

**KONKURRANSEKLAUSULER,  
KUNDEKLAUSULER OG  
IKKE-REKRUTTERINGSKLAUSULER**

Utredning avgitt til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. september 2008

Advokatfirmaet Hjort DA

Alex Borch

Else Bugge Fougner

Claude A. Lenth

Marie Ljones Fjulsrud

Innholdsfortegnelse:

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>7</b>
1.1	Oppdraget .....	7
1.2	Utarbeidelsen av utredningen.....	8
1.3	Noen utgangspunkter – grunnleggende reelle hensyn .....	8
1.4	Oversikt over ulike typer klausuler - avgrensninger .....	10
1.5	Sammendrag .....	13
<b>2</b>	<b>KONKURRANSEKLAUSULER</b> .....	<b>19</b>
2.1	Innledning .....	19
2.2	Konkurransesklausuler i praksis .....	19
2.3	Rettskilder, herunder betydningen av utenlandske rettskilder.....	26
2.4	Gjeldende rett – avtaleloven § 38 .....	27
2.5	Gjeldende rett – annen lovgivning.....	34
2.6	Rettsstilstanden i andre land.....	36
2.7	Behov for ny regulering – rettspolitisk analyse.....	52
<b>3</b>	<b>KUNDEKLAUSULER</b> .....	<b>67</b>
3.1	Innledning .....	67
3.2	Kundeklausuler i praksis .....	67
3.3	Dagens rettsstilstand.....	71
3.4	Rettsstilstanden i andre land.....	74
3.5	Behov for ny regulering – rettspolitisk analyse.....	78
<b>4</b>	<b>IKKE-REKRUTTERINGSKLAUSULER</b> .....	<b>83</b>
4.1	Innledning .....	83
4.2	Ikke-rekrutteringsklausuler i praksis .....	83
4.3	Dagens rettsstilstand.....	87
4.4	Rettsstilstanden i andre land.....	90
4.5	Behov for ny regulering – rettspolitisk analyse.....	94
<b>5</b>	<b>OVERGANGSREGLER VED INNFØRING AV NYE REGLER</b> .....	<b>103</b>
<b>6</b>	<b>FORSLAG TIL NYE LOVBESTEMMELSER</b> .....	<b>105</b>

Detaljert innholdsfortegnelse:

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1	Oppdraget	7
1.2	Utarbeidelsen av utredningen	8
1.3	Noen utgangspunkter – grunnleggende reelle hensyn	8
1.4	Oversikt over ulike typer klausuler - avgrensninger	10
1.4.1	Innledning	10
1.4.2	Konkurransesklausuler	11
1.4.3	Kundesklausuler	11
1.4.4	Ikke-rekutteringsklausuler	12
1.5	Sammendrag	13
1.5.1	Konkurransesklausuler	13
1.5.2	Kundesklausuler	15
1.5.3	Ikke-rekutteringsklausuler	16
1.5.4	Overgangsregler	17
1.5.5	Forslag til nye lovbestemmelser	18
<b>2</b>	<b>KONKURRANSEKLAUSULER</b>	<b>19</b>
2.1	Innledning	19
2.2	Konkurransesklausuler i praksis	19
2.2.1	Utbredelsen av konkurranseklausuler	19
2.2.2	Utforming av konkurranseklausuler	21
2.2.3	Hvordan fungerer konkurranseklausulene i praksis?	24
2.2.4	Tolkning av konkurranseklausuler	25
2.3	Rettskilder, herunder betydningen av utenlandske rettskilder	26
2.4	Gjeldende rett – avtaleloven § 38	27
2.4.1	Oversikt	27
2.4.2	Avtaleloven § 38 første ledd	28
2.4.2.1	Anvendelsesområde m.m.	28
2.4.2.2	Avtaler som urimelig innskrenker adgangen til erverv	29
2.4.2.3	Avtaler som går lenger enn påkrevet for å verne mot konkurranse	31
2.4.3	Avtaleloven § 38 annet ledd	32
2.4.4	Avtaleloven § 38 tredje ledd	33
2.5	Gjeldende rett – annen lovgivning	34
2.5.1	Avtaleloven § 36	34
2.5.2	Arbeidsmiljøloven § 16-2	35
2.5.3	Agenturloven § 34	35
2.5.4	Konkurranseloven	35
2.5.5	EØS-retten	36
2.6	Rettsstilstanden i andre land	36
2.6.1	Innledning	36
2.6.2	Danmark	36
2.6.2.1	Generelt	36
2.6.2.2	Den danske avtaleloven § 38	37
2.6.2.3	Den danske funksjonærloven § 18	38

2.6.3	Sverige.....	42
2.6.3.1	Generelt .....	42
2.6.3.2	Den svenske avtaleloven § 38.....	43
2.6.3.3	Tariffavtalen fra 1969.....	44
2.6.3.4	Forslaget til ny lovbestemmelse om konkurranseklausuler i Ds 2002:56.....	45
2.6.4	Finland.....	48
2.6.4.1	Generelt .....	48
2.6.4.2	Den finske avtaleloven § 38.....	48
2.6.4.3	Den finske arbeidsavtaleloven kapittel 3 § 5 – konkurranseklausuler .....	49
2.6.5	Enkelte andre europeiske land .....	51
<b>2.7</b>	<b>Behov for ny regulering – rettspolitisk analyse.....</b>	<b>52</b>
2.7.1	Er det behov for ny regulering? .....	52
2.7.1.1	Overblikk – et nordisk perspektiv .....	52
2.7.1.2	Vurdering av gjeldende regulering.....	53
2.7.1.3	Hvilke hensyn gjør seg gjeldende?.....	54
2.7.2	Hvilke begrensninger bør gjelde i adgangen til å avtale å gjøre gjeldende konkurranseklausuler?.....	56
2.7.2.1	Arbeidstakerens stilling .....	56
2.7.2.2	Krav om særlige grunner for bruk av konkurranseklausuler .....	57
2.7.2.3	Vederlag.....	57
2.7.2.4	Tidsbegrensning .....	60
2.7.2.5	Krav om skriftlighet .....	62
2.7.2.6	Krav om en viss ansettelsestid .....	62
2.7.2.7	Krav om fornyet vurdering i forbindelse med arbeidsforholdets opphør.....	62
2.7.2.8	Arbeidsgivers adgang til å frafalle eller si opp en konkurranseklausul .....	63
2.7.2.9	Bortfall av konkurranseklausuler på grunn av urettmessig oppsigelse og arbeidsgivers mislighold av arbeidsavtalen .....	64
2.7.2.10	Midlertidige ansettelser .....	64
2.7.3	Plassering av nye regler om konkurranseklausuler – forholdet til avtaleloven § 38 .....	64
2.7.3.1	Plassering.....	64
2.7.3.2	Forholdet til avtaleloven § 38 .....	65
<b>3</b>	<b>KUNDEKLAUSULER.....</b>	<b>67</b>
<b>3.1</b>	<b>Innledning .....</b>	<b>67</b>
<b>3.2</b>	<b>Kundeklausuler i praksis.....</b>	<b>67</b>
3.2.1	Utbredelsen av kundeklausuler .....	67
3.2.2	Utforming av kundeklausuler .....	67
3.2.3	Hvordan fungerer kundeklausulene i praksis?.....	69
<b>3.3</b>	<b>Dagens rettsstilstand.....</b>	<b>71</b>
3.3.1	Utgangspunkt.....	71
3.3.2	Arbeidsmiljøloven § 16-2.....	72
3.3.3	Arbeidsmarkedsloven § 27 .....	73
3.3.4	Konkurranseloven .....	73
3.3.5	EØS-retten .....	74
<b>3.4</b>	<b>Rettsstilstanden i andre land.....</b>	<b>74</b>
3.4.1	Danmark .....	74
3.4.1.1	Generelt .....	74
3.4.1.2	Funksjonærloven § 18 a.....	74

3.4.2	Sverige.....	77
3.4.3	Finland.....	77
<b>3.5</b>	<b>Behov for ny regulering – rettspolitisk analyse.....</b>	<b>78</b>
3.5.1	Er det behov for ny regulering? .....	78
3.5.2	Hvilke begrensninger bør gjelde i adgangen til å avtale og gjøre gjeldende kundeklausuler? .....	79
3.5.2.1	Forholdet til begrensninger som foreslås innført i adgangen til å avtale konkurranseklausuler .....	80
3.5.2.2	Krav om særlige grunner .....	80
3.5.2.3	Vederlag.....	80
3.5.2.4	Bortfall der ansettelsesforholdet opphører på grunn av arbeidsgivers forhold.....	81
3.5.2.5	Hvilke kunder bør være omfattet av en kundeklausul? .....	81
3.5.3	Plassering av nye bestemmelser om kundeklausuler .....	82
<b>4</b>	<b>IKKE-REKRUTTERINGSKLAUSULER .....</b>	<b>83</b>
<b>4.1</b>	<b>Innledning .....</b>	<b>83</b>
<b>4.2</b>	<b>Ikke-rekrutteringsklausuler i praksis .....</b>	<b>83</b>
4.2.1	Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker.....	83
4.2.2	Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter .....	84
<b>4.3</b>	<b>Dagens rettstilstand.....</b>	<b>87</b>
4.3.1	Oversikt .....	87
4.3.2	Arbeidsmarkedsloven § 27 .....	88
4.3.3	Markedsføringsloven § 1 .....	89
4.3.4	Konkurranseloven .....	89
4.3.5	EØS-retten .....	90
<b>4.4</b>	<b>Rettstilstanden i andre land.....</b>	<b>90</b>
4.4.1	Danmark .....	90
4.4.2	Sverige.....	94
4.4.3	Finland.....	94
<b>4.5</b>	<b>Behov for ny regulering – rettspolitisk analyse.....</b>	<b>94</b>
4.5.1	Er det behov for ny regulering? .....	94
4.5.1.1	Innledning .....	94
4.5.1.2	Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter .....	95
4.5.1.3	Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker.....	97
4.5.2	Hvilke begrensninger bør gjelde i adgangen til å avtale og gjøre gjeldende ikke-rekrutteringsklausuler? .....	98
4.5.2.1	Forholdet til begrensninger som foreslås innført i adgangen til å avtale konkurranseklausuler .....	98
4.5.2.2	Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter .....	99
4.5.2.3	Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker.....	100
4.5.3	Plassering av nye bestemmelser om ikke-rekrutteringsklausuler .....	101
<b>5</b>	<b>OVERGANGSREGLER VED INNFORING AV NYE REGLER .....</b>	<b>103</b>
<b>6</b>	<b>FORSLAG TIL NYE LOVBESTEMMELSER.....</b>	<b>105</b>

Vedlegg 1	Domsreferater
Vedlegg 2	Litteraturliste

Vedlegg 3    Standardregler vedrørende konkurranseforbud avtalt mellom Næringslivets  
Hovedorganisasjon og Tekna

# 1 INNLEDNING

## 1.1 Oppdraget

I brev av 31. mars 2008 fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet ble Advokatfirmaet Hjort forespurt om å utarbeide en utredning om konkurranseklausuler og ikke-rekrutteringsavtaler. Bakgrunnen for henvendelsen var at flere arbeidstakerorganisasjoner overfor departementet hadde påpekt at det stadig oftere forekom at arbeidsgivere gjennom ulike former for konkurranseklausuler forsøkte å begrense konkurransen om arbeidskraften.

I departementets brev av 31. mars 2008 er konkurranseklausuler beskrevet som en ”avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om at arbeidstaker i et tidsrom ikke kan ta arbeid i en konkurrerende virksomhet og/eller forbyes å ta med seg kunder eller andre ansatte over til ny virksomhet”. Ikke-rekrutteringsavtaler er beskrevet som avtaler mellom virksomheter ”om ikke å rekruttere hverandres ansatte”. Videre er det sagt følgende om utredningens innhold:

*”Departementet ønsker å få klarlagt den rettslige situasjonen for konkurranseklausuler og ikke-rekrutteringsavtaler i dag og hvordan disse i praksis utformes og fungerer. Bestemmelsen i avtaleloven som regulerer konkurranseklausuler er fra 1918 og det kan reises spørsmål ved om den er dekkende i forhold til dagens behov for regulering og om den er tilstrekkelig tilgjengelig for arbeidslivet slik den er utformet og plassert i dag. Det må videre spørres om det er behov for å regulere ikke-rekrutteringsavtaler som beskrevet og i tilfelle i hvilken lovgivning en slik regulering best kan innpasses.*

*AID ønsker at utredningen skal inneholde:*

- 1. et ”anslag” over utbredelsen av begge typer avtaler. Departementet forventer ikke at det gjennomføres kartlegginger eller spørreundersøkelser, men ber om en beskrivelse av utbredelsen slik man kjenner til den basert på erfaring. Det er ønskelig at det beskrives i hvilke bransjer slike avtaler hyppigst forekommer, i forhold til hvilke type arbeidstakergrupper mv.*
- 2. en beskrivelse av hvordan avtalene er utformet og hvordan de fungerer i praksis. Vi ønsker blant annet beskrevet hvilke forhold avtalen vanligvis tar sikte på å regulere, om de gjøres gjeldende i alle tilfeller hvor de finnes osv.*
- 3. en gjennomgang av gjeldende rett for begge typer avtaler, herunder
  - a. en beskrivelse av eventuell EU-regulering som er av betydning og*
  - b. en beskrivelse av relevant regulering i et utvalg av andre europeiske land.**
- 4. en vurdering av eventuelle behov for ny regulering og en beskrivelse av hvordan en slik regulering kan se ut.*
- 5. andre forhold som utreder finner grunn til å belyse i utredningen.”*

I løpet av mai 2008 ble det inngått avtale mellom Arbeids- og inkluderingsdepartementet og Advokatfirmaet Hjort om utarbeidelse av en utredning om konkurranseklausuler og ikke-

rekrutteringsavtaler. I avtalen er det vist til departementets brev av 31. mars 2008. Sitatet ovenfor angir dermed mandatet for utredningen.

## **1.2 Utarbeidelsen av utredningen**

Utredningen er utarbeidet av fire advokater i Advokatfirmaet Hjort som har jobbet mye med ulike former for konkurranseklausuler:

Advokat Alex Borch  
Advokat Else Bugge Fougner  
Advokat Claude A. Lenth  
Advokatfullmektig Marie Ljones Fjulsrud

I forbindelse med utredningen har vi skrevet ut og gjennomgått alle rettsavgjørelser vi har funnet på Lovdata der konkurranseklausuler har vært et tema. Vi har utarbeidet en oversikt over disse avgjørelsene som følger som vedlegg 1 til utredningen. I oversikten har vi tatt inn opplysninger om de omtvistede konkurranseklausulenes lengde, varighet og ordlyd, om den forpliktedes stilling og eventuelle krav på vederlag samt om resultatet av saken. Vedlegget gir dermed innblikk i både konkurranseklausulers rettslige stilling og deres faktiske utforming og bruk. Videre har vi hatt tilgjengelig den litteraturen som fremgår av litteraturlisten i vedlegg 2 til utredningen.

Dessuten har vi fått tilgang til de henvendelsene som ulike arbeidstakerorganisasjoner har rettet til Arbeids- og inkluderingsdepartementet angående ulike former for konkurranseklausuler. Videre har vi rettet henvendelser med anmodning om opplysninger til følgende organisasjoner: Abelia, Finansnæringens Hovedorganisasjon, Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon, Landsorganisasjonen, Norges Ingeniør og Teknologorganisasjon, Næringslivets Hovedorganisasjon, Parat, Siviløkonomene og Tekna. De relevante tilbakemeldingene vi har fått, er det redegjort for senere i utredningen, jf nedenfor under punkt 2.2 (konkurranseklausuler), punkt 3.2 (kunde-klausuler) og punkt 4.2 (ikke-rekrutteringsklausuler).

## **1.3 Noen utgangspunkter – grunnleggende reelle hensyn**

For å kunne vurdere behovet for nye regler om konkurranseklausuler, kunde-klausuler og ikke-rekrutteringsklausuler (se våre definisjoner nedenfor i punkt 1.4) samt den eventuelle utformingen av slike regler, er det nødvendig å se hen til hvilke hensyn som gjør seg gjeldende. På dette området er det særlig hensynet til henholdsvis arbeidsgiver og arbeidstaker samt samfunnshensyn som vil være relevante.

Et ønske om å beskytte den svake part i et kontraktsforhold har lange tradisjoner i norsk rett. Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade (1913) side 18 inneholder således følgende generelle uttalelse:



*”Utviklingen har nemlig gjennom flere aarhundreder ført med sig et stadig stigende behov for en utvidelse av rammen for de ugyldige viljeserklæringer, og grunden er den at under samfundets utvikling har man i stadig økende grad følt trang til at hjelpe den som utbyttes i kontraktsforhold. Saa længe den fri konkurranses princip var eneraadende i lovgivningen, kunde selvsagt ugyldighetslæren ikke naa nogen fuld utvikling. I nutiden erkjendes det imidlertid fra alle hold, at den fri konkurranse og den ubundne kontraktsfrihet kan misbrukes, og at de særlig kan misbrukes av den sterkere til at utplyndre den svakere. Mot disse misbruk står det moderne samfund paa vagt.”*

Når det særlig gjelder konkurranseklausuler er det samme sted påpekt at de kan føre med seg at:

*”... den underordnede kommer i en økonomisk avhengighet, som han kanskje aldrig kan rive sig løs fra. Den som søker en stilling, lover let alt det som kræves for at faa den. Men gaar han ind paa et altfor trykkende konkurranseforbud, blir han stavnsbundet i den forretning han først er kommet ind i, idet forbudet hindrer ham fra at komme videre.”*

Disse hensynene resulterte i vedtakelsen av avtaleloven § 38 så tidlig som i 1918. Det som her er referert fra avtalelovens forarbeider om hensynet til den svake part i kontraktsforholdet, er fortsatt relevant i en analyse av forholdet mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver. Det å kunne utføre arbeid er for de aller fleste svært viktig. Det vil også være betenkelig å akseptere klausuler som begrenser arbeidstakeres frihet uten at det ytes kompensasjon fra arbeidsgiver.

At konkurranseklausuler vil kunne ha negative virkninger på samfunnet generelt, er fremhevet i spesialmotivene til avtaleloven, jf Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade (1913) side 91:

*”Ved avgjørelsen av om et konkurranseforbud utilbørlig innskærker den forpligtedes adgang til erhverv, er det særlig to hensyn som blir at ta i betragtning, det ene er hensynet til samfundet, det andet er hensynet til den forpligtede selv. Det strider selvfølgelig mot samfundets tarv, at en person fraskriver sig adgangen til erhverv, saa at han maa forsørges paa samfundets bekostning. Men ikke det alene. Det strider ogsaa mot samfundsmæssige interesser at arbeidskraft lægges øde. Selv om vedkommende person er formuende eller faar saa god betaling forkonkurranseforbudet, at enhver frygt for næringsssorger er utelukket, kan forbudet av hensyn til samfundet være utilbørlig og bør da være uforbindende.”*

Et annet hensyn som kan fremheves er hensynet til den frie konkurranse. Konkurrans hensynet er særlig som følge av samarbeidet innen EU/EØS blitt et mer fremtredende hensyn. I EU/EØS-retten, og også i norsk rett, må vektige grunner til for å kunne akseptere avtaler som hindrer arbeidskraftens frie bevegelighet.

Også hensynet til arbeidsgiver er et sentralt hensyn. Dette anerkjennes i Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade (1913) side 18:

*”Forsaavidt dette forbud ikke gaar videre end til at verne principalen mot illoyal konkurranse, og heller ikke utilbørlig innskærker den forpligtedes adgang til erhverv, er det selvfølgelig fuldt berettiget.”*

Mens arbeidsforholdet består foreligger det en alminnelig og ulovfestet lojalitetsplikt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker, jf eksempelvis avgjørelsene inntatt i Rt 1990 side 607 og Rt 1996 side 1401. Lojalitetsplikten forutsetter at en arbeidstaker skal fremme arbeidsgiverens interesser innenfor de rammer lovgivningen oppstiller. Handlinger som en arbeidstaker utfører i strid med arbeidsgiverens interesse utgjør normalt et brudd på lojalitetsplikten.

De handlinger som søkes forhindret gjennom konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler vil som en klar hovedregel innebære brudd på lojalitetsplikten dersom de utføres mens ansettelsesforholdet består. NAD 1981-1983 side 105 Brønnøy tingrett og NAD 1984-1985 side 134 Oslo byrett er eksempler på at egen virksomhet som drives i direkte konkurranse med arbeidsgivers virksomhet kan gi grunnlag for avskjed. I Rt 1990 side 607 og NAD 1988 side 755 Oslo byrett ble kontakt med arbeidsgiverens kunder med sikte på oppstart av konkurrerende virksomhet ansett urettmessig. Det finnes også flere eksempler på at rekruttering av kolleger med tanke på å få disse til å slutte, er i strid med lojalitetsplikten så lenge ansettelsesforholdet består, jf RG 1989 side 313 Eidsivating lagmannsrett, RG 1996 side 1241 Oslo byrett, NAD 1988 side 365 Oslo byrett og NAD 1988 side 1227 Bergen byrett.

Temaet for denne utredningen kan dermed også angis slik: i hvilken utstrekning kan det avtales en videreføring etter ansettelsesforholdets avslutning av begrensninger som gjelder under ansettelsesforholdet?

## **1.4 Oversikt over ulike typer klausuler - avgrensninger**

### **1.4.1 Innledning**

Det finnes en rekke ulike former for avtaleklausuler som tar sikte på å beskytte virksomheter mot ulike former for konkurranse. I praksis brukes en rekke ulike betegnelser på slike klausuler. De vanligste er konkurranseklausuler, karensklausuler, kundeklausuler, non-solicitklausuler, rappeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler. Det finnes imidlertid ingen legaldefinisjon i lovgivningen eller andre steder som angir hva som ligger i disse ulike betegnelse.

I denne utredningen har vi valgt å operere med tre hovedformer for konkurransebegrensende klausuler: konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler. Disse klausulene behandles hver for seg i punkt 2, 3 og 4 nedenfor, der det også er redegjort mer utførlig for hva vi legger i de ulike begrepene. Her i punkt 1.4 gis bare en kortfattet definisjon. I tillegg er det avgrenset mot visse former for konkurransebegrensende klausuler.

#### 1.4.2 Konkurransesklausuler

Med konkurransesklausuler menes i denne utredningen avtalebestemmelser som begrenser en fysisk persons adgang til å ta ansettelse i, etablere eller drive konkurrerende virksomhet.

Det hender også at det mellom foretak blir avtalt ulike former for konkurransesklausuler. Slike klausuler er ikke omfattet av avtaleloven § 38, men kan være ugyldige etter konkurranseloven § 10, som i utgangspunktet forbyr konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Det må imidlertid vurderes konkret om en konkurransesklausul mellom foretak er omfattet av dette forbudet. I Rt 1999 side 84 var det på en fast eiendom påheftet en servitutt om at det ikke måtte drives hotell, restaurant eller kafé på eiendommen. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at det måtte vurderes konkret om en slik servitutt var i strid med den nå opphevede konkurranseloven av 11. juni 1993 nr 65 § 3-3. Ettersom denne bestemmelsen i hovedsak er videreført gjennom konkurranseloven § 10, må det antas at det fortsatt er gjeldende rett at konkurransesklausuler avtalt mellom foretak kan være ugyldige, men ikke nødvendigvis.

I lys av at konkurransesklausuler avtalt mellom foretak reiser andre spørsmål enn konkurransesklausuler som begrenser en fysisk person adgang til å ta ansettelse i, etablere eller drive konkurrerende virksomhet, vil konkurransesklausuler avtalt mellom foretak ikke bli vurdert i denne utredningen.

De fleste konkurransesklausuler avtales mellom en arbeidstaker og vedkommendes arbeidsgiver. Det er imidlertid også vanlig å avtale konkurransesklausuler i forbindelse med overdragelse av en virksomhet. Klausulen vil da gjerne forplikte selgeren og/eller personer nært knyttet til selgeren, til ikke å drive konkurrerende virksomhet. Avtaleloven § 38 første ledd gjelder også for konkurransesklausuler avtalt i forbindelse med overdragelse av en virksomhet, forutsatt at vedkommende er en fysisk person. Fordi selgeren av en virksomhet ofte får et betydelig vederlag, er profesjonell og i tillegg gjerne har hatt juridisk bistand i forbindelse med virksomhetsoverdragelsen, skal det i praksis mer til for at slike konkurransesklausuler settes til side. Ettersom avtaleloven § 38 første ledd regulerer både konkurransesklausuler avtalt i arbeidsforhold og konkurransesklausuler avtalt i forbindelse med overdragelse av en virksomhet, vil begge former for konkurransesklausuler bli behandlet i denne utredningen.

Konkurransesklausuler som forplikter en fysisk person blir også i visse tilfeller inngått selv om det ikke foreligger et ansettelsesforhold eller en virksomhetsoverdragelse. LH-2005-128827 Hålogaland lagmannsrett er et eksempel på en oppdragstaker som var forpliktet til å avstå fra å konkurrere med en tidligere oppdragsgiver. Også slike konkurransesklausuler reguleres av avtaleloven § 38 første ledd og omfattes av denne utredningen, selv om hovedvekten vil bli lagt på konkurransesklausuler avtalt i ansettelsesforhold.

#### 1.4.3 Kundeklausuler

Med kundeklausuler menes i denne utredningen avtalebestemmelser som begrenser en fysisk persons adgang til å kontakte, utføre arbeid for eller ta ansettelse hos avtalemotpartens kunder eller andre forretningsforbindelser. Vi har valgt å kategorisere kundeklausulene i en egen gruppe fordi de brukes i

en viss utstrekning i praksis samtidig som de i dag bare reguleres av avtaleloven § 36 og ikke av § 38. I dansk rett finnes det særskilte bestemmelser vedrørende kundeklausuler.

Kundeklausuler blir i visse tilfeller også benyttet mellom foretak. I LE-2003-21245 Eidsivating lagmannsrett ble et selskap ansett å være forpliktet til ikke *”å inngå avtaler om snørydding med A/S Gårdpass kunder direkte eller indirekte så lenge denne avtalen gjelder, samt de to nærmeste påfølgende brøytesesonger”*. Kundeklausuler avtalt mellom foretak reiser primært konkurranserettslige spørsmål og faller på denne bakgrunn i utgangspunktet utenfor utredningen.

#### 1.4.4 Ikke-rekrutteringsklausuler

Med ikke-rekrutteringsklausuler menes i denne utredningen dels avtalebestemmelser som begrenser en fysisk persons adgang til å medvirke til at andre ansatte avslutter sitt ansettelsesforhold hos avtalemotparten og dels avtalebestemmelser mellom to virksomheter om ikke å ansette eller forsøke å ansette hverandres ansatte. I departementets brev av 31. mars 2008 er bare den sistnevnte typen avtalebestemmelser omtalt som ikke-rekrutteringsavtaler, mens det i en nylig vedtatt dansk lov er brukt betegnelsen *”jobbklausuler”* om begge typene avtalebestemmelser beskrevet ovenfor. Vi har i utredningen foretrukket å bruke betegnelsen ikke-rekrutteringsklausuler på alle klausuler som har som formål å begrense rekruttering av rettighetshaverens ansatte, uavhengig av om klausulen er avtalt med en ansatt eller en forretningsforbindelse.

I noen ansettelsesforhold blir det inngått avtaler om bindingstid, det vil si avtaler der arbeidstakeren forplikter seg til å arbeide eller ikke å si opp sin stilling i en viss periode. Avtaler om bindingstid er ikke uvanlige der arbeidstakeren gis anledning til å skaffe seg videre- eller etterutdanning samtidig som ansettelsesforholdet løper. Arbeidstakeren kan da bruke hele eller deler av den ordinære arbeidstiden til videre- eller etterutdanning, ofte kombinert med at arbeidsgiveren dekker alle eller deler av utdanningskostnadene. Noen ganger kombineres en slik bindingstidsklausul med en konkurranseklausul (LB-1999-2853 Borgarting lagmannsrett og RG 2004 side 425 Oslo tingrett). Andre ganger avtales det bare en bindingstid (Rt 2006 side 420 og RG 2000 side 262 Borgarting lagmannsrett).

Høyesterett har i Rt 2006 side 420 lagt til grunn at arbeidsmiljøloven (1977) § 58 jf § 5 ikke var til hinder for at en arbeidstaker binder seg til fire års arbeidsplikt uten oppsigelsesadgang, såfremt arbeidsgiver har en tilsvarende plikt til å beholde arbeidstakeren i denne perioden. Det må legges til grunn at den nye arbeidsmiljøloven ikke har medført endringer på dette punkt. Bindingstidsklausulen ble etter en konkret vurdering heller ikke ansett ugyldig etter avtaleloven § 36, selv om bindingen lå nær grensen for hva som kan aksepteres i denne type forhold. I den forbindelse ble det lagt vekt på at begge parter var profesjonelle og at klausulen var inntatt i en avtale som ga den forpliktete rett til å kjøpe aksjer til en gunstig pris. Bindingstidsklausuler faller utenfor denne utredningen.

## 1.5 Sammenheng

### 1.5.1 Konkurransesklausuler

Konkurransesklausuler er omhandlet i utredningens punkt 2.

I punkt 2.4 og 2.5 er det gitt en oversikt over gjeldende rett for så vidt gjelder konkurransesklausuler. Det er her hovedsakelig redegjort for avtaleloven § 38. Bestemmelsen slår i første ledd fast at konkurransesklausuler ikke er bindende i den utstrekning de urimelig innskrenker adgangen til erverv eller går lenger enn påkrevet for å verne mot konkurranse. Annet ledd inneholder særregler for visse underordnede ansatte, mens tredje ledd fastsetter at konkurransesklausuler bortfaller dersom arbeidsforholdet opphører uten at arbeidstakeren har gitt rimelig grunn til det.

I punkt 2.6.1 er det gitt en oversikt over rettstilstanden i Danmark. Danmark innførte i 1999 nye lovbestemmelser vedrørende konkurransesklausuler. Det er her hovedsakelig redegjort for funksjonærloven § 18, som med virkning fra 15. juni 1999 ble endret i betydelig grad. Bestemmelsen oppstiller nå flere grunnvilkår som må være oppfylt for at en konkurransesklausul skal kunne gjøres gjeldende. For det første må arbeidstakeren ha "*en særligt betroet stilling*". For det annet må arbeidstakeren ha krav på et vederlag som minst utgjør 50 % av vedkommendes lønn på fratredelsestidspunktet. For det tredje må konkurransesklausulen være avtalt skriftlig. For det fjerde må arbeidstakeren ha vært ansatt i minst tre måneder. Dessuten er det fastsatt at en konkurransesklausul kan sies opp med som hovedregel en måneds varsel.

For konkurransesklausuler avtalt før 15. juni 1999 gjelder i en viss utstrekning andre begrensninger. For øvrig er det i funksjonærloven § 18 a fastsatt begrensninger i adgangen til å gjøre gjeldende kundesklausuler som i en viss utstrekning tilsvarende de begrensningene som gjelder for konkurransesklausuler.

I punkt 2.6.2 er det gitt en oversikt over rettstilstanden i Sverige, der det i en utredning avgitt høsten 2002 er foreslått å innføre en ny lovbestemmelse om konkurransesklausuler i den svenske loven om anstillningskydd. Det foreslås innført fire grunnvilkår som må være oppfylt for at en konkurransesklausul skal kunne gjøres gjeldende. For det første må konkurransesklausulen være avtalt skriftlig. For det andre må det foreligge vektige grunner ("*vägande skäl*"). For det tredje må arbeidstakeren ha krav på et vederlag. For det fjerde må arbeidsforholdet være oppsagt av arbeidstakeren eller av arbeidsgiveren med grunnlag i arbeidstakerens forhold. For øvrig er det foreslått presisert at en konkurransesklausul ikke skal kunne gjøres gjeldende i mer enn ett år hvis det ikke foreligger "*synnerliga skäl*".

I punkt 2.6.3 er det gitt en oversikt over rettstilstanden i Finland, der det i 2001 ble innført en ny lov om arbeidsavtaler. Loven inneholder en egen bestemmelse vedrørende konkurransesklausuler. Det slås her fast at en konkurransesklausul bare kan gjøres gjeldende i den utstrekning det foreligger vektige grunner ("*vägande skäl*"). En konkurransesklausul kan videre gjøres gjeldende i høyst seks måneder, men i inntil ett år dersom det betales en rimelig kompensasjon ("*skälig ersättning*"). Tidsbegrensningen på ett år gjelder ikke for personer som leder virksomheten eller har en særlig

selvstendig stilling. En konkurranseklausul er ikke bindende for arbeidstakeren dersom arbeidsforholdet er opphørt på grunn av arbeidsgivers forhold.

Vi anbefaler i punkt 2.7 at det innføres særlige lovbestemmelser for regulering av konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold i et eget kapittel i arbeidsmiljøloven.

I punkt 2.7.1 med underpunkter drøftes spørsmålet om det er behov for en ny regulering blant annet under henvisning til rettstilstanden i de øvrige nordiske landene. Punkt 2.7.2 med underpunkter omhandler de begrensninger som bør gjelde i adgangen til å avtale og gjøre gjeldende en konkurranseklausul. Vi foreslår ikke at konkurranseklausuler bare skal kunne inngås med arbeidstakere som har bestemte stillinger, for eksempel at det dreier seg om en særlig betrodd stilling, jf punkt 2.7.2.1. Begrunnelsen er at en virksomhet kan ha behov for en konkurranseklausul også for arbeidstakere som ikke faller inn under denne kategorien.

I punkt 2.7.2.2 foreslår vi innført et krav om at særlige grunner må foreligge for at en konkurranseklausul skal være gyldig. Etter den finske arbeidsavtaleloven og det svenske lovutkastet stilles det opp en betingelse om "*vägande skäl*" for at en konkurranseklausul skal være gyldig. Den danske funksjonærloven § 18 krever er "*særlig betroet stilling*". En innføring av et krav om særlige grunner vil innebære at friheten til å avtale konkurranseklausuler strammes inn.

Under henvisning til at arbeidstakeren får begrenset sin frihet til fritt å utnytte sin erfaring og kompetanse og for at arbeidsgiveren skal foreta en reell prøvelse av om det foreligger et behov for en konkurranseklausul, foreslås innført et krav om vederlag til arbeidstakeren på minst 50 % av lønnen på fratredelsestidspunktet, jf punkt 2.7.2.3. Tidligere arbeidsgiver kan i vederlaget kreve fradrag dersom summen av vederlaget og nye inntekter overstiger den lønnen arbeidstakeren tidligere hadde. Fradraget foreslås begrenset til halvparten av det overskytende beløp. Det foreslås innført en informasjonsplikt fra arbeidstakeren til tidligere arbeidsgiver om eventuelle arbeidsinntekter i karenperioden. Ved beregningen av minimumsvederlaget skal det tas utgangspunkt i kontantlønnen på fratredelsestidspunktet. Ulike spørsmål knyttet til arbeidsgiverens eventuelle rett å slutte å betale vederlag ved mislighold fra arbeidstakerens side behandles også i punkt 2.7.2.3.

Vi foreslår i punkt 2.7.2.4 at en konkurranseklausul maksimalt kan vare i tolv måneder fra utløpet av oppsigelsestiden. I punkt 2.7.2.5 foreslår vi at skriftlighet skal være en gyldighetsbetingelse. Den danske funksjonærloven § 18 fjerde ledd begrenser adgangen til å gjøre gjeldende konkurranseklausuler til arbeidstakere som har vært ansatt i mer enn tre måneder. Arbeidstakere som har vært ansatt i mellom tre og seks måneder kan ikke gyldig avtale en konkurranseklausul på mer enn seks måneder. Vi anbefaler en tilsvarende regel innført i Norge.

Vi foreslår i punkt 2.7.2.7 at det innføres en bestemmelse som pålegger arbeidsgiveren en plikt til å ta stilling til om konkurranseklausulen skal fastholdes i forbindelse med opphør av ansettelsesforholdet. Hvis arbeidsgiveren ikke har tatt stilling til spørsmålet innen tre uker regnet fra oppsigelsestidspunktet, faller konkurranseklausulen bort.

Punkt 2.7.2.8 omhandler arbeidsgiverens adgang til å frafalle eller si opp en konkurranseklausul. Vårt forslag er at arbeidsgiveren har rett til å si opp avtalen, men slik at virkningene av oppsigelsen først inntreffer etter tre måneder.

Bestemmelsen i avtaleloven § 38 tredje ledd foreslås i punkt 2.7.2.9 videreført, men slik at bestemmelsen tas inn i arbeidsmiljøloven. Ved midlertidige ansettelse foreslår vi ingen særlige bestemmelser, jf punkt 2.7.2.10.

### 1.5.2 Kundeklausuler

Kundeklausuler er omhandlet i utredningens punkt 3.

I punkt 3.2 er det gitt en beskrivelse av kundeklausulers utbredelse, eksempler på utforming og hvordan de fungerer i praksis. Vår erfaring er at kundeklausuler avtales innenfor en rekke bransjer og med arbeidstakere på ulike nivåer. Kundeklausuler kombineres også ofte med en konkurranseklausul.

Kundeklausuler kjennetegnes ved at de begrenser en fysisk persons adgang til å kontakte, utføre arbeid for eller ta ansettelse hos avtalemotpartens kunder eller andre forretningsforbindelser. I praksis varierer det imidlertid om kundeklausulen også omfatter det å ta ansettelse hos kunder. Kundeklausuler vil normalt alltid begrense arbeidstakers adgang til kontakt med kundene. Et spørsmål som kan oppstå i praksis er om kundeklausulen bare rammer det å kontakte kunder selv, eller om også det å inngå avtaler med kunder som tar kontakt av eget tiltak, rammes.

I punkt 3.3 er det gitt en oversikt over gjeldende rett for så vidt gjelder kundeklausuler. Det er her blant annet redegjort for avtaleloven §§ 36 og 38 samt arbeidsmarkedsloven § 27. Utgangspunktet er at kundeklausuler ikke omfattes av avtaleloven § 38. Det er således avtaleloven § 36 som eventuelt kan begrunne en avtalesensur av kundeklausuler. At avtaleloven § 38 ikke kommer til anvendelse innebærer at en kundeklausul i motsetning til en konkurranseklausul, ikke bortfaller ved oppsigelse begrunnet i arbeidsgivers forhold, jf avtaleloven § 38 tredje ledd.

