



Arbeidsdepartementet
Postboks 8019 Dep.
0030 OSLO

Deres ref.

Vår ref.
10/2410-6 431/THKE

Dato:
Oslo, 12.11.2010

Høring om regulering av konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler

LO viser til departementets høringsbrev 18. juni 2010 med vedlagt høringsnotat om forslag til ny regulering av konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler i arbeidsmiljøloven. Vi viser også til vår høringsuttalelse 2. februar 2009 til utredningen om konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler fra 2008, som tidligere er sendt på høring.

LO har følgende merknader til høringsnotatet og lovforslaget i notatets punkt 8:

1 Generelt

Som LO grunn gav i høringsuttalelsen 2. februar 2009 foreligger det et behov for en ny og mer omfattende lovregulering av hvilke begrensninger som kan avtales (og på hvilke vilkår) i en arbeidstakers handlefrihet etter arbeidsforholdets opphør. Det er etter LOs syn nødvendig å sikre balanse i kontraktsforholdet gjennom tvingende regler i lovgivningen (utover avtalelovens sensurregler), i samsvar med de hensyn departementet bl.a. trekker frem innledningsvis i høringsnotatet side 6.

Samlet sett fremstår høringsnotatet som nå er sendt på høring og dets lovforslag som en mer balansert og adekvat regulering av de aktuelle klausulene enn forslaget i den ovennevnte utredningen la opp til. Det gir bedre arbeidstakerbeskyttelse og som igjen bidrar til at en samfunnsøkonomiske effektiv utnyttelse av arbeidskraft blir bedre ivaretatt.

Samtidig mener LO at det foreliggende forslaget i enkelte sammenhenger fortsatt reiser spørsmål som bør avklares nærmere eller reguleres på annen måte før et endelig lovforslag legges frem for Stortinget. LO vil i de følgende punkter begrense herværende uttalelse til sider av høringsnotatet der LO ikke kan tiltre departementets oppfatning eller forslag.

LO er generelt av den oppfatning at det må presiseres i et lovforslag til nytt kapittel 14A i arbeidsmiljøloven at klausuler som går lenger i arbeidstakerens disfavør enn forslaget legger opp til, ikke er bindende for arbeidstakeren. Som et eksempel nevnes en kundeklausul som forbyr all kontakt med tidligere arbeidsgivers kunder, jf. punkt 3 nedenfor. Videre bør Arbeidstilsynets kompetanse etter § 18-6 utvides til å omfatte det nye kapittelets bestemmelser.

Når det gjelder de såkalte bindingsklausuler, dvs. avtaler der arbeidstakeren er forpliktet til å arbeide for arbeidsgiver i et fastsatt tidsrom, deler LO ikke departementets oppfatning om at spørsmål om slike klausulers gyldighet og rettsvirkninger, som i dag, bør løses innenfor de rammer som avtaleloven § 36 fastsetter, jf. høringsnotatet side 15. LO er fortsatt av den oppfatning at det foreligger et behov for nærmere regulering også på dette området og oppfordrer derfor departementet nok en gang til å igangsette et lovgivningsarbeid i denne sammenheng. LO opplever at det i praksis fastsettes bindingstider i arbeidsforhold som ikke samsvarer med den forpliktelse arbeidsgiveren påtar seg for eksempel ifm. videreutdanning eller lignende.

2 Konkurransesklausuler, jf. forslaget til § 14A-1 og § 14A-2

2.1 Krav til skriftlighet – særlige grunner, jf. forslaget til § 14A-1 (1) til (3)

Som departementet påpeker kan en konkurranseklausul i prinsippet inngås ved ansettelsen, underveis i ansettelsesforholdet eller ved opphøret av sistnevnte. Etter LOs erfaring må det på bakgrunn av praksis legges til grunn at en konkurranseklausul normalt vil bli inntatt allerede i arbeidstakerens (skriftlige) arbeidsavtale, i de tilfeller der arbeidsgiveren mener at det foreligger (eller vil kunne foreligge) et behov for beskyttelse etter arbeidsforholdets opphør (utover den lovfestede beskyttelsen i markedsføringsloven § 28 og straffeloven § 294).

