillgång som har byggts upp genom hårt arbete i konkurrens med andra under en längre tid, varför det kan vara möjligt att visa ett legitimt intresse – som går även utöver företagshemlighetskyddet – för att använda en kundklausul. Det kan sannolikt också i många fall anses som fullt legitimt att genom ett rekryteringsförbud sträva efter att bevara en lämplig och välutbildad arbetskraft; kanske kan det vara motiverat att under en viss tid hålla arbetsstyrkan intakt om avtalsparten i sin arbetsgivarroll har ordnat dyr specialutbildning för ifrågavarande arbetstagare (nyckelpersoner).⁹⁰ Kanske kan det också anses legitimt att ett företag som hyr ut arbetskraft via rekryteringsförbud hindrar att kundföretaget anställer de välutbildade och kunniga arbetstagarna.⁹¹

Det räcker dock inte att endast konstatera att ett legitimt intresse finns som motiverar användningen. Det gäller också att bedöma om klausulen är legitim ”i hela sin utsträckning”, t.ex. för hela den, kanske väldigt långa, avtalade förbudstiden. Sedan gäller det att ta ställning till om värningsklausulen, med den långa förbudstiden, är skäligen synvinkeln för den person som på grund av den inte kan handla fritt.⁹² Ytterligare gäller det att beakta värningsklausulens påverkan på en tredje part: Ett rekryteringsförbud som har skrivits in i avtalet A – B kan t.ex. begränsa A:s arbetstagare AT:s möjligheter att byta arbete.

employer, the covenant must go no further than is necessary for the purposes of the employer preserving a suitable and welltrained workforce.”

⁹⁰ Här kan det vara motiverat med ett visst tolkningsstöd från ArbAvtL 3:5.2 som innehåller en exempelförteckning över faktorer som ska beaktas då man bedömer existensen av de synnerligen vägande skälen som enligt ArbAvtL 3:5.1 krävs för att det ska vara möjligt att träffa ett konkurrensförbudsavtal. Här nämns bl.a. ”behovet av sådant skydd som beror ... på specialutbildning som arbetsgivaren har ordnat för arbetstagaren”. För arbetet nödvändig specialutbildning som arbetstagaren har fått kan vara relevant i bedömningen ifall arbetsgivaren för ändamålet har beviljat arbetstagaren avlönad ledighet eller understöd och arbetsgivarens konkurrenssituation kan antas lida av att en konkurrent drar nytta av utbildningen. Se RP 157/2000 rd s. 88, Kaivanto, Keijo, Kilpailukieltosopimuksen pätevyystä, Edilex 2010 s. 46, Tiitinen & Kröger 2012 s. 341, 343, Saarinen 2013 s. 801.

⁹¹ Notera dock den restriktiva synen som framgår av artikel 6.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag: ”Medlemsstaterna ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att se till att bestämmelser som förbjuder eller medför hinder för ingående av ett anställningskontrakt eller ett anställningsförhållande mellan kundföretaget och en arbetstagare som hyrs ut av ett bemanningsföretag efter det att uppdraget har avslutats (sic!), ska vara ogiltiga eller kunna ogiltigförklaras.”

⁹² Se också Domeij 2016 s. 289 om de olika stegen i bedömningen av en konkurrensförbudsklausul i ett arbetsrättsligt sammanhang.

4.2 Snäv eller bred saklig omfattning

Väravningsklausulens sakliga omfattning är en relevant faktor som bl.a. kan anses ha en *kvantitativ* dimension. Som ett exempel kan tas *mängden kunder* som omfattas av en kundklausul. Ett visst stöd kan sannolikt fås från följande resonemang utifrån finsk och svensk rättspraxis om arbetsrättsliga kundklausuler: En kundklausul som endast omfattar de kunder som fanns hos arbetsgivaren vid tidpunkten då arbetstagaren påbörjade sin anställning kan lättare godtas, eftersom arbetstagarens framtida yrkesliv sannolikt inte markant påverkas av en sådan klausul.⁹³ Detsamma kan tänkas gälla ifall klausulen begränsas till de kunder som arbetstagarens arbetsuppgifter har hänfört sig till under anställningsförhållandet.⁹⁴ En kundklausul kan i dessa fall motiveras med att den skyddar arbetsgivarens legitima intressen i en situation där arbetsgivaren är den som har gjort det möjligt för arbetstagaren att utveckla långvariga kundrelationer.⁹⁵

Om kundklausulen däremot omfattar *alla* arbetsgivarens kunder till skillnad från endast dem som arbetstagaren har haft kontakt med kan arbetstagaren sannolikt påverkas rätt väsentligt av den. Situationen blir än mer tillspetsad om arbetsgivaren har kontakt med en stor andel av den potentiella kundkrets som över huvud taget finns att tillgå inom branschen.⁹⁶ Det kan vara intressant att notera att många amerikanska domstolar ogiltigförklarar en kundklausul som förbjuder arbetstagaren att ta med sig sådana kunder som hen inte har haft yrkesmässig kontakt med.⁹⁷