I punkt 3.4.1 er det gitt en oversikt over rettstilstanden i Danmark som i 1999 innførte særlige regler om kundeklausuler i den danske funksjonærloven § 18 a. Loven begrenser adgangen til å avtale kundeklausuler med funksjonærer og omfatter både klausuler som forbyr en funksjonær å ta ansettelse hos, eller direkte eller indirekte ha ervervsmessig kontakt med sin tidligere arbeidsgivers kunder og andre forretningsforbindelser. Kundeklausuler kan bare gjøres gjeldende i forhold til kunder og andre forretningsforbindelser som funksjonæren har hatt forretningsmessig kontakt med i løpet av de siste 18 månedene før oppsigelsestidspunktet. I tillegg omfattes kunder og forretningsforbindelser som arbeidsgiver skriftlig har meddelt skal være omfattet av kundeklausulen. Det er også et vilkår at arbeidstakeren mottar en kompensasjon som minst skal utgjøre 50 % av vedkommendes lønn på fratredelsestidspunktet.

Verken Sverige eller Finland har uttrykkelige regler om kundeklausuler.

Punkt 3.5 inneholder en rettspolitisk analyse av behovet for regulering av kundeklausuler. Vår vurdering er at det bør innføres bestemmelser som begrenser adgangen til å avtale kundeklausuler

mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Dette er blant annet begrunnet i at kundeklausuler på mange måter i praksis vil kunne ha liknende virkning som en konkurranseklausul. Hensynet til kundenes rett til selv å velge sine forretningsforbindelser og mer generelle samfunnshensyn har også betydning.

Avslutningsvis i punkt 3.5.2 og 3.5.3 vurderer vi hvilke begrensninger som bør gjelde for adgangen til å avtale og gjøre gjeldende kundeklausuler, samt hvor nye bestemmer om kundeklausuler bør plasseres i lovverket. Vår konklusjon er at det bør innføres regler om dette i arbeidsmiljøloven og at det i stor grad bør være sammenfall mellom reguleringen av kundeklausuler og konkurranseklausuler. Vi foreslår således innført krav om skriftlighet og at arbeidstakeren har krav på et vederlag tilsvarende minst 50 % av lønnen på fratredelsestidspunktet. Dersom arbeidstakeren har krav på vederlag for en konkurranseklausul, må det ikke betales ytterligere vederlag for en kundeklausul. For øvrig foreslås sammenfallende bestemmelser vedrørende vederlag, blant annet om krav om en viss ansettelsestid og adgang til å si opp kundeklausulen.

I dag vil en kundeklausul ikke falle bort selv om ansettelsesforholdet opphører på grunn av arbeidsgivers forhold. Denne forskjellen mellom kundeklausuler og konkurranseklausuler (som i slike tilfeller vil falle bort etter avtaleloven § 38 tredje ledd) foreslås fjernet, slik at også kundeklausuler faller bort der ansettelsesforholdet opphører på grunn av arbeidsgivers forhold.

Det foreslås videre at en kundeklausul bare kan omfatte kunder som arbeidstakeren har hatt en ervervsmessig kontakt med det siste året før oppsigelsen, jf punkt 3.5.2.5.

### 1.5.3 Ikke-rekrutteringsklausuler

Ikke-rekrutteringsklausuler er omhandlet i utredningens punkt 4.

I punkt 4.2 er det gitt en beskrivelse av ikke-rekrutteringsklausuler i praksis inndelt i henholdsvis ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker og ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter. Det er også redegjort for undersøkelser foretatt av arbeidstakerorganisasjoner om forekomster av avtaler med ikke-rekrutteringsklausuler. Det må på dette grunnlag legges til grunn at ikke-rekrutteringsklausuler har en viss utbredelse også i det norske arbeidsmarkedet og at de arbeidstakere som indirekte rammes av slike klausuler ikke er kjent med avtalens eksistens.

I punkt 4.3 er det gitt en oversikt over gjeldende rett for så vidt gjelder ikke-rekrutteringsklausuler. Det er her blant annet redegjort for anvendelsesområdet til avtaleloven §§ 36 og 38 samt arbeidsmarkedsloven § 27 som gjelder for virksomheter som leier ut egne arbeidstakere. Utgangspunktet er at avtaler med ikke-rekrutteringsklausuler ikke gyldig kan avtales for virksomheter som leier ut egne ansatte. Det finnes imidlertid ingen lovgivning som på samme måte klart begrenser adgangen til å inngå ikke-rekrutteringsklausuler innenfor andre typer virksomhet.

I punkt 4.4 er det gitt en oversikt over rettstilstanden i Danmark. Danmark innførte 1. juli 2008 uttrykkelige regler om ikke-rekrutteringsklausuler (kalt "jobklausuler"). Loven omfatter både ikke-rekrutteringsavtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker og mellom arbeidsgiver og andre virksomheter. Slike avtaler kan bare gjøres gjeldende overfor andre arbeidstakere såfremt arbeidsgiver



også har inngått individuelle avtaler med disse hvor det fremgår hvilke begrensninger ikke-rekrutteringsklausulen innebærer for arbeidstakeren. I tillegg pålegges arbeidsgiver å betale et vederlag til arbeidstaker som minst skal utgjøre 50% av vedkommendes lønn på fratredelsestidspunktet. Hemmelige avtaler om ikke-rekruttering vil således ikke kunne gjøres gjeldende overfor arbeidstakere. Loven inneholder i tillegg en rekke særbestemmelser og unntak som er nærmere beskrevet i punkt 4.4.

Verken Sverige eller Finland har uttrykkelige regler om ikke-rekrutteringsklausuler.

Punkt 4.5.1 inneholder en rettspolitisk analyse av behovet for regulering av ikke-rekrutteringsklausuler. Vår vurdering er at det fortsatt bør være adgang til å avtale og gjøre gjeldende ikke-rekrutteringsklausuler mellom virksomheter og mellom arbeidsgiver og arbeidstaker samtidig som det foreslås innført begrensninger begrunnet i forholdet til de arbeidstakerne som indirekte rammes av ikke-rekrutteringsklausulene. Behovet for ny regulering er imidlertid forskjellig avhengig av om ikke-rekrutteringsklausulen er avtalt mellom to virksomheter eller mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver.

Vi har derfor i motsetning til den løsningen som er valgt i den danske loven om ikke-rekrutteringsklausuler (jobklausuler), i punkt 4.5.2 foreslått at disse typetilfellene reguleres på forskjellig måte. For ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter foreslås det innført krav om at berørte arbeidstakere må informeres skiftlig om klausulene for at de skal kunne gjøres gjeldende. Videre foreslås innført en bestemmelse om at slike klausuler maksimalt kan gjøres gjeldende i to år fra avtaleinngåelsen, i seks måneder fra opphøret av det samarbeidet som foranlediget ikke-rekrutteringsklausulen og i seks måneder fra opphøret av vedkommende arbeidstakers arbeidsforhold.

For ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker foreslås bare innført en begrensning om at slike klausuler maksimalt kan gjøres gjeldende i seks måneder fra arbeidsforholdets opphør. For begge typer ikke-rekrutteringsklausuler foreslås i tillegg innført bestemmelser som innebærer at klausulene ikke kan gjøres gjeldende overfor arbeidstakere som har vært ansatt i mindre enn tre måneder eller der arbeidsforholdet opphører på grunn av arbeidsgivers forhold.

#### 1.5.4 Overgangsregler

I utredningens punkt 5 er det vurdert hvilke overgangsregler som bør gjelde dersom det skal innføres nye bestemmelser om konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler. Den tradisjonelle oppfatningen er at ny lovgivning i utgangspunktet ikke kan gripe inn i og endre avtaleparters rettigheter og plikter.

Med henvisning til de overgangsreglene som ble vedtatt i forbindelse med innføringen av agenturloven §§ 42 og 43 og den nå opphevede konkurranseloven § 3-3, foreslår vi at nye bestemmelser i første omgang bare skal gjelde klausuler avtalt etter ikrafttredelsestidspunktet. For eldre klausuler kan det fastsettes at de vil være omfattet av de nye reglene fra ett eller to år etter ikrafttredelsen, slik at partene gis anledning til å tilpasse seg de nye bestemmelsene.

### 1.5.5 Forslag til nye lovbestemmelser

Vi foreslår innført et nytt kapittel 17A i arbeidsmiljøloven om konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold.

I § 17A-1 angis at kapittelet gjelder for konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsavtaler, som er nærmere definert. Videre foreslås det opplyst at det forhold at klausuler ikke faller bort etter de nye bestemmelsene, ikke i seg selv utelukker anvendelse av avtaleloven §§ 36 og 38.

§ 17A-2 regulerer konkurranseklausulene. Det sies her at en konkurranseklausul bare kan gjøres gjeldende dersom den er avtalt skriftlig, det foreligger særlige grunner og arbeidstakeren har krav på vederlag. En konkurranseklausul kan gjøres gjeldende i maksimalt ett år regnet fra arbeidsforholdets opphør. En konkurranseklausul faller imidlertid bort dersom arbeidsforholdet opphører som følge av arbeidsgivers forhold. Konkurranseklausuler kan ikke gjøres gjeldende dersom arbeidsforholdet har vart i mindre enn tre måneder. Har arbeidsforholdet var i mellom tre og seks måneder kan konkurranseklausulen maksimalt gjelde i seks måneder. Videre er det foreslått at konkurranseklausuler faller bort dersom arbeidsgiver ikke innen tre uker etter en oppsigelse har bekreftet at konkurranseklausulen opprettholdes.

§ 17A-3 inneholder bestemmelser om vederlag. Vederlag må minst utgjøre 50 % av arbeidstakerens lønn på fratredelsestidspunktet. Dersom summen av vederlaget og arbeidstakerens nye inntekter overstiger den lønnen arbeidstakeren tidligere hadde, skal det skje en viss avkortning i vederlaget. For øvrig kan en arbeidsgiver til enhver tid si opp en konkurranseklausul med tre måneders frist.

Bestemmelser om kundeklausuler er foreslått plassert i § 17A-4. Kundeklausuler kan bare gjøres gjeldende dersom de er avtalt skriftlig og arbeidstakeren har krav på vederlag. Hvis imidlertid arbeidstakeren har krav på vederlag for en konkurranseklausul fra før, kan det ikke kreves ytterligere vederlag for kundeklausulen. Det foreslås angitt at kundeklausuler bare kan omfatte kunder som arbeidstakeren har hatt en forretningsmessig forbindelse med det siste året før oppsigelsen. For øvrig er bestemmelsene vedrørende konkurranseklausuler om bortfall når arbeidsforholdet opphører på grunn av arbeidsgivers forhold, fradrag for andre inntekter og oppsigelse gitt tilsvarende anvendelse for kundeklausuler.

Bestemmelser om ikke-rekrutteringsklausuler er foreslått plassert i §§ 17A-5 og 17A-6. Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom virksomheter (§ 17A-5) kan bare gjøres gjeldende dersom arbeidstakeren er informert og bare innenfor visse nærmere angitte tidsrammer. Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker (§ 17A-6) kan ikke gjøres gjeldende i mer enn seks måneder etter ansettelsesforholdets opphør.

§ 17A-7 inneholder bestemmelser om ikrafttredelse og overgangsregler.

I avtaleloven § 38 foreslås annet og tredje ledd opphevet, idet disse uansett bare gjelder i arbeidsforhold. Bestemmelsens første ledd foreslås oppdatert språklig.

## **2 KONKURRANSEKLAUSULER**

### **2.1 Innledning**

I dette punktet ser vi nærmere på konkurranseklausulene, det vil si avtalebestemmelser som begrenser en fysisk persons adgang til å ta ansettelse i, etablere eller drive konkurrerende virksomhet. I punkt 2.2 er det redegjort for bruken av konkurranseklausuler i praksis. Vi har i den forbindelse sett på både utbredelsen og utformingen av slike klausuler samt redegjort for hvordan de fungerer i praksis.

I punkt 2.3 har vi sett nærmere på de rettskildene som finnes på dette området. Punkt 2.4 og 2.5 inneholder en redegjørelse for gjeldende rett vedrørende konkurranseklausuler. Punkt 2.4 omhandler avtaleloven § 38, mens punkt 2.5 beskriver annen relevant lovgivning. I punkt 2.6 er det redegjort for rettstilstanden i andre land, med hovedvekt på rettstilstanden i de øvrige nordiske landene.

Punkt 2.7 inneholder en vurdering av behovet for nye regler vedrørende konkurranseklausuler. I forlengelsen av dette har vi også sett på hvordan nye regler kan og bør utformes.

### **2.2 Konkurransesklausuler i praksis**

#### **2.2.1 Utbredelsen av konkurranseklausuler**

Det finnes i liten grad statistikk eller annet materiale som kan indikere hvor mange personer som er forpliktet i henhold til en konkurranseklausul.

I tidsrommet 24. desember 2005 til 3. januar 2006 foretok Visendi en undersøkelse (elektronisk) der et landsrepresentativt utvalg på 10.390 personer i alderen 16 til 72 år svarte på en rekke spørsmål om konkurranseklausuler mm. Undersøkelsen viste at 9,37 % av de spurte hadde ansettelseskontrakter som inneholdt en klausul om ansettelse i konkurrerende virksomhet. Av de spurte mennene var 11,76 % bundet av en slik klausul, mot 6,31 % av kvinnene.

I henhold til Teknas arbeidsvilkårsundersøkelse for 2007 (utført høsten 2007) er 2 % av medlemmene i Tekna underlagt en konkurranseklausul. Undersøkelsen er gjennomført ved at lokale tillitsvalgte har svart basert på hva som er vanligst for alle Teknas medlemmer ved den enkelte bedrift, slik at det ikke er stilt spørsmål på individnivå. Dermed er det bare ved bedrifter der flertallet av Teknamedlemmene er underlagt en konkurranseklausul at det er svart bekreftende på spørsmål om det er avtalt en konkurranseklausul. Dette innebærer at det er usikkert hvor representativt resultatet er.

Uttalelser fra både arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner tyder på utstrakt bruk av konkurranseklausuler. I brev av 1. oktober 2007 fra Siviløkonomene er det blant annet uttalt følgende:

*”Siviløkonomenes advokatkontor har innsyn i en lang rekke konkrete avtaler og kan slå fast at arbeidstakeren sjelden er godt nok rustet til å vurdere potensielle fremtidige situasjoner som konkurranseklausulen skal beskytte mot. Det er vanskelig å argumentere for å styrke sine*

*rettigheter ved en framtidig oppsigelse når man skal til å skrive under en arbeidskontrakt. Og neste jobbytte er naturlig nok ikke i fokus.*

*De konkurranseklausulene som Siviløkonomenes advokater ser, ville i svært mange tilfelle ikke stått seg ved prøving for retten. De fleste arbeidstakere kvier seg imidlertid for å gå til rettssak mot tidligere arbeidsgiver for å få kjent ugyldig en klausul i en arbeidsavtale de selv har underskrevet, selv om den viser seg å være urimelig og ville falt ved prøving for domstol. Mange arbeidstakere velger dermed å akseptere det som i realiteten er ulovlige bransjeforbud og en del tilfelle rent yrkesforbud.”*

I brev av 12. mars 2008 fra Akademikerne, YS og UNIO til Arbeids- og inkluderingsdepartementet er det blant annet uttalt følgende:

*”Det forekommer stadig oftere at arbeidsgivere bruker virkemidler som begrenser konkurransen om arbeidskraften og dermed mobiliteten i arbeidsmarkedet. Dette rammer alle typer kvalifisert arbeidskraft på alle nivåer i virksomhetene. Vi ser stadig flere tilfeller av at arbeidsgivere ønsker å ta inn konkurransebegrensende klausuler som får langt utover hva som er rimelig for den enkelte og hensiktsmessig for samfunnet.”*

Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon har ikke foretatt undersøkelser om utbredelsen av konkurranseklausuler blant medlemsbedriftene. Organisasjonen har maler for konkurranseklausuler liggende ute på sine lukkede medlemsider, men har opplyst at organisasjonen får få henvendelser i forbindelse med opprettelse av slike klausuler. Organisasjonen får i noe større omfang spørsmål knyttet til tolkningen av allerede inngåtte avtaler, i hovedsak i forbindelse med at en arbeidsgiver har mottatt oppsigelse fra en ansatt som det fryktes vil starte konkurrerende virksomhet. Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon har i et fåtall saker ytt bistand i forbindelse med en pågående tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker vedrørende en konkurranseklausul og opplyser at de ikke har hatt noen saker for domstolene på dette området. For øvrig er det organisasjonens inntrykk at det bare er unntaksvis at partene ender opp med å være uenige om hvordan en konkurranseklausul skal praktiseres.

Heller ikke Næringslivets Hovedorganisasjon har foretatt undersøkelser om utbredelsen av konkurranseklausuler blant medlemsbedriftene. Henvendelser tyder på at konkurranseklausuler er utbredt. I den forbindelse nevnes også at konkurranseklausuler var et hovedtema under Nordisk Arbejdsgiverjuristmøde i 2006 mellom Næringslivets Hovedorganisasjon og søsterorganisasjonene i de øvrige nordiske landene.

Vi kjenner ikke til tariffavtaler som omfatter konkurranseklausuler. Mellom Næringslivets Hovedorganisasjon og Tekna er det imidlertid avtalt standardregler vedrørende konkurranseforbud. Det er her gitt ulike anbefalinger knyttet til utformingen av en eventuell konkurranseklausulsavtale. Disse standardreglene er inntatt som vedlegg 3 til utredningen. Næringslivets Hovedorganisasjon og Tekna har imidlertid opplyst at partene planlegger å reforhandle disse standardreglene i nær fremtid. At det er mellom nettopp disse to partene det er inngått standardregler vedrørende konkurranseforbud kan tyde på at konkurranseklausuler er særlig utbredt i de bransjene der Tekna har medlemmer.

Rettspraksis tyder på at konkurranseklausuler avtales innenfor en rekke bransjer og med arbeidstakere på ulike nivåer, jf vedlegg 1 til utredningen. Mange klausuler er avtalt med daglige ledere eller andre i ledende stillinger. Det finnes imidlertid også eksempler på tvister knyttet til konkurranseklausuler avtalt med eiendomsmeglere (RG 1996 side 1566 Borgarting lagmannsrett), servicekonsulenter (LG-1992-950 Gulating lagmannsrett), aerobic-instruktører (RG 1989 side 548 Oslo namsrett) og hjemmearbeidende kursledere i en slankeklubb (RG side 432 voldgift).

Vår erfaring underbygger at konkurranseklausuler avtales innenfor en rekke bransjer og med arbeidstakere på ulike nivåer. Det er imidlertid store variasjoner mellom ulike arbeidsgivere. Noen har bare avtalt konkurranseklausuler med daglig leder og eventuelt et fåtall andre ledende ansatte. Andre har konkurranseklausuler liggende inne i sine standard ansettelsesavtaler og krever slike klausuler akseptert av alle eller et betydelig flertall av de ansatte.

### 2.2.2 Utforming av konkurranseklausuler

Vi har i punkt 1.4 angitt at vi med konkurranseklausuler i denne utredningen mener avtalebestemmelser som begrenser en fysisk persons adgang til å ta ansettelse i, etablere eller drive konkurrerende virksomhet. Det er ulike måter å angi hva slags virksomhet den forpliktete ikke kan ta ansettelse i, etablere eller drive. Det vanligste er å si at den forpliktete ikke kan ta ansettelse i, etablere eller drive virksomhet som konkurrerer med avtalemotpartens virksomhet. Et typisk eksempel er den konkurranseklausulen som ble vurdert i RG 2000 side 1092 Borgarting lagmannsrett, som hadde følgende ordlyd:

*”Arbeidstakeren er i ett år etter at han/hun har fratrudd sin stilling i selskapet og uten hensyn til årsaken til fratredelsen, ikke berettiget til, direkte eller indirekte å ha beskjeftigelse, bistå med eller være på annen måte delaktig i noen virksomhet - norsk eller utenlandsk - som på vesentlige punkter er i konkurranse med firmaet eller bedrifter som er knyttet til firmaet.”*

Noen ganger er det konkretisert hva som skal regnes som konkurrerende virksomhet. I den klausulen som ble vurdert i RG 1991 side 1186 Hålogaland lagmannsrett hadde arbeidstakeren forpliktet seg til ikke å *”arbeide for konkurrerende firmaer (firmaer som forhandler kjemikalier)”*.

Alternativt kan en konkurranseklausul knyttes til virksomhet innenfor en bestemt bransje (navnlig avtalemotpartens bransje). Et eksempel på dette er klausulen som ble behandlet i Rt 2001 side 301 (klausulen er sitert i LB-2000-3622 Borgarting lagmannsrett):

*”Roar Evensen forplikter seg til ikke å ta ansettelse i virksomhet innenfor samme bransje - eller starte tilsvarende virksomhet - i de nærmeste to år etter at dette ansettelsesforhold er opphørt.”*

I Rt 1929 side 433 inneholdt den omtvistede konkurranseklausulen en svært detaljert beskrivelse av hva slags virksomhet som ble regnet som konkurrerende i forhold til den opprinnelige arbeidsgiveren:

*”Herr Wiig, paa sin side, forplikter sig til ... b) at ikke etablere sig, ei heller ta ansettelse i noget firma, i direkte eller indirekte konkurranse med herrer Thorsen & Johannessen selv*

*individuet i tilfelle av oppløsning av selskapet, d. e. som i Frankrike, England, Tyskland, Belgien eller de Skandinaviske Land driver forretning i fisketran, hvalbarder, fiske- og hvalguano og andre organiske substanser, som tørret blod, tørret kjøtt, horn- og lærmel, kalisalt, selskinn, eggehvite av blod tillikemed enhver ny artikkel som herrer Thorsen & Johannessen maatte forhandle under hans ophold hos dem, og dette i et tidsrum av 5 aar, at regne fra hans fratreden av firmaet Thorsen & Johannessen”*

Konkurransesklausulene gjengitt ovenfor omfatter både det å etablere og det å ta ansettelse i konkurrerende virksomhet. Det forekommer imidlertid også at konkurransesklausuler begrenses til å gjelde etablering og/eller drift av konkurrerende virksomhet, slik at ansettelse hos en konkurrent ikke vil være i strid med konkurransesklausulen. Tanken bak slike klausuler er at etablering av en helt ny konkurrent vil være mer problematisk enn om en allerede eksisterende konkurrent ansetter en ny medarbeider. Eksempler på slike klausuler finnes i LE-2005-161292 Eidsivating lagmannsrett.

Et forbud mot å ta ansettelse hos bestemte konkurrenter vil også være en form for konkurransesklausul, men er ikke så vanlig i praksis. Av RG 2000 side 1092 Borgarting lagmannsrett fremgår det at partene her var enige om at den avtalte konkurransesklausulen var begrenset til å gjelde ansettelse hos en bestemt konkurrent.

Når det gjelder konkurransesklausulers utstrekning i tid, er det betydelige variasjoner i praksis. En varighet på ett år fra ansettelsesforholdets opphør er nok det vanligste i praksis, se for eksempel klausulene avtalt i RG 2001 side 253 Borgarting lagmannsrett, RG 2000 side 1092 Borgarting lagmannsrett, RG 1991 side 1186 Hålogaland lagmannsrett og RG 1983 side 432 voldgift.

Det forekommer imidlertid både kortere og lengre klausuler i praksis. I Rt 2001 side 301 gjaldt den omtvistede klausulen ”i de nærmeste to år etter at dette ansettelsesforholdet er opphørt”. Også i RG 1996 side 1241 Oslo byrett gjaldt konkurransesklausulen i to år, mens den i RG 1984 side 1010 Tromsø namsrett gjaldt i 18 måneder. I LG-2006-92490 Gulating lagmannsrett var det avtalt en karenstid på tre år (som av domstolene ble redusert til to år).

I LE-1992-2030 Eidsivating lagmannsrett og LB-2004-12006 Borgarting lagmannsrett ble konkurransesklausuler med en varighet på seks måneder vurdert, mens LA-2007-35455 Agder lagmannsrett omhandler en konkurransesklausul med tre måneders varighet.

Generelt synes konkurransesklausuler avtalt i forbindelse med salg av virksomhet å gjelde i lengre tid enn konkurransesklausuler avtalt i ansettelsesforhold. I både LB-2002-2780 Borgarting lagmannsrett og RG 2004 side 425 Oslo tingrett var det avtalt konkurransesklausuler med en varighet på fem år fra virksomhetsoverdragelsen.

Ved salg av virksomhet forekommer det også at det avtales to separate frister som regnes fra henholdsvis salget av virksomheten og ansettelsesforholdets opphør. Et eksempel på dette er klausulen i LE-1993-1612 Eidsivating lagmannsrett:

*”Säljarna i AHA förbinder sig att ej starta upp likartad verksamhet som bedrivs i AHA eller ta anställning eller lämna konsultuppdrag för att gynna likartad näringsverksamhet, under en tid av 2 år efter avslutad anställning hos LK eller 5 år efter detta avtals undertecknande.”*

Ved konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold varierer det hvorvidt arbeidstakeren har krav på vederlag i den perioden konkurranseklausulen gjelder. Vi har ikke grunnlag for å uttale oss om hva som er det vanligste i praksis. I de klausulene som er behandlet av domstolene, synes det å være en overvekt av klausuler der arbeidstakeren ikke har krav på vederlag. Eksempler på dette er RG 1991 side 1186 Hålogaland lagmannsrett, LG-1992-00950 Gulating lagmannsrett, RG 2000 side 1092 Borgarting lagmannsrett og RG 2001 side 253 Borgarting lagmannsrett. En mulig forklaring på at det i rettspraksis synes å være en overvekt av konkurranseklausuler der arbeidstakeren ikke har krav på noe vederlag, kan være at arbeidstakere i større grad frivillig respekterer konkurranseklausuler der de har krav på vederlag.

Blant de konkurranseklausulene som gir arbeidstakeren rett til vederlag er det betydelige variasjoner. I RG 1980 side 84 Frostating lagmannsrett hadde arbeidstakeren rett til full lønn i karanteneperioden. Vi kjenner til at det også har vært avtalt kompensasjon varierende fra 25 % og opp mot 100 % av ordinær lønn. Det forekommer dessuten vederlagsbestemmelser som angir at det helt eller delvis skal gjøres fradrag for andre inntekter som arbeidstakeren måtte greie å skaffe seg i karanteneperioden. LB-2005-1064 Borgarting lagmannsrett omhandler en klausul der det er angitt at lønnen og øvrige ytelser mottatt under ansettelsesforholdet skal anses for å gi kompensasjon også for konkurranseklausulen. Vi kjenner til at tilsvarende formuleringer har vært brukt i andre konkurranseklausuler.

Ved konkurranseklausuler avtalt i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse vil vederlaget for å akseptere konkurransebegrensningen som regel være innbakt i kjøpesummen. Omfanget av de begrensninger selgeren er villig til å påta seg vil ofte få direkte betydning for hvilken kjøpesum kjøperen er villig til å tilby.

Ettersom det ofte vil være vanskelig for den opprinnelige arbeidsgiveren å vise hvilket tap et brudd på en konkurranseklausul medfører, er det ikke uvanlig å angi et bestemt beløp den forpliktete må betale ved et eventuelt brudd på konkurranseklausulen. Som eksempel kan nevnes den konkurranseklausulen som ble vurdert i RG 2000 side 1092 Borgarting lagmannsrett:

*”Dersom arbeidstakeren overtrer denne konkurranseklausul er han forpliktet til å betale en konvensjonalbot på kr 50000,- for hver gang slik overtredelse finner sted.”*

I Rt 1929 side 433 var det avtalt betaling av 20.000 franske franc ved brudd på konkurranseklausulen. I LE-1993-1612 Eidsivating lagmannsrett var det avtalt en erstatning på kr 2.000.000 ved brudd på en konkurranseklausul avtalt i forbindelse med et salg av en virksomhet. I RG 2004 side 425 Oslo tingrett var i det i forbindelse med et kjøp av en eiendomsmeglerforretning avtalt både bindingstid og konkurranseklausul samt at brudd på disse bestemmelsene ga kjøper rett til å kreve betaling på kr 500.000.

### 2.2.3 Hvordan fungerer konkurranseklausulene i praksis?

Konkurranseklausuler begrenser etter sin ordlyd fysiske personers adgang til å ta ansettelse i, etablere eller drive konkurrerende virksomhet. Dersom de følges etter sin ordlyd, medfører de at den forpliktete ikke kan ta ansettelse hos visse arbeidsgivere og heller ikke kan starte egen konkurrerende virksomhet.

Det er ikke tvilsomt at konkurranseklausuler for mange av de forpliktete i praksis innebærer merkbare begrensninger. For det første finnes det betydelig antall eksempler fra rettspraksis på at den opprinnelige arbeidsgiveren (eller eventuelt kjøperen av en virksomhet) har fått medhold i en begjæring om midlertidig forføyning. En midlertidig forføyning går i slike saker normalt ut på at den forpliktete forbyr å utføre arbeid for eller å tiltre stilling hos en bestemt konkurrent. Vi har funnet følgende eksempler fra lagmannsrettene bare etter siste årtusenskifte: LB-2000-3622 Borgarting lagmannsrett (oppretholdt i Rt 2001 side 301), RG 2000 side 1092 Borgarting lagmannsrett, RG 2001 side 253 Borgarting lagmannsrett, LB-2004-12006 Borgarting lagmannsrett, LB-2005-1064 Borgarting lagmannsrett, LF-2005-128827 Hålogaland lagmannsrett, LG-2006-92490 Gulating lagmannsrett og LB-2008-2079 Borgarting lagmannsrett.

I tillegg finnes det eksempler på at krav om erstatning for brudd på en konkurranseklausul har ført frem, både der det har vært avtalt et bestemt erstatningsbeløp på forhånd (se for eksempel Rt 1929 side 433) og der det har vært nødvendig å beregne det tapet brudd på konkurranseklausulen har medført (se for eksempel LE-1992-318 Eidsivating lagmannsrett).

Det må antas at faren for å bli underlagt en midlertidig forføyning og/eller saksøkt med krav om erstatning, får mange til å respektere avtalte konkurranseklausuler uten at klausulene blir prøvet for domstolene. Et alternativ til å respektere konkurranseklausulen kan være å få en potensiell ny arbeidsgiver til å tilby seg å "kjøpe fri" en bestemt arbeidstaker fra en avtalt konkurranseklausul. Mot å få utbetalt et visst beløp, gir den opprinnelige arbeidsgiveren avkall på konkurranseklausulen. Vi kjenner til at slike avtaler har vært inngått både før og etter fremsettelse av en begjæring om midlertidig forføyning – i noen tilfeller til og med etter at det er truffet beslutning om midlertidig forføyning.

Vi tilføyer at det etter hvert finnes flere avgjørelser der domstolene har kommet til at selv om det foreligger brudd på en konkurranseklausul, så foreligger det ikke noen sikringsgrunn og dermed heller ikke noe grunnlag for en midlertidig forføyning (Rt 1999 side 1220, LB-2004-33861 Borgarting lagmannsrett og LH-2007-101579 Hålogaland lagmannsrett). Det må antas at muligheten for frifinnelse på dette grunnlaget har ført til at arbeidsgivere i visse tilfeller har unnlatt å forfølge overtredelser av avtalte konkurranseklausuler.

Flertallet av rettssaker som omhandler konkurranseklausuler, dreier seg om begjæringer om midlertidige forføyninger fra den opprinnelige arbeidsgiveren eller kjøperen av en virksomhet. Den andre gruppen rettssaker av en viss størrelse er erstatningssøksmål der det fremsettes krav om erstatning for brudd på en avtalt konkurranseklausul.



LB-2002-2780 Borgarting lagmannsrett er et eksempel på at det ble krevet dom for at en person var bundet av en konkurranseklausul og rekkevidden av klausulen. Det er forholdsvis uvanlig med slike "rene" fastsettelsessøksmål (det vil si søksmål der det verken begjæres midlertidig forføyning eller fremsettes krav om erstatning). En hovedgrunn til dette antas å være at saksbehandlingstiden ved domstolene medfører at karantenetiden som regel vil være utløpt før rettskraftig dom foreligger.

Til slutt i dette punktet nevnes at konkurranseklausuler også kan få betydning for andre enn partene som har avtalt konkurranseklausulen. Det er således flere eksempler i rettspraksis på at det ved brudd på en konkurranseklausul er gitt en midlertidig forføyning ikke bare mot den forpliktete, men også mot vedkommendes nye arbeidsgiver. Grunnlaget for en midlertidig forføyning også mot den nye arbeidsgiveren er markedsføringsloven § 1, idet det anses å stride mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom å ansette en arbeidstaker i strid med en konkurranseklausul vedkommende er bundet av. Rettstilstanden er beskrevet slik av namsretten i den saken som ble behandlet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt 2001 side 301:

*"FERAS' [tidligere arbeidsgiver] krav mot Swatch [ny arbeidsgiver] har sitt grunnlag i markedsføringsloven § 1. Det blir et spørsmål om Swatch ved å ha Roar Evensen ansatt som daglig leder, foretar en handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom. Swatch kjente til konkurranseklausulen da Evensen ble ansatt som daglig leder. På bakgrunn av at Evensen kommer fra hovedkonkurrenten som Swatch har sagt opp eneforhandleravtaler overfor, finner retten at det vil være i strid med markedsloven § 1 om Swatch fortsatt benytter Evensen i virksomhet som konkurrerer med FERAS."*

#### 2.2.4 Tolkning av konkurranseklausuler

Konkurranseklausuler må som andre avtalebestemmelser tolkes for å kunne fastlegge hvilke begrensninger de pålegger den forpliktete. Dette gjør det nødvendig å tolke klausulene før det kan tas stilling til om de for eksempel skal settes til side i medhold av avtaleloven § 38. I utgangspunktet gjelder her alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper.

Det er et alminnelig tolkningsprinsipp at en eventuell uklarhet i en skriftlig avtale, går utover den parten som har utformet avtalen. Konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold vil stort sett alltid være utformet av arbeidsgiveren. Dermed vil en eventuell uklarhet når det gjelder innholdet i konkurranseklausulen, som regel går ut over arbeidsgiveren, se som eksempel LA-2004-1961 Agder lagmannsrett:

*"Det tilføyes at bestemmelsen er noe uklar, men i slike tvilstilfeller må kontrakten tolkes mot den som burde ha uttalt seg tydeligere. I dette tilfellet er det Turoteknikk, slik også tingretten la til grunn."*

Arbeidsgiver vil stort sett alltid også være den mest profesjonelle parten når konkurranseklausuler avtales i arbeidsforhold. Også dette er et moment som normalt vil tale for å tolke uklarheter i favør av arbeidstakeren. Vi nevner likevel at arbeidsgiveren i LE-1992-2030 Eidsivating lagmannsrett fikk medhold i en begjæring om midlertidig forføyning selv om konkurranseklausulen ved en skrivefeil hadde fått et annet innhold enn tilsiktet.

Ved konkurranseklausuler avtalt i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse vil det normalt være større grad av balanse i styrkeforholdet mellom partene. Her vil dessuten størrelsen på kjøpesummen og alminnelige lojalitetsbetraktninger kunne få større betydning enn i arbeidsforhold.

Det finnes eksempler på at avtaleloven § 38 er tillagt vekt ved tolkningen av en konkurranseklausul. Illustrerende i denne forbindelse er LE-2005-161292 Eidsivating lagmannsrett, der det blant annet er uttalt følgende:

*”Fortolkningen må foretas med grunnlag i bakgrunnsretten, i dette tilfelle avtaleloven § 38, som setter grenser for hva som lovlig kan avtales. Ved tolkningstil må det velges en tolkning som hensyntar urimelighets- og nødvendighetskriteriene i § 38. Det må videre tas utgangspunkt i at det er Acta som har utformet klausulene.”*

Deretter tolkes konkurranseklausulen, og i den forbindelse er det uttalt:

*“Med dette innhold vil forbudene likevel ikke stride mot avtaleloven § 38.”*

I LB-1995-1050 Borgarting lagmannsrett er det blant annet vist til at *”Avtaleloven § 38 taler også mot innskrenkende fortolkning”* av et unntak fra en avtalt konkurranseklausul. Avtaleloven § 38 ble brukt som et argument for å tolke den avtalte klausulen slik at den ikke fikk et omfang som urimelig innskrenket arbeidstakerens adgang til annet erverv.

### **2.3 Rettskilder, herunder betydningen av utenlandske rettskilder**

Utgangspunktet for enhver redegjørelse om gjeldende rett, er lovens ordlyd. Når det gjelder konkurranseklausuler er det særlig avtaleloven § 38 som er av interesse. Bestemmelsen var en del av den opprinnelige avtaleloven fra 1918 og har senere bare blitt endret ved lov av 4. mars 1983 nr. 4 (da ordene *”utilbørlig”* og *”ubillig”* ble erstattet med *”urimelig”* i forbindelse med vedtagelsen av avtaleloven § 36).

De mest sentrale forarbeidene til bestemmelsen finnes i Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade (1913) side 13-14 (lovforslaget), 18-19 (motiver), 89-95 (spesielle motiver) og 126-127 (sammenstilling av de norske, danske og svenske tekster til utkast), Ot.prp. nr 63 (1917) Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer side 9-10 og Indst. O. IX (1918) side 5 og 11. Avtaleloven § 38 er også omtalt i NOU 1979:32 side 34-35, 57 og 60-61 og i Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) side 38 og 40.

Det finnes videre en del rettspraksis på området, særlig fra tingrett og lagmannsrett. Mange av avgjørelsene gjelder begjæringer om midlertidige forføyninger. Slike saker behandles skriftlig av lagmannsretten. Dette taler etter vårt syn for å legge mindre vekt på lagmannsrettsavgjørelser på dette området enn på andre områder, idet skriftlig behandling må anses for å gi en mindre betryggende behandling enn en full muntlig hovedforhandling. For øvrig viser vi til gjennomgangen av relevant rettspraksis i punkt 2.4 nedenfor om gjeldende rett samt vedlegg 2 til utredningen.

