

VEDLEGG 2: ”KONKURRANSEKLAUSULER, KUNDEKLAUSULER OG IKKE-REKRUTTERINGSKLAUSULER”

NHOs brev av 30.01.09 – endringer i arbeidsmiljøloven

Departementet ber om høringsinstansenes tilbakemelding på utredningen fra Advokatfirmaet Hjort av 29. september 2008 og utredningens forslag til nye lovbestemmelser om konkurransebegrensende avtale i arbeidsforhold, inntatt i utredningen på side 105 flg.

NHO har i det følgende valgt å dele høringsuttalelsen i to deler. I første del (punkt I) knyttes noen generelle kommentarer til utredning fra Advokatfirmaet Hjorth, og da i særdeleshet de interesseavveininger som kommer til uttrykk i utredningen og dens forslag til fremtidige lovbestemmelser.

I annen del (punktene II – V) gis en fortløpende kommentar til en rekke av de problemstillinger som behandles i utredningen. Kommentarene er valgt knyttet opp til utredningens forslag til ny lovtekst. Det påpekes at denne fremgangsmåte alene er gjort av praktiske grunner. Slik NHO forstår departementet, er utredningens forslag til lovtekst ene og alene et produkt fra Advokatfirmaet Hjorth. NHO er således av den oppfatning at departementet på selvstendig grunnlag vil utarbeide endelig forslag til fremtidig regulering, blant annet basert på de innspill som måtte komme i høringsrunden.

Sett hen til at departementet i sitt mandat for Utredningen ønsket et lovforslag utarbeidet, og har bedt høringsinstansene om tilbakemelding på aktuelle lovforslag, antas imidlertid at departementet vil ta utgangspunkt i aktuelle lovforslag i sitt videre arbeid.

I. Noen innledende betraktninger rundt Utredningen - behovet for nye regler

NHO er i utgangspunktet positiv til en fremtidig lovregulering som medvirker til tydeliggjøring av arbeidsgivers adgang til å inngå konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold, og som herigjennom motvirker muligheten for anvendelse av slike avtaler hvor lovens regler ikke åpner for dette.

I hvilken utstrekning det bør være adgang til å inngå konkurransebegrensende avtaler, er et spørsmål om avveining av interesser. I likhet med utredningen fra Advokatfirmaet Hjort av 29. september 2008 (heretter ”Utredningen”) mener NHO at regulering av konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler må finne sted gjennom en forsvarlig avveining av til dels motstridende interesser, i særdeleshet hensynet til arbeidsgiver og arbeidstaker samt samfunnshensyn knyttet til vern av den frie konkurranse og beskyttelse mot at arbeidskraft legges øde.

NHO er imidlertid på flere punkter uenig i den interesseavveining som legges til grunn i utredningen, herunder hvordan interesseavveiningen er kommet til uttrykk i forslaget til nytt kapittel 17A i Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62.

Det vises for det første til at man gjennom forslaget til nytt kapittel 17A legger opp til en omfattende innstramming av vilkårene for å avtale konkurransebegrensende avtaler i

arbeidsforhold (særlig konkurranseklausuler og kundeklausuler), uten at man gjennom utredningen på noen måte har avdekket et behov for slik innstramming basert på dagens rettslige eller faktiske situasjon.

Beskyttelse av arbeidstaker som den svake part i kontraktsforhold har lang tradisjon i norsk rett, og har vært et dominerende hensyn for konkurranseklausulenes vedkommende siden vedtakelsen av avtaleloven § 38. Gjennom avtalelovens utpregede skjønsmessige vilkår har domstolene vært bemyndiget til å foreta en avveining av de motstridende interesser i lys av samfunnsutviklingen. NHO er ikke kjent med at man gjennom rettspraksis har avdekket situasjoner hvor domstolene har følt seg tvunget til å godta konkurransebegrensende avtaler som tilsidesetter hensynet til arbeidstaker, eller for øvrig gir uttrykk for en utidsmessig avveining av de motstridende interesser. Det er NHOs syn at man bør kreve sterke holdepunkter for å avvike fra den interesseavveining som har vokst frem innenfor domstolene gjennom en langvarig og etter hvert omfattende rettspraksis. Etter NHOs syn foreligger ikke slike holdepunkter per i dag.

For det andre synes utredningen å bygge på en entydig interessemotsetning mellom arbeidsgivers- og arbeidstakers interesser. NHO vil advare mot en slik "forenklet" tilnærming til de underliggende interesseavveininger. Kunnskapssamfunnets fremvekst har resultert i at verdien av kunnskap og beskyttelse av kunnskap har blitt langt viktigere i bedrifters virksomhet. Utviklingen har også medført en forskyvning av kunnskap bundet i realkapital til kunnskap bundet i individer. Arbeidsgiver og arbeidstakerne som kollektiv gruppe har en felles interesse i at arbeidsgivere gis adgang til å beskytte kunnskap som utgjør et konkurransefortrinn for virksomheten (f.eks. forretningshemmeligheter eller know-how) på en effektiv måte¹. Slik beskyttelse er en grunnleggende forutsetning for bedrifters satsning på forskning og utvikling, og er dermed en viktig faktor for å trygge etablerte arbeidsplasser samt bidra til å skape nye arbeidsplasser og opprettholde velferd for fremtiden.

NHO stiller videre spørsmål ved utredningens ensidige fokus på fri konkurranse som et grunnleggende samfunnmessig hensyn som taler for å begrense konkurransebegrensende avtaler. Det er som utgangspunkt en allmenn oppfatning at konkurranse er fordelaktig for utvikling, effektivitet og velferd. Dette står således i kontrast til det grunnleggende formål med konkurransebegrensende avtaler, hvilket er å unndra den produksjonsressurs som arbeidskraften utgjør fra denne konkurranse. Det kan imidlertid anføres gode grunner for å akseptere slike inngrep. Paradoksalt nok ville en helt fri konkurranse om arbeidskraften, uten den innskrenkning som f.eks. konkurransebegrensende avtaler kan innebære, lede til minsket effektivitet og konkurransekraft i næringslivet og til en svakere velferdsutvikling, jf. ovenfor.

Etter NHOs syn etterlater utredningen et inntrykk av at konkurransebegrensende avtaler er "et onde som bør begrenses så langt det lar seg gjøre". Dette inntrykk forsterkes i særlig grad av Utredningens bruk av utenlandske rettskilder, som etter NHOs syn foranlediger kritiske bemerkninger.

For konkurranseklausulenes vedkommende vises til at man i Utredningen, etter å ha konstatert under punkt 2.7.1 at "(N)orge er det landet som i sum aksepterer de mest omfattende begrensningene til skade for arbeidstaker", tilsynelatende "shopper" rundt i de øvrige nordiske lands regulering av tilsynelatende parallelle problemstillinger. Sluttresultatet blir en blanding av ulike regelfragmenter som ikke synes vurdert i forhold til overførbarhet fra

¹ Se. Prof.dr.jur. Örjan Edström, Konkurrenseklausuler – en kommentar til utredningen "Hållfast arbetsrätt", Rapport och texter från juridiska institutionen vid Umeå universitet, nr 1/2003.

sin nasjonale kontekst. Den samlede effekt av de ulike regelfragmenter, synes heller ikke vurdert i nevneverdig grad.

Det kan videre stilles spørsmål ved Utredningens utstrakte bruk av dokumenter med uklar juridisk status. I denne sammenheng vises til Utredningens utstrakte henvisning til den Svenske utredningen - ”Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv”, Ds 2002:56. Det påpekes fra NHOs side i denne sammenheng at verken utredningen eller dens lovforslag per i dag har foranlediget noen lovendringer. Gjennom henvendelse til NHOs søsterorganisasjon i Sverige – Svenskt Näringsliv – har NHO fått opplyst at status per i dag synes å være at gjeldende rettstilstand på området antas å være adekvat, og at utredningens problemstillinger heller ikke oppfattes som spesielt aktuelle.

Da problemstillingene i tilknytning til konkurranseregulerende avtaler har en felles nordisk kontekst og verdibakgrunn, er det naturlig at man i forbindelse med en eventuell fremtidig regulering på området ser hen til hvordan liknende problemstillinger er blitt løst i andre nordiske land. Det er imidlertid viktig at en fremtidig regulering tar utgangspunkt i norske forhold og behov. En fremtidig lovregulering på området må videre avveie forholdet til tilgrensede regelverk, og foretas i tråd med norsk lovgivningstradisjon. Etter NHOs syn hensyntar Utredningens tilnærming, i for liten grad disse grunnleggende utgangspunkter.

II. Nærmere om forslaget til nye regler om konkurranseklausuler

1. Behovet for nye regler

Hvorvidt det foreligger et behov for nye regler, er delvis et spørsmål om dagens regler åpner for unødig usikkerhet rundt de rammer som allerede foreligger på området, og delvis et spørsmål om dagens rammer for avtalefriheten er for vid eller snever.

