

**Notat**

Saksnr: 2008/1092
Arkivkode: 254.0
Dato: 23.01.2009

Til: Fornyings- og
 administrasjonsdepartementet
 Arvid Senhaji

Fra: Konkurransetilsynet
 Juridisk stab

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

1. Innledning

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

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

I det følgende vil Konkurransetilsynet kommentere sistnevnte utredning om ”Konkurransesklausuler, kundeklausuler og ikke-rekutteringsklausuler”.

2. Nærmere om forslaget

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

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

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

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

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

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

3. Nærmere om forslagens forhold til konkurranseloven

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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