Det er skrevet forholdsvis lite om konkurranseklausuler i norsk juridisk litteratur. Det finnes noen artikler som omhandler konkurranseklausuler: Alex Borch og Jan Fougner "Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver" (Lov og Rett 2000 side 67-100), Jan Fougner "Arbeidsavtalen – utvalgte emner" (1999 side 225-236), Kari B. Andersen "Karensklausuler" (Tidsskrift for Forretningsjuss 2002 side 139-155) og Else Bugge Fougner og Claude A. Lenth "Noen betraktninger om avtaleloven § 38" (Arbeidsrett 2006 side 265-275).

Av utenlandsk rett er det dansk, svensk og finsk rett som det er mest nærliggende å vektlegge, særlig fordi avtaleloven ble til gjennom et fellesnordisk samarbeid. Som et resultat av dette samarbeidet ble det vedtatt sammenlignbare avtalelover i Danmark, Sverige og Norge. Noe senere vedtok også Finland en tilsvarende avtalelov. Det er først og fremst disse lands rettskilder som fremstår som relevante og som det derfor er redegjort særskilt for i punkt 2.6 nedenfor.

Det kan ikke trekkes direkte slutninger fra utenlandsk rett. I redegjørelsen for gjeldende rett, jf punkt 2.4, er det tatt utgangspunkt i de norske rettskilder som foreligger. Utenlandske rettskilder er bare trukket inn i begrenset omfang. I våre vurderinger av hvorvidt det er behov for revidert(e) eller ny(e) bestemmelse(r) om konkurranseklausuler, samt hvordan bestemmelsen(e) eventuelt skal utformes, jf punkt 2.7 og kapittel 6, har vi i større grad sett hen til de hensynene som har begrunnet rettstilstanden i de øvrige nordiske landene.

## **2.4 Gjeldende rett – avtaleloven § 38**

### **2.4.1 Oversikt**

Avtaleloven § 38 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 indgaaet 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.”*

Bestemmelsen er plassert i avtalelovens kapittel 3 ”Om ugyldige viljeserklæringer”. I forbindelse med utformingen av § 36 i avtalelovens kapittel 3, ble også forholdet til § 38 vurdert uten at lovgiver av den grunn fant grunn til å gjøre endringer, jf NOU 1979: 32 Formuesrettslig lempningsregel side 57 høyre spalte:

*”Begrunnelsen for dette er at § 38 omhandler en spesiell type avtaler og dessuten for enkelte situasjoner stiller opp klare utgangspunkter om at slike avtaler er ugyldige. Denne mer presise reguleringen bør opprettholdes.”*

Avtaleloven § 36 er nærmere behandlet nedenfor i punkt 2.5.1.

#### 2.4.2 Avtaleloven § 38 første ledd

##### 2.4.2.1 Anvendelsesområde m.m.

Avtaleloven § 38 første ledd gjelder avtaler der en fysisk eller juridisk person ”*av konkurransehensyn ikke skal ta plass 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 LB-2005-189 Borgarting lagmannsrett og LB-2006-58637 Borgarting lagmannsrett som begge gjaldt spørsmålet om konkurranseklausuler 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*”.

Kundeklausuler faller i utgangspunktet utenfor § 38 idet de ikke kan sies å begrense adgangen til å ta ansettelse i eller drive ”*forretning eller virksomhet av en viss art*”. Dette er blant annet kommet til uttrykk i NAD 1988 side 1159 Oslo byrett. Tilsvarende er det antatt at avtaleloven § 38 heller ikke gjelder for ikke-rekrutteringsklausuler.

I praksis finnes det imidlertid flere eksempler på at domstolene har vurdert kundeklausuler i forhold til avtaleloven § 38. I LB-2004-2104 Borgarting lagmannsrett og LB-2005-117741 Borgarting lagmannsrett var det avtalt kundeklausuler, og i begge sakene vurderte lagmannsretten om klausulen kunne sies i urimelig grad å innskrenke den forpliktedes adgang til erverv. Kundeklausuler er nærmere behandlet i punkt 3 nedenfor.

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 indskrænker 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. Dersom en konkurranseklausul som etter sin ordlyd er bindende i to år blir prøvet for en domstol, vil klausulen kunne bli begrenset til å gjelde i for eksempel ett år dersom domstolen finner at et lengre konkurranseforbud urimelig vil innskrenke adgangen til erverv eller strekke seg lenger enn påkrevet for å verne mot konkurranse.

#### 2.4.2.2 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. I RG 1991 side 1186 Hålogaland lagmannsrett ble det vist til at det var et anstrengt arbeidsmarked på det sted der den tidligere arbeidstakeren hadde etablert seg. Han hadde dessuten uten hell forsøkt å skaffe seg annet arbeid som var forenlig med kvalifikasjoner og bosted. På denne bakgrunn forelå det en urimelig innskrenkning av adgangen til erverv.

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. I LG-2006-92490 Gulating lagmannsrett var det avtalt en konkurranseklausul med en varighet på tre år. I medhold av avtaleloven § 38 første ledd ble karanteneperioden redusert til to år. I både LB-2005-189 Borgarting lagmannsrett og LB-2005-89767 Borgarting lagmannsrett kom retten til at det i realiteten forelå et ubegrenset konkurranseforbud. Rekkevidden ble i begge sakene i medhold av avtaleloven § 38 første ledd redusert til ett år regnet fra ansettelsesforholdets opphør.

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.

I forbindelse med en virksomhetsoverdragelse er det akseptert at selgeren vil kunne pålegges en konkurransebegrensning i mer enn to år. I LB-2002-2780 Borgarting lagmannsrett ble en karenstid på fem år akseptert med følgende begrunnelse:

*”Lagmannsretten finner ikke at avtaleloven § 38 kan lede til avkortning av den tid av fem år som Bård Bergsjø har gått inn på at han ikke kan konkurrere med Kruuse Norge AS på veterinær- og dyremarkedet. Bestemmelsens begrensning retter seg mot at forbudet ikke*

*urimelig må innskrenke Bergsjøs adgang til erverv, eller at forbudet ikke må strekke seg lenger en nødvendig for å verne mot konkurranse. Det er særlig den sistnevnte forbudsbegrensning som er påberopt av Bergsjø. Anførselen kan ikke føre frem. Det dreier seg om et snevert og et spesielt marked i Norge, med få kontaktpersoner. Den personlige kontakt er viktig. Troverdighet, service og ansvarlighet teller meget i den konkurranse som er, og det tar tid å bygge dette opp. Det var bl.a. slik tid Kruuse Norge AS kjøpte seg i avtalen. Det må legges til grunn at Bård Bergsjø - ut fra de nevnte kriterier - hadde en sterk posisjon i markedet, et marked han hadde arbeidet innenfor i flere tiår. Det var denne goodwill Kruuse Norge AS ønsket å kjøpe seg inn i, og som Bergsjø solgte for kroner 3, 6 millioner. Bergsjø selv, og hans selskap Thoresen AS, har gode merkenavn. Kruuse Norge AS betinget seg således i avtalen også rett til bruk av navnet Thoresen. Som tidligere beskrevet legger retten til grunn at markedet var begrenset og at det - som Bergsjø selv hadde uttalt - ikke var plass for flere større aktører. Bergsjø solgte denne sin næringsvirksomhet, og den betaling han fikk for sin og selskapets markedsposisjon synes å være relevant vederlag for deres innsats og fortjenestemulighet. Konkurransforbudets lengde på fem år kan ikke forholdes mot hva som vil være rimelig innenfor et ansettelsesforhold. Ved overdragelse av næringsvirksomhet er det i juridiske fremstillinger lagt til grunn at en karenstid på inntil fem år normalt må anses gyldig, dersom det ikke er andre relevante vurderingsmomenter som trekker i motsatt retning. Retten kan ikke se at det i saken er forhold som trekker i denne retning. Det legges til grunn at avtalen er inngått mellom erfarne og likestilte forretningsdrivende, og uten at det på noe tidspunkt har vært reist spørsmål om rimeligheten av karenstidens lengde. En karenstid av denne lengde er også lagt til grunn i rettspraksis.”*

En geografisk begrensning av konkurranseforbudet vil også kunne ha betydning for i hvilken grad adgangen til erverv innskrenkes. Jo videre virkeområdet for forbudet er, jo lettere vil det virke urimelig. I RG 2001 side 253 Borgarting lagmannsrett ble det gitt midlertidig forføyning i henhold til en konkurranseklausul blant annet begrunnet i følgende:

*”Forholdet til arbeidstakers mulighet til å skaffe seg annet arbeid er imidlertid av avgjørende vekt i denne vurderingen. Når det gjelder forholdet til arbeidstaker er lagmannsretten uenig med namsretten. Etter lagmannsrettens oppfatning er det lite sannsynlig at hun ikke vil kunne skaffe seg en annen jobb innenfor sitt utdannelsesområde i dagens arbeidsmarked i Osloområdet. Det vises til den kjærende parts redegjørelse for arbeidsmarkedet som retten slutter seg til. Klausulen gjelder bare et meget begrenset antall stillinger hun er kvalifisert for og det dreier seg kun om ett år. Dette må gjelde selv om hun ikke kan arbeide med praktisk hudpleie av helsemessige årsaker, noe det for øvrig ikke foreligger dokumentasjon for. Det vises til at det er en stor bransje. Således er det en rekke salgsstillinger som retter seg mot parfymier og som ikke rammes av klausulen. Når det gjelder kjæremotpartens reserverasjoner mot andre typer arbeid synes det her i større grad å dreie seg om et ønske om en bestemt type jobb enn om reelle problemer med å skaffe annen type arbeid.”*

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 også samfunnets interesse i at arbeidskraft ikke skal legges

øde 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 som nevnt ovenfor 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. Vår erfaring er at det ikke er uvanlig å innta slike bestemmelser i forbindelse med at det avtales konkurranseforbud. Dette spørsmålet må i utgangspunktet løses gjennom en tolkning av konkurranseklausulen. I LB-1997-1253 Borgarting lagmannsrett fikk arbeidsgiver medhold i at konkurranseklausulen ikke kunne tolkes slik at arbeidstakeren fikk en ubetinget rett til vederlag ved fratreden. I TOSLO-2003-56294 Oslo tingrett kom retten under sterk tvil til motsatt resultat og ga arbeidstakeren medhold.

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. Samme hensyn begrunner regelen om at arbeidsgiver og arbeidstaker kan bringe et ansettelsesforhold til opphør gjennom avtale uten å måtte hensynte de preseptoriske stillingsvernbestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 15.

#### 2.4.2.3 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 Frostating lagmannsrett og LF-1997-00059 Frostating lagmannsrett.

Ved vurderingen av hvorvidt kunnskap om forretningshemmeligheter kan begrunne et konkurranseforbud, må det avgrenses mot kunnskap som er alminnelig kjent i markedet, jf som eksempel LG-1992-950 Gulating lagmannsrett. 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, jf som eksempel RG 1991 side 1186 Hålogaland lagmannsrett og RG 1996 side 1566 Borgarting lagmannsrett.

I forhold til kunnskap om tidligere arbeidsgivers kundekrets, er det sentrale vurderingstemaet hvorvidt kunderelasjonen er stabil og av en viss karakter, jf som eksempel RG 1996 side 1566 Borgarting lagmannsrett som gjaldt en eiendomsmegler:

*"Kundemassen er gjennomgående skiftende og preget av enkeltstående oppdrag som avsluttes etter forholdsvis kort tid. Det vil således normalt ikke være tale om kunde- og klientrelasjoner som en ansatt kan ta med over i ny virksomhet."*

Samtidig vil også opparbeidelse av personlige relasjoner underbygge at det kan være behov for å opprettholde konkurranseforbudet, jf som eksempel RG 2004 side 425 Oslo tingrett som også gjaldt en eiendomsmegler:

*"Selv om kundemassen er skiftende og preget av enkeltstående oppdrag kan de personlige relasjonene bety mye på et mindre sted."*

#### 2.4.3 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. Bestemmelsen er for øvrig særnorsk.

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, se eksempelvis RG 2001 side 253 Borgarting lagmannsrett.

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 Hålogaland lagmannsrett 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”.*

Det finnes lite rettspraksis som kun omhandler avtaleloven § 38 annet ledd. Et eksempel er LB-2004-96513 Borgarting lagmannsrett hvor det ble lagt til grunn at en tidligere salgskonsulent var omfattet av § 38 annet ledd. Konkurransforbudet hadde en varighet på 1 år og retten kom til at konkurranseklausulen var ugyldig fordi den i urimelig grad ville vanskeliggjøre arbeidstakerens arbeidsmuligheter.

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.

#### 2.4.4 Avtaleloven § 38 tredje ledd

Bestemmelsen i § 38 tredje ledd beskytter en arbeidstaker dersom en arbeidsgiver fremtvinger en avslutning av et arbeidsforhold der det er avtalt en konkurranseklausul som ikke er ugyldig etter første eller annet ledd.

Etter tredje ledd første alternativ blir en konkurranseklausul ugyldig dersom arbeidsgiveren sier opp arbeidstakeren uten at arbeidstakeren har gitt arbeidsgiveren *”rimelig grund”* til dette. En saklig oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold, jf arbeidsmiljøloven § 15-7, eksempelvis ved omorganisering og/eller nedbemanning, vil automatisk medføre bortfall av avtalte konkurranseklausuler, jf Rt 2006 side 1025. Tilsvarende må legges til grunn ved såkalte *”endringsoppsigelser”* dersom arbeidstaker *”ikke var forpliktet etter arbeidsavtalen til å godta”* tilbudet om ny stilling, jf Rt 2006 side 1025 (avsnitt 50).

Dersom en arbeidstaker sies opp på grunn av arbeidstakers forhold, vil det avgjørende 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, jf som eksempel LB-1995-02739 Borgarting lagmannsrett.

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 oppfylde 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.

Det er ikke avklart etter gjeldende rett om et konkurranseforbud også vil kunne bortfalle dersom arbeidstakers oppsigelse er begrunnet i forhold hos arbeidsgiver som ikke direkte gjelder brudd på den individuelle arbeidsavtalen fra arbeidsgivers side. I dansk juridisk teori er et slikt synspunkt gjort gjeldende. Gode grunner kan tale for at en egenoppsigelse som er begrunnet i et dårlig arbeidsmiljø, eksempelvis ved mobbing, trakassering eller diskriminering av eller blant øvrige arbeidskolleger, bør kunne utgjøre omstendigheter som gir arbeidstaker *"rimelig grund"* til å si opp sitt ansettelsesforhold. Tilsvarende bør også dårlig ledelse og uetisk forretningsførsel kunne gi arbeidstaker *"rimelig grund"* til å si opp sitt ansettelsesforhold med den konsekvens at en avtalt konkurranseklausul bortfaller. I RG 1980 side 1070 Hadeland og Land namsrett hadde arbeidsgiveren på uviss tid forsvunnet fra arbeidsplassen og overlatt til arbeidstakeren å utføre en ekstra jobb i tillegg til sin egen. Da arbeidstakeren sa opp sin stilling, falt en avtalt konkurranseklausul bort etter § 38 tredje ledd.

Et særlig spørsmål er om § 38 tredje ledd er til hinder for at det avtales konkurranseforbud i forbindelse med fratredelsesavtaler hvor arbeidsgiver har gitt eller varslet en oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold. Som fremhevet ovenfor i punkt 2.4.2.2 tilsier hensynet bak bestemmelsen at partene gyldig kan avtale konkurranseforbud i en slik situasjon idet styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver på fratredelsestidspunktet normalt vil være mer balansert. Samme hensyn begrunner regelen om at arbeidsgiver og arbeidstaker kan bringe et ansettelsesforhold til opphør gjennom avtale uten å måtte hensynta de preseptoriske stillingsvernbestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 15. En arbeidstaker vil imidlertid i en slik situasjon også kunne velge ikke å inngå noen fratredelsesavtale og samtidig akseptere oppsigelsen, med den konsekvens at en eventuell tidligere avtalt konkurranseklausul bortfaller etter § 38 tredje ledd første alternativ.

## **2.5 Gjeldende rett – annen lovgivning**

### **2.5.1 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 vi kjenner ikke til eksempler på at konkurranseklausuler er blitt satt til side i medhold av avtaleloven § 36. Vi 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. Følgende uttalelse i LB-2005-1064 Borgarting lagmannsrett, som gjaldt en kundeklausul, fremstår som dekkende for rettstilstanden:

*”Flertallet vil peke på at den vanlige «sensurbestemmelse» for slike konkurransebegrensende bestemmelser i ansettelsesforhold er avtaleloven § 38. Bestemmelsen ble opprinnelig påberopt for tingretten, men frafalt under den muntlige forhandling. Etter flertallets oppfatning er det i slike forhold liten plass for en § 36-sensur ved siden av bestemmelsen i § 38.”*

#### 2.5.2 Arbeidsmiljøloven § 16-2

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.

Etter en virksomhetsoverdragelse vil det kunne oppstå ulike spørsmål knyttet til en avtalt konkurranseklausuls rekkevidde. Slike spørsmål antas å falle utenfor rammen av denne utredningen. Vi gjengir likevel avslutningsvis i dette punktet en uttalelse fra LB-2008-2079 Borgarting lagmannsrett som illustrasjon på problemstillinger som kan oppstå i den forbindelse:

*”Foranlediget av anførsler fra den kjærende part, legger lagmannsretten også til at det er i selskapets økonomiske interesse i virksomheten som er beskyttet mot konkurranse ved at A forholder seg slik konkurranseklausulen forbyr. Om denne virksomheten omorganiseres, legges inn i et annet selskap i samme konsern eller selges til et annet rettssubjekt, følger det ikke uten videre av det at konkurranseforbudet opphører.”*

#### 2.5.3 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. For så vidt gjelder konkurranseklausuler i mellommannsforhold vises det for øvrig til Kai Krüger ”Norsk kontraktsrett” (1989) side 591-592 med videre henvisninger.

#### 2.5.4 Konkurranseloven

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.

### 2.5.5 EØS-retten

Det finnes ikke EØS-rettslige regler som begrenser adgangen til å fastsette begrensninger i nasjonal rett i adgangen til å avtale konkurranseklausuler. I den forbindelse vises det også til forarbeidene til den gjeldende lovbestemmelsen om konkurranseklausuler i den danske funksjonærloven § 18 (lovforslag nr L 172 for 1998-99), der det er uttalt følgende:

*”Den foreslåede ændring af reglerne om konkurrenceklausuler mv. har ikke nogen EU-retlige aspekter.”*

Norge er gjennom rådsdirektiv 86/653 om samordning av medlemsstatenes lovgivning om selvstendige handelsagenter forpliktet til å ha visse begrensninger i adgangen til å avtale konkurranseklausuler i agenturforhold. Denne forpliktelsen er oppfylt gjennom agenturloven § 34.

## 2.6 Rettstilstanden i andre land

### 2.6.1 Innledning

Vi er av departementet særskilt bedt om å beskrive relevant regulering i et utvalg av andre europeiske land. I den forbindelse har vi særlig sett hen til reguleringen i de nordiske landene. Danmark og Finland har i løpet av de siste ti årene gjennomført endringer som begrenser adgangen til bruk av konkurranseklausuler. I Sverige har et utvalg gjennomgått rettstilstanden for konkurranseklausuler og foreslått regler som har flere likhetstrekk med de reglene som er innført i Danmark og Finland.

Arbeidstakere fra de øvrige nordiske landene utgjør en av de største gruppene av arbeidstakere fra andre land i Norge. I henhold til Statistisk sentralbyrås hjemmesider var 35.328 av i alt 213.114 sysselsatte førstegenerasjonsinnvandrere (forventet opphold på minst seks måneder) i fjerde kvartal 2007 fra Norden. Av de 64.297 utenlandske lønnsstakerne som hadde korttidsopphold (under seks måneder) i Norge i fjerde kvartal 2007, var over 24.000 fra et annet nordisk land. Hertil kommer at avtaleloven § 38 opprinnelig ble utformet gjennom et lovsamarbeid mellom Danmark, Sverige og Norge.

Vi presiserer at vi i punkt 2.6 utelukkende ser på andre lands rettsregler om konkurranseklausuler. Rettstilstanden i andre land når det gjelder kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler er omhandlet i henholdsvis punkt 3.4 og 4.4 nedenfor.

### 2.6.2 Danmark

#### 2.6.2.1 Generelt

Den danske avtaleloven § 38 svarer i stor utstrekning til den tilsvarende norske lovbestemmelsen. Nedenfor i punkt 2.6.2.2 vil det derfor bare bli pekt på enkelte forskjeller mellom den danske og den norske bestemmelsen.

Den danske funksjonærloven inneholder imidlertid forholdsvis detaljerte bestemmelser om konkurranseklausuler. Disse bestemmelsene vil det bli redegjort for noe mer utførlig i punkt 2.6.2.3.

Ved utarbeidelsen av punkt 2.6.2 om dansk rett vedrørende konkurranseklausuler har vi tatt utgangspunkt i danske lovtekster og følgende kilder:

- Alex Borch "Lojalitetsplikt og konkurranseklausuler – Arbeidsnotat til Arbeidslivslovutvalget"
- Morten Langer under medvirken af Yvonne Frederiksen "Konkurrence- og kundeklausuler" 3. utgave (2006)
- Dansk Arbejdsgiverforening "Konkurrenceklausuler i ansættelsesforhold" (Nordisk Arbejdsgiverjuristmøde 2006)

Videre er et utkast til punkt 2.6.2 (samt 3.4.1 og 4.4.1) gjennomgått av Norrbom Vinding, det danske medlemmet av det internasjonale arbeidsrettsnettverket Ius Laboris. Kommentarene fra Norrbom Vinding v/advokat Karsten Holt er hensyntatt i teksten nedenfor.

#### 2.6.2.2 Den danske avtaleloven § 38

Den danske avtaleloven § 38 har følgende ordlyd:

*"Har nogen forpligtet sig til, at han af konkurrencehensyn ikke må drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan, er vedtagelsen ikke bindende for ham, forsåvidt den med hensyn til tid, sted eller andre forhold går videre end påkrævet for at værne imod konkurrence eller på urimelig måde indskrænker den forpligtedes adgang til erhverv. I sidstnævnte henseende skal hensyn tages også til den interesse, den berettigede har i, at vedtagelsen efterkommes.*

*Stk. 2. Har nogen, der er ansat i en forretning eller anden virksomhed, overfor dennes indehaver påtaget sig en forpligtelse af det ovenfor angivne indhold, som skal gælde efter ansættelsens ophør, bliver forpligtelsen uvirksom, hvis han opsiges eller afskediges uden at have givet rimelig anledning dertil, eller han selv fratræder sin stilling, og indehaverens undladelse af at opfylde sine forpligtelser har givet ham gyldig grund dertil."*

Den danske avtaleloven § 38 første ledd er i stor utstrekning utformet på samme måte som den tilsvarende bestemmelsen i den norske avtaleloven. Formuleringen "*forretning eller anden virksomhed af en vis art*" innebærer at bestemmelsen bare omfatter konkurranseklausuler og ikke kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler. Formuleringen "*forsåvidt*" er også i Danmark tolket slik at konkurranseklausulen bare blir ugyldig i den utstrekning den går lenger enn påkrævet for å verne mot konkurranse eller urimelig begrenser adgangen til erverv.

I den danske bestemmelsen er det presisert i ordlyden at det skal ses hen til "*tid, sted eller andre forhold*" ved vurderingen av om en konkurranseklausul går lenger enn påkrævet eller urimelig

innskrenker adgangen til erverv. Disse momentene er imidlertid også av betydning i forhold til den norske bestemmelsen, selv om de ikke er nevnt uttrykkelig i loven.

Den danske avtaleloven § 38 inneholder ikke noen bestemmelse tilsvarende den norske avtaleloven § 38 annet ledd. Det finnes således ingen uttrykkelig bestemmelse om underordnede arbeidstakere. I praksis vil imidlertid det forhold at arbeidstakeren er ansatt i en underordnet stilling være et tungtveiende argument for tilsidesettelse av en konkurranseklausul i medhold av § 38 første ledd.

Den danske avtaleloven § 38 annet ledd er i stor utstrekning utformet på samme måte som den norske avtaleloven § 38 tredje ledd. Det er lagt til grunn at konkurranseklausulen faller bort så snart det foreligger en ubegrunnet oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgiver. At det senere etableres grunnlag for en saklig oppsigelse eller avskjed av arbeidstakeren, vekker ikke konkurranseklausulen til live igjen.

En oppsigelse begrunnet i arbeidsgivers forhold – for eksempel nødvendig nedbemanning – vil uansett medføre bortfall av en konkurranseklausul etter § 38 annet ledd.

Dersom det i forbindelse med midlertidig ansettelse avtales en konkurranseklausul, er det antatt at utløpet av ansettelsesperioden ikke kan likestilles med en oppsigelse begrunnet i arbeidsgivers forhold. Ugyldighet etter § 38 første ledd vil imidlertid fortsatt kunne være aktuelt, for eksempel dersom ansettelsesperioden har vært kort.

Faller en konkurranseklausul bort etter den danske avtaleloven § 38 første eller annet ledd, er det antatt at også den forpliktedes eventuelle krav på kompensasjon automatisk faller bort.

#### 2.6.2.3 Den danske funksjonærloven § 18

Med virkning fra 15. juni 1999 ble det innført en ny bestemmelse om konkurranseklausuler i den danske funksjonærloven § 18. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

*”Har en funktionær forpligtet sig til, at vedkommende af konkurrencehensyn ikke må drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan, finder aftalelovens §§ 36 og 38 anvendelse. Den i 1. pkt. nævnte forpligtelse kan kun gyldigt indgås af en funktionær, der indtager en særlig betroet stilling, eller som indgår aftale med sin arbejdsgiver om udnyttelsesretten til en af funktionæren gjort opfindelse. Forpligtelsen kan gyldigt kun indgås, hvis funktionæren modtager en compensation for den periode, forpligtelsen gælder, og hvis forpligtelsen og kravet på compensation fremgår af en skriftlig kontrakt. Kompensationen skal pr. måned udgøre mindst 50 pct. af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Kompensation udbetales for de første 3 måneder som et engangsbeløb ved fratrædelsen og derefter månedsvis i den resterende del af den periode, forpligtelsen gælder. Hvis funktionæren modtager løn i en opsigelsesperiode efter den faktiske fratræden, regnes fratrædelsen fra opsigelsesperiodens udløb. Retten til compensation bortfalder, hvis arbejdsgiveren berettiget har bortvist funktionæren.*

*Stk. 2. En arbejdsgiver kan opsiges en aftale som nævnt i stk. 1. Dette skal ske med 1 måneds varsel til udløbet af en måned. Funktionæren har dog krav på det i stk. 1, 5. pkt., nævnte*

*engangsbeløb ved fratrædelsen på betingelse af, at fratrædelsen sker inden 6 måneder efter, at arbejdsgiveren har opsagt aftalen, og fratrædelsen skyldes grunde, der ville have gjort arbejdsgiveren berettiget til at gøre aftalen gældende.*

*Stk. 3. Såfremt funktionæren får andet passende arbejde, kan lønnen fra dette arbejde modregnes i funktionærens krav på kompensation efter stk. 1 for tiden efter ansættelsen. Det gælder dog ikke det i stk. 1, 5. pkt., og stk. 2, 3. pkt., nævnte engangsbeløb. Ved passende arbejde forstås arbejde inden for funktionærens faglige område, som funktionæren er uddannet inden for eller har haft beskæftigelse inden for.*

*Stk. 4. Hvis funktionæren har været beskæftiget i 3 måneder eller derunder hos sin arbejdsgiver, kan en aftale efter stk. 1 ikke gøres gældende, og der skal ikke betales kompensation efter stk. 1. Hvis funktionæren har været beskæftiget i mere end 3 måneder, men højst 6 måneder hos arbejdsgiveren, kan aftalen ikke gøres gældende i længere end 6 måneder efter fratrædelsen.*

*Stk. 5. Stk. 1, 3-7. pkt., og stk. 2-4 finder ikke anvendelse, hvis der ved kollektiv overenskomst indgået den 15. juni 1999 eller senere er fastsat regler om indholdet af og vilkår for indgåelse af de aftaler, der er nævnt i stk. 1.”*

Bestemmelsen gjelder for konkurranseklausuler som er avtalt med funksjonærer etter 15. juni 1999. Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd i tillegg til bestemmelsene i avtaleloven §§ 36 og 38. Dermed gjelder det strengere krav for gyldigheten av konkurranseklausuler som er omfattet av funksjonærloven § 18 enn for andre konkurranseklausuler. De vilkårene som § 18 oppstiller for at slike konkurranseklausuler skal kunne gjøres gjeldende, gjennomgås nedenfor.

#### Funksjonærlovens virkeområde

Den danske funksjonærloven gjelder for visse arbeidstakere som er nærmere angitt i lovens § 1. Generelt kan det sies at loven gjelder for arbeidstakere innen handel og kontor (bokstav a), arbeidstakere som yter teknisk eller klinisk bistand som ikke er av håndverks- eller fabrikkmessig art (bokstav b) og arbeidstakere som i det vesentlige på arbeidsgiverens vegne leder eller fører tilsyn med andres utførelse av arbeid (bokstav c). Utenfor funksjonærloven faller dermed særlig arbeidstakere som er håndverkere og produksjonsmedarbeidere innen industrien.

Funksjonærloven § 1 er tolket slik at arbeidstakeren må være ansatt i en tjenestestilling. Dette innebærer at en virksomhets øverste leder ikke er omfattet av funksjonærloven. For øvrig kan det avtales at funksjonærloven skal gjelde.

Arbeidstakere som er omfattet av den danske funksjonærloven vil i det følgende bli omtalt som funksjonærer.

#### Krav til funksjonærens stilling

Etter § 18 første ledd annet punktum er det et grunnvilkår for å kunne gjøre gjeldende en konkurranseklausul at vedkommende funksjonær har ”en særlig betroet stilling” eller eventuelt

har inngått en avtale med arbeidsgiveren om utnyttelsesretten til en oppfinnelse gjort av funksjonæren. Det er det første alternativet som er det mest praktiske. Bestemmelsen innebærer at en avtalt konkurranseklausul faller helt bort dersom funksjonæren ikke kan sies å ha en særlig betrodd stilling.

I praksis blir det her foretatt en helhetsvurdering. De momentene som er relevante, er i følge Morten Langer under medvirken af Yvonne Frederiksen "Konkurrence- og kundeklausuler" 3. utgave (2006) side 64 blant annet "*virksomhedens størrelse, markedets størrelse, karakteren af funktionærens kundekontakt, funktionærens kendskab til arbejdsgiverens pris- og rabatpolitik, herunder funktionærens kompetence til at disponere på egen hånd, funktionærens selvstændighed i øvrigt og funktionærens hierarkiske indplacering*".

I praksis synes det å være lagt til grunn at det ikke skal særlig mye til før en funksjonær kan sies å ha "*en særlig betroet stilling*". Kunnskap om virksomhetens interne forhold, for eksempel priskalkulasjoner, som gjør funksjonæren attraktiv for konkurrenter, kan således i visse tilfeller være tilstrekkelig selv om funksjonæren ikke har en ledende stilling.

#### Krav om kompensasjon

Et annet grunnvilkår for at en konkurranseklausul skal være gyldig, er etter § 18 første ledd tredje punktum at funksjonæren mottar en kompensasjon. Nærmere regler om kompensasjonens størrelse og utbetaling følger av § 18 første ledd fjerde til syvende punktum og tredje ledd.

Kompensasjonen skal pr måned utgjøre minst 50 % av lønnen på fratredelsestidspunktet. Kompensasjon for de første tre månedene skal utbetales samlet ved fratredelsen. Deretter skal kompensasjonen utbetales månedvis så lenge konkurranseklausulen gjelder. Hvis funksjonæren mottar lønn i en oppsigelsesperiode etter den faktiske fratredelsen, regnes oppsigelsesfristens utløp som fratredelsestidspunkt.

Kravet om at det skal betales kompensasjon er ikke absolutt. For det første kan lønn som funksjonæren mottar fra annet passende arbeid etter § 18 tredje ledd motregnes i funksjonærens krav på kompensasjon (men ikke i forhold til det engangsbeløpet som skal betales i forbindelse med fratredelsen etter § 18 første ledd femte punktum). For at det skal foreligge en motregningsadgang etter § 18 tredje ledd må lønnen skrive seg fra "*andet passende arbejde*", som er definert som "*arbejde inden for funktionærens faglige område, som funktionæren er uddannet inden for eller har haft beskæftigelse inden for*". Det er med andre ord ikke enhver annen inntekt som gir grunnlag for motregning. Bestemmelsen om motregning suppleres av alminnelige regler om tapsbegrensningsplikt, som innebærer at funksjonærer som ikke aktivt søker annet passende arbeid risikerer å miste sitt krav på kompensasjon på dette grunnlag.

Funksjonæren mister også sin rett til kompensasjon dersom vedkommende med rette er blitt bortvist, det vil si avskjediget, jf § 18 første ledd siste punktum. Funksjonæren må da respektere konkurranseklausulen uten å ha krav på noen kompensasjon.



Normalt vil retten til kompensasjon også bli ansett for å bortfalle i den utstrekning en konkurranseklausul blir satt til side som ugyldig, for eksempel etter avtaleloven § 38 første eller annet ledd.

#### Krav om skriftlig avtale

Etter § 18 første ledd tredje punktum er det et vilkår at både konkurranseklausulen og kravet på kompensasjon skal fremgå av en skriftlig kontrakt. Er det for eksempel ikke i avtalen om konkurranseklausulen angitt hvilken kompensasjon funksjonæren har krav på, faller konkurranseklausulen uten videre bort.

#### Krav om en viss ansettelsestid

§ 18 fjerde ledd begrenser adgangen til å gjøre gjeldende konkurranseklausuler i forhold til funksjonærer som har vært ansatt i kort tid. I forhold til funksjonærer som har vært ansatt i tre måneder eller mindre kan konkurranseklausuler ikke gjøres gjeldende i det hele tatt. Har funksjonæren vært ansatt i mellom tre og seks måneder, kan en konkurranseklausul ikke gjøres gjeldende i mer enn høyst seks måneder regnet fra fratredelsen. I praksis medregnes oppsigelsesperioden selv om funksjonæren fristilles i denne perioden.

#### Oppsigelse av konkurranseklausul

Etter § 18 annet ledd første punktum kan arbeidsgiveren si opp en konkurranseklausul med en måneds varsel til utløpet av en måned. Klausulen kan sies opp når som helst, både før og etter en eventuell fratredelse.

Selv om en konkurranseklausul er sagt opp, vil funksjonæren etter § 18 annet ledd tredje punktum i visse tilfeller ha krav på den engangskompensasjonen som er nevnt i § 18 første ledd femte punktum. Dette gjelder der funksjonæren fratrer innen seks måneder etter at arbeidsgiver sa opp konkurranseklausulen og fratredelsen skyldes enten at funksjonæren er sagt opp på grunnlag av funksjonærens forhold eller at funksjonæren selv har sagt opp uten at dette er foranlediget av arbeidsgiverens mislighold av sine forpliktelser. Vilkårene er utformet slik at funksjonæren ikke har krav på vederlag når en konkurranseklausul er ugyldig etter den danske avtaleloven § 38 annet ledd.

Etter § 18 femte ledd kan de øvrige delene av bestemmelsen (med unntak av første ledd første og annet punktum) fravikes gjennom tariffavtale.

Som nevnt ovenfor gjelder funksjonærloven § 18 bare for konkurranseklausuler avtalt med funksjonærer 15. juni 1999 eller senere. For konkurranseklausuler avtalt før 15. juni 1999 gjelder funksjonærloven § 18 slik den lød før endringslov nr. 340 av 2. juni 1999. Bestemmelsen hadde da følgende ordlyd:

*”Har en funktionær forpligtet sig til, at han af konkurrencehensyn ikke må drive forretning eller anden virksomhed af en vis art eller tage ansættelse i en sådan, finder de i lov om aftaler m.m. af 8. mai 1917, §§ 36 og 38 indeholdte bestemmelser anvendelse. Den i 1. punktum omhandlede forpligtelse kan med retsvirkning kun indgås af en funktionær, der indtager en særlig betroet stilling, eller som indgår aftale med sin arbejdsgiver om udnyttelsesretten til en*

*af funktionæren gjort opfindelse. Forpligtelsen er kun gældende for funktionæren i ét år fra fratredelsesdagen, med mindre han har modtaget eller modtager et i en skriftlig kontrakt fastsat rimelig vederlag for innskærnkningen i hans adgang til erhverv. Dette vederlag skal i kontrakten være anført særskilt.”*

Som det fremgår av ordlyden gjelder avtaleloven §§ 36 og 38 også i forhold til de konkurranseklausulene som ble avtalt før 15. juni 1999. I tillegg oppstiller den nå opphevede (men i mange tilfeller fortsatt gjeldende) § 18 to begrensninger.

For det første er det et vilkår at vedkommende funksjonær har ”en særligt betroet stilling” eller eventuelt har inngått en avtale med arbeidsgiveren om utnyttelsesretten til en oppfinnelse gjort av funksjonæren. Dette vilkåret gjelder fortsatt og er nærmere beskrevet ovenfor.

For det annet fastsetter § 18 at en konkurranseklausul kan gjøres gjeldende i høyst ett år fra fratredelsen, med mindre det i skriftlig avtale særskilt er fastsatt et rimelig vederlag for begrensningen i adgangen til erverv. Dette innebærer at hvis funksjonæren ikke har krav på vederlag, det ikke foreligger skriftlig avtale om vederlag eller det avtalte vederlaget ikke betales, så vil langvarige konkurranseklausuler automatisk bli redusert til ett år. Ytterligere reduksjon kan eventuelt være aktuelt i medhold av avtaleloven § 38.

Kravet om at vederlaget skal være angitt særskilt, innebærer at det ikke vil være nok å si at funksjonærens alminnelige lønn omfatter vederlag for konkurranseklausulen i den utstrekning den skal gjelde i mer enn ett år. Det kan imidlertid fritt avtales når vederlaget skal betales: samtidig med ordinær lønn under ansettelsen, som et engangsbetrag ved fratredelse eller løpende i den perioden der konkurranseklausulen gjelder.