Etter NHOs syn gir ikke den informasjon som er gjengitt i Utredningen noe tilstrekkelig grunnlag for å treffe forsvarlige slutninger vedrørende de aktuelle spørsmål.

NHO har vanskelig for å se at man gjennom Utredningen har grunnlag for å konkludere med at ”*Uttalelser fra både arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner tyder på utstrakt bruk av konkurranseklausuler*”, slik det fremgår av Utredningen under pkt. 2.2.1.

Som det fremgår av Utredningen finnes det i liten grad ”*statistikk eller annet materiale som kan indikere hvor mange personer som er forpliktet i henhold til en konkurranseklausul*”. Utredningens gjengivelse fra respektive arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner kan heller ikke tas til inntekt for et slikt syn.

For NHOs vedkommende etterlater utredningen også et feilaktig inntrykk av NHOs erfaring med problemkomplekset. At konkurranseklausuler var tema under Nordisk Arbejdsgiverjuristmøde i Danmark i 2006, kan ikke tas til inntekt for at temaet utløp fra et korresponderende praktisk problem for NHO eller dets medlemsbedrifter. Utrednings slutninger rundt de tilårskomne standardregler for konkurranseklausuler inngått mellom NHO og Tekna, blir i beste fall ren spekulasjon.

Etter NHOs syn foreligger det per i dag ikke vektige argumenter som taler for å innta ytterligere begrensninger i de rammer som i dag eksisterer for arbeidsgivers adgang til å

avtale konkurranseklausuler i arbeidsforhold. Tilbakemeldinger mottatt fra NHOs landsforeninger tyder på at omfanget/bruk av konkurranseklausuler er beskjedent, med noe større frekvens innenfor medlemsbedrifter tilknyttet landsforeningene Abelia og NHO Service (selgere, ledere). Det påpekes videre at man har beskjeden erfaring med konflikter knyttet til konkurranseklausuler. De henvendelser som mottas knytter seg i hovedsak til rådgivning rundt de rettslige rammer for anvendelse av konkurranseklausuler, og til en viss grad forståelsen av allerede inngått konkurranseklausuler.

NHO er positiv til en fremtidig lovregulering som medvirker til tydeliggjøring av arbeidsgivers adgang til å inngå konkurransebegrensende avtaler i ansettelsesforhold. NHO imøteser således en prosess hvor man søker å kodifisere sentrale elementer ved den praksis som i dag er skapt i lys av avtaleloven § 38. Som det vil fremgå i det følgende, er NHO også positiv til enkelte av de nyvinninger som foreslås i Utredningen, bl.a. krav til skriftlighet, arbeidsgivers plikt til å ta stilling til konkurransebegrensende avtaler ved arbeidsforholdets opphør, særskilt regulering av oppsigelse mv.

NHO vil imidlertid advare mot at man, ut fra et ønske om økt forutberegnelighet for arbeidstaker, faller ned på løsninger som reelt tilsidesetter de grunnleggende interesseavveininger som nødvendigvis må foretas når arbeidsgivers handlingsrom skal fastlegges. Det må således aksepteres at hensynet til forutberegnelighet til en viss grad ofres, for å sikre formålstjenlige regler. At forutberegnelighet i slike situasjoner kan være et vanskelig krav å tilfredsstille, illustreres forøvrig til fulle av Utredningens forslag til ny § 17A-2 første ledd. Til tross for Utredningens bekymring for manglende forutberegnelighet i avtalelovens ”*skjønnsmessige*” formuleringer, kan NHO vanskelig se at situasjonen for arbeidstakerne bli noe bedre ved at det for fremtiden må foreligge ”*særlige grunner*” for at konkurranseklausuler gyldig skal kunne avtales.

Slik NHO forstår Utredningens mandat, var mandatet ikke begrenset til bare å vurdere eventuelle behov for ny regulering begrunnet i arbeidstakers interesser.

NHO ser det således som en betydelig svakhet ved Utredningen, herunder dens forslag til fremtidig lovtekst, at man ikke har søkt å vurdere/regulere eventuelle konsekvenser av arbeidstakers brudd på gyldig avtalte konkurranseklausuler. Det vises i denne sammenheng til at praktiske problemer rundt gjennomføring/sanksjon av brudd på konkurranseklausuler, i mange tilfeller i praksis gjør brudd på konkurranseklausuler lønnsomt/sanksjonsfritt.

Etter NHOs syn bør en fremtidig lovregulering av konkurranseklausuler også ta sikte på å regulere eventuelle konsekvenser av brudd på konkurranseklausuler. I denne sammenheng bør Departementet bl.a. se nærmere på arbeidsgivers adgang til å avtale konvensjonalbøter som sanksjon mot overtredelse av konkurranseklausuler. Hensett til de betydelige praktiske problemer dagens alminnelige erstatningsregler medfører for effektiv sanksjonering av brudd på konkurranseklausuler, bør departementet også foreta en grunnleggende vurdering av instituttet vinningsavståelse².

² Se Monsen, ”Vinningsavståelseskrav – et alternativ til erstatningskrav ved overtredelse av konkurransebegrensningsavtale”, Tidsskrift for forretningsjus 2006 s. 157 flg.

2. Anvendelsesområdet for nye regler om konkurranseklausuler

NHO forstår Utredningen og forslaget til nye bestemmelser slik at arbeidsmiljøloven kapittel 17A bare skal gis anvendelse for konkurranseklausuler hvor de konkurransebegrensende virkninger inntreffer ”etter arbeidsforholdets opphør”.

Som en naturlig følge vil eventuelle avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som begrenser arbeidstakers adgang til å ta oppdrag/ansettelse hos andre oppdragsgivere/arbeidsgivere under et løpende ansettelsesforhold, falle utenfor bestemmelsens virkeområde. Tilsvarende vil forslaget ikke ha betydning for den ulovfestede lojalitetsplikt som påhviler en arbeidstaker under arbeidsforholdet.

De ovenfor nevnte problemkomplekser er ikke gjenstand for vurdering i utredningen, og det legges således til grunn at man ved denne anledning ikke vil foreta nærmere vurderinger av disse beslektede problemstillinger. Det legges i denne sammenheng videre til grunn at en eventuell regulering etter forslaget til nytt kapittel § 17A ikke er ment å innebære en endring av dagens rettstilstand hva gjelder arbeidstakers lojalitetsplikt under ansettelse.

Vedrørende forslaget til lovtekst inntatt i § 17A-1, fremstår lovforslaget etter NHOs oppfatning som noe uklart i flere henseender.

For det første kan det stilles spørsmål ved i hvilken grad konkurranseklausuler ”*avtalt i arbeidsforhold*” er ment å omfatte alle former for situasjoner som oppstår i forbindelse med opphør av et arbeidsforhold. Som eksempel kan tenkes konkurranseklausuler som inngås i et etterfølgende forlik, hvor den ansatte er sagt opp av eget forhold, og bare anlegger søksmål om erstatning etter arbeidsmiljøloven § 15-12.

Videre kan det stilles spørsmål om konkurranseklausuler som ”*skal gjelde etter arbeidsforholdets opphør*”, er ment å omfatte konkurranseklausuler som inngås i en fratredelsavtale, og som er ment å delvis gjelde i oppsigelsestid uten arbeidsplikt og delvis etter utløpet av oppsigelsestiden etter arbeidsavtalen.

3. Forslaget til definisjon av konkurranseklausuler – ny § 17A-1(2)

Som det fremgår av lovforslaget § 17A-1(2) er konkurranseklausuler ment å omfatte ”*enhver avtalebestemmelse*” som begrenser arbeidstakerens adgang til ”*å starte*” eller ”*drive*” virksomhet av en viss ”*art*” eller ”*ta ansettelse*” hos en annen arbeidsgiver.

Selv om lovforslaget i utgangspunktet må anses å dekke de fleste situasjoner som man etter avtalepraksis søker å regulere, åpner lovforslaget likevel for en viss tolkningstil.

Formodentlig er det både i arbeidsgivers og arbeidstakers interesse at arbeidsgiver gjennom anvendelse av konkurranseklausuler gis adgang til å innta avtalebestemmelser som medfører effektiv beskyttelse av konkurransesensitiv kunnskap/informasjon, og at eventuelle fremtidige begrensninger ut fra arbeidstakernes interesse gis korresponderende rekkevidde.

