



Arbeidsdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 Oslo

Oslo, 1. november 2010

HØRINGSUTTALELSE – REGULERING AV KONKURRANSE-, KUNDE- OG IKKE-REKRUTTERINGSKLAUSULER

Vi viser til høringsbrev av 18. juni 2010 hvor Arbeidsdepartementet ber om merknader til høring om konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler innen 1. november 2010.

Advokatfirmaet Selmer DA inngir med dette enkelte merknader til forslagene i høringen. Merknadene er begrenset til forhold av teknisk/juridisk karakter.

1 ADGANGEN TIL Å BRINGE EN KONKURRANSEKLAUSUL TIL OPPHØR I FORSLAGET § 14A-1 FEMTE LEDD

Det er foreslått å regulere adgangen til å inngå avtale om konkurranseklausul i § 14A-1. I femte ledd i bestemmelsen fremgår det at ”Arbeidsgiver kan bringe til opphør en konkurranseklausul før oppsigelse eller avskjed”.

Slik det fremgår på side 27 i høringsnotatet ønsker departementet å sikre arbeidstakers forutberegnelighet for valg av ny arbeidsgiver og inntekter i form av vederlag for konkurranseklausulen. Av den grunn skal arbeidsgiver bare kunne velge å la en konkurranseklausul opphøre forut for oppsigelse eller avskjed.

Det følger imidlertid av forslaget § 14A-1 tredje ledd at en konkurranseklausul bare kan gjøres gjeldende overfor arbeidstaker dersom arbeidsgiver skriftlig har redegjort for hva som anses å utgjøre særlige grunner. Redegjørelsen må foreligge senest to uker etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Konsekvensen av en slik manglende skriftlig redegjørelse fra arbeidsgiver er at konkurranseklausulen er ugyldig i sin helhet, jf. også omtalen i høringsnotatet på side 28, andre avsnitt.

Denne reguleringen gir arbeidsgiver i realiteten en opsjon på hvorvidt konkurranseklausulen skal gjøres gjeldende eller ikke frem til to uker etter at oppsigelse eller avskjed er gitt. Det innebærer at den foreslåtte adgangen etter forslaget § 14A-1 femte ledd til å bringe konkurranseklausulen til opphør forut for oppsigelse eller avskjed, er overflødig. Dersom formålet er å sikre arbeidstaker forutberegnelighet for at vederlaget vil bli utbetalt for hele den avtalte perioden, kan det reguleres

direkte at arbeidsgiver ikke ensidig kan si opp konkurranseklausulen *etter* at skriftlig redegjørelse er gitt.

2 ARBEIDSTAKERS MEDVIRKNINGSPLIKT VED SKRIFTLIG REDEGJØRELSE FRA ARBEIDSGIVER ETTER FORSLAGET § 14A-1 TREDJE LEDD

Det følger av forslaget § 14A-1 tredje ledd at arbeidsgiver skal gi en skriftlig redegjørelse for hva som anses å utgjøre særlige grunner. En slik redegjørelse skal blant annet omfatte arbeidsgivers nødvendige behov for vern mot konkurranse, jf. forslaget § 14A-1 andre ledd bokstav a.

Spørsmålet om arbeidstakers medvirkningsplikt ved utarbeidelse av den skriftlige redegjørelsen er ikke berørt i høringsnotatet. I andre avsnitt på side 19 i høringsnotatet er det imidlertid beskrevet at hvilken stilling arbeidstaker skal over i, eller hva slags virksomhet arbeidstaker har planer om å starte, kan ha betydning i vurderingen av arbeidsgivers nødvendige behov for vern mot konkurranse. Gitt denne betydningen av arbeidstakers fremtidige planer, er arbeidstakers opplysningsplikt av vesentlig betydning.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvor stor betydning arbeidstakers fremtidige planer skal ha for vurderingen av om det er nødvendig behov for vern mot konkurranse. Arbeidstaker kan endre sine planer, og sin arbeidsgiver, flere ganger innenfor klausulens løpetid. Oppfatningen på side 19 i høringsnotatet, hvor det fremgår at arbeidsgivers nødvendige behov for vern mot konkurranse som regel ikke vil være oppfylt dersom "arbeidstakers nye arbeidssituasjon" ikke innebærer konkurranse, vil ikke nødvendigvis være treffende. Det sentrale må være at arbeidsgiver foretar en vurdering av skadepotensialet innenfor hele klausulens virketid, basert på arbeidstakers kunnskap på tidspunktet for skriftlig redegjørelse.