Hva som skal til for at et avtalt vederlag kan sies å være rimelig, må avgjøres konkret. Et sentralt moment vil være i hvor stor utstrekning konkurranseklausulen begrenser muligheten til å få annet arbeid. I Morten Langer, under medvirken af Yvonne Frederiksen ”Konkurrence- og kundeklausuler” 3. utgave (2006) side 75 er det uttalt at hvis en konkurranseklausul skal gjelde i to år og ansettelsesforholdet ikke har vært helt kortvarig, ”må et vederlag på 20-25% af lønnen nok betragtes som rimeligt”.

Funksjonærloven § 18 suppleres av samme lovs § 18 a, som gjelder for kundeklausuler. Bestemmelsene er på flere punkter like, jf punkt 3.4.1 nedenfor.

### 2.6.3 Sverige

#### 2.6.3.1 Generelt

Den svenske avtaleloven § 38 svarer på flere punkter til den norske avtaleloven § 38 første ledd. Nedenfor i punkt 2.6.3.2 vil det derfor bare bli pekt på enkelte forskjeller mellom den svenske og den norske bestemmelsen.

Svenske konkurranseklausuler har ellers i stor utstrekning blitt vurdert i forhold til en tariffavtale som ble inngått i 1969 mellom på den ene siden den svenske arbeidsgiverforeningen SAF (Svenska Arbetsgivareföreningen, i dag Svenskt Näringsliv) og på den andre siden SiF (Svenska industritjänstemannaförbundet, i dag Unionen), SALF (Sveriges Arbetsledareförbund, i dag Ledarna) og CF (Civilingenjörssförbundet, i dag Sveriges Ingenjörer) angående begrensning av anvendelsesområdet for og innholdet i konkurranseklausuler i ansettelsesavtaler. Denne tariffavtalens bestemmelser om konkurranseklausuler er gjennomgått i punkt 2.6.3.3 nedenfor.

I utredningen ”Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv” (Ds 2002:56) foreslås innført en ny bestemmelse om konkurranseklausuler i den svenske loven om anstillningsskydd. Dette forslaget, som foreløpig ikke er fulgt opp, redegjøres det for i punkt 2.6.3.4.

Ved utarbeidelsen av punkt 2.6.3 om svensk rett vedrørende konkurranseklausuler har vi tatt utgangspunkt i svenske lovtekster og følgende kilder:

- Alex Borch ”Lojalitetsplikt og konkurranseklausuler – Arbeidsnotat til Arbeidslivslovutvalget”
- Ds 2002:56 ”Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv”
- Svenskt Näringsliv v/Lars Gellner ”Konkurrenseklausuler i anstillningsforholdanden” (Nordisk Arbejdsgiverjuristmøde 2006)

Videre er et utkast til punkt 2.6.3 (samt 3.4.2 og 4.4.2) gjennomgått av Niklas Bruun, professor i privatrett ved Universitetet i Helsinki. Hans kommentarer er hensyntatt i teksten nedenfor.

#### 2.6.3.2 Den svenske avtaleloven § 38

Den svenske avtaleloven § 38 har følgende ordlyd:

*”Har någon för att förebygga konkurrens betingat sig av annan att denne icke skall bedriva verksamhet av visst slag eller icke taga anställning hos någon som bedrivar sådan verksamhet, är den som gjort utfästelsen icke bunden därav i den mån utfästelsen sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt.”*

Som det fremgår inneholder den svenske avtaleloven § 38 bare ett ledd. Bestemmelsen inneholder ikke særlige bestemmelser for underordnede arbeidstakere eller om bortfall ved opphør av arbeidsforholdet som ikke kan bebreides arbeidstakeren. Opprinnelig var bestemmelsen utformet på samme måte som den norske avtaleloven § 38 første ledd. I forbindelse med vedtakelsen av ny § 36 i den svenske avtaleloven i 1976, ble imidlertid også § 38 endret og forkortet.

Ordlyden ”*verksamhet av visst slag*” kunne tyde på at bestemmelsen bare omfatter konkurranseklausuler og ikke kundeklausuler eller ikke-rekrutteringsklausuler. I praksis er imidlertid bestemmelsen også gitt anvendelse på kundeklausuler, jf punkt 3.4.2 nedenfor.

Formuleringen ”i den mån” er også i Sverige tolket slik at konkurranseklausulen bare blir ugyldig i den utstrekning den går lenger enn det som kan anses rimelig.

Etter den svenske bestemmelsen er konkurranseklausuler ikke bindende i den utstrekning forpliktelsen ”sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt”. Bestemmelsen sier dermed etter sin ordlyd ikke annet enn det som uansett ville fulgt av den alminnelige bestemmelsen om urimelige avtaler i avtaleloven § 36.

Her nevnes likevel at den svenske Arbetsdomstolen ved anvendelsen av avtaleloven § 38 har lagt stor vekt på de mer detaljerte bestemmelsene om konkurranseklausuler som er inntatt i en tariffavtale som ble inngått i 1969. I Ds 2002:56 side 335 er denne praksisen sammenfattet slik:

*”Utgångspunkten i Arbetsdomstolens praxis är att konkurrensklausul som inte kan motiveras av de syften som följer av 1969 års överenskommelse, och därmed ligger utanför överenskommelsens sakliga användningsområde, inte anses bindande mellan parterna.”*

Videre synes den svenske Arbetsdomstolen i AD 2005 nr 28 å ha lagt til grunn at det skal mer til for å sette til side en konkurranseklausul som er inngått i forbindelse med salg av en virksomhet.

I praksis blir det ofte avtalt et bestemt beløp som skal betales i erstatning ved brudd på en konkurranseklausul. En slik avtalebestemmelse er i utgangspunktet bindende, men beløpets størrelse kan bli satt ned etter den svenske avtaleloven § 36.

### 2.6.3.3 Tariffavtalen fra 1969

Ved vurderingen av konkurranseklausulers gyldighet er det som nevnt ovenfor i Sverige lagt stor vekt på den tariffavtalen som ble inngått i 1969. Arbeidsgivere og arbeidstakere som er bundet av denne tariffavtalen, vil ikke kunne avtale konkurranseklausuler som er i strid med det som følger av tariffavtalen. Den svenske Arbetsdomstolen har imidlertid også på områder der tariffavtalen ikke gjelder sett hen til tariffavtalens bestemmelser.

Tariffavtalen tok sikte på å begrense bruken av konkurranseklausuler og angir derfor at bare visse arbeidsgivere bør kunne avtale konkurranseklausuler. I den forbindelse er det i tariffavtalen uttalt følgende:

*”Konkurrensklausuler bör ifrågasättas blott hos sådana arbetsgivare, som är beroende av självständig produkt- eller metodutveckling och som genom utvecklingsarbete av angivet slag skaffar sig tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart företagsspecifikt kunnande, vars yppande för konkurrenter skulle kunna medföra påtagligt men. Lika med sådana arbetsgivare skall anses företag, som genom avtal förvärvat tillverkningshemligheter etc.”*

I tariffavtalen er det også tatt inn begrensninger for så vidt gjelder hvilke arbeidstakere som kan pålegges konkurrensklausuler:

*”Konkurrensklausuler bör komma i fråga bara för arbetstagare, som under anställningen får kännedom om tillverkningshemligheter eller därmed jämförbart kunnande och som genom utbildning eller erfarenhet har möjlighet att göra bruk av denna kännedom.”*

I Ds 2002:56 side 335 er det gitt uttrykk for at arbeidstakeren må ha fått kunnskap om forhold som arbeidsgiveren vil holde hemmelig. En arbeidstakers mer allmenne kunnskap om markeds- og bransjeforhold som er ervervet gjennom ansettelsen, vil som regel ikke gi grunnlag for en konkurranseklausul. Rettstilstanden er beskrevet slik i Ds 2002:56 side 425:

*”Den traditionella utgångspunkten är att det är företagsspecifikt kunnande och information som genererats inom företags egen produkt- och metodutveckling som kan skyddas genom konkurrensklausulerna. Denna information ligger nära affärshemligheter. Däremot har det professionella kunnandet hos arbetstagaren och utnyttjande av detta inte kunnat begränsas genom konkurrensklausuler, inte heller kundkontakter och kundkännedom.”*

For øvrig regulerer tariffavtalen i tillegg hvor langvarige konkurranseklausuler kan være:

*”Den tid efter anställningens upphörande, under vilken den anställde skall vara förhindrad att befatta sig med verksamhet, vilken konkurrerar med arbetsgivaren (bindningstid), skall ej vara längre än den beräknade livslängden för arbetsgivarens skyddsvärda know-how eller därmed jämförbara kunnande. Med hänsyn till arbetstagarens intresse av att fritt kunna disponera över sin arbetskraft bör dock bindningstiden i normalfallet ej överstiga 24 månader eller, om ovan nämnda livslängd är kort, 12 månader.”*

Utgangspunktet er her at det skal ses hen til hvor lenge arbeidsgiveren har behov for beskyttelse. Som det vil fremgå skal konkurranseklausuler normalt ikke gjelde i mer enn to år, og høyst i ett år dersom arbeidsgiverens behov for beskyttelse er kortvarig.

I et utkast til konkurranseklausul som er inntatt som vedlegg til tariffavtalen, er det foreslått at arbeidsgiveren skal dekke det tapet arbeidstakeren lider som følge av at vedkommende ikke fritt kan tilby sine tjenester til andre. Tapet vil normalt tilsvare forskjellen mellom tidligere lønn og den lavere lønnen fra ny arbeidsgiver. Erstatningen skal imidlertid ikke overstige 60 % av lønnen ved ansettelsesforholdets opphør. Får arbeidstakeren ikke nytt arbeid, har vedkommende ikke noe krav på erstatning.

I utkastet er det også foreslått at en konkurranseklausul ikke kan gjøres gjeldende når det er arbeidsgiveren som har sagt opp arbeidstakeren uten at dette er begrunnet i arbeidstakerens forhold eller det er arbeidstakeren som sier opp som følge av arbeidsgivers kontraktsbrudd. Ved ansettelse av personer under 27 år som er nyutdannede, er det foreslått at konkurranseklausulen bør utformes slik at den bare får virkning dersom ansettelsesforholdet varer i mer enn seks måneder.

#### 2.6.3.4 Forslaget til ny lovbestemmelse om konkurranseklausuler i Ds 2002:56

I vurderingen av gjeldende rettstilstand vedrørende konkurranseklausuler er det i Ds 2002:56 side 424-429 påpekt at rettstilstanden på flere punkter er uklar. Dessuten er det vist til at tariffavtalen fra 1969

fremstår som foreldet, i tillegg til at den ikke gjelder direkte på flere av de områdene der konkurranseklausuler benyttes i praksis. Videre er det vist til at både Danmark og Finland nylig har innført nye lovbestemmelser vedrørende konkurranseklausuler.

På denne bakgrunn er det i Ds 2002:56 foreslått følgende bestemmelse tatt inn som § 37 i den svenske loven om anstillningsskydd:

*”Då en arbetstagare enligt avtal med arbetsgivaren åtagit sig att efter anställningens upphörande inte befatta sig med viss verksamhet (konkurrensklausul) gäller, utöver vad som stadgas i 36 och 38 §§ lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, följande.*

*En konkurranseklausul får åberopas av arbetsgivaren endast om*

- 1) avtalet om konkurrensbegränsningen är skriftligt,*
- 2) avtalet har ingåtts av vägande skäl,*
- 3) det av avtalet framgår att arbetstagaren erhåller särskild ekonomisk kompensation för bindningstiden, och*
- 4) anställningsförhållandet upphör av annan orsak än uppsägning från arbetsgivarens sida, om inte uppsägningen har skett av personliga skäl och är saklig grundad.*

*Bindningstiden enligt en konkurranseklausul får inte överstiga tolv månader och ett normerat skadeståndsbelopp vid avtalsbrott får uppgå till högst sex genomsnittliga månadslöner för arbetstagaren. Om det finns synnerliga skäl får dock avtal ingås om längre bindningstid eller högre normerat skadeståndsbelopp.”*

I forslaget til § 37 slås det fast at konkurranseklausuler fortsatt skal reguleres av den svenske avtaleloven §§ 36 og 38. Som begrunnelse for at det også henvises til § 36, er angitt at konkurranseklausuler i praksis ofte kombineres med en bestemmelse om betaling av et fastsatt beløp (”vite”) dersom klausulen overtres. Tilsidesettelse eller justering av slike beløp må eventuelt skje med hjemmel i § 36.

Den foreslåtte bestemmelsen er begrenset til å gjelde konkurranseklausuler som avtales i arbeidsforhold. Annet ledd fastsetter fire vilkår som må være oppfylt for at slike klausuler skal kunne gjøres gjeldende.

Det vilkåret som i praksis særlig vil kunne volde problemer, er kravet i annet ledd nr 2 om at det må foreligge vektige grunner (”vågande skäl”). I Ds 2002:56 side 492 er det uttalt følgende om dette vilkåret:

*”Kravet på vågande skäl skall i första hand bedömas utgående från arbetsgivarverksamhetens behov. Det bör föreligga ett betydande och berättigat arbetsgivarintresse för att klausulen*

*överhuvudtaget skall komma i fråga. Då ett sådant intresse inte finns saknas förutsättningar för ett avtal. Ett betydande intresse konstitueras i praktiken av att arbetstagare har utbildning, yrkeserfarenhet eller specialkunnsande som är företagspecifikt för arbetsgivarföretaget och särskilt känsligt i konkurrenshänseende i förhållande till andra företag på marknaden. Meningen är att den stora majoriteten löntagare inte heller i framtiden skall beröras av denna typ av klausuler. Däremot förefaller det ogörligt att a priori utesluta några grupper helt och hållet. Då ett betydande och berättigat intresse kunnat konstateras på arbetsgivar sidan görs en avvägning i förhållande till arbetstagarens ställning och intressen. Likaså beaktas det samhälleliga intresset av en fungerande konkurrens. Helhetsbedömningen av dessa faktorer avgör om ett i lagen förutsatt vägande skäl för ingående av avtal föreligger i varje enskilt fall.”*

I tillegg til kravet om vektige grunner er det tre vilkår som må være oppfylt for at en konkurranseklausul skal kunne gjøres gjeldende. For det første må konkurranseklausulen være skriftlig. For det annet må arbeidstakeren få kompensasjon. For det tredje må ansettelsesforholdet opphøre som følge av en oppsigelse fra arbeidstakerens side eller en oppsigelse fra arbeidsgiverens side som er saklig begrunnet i arbeidstakerens forhold.

For så vidt gjelder størrelsen på en eventuell kompensasjon, er det ikke foreslått noe minimumskrav inntatt i lovteksten. Det er i kommentarene til bestemmelsen angitt at kompensasjonen i prinsippet kan inngå som en del av den normale lønnen, men at særskilt kompensasjon bør betales i hele karenstiden.

For så vidt gjelder kravet til hvordan ansettelsesforholdet skal opphøre, er det i kommentarene sagt klart at en arbeidsgiver som sier opp en arbeidstaker på grunn av driftsinnskrenkninger, mister retten til å gjøre gjeldende en avtalt konkurranseklausul. Tilsvarende gjelder der arbeidstakeren sies opp eller avskjediges på grunn av egne forhold, men hvor det viser seg at det ikke var grunnlag for dette. Dersom det er grunnlag for oppsigelse eller avskjed på grunn av arbeidstakerens forhold vil imidlertid en avtalt konkurranseklausul fortsatt kunne gjøres gjeldende.

Det at arbeidstakeren selv sier opp sin stilling påvirker normalt ikke muligheten til å gjøre gjeldende en konkurranseklausul. I kommentarene til § 37 er det imidlertid uttalt at en konkurranseklausul ikke vil kunne gjøres gjeldende der arbeidstakeren sier opp på grunn av arbeidsgiverens mislighold av sine forpliktelser. Det er ikke ansett nødvendig å ta dette inn i selve lovteksten.

I forslaget til § 37 tredje ledd sies det at konkurranseklausuler ikke kan gjelde i mer enn tolv måneder. I tredje ledd annet punktum er det likevel åpnet for lengre bindingstid dersom det foreligger ”*synnerliga skäl*”. I kommentarene presiseres det imidlertid at lengre konkurranseklausuler bare vil være aktuelle i ”*exceptionella fall*”, for eksempel ved salg av virksomhet der selgeren forutsettes å være ansatt i den virksomheten som selges.

For øvrig fastsetter § 37 tredje ledd at en normalerstatning ved brudd på en konkurranseklausul i utgangspunktet ikke kan settes høyere enn et beløp tilsvarende seks gjennomsnittlige månedslønner for arbeidstakeren. Også her kan det gjøres unntak (det vil si avtales høyere normalerstatning) dersom det foreligger ”*synnerliga skäl*”.

Det presiseres i kommentarene at § 37 skal kunne fravikes gjennom tariffavtale.

Etter § 1 i den svenske loven om anställningsskydd gjelder loven ikke for arbeidstakere som har ”företagsledande eller därmed jämförlig ställning”. I kommentarene er det påpekt at avtaleloven §§ 36 og 38 vil gi tilstrekkelig beskyttelse for slike arbeidstakere. Det påpekes imidlertid samtidig at den nye § 37 bør hensyntas ved rimelighetsvurderingen etter bestemmelsene i avtaleloven.

## 2.6.4 Finland

### 2.6.4.1 Generelt

Den finske avtaleloven § 38 svarer på flere punkter til den norske avtaleloven § 38 første ledd. Nedenfor i punkt 2.6.4.2 vil det derfor bare bli pekt på enkelte forskjeller mellom den finske og den norske bestemmelsen.

Med virkning fra 1. juni 2001 ble det innført en ny arbeidsavtalelov i Finland. Lovens kapittel 3 regulerer arbeidstakerens plikter og inneholder blant annet en bestemmelse om konkurranseklausuler. Denne bestemmelsen er det redegjort for i punkt 2.6.4.3 nedenfor.

Ved utarbeidelsen av punkt 2.6.4 om finsk rett vedrørende konkurranseklausuler har vi tatt utgangspunkt i finske lovtekster og følgende kilder:

- Alex Borch ”Lojalitetsplikt og konkurranseklausuler – Arbeidsnotat til Arbeidslivslovutvalget”
- Finlands Näringsliv ”Konkurrenseklausuler i anställningsförhållande” (Nordisk Arbejdsgiverjuristmøde 2006)

Videre er et utkast til punkt 2.6.4 (samt 3.4.3 og 4.4.3) gjennomgått av Niklas Bruun, professor i privatrett ved Universitetet i Helsinki. Hans kommentarer er hensyntatt i teksten nedenfor.

### 2.6.4.2 Den finske avtaleloven § 38

Den finske avtaleloven (228/1929 rättshandlingslagen) § 38 har følgende ordlyd:

*”Avtal, genom vilket någon till förebyggande eller begränsande av konkurrens förbundet sig att inte bedriva viss verksamhet eller verksamhet av visst slag eller att inte ingå arbetsavtal med någon som bedriver sådan verksamhet, binder inte den som gjort utfästelsen till den del den oskäligt begränsar hans handlingsfrihet.”*

Som det fremgår inneholder den finske avtaleloven § 38 bare ett ledd. Bestemmelsen inneholder med andre ord ikke særlige bestemmelser for underordnede arbeidstakere eller om bortfall ved opphør av arbeidsforholdet som ikke kan bebreides arbeidstakeren.



Den finske avtaleloven § 38 var opprinnelig i stor utstrekning utformet på samme måte som den norske avtaleloven § 38 første ledd. Etter en lovendring som trådte i kraft 1. januar 1983 er bestemmelsen kortet ned og minner nå mye om den svenske avtaleloven § 38.

Formuleringen ”*viss verksamhet eller verksamhet av visst slag*” innebærer at bestemmelsen bare omfatter konkurranseklausuler og ikke kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler. Formuleringen ”*til den del*” er også i Finland tolket slik at konkurranseklausulen bare blir ugyldig i den utstrekning den går lenger enn det som kan anses rimelig.

I praksis blir det ofte avtalt et bestemt beløp som skal betales i erstatning ved brudd på en konkurranseklausul. En slik avtalebestemmelse er i utgangspunktet bindende, men beløpets størrelse kan bli satt ned etter den finske avtaleloven § 36.

#### 2.6.4.3 Den finske arbeidsavtaleloven kapittel 3 § 5 – konkurranseklausuler

Ved lov av 26. januar 2001 nr. 55 ble det innført en ny arbeidsavtalelov i Finland. Loven inneholder blant annet en bestemmelse om konkurranseklausuler i kapittel 3 § 5, som har følgende ordlyd:

*”Av synnerligen vägande skäl som har samband med arbetsgivarens verksamhet eller med anställningsförhållandet är det möjligt att genom ett avtal som ingås när anställningsförhållandet börjar eller medan den varar (konkurrensförbudsavtal) begränsa en arbetstagares rätt att i fråga om ett arbete som skall börja sedan anställningsförhållandet upphört ingå ett arbetsavtal med en arbetsgivare som idkar verksamhet som konkurrerar med den först nämnda arbetsgivaren samt begränsa arbetstagarens rätt att för egen räkning idka sådan verksamhet.*

*Vid bedömningen av om det finns synnerligen vägande skäl till ett konkurrensförbudsavtal skall bland annat beaktas arten av arbetsgivarens verksamhet och behovet av sådant skydd som beror på bevarande av affärs- eller yrkeshemligheter eller på specialutbildning som arbetsgivaren har ordnat för arbetstagaren samt arbetstagarens ställning och uppgifter.*

*Ett konkurrensförbudsavtal får under högst sex månader begränsa arbetstagarens rätt att ingå ett nytt arbetsavtal eller att utöva ett yrke. Tidsbegränsningen får avtalas att gälla högst ett år, om det kan anses att arbetstagaren får en skälig ersättning för den bundenhet som konkurrensförbudsavtalet orsakar honom eller henne. I konkurrensförbudsavtalet kan tas in en bestämmelse om avtalsvite som utdöms i stället för skadestånd och som högst får motsvara arbetstagarens lön för de sex månader som närmast föregår anställningsförhållandets upphörande.*

*Ett konkurrensförbudsavtal binder inte arbetstagaren, om anställningsförhållandet har upphört av skäl som beror på arbetsgivaren. Det som ovan bestäms om begränsande av ett konkurrensförbudsavtals giltighetstid och om avtalsvitets maximibelopp gäller inte en arbetstagare som på basis av sina uppgifter och sin ställning anses leda ett företag, en sammanslutning eller en stiftelse eller en självständig del av sådana eller anses inneha en självständig ställning som är direkt jämförbar med en sådan ledande uppgift.*

*Ett konkurrensförbudsavtal är ogiltigt i den mån det strider mot vad som bestäms ovan. I övrigt gäller om giltigheten och jämkningen av ett sådant avtal bestämmelserna i lagen om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (228/1929, rättshandlingslagen).”*

Den finske arbeidsavtaleloven trådte i kraft 1. juni 2001 og gjelder for alle ansettelsesforhold med unntak av ansettelsesforhold i det offentlige. Av forarbeidene (RP 157/2000) fremgår det at kapittel 3 § 5 delvis tilsvarer § 16 a i den tidligere finske arbeidsavtaleloven. Den nye lovbestemmelsen gjelder imidlertid også for konkurranseklausuler avtalt før ikrafttredelsen.

Av femte ledd fremgår det at en konkurranseklausul er ugyldig i den utstrekning den strider mot de kravene som stilles i bestemmelsen. Første til fjerde ledd inneholder tre begrensninger som gjennomgås nedenfor.

#### Krav om vektige grunner

Av kapittel 3 § 5 første ledd fremgår det at en konkurranseklausul bare kan avtales dersom det foreligger vektige grunner (*”vägande skäl”*). Dette er samme formulering som er benyttet i forslaget til ny bestemmelse i den svenske loven om anställningsskydd § 37. Foreligger ikke tilstrekkelig gode grunner for en konkurranseklausul, vil klausulen i sin helhet være ugyldig. Grunnene må foreligge også når konkurranseklausulen gjøres gjeldende.

Det er presisert i første ledd at de vektige grunnene skal være tilknyttet arbeidsgiverens virksomhet eller ansettelsesforholdet. I annet ledd er det angitt hva det skal legges vekt på ved vurderingen av om det foreligger vektige grunner. Det skal i den forbindelse blant annet ses hen til arten av arbeidsgiverens virksomhet, behovet for beskyttelse av forretningshemmeligheter, spesialutdanning som arbeidsgiver har betalt for og arbeidstakerens stilling og oppgaver. I RF 157/2000 er det blant uttalt følgende om denne bestemmelsen:

*”Bedömningen skall göras från fall till fall och i allmänhet skall tillåtelse till att ett avtal ingås anses vara grundat om arbetstagarens arbetsuppgifter är förknippade med sådan verksamhet som hänför sig till produktutveckling, forskning eller annan motsvarande verksamhet och arbetsgivaren förfogar över sådana kunskaper och sådant kunnande som konkurrenterna i allmänhet inte har tillgång till. Arbetsgivaren skall å ena sidan ha ett grundat behov att förhindra att viktiga uppgifter och kunskaper överförs till en konkurrerande verksamhet och å andra sidan ta hänsyn till arbetstagarens möjligheter att få sin utkomst genom arbete som motsvarar hans eller hennes yrkesskicklighet samt arbetstagarens rätt att fritt välja sin arbetsplats. Avsikten är att ingåendet av avtal skall vara mer tillåtet i samband med sådana arbetsuppgifter där de viktigaste faktorerna i produktionsverksamheten består av snabb kunskapsutveckling och teknisk utveckling.”*

For øvrig er det presisert at en interesse i å bevare kundekretsen kan utgjøre en viktig grunn for en konkurranseklausul.

### Tidsbegrensning

Kapittel 3 § 5 tredje ledd fastsetter hvor lenge konkurranseklausuler kan gjelde. I utgangspunktet kan slike klausuler bare begrense en arbeidstakers rett til å inngå ny arbeidsavtale eller drive annen virksomhet i seks måneder. Dersom arbeidstakeren har krav på rimelig kompensasjon ("*skälig ersättning*") for konkurranseklausulen, kan den imidlertid gjøres gjeldende i inntil ett år.

Bestemmelsen oppstiller med andre ord ikke noe krav om kompensasjon for at en konkurranseklausul skal være gyldig. Klausulen vil imidlertid kunne være lenger dersom arbeidstakeren får rimelig kompensasjon.

Av § 5 fjerde ledd følger det imidlertid at tidsbegrensningene i tredje ledd ikke gjelder for konkurranseklausuler som er avtalt med arbeidstakere som på grunnlag av sin stilling og sine arbeidsoppgaver må anses for å lede virksomheten eller ha en tilsvarende selvstendig stilling. Bakgrunnen for dette unntaket er at ledende ansatte kan ha så viktig informasjon at en konkurranseklausul på seks eller tolv måneder ikke vil være tilstrekkelig.

### Opphørsmåte

Av kapittel 3 § 5 fjerde ledd følger det at en konkurranseklausul ikke er bindende for arbeidstakeren dersom arbeidsforholdet er opphørt på grunn av arbeidsgivers forhold. Av RF 157/2000 fremgår det at konkurranseklausuler bortfaller i alle tilfeller der en arbeidstaker sies opp uten at dette er begrunnet i forhold knyttet til arbeidstakeren. Tilsvarende gjelder der det er arbeidstakeren som sier opp på grunn av at arbeidsgiveren har misligholdt arbeidsavtalen.

I kapittel 3 § 5 femte ledd annet punktum er det presisert at konkurranseklausuler også kan settes til side eller lempes i medhold av den finske avtalelovens regler. I praksis er det sjelden at en konkurranseklausul som er avtalt i et ansettelsesforhold og som står seg etter arbeidsavtaleloven kapittel 3 § 5, blir satt til side i medhold av avtaleloven § 38. Dette kan imidlertid være aktuelt for konkurranseklausuler avtalt med ledende ansatte, hvor tidsbegrensningene i kapittel 3 § 5 tredje ledd ikke kommer til anvendelse.

For øvrig slår kapittel 3 § 5 tredje ledd fast at en normalerstatning ved brudd på en konkurranseklausul i utgangspunktet ikke kan settes høyere enn et beløp tilsvarende de seks siste månedslønnene for arbeidstakeren. Denne begrensningen gjelder ikke for ledende ansatte, men en avtale om høyere normalerstatning vil eventuelt kunne settes til side i medhold av den finske avtaleloven § 36.

## 2.6.5 Enkelte andre europeiske land

Gjennom det internasjonale arbeidsrettsnettverket Ius Laboris har vi mottatt opplysninger om reguleringen av konkurranseklausuler i enkelte andre europeiske land.

I Tyskland reguleres konkurranseklausuler av handelsloven § 74 første ledd. Konkurranseklausuler er ugyldige i den utstrekning de urimelig begrenser arbeidstakerens karrieremuligheter eller går lenger enn nødvendig for å ivareta arbeidsgiverens kommersielle interesser. Konkurranseklausuler må avtales skriftlig og maksimal lengde er to år. Videre må arbeidstakeren gis en kompensasjon i

karanteneperioden som minst tilsvarer 50 % av de ytelser arbeidstakeren ved ansettelsesforholdets opphør.

I Frankrike gjelder det også et krav om at konkurranseklausuler må avtales skriftlig. De må videre ikke være tidsbegrensede, men det er ikke angitt hvor lenge de kan gjelde. Arbeidstakeren må dessuten gjennom ansettelsen ha fått særlig kunnskap om arbeidsgivers virksomhet. I tillegg må arbeidstakeren gis en kompensasjon for konkurransebegrensningen, men det er ikke lovfestet noe minimum.

Blant land i Øst-Europa er det betydelige variasjoner når det gjelder reguleringen av konkurranseklausuler. I Russland og Slovakia er det ikke adgang til å bruke konkurranseklausuler. I andre land gjelder det en maksimumsgrense for hvor lenge slike klausuler kan gjelde, som varierer fra ett år (Tsjekia) via to år (Latvia og Romania) til tre år (Ungarn). Mange land krever at arbeidstakeren mottar en eller annen form for kompensasjon, men kravene til størrelsen på denne varierer. For øvrig nevnes at det i Tsjekia først er adgang til å avtale konkurranseklausuler etter utløpet av prøvetiden.

## **2.7 Behov for ny regulering – rettspolitisk analyse**

### **2.7.1 Er det behov for ny regulering?**

#### **2.7.1.1 Overblikk – et nordisk perspektiv**

Konkurranseklausuler etter norsk rett reguleres av avtaleloven § 38. Avtaleloven trådte i kraft i 1918, det vil si for snart 100 år siden. Bestemmelsen er senere endret én gang, i 1983, men i den forbindelse ble det ikke foretatt noen vurdering av behovet for ny regulering.

Utgangspunktet i norsk rett er at etter utløpet av oppsigelsestiden opphører arbeidstakerens lojalitetsplikt mot arbeidsgiveren med den konsekvens at arbeidstaker i prinsippet fritt kan etablere eller ta ansettelse i konkurrerende virksomhet. Denne friheten kan begrenses gjennom avtale mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren. Innholdet i denne typen avtaler varierer både med hensyn til varighet, geografisk nedslagsfelt, hvilke handlinger som arbeidstakeren har avtalt begrensninger i forhold til, eventuell kompensasjon til arbeidstakeren for at denne ikke fritt kan tilby sine tjenester og størrelse på denne, erstatningsplikt for arbeidstakeren ved overtredelse av avtalte begrensninger osv.

Avtaleloven § 38 har i norsk og nordisk rett fastlagt begrensninger for avtalefriheten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. I dansk rett er det i tillegg innført spesifikke begrensninger i friheten til å inngå avtaler om konkurranseklausuler gjennom vedtakelsen av den danske funksjonærloven § 18 sommeren 1999, jf punkt 2.6.2.3 ovenfor. Finland innførte ytterligere begrensninger gjennom den nye arbeidsavtaleloven av juni 2001, jf lovens kapittel 3 § 5, jf punkt 2.6.4.3 ovenfor. I Sverige har et lovutvalg avgitt en utredning hvor blant annet forslag til ny bestemmelse om konkurranseklausuler er utformet, jf utkast til ny § 37 i lov om anstillningskydd i DS 2002:56, jf punkt 2.6.3.4 ovenfor.

Avtaleloven § 38 i Danmark, Finland, Sverige og Norge gir etter sin ordlyd liten veiledning i forhold til gyldigheten av de ulike elementene i en konkurranseklausulsavtale. Felles for den danske funksjonærloven § 18, den finske arbeidsavtaleloven kapittel 3 § 5 og det svenske forslaget til ny § 37

i loven om anstillningskydd er at sentrale elementer i en konkurranseklausul reguleres direkte i lovteksten.

Den danske funksjonærloven § 18 gjelder for personer som er ansatt i en tjenestestilling. Håndverkere og produksjonsmedarbeidere faller utenfor, det samme gjør virksomhetens øverste leder. Et av grunnvilkårene for å kunne gjøre gjeldende en konkurranseklausul er at stillingen er *"særlig betroet"*, alternativt at det foreligger en avtale med arbeidsgiveren om utnyttelse av en oppfinnelse gjort av funksjonæren. Andre krav for at en konkurranseklausul skal være gyldig, er at funksjonæren skal motta en kompensasjon, minimum tilsvarende 50 % av lønnen på fratredelsestidspunktet pr måned klausulen løper, og at konkurranseklausulen og godtgjørelsen fremgår av den skriftlige avtalen.

Det svenske lovforslaget legger blant annet til grunn at det er en gyldighetsbetingelse at avtalen er skriftlig, at det må foreligge *"vägande skäl"*, at avtalen har en bestemmelse som regulerer kompensasjon for konkurranseklausulen, og at varigheten ikke overstiger 12 måneder. Endelig foreslås det at normalerstatninger for brudd på en konkurranseklausul ikke kan settes høyere enn et beløp tilsvarende seks gjennomsnittlige månedslønner for arbeidstakeren. Hvis det foreligger *"synnerliga skäl"*, kan både varigheten på 12 måneder og normalerstatningen på seks månedslønner fravikes.

Etter den finske arbeidsavtaleloven kapittel 3 § 5 er en konkurranseklausul bare gyldig dersom det foreligger *"synnerligen vägande skäl"*. Utgangspunktet for varigheten er inntil seks måneder, alternativt inntil 12 måneder, forutsatt at arbeidstakeren har krav på *"skälig ersättning"*. Erstatning for brudd på en konkurranseklausul kan ikke settes høyere enn et beløp tilsvarende seks månedslønner. Begrensningen i varigheten av en konkurranseklausul og maksimal erstatning på seks måneder for brudd på konkurranseklausulen gjelder ikke for de som leder virksomheten eller har tilsvarende selvstendig stilling.

Forutberegneligheten for arbeidstakere i Norge er klart svakere enn for arbeidstakere i Danmark og Finland hvor spesifikke lovbestemmelser setter rammen for de sentrale elementer som gyldig kan avtales i en konkurranseklausul. I svensk rett har arbeidsrettens domstoler lagt til grunn innholdet i tariffavtalen fra 1969 også utenfor tariffavtalens nedslagsfelt. Under henvisning til denne rettspraksis er det dekning for å trekke den konklusjon at forutberegneligheten for de fleste arbeidstakere også er bedre i Sverige enn i Norge.

#### 2.7.1.2 Vurdering av gjeldende regulering

I dag reguleres spørsmålet om i hvilken utstrekning en konkurranseklausul kan gjøres gjeldende hovedsakelig av avtaleloven § 38. Bestemmelsen er på en rekke punkter uklar.

Hovedbestemmelsen i § 38 første ledd benytter formuleringer som er skjønnsmessige. Avgjørende for gyldigheten etter § 38 første ledd er således om det foreligger en *"urimelig"* innskrenkning i adgangen til erverv eller om en klausul går *"længer end påkrævet for at verne mot konkurranse"*. I praksis vil det være vanskelig å vite om og eventuelt i hvilken utstrekning disse vilkårene er oppfylt. Denne usikkerheten er en ulempe for både arbeidsgivere og arbeidstakere. Arbeidsgivere vil ikke på forhånd kunne være sikre på hvilke handlinger de er beskyttet mot gjennom en konkurranseklausul, samtidig

som arbeidstakere ikke vil vite hvilke nye stillinger de vil kunne takke ja til, og når de eventuelt kan tiltre, uten å krenke en avtalt konkurranseklausul.

I tillegg til det generelle spørsmålet om konkurranseklausulers gyldighet, reiser slike klausuler en rekke praktiske spørsmål som verken er løst i avtaleloven § 38 eller gjennom rettspraksis.

Et uavklart spørsmål er når en arbeidsgiver må betale et vederlag for at konkurranseklausulen skal kunne gjøres gjeldende. Rt 2001 side 301 er et eksempel på en konkurranseklausul som ble opprettholdt i to år uten at det ble betalt vederlag. I andre avgjørelser er imidlertid det forhold at arbeidstakeren ikke hadde krav på noen kompensasjon brukt som et argument for å sette til side eller begrense en konkurranseklausul. En problemstilling som kan oppstå i forlengelsen av dette er om vederlag som faktisk betales av arbeidsgiveren skal regnes som lønn i forhold til arbeidsmiljøloven § 14-15 annet ledd om forbud mot trekk i lønn.

Et annet uavklart spørsmål er i hvilken utstrekning en arbeidsgiver ensidig kan frafalle en konkurranseklausul og i så fall på hvilke betingelser. Hvis det til en konkurranseklausul er knyttet en bestemmelse om betaling av vederlag til arbeidstakeren, vil arbeidstakeren kunne hevde at dette vederlaget må betales selv om den tidligere arbeidsgiveren er kommet til at det ikke lenger er et behov for å gjøre klausulen gjeldende. Hvis arbeidsgiveren først frafaller konkurranseklausulen etter at arbeidstakeren har fått ny stilling og hvor vedkommende har hensyntatt klausulen i valg av ny arbeidsgiver, kan det argumenteres for at vederlaget må betales. Hvis derimot arbeidsgiveren frafaller konkurranseklausulen mens arbeidstakeren står i uoppsagt stilling, kan det argumenteres for at arbeidsgiveren ikke må betale det avtalte vederlag.

Et tredje uavklart spørsmål er om en arbeidsgiver kan slutte å betale et avtalt vederlag, men samtidig fastholde konkurranseklausulen når en tidligere arbeidstaker bryter konkurranseklausulen. Den tidligere arbeidstakeren vil her kunne hevde at håndhevelse av konkurranseklausulen forutsetter betaling. Arbeidsgiveren vil derimot kunne hevde at det er urimelig å måtte fortsette å betale kompensasjon for å opprettholde klausulen når den samtidig ikke blir overholdt.