I forhold til lovforslaget kan det stilles spørsmål rundt i hvilken grad andre tilknytningsformer til en ny arbeidsgiver enn ”*ansettelse*”, f.eks. konsulentforhold, styreverv, andre tillitsverv, investeringer, kjøp av aksjer el., er ment å omfattes av lovens begrep ”*drive virksomhet*”. En

effektiv beskyttelse av konkurransesensitiv informasjon forutsetter at lovgivningen ikke åpner opp for ”omgåelsessituasjoner”. Skadepotensialet for en tidligere arbeidsgiver er ofte like stort om den tidligere ansatte tar ansettelse hos en konkurrent eller tar ut den ”økonomiske verdi” av den sensitive informasjon på andre måter. I dagens kontraktspraksis er det ikke uvanlig at arbeidsgivere søker å beskytte seg mot denne type virksomhet ved å innta passuser om f.eks. forbud mot ”*på noen annen måte være involvert i*” virksomhet som konkurrerer med tidligere arbeidsgiver.

4. *Nærmere om Utredningens redegjørelse for hvilke begrensninger som bør gjelde i adgangen til å avtale og gjøre gjeldende konkurranseklausuler*

4.1 *Arbeidstakers stilling*

NHO tiltrer de vurderinger som fremkommer i Utredningen pkt. 2.7.2.1. NHO støtter herunder, Utredningens konklusjon om at det ikke bør stilles som et krav for å inngå gyldige avtaler om konkurranseklausuler at arbeidstakeren har en særlig betrodd stilling. Videre tiltres Utredningens forslag om å fjerne den særlige ugyldighetsbestemmelse for underordnede stillinger som følger av avtalelovens § 38 annet ledd.

4.2 *Krav om ”særlige grunner” for bruk av konkurranseklausuler*

Som fremhevet innledningsvis er NHO positiv til en fremtidig lovfesting som medvirker til tydeliggjøring av arbeidsgivers adgang til å inngå konkurranseklausuler.

Den mest sentrale problemstillingen i så måte er hvordan en fremtidig lovtekst skal angi de ”situasjoner” som berettiger en arbeidsgiver til å benytte en konkurranseklausul. Hensett til at en fremtidig lovtekst vil måtte åpne for en avveining av forskjelligartede interesser, samt favne en rekke ulike situasjoner, er spørsmålet komplekst.

I utredningen punkt 2.7.1.1 angis forutberegnelighet som et av de grunnleggende hensyn bak behovet for ny regulering av konkurranseklausuler. Det påpekes i denne sammenheng at ”*Avtaleloven § 38 i....Norge gir etter sin ordlyd liten veiledning i forhold til gyldigheten av de ulike elementene i en konkurranseklausulavtale*”.

For å bøte på denne uklarheten, foreslås å innføre et krav om at konkurranseklausuler bare gyldig kan avtales når det foreligger ”*særlige grunner*”. Dette for å skape distanse til normalsituasjonen som ”*bør være at avtaler om konkurranseklausuler ikke er gyldige*”.

Etter NHOs syn er det grunn til å knytte noen kommentarer både til Utredningens grunnleggende utgangspunkt og løsningsforslag.

Som fremhevet innledningsvis er NHO grunnleggende uenig i den endimensjonale tilnærming til konkurranseklausuler som legges til grunn i Utredningen. Utredningens tilnærming gir således et inntrykk av at konkurranseklausuler er et onde som bør bekjempes så langt det lar seg gjøre. Utredningens verdivalg smitter således også over på forslaget om å innføre ”*særlige grunner*” som gyldighetskriterium.

NHO vil påpeke at også i henhold til dagens regulering av konkurranseklausuler jf avtaleloven § 38, er normalsituasjonen slik at avtaler om konkurranseklausuler i de fleste

arbeidsforhold ikke er gyldige. Dette fordi konkurranseklausuler ikke godtas når de fremstår som uforholdsmessige overfor arbeidstakers interesser (*”urimelig innskærper/vanskeliggjør(e) hans adgang til erhverv”*) eller ikke kan begrunnes i arbeidsgivers legitime behov (*”maa anses for at strække sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse”*).

Gitt den forutsetning at man etter gjeldende rett ikke har operert med vederlag, skriftlighet eller maksimalbegrensning på varighet av konkurranseklausuler som gyldighetsbetingelser, er det vanskelig å se at man med Utredningens lovforslag bidrar til å forsterke forutberegneligheten for arbeidslivets parter ved å innføre et krav om *”særlige grunner”* som det avgjørende kriterium for å vurdere en konkurranseklausuls gyldighet. Enn mindre gjelder dette når man etter Utredningen i hovedsak har ment å innta de samme elementer i vurderingen av *”særlige grunner”*, som i dag foretas etter kriteriene inntatt i avtaleloven § 38, likevel slik at vurderingen for fremtiden skal bli strammere.

Etter NHOs syn bør en fremtidig lovregulering i større grad gi veiledning på de vurderinger som arbeidsgiver skal foreta før man beslutter å innlate seg på anvendelse av konkurranseklausuler. Ulike mekanismer kan i så måte tenkes anvendt.

Det kan i denne sammenheng f.eks. vurderes en tilnærming i lovtekst form hvor spørsmålet om gyldigheten av konkurranseklausuler i større grad retter fokus på begrensninger knyttet til formålet bak klausulen og forholdsmessigheten i forhold til motstridende interesser. I slike tilfeller kan en lovtekst f.eks. presisere nærmere angitte formål som vil kunne aksepteres.

For det tilfellet at man velger å gå for en løsning med et grunnvilkår om *”særlige grunner”*, bør dette etter NHOs syn søkes presisert ytterligere, f.eks. ved at lovteksten selv gir anvendelse på sentrale elementer(basert på dagens rettspraksis) som inngår i en slik vurdering.

4.3 Vederlag

4.3.1 Vederlag som gyldighetsbetingelse – minstekrav til vederlag

Som fremhevet innledningsvis er NHO kritisk til Utredningens grunnsyn i retning av en entydig interessemotsetning mellom arbeidsgiver- og arbeidstakers interesser. Etter NHOs mening smitter disse svakheter også over på utredningens forslag til vederlagsbestemmelse, inntatt i utkast til ny § 17A-2(1) jf § 17A-3.

Som fremhevet i Utredningen under pkt. 2.4.2.2 viser rettspraksis etter avtaleloven § 38 at man som hovedregel har akseptert konkurranseforbud med varighet inntil 1 år uten vederlag. Dette til tross for at et eventuelt vederlag inngår som en sentral betingelse i gyldighetsprøvingen etter avtaleloven § 38.

Hvorvidt vederlag bør inngå som betingelse for at en arbeidstaker skal kunne avtale en konkurranseklausul, kan ikke vurderes isolert fra spørsmålet om hvilke ulemper et vederlag eventuelt skal kompensere for. Det er NHOs mening at Utredningen, gjennom sitt forslag om *”å skjære alle tilfeller over en kam”*, legger til grunn et for unyansert syn på problemstillingen rundt arbeidstakers eventuelle rett til vederlag.

Kjerneområdet for anvendelse av konkurranseklausuler knytter seg til tilfeller hvor en bedrift ønsker å beskytte sine forretningshemmeligheter og know-how. Den økonomiske verdien av slike forretningshemmeligheter og know-how tilhører som utgangspunkt bedriften. En tidligere ansatt har således ikke adgang til å utnytte verdien av slike konkurransefortrinn. Dette gjelder både i tilfeller hvor kunnskapen kan nyttiggjøres hos en ny arbeidsgiver, f.eks. ved at man blir mer ettertraktet på arbeidsmarkedet og derigjennom oppnår bedre ansettelsesvilkår, og i tilfeller hvor en tidligere ansatt skulle ønske å benytte dette gjennom virksomhet i egen regi.

I situasjoner hvor en ansatt ikke har adgang til å benytte seg av forretningshemmeligheter og know-how, er det vanskelig å forstå at arbeidsgiver skal måtte svare vederlag til den tidligere ansatte ut i fra betraktninger om at arbeidstaker ”*står fritt til å bruke sin utdanning og erfaring*”. Et vederlagskrav må i et slikt tilfelle søkes begrunnet med eventuelle konsekvenser et forbud har for den ansatte.

Sett hen til at man gjennom forslaget til ny lovregulering ønsker å stramme inn på de situasjoner/det omfang av tilfeller hvor man for fremtiden vil ha anledning til å anvende konkurranseklausuler (*”særlige grunner”*), medfører dette en ytterligere svekkelse av et grunnsyn i retning av krav på vederlag som et ubetinget gyldighetskriterium.

NHO er i denne sammenheng videre sterkt uenig i at man bør innføre et ubetinget krav om vederlag på et visst nivå som gyldighetskriterium *”for at arbeidsgiveren skal få nødvendig insitament til å foreta en kritisk analyse av behovet for en konkurranseklausul”*. Ved en slik argumentasjon fjerner man seg fullstendig fra de grunnleggende interessemotsetninger, og påfører i realiteten seriøse aktører betydelig økte driftskostnader i et forsøk på å disiplinere useriøse aktører.

