

Arbeidsdepartementet  
Postboks 8019 Dep.  
0030 OSLO

Deres ref: 200903028

Oslo, 01.11.2010  
Vår ref: Dagny Raa/ 10-9051

## **HØRING - LOVFORSLAG OM KONKURRANSEBEGRENSENDE AVTALER**

### **1. INNLEDNING**

Det vises til høringsbrev av 18. juni 2010 fra Arbeidsdepartementet vedrørende lovforslag om regulering av konkurranse-, kunde- og ikke- rekrutteringsklausuler. Høringsfristen er satt til 1. november 2010. HSH gir med dette sitt hørings svar.

HSH representerer over 14.000 virksomheter innenfor bredden av handel og private tjenesteytende næringer. Vi er opptatt av et fleksibelt arbeidsmarked som er godt tilpasset handels- og tjenesteytende sektors oppgaver og behov. HSH er i utgangspunktet positiv til en viss regulering av konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold og mener en hensiktsmessig regulering kan bidra til et friere arbeidsmarked og effektiv allokering av arbeidskraft.

HSH er også positiv til regulering som kan bidra til bevisstgjøring på dette området og som sikrer at arbeidsgivere foretar en grundig vurdering med hensyn til hvorvidt det faktisk foreligger et reelt behov i det enkelte tilfelle for å inngå konkurransebegrensende avtaler. HSH er videre positiv til regulering som bidrar til klargjøring og som igjen kan bidra til blant annet økt forutberegnelighet for arbeidstakere.

HSH er imidlertid av den oppfatning at foreliggende lovforslag er for ubalansert til å kunne gi nevnte positive effekter, jf nærmere redegjørelse om dette nedenfor.

### **2. NÆRMERE OM HSHs SYN - GENERELLE/OVERORDNEDE FORHOLD**

#### **2.1. Om behov for nye regler på dette området**

Norge blir i stadig større grad et tjeneste- og kunnskapssamfunn. Etter HSHs vurdering må det derfor legges til grunn at virksomhetenes behov for å beskytte kunnskap og immaterielle rettigheter vil bli større. Følgelig vil bruk av konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold kunne gjøre seg gjeldende innenfor en stadig større del av arbeidsmarkedet, med konsekvenser for berørte arbeidsgivere og arbeidstakere, men også mer generelt for arbeidsmarkedets funksjonsmåte.

I utgangspunktet kan hensynet til verdiskapingen og virksomhetenes legitime behov for beskyttelse på den ene side, og hensynet til et fleksibelt arbeidsmarked på den andre siden, fortone seg som to motstridende interesser. HSH mener imidlertid at disse interessene lar seg forene - et fleksibelt arbeidsmarked er også viktig for verdiskapingen. Nøkkelen er da å finne en lovregulering som på den ene siden hindrer en stor utbredelse av konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold, mens den på den andre siden ivaretar arbeidsgivere med særlige behov for beskyttelse. Etter HSHs vurdering framstår imidlertid det foreliggende forslaget som for ubalansert i et slikt perspektiv.

Etter HSHs syn er det ikke dokumentert et behov for å stramme inn på adgangen til å inngå konkurransebegrensende avtaler i et slikt omfang som det legges opp til i dette lovforslaget. HSH og flere andre høringsinstanser etterlyste i forrige høringsrunde en slik dokumentasjon, men dette er ikke berørt i departementets høringsnotat. HSH kommenterer i det følgende de forhold som det vises til i høringsnotatet og som departementet mener skal begrunne de foreslåtte lovendringer.

### *2.1.1. Eventuell økt bruk av konkurransebegrensende avtaler*

Departementet opplyser på side 5 i høringsnotatet at bakgrunn for igangsetting av arbeidet med dette lovforslaget er henvendelser fra flere arbeidstakerorganisasjoner som har påpekt at bruken av konkurransebegrensende avtaler øker.

HSH mener at en eventuell økt bruk av konkurransebegrensende avtaler i seg selv ikke kan begrunne en slik betydelig innskjerping i avtaleadgangen som her foreslås. Eventuell økt bruk av slike avtaler må trolig ses i sammenheng med fremveksten av dagens kunnskapssamfunn, som innebærer at kunnskap og behovet for beskyttelse av denne kunnskapen er av vesentlig større betydning enn tidligere. I et kunnskapssamfunn er det ikke lenger realkapital som utgjør virksomhetenes vesentlige aktiva, men den kunnskapen de enkelte ansatte opparbeider og besitter knyttet til bedriftens virksomhet, herunder både bedriftshemmeligheter, know-how og annen kunnskap eller kompetanse.

En forutsetning for den enkelte virksomhets satsing på forskning, utvikling mv er at det er mulig å beskytte den kunnskap som utgjør et konkurransefortrinn for bedriften. Virksomhetenes mulighet til beskyttelse av denne kunnskapen som et vesentlig aktivum, vil dermed også være en viktig faktor for å trygge de enkelte arbeidsplassene og bidra til å skape nye arbeidsplasser. Det må derfor være klart at arbeidsgivers rett til slik beskyttelse også vil være av vesentlig interesse for samtlige ansatte i virksomheten, jf også redegjørelse under punkt 2.3. nedenfor.

Økt bruk av konkurransebegrensende avtaler vil dermed være en konsekvens av at virksomhetene er mer bevisst på nødvendigheten av å beskytte sine immaterielle rettigheter og aktiva. Det er imidlertid ingen holdepunkter for at det gjennom rettspraksis er avdekket en økning i avtaler som er karakterisert som urimelige i henhold til avtaleloven § 38, eller at domstolene på noen måte har tilsidesatt hensynet til arbeidstaker i sin interesseavveining. Fra tid til annen forekommer det imidlertid avtaler som blir vurdert som urimelige og som derfor blir justert eller satt til side av domstolene, men det kan likevel ikke være slik at bekjempelse av slike enkeltstående tilfeller skal foretas ved å innføre lovgivning som innebærer en betydelig innskjerping i avtaleadgangen generelt.

