

Høring om konkurranse-, kunde- og ikke- rekrutteringsklausuler

Arbeidsdepartementet
18. juni 2010

1	Innledning.....	4
1.1	Høringens hovedinnhold.....	4
1.2	Bakgrunn	5
2	Generelle hensyn.....	6
3	Konkurransesklausuler.....	7
3.1	Gjeldende rett - avtaleloven § 38.....	7
3.1.1	Oversikt.....	7
3.1.2	Avtaleloven § 38 første ledd	7
3.1.3	Avtaleloven § 38 annet ledd	9
3.1.4	Avtaleloven § 38 tredje ledd	10
3.2	Gjeldende rett - avtaleloven § 36.....	11
3.3	Gjeldende rett - agenturloven § 34	11
3.4	Gjeldende rett – arbeidsmiljøloven kapittel 16.....	11
3.5	Departementets vurdering og forslag	11
3.5.1	Behov for regulering	11
3.5.2	Plassering av nye bestemmelser.....	13
3.5.3	Anvendelsesområde	13
3.5.4	Vilkår – innledning	15
3.5.5	Vilkår om skriftlighet.....	16
3.5.6	Vilkår om særlig grunn	16
3.5.7	Vilkår om redegjørelse.....	21
3.5.8	Vilkår om tidsbegrensning.....	23
3.5.9	Vilkår om kompensasjon	24
3.5.10	Vilkår – rettvirkning	27
3.5.11	Oppsigelse fra arbeidsgiver som ikke er begrunnet i arbeidstakers forhold og lign.....	29
4	Kundeklausuler.....	29
4.1	Innledning.....	29
4.2	Gjeldende rett	29
4.3	Departementets vurdering og forslag	30
4.3.1	Behov for regulering.....	30
4.3.2	Plassering av nye bestemmelser.....	31
4.3.3	Anvendelsesområde	31
4.3.4	Vilkår – innledning	32

4.3.5	Vilkår om skriftlighet.....	32
4.3.6	Vilkår om særlig grunn	32
4.3.7	Vilkår om redegjørelse.....	34
4.3.8	Vilkår om tidsbegrensning.....	35
4.3.9	Vilkår om kompensasjon	35
4.3.10	Vilkår om kontakt med eller ansvar for kunden	36
4.3.11	Vilkår om angivelse av hvilke kunder som skal omfattes av klausulen	37
4.3.12	Vilkår – rettsvirkninger.....	37
4.3.13	Oppsigelse fra arbeidsgiver som ikke er begrunnet i arbeidstakers forhold og lign.....	37
5	Ikke-rekrutteringsklausuler	38
5.1	Innledning.....	38
5.2	Gjeldende rett	38
5.3	Departementets vurdering og forslag	39
5.3.1	Behov for regulering.....	39
5.3.2	Plassering av nye bestemmelser.....	41
5.3.3	Forbud mot ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom virksomheter ...	41
6	Overgangsbestemmelser.....	43
7	Modernisering av avtaleloven § 38 første ledd	43
8	Departementets forslag til nye bestemmelser.....	44

1 Innledning

1.1 Høringens hovedinnhold

Høringen som nå sendes ut angår konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler. En konkurranseklausul er en avtale inngått mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som begrenser sistnevntes adgang til å ta ansettelse i, etablere eller drive konkurrerende virksomhet. En kundeklausul er en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som begrenser sistnevntes adgang til å kontakte arbeidsgivers kunder. En ikke-rekrutteringsklausul kan deles inn i to hovedtyper. Dels kan det være en avtale som begrenser en fysisk persons adgang til å medvirke til at andre ansatte avslutter sitt ansettelsesforhold hos avtalemotparten, og dels kan det være en avtale mellom to virksomheter om ikke å ansette eller forsøke å ansette hverandres ansatte.

Det er bare konkurranseklausuler som i dag reguleres særskilt i lovgivningen. Avtaleloven § 38 regulerer konkurranseklausuler generelt og konkurranseklausuler i arbeidsforhold spesielt.

Departementet foreslår å regulere de forskjellige avtaletypene i et eget kapittel i arbeidsmiljøloven, nytt kapittel 14A. Samtidig foreslås avtaleloven § 38 annet og tredje ledd opphevet.

Forslaget innebærer for konkurranseklausulers del en innstramning i forhold til dagens regulering i avtaleloven § 38. Etter det foreliggende forslaget kan en konkurranseklausul kun inngås skriftlig, det må foreligge særlige grunner og det må ytes vederlag til arbeidstaker. Videre foreslås det at arbeidsgiver skriftlig må redegjøre for hva som anses som særlige grunner i det konkrete tilfellet senest to uker etter at arbeidstaker har sagt opp sin stilling eller avskjedstidspunktet. En konkurranseklausul kan etter forslaget maksimalt avtales for ett år regnet fra arbeidsforholdets opphør.

For kundeklausuler foreslås langt på vei de samme reglene som for konkurranseklausuler. En avtale om kundeklausul må inngås skriftlig, det må foreligge særlige grunner og arbeidstaker må ha krav på kompensasjon for at en slik klausul skal kunne gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker. I tillegg foreslås det at arbeidsgiver skriftlig må redegjøre for hva som anses som særlige grunner og hvilke kunder som skal omfattes av kundeklausulen senest to uker etter at arbeidstaker har sagt opp sin stilling eller avskjedstidspunktet. Også kundeklausuler foreslås maksimalt å gjelde i ett år etter arbeidsforholdet opphør.

Når det gjelder ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ser ikke departementet behov for å regulere disse klausulene.

Ikke-rekrutteringsklausuler som avtales mellom to virksomheter foreslår departementet et forbud mot. Det foreslås likevel et unntak innen stramme rammer for tilfeller der det forhandles om virksomhetsoverdragelse mellom to eller flere virksomheter.

1.2 Bakgrunn

Departementet har mottatt henvendelser fra flere arbeidstakerorganisasjoner som har påpekt at det stadig oftere forekommer at arbeidsgiver gjennom ulike former for konkurranseklausuler forsøker å begrense konkurransen om arbeidskraften. På denne bakgrunn ga departementet advokatfirmaet Hjort i oppdrag å utrede hvorvidt det er behov for ytterligere regulering enn dagens av konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler, samt utarbeide forslag til en eventuell ny regulering. Hjort leverte sin utredning til departementet høsten 2008. Utredningen konkluderte med at det var behov for regulering av de ulike klausulene, og foreslo nye regler i et nytt kapittel 17A i arbeidsmiljøloven. Utredningen ble i sin helhet sendt ut på høring til berørte parter høsten 2008.

Utredningens forslag til regulering gikk i grove trekk ut på at en konkurranseklausul kun kan gjøres gjeldende dersom det er avtalt skriftlig, det foreligger særlige grunner og arbeidstaker har krav på vederlag for den begrensningen som konkurranseklausulen innebærer. I tillegg ble det foreslått å begrense varigheten for konkurranseklausuler til et år. Videre ble det foreslått en rekke utførlige regler for i hvilke situasjoner klausulene kan gjøres gjeldende med tanke på arbeidsforholdets varighet og grunnen til at det avsluttes. Endelig ble det foreslått detaljerte regler om beregning av vederlag. Den samme reguleringen ble i hovedsak foreslått for kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler, dog med visse tilpasninger. Blant annet ble det foreslått ikke å stille krav om særlige grunner for at en kundeklausul skal kunne gjøres gjeldende. Det ble for ikke-rekrutteringsklausulenes vedkommende ikke foreslått regler om kompensasjon til arbeidstakere som blir berørt av slike klausuler.

Høringssvarene viste at det var til dels omfattende synspunkter på utredningen fra Hjort både fra arbeidstaker- og arbeidsgiversiden. På bakgrunn av svarene, må det sies at partene i arbeidslivet som utgangspunkt ønsker en regulering av konkurranseklausuler velkommen. Når det derimot gjelder kunde- og ikke-rekrutteringsklausulene, stiller arbeidsgiversiden seg skeptisk til om det er behov for ytterligere regulering utover det som følger av dagens rettstilstand.

Arbeidstakerorganisasjonene hevder på sin side at det også er et stort behov for regulering av disse avtalene. Høringssvarene avdekket at det fra begge sider er en rekke innspill av både juridisk, innholdsmessig og teknisk karakter til den foreslåtte reguleringen. I tillegg ble det reist nye spørsmål fra begge sider som etter deres syn bør utredes nærmere før man vedtar en eventuell ny regulering. Eksempelvis er det flere ulike synspunkter på reglens anvendelsesområde. Det etterlyses fra både arbeidstaker- og arbeidsgiverhold klarere retningslinjer for hva som ligger i vilkåret om særlige grunner. Høringssvarene viste også at det er sterke synspunkter fra begge sider på forslaget regler om vederlag og varighet.

I forbindelse med Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.) ble det besluttet at departementet skulle arbeide videre med forslag om regulering av klausulene basert på høringsinnspillene. Det er resultatet av dette arbeidet som nå sendes ut på høring. Departementet har gjort en rekke endringer av det opprinnelige forslaget av både teknisk, systematisk og materiell art.

2 Generelle hensyn

I forhold til regulering av konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler gjør det seg gjeldende flere hensyn.

For det første er det lang tradisjon i norsk rett for å verne og beskytte den svake part i et kontraktsforhold. I et arbeidsforhold vil som hovedregel arbeidstaker være den svake part. Denne vil i forhold til de nevnte klausulene som regel ha behov for vern. Ikke sjeldent inngås avtale om en type klausul samtidig med at man inngår arbeidsavtale. På dette stadiet i ansettelsesforholdet er arbeidstaker normalt i et sterkt avhengighetsforhold til arbeidsgiver, og har normalt en begrenset forhandlingsposisjon. Det er derfor viktig å sikre arbeidstaker visse minimumsrettigheter ved bruk av omtalte klausuler. En klausul kan også ha store fremtidige konsekvenser for arbeidstaker i form av at denne i kortere eller lengre tid er avskåret fra å kunne fritt utnytte sin arbeidskraft. For arbeidstaker, og for så vidt arbeidsgiver, er det viktig med klare og forutberegnlige regler.

Samfunnsøkonomiske hensyn tilsier også at bruken og omfanget av de forskjellige klausulene bør begrenses. Det er samfunnsmessig uheldig dersom arbeidskraft legges brakk i lang tid på grunn av en klausul. Verdifull kunnskap fra utdanning og erfaring kan gå tapt hvis arbeidstaker ikke får praktisert sitt yrke over lang tid. Dette kan igjen føre til at arbeidstaker etter en tid ikke er like attraktiv på arbeidsmarkedet i forhold til sitt yrke. Spesielt gjelder dette fagfelt der utviklingen skjer raskt og det er krav til at man holder seg løpende oppdatert.

Hensynet til arbeidsgiver tilsier imidlertid at det gis adgang til å avtale klausuler. Mens arbeidsforholdet består er arbeidsgiver beskyttet mot konkurranse fra arbeidstaker gjennom arbeidstakers lojalitetsplikt. De handlinger en klausul normalt er ment å forhindre rammes som regel av lojalitetsplikten som en arbeidstaker har overfor arbeidsgiver. Etter arbeidsforholdets opphør gjelder ikke lojalitetsplikten i samme grad lenger. Arbeidsgiver er til en viss grad beskyttet av markedsføringsloven § 28 og straffeloven § 294 nr 2 og 3. Disse bestemmelsene beskytter henholdsvis bedriftshemmeligheter og setter straff for misbruk av bedriftshemmeligheter som noen er betrodd som ansatt eller i forbindelse med et oppdrag. Utover dette må en arbeidsgiver avtale en klausul for å beskytte seg mot konkurranse fra en arbeidstaker etter at arbeidsforholdet er avsluttet. Det kan tenkes flere legitime grunner til å inngå en slik avtale. Eksempelvis kan en arbeidstaker ha fått inngående kompetanse og innsikt om en bedrift, herunder arbeidsgivers bedriftshemmeligheter og produksjonsteknikker, som det ikke er ønskelig at konkurrenter skal få nytte av.

3 Konkurransesklausuler

3.1 Gjeldende rett - avtaleloven § 38

3.1.1 Oversikt

Avtaleloven § 38 er i dag den sentrale bestemmelsen som regulerer konkurransesklausuler. Bestemmelsen er inntatt i lovens kapittel 3 "Om ugyldige viljeseerklæringer", og har følgende ordlyd:

"Har nogen gaat ind paa, at han av konkurransehensyn ikke skal ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art, binder vedtagelsen ham ikke, forsaavidt den urimelig indskrænker hans adgang til erhverv eller maa anses for at strække sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse. Ved avgjørelsen av, om vedtagelsen urimelig indskrænker den forpligtedes adgang til erhverv, skal hensyn tages ogsaa til den betydning, det har for den anden part, at avtalen opretholdes.

Er avtalen indgaat mellem indehaveren av en bedrift og nogen, som er ansat i bedriften som lærling, kontorist, betjent, arbeider eller i lignende underordnet stilling og gjælder den en viss tid, efterat ansættelsen er ophørt, er forpligtelsen ikke bindende for den underordnede. Er ansættelsen av den art, at den gir den ansatte indblik i indehaverens kundekreds eller forretningshemmeligheter, og han derhos kunde benytte dette indblik til i betydelig grad at skade indehaveren, skal forpligtelsen dog være bindende for den underordnede, forsaavidt ikke dette i urimelig grad vil vanskeliggjøre hans adgang til erhverv eller strækker sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse.

Har nogen, som er ansat i anden stilling i en bedrift, paatat sig slik forpligtelse, gjælder den ikke, hvis indehaveren siger ham op, uten at han har git rimelig grund til det, eller hvis han selv fratræder, og indehaveren har git ham rimelig grund til det ved at undlate at opfylde sine forpligtelser."

3.1.2 Avtaleloven § 38 første ledd

3.1.2.1 Anvendelsesområde m.m.

Avtaleloven § 38 første ledd gjelder avtaler der en fysisk eller juridisk person "av konkurransehensyn ikke skal ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art". Klausuler som hindrer en arbeidstaker i å ta arbeid innenfor en bestemt bransje eller å konkurrere med arbeidsgiveren vil typisk dekkes av bestemmelsens anvendelsesområde.

Avtaleloven § 38 første ledd gjelder imidlertid også avtalt konkurranseforbud utenfor et arbeidsforhold, for eksempel avtale om konkurranseforbud ved salg av virksomhet eller avtalt konkurranseklausul mellom forretningsforbindelser. Som eksempel vises til to avgjørelser fra Borgarting lagmannsrett, sak LB-2005-189 og LB-2006-58637 som begge gjaldt spørsmålet om konkurransesklausuler avtalt mellom aksjeselskaper kunne settes til side i medhold av avtaleloven § 38 første

ledd. I førstnevnte dom ble en i utgangspunktet tidsubegrenset karanteneperiode redusert til ett år *"blant annet under henvisning til avtaleloven § 38"*.

Avtaleloven § 38 første ledd fastsetter at en arbeidstaker er ubundet av en konkurranseklausul i to ulike situasjoner. En slik klausul er ugyldig dersom den *"urimelig innskrenker hans adgang til erhverv"* eller dersom den *"maa anses for at strække sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse"*.

Er et av disse vilkårene oppfylt, blir avtalen *"forsaavidt"* ugyldig eller delvis ugyldig. Dette innebærer at konkurranseklausulen ikke nødvendigvis faller bort, men at den kan sensureres med et resultat som innebærer at konkurranseklausulen blir mindre inngripende.

3.1.2.2 Avtaler som urimelig innskrenker adgangen til erverv

Utgangspunktet er at arbeidsgiver og arbeidstaker kan avtale innskrenkninger i arbeidstakers adgang til å ta erverv såfremt dette ikke er urimelig. Hvorvidt det foreligger en avtale som urimelig innskrenker adgangen til erverv, må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. Det fremgår direkte av ordlyden at det også skal tas hensyn til arbeidsgiverens behov for at konkurranseklausulen opprettholdes, jf § 38 første ledd annet punktum. Det må likevel være klart at avtalens virkninger for arbeidstakeren er det sentrale.

Et viktig moment vil være konkurransebegrensningens virkning i forhold til arbeidstakerens mulighet til å ta annet erverv. Det er retten til erverv som vernes, ikke retten til samme type arbeid eller samme bransje.

Det er ikke i avtaleloven § 38 fastsatt noen uttrykkelig grense for hvor langvarig en konkurranseklausul kan være. I Rt 2001 side 301 opprettholdt Høyesteretts kjæremålsutvalg fullt ut en konkurranseklausul som gjaldt i to år etter fratreden. Rettspraksis synes som hovedregel å ha akseptert konkurranseforbud med varighet inntil ett år uten vederlag. I juridisk teori er det antydnet at konkurranseforbud med inntil to års varighet uten vederlag vil kunne være gyldige, jf Henning Jakhelln *"Oversikt over arbeidsretten"* 4. utgave (2006) side 320.

En geografisk begrensning av konkurranseforbudet vil også kunne ha betydning for i hvilken grad adgangen til erverv innskrenkes. Det må antas at jo videre det geografiske virkeområdet for forbudet er, jo lettere vil det virke urimelig.

Av forarbeidene til § 38 fremgår det at den omstendighet at arbeidstakeren gis et vederlag for å påta seg konkurransebegrensningen samt størrelsen på et slikt vederlag, kan bli tillagt vesentlig betydning. Det er samtidig fremhevet i forarbeidene at samfunnets interesse i at arbeidskraft ikke skal legges øde likevel vil kunne føre til at en konkurranseklausul med avtalt vederlag, vil kunne være ugyldig, jf Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade (1913) side 91. Noe krav om at det skal ytes vederlag for at en konkurranseklausul skal være gyldig kan imidlertid ikke utledes av § 38. I Rt 2001 side 301 opprettholdt Høyesteretts kjæremålsutvalg en konkurranseklausul som gjaldt i to år etter fratreden, selv om den tidligere arbeidstakeren ikke hadde krav på noe vederlag.