Det følger allerede av den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold at arbeidstaker er underlagt en opplysningsplikt ved overgang til konkurrerende virksomhet, jf. blant annet Rt. 1990 s. 607 (*Saga Data*). Det kan stilles spørsmål ved hvor langt denne opplysningsplikten gjelder, og hvorvidt den omfatter en plikt til å opplyse om hvem ny arbeidsgiver er og hvilken stilling arbeidstaker skal begynne i, eventuelt hva slags virksomhet arbeidstaker skal starte opp.

Av den grunn bør det vurderes å lovfeste en rett for arbeidsgiver til å kreve opplysninger fra arbeidstaker når arbeidsgiver skal vurdere om det foreligger særlige grunner, på samme måte som det følger en opplysningsplikt for arbeidstaker i forslaget i § 14A-2 andre ledd siste setning.

3 BEGREPET "ARBEIDSGIVERS KUNDER" I FORSLAGET § 14A-3 FØRSTE LEDD

Det er foreslått å begrense adgangen til å avtale såkalte kundeklausuler i § 14A-3. Det er imidlertid ikke redegjort nærmere for hva som ligger i begrepet "arbeidsgivers kunder" slik dette benyttes i § 14A-3 første ledd. En naturlig språklig forståelse av kundebegrepet vil være de næringsdrivende og private arbeidsgiver *selger* varer eller tjenester *til*.

Kundeklausuler kan, på lik linje med konkurranseklausuler, ses på som en forlengelse av de forpliktelser arbeidstaker har etter den ulovfestede lojalitetsplikten mens ansettelsesforholdet består. Det følger av lojalitetsplikten at en arbeidstaker ikke kan fremme egne eller andres næringsinteresser i strid med arbeidsgivers interesser. Slik dette er forstått i rettspraksis, omfatter dette ikke bare kontakt med kunder, men også leverandører og andre av arbeidsgivers forretningsforbindelser.

For en rekke bransjer er det et like stort behov for beskyttelse mot at arbeidstaker tar kontakt med leverandører, de næringsdrivende og private arbeidsgiver *kjøper* varer eller tjenester *fra*, som med kunder. Eksempler her kan være bransjer hvor tilgang på råvarer eller produkter er avgjørende for virksomhetens markedsposisjon.

Det kan også være et behov å beskytte øvrige typer forretningsforbindelser mot kontakt fra arbeidstakere. Dette kan for eksempel være samarbeidspartnere i større prosjekter, forskningsprosjekter eller annet, hvor samarbeidet er avgjørende for å oppnå det ønskede resultat.

Slik forslaget er utformet, faller både leverandører og andre typer samarbeidspartnere etter en naturlig språklig forståelse utenfor § 14A-3 første ledd.

I Advokatfirmaet Hjort DAs utredning som ble avgitt til det daværende Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. september 2008 er kundebegrepet definert. På side 11 i utredningen, under pkt. 1.4.3, fremgår det at ”Med kundeklausuler menes i denne utredningen avtalebestemmelser som begrenser en fysisk persons adgang til å kontakte, utføre arbeid for eller ta ansettelse hos avtalemotpartens *kunder eller andre forretningsforbindelser* (vår utheving).” Det samme fremgår av utredningens forslag til nye lovbestemmelser § 17A-4 andre ledd, hvor det er fremgått at ”Både eksisterende, tidligere og potensielle forretningsforbindelser vil kunne utgjøre kunder etter denne bestemmelsen.”

Dersom kundeklausuler først skal reguleres, må det fremgå klart hvilke av arbeidsgivers forretningsforbindelser en slik regulering omfatter. I motsatt fall vil det kunne hevdes at kundeklausuler er underlagt § 14A-3, mens klausuler som gjelder begrensninger i arbeidstakers adgang til kontakt med leverandører og andre forretningsforbindelser etter fratreden bare vil være underlagt alminnelig avtalesensur etter avtaleloven § 36 mv.

Dersom § 14A-3 også skal omfatte leverandører og eventuelt andre forretningsforbindelser, bør departementet vurdere et lovforslag hvor begrepet ”kunder” erstattes med begrepet ”forretningsforbindelser”. Selv om begrepet ”forretningsforbindelser” er mindre presist enn begrepet ”kunder”, vil plikten til å angi skriftlig hvem som skal omfattes av klausulen i § 14A-3 fjerde ledd føre til at en nærmere tolking av begrepet blir overflødig.

Med vennlig hilsen
ADVOKATFIRMAET SELMER DA


Hans Jørgen Bender
advokat


Martin Jøtlund
advokat