

Arbeidsdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 Oslo

Sendes også pr e-post til: postmottak@ad.dep.no

Oslo, 1. november 2010

Ansvarlig advokat: Alex Borch
Referanse: 135207-002

HØRING OM REGULERING AV KONKURRANSE-, KUNDE- OG IKKE-REKRUTTERINGSKLAUSULER

1. Innledning – generelle kommentarer

Nedenfor gis våre kommentarer til det høringsnotatet med forslag til ny lovregulering av ovennevnte klausuler som Arbeidsdepartementet sendte på høring 18. juni 2010.

Generelt bemerkes at det fremstår som velbegrunnet å innføre ny lovgivning på dette området. Videre fremstår departementets forslag til ny regulering som gjennomarbeidet og stort sett basert på en balansert og hensiktsmessig avveining mellom de hensynene som gjør seg gjeldende. Vi har i denne uttalelsen fokusert på de delene av lovforslaget der vi mener det bør vurderes å gjøre endringer.

Det fremstår som riktig å plassere de nye bestemmelsene i arbeidsmiljøloven. I høringsnotatet side 13 (punkt 3.5.2) er det antatt at det vil være mest logisk å plassere bestemmelsene mellom kapittel 14 og 15 om henholdsvis ansettelse og opphør av arbeidsforhold. Bestemmelsene vil imidlertid (til forskjell fra bestemmelsene i kapittel 14 og 15) ikke få betydning i alle arbeidsforhold, men bare i arbeidsforhold der det blir avtalt en konkurranse- og/eller kundeklausul. Dersom et av hovedformålene med de nye lovbestemmelsene oppnås, som er å begrense bruken av konkurranseklausuler, vil bestemmelsene bare få betydning for et begrenset antall arbeidsforhold.

På denne bakgrunn fremstår det etter vårt syn som mest hensiktsmessig å plassere bestemmelsene etter kapittel 17. Dette underbygges av at bestemmelsene primært vil få betydning etter arbeidsforholdets opphør, jf høringsnotatet side 14 nest siste avsnitt der det er uttalt at de nye lovbestemmelsene ikke vil omfatte avtalebestemmelser som gjelder mens arbeidsforholdet løper.

../saker/135207-002/brev/b101029 høringsuttalelse.docx

2. Kommentarer til forslaget til nye bestemmelser om konkurranseklausuler

2.1 Ny § 14A-1

Vi støtter forslaget om å innføre tre hovedvilkår for at en konkurranseklausul skal kunne gjøres gjeldende: skriftlighet, særlige grunner og vederlag. For å sikre en enhetlig språkbruk bør ordet ”kompensasjon” til slutt i § 14A-1 første ledd erstattes med ”vederlag”, jf § 14A-2.

Ett av de vanskeligste spørsmålene lovforslaget reiser, er hvilke krav til aktivitet fra arbeidsgiver som skal stilles etter at det er gitt en oppsigelse eller avskjed. Dette spørsmålet er det videre naturlig å se i sammenheng med spørsmålet om arbeidsgivers adgang til å si opp en konkurranseklausul. Vi er kommet til at forslaget til § 14A-1 tredje ledd gir et hensiktsmessig utgangspunkt. Vi er imidlertid av den oppfatning at ordlyden i vårt opprinnelige forslag til § 17A-2 femte ledd er klarere. Videre mener vi at det i stedet for ”oppsigelses- eller avskjedstidspunktet” bør tas utgangspunkt i når ”oppsigelsen eller avskjeden fant sted”, som er den formuleringen som er brukt i arbeidsmiljøloven § 17-3 andre ledd bokstav a. Dessuten er det behov for enkelte presiseringer. Vi vil på denne bakgrunn foreslå at § 14A-1 tredje ledd gis følgende ordlyd:

”En konkurranseklausul kan bare gjøres gjeldende dersom arbeidsgiveren innen to uker etter at oppsigelsen eller avskjeden fant sted, skriftlig har bekreftet overfor arbeidstakeren at konkurranseklausulen opprettholdes. Arbeidsgiveren kan i bekreftelsen forkorte konkurranseklausulen i tid i forhold til det som er avtalt. I bekreftelsen skal det redegjøres for de særlige grunnene som tilsier at konkurranseklausulen kan opprettholdes. Dersom slik bekreftelse ikke gis, bortfaller konkurranseklausulen og arbeidstakers rett til vederlag.”

