



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Arbeidsdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 OSLO

Deres ref.
200903028

Vår ref.
2010002431-

Dato
01.11.2010

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

Vi viser til Arbeidsdepartementets (AD) brev av 18. juni 2010 om ovennevnte.

Forslag til nye bestemmelser i arbeidsmiljøloven om konkurranse-, kunde og ikke-rekrutteringsklausuler berører to av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets (FAD) ansvarsområder, nemlig konkurransepolitikken og den statlige arbeidsgiverpolitikken.

1.

Når det gjelder konkurransepolitiske/konkurranserettslige forhold, viser vi til at Konkurransetilsynet i den tidligere høringsrunden pekte på at de aktuelle klausulene kan reise konkurranserettslige spørsmål som bør avklares, jf. Konkurransetilsynets høringsuttalelse av 23. januar 2009. Vi viser også til Konkurransetilsynets uttalelse av 12. oktober 2010 som følger vedlagt.

I likhet med hva Konkurransetilsynet uttrykker, legger FAD til grunn at AD med det foreliggende lovforslaget ønsker å ha tydeligere regler som regulerer konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler i arbeidsmiljøloven, men at disse ikke er ment å innskrenke konkurranselovens virkeområde. Vi viser i denne forbindelse til utredningen fra advokatfirma Hjort DA der dette framgår. Dette innebærer at avtaler om konkurranseklausuler som kan tenkes å være i strid med konkurranseloven ikke oppbærer noe unntak fra loven som følge av bestemmelsene som innarbeides i arbeidsmiljøloven. Det må vurderes i det enkelte tilfellet om en slik avtale kan innebære brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser, særlig forbudet mot konkurransebegrensede avtaler, jf. krrl § 10. Det vil i første rekke være de næringsdrivende selv

som må vurdere om avtaler om konkurranseklausuler mv. vil være i strid med konkurranseloven. I høringsdokumentets avsnitt 3.5.3 trekkes det fram et eksempel der en ansatt i et advokatfirma går ut av dette og starter egen advokatvirksomhet, men etter avtale ikke går inn på samme områder som sin tidligere arbeidsgiver. Dette er en type avtale som kan tenkes å være i strid med konkurranseloven, i det avtalen innebærer en markedsdeling mellom to advokatfirma.

FAD mener at forholdet mellom de foreslåtte lovendringene og konkurranseloven bør omtales nærmere i lovproposisjonen som eventuelt vil bli fremmet. Det bør presiseres at de nye bestemmelsene i arbeidsmiljøloven ikke innskrenker konkurranselovens virekområde og at avtalepartene i det enkelte tilfellet må vurdere inngåtte avtalers forhold til konkurranseloven. Vi ber om at AD følger opp dette.

2.

FAD la i juli 2005 fram "Retningslinjer for karantene og saksforbud ved overgang til ny stilling m.v. utenfor statsforvaltningen". I løpet av 2005 la FAD også fram retningslinjer for bruk av karantene og saksforbud ved overgang fra politisk stilling til departementsstilling og om informasjonsplikt, karantene og saksforbud for politikere.

FAD er sekretariat for det såkalte "Karanteneutvalget", som har fullmakt til å ilegge karantene og/eller saksforbud for politikere som går til stillinger utenfor statsforvaltningen. En karanteneklausul betyr i denne sammenheng det samme som en konkurranseklausul etter dagens rettsregler, men området for karanteneklausuler for politikere må likevel sies å adskille seg noe fra det som er den tradisjonelle arenaen for konkurranseklausuler i det private arbeidsmarked. Vi vil kommentere dette forholdet nærmere under de enkelte avsnittene under punkt 3.

Vi vil begrense våre merknader til punkt 3 – konkurranseklausuler. Vi anser punkt 4 om kundeklausuler og punkt 5 om ikke-rekrutteringsklausuler som ikke relevante for det statlige tariffområdet.

FAD har følgende merknader:

FAD er enig i at dagens bestemmelser er svært skjønnsmessige, og det er vanskelig både for arbeidsgiver og arbeidstaker å forutberegne hvor man står i forhold til lovens krav. Rettspraksis har gitt en viss avklaring, men fortsatt er svært meget overlatt til skjønn. Disse forhold, sammenholdt med at bruken av konkurranseklausuler er utbredt og økende, tilsier at dagens regulering av konkurranseklausuler må gjennomgås og oppdateres. FAD er videre enig i at de nye bestemmelsene om konkurranseklausuler i arbeidsforhold bør plasseres i arbeidsmiljøloven.