Klausulens sakliga omfattning kan också anses ha en *kvalitativ* dimension. Ett rekryteringsförbud kan t.ex. ha en stor inverkan på den av klausulen bundna partens framtida förvärvsmöjligheter om verksamheten är starkt specialiserad så att endast få personer har den kunskap och erfarenhet som krävs för att kunna sköta jobbet.⁹⁸ Arbetsgivarintresset av att hålla arbetsstyrkan intakt kan det oaktat väga tungt i en sådan situation om ett behov av skydd t.ex. kan motiveras med att arbetstagarna har denna specialkunskap för att arbetsgivaren har ordnat (dyr) specialutbildning för dem.⁹⁹

⁹³ AD 1992 nr 9 från Sveriges arbetsdomstol.

⁹⁴ Högsta domstolens avgörande HD 2005:50 och AD 2015 nr 894 från Sveriges arbetsdomstol.

⁹⁵ Vanko 2002 s. 7.

⁹⁶ AD 2010 nr 53 från Sveriges arbetsdomstol.

⁹⁷ Vanko 2002 s. 7.

⁹⁸ Så även Fahlbeck 2013 s. 202.

⁹⁹ Se resonemanget i fotnot 90.

4.3 Lång eller kort förbudstid

I sig är t.ex. ett rekryteringsförbud, på samma sätt som en konkurrensklausul, en avtalsklausul som typiskt är avsedd att gälla även efter den tidpunkt då avtalet i övrigt har upphört.¹⁰⁰ Detta hindrar inte att långa förbudstider kan vara problematiska. En värningsklausuls *temporal* omfattning kan därmed ha betydelse vid bedömningen, eftersom en lång förbudstid sannolikt påverkar den bundna parten i större omfattning än en kort förbudstid. Det finns därför orsak att inte utan vidare tolerera väldigt långa förbudstider. Under en lång förbudstid kan också behovet av att skydda sig med en värningsklausul ändras: Då kan man vid bedömningen av värningsklausulen ha en viss nytta av det synsätt som framgår av RP 157/2000 rd i fråga om arbetsrättsliga konkurrensförbudsavtal, dvs. att "[g]runderna för ett konkurrensförbudsavtal skall vara aktuella även när avtalet återopas".¹⁰¹ I en arbetsrättslig kontext kan detta vara relevant t.ex. om konkurrensförbudsavtalet syftar till att skydda arbetsgivarnas investeringar i utbildning och det vid den tidpunkt då avtalet återopas redan har förflutit tid sedan specialutbildningen.¹⁰²

Det kan noteras att min lilla empiriska undersökning – vars generaliserbarhet självfallet kan ifrågasättas – indikerar en tidslängd för värningsklausuler på 6–24 månader. I doktrinen har lyfts fram att rekryteringsförbud ofta är i kraft 6–12 månader efter avslutat avtal.¹⁰³ Det kan därtill också i denna fråga vara intressant att notera några nordiska arbetsrättsliga exempel: Arbetsdomstolen i Sverige godtog t.ex. i avgörandet AD 2002 nr 115 en kundklausul i ett arbetsavtal som var i kraft under två år från att arbetstagaren lämnat sin anställning.¹⁰⁴ Enligt den danska Lov om ansættelsesklausuler, som trädde i kraft 1.1.2016, godkänns synbarligen i

¹⁰⁰ Lindfelt, DL 2011 s. 202.

¹⁰¹ RP 157/2000 rd s. 87–88.

¹⁰² Tiitinen & Kröger 2012 s. 343. Se också Adlercreutz & Flodgren 1992 s. 126–127 som diskuterar liknande frågor i samband med konkurrensförbud vid företagsöverlåtelse.

¹⁰³ Lindfelt, DL 2011 s. 207. Se också Tonell, Magnus, Sekretessavtal – och det rättsliga skyddet för företagshemligheter, Stockholm 2012 s. 157 för ett exempel med ett 24 månaders rekryteringsförbud i samband med företagsöverlåtelse.

¹⁰⁴ En skälighetsbedömning av en konkurrensklausul i svensk rätt kan ske enligt avtal om användning av konkurrensklausuler i anställningsavtal, vilket slöts den 2 juli 2015 mellan Svenskt Näringsliv och Förhandlings- och samverkansrådet PTK. Om parterna inte är bundna av kollektivavtal, sker bedömningen enligt AvtL 38 §. Se Fahlbeck 2013 s. 164–168 och Domeij 2016 s. 267. Punkt 5.1 i det nya avtalet har förkortat den i normalfallet maximala bindningstiden för en konkurrensklausul till 18 månader (och i vissa fall till 9 månader) från 24 månader enligt 1969 års överenskommelse.

