

Arbeidsdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post til postmottak@ad.dep.no

Deres ref:
200903028

Vår ref: #101577v1/th

Saksbehandler: Trude Hafslund
th@advokatforeningen.no
T +47 22 03 50 61

02.11.2010

Høringsuttalelse - regulering av konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler

1 INNLEDNING

Vi viser til departementets høringsbrev av 18. juni 2010 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for arbeidsrett. Lovutvalget består av Lars Holo (leder), Jan L. Backer, Jan Fougner, Jens Johan Hjort, Margrethe Husebø og Marte Madslie.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2 SAKENS BAKGRUNN

2.1.1 Innledning og bakgrunn

Advokatforeningen støtter departementets initiativ. Avtaleloven § 38 gir etter Advokatforeningens syn ikke tilstrekkelig regulering og klargjøring i forhold til de særlige hensyn

som gjør seg gjeldende i arbeidsforhold.

Kundeklausuler er etter Advokatforeningens erfaring stadig mer vanlig, enten alene eller i kombinasjon med en konkurranseklausul. Selv om denne type klausuler er langt mindre inngripende i forhold til arbeidstaker, bør adgangen til å inngå denne type avtaler også reguleres.

Advokatforeningen er videre enig i at ikke-rekrutteringsklausuler reiser spørsmål i forhold til ansatte. Samtidig vil dette primært være avtaler mellom næringsdrivende, og derved omfattet av avtalelovens og eventuelt markedsføringslovens regler. Det fremstår derfor som mer naturlig at en eventuell bestemmelse om regulering tas inn i avtaleloven.

2.1.2 Overordnede betraktninger

Advokatforeningen har en rekke innvendinger mot de reglene som er foreslått. Det er på den ene siden viktig å verne arbeidstaker og dennes adgang til å velge arbeid og arbeidsgiver. Ikke sjelden vil arbeidstakerens alternative arbeidsmuligheter være begrenset til arbeidsgivere som konkurrerer med hverandre. Konkurransforbud vil i slike tilfelle kunne hindre arbeidstakerens grunnleggende rett til fritt yrkesvalg. Samtidig er det ikke tvilsomt at denne retten i en viss utstrekning kan undergis restriksjoner. Konkurransesklausuler som i en periode begrenser arbeidstakers adgang til å ta ansettelse i konkurrerende virksomhet er et eksempel på dette. Arbeidsgiver vil på sin side også ofte ha et berettiget behov for å beskytte seg mot konkurranse fra tidligere ansatte, og mot at disse påvirker kunder og forretningsforbindelser til å følge med over til arbeidstakerens nye arbeidsgiver. Den taushetsplikt som arbeidstaker har etter lov og eventuell avtale vil ikke alltid gi tilstrekkelig beskyttelse på dette punkt. Etter Advokatforeningens vurdering har departementet gjennomgående tillagt arbeidsgivers behov for liten vekt. Det er viktig innledningsvis å understreke at det sentrale vil være å beskytte den *virksomhet* arbeidsgiver driver.

Reglene stiller derfor etter Advokatforeningens syn gjennomgående for strenge vilkår til når det rettsgyldig kan inngås konkurranse- og kundeklausuler.

2.2 Plassering av regelverk – forslag til regulering i arbeidsmiljøloven

For Advokatforeningen er det naturlig å ta utgangspunkt i prinsippet om at gyldig inngåtte avtaler er bindende og skal holdes. Avtaleloven har i dag plassert reguleringen av konkurranseklausuler som en spesialbestemmelse med tilknytning til den alminnelige avtalesensurbestemmelsen i § 36. Dette innebærer en tydeliggjøring av prinsippet om at avtaler som ikke rammes av de øvrige ugyldighetsgrunner, er bindende i den utstrekning det ikke er urimelig i lovens forstand å gjøre dem gjeldende. Reguleringen av konkurranseklausulenes gyldighet følger derfor i dag det alminnelige avtalerettslige prinsipp om at gyldig inngåtte avtaler som hovedregel skal oppfylles. Advokatforeningen anser det ønskelig å klargjøre innholdet i avtaleloven § 38, men det er ikke påvist noe behov for å snu hovedregelen slik at ellers gyldig inngåtte konkurranseklausuler som utgangspunkt bare vil være bindende hvis visse, lovbestemte kriterier er oppfylt, slik det er foreslått i høringsdokumentet

Lovplasseringen har etter Advokatforeningens mening betydning for å sette bestemmelsen i sammenheng med de avtalerettslige ugyldighetsregler som ellers gjelder. En annen innvending mot å flytte konkurranseklausuler i arbeidsforhold over til arbeidsmiljøloven, er at reguleringen av forhold som er nært beslektet med arbeidsforhold, som frilansforhold, oppdragsavtaler med selvstendige utøvere m.v., da vil falle utenfor og være undergitt den gjenværende reguleringen i

avtaleloven. Dette kan medføre et skille mellom typetilfeller som det ikke nødvendigvis er saklig grunnlag for å regulere forskjellig i denne sammenheng.

Advokatforeningen er på denne bakgrunn av den oppfatning at bestemmelsen fortsatt bør stå i avtaleloven og ikke inneholde en særskilt grensedragnings basert på arbeidsmiljølovens arbeidstakerbegrep. Advokatforeningen er derfor ikke enig i at de nye reglene bør plasseres i arbeidsmiljøloven.

De følgende kommentarene til høringsnotatet og lovforslaget er basert på lovforslagets plassering av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven.

3 KOMMENTARER TIL DE ULIKE FORSLAGENE

3.1 Konkurransesklausuler

3.1.1 Innledning

Advokatforeningen er enig i at det er ønskelig med en klarere regulering av adgangen til å inngå konkurransesklausuler. Advokatforeningen mener imidlertid at hensynet til arbeidstaker i flere relasjoner har blitt tillagt for stor vekt på bekostning av de legitime hensyn som også gjør seg gjeldende på arbeidsgivers side. Dette blir nærmere utdypet nedenfor.

3.1.2 Anvendelsesområde – konkurransesklausuler

Utkastet til ny arbeidsmiljølov § 14A-1 forslår at reglene får anvendelse på avtale om konkurransesklausul inngås *før* arbeidsforholdet har opphørt. Hensynet til klarhet og tilgjengelighet for brukerne tilsier etter Advokatforeningens syn at det bør fremgå uttrykkelig av lovteksten at reglene kun gjelder for avtaler som inngås mens arbeidsforholdet består. Advokatforeningen antar at denne type klausuler i praksis normalt vil inngås i forbindelse med ansettelse eller endring av stilling. Ikke sjelden reguleres imidlertid adgangen til å ta ansettelse i konkurrerende virksomhet mv. i sluttavtaler. En sluttavtale vil typisk kunne inngås i forbindelse med en nedbemanning eller der arbeidstakers forhold begrunner opphør av arbeidsforholdet. Avtalen kan også inngås etter at oppsigelse er gitt, for eksempel i forbindelse med forhandlinger etter arbeidsmiljøloven § 17-3. På dette tidspunkt har partene oversikt over behovet for en konkurransesklausul, og arbeidstaker vil kunne vurdere hvilke restriksjoner en klausul vil medføre. Denne type avtaler inngås mens arbeidsforholdet fortsatt "består". I Rt. 2006 s. 1025 lot Høyesterett spørsmålet om avtaleadgangen ved oppsigelse stå åpent, idet førstvoterende uttalte at "[f]or avtaler om konkurranseforbud som er inngått i forbindelse med oppsigelser, kan det stille seg annerledes", jf. premiss 52. Etter Advokatforeningens vurdering bør det derfor fortsatt være adgang til å avtale konkurransesklausuler i forbindelse med avtale om opphør uten at § 14A-1 skal få anvendelse. Tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende ved avtaler om førtidspensjon, hvor det gjerne tas inn et forbud mot å ta ansettelse i eller utføre arbeid for konkurrerende virksomhet i den perioden vedkommende mottar førtidspensjon.

