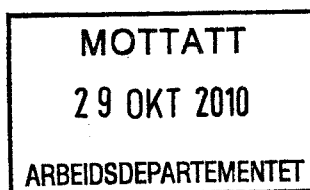


Utg.jnr. 1000154
28. oktober 2010



Arbeidsdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 OSLO

Deres ref: 200903028

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

Vi viser til Arbeidsdepartementets høringsbrev og høringsnotat av 18. juni 2010 om regulering av konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler.

Som vi også ga uttrykk for i forrige høringsrunde, er FA positiv til en lovregulering av dette området. I dag reguleres konkurranseklausuler kun av avtaleloven § 38, som er svært skjønsmessig utformet. Det hersker mye usikkerhet i bedriftene om i hvilken utstrekning slike klausuler kan tas i bruk, og på hvilke vilkår. Det er derfor behov for klare regler som gir bedre forutsigbarhet for arbeidsgiver og arbeidstaker. Samtidig er det viktig at regelverket balanserer hensynet til arbeidsgivers behov for slike klausuler og hensynet til arbeidstakers interesser på en fornuftig måte.

FA kan støtte forslaget om å flytte reguleringen av konkurranseklausuler i arbeidsforhold fra avtaleloven til arbeidsmiljøloven. Systematisk passer reglene godt inn arbeidsmiljøloven, og reglene vil bli mer tilgjengelige for arbeidsgiver og arbeidstaker. Reglene bør etter FAs syn søke å kodifisere det som i dag anses å være gjeldende rett på området. Vi går derfor imot enkelte av forslagene, blant annet forslaget om at konkurranseklausuler kan avtales for maksimalt ett år og at vederlag skal være et gyldighetsvilkår for slike klausuler. Disse forslagene innebærer betydelige innstramninger i forhold til gjeldende rett.

Nedenfor følger FAs merknader til forslagene om konkurranseklausuler og kundeklausuler. Vi har valgt å ikke uttale oss om forslaget til regulering av ikke-rekrutteringsklausuler, da disse reglene antas å ha begrenset betydning for vår sektor.

Konkurranseklausuler

Til § 14 A-1 Vilkårene for konkurranseklausuler

§ 14 A-1 (2) Særlige grunner

Departementet foreslår tre vilkår for å kunne inngå en konkurranseklausul, jf. § 14A-1 (1): Den må inngås skriftlig, det må foreligge særlige grunner og det må ytes et vederlag til

arbeidstaker. Videre foreslås det at konkurranseklausuler maksimalt kan avtales for ett år regnet fra arbeidsforholdets opphør, og at arbeidsgiver må redegjøre skriftlig for hva som anses som særlige grunner i det konkrete tilfellet senest to uker etter at arbeidstaker har sagt opp sin stilling.

Departementet foreslår en uttømmende liste på 4 momenter som skal vektlegges ved vurderingen av om det foreligger "særlige grunner": a) arbeidsgivers nødvendige behov for vern mot konkurranse, b) arbeidstakers stilling, c) lengden på ansettelsesforholdet, og d) konsekvensene for arbeidstaker av at konkurranseklausulen gjøres gjeldende. I forrige høringsrunde påpekte FA at utredningen burde inneholdt en mer utførlig beskrivelse av hva som menes med "særlige grunner". Det er derfor positivt at lovforslaget inneholder en liste over momenter som skal vektlegges ved denne vurderingen. Vi er imidlertid skeptiske til at listen gjøres uttømmende. I tillegg har vi enkelte kommentarer til departementets beskrivelse av momentene:

Ifølge departementets merknader knyttet til *arbeidsgivers nødvendige behov for vern mot konkurranse*, vil vern av bedriftshemmeligheter og know-how være beskyttelsesverdige behov. Mer generell kompetanse som opparbeides gjennom utdanning og arbeid vil ifølge departementet ikke være beskyttet. FA er enig i at en arbeidstaker som utgangspunkt må stå fritt til å utnytte alminnelig kunnskap om og erfaring fra en bransje inn i en ny jobb. Vi savner imidlertid en mer utførlig omtale av grensedragningen mellom bedriftshemmeligheter /know how og mer generell kompetanse som arbeidstaker opparbeider seg. Her kan det være glidende overganger. Vi mener også at departementet er for kategorisk når det på side 19 i utredningen slås fast at hvis "arbeidstakers nye arbeidssituasjon ikke innebærer konkurranse med tidligere arbeidsgiver, kan arbeidsgiver som regel ikke sies å ha et nødvendig behov for vern mot konkurranse, og følgelig er det heller ikke nødvendig å gjøre konkurranseklausulen gjeldende overfor arbeidstaker." I større bedrifter er det vanlig at nyansatte flytter over til andre områder relativt raskt. Det nye området som vedkommende flytter over til, vil kunne være i konkurranse med tidligere arbeidsgiver. Ofte vil det også være en viss informasjonsflyt mellom de ulike virksomhetsområdene i den nye bedriften. En arbeidsgiver vil derfor kunne ha behov for å beskytte seg mot at ansatte begynner i ny jobb i en konkurrerende bedrift, selv om dette er innenfor et ikke-konkurrerende område.