Slik NHO ser det bør et krav om vederlag som gyldighetsbetingelse forbeholdes de tilfeller hvor klausulen medfører et reelt inngrep i arbeidstakers frihet og for de tilfeller hvor klausulen for så vidt ikke medfører et inngrep i arbeidstakers frihet, men anses berettiget ut fra de ulemper klausulen medfører for arbeidstaker. En slik tilnærming vil også korrespondere best med de grunnleggende krav til hvilke situasjoner som kan legitimere bruk av konkurranseklausuler (*”særlige grunner”*), ved at arbeidsgiver gis et insitament til å begrense klausulens rekkevidde så langt dette fremstår som forsvarlig.

Vedrørende spørsmålet om nivå for et eventuelt vederlag, er det NHOs primære syn at omfanget av en vederlagsforpliktelse som hovedregel bør korrespondere med de begrensninger/konsekvenser klausulen medfører for tidligere arbeidstaker. Det utelukkes i denne sammenheng imidlertid ikke at man, ut fra retts tekniske grunner/praktiske grunner, vil måtte åpne opp for et *”minstenivå”* for slik kompensasjon.

4.3.2 Avkortning i vederlag

Da et vederlag først og fremst skal kompensere for begrensninger i arbeidstakers frihet til å bruke sin utdanning og erfaring til å skaffe seg inntekt, vil det være naturlig at arbeidsgiver gis anledning til å kreve fradrag i alternativ arbeidsinntekt arbeidstaker oppbærer i karenperioden. NHO er imidlertid enig i at gode grunner kan tale for at slik motregningsadgang begrenses til en forholdsmessig del av den overskytende inntekten, ut fra

et kompensasjonssynspunkt knyttet til tap av arbeidstakers valgfrihet. En slik begrensning vil også bidra til mindre inaktivitet i karenperioden.

Vedrørende innføring av en avkortningsadgang knyttet til inntekter hos ny arbeidsgiver, påpekes imidlertid det retts tekniske problem at en slik regel i de fleste tilfeller vil være svært enkel å omgå. Tidligere arbeidstaker og ny arbeidsgiver vil i slike tilfeller fritt kunne avtale en ”tilpasset lønn” under karenstidens løp, for så å avtale et lønnstillegg/bonus etter utløp av karenperioden. Slik vil man unngå en eventuell avkortningsforpliktelse, eventuelt ”del-finansiere” lønnsforpliktelser under karenperiodens løp.

NHO tiltrer for øvrig forslaget til informasjonsforpliktelser inntatt i utkastet til ny § 17A-3(2). En slik informasjonsforpliktelse vil være en grunnleggende forutsetning for gjennomføring av en eventuell avkortning. Etter NHOs syn er det imidlertid en klar svakhet at utkastet til ny § 17A-3(2) ikke oppstiller/klargjør eventuelle sanksjoner ved unnlatt oppfyllelse av arbeidstakers informasjonsforpliktelser. Et naturlig utgangspunkt vil i slike tilfeller være at tidligere arbeidsgivers forpliktelse til å svare vederlag bortfaller (helt eller delvis) eventuelt suspenderes.

4.3.3 Oppsigelse av konkurranseklausul – bortfall av vederlag

Som fremgår under punkt 4.4 nedenfor er NHO enig i at det bør innføres en forpliktelse for arbeidsgiver til å vurdere hvorvidt en tidligere inngått konkurranseklausul skal opprettholdes i forkant av at arbeidstaker fratrer sin stilling.

I henhold til ordlyden i lovforslaget til ny § 17A-3(3) jf § 17A-2(5), fremstår det imidlertid per i dag noe uklart hvorvidt lovens ordning åpner for at arbeidsgiver kan fri seg fra sin vederlagsforpliktelse, ved å fragå konkurranseklausulen før arbeidstaker fratrer sin stilling i bedriften.

Etter utkastet til § 17A-2(5) vil en konkurranseklausul ”falle bort” hvis ikke arbeidsgiver skriftlig bekrefter at klausulen opprettholdes innen 3 uker etter at skriftlig oppsigelse foreligger. I henhold til den korresponderende vederlagsforpliktelsen etter § 17A-3(3) vil imidlertid unnlatt opprettholdelse av en konkurranseklausul, likestilles med en oppsigelses herunder oppsigelsestid på 3 måneder.

Da det formodes at man i lovforslagets begrep ”oppsigelse” har lagt til grunn at arbeidstakers rettigheter etter avtalen opprettholdes, medfører dette at en arbeidsgiver vil være forpliktet til å betale for konkurransebegrensninger man ikke ønsker opprettholdt, i alle tilfeller hvor oppsigelsestiden er under 3 måneder. En slik regulering fremstår som lite hensiktsmessig.

NHO ser det som hensiktsmessig at det innføres mekanismer som sørger for at en arbeidstaker har mulighet til å bringe klarhet rundt hvorvidt en konkurranseklausul vil bli gjort gjeldende av arbeidsgiver, før en skriftlig oppsigelse foreligger. Skulle arbeidsgiver i et slikt tilfelle informere om at konkurranseklausulen ikke vil bli gjort gjeldende etter arbeidsforholdet opphør, bør arbeidsgiver ikke pålegges å svare vederlag.

NHO har for øvrig ikke bemerkninger til Utredningens forslag til ny § 17A-3(4).

4.4 Bortfall av konkurranseklausuler

NHO støtter Utredningens forslag til ny § 17A-3(3) som gir arbeidsgiver adgang til å si opp en konkurranseklausul, med tilsvarende bortfall for korresponderende vederlagsforpliktelser. NHO har som utgangspunkt heller ikke innsigelser mot en oppsigelsestid av noe varighet. Dog kan det stilles spørsmål ved en oppsigelsestid på minimum 3 måneder, hensett arbeidsmiljølovens korresponderende minstekrav til oppsigelsesfrister for arbeidsforhold.

NHO er positiv til at det innføres en forpliktelse for arbeidsgiver til å ta stilling til hvorvidt en avtalt konkurranseklausul vil bli opprettholdt, i tilfeller hvor arbeidstaker vurderer å si opp sin stilling.

Hensett til de korresponderende problemstillinger knyttet til vederlagsforpliktelser, behandlet ovenfor under punkt 4.3, kan det stilles spørsmål ved i hvilken grad det er formålstjenlig at arbeidsgivers først skal være forpliktet til stillingtagen når det foreligger en skriftlig oppsigelse. Det antas at de fleste arbeidstakere først velger å si opp sin stilling når de vet at det har en annen arbeidsplass å tiltre. Utkastet til ny § 17A-2(5) legger per i dag opp til en løsning hvor en arbeidstaker først vil vite om han faktisk vil kunne tiltre hos ny arbeidsgiver, tre uker etter at arbeidstaker selv har sagt opp. En slik løsning er lite hensiktsmessig, og det bør derfor søkes å finne andre løsninger som ivaretar både arbeidsgivers og arbeidstakers interesser på en bedre måte.

Vedrørende tidsfristen på 3 uker for arbeidsgivers skriftlige bekreftelse om at konkurranseklausulen vil bli opprettholdt, peker NHO på at en frist på 3 uker i mange tilfeller kan fremstå som kort, særlig for større multinasjonale selskaper hvor beslutningsstrukturene gjerne er mer tidkrevende/komplekse. Tilsvarende vil gjelde for de fleste virksomheter i forbindelse med ferieavvikling i hovedferie. At resultatet av manglende evne til å svare innen tidsfristen på 3 uker, i slike tilfeller blir at klausulen som sådan bortfaller i sin helhet, fremstår som unødvendig dramatisk. Eventuelle konsekvenser bør i slike tilfeller begrense seg til utvidede vederlagsforpliktelser.

NHO støtter som utgangspunkt en videreføring av avtaleloven § 38(3), inntatt i utredningens § 17A-2(3). NHO deler i denne sammenheng Utredningens vurdering knyttet til at en slik begrensning ikke bør gjelde for de tilfeller hvor en konkurranseklausul er inngått som del av en fratredelsesavtale, jf. Utredningen punkt 2.4.4.

4.5 Konkurranseklausulers varighet

NHO er enig med Utredningens vurdering av at konkurranseklausuler, med varighet inntil 12 måneder etter oppsigelsestidens utløp, i de fleste tilfeller ivaretar virksomhetens interesser.

NHO er imidlertid av den oppfatning at det bør åpnes adgang for å avtale konkurranseklausuler utover 12 måneder, når tilstrekkelige vektige grunner taler for dette. En slik adgang blir desto viktigere når man etter lovforslaget har valgt å ikke gjøre unntak fra lovens hovedregel for virksomhetens øverste leder, og kan for øvrig fungere som en sikkerhetsventil.

NHO har i denne sammenheng vanskelig for å følge Utredningens redegjørelse for risikoen for at ”*generell kompetanse i stor grad utdateres*” ved fravær av inntil 1 år, samt at

”muligheten til å komme tilbake i liknende arbeid (vil) være sterkt redusert” hvis en ytre grense settes ved 2 år.