3.1.3 Vilkåret om skriftlighet

Advokatforeningen støtter kravet om skriftlighet som et gyldighetsvilkår. Det er lite praktisk med muntlig avtale, men uansett vil kravet til klarhet omkring partenes avtale underbygge at det bør foreligge skriftlig avtale.

3.1.4 *Vilkåret som "særlige grunner"*

3.1.4.1 *Innledning*

Forslaget til ny § 14A-1 angir uttømmende hvilke forhold som skal inngå i vurderingen av om det foreligger "særlige grunner". Innledningsvis på dette punkt vil Advokatforeningen understreke at gyldigheten av en konkurranseklausul i stor utstrekning, uansett vil være gjenstand for en helhetsvurdering av de relevante momentene.

Advokatforeningen er enig i at et må foreligge et berettiget behov, samtidig som kravet til "særlige grunner" og "nødvendig behov" etter Advokatforeningens vurdering innebærer at terskelen for når slike klausuler kan inngås blir for høy. Etter Advokatforeningens vurdering er det mer naturlig å ta utgangspunkt i det saklighetskrav om uansett gjelder for arbeidsgivers utøvelse av styringsrett, jf. også Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2001 s. 418. De momentene som er angitt vil kunne inngå i den helhetsvurderingen som en slik klausul uansett må undergis. Dagens lovbestemmelse i avtaleloven § 38 knytter seg til rimelighetssensuren i avtaleloven § 36. Advokatforeningen mener at det ikke er grunn til å gå bort fra den avtalerettslige rimelighetsstandard, som, anvendt på arbeidsavtaler, har et nært slektskap til saklighetskravet for utøvelsen av styringsretten. Lovrevisjonen bør derfor være konsentrert om å presisere rimelighetsstandard bedre enn i dag.

3.1.4.2 *Arbeidsgivers "nødvendige behov for vern mot konkurranse"*

Det første momentet er "arbeidsgivers nødvendige behov for vern mot konkurranse". For det første er det krav om at behovet må være "nødvendig". Dette vil i seg selv innebære en innskjerping sammenlignet med dagens regelverk. Etter Advokatforeningens vurdering bør det mer nærliggende å kreve et saklig eller berettiget behov. Det tilføyes at uttrykket "nødvendig behov" er språklig uheldig. Det er vernet som i tilfellet må være nødvendig. Behov er sterke eller svake, store eller små. Kriteriet bør ganske enkelt være "arbeidsgivers behov for vern mot konkurranse". Dette er et kriterium som også skal tillegges vekt ved anvendelsen av rimelighetsvurderingen etter någjeldende lov. Advokatforeningen kan ikke se at det er behov for at kravet til styrken i arbeidsgivers behov skal skjerpes i lovteksten.

Markedsføringsloven § 28 beskytter bedriftshemmeligheter, samt at straffeloven §§ 294 og 405 a har regler til beskyttelse av bedrifts- eller forretningshemmeligheter. Taushetsplikten vil derfor i en viss utstrekning kunne beskytte arbeidsgiver.

Departementet uttaler at det er "bedriftshemmeligheter og såkalt know-how som er utviklet i virksomheten som det bør være adgang til å beskytte gjennom bruk av en konkurranseklausul", og at det er naturlig at de momentene som er avgjørende for at det foreligger en bedriftshemmelighet etter markedsføringsloven § 28 også er utslagsgivende i forhold til om man har å gjøre med kunnskap og innsikt som gir arbeidsgiver "nødvendig behov for vern mot konkurranse". Bedriftshemmelighet er ikke definert i markedsføringsloven, og det er vist til uttalelser i forarbeidene til loven. Det er blant annet vist til at det må stilles visse kvalitative krav mv. "Know-how" er ikke definert i lovgivningen, og departementet har her vist til Høyesteretts uttalelser i dom inntatt i Rt. 1964 s. 238 i forhold til hva som omfattes av dette begrepet.

Etter Advokatforeningens syn er dette for snevert. Ikke sjelden er det kunnskap om, og kjennskap til, kundelister, forretningsforbindelser, strategier mv. som til sammen innebærer behov for beskyttelse i en periode, selv om dette ikke nødvendigvis kan karakteriseres som

”bedriftshemmelighet” og / eller ”know-how. Utkastet til ordlyd og kravet om ”nødvendig behov for vern mot konkurranse” synes å gi anvisning på en bredere vurdering av arbeidsgivers behov, enn det som fremgår av høringsbrevet hvor det er uttalt at en konkurranseklausul kun skal beskytte bedriftshemmeligheter og ”know-how”.

Bedriftshemmeligheter” og ”know-how” er dessuten begrep som ikke er klart definert rettslig, slik at det også av den grunn er uheldig å innsnevre vurderingen til kun å gjelde disse tilfellene. Det er trolig at dette vil omfatte hovedtyngden av tilfeller, men Advokatforeningen mener at de kriterier og vurderingsteam som her angis lett vil gi rom for uklarhet og mulig tvist. Arbeidsmiljøloven benyttes i stor utstrekning av partene i arbeidslivet, og som begrunnelse for å ta vurderingskriteriene inn i loven er det også vist til at dette gir en best mulig anvisning på vurderingskriteriene. Etter Advokatforeningens syn fremstår vurderingsnormen som lite tilgjengelig når vilkåret om ”nødvendig behov for vern” igjen stiller krav om at det må foreligge ”bedriftshemmeligheter” eller ”know-how”.

Uavhengig av den uklarhet som er beskrevet i tilknytning til innholdet i ”bedriftshemmeligheter” eller ”know-how”, er det Advokatforeningens syn at vurderingstemaet for arbeidsgivers behov blir for snevert, og at terskelen for når det kan avtales konkurranseklausul blir for høy.

3.1.4.3 Arbeidstakers stilling

Advokatforeningen er enig i at arbeidstakers stilling må inngå i vurderingen av om en konkurranseklausul er berettiget, slik det også er i dag etter avtaleloven § 38.

Advokatforeningen påpeker at særlig for relativt nyutdannede innenfor bransjer hvor det er vanlig at man arbeider hos en arbeidsgiver i en kortere periode vil det kunne være uheldig med konkurranseklausuler. Det er viktig at dette ikke hindres. Arbeidstakers stilling vil her kunne komme inn og underbygge at det ikke er grunnlag for en konkurranseklausul.

Hvilken stilling arbeidstaker skal over til eller hvilken virksomhet arbeidstaker har planer om å starte vil også inngå i vurderingen av virksomhetens behov for vern mot konkurranse. En forutsetning må være at arbeidstaker har gitt tilstrekkelig informasjon om sin nye arbeidsgiver og stilling til at (tidligere) arbeidsgiver kan foreta den nødvendige vurderingen, se også nedenfor under punkt 3.1.5.