Til pkt. 3.5.3 – Anvendelsesområde: FAD har merket seg at de nye reglene ikke er ment å berøre adgangen for arbeidsgiver og arbeidstaker til å inngå avtale om såkalt "bindingsklausul", dvs. avtaler hvor arbeidstaker binder seg til å stå i stilling hos arbeidsgiver en viss tid; for eksempel etter en lengre utdanning som arbeidsgiver har bekostet. Utgangspunktet for en bindingsklausul vil derfor normalt være annerledes

enn for en konkurranseklausul. I en situasjon hvor det er aktuelt å gi arbeidstaker etter- eller tilleggsutdanning på arbeidsgivers bekostning, vil både arbeidsgiver og arbeidstaker normalt ha interesse av dette. Slike avtaler benyttes en del innen statsforvaltningen, og det er viktig at adgangen til å inngå slike avtaler fortsatt består. FAD er for øvrig enig i at slike avtaler må ligge innenfor rammen av avtalelovens § 36.

FAD har videre merket seg at det foreslås å gjøre unntak fra reglene for virksomhetens øverste leder, hvor det på forhånd er inngått avtale om å frasi seg regelen mot etterlønn ved fratreden. FAD er enig i at den foreslåtte maksimalgrensen på ett år for konkurranseklausuler kan være for kort til å oppnå en tilfredsstillende beskyttelse for virksomheten ved øverste leders avgang. Arbeidsmiljøloven § 15-16 gjelder ikke for øverste leder i statlige forvaltningsvirksomheter. Det vil derfor ikke være anledning til å inngå avtale om at statlige topplederne skal fratre uten at tjenestemannslovens krav til oppsigelsesfrist og saklig grunn mv. er oppfylt. Sammenhengen mellom § 15-16 og den foreslåtte § 14A-5 vil derfor ikke være oppfylt innenfor tjenestemannslovens område. Et viktig spørsmål i denne sammenheng vil være om det også i statlig sektor vil være anledning til å avtale en konkurranseklausul av lengre varighet enn ett år, forutsatt at det utbetales en tilsvarende høy kompensasjon. Etter FADs syn vil det også i statlig forvaltning være tilsettingsforhold hvor det kan være ønskelig med en klausul av lengre varighet enn ett år.

Til pkt. 3.5.6 – Særlige vilkår: Det foreslås tre hovedvilkår for at en konkurranseklausul skal kunne gjøres gjeldende overfor arbeidstaker. Det er skriftlighet, det må foreligge særlige grunner og arbeidstaker må ha krav på kompensasjon. Disse tre kravene er allerede en del av statens ”Retningslinjer for karantene og saksforbud ved overgang til ny stilling m.v. utenfor statsforvaltningen”.

I høringsutkastet skriver AD at det kan være vanskelig for arbeidsgiver på et tidlig stadium i et ansettelsesforhold å vite om det foreligger særlige grunner som kan legitimere at en avtale om konkurranseklausul kan gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker, når arbeidsforholdet en gang tar slutt. Dette er FAD enig i og støtter derfor forslaget om at det ikke skal være skranker for når det skal være adgang til å inngå avtale om konkurranseklausul. FAD legger også til grunn at dersom arbeidsgiver har satt vilkår om en konkurranseklausul ved tilbud om andre arbeidsoppgaver og/eller større ansvar, og arbeidstaker nekter å godta en slik klausul, kan heller ikke arbeidsgiver være bundet av tilbudet. Forutsetningen må likevel være at det foreligger slike særlige grunner som beskrevet i utkastet.

Når det gjelder kravet om at det skal foreligge særlige grunner, vil situasjonen i statlige forvaltningsvirksomheter, som nevnt ovenfor, være en annen enn i virksomheter som konkurrerer i det private marked. I karanteneretningslinjene har FAD beskrevet forhold som kan begrunne klausul om karantene og/eller saksforbud ved ansettelse (eller eventuelt senere). Det blir her særlig vist til statsforvaltningens behov for å beskytte informasjon som kan tilflyte virksomheter som behandler søknader om løyver og tillatelser mv., og hvor informasjon om private virksomheters produksjonsforhold og forretningshemmeligheter kan tilflyte saksbehandlere og ledere. En ansatt i en

forvaltningsvirksomhet som tar med seg slik kunnskap til en konkurrerende virksomhet, vil kunne bidra til at hans eller hennes nye arbeidsgiver får et uberettiget konkurransefortrinn og, på generelt grunnlag, bidra til at tilliten til forvaltningen svekkes. Selv om slike opplysninger normalt vil være underlagt taushetsplikt, og brudd på taushetsplikten vil kunne rammes av straffelovens § 121, vil det i praksis kunne være vanskelig å bevise brudd på taushetsplikten under slike forhold.