Et spørsmål som kan oppstå dersom konkurranseklausulen gir arbeidstakeren rett til vederlag, er om arbeidsgiveren kan velge å gi avkall på konkurranseklausulen

med den konsekvens at også plikten til å betale vederlag bortfaller. Dette spørsmålet må i utgangspunktet løses gjennom en tolkning av konkurranseklausulen.

Tidspunktet for inngåelsen av avtalen vedrørende konkurranseklausulen må også kunne tillegges vekt ved en helhetsvurdering. Det må antas at det skal mer til for å sette til side en avtale inngått i forbindelse med fratredelse enn en avtale inngått på et tidligere tidspunkt idet styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver på fratredelsestidspunktet normalt vil være mer balansert.

3.1.2.3 Avtaler som går lenger enn påkrevet for å verne mot konkurranse

Også avtaler som går lenger i å beskytte en tidligere arbeidsgiver mot konkurranse enn nødvendig, vil være ugyldige etter § 38 første ledd. Dette innebærer at en konkurranseklausul faller bort hvis arbeidsgiveren ikke lenger har noen interesse i å opprettholde den. Dersom for eksempel den tidligere arbeidsgiverens virksomhet opphører, vil behovet for konkurranseklausulen kunne være bortfalt.

Det forhold at en arbeidstaker har fått innblikk i kundekrets og forretningshemmeligheter vil være et moment som taler for å opprettholde en konkurranseklausul, jf Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuesrettens omraade (1913) side 91-92. Uten en slik klausul vil arbeidsgiveren bare ha bestemmelsene om bedriftshemmeligheter i markedsføringsloven § 7 og straffeloven § 294 å holde seg til hvor det i praksis vil kunne være svært vanskelig å bevise at en bedriftshemmelighet er røpet. Hensynet til arbeidsgiveren tilsier derfor at man i slike tilfeller er mer tilbakeholden med å sette konkurranseklausuler til side, jf som eksempel RG 1980 side 84 og LF-1997-00059.

Ved vurderingen av hvorvidt kunnskap om forretningshemmeligheter kan begrunne et konkurranseforbud, må det avgrenses mot kunnskap som er alminnelig kjent i markedet. Tilsvarende taler reelle hensyn for at informasjon om forhold som det for konkurrentene i markedet vil være tidkrevende å opparbeide, likestilles med forretningshemmeligheter i denne sammenheng, selv om den ikke nødvendigvis anses som en bedriftshemmelighet etter straffeloven § 294 eller markedsføringsloven § 7. Kunnskap om forhold som kan betegnes som "know how", vil på samme måte kunne utgjøre en konkurransefaktor, jf som eksempel Rt 1964 side 238.

I virksomheter der det i liten grad forekommer forretningshemmeligheter, vil det kunne være vanskeligere å gjøre gjeldende en konkurranseklausul.

3.1.3 Avtaleloven § 38 annet ledd

Avtaleloven § 38 annet ledd første punktum oppstiller en hovedregel om ugyldighet der konkurransebegrensende avtaler er inngått med arbeidstakere i en underordnet stilling, i lovteksten angitt som "*lærling, kontorist, betjent, arbeider eller i lignende underordnet stilling*". Bakgrunnen for regelen er dels at det er behov for å beskytte underordnede arbeidstakere som den særlig svake part i et ansettelsesforhold og dels at arbeidsgiver sjelden vil ha behov for konkurranseklausuler i forhold til arbeidstakere i underordnede stillinger.

Utgangspunktet vil for de fleste konkurranseklausuler avtalt med arbeidstakere i underordnede stillinger være ugyldighet, med mindre vedkommende har fått innblikk i arbeidsgiverens kundekrets og forretningshemmeligheter og denne kunnskapen kan brukes til i betydelig grad å skade arbeidsgiveren. Arbeidsgiveren vil i så fall kunne ha et legitimt behov for vern mot konkurranse. Bestemmelsens rekkevidde begrenses imidlertid ved at konkurranseklausulen kan kjennes helt eller delvis ugyldig etter en konkret rimelighetsvurdering tilsvarende rimelighetsstandarden i § 38 første ledd

Oppregningen av hvilke arbeidstakere som nyter godt av særregelen i annet ledd første punktum er ikke uttømmende, jf ordene *"lignende underordnet stilling"*. I praksis har det antagelig begrenset betydning å avgjøre hvilke arbeidstakere som skal regnes som underordnet og som er omfattet av særregelen i § 38 annet ledd. I RG 1991 side 1186 er det med henvisning til eldre litteratur uttalt at:

"hvis et tilfelle ikke faller inn under § 38 annet ledd, så vil det gå inn under § 38 første ledd, og hvis tilfellet ligger på grensen, så vil det regelmessig ikke være påkrevd å verne seg mot konkurranse fra vedkommende person".

Et særlig spørsmål er om en arbeidstaker i en underordnet stilling som har inngått en gyldig konkurranseklausul etter § 38 annet ledd, også kan påberope seg bestemmelsene i § 38 tredje ledd. Ordlyden i tredje ledd kan tyde på at dette ikke har vært meningen, jf formuleringen *"i anden stilling"*. § 38 er imidlertid en vernebestemmelse hvilket tilsier at underordnede arbeidstakere ikke skal ha et dårligere vern enn det "overordnede" har etter § 38 tredje ledd. Tilblivelsen av bestemmelsen underbygger også en slik forståelse idet annet ledd annet punktum ble inntatt under justiskomiteens behandling av lovforslaget fordi man ønsket å begrense anvendelsesområdet for ugyldighetsregelen i annet ledd første punktum, ikke fordi man ønsket å gi underordnede et svakere vern enn de arbeidstakerne som er omfattet av § 38 tredje ledd. Det må etter dette kunne legges til grunn at arbeidstakere i "underordnet stilling" også kan påberope seg bestemmelsen i § 38 tredje ledd.

3.1.4 Avtaleloven § 38 tredje ledd

Bestemmelsen i § 38 tredje ledd hindrer en konkurranseklausul, som ikke er ugyldig etter første eller annet ledd, å få virkning overfor arbeidstaker dersom en arbeidsgiver fremtvinger en avslutning av et arbeidsforhold.

Etter tredje ledd første alternativ blir en konkurranseklausul ugyldig dersom arbeidsgiveren sier opp arbeidstakeren uten at arbeidstakeren har gitt arbeidsgiveren *"rimelig grund"* til dette. Dette innebærer at en oppsigelse som skyldes arbeidsgivers forhold, f eks rasjonalisering og driftsinnskrenkninger vil innebære at en avtale om konkurranseklausul faller bort, jf Rt 2006 side 1025.

Dersom en arbeidstaker sies opp på grunn av vedkommendes forhold, vil det avgjørende for klausulens gyldighet være om oppsigelsen er saklig begrunnet etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Er oppsigelsen saklig begrunnet i arbeidstakers forhold, vil konkurranseklausulen fortsatt kunne gjøres gjeldende såfremt konkurranseforbudet ikke er ugyldig etter § 38 første eller annet ledd, jf Utkast til

lov om avtaler og andre retshandler paa formuesrettens omraade (1913) side 18. Er oppsigelsen ikke saklig begrunnet har arbeidsgiveren grepet feil, og en konsekvens av dette er at eventuelle konkurranseklausuler bortfaller

Etter tredje ledd annet alternativ bortfaller konkurranseklausulen dersom arbeidstakeren selv sier opp ansettelsesforholdet og *"indehaveren har git ham rimelig grund til det ved at undlate at opfylde sine forpligtelser"*. Siden oppsigelse fra arbeidstaker i motsetning til en oppsigelse fra arbeidsgiver, ikke behøver å være saklig begrunnet, må dette alternativet etter sin ordlyd og forarbeidene forstås som en rimelighetsstandard. Vurderingstemaet vil således være hvorvidt arbeidsgiver ved å unnlate å oppfylle sine forpliktelser, har gitt arbeidstaker rimelig grunn til å si opp sitt ansettelsesforhold. Dette vil normalt være tilfellet dersom arbeidsgiver har misligholdt arbeidsavtalen, eksempelvis ved mislighold av lønnsplikten.

3.2 Gjeldende rett - avtaleloven § 36

I prinsippet kan konkurranseklausuler også vurderes i forhold til og eventuelt settes til side helt eller delvis i medhold av avtaleloven § 36. Denne bestemmelsen har imidlertid liten praktisk betydning for konkurranseklausuler, og departementet kjenner ikke til eksempler på at konkurranseklausuler er blitt satt til side i medhold av avtaleloven § 36. Departementet antar at grunnen til dette er at en konkurranseklausul enten vil bli satt til side helt eller delvis i medhold av avtaleloven § 38, og da er det ikke nødvendig å vurdere § 36. Alternativt vil konkurranseklausulen ikke bli satt til side i medhold av § 38, og da vil klausulen heller ikke være urimelig i forhold til § 36.

3.3 Gjeldende rett - agenturloven § 34

Agenturloven § 34 inneholder en særbestemmelse for konkurranseklausuler i agenturforhold. Det stilles her krav om at en slik klausul må avtales skriftlig samtidig som det settes grenser for hvilket omfang konkurranseklausulen kan ha. Klausulen vil i tillegg kunne settes til side etter avtaleloven § 38.

3.4 Gjeldende rett – arbeidsmiljøloven kapittel 16

Etter arbeidsmiljøloven § 16-2 overføres ved virksomhetsoverdragelse tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold til den nye arbeidsgiver. Det må legges til grunn at også konkurranseklausuler blir overført etter denne bestemmelsen ved virksomhetsoverdragelse.

3.5 Departementets vurdering og forslag

3.5.1 Behov for regulering

I dag reguleres konkurranseklausuler hovedsakelig i avtaleloven § 38 som er fra 1918. Bestemmelsen er nesten hundre år gammel, og det har blitt foretatt få endringer siden bestemmelsen trådte i kraft. Endringene har hovedsakelig vært av språklig karakter. Materielt sett er bestemmelsen identisk i dag som i 1918.

Bestemmelsen bærer preg av skjønnsmessige formuleringer som gjør det vanskelig for både arbeidstaker og arbeidsgiver å forutse sin rettsstilling. Hovedvilkårene for å avtale en konkurranseklausul etter avtaleloven § 38 er at klausulen ikke ”urimelig” innskrenker adgangen til erverv og at den ikke strekker ”sig lenger end paakrævet for at verne mot konkurranse”. De vage vilkårene gjør det vanskelig for arbeidstaker å vite hvor omfattende inngrep i sin frihet til å velge ny arbeidsgiver som kan godtas. Samtidig vil arbeidsgiver på sin side ikke vite hva slags handlinger som vedkommende kan beskytte seg mot gjennom en konkurranseklausul.

Et spørsmål som stadig har vært gjenstand for tvister, er hvor lenge en konkurranseklausul kan vare i tid. Etter gjeldende regulering er det ikke fastsatt noen grense for hvor langvarig en konkurranseklausul kan være. Spørsmålet må derfor avgjøres på grunnlag av hovedvilkårene i avtaleloven § 38 som er nevnt ovenfor. Rettspraksis har vært tilbøyelig til å godta klausuler med varighet på opptil to år. Et annet spørsmål som ofte oppstår i forbindelse med spørsmålet om hvor lenge en klausul kan vare, er om det skal ytes kompensasjon til arbeidstaker. Avtaleloven § 38 pålegger ikke arbeidsgiver å yte kompensasjon til arbeidstaker for den begrensningen klausulen innebærer for sistnevnte. Likevel kan det se ut til at rettspraksis har godtatt klausuler med lengre varighet når det ytes kompensasjon til arbeidstaker enn der slik kompensasjon ikke gis.

Departementet er ikke kjent med at det i dag foreligger statistikk som sier noe om hvor omfattende bruken av konkurranseklausuler er i arbeidslivet generelt. Noe tallmaterieell foreligger fra enkelte interesseorganisasjoner, men da begrenset til deres respektive fag- og/eller interessefelt. Signalene departementet har fått, spesielt fra arbeidstakerorganisasjonene, er imidlertid at utbredelsen av konkurranseklausuler er forholdsvis stor og at bruken av klausulene er tiltagende. Videre tyder signalene på at det benyttes konkurranseklausuler i arbeidsavtaler med arbeidstakere på underordnet nivå i virksomheter. Departementet antar likevel at bruken av konkurranseklausuler er mest fremtredene for arbeidstakere i overordnede stillinger og i kunnskapsbaserte bransjer.

En konkurranseklausul griper for en periode inn i arbeidstakers frihet til fritt å utnytte sin arbeidskraft, og hindrer således vedkommendes mobilitet i arbeidsmarkedet. Det er et overordnet ønske om at arbeidsmarkedet skal være så fritt som mulig for å sikre effektiv allokering av arbeidskraft. For den enkelte arbeidstaker kan det å være bundet av en konkurranseklausul få store konsekvenser. Vedkommende kan risikere å bli avskåret fra å utnytte sin utdanning og sine kunnskaper i en lengre periode uten å være sikret inntekt. Samtidig er det viktig å motivere arbeidsgivere til å satse på kunnskapsutvikling og innovasjon. Det er derfor nødvendig at arbeidsgiver har adgang til å beskytte lønnsomheten av kostbare innovasjoner mot konkurranse. Det er også viktig for arbeidsgivere at deres forretningshemmeligheter og -planer sikres beskyttelse mot innsyn fra konkurrenter. Bruk av konkurranseklausuler kan således være et viktig element i å oppnå tilfredsstillende beskyttelse som er omtalt ovenfor.

Departementet mener på denne bakgrunn at det er nødvendig å gi tydeligere signaler i lovgivningen om innenfor hvilke rammer en konkurranseklausul kan inngås enn det som følger av dagens regulering i avtaleloven § 38. I tillegg er det

nødvendig å utforme regler med dagens språkdrakt. Sett hen til ønsket om et så fritt arbeidsmarked som mulig, de til dels store konsekvensene en konkurranseklausul kan medføre for arbeidstaker og den antatt økte bruken av konkurranseklausuler, er det også ønskelig å foreta en viss innstramning i adgangen til å inngå en konkurranseklausul i forhold til dagens regler.

3.5.2 Plassering av nye bestemmelser

Dagens regulering er plassert i avtaleloven. Avtaleloven § 38 første ledd regulerer konkurranseklausuler generelt, mens annet og tredje ledd har en rekke særbestemmelser som kun gjelder klausuler avtalt i arbeidsforhold.

Departementet antar at konkurranseklausuler blir hyppigst brukt i arbeidsforhold. Det kan derfor reises spørsmål om avtaleloven er det best egnede stedet å plassere regler om konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold. Både for arbeidstaker og arbeidsgiver kan det fremstå som lite logisk å ha slike bestemmelser i nevnte lov. Konsekvensen kan være at reglene fremstår som utilgjengelige og sågar ukjente for brukerne. En konkurranseklausul skal gjelde etter at et arbeidsforhold er avsluttet, men inngås enten ved ansettelse, mens arbeidsforholdet løper eller i forbindelse med opphør av arbeidsforholdet. Departementet anser det derfor som hensiktsmessig å plassere nye regler om konkurranseklausuler i arbeidsmiljøloven. Denne loven er velkjent for brukerne av reglene, og regulerer rettigheter og plikter i arbeidsforholdet for øvrig i hele den perioden det er aktuelt til å inngå en avtale om konkurranseklausul. Det foreslås derfor et nytt kapittel 14A i arbeidsmiljøloven som skal regulere konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold. Departementet antar at det er mest logisk å plassere reglene mellom kapittel 14 og 15 som regulerer henholdsvis ansettelse og opphør av arbeidsforhold.

Som en konsekvens av at reguleringen av konkurranseklausuler i arbeidsforhold foreslås flyttes fra avtaleloven til arbeidsmiljøloven, foreslår departementet at avtaleloven § 38 annet og tredje ledd oppheves. Avtaleloven § 38 første ledd foreslås videreført. Dette for å sikre fortsatt regulering av avtalte konkurranseklausuler *utenfor arbeidsforhold*, eksempelvis avtale om konkurranseforbud ved salg av virksomhet eller avtalt konkurranseklausul mellom forretningsforbindelser. Etter sin ordlyd vil fortsatt avtaleloven § 38 første ledd kunne sies å komme til anvendelse på konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold. Departementet anser det imidlertid som lite praktisk at avtaleloven § 38 første ledd skal få selvstendig betydning for konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold ved siden av de foreslåtte reglene i et nytt kapittel 14A i arbeidsmiljøloven. For det første vil de nye reglene være spesialregler for arbeidsforhold, mens avtaleloven § 38 første ledd er generell i sin utforming. Lex specialis-prinsippet tilsier således at de nye reglene må få forrang foran avtaleloven § 38 første ledd. For det andre vil de nye reglene innebære en innstramning i forhold til dagens regler i avtaleloven § 38.

3.5.3 Anvendelsesområde

I dag vil avtaleloven § 38 ramme avtaler som begrenser en arbeidstakers mulighet til å starte eller drive en virksomhet eller å ta ansettelse hos en annen arbeidsgiver.

Det ble i forrige høringsrunde ikke fra noen høringsinstans påpekt behov for å endre hvilke handlinger en konkurranseklausul kan beskytte en arbeidsgiver mot. Departementet foreslår derfor å videreføre dagens regler på dette punkt. Følgelig vil de foreslåtte reglene få anvendelse på avtaler som begrenser arbeidstakers adgang til å starte eller drive en virksomhet eller å ta ansettelse hos en annen arbeidsgiver.