Etter Advokatforeningens syn bør det også vurderes om en konkurranseklausul kan ”vekkes til live” dersom arbeidstaker i karanteneperioden endrer stilling, forutsatt at de øvrige vilkår er oppfylt.

Departementet har videre vist til at dersom arbeidstakers nye stilling er plassert i den nye arbeidsgivers forretningsområde som ikke har sammenfallende interesser med tidligere arbeidsgiver, kan det normalt ikke sies å foreligge nødvendig behov for vern mot konkurranse, selv om ny arbeidsgiver konkurrerer med arbeidsgiver innenfor andre områder. Etter Advokatforeningens vurdering vil en slik tilnærning åpne for avveininger og vurderinger som ”tidligere” arbeidsgiver ofte ikke kan foreta. Dette kan være spørsmål om rekkevidden av arbeidstakers arbeidspunkt hos ny arbeidsgiver og dennes rett til å pålegge andre oppgaver og omplassering i kraft av arbeidsavtale og styringsrett. Med unntak av de helt klare tilfellene bør det derfor utvises stor forsiktighet med å legge til grunn at konkurranseklausul bortfaller i tilfeller hvor det er oppgavens art og arbeidstakers innplassering som innebærer at det ikke kan anses å foreligge konkurranse.

3.1.4.4 Lengden på ansettelsesforholdet

Advokatforeningen er enig i at konkurranseklausuler normalt ikke vil være berettiget i de helt kortvarige ansettelsesforhold. Advokatforeningen er videre enig i at det ikke bør oppstilles noen nedre grense for arbeidsforholdets varighet, men at det kun unntaksvis vil kunne være aktuelt å opprettholde en slik klausul dersom arbeidsforholdet har vart under seks måneder.

3.1.4.5 Konsekvensen for arbeidstaker av at konkurranseklausulen gjøres gjeldende

Hensynet til arbeidstaker må også tillegges vekt. Selv om kravet om vederlag i en viss utstrekning skal kompensere for ulempene en konkurranseklausul medfører, vil slike klausuler likevel kunne være inngripende i forhold til arbeidstakers mulighet til å beskjefte seg innenfor en bestemt bransje mv.

Advokatforeningen vil påpeke at selv for et begrenset tidsrom som inntil seks måneder, vil det for mange arbeidstakere, ikke minst i etableringsfasen, kunne oppstå vanskelige situasjoner. Det antas imidlertid at dette vil kunne inngå i en bredere vurdering som bestemmelsen bør gi anvisning på, herunder vurderingen av konsekvensene for arbeidstaker.

Etter Advokatforeningens vurdering vil imidlertid ulempene for arbeidstaker i tilstrekkelig grad kunne ivaretas ved at det åpnes for at en slik klausul kan settes helt eller delvis til side, og således også gjelde for et kortere tidsrom, se punkt 3.3 nedenfor.

3.1.5 Vilkåret om redegjørelse

Advokatforeningen er enig i at vurderingen av om en konkurranseklausul bør påberopes, bør skje når det er aktuelt å gjøre den gjeldende.

Advokatforeningen støtter imidlertid ikke forslaget om at arbeidsgiver må utarbeide en skriftlig redegjørelse for hva som anses som "særlige grunner" og at denne skal foreligge senest to uker etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet.

Departementet har vist til at kravet om redegjørelse vil bidra til at arbeidsgiver foretar en reell vurdering av behovet for å gjøre en konkurranseklausul gjeldende. Etter Advokatforeningens syn er det liten grunn til å tro at arbeidsgiver ikke vil foreta en "reell vurdering" selv om kravet til redegjørelse utgår. Det er dessuten foreslått en ubetinget kompensasjon, noe som kommenteres nedenfor under 3.1.7, slik at det også av den grunn vil bli foretatt en vurdering. Departementet har videre vist til at kravet om redegjørelse vil sikre en viss forutberegnelighet for arbeidstaker og gjøre det enklere for arbeidstaker å vite hvordan man skal forholde seg til konkurranseklausulen. Advokatforeningen viser til at arbeidstaker vet om han er bundet av en konkurranseklausul, da dette skal være avtalt skriftlig. Ved arbeidstakers egen oppsigelse og ved søking av annet arbeid vil dette uansett være noe arbeidstaker må ta i betraktning. Arbeidstakers interesse vil etter Advokatforeningens vurdering være tilstrekkelig ivaretatt ved at Arbeidstaker får en skriftlig melding om hvorvidt konkurranseklausulen gjøres gjeldende. Fremfor å pålegge arbeidsgiver en ubetinget plikt til å utarbeide en redegjørelse, bør det i stedet tas inn en rett for arbeidstaker til å be om redegjørelse. Dette samsvarer med arbeidstakers rett til å be om begrunnelse ved oppsigelse, jf. arbeidsmiljøloven § 15-4 tredje ledd. I den grad arbeidstaker er i tvil om det er grunnlag for konkurranseklausulen, kan vedkommende derfor be om skriftlig redegjørelse.

Det er foreslått en frist på to uker for arbeidsgiver til å gjøre klausulen gjeldende. Det vil i praksis

kunne være vanskelig for arbeidsgiver å foreta den nødvendige vurderingen i løpet av to uker, ikke minst i forbindelse med ferie mv. Det vil dessuten kunne være nødvendig å foreta avklaringer i forhold til arbeidstakers stilling og ny arbeidsgiver mv. Samtidig har arbeidstaker behov for avklaring innen rimelig tid, selv om arbeidstaker som påpekt ovenfor må være forberedt på at klausulen vil bli gjort gjeldende. En avveining av partenes interesser tilsier derfor at en melding om konkurranseklausulen gjøres gjeldende må gis innen tre uker.

Arbeidstaker bør også pålegges en opplysningsplikt i forhold til sin nye stilling og nye arbeidsgiver. Dette vil også være viktig for den vurderingen arbeidsgiver skal foreta.

3.1.6 Vilkår om tidsbegrensning

Det er foreslått at en konkurranseklausul ikke kan gjøres gjeldende i mer enn tolv måneder. Dette er et betydelig kortere tidsrom enn det som må antas å være maksimalt tidsrom etter dagens rettstilstand, nemlig to år.

På bakgrunn av en avveining av de ulike interesser som gjør seg gjeldende fremstår etter Advokatforeningen syn 12 måneder som en rimelig tidsbegrensning i de aller fleste tilfellene.

Advokatforeningen er imidlertid enig med departementet når det påpekes at det også kan være tilfeller der ett år ikke gir arbeidsgiver tilstrekkelig beskyttelse, da særlig i forhold til nøkkelpersoner. Etter Advokatforeningens vurdering bør det i særlige tilfeller være adgang til å avtale at en konkurranseklausul skal gjelde i mer enn 12 måneder. Etter Advokatforeningens syn bør 18 måneder i så fall være tilstrekkelig. Høyesterett har godtatt at en arbeidstaker, som ikke var daglig leder, men en nøkkelperson i virksomheten, kunne avtale en bindingstid på 4 år. Dette viser at rettspraksis har godtatt at arbeidstaker rettsgyldig kan avtale betydelige restriksjoner i forhold til eget arbeidsforhold og arbeidssituasjon. Dette støtter etter Advokatforeningens vurdering også at nøkkelpersoner og andre som har særlig innsikt mv. bør kunne avtale at klausulen skal gjelde for et lengre tidsrom.

