

Arbeids- og inkluderingsdepartementet  
Postboks 8019 Dep.

0030 OSLO

Oslo, 30. januar 2009

Vår ref.#199585/1

Deres ref. 200804809/RYA

## **Høringssvar - Utredning fra advokatfirmaet Hjort DA - Konkurransesklausuler, kundesklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler**

NITO – Norges Ingeniør- og Teknologorganisasjon ser et klart behov for en samlet gjennomgang av den faktiske og rettslige situasjonen når det gjelder konkurranse-, kunde- og ikke-rekrutteringsklausuler. Vi har forståelse for at det kan være hensiktsmessig at forvaltningen benytter ekstern kompetanse til utredningsarbeid. NITO er imidlertid svært skeptisk til at rettspolitiske analyser og utforming av lovtekst overlates til eksterne. Vi har fått opplyst og legger til grunn at lovforslagene som presenteres i utredningen fra advokatfirmaet Hjort, utelukkende står for utredernes regning og at de ikke har vært gjenstand for kvalitetskontroll fra departementets side. Dette skaper noe usikkerhet når det gjelder hvordan vi skal innrette vårt høringssvar og hvor mye arbeid det er hensiktsmessig å legge i kommentarer til den konkrete utformingen av lovforslaget.

NITO vil i høringssvaret følge samme systematikk som i utredningen. Konkurransesklausuler, kundesklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler behandles i kronologisk rekkefølge.

### **Konkurransesklausuler**

NITO har registrert en økende forekomst av konkurranseklausuler i medlemmenes arbeidsavtaler. Vår erfaring er at arbeidsgivere har et lite reflektert forhold til behovet for en slik klausul. Mange benytter standard arbeidsavtaler hvor konkurranseklausuler inngår. Det er videre et gjennomgående trekk at arbeidstakerne ikke reflekterer over konkurranseklausulen ved inngåelsen av arbeidsavtalen, eller at de ikke tar sjansen på å reise innvendinger mot avtalen de får seg forelagt.

I tilfeller hvor konkurranseklausulen aktualiseres opplever vi at arbeidstakere nødig eksponerer seg for en tvist med arbeidsgiver. Dette selv i tilfeller hvor det er klart at klausulen ikke vil stå seg ved en rettslig prøving.

På denne bakgrunn slutter NITO seg til utredningens konklusjoner når det gjelder behovet for regulering av adgangen til å anvende konkurranseklausuler.

NITO støtter hovedtrekkene i lovforslaget vedrørende konkurranseklausuler, men ønsker presiseringer eller endringer på følgende punkter.

### **Krav til særlige grunner**

NITO støtter forslaget om at konkurranseklausuler bare skal kunne benyttes dersom det foreligger særlige grunner. Kravet til særlig grunn bør være strengt, og det er avgjørende at enten lovt tekst eller forarbeider klargjør hva lovgiver legger i begrepet.

### **Kompensasjon**

NITO slutter seg til forslaget om kompensasjon som gyldighetsbetingelse. Vi anser at et krav om kompensasjon er nødvendig for å sikre at konkurranseklausuler bare blir etablert og påberopt der det faktisk foreligger særlige grunner.

I utredningen kommenteres det at man finner få rettstvister vedrørende konkurranseklausuler som gir rett til kompensasjon. Det antydes at dette kan ha sammenheng med at arbeidstakere er mer tilbøyelig til å akseptere at konkurranseklausuler gjøres gjeldende når det ytes kompensasjon. Vi anser det som mer nærliggende at arbeidsgiver er mindre tilbøyelige til å gjøre konkurranseklausuler gjeldende der dette er forbundet med utgifter.

Når det gjelder kompensasjonens størrelse mener NITO i utgangspunktet at en arbeidsgiver som hindrer en arbeidstaker i å ta nytt arbeid, bør dekke lønnstapet i sin helhet. Delvis kompensasjon reiser for øvrig spørsmål vedrørende dagpengerettigheter som bør utredes nærmere.

NITO anser det som uhensiktsmessig at annen inntekt i karenperioden skal gå til fradrag i kompensasjonen. En slik regel vil være vanskelig å administrere, og det er ikke uproblematisk å gi tidligere arbeidsgiver rett til innsyn i arbeidstakers lønnsforhold slik det skisseres i lovforslagets § 17A-3.