Virksomhetene i dagens kunnskapssamfunn er som nevnt fullt ut avhengig av å kunne beskytte den kunnskapen de ansatte besitter, og de vil dermed også i fremtiden på tross av eventuelle lovendringer være avhengig av å kunne inngå konkurransebegrensende avtaler. Konsekvensen av lovforslaget vil dermed ikke bli at bruken av slike avtaler reduseres, men at virksomhetene får en dårligere beskyttelse i de avtalene som inngås. I tillegg vil en vederlagsforpliktelse som et

gyldighetsvilkår og som ikke på noen måte skal ses i sammenheng med den ulempe konkurransebegrensningen i det konkrete tilfellet vil medføre for arbeidstaker, innebære at virksomhetene påføres en betydelig økning i driftskostnader, jf nærmere om dette nedenfor under punkt 2.2.

### *2.1.2. Behov for bevisstgjøring og klargjøring*

Departementet uttaler på side 11 flg. i høringsnotatet at behovet for ny regulering på dette området er basert på ønsket om bevisstgjøring med hensyn til hvorvidt det er et reelt behov for slike avtaler. HSH er i utgangspunktet positiv til regulering som bidrar til bevisstgjøring og klargjøring. HSH mener imidlertid at bevisstgjøring for å sikre at virksomheten faktisk foretar en reell vurdering av behovet for slike avtaler, kan gjennomføres på andre og langt mindre inngripende måter enn ved regler som foreslått. Et ønske om bevisstgjøring kan ikke i seg selv begrunne en innstramning av et slikt omfang det her legges opp til.

HSH er videre positiv til en lovendring som medfører klargjøring av vilkårene for å benytte konkurransebegrensende avtaler. Vi er imidlertid tvilende til at innføring av et nytt vilkår om "særlige grunner" som avgjørende for avtalenes gyldighet i noen grad vil medføre slik ønsket klargjøring eller økt forutberegnelighet. Et ønske om klargjøring kan under enhver omstendighet ikke i seg selv begrunne en innstramning av et slikt omfang det her legges opp til. HSH mener under enhver omstendighet at en klargjøring fullt ut må baseres på en kodifisering av de momenter som er utviklet i praksis ved domstolenes tolkning av avtaleloven § 38.

### *2.1.3. Regulering i øvrige nordiske land og innen EU/EØS*

I Advokatfirma Hjorts utredning om konkurransebegrensende avtaler ble det redegjort for rettstilstanden i henholdsvis Sverige, Danmark og Finland og det ble konkludert med at forutberegneligheten for norske arbeidstakere er svakere enn i de øvrige nordiske land. HSH bemerket til dette i sitt hørings svar til utredningen at det svenske lovforslaget som det i stor grad ble vist til, ikke er fulgt opp i svensk lovgivning, jf utredningen side 43. Vi understreker videre som i forrige hørings svar at den danske funksjonærloven kun gjelder for visse arbeidstakere, jf utredningen side 39, og således har et snevrere anvendelsesområde enn den norske arbeidsmiljøloven. Vi gjentar også at det etter finsk rett, slik dette er beskrevet i utredningen, synes å være betydelig videre adgang til å inngå slike avtaler enn det norske forslaget legger opp til.

Departementet har i sitt høringsnotat ikke vist til rettstilstanden i de øvrige nordiske land. HSH viser likevel til sin uttalelse til Advokatfirma Hjorts utredning og fastholder sitt synspunkt om at rettstilstanden i de øvrige nordiske land i seg selv ikke kan begrunne en innstramning på dette området i norsk rett.

## **2.2. Mulige konsekvenser av lovforslaget**

Forslaget om innføring av en vederlagsforpliktelse som et gyldighetsvilkår vil kunne innebære at virksomhetene påføres en betydelig økning i driftskostnadene. Dette fordi arbeidsgiver etter forslaget skal være forpliktet til å betale vederlag til arbeidstaker i ethvert tilfelle der det ønskes konkurransebegrensende avtaler, uavhengig av om den konkurransebegrensende avtalen i det konkrete tilfellet innebærer noen ulemper eller innskrenkning i arbeidstakers frihet. Som det redegjøres for i utredningen fra Advokatfirma Hjort er det etter gjeldende rett som hovedregel

akseptert konkurranseforbud i inntil ett år uten vederlag, og det selv om ytelse av vederlag er et sentralt element i domstolenes rimelighetsvurdering.

Etter HSHs syn fremstår det som svært urimelig at forslaget til lovregler vil medføre at virksomhetene oppnår dårligere vern mot konkurranse og samtidig påføres betydelige økte drifts- og lønnskostnader. HSH understreker viktigheten av og forutsetter at departementet foretar en grundig utredning av hvilke konsekvenser eventuelle lovendringer på dette området kan få.

Departementets lovforslag innebærer på flere punkter en ytterligere innskjerping i avtaleadgangen enn forslaget i utredningen fra Advokatfirma Hjort. Det er verken i utredningen eller i departementets høringsnotat redegjort for eller problematisert hvilke mulige konsekvenser det vil kunne få i et EU/EØS-rettslig perspektiv, dersom det innføres særnorske regler på dette området som i betydelig grad avviker fra reguleringen i de øvrige EØS landene. HSH understreker viktigheten av å gjennomføre en konsekvensutredning på dette området.

### **2.3. Nærmere om interesseavveining som grunnlag for lovendringer**

Departementet viser på side 6 i høringsnotatet til at ved spørsmål om regulering av konkurransebegrensende avtaler gjør det seg gjeldende flere hensyn, herunder hensyn til å verne og beskytte arbeidstaker som den svake part i et kontraktsforhold, samfunnsmessige hensyn og på den andre siden hensynet til arbeidsgiver. Departementet konkluderer på side 11 og side 12 i høringsnotatet hva gjelder konkurranseklausuler og på side 30 og 31 hva gjelder kundeklausuler, at det er et behov for regulering og innskjerping av avtaleadgangen for å beskytte arbeidstaker og for å oppnå et friere arbeidsmarked og effektiv allokering av arbeidskraft.