De ovennevnte betraktningene er i dag tilstrekkelig ivaretatt med rimelighetsavveiningen etter avtaleloven § 38. Konkurransforbudets varighet er et sentralt element ved rimelighetsvurderingen, og det er vanskelig å se at den absolutte tidsbegrensningen i lovforslaget vil gi en rimelig begrensning i alle tilfeller. Nettopp domstolenes anvendelse av rimelighetskriteriet der lengre varighet enn 12 måneder er ansett som rimelig i de konkrete tilfellene viser dette, og det er ikke påvist at domstolenes vurderinger her gjør et inngrep fra lovgiver nødvendig.

Advokatforeningen gir sin tilslutning til departementets vurdering av skjæringstidspunktet for når fristen skal begynne å løpe, nemlig arbeidsforholdets opphør. Dette må gjelde uavhengig av om arbeidstaker er gitt fritak fra arbeidsplikt el. Det avgjørende må være når arbeidsforholdet opphører.

3.1.7 Vilkår om kompensasjon

3.1.7.1 Innledning

Advokatforeningen er enig i at det i *utgangspunktet* bør ytes kompensasjon og at denne bør differensieres ut fra lengden på klausulen. Selv om en klausul kun gjelder for et begrenset tidsrom som for eksempel 6 måneder, vil det for mange kunne skape vanskeligheter dersom man i dette

tidsrommet ikke finner ny stilling med en tilsvarende avlønning som tidligere på grunn av en konkurranseklausul. Dette tilsier derfor at det bør ytes et dekkende vederlag også i de kortvarige periodene. I mange tilfeller er det nettopp i de korte periodene, hvor det er vanskelig å omstille seg, at det er vanskeligst for arbeidstaker å skaffe seg annen, tilsvarende inntekt. Dette gir som påpekt foran også arbeidsgiver et incitament til å vurdere grundig om det er behov for en slik klausul. Det bør imidlertid åpnes for unntak, blant annet i avskjedstilfellene, se nedenfor under 3.1.8.

3.1.7.2 "Arbeidsvederlag"

Departementet har foreslått at kompensasjonen skal beregnes ut fra arbeidsvederlaget arbeidstaker hadde på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet og at ikke bare fastlønn, men også bonus og provisjon skal medregnes. Begrepet er foreslått å korrespondere med vederlagsbegrepet i ferieloven. Utenfor beregningen faller utgiftsdekning og utbetalinger som ikke kan spores tilbake til vedkommendes inntjening eller arbeidsinnsats.

Advokatforeningen er uenig i departementets vurdering på dette punkt. For det første er det vanskelig å fastlå hva som utgjør arbeidstakers "arbeidsvederlag" på oppsigelsestidspunktet når bonus og variable inntekter mv. skal medregnes. For det andre vil bonus ofte fastsettes skjønnsmessig og ut fra resultat, arbeidsinnsats mv. Bonus er ofte ment å være et incitament til innsats og fortsatt ansettelse, og det er ikke uvanlig at bonus ikke kommer til ubetaling i oppsigelsestid mv. Det fremstår etter Advokatforeningens vurdering som lite rimelig at arbeidstaker likevel skal kunne kreve at vederlaget i den perioden en konkurranseklausul løper også skal inkludere bonus som han eller hun kanskje ikke hadde krav på i oppsigelsestiden.

Advokatforeningens erfaring er at fastlønn legges til grunn ved fastsettelse av vederlag i konkurranseklausuler. Dette bør gjelde fremover, og vil etter Advokatforeningens syn gi en enklere og bedre regel. Riktignok vil arbeidstakere i stor utstrekning har variabel avlønning kunne komme utheldig ut, men både etter dagens rettstilstand og etter utkastet skal det tas hensyn til konsekvensene for arbeidstaker av at en konkurranseklausul gjøres gjeldende. Størrelsen på vederlaget vil da kunne inngå i denne vurderingen.

3.1.7.3 Fradrag for annen inntekt

Et særlig spørsmål er om annen inntekt skal gå til fradrag. Bestemmelsen viser i andre ledd første punktum til at fradrag skal kunne gjøres dersom "summen av vederlaget og nye arbeidsinntekter" overstiger arbeidsvederlaget arbeidstaker hadde på opphørstidspunktet. Advokatforeningen antar at begrepet "vederlag" vil kunne omfatte honorar som oppdragstaker.

Advokatforeningen er enig med departementet i at det er viktig å motivere arbeidstaker til å finne annet arbeid, samtidig som vederlaget heller ikke er ment å være et slags sluttvederlag. Kravet om vederlag vil være en betydelig økonomisk belastning for mange virksomheter, ikke minst for mindre kunnskapsvirksomheter i oppstartsfasen som kan være særlig sårbare for nettopp overgang til konkurrerende virksomhet. Etter Advokatforeningens syn er det sentrale elementet i denne vurderingen at arbeidstaker skal være sikret kompensasjon på et visst nivå dersom han er bundet av en konkurranseklausul. Arbeidsgiver må således bære risikoen for om arbeidstaker finner annet arbeid. Hensynet til arbeidstaker strekker seg etter Advokatforeningens syn ikke lenger enn dette, nemlig at han skal sikres *trygghet* for inntekt. Etter Advokatforeningens syn bør derfor annen inntekt fra enten arbeid eller oppdrag komme til fradrag krone for krone. Vilåret for at det kan inngås en gyldig konkurranseklausul er at det foreligger et berettiget og saklig

behov på arbeidsgivers side, og vederlaget er ikke ment å være en økonomisk byrde for arbeidsgiver fordi det er avtalt en slik klausul.

Det er foreslått at arbeidsgiver kan be om at arbeidstaker opplyser om sitt arbeidsvederlag. Arbeidsgiver bør dessuten kunne kreve fremlagt dokumentasjon for de opplysninger som gis. En plikt til å fremlegge dokumentasjon bør fremgå uttrykkelig av lovteksten.

3.1.8 Avskjed

Departementet har foreslått at retten til vederlag også skal gjelde ved avskjed. Etter Advokatforeningens syn fremstår det som åpenbart urimelig at en arbeidstaker skal ha krav på vederlag ved avskjed. Avskjed forutsetter vesentlig mislighold på arbeidstakers side, og rettspraksis viser at terskelen for rettmessig avskjed er høy. Advokatforeningen viser her til at konsekvensen for arbeidstaker ved at klausulen gjøres gjeldende uansett skal trekkes inn i vurderingen av klausulens gyldighet etter forslagets § 14A-1 andre ledd. Det forhold at arbeidstaker ikke har rett til vederlag inngår i denne vurderingen.

Arbeidstakers interesse og beskyttelse mot at en arbeidsgiver kan velge avskjed for å unngå å betale vederlag vil være tilstrekkelig ivaretatt ved at han kan bestride avskjeden og fremme krav om vederlag. Krav om vederlag kan medtas i avskjedssaken etter § 17-2 andre ledd.

Ikke sjelden velger arbeidsgiver å gi oppsigelse med fritak for arbeidsrett og arbeidspunkt selv om det foreligger vesentlig mislighold og grunnlag for avskjed. Dette er gjerne begrunnet i at en avskjed og øyeblikkelig bortfall av lønn rammer både arbeidstaker og arbeidstakers familie hardt. Det er lite ønskelig at arbeidsgiver i disse tilfellene skal "tvinges" til å velge avskjed. Av den grunn bør et unntak for avskjedstilfellene formuleres slik at retten til vederlag ikke gjelder dersom det foreligger forhold som gir grunnlag for rettmessig avskjed etter arbeidsmiljøloven § 15-14.