### **Lønnsbegrepet**

Det er viktig at lønnsbegrepet som benyttes i forbindelse med kompensasjonen, er klart definert. Det må tas hensyn til at mange benytter avlønningssystemer hvor grunnlønn kan utgjøre en liten del av totallønn. Kompensasjonen bør derfor beregnes med utgangspunkt i samlet inntekt. En praktisk løsning kan være å bruke feriepengegrunnlaget som utgangspunkt.

### **Konkurranseklausulens maksimale varighet**

Det er på det rene at arbeidsgivers behov for å beskytte sine interesser vil være størst i den første tiden etter opphør av et arbeidsforhold. Det er videre på det rene at arbeidstakeres kompetanse kan utdateres raskt, spesielt i enkelte bransjer og typisk i stillinger hvor det vil være aktuelt å benytte konkurranseklausuler. Dette, i tillegg til det samfunnsøkonomisk uheldige ved uutnyttet arbeidskraft, tilsier at konkurranseklausulens varighet begrenses til et minimum.

En langvarig karenstid vil innebære at arbeidstaker i praksis er avskåret fra jobbskifte. Potensielle arbeidsgivere har sjelden interesse av eller anledning til å holde en stilling åpen i lengre tid.

NITO anser at arbeidsgivers interesser vil være tilstrekkelig ivaretatt ved å tillate konkurranseklausuler med varighet inntil 6 måneder. Siden arbeidsgiver har mulighet til å fritta arbeidstaker for arbeidsplikt i oppsigelsestiden, anser NITO at denne perioden bør inngå ved beregningen av maksimal karenstid.

### **Mulighet for å avklare om en konkurranseklausul vil bli gjort gjeldende**

En arbeidstaker som vurderer jobbskifte og er bundet av en konkurranseklausul, vil ha behov for å avklare om arbeidsgiver vil gjøre klausulen gjeldende. Etter NITOs syn må en slik avklaring kunne kreves før arbeidstaker leverer sin oppsigelse.

NHO og Teknas standardregler om konkurranseforbud inneholder følgende bestemmelse:

”På skriftlig forespørsel fra den ansatte forplikter Bedriften seg i kontraktstiden til å meddele hvorvidt og i hvilken utstrekning et konkurranseforbud eventuelt vil bli gjort gjeldende. Svaret må avgis skriftlig innen 3 uker fra mottagelsen av den ansattes forespørsel, og Bedriften er bundet av svaret i 3 måneder fra avgivelsen. Hvis bedriften ikke skulle ha svart innen utløpet av fristen, har dette samme virkning som melding om at den ikke vil gjøre konkurranseforbud gjeldende.”

NITO anser at en slik løsning ivaretar arbeidstakernes behov uten å innebære vesentlige ulemper for arbeidsgiver.

## **Kundeklausuler**

NITO støtter i hovedtrekk utredningens forslag til regulering vedrørende kundeklausuler. Vi anser imidlertid at særskilt grunn bør oppstilles som gyldighetsbetingelse også for disse klausulene.

I utredningen defineres kundeklausuler som klausuler som begrenser en fysisk persons adgang til å kontakte, utføre arbeid for eller ta ansettelse hos avtalemotpartens kunder eller forretningsforbindelser.

Klausuler som hindrer ansettelse, bør som hovedregel ikke aksepteres.

## **Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom virksomheter**

**NITO stiller seg uforstående til utredningens analyse og konklusjoner på dette punktet.**

### **Dagens rettstilstand**

Det er på det rene at man i norsk rett ikke har en klar hjemmel som forbyr bruken av ikke-rekrutteringsavtaler mellom virksomheter. Dette gir imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med at bruken av slike avtaler er tillatt. Spørsmålet har aldri blitt rettslig prøvet. I tillegg til mulige grunnlag som berøres utredningen, kan avtalene rammes av boikottlovens bestemmelser.

Dersom det mot formodning skulle bli aktuelt å åpne for slike avtaler, forutsetter NITO at departementet foretar en grundig gjennomgang av gjeldende rett, spesielt begrensningene som følger av EØS-avtalens krav til fri bevegelighet for arbeidstakere.

### **Bruk av ikke-rekrutteringsklausuler strider mot den alminnelige rettsfølelse**

I NITOs arbeid med kartlegging av ikke-rekrutteringsavtaler mellom virksomheter i Norge har vi registrert at de fleste legger til grunn at en slik praksis må være lovstridig. Dette er muligens forklaringen på at avtalene som hovedregel holdes hemmelig. Det fremstår som klart urimelig for de fleste at det skal være adgang til å inngå avtaler med inngripende virkning for tredjemann. Samme reaksjon har NITO registrert når temaet har blitt drøftet i internasjonale fora.