Danmark numera kundklausuler som gäller för ett år efter anställningen.¹⁰⁵ I Norge trädde nya regler i kraft 1.1.2016. I Lov om endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurransbegrensende avtaler i arbeidsforhold) finns regler om kundklausuler i § 14 A-4.¹⁰⁶ Kundklausulen kan även här gälla maximalt ett år efter anställningen.¹⁰⁷

4.4 Branschen

Behovet av och möjligheterna för att använda t.ex. kundklausuler kan variera beroende på bransch. Ett visst stöd för resonemangen kan sannolikt också här fås från finsk och svensk rättspraxis om arbetsrättsliga kundklausuler: Om branschen är geografiskt begränsad kan en kundklausul med större sannolikhet än annars ogiltigförklaras. Detta beror på att kundklausulen då har en större inverkan på arbetstagarens förvärvsmöjligheter.¹⁰⁸ Om den aktuella branschen är sådan att kunderna inte är särskilt trogna en enda aktör kan också arbetsgivarens intressen ges mindre tyngd än annars då klausulens giltighet bedöms. Här kan hänvisas till resonemanget i AD 2010 nr 53 från Sveriges arbetsdomstol.¹⁰⁹ Domstolen skulle bl.a. ta ställning till om en konkurrensförbudsklausul, som kan beskrivas som en kundklausul, i ett arbetsavtal för en säljare av finansiella tjänster, var oskälig enligt AvtL 38 §. Domstolen påpekade att en kund i den aktuella branschen förmedling av försäkringar och finansiella tjänster kan tänkas anlita olika företag växelvis eller parallellt, vilket konstaterades påverka den tyngd som den f.d. arbetsgivarens intressen ska tillmätas då klausulen bedöms som en helhet. Domstolen såg här en

¹⁰⁵ Begreppet kundklausul i 1 § definieras på följande – breda – sätt: ”En aftale mellem en lønmodtager og dennes arbejdsgiver om, at lønmodtageren efter fratrædelsen ikke må tage ansættelse hos eller direkte eller indirekte have erhvervsmæssig kontakt med sin tidligere arbejdsgivers kunder og andre forretningsmæssige forbindelser.” En acceptabel kundklausul omfatter kunder som arbetstagaren har haft affärsmässig kontakt med under de senaste 12 månaderna. Lagtexten hittas på <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=176313>. Informationen hämtades 10.2.2016.

¹⁰⁶ Begreppet kundklausul definieras här som ”avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som begrenser arbeidstakers adgang til å kontakte arbeidsgivers kunder etter arbeidsforholdets opphør”. Lagtexten hittas på <https://lovdata.no/dokument/LTI/lov/2015-12-18-104>. Informationen hämtades 31.5.2016.

¹⁰⁷ Kundklausulen kan omfatta kunder som arbetstagaren har haft kontakt med eller ansvar för under det sista året i anställningen.

¹⁰⁸ Se AD 2015 nr 8 från Sveriges arbetsdomstol som handlade om revision på en mindre ort och högsta domstolens avgörande HD 2003:19 om fastighetsförmedling i en storstad.

¹⁰⁹ Se också minoritetens åsikt i högsta domstolens avgörande HD 2003:19 om fastighetsförmedling.

skillnad mellan den i fallet aktuella verksamheten och den verksamhet som revisionsföretag bedriver där kunderna i en högre grad är trogna ett visst företag.

4.5 Rekryteringsförbud eller kundklausul

Finns det orsak att skilja mellan rekryteringsförbud och kundklausuler? Många amerikanska domstolar differentierar synbarligen mellan de två typerna: Rekryteringsförbud betraktas de facto som försvarbara i en högre grad än kundklausuler.¹¹⁰ Domstolen (Colorado Court of Appeals) konstaterade t.ex. följande i det arbetsrättsliga avgörandet *Phoenix Capital, Inc. v. Dowell*:¹¹¹ ”In order to make a living, the former employee needs to be free to solicit (actively or passively) former customers, as long as he or she does not use the employer’s trade secrets to do so. ... In contrast, an agreement not to solicit employees would not impair the former employee’s ability to make a living.”

Enligt min uppfattning måste en helhetsbedömning göras i varje enskild situation; det är inte meningsfullt att utgå från att kundklausulerna och rekryteringsförbuden ska åtskiljas strikt. Det oaktat kan möjligen rekryteringsförbud något lättare godtas. Detta motiverar jag med att ett rekryteringsförbud i normalfallet inte har samma potential som en kundklausul att på ett oskäligt sätt inverka på den bundna partens handlingsförmåga. Undantaget utgörs t.ex. av en situation där verksamheten är starkt specialiserad så att endast få personer de facto kan sköta jobbet i fråga.¹¹² I många fall torde det dock vara ett större problem att inte ha rätt att kontakta kunder.