Forslaget til nytt andre punktum er foranlediget av høringsnotatet side 27 første avsnitt, der det er uttalt at en arbeidsgiver er forpliktet til å vurdere om vilkårene for en avtalt konkurranseklausul er til stede når klausulen skal gjøres gjeldende og at ”Dette betyr at arbeidsgiver må kunne justere avtalen i tråd med vilkårene”. Det fremstår som noe uklart hva som her menes.

I den grad det her er ment å åpne for at en arbeidsgiver ensidig skal kunne endre rekkevidden av en avtalt konkurranseklausul, fremstår dette ikke som noen god løsning. Da kan en arbeidsgiver for eksempel si at det ikke lenger er behov for en konkurranseklausul, men bare en klausul som hindrer ansettelse hos selskap A, som tilfeldigvis er det selskapet arbeidstakeren har planlagt å begynne hos. Arbeidsgiveren kan da videre hevde at konkurranseklausulen ikke lenger er noen konkurranseklausul idet den ikke rammer ansettelse hos en annen arbeidsgiver som driver virksomhet av en viss art. Dermed kan arbeidsgiveren også hevde at arbeidstakeren heller ikke har krav på vederlag.

Det fremstår da som en bedre løsning å tvinge arbeidsgiveren til å velge mellom å fastholde konkurranseklausulen eller å frafalle den. Derimot bør en arbeidsgiver ha anledning til å korte ned karenstiden i forhold til det som er avtalt. Det er jo et uttalt ønske at karenperioden blir kortet ned der hvor det er et behov for å opprettholde konkurranseklausuler.

Forslaget til nytt fjerde punktum er foranlediget av høringsnotatet side 28 nest siste avsnitt. Her fremgår det at konsekvensen av at arbeidsgiver ikke innen to uker utarbeider en bekreftelse der konkurranseklausulen opprettholdes, er at konkurranseklausulen bortfaller. Dette bør fremgå av

lovteksten. I den forbindelse bør det opplyses at et slikt bortfall også innebærer at arbeidstakers rett til vederlag bortfaller.

Det følger av § 14A-1 tredje ledd at arbeidsgiver alltid vil kunne bringe en konkurranseklausul til opphør ved å unnlate å utarbeide en skriftlig bekreftelse til arbeidstaker innen to uker etter oppsigelsen eller avskjeden har funnet sted. Dermed vil en arbeidsgiver aldri ha noe behov for å bringe en konkurranseklausul til opphør før oppsigelse eller avskjed. Dermed kan det vurderes å stryke bestemmelsens femte ledd. Det kan imidlertid også hevdes at femte ledd bør beholdes av pedagogiske grunner og for å oppfordre arbeidsgivere til løpende å vurdere behovet for en konkurranseklausul.

En ulempe ved den foreslåtte bestemmelsen er at den åpner for at en arbeidsgiver vil kunne innrette seg på en måte som innebærer at arbeidstakere som lojalt forholder seg til en konkurranseklausul, ikke får noen kompensasjon. I den forbindelse viser vi til følgende uttalelse i høringsnotatet side 27 første avsnitt:

”Forut for oppsigelsen av arbeidsforholdet vil imidlertid ikke arbeidstaker ha innrettet seg etter konkurranseklausulen på samme måte.”