### 2.7.1.3 Hvilke hensyn gjør seg gjeldende?

Avveiningen av hvilke elementer i en konkurranseklausul som gyldig kan avtales mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, må på den ene siden ta utgangspunkt i virksomhetens behov for beskyttelse, og på den andre siden arbeidstakerens ønske om fritt å kunne utnytte sin arbeidskraft, herunder utdanning og erfaring. I et samfunnsøkonomisk perspektiv er det uheldig med konkurranseklausuler fordi disse begrenser yrkesaktive personers valgmuligheter til å ta arbeid. Særlig kan dette være negativt innen bransjer hvor det er mangel på arbeidskraft. De fleste arbeidstakere som skifter jobb fortsetter i samme bransje. Gjennomgangen av norsk rettspraksis viser at domstolene i liten grad foretar avtalesensur når det gjelder nedslagsfeltet for en konkurranseklausul. Flere av de klausuler som er prøvet av domstolene gjelder eksempelvis forbud mot å ta stilling i en viss periode i hele bransjer. Rettspraksisen skiller også i liten grad mellom klausuler som beskytter virksomhetsrelatert kunnskap og know-how som er utviklet i virksomheten og bedriftshemmeligheter på den ene siden, og på den andre siden mer allmenn kunnskap om markeder og bransjer som erverves gjennom utdanning og arbeid.

Bedriftshemmeligheter er allerede beskyttet gjennom markedsføringsloven av 16. juni 1972 § 7 første ledd.

*”Den som har fått kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet i anledning av et tjeneste-, tillitsverv- eller forretningsforhold, må ikke rettsstridig utnytte hemmeligheten i næringsvirksomhet.”*

Straffeloven § 405 a straffer den som på urimelig måte skaffer seg kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet, som ved forkastelige metoder, spionasje etc. Straffeloven § 294 nr 2 og 3 setter straff for misbruk av bedriftshemmeligheter som noen er betrodd som ansatt eller i forbindelse med et oppdrag.

Grensen mellom en bedriftshemmelighet og nedad mot allmennviten kan være vanskelig å trekke. I overgangen ligger begrepet know-how. I Rt 1964 s. 238 ble det sitert fra en sakkyndig utredning der know-how-begrepet ble beskrevet slik:

*”Med ’know-how’ forstås vanligvis 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.”*

I Torvald C. Löchen og Amund Grimstad ”Markedsføringsloven. Kommentartutgave” 7. utgave (2003) side 145 er det uttalt følgende om grensen mellom allmenn kunnskap og erfaring og bedriftshemmeligheter:

*”1.2 De erfaringer av allmenn, fagmessig art som en ansatt samler seg gjennom sitt arbeid, er ikke bedriftshemmeligheter. Det er særlig to krav som må stilles til bedriftshemmeligheter for at de skal være beskyttelsesverdige, nemlig at de fyller visse kvalitative krav, og at de behandles som hemmelige.*

*Når det gjelder det første krav, må en bedriftshemmelighet forutsettes å være spesifikk i relasjon til vedkommende bedrift og av betydning for dens virksomhet. Vanligvis vil den være utviklet for eller ved bedriften og ikke være kjent tidligere. Men dette utelukker ikke at man*

*gjenoppdager glemte metoder, og heller ikke at to bedrifter uavhengig av hverandre kan utvikle de samme løsninger eller finne frem til like data.*

*Det annet krav som må stilles, er at den spesielle viten også må behandles som en bedriftshemmelighet. Det vil kunne være markert med instruksjoner og oppslag, taushetserklæringer og adgangsbegrensning og lignende eller vernet gjennom fysiske tiltak som innelåsning, stempling av tegninger og beskrivelser.”*

At en virksomhet har et legitimt behov for å beskytte seg mot tidligere ansattes bruk av bedriftshemmeligheter og egenutviklet know-how, krever ingen særlig begrunnelse. Ganske annerledes stiller det seg med allmenn kunnskap og erfaring.

En sammenligning av håndhevelsen fra norske domstolenes side av hva som aksepteres som gyldige elementer i en konkurranseklausul på den ene siden og lovgivning som regulerer konkurranseklausuler i de øvrige nordiske landene på den annen side, viser at Norge er det landet som i sum aksepterer de mest omfattende begrensningene til skade for arbeidstakerne.

2.7.2 Hvilke begrensninger bør gjelde i adgangen til å avtale å gjøre gjeldende konkurranseklausuler?

2.7.2.1 Arbeidstakerens stilling

Et sentralt spørsmål er om det bør skilles mellom ulike arbeidstakere når det gjelder adgangen til å avtale konkurranseklausuler. I den danske funksjonærloven § 18 første ledd annet punktum er det fastsatt at konkurranseklausuler bare kan avtales med arbeidstakere som har *”en særlig betroet stilling”*. Tilsvarende direkte avgrensning knyttet til stillingens art finner vi ikke i finsk rett og heller ikke i det svenske lovforslaget. Finsk rett og det svenske lovforslaget har dog begge lagt inn en terskel om at det må foreligge vektige grunner for at konkurranseklausuler skal kunne gjøres gjeldende. En viktig grunn vil nettopp kunne være at arbeidstakeren har en særlig betrodd stilling i virksomheten. Vi kommer tilbake til dette momentet i punkt 2.7.2.2.

Vår vurdering er at det ikke bør stilles som et krav for å kunne inngå gyldige avtaler om konkurranseklausuler, at arbeidstakeren har en særlig betrodd stilling. Begrunnelsen er at bedriften kan ha behov for en konkurranseklausul også for ansatte som ikke faller inn under kategorien særlig betrodd stilling. Dernest vil det være vanskelig å avgjøre hvilke stillingskategorier som vil omfattes av en slik bestemmelse. Disse innvendingene gjør seg også gjeldende i forhold til andre mulige avgrensningskriterier, som for eksempel ledende stilling, uavhengig stilling eller overordnet stilling.

Etter avtaleloven § 38 annet ledd er konkurranseklausuler avtalt med visse underordnede ansatte i utgangspunktet ugyldige. Denne bestemmelsen har hatt svært begrenset betydning i praksis, se gjennomgangen av rettspraksis i vedlegg 2 til utredningen. Vi finner heller ikke tilsvarende bestemmelser i dansk, svensk eller finsk rett. Vår vurdering er at det ikke er grunn til å opprettholde en særlig ugyldighetsbestemmelse for underordnede stillinger.



### 2.7.2.2 Krav om særlige grunner for bruk av konkurranseklausuler

En konkurranseklausul begrenser arbeidstakerens muligheter til fritt å bruke sin utdanning og erfaring. Fra samfunnets side er det negativt at ressurser ikke kan utnyttes mest mulig effektivt. Hensynet til den frie konkurransen underbygger dette.

I punkt 1.3 og 2.7.1.3 er de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende behandlet. Disse hensynene tilsier at det må foreligge særlige grunner for at en konkurranseklausul skal være bindende mellom partene, med andre ord at normalsituasjonen bør være at avtaler om konkurranseklausuler ikke er gyldige. Dersom det ikke innføres et slikt kriterium, vil utgangspunktet være at konkurranseklausuler som ikke overstiger ett år og hvor arbeidstakeren har krav på vederlag vil være gyldige.

Både den finske arbeidsavtaleloven og det svenske utkastet til ny lovbestemmelse stiller opp en betingelse om "*vägande skäl*" for at en konkurranseklausul skal være gyldig. I den danske funksjonærloven er konkurranseklausulers gyldighet blant annet betinget av at arbeidstakeren har en "*særlig betroet stilling*". Vår vurdering er at ulike elementer må inngå i en helhetsvurdering av om kravet til særlige grunner er oppfylt. Stillingens art, hvilke interesser som begrunner konkurranseklausulen, herunder om begrunnelsen refererer seg til bedriftshemmeligheter, bedriftens egenutviklede know-how eller bekostet spesialutdanning for arbeidstakeren bør således inngå i helhetsvurderingen.

En konkurranseklausul som omfatter bedriftshemmeligheter og know-how vil utvilsomt i utgangspunktet være gyldig, mens det er liten grunn til å akseptere en klausul som er begrunnet i at en arbeidstaker ikke fritt skal kunne utnytte alminnelig kunnskap om og erfaring fra en bransje. Et kunderegister som er allment tilgjengelig kan heller ikke legitimere en konkurranseklausul. Flere av de rettsavgjørelsene som er inntatt i vedlegg til utredningen gjelder saksforhold der de avtalte konkurranseklausulene var til hinder for å ta ansettelse innen en bransje. Vi legger til grunn at denne type klausuler som utgangspunkt ikke vil tilfredsstille kravet til særlige grunner.

En innføring av et krav om særlige grunner vil innebære at friheten til å benytte karanteneklausuler strammes inn. Dette må medføre at hvis det foreligger en situasjon der en konkurranseklausul ville ha blitt satt til side etter avtaleloven § 38 første ledd, så vil den klare hovedregelen være at det ikke foreligger særlige grunner. Dermed vil rettspraksis der konkurranseklausuler er blitt satt til side i medhold av avtaleloven § 38 første ledd fortsatt være relevant. Det forhold at en konkurranseklausul ikke urimelig innskrenker adgangen til erverv eller ikke går lenger enn påkrevet for å verne mot konkurranse, vil imidlertid ikke uten videre bety at det foreligger særlige grunner.

### 2.7.2.3 Vederlag

Et sentralt spørsmål er om det må stilles krav om vederlag til arbeidstakeren for at en konkurranseklausul skal kunne gjøres gjeldende.

Gjennomgangen av rettspraksis viser at i de saker som har vært oppe til vurdering i domstolene, er det bare få eksempler på at det er avtalt særlig vederlag. Dette behøver ikke nødvendigvis bety at det

vanlige i Norge er at det ikke betales vederlag. Det kan meget vel være slik at de avtaler hvor det er avtalt vederlag i mindre grad bringes inn til domstolene for avgjørelse.

Den danske funksjonærloven § 18 og det svenske forslaget til nye regler bygger på at det er en betingelse at det betales vederlag for at en konkurranseklausul skal være gyldig. I Finland er utgangspunktet at det ikke stilles krav om vederlag i klausulen hvis varigheten er begrenset inntil seks måneder. En konkurranseklausul kan gjøres gjeldende inntil ett år dersom arbeidstakeren får en rimelig kompensasjon.

Et krav om vederlag vil som oftest innebære at arbeidsgiveren på en helt annen og grundig måte vurderer om det er behov for en konkurranseklausul. Dagens rettstilstand gir arbeidsgiveren en meget begrenset oppfordring til å vurdere om det virkelig foreligger et behov for innføring av konkurranseklausul i en ansettelsesavtale. Både hensynet til en reell prøving av behovet for en konkurranseklausul og hensynet til arbeidstakeren som får begrenset sin mulighet til fritt å velge ny arbeidsgiver, tilsier at det innføres et krav om vederlag.

Når det gjelder vederlagets størrelse presiserer funksjonærloven § 18 at vederlaget må utgjøre minst 50 % av lønnen på fratredelsestidspunktet. I det svenske forslaget er det ikke stilt noe minimumskrav til vederlaget, mens den finske bestemmelsen stiller krav om "skälig ersättning" dersom konkurranseklausulen skal være gyldig mer enn seks måneder begrenset oppad til 12 måneder.

I standardregler vedrørende konkurranseforbud avtalt mellom Næringslivets Hovedorganisasjon og Tekna (vedlegg 3 til utredningen) heter det i IV punkt 3:

*“Så lenge konkurranseforbudet varer, skal Bedriften gi den ansatte en godtgjørelse som står i rimelig forhold til forbudets omfang og varighet og den hindring det skaper for hans adgang til erverv.*

Merknader:

*Godtgjørelsen bør normalt ikke settes lavere enn til halvdelen av den ansattes avlønning ved fratredelsen, dvs. den faste lønn med tillegg av eventuelle fordeler av økonomisk karakter.”*

Vederlaget bør ligge på et visst nivå for at arbeidsgiveren skal få nødvendig insitamant til å foreta en kritisk analyse av behovet for en konkurranseklausul. Den begrensning i valgmuligheten som en konkurranseklausul representerer for en arbeidstaker tilsier også en betaling på et visst nivå. Ut fra en totalvurdering er vår konklusjon at vederlaget minst bør utgjøre 50 % av arbeidstakerens arbeidsinntekt på fratredelsestidspunktet. Dette vil også være i tråd med den regel som er lagt til grunn i de ovenfor gjengitte standardregler.

En innføring av krav på vederlag tilsier at det samtidig klargjøres i hvilken utstrekning arbeidstakerens eventuelle andre arbeidsinntekter skal komme til fradrag i vederlaget. Vårt utgangspunkt er at det vil virke urimelig om en arbeidstaker som på grunn av en konkurranseklausul må akseptere et arbeid som innebærer en nedgang i arbeidsinntekten, samtidig må akseptere at den arbeidsinntekt vedkommende greier å skaffe seg, kommer til fradrag krone for krone.

Den danske funksjonærloven § 18 tredje ledd legger til grunn at det bare gjøres fradrag for inntekter fra annet passende arbeid. Bakgrunnen for bestemmelsen er at hvis konkurranseklausulen tvinger arbeidstakeren over i en helt annen form for arbeid, bør en eventuell inntekt ikke redusere det vederlaget som skal være en kompensasjon for den ulempen konkurranseklausulen medfører. Ulempen ved bestemmelsen er at det kan være vanskelig i forkant å avgjøre hva som må sies å være passende arbeid.

Et annet forhold som gjør det vanskelig å utarbeide en regel som er enkel å anvende, er at størrelsen på det avtalte vederlaget arbeidstakeren har krav på fra sin tidligere arbeidsgiver, vil kunne variere i betydelig grad. Hvis avtalen legger til grunn at arbeidstakeren har krav på 100 % kompensasjon sett i forhold til tidligere arbeidsinntekt, fremstår en fradragsrett som rimeligere enn om arbeidstakeren bare har krav på en kompensasjon på 50 % av tidligere arbeidsinntekt.

Ut fra en totalvurdering legger vi til grunn at tidligere arbeidsgiver bør kunne kreve fradrag i vederlaget dersom summen av vederlaget og nye arbeidsinntekter overstiger den arbeidsinntekten 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.

For å sikre at det blir gjort fradrag som angitt ovenfor, bør det innføres en bestemmelse som pålegger en arbeidstaker som er underlagt en konkurranseklausul, å informere den tidligere arbeidsgiveren om eventuelle arbeidsinntekter arbeidstakeren har i karenperioden. Med arbeidsinntekt menes både lønn og arbeidsinntekter fra egen virksomhet, men ikke andre inntekter.

For øvrig vises til punkt 2.7.3.8 nedenfor angående arbeidsgiverens rett til å si opp en konkurranseklausul.

Når det gjelder inntektsbegrepet som minimumskompensasjon skal beregnes ut fra, bør det tas utgangspunkt i kontantlønnen på fratredelsestidspunktet. Dermed inngår tilleggssytelser i form av pensjonspremie, forsikringer, bonuser m.v. ikke i beregningsgrunnlaget. Praksis i Norge er eksempelvis når det gjelder avtaler om etterlønn, at disse tar utgangspunkt i kontantlønnen multiplisert med det antall måneder som partene måtte bli enige om. Ved vurderingen av om det skal gjøres fradrag for andre inntekter, må det på tilsvarende måte tas utgangspunkt i kontantlønnen i den nye stillingen.

Hvis en konkurranseklausul misligholdes, er spørsmålet om den tidligere arbeidsgiveren vil kunne slutte å betale kompensasjon og samtidig fastholde klausulen. Dersom en konkurranseklausul ikke kan fastholdes i en slik situasjon, vil det innebære at den tidligere arbeidstakeren kan oppnå urettmessige fordeler gjennom å misligholde konkurranseklausulen.

Et siste spørsmål knyttet til vederlag er om arbeidstakerens opptreden før ansettelsesforholdets opphør kan medføre at retten til vederlag bortfaller. Etter den danske funksjonærloven § 18 første ledd siste punktum bortfaller arbeidstakerens rett til kompensasjon dersom vedkommende blir avskjediget. Verken de svenske eller de finske reglene inneholder en tilsvarende bestemmelse. Vi mener at den

danske regelen er velbegrunnet. Hvis en arbeidstaker opptrer på en måte som innebærer at vilkårene for avskjed foreligger, er det vanskelig å begrunne at arbeidsgiveren skal være bundet til å betale den avtalte kompensasjonen for at den avtalte konkurranseklausul skal være bindende.

Annerledes mener vi at situasjonen er hvis alene betingelsene for oppsigelse er til stede. Bakgrunnen for kompensasjonen er de begrensninger som arbeidstakeren er bundet av etter konkurranseklausulens innhold. Det er for denne begrensningen vederlaget erlegges. I den forbindelse viser vi også til standardregler vedrørende konkurranseforbud avtalt mellom Næringslovets Hovedorganisasjon og Tekna (vedlegg 3 til utredningen), der det i punkt IV nr 3 blant annet er uttalt:

*“Hvor Bedriften har nedlagt konkurranseforbud overfor en ansatt som er sagt opp på grunn av vesentlig misligholdelse av sitt ansettelsesforhold, har den ansatte normalt ikke krav på godtgjørelse for konkurranseforbudet.”*

Et vesentlig mislighold er avskjedsgrunnlag, jf arbeidsmiljøloven § 15-14. Vi forstår standardreglene slik at disse legger opp til at det kun er hvis det foreligger avskjedsgrunnlag at godtgjørelsen for konkurranseforbudet normalt faller bort.

Vår konklusjon er at godtgjørelsen bør falle bort hvis det foreligger avskjedsgrunnlag, mens den løper videre hvor grunnlaget for avviklingen av arbeidsforholdet er oppsigelse.

Det legges til grunn at det vederlag som betales for opprettholdelse av en konkurranseklausul ikke regnes som lønn i forhold til arbeidsmiljøloven § 14-15. Vederlaget er en kompensasjon for konkurranseklausulen, og ikke betaling for utførelse av arbeid. Dette er for øvrig også lagt til grunn i LB-1997-02604 Borgarting lagmannsrett. Vårt forslag til lovbestemmelse er at formuleringen ”vederlag” benyttes for å synliggjøre at kompensasjonen ikke er lønn.

#### 2.7.2.4 Tidsbegrensning

Et viktig spørsmål er om det bør oppstilles konkrete grenser for hvor lenge en konkurranseklausul kan gjøres gjeldende. Rettspraksis viser at domstolene i enkelte avgjørelser har gått inn og sensurert varigheten av avtalte konkurranseklausuler. Inntrykket fra rettspraksis er imidlertid at domstolene aksepterer en varighet på inntil 2 år, jf eksempelvis Rt 2001 side 301. Agenturloven § 34 annet ledd fastsetter at konkurranseklausuler avtalt i agentforhold høyst kan gjelde i 2 år etter at agenturavtalen er opphørt.

I den danske funksjonærloven § 18 er det ikke tatt inn begrensninger for så vidt gjelder konkurranseklausulens lengde. Den bestemmelsen som regulerer konkurranseklausuler avtalt før 15. juni 1999, fastsetter en maksimumsgrense på 12 måneder med mindre det er avtalt et ”rimelig vederlag”. Det svenske forslaget legger til grunn at en konkurranseklausul ikke bindende kan avtales mer enn i ett år, men slik at lenger bindingstid kan avtales hvis det foreligger ”synnerliga skäl”. I kommentarene presiseres det at lenger bindingstid bare vil være aktuelt i ”exceptionella fall”, for eksempel ved salg av virksomhet der selgeren forutsettes å være ansatt i den virksomheten som selges. Den finske loven om arbeidsavtaler angir at konkurranseklausuler bare kan begrense en arbeidstakers rett til å ta annen ansettelse eller drive annen virksomhet i seks måneder, men slik at en klausul kan

gjøres gjeldende i inntil 12 måneder hvis det ytes rimelig kompensasjon. Tidsbegrensningen på 12 måneder gjelder ikke for personer som leder en virksomhet eller har en særlig selvstendig stilling.

Hvis det skal innføres en maksimalgrense for en konkurranseklausul, bør det også presiseres fra hvilket tidspunkt fristen skal beregnes. De to mest aktuelle tidspunktene vil være faktisk fratreden, alternativt utløpet av oppsigelsestiden. Et argument for å velge fratredelsestidspunktet er at arbeidstakeren fra dette tidspunkt ikke lenger utfører arbeid for arbeidsgiveren. Vedkommende vil da ikke lenger ha løpende innsyn i virksomheten eller kunde- og/eller markedskontakt.

Ut fra en totalvurdering er vårt forslag at en konkurranseklausul maksimalt kan løpe i ett år og at ettårsfristen regnes fra utløpet av oppsigelsestiden. Hvis arbeidstakeren har fratrudd før utløpet av oppsigelsestiden vil avstanden i tid fra arbeidsforholdets faktiske avslutning bli mer enn ett år. I oppsigelsestiden har arbeidstakeren krav på lønn og tilleggsytelser. En konkurransebegrensning i denne perioden er derfor mindre inngripende for arbeidstakeren. Samtidig kan arbeidsgivere med rette anføre at hvis ettårsfristen skal løpe allerede fra faktisk fratreden der dette skjer før utløpet av oppsigelsestiden, er konsekvensen at deler av ettårsperioden "spises opp" av den resterende delen av oppsigelsesperioden. Dette er en periode hvor arbeidstakeren allerede er underlagt en alminnelig lojalitetsplikt til arbeidsgiver. Resultatet blir i så fall en kortere karenperiode enn ett år.

De hensyn som legitimerer en konkurranseklausul blir stadig raskere utdatert. Nettopp av denne grunn mener vi at en varighet på maksimalt ett år tilstrekkelig ivaretar virksomhetens interesser. For en arbeidstaker vil allerede ett års fravær innebære at ikke bare spesiell men også generell kompetanse i stor grad utdateres. Hvis grensen settes til to år, vil muligheten til å komme tilbake i liknende arbeid være sterkt redusert.

Vi presiserer for ordens skyld at nye regler vil være begrenset til å gjelde konkurranseklausuler avtalt i ansettelsesforhold. I andre tilfeller, typisk i forbindelse med kjøp av en virksomhet, vil det fortsatt være adgang til å avtale konkurranseklausuler med lengre varighet enn ett år innenfor de rammene avtaleloven § 38 oppstiller.

Et særlig spørsmål er om loven skal åpne for at det i visse tilfeller kan avtales en lengre karenperiode enn ett år. En eventuell unntaksbestemmelse bør være så klar at den ikke i seg selv gir grunnlag for konflikter. Skjønnsmessige kriterier vil alltid kunne skape usikkerhet og derved danne grunnlag for konflikter. I den finske lovbestemmelsen åpnes det for at en lengre karenperiode kan avtales med blant annet arbeidstakere som leder virksomheten. Et særlig tema er om loven bør tillate en lengre karenperiode for øverste leder i en virksomhet.

Vår anbefaling er at det lovfestes en maksimal ramme for en konkurranseklausul på ett år regnet fra utløpet av oppsigelsestiden og at det ikke gjøres unntak for virksomhetens øverste leder. Taushetsbelagt kunnskap som den øverste leder besitter kan under ingen omstendighet benyttes, heller ikke etter utløpet av en eventuell karenperiode. Det samme gjelder bedriftshemmeligheter, jf markedsføringsloven § 7.

#### 2.7.2.5 Krav om skriftlighet

Det fremstår som lite praktisk å avtale en konkurranseklausul muntlig. Det bør likevel stilles krav om at konkurranseklausuler skal avtales skriftlig for å være gyldig. Det vises til at det er stilt krav om skriftlige avtaler både i den norske agenturlovens § 34, i den danske funksjonærloven § 18 første ledd tredje punktum og i forslaget til ny § 37 annet ledd nr 1 i den svenske loven om anställningsskydd.

#### 2.7.2.6 Krav om en viss ansettelsestid

For arbeidstakere som har vært ansatt i kort tid når arbeidsforholdet opphører, vil det ofte ikke være behov for noen konkurranseklausul. Dette er begrunnelsen for at den danske funksjonærloven § 18 fjerde ledd begrenser adgangen til å gjøre gjeldende konkurranseklausuler i forhold til funksjonærer som har vært ansatt i kort tid. I forhold til funksjonærer som har vært ansatt i tre måneder eller mindre kan konkurranseklausuler ikke gjøres gjeldende i det hele tatt. Har funksjonæren vært ansatt i mellom tre og seks måneder kan en konkurranseklausul ikke gjøres gjeldende i mer enn høyst seks måneder. Verken den finske loven om arbeidsavtaler eller det svenske lovforslaget inneholder tilsvarende bestemmelser som de vi her finner i den danske funksjonærloven.

Etter vår vurdering er de hensyn som begrunner behovet for konkurranseklausuler ivaretatt på en god måte i den danske funksjonærloven. En klar bestemmelse vil dessuten bidra til å unngå konflikter der ansettelsesforhold opphører etter kort tid. Vi vil derfor anbefale at en tilsvarende regel innføres i Norge.

#### 2.7.2.7 Krav om fornyet vurdering i forbindelse med arbeidsforholdets opphør

Det vil ofte kunne gå lang tid fra en konkurranseklausul avtales til det blir aktuelt å gjøre den gjeldende. Når et arbeidsforhold opphører vil forholdene kunne ha endret seg slik at det ikke lenger er behov for å opprettholde klausulen. En tilsvarende situasjon vil kunne oppstå der arbeidsforholdet har vart kortere enn det partene opprinnelig forutsatte.

Et hovedformål med forslaget til nye regler om konkurranseklausuler er å begrense bruken av disse til situasjoner der det er et reelt behov for en konkurransebegrensning. Allerede dette hensynet taler for at det innføres en plikt for arbeidsgivere til å ta stilling til om en konkurranseklausul skal fastholdes på det tidspunktet det er aktuelt å gjøre klausulen gjeldende, det vil si i forbindelse med opphør av arbeidsforholdet. Innføring av en slik plikt til å gi informasjon kan ikke sies å være særlig byrdefull for arbeidsgiveren. Arbeidstakeren oppnår en klart mer forutberegnelig posisjon gjennom innføringen av en slik regel. Samtidig bør arbeidsgiveren gis tilstrekkelig tid til å kunne foreta en grundig vurdering av spørsmålet om klausulen skal opprettholdes. Vårt forslag innebærer at arbeidsgiver gis en tre ukers frist regnet fra mottakelsen av oppsigelsen, alternativt fra det tidspunktet arbeidstakeren mottar oppsigelsen fra arbeidsgiver, slik at en avklaring kan finne sted før ansettelsesforholdets opphør også der oppsigelsesfristen er en måned.

For at det ikke skal oppstå tvil om utgangspunktet for tre-ukersfristen, bør det kreves at oppsigelsen fra arbeidstaker er skriftlig, selv om dette ikke er et krav etter arbeidsmiljøloven. Hvis arbeidsgiveren ikke har avgitt sitt svar innen tre uker, er vårt forslag at klausulen faller bort. Det fremstår ikke som

urimelig at en arbeidsgiver som glemmer eller av andre grunner unnlater å bekrefte at en konkurranseklausul ønskes opprettholdt, vil måtte avfinne seg med at klausulen bortfaller. Hvis det foreligger et reelt behov for en konkurranseklausul, må det kunne kreves av en arbeidsgiver at dette blir meddelt arbeidstakeren innen den angitte frist. Verken i Danmark, Finland eller det svenske lovforslaget finner vi en tilsvarende regel.

Avslutningsvis under denne drøftelsen vil vi føye til at en mellomløsning kan være å la tre-ukersfristen løper fra det tidspunktet arbeidstakeren skriftlig anmoder om en avklaring. Vi minner for øvrig om at vi legger til grunn at regelen i avtaleloven § 38 tredje ledd føres videre, jf punkt 2.7.2.9.

#### 2.7.2.8 Arbeidsgivers adgang til å frafalle eller si opp en konkurranseklausul

Konkurranseklausuler avtales primært for å ivareta arbeidsgivers interesser. Dersom arbeidstakeren ikke har krav på vederlag, vil konkurranseklausuler i realiteten være en avtale som bare legger plikter på arbeidstakeren. Arbeidsgiveren kan da fritt og når som helst frafalle konkurranseklausulen.

I punkt 2.7.2.3 har vi foreslått innført et krav om at det skal betales et visst vederlag for den begrensningen som en konkurranseklausul representerer. Konsekvensen er at alle avtaler om konkurranseklausuler vil være gjensidig bebyrdende avtaler, idet begge parter vil ha både rettigheter og plikter i henhold til avtalen. Det spørsmål som da reiser seg er om en arbeidsgiver også i slike tilfeller bør ha en rett til ensidig å frafalle eller si opp en konkurranseklausul med den konsekvens at arbeidstakerens krav på kompensasjon bortfaller. I punkt 2.7.2.7 har vi foreslått innført en bestemmelse som innebærer at konkurranseklausuler som er bindende bortfaller, hvis det ikke blir bekreftet av arbeidsgiveren innen en ramme på tre uker regnet fra mottagelsen av oppsigelsen, med andre ord samme resultat som hvis arbeidsgiveren i løpet av tre-ukersfristen bekrefter at konkurranseklausulen bortfaller.

En ansvarlig arbeidstaker som er bundet av en konkurranseklausul, vil forholde seg til denne når vedkommende søker nytt arbeid. Hvis arbeidsgiveren kan frafalle konkurranseklausulen med den konsekvens at retten til avtalt godtgjørelse faller bort fra frafallestidspunktet eller etter kort tid, ville arbeidsgiveren kunne innrette seg på en måte som innebærer at arbeidstakeren ikke har krav på kompensasjon i de tilfeller vedkommende lojalt har tatt konsekvensen av konkurransebegrensningen og inngått ny arbeidsavtale som ikke er i kollisjon med konkurranseklausulen. Hensynet til forutberegnelighet for arbeidstakeren begrunner alene at dette ikke er en god regel. Arbeidsgivere bør ha et visst ansvar for løpende å vurdere behovet for konkurranseklausuler. Hvis dette gjøres, vil arbeidsgiveren i noen grad kunne forebygge en situasjon hvor klausuler som det strengt tatt ikke lenger er behov for, fortsatt er bindende.

På den andre siden tilsier hensynet til arbeidsgiveren – virksomheten – at det ikke betales vederlag i de tilfeller konkurranseklausulen er frafalt og arbeidstakeren har kunnet innrette seg i henhold til dette.

En avveining av hensynet til virksomheten og arbeidstakeren begrunner at arbeidsgiver kan si opp avtalen, men slik at oppsigelsen først får virkning etter at det har gått noe tid. Hvis arbeidsgiveren ikke har svart innen tre-ukersfristens utløp, jf punkt 2.7.2.7, likestilles utløpet av fristen med en oppsigelse av klausulen fra arbeidsgivers side. Tidsperioden fra oppsigelsen finner sted til denne får virkning, skal

ivareta arbeidstakerens behov for å kunne innrette seg etter at konkurranseklausulen ikke lenger medfører den avtalte begrensning. En periode på tre måneder regnet fra mottakelsen av meddelelsen om at konkurranseklausulen er sagt opp, antas å være tilstrekkelig. Hvis ansettelsesforholdet blir sagt opp før eller i løpet av tre-månedersperioden etter at konkurranseklausulen er sagt opp, er klausulen bindende mellom partene. Arbeidsgivers adgang til å gjøre fradrag for andre inntekter vil kunne redusere den økonomiske belastningen.

#### 2.7.2.9 Bortfall av konkurranseklausuler på grunn av urettmessig oppsigelse og arbeidsgivers mislighold av arbeidsavtalen

Et særlig spørsmål er hvilken betydning årsaken til at arbeidsforholdet opphører skal få for adgangen til å gjøre gjeldende en konkurranseklausul. I dag reguleres dette av avtaleloven § 38 tredje ledd, som slår fast at en avtalt konkurranseklausul faller bort i to ulike situasjoner. For det første faller den bort dersom arbeidstakeren sies opp *"uten at han har git rimelig grund til det"*. For det annet faller klausulen bort dersom arbeidstakeren selv sier opp når dette er forårsaket av arbeidsgiverens mislighold av sine forpliktelser i arbeidsforholdet. Disse begrensningene bør etter vårt syn videreføres. Når det gjelder den nærmere forståelsen av denne bestemmelsen, vises det til punkt 2.4.4 ovenfor.

Rettstilstanden i Danmark og Finland er den samme som i Norge. Tilsvarende legges til grunn i forslaget til ny bestemmelse i den svenske loven om "anställningsskydd".

#### 2.7.2.10 Midlertidige ansettelser

Et særlig spørsmål kan være hvordan midlertidige ansettelser skal vurderes i forhold til de bestemmelsene som er beskrevet ovenfor. Ved midlertidige ansettelser vil arbeidsforholdet automatisk opphøre ved utløpet av det avtalte tidsrommet, uten at det er mulig å si om dette skyldes arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.

Etter vårt syn vil det være mest naturlig å legge til grunn at en konkurranseklausul avtalt i forbindelse med en midlertidig ansettelse ikke vil falle bort uten videre. Klausulen vil i stedet måtte vurderes i forhold til de øvrige bestemmelsene som foreslås.

### 2.7.3 Plassering av nye regler om konkurranseklausuler – forholdet til avtaleloven § 38

#### 2.7.3.1 Plassering

I punkt 2.7.1 er det konkludert med at norsk rett vedrørende konkurranseklausuler bør revideres. I den forbindelse er det angitt hvilke hovedhensyn som bør vektlegges ved innføringen av nye lovbestemmelser. Et naturlig neste spørsmål er da hvor nye bestemmelser om konkurranseklausuler bør plasseres.

I dag er konkurranseklausuler primært regulert gjennom bestemmelsen i avtaleloven § 38. Det er i utgangspunktet ikke noe i veien for å innføre nye og klarere bestemmelser vedrørende konkurranseklausuler i § 38. Konkurranseklausuler har i lang tid vært regulert av denne bestemmelsen.



Videre kan § 38 om konkurranseklausuler sies å være et supplement til avtaleloven § 36 og at en plassering i tilknytning til denne bestemmelsen derfor er naturlig.

Vi vil likevel anbefale at nye bestemmelser om konkurranseklausuler tas inn i arbeidsmiljøloven. For det første er det primært i arbeidsforhold at konkurranseklausuler avtales. Dermed kan det i arbeidsmiljøloven innføres bestemmelser som nettopp gjelder for konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold. Konkurranseklausuler avtalt i andre sammenhenger vil fortsatt bli regulert av avtaleloven §§ 38 første ledd og 36.

En regulering i arbeidsmiljøloven må også antas å gjøre bestemmelsene lettere tilgjengelig for arbeidstakere og arbeidsgivere generelt. Hvis en arbeidstaker eller arbeidsgiver ønsker å undersøke hvilke regler som gjelder for konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold, må det antas at arbeidsmiljøloven vil være den loven som først blir undersøkt.

Det forhold at en konkurranseklausul primært har betydning etter at et arbeidsforhold opphører, er etter vårt syn ikke et tungtveiende argument mot å plassere bestemmelser om konkurranseklausuler i arbeidsmiljøloven. For det første vil konkurranseklausulen bli avtalt mens arbeidsforholdet består. Videre må det antas at en konkurranseklausul normalt vil måtte anses som et forhold av vesentlig betydning i arbeidsforholdet, slik at det etter arbeidsmiljøloven § 14-6 skal gis opplysninger om det i ansettelsesavtalen. Dessuten finnes det andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven som primært får betydning etter at arbeidsforholdet er opphørt, som for eksempel § 14-2 om fortrinnsrett til ny tilsetning etter oppsigelse på grunn av arbeidsmangel.

I den forbindelse viser vi også til at de nye danske, svenske og finske bestemmelsene om konkurranseklausuler ikke er plassert i avtaleloven, men i henholdsvis funksjonærloven, utkast til lov om anstillningsskydd og lov om arbeidsavtaler.

Vår konklusjon er på denne bakgrunn at nye bestemmelser vedrørende konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold bør plasseres i arbeidsmiljøloven.

#### 2.7.3.2 Forholdet til avtaleloven § 38

Selv om det innføres visse krav og begrensninger for konkurranseklausuler avtalt i forbindelse med arbeidsforhold, bør avtaleloven § 38 fortsatt gjelde for slike klausuler. Det er ikke ønskelig at adgangen til å gjøre gjeldende konkurranseklausuler skal utvides i forhold til det som følger av gjeldende rett. Det vil imidlertid kunne bli konsekvensen dersom konkurranseklausuler som oppfyller kravene i de nye bestemmelsene som foreslås, anses for å være gyldige uavhengig av avtaleloven § 38.

I den forbindelse vises det til at det i agenturloven § 34 tredje ledd er presisert at konkurranseklausuler avtalt i agenturforhold kan settes til side etter avtaleloven. Også i de danske, svenske og finske reglene om konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold er det sagt uttrykkelig at avtaleloven §§ 36 og 38 fortsatt skal gjelde.

En annen sak er at avtaleloven § 38 i praksis vil få en mer begrenset betydning enn i dag dersom det innføres særlige bestemmelser om konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold. Mange potensielle

tvister vil således bli løst av de nye bestemmelsene om konkurranseklausuler uten at det vil være nødvendig å anvende avtaleloven § 38.

Avtaleloven § 38 gjelder etter sin ordlyd avtaler som inngås "*av konkurransehensyn*". Denne begrensningen synes ikke å ha noen praktisk betydning, noe som taler for at denne formuleringen strykes fra avtaleloven § 38 første ledd. Dessuten bør anledningen benyttes til å modernisere språket i bestemmelsen.

Avtaleloven § 38 annet og tredje ledd gjelder utelukkende for konkurranseklausuler avtalt i forbindelse med arbeidsforhold. Dersom det innføres særskilte bestemmelser for konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold i arbeidsmiljøloven, må særreglene i § 38 annet og tredje ledd oppheves. Bestemmelsen vil da også bli mer i samsvar med de tilsvarende bestemmelsene i de øvrige nordiske landene.