En avtale om konkurranseklausul inngås normalt for å beskytte arbeidsgiver mot konkurranse fra en tidligere arbeidstaker. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det inngås klausuler som er så vide i sin utforming at de også rammer handlinger som ikke vil være i konkurranse med arbeidsgiver. For eksempel kan det tenkes at en advokat har inngått avtale om klausul med sin arbeidsgiver om ikke å starte egen praksis. Dersom advokaten vil starte egen praksis innen rettsområder som arbeidsgiver ikke befatter seg med, kan det vanskelig sies å utgjøre en konkurrerende virksomhet med arbeidsgiver. Likevel vil klausulen forhindre advokaten å starte egen virksomhet. For at slike tilfeller skal fanges opp av anvendelsesområdet til de nye reglene og dermed bli underlagt de foreslåtte vilkårene, foreslår departementet at de nye reglene får anvendelse på klausuler som hindrer arbeidstaker i å ta ansettelse i virksomhet av en ”*viss art*” eller starte eller drive virksomhet av en ”*viss art*”. Departementet bemerker imidlertid, jf nedenfor under drøftingen av vilkår for konkurranseklausuler, at arbeidsgiver må ha et nødvendig behov for vern mot konkurranse. Klausulen som er nevnt i eksempelet ovenfor vil derfor neppe kunne gjøres gjeldende overfor arbeidstaker idet vilkårene neppe vil være oppfylt; den nye virksomheten er ikke i konkurranse med arbeidsgiver.

En konkurranseklausul vil regulere forholdet mellom partene etter at arbeidsforholdet er avsluttet. Departementet foreslår av den grunn at det presiseres i lovteksten at reglene vil få anvendelse på avtale om konkurranseklausul som får virkning overfor arbeidstaker *etter* at arbeidsforholdet har opphørt. Arbeidsforholdet vil normalt opphøre ved utløpet av oppsigelsesfristen, eventuelt avskjedstidspunktet.

Det kan tenkes tilfeller der det presiseres i arbeidsavtalen at arbeidstaker ikke skal ha anledning til å drive konkurrerende virksomhet med arbeidsgiver eller ha bierverv hos konkurrerende virksomheter *mens* arbeidsforholdet løper. Slike avtalebestemmelser vil ikke være omfattet av det foreliggende forslaget. Mens et arbeidsforhold består, må det legges til grunn at arbeidstakers lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver normalt vil beskytte arbeidsgiver mot de handlinger som ligger i kjernen av hva en konkurranseklausul tar sikte på å regulere.

Siden de foreslåtte reglene vil få anvendelse på konkurranseklausuler som får virkning overfor arbeidstaker etter at arbeidsforholdet er opphørt, vil de nye reglene ikke berøre adgangen for arbeidsgiver og arbeidstaker til å inngå avtale om såkalt bindingstidsklausul. Slike klausuler vil ha virkning mens arbeidsforholdet består. Bindingstidsklausul er en avtale om at arbeidstaker forplikter seg til å arbeide hos arbeidsgiver i minimum en viss tid. Slike avtaler inngås typisk i de tilfellene arbeidsgiver betaler utdanning eller videreutdanning for arbeidstaker. For at arbeidsgiver skal kunne dra nytte av sin investering, er det ofte nødvendig at arbeidstaker binder seg til å arbeide hos arbeidsgiver en viss periode før

vedkommende har adgang til å skifte arbeidsgiver. Departementet er av den oppfatning at hensynet til vern av arbeidstaker ikke gjør seg like sterkt gjeldende ved en bindingstidsklausul som ved en konkurranseklausul. Arbeidstaker vil ved en bindingstidsklausul være sikret både arbeid og inntekt all den tid klausulen består. Dersom det er utdanning som begrunner bindingstidsklausulen, vil dessuten arbeidstaker selv kunne ha en stor fordel av kompetansehevingen både hos sin nåværende arbeidsgiver og senere i karrieren. Departementet legger til grunn at adgangen til å inngå avtale om bindingstidsklausul må gjøres innenfor de rammer avtaleloven § 36 fastsetter.

Departementet foreslår videre at de nye reglene kommer til anvendelse der avtale om konkurranseklausul er inngått før arbeidsforholdet er opphørt. Dette markeres i lovforslaget ved at avtalen må være inngått ”mellom arbeidsgiver og arbeidstaker”, (og at klausulen skal gjelde ”etter at arbeidsforholdet har opphørt”). Dersom det inngås en avtale om konkurranseklausul etter at oppsigelsestiden er utløpt eller etter avskjedstidspunktet, er det ikke lenger et arbeidsforhold og man er følgelig utenfor anvendelsesområdet til de foreslåtte nye reglene. I stedet vil det være gjenværende del av avtaleloven § 38 som da regulerer forholdet.

Departementet foreslår at det gjøres unntak fra reglene for virksomhetens øverste leder. Unntak skal kun kunne gjøres der det på forhånd er inngått avtale om å frasi seg reglen mot etterlønn ved fratreden. Dette er i tråd med det tilsvarende unntak fra arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler i § 15-16. Ofte vil øverste leder ha stor innsikt i og kunnskap om virksomhetens drift og eventuelle bedriftshemmeligheter som det er viktig å beskytte. Departementet foreslår en maksimalgrense på ett år for konkurranseklausulens varighet, se nærmer i punkt 3.5.8. Denne grensen kan i forhold til øverste leder være for kort til å oppnå en tilfredsstillende beskyttelse for virksomheten. Toppledere har dessuten ofte som del av sine arbeidsbetingelser avtale om etterlønn ved fratreden. Departementet antar at størrelsen på etterlønnen har sammenheng med en eventuell konkurranseklausul, slik at jo lenger klausulen skal vare i tid, desto høyere er etterlønnen. Departementet vurderer det også slik at øverste leder som regel vil ha en sterkere forhandlingsposisjon enn andre arbeidstakere når arbeidsbetingelsene skal avtales. Departementet ønsker spesielt høringsinstansenes syn på dette forslaget.

Departementet ser at tilsvarende hensyn også kan gjøre seg gjeldende for andre ledende ansatte. Imidlertid kan et unntak for andre arbeidstakere enn øverste leder by på retts tekniske utfordringer i form av avgrensning mot arbeidstakere som skal omfattes av regelverket. Det legges til grunn at bruk av konkurranseklausul er mest aktuelt for ledende ansatte da disse normalt har god kjennskap til virksomhetens strategiplaner og bedriftshemmeligheter. Et for omfattende unntak fra regelverket kan derfor fort undergrave det vernet reglene har til hensikt å gi arbeidstaker. Departementet foreslår derfor at det ikke skal gjøres unntak fra reglene for andre enn øverste leder.

3.5.4 Vilkår – innledning

Dagens rettstilstand oppfattes, som nevnt, vag og til dels uforutsigbar for avtalepartene. Departementet ønsker derfor å utforme klarere regler enn dagens for

konkurransesklausulers gyldighet. Samtidig ønsker departementet en viss innskjerping i bruken av konkurransesklausuler, og således i vilkårene for rettsgyldig å kunne avtale konkurransesklausuler. For å sikre en nødvendig fleksibilitet i regelverket er det ikke til å unngå at reglene vil ha elementer av skjønn i seg, se punkt 3.5.6. Likevel vil det nye forslaget etter departementets skjønn innebære en klargjøring av rettstilstanden for både arbeidstaker og arbeidsgiver.

Departementet foreslår at det innføres tre hovedvilkår for at en konkurransesklausul kan gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker. Den må inngås skriftlig, det må foreligge særlige grunner og arbeidstaker må ha krav på kompensasjon. I tillegg foreslås det å innføre et krav om at arbeidsgiver må redegjøre skriftlig for hva som anses for å utgjøre særlige grunner i det enkelte tilfelle. Dessuten foreslås det begrensninger i hvor lenge en konkurransesklausul kan vare i tid. Endelig foreslås regler som begrenser en konkurransesklausuls anvendelse etter hva som foranlediger opphøret av arbeidsforholdet.

3.5.5 Vilkår om skriftlighet

Det foreslås at det innføres krav om at avtale om konkurransesklausul skal inngås skriftlig. Departementet antar at det er lite praktisk at slike avtaler inngås muntlig.

3.5.6 Vilkår om særlig grunn

For å hindre at avtale om konkurransesklausul skal kunne inngås i ethvert arbeidsforhold, foreslår departementet at det innføres et krav om at det må foreligge en særlig grunn for at en klausul skal være bindende for arbeidstaker. Vilåret gir anvisning på en konkret helhetsvurdering der en rekke momenter vil ha betydning. Momentene det er relevant å legge vekt på er særlig arbeidsgivers nødvendige behov for vern mot konkurranse, arbeidstakers stilling, lengden på ansettelsesforholdet og konsekvensen for arbeidstaker av at en konkurransesklausul gjøres gjeldende. For at loven skal gi en best mulig anvisning på vurderingskriteriene, foreslår departementet at disse momentene inntas i loven. Oppstilling av hvilke momenter det skal legges vekt på i loven er ment å være uttømmende. Departementet vil likevel påpeke at momentet om at arbeidsgiver må ha et *nødvendig behov for vern mot konkurranse* er en rettslig standard hvis innhold kan tenkes å bli utviklet gjennom praksis over tid.

Departementet foreslår videre at kravet om særlig grunn må foreligge på det tidspunktet konkurransesklausulen skal gjøres gjeldende overfor arbeidstaker. En konkurransesklausul kan gjøres gjeldende overfor arbeidstaker ved arbeidsforholdets opphør. På dette tidspunktet vil grunnlaget for vurderingen av om det foreligger en særlig grunn være det beste. Da vet man som regel hva slags stilling arbeidstaker skal eller ønsker seg over til. I tillegg vet man blant annet hvor lenge arbeidstaker har vært i sin nåværende stilling og hva slags innsikt og kompetanse om virksomheten arbeidstaker sitter inne med. Hvorvidt vilkårene for en konkurransesklausul er til stede, jf forslaget til vurderingskriterier, vil kunne endre seg i løpet av et arbeidsforhold. Det sier seg selv at vurderingen av om det foreligger en særlig grunn kan falle forskjellig ut alt ettersom hvor lenge et arbeidsforhold har vart. Ofte er det slik at en arbeidstaker opparbeider seg spesialkompetanse og innsikt i virksomhetens drift etter hvert mens

arbeidsforholdet består. Det kan derfor være vanskelig for arbeidsgiver på et tidlig stadium i et ansettelsesforhold å vite om det foreligger en særlig grunn som kan legitimere at en avtale om konkurranseklausul kan gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker når arbeidsforholdet en gang tar slutt. Departementets forslag tar hensyn til denne usikkerheten ved at det ikke settes skranker for når det skal være adgangen til å inngå avtale om konkurranseklausul. Avtale om konkurranseklausul kan derfor inngås enten ved ansettelsen eller underveis i arbeidsforholdet eller ved arbeidsforholdets opphør. Det er imidlertid først når avtalen skal gjøres gjeldende overfor arbeidstaker at vilkåret om særlige grunner setter skranker for gyldigheten av en konkurranseklausul.

Nedenfor gis det en gjennomgang av de momenter som etter departementets syn er sentrale i forbindelse med vilkåret om særlig grunn. Departementet presiseres at momentene i stor grad griper over i hverandre, og ikke kan vurderes isolert.

3.5.6.1 Arbeidsgivers nødvendige behov for vern mot konkurranse

Behov for vern mot konkurranse er det som begrunner en avtale om konkurranseklausul. Departementet foreslår at det skal legges vekt på arbeidsgivers behov når det skal tas stilling til om det foreligger særlige grunner. Behovet for vern mot konkurranse må, etter departementets forslag, karakteriseres som *nødvendig*, ikke ethvert behov er tilstrekkelig til å legitimere en konkurranseklausul.

For å avgjøre om arbeidsgiver har et nødvendig behov for vern, må man først og fremst se på nedslagsfeltet til den enkelte konkurranseklausul. Det er etter departementets vurdering bedriftshemmeligheter og såkalt know-how som er utviklet i virksomheten som det bør være adgang til å beskytte gjennom bruk av en konkurranseklausul. Besitter arbeidstaker slik kunnskap, må arbeidsgiver normalt sies å ha et nødvendig behov for vern mot konkurranse. Som regel er det knyttet til dels store kostnader for arbeidsgiver til utvikling av bedriftshemmeligheter og know-how. For at arbeidsgiver skal se seg tjent med å utvikle nye ideer, metoder, strategier etc, er det viktig at investeringen kan beskyttes mot konkurranse ved hjelp av avtale om konkurranseklausul med involverte arbeidstakere. Dessuten kan den innsikt og kunnskap en bedriftshemmelighet og/eller know-how innebærer, ofte være det som gir vedkommende virksomhet et fortrinn i forhold til andre konkurrenter i samme marked. Det ville vært urimelig om arbeidstakere som har kjennskap til arbeidsgivers bedriftshemmeligheter og/eller know-how fritt kunne benytte denne kunnskapen i egen virksomhet eller hos ny arbeidsgiver på bekostning av tidligere arbeidsgiver.

Etter departementets vurdering må det sondres mellom den innsikt og kunnskap om virksomhetens bedriftshemmeligheter og know-how som arbeidstaker opparbeider seg i løpet av arbeidsforholdet og mer generell kompetanse som opparbeides gjennom utdanning og arbeid. Sistnevnte er kompetanse som arbeidsgiver kan ha ønske om å forhindre konkurranse fra, men som ikke kan anses som et *nødvendig* behov som legitimerer at en konkurranseklausul skal få virkning overfor arbeidstaker. Dette er generell kunnskap som alle arbeidsgivere må konkurrere om. Det kan ikke være slik at en arbeidsgiver kan begrense denne

konkurransen om arbeidskraft ved å innskrenke sine egne ansattes muligheter til å skaffe seg annet lignende arbeid hos en annen arbeidsgiver.

Hvorvidt det foreligger en bedriftshemmelighet og/eller know-how i det enkelte tilfelle, må bero på en konkret vurdering.

Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) har bestemmelser om beskyttelse av bedriftshemmeligheter i § 28. Departementet vil presisere at nevnte bestemmelse også retter seg mot arbeidstaker slik at arbeidsgiver har et generelt vern mot at kunnskap om bedriftshemmeligheter blir rettsstridig utnyttet av arbeidstaker uavhengig av om det er avtalt en konkurranseklausul eller ikke. Det er naturlig at de samme momentene som er avgjørende for om det foreligger en bedriftshemmelighet etter markedsføringsloven § 28 også er utslagsgivende i forhold til om man har å gjøre med kunnskap og innsikt som gir arbeidsgiver et nødvendig behov for vern mot konkurranse. Markedsføringsloven definerer ikke hva som er en bedriftshemmelighet, men forarbeidene til loven gir føringer i så måte. Det er klart at både tekniske og kommersielle forhold omfattes av begrepet. I forarbeidene (Ot.prp. nr. 55 (2007-2008, jf. Ot.prp. nr. 57 (1971-1972)) stilles det krav om at bedriftshemmeligheten må fylle visse kvalitative krav og at den behandles som hemmelig for at den skal være beskyttelsesverdig. Når det gjelder det første kravet må en bedriftshemmelighet være spesifikk for vedkommende bedrift og være av betydning for dens virksomhet. Vanligvis vil den være utviklet for eller ved virksomheten og ikke ha vært kjent tidligere. Forarbeidene nevner som eksempel viten som er *”materialisert f.eks. i særlige maskiner eller maskindeler, særlige kombinasjoner av maskiner, spesielle råstoffer, eller råstoffsammensetninger. Arbeidet med produktutvikling og prøver med nye varetyper kan være bedriftshemmeligheter. En teknisk foranstaltning kan være en patentbar oppfinnelse, som ønskes holdt hemmelig, men den kan etter omstendighetene også være vernet som bedriftshemmelighet selv om den ikke har den nødvendige oppfinneshøyde. På den kommersielle side kan driftsresultater og statistikker være hemmeligheter, likeså planer for markedsføring, tidspunktet for visse innsatser i reklame m.v., innkjøpskilder for råstoffer m.v.”*. Det andre kravet om at den spesielle viten må behandles som en bedriftshemmelighet innebærer at virksomheten uttrykkelig har markert kravet på hemmelighold eller at dette ligger klart i selve situasjonen. Eksempelvis kan dette være markert med instruksjer og oppslag, taushetserklæringer og adgangsbegrensning og lignende eller gjennom fysiske tiltak som innlåsing, stemping av tegninger og beskrivelser. Det at det er avtalt en konkurranseklausul kan etter omstendighetene også tyde på at det foreligger kunnskap i det konkrete tilfelle som behandles som hemmelig.

I overgangen mellom bedriftshemmeligheter og mer generell kompetanse som opparbeides gjennom utdanning og arbeid ligger begrepet know-how. Begrepet ”know-how” er ikke definert noe sted i lovgivningen. I Rt 1964 side 238 beskrev imidlertid en oppnevnt sakkyndig begrepet som *”den samling av tekniske detaljer, kunnskaper og erfaringer som samlet kan være avgjørende for en bedrifts konkurranseevne, men som hver for seg kan synes ubetydelige. Begrepet dekker således hovedsakelig området mellom bedriftshemmeligheter og almen teknisk viten. Det kan også overlape disse områdene og særlig da det siste. Inneholder «*

know how » en bedriftshemmelighet må den behandles som sådan, men ellers ikke. - Selv om « *know how* » ikke omfatter en bedriftshemmelighet vil den sum av viten og erfaring som den representerer og som ofte ligger bak en sammensetning, metode eller prosess som regel være så verdifull for en bedrift at den naturlig vil forsøke å bevare disse opplysningene for seg selv. Viten og erfaring erverves ofte gjennom omfattende og kostbare litteraturundersøkelser, eksperimenter og forsøk i stor skala. Selv om alle komponenter i en sammensetning, alle ledd i en prosess etc. i og for seg kan finnes beskrevet i den tekniske litteratur, er bare det å vite hva man skal velge i dagens mylder av råstoffer, hvilke innbyrdes råstoffkvanta en skal benytte, hvilken metode blant flere en skal velge, hvordan en maskin skal kjøres for å gi beste resultat osv., så verdifullt at en bedrift ønsker å beskytte seg mot at disse opplysninger kommer til konkurrentenes kjennskap. ”. Departementet ser at det i enkelte tilfeller kan være vanskelig å trekke grensen mellom know-how og mer generell viten som ikke er tilstrekkelig beskyttelsesverdig til å begrunne en konkurranseklausul. Departementet er av den oppfatning at det vil være urimelig om man *kun* skal tillate bruk av konkurranseklausul der man befatter seg med bedriftshemmeligheter i henhold til markedsføringsloven § 28. Som nevnt kan utvikling av kunnskap som betraktes som know-how både være tidkrevende og forbundet med kostnader for arbeidsgiver. I tillegg kan denne kunnskapen være det som gir en virksomhet et fortrinn i markedet i forhold til konkurrentene. Skadepotensialet for arbeidsgiver kan være vel så stort som ved bedriftshemmeligheter dersom kunnskap om virksomhetens know-how kommer konkurrentene for øre. Hensynet til arbeidsgiver tilsier derfor at man bør kunne beskytte know-how med bruk av konkurranseklausul. Når det gjelder grensdragningen mot generell viten, bør dette overlates til praksis å finne hensiktsmessige løsninger. Det bør likevel legges vekt på om kunnskap som arbeidsgiver anser som know-how behandles som hemmelig på lik linje som bedriftshemmeligheter.