Denne avtalerettslige forpliktelsen vil en lojal arbeidstaker innrette seg etter.

Slik forslaget til § 14A-1 (1) og (2) er bygget opp gis det umiddelbart inntrykk av at klausulen bare er bindende så lenge det foreligger "særlige grunner" for klausulens eksistens. Slike grunner må imidlertid først sannsynliggjøres fra arbeidsgivers side senest to uker etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet, jf. forslaget til § 14A-1 (3). Forslaget vil således kunne innebære at en arbeidstaker

har forholdt seg til en konkurranseklausul i arbeidsavtalen gjennom et langvarig arbeidsforhold uten at det er synliggjort på noe tidspunkt hvorfor vedkommende har vært underlagt en slik forpliktelse. Forholdet blir satt ytterligere på spissen i de tilfeller der den skriftlig redegjørelsen fra arbeidsgiver etter oppsigelsen mv. ikke på noen måte sannsynliggjør legitimiteten av klausulen.

Det er på denne bakgrunn helt nødvendig at en arbeidstaker til enhver tid i ansettelsesforholdet gis mulighet til å be arbeidsgiver om å redegjøre for bakgrunnen for konkurranseklausulen, dvs. kva "særlige grunner" består i for vedkommendes del. LO viser i denne forbindelse til høringsuttalelsen frå Akademikerne og sistnevntes forslag til regulering i den sammenheng, samt standardreglene som er avtalt mellom NHO og TEKNA punkt III (vedlegg 3 til advokatfirmaet Hjort sin utredning).

2.2 Varighet, jf. forslaget til § 14A-1 (4)

LO mener fortsatt at tidsbegrensningen bør settes til maksimalt seks måneder, jf. vår høringsuttalelse 2. februar 2009. En karanteneperiode på seks måneder ivaretar etter LOs oppfatning arbeidsgivers vernebehov i tilstrekkelig grad og samsvarer med Fornyings- og administrasjonsdepartementets (tidl. Moderniseringsdepartementet) "Retningslinjer for karantene og saksforbud for overgang til ny stilling m.v. utenfor statsforvaltningen" fra 2005.

Dersom karanteneperioden likevel fastsettes til ett år, må oppsigelsestiden inkluderes. I det minste må karanteneperioden løpe fra det tidspunktet partene er enige om at arbeidstakeren fritas for arbeidsplikt i oppsigelsesperioden der det er aktuelt. Etter dette tidspunktet tilegner ikke arbeidstakeren seg noen ytterligere kunnskap om bedriftens virksomhet, metoder mv.

LO ser samtidig at forslaget til regler om vederlag, jf. særlig § 14A-2 (1) annet punktum, vil kunne resultere i at arbeidsgivere vurderer behovet for karentenetid utover seks måneder grundig.

For øvrig bør det presiseres i skriftlighetskravet at lengden må konkretiseres og fastsettes nærmere til et bestemt antall måneder av arbeidsgiver, slik at det ikke er tilstrekkelig med klausulformuleringer som "inntil åtte måneder" eller lignende.

2.3 Vederlagsplikt og avkorting, jf. forslag til § 14A-2

2.3.1 Vederlagets størrelse

Som nevnt i vår høringsuttalelse 2. februar 2009 er det en rekke kryssende hensyn som gjør seg gjeldende ved den nærmere utformingen av en vederlagsplikt. LO er i utgangspunktet tilfreds med at departementets forslag

ivaretar konflikt- og prosessavvergende hensyn gjennom forslaget til innføring av standardiserte regler for fastsettelsen av vederlagets størrelse.

Når det gjelder klausuler som begrenser arbeidstakerens adgang til å ”ta ansettelse” i en virksomhet av en viss art, kan disse i realiteten virke som et rent yrkesforbud. I sistnevnte tilfelle vil 50 % av lønnen på langt nær fremstå som en rimelig løsning når det gjelder klausuler med varighet på seks måneder eller mindre. Ut fra den foreslåtte innstramningen av adgangen til å avtale konkurranseklausuler, jf. høringsnotatet side 13, mener LO at konkurranseklausuler vil kunne innebære et yrkesforbud i mange tilfeller. Det er således, og ut fra retts tekniske hensyn, mest nærliggende å falle ned på en vederlagsplikt som tilsvarer 100 % av lønnen.