Dette vil ikke nødvendigvis være riktig. En arbeidstaker vil normalt ikke si opp sitt ansettelsesforhold uten først å ha inngått ansettelsesavtale med en ny arbeidsgiver. Arbeidstakeren vil da ikke kunne ta sjansen på at konkurranseklausulen vil bli frafalt. Følgelig vil de fleste arbeidstakere kunne føle seg tvunget til å innrette seg etter konkurranseklausulen før de eventuelt sier opp sitt arbeidsforhold. Dermed inngår de ikke noen ansettelsesavtale med en konkurrerende arbeidsgiver, selv om det er det de egentlig ønsker. Samtidig er det vanskelig for en arbeidstaker å ta opp med opprinnelig arbeidsgiver at vedkommende vurderer å begynne hos en konkurrent.

Når arbeidstakeren så i stedet av hensyn til konkurranseklausulen tar ansettelse hos en ny arbeidsgiver som ikke er en konkurrent av opprinnelig arbeidsgiver, kan den opprinnelige arbeidsgiveren unnlate å gjøre konkurranseklausulen gjeldende når oppsigelsen kommer. Arbeidsgiveren vil da ha hindret en overgang til konkurrerende virksomhet, men vil ikke være forpliktet til å betale noen form for vederlag. Det fremstår imidlertid som vanskelig å formulere en bestemmelse som på en hensiktsmessig måte regulerer denne situasjonen.

2.2 Ny § 14A-2

I § 14A-2 første ledd andre punktum er det stilt krav om at vederlaget for konkurranseklausuler som skal vare i mer enn seks måneder, skal utgjøre minst 100 prosent av arbeidstakers arbeidsvederlag på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Det er presisert i merknadene at dette kravet gjelder for hele vederlaget. Dette fremstår som høyt og vil i liten grad gi arbeidstakere underlagt en konkurranseklausul noe insentiv til å forsøke å skaffe seg andre inntekter.

Forslaget er i høringsnotatet side 25 andre avsnitt begrunnet med at en langvarig konkurranseklausul vil representere et større inngrep i arbeidstakers frihet samtidig som det vil innebære et insentiv for arbeidsgiver til å vurdere behovet for en langvarig konkurranseklausul.

Etter vårt syn vil disse hensynene kunne ivaretas selv om bestemmelsen gjøres noe mer fleksibel. Vi vil således foreslå enten at "100 prosent" i § 14A-2 første ledd andre punktum erstattes med "75 prosent" eller at det i bestemmelsen presiseres at kravet om vederlag på 100 prosent bare gjelder for den delen av karenperioden som overstiger seks måneder (slik at minimumskravet for de første seks månedene blir 50 prosent).

I høringsnotatet side 25 nest siste avsnitt er det uttalt at "*Vederlagsbegrepet i forslaget foreslås å korrespondere med vederlagsbegrepet i ferieloven*". Dette innebærer at bonusutbetalinger til en arbeidstaker i utgangspunktet vil være omfattet. I § 14A-2 er det imidlertid vist til arbeidstakers arbeidsvederlag "*på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet*" (som på samme måte som i § 14A-1 tredje ledd bør endres til da oppsigelsen eller avskjeden fant sted). I så fall fremstår det som usikkert i hvilken grad bonusutbetalinger skal hensyntas og hvor langt bakover i tid man i så fall skal gå.

Vi vil foreslå at "*arbeidsvederlag*" i § 14A-2 erstattes med "*ordinær lønn*". Da vil bonus falle utenfor. Det fremstår ikke som rimelig at en arbeidstaker som har fått en betydelig bonus og som sier opp sin stilling kort tid etter, skal ha krav på en tilsvarende bonus i karenperioden.

Dersom dette forslaget ikke skulle bli fulgt opp, må det i det minste presiseres i forarbeidene hvordan bonus og tilsvarende ytelser skal håndteres ved fastsettelsen av hva arbeidsvederlaget på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet skal være og hvor langt bakover i tid man skal gå.