Departementet legger til grunn at arbeidstakerne som hovedregel er den svake part i et arbeidsforhold, i alle fall på tidspunktet for inngåelse av arbeidsavtale. HSH er imidlertid ikke enig i at de arbeidstakere som det inngås konkurransebegrensende avtaler med som hovedregel kan karakteriseres som den svake part i avtaleforholdet. I mange tilfeller vil det være tale om arbeidstakere med store konkurransefortrinn på arbeidsmarkedet og som er i svært gode forhandlingsposisjoner ved inngåelse av arbeidskontraktene. Det er klart at dette ikke bare gjelder øverste leder eller mellomledere, men i mange tilfeller også ansatte på andre nivå i virksomheten.

Departementet uttaler på side 6 i høringsnotatet at en begrunnelse for å innføre regler som foreslått er viktigheten av "å sikre arbeidstaker visse minimumsrettigheter". HSH er enig i at det er viktig å sikre arbeidstakere minimumsrettigheter, noe det har vært lang tradisjon for i norsk rett, og som for konkurranseklausulers vedkommende gjennomføres ved domstolenes prøving av de motstridende interesser i lys av samfunnsutviklingen på dette området. HSH mener at innføring av regler som foreslått ikke dreier seg om sikring av "minimumsrettigheter", men om innføring av rett til gunstige vederlag etter arbeidsforholdets opphør og som ved en interesseavveining i mange tilfeller vil slå svært urimelig ut for arbeidsgiver.

På denne bakgrunn mener HSH at den interesseavveining som ligger til grunn for lovforslaget er ubalansert og vektlegger i liten grad arbeidsgivers interesser. Vi mener at forslaget gir for liten mulighet for rimelige tilpasninger og unntak, og vil undergrave et reelt behov i virksomhetene for å beskytte seg mot konkurranse fra tidligere arbeidstakere. Dette vil kunne medføre en betydelig økning i virksomhetenes drifts- og lønnskostnader, og det uten at formålene eller den tilsiktende effekt med reglene oppnås.

#### **2.4. Reglene bør plasseres i avtaleloven eller i en egen lov**

HSH uttalte i forrige høringsuttalelse at det bør utredes nærmere hvilke konsekvenser en detaljregulering i preseptorisk lovgivning vil kunne få i praksis, sammenliknet med den avtalefrihet som i dag gjelder. HSH pekte på at plassering i arbeidsmiljøloven innebærer et motsatt utgangspunkt i forhold til gjeldende rett hvor det er avtalefrihet, men med en eventuell etterfølgende sensur fra domstolene. I tillegg vil plassering i arbeidsmiljøloven innebære at reglene fullt ut skal tolkes i lys av lovens formålsbestemmelse, jf arbeidsmiljøloven § 1-1.

Departementet viderefører likevel forslaget i utredningen om å plassere bestemmelsene i arbeidsmiljøloven, noe som altså innebærer at reglene blir ufravikelige og dermed ikke kan fravikes til skade for arbeidstaker, jf arbeidsmiljøloven § 1-9. Departementet foretar på side 13 i høringsnotatet en vurdering knyttet til plassering av reglene og konkluderer med at ettersom dette en lov som "er velkjent for brukerne" samt at dette gjelder avtaler som ofte inngås ved ansettelsen eller i løpet av arbeidsforholdet, er det hensiktsmessig å plassere reglene i arbeidsmiljøloven. Departementet berører overhodet ikke i sin vurdering hvilken betydning plassering i arbeidsmiljøloven vil kunne få.

Som beskrevet ovenfor mener HSH at regler på dette området ikke må plasseres i arbeidsmiljøloven, men understreker viktigheten av at regulering på dette området plasseres enten i avtaleloven eller i en egen lov. Vi viser til at det på ingen måte er vurdert hvilke konsekvenser en slik detaljregulering i preseptorisk lovgivning vil kunne få i praksis, sett i forhold til den avtalefrihet som i dag gjelder. HSH mener at ubalansen og de negative konsekvensene av slike regler blir ytterligere forsterket dersom omfattende regler som foreslått plasseres i arbeidsmiljøloven som preseptorisk lovgivning, og som det er knyttet en rekke gyldighetsvilkår til og hvor manglende oppfyllelse vil medføre at avtalen i sin helhet bortfaller.

HSH mener videre at dette er regler som ikke naturlig hører hjemme i arbeidsmiljøloven og viser til at etter forslaget er bestemmelsenes anvendelsesområde begrenset til å gjelde etter arbeidsforholdet er opphørt. HSH mener dette i seg selv tilsier at reglene ikke bør plasseres i arbeidsmiljøloven.

HSH mener videre de foreslåtte regler i § 14A-4 om avtaler om ikke-rekrutteringsklausuler mellom to virksomheter også klart tilsier at reglene ikke bør plasseres i arbeidsmiljøloven. Dette er regler som gjelder avtaler mellom to virksomheter som avtaleparter og hører etter HSHs syn ikke naturlig hjemme i arbeidsmiljøloven.

HSH foreslår isteden at departementet, om man mener det er hensiktsmessig, inntar i arbeidsmiljøloven en henvisning til aktuelle konkurransebestemmelser i egen/annen lov, tilsvarende teknikk som for eksempel er anvendt i arbeidsmiljøloven § 13-1 fjerde til sjette ledd.

#### **2.5. Rettsvirkninger - ugyldighet i sin helhet**

Departementet foreslår på side 27 flg. i høringsnotatet hva gjelder konkurranseklausuler og på side 37 hva gjelder kundeklausuler at rettsvirkningen av at avtalene ikke oppfyller vilkårene i forslaget til nye regler, er at avtalene skal anses som ugyldige i sin helhet. Bakgrunnen er oppgitt å være at det "er viktig å gi incentiver til arbeidsgiver om å vurdere grundig hvorvidt det er behov for å inngå en avtale".