## **3 KUNDEKLAUSULER**

### **3.1 Innledning**

I dette punktet ser vi nærmere på kundeklausulene, det vil si avtalebestemmelser som begrenser en fysisk persons adgang til å kontakte, utføre arbeid for eller ta ansettelse hos avtalemotpartens kunder eller andre forretningsforbindelser. I punkt 3.2 er det redegjort for bruken av kundeklausuler i praksis. Vi har i den forbindelse sett på både utbredelsen og utformingen av slike klausuler samt redegjort for hvordan de fungerer i praksis.

Punkt 3.3 inneholder en redegjørelse for gjeldende rett vedrørende kundeklausuler. I punkt 3.4 er det redegjort for rettstilstanden i de øvrige nordiske landene.

Punkt 3.5 inneholder en vurdering av behovet for nye regler vedrørende kundeklausuler. I forlengelsen av dette har vi også sett på hvordan nye regler kan og bør utformes.

### **3.2 Kundeklausuler i praksis**

#### **3.2.1 Utbredelsen av kundeklausuler**

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. Grunnen til at domstolene har behandlet færre tvister vedrørende kundeklausuler kan imidlertid også være at kundeklausuler blir respektert av den forpliktete i større utstrekning enn konkurranseklausuler.

Mange kundeklausuler er avtalt med daglige ledere. Det finnes imidlertid også eksempler på tvister knyttet til kundeklausuler avtalt med kreative ledere (LB-2005-117741 Borgarting lagmannsrett og LB-2004-2104 Borgarting lagmannsrett) og salgsingeniører (LA-2004-1961 Agder lagmannsrett).

Vår erfaring er at kundeklausuler avtales innenfor en rekke bransjer og med arbeidstakere på ulike nivåer. Det er imidlertid store variasjoner mellom ulike arbeidsgivere. Noen har bare avtalt kundeklausuler med daglig leder og eventuelt et fåtall andre ledende ansatte. Andre har kundeklausuler liggende inne i sine standard ansettelsesavtaler og krever slike klausuler akseptert av alle eller et betydelig flertall av de ansatte. For øvrig er det i praksis ikke uvanlig å kombinere en konkurranseklausul med en kundeklausul.

#### **3.2.2 Utforming av kundeklausuler**

Med kundeklausuler menes som nevnt ovenfor klausuler som begrenser en fysisk persons adgang til å kontakte, utføre arbeid for eller ta ansettelse hos avtalemotpartens kunder eller andre

forretningsforbindelser. I praksis varierer det om kundeklausulen omfatter det å ta ansettelse hos kunder.

Kundeklausulen som var omtvistet i LB-2004-2075 Borgarting lagmannsrett rammet etter sin ordlyd bare det å inngå avtaler med den opprinnelige arbeidsgiverens kunder:

*”Ved arbeidsforholdets opphør, er arbeidstaker, direkte, gjennom ansettelsesforhold i annen virksomhet eller som selvstendig næringsdrivende, i en periode på 6 måneder uberettiget til å inngå avtaler med Mustang ASA sine kunder om overtakelse av avtaler Mustang ASA har med disse på tidspunktet for fratredelsen.”*

I LB-2005-117741 Borgarting lagmannsrett hindret kundeklausulen også ansettelse hos den opprinnelige arbeidsgiverens kunder:

*”A forplikter seg i to[1]v måneder etter fratredelse fra sin stilling ikke å påta seg ansettelse, oppdrag eller annen bistand for kunder som -- Consult har betjent i de siste tolv måneder av ansettelsesforholdet. Dette gjelder også tjenesteyting overfor slike kunder i egen næring eller i andres næring. Videre gjelder forbudet potensielle kunder som A i ansettelsestiden har arbeidet med aktivt å knytte til -- Consult i løpet av de siste tolv måneder av ansettelsesforholdet.”*

Vi kjenner ikke til kundeklausuler som bare rammer det å ta ansettelse hos den opprinnelige arbeidsgiverens kunder. Vi antar at grunnen til dette er at den opprinnelige arbeidsgiveren anser en slik begrensning for utilstrekkelig dersom det først anses nødvendig å begrense arbeidstakerens frihet etter ansettelsesforholdets opphør.

Et spørsmål som kan oppstå i praksis, er om kundeklausulen bare rammer det å kontakte kunder selv eller om også det å inngå avtaler med kunder som tar kontakt av eget tiltak er forbudt. Dette kan være regulert uttrykkelig i kundeklausulen, slik som i den klausulen som ble vurdert i LG-2004-14258 Gulating lagmannsrett:

*”For en periode på 1 år etter ansettelsesforholdets opphør, har ikke arbeidstaker anledning til på noen måte jobbe med bedriftens kunder. Dette innebærer også at arbeidstaker ikke kan kontakte eller bearbeide selskapets kunder i denne perioden.”*

LB-2005-1064 Borgarting lagmannsrett synes å omhandle en kundeklausul der det er avtalt ulike karanteneperioder for disse to alternativene:

- ”- I ansettelsestiden og i en periode av to år etterpå skal Røang ikke ta initiativ til at klienter av OMD eller selskaper hvor OMD har interesser, avslutter eller reduserer kundeforhold som de ellers ville hatt med OMD. Dette gjelder selv om det var Røang som hadde etablert kundeforholdet.*
- I en periode på seks måneder etter opphør av ansettelsesforholdet skal han ikke tilby tjenester av samme art som de OMD tilbød til noen som var OMDs kunder på dette tidspunkt eller som OMD hadde holdt salgspresentasjoner for de siste seks måneder forut*

*for dette tidspunkt.”*

Første avsnitt synes å ramme den direkte aktive kontakt mot kunder, mens siste avsnitt synes å hindre enhver form for tjenesteyting overfor kunder, herunder overfor kunder som av eget tiltak har tatt kontakt.

Et annet spørsmål som må vurderes ved utformingen av kundeklausuler, er om det skal angis nærmere hvilke kunder og andre forretningsforbindelser som er omfattet. Noen klausuler viser bare til den tidligere arbeidsgiverens ”kunder”, jf for eksempel sitatet fra LB-2004-2075 Borgarting lagmannsrett ovenfor. Andre ganger er det presisert at klausulen gjelder kunder som den opprinnelige arbeidsgiveren ”har betjent i de siste tolv måneder av ansettelsesforholdet”, jf LB-2005-117741. Rt 1936 side 306 omhandler en kundeklausul rettet mot bestemte kunder:

*”Lødrup maa ikke selv eller via firmaer hvor han er interessert eller ansatt søke nogen av de agenturer firmaet Lødrup & Bache A/S nu innehar, nemlig: Anker Werke A. G. - Elliott Addressing Machine Company - Brennan Adding Machine Company - New Home Sewing Machine Company - The Meyercord Co.”*

Noen ganger er kundeklausulen utvidet til å omfatte også visse ”potensielle kunder” (LB-2005-117741 Borgarting lagmannsrett) eller kunder som den opprinnelige arbeidsgiveren ”hadde holdt salgspresentasjoner for de siste seks måneder forut for” ansettelsesforholdets opphør (LB-2005-1064 Borgarting lagmannsrett).

Som regel stilles det i kundeklausuler ikke noe krav om at arbeidstakeren selv må ha hatt kontakt med kunden eller forretningsforbindelsen, jf sitatene ovenfor. Det hender imidlertid at kundeklausuler blir begrenset til å omfatte kunder som den forpliktete selv har hatt kontakt med. Kundeklausulen omhandlet i LB-2004-7364 Borgarting lagmannsrett er et eksempel på dette:

*“Ved fratredelse påhviler det arbeidstaker i et tidsrom på 1 ½ år fra fratredelsesdato, en ubetinget plikt til ikke under noen form, verken for seg selv eller annet firma, å søke kontakt med eller utføre spedisjonsoppgaver for de av selskapets kunder han/hun har vært i kontakt med det siste året før fratredelse.”*

Som det vil fremgå av eksemplene ovenfor forekommer det i praksis kundeklausuler med både et halvt, et helt, halvannet og to års varighet. Vårt inntrykk er likevel at det vanligste er en varighet på enten seks eller tolv måneder etter ansettelsesforholdets opphør.

### 3.2.3 Hvordan fungerer kundeklausulene i praksis?

Kundeklausuler begrenser etter sin ordlyd fysiske personers adgang til å utføre arbeid for og eventuelt ta ansettelse hos den opprinnelige arbeidsgiverens kunder og andre forretningsforbindelser. Dersom de følges etter sin ordlyd, medfører de at den forpliktete vil kunne ha begrensede muligheter til å starte egen virksomhet. I tillegg begrenses muligheten til å ta ansettelse hos visse arbeidsgivere.

En kundeklausul antas likevel som utgangspunkt å innebære mindre omfattende begrensninger enn en konkurranseklausul. Vi kjenner således ingen eksempler på at kundeklausuler er blitt satt til side av domstolene. Tvert i mot finnes det flere eksempler på at den opprinnelige arbeidsgiveren har fått medhold i en begjæring om midlertidig forføyning basert på en kundeklausul, jf LE-2003-21245 Eidsivating lagmannsrett, LB-2004-2104 Borgarting lagmannsrett og LB-2004-7364 Borgarting lagmannsrett. Dommen i LG-2004-14258 Gulating lagmannsrett er et eksempel på at brudd på en kundeklausul har medført erstatningsansvar.

Det må antas at faren for å bli underlagt en midlertidig forføyning og/eller saksøkt med krav om erstatning, får mange til å respektere avtalte kundeklausuler uten at klausulene blir brakt inn for domstolene.

Det er imidlertid ikke slik at kundeklausuler alltid vil være egnet til å ivareta den opprinnelige arbeidsgiverens interesser. I LA-2004-1961 Agder lagmannsrett kom retten til at det ikke forelå noe brudd på den avtalte kundeklausulen og frifant på det grunnlaget den tidligere arbeidstakeren.

Også i Rt 2007 side 817 ble den tidligere arbeidstakeren frifunnet. Selv om det forelå brudd på en kundeklausul, var ikke kravet til årsakssammenheng oppfylt. Dette illustrerer en generell utfordring som den opprinnelige arbeidsgiveren står overfor i denne typen saker. Kunden vil jo ofte hevde at det uansett ikke er aktuelt å fortsette kundeforholdet, og dermed har den opprinnelige arbeidsgiveren uansett mistet kunden. Dermed har ikke et eventuelt brudd på en kundeklausul medført noe tap, se som eksempel NAD 1988 side 1159 Oslo byrett.

Som nevnt i punkt 2.2.3 ovenfor er det flere eksempler i rettspraksis på at det ved brudd på en konkurranseklausul er gitt en midlertidig forføyning ikke bare mot den forpliktete, men også mot vedkommendes nye arbeidsgiver. Grunnlaget for en midlertidig forføyning også mot den nye arbeidsgiveren er i slike tilfeller markedsføringsloven § 1, idet det anses å stride mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom å ansette en arbeidstaker i strid med en konkurranseklausul vedkommende er bundet av.

Det å ha ansatt en arbeidstaker som opptrer i strid med en kundeklausul vil imidlertid ikke uten videre utgjøre et brudd på markedsføringsloven § 1. Dette er lagt til grunn i LB-2004-7364 Borgarting lagmannsrett, der den opprinnelige arbeidsgiveren fikk medhold i sin begjæring om midlertidig forføyning mot den tidligere arbeidstakeren, men der den nye arbeidsgiveren ble frifunnet. I den forbindelse uttalte lagmannsretten blant annet følgende:

*”Derimot finner lagmannsretten at begjæringen om midlertidig forføyning overfor Cargo Partner AS ikke kan tas til følge. Konkurransforbudsklausulen retter seg mot Kjell Kristoffersen personlig. Denne forpliktelsen pålegges han gjennom den midlertidige forføyningen å respektere. Hvilke forpliktelser Cargo Partner AS har etter markedsføringsloven § 1 og § 7 i forhold til den situasjonen at det foreligger en konkurranseforbudsklausul hos en av selskapets ansatte, kan være noe tvilsomt. Klausulen forplikter Kristoffersen personlig til ikke å ha kontakt med visse av Nordisk Express as' kunder, men lagmannsretten er enig med Cargo Partner AS i at selskapet må kunne utnytte Kristoffersens generelle bransjekunnskap, noe motparten ikke har bestridt. Lagmannsretten*

*kan ikke se at det er sannsynliggjort at Cargo Partner AS har utnyttet noe taushetspliktbrudd fra Kristoffersens side. Lagmannsretten har funnet spørsmålet tvilsomt, men anser at det ikke er sannsynliggjort at Cargo Partner AS har brutt de aktuelle bestemmelsene i markedsføringsloven i forhold til Nordisk Express as. Konkurransforbudsklausulen begrenser ikke Cargo Partners AS' adgang til å drive markedsføring overfor ulike kunder, så lenge dette ikke gjøres av Kristoffersen. Lagmannsretten kan ikke se at det er sannsynliggjort at det foreligger noe misbruk av forretningshemmeligheter som skulle tilsi at Nordisk Express as har krav på å få en midlertidig forføyning basert på reglene i markedsføringsloven § 1 og § 7.”*

### **3.3 Dagens rettstilstand**

#### **3.3.1 Utgangspunkt**

I Norge har vi ingen lovgivning som positivt regulerer kundeklausuler. Det er således antatt 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 begrunne en tilsidesettelse av kundeklausuler. Det må imidlertid legges til grunn at det normalt ikke vil være urimelig å gjøre kundeklausuler gjeldende. Vi kjenner ikke til eksempler på at kundeklausuler er blitt satt til side i medhold av avtaleloven § 36. Følgende uttalelse i LB-2005-1064 Borgarting lagmannsrett, som gjaldt en kombinert kundeklausul og ikke-rekrutteringsklausul, fremstår som dekkende:

*”Flertallet vil peke på at den vanlige «sensurbestemmelse» for slike konkurransebegrensende bestemmelser i ansettelsesforhold er avtaleloven § 38. Bestemmelsen ble opprinnelig påberopt for tingretten, men frafalt under den muntlige forhandling. Etter flertallets oppfatning er det i slike forhold liten plass for en § 36-sensur ved siden av bestemmelsen i § 38. Den aktuelle avtalebestemmelse inneholder ikke et generelt konkurranseforbud, men retter seg bare mot Røangs aktivitet overfor OMDs kunder, ansatte og leverandører. Dette er etter flertallets oppfatning en rimelig begrensning i forhold til at Røang var administrerende direktør i selskapet. Et spørsmålstejn kan nok settes ved en varighet på to år, men sett i forhold til Røangs sentrale posisjon, hans forutsetninger for å forstå klausulens innhold og at han lønnsmessig har blitt kompensert for det, finner flertallet ikke grunn til å foreta noen sensur her i en sak som dreier seg om midlertidig forføyning.”*

I praksis finnes det noen eksempler på at domstolene har vurdert kundeklausuler i forhold til avtaleloven § 38. I LB-2004-2104 Borgarting lagmannsrett var det avtalt følgende kundeklausul:

*”A forplikter seg i tolv måneder etter fratredelse fra sin stilling ikke å påta seg ansettelse, oppdrag eller annen bistand for kunder som Media Consult har betjent i de siste tolv måneder av ansettelsesforholdet. Dette gjelder også tjeneste-yting overfor slike kunder i egen næring eller andres næring. Videre gjelder forbudet potensielle kunder som A i ansettelsestiden har arbeidet med aktivt å knytte til Media Consult i løpet av de siste tolv måneder av ansettelsesforholdet.”*

Lagmannsrettens kjennelse inneholder blant annet følgende vurdering:

*”Lagmannsretten kan ikke se at avtalen må settes til side etter avtaleloven § 38 første ledd, som A har vist til. Klausulen er begrenset til ett år, og den setter intet generelt forbud mot å drive konkurrerende virksomhet. Forbudet er rettet mot å utføre arbeid for 25 firmaer, og kan ikke ses urimelig å innskrenke Øsbyes adgang til erverv. Avtalen må for øvrig antas å dekke et berettiget behov hos B med sikte på å beskytte seg mot konkurranse.*

*Det er heller ikke grunnlag for å sette klausulen til side etter avtaleloven § 38 tredje ledd, som A også har påberopt seg.”*

I LB-2005-117741 Borgarting lagmannsrett var det avtalt følgende kundeklausul:

*”A forplikter seg i tolv måneder etter fratredelse fra sin stilling ikke å påta seg ansettelse, oppdrag eller annen bistand for kunder som -- Consult har betjent i de siste tolv måneder av ansettelsesforholdet. Dette gjelder også tjenesteyting overfor slike kunder i egen næring eller i andres næring. Videre gjelder forbudet potensielle kunder som A i ansettelsestiden har arbeidet med aktivt å knytte til -- Consult i løpet av de siste tolv måneder av ansettelsesforholdet.”*

Lagmannsrettens dom inneholder blant annet følgende vurdering:

*”Etter lagmannsrettens mening kan konkurranseforbudet ikke settes til side i medhold av avtaleloven § 38 første ledd. Avtalebestemmelsen må antas å dekke et legitimt behov hos X for å beskytte seg mot det man oppfattet som illojal konkurranse fra tidligere ansatte. Forbudet er begrenset til ett år fra fratredelsen og er rettet mot arbeid for et begrenset antall virksomheter som var kunder hos X. Klausulen innebærer ikke noe generelt forbud mot å drive konkurrerende virksomhet eller å ta ansettelse i konkurrerende selskaper. Lagmannsretten kan derfor ikke se at klausulen i urimelig grad innskrenket As ervervsmuligheter.”*

Selv om det var feil å vurdere avtaleloven § 38 i disse sakene, har denne feilen ikke fått noen betydning idet vilkårene for tilsidesettelse av avtaler i § 38 uansett ikke ble ansett oppfylt.

### 3.3.2 Arbeidsmiljøloven § 16-2

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.

Etter en virksomhetsoverdragelse vil det kunne oppstå ulike spørsmål knyttet til en avtalt kundeklausuls rekkevidde. Slike spørsmål antas å falle utenfor rammen av denne utredningen. Vi gjengir likevel avslutningsvis i dette punktet en uttalelse fra LG-2004-14258 Gulating lagmannsrett som illustrasjon på problemstillinger som kan oppstå i den forbindelse:



*”Bergh har anført at ansettelsesavtalen, og følgelig klausulen, ikke kan gjøres gjeldende ovenfor ham i det ansettelsesavtalen ikke er inngått med Oktan. Til dette bemerkes at den skriftelige ansettelsesavtalen hvor klausulen er inntatt ble inngått mellom Danielsen Reklamebyrå AS og Bergh den 16. august 1999. Danielsen Reklamebyrå AS er eiet av Media Bergen Holding, som også eier Oktan. Sommeren 2000 ble Bergh etter avtale med Grønnevik, som er eier av Media Bergen Holding og er styreformann i Oktan samt har sentrale verv i de øvrige selskap, ansatt i Oktan. Det ble ikke inngått noen ny ansettelsesavtale, men rettighetene i arbeidsforholdet fortsatte som før, herunder lønn og utgiftsgodtgjørelse til Bergh. Under bevisførselen har det kommet fram at ingen av partene tok opp spørsmålet om formalisering av en ny skriftelig ansettelsesavtale. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at det har vært en felles forståelse mellom Bergh og Grønnevik om at arbeidsavtalen løp videre som før, kun med den endring at Bergh nå var ansatt i Oktan i stedet for i Danielsen Reklamebyrå AS. Det pekes særlig på at daglig leder i Tibe Holding, Terje Heggem, under ankeforhandlingen forklarte at han var kjent med at Bergh var undergitt en konkurranseklausul i arbeidsforholdet til Oktan som begrenset den kundekrets han kunne arbeide med, noe som indikerer at også Bergh i tiden frem mot arbeidsforholdets avslutning har vært av den oppfatning at ansettelsesavtalen fullt ut var gjeldende.”*

### 3.3.3 Arbeidsmarkedsloven § 27

Arbeidsmarkedsloven § 27 første ledd nr 1 har følgende ordlyd:

*”Virksomhet som har leiet ut en arbeidstaker, kan ikke begrense arbeidstakerens mulighet til å ta arbeid hos innleier etter at ansettelsesforholdet hos utleier er avsluttet.”*

Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd bare for virksomheter som har leiet ut en eller flere av sine arbeidstakere. Slike virksomheter kan ikke begrense arbeidstakernes muligheter til senere å ta arbeid hos innleier. Dette må innebære at utleievirksomheter ikke kan avtale kundeklausuler med sine arbeidstakere i den grad de omfatter kunder som har leiet vedkommende arbeidstaker. Dette er også kommet til uttrykk i forarbeidene til bestemmelsen, jf Ot.prp. nr. 62 (2003-2004) side 38:

*“En ulovlig begrensning av arbeidstakerens «rett» til å ta arbeid hos innleier, vil typisk være et forbud i arbeidsavtalen mot å ta ansettelse hos innleier, som har virkning også etter at arbeidsforholdet hos utleier er lovlig avsluttet.”*

I den forbindelse tilføyes at ordet ”rett” som er brukt i sitatet ovenfor, er erstattet med ”mulighet” i selve lovteksten. Dette ble gjort for å tydeliggjøre at også andre begrensninger enn kontraktsklausuler som direkte forbyr ansettelse hos innleier, omfattes av bestemmelsen.

### 3.3.4 Konkurranseloven

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 kundeklausul 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 konkurranselovens sentrale forbudsbestemmelse § 10 etter sin ordlyd uansett bare rammer konkurransebegrensende avtaler mellom foretak. Dermed vil en kundeklausul avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker uansett ikke være omfattet av konkurranseloven § 10.

### 3.3.5 EØS-retten

Det finnes ikke EØS-rettslige regler som begrenser adgangen til å fastsette begrensninger i nasjonal rett i adgangen til å avtale kundeklausuler. I den forbindelse vises det også til forarbeidene til lovbestemmelsen om kundeklausuler i den danske funksjonærloven § 18 a (lovforslag nr L 172 for 1998-99), der det er uttalt følgende:

*”Den foreslåede ændring af reglerne om konkurrenceklausuler mv. har ikke nogen EU-retlige aspekter.”*

## 3.4 Rettstilstanden i andre land

### 3.4.1 Danmark

#### 3.4.1.1 Generelt

Den danske funksjonærloven inneholder forholdsvis detaljerte bestemmelser om kundeklausuler. Disse bestemmelsene vil det bli redegjort for noe mer utførlig i punkt 3.4.1.2.

Ved utarbeidelsen av punkt 3.4.1 om dansk rett vedrørende kundeklausuler har vi tatt utgangspunkt i danske lovtekster og følgende kilder:

- Alex Borch *”Lojalitetsplikt og konkurranseklausuler – Arbeidsnotat til Arbeidslivslovutvalget”*
- Morten Langer under medvirken af Yvonne Frederiksen *”Konkurrence- og kundeklausuler”* 3. utgave (2006)

#### 3.4.1.2 Funksjonærloven § 18 a

Samtidig med at bestemmelsen om konkurranseklausuler i funksjonærloven § 18 ble revidert i 1999, ble det innført en bestemmelse om kundeklausuler i funksjonærloven § 18 a. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

*”En forpligtelse for funktionæren til efter fratrædelsen ikke at tage ansættelse hos eller direkte eller indirekte at have erhvervsmæssig kontakt med sin tidligere arbejdsgivers kunder og andre forretningsmæssige forbindelser kan kun gøres gældende, hvis der har været en forretningsmæssig forbindelse med den pågældende kunde m.v. inden for de seneste 18*

*måneder før opsigelsestidspunktet. Forpligtelsen gælder endvidere kun i forhold til kunder m.v., som funktionæren selv har haft erhvervsmæssig kontakt med hos sin tidligere arbejdsgiver, og i forhold til øvrige kunder m.v., som arbejdsgiveren ved særskilt, skriftlig meddelelse inden opsigelsen har ladet været omfattet af forpligtelsen. I øvrigt finder aftalelovens § 36 anvendelse.*

*Stk. 2. En forpligtelse efter stk. 1 kan kun gyldigt indgås, hvis funktionæren modtager en kompensation for den periode, forpligtelsen gælder, og hvis forpligtelsen og kravet på kompensation fremgår af en skriftlig kontrakt. Kompensationen skal pr. måned udgøre mindst 50 pct. af lønnen på fratrædelsestidspunktet og skal udbetales månedsvis i den periode, forpligtelsen gælder. Hvis funktionæren modtager kompensation i medfør af § 18, bortfalder retten til kompensation efter denne bestemmelse. Hvis funktionæren modtager løn i en opsigelsesperiode efter den faktiske fratræden, regnes fratrædelsen fra opsigelsesperiodens udløb. Retten til kompensation bortfalder, hvis arbejdsgiveren berettiget har bortvist funktionæren.*

*Stk. 3. Såfremt funktionæren får andet passende arbejde, kan lønnen fra dette arbejde modregnes i funktionærens krav på kompensation efter stk. 2 for tiden efter ansættelsen.*

*Stk. 4. Hvis funktionæren har været beskæftiget i 3 måneder eller derunder hos sin arbejdsgiver, kan en aftale efter stk. 1 ikke gøres gældende, og der skal ikke betales kompensation efter stk. 2. Hvis funktionæren har været beskæftiget i mere end 3 måneder, men højst 6 måneder hos arbejdsgiveren, kan aftalen ikke gøres gældende i længere tid end 6 måneder efter fratrædelsen.*

*Stk. 5. En arbejdsgiver kan opsiges en aftale som nævnt i stk. 2 med en måneds varsel til udløbet af en måned.*

*Stk. 6. Stk. 1-5 finder ikke anvendelse, hvis der ved kollektiv overenskomst indgået den 15. juni 1999 eller senere er fastsat regler om indholdet af og vilkår for indgåelse af de aftaler, der er nævnt i stk. 1.”*

Bestemmelsen oppstiller begrænsninger i adgangen til å avtale kundeklausuler med funksjonærer. Bestemmelsen gjelder for alle kundeklausuler avtalt etter 15. juni 1999. Som kundeklausuler regnes klausuler som forbyr en funksjonær å ta ansettelse hos eller direkte eller indirekte ha ervervsmessig kontakt med sin tidligere arbeidsgivers kunder og andre forretningsforbindelser.

Såkalte royaltyklausuler (som i en viss periode pålegger en tidligere arbeidstaker å betale til den tidligere arbeidsgiveren en royalty av den omsetningen som arbeidstakeren har på de kundene som er tatt med eller overtatt fra arbeidsgiveren) faller i utgangspunktet utenfor virkeområdet for funksjonærloven § 18 a. Hvis imidlertid den royalty som skal betales er så høy at det i praksis forhindrer kontakt med tidligere arbeidsgivers kunder, vil dette kunne regnes som en kundeklausul som er omfattet av begrensningene i § 18 a.

Det er redegjort for funksjonærlovens anvendelsesområde i punkt 2.6.2.3 ovenfor. Funksjonærloven § 18 a fastsetter fire begrensninger i adgangen til å gjøre gjeldende kundeklausuler overfor funksjonærer.

#### Krav når det gjelder kunden

En viktig begrensning er at en kundeklausul bare kan gjøres gjeldende i forhold til kunder og andre forretningsforbindelser som det har vært *"en forretningsmessig forbindelse med"* i løpet av de siste 18 månedene før oppsigelsestidspunktet. Det er uklart hvilken kontakt som her kreves, men det kan neppe innfortolkes et krav om at det må være inngått avtaler med forretningsforbindelsen i løpet av perioden. Det må imidlertid ha funnet sted drøftelser eller forhandlinger med et visst konkret innhold, da en alminnelig henvendelse for å markedsføre virksomheten overfor en kunde etter rettspraksis ikke vil være tilstrekkelig.

At det har vært kontakt mellom den tidligere arbeidsgiveren og forretningsforbindelsen i løpet av de 18 siste månedene før oppsigelsestidspunktet er imidlertid ikke nok til at en kundeklausul kan gjøres gjeldende. I tillegg kreves det enten at funksjonæren selv har hatt ervervsmessig kontakt med kunden eller forretningsforbindelsen eller at arbeidsgiveren før oppsigelse skriftlig har meddelt at kunden eller forretningsforbindelsen skal være omfattet av kundeklausulen. Et av formålene med denne begrensningen har vært å gjøre det mulig for funksjonæren å vite hvilke kunder og forretningsforbindelser kundeklausulen omfatter.

Etter bestemmelsens ordlyd stilles det ikke krav om at funksjonæren selv må ha hatt ervervsmessig kontakt i løpet av de siste 18 månedene før oppsigelsen. Der hvor det kan være tvil om det har vært tilstrekkelig kontakt mellom funksjonæren og arbeidsgiverens kunde eller forretningsforbindelse, kan tvilen avklares ved at kunden eller forretningsforbindelsen tas med på den listen som arbeidsgiveren kan utarbeide i henhold til § 18 a første ledd annet punktum, forutsatt at kontakten mellom arbeidsgiveren og kunden har vært tilstrekkelig til å kunne betraktes som en *"forretningsmessig forbindelse"*.

#### Krav om kompensasjon

Etter § 18 a annet ledd er det videre et vilkår for at en kundeklausul skal være gyldig at funksjonæren mottar en kompensasjon. Denne kompensasjonen skal pr måned utgjøre minst 50 % av lønnen på fratredelsestidspunktet og skal utbetales månedsvis så lenge kundeklausulen gjelder. Hvis funksjonæren i tillegg er underlagt en konkurranseklausul, bortfaller retten til kompensasjon etter § 18 a. For at en konkurranseklausul skal kunne gjøres gjeldende forutsetter jo § 18 at det betales et vederlag på minst 50 % av lønnen på fratredelsestidspunktet. Dette innebærer at hvis det først er avtalt en konkurranseklausul, vil det normalt ikke koste arbeidsgiveren noe ekstra å avtale en kundeklausul i tillegg, forutsatt at det i den konkrete fratredelsessituasjon skal betales kompensasjon for konkurranseklausulen.

Funksjonærens rett til kompensasjon kan falle bort i to tilfeller. For det første kan lønn som funksjonæren mottar fra annet passende arbeid etter § 18 a tredje ledd motregnes i funksjonærens krav på kompensasjon. For at det skal foreligge en motregningsadgang etter § 18 tredje ledd må lønnen skrives seg fra *"andet passende arbeid"*. Det er med andre ord ikke enhver annen inntekt som gir grunnlag for motregning.

Funksjonæren mister også sin rett til kompensasjon dersom vedkommende med rette er blitt bortvist, det vil si avskjediget, jf § 18 a annet ledd siste punktum. Funksjonæren må da respektere kundeklausulen uten å ha krav på noen kompensasjon.

#### Krav om skriftlig avtale

Etter § 18 a annet ledd første punktum er det et vilkår at både kundeklausulen og kravet på kompensasjon skal fremgå av en skriftlig kontrakt. Er det for eksempel ikke i avtalen om kundeklausulen angitt hvilken kompensasjon funksjonæren har krav på, faller kundeklausulen uten videre bort.

#### Krav om en viss ansettelsestid

§ 18 a fjerde ledd begrenser adgangen til å gjøre gjeldende konkurranseklausuler i forhold til funksjonærer som har vært ansatt i kort tid. I forhold til funksjonærer som har vært ansatt i tre måneder eller mindre kan kundeklausuler ikke gjøres gjeldende i det hele tatt. Har funksjonæren vært ansatt i mellom tre og seks måneder, kan en kundeklausul ikke gjøres gjeldende i mer enn høyst seks måneder regnet fra fratredelsen. I praksis medregnes oppsigelsesperioden, selv om funksjonæren fristilles i denne perioden.

Etter § 18 a femte ledd kan arbeidsgiveren si opp en kundeklausul med en måneds varsel til utløpet av en måned. Klausulen kan sies opp når som helst, både før og etter en eventuell fratredelse. Ved utløpet av oppsigelsesfristen bortfaller funksjonærens rett til vederlag.

Etter § 18 a sjettede ledd kan bestemmelsen fravikes gjennom tariffavtale.

### 3.4.2 Sverige

I Sverige finnes det ikke uttrykkelige regler om kundeklausuler. I praksis er imidlertid den svenske avtaleloven § 38 i visse tilfeller anvendt på kundeklausuler. Arbetsdomstolen har således i AD 1992:99 i medhold av den svenske avtaleloven § 38 satt til side en klausul som hindret en innleid lærer i å påta seg utdanningsoppdrag for den kunden som han hadde holdt kurs for. Dessuten fremgår det av Arbetsdomstolens praksis at en arbeidsgivers behov for å inngå konkurranseklausuler er nettopp å beskytte etablerte kundekontakter og hindre at en arbeidstaker tar med seg kunder eller forretningsforbindelser ved ansettelsesforholdets opphør, jf som eksempel AD 1993:40 og AD 2002:115.

### 3.4.3 Finland

I Finland finnes det ikke uttrykkelige regler om kundeklausuler. Begrensningene i den finske arbeidsavtaleloven kapittel 3 § 5 gjelder etter sin ordlyd avtaler om å *”begränsa en arbetstagares rätt att i fråga om ett arbete som skall börja sedan anställningsförhållandet upphört ingå ett arbetsavtal med en arbetsgivare som idkar verksamhet som konkurrerar med den först nämnda arbetsgivaren samt begränsa arbetstagarens rätt att för egen räkning idka sådan verksamhet”*. Dermed faller i utgangspunktet kundeklausuler utenfor.

Dette har imidlertid ikke hindret finsk Høyesterett i å vurdere en kundeklausul i forhold til den gamle finske arbeidsavtaleloven § 16 a. Den aktuelle dommen (HD 2003:19) har følgende sammendrag:

*”En anställd vid ett fastighetsmäklarföretag hade i sitt arbetsavtal förbundit sig att under sex månader efter att anställningsförhållandet upphör låta bli bland annat att ta emot fastighetsförmedlingsuppdrag av personer som är mäklarföretagets kunder när anställningsförhållandet upphör eller har varit det under de sex närmaste månaderna innan anställningsförhållandet upphör. På de grunder som framgår av Högsta domstolens dom ansågs det att avtalsklausulen var ett i 16 a § (724/1990) lagen om arbetsavtal avsett konkurrensförbudsavtal och att det hade funnits i lagen förutsatta synnerligen vägande skäl som har samband med anställningsförhållandet att ingå avtalet.”*

Den gamle arbeidsavtaleloven § 16 a synes å ha samme anvendelsesområde som den nye arbeidsavtaleloven kapittel 3 § 5.

### **3.5 Behov for ny regulering – rettspolitisk analyse**

#### **3.5.1 Er det behov for ny regulering?**

En kundeklausul er som angitt tidligere en avtalebestemmelse som begrenser en arbeidstakers adgang til å kontakte, utføre arbeid for eller ta ansettelse hos en tidligere arbeidsgivers kunder eller andre forretningsforbindelser. Kundeklausuler er ikke omfattet av avtaleloven § 38. Slike klausuler kan dermed bare settes til side i medhold av avtaleloven § 36. Det skal normalt svært mye til før slike klausuler vil være urimelige. De vil derfor i utgangspunktet ikke kunne settes til side etter gjeldende norske rettsregler.

Spørsmålet er om det bør innføres begrensninger i adgangen til å avtale kundeklausuler mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker. På dette området gjør flere til dels motstridende hensyn seg gjeldende.

Arbeidsgivere vil ofte ha et behov for å verne sine kunderelasjoner i forbindelse med at 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 tap. Dessuten kan det fremstå som lite rimelig at en arbeidstaker som har opparbeidet seg en relasjon til en kunde under utførelse av lønnet arbeid for arbeidsgiveren, skal stå fritt til å kontakte denne kunden etter arbeidsforholdets opphør.

Videre kan en kundeklausul sies å utgjøre en form for spesialisert konkurranseklausul. Dersom en arbeidstaker generelt er forhindret fra å drive konkurrerende virksomhet, så vil en slik klausul også hindre kontakt med den tidligere arbeidsgiverens kunder med sikte på å få dem til å endre sitt forhold til den tidligere arbeidsgiveren. Dette kan tilsi at kundeklausuler bør aksepteres i hvert fall i den grad konkurranseklausuler aksepteres, idet det vil gi liten mening å forby en kundeklausul i en situasjon der det kan avtales en konkurranseklausul.

Dette resonnementet må imidlertid ikke strekkes for langt. Det er således ikke slik at en konkurranseklausul alltid vil gjøre en kundeklausul overflødig. Det at en arbeidstaker er forhindret fra å ta ansettelse hos konkurrenter, vil for eksempel ikke i seg selv være til hinder for at den tidligere arbeidsgiverens kunder kontaktes.

Kundeklausuler vil normalt legge mindre begrensninger på arbeidstakeren enn konkurranseklausuler. Dette kan tilsi at kundeklausuler bør tillates i større utstrekning enn konkurranseklausuler. I visse bransjer er det imidlertid svært få aktører. Dette kan medføre at kundeklausuler i realiteten får virkning som et yrkesforbud. En arbeidstaker kan her gjøre gjeldende at kundeklausulen må anses som en konkurranseklausul og følgelig kan settes til side etter de reglene som gjelder for konkurranseklausuler. I praksis vil det imidlertid kunne være vanskelig å ta stilling til når en kundeklausul kan regnes som en konkurranseklausul.

Dessuten kan det i visse tilfeller være mindre grunn til å verne arbeidsgiverens kunderelasjon. Dersom det for eksempel er arbeidstakeren som i sin tid har skaffet kunden, vil det ofte kunne være urimelig om arbeidstakeren i en periode etter ansettelsesforholdets opphør er forhindret fra å kontakte eller bistå slike kunder.

Et forhold som kan tilsi en begrensning i adgang til å avtale kundeklausuler, er at de i praksis kan være vanskelige å anvende. Det er for eksempel ikke uvanlig å avtale at en arbeidstaker ikke kan kontakte eller bistå kunder i en bestemt periode. Men hva hvis det er kunden som tar kontakt med arbeidstakeren? Det er en situasjon som ofte oppstår og hvor det kan være vanskelig å få klarlagt hva som i realiteten har skjedd.

I forlengelsen av dette er det naturlig å trekke inn også hensynet til kundene og mer generelle samfunnsmessige hensyn. Dersom en kunde først ønsker å forholde seg til en bestemt person eller virksomhet, vil det normalt være fordi dette fremstår som det forretningsmessig mest fornuftige. Det vil da være uheldig om en kundeklausul hindrer en valgfrihet som fremstår som et grunnleggende markedsøkonomisk prinsipp. Hensynet til den tidligere arbeidsgiveren vil som regel ha begrenset vekt i slike situasjoner, idet kunden uansett ønsker å avslutte sin eksisterende relasjon. Den tidligere arbeidsgiveren vil dermed uansett stå i fare for å miste kunden.