Et annet hensyn som kan begrunne konkurranseklausul i statlige forvaltningsvirksomheter er kjenneskap til strategidokumenter, forhandlingsstrategier, pågående lov- og forskriftsarbeid og arbeid med regulering av spesifikke bransjer. Med inngående kunnskap om slike strategier og planer vil en bransje eller virksomhet kunne innrette seg, og derved i større eller mindre grad nøytralisere reguleringsarbeidet eller vanskeliggjøre forstående forhandlinger. FAD legger til grunn at slike hensyn som anført ovenfor vil kunne fylle kravene til "særlig grunn" etter utkastet til § 14A-1 tredje ledd.

Etter FADs oppfatning bør arbeidsgivers redegjørelse for hvilke særlige grunner som finnes for å kreve avtale om konkurranseklausul foreligge allerede ved tiltreden i stillingen, eventuelt når det senere avtales en slik klausul. Arbeidsgiver skal uansett redegjøre skriftlig for hva som utgjør særlige grunner før en konkurranseklausul gjøres gjeldende, jf. pkt. 3.5 .7 nedenfor.

Det heter i utkastet at det kan ha betydning for om arbeidsgiver kan sies å ha et nødvendig behov for vern mot konkurranse, hva slags stilling arbeidstaker skal over til eller hva slags virksomhet arbeidstaker har planer om å starte. Etter FADs erfaring er dette det helt sentrale spørsmålet når det skal avgjøres om en karanteneklausul skal gjøres gjeldende etter det statlige regelverket. Utkastet tar sikte på en situasjon hvor arbeidstakeren søker stilling i en type bransje eller virksomhet som utløser konkurranseklausulen, eller eventuelt etablerer slik virksomhet selv. Er denne klausulen først utløst, vil den også gjelde ved senere jobbskifte eller etablering av egen virksomhet innenfor ettårsfristen.

En situasjon som meget vel kan oppstå er at en arbeidstaker søker eller har fått tilbud om å gå over i en bransje eller virksomhet med arbeidsoppgaver som ikke er egnet til å utløse en karanteneklausul. Innen ett år etter fratreden etablerer vedkommende egen virksomhet eller søker stilling i bransje eller virksomhet som klart ville ha utløst hans eller hennes konkurranseklausul. Det synes rimelig at arbeidsgivers interesser, og for statens vedkommende også forvaltningens interesser, burde være beskyttet i inntil ett år etter arbeidstakerens fratreden uavhengig av hva som er det første arbeidsforholdet eller den første virksomhetsetableringen. Det bør i denne forbindelse vurderes å etablere en meldeplikt for arbeidstakere som har en konkurranseklausul i sitt arbeidsforhold, uavhengig av om denne klausulen blir aktivert ved fratreden eller ikke. Ut fra arbeidsgivers skriftlige redegjørelse av hva som utgjør særlige grunner for å avtale konkurranseklausul for stillingen, vil arbeidstakeren ha et godt grunnlag for å vurdere hvilke typer bransjer, virksomheter eller egenetableringer som vil kunne rammes innenfor ettårsfristen. Vi viser her til det som er sagt ovenfor om at det bør foreligge en skriftlig redegjørelse for de særlige grunner allerede ved tiltredelsen.

FAD er for øvrig enig i at det avgjørende for om en konkurranseklausul er berettig eller ikke, er den konkrete stillingen vedkommende søker hos en arbeidsgiver som opererer innenfor flere felt og bransjer, som i konsernforhold.

FAD mener at det ikke kan legges avgjørende vekt på om arbeidstakeren har en overordnet eller underordnet stilling når det skal vurderes om det er særlige grunner til å avtale en konkurranseklausul. Det avgjørende må være om den konkrete stillingen gir innsikt og kunnskaper som faller innenfor arbeidsgivers beskyttelsesbehov. Derfor vil også ganske kortvarige arbeidsforhold kunne falle innenfor lovtkastets ramme, basert på en konkret vurdering.

Til pkt. 3.5.7 – Vilkår om redegjørelse. FAD er enig at tidspunktet for arbeidsgivers vurdering av de særlige grunnene for konkurranseklausul legges tett opp til virknings-tidspunktet. Dersom forholdene har endret seg slik at det ikke lenger foreligger slike særlige grunner eller behovet er mindre enn tidligere, vil det foreligge en oppdatert vurdering av dette tett opp mot arbeidstakerens fratredelse fra stillingen. Det kan også være hensiktsmessig at arbeidstaker ber om arbeidsgivers vurdering av et konkret jobbtilbud, målt opp mot den foreliggende konkurranseklausulen. FAD er enig i at arbeidsgiver må være avtalerettslig bundet av sin bekreftelse av at klausulen ikke vil bli utløst på grunn av det konkrete jobbtilbudet. Forutsetningen er selvsagt at arbeidsgiver har hatt tilgang til alle nødvendige opplysninger om jobbtilbudet.