Det påpekes at man i Utredningen har skjerpet kravene til konkurranseklausulers omfang, jf for eksempel Utredningens punkt 2.7.2.2, hvor det fremheves at såkalte ”bransjeforbud” for fremtiden ikke vil tilfredsstillende kravet til ”særlige grunner”. Det skulle således være rikelige muligheter til å pleie den generelle kompetanse, selv om arbeidstaker berøves muligheten for å utnytte bedriftsspesifikk spesialkunnskap.

Hva gjelder situasjonen knyttet til virksomhetens øverste leder, er det ikke upraktisk at daglig leder, som en del av sine ansettelsesbetingelser, også har frasagt seg sitt oppsigelsesvern mot etterlønn. Den praktiske realitet i slike tilfeller vil ofte være at det ikke foreligger noen ”oppsigelsestid”, men at daglig leder fratrer umiddelbart mot etterlønn i et nærmere angitt antall måneder. I slike tilfeller vil en bedrift i realiteten bare kunne hindre daglig leder å starte konkurrerende virksomhet i maksimalt 12 måneder, mens øvrig ledende personell ville kunne gis konkurransebegrensninger av lengre varighet, da en eventuell oppsigelsestid ville komme på toppen av aktuelle 12 måneders periode.

Når det gjelder forslaget til særskilte begrensninger for ansatte med kortere tilknytning til virksomheten, er NHO som utgangspunkt kritisk til Utredningens forslag til ny § 17A-2(4). Det er ingen nødvendig sammenheng mellom ansettelsestid og den ansattes tilgang til konkurransesensitiv informasjon. Det er klart at ansatte kan gis tilgang til store mengder verneverdig informasjon i løpet av et ansettelsesforholds første 3 eller 6 måneder. Det er NHOs synspunkt at varigheten av ansettelsesforholdet bør inngå som et sentralt tema i den helhetsvurdering som gjøres i tilknytning til lovforslagets krav til ”særlige grunner”.

4.6 Krav om skriftlighet

NHO støtter Utredningens forslag til regel inntatt i utkastet til ny § 17A-2(1) hvorefter konkurranseklausuler bare kan gjøres gjeldende hvor de avtales skriftlig.

5. Reglens plassering

Utredningens tilnærming til konkurransebegrensende avtaler har den naturlige følge at en fremtidig regulering hører hjemme i arbeidsmiljøloven. Utredningen foreslår i denne sammenheng således at en fremtidig regulering av konkurranseregulerende avtaler i arbeidsforhold inntas i et nytt kapittel 17A i arbeidsmiljøloven.

Etter NHOs syn utgjør Utredningens endimensjonale tilnærming til interesseavveiningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker(ne), en betydelig fare for feilslutninger. NHO er av denne grunn ikke udelt positiv til at en fremtidig regulering av konkurranseklausuler inntas i arbeidsmiljøloven

Den grunnleggende intensjon bakom den individuelle arbeidsrettens sentrale deler, herunder arbeidsmiljølovens regulering, er å styrke den enkelte arbeidstakerens stilling i forhold til arbeidsgiver/bedriften. Den ansatte betraktes som en svakere part i avtaleforholdet og retten intervensjoner med formål å skape balanse mellom partene i ansettelsesforholdet.

Ut fra et slikt perspektiv kan man fort miste av syne at interessemotsetningene for konkurranseklausulenes vedkommende er mer sammensatt. Dette illustreres også ved dagens rettspraksis rundt avtaleloven § 38. Ved å innlemme regulering av konkurranseklausuler i arbeidsmiljøloven, herunder lovens intensjoner og formålsbestemmelser, vil det oppstå en betydelig risiko for at den sammensatte interesseavveining som i dag foretas av domstolene etter avtaleloven § 38, fortreges av arbeidsmiljølovens etablerte vernebetragtninger på sikt. En eventuell plassering i et nytt kapittel 17A i arbeidsmiljøloven vil etter NHOs syn forutsette at et fremtidig lovforslag søker å hindre en slik "utilsiktet" utvikling.

Hva gjelder Utredningens argumentasjon rundt behovet for å plassere en fremtidig regulering i arbeidsmiljøloven, fremtrer denne som lite overbevisende. Det vises i denne sammenheng til at vesentlige og langt viktigere sider av de ansattes rettigheter og plikter i arbeidsforhold, i dag reguleres utenfor arbeidsmiljøloven.

6. Behov for ytterligere regulering

I departementets brev av 31. mars 2008 til Advokatfirmaet Hjort, er konkurranseklausuler beskrevet som en *"avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om at arbeidstaker i et tidsrom ikke kan ta arbeid i en konkurrerende virksomhet og/eller forbys å ta med seg kunder eller andre ansatte over til ny virksomhet"*. Ikke-rekrutteringsavtaler er beskrevet som avtaler mellom virksomheter *"om ikke å rekruttere hverandres ansatte"*.

For de aktuelle klausulers vedkommende ønsket departementet at utredningen skulle inneholde *"en vurdering av eventuelle behov for ny regulering og en beskrivelse av hvordan en slik regulering kan se ut"*.

Slik NHO forstår Utredningens mandat, er dette mandatet ikke begrenset til å vurdere eventuelle behov for ny regulering begrunnet i arbeidstakers interesser.

NHO ser det således som en betydelig svakhet ved Utredningen, herunder dens forslag til fremtidig lovtekst, at man ikke har søkt å vurdere/regulere arbeidsgivers interesser i at konkurranseklausuler holdes.

Etter NHOs syn bør en fremtidig lovregulering av konkurranseklausuler også ta sikte på å regulere slike interesser.

En fremtidig regulering av konkurranseklausuler bør således bl.a. ta stilling til arbeidsgivers adgang til å avtale konvensjonalbøter som sanksjon mot overtredelse av konkurranseklausuler. Videre bør man i lovgivningsprosessen også foreta en grunnleggende vurdering av instituttet vinningsavståelse som alternativ til dagens regulære erstatningssøksmål.

III Nærmere om forslaget til nye regler om kundeklausuler

1. Behovet for nye regler om kundeklausuler

Som fremhevet overfor under punkt II 1 hva gjelder konkurranseklausuler, er problemstillingen rundt behov for nye regler todelt. Spørsmålet er delvis om dagens regler åpner for unødig usikkerhet rundt de rammer som allerede foreligger på området, og delvis hvorvidt dagens rammer for avtalefriheten er for vid eller snever.

Som fremhevet i Utredningen under punkt 3.2.1 ”*finnes det i liten grad statistikk eller annet materiale som viser hvor mange personer som er forpliktet i henhold til en kundeklausul*”. Det er således vanskelig per i dag å avdekke i hvilken grad omfanget av slike klausuler i seg skulle tale for en nærmere regulering, slik det foreslås i Utredningen.

Twister rundt kundeklausuler har videre et beskjedent omfang innenfor domstolene. Som utredningen påpeker kan dette skyldes at slike klausuler ”*blir respektert av den forpliktete i større utstrekning enn konkurranseklausuler*”. En annen side av samme problemstilling er at slike klausuler i praksis bare kan underkjennes etter avtaleloven § 36. Sett hen til klausulenes legitime formål og begrensede inngrep i tidligere arbeidstakers adgang til å sysselsette seg for fremtiden, er muligheten liten for at domstolene skulle sette slike avtaler tilside som ”urimelig”. Som påpekt i Utredningen ”*kjenner (man) ingen eksempler på at kundeklausuler er blitt satt til side av domstolene*”.

Et standpunkt basert på dagens rettspraksis, må i så fall basere seg på at avtaleloven § 36 ikke tilbyr et forsvarlig vern for ansatte i slike tilfeller. Terskelen for adgangen til å avtale kundeklausuler må være snevrere enn terskelen til å underkjenne en avtale, helt eller delvis, etter avtaleloven § 36.

NHO er enig med det utgangspunkt som tas i Utredningen under punkt 3.5.1 hvor det påpekes at

”(A)rbeidsgivere vil ofte ha et behov for å verne sine kunderelasjoner i forbindelse med at sentrale medarbeidere slutter. En arbeidsgiver kan ha investert mye i etablering og vedlikehold av en kunderelasjon samtidig som tap av kunder kan medføre et betydelig tap. Dessuten kan det fremstå som lite rimelig at en arbeidstaker som har opparbeidet seg en relasjon til en kunde under utførelse av lønnet arbeid for arbeidsgiveren, skal stå fritt til å kontakte denne kunden etter arbeidsforholdets opphør”.

NHO tiltrer videre Utredningen konstatering av at ”*kundeklausuler vil normalt legge mindre begrensninger på arbeidstakeren enn konkurranseklausuler*”.

NHO er av den oppfatning at de aller fleste tilfeller hvor kundeklausuler anvendes, har arbeidsgiver et legitimt behov for slik beskyttelse, samtidig som de begrensninger som pålegges arbeidstaker ikke fremstår som særlig inngripende.