Under enhver omstendighet bør vederlaget økes fra 50 % til 100 % i de tilfeller der arbeidstakeren kan sannsynliggjøre at klausulen faktisk virker yrkeshemmende. Slik sannsynliggjøring vil kunne finne sted ved at arbeidstakeren forelegger arbeidsgiveren et bindende tilsetningstilbud. Ved arbeidstakerens egenoppsigelse har normalt arbeidstakeren et annet konkret tilbud for hånden. Dersom arbeidsgiveren påberoper klausulen i forhold til det aktuelle stillingstilbudet, kan standardklausulens løsning i fjerde ledd med retningslinjer, jf. punkt 2.1 ovenfor, legges tilsvarende til grunn:

”Der tiltredelse i ny stilling må utsettes eller blir forhindret på grunn av karantene, har NN krav på godtgjørelse i henhold til de retningslinjer for karantene og saksforbud som til enhver tid gjelder.”

LO tror at en slik løsning vil innebære at klausulen kun blir påberopt i de tilfeller der det foreligger et tilstrekkelig konkret behov.

Det reiser seg endelig særskilte spørsmål for deltidsansatte i denne sammenheng. Når eksempelvis en 40 %-deltidsansatt er bundet av en konkurranseklausul som forhindrer vedkommende i å akseptere et tilbud om full ansettelse hos en konkurrent i karanteneperioden, er det lite rimelig at vederlagets størrelse fastsettes til 50 % (eller 100 %) av lønnen i 40 %-stillingen. I slike tilfeller mener LO at vederlaget må økes iht. hva vederlaget ville vært dersom vedkommende var ansatt i en full stilling. I hvert fall dersom arbeidstakeren kan sannsynliggjøre at klausulen faktisk virker yrkeshemmende ift. en full stilling, mao. at regelen om vederlagets størrelse gis en proporsjonalitetsvirkning i denne sammenheng.

2.3.2 Fradrag for nye arbeidsinntekter – avkorting

LO stiller seg ikke bak forslaget til § 14A-2 (2) om fradrag i vederlaget for nye arbeidsinntekter. Dersom en arbeidstaker innretter seg lojalt ift. konkurranseklausulen og skaffer seg annen inntekt til tross for sitt reduserte handlingsrom, kan ikke LO se noen grunn til at arbeidsgiver dermed skal

profittere på dette gjennom et krav på halvparten av slike inntekter utover arbeidsvederlaget vedkommende mottok i sitt tidligere arbeidsforhold.

2.3.3 Forholdet til ytelser etter folketrygdloven

Vederlagets forhold til en arbeidssøkers rett til dagpenger er, så langt LO kan se, heller ikke behandlet nærmere i høringsnotatet, herunder spørsmål om samordning mv. Forholdet må klargjøres nærmere i den forestående proposisjonen, jf. LOs tidligere uttalelse 2. februar 2009 i denne forbindelse.

2.3.4 Arbeidstakers mislighold

Når konkurranseklausuler foreslås regulert i et eget kapittel i arbeidsmiljøloven, er det etter LOs syn nærliggende at også arbeidstakerens mislighold av klausulene utredes og eventuelt reguleres nærmere, herunder forholdet til arbeidsgivers vederlagsplikt samt spørsmål om arbeidstakers erstatningsplikt og fastsettelse av konvensjonalbøter. LO opplever at det i en viss utstrekning fastsettes konvensjonalbøter som ikke står i sammenheng med eventuelle mislighold fra arbeidstakerens side. Slike urimelige konvensjonalbøter er det en uholdbar høy terskel for den enkelte å forfølge rettslig etter dagens rettstilstand.

3 Kundeklausuler

Departementets forslag til § 14A-3 omfatter så langt LO kan se ikke situasjonen der arbeidstakeren inngår en arbeidsavtale med en kunde hos sin tidligere arbeidsgiver, i motsetning til den foreslåtte reguleringen i Hjorts utredning. LO antar at slike klausuler nå må bedømmes etter forslaget til § 14A-1.