¹¹⁰ Johnson 2012 s. 121. Se därtill Vanko 2002 s. 7: ”[E]mployee non-solicitation covenants have met with relatively little judicial resistance, as courts have held that it is reasonable for an employer to protect its investment in training its staff and maintaining a competent workforce.” Se också Nicholas 2006–2007 s. 509: ”[M]any jurisdictions will uphold provisions that prohibit a former employee from soliciting former co-workers when that employee has entered into an employee non-solicitation covenant.” Observera dock också Westphal, Christine M., *Restrictive Covenants in Employment Contracts: Regulating Employee Solicitation*, *Journal of Legislation* 2011 s. 108–118 (s. 116): ”Courts differ on whether non-solicitation of employee clauses are minor activity restrictions and generally reasonable, or broader restraints on trade and unreasonable.”

¹¹¹ *Phoenix Capital, Inc. and Phoenix Analytic Services, Inc., Plaintiffs-Appellants and Cross-Appellees, v. Robert M. Dowell, Defendant-Appellee and Cross-Appellant*, No. 05CA2712, Decided: July 26, 2007 (Colorado Court of Appeals, Div. V), <http://caselaw.findlaw.com/co-court-of-appeals/1363607.html>.

¹¹² Fahlbeck 2013 s. 202.

4.6 Aktiv eller passiv värvning

Vid passiv värvning kontaktas en avtalspart av den andra avtalspartens kund eller arbetstagare till skillnad från att hen själv aktivt värvar personen i fråga. Här kan avgörandena AD 2002 nr 115 och AD 2010 nr 27 från Sveriges arbetsdomstol noteras: konkurrensklausuler som innebar ett skydd mot att *aktivt fräntas kunder* ansågs skäliga.¹¹³ Även ArbAvtL 3:3.2,¹¹⁴ som hindrar en arbetstagare från att under arbetsförhållandet förbereda en *förbjuden* konkurrerande handling,¹¹⁵ kan noteras. Det har t.ex. i doktrinen konstaterats att kontakt med arbetsgivarens kunder normalt utgör en aktiv förbjuden konkurrerande handling.¹¹⁶

Det är i sig en logisk utgångspunkt att särskilja aktiv och passiv värvning: den av värvningsklausulen bundna partens agerande kan knappast vid passiv värvning bedömas som klandervärdt i samma utsträckning som vid aktiv värvning. Parternas avsikt med värvningsklausulen är ändå avgörande här: Om (de jämställda) näringsidkarna A och B med en värvningsklausul vill täcka såväl aktiv som passiv

¹¹³ I AD 2002 nr 115 hade en arbetstagare i en redovisningsfirma förbundit sig att inte inom två år, sedan hon lämnat sin anställning, som företagare eller anställd aktivt försöka förmå någon av den f.d. arbetsgivarens klienter att övergå till konkurrerande verksamhet. Klausulen innebar sålunda inte ett förbud för arbetstagaren att i konkurrens med bolaget bedriva egen redovisningsverksamhet. Klausulen, vars väsentliga funktion därmed ansågs vara att den f.d. arbetsgivaren skyddades mot att aktivt fräntas sina klienter, bedömdes vara skälig. Konkurrensförbudsklausulen hade dock kombinerats med ett vite som omfattade en årslön för arbetstagaren i fråga, vilket jämkades. I AD 2010 nr 27 fann Sveriges arbetsdomstol – på ett liknande sätt som i AD 2002 nr 115 – att en sådan konkurrensförbudsklausul var skälig, vars främsta funktion varit att skydda ett bolag inom området IT-säkerhet ”mot att aktivt fräntas sina befintliga kunder”. Ett sådant konkurrensförbud ansågs inte heller innebära annat än en mindre inskränkning i den f.d. arbetstagarens möjligheter att bedriva fortsatt yrkesverksamhet som anställd eller som egen företagare.

¹¹⁴ Regeln lyder på följande sätt: ”Medan anställningsförhållandet varar får arbetstagaren inte förbereda av konkurrerande verksamhet vidta sådana åtgärder som med beaktande av 1 mom. inte kan anses vara godtagbara.”

¹¹⁵ Bruun, DL 2003 s. 777. Avsikten med att införa regeln var enligt regeringspropositionen RP 157/2000 rd s. 85 inte att ändra de rådande riktlinjerna för tolkningen, vilka kan belysas med högsta domstolens avgöranden HD 1990:37 och HD 1993:59. Dessa avgöranden ger förvisso inte en helt entydig bild av var gränsen går mellan tillåtet, respektive icke tillåtet, förberedande av konkurrerande verksamhet. Observera också Tiitinen & Kröger 2012 s. 335 om att riktlinjerna kommer att dras upp i framtida rättspraxis.