Til pkt. 3.5.8 – Vilkår om tidsbegrensning. FAD er enig i at det settes en tidsbegrensning på ett år for varigheten av en konkurranseklausul. Vi har merket oss at rettspraksis har godtatt klausuler med varighet på opptil to år, men dette synes å være en for lang utestengelse fra et fagområde. En lang utestengelse vil heller ikke være forenlig med IA-målene, og spesielt ikke for eldre arbeidstakere som i alminnelighet vil ha større problemer med å skaffe seg ny sysselsetting. Når ettårsregelen sees i sammenheng med muligheten for å avtale en konkurranseklausul av lengre varighet for virksomhetens øverste leder, må en alminnelig regel om ett år etter fratreden være tilstrekkelig.

Til pkt. 3.5.9 – Vilkår om kompensasjon. Reglene om karantene og saksforbud i staten forutsetter at det under karanteneperioden gis en godtgjørelse som tilsvarer den nettolønn arbeidstakeren hadde ved fratreden, tillagt feriepengen. Det vil si at seks måneders karantene gir en godtgjørelse tilsvarende seks måneders nettolønn. I tillegg dekkes pensjonskostnadene, tilsvarende ordinært medlemskap i Statens Pensjonskasse. Den løsning som foreslås i utkastet vil gi 25 % lønn for seks måneders utestengelse, men full lønn for 7 måneders utestengelse. En slik regel kan medføre at rene økonomiske hensyn vil bli tillagt for stor vekt ved arbeidsgivers vurdering av hvor lang utestengelse fra fagområdet som er nødvendig.

Til spørsmålet om hvorvidt arbeidstakerens eventuelle arbeidsinntekter i perioden skal komme til fradrag i vederlaget, vil FAD bemerke:

Etter statens karanteneretningslinjer skal andre inntekter i karanteneperioden komme til fradrag i godtgjørelsen, men her må det tas i betraktning at våre retningslinjer gir full lønnskompensasjon, bygget på lønn ved fratreden. De regler som foreslås i utkastet bygger på to hensyn; at arbeidstaker skal motiveres til å finne nytt arbeid og at arbeidsgiver bør betale for at arbeidstakers frihet innskrenkes. FAD er enig i at arbeidstaker bør motiveres til å ta nytt arbeid og en redusert kompensasjonssats kan bidra til dette. Vi stiller oss derimot spørrende til at arbeidsgiver skal fortsette å betale en kompensasjon når arbeidstaker i karanteneperioden skaffer seg en jobb med tilsvarende eller høyere arbeidsinntekt. Når arbeidsgiver i utgangspunktet har et legitimt krav på å iverksette en konkurranseklausul, synes en slik regel å være inkonsistent. Poenget med kompensasjonen må være å bidra til at arbeidstaker kan klare sine økonomiske forpliktelser i utestengelsesperioden. Dersom arbeidstaker skaffer seg arbeid med tilsvarende eller høyere inntekt faller dette hensynet bort, og en fortsatt forpliktelse for arbeidsgiver til å betale kompensasjon får lett karakter av økonomisk "straff" for å ivareta et legitimt krav. Etter FAD syn bør man derfor gå bort fra forslaget om fortsatt kompensasjon ved tilsvarende eller høyere arbeidsinntekt i utestengelsesperioden.

FAD er for øvrig enig i vurderingen av arbeidsgivers adgang til å si opp en avtale om konkurranseklausul. Skjæringstidspunktet må her være når arbeidstaker har innrettet seg etter avtalen, dvs. etter oppsigelsen av arbeidsforholdet.

Til pkt. 3.5.10 – Vilkår – rettsvirkning: Etter dagens regler medfører det ikke automatisk ugyldighet der konkurranseklausulen anses som urimelig eller at den strekker seg lengre enn nødvendig. Konkurranseklausulen kan opprettholdes med et mindre inngripende innhold for arbeidstakeren, dvs. innenfor det som loven tillater.