### **Avtalenes konsekvenser for arbeidstaker**

Det er grunnleggende galt når det i utredningen slås fast at ikke-rekrutteringsavtaler mellom virksomheter generelt har mer begrenset negativ virkning for arbeidstaker enn konkurranseklausuler.

Utredningen som gikk forut for den danske loven om jobbklusuler, avdekket at enkelte virksomheter hadde ikke-rekrutteringsavtaler som standardvilkår i avtaler med kunder og leverandører. Avtaler ble inngått med et stort antall virksomheter. Avtalene kunne omfatte alle eller mange av virksomhetens ansatte. Det lå ikke nødvendigvis en vurdering av risiko til grunn for utvalget av ansatte som var omfattet av rekrutterings-/tilsettingsforbudet. Forpliktelsene kunne vare lenge etter at både det forretningsmessige samarbeidet og det individuelle arbeidsforholdet var avsluttet. Det er grunn til å anta at man vil finne lignende praksis i Norge.

Utredningens lovforslag åpner for at virksomheter uten å dokumentere behov og uten at det er forbundet med kostnader, kan inngå avtaler med et ubegrenset antall virksomheter med virkning for alle ansatte. Det er åpenbart at dette kan innebære radikale begrensninger i arbeidstakernes mulighet til fritt å velge arbeidsgiver og utnytte sin kompetanse og markedsverdi.

### **Arbeidsgivers behov**

Utredningen går ikke nærmere inn på arbeidsgivers behov for å kunne inngå ikke-rekrutteringsavtaler med andre virksomheter. Man forlater uten videre det prinsipielle utgangspunktet som er formulert på følgende måte på utredningens side 9 i nest siste avsnitt: *"I EU/EØS-retten og også i norsk rett, må vektige grunner til for å kunne akseptere avtaler som begrenser arbeidskraftens frie bevegelighet."*

Det er innlysende at virksomheter kan profitere på å skjerme seg mot tap av arbeidskraft og kompetanse ved å inngå ikke-rekrutteringsavtaler med kunder, konkurrenter og samarbeidspartnere. Spørsmålet som må stilles, er om det foreligger et behov eller en beskyttelsesverdig interesse som veier opp for de åpenbare ulempene slike avtaler representerer for individ og samfunn.

Ved vurderingen av arbeidsgivers behov må det ses hen til følgende momenter:

- Markedsføringsloven § 7 innebærer at en arbeidstaker ikke har anledning til å "rettsstridig utnytte" kunnskap om bedriftshemmeligheter fra sitt tidligere ansettelsesforhold.

Arbeidstaker kan videre ikke "rettsstridig utnytte" sin kunnskap om informasjon i form av tekniske hjelpemidler som er betrodd ham gjennom ansettelsesforholdet, jf. markedsføringsloven § 8.

- Straffelovens § 294 nr 2 beskytter virksomhetens forretnings- eller driftshemmeligheter i to år etter at arbeidstaker har fratrudd.

- En virksomhet har mulighet til å inngå avtaler om utvidet taushetsplikt, konkurranseklausuler eller kundeklausuler med hver enkelt arbeidstaker.

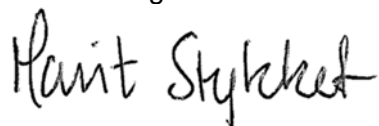
Nevnte hjemler og avtalemuligheter gir etter NITOs syn norske bedrifter rikelig mulighet til å sikre sine interesser.

### **Konklusjon**

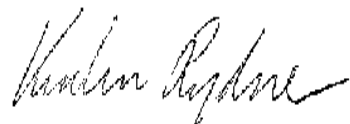
NITO vil hevde at de beste grunner taler for et klart og entydig forbud mot ikke-rekrutteringsavtaler mellom virksomheter. Dette med forbehold for virksomhetsoverdragelser hvor vi kan se at det i en kort periode kan være rimelig å akseptere rekrutteringsrestriksjoner.

For å sikre etterlevelse av et forbud anser vi at det vil være nødvendig med klare sanksjonsbestemmelser.

Med vennlig hilsen



Marit Stykket  
President



Kirsten Rydne  
Seniorrådgiver/advokat