I § 14A-2 andre ledd siste punktum bør uansett ordet "*arbeidsvederlag*" erstattes med "*arbeidsinntekter*" (som allerede er brukt i § 14A-2 andre ledd første punktum om de inntektene arbeidstakeren får i karenperioden). Arbeidsinntekter er her et bedre uttrykk enn arbeidsvederlag idet det er naturlig å hensynta ikke bare ordinære lønnsinntekter, men også annet arbeidsvederlag som for eksempel inntekt opptjent som selvstendig næringsdrivende. For øvrig bør det i forarbeidene til bestemmelsen sies noe om hvordan ulike firmabilordninger og kjøregodtgjørelse skal vurderes i denne forbindelse.

I § 14A-2 andre ledd siste punktum er det foreslått en bestemmelse om at arbeidsgiver kan kreve at arbeidstaker opplyser om sine øvrige arbeidsinntekter i karenperioden. Det kan spørres om det vil være mer hensiktsmessig med en bestemmelse som pålegger arbeidstaker å opplyse om eventuelle andre inntekter av eget tiltak. Vi er imidlertid kommet til at forslaget kan opprettholdes, idet det ikke er gitt at alle arbeidstakere vil kjenne til at loven oppstiller en slik forpliktelse. Lovforslaget vil dermed oppfordre arbeidsgivere til å ta inn en bestemmelse om opplysningsplikt av eget tiltak for arbeidstakeren, noe lovforslaget ikke vil være til hinder for.

Av høringsnotatet side 26 nest siste avsnitt fremgår det at departementets forslag til nye regler ikke regulerer når vederlaget forfaller til betaling. I avsnittet ovenfor er det imidlertid antatt at det i praksis er mest hensiktsmessig å avtale at vederlaget forfaller til betaling terminvis i løpet av karenperioden.

Vi er enige i at partene fritt bør kunne avtale når vederlag skal betales. For å unngå tvil der partene har glemt å si noe om dette i avtalen, bør det imidlertid vurderes å føye til et nytt tredje ledd i § 14A-2 med følgende ordlyd:

”Dersom partene ikke har avtalt annet, skal vederlaget betales månedsvis på den dato arbeidsgiver normalt foretar lønnsutbetalinger.”

2.3 Ny § 14A-5

I § 14A-5 er det foreslått at begrensningene i §§ 14A-1 til 14A-3 ikke skal gjelde for virksomhetens øverste leder *”dersom vedkommende i forhåndsavtale har sagt fra seg slike rettigheter mot etterlønn ved fratreden”*. Vi støtter i utgangspunktet en slik bestemmelse, jf begrunnelsen i høringsnotatet side 15 tredje avsnitt. I den forbindelse viser vi også til at forslaget til § 14A-1 sjette ledd ikke bør gjelde dersom det er inngått en avtale som nevnt i arbeidsmiljøloven § 15-16 andre ledd.

Det fremstår imidlertid ikke som hensiktsmessig å bruke formuleringene i arbeidsmiljøloven § 15-16 andre ledd direkte. Ved for eksempel å stille krav om en forhåndsavtale kan det spørres om det siktes til en avtale som inngås før konkurranseklausulen avtales, noe som fremstår som lite praktisk.

Dessuten kan vi ikke se at det er grunn til å gjøre unntak fra bestemmelsene om vederlag i forhold til virksomhetens øverste leder. I den forbindelse er det også et poeng at arbeidsmiljøloven § 15-16 andre ledd ikke stiller krav om at etterlønnen skal være av en viss størrelse. Hensynet til øverste leder tilsier at hvis vedkommende først skal være bundet av en konkurranse- og/eller kundeklausul, bør vedkommende minst få en etterlønn som tilfredsstillende kravene til vederlag i de nye bestemmelsene.