FAD mener at dette er en regel som fortsatt bør opprettholdes. For en arbeidsgiver vil det være relativt enkelt å sørge for at kravene til skriftlighet, kompensasjon, varighet og skriftlig redegjørelse er oppfylt. Det kan imidlertid være vanskelig å vurdere om det arbeidsgiver anfører som "særlige grunner" tilfredsstillende lovens krav, og det synes derfor unødvendig strengt at en feilvurdering fra arbeidsgivers side her skal føre til total ugyldighet. Dagens ordning gir i så måte en mye smidigere løsning, som ivaretar hensynene til både arbeidsgivers og arbeidstakers interesser.

Til pkt. 3.5.11 – Oppsigelse fra arbeidsgiver som ikke er begrunnet i arbeidstakers forhold. FAD er enig i utkastets forslag om å videreføre de regler som i dag finnes i avtalelovens § 38 tredje ledd.

Med hilsen

Marianne Hauan Molstad (e.f.)
avdelingsdirektør

Anne Kristine Hage
rådgiver

2 vedlegg



Fornyings-, administrasjons- og
kirkedepartementet
Myklebust Anders
Postboks 8004
0030 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2010/531
STAB-JD RASO 630

Dato: 12.10.2010

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

Konkurransetilsynet viser til brev fra Arbeidsdepartementet datert 18. juni 2010 vedlagt høringsnotat av 21. juni 2010 med forslag til ny regulering av konkurranse-, kunde-, og ikke-rekrutteringsklausuler.

Det følger av høringsbrevet at saken tidligere har vært på høring høsten 2008 i forbindelse med at advokatfirmaet Hjort DA på bestilling fra departementet utarbeidet en utredning om konkurranse-, kunde-, og ikke-rekrutteringsklausuler. Ifølge punkt 1.2 i høringsnotatet viste høringssvarene at det var til dels omfattende synspunkter på utredningen både fra arbeidstaker- og arbeidsgiversiden. Videre følger det av høringsnotatet at det er gjort en rekke endringer av det opprinnelige forslaget av både teknisk, systematisk og materiell art.

Konkurransetilsynet innga merknader til forslaget som ble sendt på høring høsten 2008, og påpekte blant annet at konkurranse-, kunde-, og ikke-rekrutteringsklausuler kan reise konkurranserettslige spørsmål. Merknadene ble gitt i brev av 23. januar 2009 som var vedlagt Fornyings- og administrasjonsdepartementets høringssvar av 30. januar 2009. For ordens skyld vedlegges Konkurransetilsynets høringsuttalelse av 23. januar 2009.

Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke se at de konkurranserettslige spørsmål som tilsynet påpekte i høringsuttalelsen er behandlet nærmere i høringsnotatet.

På denne bakgrunn bemerker Konkurransetilsynet at unntaket for "arbeids- og ansettelsesvilkår" i konkurranseloven § 3 første ledd ikke unntar enhver ansettelsesavtale i sin helhet. Vurderingstemaet er om det dreier seg om arbeids- og ansettelsesvilkår. Uttrykket "arbeidsvilkår" omfatter ifølge forarbeidene for eksempel bestemmelser om arbeidstid, firmabilordninger, pensjonsordninger og ferievilkår.¹ Unntaket er en videreføring av § 1-3 annet ledd i konkurranseloven av 1993 som igjen var en videreføring av unntaket fra prisloven.² Det følger av punkt 4.3.4 i Ot.prp. nr. 6 (2003 – 2004) at

"Unntaket for lønns- og arbeidsvilkår er tolket og praktisert slik at det ikke omfatter de sider av en arbeidsavtale som ikke direkte regulerer lønns- og arbeidsvilkår.

¹ Se Ot.prp. nr. 6 (2003 – 2004) punkt 4.3.1.

² Se Ot.prp. nr. 6 (2003 – 2004) punkt 4.3.1 samt side 221.

Unntaket er ikke til hinder for en vurdering av de enkelte bestemmelser i lønns- og arbeidsavtaler, med henblikk på å fastslå om de ellers direkte regulerer konkurranseforhold i et relevant marked.

Dette er i overensstemmelse med praksis i EU og EØS, jf. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-8/00, som gjaldt en prejudisiell uttalelse til Arbeidsretten om forholdet mellom tariffavtaler og EØS-konkurransereglene. I saken for Arbeidsretten var det påstått ugyldighet for visse avtalebestemmelser som etter omstendighetene kunne anses å være i strid med EØS-avtalens artikkel 53 eller 54. I denne sammenheng uttalte EFTA-domstolen at artikkel 53 og 54 kunne anvendes på tariffavtaler for så vidt de hadde et annet formål enn å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Avtaler måtte i denne sammenheng tolkes som avtalebestemmelser, slik at hver enkelt bestemmelse måtte underlegges en konkret vurdering med henblikk på å konstatere om den var av en slik karakter eller ikke.”