Videre kan det 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. 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. Det kan tenkes at arbeidstaker arbeider hos en arbeidsgiver som opererer innenfor flere felt og bransjer, typisk konsernforhold. Dersom arbeidstaker søker seg over til en ny arbeidsgiver som også er aktiv innen et vidt spekter av bransjer, noen i konkurranse med tidligere arbeidsgiver, må det avgjørende for om en konkurranseklausul skal kunne gjøres gjeldende overfor arbeidstaker være om den nye stillingen er i en del av den nye arbeidsgivers virksomhet som er i konkurranse med tidligere arbeidsgiver. Er den nye stillingen plassert i en av den nye arbeidsgiverens forretningsområder som ikke har sammenfallende interesser med tidligere arbeidsgiver, kan det normalt ikke sies at det er et nødvendig behov for vern mot konkurranse selv om ny arbeidsgiver konkurrerer med tidligere arbeidsgiver innenfor andre områder.

3.5.6.2 Arbeidstakers stilling

Departementet har vurdert om adgangen til å avtale en konkurranseklausul skal begrenses til kun å gjelde ansatte som er overordnede, ledende eller har en særlig betrodd stilling. Departementet mener et slikt skille ikke vil være formålstjenlig. Arbeidsgiver kan ha behov for en konkurranseklausul også for ansatte som ikke faller inn under de nevnte kategoriene. Videre kan det være vanskelig å avgrense kategoriene mot øvrige ansatte.

Likevel foreslår departementet at det må legges vekt på hva slags stilling arbeidstaker har når det skal vurderes om det foreligger en særlig grunn. Som utgangspunkt bør man være mer varsom med å gi en konkurranseklausul virkning for underordnede arbeidstakere enn for arbeidstakere med en høyere posisjon. Arbeidstakere som ikke kan sies å være overordnet, ledende eller ha en særlig betrodd stilling vil som regel ikke i kraft av sin stilling ha samme innsikt og kunnskap om virksomheten som de nevnte gruppene, og arbeidsgiver vil således normalt ikke ha et beskyttelsesbehov som legitimerer en konkurranseklausul i samme grad som for ansatte som har overordnet, ledende eller særlig betrodd stilling. Det kan imidlertid tenkes andre forhold ved en stilling som kan begrunne en konkurranseklausul. For eksempel kan en produksjonsmedarbeider ha inngående kunnskaper om virksomhetens produksjonsmetoder uten at vedkommende har en høyere stilling. Man må med andre ord også se på stillingens art, og om denne gir arbeidstaker innsikt og kunnskaper som kan berettige en konkurranseklausul. I et tilfelle som nevnt her må det avgjørende for om en konkurranseklausul skal kunne gjøres gjeldende være den innsikt som vedkommende besitter, og ikke at stillingen er av underordnet karakter.

3.5.6.3 Lengden på ansettelsesforholdet

Departementet foreslår at det skal legges vekt på hvor lenge en arbeidstaker har vært ansatt hos arbeidsgiver i vurderingen av om det foreligger en særlig grunn i det konkrete arbeidsforhold.

Det er først og fremst i kortvarige arbeidsforhold at dette momentet vil ha størst betydning. Betenkelighetene med å godta en konkurranseklausul avtar jo lengre tid arbeidstaker er i sin stilling, så sant de øvrige momentene i vurderingen er til stede. Som hovedregel vil det ikke være behov for en konkurranseklausul der arbeidstaker har vært ansatt i kort tid når arbeidsforholdet opphører. I de fleste tilfeller vil det være begrenset hva slags spesialkompetanse og innsikt om virksomheten en arbeidstaker rekker og har mulighet til å opparbeide seg i løpet av noen få måneder. Behovet for beskyttelse vil derfor normalt være mindre fremtredende enn der arbeidstaker har vært i sin stilling i lang tid. Likevel kan det ikke utelukkes at arbeidsgiver i enkelte tilfeller har behov for vern også der arbeidsforholdet er av kortvarig karakter. Når det gjelder hva som skal anses som et kortvarig arbeidsforhold, mener departementet at dette er seks måneder eller mindre. Departementet har vurdert om det bør innføres et generelt forbud mot bruk av konkurranseklausuler i arbeidsforhold med varighet på for eksempel under seks måneder, men har kommet til at en slik regel kan bli for rigid. Departementet understreker imidlertid at i slike tilfeller bør en konkurranseklausul normalt ikke

godtas med mindre det er åpenbart behov for beskyttelse og det vil være sterkt urimelig om klausulen ikke får virkning.

3.5.6.4 Konsekvensen for arbeidstaker av at en konkurranseklausul gjøres gjeldende

I vurderingen om det foreligger særlige grunner, foreslås det at det også skal legges vekt på konsekvensene for arbeidstaker av at konkurranseklausulen gjøres gjeldende.

En naturlig konsekvens av en konkurranseklausul er at arbeidstaker må finne seg i inngrep i sin frihet til fritt å utnytte sin kompetanse. Arbeidstakers krav på vederlag skal kompensere for de ulempene konkurranseklausulen medfører for vedkommende. I tillegg er arbeidstaker beskyttet av at en konkurranseklausul maksimalt kan gjelde i ett år, se nærmere nedenfor i punkt 3.5.8. Likevel bør det være grenser for hva slags ulemper en arbeidstaker bør godta. Det bør ikke utformes klausuler som er så omfattende at arbeidstaker blir fullstendig avskåret fra adgangen til erverv. Arbeidstaker må etter omstendighetene akseptere at hun eller han ikke fullstendig kan utnytte sitt yrke, men vedkommende bør kunne ha mulighet til å skaffe seg inntekt selv om man er bundet av en konkurranseklausul. Det påpekes også at kravet om at arbeidsgiver må ha et nødvendig behov for vern mot konkurranse sjeldent kan begrunne en klausul som fullstendig avskjærer arbeidstaker fra adgangen til erverv.

3.5.7 Vilkår om redegjørelse

Departementet foreslår at før en konkurranseklausul kan gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker, plikter arbeidsgiver skriftlig å redegjøre for hva som anses for å utgjøre særlige grunner i det konkrete arbeidsforholdet. Arbeidsgiver må vurdere de momentene det er redegjort for ovenfor, og om de begrunner bruk av konkurranseklausulen. Som regel går det en viss tid fra en konkurranseklausul avtales til det blir aktuelt å gjøre den gjeldende. I mellomtiden kan forholdene ha endret seg slik at det ikke lenger er behov for å opprettholde klausulen. Kravet om redegjørelse gjør det nødvendig for arbeidsgiver å foreta en ny vurdering av både behovet for og konsekvensene av en konkurranseklausul.

Departementets forslag går ut på at arbeidsgiver av eget tiltak må foreta en skriftlig redegjørelse. Arbeidstaker trenger med andre ord ikke å be om en slik redegjørelse. Redegjørelsen foreslås senest å måtte foreligge to uker etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. På dette tidspunktet vil beslutningsgrunnlaget for å vurdere om det foreligger særlige grunner være det beste for arbeidsgiver. Man vet hva slags kunnskaper arbeidstaker besitter og man vil normalt vite hvilken ny arbeidsgiver arbeidstaker ønsker å ta ansettelse hos, eventuelt hva slags virksomhet arbeidstaker ønsker å starte opp.

Kravet om redegjørelse bidrar etter departementets vurdering til at arbeidsgiver foretar en reell vurdering av behovet for å gjøre en konkurranseklausul gjeldende så nærme virkningstidspunktet som mulig. På den måten kan man fange opp de tilfellene der det etter at konkurranseklausulen ble avtalt har kommet til etterfølgende forhold som tilsier at det ikke foreligger særlige grunner som begrunner at konkurranseklausulen skal gjøres gjeldende overfor arbeidstaker.

Eksempelvis kan det tenkes at arbeidsforholdet har vart i kortere tid enn det som var intensjonen da arbeidsavtalen og avtale om konkurranseklausulen ble inngått. I et slikt tilfelle kan det være at arbeidstaker ikke har fått den innsikt og kunnskap om arbeidsgivers bedriftshemmeligheter og/eller know-how som vedkommende ville ha fått dersom arbeidsforholdet hadde vart lenger i tid. Videre kan det tenkes at et arbeidsforhold har vært langvarig, men at arbeidstaker har fått endrede arbeidsoppgaver underveis. Den kunnskapen om bedriftshemmeligheter etc som var knyttet til oppgaver arbeidstaker hadde i begynnelsen av arbeidsforholdet kan på opphørstidspunktet være så utdatert at det ikke lenger foreligger et behov for vern mot konkurranse for arbeidsgiver. For arbeidstaker vil det være en stor fordel om arbeidsgiver i forbindelse med opphør av arbeidsforholdet foretar en ny vurdering av om det foreligger særlige grunner i det konkrete tilfellet som tilsier at konkurranseklausulen skal få virkning. Kravet om redegjørelse fra arbeidsgiver sikrer en viss forutberegnlighet for arbeidstaker og for så vidt for arbeidsgiver ved at det klargjør situasjonen sett fra arbeidsgivers ståsted. På den måten er det lettere for arbeidstaker å vite hvordan man skal forholde seg til konkurranseklausulen. Hvis man ikke har en plikt for arbeidsgiver til å komme med en redegjørelse, blir vurderingen i sin helhet overlatt til arbeidstaker. Det vil være urimelig å la arbeidstaker ta risikoen det er å unnlate å etterleve en konkurranseklausul hvis vedkommende mener at vilkårene for å gjøre den gjeldende ikke er til stede uten først å få arbeidsgiver syn på saken. En avtale om konkurranseklausul inngås for å ivareta arbeidsgivers interesser. Det vil også være i arbeidsgivers interesse å la den få virkning overfor arbeidstaker etter at arbeidsforholdet er opphørt. Normalt vil det være arbeidsgiver som har best grunnlag for å vurdere om det foreligger særlige grunner i det aktuelle tilfellet. Arbeidsgiver vil som regel være den som har best oversikt over om arbeidstaker besitter kunnskap om bedriftshemmeligheter og/eller know-how, samt hvilken konkurranse- og markedssituasjon virksomheten befinner seg i. Dette er sentrale momenter i vurderingen om det foreligger særlige grunner. Departementet antar etter dette at det ikke kan være uforholdsmessig tyngende å pålegge arbeidsgiver en redegjørelsesplikt. Det presiseres at redegjørelsen fra arbeidsgiver selvsagt kun vil være dennes subjektive vurdering av det konkrete tilfellet, og er på ingen måte bindende for arbeidstaker vedrørende de faktiske forhold. Er arbeidstaker i tvil om hun eller han vil godta at klausulen gjøres gjeldende, vil redegjørelsen være nyttig for å vurdere om man vil angripe konkurranseklausulen med rettslige midler.

Departementet ser helt klart behovet arbeidstaker kan ha for å få avklart om en konkurranseklausul vil bli gjort gjeldende på et tidligere tidspunkt. Hvorvidt man er bundet av en klausul kan være avgjørende for om man søker en ny stilling og sier opp sitt nåværende arbeidsforhold. Det vil kunne være for sent å få en avklaring to uker etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Departementet har vurdert om fristen for arbeidsgiver til å komme med en redegjørelse bør være på et tidligere tidspunkt, men har kommet frem til at det ikke er hensiktsmessig. I de fleste tilfeller vil det være på eller i nær tilknytning til oppsigelses- eller avskjedstidspunktet man har best grunnlag for å vurdere om en klausul skal gjøres gjeldende. Arbeidsgiver må også få tid til å områ seg på. To uker etter nevnte tidspunkt bør være tilstrekkelig til å foreta vurderingen. Dessuten må arbeidstakere som har inngått avtale om konkurranseklausul som utgangspunkt være innstilt på

at den vil bli gjort gjeldende. Departementet mener likevel at partene bør ha en pragmatisk holdning til spørsmålet. Det er ingenting i veien for at arbeidstaker forelegger et jobbtilbud for sin arbeidsgiver for å få avklart om den aktuelle stillingen vil utløse konkurranseklausulen. Det presiseres at departementets forslag sier når redegjørelsen *senest* må foreligge. Hvor *tidlig* den kan foreligge er ikke foreslått regulert. Har arbeidstaker et jobbtilbud i hånden, vil arbeidsgiver ha et godt grunnlag for å vurdere om det konkrete tilfellet tilsier bruk av konkurranseklausulen. Bekrefter arbeidsgiver at den aktuelle stillingen ikke nødvendiggjør konkurranseklausulen, må dette binde arbeidsgiver avtalerettslig. Arbeidsgiver må da være avskåret fra å komme med en redegjørelse som sier at klausulen likevel vil gjøres gjeldende etter at arbeidstaker har sagt opp sin stilling. Kravet til redegjørelse to uker etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet vil først få betydning der arbeidstaker og arbeidsgiver ikke på et tidligere tidspunkt har avtalt at klausulen ikke skal gjelde.

3.5.8 Vilkår om tidsbegrensning

I dag er det ingen lovbestemt tidsbegrensning på hvor lenge en konkurranseklausul kan vare. Rettspraksis er noe sprikende, men kan som utgangspunkt se ut til å ha godtatt klausuler med varighet opptil to år. Hensynene bak en tidsbegrensning er at arbeidstaker ikke i for lang tid skal være avskåret fra fritt å utnytte sin arbeidskraft. Samtidig må en tidsbegrensning være såpass lang at den gir arbeidsgiver et tilstrekkelig vern mot konkurranse.

En konkurranseklausul skal først og fremst beskytte arbeidsgiver mot at arbeidstaker ikke bruker sin spesialkompetanse og innsikt opparbeidet hos arbeidsgiver i en konkurrerende virksomhet. Det er imidlertid viktig at denne beskyttelsen ikke går på bekostning av arbeidstakers mer generelle kompetanse. All kunnskap og kompetanse blekner med tiden hvis man ikke holder seg oppdatert. Hvis arbeidstakers generelle kompetanse i for stor grad viskes ut, vil muligheten til å komme tilbake til lignende arbeid begrenses for sterkt. På mange fagfelt går utviklingen raskt, og man skal ikke være lenge borte fra sitt arbeid før spesialkunnskaper svekkes. Departementet vurderer det dit hen at et års fravær i de fleste tilfeller bør være tilstrekkelig for å oppnå nødvendig beskyttelse for arbeidsgiver. Departementet foreslår derfor at en konkurranseklausul maksimalt kan gjøres gjeldende i ett år fra arbeidsforholdets opphør. Det kan imidlertid tenkes tilfeller der ett år ikke gir arbeidsgiver tilfredsstillende beskyttelse mot konkurranse. Spesielt kan dette gjelde nøkkelpersoner i en virksomhet som besitter stor innsikt om driften. Slik innsikt kan potensielt gjøre stor skade for arbeidsgiver dersom konkurrenter skal få dra nytte av kunnskapene. For å fange opp noen av disse tilfellene, foreslås det at øverste leder kan unntas fra de nye reglene dersom det inngås avtale om etterlønn, se punkt 3.5.3.

Videre er det et spørsmål om når fristen på ett år skal begynne å løpe. I forrige høringsrunde ble det reist spørsmål fra arbeidstakerhold om ikke oppsigelsestidspunktet bør være skjæringstidspunkt for ettårsfristen. En slik løsning medfører at oppsigelsesfristen blir medregnet i fristen på ett år. Departementet har vurdert forslaget, men har kommet frem til at en slik regel ikke er hensiktsmessig. For det første består arbeidsforholdet med dets rettigheter og

plikter for partene, herunder den alminnelige lojalitetsplikten en arbeidstaker har overfor sin arbeidsgiver, mens oppsigelsesfristen løper. Poenget med en konkurranseklausul er å regulere forholdet mellom partene etter at arbeidsforholdet har opphørt. For det andre opereres det med flere forskjellige oppsigelsesfrister for forskjellige arbeidstakere. Arbeidsmiljøloven har bestemmelser om oppsigelsesfrister med varighet fra en måned og opptil seks måneder alt ettersom hvor lenge arbeidstaker har vært ansatt og hvor gammel vedkommende er. Dersom man legger oppsigelsestidspunktet til grunn for ettårsfristen, risikerer man at beskyttelsen konkurranseklausulen skal gi vil bli uthullet i større eller mindre grad. Har arbeidstaker en oppsigelsesfrist på seks måneder vil konkurranseklausulen i realiteten kun ha virkning i seks måneder. Det kan også oppleves urettferdig at enkelte arbeidstakere på grunn av lang oppsigelsesfrist vil bli rammet i mindre grad av en konkurranseklausul enn andre arbeidstakere som har kortere oppsigelsesfrist. Av hensyn til både arbeidsgiver og arbeidstaker bør fristen begynner å løpe fra et tidspunkt som sikrer arbeidsgiver et reelt vern og lik behandling av arbeidstakerne. Departementet foreslår derfor at arbeidsforholdets opphør skal være skjæringstidspunktet for når konkurranseklausulen begynner å løpe. Arbeidsforholdets opphør vil først og fremst være ved utløpet av den oppsigelsesfrist som gjelder i det aktuelle arbeidsforhold. Opphører arbeidsforholdet på grunn av avskjed, vil avskjedstidspunktet være utgangspunkt for ettårsfristen.