FA støtter forslaget om å fjerne bestemmelsen i avtaleloven § 38 annet ledd (som bestemmer at konkurranseklausuler for underordnede stillinger som hovedregel er ugyldige), og at *arbeidstakers stilling* i stedet inngår som et moment som vektlegges ved vurderingen av om det foreligger særlige grunner for en konkurranseklausul. Arbeidsgiver kan også ha behov for å avtale konkurranseklausuler med ansatte i mer underordnede stillinger, dersom disse er i besittelse av forretningshemmeligheter el.

Lengden på ansettelsesforholdet (c) vil selvsagt være et relevant moment ved vurderingen av om en konkurranseklausul kan inngås. I vektingen av de ulike momentene må det sentrale allikevel være arbeidsgivers behov for å verne seg mot at sensitive opplysninger som den ansatte besitter tilkommer konkurrenten, ikke hvor lenge vedkommende skal være ansatt. Også i ansettelsesforhold på mindre enn seks måneder kan den ansatte få kjennskap til forretningshemmeligheter mv, som arbeidsgiver kan ha behov for å verne gjennom konkurranseklausuler.

§ 14 A-1 (3) Skriftlig redegjørelse ved arbeidsforholdets opphør

FA er enig i at arbeidsgiver på nytt bør ta stilling til om det fortsatt er behov for å gjøre konkurranseklausulen gjeldende ved arbeidsforholdets opphør, da behovene kan ha endret seg med tiden. Det er imidlertid viktig at kravet til den skriftlige redegjørelsen ikke gjøres for omfattende.

Til § 14A-1 (4) Konkurranseklausulers varighet. § 14A-2 Vederlag

Departementet foreslår en begrensning på konkurranseklausulers varighet på inntil 12 måneder etter arbeidsforholdets opphør. Videre foreslås det at det for konkurranseklausuler på mer enn seks måneder skal det gis et vederlag til arbeidstaker tilsvarende 100 % av arbeidsvederlaget på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. For klausuler på 6 måneder eller mindre skal vederlaget tilsvare 50 % av arbeidsvederlaget.

Forslagene om varighet og vederlag innebærer betydelige innstramninger i forhold til dagens regulering. Som det fremgår på side 8 i høringsnotatet, blir konkurranseforbud på inntil ett år uten vederlag som hovedregel akseptert i rettspraksis i dag. I juridisk teori er det antydnet at konkurranseforbud med inntil to års varighet uten vederlag vil kunne være gyldige, jf. også Rt. 2001 side 301. Ifølge forarbeidene til avtaleloven § 38 vil vederlag og størrelsen på dette kunne bli tillagt vesentlig betydning ved vurderingen av om en konkurranseklausul kan gjøres gjeldende. Vederlag er imidlertid ikke et absolutt gyldighetsvilkår etter gjeldende rett. Selv om departementet foreslår å unnta øverste leder fra disse vilkårene, mener FA at det i enkelte tilfeller fortsatt bør være adgang til å avtale konkurranseklausuler med lengre varighet enn 12 måneder. Vi foreslår derfor at begrensningen på 12 måneder utformes som en hovedregel, men med adgang til å avtale lengre varighet i særlige tilfeller.

Videre mener vi at vederlag ikke bør gjøres til et absolutt gyldighetsvilkår. Vi foreslår at kravet om vederlag begrenses til tilfeller der konkurranseklausulen i innebærer et reelt inngrep i arbeidstakers frihet. Alternativt kan bestemmelsen utgå, men at vederlag og størrelsen på dette føyes til som et moment som skal vektlegges ved vurderingen av om det foreligger særlige grunner etter § 14A-1 (2).

Særlig om behovet for å regulere konsekvensene av arbeidstakers brudd på gyldige konkurranseklausuler

FA mener det er en svakhet at lovforslaget ikke regulerer konsekvensene av at en arbeidstaker bryter vilkårene i en gyldig avtalt konkurranseklausul. Departementet uttaler på side 6 i utredningen at det for begge parter er "viktig med klare og forutberegnelige regler". Regelverket vil imidlertid ikke være klart og forutberegnelig hvis ikke konsekvensene ved brudd på gyldige klausuler også reguleres.