HSH understreker viktigheten av å opprettholde gjeldende løsning om at urimelige eller unødvendige avtaleklausuler sensureres med et resultat som innebærer at klausulen blir justert i forhold til hva som anses som rimelig og således blir mindre inngripende overfor arbeidstaker. HSH mener imidlertid at det vil medføre svært urimelige konsekvenser dersom manglende overholdelse av vilkårene skal innebære ugyldighet i sin helhet. Sett i forhold til viktigheten av slike avtaler for virksomhetene, vil det få dramatiske konsekvenser dersom en forglemmelse eller feilvurdering medfører at avtalen i sin helhet bortfaller.

## **2.6. Arbeidstakers brudd på avtalen - konvensjonalbot**

HSH og andre høringsinstanser påpekte i forrige høringsuttalelse at det bør vurderes å lovregulere konsekvensene av arbeidstakers eventuelle brudd på konkurransebegrensende avtaler. I praksis er det svært vanskelig for arbeidsgiver å håndheve slike klausuler, og HSH gjentar derfor at det bør vurderes å ta inn bestemmelser om økonomiske sanksjoner. Slike bestemmelser vil også kunne virke preventivt for de som er bundet av klausulene, samt at det vil kunne forenkle håndhevingen av slike avtaler. HSH understreker imidlertid at en eventuell lovendring ikke må medføre en innstramming i forhold til gjeldende rett på dette området. Vi bistår gjerne ved utformingen av slike bestemmelser.

HSH forutsetter under enhver omstendighet at eventuell lovendring på dette området ikke setter noen begrensninger i arbeidsgivers adgang til å avtale konvensjonalbot.

## **2.7. Overgangsregler**

Departementet foreslår på side 43 i høringsnotatet at en mulig overgangsregel for allerede inngåtte avtaler er at de nye reglene først får virkning for disse avtalene ett år etter ikrafttredelse av de nye reglene. I utredningen av Advokatfirma Hjort under punkt 5 ble det fremhevet at en overgangsregel må vurderes nøye i forhold til Grunnloven § 97, men departementet berører overhodet ikke denne problemstillingen i høringsnotatet.

HSH mener en slik løsning som departementet foreslår i mange tilfeller vil få svært urimelige konsekvenser og vi mener at allerede inngåtte avtaler må kunne bestå slik de er inngått uavhengig av eventuelle lovendringer. Under enhver omstendighet må eventuelle overgangsregler gi partene tilstrekkelig mulighet til å tilpasse seg eventuelle lovendringer på dette området.

## **3. HSHs SYN PÅ DE KONKRETE LOVFORSLAGENE**

### **3.1. Lovforslag om konkurranseklausuler**

#### *3.1.1. Innledning - behov for reglene - plassering av reglene*

Når det gjelder behovet for lovendring på dette området, sannsynlige konsekvenser av de foreslåtte regler, den interesseavveining lovforslaget er basert på, samt plassering av bestemmelsene, viser vi til det som er sagt om dette ovenfor.

#### *3.1.2. Reglenes anvendelsesområde*

Etter forslaget § 14A-1 (1) er bestemmelsenes anvendelsesområde begrenset til å gjelde etter at arbeidsforholdet er opphørt. HSH støtter denne avgrensningen og mener det er viktig at reglene ikke

berører bestående arbeidsforhold. Som ovenfor nevnt mener vi imidlertid at dette også er et viktig argument for at reglene ikke bør plasseres i arbeidsmiljøloven.

Etter forslaget § 14A-1 (1) defineres konkurranseklausuler som avtalebestemmelser 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. Slike avtaler skal bare kunne gjøres gjeldende dersom vilkårene i § 14A-2 om vederlag er oppfylt.

Departementet uttaler i høringsnotatet øverst side 14 at "[D]et ble i forrige høringsrunde ikke fra noen høringsinstans påpekt behov for å endre hvilke handlinger en konkurranseklausul kan beskytte en arbeidsgiver mot". Dette er ikke riktig og vi viser til HSHs høringsuttalelse av 29. januar 2009 hvor vi uttaler følgende om dette:

"Hensikten med klausulene er å hindre at informasjon, kunnskap, kompetanse mv. overføres til konkurrerende virksomhet til skade for arbeidsgiver i forbindelse med arbeidsforholdets opphør. Slik forslaget nå er formulert vil det åpnes for muligheter til å omgå konkurranseforbudet, for eksempel ved å ta konsulentoppdrag, delta i styret etc. HSH understreker viktigheten av at konkurranseklausuler defineres tilstrekkelig vidt slik at arbeidsgivers behov for vern blir tilstrekkelig ivarettatt. Definisjonen bør derfor utvides til også klart å omfatte forbud mot konsulentoppdrag, verv mv. i konkurrerende virksomhet."

HSH forutsetter at eventuelle lovendringer skal tolkes slik at det er adgang til, som etter gjeldende rett, å avtale begrensinger i arbeidstakers mulighet til f eks å påta seg styreverv, ha eierinteresser i, ta konsulentoppdrag for, eller på annen måte involvere seg i virksomhet av en "viss art".

### 3.1.3. *Krav om særlige grunner*

Etter forslaget § 14A-1 (1) er det et vilkår at det blant annet foreligger "særlige grunner" for at slike klausuler kan gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker og som er en videreføring av forslag i utredning utarbeidet av Advokatfirma Hjort. HSH og flere andre høringsinstanser understreket i høringsuttalelsene til utredningen viktigheten av at departementet i sitt arbeid med dette lovforslaget legger føringer for hvordan dette vilkåret om "særlige grunner" skal forstås og at dette samsvarer med de momenter domstolene har vektlagt i sine vurderinger på dette området.