3.2 Oppsigelse fra arbeidsgiver som ikke er begrunnet i arbeidstakers forhold

Advokatforeningen er ikke enig i departementets forslag om at konkurranseklausulen ikke kan gjøres gjeldende ved oppsigelse grunnet virksomhetens eller arbeidsgivers forhold, eller der hvor arbeidsgiver har misligholdt sine forpliktelser og derved gitt arbeidstaker rimelig grunn til å avslutte arbeidsforholdet. Dette unntaket fremgår i dag av avtaleloven § 38 tredje ledd. De hensyn som begrunner denne regelen i dagens regelverk vil ikke nødvendigvis gjøre seg gjeldende med samme styrke i forhold til de nye reglene hvor det blant annet foreligger forslag om rett til vederlag.

En omstilling kan medføre at enkelte virksomhetsområder mv. opphører. Arbeidsgivers behov for beskyttelse mot konkurranse vil da bortfalle innenfor disse områdene og det vil ikke være grunnlag for å opprettholde en konkurranseklausul.

Videre vil arbeidsgivers legitime behov og interesse i å kunne beskytte seg mot konkurranse ofte gjelde med samme styrke ved oppsigelser grunnet virksomhetens forhold. Her vil plikten til å betale vederlag innebære at virksomheten må vurdere særlig grundig om de er villig til å ta den ekstrakostnad en slik klausul vil medføre. I forhold til arbeidstaker skal det påpekes at selv om han eller hun er "uforskyldt" i en oppsigelse grunnet virksomhetens forhold, er heller ikke konkurranseklausulen ment å være en straff fordi de enten sier opp selv eller har opptrådt på en måte som gir saklig grunn for oppsigelse. Hensynet til arbeidstaker og dennes interesse vil kunne ivaretas i tilstrekkelig grad i en interesseavveining i forhold til gyldigheten av klausulen. I et

tilfelle hvor arbeidsgiver har misligholdt sine plikter og derved gitt arbeidstaker rimelig grunn til å avslutte arbeidsforholdet, bør bortfall av klausulen derfor være en nærliggende mulighet, med mindre det skulle foreligge særlige forhold. Tilsvarende vil en klausul lettere settes til side også ved oppsigelse grunnet virksomhetens forhold, noe arbeidsgiver også må ta i betraktning dersom de vil påberope seg klausulen.

3.3 Vilkår – rettsvirkning

Departementet har i høringsnotatets punkt 3.5.10 på side 28 foreslått at rettsvirkningen av at klausulen ikke oppfyller lovens krav er at "klausulen anses som ugyldig i sin helhet.". Advokatforeningen er ikke enig i dette og anser det for å være en uforholdsmessig streng reaksjon. Tatt på ordet vil dette f.eks. innebære at en klausul av 15 måneders varighet blir ugyldig i sin helhet fordi den overstiger lovens maksimum på 12 måneder, i stedet for at rettsvirkningen da blir at den er gyldig innenfor lovens maksimum på 12 måneder. Et annet eksempel viser også urimeligheten ved lovforslaget på dette punkt: Ved oversittelse av frist for å varsle om at klausulen gjelder, vil konsekvensen av det som kanskje er en unnskyldelig feil, for eksempel i forbindelse med ferie eller fravær, medføre at klausulen bortfaller i sin helhet. For arbeidstaker kan en slik "feil" være uten betydning, og Advokatforeningen kan heller ikke se at arbeidstakers interesse tilsier en slik "tilfeldig" og betydelig fordel.

Vilkåret for at arbeidstaker overhodet skal bli bundet av en slik klausul er at det foreligger et berettiget behov. Arbeidstakers interesser er ivaretatt både gjennom vurderingen etter § 14A-1 andre ledd og i kravet om vederlag etter § 14A-2 andre ledd. Videre har arbeidstaker krav på varsel.

Etter Advokatforeningens vurdering vil begge parters interesser være tilstrekkelig ivaretatt ved at dagens regulering opprettholdes, slik at klausulen helt eller delvis kan settes til side. Den preventive effekt som departementet dels har begrunnet forslaget med vil være oppnådd ved at det vil være en nærliggende mulighet for at klausulen ikke opprettholdes i sin opprinnelige form dersom arbeidsgiver ikke etterlever lovens krav. Videre vises det nok en gang til at plikten til å betale vederlag i seg selv innebærer et sterkt incitament for arbeidsgiver til å vurdere både gyldigheten og nødvendigheten av en slik klausul.

Advokatforeningen er ellers enig med departementet i at arbeidsgiver bør kunne justere en klausul slik at den blir mindre inngripende. Et praktisk utslag av dette vil også være at klausulen kan gjelde for et kortere tidsrom. Dette vil kanskje ikke alltid oppfattes som en fordel for en arbeidstaker som derved kan oppleve at vederlaget blir redusert til 50 prosent. Det er imidlertid et bærende synspunkt i forhold til konkurranseklausuler at de medfører en restriksjon og derved ulempe for en arbeidstaker, og dette tilsier at det bør være adgang til å redusere varigheten av klausulen, selv om dette får konsekvenser for vederlaget.

Av hensyn til klarhet og for at partene i arbeidslivet skal kunne orientere seg om de regler som gjelder, bør rettsvirkningene fremgå av loven. I tillegg bør også arbeidsgivers adgang til å tilpasse og endre klausulen slik at den blir mindre inngripende, herunder at den skal gjelde for et kortere tidsrom, fremgå av lovteksten.

3.4 Kundeklausuler

3.4.1 Innledning

Advokatforeningens erfaring er at kunde- og verveklausuler har blitt vanligere de senere årene.

Ikke sjelden anser også arbeidsgiver en kundeklausul for å gi tilstrekkelig beskyttelse i forhold til selskapets interesser. Det kan heller ikke utelukkes at ordinære konkurranseklausuler i en viss grad kan unngås dersom partene i stedet kan avtale begrensninger i forhold til adgangen til å kontakte arbeidsgivers kunder. Selv om det skulle være adgang til å inngå en konkurranseklausul, vil en konkurranseklausul være mer inngripende, og det er derved ønskelig at partene kan avtale det mindre, nemlig en kundeklausul.

Kundeklausuler kan dels innebære et forbud mot å kontakte arbeidsgivers kunder og derved forsøke å påvirke vedkommende til å endre sitt forhold til arbeidsgiver, dels kan det være forbud mot å betjene og utføre arbeid for tidligere arbeidsgivers kunder. Førstnevnte retter seg mot den aktive akkvisisjonen av arbeidsgivers kunder, mens slik at det ikke er noe forbud mot å betjene kunden dersom denne på fritt grunnlag tar kontakt med arbeidstaker hos ny arbeidsgiver. En klausul som derimot forbyr en arbeidstaker å betjene og arbeide for tidligere arbeidsgivers kunder er mer inngripende og vil samtidig begrense kundens valgfrihet.