I den danske funksjonærloven § 18 a er det innført begrensninger knyttet til kundeklausuler. Bestemmelsen stiller krav om betaling av vederlag og at arbeidstakeren har vært i kontakt med kunden eller at kunden står på en liste utarbeidet av arbeidsgiveren. Det er imidlertid ikke innført særskilte regler for kundeklausuler i den finske loven om arbeidsavtaler. Slike regler er heller ikke foreslått innført i den svenske loven om anstillningsskydd.

Etter vårt syn taler de beste grunner for at det innføres bestemmelser som begrenser adgangen til å avtale kundeklausuler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

### 3.5.2 Hvilke begrensninger bør gjelde i adgangen til å avtale og gjøre gjeldende kundeklausuler?

### 3.5.2.1 Forholdet til begrensninger som foreslås innført i adgangen til å avtale konkurranseklausuler

Som det vil fremgå av punkt 3.5.1 ovenfor, er mange av de hensynene som gjør seg gjeldende ved vurderingen av kundeklausuler sammenfallende med de hensynene som gjør seg gjeldende ved vurderingen av konkurranseklausuler. Dette innebærer at en del av vurderingene som er gjort i tilknytning til konkurranseklausuler i punkt 2.7.2 ovenfor, uten videre kan legges til grunn også i forhold til kundeklausuler.

Vi vil på denne bakgrunn ikke foreslå at det stilles krav om at arbeidstakeren må en bestemt stilling for at det skal kunne avtales en kundeklausul, jf punkt 2.7.2.1. En tidsbegrensning på maksimalt ett år og krav om skriftlig avtale og en viss ansettelsestid fremstår imidlertid som rimelig, jf punkt 2.7.2.4, 2.7.2.5 og 2.7.2.6. Et krav om fornyet vurdering av avtalte kundeklausuler ved ansettelsesforholdets opphør vil kunne bidra til at slike klausuler ikke blir gjort gjeldende i større grad enn nødvendig, jf punkt 2.7.2.7. Dessuten bør arbeidsgiver ha samme adgang til å si opp en kundeklausul som en konkurranseklausul, jf punkt 2.7.2.8.

Visse spørsmål vedrørende kundeklausuler krever imidlertid en særskilt vurdering. Det gjelder for det første spørsmålet om det skal stilles krav om at det må foreligge særlige grunner. Dernest oppstår ulike spørsmål i tilknytning til om det skal stilles krav om vederlag for kundeklausuler. Videre må det vurderes om kundeklausuler uten videre skal falle bort der ansettelsesforholdet opphører på grunn av arbeidsgivers forhold. Dessuten er det et behov for å vurdere om det skal stilles krav til hvilke kunder som kan omfattes av en konkurranseklausul.

### 3.5.2.2 Krav om særlige grunner

Vi har i punkt 2.7.2.2 kommet til at det bør stilles krav om at det foreligger særlige grunner for at konkurranseklausuler skal kunne gjøres gjeldende. Spørsmålet som skal vurderes her er om tilsvarende krav skal gjelde for kundeklausuler.

På den ene side kan det hevdes at de hensynene som tilsier innføring av et slikt krav i tilknytning til konkurranseklausuler, også gjør seg gjeldende i forhold til kundeklausuler. Dessuten oppfattes kundeklausuler ofte som negative av kundene.

På den annen side vil kundeklausuler normalt oppfattes som mindre belastende av arbeidstakere enn konkurranseklausuler. Dette tilsier regler som oppfordrer til at kundeklausuler blir benyttet i stedet for konkurranseklausuler der hvor dette er tilstrekkelig.

Vi er på denne bakgrunn kommet til at de beste grunner taler for ikke å innføre noe krav om særlige grunner knyttet til kundeklausuler. I den forbindelse har vi også sett hen til at det for kundeklausulene er mulig å innføre regler som stiller krav til hvilke kunder som kan omfattes av en konkurranseklausul, jf punkt 3.5.2.5 nedenfor.

### 3.5.2.3 Vederlag



En kundeklausul pålegger på samme måte som en konkurranseklausul en arbeidstaker visse forpliktelser. De hensyn som taler for at arbeidsgivere bør pålegges å betale vederlag for en konkurranseklausul, taler også for at arbeidstakere gis en eller annen form for kompensasjon for kundeklausuler.

Når det gjelder størrelsen på denne kompensasjonen, viser vi til våre vurderinger i punkt 2.7.2.3 ovenfor. Det bør her gjelde de samme regler for kundeklausuler som for konkurranseklausuler.

Et særlig spørsmål blir da hvilken betydning det skal ha at det blir avtalt både en kundeklausul og en konkurranseklausul. Etter vårt syn fremstår bestemmelsen i den danske funksjonærloven § 18 a annet ledd tredje punktum her som fornuftig. Dersom arbeidstakeren har rett til vederlag for en konkurranseklausul, er det ikke nødvendig med særskilt vederlag for kundeklausulen.

En innvending mot en slik bestemmelse er at det ikke vil koste arbeidsgiver noe ekstra å avtale både en kundeklausul og en konkurranseklausul. Slike klausuler vil imidlertid ofte overlape hverandre i større eller mindre utstrekning, slik at det vil være vanskelig å fastsette regler om særskilt vederlag for hver av klausulene.

Dessuten vil hensynet til arbeidstaker i mange tilfeller anses ivaretatt ved at vi foreslår innført bestemmelser som medfører bortfall av kundeklausuler der hvor ansettelsesforholdet opphører på grunn av arbeidsgivers forhold. I slike tilfeller vil arbeidstakeren ikke være underlagt noen form for konkurransebegrensning. Det påpekes også at formålet med de foreslåtte endringene primært er å rydde opp i og begrense arbeidsgivers bruk av kundeklausuler og ikke å gi arbeidstakere et særskilt grunnlag for å kreve sluttvederlag.

#### 3.5.2.4 Bortfall der ansettelsesforholdet opphører på grunn av arbeidsgivers forhold

Kundeklausuler omfattes i dag ikke av avtaleloven § 38. Dermed vil kundeklausuler ikke falle bort etter avtaleloven § 38 tredje ledd selv om ansettelsesforholdet opphører på grunn av arbeidsgivers forhold. Dette fremstår som urimelig og inkonsekvent, særlig i de tilfellene der en kundeklausul er formulert slik at den legger begrensninger av betydning på arbeidstakeren. Har arbeidsgiveren først besluttet å nedbemanne arbeidstakeren eller misligholdt sine forpliktelser overfor arbeidstakeren, bør arbeidstakeren stå helt fritt til å finne seg annet arbeid.

Vi vil på denne bakgrunn foreslå en bestemmelse om at også kundeklausuler faller bort dersom ansettelsesforholdet opphører på grunn av arbeidsgivers forhold. Vi nevner for ordens skyld at den danske funksjonærloven § 18 a ikke inneholder noen slik bestemmelse.

#### 3.5.2.5 Hvilke kunder bør være omfattet av en kundeklausul?

Et siste spørsmål knyttet til kundeklausuler er om det skal stilles krav til hvilke kunder som kan være omfattet av en kundeklausul.

Det arbeidsgiver har et særskilt behov for vern mot, er 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 kort tid før ansettelsesforholdets opphør.

Dette tilsier et krav om at kundeklausuler bare kan omfatte kunder som arbeidstakeren har vært i direkte kontakt med. I den danske funksjonærloven § 18 a første ledd er det angitt at konkurranseklausulen bare kan omfatte kunder *”som funktionæren selv har haft erhvervsmæssig kontakt med”* samt kunder som er tatt med i en særskilt skriftlig meddelelse til arbeidstakeren. Vi vil foreslå at det innføres et krav om ervervsmessig kontakt mellom arbeidstakeren og kunden. Derimot finner vi ikke grunn til å foreslå at arbeidsgiver skal kunne utvide kundeklausulen i forhold til dette ved å ta inn i en egen skriftlig meddelelse andre kunder enn de arbeidstakeren har hatt direkte kontakt med.

Kundebegrepet må imidlertid ikke angis for snevert. Arbeidsgiver kan således ha behov for å verne både eksisterende, tidligere og potensielle kundeforhold. Den danske funksjonærloven § 18 a første ledd angir at det må ha vært *”en forretningsmæssig forbindelse med den pågældende kunde m.v. inden for de seneste 18 måneder før opsigelsestidspunktet”*. Dette fremstår som et i utgangspunktet hensiktsmessig avgrensningskriterium. Formuleringen *”forretningsmæssig forbindelse”* innebærer ikke noe krav om at det skal være inngått formelle avtaler med kunden, slik at også løsere samarbeid samt potensielle kunder er omfattet.

Etter vårt syn fremstår den danske bestemmelse som noe vidtgående når det åpnes for at kunder som det vært kontakt med de siste 18 månedene skal kunne være omfattet av en kundeklausul. Etter vårt syn vil en ettårsfrist her gi arbeidsgiveren tilstrekkelig vern.

For øvrig er det behov for å angi nærmere hva som ligger i kundebegrepet. En presisering som bør gjøres er at en kundeklausul kan omfatte både kunder og andre forretningsforbindelser. I mange virksomheter er det således ikke naturlig å bruke betegnelsen kunder, men det vil like fullt kunne foreligge et behov for en kundeklausul.

### 3.5.3 Plassering av nye bestemmelser om kundeklausuler

Når det gjelder plasseringen av eventuelle nye bestemmelser om kundeklausuler, er det naturlig å se disse bestemmelsene i sammenheng med de reglene vi foreslår vedrørende konkurranseklausuler, jf punkt 2.7.3 ovenfor. Disse bør følgelig plasseres samme sted, det vil si i arbeidsmiljøloven.

## 4 IKKE-REKRUTTERINGSKLAUSULER

### 4.1 Innledning

I dette punktet ser vi nærmere på ikke-rekrutteringsklausulene. Med ikke-rekrutteringsklausuler menes i denne utredningen dels avtalebestemmelser som begrenser en fysisk persons adgang til å medvirke til at andre ansatte avslutter sitt ansettelsesforhold hos avtalemotparten og dels avtalebestemmelser mellom to virksomheter om ikke å ansette eller forsøke å ansette hverandres ansatte. I punkt 4.2 er det redegjort for bruken av begge disse formene for ikke-rekrutteringsklausuler i praksis.

Punkt 4.3 inneholder en redegjørelse for gjeldende rett vedrørende ikke-rekrutteringsklausuler. I punkt 4.4 er det redegjort for rettsstilstanden i de øvrige nordiske landene, med hovedvekt på den nylig vedtatte danske loven om såkalte ”jobbklausuler”.

Punkt 4.5 inneholder en vurdering av behovet for nye regler vedrørende ikke-rekrutteringsklausuler. I forlengelsen av dette har vi også sett på hvordan nye regler kan og bør utformes.

### 4.2 Ikke-rekrutteringsklausuler i praksis

#### 4.2.1 Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker

Ikke-rekrutteringsklausuler kan for det første avtales mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker. En slik klausul vil begrense arbeidstakerens adgang til etter ansettelsesforholdets opphør, å medvirke til at andre ansatte også avslutter sitt ansettelsesforhold hos den opprinnelige arbeidsgiveren. Et forbud mot å kontakte tidligere kollegaer i en viss periode etter fratredelse og et forbud mot å ansette tidligere kollegaer er typiske eksempler på ikke-rekrutteringsklausuler. I LB-2005-1064 Borgarting lagmannsrett var det i tillegg til en kundeklausul avtalt følgende ikke-rekrutteringsklausul:

*”- I samme periode [to år etter ansettelsestiden] skal han ikke påvirke OMD-ansatte til å slutte”*

Det som i praksis kan være et problem når det gjelder ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker, er å avgjøre hvor omfattende begrensningen er. Normalt vil det å selv ta kontakt med tidligere kollegaer med tilbud om ansettelse, være i strid med en ikke-rekrutteringsklausul. Mer tvilsomt vil det kunne være dersom det er den tidligere kollegaen som selv tar initiativ til kontakt, enten direkte eller ved å sende en søknad om ansettelse. Kan i så fall den forpliktete da delta i den videre ansettelsesprosessen eller må han avstå fra dette? Dette må i utgangspunktet avgjøres ut fra en tolkning av ikke-rekrutteringsklausulen. Etter vår vurdering vil eksempelvis ikke-rekrutteringsklausulen som er gjengitt ovenfor, ikke være til hinder for at den tidligere arbeidstakeren deltar i ansettelsesprosessen dersom det er den tidligere kollegaen som tar initiativ til kontakt/ansettelse, jf *”ikke påvirke”*. Det forekommer imidlertid en rekke vanskelige grensetilfeller som må vurderes konkret. Er ikke-rekrutteringsklausulen uklar vil dette normalt være et

moment som blir vektlagt i arbeidstakerens favør fordi det i praksis alltid vil være arbeidsgiveren som har formulert ikke-rekrutteringsklausulen.

Basert på vår erfaring er ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker mindre utbredt enn konkurranseklausuler og kundeklausuler. Slike avtaler om ikke-rekruttering kombineres dessuten ofte enten med en konkurranseklausul og/eller en kundeklausul. Dette underbygges av at vi ikke har funnet noen eksempler i rettspraksis på at det bare har vært avtalt en ikke-rekrutteringsklausul. Rettspraksis kan for øvrig tyde på at det er færre konflikter i tilknytning til ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker enn i tilknytning til konkurranseklausuler og kundeklausuler.

Videre vil det i slike situasjoner ofte ikke være mulig å gjøre gjeldende noe krav mot den tidligere arbeidstakeren. Det kan således være vanskelig for den opprinnelige arbeidsgiveren å sannsynliggjøre både at det foreligger brudd på en ikke-rekrutteringsklausul og at dette har medført et økonomisk tap. Den tidligere kollegaen som er blitt rekruttert, vil jo som regel hevde at vedkommende selv har ønsket å slutte og at oppsigelsen ville ha kommet uansett.

En annen sannsynlig årsak til at det synes å være færre konflikter knyttet til ikke-rekrutteringsklausuler, er at disse normalt er lettere å overholde uten at dette medfører begrensninger av betydning for den tidligere arbeidstakerens muligheter til å ta annet erverv.

Det er imidlertid ikke slik at ikke-rekrutteringsklausuler alltid vil være egnet til å ivareta den opprinnelige arbeidsgiverens interesser. Enhver arbeidstaker vil i utgangspunktet ha rett til å si opp sin stilling. Dette innebærer at selv om en arbeidstaker sier opp som følge av at en tidligere kollega har brutt en ikke-rekrutteringsklausul, så kan ikke arbeidsgiveren få satt oppsigelsen til side eller på annen måte hindre at ansettelsesforholdet opphører.

#### 4.2.2 Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter/arbeidsgivere

Avtaler om ikke-rekruttering kan også inngås mellom to eller flere virksomheter/arbeidsgivere. Slike avtaler kjennetegnes ved at de legger restriksjoner på avtalepartenes rett til fritt å ansette personer som har tilknytning til den andre avtaleparten. Hvor omfattende restriksjoner avtalepartene har påtatt seg vil måtte løses ut fra en tolkning av ikke-rekrutteringsklausulen. Restriksjonene vil kunne spenne fra et absolutt forbud mot å ansette hverandres medarbeidere uavhengig av om det er arbeidstakeren som tar initiativet til å søke på stillingen til et forbud mot aktivt å forsøke å rekruttere hverandres medarbeidere. Vår erfaring er at det også forekommer, ikke minst innenfor vikarbransjen, avtaler hvoretter innleier må betale en fastsatt økonomisk kompensasjon til utleier dersom arbeidstaker ansettes hos innleier etter at "leieforholdet" er avsluttet. For vikarbedrifter vil slike avtaler være i strid med arbeidsmarkedsloven § 27, se nærmere i punkt. 4.3.2 nedenfor.

Arbeidstakere som rammes av slike ikke-rekrutteringsklausuler er ikke selv part i avtalen mellom virksomhetene og de vil også kunne være uvitende om eksistensen av en slik avtale og hvilke konsekvenser dette vil få for dem. Det er begrenset rettspraksis knyttet til avtaler om ikke-rekruttering mellom virksomheter. Det er derfor vanskelig å angi med noen grad av sikkerhet hvilket omfang og innhold slike avtaler har i Norge i dag. Et eksempel på en slik avtale fremgår imidlertid av kjennelse

avsagt 11. august 2008 i Oslo byfogdembete (saksnr: 08-112243TVI-OBYF/2) som gjaldt omkostningsspørsmålet i en begjæring om midlertidig forføyning som var trukket tilbake av saksøker. Tidligere arbeidsgiver hadde begjært midlertidig forføyning overfor sin tidligere arbeidstaker og dennes nye arbeidsgiver med påstand om at ansettelsesforholdet hos sistnevnte var i strid med avtalt konkurranseklausul. Tidligere og ny arbeidsgiver inngikk deretter avtale hvoretter ny arbeidsgiver skulle avstå fra å ansette arbeidstakeren inntil det forelå dom i saken, alternativt at det ble inngått avtale mellom tidligere arbeidsgiver og arbeidstaker.

At ikke-rekrutteringsavtaler mellom virksomheter oppleves som et problem er fremhevet av flere arbeidstakerorganisasjoner.

NITO anslår i brev av 19. oktober 2007 til Arbeids- og inkluderingsdepartementet omfanget av hemmelige ikke-rekrutteringsavtaler mellom virksomheter. NITO har avdekket at slike klausuler praktiseres i en rekke bransjer med en konsentrasjon i IT-bransjen. Blant annet har avisen Dagens IT avdekket at IKT Norge som organiserer om lag 400 IT og Telecom-bedrifter, har følgende klausul i en standardkontrakt som de anbefaler sine medlemmer å benytte:

*"I den tiden arbeidet pågår, og i et tidsrom av ett år etter at bistanden er avsluttet, kan Kunden ikke ansatte Leverandørens personell som arbeider eller er tiltenkt arbeid i forbindelse med bistanden, uten etter nærmere avtale."*

Videre fremhever NITO at ikke-rekrutteringsklausuler forekommer som en del av generelle samarbeidsavtaler eller som vilkår i avtaler om salg eller kjøp av varer og tjenester og i avtaler om virksomhetsoverdragelser. Ikke-rekrutteringsforbudet kan være begrenset til utvalgte arbeidstakere eller omfatte alle arbeidstakere i virksomheten(e). NITO viser for øvrig til undersøkelser i Danmark om utbredelsen av ikke-rekrutteringsavtaler som tyder på at tilsetningsforbudet vanligvis varer i mellom 6 og 24 måneder, men med registrerte enkelttilfeller på inntil 3 år.

I desember 2006 gjennomførte Visendi en arbeidslivsundersøkelse for NITO om *"Utbredelse av hemmelige klausuler i Norsk næringsliv"*. Datainnsamlingen til undersøkelsen ble utført elektronisk ved at invitasjonen til undersøkelsen ble sendt ut via e-post. Totalt 1.698 daglige ledere, økonomisjefer, personalsjefer, avdelingsledere og respondenter fra Universitetet svarte på undersøkelsen. 12 % av de spurte oppga å *"ha hørt om bruk"* av hemmelige klausuler. Innenfor sin egen bransje kjente 5,4 % av det totale utvalget til bruk av hemmelige klausuler, mens 2,1 % oppga at slike klausuler ble brukt i egen bedrift.

UNIO, YS og Akademikerne tar i brev datert 12. mars 2008 til Arbeids- og inkluderingsdepartementet opp problemstillinger knyttet til konkurranseklausuler og begrensninger i arbeidstakernes handlefrihet og påpeker behov for klargjørende lovregulering på dette området. Også UNIO, YS og Akademikerne opplever som et økende problem at medlemmer og tillitsvalgte rapporterer om ikke-rekrutteringsavtaler som inngås mellom arbeidsgivere.

I perioden 19. mai til 6. juni 2008 utførte Tekna en undersøkelse blant sine medlemmer og tillitsvalgte med sikte på å avdekke hvor vanlig ikke-rekrutteringsklausuler er og i hvilke bransjer de forekommer. Gjennomføringen og resultatet av undersøkelse er gjengitt slik i Teknas rapport:

”... Undersøkelsen ble sendt til 680 tillitsvalgte i privat og offentlig sektor. Av disse var det 263 som svarte på undersøkelsen, dette gir en responsrate på 38 %.

Den ble videre sendt til 5120 medlemmer i privat sektor, av dette var det 1610 som svarte, altså en svarprosent på 31 %.

Medlemmer og tillitsvalgte ble bedt om å svare på hvilken bransje de arbeider i. Bransjefordeling er oppgitt i forbindelse med de forskjellige svaralternativene.

## **5. Nærmere om funnene i undersøkelsen**

Som det fremgår av mandatet ble undersøkelsen først og fremst iverksatt for å få bedre kjennskap til forekomsten av slike avtaler, hvor vanlige de er, hvor de forekommer, og i hvilke situasjoner.

Av de viktigste funnene kan nevnes følgende:

- Undersøkelsen viser at dette er en relevant problemstilling blant våre medlemmer. Av de som har svart på undersøkelsen, er det 6,4 % som svarer at de har kjennskap til slike avtaler i sin virksomhet.
- Denne typen avtaler forekommer i langt flere situasjoner enn vi antok på forhånd. Over 40 % av de som har svart, oppgir at slike avtaler forekommer **utenfor** utleie- og virksomhetsoverdragelsessituasjonene.
- Problemstillingen berører i liten grad offentlig sektor. I den grad det har forekommet, er det i forbindelse med innleie av konsulenter, eller i forbindelse med ikkerekrutteringssamarbeid i en region.
- Hovedtyngden av tilfellene som oppgis er utenfor NHO-området, og i denne undersøkelsen forekommer disse avtalene langt hyppigere der vi ikke har tillitsvalgte. Denne undersøkelsen gir likevel ikke grunnlag for å trekke noen bestemte konklusjoner her.
- Det er liten grad av åpenhet rundt disse avtalene. De færreste har vært delaktig i avtalene, eller har hatt mulighet til å påvirke dem. Selv der arbeidstaker har fått vite at det er slike restriksjoner, blir de i liten grad satt inn i de mer konkrete detaljer.
- Ved utleie er det en klar tendens at arbeidsgiver ikke informerer om at de har slike avtaler ved ansettelse. Bare 13 % oppgir å ha fått vite om slike avtaler da de var på intervju til stillingen.”

## 4.3 Dagens rettsstilstand

### 4.3.1 Oversikt

I Norge har vi ingen lovgivning som positivt regulerer ikke-rekrutteringsklausuler, med unntak av regelen i arbeidsmarkedsloven § 27 som regulerer slike avtaler mellom virksomheter som leier ut sine arbeidstakere, se punkt 4.3.2 nedenfor.

Det er således antatt at avtaleloven § 38 ikke gjelder for ikke-rekrutteringsklausuler, idet slike klausuler ikke kan sies å begrense adgangen til å ta ansettelse i eller drive *”forretning eller virksomhet av en viss art”*. I avtaler om ikke-rekruttering mellom virksomheter vil heller ikke arbeidstaker være avtalepart, jf *”Har nogen gaat in paa, at han av konkurransehensyn ikke...”*.

Mellom avtalepartene kan avtaleloven § 36 eventuelt begrunne en tilsidesettelse av ikke-rekrutteringsklausuler. Det må imidlertid legges til grunn at det skal mye til før en ikke-rekrutteringsklausul anses ugyldig, dog slik at terskelen for å sensurere en ikke-rekrutteringsklausul nok vil være noe lavere for ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som følge av partenes ulike styrkeforhold. I forhold til arbeidstaker(ne) som ikke selv er part i avtalen, men som indirekte rammes av ikke-rekrutteringsklausulen, er det avtalerettslige utgangspunkt at det bare er partene som kan påberope seg at avtalen er urimelig etter avtaleloven § 36. Tilsvarende er lagt til grunn i Rt 1995 side 1026 hvor avtaleloven § 33 ble anført som ugyldighetsgrunn:

*”Det som påberopes er at avtalen totalt tilsidesatte interessene til en som ikke var avtalepart, og som ikke var involvert i avtaleslutningen, Stein Vegheim. Avtaleloven § 33 beskytter den godtroende medkontrahent. Dersom tredjemanns interesser krenkes, må vern for disse interessene grunnes på andre regler”*

Det kan ikke utelukkes at en ikke-rekrutteringsklausul i forhold til arbeidstakerne som rammes, etter omstendighetene kan settes til side fordi den er *”mot ærbarhet”*, jf N.L. 5-1-2.

Vi kjenner ikke til eksempler på at ikke-rekrutteringsklausuler er blitt satt til side i medhold av avtaleloven § 36. Følgende uttalelse i LB-2005-1064 Borgarting lagmannsrett, som gjaldt en kombinert kundeklausul og ikke-rekrutteringsklausul, fremstår som dekkende:

*”Flertallet vil peke på at den vanlige «sensurbestemmelse» for slike konkurransebegrensende bestemmelser i ansettelsesforhold er avtaleloven § 38. Bestemmelsen ble opprinnelig påberopt for tingretten, men frafalt under den muntlige forhandling. Etter flertallets oppfatning er det i slike forhold liten plass for en § 36-sensur ved siden av bestemmelsen i § 38. Den aktuelle avtalebestemmelse inneholder ikke et generelt konkurranseforbud, men retter seg bare mot Røangs aktivitet overfor OMDs kunder, ansatte og leverandører. Dette er etter flertallets oppfatning en rimelig begrensning i forhold til at Røang var administrerende direktør i selskapet. Et spørsmålstegn kan nok settes ved en varighet på to år, men sett i forhold til Røangs sentrale posisjon, hans forutsetninger for å forstå klausulens innhold og at han lønnsmessig har blitt kompensert for det, finner flertallet ikke grunn til å foreta noen sensur her i en sak som dreier seg om midlertidig forføyning.”*

I forholdet arbeidstaker-arbeidsgiver vil arbeidstakers alminnelige lojalitetsplikt i arbeidsforhold innebære at arbeidstaker ikke kan forsøke å få kolleger til å si opp sine stillinger så lenge ansettelsesforholdet består, herunder i oppsigelsesperioden. Etter at ansettelsesforholdet er opphørt er det derimot antatt at tidligere arbeidstaker på nærmere vilkår kan bistå med eller selv rekruttere tidligere kolleger, se nærmere i punkt 4.3.3 nedenfor.

#### 4.3.2 Arbeidsmarkedsloven § 27

Arbeidsmarkedsloven § 27 første ledd nr 1 har følgende ordlyd:

*”Virksomhet som har leiet ut en arbeidstaker, kan ikke begrense arbeidstakerens mulighet til å ta arbeid hos innleier etter at ansettelsesforholdet hos utleier er avsluttet.”*

Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd bare for virksomheter som har leiet ut en eller flere av sine arbeidstakere. Slike virksomheter kan ikke begrense arbeidstakernes muligheter til senere å ta arbeid hos innleier. Som påpekt i punkt 3.3.2 ovenfor, innebærer dette at utleievirksomheter ikke kan avtale kundeklausuler med sine arbeidstakere i den grad de omfatter kunder som har leiet vedkommende arbeidstaker.

Arbeidsmarkedsloven § 27 første ledd kan ikke sies å hindre at det mellom en utleievirksomhet og dennes arbeidstakere avtales en ikke-rekrutteringsklausul, det vil si en klausul der arbeidstakeren forplikter seg til ikke å forsøke å rekruttere utleievirksomhetens andre arbeidstakere etter ansettelsesforholdets opphør. Derimot vil avtaler inngått mellom utleier og innleier som begrenser innleiers adgang til å rekruttere arbeidstakeren, være i strid med arbeidsmarkedsloven § 27. Dette er også kommet til uttrykk i forarbeidene til bestemmelsen, jf Ot.prp. nr. 62 (2003-2004) side 38:

*“En ulovlig begrensning av arbeidstakerens «rett» til å ta arbeid hos innleier, vil typisk være et forbud i arbeidsavtalen mot å ta ansettelse hos innleier, som har virkning også etter at arbeidsforholdet hos utleier er lovlig avsluttet. En klausul i avtalen mellom utleier og innleier om at innleier må betale utleier noe ekstra dersom arbeidstaker ansettes hos innleier etter at «leieforholdet er avsluttet», vil etter departementets mening også innebære en slik begrensning i arbeidstakerens «rett» til å ta ansettelse hos innleier. Gebyret blir etter departementets oppfatning et hinder for arbeidstaker i å skifte arbeidsgiver, noe som i hvert fall indirekte må sies å innebære en begrensning i arbeidstakers «rett». Formålet med bestemmelsen innebærer etter departementets mening at også dette tilfellet må omfattes av bestemmelsen.*

*Departementet finner det imidlertid hensiktsmessig å gjøre endringer i ordlyden for å tydeliggjøre bestemmelsens innhold. Forslaget går ut på at ordet «rett» erstattes med «mulighet» for å tydeliggjøre at også andre begrensninger enn kontraktsklausuler som direkte forbyr ansettelse hos innleier, omfattes av bestemmelsen.”*

Dette innebærer etter vårt syn at det allerede i dag gjelder et forbud mot at det mellom en utleier og en innleier av arbeidstakere inngås avtale om at innleieren ikke kan ansette eller forsøke å ansette innleide



arbeidstakere. En slik begrensning vil jo nødvendigvis *”begrense arbeidstakerens mulighet til å ta arbeid hos innleier”*.

Arbeidsmarkedsloven § 27 gjelder imidlertid bare for *”Virksomhet som har leiet ut en arbeidstaker”*. Dermed omfattes ikke andre virksomheter. I oppdragsforhold og andre samarbeidsforhold som ikke innebærer utleie av arbeidstakere vil således arbeidsmarkedsloven § 27 ikke begrense adgangen til å avtale ikke-rekrutteringsklausuler.

#### 4.3.3 Markedsføringsloven § 1

Markedsføringsloven § 1 forbyr handlinger som er i strid med god forretningsskikk *”næringsdrivende imellom”*. Dette innebærer at begge de impliserte parter må drive en eller annen form for næringsvirksomhet. En arbeidstaker som forsøker å rekruttere tidligere kolleger til sin nye arbeidsgiver, vil dermed ikke kunne opptre i strid med markedsføringsloven § 1 med mindre vedkommende på grunn av eierskap og/eller posisjon som styreleder/daglig leder må identifiseres med arbeidsgiveren og dermed regnes som næringsdrivende.

En virksomhets rekruttering av personell hos en konkurrerende virksomhet vil etter omstendighetene kunne være i strid med god forretningsskikk etter markedsføringsloven § 1. Det er antatt at det i utgangspunktet ikke vil være i strid med god forretningsskikk dersom en konkurrerende virksomhet under etablering eller drift forsøker å rekruttere tidligere kolleger. I NAD 1986 side 189 (Asker og Bærum herredsrett) uttalte retten:

*”I den bransjen det her gjelder – om i noen – er det etter rettens mening ikke stridende mot god forretningsskikk de næringsdrivende imellom å skaffe seg kvalifisert faglig personell, ved å ”kjøpe opp” konkurrentenes ansatte, når det ikke skjer på en slik måte at man så å si systematisk overtar konkurrentenes folk etter hvert som de blir opplært. ”*

Avgjørelsen inntatt i NAD 1986 side 672 (Kristiansand namnsrett) er et eksempel hvor en konkurrerende virksomhet som under ledelse av en tidligere daglig leder, planmessig og systematisk forsøkte å rekruttere høykvalifisert personell fra det opprinnelige selskapet. Retten anså denne fremgangsmåten som utilbørlig og i strid med markedsføringsloven § 1, men i den forbindelse ble det også lagt vekt på at de involverte arbeidstakerne planla å utnytte den tidligere arbeidsgiverens bedriftshemmeligheter.

#### 4.3.4 Konkurranseloven

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 ikke-rekrutteringsklausul 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 ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker uansett ikke være omfattet av konkurranseloven § 10.

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.

#### 4.3.5 EØS-retten

Det finnes ikke EØS-rettslige regler som begrenser adgangen til å fastsette begrensninger i nasjonal rett i adgangen til å avtale ikke-rekrutteringsklausuler. I den forbindelse vises det også til forarbeidene til den nye danske loven om jobbklausuler (lovforslag nr L 81 for 2007-08 punkt 8), der det er uttalt følgende:

*"Lovforslaget inneholder ikke EU-rettlige aspekter."*

Det kan imidlertid ikke utelukkes at det vil kunne være et tema om avtaler om ikke-rekrutteringsklausuler er forenlige med EØS-avtalen artikkel 28 om fri bevegelighet for arbeidstakere. Problemstillingen er også tatt opp i forarbeidene til det svenske forslaget til ny lovbestemmelse om konkurranseklausuler i Ds 2000: 56 side 330 flg punkt 3.7.1.

## 4.4 Rettstilstanden i andre land

### 4.4.1 Danmark

I Danmark er det pr 1. juli 2008 innført uttrykkelige regler om ikke-rekrutteringsklausuler. Det danske Folketinget vedtok 12. juni 2008 en lov om arbeidsgiveres bruk av ikke-rekrutteringsklausuler (kalt "jobbklausuler"). Loven har følgende ordlyd:

*"§ 1. Lovens formål er at begrænse brugen af jobklausuler og sikre, at nødvendige jobklausuler indgås på en loyal måde over for de berørte lønmodtagere.*

*§ 2. Loven finder anvendelse på jobklausuler, hvorved forstås*

- 1) aftaler, som en arbejdsgiver indgår med andre virksomheder med henblik på at hindre eller begrænse en lønmodtagers muligheder for at opnå ansættelse i en anden virksomhed, og*
- 2) aftaler, som en arbejdsgiver indgår med en medarbejder med henblik på at hindre eller begrænse andre lønmodtageres muligheder for at opnå ansættelse i en anden virksomhed.*

*Stk. 2. Ordninger, hvorved vikarbureauer modtager en rimelig betaling for en brugervirksomheds ansættelse af en udsendt vikar, er ikke omfattet af loven.*

*§ 3. En arbejdsgiver kan kun gøre en jobklausul gældende i forhold til en lønmodtager, hvis arbejdsgiveren har indgået en skriftlig aftale herom med lønmodtageren. Aftalen skal indeholde oplysninger om, hvorledes lønmodtagerens jobmuligheder konkret begrænses af jobklausulen, og om lønmodtagerens ret til kompensation, jf. § 4.*

*§ 4. En arbejdsgiver skal betale lønmodtageren kompensation i den periode efter lønmodtagerens fratrædelse, hvor lønmodtagerens jobmuligheder begrænses som følge af jobklausulen.*

*Stk. 2. Kompensationen skal udgøre mindst 50 pct. af lønnen på fratrædelsestidspunktet. Kompensation skal udbetales løbende i de for ansættelsesforholdet fastsatte udbetalingsterminer for lønnen.*

*Stk. 3. Hvis lønmodtageren modtager løn i en opsigelsesperiode efter den faktiske fratræden, regnes fratrædelsen fra opsigelsesperiodens udløb.*

*Stk. 4. Hvis lønmodtageren får andet passende arbejde, kan lønnen fra dette arbejde modregnes i lønmodtagerens krav på kompensation.*

*§ 5. Retten til kompensation bortfalder, hvis*

- 1) arbejdsgiveren berettiget har bortvist lønmodtageren, eller*
- 2) lønmodtageren modtager kompensation i medfør af funktionærlovens regler om konkurrence- og kundeklausuler.*

*§ 6. Hvis lønmodtageren har været beskæftiget i 3 måneder eller derunder hos arbejdsgiveren, kan en jobklausul ikke gøres gældende i forhold til denne lønmodtager.*

*Stk. 2. Hvis lønmodtageren har været beskæftiget i mere end 3 måneder, men højst 6 måneder hos arbejdsgiveren, kan en jobklausul ikke gøres gældende i længere tid end 6 måneder efter fratrædelsen i forhold til denne lønmodtager.*

*§ 7. En arbejdsgiver kan opsiges en aftale omfattet af § 3 med det varsel, der gælder for arbejdsgiverens opsigelse af ansættelsesforholdet efter 3 måneders ansættelse. Opsigelsesvarslet kan dog højst udgøre 1 måneds varsel til en måneds udgang.*

*§ 8. Virksomheder kan i forbindelse med forhandlinger om virksomhedsoverdragelser indgå jobklausuler, uden at kravene i §§ 3 og 4 skal være opfyldt.*

*Stk. 2. En jobklausul omfattet af stk. 1 kan opretholdes i op til 6 måneder efter indgåelse af jobklausulen, uanset om forhandlingerne resulterer i en aftale om virksomhedsoverdragelse.*

*Stk. 3. Hvis forhandlingerne resulterer i en aftale om virksomhedsoverdragelse, kan en jobklausul omfattet af stk. 1 opretholdes i op til 6 måneder efter tidspunktet for virksomhedsoverdragelsen.*

**§ 9.** §§ 3-8 kan fraviges ved kollektiv overenskomst.

**§ 10.** Loven træder i kraft den 1. juli 2008 og finder anvendelse på jobklausuler, der indgås efter denne dato.

*Stk. 2. Fra den 1. juli 2009 finder loven tillige anvendelse på jobklausuler, der er indgået før lovens ikrafttræden.*

**§ 11.** Loven gælder ikke for Færøerne og Grønland.”

Hovedformålet med loven er å begrense virksomheters bruk av ikke-rekrutteringsklausuler. Dette formålet skal nås ved at en arbeidsgiver ikke lenger omkostningsfritt og uten at arbeidstakerne kjenner til det, skal kunne avtale ikke-rekrutteringsklausuler som begrenser arbeidstakernes adgang til å ta ansettelse hos en annen arbeidsgiver. Loven skal også hindre en omgåelse av de begrensningene som er tatt inn i funksjonærloven vedrørende konkurranse- og kundeklausuler, slik at konkurransebegrensende avtaler bare inngås der hvor det er behov for det. Den nye loven gjelder for alle arbeidstakere, også de som ikke er funksjonærer.

Loven gjelder for ”jobklausuler”. Inn under dette begrepet faller etter § 2 både avtaler mellom en arbeidsgiver og andre virksomheter og avtaler mellom en arbeidsgiver og vedkommendes arbeidstakere. Forutsetningen er at det dreier seg om avtaler som en arbeidsgiver inngår ”med henblik på at hindre eller begrense” en arbeidstakers ”muligheder for at opnå ansættelse i en anden virksomhed”.