Departementet uttaler side 15 flg. i høringsnotatet at det med dette vilkåret skal oppnås klarere regler enn med dagens "vage" og "uforutsigbare" rettsstilstand. Det uttales videre på side 16 flg. at vilkåret skal gi anvisning på en konkret helhetsvurdering der en rekke momenter vil ha betydning, herunder særlig a) arbeidstakers nødvendige behov for vern mot konkurranse, b) arbeidstakers stilling, c) lengden på ansettelsesforholdet og d) konsekvensene for arbeidstaker av at konkurranseklausulen gjøres gjeldende. Departementet uttaler at opplistingen er ment å være uttømmende.

Etter HSHs syn bør vilkårene for å inngå avtaler som skal verne mot konkurranse være knyttet til det reelle behovet for slike avtaler sett i forhold til en vurdering av om det er rimelig i det konkrete tilfellet å gjøre avtalen gjeldende. HSH mener de kriterier som listes opp i lovteksten som avgjørende i forhold til om det foreligger "særlig grunn", er en sammenblanding av momenter som domstolene i dag vektlegger ved avveiningen av de motstridende interesser. Vi mener f eks at avtalens konsekvenser for arbeidstaker ikke kan være relevant i forhold til om det foreligger "særlig grunn" til å inngå en slik avtale.

Etter HSHs syn vil et vilkår om "særlig grunn" fortsatt måtte bero på svært skjønsmessige kriterier og som er knyttet tett opp mot de elementer som domstolene i dag vektlegger ved vurderingen av om en avtale skal anses rimelig. HSH stiller seg derfor tvilende til at dette forslaget vil bidra til klargjøring i noen grad i forhold til gjeldende lovregler. Tvert imot vil ønsket om en "viss innskjerping i bruken av konkurranseklausuler" som departementet viser til side 15 flg. i høringsnotatet, innebære at den tolkning domstolene har lagt til grunn gjennom nesten 100 års rettspraksis ikke nødvendigvis vil være veiledende ved praktiseringen av eventuelle nye regler.

Etter forlaget § 14A-1 (2) skal det ved avgjørelsen av om det foreligger "særlige grunner" særlig legges vekt på følgende:

a) Arbeidstakers nødvendige behov for vern mot konkurranse

Dette er sentralt også ved tolkningen av rimelighetsvilkåret i gjeldende bestemmelse i avtaleloven § 38. HSH er enig i de vurderingene departementet viser til på side 17 flg. i høringsnotatet hva gjelder om begrunnelsen refererer seg til bedriftshemmeligheter, bedriftens egenutviklede know-how, bekostet spesialutdannelse for arbeidstakeren mv. HSH oppfatter det slik at disse momenter isolert sett skal tolkes på tilsvarende måte som etter gjeldende rett og er under denne forutsetning positiv til forslaget på dette punkt.

b) Arbeidstakers stilling

Arbeidstakers stilling er sentralt ved tolkningen av rimelighetsvilkåret i gjeldende bestemmelse i avtaleloven § 38. HSH mener imidlertid at det i denne forbindelse må legges særlig vekt på hvilke kunnskaper og kompetanse arbeidstaker i kraft av sin stilling har, og dermed ikke utelukkende hvilke nivå i virksomheten stillingen er plassert. Det er på det rene at i en rekke tilfeller vil arbeidstakere i underordnede stillinger besitte kunnskap og kompetanse som nødvendiggjør beskyttelse i like stor grad som for arbeidstakere i overordnede stillinger.

c) Lengden på ansettelsesforholdet

HSH er positiv til at departementet ikke viderefører forslaget i Advokatfirma Hjorts utredning om at konkurranseklausuler avtalt i kortvarige arbeidsforhold ikke kan gjøres gjeldende eller kun kan gjøres gjeldende i kort tid. HSH mener imidlertid det i mange tilfeller ikke nødvendigvis er lengden på arbeidsforholdet som er avgjørende i forhold til omfanget av den kunnskap som har tilflytt arbeidstaker. Det er på det rene at i en rekke tilfeller vil arbeidstakere etter svært kort tid besitte kunnskap og kompetanse som nødvendiggjør beskyttelse i like stor grad som for arbeidstakere i langvarige arbeidsforhold.

d) Konsekvensene for arbeidstaker av at konkurranseklausulen gjøres gjeldende

HSH mener at en konkurranseklausuls konsekvenser for arbeidstaker ikke kan være relevant i forhold til om det foreligger "særlig grunn" til å inngå en slik avtale og vi mener dette må tas ut av bestemmelsen.

### 3.1.4. Skriftlighetskrav

I forslaget § 14A-1 (1) stilles det krav om at konkurranseklausuler bare kan gjøres gjeldende dersom de er avtalt skriftlig. HSH støtter dette forslaget idet et slikt krav vil sikre forutberegnelighet og notoritet.



### 3.1.5. *Krav om maksimum varighet*

Etter forslaget § 14A-1 (4) skal konkurranseklausuler ikke kunne gjøres gjeldende i mer enn tolv måneder etter arbeidsforholdets opphør.

HSH er uenig i at det skal være et absolutt krav om maksimal varighet. Vi mener det vil være svært uheldig om det lovfestes i preseptorisk lovgivning en tidsbegrensning på inntil 12 måneder for konkurransebegrensende avtaler. Som det fremgår i utredningen av Advokatfirma Hjorts side 60 aksepterer domstolene i dag normalt en varighet på inntil to år og i enkelte tilfeller avtaler av lengre varighet. Dette viser etter vårt syn at det kan være et reelt behov for å opprettholde avtaler av lengre varighet enn ett år.

Etter HSHs syn er det nødvendig å knytte varigheten av klausulen opp mot vilkåret om "særlige grunner" og de hensyn som begrunner avtalen. I flere tilfeller kan de hensyn som begrunner avtalen tilsa et reelt behov for en lengre varighet enn ett år. Vi mener derfor forslag om tidsbegrensning må tas ut og at det alternativt legges føringer ved at avtalene normalt ikke bør ha en varighet på mer enn 12 måneder, men at det åpnes for unntak som knyttes direkte til vilkåret om "særlige grunner".