¹¹⁶ Se Komulainen, Vesa, Kilpailevan toiminnan kielto s. 115–127 (s. 118), http://www.oikeus.fi/hovioikeudet/helsinginhovioikeus/material/attachments/oikeus_hovioikeudet_helsinginhovioikeus/julkaisut/painetutjulkaisut/kirjoituksiatyooikeudesta2009/ItM9FvFPL/12_Kilpailevan_toiminnan_kielto_Vesa_Komulainen.pdf. Informationen hämtades 11.2.2016. Se också Saarinen, Mauri, Työsuhteen pelisäännöt, 4. uudistettu painos, Helsinki 2005 s. 93. Se därtill Nicholas 2006–2007 s. 509 (för USA): ”If an employee solicits co-employees to join him or her in a competing enterprise prior to termination, the employee has breached his duty of loyalty to the employer.”

värkning finns det inga principiella hinder för detta. Om oklarheter sedermera uppstår om vad klausulen de facto är tänkt att omfatta antas ordalydelsen självfallet utgöra en presumtion om avtalsinnehållet vid tolkningen. Det finns t.ex. en skillnad i betydelse mellan en klausul enligt vilken man ”ska avhålla sig från att ge ett erbjudande om arbete till avtalspartens arbetstagare” och en klausul enligt vilken man ”förbinder sig att inte anställa avtalspartens arbetstagare”. Den första klausulen är fokuserad på att hindra aktiv värkning, medan även passiv värkning (på initiativ av arbetstagaren som vill byta arbete) ryms inom den andra.¹¹⁷ Det kan påpekas att tolkning normalt går före en tillämpning av t.ex. AvtL 38 §; först då man vet förbudets innehåll kan det åsidosättas till följd av det är alltför ingripande.¹¹⁸

Om klausulen är otydligt utformad på denna punkt är det möjligt att passiv värkning inte omfattas av klausulen: En sådan slutsats kan följa av principen om att avtalsvillkor som gynnar den ena avtalsparten ska tolkas snävt.¹¹⁹ Eftersom ett gynnande villkor ofta har upprättats av den part som gynnas, kan slutsatsen vara densamma också om den s.k. oklarhetsregeln (*in dubio contra stipulatorem*) tillämpas. Oklarhetsregeln innebär att oklara villkor i ett avtal ska tolkas till nackdel för den som ansvarar för otydligheten. Den innehåller en slags *e contrario*-tanke: Sådana avtalsnormer som inte framgår av avtalstexten finns inte.¹²⁰ Högsta domstolen har tillämpat oklarhetsregeln också på avtal mellan förhållandevis jämbördiga näringsidkare,¹²¹ även om den förvisso ofta medför att en svagare part skyddas och därtill mestadels tillämpas då standardavtal ska tolkas.¹²²

Det kan vara intressant att notera att många amerikanska domstolar – oberoende av klausulens ordalydelse – *inte* tillåter värvningsklausuler som omfattar passiv värkning. Det är också typiskt att begreppet *solicitation* i en *non-solicitation-clause* tolkas snävt så att det inte anses strida mot klausulen att endast reagera på förfrågningar från kunder eller arbetskamrater utan aktiv egen värkning. Det är t.ex.

¹¹⁷ Hemmo, Mika, Sopimusoikeus III, Helsinki 2005 s. 332.

¹¹⁸ Observera dock Adlercreutz & Flodgren 1992 s. 125 om att oklarhetsregeln i allmänhet ger vika för en tillämpning av AvtL 38 § ”som ju går längre i samma riktning, enligt principen att den öppna kontrollen tar över den dolda”.

¹¹⁹ Se t.ex. högsta domstolens avgörande HD 1992:178 där principen tillämpades på en friskrivningsklausul. Högsta domstolen konstaterade att i synnerhet ensidigt upprättade, till sitt innehåll oklara eller generella friskrivningar ska tolkas snävt.

¹²⁰ Halila, Heikki & Hemmo, Mika, Sopimustyypit, Helsinki 2008 s. 266, Hemmo 2008 s. 332.

¹²¹ Se högsta domstolens avgöranden HD 2008:53 och HD 2010:69. Se också argumentationen i avgörandet Kouvolan HovR 09.06.2005 nr 640, som dock behandlar franchiseavtal.

¹²² Hemmo 2008 s. 332–333, Ramberg & Ramberg 2014 s. 166.

sannolikt att det inte anses som brott mot ett rekryteringsförbud att intervju eller ge ett erbjudande om arbete till en tidigare arbetskamrat så länge den som är bunden av rekryteringsförbudet inte har initierat kontakten.¹²³ Här kan avgörandet *Enhanced Network Solutions Group, Inc. v. Hypersonic Technologies Corp.* från Court of Appeals of Indiana tas upp som ett exempel.¹²⁴

Twisten rörde följande rekryteringsförbud, vilket hade skrivits in i ett serviceavtal som slutits mellan näringsidkare:¹²⁵ ”During the term of this Agreement and for a period of twelve (12) months from the date of effective date of its termination, unless mutually agreed to in writing otherwise the Parties (including any successor-in-interest or related company) shall refrain from soliciting or inducing, or attempting to solicit or induce, any employee of the other Party in any manner that may reasonably be expected to bring about the termination of said employee toward that end and, in the event of a breach of this clause, the party in breach shall pay to the party not in breach the sum equivalent to twelve (12) months salary of the employee in question.”