NHO er ikke uenig i at det kan tenkes tilfeller hvor kundeklausuler kan slå uforholdsmessig uheldig ut for tidligere arbeidstaker, men en fremtidig regulering av området kan ikke ta sitt utgangspunkt i slike tilfeller.

NHO er i denne sammenheng uenig i Utredningens fremheving av ”*hensynet til kundene og mer generelle samfunnsmessige hensyn*” som et viktig hensyn mot å tillate anvendelse av kundeklausuler. Som fremhevet innledningsvis under punkt I, kan det anføres gode grunner

for å begrense visse typer handlinger som ”fremstår som det forretningsmessig mest fornuftige” og som bryter med det ”grunnleggende markedsøkonomiske prinsipp”.

Etter NHOs oppfatning foreligger det per i dag ikke noe grunnlag for å hevde at dagens rettstilstand, som et alminnelig utgangspunkt, i for stor grad åpner for arbeidsgivers adgang til å inngå kundeklausuler. I så henseende kan NHO vanskelig se at det foreligger et behov for å innføre nye regler for kundeklausulenes vedkommende. I denne sammenheng kan videre vises til at verken Finland eller Sverige har innført eller vurderer å innføre særlig regulering for kundeklausulenes vedkommende

I den grad man skulle mene at en samlet regulering av konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold er å foretrekke, er NHO av den oppfatning at en fremtidig regulering av kundeklausuler i hovedsak bør søke å kodifisere det handlingsrom som arbeidsgivere per i dag oppebærer på området.

NHO er imidlertid enig i at det kan være nyttig å innføre visse ”saksbehandlingsregler” for fremtiden, som sikrer arbeidsgivers bevisste stillingtagen til eventuelt behov for slike regler. Arbeidsgivers bevissthet rundt disse spørsmål vil motvirke uklar forståelse av arbeidsgivers handlingsrom, og indirekte begrense omfanget av slike klausuler ved at eventuelle ”sovende” kundeklausuler for fremtiden bringes ut av kraft.

2. Anvendelsesområdet for nye regler om kundeklausuler

Vedrørende anvendelsesområdet for nye regler om kundeklausuler inntatt i lovforslaget til ny § 17A-1(1) i lovforslaget, vises det til de korresponderende problemstillinger som er drøftet for konkurranseklausulenes vedkommende under punkt II 2.

3. Forslaget til definisjon av kundeklausuler – ny § 17A-1(3)

Etter NHOs oppfatning vil definisjon av kundeklausuler inntatt i ny § 17A-1(3) i det vesentlige dekke de fleste situasjoner som man etter dagens avtalepraksis søker å regulere.

4. Nærmere om Utredningens redegjørelse for hvilke begrensninger som bør gjelde i adgangen til å avtale og gjøre gjeldende kundeklausuler

4.1 Krav om særlige grunner – hvilke kunder bør være omfattet av en kundeklausul

Som fremhevet overfor under punkt III 1 er NHO av den oppfatning at en eventuell fremtidig regulering av kundeklausuler, bør søke å kodifisere det handlingsrom som per i dag følger av avtaleloven § 36.

NHO er av denne grunn enig med Utredningen konklusjon under punkt 3.5.2.1 hvor det anbefales at det ikke innføres begrensninger i adgangen til å avtale kundeklausuler, alene basert på hvilken stilling den ansatte har hos arbeidsgiver. Hvilken stilling en arbeidstakers innehar, er imidlertid ofte ”de facto” av sentral betydning for bedriften i dens vurdering av behovet for å anvende slike klausuler.

NHO deler videre Utredningens synspunkt på at det ikke bør innføres et krav om ”*særlige grunner*” som vilkår for gyldig å avtale en kundeklausul. Et slikt vilkår vil innebære en betydelig innskrenkning av praksis etter gjeldende rett. Etter NHOs syn foreligger det ingen sterke holdepunkter for et slikt behov etter dagens praksis.

I den grad det bør søkes å angi begrensninger på de situasjoner hvor kundeklausuler vil kunne gjøres gjeldende, bør det etter NHOs syn eventuelt knyttes begrensninger til avtaler som ikke er formålmessig, eventuelt avtaler som innebære uforholdsmessige inngrep for tidligere arbeidstakers handlefrihet, jf noen av de ekstreme tilfeller som er kommentert i Utredningen under punkt 3.5.1.

Etter NHOs syn kan en begrensning for kundeklausulenes vedkommende knyttet til kunder som arbeidstaker har hatt ervervsmessig kontakt med, kunne vurderes i en fremtidig regulering.

NHO er imidlertid skeptisk til et ubetinget krav om at arbeidstaker ”*selv*” må ha vært i kontakt med kunden siste 12 måneder før oppsigelsen, for at en kundeklausul skal kunne gjøres gjeldende. I mange tilfeller av løpende avtaleforhold vil den ”*daglige*” kontakt/oppfølging av kunderelasjoner gjøres av underordnet ansatte, mens ansatt i mer ledende funksjoner først og fremst har kontakt knyttet til f.eks. reforhandling / utvidelse av kunderelasjoner. Selv om ansatte i slike ledende posisjoner ikke har kontakt av den hyppighet som lovforslaget foreskriver, er det lite tvilsomt at en tidligere arbeidsgiver vil ha et minst like berettiget behov for beskyttelse mot kundekapring fra sistnevnte kategori arbeidstakere. Det vises for så vidt i denne sammenheng til den danske funksjonærloven § 18 a som ikke oppstiller et ubetinget krav om personlig kontakt, men aksepterer at kundeklausuler også kan gjøres gjeldende ”*i forhold til øvrige kunder m.v., som arbeidsgiveren ved særskilt, skriftlig meddelelse inden opsigelsen har ladet været omfattet af forpligtelsen*”.

NHO påpeker i denne sammenheng videre at en tidsmessig begrensning på 12 måneder i slike tilfeller ofte kan være for kort, særlig innenfor områder hvor frekvens av ervervsmessig kundekontakt etter sin natur er lav. I denne sammenheng kan også fremheves at selv de danske regler opererer med en langt mer beskjeden begrensning knyttet til et krav om tidligere ervervsmessig kontakt.

NHO er i denne sammenheng videre uenig i Utredningens utgangspunkt om at ”*faren for tap av kunder er klart størst i forhold til kunder som arbeidstakeren har vært i direkte kontakt med kort tid før ansettelsesforholdets opphør*” jf Utredningen punkt 3.5.2. Slik NHO ser det vil faren for tap av kunder først og fremst knytte seg til arbeidstakers relasjon til den enkelte kunde.

4.2 Vederlag

4.2.1 Rett til vederlag – vederlag som gyldighetsbetingelse

NHO er grunnleggende uenig i utredningens standpunkt om at ”*de hensyn som taler for at arbeidsgivere bør pålegges å betale vederlag for en konkurranseklausul, taler for at arbeidstakere gis en eller annen form for kompensasjon*”. Etter NHOs syn vil konkurranseklausuler, som det altoverveiende synspunkt, medføre et langt større inngrep i arbeidstakers handlefrihet enn en kundeklausul.

NHO mener at en vederlagsforpliktelse for tidligere arbeidsgiver, ikke kan vurderes isolert fra spørsmålet om hvilke ulemper et vederlag eventuelt skal kompensere for.

Hvor en kundeklausuls omfang og varighet begrenses i tilstrekkelig grad, vil en kundeklausul normalt ikke innebære et inngrep i tidligere arbeidstakers "vernede interesser". Å betale en tidligere arbeidstaker for å unnlate å utføre "illojal" kundekapring i en opphørssituasjon, fremstår nærmest som støtende.

NHO vil på den annen side ikke utelukke at en fremtidig regulering bør åpne opp for rett til vederlag, når kundeklausulen utgjør et betydelig "inngrep" i vernede interesser. I denne sammenheng vises til noen av de ekstreme tilfeller som kommenteres i Utredningen under punkt 3.5.1.

For god ordens skyld påpekes at verken dagens regler inntatt i Finland eller Sverige, ei heller utkastet til ny regulering av kundeklausuler i Sverige, opererer med en vederlagsforpliktelse for arbeidsgiver som gyldighetskriterium.

Vedrørende Utredningens forslag til innføring av fremtidige regler om vederlagsforpliktelse, herunder også regler om bortfall av ytterligere vederlagsplikt for de tilfeller hvor det også løper en konkurranseklausul, er det NHOs syn at slike regler kan innebære en latent fare for en utvikling i retning av utvidet bruk av både konkurranseklausuler og kundeklausuler. Det kan i denne sammenheng ikke utelukkes at en del bedrifter vil vurdere bruk av konkurranseklausuler, i tilfeller hvor man eller ville benyttet kundeklausuler. Utgiftene for foretaket blir jo uansett de samme. Tilsvarende er det nærliggende å tro at mange foretak vil "kaste en kundeklausul på toppen av konkurranseklausulen", da man uansett ikke vil ha ytterligere utgifter i en slik situasjon.