### 3.1.6. *Krav om vederlag*

Etter forslaget § 14A-1 (1) kan konkurranseklausuler ikke gjøres gjeldende med mindre det er avtalt vederlag, og etter § 14A-2 (1) kan vederlaget ikke være mindre enn 100 % av arbeidsvederlaget på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet for avtaler med varighet over seks måneder og 50 % av arbeidsvederlaget for avtaler med varighet på seks måneder eller mindre.

HSH viser til at lønn og vederlag i arbeidsforhold tradisjonelt har vært opp til partene å avtale og er heller ikke nærmere regulert i arbeidsmiljøloven utover de overordnede føringer om overtidsbetaling i arbeidsmiljøloven § 10-6. Etter HSHs syn bør fastsettelse av vederlag i forbindelse med konkurranseklausuler i arbeidsforhold overlates til partene.

HSH mener det vil være urimelig å lovfeste en vederlagsforpliktelse som et gyldighetsvilkår for konkurransebegrensende avtaler. Etter HSHs syn er det av vesentlig betydning at eventuelle vederlag i konkurransebegrensende avtaler baseres på en avveining av partenes interesser og hvor ulempene eller grad av innskrenkning i arbeidstakers frihet i det konkrete tilfellet vil være helt avgjørende. Som påpekt av Advokatfirmaet Hjort i utredningen side 57 flg., er det en rekke klausuler som etter gjeldende rett opprettholdes som rimelige selv uten at det er avtalt vederlag og at det som hovedregel er akseptert konkurranseforbud i inntil ett år uten vederlag, og det selv om ytelse av vederlag er et sentralt element i domstolenes rimelighetsvurdering. HSH mener at dette viser at det i flere tilfeller er behov for å inngå avtaler uten at vederlag avtales, og at spørsmål om vederlag bør inngå i en rimelighetsvurdering i det konkrete tilfellet.

Når det gjelder vederlagets størrelse mener vi dette i stor grad vil avhenge av den enkelte avtale og hvor inngripende avtalen anses å være for arbeidstakeren i det konkrete tilfellet. HSH går på dette grunnlag sterkt imot en regulering av vederlag som foreslått. Under enhver omstendighet må det åpnes for unntak fra plikten til å avtale vederlag der dette er rimelig ut fra en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. HSH mener videre som beskrevet ovenfor at forslaget om innføring av en vederlagsforpliktelse som et gyldighetsvilkår vil innebære at virksomhetene påføres en betydelig økning i drifts- og lønnskostnadene.

Departementet uttaler på side 25 i høringsnotatet at ikke bare fastlønn, men også variable inntekter som f eks provisjon og bonus skal være med i beregningsgrunnlaget, og at vederlagsbegrepet forelås å korrespondere med vederlagsbegrepet i ferieloven. HSH mener at med dette forslaget vil de urimelige konsekvenser som beskrevet ovenfor bli ytterligere forsterket og at virksomhetene i enda større grad påføres en økning i drifts- og lønnskostnadene. HSH går på denne bakgrunn sterkt imot dette forslaget.

Departementet uttaler på side 27 i høringsnotatet at vederlag skal betales selv om arbeidstaker er oppsagt og sågar avskjediget, og begrunnelsen er at det må anses som en "dobbelstraff" dersom arbeidstaker i tillegg skal miste vederlaget dersom arbeidsgiver vil gjøre gjeldende klausulen. Dette innebærer at dersom arbeidstaker blir oppsagt eller avskjediget f eks på grunn av illojal opptreden i forbindelse med konkurrerende virksomhet, skal arbeidstaker likevel oppebære fullt arbeidsvederlag etter arbeidsforholdets opphør. HSH mener dette vil få svært urimelige konsekvenser og vi går sterkt imot dette forslaget.

### *3.1.7. Regler om fradrag i vederlaget*

Etter forslaget § 14A-2 (2) skal arbeidsgiver kunne gjøre fradrag i vederlaget dersom summen av vederlaget og nye arbeidsinntekter overstiger arbeidsvederlaget arbeidstaker hadde på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. HSH mener det er urimelig at det skal fastsettes et lovpålagt krav om begrensninger i fradragsadgangen slik dette forslaget innebærer. Etter HSHs syn bør både fastsettelse av eventuelt vederlag i forbindelse med konkurranseklausuler i arbeidsforhold og også eventuelt fradrag i vederlaget fullt ut overlates til partene, jf kommentarer til dette ovenfor. Under enhver omstendighet er dette forslaget uklart og gir uttrykk for tolkningstvil med hensyn til hvordan fradraget skal beregnes.

### *3.1.8. Krav om redegjørelse - fornyet vurdering*

Etter forslaget § 14A-1 (3) foreslås det, som et vilkår for å gjøre konkurranseklausulen gjeldende, at arbeidsgiver senest to uker etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet skriftlig skal redegjøre for hva som anses å utgjøre særlige grunner. Departementet uttaler på side 28 i høringsnotatet vedrørende rettsvirkning at også manglende oppfyllelse av dette vilkåret skal medføre ugyldighet i sin helhet. Departementet mener at selv om vilkåret "tilsynelatende" kan virke svært strengt, kan regelen likevel forsvares.

Etter HSHs syn må en eventuell plikt til slik skriftlig redegjørelse ikke inntre før arbeidstaker skriftlig anmoder om en avklaring. Det må være på det rene at de fleste arbeidstakere vil ha et behov for en slik avklaring fra arbeidsgivers side lenge før den skriftlige oppsigelsen foreligger, idet den skriftlige oppsigelsen i mange tilfeller ikke foreligger før nettopp dette spørsmålet er avklart fra arbeidsgivers side. Ved å la fristen løpe fra det tidspunkt arbeidstaker skriftlig anmoder om fornyet vurdering, vil en unngå urimelige situasjoner med bortfall av klausulene og oppnå en mer hensiktsmessig løsning også for arbeidstaker som vurderer å avslutte sitt arbeidsforhold. Det vises i denne forbindelse til forslag på side 63 i utredningen fra Advokatfirma Hjort.