Svaranden hade via nättjänsten LinkedIn sökt arbetstagare. En anställd hos käranden hade tagit kontakt. Sedan följde en intervju, vilken resulterade i ett erbjudande om arbete. Lönen och andra anställningsvillkor fastställdes enligt arbetstagarens begäran. Domstolen fann att svaranden inte hade brutit mot rekryteringsförbudet, eftersom arbetstagaren hade initierat diskussionen och även aktivt förmedlat sina önskemål om acceptabla villkor för anställningen. Här kan dock också avgörandet *Scarborough v. Liberty National Life Insurance* noteras.¹²⁶ Domstolen (District Court of Appeal of Florida) betonade att det inte alltid är avgörande vem som initierade det första mötet: ”A person may, in appropriate circumstances, solicit another’s business regardless of who initiates the meeting.”

Enligt min uppfattning är det som utgångspunkt inte motiverat att lägga en *avgörande* vikt vid vem som har initierat kontakten om t.ex. en arbetstagare rekryteras till en avtalspart. Aspekten i fråga kan förvisso tillskrivas en viss

¹²³ Johnson 2012 s. 99, s. 127. Se också Vanko 2002 s. 7–8.

¹²⁴ *Enhanced Network Solutions Group, Inc., Appellant–Defendant, v. Hypersonic Technologies Corp., Appellee–Plaintiff*, No. 02A03–1011–PL–609, Decided: June 30, 2011 (Court of Appeals of Indiana), <http://caselaw.findlaw.com/in-court-of-appeals/1572967.html>.

¹²⁵ Se också Johnson 2012 s. 122: ”Interestingly, much of this litigation has been in the context of non-solicitation covenants contained in business partner agreements rather than in employment agreements.”

¹²⁶ *Larry Scarborough, Appellant, v. Liberty National Life Insurance Co., Appellee*, No. 1D03-2905, Decided: March 31, 2004 (District Court of Appeal of Florida, First District), <http://caselaw.findlaw.com/fl-district-court-of-appeal/1302422.html>.

relevans, och dess relevans ökar betydligt om *ett illojalt mönster* kan urskiljas, dvs. om man kan sluta sig till att många arbetstagare systematiskt under en relativt kort tid aktivt har rekryterats till denna samma avtalspart. Kanske kan man då även anta att syftet inte endast är att rekrytera ny, av någon annan utbildad, kunnig personal utan att samtidigt också t.ex. komma åt de kunder som dessa arbetstagare har hand om? Kanske är det viktigare att särskilja den aktiva och den passiva värningen i fråga om kundstocken som kan antas utgöra en för ett företag livsviktig tillgång som har byggts upp genom hårt arbete i konkurrens med andra under en längre tid. Aktiv värning av avtalspartens kunder – antingen direkt eller indirekt via systematisk rekrytering av hens arbetstagare – utgör därmed enligt min bedömning ett förfarande som kan komma att betecknas som illojalt och som därför måste kunna hindras.

4.7 Tredjepartsperspektivet

Tredjemansavtal, dvs. när två parter träffar ett avtal genom vilket en tredje part ges *en rättighet* enligt avtalet, har godtagits sedan länge, trots att ett avtal som utgångspunkt endast binder dess parter. Att avtala *till nackdel* för en tredje part är däremot som utgångspunkt förbjudet.¹²⁷ Detta är en relevant utgångspunkt då det nu diskuteras *hur värningsklausulen i avtalet A – B påverkar en tredje part*. I exempelfallet utgörs denna tredje part av A:s arbetstagare AT.

Betydelsen av att ta hänsyn till utomstående (kunder) vid bedömningen av konkurrensförbud har uppmärksammats av Adlercreutz & Flodgren, t.ex. i en situation där en kund betraktar en före detta anställds personliga egenskaper som viktigare än själva företaget: ”Ett företag har t.ex. intresse av att behålla sin revisor, som är väl insatt i företagets förhållanden, även sedan denne gått över till en annan revisionsbyrå.”¹²⁸ Också Domeij noterar betydelsen av hänsyn till utomstående då en arbetsrättslig konkurrensklausul bedöms: ”Som ett principiellt fjärde moment i skälighetsbedömningen kan man möjligtvis även beakta kundernas intressen.”¹²⁹ I

¹²⁷ Tammi-Salminen, Eva, Sopimus ja kolmas – velvoite- ja esineoikeutta yhdistävä vai erottava teema?, Edilex 2010 s. 373, 378, Håstad, Torgny, Avtalslagens modell för avtals ingående, dissens, fullmakt, misstag m.m., i Mads Bryde Andersen m.fl. (red.), Aftaleloven 100 år, Baggrund, status, udfordringer, fremtid, Copenhagen 2015 s. 165–188 (s. 187). Se även NJA 2013 s. 491 från Sveriges högsta domstol och DCFR II. – 9:301.