Departementet viser til at kundeklausuler skal begrense arbeidstakers adgang til å kontakte "arbeidsgivers kunder" (vår understrekning). Dette er et viktig utgangspunkt som etter Advokatforeningens syn må stå sentralt når adgangen til å inngå slike klausuler skal reguleres. Advokatforeningen har betydelig erfaring med denne type klausuler som rådgiver for partene i arbeidslivet. Slike klausuler benyttes også i en viss utstrekning i advokatbransjen. Dette angår derfor Advokatforeningen ikke bare som rådgivere, men også som forening for arbeidsgivere og ansatte advokater. Dette berører også sentrale sider ved utøvelse advokatvirksomhet. Bruken av slike klausuler reiser særlige spørsmål og problemstillinger i forhold til advokatbransjen, og disse kommenteres nedenfor.

3.4.2 Behovet for regulering - nærmere om de hensyn som gjør seg gjeldende

Advokatforeningen er i stor grad enig i den beskrivelsen departementet gir av behovet for regulering og de hensyn som gjør seg gjeldende. Advokatforeningen vil imidlertid også her minne om utgangspunktet, nemlig at det er *arbeidsgivers kunder*. Departementet har vist til at det kan fremstå som urimelig om arbeidstaker skal avstå fra å kontakte kunder vedkommende i sin tid skaffet for arbeidsgiver. Advokatforeningen vil her presisere at med unntak av tilfeller hvor arbeidstaker kan ha "tatt med seg" kunder fra et tidligere arbeidsforhold, vil dette normalt være kunder vedkommende har skaffet til arbeidsgiver som ledd i utførelsen av sitt arbeid. Det vil gjerne inngå i arbeidstakers arbeidspålitelighet å etablere kundeforhold, og arbeidstaker har blitt kompensert for dette arbeidet gjennom den lønn han har mottatt i arbeidsforholdet. Vedkommendes arbeid er ikke å skaffe kunder *til seg selv*, men til arbeidsgiver og den virksomhet som arbeidsgiver driver. Dette er et viktig utgangspunkt for en regulering.

Hensynet til kundens frihet til selv å velge hvem man skal forholde seg til er et grunnleggende hensyn. Partenes avtalefrihet på dette område kan også være begrenset ved lov, eksempelvis siktedes rett til å la seg bistå av forsvarer etter eget valg, jf. straffeprosessloven § 94. Også ellers i rettslivet gjelder et prinsipp om at enhver står fritt til selv å kontakte og å la seg representere av den advokat man foretrekker.

3.4.3 Kommentarer til anvendelsesområdet

3.4.3.1 Generelle kommentarer

Departementet har foreslått at en kundeklausul kun kan begrense arbeidstakers adgang til å

kontakte arbeidsgivers kunder etter at arbeidsforholdet har opphørt. Klausulen skal ikke kunne forby arbeidstaker fra å utføre arbeid for tidligere arbeidsgivers kunder. Dette er begrunnet i hensynet til kundens valgfrihet. Det er en betydelig begrensning i anvendelsesområdet. Advokatforeningen er enig i at hensynet til kunden veier så vidt tungt at det ikke bør åpnes for klausuler hvor arbeidstaker plikter å avvise tidligere arbeidsgivers kunder. Her kommer hensynet til fritt advokatvalg inn med full tyngde. Dersom klienten skal ha en reell frihet til å kunne velge advokat, kan ikke advokatene være bundet opp av klausuler som hindrer dem i å ta oppdrag for klienten. Klausuler som kun forbyr arbeidstaker å kontakte arbeidsgivers tidligere kunder reiser en rekke bevismessig utfordringer. Til tross for dette, mener Advokatforeningen at hensynet til arbeidsgiver ikke veier så tungt at det bør åpnes for begrensninger i arbeidstakers adgang til å betjene kunder, idet dette begrenser tredjemanns valgfrihet.

For å hindre omgåelser og mer indirekte forsøk på å kontakte arbeidsgivers kunder bør lovbestemmelsen omfatte både direkte og indirekte henvendelser til arbeidsgivers kunder. Selv om forbud mot indirekte henvendelse i praksis kan reise bevismessige utfordringer, er det uansett viktig og det ytterligere understreker omfanget av arbeidstakers forpliktelser etter ansettelsesforholdets opphør.

Samtidig vil hensynet til kunden i enkelte tilfeller veie så tungt at et forbud mot å betjene kunden må settes til side. Dette gjelder særlig innenfor områder hvor nettopp hensynet til kundens valgfrihet står særlig sterkt. I slike tilfeller vil en klausul således kunne settes helt eller delvis til side dersom partene ikke blir enige.

En regel om ikke å kontakte tidligere arbeidsgivers kunder, vil for advokaters del også samsvare med regler for god advokatskikk (advokatforskriften kap. 12) pkt. 3.1.1. som lyder (første ledd):

”En advokat må ikke påta seg oppdrag uten etter anmodning direkte fra klienten, fra en annen advokat på en klients vegne eller fra et kompetent organ.”

Bestemmelsen forstås dit hen at den legger begrensninger i veien for advokater som ønsker å gjøre utadrettede henvendelser til mulige klienter. Poenget er at det er klienten som skal initiere advokatoppdraget – ikke motsatt.

Samtidig er det en side ved hensynet til fritt advokatvalg, at klienten må ha *faktisk* mulighet til å kunne oppsøke advokaten. Det bør derfor være kurant for advokaten å orientere klienten om at han/hun avslutter sitt arbeidsforhold i firmaet og kan treffes der og der senere.

3.4.4 Adgang til å ta ansettelse hos kunden mv.

Det er ikke foreslått å regulere arbeidstakers adgang til å ta ansettelse hos kunden. Advokatforeningen er enig i at dette i så fall må reguleres gjennom ordinære konkurranseklausuler og at det ellers er lite ønskelig å begrense arbeidstakers adgang til å velge arbeidsgiver utover dette. Så lenge ansettelsesforholdet består har arbeidstaker en lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver som etter omstendighetene også kan begrense hans eller hennes mulighet til å ”selge seg inn” hos en ny arbeidsgiver.

3.4.5 *Vilkår*

3.4.5.1 *Innledning*

Utkastet til § 14A-3 andre til fjerde ledd angir nærmere vilkårene for at en kundeklausul skal være gyldig.

Advokatforeningen er enig i at kundeklausuler bør være skriftlige. De øvrige vilkårene kommenteres nedenfor.

3.4.5.2 *Vilkår om særlig grunn*

Utkastet til § 14A-3 andre ledd angir uttømmende hvilke hensyn som skal tillegges vekt. Advokatforeningens syn er at terskelen for når en kundeklausul skal være gyldig er for høy når det stilles krav om "særlige grunner". Kravet om at det må foreligge "særlige grunner" følger også av utkastet til regulering av konkurranseklausul, og det vises til bemerkningene foran om dette og om de tilsvarende kriteriene i lovforslaget der. En kundeklausul vil gjennomgående være langt mindre inngripende enn en ordinær konkurranseklausul. Advokatforeningen kan vanskelig se at hensynet til arbeidstaker og / eller kunden er av en slik vekt at det tilsier at det bør stilles krav om "særlige grunner" for en kundeklausul. Dette gjelder også for kundeklausuler som forbyr arbeidstaker å betjene eller utføre arbeid for en tidligere kunde. I kravet om "særlige grunner" skal det legges vekt på arbeidsgivers "nødvendige behov", noe som ytterligere innebærer at terskelen heves ytterligere. Det vises for øvrig til at det uansett må oppstilles et krav til saklighet ved utøvelse av arbeidsgivers styringsrett, jf. også Rt. 2001 s. 418 (Kårstødommen). Det bør derfor ikke oppstilles ytterligere krav utover de momentene som angis skal inngå i vurderingen.