HSH mener at fristen under enhver omstendighet må være mye lengre enn to uker og bør altså uansett ikke løpe før arbeidstaker gir informasjon om at vedkommende har planer som innebærer behov for å avtale konkurranseklausul.

HSH går under enhver omstendighet sterkt imot forslag om ugyldighet i sin helhet ved manglende oppfyllelse av vilkåret. Det vil være svært urimelig for virksomhetene dersom nødvendige konkurransebegrensende avtaler bortfaller på grunn fristoversittelse som følge av praktiske vanskeligheter med å overholde fristen, som ferieavvikling, sykdom, kommunikasjonsvikt/misforståelser etc. Arbeidsgivers behov for vern mot at kompetanse og kunnskap tilflyter konkurrerende virksomheter er like fullt til stede. Et slikt automatisk bortfall av en konkurranseklausul f eks som følge av en mindre fristoversittelse, vil kunne medføre store økonomiske konsekvenser for virksomheten og oppleves svært urimelig og uforståelig for virksomhetene.

### *3.1.9. Oppsigelse av konkurranseklausul*

Etter forslaget § 14A-1 (5) kan arbeidsgiver bringe til opphør en konkurranseklausul før oppsigelse eller avskjed. HSH legger til grunn og forutsetter at også det avtalte vederlaget i slike tilfeller bortfaller samtidig med at konkurranseklausulen bortfaller.

### *3.1.10. Opphør av arbeidsforhold ved oppsigelse eller avskjed*

Etter § 14A-1 (6) kan en konkurranseklausul ikke gjøres gjeldende ved oppsigelse fra arbeidsgiver, med mindre oppsigelsen er saklig begrunnet i arbeidstakerens forhold. Etter bestemmelsens annet punktum skal det samme gjelde dersom arbeidsgiver på grunn av mislighold av forpliktelser i arbeidsforholdet har gitt arbeidstaker rimelig grunn til å avslutte arbeidsforholdet.

HSH legger til grunn at dette er en videreføring av gjeldende rett slik departementet uttaler på side 29 i høringsnotatet. HSH legger til grunn og forutsetter at en eventuell lovendring på dette punkt ikke er til hinder for at det i slike situasjoner avtales konkurranseforbud i en eventuell fratredelsesavtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

### *3.1.11. Rettsvirkningen*

Departementet uttaler på side 27 flg. at rettsvirkningen av at vilkårene i forslaget ikke er oppfylt skal være ugyldighet av konkurranseklausulavtalen i sin helhet. Etter HSHs syn er det på ingen måte dokumentert et behov for å innføre en så dramatisk endring av gjeldende rettstilstand, og som altså innebærer ugyldighet i sin helhet uavhengig av hvilke gyldighetsvilkår som er brutt, og uavhengig av hvilken betydning dette har for partene. HSH mener dette vil få svært urimelige konsekvenser og går sterkt imot forslaget. HSH mener gjeldende rettstilstand må videreføres og som innebærer at domstolene foretar en justering slik at urimelige avtaler blir mindre inngripende overfor arbeidstaker, men normalt uten å bortfalle i sin helhet.

## **3.2. Lovforslag om kundeklausuler**

### *3.2.1. Innledning - behov for reglene - plassering av bestemmelsene*

Når det gjelder behovet for lovendring på dette området, sannsynlige konsekvenser av de foreslåtte regler, den interesseavveining lovforslaget er basert på, samt plassering av bestemmelsene, viser vi til det som er sagt om dette ovenfor.

I departementets redegjørelse om behovet for regulering på side 30 og 31 i høringsnotatet vises det til at det i dag ikke er særskilt regulering på dette området og at det i utgangspunktet hersker

avtalefrihet på området. Det vises også til at det i liten grad er statistikk eller annet materiale som viser hvor mange personer som er forpliktet i henhold til en kundeklausul, men at rettspraksis tyder på at kundeklausuler ikke er like vanlige som konkurranseklausuler. Departementet viser også til at en kundeklausul som regel vil være mindre inngripende overfor arbeidstaker enn en konkurranseklausul.

Departementet finner på tross av dette at det er behov for å en regulering som medfører en betydelig innstramning i gjeldende avtaleadgang på dette området. HSH stiller seg uforstående til dette.

### *3.2.2. Reglens anvendelsesområde*

Etter forslaget § 14A-3 (1) defineres kundeklausuler som en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som begrenser arbeidstakerens adgang til å kontakte arbeidsgiverens kunder etter arbeidsforholdets opphør. HSH mener at denne avgrensningen ikke er dekkende og at det åpner for mulighet til å omgå forbudet ved at arbeidstaker selv initierer kontakt med kunden. I praksis vil det være tilnærmet umulig å dokumentere at det var arbeidstaker som tok initiativ til kontakt med kunden og ikke kunden selv som tok kontakt. HSH mener derfor det er nødvendig å formulere dette slik at forbudet også omfatter arbeidstakers mulighet til å følge opp mottatte henvendelser fra kundene.

Etter forslaget § 14A-3 (4) kan kundeklausuler bare gjøres gjeldende for de kundene arbeidstaker selv har hatt kontakt med eller ansvar for det siste året før oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. HSH mener dette åpner for omgåelsesmuligheter og mener at også både eksisterende, tidligere og potensielle forretningsforbindelser må omfattes. HSH mener videre det er behov for at også andre kunder enn de arbeidstaker selv har vært direkte i kontakt med bør omfattes, for eksempel hvor vedkommende innehar informasjon om andre kunder som tilsier et behov for en kundeklausul. HSH mener derfor det må åpnes for at dersom det foreligger et reelt behov for det, skal også andre kunder enn de arbeidstaker har vært i direkte kontakt med omfattes.