¹²⁸ Adlercreutz & Flodgren 1992 s. 101.

¹²⁹ Domeij 2016 s. 289. Enligt honom ska det därförinnan först bedömas ”om det överhuvud finns ett arbetsgivarintresse, sedan om sagda intresse finns inom hela klausulens omfattning och, för det tredje, att de personliga konsekvenserna inte blir orimliga”.

ett examensarbete från Lunds universitet noteras kort att såväl rekryteringsförbud som kundklausuler kan ha en negativ inverkan på en tredje part.¹³⁰

Vi utgår nu från ett exempel fall där ett rekryteringsförbud har skrivits in i avtalet A – B där bägge parterna är näringsidkare. Enligt klausulen förbinder sig B att inte under avtalets giltighetstid och ett år därefter anställa eller på annat sätt till egen verksamhet värva sådana arbetstagare som är anställda hos A. Det gäller att notera de två funktioner som rekryteringsförbudet i fråga har: Förutom att det begränsar B:s möjligheter att anställa personal, begränsar det också utomståendes – nämligen de av A anställda arbetstagarnas – rätt att byta arbetsgivare. Den sistnämnda aspekten diskuteras här.

Vi antar att A:s arbetstagare AT avtalsenligt avslutar sitt arbetsavtalsförhållande med A för att i stället börja arbeta hos A:s konkurrent B. Vi antar vidare att AT *inte* för sin del är bunden av något konkurrensförbudsavtal, eftersom det inte finns några synnerligen vägande skäl för att träffa ett sådant. Om situationen betraktas ur AT:s synvinkel märker man att rekryteringsförbudet i avtalet A – B de facto kan fungera *på samma sätt som om AT hade varit bunden av ett giltigt konkurrensförbudsavtal*. Enligt min bedömning kan man argumentera för att ArbAvtL i detta avseende sätter gränserna för vad som är möjligt: Det är inte rimligt att A ska kunna kringgå tvingande arbetsrättsliga regler – vilka tveklöst gäller för relationen mellan A och AT – genom att i sitt avtal med B skriva in ett rekryteringsförbud. AT, som inte är bunden av något konkurrensförbudsavtal, ska ha rätt att på eget initiativ söka nytt arbete – t.ex. hos B – oberoende av att ett rekryteringsförbud har skrivits in i avtalet A – B.¹³¹ Med andra ord, i en situation där AT *inte* är bunden av ett (giltigt) konkurrensförbudsavtal är det fullt möjligt att dra slutsatsen att rekryteringsförbudet på ett oskäligt sätt inverkar på hens handlingsfrihet och

¹³⁰ Nilsson, Tilda, Alternativ till konkurrensklausuler i anställningsförhållanden – särskilt om värvnings-, kund- och kompetensklausuler, Lunds universitet 2015 (s. 16), [https://www.jur.lu.se/WEB.nsf/\(MenuItemByDocId\)/IDE20A29B6C01576DAC1257D860028EAB1/\\$FILE/JUCN23%20Nilsson%20Tilda.pdf](https://www.jur.lu.se/WEB.nsf/(MenuItemByDocId)/IDE20A29B6C01576DAC1257D860028EAB1/$FILE/JUCN23%20Nilsson%20Tilda.pdf). Informationen hämtades 11.10.2016.

¹³¹ Se också Domeij 2016 s. 46: ”Det har aldrig ifrågasatts att en arbetstagare under en rådande anställning har möjlighet att söka en ny anställning i ett konkurrerande företag. Arbetslivet bygger på att sådana förhandlingar är möjliga.” Se ytterligare s. 395 i samma källa (i fråga om rekryteringsförbud i arbetsavtal): ”En icke-rekryteringsklausul påverkar den f.d. anställde genom att begränsa hur han eller hon får agera hos den nya arbetsgivaren/konkurrenten. Klausulen begränsar inte handlingsfriheten hos de kvarvarande anställda hos arbetsgivaren. Det står dem fritt att säga upp sig och ta anställning hos konkurrentföretaget där det redan finns en person med en icke-rekryteringsklausul, dvs. att på eget initiativ följa en tidigare kollega.”

däriigenom även på B:s handlingsfrihet. Det är därmed inte uteslutet att klausulen t.ex. kan komma att anses ogiltig enligt AvtL 38 §.¹³²

Detsamma kan självfallet gälla om AT förvisso är bunden av ett konkurrensförbudsavtal med A, men konkurrensförbudsavtalet är i kraft en kortare tid än rekryteringsförbudet i avtalet A – B. Vi antar att AT t.ex. är bunden av ett sex månader långt konkurrensförbudsavtal. Vi antar vidare att hen inte får någon ersättning för bundenheten. Vi antar ytterligare att AT, efter att sex månader har förflutit, söker arbete hos B. Det finns skäl att också här notera den inverkan som rekryteringsförbudet i avtalet A – B har på AT: I praktiken kan det ettåriga rekryteringsförbudet resultera i att AT:s handlingsfrihet kringskärs på samma sätt som om hen var bunden av ett ettårigt konkurrensförbudsavtal. Ett så pass långt konkurrensförbudsavtal med A kräver dock, enligt ArbAvtL 3:5.3, att AT får en skälig ersättning för bundenheten. Någon sådan ersättning har AT inte fått.