Det må følgelig foretas en konkret vurdering av den enkelte avtale og dens enkelte klausuler for å ta stilling til om konkurranselovens forbudsbestemmelser kommer til anvendelse.

Konkurransetilsynet finner også grunn til å påpeke at foretaksbegrepet er legaldefinert i konkurranseloven § 2, og at foretaksbegrepet er funksjonelt. Dette innebærer at det aktuelle rettssubjektets funksjon er avgjørende for spørsmålet om det kan anses som et foretak i konkurranselovens forstand, nærmere bestemt om det aktuelle subjektet kan anses å utøve ervervsvirksomhet.

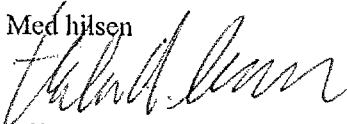
En tidligere arbeidstager vil således kunne anses som et foretak etter konkurranseloven såfremt vedkommende etter arbeidsforholdets opphør utøver ervervsvirksomhet i henhold til konkurranseloven § 2.

Konkurranselovens bestemmelser vil derfor kunne komme til anvendelse på konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler i ansettelsesavtaler, herunder avtaler mellom sammenslutninger av arbeidstakere og arbeidsgivere.

På bakgrunn av ovennevnte kan det etter Konkurransetilsynets oppfatning være grunn til å presisere og avklare forholdet til konkurranselovgivningen nærmere.

For øvrig viser Konkurransetilsynet til høringsuttalelsen knyttet til høringen høsten 2008. Uttalelsen følger som nevnt for ordens skyld vedlagt.

Med hilsen


Håkon A. Cosma (e.f.)
juridisk direktør


Raymond Solberg
seniorrådgiver

 Notat

Saksnr: 2008/1092
Arkivkode: 254.0
Dato: 23.01.2009

Til: Fornyings- og
administrasjonsdepartementet
Arvid Senhaji

Fra: Konkurransetilsynet
Juridisk stab

Tittel: Høring om forslag til endringer i arbeidsmiljøloven - Deres
referanse 200804809

1. Innledning

Konkurransetilsynet viser til brev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet av 30. oktober 2008 vedlagt høringsdokument om endringer i arbeidsmiljøloven. Frist for merknader er satt til 30. januar 2009.

Det følger av brevet at høringen inkluderer følgende utredninger: NOU 2008:17 – "Skift og turnus – gradvis kompensasjon for ubekvem arbeidstid", utredning om arbeidsmiljølovens "70-årsregel" og utredning om "Konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler".

I det følgende vil Konkurransetilsynet kommentere sistnevnte utredning om "Konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler".

2. Nærmere om forslaget

I utredning foreslås det regler som regulerer konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler i ansettelsesforhold. Det foreslås følgende legaldefinisjoner i § 17A-1:

"(2) Med konkurranseklausul menes enhver avtalebestemmelse som begrenser arbeidstakerens adgang til å starte eller drive virksomhet av en viss art eller ta ansettelse hos en annen arbeidsgiver som driver virksomhet av en viss art.

(3) Med kundeklausul menes enhver avtalebestemmelse som begrenser arbeidstakerens adgang til å kontakte, utføre arbeid for eller ta ansettelse hos arbeidsgiverens kunder.

(4) Med ikke-rekrutteringsklausul menes
a) avtaler som en arbeidsgiver inngår med andre virksomheter med henblikk på å hindre eller begrense en arbeidstakers muligheter til å ta ansettelse i en annen virksomhet, og

b) avtaler som en arbeidsgiver inngår med en arbeidstaker med henblikk på å hindre eller begrense en eller flere andre arbeidstakers muligheter til å ta ansettelse i en annen virksomhet."

Forslagene til regulering av konkurranseklausuler og kundeklausuler omfatter blant annet begrensninger både i forhold til arbeidstakers adgang til å ta ansettelse hos en annen arbeidsgiver og adgangen til å starte opp konkurrerende virksomhet. Ikke-rekrutteringsklausulene omfatter i henhold til forslaget både avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og mellom en arbeidsgiver og andre virksomheter.

3. Nærmere om forslagets forhold til konkurranseloven

Konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler kan reise konkurranserettslige spørsmål.