Av og til avtaler arbeidstaker og arbeidsgiver at arbeidstaker skal fratrukke sin stilling før oppsigelsestiden er utløpt. I et slikt tilfelle vil det oppstå en mellomperiode mellom fratredet og utløpet av den opprinnelige oppsigelsesfristen. Det kan derfor reises spørsmål om når klausulen begynner å løpe i et slikt tilfelle, ved fratredet eller ved den opprinnelige oppsigelsesfristens utløp. Departementet er av den oppfatning at svaret på spørsmålet må bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Utslagsgivende må være om arbeidsforholdet formelt er opphørt. Det vil være situasjonen der begge parters rettigheter og plikter etter arbeidsavtalen er opphørt. Ofte er en avtale om fratredet i oppsigelsestid motivert av at arbeidstaker ønsker å begynne hos ny arbeidsgiver før oppsigelsesfristen er utløpt. En slik avtale innebærer normalt at arbeidstakers arbeidsplikt og arbeidsgivers lønnsplikt opphører, og det må følgelig legges til grunn at arbeidsforholdet formelt er avsluttet. I så fall må fratredelsestidspunktet være skjæringstidspunkt for når fristen begynner å løpe. Kommer man frem til at arbeidsforholdet ikke formelt er opphørt, må det være utløpet av den opprinnelige oppsigelsesfristen som utløser ettårsfristen. Eksempelvis kan nevnes at arbeidsgiver og arbeidstaker blir enige om at sistnevnte skal slippe arbeidsplikt i oppsigelsestiden, men at arbeidsgiver svarer lønn ut oppsigelsesfristen. I et slikt tilfelle består den ene partens plikter etter arbeidsavtalen, og det kan vanskelig legges til grunn at arbeidsforholdet formelt er opphørt.

3.5.9 Vilkår om kompensasjon

En konkurranseklausul medfører at arbeidstaker blir avskåret fra fritt å utnytte sin kompetanse. Departementet foreslår at arbeidsgiver må yte kompensasjon for det inngrepet en klausul medfører for arbeidstaker. Et krav om vederlag vil medføre at

arbeidsgiver får et incentiv til grundig å vurdere om det er behov for en konkurranseklausul.

Vederlaget bør ligge på et visst nivå for at arbeidsgiver skal få et tilstrekkelig incitament til å foreta en kritisk analyse av behovet for en konkurranseklausul. Den begrensningen i valgmuligheten som en konkurranseklausul representerer for en arbeidstaker tilsier også en betaling på et visst nivå. Departementet foreslår at størrelsen på kompensasjonen skal differensieres etter lengden på konkurranseklausulen. Forslaget innebærer med andre ord at det blir knyttet høyere kostnader til en klausul med lang varighet enn for en klausul med et kortere tidsperspektiv. For klausuler med varighet på seks måneder eller mindre, foreslår departementet at arbeidsgiver skal svare et vederlag som minst utgjøre 50 prosent av arbeidstakers arbeidsvederlag på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Dersom klausulen er avtalt å vare over seks måneder, går forslaget ut på at vederlaget skal utgjøre 100 prosent av arbeidsvederlaget på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Det presiseres at vederlaget skal være 100 prosent fra dag én der konkurranseklausulen skal vare i over seks måneder. Bakgrunnen for forslaget er at det vil representere et større inngrep i arbeidstakers frihet til å utnytte sin kompetanse å ha en langvarig klausul fremfor en av noe kortere varighet. Dette er et forhold som etter departementets vurdering bør influere på størrelsen på kompensasjonen. Dessuten vil differensieringen innebære et ytterligere incentiv for arbeidsgiver til ikke bare vurdere kritisk behovet for en klausul, men også tidsrammen for en eventuell klausul.

Departementet foreslår at kompensasjonen skal beregnes ut fra det arbeidsvederlaget arbeidstaker hadde på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Forslaget sikrer at det er arbeidstakers faktiske inntekter på nevnte tidspunkt som er utgangspunkt for beregningen. Dette innebærer at ikke bare fastlønn, men også variable inntekter som for eksempel provisjon og bonus skal være med i beregningsgrunnlaget. Det presiseres at beregningsgrunnlaget for kompensasjonen er arbeidstakers årlige arbeidsvederlag. Dette betyr for eksempel at for klausuler som skal vare i tolv måneder, skal vederlaget totalt utgjøre minst det årlige arbeidsvederlaget til arbeidstaker. Skal klausulen eksempelvis ha virkning i seks måneder, skal vederlaget totalt utgjøre minimum 25 prosent av arbeidstakers årlige arbeidsvederlag (summen av 6 måneder med 50 prosent av arbeidsvederlag).

Vederlagsbegrepet i forslaget foreslås å korrespondere med vederlagsbegrepet i ferieloven. Følgelig er det kun utbetalinger som er vederlag for arbeid som inngår i beregningsgrunnlaget. Utbetalinger som skal dekke utgifter som arbeidstakeren har pådratt seg i tjenesten, er etter sin art ikke arbeidsvederlag. Slike utbetalinger skal derfor ikke medtas i beregningsgrunnlaget for kompensasjonen. Dette kan eksempelvis gjelde dekning av utgifter til bilhold, kost, losji o.l. Når det gjelder variable inntekter må disse knyttes til personlig arbeidsinnsats for å inngå i beregningsgrunnlaget. Utenfor beregningsgrunnlaget faller utbetalinger fra arbeidsgiver som ikke kan spores tilbake til vedkommendes inntjening eller arbeidsinnsats.

Departementet er kjent med at mange arbeidstakere som har en eller annen form for prestasjonslønn ikke alltid vil være berettiget variable lønnstillegg mens de er i

oppsigelse. Av den grunn foreslås det at skjæringstidspunktet for når kompensasjonen skal beregnes skal være oppsigelses- eller avskjedstidspunktet.

Et spørsmål som oppstår er om arbeidstakerens eventuelle nye arbeidsinntekter skal komme til fradrag i vederlaget. Det er viktig å motivere arbeidstaker til å finne nytt arbeid selv om man er underlagt en konkurranseklausul. Det vil derfor virke urimelig om et fradrag skal gjøres krone for krone. I tillegg bør arbeidsgiver betale for at arbeidstakers frihet innskrenkes selv om vedkommende klarer å skaffe seg en annen jobb med tilsvarende eller høyere arbeidsinntekt. En fradragsregel vil kunne stimulere arbeidsgiver til ikke å utforme for omfattende konkurranseklausuler slik at ervervsmulighetene til arbeidstaker blir for sterkt begrenset. Departementet foreslår derfor en lignende regel som ble foreslått i forrige høringsrunde. Arbeidsgiver skal etter departementets forslag kunne kreve fradrag i vederlaget dersom summen av vederlaget og nye arbeidsinntekter overstiger det arbeidsvederlaget arbeidstakeren tidligere hadde. Fradraget foreslås begrenset til halvparten av det overskytende beløp, slik at arbeidstakeren opprettholder en viss kompensasjon selv om vedkommende skulle klare å skaffe seg nye arbeidsinntekter som tilsvarer eller overstiger de arbeidsinntekter vedkommende tidligere hadde. Resultatet av en slik regel vil være at arbeidsgiveren også får en fordel ved at denne betaler et lavere vederlag enn det som i utgangspunktet var avtalt mellom partene. Det presiseres at fradragsregelen ikke skal innebære en tapsbegrensningsplikt for arbeidstaker i den forstand at arbeidsgiver kan pålegge vedkommende å ta annet arbeid. Derimot må arbeidsgiver kunne kreve at arbeidstaker opplyser om eventuelle andre arbeidsinntekter i perioden konkurranseklausulen gjøres gjeldende slik at fradrag kan gjøres. Hvis arbeidstaker ikke etterkommer arbeidsgivers forespørsel kan imidlertid det ikke medføre at kravet på kompensasjon tapes, men arbeidsgiver må være berettiget til å holde betalingen tilbake i påvente av at dokumentasjon fremskaffes uten å komme i mislighold. Hvis dokumentasjon ikke bringes til veie, vil kravet tapes etter de alminnelige foreldelsesreglene. Forutsetningen for at arbeidsgiver kan holde vederlaget tilbake som skissert ovenfor, er at det er avtalt at utbetalingen skal skje terminvis. Er avtalen at kompensasjonen skal ytes som en engangssum ved for eksempel fratreden, har ikke arbeidsgiver mulighet til å holde betalingen tilbake der det senere viser seg at arbeidstaker har oppebåret andre inntekter i perioden klausulen skal gjelde. I et slikt tilfelle mister selvsagt ikke arbeidsgiver sin fradragsrett, men dette kravet må rettes mot arbeidstaker etter alminnelige pengekravsrettslige regler. Departementet antar at det i praksis er mest hensiktsmessig å avtale at vederlaget forfaller til betaling terminvis i løpet av perioden arbeidstaker er bundet av konkurranseklausulen.

Som antydnet ovenfor vil departementets forslag til nye regler ikke regulerer når vederlaget forfaller til betaling. Det formodes at dette er et forhold som avtalepartene fritt bør kunne avtale seg imellom. I mangel av annen avtale vil spørsmålet måtte løses etter alminnelige pengekravsrettslige regler, slik at vederlaget forfaller til betaling straks arbeidstaker fremsetter krav om det.

I forrige høringsrunde ble det foreslått at arbeidsgiver skulle ha adgang til å si opp en avtale om konkurranseklausul med tre måneders varsel, uavhengig av om oppsigelsen av konkurranseklausulen skjedde før eller etter oppsigelsen av

arbeidsforholdet. På den måten skulle arbeidsgiver bli fri fra vederlagsplikten dersom klausulen i ettertid skulle vise seg å være unødvendig. Departementet ønsker ikke å gå videre med dette forslaget. Etter at arbeidsforholdet har opphørt, vil arbeidstaker normalt ha innrettet seg etter konkurranseklausulen, både hva angår valg av ny arbeidsgiver og kompensasjon. Det vil i et slikt tilfelle være urimelig om arbeidsgiver skal ha en ensidig adgang til å komme seg fri fra sine forpliktelser i henhold til avtalen etter at arbeidstaker har innrettet seg etter den. Departementet peker imidlertid på at vilkårene for en konkurranseklausul alltid må være til stede når klausulen skal gjøres gjeldende overfor arbeidstaker. Dette betyr at arbeidsgiver er forpliktet til å vurdere om vilkårene for en avtalt konkurranseklausul er til stede når klausulen skal gjøres gjeldende. Dette betyr at arbeidsgiver må kunne justere avtalen i tråd med *vilkårene*. Forut for oppsigelsen av arbeidsforholdet vil imidlertid ikke arbeidstaker ha innrettet seg etter konkurranseklausulen på samme måte. I denne perioden må arbeidsgiver fritt kunne vurdere behovet for å opprettholde klausulen og eventuelt bringe den til opphør. Det foreslås ingen nærmere formkrav eller frister for dette.

Departementet har vurdert om arbeidstakers krav på kompensasjon skal bortfalle ved avskjed, men har kommet frem til at det ikke bør foreslås en slik regel. Det foreslås at kravet på kompensasjon ikke skal være avhengig av hva som har vært foranledningen til arbeidsforholdets opphør. Kravet på kompensasjon vil med andre ord være i behold selv der arbeidstaker avskjediges og arbeidsgiver vil gjøre en konkurranseklausul gjeldende. Departementet ser at det tilsynelatende kan virke urimelig at arbeidsgiver må betale kompensasjon til en arbeidstaker som har gjort seg skyldig i vesentlig brudd på arbeidsavtalen dersom konkurranseklausulen skal bli virksom. Bortfall av kompensasjon vil imidlertid i et slikt tilfelle fort få karakter av dobbeltstraff. Det er andre hensyn som begrunner kompensasjon for en konkurranseklausul enn de hensyn som ligger bak adgangen for avskjed. Som tidligere nevnt er det inngrepet i arbeidstakers frihet til fritt å utnytte sin kompetanse vederlaget skal kompensere for. Dette inngrepet vil like fullt være til stede ved en avskjed som i oppsigelsestilfellene. Dessuten vil arbeidstaker være i en svært sårbar situasjon ved avskjed. Normalt vil arbeidstaker ikke være blant de mest attraktive personene på arbeidsmarkedet, samtidig som dagpengene lar vente på seg i minimum åtte uker etter avskjeden. En konkurranseklausul vil ytterligere begrense arbeidstakers mulighet til å skaffe seg nytt arbeide. Hvis det i tillegg ikke skal betales vederlag for begrensningene konkurranseklausulen medfører, vil det sette arbeidstaker i en enda vanskeligere situasjon.

3.5.10 Vilkår – rettvirkning

Et spørsmål som melder seg er hva rettsvirkningen skal være der avtale om en konkurranseklausul er inngått uten at de ovenfor omtalte vilkårene er oppfylt.

Etter dagens regulering kan konkurranseklausuler som anses urimelig å innskrenke arbeidstakers adgang til erverv eller anses for å strekke seg lenger enn nødvendig for å verne mot konkurranse sensureres med et resultat som innebærer at klausulen blir mindre inngripende overfor arbeidstaker. Med andre ord medfører det ikke automatisk ugyldighet der konkurranseklausulen anses som urimelig eller for å strekke seg lenger enn nødvendig. Departementet ser fordelene ved denne løsningen

for arbeidsgiver. Selv om man skulle komme i skade å utforme en konkurranseklausul som er i strid med vilkårene, kan man likevel opprettholde klausulen med et mindre inngripende innhold for arbeidstaker dersom en sensurbehandling tillater det.

Sett hen til konsekvensene en konkurranseklausul kan medføre for arbeidstaker, mener departementet det er viktig å gi incentiver til arbeidsgiver om å vurdere grundig hvorvidt det er behov for å inngå en avtale om konkurranseklausul og ikke minst behovet for å gjøre en slik avtale gjeldende overfor arbeidstaker.

Departementet foreslår derfor at rettsvirkningen av at en konkurranseklausul ikke oppfyller vilkårene i forslaget til nye regler skal være at klausulen anses som ugyldig i sin helhet. Følgelig må konkurranseklausulen være skriftlig, arbeidstaker må ha krav på kompensasjon som minst tilsvarer det nivået forslaget gir anvisning på, det må foreligge særlige grunner, arbeidsgiver må senest to uker etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet skriftlig redegjøre for hva som anses for å utgjøre særlige grunner og klausulens varighet kan ikke overskride ett år for at den skal være gyldig overfor arbeidstaker. Er ikke vilkårene oppfylt, vil konkurranseklausulen være ugyldig slik at den ikke er bindende for arbeidstaker.

Departementet formoder at en slik løsning vil ha en sterk preventiv effekt på arbeidsgiver i den forstand at risikoen for at klausulen blir betraktet som fullstendig ugyldig er meget større enn etter dagens regulering. På denne måten vil arbeidsgiver få langt større interesse enn i dag til nøye å vurdere lovligheten av en konkurranseklausul, og dermed ikke utforme klausuler som er urimelige eller strekker seg lenger enn nødvendig for å verne mot konkurranse. Departementets forslag vil naturlig nok medføre at det vil bli stilt større krav enn i dag til selve utformingen av en konkurranseklausul.

Når det gjelder kravet om at arbeidsgiver innen to uker etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet skriftlig må redegjøre for hva som anses for å utgjøre særlige grunner i det konkrete tilfellet, kan det tilsynelatende virke svært strengt at oversittelse av fristen skal medføre ugyldighet. Departementet mener reglen kan forsvares ved at det for arbeidsgiver normalt er svært viktig informasjon/kunnskap i form av bedriftshemmeligheter og/eller know-how som søkes beskyttet gjennom en konkurranseklausul. Slik verdifull kunnskap om bedriftshemmeligheter og/eller know-how, må det legges til grunn at arbeidsgiver har god oversikt over om arbeidstaker innehar, og at det derfor raskt kan utarbeides en redegjørelse som forslaget gir anvisning på. På den måten vil arbeidstaker innen rimelig tid få vite om konkurranseklausulen skal få virkning dersom dette spørsmålet ikke er blitt avklart på et tidligere stadium, se nærmere punkt 3.5.7.

Som regel går det en stund mellom når en avtale om konkurranseklausul inngås og når det er aktuelt å gjøre den gjeldende. Forutsetningene for omfanget av konkurranseklausulen kan i denne perioden endre seg. Det kan tenkes at arbeidstaker har hatt andre arbeidsoppgaver som har gitt en annen innsikt om virksomheten enn først antatt, slik at klausulen anses for omfattende. Likevel kan det være behov for en konkurranseklausul, dog av mindre inngripende karakter. Det vil være urimelig overfor arbeidsgiver om man her ikke skal ha mulighet til å tilpasse klausulen slik at den kommer i tråd med de foreslåtte vilkårene, og dermed ikke blir betraktet som ugyldig. Arbeidsgiver må derfor være berettiget til å justere

utformingen av klausulen slik at den oppfyller vilkårene på det tidspunkt den skal gjøres gjeldende, og på den måten unngår at klausulen betraktes som ugyldig. En slik revidering fra-det-mer-til-det-mindre rett i forkant av at konkurranseklausulen skal gjøres gjeldende overfor arbeidstaker, kan ikke sies å stride mot arbeidstakers interesser. Arbeidstaker må som utgangspunkt belage seg på at en avtalt konkurranseklausul vil få virkning for vedkommende. At konkurranseklausulen endres til å få et mindre omfattende nedslagsfelt for å komme i overensstemmelse med de foreslåtte vilkårene, må være noe arbeidstaker ikke kan motsette seg

3.5.11 Oppsigelse fra arbeidsgiver som ikke er begrunnet i arbeidstakers forhold

Departementet foreslår en tilsvarende regel som i dag finnes i avtaleloven § 38 tredje ledd om at en konkurranseklausul ikke kan gjøres gjeldende der oppsigelsen ikke er saklig begrunnet i arbeidstakerens forhold. Det vil si at klausulen ikke kan gjøres gjeldende der oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold, typisk rasjonaliseringer eller driftsinnskrenkninger.