Följaktligen kan tredjepartsverkningarna ha betydelse vid bedömningen av ett rekryteringsförbud. Det ska ändå poängteras att det är fråga om en helhetsbedömning, och de slutsatser som här har dragits kan antas ha en större betydelse vid ”specialfall”. Det kan vara fråga om en situation där AT egentligen bara kan hitta ett lämpligt arbete hos B, t.ex. eftersom ingen annan behöver hans specialkunskande.

5 Sammanfattning och några avslutande reflektioner

Då värningsklausuler diskuteras är det elementärt att inse att kunderna och personalen är viktiga tillgångar i ett företag. Kundstocken är givetvis ofta en livsviktig tillgång som har byggts upp genom hårt arbete i konkurrens med andra under en längre tid. I dagens kunskapssamhälle är det därtill generellt viktigt med en kunnig och välutbildad personal. Rimliga möjligheter måste därför finnas att hindra att en avtalspart tar med sig dessa tillgångar efter avslutat samarbete. Enligt min uppfattning ska det följlaktligen, som utgångspunkt, vara tillåtet att i avtal mellan – i synnerhet jämlika – näringsidkare skriva in värningsklausuler. Även om min syn på användningen av dessa klausuler därmed knappast kan beskrivas som väldigt restriktiv, ska det understrykas att jag inte förespråkar en obegränsad, fri användningsrätt: t.ex. AvtL 38 §, AvtL 36 § och t.o.m. AvtL 33 § ställer hinder för

¹³² Observera dock Grönfors & Dotevall 2016 s. 274 som tvivlar på möjligheten att jämka avtal (enligt AvtL 36 §) på basis av tredjemansverkningar.

detta. Dessutom ska också möjligheten att ålägga en, i förhållande till avtalsparterna, utomstående part ett ansvar för värvning – t.ex. i form av rekrytering av en konkurrents arbetstagare – observeras. Då kan ArbAvtL 3:3.3 och OtillbFörfL 1.1 § vara relevanta.

De i artikeln belysta rättsreglerna blir sannolikt inte särskilt ofta tillämpliga på värvningsklausuler. Jag vill dock poängtera att de kan – och *ska* – tillämpas där det behövs. Värvningsklausuler som är utformade på olika sätt tycks numera rätt allmänt förekomma i olika typer av avtal. För att man ska kunna sluta sig till om en viss värvningsklausul kan godtas eller inte krävs en helhetsbedömning av den aktuella situationen. Enligt min uppfattning handlar denna helhetsbedömning huvudsakligen om att ta ställning till två frågor: Dels ska *ett legitimt (affärs)intresse* som motiverar behovet av en värvningsklausul i det enskilda fallet visas, och dels ska den – i sig sålunda motiverade – användningen av klausulen ske med iakttagande av *proportionalitet*. Kravet på proportionalitet finns till för att t.ex. säkerställa att värvningsklausulen är skäligen ur synvinkeln för den person som på grund av den inte kan handla fritt. Är den inte det, kan den inte heller godtas.

I artikeln belystes några, mer eller mindre specifika, exempel på faktorer som jag anser att kan ha betydelse vid denna helhetsbedömning av värvningsklausulens godtagbarhet. Faktorerna som diskuterades var klausulens snäva eller breda sakliga omfattning (såsom mängden kunder som omfattas av den), förbudstidens längd, den aktuella branschen, typen av värvningsklausul (rekryteringsförbud eller kundklausul), huruvida värvningen varit aktiv eller passiv, samt värvningsklausulens påverkan på tredje part.

Till sist kan det vara intressant att kort notera de initiativ som i USA nyligen (förvisso innan presidentvalet) tagits om att utreda och begränsa den synbarligen alltför omfattande (fel)användningen av konkurrensklausuler till skada för arbetstagare och regionala ekonomier.¹³³ Kanske kommer initiativ som dessa även att påverka hur vi i Finland i framtiden ser på värvningsklausuler?

¹³³ The Obama Administration Announces New Steps to Spur Competition in the Labor Market and Accelerate Wage Growth, The White House, Office of the Press Secretary, October 25, 2016, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2016/10/25/fact-sheet-obama-administration-announces-new-steps-spur-competition>. Informationen hämtades 23.11.2016.