Konkurransetilsynet forstår imidlertid forslaget slik at det ikke er ment å gjøre unntak fra konkurranseloven, herunder lovens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid i § 10 og forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i § 11. Konkurransetilsynet viser i denne forbindelse til punkt 1.4.2 og 1.4.4 i utredningen, samt punkt 1.4.3 hvor det heter at

"Kundeklausuler avtalt mellom foretak reiser primært konkurranserettslige spørsmål og faller på denne bakgrunn i utgangspunktet utenfor utredningen"

Forholdet mellom konkurranseloven og konkurranseklausuler er også behandlet i punkt 2.5.4 hvor det heter at:

"Etter konkurranseloven § 3 første ledd gjelder loven ikke for *"arbeids- og ansettelsesvilkår"*. Dette innebærer at loven i utgangspunktet ikke gjelder for avtaler mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker.

Det kan spørres om en konkurranseklausul som bare skal gjelde etter et arbeidsforholds opphør, kan regnes som et *"arbeids- og ansettelsesvilkår"*. Selv om dette ikke umiddelbart fremstår som klart, presiseres at konkurranseloven sentrale forbudsbestemmelse § 10 etter sin ordlyd uansett bare rammer konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Dermed vil en konkurranseklausul avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker uansett ikke være omfattet av konkurranseloven § 10."

Tilsvarende fremgår av punkt 3.3.4 i forbindelse med behandlingen av kundeklausuler og punkt 4.3.4 ved behandlingen av ikke-rekrutteringsklausuler. I forhold til ikke-rekrutteringsklausuler heter det i tillegg at

"I forhold til en ikke-rekrutteringsklausul mellom virksomheter vil det derimot kunne være et spørsmål om slike avtaler omfattes av konkurranseloven § 10 idet dette ikke vil være en avtale hvor virksomhetene

agerer som arbeidsgiver i forhold til sine arbeidstakere og således ikke kan regnes som "arbeids- og ansettelsesvilkår". Dette må gjelde selv om ikke-rekrutteringsklausulen indirekte begrenser arbeidstakernes mulighet til fritt å ta erverv i den andre virksomheten. Avtaler om ikke-rekrutteringsklausuler mellom virksomheter inngås ikke i egenskap av arbeidsgiver i forhold til egne arbeidstakere, men som en kommersiell betingelse mellom to virksomheter. Som NITO fremhever i sitt brev av 19. oktober 2007 til Arbeids- og inkluderingsdepartementet, forekommer ikke-rekrutteringsklausuler mellom virksomheter ofte som en del av generelle samarbeidsavtaler eller som vilkår i avtaler om salg eller kjøp av varer og tjenester."

Som nevnt forstår Konkurransetilsynet forslaget slik at det ikke er ment å gjøre unntak fra konkurranselovens forbudsbestemmelser, men for ordens skyld finner tilsynet likevel grunn til å komme med følgende merknader:

Konkurranseloven § 3 første ledd gjør unntak fra lovens anvendelsesområde for "arbeids- og ansettelsesvilkår". Vurderingstemaet er om det dreier seg om arbeids- og ansettelsesvilkår. Uttrykket "arbeidsvilkår" omfatter ifølge forarbeidene for eksempel bestemmelser om arbeidstid, firmabilordninger, pensjonsordninger og ferievilkår.¹ Unntaket er en videreføring av § 1-3 annet ledd i konkurranseloven av 1993 som igjen var en videreføring av unntaket fra prisloven.² Det følger av forarbeidene til konkurranseloven, Ot.prp. nr. 6 (2003 – 2004) punkt 4.3.4, at

"Unntaket for lønns- og arbeidsvilkår er tolket og praktisert slik at det ikke omfatter de sider av en arbeidsavtale, som ikke direkte regulerer lønns- og arbeidsvilkår.

Unntaket er ikke til hinder for en vurdering av de enkelte bestemmelser i lønns- og arbeidsavtaler, med henblikk på å fastslå om de ellers direkte regulerer konkurranseforhold i et relevant marked.

Dette er i overensstemmelse med praksis i EU og EØS, jf. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-8/00, som gjaldt en prejudisiell uttalelse til Arbeidsretten om forholdet mellom tariffavtaler og EØS-konkurransereglene. I saken for Arbeidsretten var det påstått ugyldighet for visse avtalebestemmelser som etter omstendighetene kunne anses å være i strid med EØS-avtalen artikkel 53 eller 54. I denne sammenheng uttalte EFTA-domstolen at artikkel 53 og 54 kunne anvendes på tariffavtaler for så vidt de hadde et annet formål enn å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår. Avtaler måtte i denne sammenheng tolkes som avtalebestemmelser, slik at hver enkelt bestemmelse måtte underlegges en konkret vurdering med henblikk på å konstatere om den var av en slik karakter eller ikke."