Videre foreslås det en regel etter mønster av avtaleloven § 38 tredje ledd om at klausulen heller ikke kan gjøres gjeldende dersom arbeidstakeren selv avslutter arbeidsforholdet når dette er forårsaket av arbeidsgiverens mislighold av sine forpliktelser i arbeidsforholdet. Det er ikke ethvert mislighold fra arbeidsgivers side som kan berette bortfall av konkurranseklausulen. Misligholdet må gjøre det rimelig å avslutte arbeidsforholdet, sett fra arbeidstakers ståsted.. Eksempelvis at arbeidstaker ikke får utbetalt lønn, eller at arbeidstaker blir utsatt for vedvarende mobbing uten at arbeidsgiver tar tak i problemet. Hvorvidt misligholdet er av en slik karakter at det gjør det rimelig for arbeidstaker å avslutte arbeidsforholdet må bero på en konkret vurdering der misligholdets grovhet og konsekvensene for arbeidstaker må stå sentralt.

4 Kundeklausuler

4.1 Innledning

En kundeklausul er som tidligere nevnt en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som begrenser sistnevntes adgang til å kontakte arbeidsgivers kunder.

Departementet foreslår at nye regler om kundeklausuler skal følge samme struktur og ha til dels samme vilkår som de foreslåtte reglene om konkurranseklausuler. Svært mange av vurderingene som er gjort i forhold til konkurranseklausuler vil derfor også ha relevans for kundeklausuler. Nedenfor gjennomgås vilkårene med henblikk på det som er av særskilt betydning for kundeklausuler. Det vil i stor grad bli henvist til det som er sagt om konkurranseklausuler ovenfor.

4.2 Gjeldende rett

I Norge er det i dag ingen lovgivning som positivt regulerer kundeklausuler. Det er på det rene at avtaleloven § 38 ikke gjelder for kundeklausuler, idet kundeklausuler ikke kan sies å begrense adgangen til å ta ansettelse i eller drive

”forretning eller virksomhet av en viss art”. Dermed er det i prinsippet bare avtaleloven § 36 som eventuelt kan sette skranker for en avtale om kundeklausul.

Etter arbeidsmiljøloven § 16-2 overføres ved virksomhetsoverdragelse tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold til den nye arbeidsgiver. Det må legges til grunn at også kundeklausuler blir overført etter denne bestemmelsen ved virksomhetsoverdragelse.

4.3 Departementets vurdering og forslag

4.3.1 Behov for regulering

I dag er det ingen særskilt regulering av kundeklausuler. Utgangspunktet er at det hersker avtalefrihet på området. Det er fravær av klare regler som sier noe om hva en kundeklausul kan gå ut på, hvor lenge den kan vare og om arbeidstaker har krav på kompensasjon for de ulemper klausulen medfører. Som nevnt må man falle tilbake på den alminnelige lempningsregelen i avtaleloven § 36. Denne bestemmelsen er preget av skjønnsmessige vurderinger som kan gjøre det vanskelig for partene å forutse sin rettsstilling. Dessuten skal det normalt svært mye til før en kundeklausul kan settes til siden i medhold av avtaleloven § 36.

Det finnes i liten grad statistikk eller annet materiale som viser hvor mange personer som er forpliktet i henhold til en kundeklausul. Rettspraksis tyder på at kundeklausuler avtales innenfor en del bransjer og med arbeidstakere på ulike nivåer, men at kundeklausuler ikke er like vanlige som konkurranseklausuler.

Det er flere hensyn som gjør seg gjeldende i spørsmålet om det skal innføres begrensninger i adgangen for å avtale kundeklausul mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

En kundeklausul avtales som regel for å hindre at arbeidstaker skal ta med seg arbeidsgivers kunder over til ny arbeidsgiver eller til egen virksomhet. Arbeidsgiver kan ha behov for å verne sine kunderelasjoner når sentrale medarbeidere slutter. En arbeidsgiver kan ha investert mye i etablering og vedlikehold av en kunderelasjon samtidig som tap av kunder kan medføre et betydelig økonomisk tap.

Departementet antar at en kundeklausul som regel vil være mindre inngripende overfor arbeidstaker enn en konkurranseklausul. Likevel kan det tenkes at i bransjer med få aktører kan en kundeklausul i realiteten innebære et yrkesforbud for arbeidstaker. Det kan også fremstå som urimelig om arbeidstaker skal avstå fra å ta kontakt med kunder som vedkommende i sin tid skaffet for arbeidsgiver.

Det kan videre være markedsmessig uheldig om man tillater kundeklausuler i for stor grad. Det kan være at en kunde ønsker å forholde seg til en bestemt person. For eksempel kan kunden og den bestemte arbeidstakeren ha en god personlig forbindelse som kunden ønsker å videreføre når arbeidstaker går over til ny stilling hos en konkurrent av arbeidsgiver. Kunden kan også vurdere dette som det forretningsmessig mest fornuftige. Dersom en kundeklausul forbyr arbeidstaker å ha kontakt med kunden, kan klausulen som konsekvens innebære at kundens valgfrihet innskrenkes. Dette fordi kundeklausulen pålegger arbeidstaker å avvise

kunden. Hensynet til den tidligere arbeidsgiveren vil som regel ha begrenset vekt i slike situasjoner, idet kunden her uansett ønsker å avslutte sin eksisterende relasjon.

Dersom en arbeidstaker er forhindret fra å ta ansettelse hos arbeidsgivers konkurrenter på grunn av en konkurranseklausul, kan det medføre at arbeidsgiver også er beskyttet mot at arbeidstaker tar kontakt med kunder. Forslaget til nye regler om konkurranseklausuler vil stramme inn adgangen for å avtale slike klausuler. Det er primært bedriftshemmeligheter og egenutviklede know-how som kan begrunne en konkurranseklausul. En kundeklausul er spisset inn mot beskyttelse av arbeidsgivers kunderelasjoner. Det er således ikke slik at en konkurranseklausul nødvendigvis vil gjøre en kundeklausul overflødig. Begge avtaletypene kan ha selvstendig betydning ved siden av hverandre. Det må imidlertid nevnes at en kundeliste etter omstendighetene kan betraktes som en bedriftshemmelighet slik at arbeidsgiver kan beskytte sine kunderelasjoner ved bruk av konkurranseklausuler. Departementer antar likevel at dette hører til sjeldenhetene, jf nærmere om bedriftshemmeligheter i punkt 3.5.6.1. Departementet antar at bruken av kundeklausuler kan øke siden forslaget om nye regler om konkurranseklausuler vil innebære en innstramning i adgangen til å gjøre sistnevnte klausuler gjeldende overfor arbeidstaker.

Departementet mener etter dette at det er fornuftig å regulere adgangen til å avtale kundeklausuler.

4.3.2 Plassering av nye bestemmelser

Det er naturlig å plassere nye regler om kundeklausuler samme sted som reglene om konkurranseklausuler. Flere av reglene departementet foreslår bygger på de samme reglene som er foreslått for konkurranseklausuler. Følgelig foreslås reglene plassert i et nytt kapittel 14A i arbeidsmiljøloven. Se nærmere i punkt 3.5.2 for begrunnelse.

4.3.3 Anvendelsesområde

Departementet foreslår at det kan inngås avtale om kundeklausul som begrenser arbeidstakers adgang til å kontakte arbeidsgiverens kunder etter at arbeidsforholdet har opphørt. På lik linje som for en avtale om konkurranseklausul, er siktemålet med en avtale om kundeklausul å regulere forholdet mellom partene etter at arbeidsforholdet har opphørt. Avtale om kundeklausul kan inngås i løpet av hele arbeidsforholdet. Inngås en avtale om kundeklausul etter at arbeidsforholdet er avsluttet, er man utenfor de reglene departementet foreslår. Man må da vurdere klausulen etter reglene i avtaleloven § 36.

Videre foreslås det at det er arbeidstakers mulighet til å *ta kontakt* med arbeidsgivers kunder en kundeklausul skal regulere. Med dette menes at arbeidstaker ikke selv aktivt kan ta kontakt med kunder for å påvirke disse til å avslutte sitt kundeforhold til tidligere arbeidsgiver. En kundeklausul kan derimot ikke hindre at arbeidsgivers kunder tar kontakt med arbeidstaker. Arbeidstaker kan i et slikt tilfelle ikke være forpliktet til å avvise kunden med henvisning til at hun

eller han er bundet av en kundeklausul. Departementet ser at en slik regel kan by på bevismessige utfordringer. Likevel mener departementet at hensynet til kunden og dennes valgfrihet må gå foran arbeidsgivers behov for beskyttelse.

Forslaget til nye regler angir ikke nærmere hvilke situasjoner en avtale om kundeklausul tar sikte på å regulere. Det må likevel følge av sammenhengen at det først og fremst er der arbeidstaker starter egen virksomhet eller tar ansettelse hos en konkurrent som opererer innenfor samme marked som tidligere arbeidsgiver at en kundeklausul vil få betydning.

Det foreslås på tilsvarende måte som for konkurranseklausuler at øverste leder kan unntas fra reglene dersom det på forhånd er inngått avtale om etterlønn ved fratreden, se nærmere begrunnelse i punkt 3.5.3.

4.3.4 Vilkår – innledning

Departementet foreslår at det innføres tilsvarende tre hovedvilkår som for konkurranseklausuler for at en kundeklausul kan gjøres gjeldende. For det første må den inngås skriftlig, for det andre må det foreligge særlige grunner og for det tredje må arbeidstaker ha krav på kompensasjon. I tillegg foreslås det at arbeidsgiver må redegjøre skriftlig for hva som anses for å utgjøre særlige grunner i det enkelte tilfelle, samt at arbeidsgiver må angi hvilke kunder som omfattes av klausulen. I tilknytning til det siste foreslås det at det kun er kunder arbeidstaker har hatt kontakt med eller har hatt ansvar for det siste året som kan reguleres i en klausul. Dessuten foreslås det begrensninger på hvor lenge en kundeklausul kan vare i tid. Til slutt foreslås det regler som begrenser en kundeklausuls anvendelse etter hva som foranlediger opphøret av arbeidsforholdet.

4.3.5 Vilkår om skriftlighet

Det foreslås at det innføres krav om at avtale om kundeklausul skal inngås skriftlig. Departementet antar at det er lite praktisk at slike avtaler inngås muntlig.

4.3.6 Vilkår om særlig grunn

For å hindre at avtale om kundeklausul skal kunne inngås i ethvert arbeidsforhold foreslår departementet at det innføres et krav om at det må foreligge særlige grunner. Vilkåret gir anvisning på en konkret helhetsvurdering der en rekke momenter vil ha betydning. Departementets forslag nevner flere spesielle momenter som alltid skal vurderes. De momentene som skal vurderes er arbeidsgivers nødvendige behov for å gjøre kundeklausulen gjeldende, arbeidstakers stilling, lengden på ansettelsesforholdet og konsekvensen for arbeidstaker av at en kundeklausul gjøres gjeldende. Som for konkurranseklausuler er listen ment å være uttømmende. Når det gjelder den nærmere forståelsen av vilkåret, vises det til det som er sagt om det tilsvarende vilkåret for konkurranseklausuler i punkt 3.5.6. Momentene som skal vurderes i tilknytning til vilkåret er langt på vei de samme som for konkurranseklausuler. Det henvises derfor også til det som er sagt om momentene ovenfor. Nedenfor omtales hovedsaklig det som er særskilt for kundeklausuler.

4.3.6.1 *Arbeidsgivers nødvendige behov for å gjøre kundeklausulen gjeldende*

Departementet foreslår at det skal legges vekt på arbeidsgivers behov for å gjøre kundeklausulen gjeldende når det skal vurderes om det foreligger særlige grunner i det konkrete tilfellet. Behovet for å gjøre kundeklausulen gjeldende må, etter departementets forslag, karakteriseres som *nødvendig*, ikke ethvert behov er tilstrekkelig til å legitimere en kundeklausul.

For å avgjøre om arbeidsgiver har et nødvendig behov for å gjøre kundeklausulen gjeldende, må man først og fremst se på omfanget til den enkelte kundeklausul. Det er etter departementets vurdering først og fremst der arbeidstaker har kontakt med eksisterende kunder at arbeidsgiver kan sies å ha et nødvendig behov for å gjøre en kundeklausul gjeldende overfor arbeidstaker, se også punkt 4.3.10. Med andre ord vil kundeklausuler som omfatter forhenværende og potensielle fremtidige kunder ikke kunne sies å gi arbeidsgiver et nødvendig behov for å gjøre en kundeklausul gjeldende overfor arbeidstaker.

Eksisterende kunder vil først og fremst være de kunder som er i et løpende kontrakts- eller kundeforhold med arbeidsgiver på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet, typisk der det er snakk om langvarige leveranser fra arbeidsgiver. Ikke alle kundeforhold vil være like formalisert i form av kontrakter som løper over et visst tidsrom. En del kundeforhold vil være av mer sporadisk karakter der det inngås kontrakt for hvert enkelt kjøp. I slike tilfeller kan det være vanskelig å avgjøre om man har å gjøre med en eksisterende kunde av arbeidsgiver. Svaret må bero på en konkret vurdering hvor man blant annet må se på intensiteten og hyppigheten i kontakten mellom kunden og arbeidsgiver, samt hvor langvarig den sporadiske kontakten har vært. Det vil ha betydning om kunden får dekket sitt behov for den aktuelle varen eller tjenesten utelukkende gjennom leveranser fra arbeidsgiver, eller om kunden også benytter andre leverandører for samme vare eller tjeneste. Er det kun arbeidsgiver som leverer varen eller tjenesten til kunden med jevne mellomrom kan det tyde på at det er et fast kundeforhold. Er det derimot flere som leverer den samme tjenesten eller varen til kunden, kan man ikke like sikkert si at arbeidsgiver er i et fast kundeforhold med kunden. Kunden kan like gjerne velge en annen leverandør for fremtidige leveranser.

Det presiseres at det ikke er meningen at en kundeklausul kun skal være forbeholdt store og viktige kunder, også ved mindre kunder kan arbeidsgiver ha et nødvendig behov for å gjøre en kundeklausul gjeldende overfor arbeidstaker.

Momentet må også knyttes opp til hva slags ny stilling arbeidstaker skal over til eller ønsker seg over til hvis dette er kjent. Hvis dette er innenfor samme bransje og marked som arbeidsgiver opererer innenfor, bør det normalt tilsi at arbeidsgiver har et nødvendig behov for å gjøre kundeklausulen gjeldende overfor arbeidstaker. På den annen side vil arbeidsgiver som regel ikke ha behov for å gjøre kundeklausulen gjeldende dersom arbeidstaker skal over i en annen bransje, men som har mange av de samme kundene som arbeidsgiver. Som eksempel nevnes en selger som arbeider for en arbeidsgiver som selger kontorrekvisita. Dersom arbeidstaker bytter arbeid til en arbeidsgiver som selger faglitteratur, kan dette ikke sies å være samme produkter som den første arbeidsgiveren selger.

Arbeidstaker må da ha anledning til å ta kontakt med førstnevnte arbeidsgivers kunder for å gjøre salgsfremstøt for sin nye arbeidsgiver.

4.3.6.2 Arbeidstakers stilling

Departementet foreslår at det skal vektlegges hva slags stilling arbeidstaker har når særlige grunner skal vurderes.

Man må se på stillingens art, og om denne innebærer at arbeidstaker har kontakt eller ansvar for kunder som kan berettige en kundeklausul. Stillingen bør innebære at arbeidstakers forhold til kunden er av kommersiell karakter. Det vil også si at arbeidstakere må ha en tilstrekkelig tilknytning til kunden for at en kundeklausul skal kunne gjøres gjeldende overfor vedkommende. Arbeidstakere som kun har sporadisk kontakt med kunden og som er av mindre betydning for kundeforholdet bør ikke bli underlagt en kundeklausul. Eksempelvis nevnes arbeidstakere som sitter på et sentralbord og formidler telefoner fra kunder til rette vedkommende. Videre nevnes arbeidstakere som utfører service og vedlikehold på leveranser/produkter som er levert fra arbeidsgiver. De to nevnte eksemplene har ikke tilstrekkelig kommersiell karakter eller tilknytning til kunden til at de bør bli underlagt en kundeklausul.

4.3.6.3 Lengden på ansettelsesforholdet

Det foreslås også at arbeidsforholdets lengde skal vektlegges i vurderingen av særlige grunner.

Momentet vil først og fremst ha betydning for kortvarige arbeidsforhold. Det antas at det er begrenset med kundekontakt og kundeansvar en arbeidstaker vil ha de første månedene i en ny stilling. Departementet mener på lik linje som for konkurranseklausuler at man bør være varsom med å gi en kundeklausul virkning der et arbeidsforhold har vart i seks måneder eller kortere. Unntak kan likevel tenkes, slik at det må være mulig at en kundeklausul også kan få anvendelse på kortvarige arbeidsforhold. Departementet ser at det kan være større behov for å gjøre bruk av kundeklausuler enn konkurranseklausuler for kortvarige arbeidsforhold. Dette fordi en arbeidstaker normalt vil bruke lengre tid på å opparbeide seg innsikt og kunnskap om en virksomhets bedriftshemmeligheter og know-how enn å få kontakt med virksomhetens kunder.