4.2.2 Størrelse på vederlag - minstekrav

Som fremhevet ovenfor under II 3.1 mener NHO at en vederlagsforpliktelse for tidligere arbeidsgiver, ikke kan vurderes isolert fra spørsmålet om hvilke ulemper et vederlag eventuelt skal kompensere for.

Vedrørende spørsmålet om nivå for et eventuelt vederlag, er det NHOs primære syn at omfanget av en vederlagsforpliktelse som hovedregel bør korrespondere med de begrensninger/konsekvenser klausulen medfører for tidligere arbeidstaker.

Ut fra disse synspunkter er NHO grunnleggende uenige i Utredningens forslag til vederlagsforpliktelse, hvoretter normalsituasjonen vil være at tidligere arbeidstaker har rett til vederlag på samme nivå som for konkurranseklausulenes vedkommende.

Da det er NHOs syn at en vederlagsforpliktelse bør forbeholdes de mer ekstreme tilfeller, bør lovens regel være at vederlag utmåles i de aktuelle konkrete tilfeller ut fra en helhetsvurdering. Eventuell frekvensen rundt slike tilfeller nødvendiggjør ikke etablering av et "minstenivå" i lovs form.

4.2.3 Avkortning i vederlag

Gitt det faktum at eventuelle fremtidige vederlagsforpliktelser etter NHOs syn vil måtte omfatte et svært begrenset antall tilfeller, vil det antakelig kunne stilles spørsmålstegn ved berettigelsen av en eventuell avkortningsregel.

For øvrig vises til de betraktninger som er inntatt overfor under punkt II 4.3.2.

4.2.4 Oppsigelse av kundeklausul – bortfall av vederlag

Etter utkastet til ny § 17A-4(3) angis at ”bestemmelsene i §§ 17A2 annet til femte ledd og 17A-3 gjelder tilsvarende for kundeklausuler.”

Det vises i denne sammenheng således til kommentarene inntatt under punkt II 4.3.3.

4.3 Bortfall av kundeklausuler

I den grad man i fremtiden avstår fra å avkreve vederlag som en gyldighetsbetingelse for kundeklausuler, vil slike klausuler i hovedsak virke som ensidige pålegg fra tidligere arbeidsgiver. Slike pålegg vil kunne frafalles uten oppsigelsestid.

Spørsmålet om oppsigelsestid vil først oppstå i de tilfeller hvor en kundeklausul også innebærer et rettighetselement for den tidligere ansatte. I slike tilfeller vil det være naturlige at man opererer med en avviklingsperiode.

Vedrørende de nærmere problemstillinger rundt Utredningens forslag til oppsigelsesregler, vises til de anmerkninger som er gjort ovenfor under punkt II 4.3.3.

NHO er videre positiv til at det innføres en forpliktelse for arbeidsgiver til å ta stilling til hvorvidt en avtalt kundeklausul vil bli opprettholdt, i tilfeller hvor arbeidstaker vurderer å si opp sin stilling.

Vedrørende anvendelse av dagens regel inntatt i avtaleloven § 38(3) for fremtidige kundeklausuler, er NHO i mot et slikt forslag. NHO påpeker i denne sammenheng at det nødvendigvis ikke gjør seg gjeldende de samme hensyn for konkurranseklausulenes og kundeklausulenes vedkommende.

Det er NHOs syn at sterke grunner kan tale for at en arbeidstaker som ufrivillig mister sitt arbeid, gis en utvidet anledning til å finne seg en ny arbeidsgiver. På samme måte taler ikke tilsvarende sterke grunner for at en tidligere arbeidstaker skal gis anledning til å forsterke den situasjon som har foranlediget hans tap av sin stilling, ved å stikke av med de kunder som danner grunnlag for virksomhetens videre eksistens på fratredelsestidspunktet.

Under alle omstendigheter vil en måtte innføre tilsvarende forbehold for kundeklausuler inntatt i fratredelsesavtaler, jf ovenfor under punkt II 4.4 hva gjelder konkurranseklausulenes vedkommende.

4.4 Kundeklausulers varighet

NHO er enig med Utredningens vurdering av at kundeklausuler, med varighet inntil 12 måneder etter oppsigelsestidens utløp, i de fleste tilfeller ivaretar virksomhetens interesser. Innenfor et slikt tidsperspektiv vil de fleste arbeidstakere være i stand til å ”reparere” eventuelle skader arbeidstakers fratredelse har medført, f.eks. ved å ansette ny person i tidligere ansattes sted, samt gi vedkommende forsvarlig tid til å etablere en fortrolig relasjon til selskapets kunder.

At tidligere arbeidstaker på et tidspunkt må stå fritt til å konkurrere med tidligere arbeidsgiver om de samme kundene, kan ikke være tvilsomt. Det kan imidlertid ikke utelukkes at en karenperiode på 12 måneder, i visse tilfeller ikke vil være tilstrekkelig til å motvirke ”illojal” konkurranse. Dette kan f.eks. tenkes i forbindelse med salg av virksomhet, i tilfeller hvor kundemassen i utgangspunktet knytter en vares ”troverdighet” til en gitt person eller visse situasjoner hvor virksomhetens øverste lede fratrer. En særlig type problemstilling vil også kunne oppstå hvor ”frekvensen” av kunderelasjoner er av en slik karakter at kunderelasjonen naturlig ikke vil kunne oppstå innenfor en 12 måneders periode.

Som angitt ovenfor under punkt II 4.5 hva gjelder konkurranseklausulenes vedkommende, er det NHOs syn at det også for kundeklausulene bør åpnes adgang for å avtale kundeklausuler med varighet utover 12 måneder, når tilstrekkelige vektige grunner taler for dette, hvilket også er situasjonen i de øvrige nordiske land.

Hva gjelder spørsmålet om kundeklausulers varighet innenfor lovens ytre rammer, er det NHOs synspunkt at akseptabel varighet bør begrenses av hensyn til klausulens underliggende formål, og omfanget av eventuelle negative konsekvenser for tidligere arbeidstaker. Det ledende synspunkt bør således være hvor lang tid tidligere arbeidsgiver vil trenge for å nøytralisere den konkurransefordel en tidligere kunderelasjon har medført.

Sistnevnte tilnærming vil også medføre at Utredningens forslag til særskilt regulering av kundeklausuler i ansettelsesforhold av kortere varighet, jf forslaget til ny § 17A-4(3) jf § 17A-2(4), vil være overflødig.

4.5 Krav om skriftlighet

NHO støtter Utredningens forslag til regel inntatt i utkastet til ny § 17A-4(1) hvorefter kundeklausuler bare kan gjøres gjeldende hvor de avtales skriftlig.

4.6 Plassering av nye bestemmelser om kundeklausuler

Det antas at en fremtidig regulering av kundeklausuler tematisk bør inntas i sammenheng med eventuelle nye regler om konkurranseklausuler.

5. Behov for ytterligere regulering

Det vises i denne sammenheng til kommentarene inntatt under del II punkt 6, hvilket gjelder tilsvarende for kundeklausulenes vedkommende.

IV Nærmere om forslaget til nye regler om ikke-rekrutteringsklausuler

1. Behovet for nye regler om ikke-rekrutteringsklausuler

Som fremhevet overfor vedrørende det parallelle spørsmål for konkurranseklausulenes og kundeklausulenes vedkommende, er problemstillingen rundt behov for nye regler todelt. Spørsmålet er delvis om dagens regler åpner for unødig usikkerhet rundt de rammer som allerede foreligger på området, og delvis hvorvidt dagens rammer for avtalefriheten er for vid eller snever.

Som fremhevet i Utredningen under punkt 4.2 kan ikke-rekrutteringsklausuler i praksis omfatte to relativt forskjellige situasjoner, henholdsvis avtaler inngått mellom arbeidsgiver og en arbeidstaker, og avtaler inngått mellom to virksomheter/arbeidsgivere. Spørsmålet om behov for nye regler, må nødvendigvis undergis en tilsvarende separat vurdering.

Felles for begge typer situasjoner er det faktum at man i dag har et relativt beskjedent grunnlag for å vurdere omfang/utbredelse av slike klausuler i praksis, herunder eventuelle problemer knyttet til etablert praksis.

For ikke-rekrutteringsavtaler inngått mellom arbeidsgiver og en arbeidstaker, deler NHO Utredningens beskrivelse av utbredelse av slike klausuler. Slike klausuler forekommer i hovedsak som et supplement til andre konkurransebegrensende avtaler (konkurranseklausuler, kundeklausuler), og oppfattes i realiteten ikke som et praktisk problem for den forpliktete gitt den forutsetning at de øvrige konkurransebegrensninger er legitime. Det vises i denne sammenheng til at slike klausuler heller ikke genererer konflikter for domstolene.