¹ Se Ot.prp. nr. 6 (2003 – 2004) punkt 4.3.1.

² Se Ot.prp. nr. 6 (2003 – 2004) punkt 4.3.1, samt side 221.

Bestemmelsen unntar således ikke enhver ansettelsesavtale i sin helhet, og det må følgelig foretas en konkret vurdering av den enkelte avtale og dens enkelte klausuler for å ta stilling til om lovens forbudsbestemmelser kommer til anvendelse.

Konkurransetilsynet finner også grunn til å påpeke at foretaksbegrepet som er definert i konkurranseloven § 2 er funksjonelt. Dette innebærer at det aktuelle rettssubjektets funksjon er avgjørende for spørsmålet om det kan anses som et foretak i konkurranselovens forstand, nærmere bestemt om det aktuelle subjektet kan anses å utøve ervervsvirksomhet.

En tidligere arbeidstager vil således kunne anses som et foretak etter konkurranseloven såfremt vedkommende etter arbeidsforholdets opphør utøver ervervsvirksomhet i henhold til konkurranseloven § 2.

Konkurranselovens bestemmelser vil derfor kunne komme til anvendelse på konkurransebegrensende konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler i ansettelsesavtaler, herunder avtaler mellom sammenslutninger av arbeidstakere og arbeidsgivere.

Konkurransetilsynet går likevel ikke inn på en nærmere analyse av rekkevidden av unntaket i konkurranseloven § 3 første ledd, foretaksbegrepet i § 2, eller forbudene i konkurranseloven §§ 10 og 11, siden utvalget synes å legge til grunn at forslagene ikke er ment å gjøre unntak fra konkurranselovgivningen.

4. Nærmere om forslaget og EU/EØS-rettslige regler

Forholdet til EU/EØS-rettslige regler er blant annet behandlet i punkt 2.5.5 i forhold til konkurranseklausuler hvor det heter at

”Det finnes ikke EØS-rettslige regler som begrenser adgangen til å fastsette begrensninger i nasjonal rett i adgangen til å avtale konkurranseklausuler.”

Tilsvarende følger av punkt 3.3.5 og 4.3.5 i forhold til henholdsvis kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler.

Som nevnt forstår Konkurransetilsynet forslaget slik at det ikke er ment å gjøre unntak fra konkurransereglene, men for ordens skyld finner tilsynet likevel grunn til å bemerke at forholdet mellom konkurranseloven §§ 10 og 11, og EØS-avtalen artikkel 53 og 54 er regulert i EØS-konkurranseloven § 7. Markedsatferd som påvirker samhandelen mellom EØS-landene vil være underlagt forbudene i EØS-avtalen artikkel 53 og 54 som skal anvendes parallelt av norske konkurransemyndigheter.

Unntaket i konkurranseloven § 3 første ledd er som nevnt i punkt 3 i samsvar med reglene i EU og EØS, og konkurransereglene i EU/EØS vil derfor kunne komme til anvendelse på konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler.

I denne forbindelse nevnes også EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-8/00 angående anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 og 54 på hovedtariffavtalen for kommuner for tariffperioden 1. mai 1998 – 30. april 2000. EFTA-domstolen presiserer at tariffavtaler til en viss grad skjermes fra konkurransereglene, men at denne immuniteten ikke er ubegrenset. EFTA-domstolen presiserer i punkt 59 i avgjørelsen at

"[...] bestemmelser i en tariffavtale som forfølger det formål å forbedre arbeids- og ansettelsesvilkår faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS. Bestemmelser i en tariffavtale som forfølger formål som ligger utenfor området for forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår, eller som i praksis ikke virker slik at det fører til forbedring av arbeids- og ansettelsesvilkår, kan falle innenfor anvendelsesområdet for artikkel 53 EØS."

Konkurransetilsynet bemerker også at eventuelle unntak fra den norske konkurranseloven ikke vil få konsekvenser for anvendelsen av EØS-avtalens konkurranseregler i Norge. Dette innebærer at dersom en konkurranseklausul, kundeklausul og/eller en ikke-rekrutteringsklausul er i strid med EØS-avtalen artikkel 53, så vil klausulen være i strid med EØS-avtalen artikkel 53 selv om det er gjøres unntak i arbeidsmiljøloven.³

Konkurransetilsynet går heller ikke inn på en nærmere analyse av rekkevidden av EØS-avtalens artikkel 53 og 54 siden utvalget synes å legge til grunn at forslagene ikke er ment å gjøre unntak fra konkurransereglene.

³ Se lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 2.