LOs enkelte innvendinger mot forslaget til regulering av konkurranseklausuler, gjør seg tilsvarende gjeldende mht. forslaget til § 14A-3. LO har utover det enkelte kommentarer til spørsmålene som reiser seg særskilt for reguleringen av kundeklausuler.

Hva som ligger i uttrykket ”kontakte arbeidsgivers kunder” må presiseres og utdypes nærmere i den forestående proposisjonen. Det bør der klargjøres at kontakt som arbeidstakeren selv ikke har tatt aktivt initiativ til, faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.

Når det gjelder forslaget til vederlagspliktens størrelse i § 14A-3 (3) annet punktum vil LO fremheve at en kundeklausul i enkelte tilfeller kan i realiteten gi like begrensende virkninger på arbeidstakerens muligheter til å få praktisert sitt yrke og ta i bruk sin generelle kompetanse. LO kan ikke se at forslaget fanger opp slike tilfeller i akseptabel grad. LO mener derfor at vederlaget bør økes fra 25 % og 50 % til 100 % i de tilfeller der arbeidstakeren kan sannsynliggjøre at klausulen faktisk virker yrkeshemmende.

LO kan under enhver omstendighet ikke tiltre forslaget i § 14A-3 (3) tredje punktum. Forslaget tar ikke høyde for at en kombinert klausul innebærer en merbelastning for arbeidstakeren som sistnevnte ikke blir kompensert for. LO frykter også at forslaget i sin nåværende form vil legge forholdene til rette for at kundeklausuler får en større utstrekning i omfang enn det arbeidsgivers beskyttelsesverdige behov tilsier (til tross for vilkårene for å gjøre slike klausuler gjeldende i forslaget til § 14A-3 (1) og (2)).

4 Ikke-rekrutteringsklausuler, jf. forslaget til § 14A-4

LO tiltrer uttrykkelig forslaget i § 14A-4 (1) og departementets begrunnelse i den sammenheng. Samtidig er LO av den klare oppfatning at Arbeidstilsynet må gis påleggskompetanse ved overtredelse av forbudet, jf. arbeidsmiljøloven § 18-6, jf. punkt 1 ovenfor.

Forslaget til § 14A-4 (2) tredje punktum reiser etter LOs syn spørsmål ift. reservasjonsretten etter arbeidsmiljøloven § 16-3 og den ulovfestede valgretten. Disse spørsmålene bør utredes nærmere før departementet eventuelt går videre med et slikt forslag. Etter LOs oppfatning fremstår hele forslaget til § 14A-4 (2) lovt teknisk sett som en lovregulering av forhold som det er mest nærliggende å innplassere i arbeidsmiljøloven kapittel 16. Ettersom forslaget materielt sett også kan reise EØS-rettslige problemstillinger, bør forslaget utredes ytterligere og underlegges en ny og egen høring, før en eventuell proposisjon fremsettes.

5 Unntaket for virksomhetens øverste leder, jf. forslaget til § 14A-5

Forslaget til § 14A-4 tar ikke høyde for at etterlønsavtalen kan stille lederen i en dårligere stilling enn forslagene ellers legger opp til. Det bør således presiseres i lovteksten at bestemmelsene i §§ 14A-1 til 14A-3 ikke gjelder såfremt vedkommende gjennom etterlønsavtalen er sikret et større vederlag enn det som er fastsatt i § 14A-2 og § 14A-3 (3). Videre bør unntaket kun gis anvendelse så lenge etterlønsavtalen kompenserer bortfall av annen inntektsmulighet.

4 Overgangsregler, jf. høringsnotatet punkt 6

LO imøteser en ikrafttreden av de nye reglene så snart som mulig. LO er av den oppfatning at en overgangsperiode på seks måneder ivaretar hensynet til arbeidsgivers tilpasning til nye regler om konkurranseklausuler i tilstrekkelig grad.

Med vennlig hilsen
LANDSORGANISASJONEN I NORGE

Tor-Arne Solbakken
(sign.)

Thomas Keiserud
(sign.)

Dette brevet er godkjent elektronisk i Landsorganisasjonen i Norge og har derfor ingen signatur.