### *3.2.3. Krav om særlige grunner*

Etter forslaget § 14A-3 (1) er det et vilkår at det blant annet foreligger "særlige grunner" for at slike klausuler kan gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker og det foreslås tilsvarende regler som for konkurranseklausuler. HSH viser til sine kommentarer i punkt 3.1.3. ovenfor om konkurranseklausuler.

### *3.2.4. Skriftlighetskrav*

I forslaget § 14A-3 (1) stilles det krav om at konkurranseklausuler bare kan gjøres gjeldende dersom den er avtalt skriftlig. HSH støtter dette forslaget idet et slikt krav vil sikre forutberegnelighet og notoritet.

### *3.2.5. Krav om vederlag*

Etter forslaget § 14A-3 (3) skal reglene om vederlag for konkurranseklausuler gjelde tilsvarende for avtaler om kundeklausuler, men slik at vederlaget skal utgjøre minst 25 % av vederlaget for avtaler med varighet på seks måneder eller mindre og minst 50 % for avtaler med varighet over seks måneder.

HSH går sterkt imot dette forslaget og mener dette medfører svært urimelige konsekvenser, og vi viser i sin helhet til det som er sagt i punkt 3.1.6. ovenfor om dette. Det bør være selvsagt at arbeidstaker ikke har rett til å kontakte tidligere arbeidsgivers kunder og vi mener det vil stride mot enhver normal rettsoppfatning å gi arbeidsgiver en lovpålagt plikt til å betale *vederlag* til tidligere arbeidstakere for ikke å ta kontakt med virksomhetens kunder. Det må også legges til grunn at i mange tilfeller vil en kundeklausul ikke få noen betydning eller på noen måte være en ulempe eller inngripende overfor arbeidstaker. Når det gjelder vederlagets størrelse og inkludering av variable tillegg viser vi til våre kommentarer ovenfor om dette.

#### *3.2.6. Krav om maksimum varighet*

Etter forslaget § 14A-3 (3) skal reglene om varighet av konkurranseklausuler gjelde tilsvarende for kundeklausuler. HSH viser til sine kommentarer om dette ovenfor vedrørende konkurranseklausuler.

#### *3.2.7. Krav om fornyet vurdering*

Etter forslaget § 14A-3 (3) skal bestemmelsene om skriftlig redegjørelse for konkurranseklausuler gjelde tilsvarende for kundeklausuler. HSH viser til sine kommentarer om dette ovenfor vedrørende konkurranseklausuler.

#### *3.3.6. Rettsvirkningen*

Departementet uttaler side 37 i høringsnotatet at rettsvirkningen av at vilkårene i forslaget om kundeklausuler ikke er oppfylt skal være ugyldighet i sin helhet. HSH går sterkt imot dette forslaget og viser til det som er sagt om dette ovenfor.

### **3.3. Lovforslag om ikke-rekrutteringsklausuler**

I forslaget § 14A-4 forslås det et forbud mot ikke-rekrutteringsklausuler mellom arbeidsgiver og andre virksomheter, men med unntak i forbindelse med forhandlinger om virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven kapittel 16. HSH er enig med departementet i at det som hovedregel ikke bør være adgang til å hindre naturlig mobilitet i arbeidsmarkedet i så stor grad som en ikke-rekrutteringsklausul potensielt kan medføre.

HSH mener imidlertid det bør åpnes for flere unntak fra denne regelen enn det som legges opp til i forslaget § 14A-4 (2) hva gjelder i forbindelse med virksomhetsoverdragelser. Det bør i lovgivningen kunne tas høyde for at slike avtaler mellom virksomheter kan være basert på et saklig og reelt grunnlag for ikke-rekrutteringsklausuler. HSH mener derfor departementet må åpne for unntak der dette er saklig og reelt begrunnet.

### **3.4. Forslag om unntak for øverste leder**

Etter forslaget § 14A-5 skal reglene om konkurranseklausuler og kundeklausuler ikke gjelde for virksomhetens øverste leder dersom vedkommende i forhåndsavtale har sagt fra seg rettigheter mot etterlønn ved fratreden. Departementet ønsker spesielt høringsinstansenes syn på dette lovforslaget.

Departementet uttaler side 15 i høringsnotatet at øverste leder ofte vil ha stor innsikt i og kunnskap om virksomhetens drift og eventuelle bedriftshemmeligheter som det er viktig å beskytte.

Departementet uttaler videre at "en maksimalgrense på ett år for konkurranseklausulers varighet" kan "i forhold til øverste leder være for kort til å oppnå en tilfredsstillende beskyttelse for virksomheten". Videre uttaler departementet at toppledere har "ofte som en del av sine arbeidsbetingelser avtale om etterlønn ved fratreden" og at toppledere ofte vil ha en sterkere forhandlingsposisjon ved ansettelse.

HSH mener det klart er behov for å gjøre unntak fra reglene for virksomhetens øverste leder. HSH er imidlertid usikker på hvilken betydning en slik unntaksregel er ment å ha dersom det likevel skal inngås etterlønnsavtale med øverste leder som en forutsetning for at vedkommende skal unntas fra reglene. Dersom det forutsettes en slik etterlønnsavtale vil vel unntaket slik HSH ser det, kun knytte seg til vilkåret om maksimum varighet på ett år og muligens etterlønnens størrelse. HSH går derfor sterkt imot et vilkår om etterlønnsavtale for at øverste leder skal kunne unntas fra reglene.

Departementet uttaler videre på side 15 i høringsnotatet at tilsvarende hensyn også kan gjelde for andre enn øverste leder, men mener utvidelse av unntaket vil medføre avgrensingsproblemer og undergraving av reglene. HSH er enig med departementet i at tilsvarende hensyn klart vil gjelde for andre enn virksomhetens øverste leder og departementets argumentasjon på dette punkt er i tråd med HSHs grunnleggende syn på lovforslaget som sådan.

Vennlig hilsen

**HSH**



Harald Jachwitz Andersen

Direktør



Dagny Raa  
Advokat