Slik NHO ser det foreligger det per i dag ikke konkrete holdepunkter som tilsier et behov for særskilt regulering av ikke-rekrutteringsklausuler inngått mellom arbeidsgivere og en arbeidstaker. De rammer som foreligger etter avtaleloven § 36 antas således å innebære en adekvat regulering av arbeidsgivers handlefrihet. For utleievirksomhetene vises videre til den begrensning som antas å følge implisitt av arbeidsmarkedsloven § 27.

Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter inngås ofte for å sikre de investeringer som en virksomhet har gjort i sine ansatte. At en arbeidsgiver er berettiget til å sikre slike investeringer er ikke tvilsomt. Det vises i denne sammenheng for øvrig også til den parallelle problemstilling rundt arbeidsgivers adgang til å benytte bindingstid for sine ansatte. En avart av samme problemstilling finner man også innenfor Norsk Standard 8434 "Alminnelige kontraktsbestemmelser for manuelle vakt- og sikkerhetstjenester" hvor det er inntatt klausuler som gir leverandøren adgang til å fakturere oppdragsgiver for medgatte merkostnader til opplæring av vekter, dersom oppdragsgiver ansetter en ansatt fra leverandøren.

Som fremhevet innledningsvis gir dagens praksis, herunder rettspraksis, liten veiledning for å vurdere behovet for ny regulering på området. Dette har flere årsaker.

Hvor ikke-rekrutteringsklausuler inngås mellom to virksomheter/arbeidsgivere, vil den ansatte ikke selv være part i avtalen. Han vil derfor vanligvis være uvitende om eksistensen av en slik avtale og hvilke konsekvenser dette vil få for ham. Herunder vil han også mangle en eventuell oppfordring til å bestride gyldigheten av en slik avtale.

Videre skal fremheves at ikke-rekrutteringsklausuler mellom foretak gjerne inngås i tilfeller hvor virksomheter samarbeider på prosjekter og hvor et slikt samarbeid er tenkt å vare over noe tid. Det må antas at virksomhetene i denne sammenheng ofte ser seg tjent med å respektere slike avtaler uavhengig av uenighet mellom partene, av hensyn til det vedvarende kontraktsrettslige samkvem partene imellom. Prosessvilligheten ved eventuell uenighet antas således lav, noe som også reflekteres i rettspraksis på området.

NHO er videre kjent med at ikke-rekrutteringsklausuler mellom foretak har et visst omfang innenfor bedrifter tilknyttet NHO Service. Klausulene benyttes i slike tilfeller for å beskytte bedriftens investeringer i opplæring/instruksjon av ufaglært arbeidskraft, før arbeidstaker kan settes i inntektsgivende arbeid. Behovet for beskyttelse av slike investeringer anses heller ikke som videre omstridt.

Etter NHOs syn er det per i dag vanskelig å gjøre seg opp en formening rundt omfang eller behov for en fremtidig særskilt regulering av ikke-rekrutteringsklausuler inngått mellom foretak. Det antas at de betydelige omskiftninger i det økonomiske klima som har funnet sted i den senere tid, herunder en tiltakende tendens i retning av et mindre stramt/mer fleksibelt arbeidsmarked, til en viss grad vil begrense behovet for bruk av slike virkemidler fremover i tid.

Sett hen til at de praktiske problemstillinger rundt ikke-rekrutteringsklausuler mellom foretak er av relativt ny dato i Norge, er det NHOs oppfatning at man i fortsettelsen bør foreta en nærmere utredning av eventuelle problemer basert på norske forhold. I denne sammenheng bør man således ikke "skjele for mye" til den regulering som nylig er foreslått inntatt i Danmark. Det vises i denne sammenheng til at man per i dag har lite grunnlag for å måle eventuell effekt av de aktuelle danske regler. Videre foreligger det ikke tilsvarende regulering, verken i Sverige eller Finland.

2. Noen korte bemerkninger knyttet til forslaget til nye regler for ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter

Som fremhevet under punkt IV1 ovenfor, er det NHOs oppfatning at ikke-rekrutteringsklausuler mellom foretak bør undergis en relativt bred vurdering, før man eventuelt fremsetter forslag til nye regler på området.

Kommentarene i det følgende er således begrenset til korte betraktninger rundt hvorvidt det aktuelle lovforslag vil kunne inngå i en fremtidig regulering, men må ikke oppfattes som uttømmende i så måte.

NHO er av den oppfatning at det bør vurderes i hvilken grad informasjonsforpliktelse av den karakter som fremkommer av utkastet til ny § 17A-5(1), bør innføres for å begrense eventuelle ulemper av slike klausuler.

Vedrørende varighet av ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter, skal påpekes at forslaget til ny § 17A-5(2) reiser visse problemstillinger.

Slik NHO ser det kan det reises spørsmål ved i hvilken grad det vil være klokt å innføre en begrensning hvoretter slike klausuler ikke kan gjøres gjeldende i mer enn "to år fra ikke-rekrutteringsklausulen ble avtalt". Det naturlige utgangspunkt bør være at ikke-

rekrutteringsklausulen gjelder så lenge et samarbeidsforhold (som danner grunnlaget for anvendelse av klausulen) eksisterer, uavhengig av hvilket tidspunkt en slik avtale ble inngått. I denne sammenheng kan videre påpekes at det vil fremstå som tilnærmet vilkårlig hvorvidt en ansatt skal få sin handlefrihet begrenset alt etter hvilket tidspunkt i den aktuelle 2 års perioden vedkommende blir del i det aktuelle prosjekt som foranlediger bruk av en ikke-rekrutterings klausul.

NHO ser det som naturlig at man vurderer fremtidige begrensninger i ikke-rekrutteringsklausuler, basert på varighet utover opphør av henholdsvis samarbeidsforhold og arbeidsforholdet til den enkelte ansatte. Det er videre naturlig at man undergir problemstillingene for virksomhetsoverdragelsenes vedkommende en særlig regulering.

NHO er kritisk til forslaget til ny § 17A-5(3) hvoretter ikke-rekrutteringsklausuler ikke skal kunne gjøres gjeldende overfor arbeidstaker som har vært ansatt i tre måneder eller kortere tid hos arbeidsgiver. Som fremhevet fra NHO Services side har deres medlemsbedrifter ofte betydelige utgifter til opplæring av ufaglært arbeidskraft før arbeidsgiver kan settes i inntektsgivende arbeid. Som et eksempel kan her vises til at man i forslag til ny vaktlov bl.a. har foreslått at vektere skal ha 140 timers teorikurs betalt av arbeidsgiver, før oppstart. I tillegg kommer spesialopplæring knyttet til det enkelte tjenestested. Alle slike utgifter pådras av arbeidsgiver i starten av ansettelsesforholdet, og arbeidsgiver vil derfor være særlig sårbar mot å miste ferdig opplærte ansatte uten at arbeidsgiver selv har kunnet dra nytte av disse. Paradoksalt nok vil arbeidsgivers interesser avta etter hvert som ansettelsesforholdet skrider frem, og man mottar avkastning på de investeringer som er gjort.

3. Noen korte bemerkninger knyttet til forslaget til nye regler for ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker.

Som fremhevet overfor under IV 1 er det NHOs syn at det per i dag ikke foreligger et begrunnet behov for å foreta en ytterligere regulering, herunder innstramning, at den handlefrihet som tilligger arbeidsgiver i slike tilfeller.

NHO finner av denne grunn ikke å kunne støtte en tidsbegrensning på 6 måneders varighet for slike klausuler, slik det fremgår av utkastet til ny § 17A-6(1).

Tilsvarende finner NHO grunn til å påpeke at de hensyn som gjør seg gjeldende for konkurranseklausulenes vedkommende etter avtaleloven § 38(3), nødvendigvis ikke slår til for ikke-rekrutteringsklausulenes vedkommende. At en arbeidstaker i utgangspunktet i slike tilfeller gis en utvidet adgang til å finne seg en ny arbeidsgiver, medfører ikke at han også bør stå tilsvarende fritt til å undergrave arbeidsgivers fortsatte virksomhet ved å søke å rekruttere nøkkelpersonell el.

4. Plassering av nye regler

Det antas at en fremtidig regulering av ikke-rekrutteringsklausuler tematisk bør inntas i sammenheng med eventuelle nye regler om konkurranseklausuler og kundeklausuler.

V OVERGANGSREGLER VED INNFORING AV NYE REGLER

Som fremhevet i Utredningen under punkt 5 vil forholdet til Grunnloven § 97 måtte vurderes grundig, særlig med tanke på adgangen til å fastsette overgangsperioder for konkurransebegrensende avtaler som allerede var avtalt på lovendringenes ikrafttredelsestidspunkt.

Det fremheves i denne sammenheng at det er viktig at man gjennom eventuelle overgangsregler gir partene tilbørlig anledning til å tilpasse seg nye forpliktelser som måtte følge av en lovendring.