Advokatforeningen mener ellers at også potensielle og forhenværende kunder bør omfattes. Ikke sjelden er det nedlagt et betydelig arbeid for å tiltrekke seg en eller flere bestemte kunder. Det fremstår som urimelig at det ikke kan avtales at arbeidstaker som kanskje har hatt dette som en av sine oppgaver hos tidligere arbeidsgiver skal stå fritt til å forsøke å verve den potensielle kunden til sin nye arbeidsgiver. I praksis er det heller ikke alltid klart når et kundeforhold er avsluttet og det er tale om en "forhenværende" kunde. Det vil derfor etter Advokatforeningens syn være uheldig om anvendelsesområdet skal begrenses til ikke å omfatte forhenværende og potensielle kunder.

3.4.5.3 *Konsekvenser for arbeidstaker ved at en kundeklausul gjøres gjeldende*

Departementet har på dette punkt vist til redegjørelsen under punktet om konkurranseklausuler. Etter Advokatforeningens syn er dette lite treffende, idet de vurderinger som gjør seg gjeldende på dette punkt ikke alltid vil være de samme eller ha samme tyngde ved en kundeklausul som ved en konkurranseklausul.

En konkurranseklausul som forbyr arbeidstaker å ta ansettelse i konkurrerende virksomhet i inntil 12 måneder er mer inngripende og vil også kunne ha større betydning for arbeidstakers videre karriereutvikling enn en klausul som kun forbyr vedkommende å ta kontakt med tidligere arbeidsgivers kunder. Kun unntaksvis vil vedkommende hindres i utøve sitt yrke. Dersom en kundeklausul unntaksvis og særlige tilfeller skulle være så inngripende at det i realiteten må anses som en konkurranseklausul, vil den også kunne undergis den strengere vurderingen som gjelder i forhold til konkurranseklausuler.

Som for konkurranseklausuler bør loven åpne for at kundeklausuler kan settes helt eller delvis til side, se 3.3 foran.

3.4.5.4 *Vilkåret om redegjørelse*

Departementet foreslår at bestemmelsene i §§ 14A-1 tredje til sjette ledd skal gjelde tilsvarende. Advokatforeningen viser derfor til kommentarene under punkt 3.1.5 foran. Oppsummeringsvis mener Advokatforeningen at det må kunne stilles krav om at arbeidsgiver gir til kjenne skriftlig om klausulen skal gjelde, men at det må være tilstrekkelig om dette gjøres innen tre uker. Det bør ikke være krav om redegjørelse, men arbeidstaker kan kreve en redegjørelse og at denne skal avgis skriftlig. Arbeidstaker bør også kunne be om at arbeidsgiver angir hvilke kunder som er omfattet.

3.4.5.5 *Vilkåret om tidsbegrensning*

Klausulen vil maksimalt kunne gjelde for en periode på 12 måneder. Dette er et kort tidsrom sammenlignet med det som etter Advokatforeningens erfaring er vanlig, hvor klausuler med en varighet på 18 til 24 måneder ikke er uvanlig.

Advokatforeningen mener at det bør være adgang til å avtale at en kundeklausul skal gjelde for et lengre tidsrom enn 12 måneder. En kundeklausul er som nevnt mindre inngripende enn en ordinær konkurranseklausul, og det tilsier at den bør kunne gjelde for et lengre tidsrom. Hensynet til arbeidsgiver og til å sikre en mulighet til å opparbeide den nødvendige relasjon til en kunde etter at en person har sluttet, tilsier også at en slik klausul bør kunne gjelde for et lengre tidsrom. Dette gjør seg særlig gjeldende for nøkkelpersonell.

Som nevnt mener Advokatforeningen at også kundeklausuler bør kunne settes til side helt eller delvis og det betyr også at domstolene kan bestemme at kundeklausulen skal gjelde for et kortere tidsrom, se 3.3.

3.4.5.6 *Vilkåret om kompensasjon*

Advokatforeningen støtter ikke forslaget om at arbeidstaker skal ha rett til kompensasjon. Et forbud mot å kontakte og forsøke å verve tidligere arbeidsgivers kunder innebærer etter Advokatforeningens vurdering et så lite inngrep i arbeidstakers frihet til å nytte sin kompetanse at Advokatforeningen ikke kan se at det bør oppstilles rett til vederlag. Advokatforeningen vil nok en gang understreke at dette er arbeidsgivers kunder, og at forslaget ikke er til hinder for at arbeidstaker utfører arbeid for tidligere kunder dersom de selv velger å ta kontakt med arbeidstaker.

Advokatforeningen er kjent med at den danske funksjonærloven har en bestemmelse om vederlag, også for kundeklausuler. Kundeklausulene regulerer imidlertid ikke bare adgangen til å kontakte tidligere arbeidsgivers kunder, men også adgangen til å utføre arbeid for disse og til å ta ansettelse hos en kunde. Det er derved et langt videre anvendelsesområde. Det vises også til at særlig forbudet mot å utføre arbeid for tidligere arbeidsgivers kunder og til å ta ansettelse hos kunden vil kunne være inngripende i forhold til en arbeidstaker.

3.4.5.7 *Oppsigelse fra arbeidsgiver som ikke er begrunnet i arbeidstakers forhold*

Advokatforeningen mener at dagens rettstilstand bør videreføres slik at kundeklausuler kan opprettholdes uavhengig av årsaken til oppsigelsen. Arbeidsgivers behov for å sikre kunde- og forretningsforbindelser vil kanskje særlig være viktig ved nedbemanninger. Hensynet til arbeidsgivers virksomhet og behovet for sikre fortsatt virksomhet underbygger at en kundeklausul bør være gyldig også i disse tilfellene.

3.4.5.8 Vilkåret om kontakt med eller ansvar for kunden

Departementet har videre oppstilt krav om at kundeklausulen kun skal omfatte kunder arbeidstaker selv har hatt kontakt med eller hatt ansvar for det siste året. Dette gir etter Advokatforeningens syn et for snevert anvendelsesområde. Denne type klausuler er begrunnet i arbeidsgivers saklige og berettigede behov for å beskytte kontakten med virksomhetens kunder og forretningsforbindelser, og alle arbeidsgivers kunder og forretningsforbindelser bør derfor omfattes. For å sikre at arbeidstaker er kjent med hvilke kunder dette er, bør han kunne be om en oversikt som i tilstrekkelig grad angir disse. I praksis vil det likevel trolig være de kunder arbeidstaker har hatt kontakt med som det vil være viktig at omfattes.

På dette punkt skal det også bemerkes at det i praksis vil kunne være vanskelig for en arbeidsgiver å fremskaffe en oversikt over hvilke kunder en arbeidstaker har hatt kontakt med, slik forslaget til § 14A-3 legger opp til. Slik lovforslaget er utformet og begrenset til de kunder arbeidstaker har hatt kontakt med, er det også klart at arbeidstaker selv vet hvem dette er, slik at det kun er i den grad arbeidsgiver mener at enkelte kunder ikke bør omfattes, at arbeidstaker trenger en slik klargjøring.