4.3.6.4 Konsekvensen for arbeidstaker av at en konkurranseklausul gjøres gjeldende

Det vises i sin helhet til det som er sagt i punkt 3.5.6.4.

4.3.7 Vilkår om redegjørelse

Departementet foreslår at før en kundeklausul kan gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker, må arbeidsgiver skriftlig redegjøre for hva som anses for å utgjøre særlige grunner i det konkrete arbeidsforholdet. Regelen er tilsvarende den som gjelder for konkurranseklausuler. Det vises derfor til punkt 3.5.7 for den nærmere forståelsen av bestemmelsen.

4.3.8 Vilkår om tidsbegrensning

Forslaget til nye regler går ut på at en kundeklausul maksimalt kan gjelde i ett år fra arbeidsforholdets opphør. Det vises til vurderingene som er gjort i punkt 3.5.8.

Det bør være samsvar mellom tidsbegrensningen for konkurranseklausuler og kundeklausuler. Departementet kan ikke se at det foreligger tungtveiende argumenter som tilsier en kortere eller lengre tidsgrense for kundeklausuler.

4.3.9 Vilkår om kompensasjon

Departementet foreslår at arbeidstaker skal ha krav på kompensasjon for det inngrepet en kundeklausul medfører for vedkommende.

En kundeklausul vil som hovedregel innebære et mindre inngrep i arbeidstakers frihet til å utnytte sin kompetanse enn en konkurranseklausul. En konkurranseklausul kan hindre arbeidstaker å ta ansettelse hos en ny arbeidsgiver, mens en kundeklausul kan forhindre arbeidstaker å ta kontakt med arbeidsgivers kunder i et nytt ansettelsesforhold. Det er intet i veien for at arbeidstaker jobber med andre kunder mens kundeklausulen består. Dette forholdet bør følgelig influere på størrelsen på kompensasjonen.

Departementet foreslår en tilsvarende regel som for konkurranseklausuler, men med andre beløpsgrenser. For kundeklausuler med varighet på seks måneder eller mindre, foreslås det at kompensasjonen skal utgjøre 25 prosent av arbeidstakers arbeidsvederlag på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Skal kundeklausulen vare i over seks måneder, men maksimalt ett år, skal kompensasjonen utgjøre 50 prosent av arbeidstakers arbeidsvederlag på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Det vises til punkt 3.5.9 for den nærmere forståelsen av regelen.

Det er ingenting i veien for at arbeidsgiver og arbeidstaker kan inngå avtale om både konkurranse- og kundeklausul, og følgelig at klausulene kan gjøres gjeldende overfor arbeidstaker så lenge de respektive vilkårene er oppfylt. I et slikt tilfelle oppstår spørsmålet om hvor stort vederlaget skal være. Departementet foreslår at det ikke skal gis ytterligere vederlag for begrensningen kundeklausulen medfører der det også er avtalt en konkurranseklausul. Selv om det kan medføre en merbelastning for arbeidstaker å være bundet av en kundeklausul i tillegg til en konkurranseklausul, mener departementet at arbeidstaker er tilstrekkelig ivaretatt ved å få kompensasjon for en konkurranseklausul. Det påpekes i så måte at forslaget om nye regler om konkurranseklausuler i stor grad innsnevrer muligheten for arbeidsgiver til å bli beskyttet mot konkurranse ved hjelp av en konkurranseklausul. Arbeidsgiver kan derfor lett tenkes å ha behov for å avtale en kundeklausul i tillegg til en konkurranseklausul for å oppnå ønsket beskyttelse. Sett hen til at størrelsen på kompensasjonen ligger på et forholdsvis høyt nivå, bør ikke arbeidsgiver betale ytterligere vederlag for en kundeklausul. Dessuten ville det fort fremstått som urimelig om arbeidsgiver måtte betale mer enn arbeidstakers arbeidsvederlag for å benytte både en konkurranse- og kundeklausul i ett år.

Forutsetningen for ikke å betale mer for en kundeklausul når det i tillegg er avtalt en konkurranseklausul, er at begge klausulene varer like lenge i tid. Dersom konkurranseklausulen skal vare i et halvt år, mens kundeklausulen skal ha en

varighet på ett år, må arbeidsgiver svare vederlag for kundeklausulen de siste seks månedene. I et slikt tilfelle vil kundeklausulen være i ett år. Det må da betales minst 50 prosent av arbeidsvederlaget de siste seks månedene som kundeklausulen skal være. Dette er minstebeløpet for kundeklausuler med varighet i inntil tolv måneder.

4.3.10 Vilkår om kontakt med eller ansvar for kunden

For å hindre at en arbeidstaker skal bli avskåret fra å ta kontakt med enhver kunde arbeidsgiver har i sin portefølje, foreslår departementet at en kundeklausul kun kan omfatte kunder arbeidstaker har hatt kontakt med eller har hatt ansvar for det siste året før oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Arbeidsgiver må således vurdere arbeidstakers tilknytning til hver enkelt kunde som vedkommende ønsker at kundeklausulen skal omfatte.

Arbeidsgiver har et særskilt behov for vern mot at arbeidstaker benytter sine personlige kontakter etablert under utføring av lønnet arbeid for arbeidsgiver til å ta med seg kunder i forbindelse med ansettelsesforholdets opphør. Faren for tap av kunder er klart størst i forhold til kunder som arbeidstakeren har vært i direkte kontakt med eller har hatt ansvar for kort tid før ansettelsesforholdets opphør. Dette tilsier at det settes en tidsgrense for når arbeidstaker har hatt kontakt eller ansvaret for kundene. Etter departementets vurdering bør en tidsgrense på et år tilbake i tid regnet fra oppsigelses- eller avskjedstidspunktet gi arbeidsgiver et tilstrekkelig vern. Forutsetningen for at en kunde kan omfattes av en kundeklausul er som påpekt i punkt 4.3.6.1 at det er tale om en reell kunde av arbeidsgiver på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Det vil si at dersom et kundeforhold er avsluttet eksempelvis seks måneder før oppsigelsestidspunktet og arbeidstaker har hatt kontakt med denne kunden, kan kunden likevel ikke omfattes av kundeklausulen selv om arbeidstaker har hatt kontakt med vedkommende i løpet av det siste året.

Hvorvidt arbeidstaker har hatt kontakt eller ansvar for en kunde det siste året før arbeidsforholdets opphør, må bero på en konkret vurdering. Eksempelvis nevnes at det i forkant av en kontraktsinngåelse, kan det være forhandlinger og kontakt mellom partene. Dersom arbeidstaker er med i denne prosessen, vil kravet om kontakt med kunden åpenbart være oppfylt. Kravet vil også være oppfylt der arbeidstaker driver kundepleie og oppfølging av kunden mens avtaleforholdet løper. Når det gjelder mer sporadiske kundeforhold, må det bero på en konkret vurdering hvorvidt arbeidstaker har hatt kontakt med kunden eller ikke. Det vises til vurderingene som er gjort i punkt 4.3.6.1 angående sporadiske kundeforhold. Langvarige kundeforhold reforhandles ofte med jevne mellomrom. I forbindelse med kontraktsinngåelse og ved reforhandlinger vil som regel overordnede ansatte som har myndighet til å binde arbeidsgiver være involvert, mens den løpende kundepleien er overlatt til underordnede ansatte. Ofte går det mer enn tolv måneder mellom hver gang en avtale reforhandles. For å fange opp at også overordnede ansatte som har myndighet til å binde arbeidsgiver i større kontraktsforhandlinger, men som ikke tar del i den løpende kundepleien og - kontakten kan bli underlagt en kundeklausul, foreslår departementet at en kundeklausul også kan gjøres gjeldende for arbeidstakere som har hatt *ansvar* for

kunden det siste året før arbeidsforholdets opphør uten at vedkommende nødvendigvis har vært i direkte kontakt med kunden de siste tolv måneder.

4.3.11 Vilkår om angivelse av hvilke kunder som skal omfattes av klausulen

Departementet foreslår at arbeidsgiver skriftlig skal angi hvilke kunder som skal være omfattet av klausulen før den kan gjøres gjeldende overfor arbeidstaker. Det er ikke tilstrekkelig at arbeidsgiver skriftlig angir at det er kunder arbeidstaker har hatt kontakt med eller ansvar for det siste året før arbeidsforholdets opphør som skal omfattes av kundeklausulen. De aktuelle kundene skal identifiseres.

Departementet foreslår at oversikten over kunder skal foreligge senest to uker etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Dette tidspunktet korresponderer med fristen arbeidsgiver har til skriftlig å redegjøre hva som anses for å utgjøre særlige grunner i det konkrete arbeidsforholdet. Ved å ha en slik regel, må arbeidsgiver kritisk vurdere om de enkelte vilkårene i den foreslåtte bestemmelsen er tilstede for hver kunde som ønskes å være omfattet av klausulen. Samtidig kan en slik oversikt skape forutberegnlighet for arbeidstaker ved at denne har noe konkret å forholde seg til i tvilstilfeller. Det presiseres imidlertid at oversikten kun vil være arbeidsgivers subjektive vurdering. Den er ikke bindende dersom de øvrige vilkårene ikke er til stede. Likevel må listen anses for å binde arbeidsgiver i den forstand at denne ikke i ettertid kan kreve at flere kunder enn de som er oppført på listen skal omfattes av kundeklausulen.

4.3.12 Vilkår – rettsvirkninger

Når det gjelder hva som skal være virkningen av at vilkårene ikke er oppfylt vises det til vurderingen som er gjort i tilknytning til det samme spørsmålet for konkurranseklausuler i punkt 3.5.10.

Ugyldighet vil også være rettsvirkningen der arbeidstaker ikke har hatt kontakt med eller ansvar for kunder arbeidsgiver mener skal omfattes av kundeklausulen. Her vil ugyldigheten kun knytte seg til den enkelte kunde siden arbeidsgiver må vurdere arbeidstakers tilknytning til hver enkelt kunde som ønskes omfattet av kundeklausulen. Med andre ord vil ikke kundeklausulen i sin helhet bortfalle der arbeidsgiver har påført en kunde som ikke oppfyller de foreslåtte vilkårene. Den vil kun bortfalle for denne kundens vedkommende.

På samme måte som for manglende redegjørelse av hva som anses for å utgjøre særlige grunner, vil det medføre ugyldighet der arbeidsgiver ikke angir skriftlig hvilke kunder som skal omfattes av kundeklausulen senest fjorten dager etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet.

4.3.13 Oppsigelse fra arbeidsgiver som ikke er begrunnet i arbeidstakers forhold

I dag gjelder det ikke en tilsvarende regel som i avtaleloven § 38 tredje ledd for kundeklausuler. Det betyr i praksis at en kundeklausul etter omstendighetene kan gjelde der arbeidstaker sies opp på grunn av driftsinnskrenkninger hos arbeidsgiver og der arbeidstaker selv sier opp sin stilling på grunn av mislighold fra arbeidsgivers side.

Departementet foreslår som tidligere omtalt en videreføring av den materielle regelen i avtaleloven § 38 tredje ledd for konkurranseklausuler. Etter departementets vurdering foreligger det ikke tungtveiende hensyn som tilsier noen annen regulering for kundeklausuler. Departementet ser at det for virksomheter som må nedbemanne på grunn av driftsinnskrenkninger kan være uheldig at en kundeklausul ikke kan gjøres gjeldende for arbeidstakere som må sies opp. Man kan med andre ord risikere å tape viktige kunder fordi man må gjøre nødvendige justeringer i bemanningen. Imidlertid vil en kundeklausul ramme arbeidstaker hardt der vedkommende sies opp på grunn av driftsinnskrenkninger. For det første mister arbeidstaker arbeidet ufrivillig, og for det andre er vedkommende normalt mindre attraktiv for andre arbeidsgivere fordi det hefter en kundeklausul ved en. Departementet foreslår derfor at ved oppsigelse fra arbeidsgiver kan en kundeklausul ikke gjøres gjeldende der oppsigelsen ikke er saklig begrunnet i arbeidstakerens forhold. Videre foreslås det en regel om at klausulen faller bort dersom arbeidstakeren selv sier opp når dette er forårsaket av arbeidsgiverens mislighold av sine forpliktelser i arbeidsforholdet og misligholdet gir arbeidstaker rimelig grunn til å avslutte arbeidsforholdet. For den nærmere forståelsen av den foreslåtte regelen, se punkt 3.5.11.

5 Ikke-rekrutteringsklausuler

5.1 Innledning

Ikke-rekrutteringsklausul er en fellesbetegnelse på to ulike avtaletyper som hovedsakelig har til formål å forhindre at andre arbeidsgivere skal rekruttere arbeidsgivers arbeidstakere. Den første type ikke-rekrutteringsklausul er avtale som inngås mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om at sistnevnte ikke skal medvirke til at andre arbeidstakere avslutter sitt ansettelsesforhold hos arbeidsgiver. Den andre type ikke-rekrutteringsklausul er avtale som to virksomheter inngår om ikke å ansette eller forsøke å ansette hverandres ansatte.

Nedenfor behandles de to avtaletypene felles der det er hensiktsmessig, mens de behandles hver for seg der ulikhetene gjør det nødvendig.

5.2 Gjeldende rett

I dag har vi ingen bestemmelser som konkret regulerer ikke-rekrutteringsklausuler, med unntak av arbeidsmarkedsloven § 27. Denne bestemmelsen gjelder for virksomheter som leier ut arbeidstakere, og begrenser muligheten til å hindre at arbeidstaker tar arbeid hos innleier etter at ansettelsesforholdet hos utleier er avsluttet.

For tilfeller som ikke omfattes av arbeidsmarkedsloven § 27, kan avtaleloven § 36 tenkes å komme til anvendelse. Avtaleloven § 36 gjelder kun mellom avtalepartene. For ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er dette uproblematisk. Derimot vil arbeidstakere som indirekte rammes av en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom to virksomheter ikke kunne påberope seg avtaleloven § 36 som hjemmel for tilsidesettelse eller sensur av klausulen. Det er det kun virksomhetene som er part i avtalen som kan gjøre. Det

nevnes at det skal normalt mye til for at det kan skje en tilsidesettelse eller sensur av en klausul etter avtaleloven § 36. Det må også antas at terskelen vil være høyere for klausuler som er avtalt mellom to virksomheter siden det da er tale om to profesjonelle avtaleparter.

5.3 Departementets vurdering og forslag

5.3.1 Behov for regulering

Ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker

I dagens kunnskapsbaserte arbeidsliv kan det innenfor enkelte bransjer være stor konkurranse om kvalifisert arbeidskraft. Videre kan arbeidsgiver ha store kostnader i forbindelse med opplæring av ansatte. Arbeidsgiver kan derfor ha flere saklige grunner til å begrense tidligere ansattes adgang til rekruttere tidligere kollegaer over til ny arbeidsgiver.

En ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker vil som en konkurranse- og kundeklausul først få virkning etter at arbeidsforholdet har opphørt.

Utenom arbeidsutleietilfellene er ikke-rekrutteringsklausuler ikke særskilt lovregulert. Det hersker med andre ord avtalefrihet på området. Arbeidsgivers motivasjon for å inngå en avtale om ikke-rekrutteringsklausul med arbeidstaker er å forhindre at sistnevnte aktivt motiverer og påvirker tidligere kollegaer til å slutte hos arbeidsgiver og isteden ta ansettelse hos arbeidstakers nye arbeidsgiver. En ikke-rekrutteringsklausul vil dermed som hovedregel ikke ramme avtalepartens (arbeidstaker) mulighet til fritt å utnytte sin *egen* arbeidskraft. En ikke-rekrutteringsklausul vil først og fremst få betydning for de øvrige arbeidstakerne som ikke kan bli aktivt rekruttert av sin tidligere kollega som er bundet av en klausul. Derimot kan en ikke-rekrutteringsklausul ikke forhindre at arbeidstakerens tidligere kollegaer på *eget* initiativ søker seg til samme sted. Heller ikke kan en ikke-rekrutteringsklausul forhindre at arbeidsgivers øvrige arbeidstakere sier opp sine stillinger og tar ansettelse helt andre steder enn der deres tidligere kollega arbeider. Skadevirkningen vil være den samme for arbeidsgiver uavhengig av om arbeidstaker tar ansettelse samme sted som en tidligere kollega eller hos en helt annen arbeidsgiver. Det er således begrenset hvor omfattende konsekvenser en ikke-rekrutteringsklausul vil få for også øvrige arbeidstakere som indirekte blir berørt av en klausul. Departementet antar at det vil være vanskelig for en arbeidsgiver å etterprøve brudd på en ikke-rekrutteringsklausul. Hva som har foranlediget en oppsigelse kan være uklart, og det kan fremstå vanskelig å få klarhet i om en arbeidstaker sier opp sin stilling på eget initiativ eller om det skjer etter påvirkning av en tidligere kollega underlagt en klausul. Selv om det skulle la seg gjøre å bevise at en tidligere arbeidstaker har rekruttert en tidligere kollega i strid med en ikke-rekrutteringsklausul, har departementet vanskeligheter med å se hva konsekvensen i så fall skal bli. Man kan neppe kreve at den arbeidstaker som har blitt rekruttert i strid med en klausul skal avslutte sitt nåværende arbeidsforhold for deretter å returnere tilbake til sin tidligere arbeidsgiver. Vedkommende er ikke part i avtalen om ikke-

rekrutteringsklausulen, og det er heller ikke sikkert at vedkommende kjente til klausulen da hun eller han ble rekruttert over til ny arbeidsgiver. Det er mulig arbeidsgiver kan holde arbeidstakeren som er bundet av klausulen erstatningsansvarlig, men det fordrer i så fall at de alminnelige erstatningsbetingelsene foreligger. Departementet går ut i fra at arbeidsgiver vil være mer beskyttet mot tap av nøkkelpersonell ved å anvende konkurranseklausul fremfor ikke-rekrutteringsklausul.