Vi vil på denne bakgrunn foreslå følgende omformulering av § 14A-5:

”Bestemmelsene i §§ 14A-1 til 14A-3 gjelder ikke for virksomhetens øverste leder dersom vedkommende skriftlig har sagt fra seg det vernet disse bestemmelsene gir mot etterlønn ved fratreden. Etterlønnen må oppfylle de kravene til vederlag som fremgår av §§ 14A-1 til 14A-3.”

I forarbeidene bør det presiseres at dette innebærer at det er tilstrekkelig med én bestemmelse om etterlønn i en avtale med virksomhetens øverste leder selv om vedkommende frasier seg både oppsigelsesvernet og konkurranseklausulsvernet.

3. Kommentarer til forslaget til nye bestemmelser om kundeklausuler

Det fremgår av høringsnotatet side 31 siste avsnitt at det bare er kundeklausuler som regulerer arbeidstakers mulighet til å ta kontakt med tidligere arbeidsgivers kunder som er omfattet av lovforslaget. I den forbindelse er det uttalt at en kundeklausul *”ikke [kan] hindre at arbeidsgivers kunder tar kontakt med arbeidstaker”*. Konsekvensen av at den siste situasjonen ikke er omfattet av lovforslaget er imidlertid ikke at slike klausuler blir ugyldige, men tvert i mot at det ikke gjelder noen begrensninger i adgangen til å avtale kundeklausuler som hindrer en arbeidstaker i å inngå avtaler med tidligere arbeidsgivers kunder.

Dersom formålet er å forby kundeklausuler som hindrer at det inngås avtaler med tidligere arbeidsgivers kunder som selv har tatt kontakt, må dette sies uttrykkelig. Ettersom det i praksis kan være vanskelig å ta stilling til hvem som først har tatt kontakt, tror vi det vil være bedre å utvide anvendelsesområdet til § 14A-3 første ledd ved å formulere bestemmelsen slik:

”En avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som begrenser arbeidstakers adgang til å kontakte eller for øvrig ha forretningsmessige forbindelser med arbeidsgivers kunder etter at arbeidsforholdet er opphørt, er kun bindende for arbeidstaker dersom den er skriftlig, det foreligger særlige grunner og arbeidstaker har krav på vederlag.”

Avslutningsvis er ”kompensasjon” erstattet med ”vederlag”, jf merknaden til den tilsvarende bestemmelsen i § 14A-1 første ledd ovenfor.

§ 14A-3 tredje og fjerde ledd fremstår som litt vanskelig tilgjengelige. Dessuten er det naturlig å knytte kundelisten nevnt i fjerde ledd til den redegjørelsen/bekreftelsen som skal gis etter § 14A-1 tredje ledd (som det vises til i § 14A-3 tredje ledd).

Hvis våre forslag til omformulering i § 14A-1 tredje til sjette ledd skulle bli fulgt opp, kan § 14A-3 tredje og fjerde ledd formuleres slik:

”(3) Bestemmelsene i §§ 14A-1 tredje til sjette ledd gjelder tilsvarende. En kundeklausul kan bare omfatte kunder arbeidstaker selv har hatt kontakt med eller ansvaret for det siste året før oppsigelsen eller avskjeden fant sted. Den bekreftelsen som skal gis etter § 14A-1 tredje ledd skal angi hvilke kunder som skal omfattes av kundeklausulen.

(4) Bestemmelsene i § 14A-2 gjelder tilsvarende, men slik at vederlaget skal utgjøre minst 25 prosent dersom kundeklausulen har en varighet på seks måneder eller mindre og minst 50 prosent dersom kundeklausulen har en varighet på over seks måneder. Dersom det er avtalt en konkurranseklausul for samme periode, har arbeidstaker ikke krav på ytterligere vederlag for den begrensningen som en kundeklausul innebærer.”

4. Kommentarer til forslaget til nye bestemmelser om ikke-rekrutteringsklausuler

Vi støtter forslaget til ny § 14A-4.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Hjort DA

Alex Borch
Partner
abo@hjort.no