3.4.6 Vilkår – rettsvirkning

På samme måte som ved konkurranseklausuler foreslår Advokatforeningen at det bør åpnes for at også kundeklausuler kan settes helt eller delvis til side. Det vises på dette punkt til redegjørelsen under punkt 3.3 foran.

3.5 Ikke-rekrutteringsklausuler

3.5.1 Ikke-rekrutteringsklausuler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker

Advokatforeningen støtter departementets vurdering og er enig i at det ikke er nødvendig å regulere dette særskilt.

3.5.2 Ikke-rekrutteringsklausuler mellom virksomheter

3.5.2.1 Innledning

Advokatforeningen mener imidlertid at den adgangen etter forslagets unntaksbestemmelse i § 14A-4 andre ledd til å inngå slike avtaler, er for snever.

For det første er unntaket for virksomhetsoverdragelser for snevert. Et tilsvarende berettiget og saklig behov for en slik regulering mellom partene vil kunne foreligge ved andre transaksjoner, herunder aksjesalg.

Erfaringsmessig inngår denne type klausuler også i konfidensialitetsavtaler ("Non-Disclosure Agreements") og andre former for avtaler som inngås i forbindelse med at partene vurderer et mulig samarbeid ("Letters of Intent", "Memorandum of Understanding" etc), dvs. før man inngår en avtale. For at partene skal kunne vurdere om det er grunnlag for et samarbeid, må det gis tilgang til konfidensiell informasjon, typisk know-how, som det er avgjørende at den andre parten ikke utnytter til egne formål eller til samarbeid med konkurrenter dersom det påtenkte samarbeidet ikke blir en realitet. Ikke-rekrutteringsklausuler i slike avtaler er en forlengelse av selve konfidensialitetsforpliktelsen. Rekrutterer man den andre partens ansatte vil arbeidstaker også ta med seg know-how.

Tidsbegrensningen på 6 måneder er dessuten for kort. I større og komplekse transaksjoner vil forhandlingene ikke sjelden strekke seg over et lengre tidsrom enn seks måneder, slik at det minst

bør kunne inngås slik avtale i forbindelse med forhandlinger for et tidsrom på inntil 18 måneder. I tillegg bør det ved avtale om overdragelse, uavhengig av om dette er en "virksomhetsoverdragelse", kunne inngås slik avtale for ytterligere inntil 12 måneder. Advokatforeningen mener videre at ikke-rekrutteringsklausul ikke bør kunne gjøres gjeldende overfor arbeidstaker i mer enn 6 måneder etter at arbeidsforholdet har opphørt, jf. også forslaget som er inntatt i utredningen fra advokatfirmaet Hjort av 29. september 2008.

3.6 Virksomhetens øverste leder

Høringsbrevet foreslår at bestemmelsene ikke gjelder for virksomhetens øverste leder dersom vedkommende i forhåndsavtale har sagt fra seg slike rettigheter mot etterlønn ved fratreden. Dette forutsetter således at det er inngått avtale om etterlønn ved fratreden og at avtalen også angir at øverste leder daglig har fraskrevet seg rettighetene etter § 14A-5. Advokatforeningen er enig med departementet på dette punkt. Dersom det imidlertid er inngått avtale med etterlønn og konkurranse og / eller kundeklausul, bør det etter Advokatforeningens vurdering legges til grunn at bestemmelsene i §§ 14A-1 til 14A-3 ikke gjelder selv om dette ikke fremgår direkte av avtalen. En mulig sensur av en slik avtale må da skje etter avtaleloven § 36.

4 ANDRE FORHOLD

4.1 Avtaler om lengre oppsigelsestid

Avslutningsvis skal det i tilknytning til konkurranseklausuler kort påpekes at slik utkastet til regler er utformet kan det ikke utelukkes at partene også vil kunne vurdere alternativ slik som forlenget oppsigelsestid for å unngå å falle inn under de foreslåtte reglene i kapittel 14A. Oppsigelsestiden kan ikke være lenger ved oppsigelse fra arbeidstakers side enn ved oppsigelse fra arbeidsgiver, jf. arbeidsmiljøloven § 15-3 åttende ledd. For øvrig er det uklart hvor lang oppsigelsestid partene rettsgyldig kan avtale. Advokatforeningen går ikke nærmere inn på de hensyn og vurderinger som gjør seg gjeldende. Gjensidig oppsigelsesfrist på 6 måneder er relativt vanlig, samt at det fra tid til annen inngås avtaler med 12 måneders oppsigelsestid. I kraft av styringsretten vil arbeidsgiver kunne pålegge visse endringer i oppsigelsestiden med hensyn til oppgaver, kundekontakt mv. Høyesteretts ankeutvalg har også i kjennelse inntatt i Rt. 2009 s. 1183 akseptert at arbeidstaker ble nektet å utføre arbeidsoppgaver. Ankeutvalget uttalte: "Selv om arbeidsmiljøloven ikke inneholder noen regler om det, må det imidlertid unntaksvis – også innenfor oppsigelsestiden – være adgang til å frata en oppsagt arbeidstaker arbeidsoppgavene, jf. [RG-1996-202](#). Vurderingstemaet må her i utgangspunktet være det samme som ved pålegg om fratreden etter oppsigelsestidens utløp, men slik at det for fratakelse av arbeidsoppgavene innenfor oppsigelsestiden må kreves at det foreligge særlig tungtveiende grunner som taler for det. På samme måte som etter § 15-11 må det ved vurderingen av om arbeidstakeren skal fratras arbeidsoppgavene, blant annet tas hensyn til om arbeidstakeren kan omplasseres."

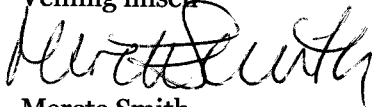
Det vises også til Borgarting lagmannsretts kjennelse, LB-2010-36363. Rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett i oppsigelsestiden er uklar. Det vil uansett kun helt unntaksvis være adgang til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene fullt og helt. Visse tilpasninger må det normalt antas at må godtas alene på det grunnlag at det foreligger en oppsigelse. Dersom vilkårene for konkurranseklausuler fremstår som strenge, vil en forlenget oppsigelsestid kunne fremstå som et alternativ til en konkurranseklausul. Det vises blant annet til at det kan avtales at arbeidstaker ikke har rett til bonus i oppsigelsestiden, mens departementet har foreslått at bonus skal inngå i beregningen av vederlag. Videre vil det ikke oppstilles noen formalkrav i form av frist for å melde osv. Advokatforeningen anser ikke en slik utvikling som ønskelig. Også av den grunn bør derfor

forslaget om konkurranseklausuler vurderes nok en gang slik at også arbeidsgivers behov kan imøtekommes i større grad enn lovforslaget gir rom for.

4.2 Anmodning om redegjørelse el. før oppsigelse

I mange tilfeller vil arbeidstaker kunne ha behov for å vite om en konkurranse- eller kundeklausul vil bli påberopt i et konkret tilfelle. Dette kan eksempelvis være avgjørende for om arbeidstaker søker en bestemt stilling. Av den grunn bør det også av hensyn til arbeidstaker tas inn en mulighet for arbeidstaker til å be om en slik forhåndsvurdering fra arbeidsgivers side. Arbeidsgivers standpunkt vil her måtte binde arbeidsgiver, forutsatt at arbeidstaker har gitt tilstrekkelig informasjon om ny stilling og ny arbeidsiver.

Yennlig hilsen



Merete Smith
generalsekretær