Sett hen til de forholdsvis små konsekvensene en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker har for sistnevnte og arbeidstakere som blir indirekte berørt, finner departementet det ikke nødvendig å lovregulere denne avtaletypen. Departementet foreslår følgelig ikke nye regler som regulerer ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom virksomheter

En avtale om ikke-rekrutteringsklausul kan inngås mellom to eller flere virksomheter. Hensikten med en slik avtale er at avtalepartene forplikter seg til ikke å ansette eller forsøke å ansette hverandres arbeidstakere. Ofte inngås slike avtaler i forbindelse med samarbeidsavtaler mellom virksomheter, eksempelvis ved langvarige avtaler om kjøp og salg av varer og/eller tjenester mellom virksomhetene. Videre kan avtale om ikke-rekrutteringsklausul inngås i forbindelse med forhandlinger om virksomhetsoverdragelse. Det kan heller ikke utelukkes at avtale om omtalte klausuler inngås mellom virksomheter uten at det foreligger et underliggende avtaleforhold. Der det foreligger et underliggende avtaleforhold vil det ofte være korrespondanse mellom hvor lenge klausulen skal vare i tid og hvor langvarig hovedavtalen er. I øvrige tilfeller må det bero på en tolkning av selve klausulen for å avgjøre hvor lenge den skal være virksom.

En ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom virksomheter adskiller seg fra øvrige klausuler ved at denne har virkning for arbeidstaker mens arbeidsforholdet løper, og ikke bare etter at arbeidsforholdet har opphørt. I dag er ikke klausuler mellom virksomheter særskilt regulert. Det er følgelig ikke oppstilt noe krav om at arbeidstaker skal opplyses om at slike klausuler vil ramme vedkommende indirekte i det aktuelle arbeidsforholdet. Siden arbeidstaker ikke er part i avtalen om en ikke-rekrutteringsklausul, vil vedkommende normalt ikke være kjent med at en slik klausul eksisterer. Departementet reiser likevel spørsmål om slik hemmeligholdelse er i tråd med arbeidsmiljøloven § 14-6 der det heter at *"Arbeidsavtalen skal inneholde opplysninger om forhold av vesentlig betydning i arbeidsforholdet"*.

En ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom flere virksomheter vil normalt ha mer vidtrekkende konsekvenser for arbeidstaker enn de klausuler som inngås mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Ikke bare vil de klausuler det her er tale om hindre rekrutteringsfremstøt, men også ansettelse i en virksomhet som er underlagt en klausul. Det siste innebærer at selv om arbeidstaker søker en stilling på eget initiativ må vedkommende avvises dersom virksomheten har inngått avtale om klausul med søkers nåværende arbeidsgiver. I bransjer med få aktører kan ikke-rekrutteringsklausuler innebære en ikke uvesentlig innskrenkning av arbeidstakers

muligheter til fritt å utnytte sin arbeidskraft. Departementet mener det er svært uheldig at en arbeidstaker kan risikere i stor grad å få båndlagt sin adgang til fritt å ta erverv og bruke sin kompetanse uten å være part i avtalen som foranlediger begrensningen. Det er også særdeles betenkelig at en avtale om ikke-rekrutteringsklausul mellom virksomheter kan holdes hemmelig for berørte arbeidstakere. Hemmeligholdelse kan undergrave tilliten til en saklig ansettelsesprosess, eksempelvis dersom en kvalifisert arbeidstaker i realiteten får avslag på sin ansettelsessøknad begrunnet i at den potensielle arbeidsgiveren har forpliktet seg etter en ikke-rekrutteringsklausul får oppgitt en annen begrunnelse for avslaget. Departementet ser imidlertid at arbeidsgiver i forbindelse med forhandlinger om virksomhetsoverdragelse kan ha et saklig behov for å holde en avtale om ikke-rekrutteringsklausul hemmelig overfor berørte arbeidstakere. I slike forhandlinger er diskresjon ofte en nødvendighet, og det er normalt kun få og sentrale personer i ledelsen som er kjent med at det foregår forhandlinger før en eventuell intensjonsavtale om overtagelse er på plass.

På bakgrunn av de uheldige og store virkningene en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom virksomheter kan ha for arbeidstaker, mener departementet at det er behov for å regulere omtalte klausuler.

5.3.2 Plassering av nye bestemmelser

Siden det er flere likhetstrekk mellom ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom virksomheter og konkurranse- og kundeklausuler, foreslår departementet at også nye regler om ikke-rekrutteringsklausuler plasseres i et nytt kapittel 14A i arbeidsmiljøloven. På den måten vil reguleringen av de forskjellige klausultypene være samlet på et sted.

5.3.3 Forbud mot ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom virksomheter

Sett på bakgrunn av de ovenfor omtalte ulempene som en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom virksomheter medfører for arbeidstaker, foreslår departementet et forbud mot slike klausuler. Forbudet vil ramme alle avtaler mellom virksomheter som hindrer eller begrenser arbeidstakers mulighet til å ta ansettelse i en annen virksomhet. Dette vil innebære at avtaler som hindrer rekrutteringsfremstøt og ansettelse i andre virksomheter blir forbudt. Departementet kan ikke se at det foreligger tilstrekkelig saklige og tungtveiende grunner som berettiger ikke-rekrutteringsklausuler i sin alminnelighet. Dersom det er et ønske fra arbeidsgivers side om å beskytte seg mot at sentrale arbeidstakere tar ansettelse hos andre virksomheter, må man isteden benytte konkurranseklausuler. Foreligger ikke vilkårene for en konkurranseklausul, bør arbeidsgiver heller være henvist til å iverksette andre tiltak som gjør at arbeidsplassen fremstår som attraktiv slik at arbeidstaker ikke ønsker å si opp sin stilling. Det bør uansett ikke være adgang til å hindre naturlig mobilitet i arbeidsmarkedet i så stor grad som ikke-rekrutteringsklausulene potensielt kan medføre.

Departementet ser at hemmeligholdelse kan bidra til å gjøre det vanskelig å håndheve forbudet. Likevel mener departementet at det er viktig å gi et tydelig signal på at omtalte klausuler ikke aksepteres.

5.3.3.1 Unntak – forhandlinger om virksomhetsoverdragelse

I forbindelse med forhandlinger om virksomhetsoverdragelse foreslår departementet unntak fra forbudet mot ikke-rekrutteringsklausuler for de forhandlende virksomhetene.

Virksomheter som innleder slike forhandlinger vil normalt ha et saklig behov for å avtale en ikke-rekrutteringsklausul seg i mellom uten at arbeidstakerne gjøres kjent med avtalen. Ved slike forhandlinger vil de involverte virksomhetene være i en sårbar situasjon. Partene vil normalt gi hverandre tilgang på fortrolige opplysninger om medarbeidere, verdier, bedriftshemmeligheter etc.

Virksomhetene vil derfor som regel ha behov for beskyttelse mot at motparten skal benytte denne sensitive informasjonen til å rekruttere nøkkelpersonell dersom forhandlingene ikke fører frem til en overdragelse. Videre kan virksomhetene ha behov for diskresjon om at det pågår forhandlinger. Offentlighet rundt forhandlingen kan medføre unødig usikkerhet og være uheldig i forhold til markedssituasjonen for de involverte virksomhetene. Det vil være vanskelig å opprettholde en tilstrekkelig grad av diskresjon dersom man er forpliktet til å opplyse arbeidstakerne om ikke-rekrutteringsklausulen.

Unntaket åpner opp for at det i forbindelse med forhandling om virksomhetsoverdragelse kan inngås avtale om ikke-rekrutteringsklausul. Det vil si at avtale om klausul kan inngås fra forhandlingen reelt sett innledes og frem til forhandlingen strander, eller til virksomhetsoverdragelsen er gjennomført. Departementet presiserer at det må være tale om reelle forhandlinger. Innledende samtaler om overdragelse er ikke tilstrekkelig til å si at forhandlingen er reell. Reell vil forhandlingen typisk være idet virksomhetene gir hverandre innsyn i dokumenter og opplysninger som utenforstående normalt ikke får tilgang til.

Departementet foreslår at en avtale om ikke-rekrutteringsklausul kan gjøres gjeldende i seks måneder fra det tidspunkt avtalen ble inngått. På denne måten vil virksomhetene få ro til å forhandle frem en eventuell avtale. Seks måneder bør være tilstrekkelig tid til å avklare om forhandlingen vil lykkes eller ikke. Hvis dette likevel viser seg å være for kort tid, kan partene på ny inngå en klausul med en varighet på seks måneder all den tid det pågår reelle forhandlinger. Dette må kunne gjentas flere ganger så sant forhandlingen om virksomhetsoverdragelse er reell. Dersom så ikke gjøres, vil forbudet inntre slik at partene ikke er bundet av avtalen, og heller ikke kan gjøres gjeldende overfor arbeidstakere.

Departementet foreslår videre at en ikke-rekrutteringsklausul kan gjøres gjeldende i ytterligere seks måneder dersom forhandlingen resulterer i en avtale om virksomhetsoverdragelse. I så tilfelle løper fristen fra tidspunktet for selve virksomhetsoverdragelsen. Det forutsetter enighet mellom avtalepartene for at den utvidede fristen skal kunne benyttes. Forslaget vil ha sin praktiske betydning der det skjer en deloverdragelse. I slike tilfeller vil det fortsatt bestå en selvstendig del av den overdragende virksomheten etter at virksomhetsoverdragelsen har funnet sted. For å sikre at den gjenværende virksomheten ikke skal ha mulighet til å

rekruttere ansatte i den overtagende virksomheten foreslår departementet at partene kan avtale at dette ikke skal være tillatt i seks måneder etter overdragelsen. Eksempelvis nevnes at en del virksomhetsoverdragelser dreier seg om virksomheter som har relativt ubetydelige materielle verdier, men som isteden er kunnskapsbaserte i form av svært kompetente arbeidstakere. Det vil som regel være kunnskapen arbeidstakerne besitter som den overtagende virksomhet er interessert i å betale for. Det vil være uheldig om gjenværende del av den overdragende virksomheten skal ha mulighet til å hente tilbake arbeidstakere som ble med over til ny arbeidsgiver umiddelbart etter virksomhetsoverdragelsen. I de tilfellene hvor hele virksomheter blir overdratt vil ikke spørsmålet komme på spissen. Da er det ikke lenger noen gjenværende virksomhet den overtagende virksomheten kan inngå avtale med.

6 Overgangsbestemmelser

Departementet ser at det vil være behov for overgangsbestemmelser for allerede inngåtte avtaler om noen av de forskjellige klausultypene. Det er helt klart at fra det tidspunktet en eventuell ny regulering av de forskjellige klausulene trer i kraft, må avtaler som inngås etter dette tidspunktet følge de nye reglene.

For konkurranseklausuler innebærer forslaget om nye regler en innstramming i forhold til dagens regulering. Allerede inngåtte avtaler om konkurranseklausuler kan derfor lett tenkes å komme på kant med de nye reglene. I dag tyder rettspraksis på at konkurranseklausuler med varighet på inntil ett år normalt godtas uten at det ytes kompensasjon til arbeidstaker. Departementet ser derfor for seg en løsning der de nye reglene først får virkning for allerede inngåtte avtaler om konkurranseklausuler ett år etter ikrafttredelsen av de nye reglene. I mellomtiden vil det være dagens regler som regulerer avtalene. På den måten får også arbeidsgiver tid til å innrette allerede inngåtte avtaler etter de nye reglene.

Forslaget om nye regler om kundeklausuler innebærer også en innstramning i forhold til dagens rettstilstand. En tilsvarende løsning som for konkurranseklausuler bør derfor også gjelde for allerede inngått avtaler om kundeklausuler.

Når det gjelder ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom virksomheter foreslår departementet et forbud mot slike avtaler. Det vil derfor være naturlig at forbudet får virkning på allerede inngåtte avtaler om ikke-rekrutteringsklausuler fra og med ikrafttredelsestidspunktet.

7 Modernisering av avtaleloven § 38 første ledd

Avtaleloven § 38 bærer språklig preg av å være fra 1918. I forbindelse med at departementet foreslår å oppheve annet og tredje ledd i avtaleloven § 38, og heller ha regler om konkurranseklausuler i arbeidsforhold i arbeidsmiljøloven, er det naturlig å foreta en språklig modernisering av gjenværende første ledd i § 38. Departementet presiseres at det kun er tale om språklige endringer, det materielle innholdet skal fortsatt være det samme.

8 Departementets forslag til nye bestemmelser

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Kapittel 14A. Konkurranseregulerende avtaler i arbeidsforhold

§ 14A-1. *Avtale om konkurranseklausul*

(1) En avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som begrenser arbeidstakers 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 etter at arbeidsforholdet har opphørt, er kun bindende for arbeidstaker dersom den er skriftlig, det foreligger særlige grunner og arbeidstaker har krav på kompensasjon.

(2) Ved avgjørelsen om det foreligger særlige grunner skal det legges vekt på:

a) arbeidsgivers nødvendige behov for vern mot konkurranse,

b) arbeidstakers stilling,

c) lengden på ansettelsesforholdet,

d) konsekvensene for arbeidstaker av at konkurranseklausulen gjøres gjeldende.

(3) Før en konkurranseklausul kan gjøres gjeldende overfor arbeidstaker, skal arbeidsgiver skriftlig redegjøre for hva som anses å utgjøre særlige grunner. Slik redegjørelse skal foreligge senest to uker etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet

(4) En konkurranseklausul kan ikke gjøres gjeldende i mer enn tolv måneder etter arbeidsforholdets opphør.

(5) Arbeidsgiver kan bringe til opphør en konkurranseklausul før oppsigelse eller avskjed.

(6) En konkurranseklausul kan ikke gjøres gjeldende ved oppsigelse fra arbeidsgiver, med mindre oppsigelsen er saklig begrunnet i arbeidstakers forhold. Det samme gjelder dersom arbeidsgiver på grunn av mislighold av forpliktelser i arbeidsforholdet har gitt arbeidstaker rimelig grunn til å avslutte arbeidsforholdet.

§ 14A-2. *Nærmere om vederlaget*

(1) For konkurranseklausul med varighet på seks måneder eller mindre, skal vederlaget utgjøre minst 50 prosent av arbeidstakers arbeidsvederlag på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. For konkurranseklausul med varighet på over seks måneder, skal vederlaget utgjøre minst 100 prosent av arbeidstakers arbeidsvederlag på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet.

(2) Arbeidsgiver kan gjøre fradrag i vederlaget dersom summen av vederlaget og nye arbeidsinntekter overstiger arbeidsvederlaget arbeidstaker hadde på oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Fradrag kan gjøres med halvparten av det

overskytende beløpet. Arbeidsgiver kan kreve at arbeidstaker opplyser om sitt arbeidsvederlag i perioden konkurranseklausulen gjøres gjeldende.

§ 14A-3. Avtale om kundeklausul

- (1) En avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som begrenser arbeidstakers adgang til å kontakte arbeidsgivers kunder etter at arbeidsforholdet har opphørt, er kun bindende for arbeidstaker dersom den er skriftlig, det foreligger særlige grunner og arbeidstaker har krav på kompensasjon.
- (2) Ved avgjørelsen om det foreligger særlige grunner skal det legges vekt på:
 - a) arbeidsgivers nødvendige behov for å gjøre kundeklausulen gjeldende,
 - b) arbeidstakers stilling,
 - c) lengden på ansettelsesforholdet,
 - d) konsekvensene for arbeidstaker av at kundeklausulen gjøres gjeldende.
- (3) Bestemmelsene i §§ 14A-1 tredje til sjettede ledd gjelder tilsvarende. Det samme gjelder § 14A-2, men slik at vederlaget minst skal utgjøre 25 prosent for kundeklausul med varighet på seks måneder eller mindre, og minst 50 prosent for kundeklausul med varighet på over seks måneder. Dersom det er avtalt en konkurranseklausul, har arbeidstaker ikke krav på ytterligere vederlag for den begrensningen som en kundeklausul innebærer.
- (4) En kundeklausul kan bare omfatte kunder arbeidstaker selv har hatt kontakt med eller har hatt ansvar for det siste året før oppsigelses- eller avskjedstidspunktet. Før en kundeklausul kan gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker, skal arbeidsgiver senest to uker etter oppsigelses- eller avskjedstidspunktet skriftlig angi hvilke kunder som skal omfattes av klausulen.

§ 14A-4. Avtale om ikke-rekrutteringsklausul mellom arbeidsgiver og andre virksomheter

- (1) Arbeidsgiver kan ikke rettsgyldig inngå avtale med andre virksomheter for å hindre eller begrense arbeidstakers muligheter til å ta ansettelse i en annen virksomhet.
- (2) Avtale som nevnt i første ledd kan likevel inngås i forbindelse med forhandlinger om virksomhetsoverdragelse. Slik avtale kan ikke gjøres gjeldende i mer enn seks måneder fra det tidspunkt ikke-rekrutteringsklausulen ble inngått. Dersom forhandlingen resulterer i en avtale om virksomhetsoverdragelse, kan ikke-rekrutteringsklausulen likevel gjøres gjeldende i inntil seks måneder fra tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen.

§ 14A-5. *Virksomhetens øverste leder*

Bestemmelsene i §§ 14A-1 til 14A-3 gjelder ikke for virksomhetens øverste leder dersom vedkommende i forhåndsavtale har sagt fra seg slike rettigheter mot etterlønn ved fratreden.

Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer

Forslag til endring av § 38 første ledd:

(1) Har noen på grunn av konkurransehensyn forpliktet seg til ikke å drive virksomhet av en viss art eller ta ansettelse i virksomhet av en viss art, er forpliktelsen ikke bindende i den utstrekning den urimelig innskrenker vedkommendes adgang til erverv eller må anses for å strekke seg lenger enn påkrevet for å verne mot konkurranse. Ved avgjørelsen av om forpliktelsen urimelig innskrenker adgangen til erverv, skal hensyn tas også til den betydning det har for den annen part at forpliktelsen opprettholdes.