Kundeklausuler

Kundeklausuler er i dag ikke særskilt regulert. Utgangspunktet er at det hersker avtalefrihet på området, supplert av den alminnelige lempingsregelen for urimelige avtaler/avtalevilkår i avtaleloven § 36. FA mener at en eventuell regulering av kundeklausuler bør søke å kodifisere det handlingsrommet som i dag følger av avtaleloven § 36. Departementet foreslår langt på vei de samme reglene for kundeklausuler som for konkurranseklausuler. Vi viser derfor til våre merknader knyttet til konkurranseklausuler ovenfor, som i stor grad også

vil gjelde for kundeklausuler. I tillegg har vi enkelte merknader som spesielt er knyttet til kundeklausuler.

På samme måte som for konkurranseklausuler, foreslår departementet at *arbeidsgivers nødvendige behov for å gjøre kundeklausulen gjeldende* skal være et moment ved vurderingen av om det foreligger særlige grunner. FA mener at departementet er for kategorisk når det på side 33 i utredningen uttaler at "kundeklausuler som omfatter forhenværende og potensielle fremtidige kunder ikke (vil) kunne sies å gi arbeidsgiver et nødvendig behov for å gjøre en kundeklausul gjeldende..." Arbeidsgiver kan etter forholdene også ha et legitimt behov for å hindre at tidligere ansatte tar kontakt med forhenværende eller potensielle kunder. Eksempelvis kan det tenkes at bedriften arbeider med å få forhenværende kunder inn på kundelisten igjen, eller at bedriften gjør fremstøt overfor potensielle kunder. Arbeidsgiver kan etter forholdene ha behov for å ta i bruk kundeklausuler for å hindre at tidligere ansatte tar kontakt med disse.

FA er enig med departementet i at det for kortvarige arbeidsforhold kan være større behov for å gjøre bruk av kundeklausuler enn konkurranseklausuler (side 34 i utredningen). Det bidrar imidlertid til klarhet når departementet samtidig gir uttrykk for at det kun unntaksvis vil være aktuelt å gi en kundeklausul virkning for arbeidsforhold som har vart i 6 måneder eller kortere. Også i mer kortvarige ansettelsesforhold kan arbeidstaker ha opparbeidet seg god kontakt med bedriftens kunder. Arbeidsgiver vil derfor kunne ha behov for å verne seg mot at vedkommende kontakter bedriftens kunder etter at arbeidsforholdet er avsluttet.

Departementet foreslår i § 14A-3 (3) at *vederlag* skal være et gyldighetsvilkår for kundeklausuler, dog med lavere satser enn for konkurranseklausuler (25 % av arbeidsvederlaget ved klausuler med varighet på 6 måneder eller mindre og 50 % ved varighet på over 6 måneder). Kundeklausuler vil vanligvis innebære en mye mindre inngripen i arbeidstakers handlefrihet enn konkurranseklausuler. Vi går derfor imot forlaget om å gjøre vederlag til et gyldighetsvilkår for kundeklausuler.

Departementet foreslår at kundeklausuler kun kan avskjære arbeidstaker i å ta kontakt med *kunder arbeidstaker har hatt kontakt med eller har hatt ansvar for det siste året før oppsigelses- eller avskjedtidspunktet*, jf. § 14A-3 (4). FA mener at denne angivelsen av kundekrets blir for snever. Arbeidsgiver kan også ha behov for å sikre seg mot at tidligere ansatte tar kontakt med kunder de kjenner til, selv om vedkommende ikke selv har vært i kontakt med disse kundene. Uansett mener vi at begrensingen på ett år blir for kort, da hyppigheten av arbeidstakers kontakt med kundene vil variere avhengig av type kontrakt, bransje mv.

Særlig om unntaket for øverste leder

FA støtter forslaget om å unnta virksomhetens øverste leder fra bestemmelsene om konkurranseklausuler og kundeklausuler når vedkommende i forhåndsavtale har frasagt seg slik beskyttelse mot etterlønn ved fratreden, jf. § 14A-5 .


Særlig om ikrafttredelse av reglene

Det legges opp til at de nye reglene om konkurranse- og kundeklausuler får virkning for allerede inngåtte avtaler ett år etter at de nye reglene har trådt i kraft (jf. utredningen på

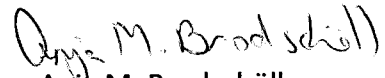
side 43). FA går sterkt imot å gi de nye reglene en slik tilbakevirkende kraft. Arbeidsgiverne vil da måtte endre allerede eksisterende klausuler som har en varighet på lenger enn ett år etter ikrafttredelsen av de nye reglene, hvis de ikke tilfredsstiller kravene i det nye regelverket. Avtalepartene må kunne forholde seg til at avtaler som er inngått i samsvar med gjeldende rett på avtaletidspunktet, er gyldige. Vi foreslår derfor at de nye reglene kun gis virkning for avtaler som inngås etter ikrafttredelsen.

Med hilsen

FINANSNÆRINGENS ARBEIDSGIVERFORENING



Jan B. Asker
adm.dir.



Anja M. Brodschöll
advokatfullmektig