Formuleringen ”hindre eller begrense” er tatt inn for å markere at ikke bare avtaler som forbyr ansettelse er omfattet. Også avtaler som mer indirekte begrenser muligheten til å bli ansatt hos andre er omfattet, for eksempel avtaler som fastsetter en eller annen form for betaling dersom visse arbeidstakere ansettes.

I henhold til forarbeidene skal § 3 forstås slik at en arbeidsgiver bare kan gjøre en ikke-rekrutteringsklausul gjeldende i forhold til arbeidstakere som det er inngått skriftlig avtale med. Dette innebærer at en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom virksomheter må suppleres av individuelle avtaler med berørte arbeidstakere (det vil si de som får begrenset sine muligheter til å ta ansettelse hos en annen arbeidsgiver), som dermed i praksis kan motsette seg å bli bundet av ikke-rekrutteringsklausuler. De supplerende avtalene må inneholde opplysninger om hvordan arbeidstakernes muligheter konkret blir begrenset av ikke-rekrutteringsklausulen og om arbeidstakernes rett til kompensasjon. Arbeidstakerne skal således kjenne til de begrensningene som ikke-rekrutteringsklausulen medfører, herunder hvor lenge begrensningene gjelder.

I henhold til forarbeidene innebærer § 3 at det også ved avtale om ikke-rekrutteringsklausuler med en arbeidstaker, må inngås individuelle avtaler med berørte arbeidstakere (det vil si alle arbeidstakere som

ikke kan ansettes eller på annen måte rekrutteres). Dersom rekrutteringsforbudet gjelder alle ansatte i en virksomhet, må det således inngås avtale med samtlige ansatte.

I to situasjoner er det akseptert at det kan foreligge et særlig behov og hvor det følgelig er åpnet for å avtale ikke-rekrutteringsklausuler selv om lovens vilkår ikke er oppfylt. Det gjelder for det første i forbindelse med forhandlinger om virksomhetsoverdragelse. Dels kan virksomheter som forhandler om virksomhetsoverdragelse ha et særlig behov for diskresjon. Dette kan det være vanskelig å forene med en plikt til å informere alle berørte arbeidstakere. Dessuten vil virksomheter som forhandler om virksomhetsoverdragelse kunne få en særlig innsikt i hverandres virksomhet og arbeidstakere. Denne kunnskapen bør ikke kunne benyttes til å rekruttere arbeidstakere fra den andre virksomheten dersom forhandlingene ikke fører frem.

På denne bakgrunn er det i lovens § 8 gjort unntak fra hovedbestemmelsene i §§ 3 og 4 for ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom virksomheter i forbindelse med forhandlinger om virksomhetsoverdragelse. Kravet til en viss ansettelsestid i lovforslagets § 5 vil imidlertid også gjelde i en slik situasjon. Dessuten fastsetter § 8 at slike ikke-rekrutteringsklausuler høyst kan gjøres gjeldende i seks måneder etter inngåelsen eller eventuelt virksomhetsoverdragelsen.

For det andre er det etter lovens § 2 annet ledd fastsatt at ordninger som innebærer at vikarbyråer får en rimelig betaling dersom en innleier ansetter en vikar som har vært innleid, ikke er omfattet av loven. Tilsvarende avtaleklausul vil til sammenlikning være ugyldig etter arbeidsmarkedsloven § 27, jf. pkt. 4.3.2 ovenfor.

Loven gjelder etter § 10 for alle ikke-rekrutteringsklausuler avtalt etter lovens ikrafttredelse. Samtidig vil loven fra 1. juli 2009 gjelde for alle avtaler om ikke-rekrutteringsklausuler som er inngått, også avtaler inngått før lovens ikrafttredelse.

I utgangspunktet stilles det samme krav om kompensasjon som i funksjonærloven §§ 18 og 18 a. Etter lovens § 5 nr 2 bortfaller imidlertid retten til kompensasjon dersom arbeidstakeren mottar kompensasjon etter funksjonærlovens regler om konkurranse- og kundeklausuler. Dette innebærer at hvis det først er avtalt en konkurranse- og/eller kundeklausul, vil det i utgangspunktet ikke koste arbeidsgiveren noe ekstra å avtale en personalklausul i tillegg.

For øvrig har loven en rekke likhetstrekk med bestemmelsene om konkurranseklausuler og kundeklausuler i den danske funksjonærlovens §§ 18 og 18 a:

- Krav om skriftlighet (lovens § 3 jf funksjonærloven § 18 første ledd tredje punktum og § 18 a annet ledd første punktum)
- Krav om kompensasjon på minimum 50 % av lønnen på fratredelsestidspunktet (lovens § 4 første og annet ledd jf funksjonærloven § 18 første ledd fjerde punktum og § 18 a annet ledd første og annet punktum)

- Reduksjon av rett til kompensasjon ved inntekt fra annet passende arbeid eller ved avskjed (lovens § 4 fjerde ledd og § 5 nr 1 jf funksjonærloven § 18 første ledd siste punktum og tredje ledd første punktum og § 18 a annet ledd femte punktum og tredje ledd)
- Krav om en viss ansettelsestid (lovens § 6 jf funksjonærloven § 18 fjerde ledd og § 18 a fjerde ledd)
- Arbeidsgiver kan si opp personalklausulen (lovens § 7 jf funksjonærloven § 18 annet ledd og § 18 a femte ledd)
- Lovens bestemmelser kan fravikes gjennom tariffavtale (lovens § 9 jf funksjonærloven § 18 femte ledd og § 18 a sjette ledd)

#### 4.4.2 Sverige

I Sverige finnes det ikke uttrykkelige regler om ikke-rekrutteringsklausuler.

#### 4.4.3 Finland

I Finland finnes det ikke uttrykkelige regler om ikke-rekrutteringsklausuler.

### 4.5 Behov for ny regulering – rettspolitisk analyse

#### 4.5.1 Er det behov for ny regulering?

##### 4.5.1.1 Innledning

En ikke-rekrutteringsklausul er som angitt en avtalebestemmelse mellom to parter som karakteriseres ved at den begrenser en avtaleparts muligheter til å rekruttere den andre avtalepartens arbeidstakere. Et særtrekk ved ikke-rekrutteringsklausulene er følgelig at de ikke bare legger begrensninger på avtalepartene, men at de indirekte også får negativ innvirkning på friheten til arbeidstakere som ikke er parter i avtalen som omfatter ikke-rekrutteringsklausulen. En ikke-rekrutteringsklausul kan inngås mellom to virksomheter eller mellom en virksomhet (i egenskap av arbeidsgiver) og en arbeidstaker.

Det er i utgangspunktet ikke forbudt å rekruttere arbeidstakere fra tidligere arbeidsgiver eller fra konkurrerende virksomheter. En rekke bedrifter vil derfor kunne ha et saklig behov for å beskytte seg mot slik rekruttering ved å avtale ikke-rekrutteringsklausuler, eksempelvis i forbindelse med inngåelse av samarbeidsavtaler eller forhandlinger om virksomhetsoverdragelse. Opplysninger innhentet fra ulike arbeidstakerorganisasjoner, resultatene fra NITOs undersøkelse i desember 2006 og Teknas undersøkelse våren 2008, viser at ikke-rekrutteringsklausuler har en viss utbredelse også i det norske arbeidsmarkedet.

Verken ikke-rekrutteringsklausuler mellom virksomheter eller mellom en virksomhet og en arbeidstaker er omfattet av avtaleloven § 38. Per i dag er det bare virksomheter som leier ut

arbeidstakere, som omfattes av forbudet mot ikke-rekrutteringsklausuler i arbeidsmarkedsloven § 27. Ikke-rekrutteringsklausuler vil, utenfor arbeidsmarkedsloven § 27, dermed bare kunne settes til side i medhold av avtaleloven § 36. Avtaleloven kan i utgangspunktet bare påberopes mellom avtalepartene. I forhold til arbeidstaker(ne) som ikke selv er part i avtalen, men som indirekte rammes av ikke-rekrutteringsklausulen, er det avtalerettslige utgangspunkt derimot som nevnt at disse ikke kan påberope seg at avtalen er urimelig etter avtaleloven § 36. Som angitt kan det imidlertid ikke utelukkes at en ikke-rekrutteringsklausul i forhold til arbeidstakerne som rammes, etter omstendighetene kan settes til side fordi den er ”*mot ærbarhet*”, jf N.L. 5-1-2.

En ikke-rekrutteringsklausul vil begrense arbeidstakeres mulighet til å ta annet erverv og har derfor noen av de samme elementene i seg som de tradisjonelle konkurranseklausulene som avtales direkte mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker. Virkningene for arbeidstakerne som rammes vil i praksis kunne være forskjellig. Eksempelvis vil en ikke-rekrutteringsklausul inngått mellom to virksomheter i bransjer med få aktører få større konsekvenser for arbeidstakernes rett til fritt å ta erverv og bruke sin kompetanse, sammenliknet med en tilsvarende avtale i en bransje hvor det er mange aktører. Tilsvarende vil en ikke-rekrutteringsklausul inngått mellom to virksomheter normalt innebære en større praktisk og faktisk begrensning for arbeidstakerne som rammes sammenliknet med en ikke-rekrutteringsklausul inngått mellom en virksomhet og en arbeidstaker, hvor det nødvendigvis vil knytte seg usikkerhet til både om den vil kunne bli aktuell og virkningen.

Vi vil nedenfor i punkt 4.5.1.2 og punkt 4.5.1.3 skille mellom de to forskjellige avtalesituasjonene og redegjøre nærmere for de særlige behov og hensyn som gjør seg gjeldende for henholdsvis ikke-rekrutteringsklausuler mellom virksomheter og mellom en virksomhet og en arbeidstaker.

#### 4.5.1.2 Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter

Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter kjennetegnes ved at de normalt begrenser avtalepartenes adgang til å rekruttere og/eller ansette arbeidstakere fra den andre virksomheten (avtaleparten). Slike ikke-rekrutteringsklausuler vil normalt være inngått som del av en avtale om kjøp og salg av tjenester mellom de samme virksomhetene og forpliktelsen varer normalt så lenge det samme avtaleforholdet løper. En ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom to virksomheter vil således være bindende mellom partene så lenge samarbeidet pågår, mens det motsatte normalt vil være tilfellet for en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom en virksomhet og en arbeidstaker. I sistnevnte tilfelle vil en ikke-rekrutteringsklausul først bli aktuell og forbudet ”utløst” når ”samarbeidet” mellom partene opphører, det vil si når vedkommende arbeidstaker avslutter sitt ansettelsesforhold i virksomheten.

En ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom to virksomheter vil som hovedregel innebære en mer massiv begrensning av arbeidstakernes frihet til å ta annet erverv sammenliknet med en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom en virksomhet og en arbeidstaker. Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom virksomheter får umiddelbar virkning for arbeidstakerne når avtalen er inngått mellom virksomhetene. De vil dessuten hindre ansettelse hos en bestemt virksomhet og ikke bare rekrutteringsfremstøt fra en tidligere kollega. Det må imidlertid tilføyes at hvis ikke-rekrutteringsklausulen er avtalt mellom virksomheter i en bransje med mange aktører, vil de uønskede konsekvenser for arbeidstakerne som rammes kunne være begrenset.

Etter vårt syn er det særlig grunn til å motvirke at ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter blir holdt hemmelig for de arbeidstakere som dermed rammes. Ikke minst fordi arbeidstakerne ikke selv har akseptert å ta ansettelse i en virksomhet med en slik klausul og heller ikke vil være part i avtalen som inneholder klausulen. Hemmeligholdelse av ikke-rekrutteringsklausuler vil også kunne hevdes å være i strid med arbeidsmiljølovens § 14-6 hvoretter arbeidsavtalen skal inneholde opplysninger om forhold av *”vesentlig betydning i arbeidsforholdet”*. Dersom arbeidstaker står overfor to identiske jobbtilbud hvor den ene virksomheten har inngått en ikke-rekrutteringsklausul knyttet til sine ansatte, vil dette kunne være et element ved valg av arbeidsgiver. Tilsvarende kan det hevdes at arbeidstaker – dersom virksomheten inngår en ikke-rekrutteringsklausul etter at ansettelsesforholdet er etablert – skal informeres om klausulen, jf arbeidsmiljøloven § 14-6.

Dersom avtaler om ikke-rekruttering holdes hemmelig, vil det også kunne undergrave tilliten til en saklig ansettelsesprosess i arbeidslivet, eksempelvis dersom en kvalifisert arbeidstaker som 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.

Den danske lov av 12. juni 2008 om arbeidsgivers bruk av ikke-rekrutteringsklausuler, inneholder ikke noe generelt forbud mot avtaler om ikke-rekruttering. Den danske loven stiller vilkår om at arbeidsgiver må inngå skriftlig avtale med de arbeidstakere som indirekte rammes av en ikke-rekrutteringsklausul dersom en avtale om ikke-rekruttering skal være gyldig. Arbeidstakerne kan således motsette seg å akseptere en slik begrensning. Avtalen skal blant annet inneholde informasjon om hvilke begrensninger ikke-rekrutteringsklausulen vil innebære for vedkommende arbeidstaker. I tillegg pålegges arbeidsgiver en vederlagsplikt. Den danske loven bygger således på en forutsetning om at plikten til å inngå individuelle tilleggsavtaler med arbeidstakerne som rammes, kombinert med vederlagsplikten, vil ha som effekt en begrensning av omfanget av ikke-rekrutteringsklausuler. Den danske loven har imidlertid ikke noe ”tak” for varigheten av ikke-rekrutteringsklausuler. Loven regulerer bare varigheten ved kortvarige ansettelsesforhold.

Den danske loven har foreløpig bare virket i ca. 3 måneder. Det er derfor for tidlig å si noe om hvilken effekt den så langt har hatt i det danske arbeidsmarkedet.

Vilkåret om at arbeidstaker må inngå individuelle avtaler med arbeidstakerne som rammes vil trolig effektivt kunne motvirke hemmeligholdelse av ikke-rekrutteringsklausuler. Dette forutsetter imidlertid samtidig at avtalepartene også i praksis respekterer en slik regel og at de ikke praktiserer en (hemmelig) ikke-rekrutteringsklausul selv om vilkårene for å gjøre denne gjeldende overfor arbeidstakeren ikke skulle være oppfylt. I motsatt fall vil det kunne være vanskelig for en arbeidstaker å sannsynliggjøre at avslag på en jobsøknad skyldes at virksomheten forholder seg til en hemmelig ikke-rekrutteringsklausul.

I forhold til problematikken knyttet til hemmelighold av ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom virksomheter, er det sentrale etter vår vurdering at slike avtaler blir transparente overfor de arbeidstakerne som rammes. Det fremstår også lite praktisk dersom arbeidsgiver må inngå avtale med alle arbeidstakere som kan bli rammet. Et krav om individuell avtale med berørte arbeidstakere vil i praksis kunne gjøre det umulig for en arbeidsgiver å inngå en avtale om ikke-rekruttering med en annen virksomhet med virkning for sine arbeidstakere, selv om arbeidsgiver skulle ha saklig behov for



dette. Det bør derfor være tilstrekkelig at arbeidstakerne som rammes blir informert om begrensningene, ikke et krav om at arbeidstakerne også må akseptere dette. Det kan heller ikke utelukkes at et krav om tilleggsavtale mellom arbeidsgiver og de arbeidstakerne som rammes – tilsvarende det danske systemet – vil kunne føre til at enkelte arbeidsgivere vil fortsette å holde slike avtaler hemmelig. Til sammenlikning vises til opplysningene fra arbeidstakerorganisasjonene om at det i dag forekommer avtaler med ikke-rekrutteringsklausuler i strid med arbeidsmarkedsloven § 27. Hvorvidt dette skyldes manglende kunnskap om lovbestemmelsen eller andre forhold har vi imidlertid ikke grunnlag for å mene noe om.

Det finnes i dag ingen bestemmelser om plikt til å betale kompensasjon til de arbeidstakere som rammes av en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom virksomheter. Noen av de hensynene som tilsier en plikt for arbeidsgiver til å yte vederlag ved inngåelse av en konkurranseklausul, vil også tilsi kompensasjon når det avtales en ikke-rekrutteringsklausul. På den annen side vil en ikke-rekrutteringsklausul mellom virksomheter som regel legge langt færre begrensninger på en arbeidstakers handlefrihet.

Det forhold at ikke-rekrutteringsklausuler i dag i utgangspunktet er tillatt, innebærer at det ikke gjelder noen grenser for hvor lenge de kan gjøres gjeldende. Det må imidlertid antas at behovet for slike klausuler vil være størst i perioden like etter at de har fått innsyn i og innblikk i hverandres virksomheter og personell. Det tilsier innføring av grenser for hvor langvarig en ikke-rekrutteringsklausul mellom virksomheter kan gjøres gjeldende.

#### 4.5.1.3 Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker

En ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker kjennetegnes ved at arbeidstakeren normalt innehar en stilling eller posisjon hos arbeidsgiver hvor det vil kunne være en risiko for at vedkommende etter sin fratredelse, etablerer eller søker seg til konkurrerende virksomhet med påfølgende risiko for at vedkommende vil kunne forsøke å rekruttere tidligere kolleger. Det er derfor ikke uvanlig at ikke-rekrutteringsklausuler avtales mellom arbeidsgiver og daglig leder og andre ledende ansatte.

En ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker skiller seg fra tilsvarende avtaler mellom virksomheter idet den førstnevnte klausulen først får virkning når avtaleforholdet mellom partene (arbeidsavtalen) opphører. Så lenge arbeidstakeren er ansatt i virksomheten, plikter arbeidstakeren å avstå fra å rekruttere kolleger med grunnlag i den ulovfestede lojalitetsplikten som gjelder i arbeidsforhold.

Men også mens ikke-rekrutteringsklausulen gjelder (det vil si etter oppsigelsesfristens utløp), vil den ha begrenset betydning for de tidligere kollegaene. De vil således fortsatt på eget initiativ kunne søke seg til den tidligere kollegaens nye arbeidsgiver, idet en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver normalt ikke være til hinder for at arbeidstakerens nye arbeidsgiver ansetter de tidligere kollegaene. En ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver vil derfor normalt få mindre vidtrekkende konsekvenser for de øvrige arbeidstakernes rett til fritt å ta erverv, sammenliknet med en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom to virksomheter. Dette må også tillegges vekt ved vurderingen av hvorvidt det er behov for ny regulering.

I de tilfeller det avtales ikke-rekrutteringsklausuler mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker vil også hensynet til arbeidstakeren (avtaleparten) være relevant. Normalt vil arbeidsgiver være mer profesjonell enn arbeidstaker. Denne forskjellen i styrkeforhold kan tilsi begrensninger i adgangen til å avtale ikke-rekrutteringsklausuler mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker, idet arbeidstakeren vil kunne ha vanskeligheter med å motsette seg en slik klausul dersom den foreslås av arbeidsgiver. På den annen side vil en ikke-rekrutteringsklausul inngått mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver normalt innebære få om noen begrensninger i arbeidstakerens frihet til å ta annet erverv etter at han har avsluttet sitt ansettelsesforhold.

Disse hensynene tilsier at det ikke er et like stort behov for ny regulering av ikke-rekrutteringsklausuler mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker som for ikke-rekrutteringsklausuler mellom virksomheter. Imidlertid innebærer også en ikke-rekrutteringsklausul mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker en begrensning av vedkommende arbeidstaker (avtalepart) adgang til å rekruttere tidligere kolleger etter at han har fratrudd. Både hensynet til avtaleparten selv og til de arbeidstakerne som rammes tilsier derfor at det ikke bør være anledning til å avtale langvarige ikke-rekrutteringsklausuler mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver.

De hensyn som begrunner en vederlagsregel i konkurranseklausulsituasjonene gjør seg ikke gjeldende i forhold til den arbeidstaker som er avtalepart i en ikke-rekrutteringsklausul avtalt med arbeidsgiver. En slik ikke-rekrutteringsklausul vil som nevnt ovenfor innebære få om noen begrensninger i arbeidstakerens frihet til å ta annet erverv etter at han har avsluttet sitt ansettelsesforhold.

I forhold til de arbeidstakere som rammes av en ikke-rekrutteringsklausul mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver vil de samme hensyn som begrunner en vederlagsregel i konkurranseklausul situasjonene være et naturlig utgangspunkt. Imidlertid knytter det seg større usikkerhet til om en slik ikke-rekrutteringsklausul vil kunne bli aktuell samt at slike klausuler normalt ikke vil innebære en like sterk begrensning for arbeidstakernes frihet sammenliknet med ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom virksomheter.

4.5.2 Hvilke begrensninger bør gjelde i adgangen til å avtale og gjøre gjeldende ikke-rekrutteringsklausuler?

4.5.2.1 Forholdet til begrensninger som foreslås innført i adgangen til å avtale konkurranseklausuler

Som det vil fremgå av punkt 4.5.1 ovenfor, tilsier de hensynene som gjør seg gjeldende at det innføres nye regler som begrenser adgangen til å avtale ikke-rekrutteringsklausuler. Behovet for ny regulering er imidlertid forskjellig avhengig av om ikke-rekrutteringsklausulen er avtalt mellom to virksomheter eller mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver. Vi vil derfor i motsetning til den løsningen som er valgt i den danske loven om ikke-rekrutteringsklausuler (jobbklausuler), foreslå at disse typetilfellene reguleres på forskjellig måte.

#### 4.5.2.2 Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter

Da ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter har mer begrensede negative virkninger enn konkurranseklausuler, foreslår vi ikke at det skal stilles krav om særlig grunn for gyldig å kunne avtale slike ikke-rekrutteringsklausuler. Vi foreslår at forbud mot rekruttering av virksomhetenes arbeidstakere begrenses i tid og at det stilles et krav om informasjonsplikt til de arbeidstakerne som rammes.

Det kan muligens av arbeidsmiljøloven § 14-6 (1) utledes en plikt for arbeidsgiver til å informere arbeidstakere som rammes av ikke-rekrutteringsavtaler inngått mellom to virksomheter. En plikt til å informere gjennom arbeidsavtalen om ikke-rekrutteringsavtaler inngått mellom to virksomheter fremstår imidlertid som upraktisk, særlig for virksomheter som har mange arbeidstakere og/eller som inngår flere ikke-rekrutteringsavtaler. Vi foreslår derfor at arbeidsgiver pålegges å informere skriftlig om alle avtaler arbeidsgiver har inngått eller inngår med andre virksomheter som begrenser arbeidstakers muligheter til å ta ansettelse hos annen arbeidsgiver. Manglende oppfyllelse av informasjonsplikten bør få som konsekvens at en ikke-rekrutteringsklausul ikke kan gjøres gjeldende overfor vedkommende arbeidstaker eller avtalepartene imellom. Den danske loven om ikke-rekrutteringsklausuler går lenger enn vårt forslag og stiller vilkår om at arbeidstakeren også må akseptere å være bundet av en slik ikke-rekrutteringsklausul mellom arbeidsgiver og en annen virksomhet. Dette gir i realiteten arbeidstakere en form for vetorett mot ikke-rekrutteringsklausuler mellom virksomheter, noe det etter vårt syn ikke er grunnlag for.

En ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom to virksomheter begrenser arbeidstakernes rett til fritt å ta ansettelse i den andre virksomheten. Vi har derfor vurdert om arbeidsgiver bør pålegges en plikt til å betale vederlag til arbeidstakerne som rammes tilsvarende den modell som er lagt til grunn i den danske lov om jobbklausuler. Vi har under tvil kommet til at arbeidsgiver ikke skal pålegges en vederlagsplikt, dels fordi en slik regel vil kunne åpne for at arbeidstakere som rammes vil kunne påberope seg vederlagsregelen selv om de ikke har hatt til hensikt å søke jobb i den andre virksomheten, og dels fordi en ikke-rekrutteringsklausul mellom to virksomheter innebærer en mindre begrensning av arbeidstakerens rett til fritt å ta erverv sammenliknet med de tradisjonelle konkurranseklausuler.

Selv om vi ikke foreslår en vederlagsplikt, vil en overtredelse av informasjonsplikten kunne straffes etter arbeidsmiljølovens straffebestemmelser.

For å redusere ulempene en ikke-rekrutteringsklausul mellom to virksomheter medfører for arbeidstakerne som rammes, foreslår vi at det oppstilles klare begrensninger med hensyn til hvor lenge en ikke-rekrutteringsklausul kan gjøres gjeldende. Vi foreslår i den forbindelse tre ulike begrensninger. Så snart en av fristene er utløpt, vil ikke-rekrutteringsklausulen bortfalle.

En ikke-rekrutteringsklausul mellom virksomheter vil normalt være foranlediget av en eller annen form for kjøp eller salg av varer og/eller tjenester eller annet samarbeid. Det er bare under samarbeidet mellom partene og tiden umiddelbart etter at en ikke-rekrutteringsklausul fremstår som velbegrunnet. Følgelig bør ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom virksomheter ikke kunne ha varighet ut over 6 måneder etter opphør av avtaleforholdet mellom partene.

Ved særlig langvarige samarbeidsforhold vil en slik begrensning kunne ha liten effekt. En ikke-rekrutteringsklausul bør derfor maksimalt kunne vare i to år regnet fra ikke-rekrutteringsklausulen blir avtalt.

Videre foreslår vi en regel om at en ikke-rekrutteringsklausul uansett ikke kan gjøres gjeldende overfor arbeidstakere i mer enn 6 måneder etter opphør av vedkommendes ansettelsesforhold hos en av partene i ikke-rekrutteringsklausulen. Dersom det går lenger tid enn to år fra ikke-rekrutteringsklausulen ble avtalt til arbeidstakeren fratrer, får seksmånedersfristen ikke betydning da ikke-rekrutteringsklausulen da allerede vil være bortfalt.

Den danske lov om jobbklausuler har ikke tilsvarende regler som begrenser varigheten av ikke-rekrutteringsklausuler.

Vi har vurdert om arbeidsgiver skal pålegges å varsle arbeidstakeren som rammes dersom arbeidsgiver vil gjøre ikke-rekrutteringsklausulen gjeldende etter at ansettelsesforholdet er sagt opp tilsvarende forslaget til regel for konkurranseklausulene. Vi har imidlertid kommet til at en slik bestemmelse ikke vil være hensiktsmessig i forhold til ikke-rekrutteringsklausuler. I en slik situasjon vil arbeidstakeren som regel enten ha sagt opp selv fordi vedkommende har en annen stilling å gå til, eller så vil vedkommende være sagt opp på grunn av virksomhetens forhold og da vil ikke-rekrutteringsklausulen falle bort av den grunn.

De hensyn som legitimerer en ikke-rekrutteringsklausul, gjør seg i liten utstrekning gjeldende i forhold til arbeidstakere som har vært ansatt i kort tid. På denne bakgrunn foreslås innført krav om en viss ansettelsestid tilsvarende den danske lov om jobbklausuler § 6 stk 1, som stiller krav om en minste ansettelsestid på tre måneder for at en ikke-rekrutteringsklausul skal kunne gjøres gjeldende.

Tilsvarende vil de hensyn som legitimerer en ikke-rekrutteringsklausul i liten utstrekning gjøre seg gjeldende når det er arbeidsgivers forhold som leder til arbeidsforholdets opphør. På denne bakgrunn foreslås innført en regel om at ikke-rekrutteringsklausuler ikke kan gjøres gjeldende overfor arbeidstaker der hvor ansettelsesforholdet opphører på grunn av arbeidsgivers forhold, jf reguleringen i avtaleloven § 38 tredje ledd første og andre alternativ for så vidt gjelder konkurranseklausuler.

Et krav om informasjonsplikt bør ikke gjelde dersom ikke-rekrutteringsklausulen inngås mellom virksomheter som forhandler om virksomhetsoverdragelse, tilsvarende den danske lov om jobbklausuler § 8. Her kan det være et særlig behov for konfidensiell behandling. En slik regel skal ikke begrense arbeidsgivers informasjons- og drøftelsesplikt med arbeidstakernes tillitsvalgte, jf. arbeidsmiljøloven § 16-5.

#### 4.5.2.3 Ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker

Da ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker innebærer mindre omfattende begrensninger enn ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom to virksomheter, foreslår vi heller ikke her noe krav om særlig grunn for gyldig å kunne avtale slike ikke-rekrutteringsklausuler. Vi finner dessuten ikke grunnlag for å foreslå et krav om informasjon om slike ikke-rekrutteringsklausuler

til de arbeidstakere som berøres indirekte. Vi foreslår imidlertid at forbud mot rekruttering av virksomhetenes arbeidstakere begrenses i tid.

Vi foreslår at en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver verken utløser noen vederlagsplikt overfor arbeidstakeren som har påtatt seg en ikke-rekrutteringsklausul, eller overfor arbeidstakerne som rammes av ikke-rekrutteringsklausulen. Det vises til begrunnelsen gitt i tilknytning til ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom virksomheter, jf punkt 4.5.2.2 ovenfor. De hensyn som begrunner en vederlagsplikt i forhold til konkurranseklausulene, gjør seg etter vårt syn ikke gjeldende i forhold til en ikke-rekrutteringsavtale inngått mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver. Dette er en annen løsning enn etter den danske lov om jobbklausuler som pålegger arbeidsgiver vederlagsplikt overfor arbeidstakerne som rammes av en ikke-rekrutteringsklausul mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver. Den danske loven har for øvrig ingen vederlagsregel i forhold til den arbeidstaker som påtar seg ikke-rekrutteringsklausulen (avtaleparten).

Vi har vurdert om arbeidsgiver bør pålegges en informasjonsplikt ved inngåelse av ikke-rekrutteringsklausuler med arbeidstakere. Vi har under tvil kommet til at det ikke bør foreslås en slik regel. Dette er dels begrunnet i at en slik klausul først vil være aktuell på det (eventuelt) senere tidspunkt hvor arbeidstakeren fratrer. Hertil kommer at det alene er den aktive rekruttering fra arbeidstakeren som rammes, men andre ord kan øvrige arbeidstakere fritt søke arbeid hos førstnevntes nye arbeidsgiver i ikke-rekrutteringsperioden. Av samme grunn har vi kommet til at arbeidsgiver heller ikke bør pålegges en informasjonsplikt når vedkommende arbeidstaker (avtalepart) måtte fratru.

Videre har vi vurdert om arbeidsgiver bør pålegges å varsle arbeidstaker (avtaleparten) dersom arbeidsgiver vil gjøre ikke-rekrutteringsklausulen gjeldende etter at ansettelsesforholdet er sagt opp, men har kommet til at det ikke er grunnlag for dette.

Vi foreslår at ikke-rekrutteringsklausuler avtalt mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver ikke kan gjøres gjeldende med varighet ut over 6 måneder etter opphør av ansettelsesforholdet til arbeidstakeren (avtaleparten). Dette er en annen løsning enn den danske lov som ikke regulerer varigheten av ikke-rekrutteringsklausuler.

Vi foreslår videre innført en regel om at ikke-rekrutteringsklausuler ikke kan gjøres gjeldende overfor arbeidstakere som har forpliktet seg (avtaleparten) der hvor arbeidsforholdet opphører på grunn av arbeidsgivers forhold, jf reguleringen i avtaleloven § 38 tredje ledd første og andre alternativ for så vidt gjelder konkurranseklausuler. Når det er arbeidsgiveren som har fremtvunget arbeidsforholdets opphør, bør ikke arbeidsgiver kunne håndheve noen konkurransebegrensninger overfor arbeidstakeren. I så fall vil ikke-rekrutteringsklausulen heller ikke kunne gjøres gjeldende i forhold til de arbeidstakerne som ellers ville ha blitt rammet av ikke-rekrutteringsforbudet.

#### 4.5.3 Plassering av nye bestemmelser om ikke-rekrutteringsklausuler

Når det gjelder plasseringen av eventuelle nye bestemmelser om ikke-rekrutteringsklausuler, er det naturlig å se disse bestemmelsene i sammenheng med de reglene vi foreslår vedrørende konkurranseklausuler, jf punkt 2.7.3 ovenfor og kundeklausuler, jf. punkt 3.5.3 ovenfor. Disse bør følges plasseres samme sted, det vil si i et nytt kapittel i arbeidsmiljøloven.

Videre anbefaler vi at eventuelle nye bestemmelser om ikke-rekrutteringsavtaler fordeles på to nye bestemmelser (paragrafer), henholdsvis for avtaler inngått mellom virksomheter og for avtaler inngått mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver.

## 5 OVERGANGSREGLER VED INNFORING AV NYE REGLER

Hvis det innføres nye bestemmelser om konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler avtalt i arbeidsforhold, må det tas stilling til om og eventuelt i hvilken utstrekning slike bestemmelser kan og bør gjelde for klausuler avtalt før bestemmelsene trer i kraft. Den tradisjonelle oppfatningen har vært at ny lovgivning i utgangspunktet ikke kan gripe inn i og endre partenes rettigheter og plikter i etablerte avtaleforhold.

Ved endringen av avtaleloven § 36 i 1983 ble det i forarbeidene lagt til grunn at bestemmelsen kunne gis anvendelse på kontraktsforhold etablert før ikrafttredelsestidspunktet, men som på dette tidspunkt ikke fullt ut var oppfylt. I den forbindelse ble det vist til at den nye lempningsregelen i hovedsak innebar en harmonisering av eksisterende bestemmelser og en lovfesting av rettspraksis, jf Ot.prp. nr. 5 (1982-83) side 43.

De reglene som foreslås innført vedrørende konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler inneholder en rekke krav som er nye i forhold til gjeldende rett. I en viss utstrekning kan nok reglene sies å være en klargjøring av gjeldende rettstilstand. Dersom reglene gis anvendelse fullt ut i forhold til klausuler avtalt før ikrafttredelsen, vil det imidlertid medføre at en rekke klausuler som i dag helt eller delvis er gyldige vil bli satt til side som ugyldige. Det må antas at forbudet mot at lover gis tilbakevirkende kraft i Grunnloven § 97 vil være til hinder for dette.

En presisering av at de nye reglene bare skal gjelde for klausuler avtalt etter ikrafttredelsestidspunktet vil imidlertid heller ikke være uproblematisk. For det første vil man da i lang tid måtte anvende to regelsett, idet gjeldende rettsregler da vil måtte anvendes i forhold til klausuler avtalt før de nye reglene trer i kraft.

Dernest vil det måtte tas stilling når nye klausuler kan sies å være avtalt. Hvis for eksempel en selger blir forfremmet til divisjonsdirektør og mottar en ny ansettelsesavtale som inneholder nøyaktig samme konkurranseklausul som den forrige ansettelsesavtalen, er det da avtalt en ny konkurranseklausul? Denne problemstillingen vil kunne oppstå i en rekke forskjellige varianter.

Det bør derfor vurderes om det i forhold til Grunnloven § 97 vil være adgang til å fastsette en overgangsperiode for konkurranseklausuler som allerede er avtalt. En slik overgangsbestemmelse kan formuleres slik at de nye reglene gjelder fullt ut for konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler som avtales etter ikrafttredelsen. For eldre klausuler kan det fastsettes at de vil være omfattet av de nye reglene fra ett eller to år etter ikrafttredelsen, slik at partene gis anledning til å tilpasse seg de nye bestemmelsene.

I den forbindelse nevner vi at det i agenturloven §§ 42 og 43 ble fastsatt at loven skulle tre i kraft 1. januar 1993, men at agenturavtaler inngått før denne datoen først skulle være omfattet av loven fra 1. januar 1994. Ved innføringen av et nytt forbud mot samarbeid om markedsdeling i den nå opphevede konkurranseloven av 11. juni 1993 nr 65 § 3-3, ble det i forarbeidene uttalt at forbudet først skulle tre i kraft en tid etter at loven ble vedtatt, slik at de ervervsdrivende kunne innrette seg etter dette, jf Ot.prp. nr. 41 (1992-93) side 117. Videre kan det nevnes at den nye danske loven om jobbklausuler trådte i

kraft 1. juli 2008. I utgangspunktet gjelder loven bare for klausuler avtalt etter ikrafttredelsen. Fra 1. juli 2009 gjelder loven imidlertid også for klausuler avtalt før lovens ikrafttredelse.

Men heller ikke en slik overgangsbestemmelse vil være uproblematisk. Dersom partene ikke har foretatt seg noe i tilknytning til en avtalt konkurranseklausul, vil utgangspunktet være at klausulen står seg i den utstrekning de nye vilkårene er oppfylt. Er det avtalt en konkurranseklausul som etter sin ordlyd skal gjelde i to år mot betaling av vederlag som overstiger 50 % av lønnen, så vil klausulen være bindende i ett år. Og er det ikke avtalt noe vederlag, faller klausulen i sin helhet bort.

Et spørsmål som kan oppstå i den forbindelse er hvor arbeidsgiver i overgangsperioden tilbyr seg å betale et vederlag på minst 50 % av lønnen, men hvor arbeidstakeren nekter å inngå noen ny avtale for å kunne hevde at den opprinnelige avtalen ikke tilfredsstillter de nye kravene. I en slik situasjon er vi tilbøyelige til å anta at konkurranseklausulen vil stå seg, idet arbeidstakeren har fått tilbud om et vederlag som er i samsvar med de nye reglenes minimumskrav.



## 6 FORSLAG TIL NYE LOVBESTEMMELSER

På bakgrunn av de delkonklusjonene som er kommet til uttrykk i punkt 2 til 5 ovenfor, foreslås det følgende lovendringer:

1) I arbeidsmiljøloven tilføyes et nytt kapittel 17A med følgende ordlyd:

### **Kapittel 17A. Konkurransbegrensende avtaler i arbeidsforhold**

#### **§ 17A-1. Anvendelsesområde**

(1) Bestemmelsene i dette kapitlet kommer til anvendelse på konkurranseklausuler og kundeklausuler avtalt i arbeidsforhold og som skal gjelde etter arbeidsforholdets opphør samt ikke-rekrutteringsklausuler.

(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-rekrutteringsklausul 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 arbeidstakeres muligheter til å ta ansettelse i en annen virksomhet.

(5) At klausuler ikke faller bort etter bestemmelsene i dette kapitlet, utelukker ikke i seg selv at de kan lempes eller settes til side etter avtaleloven §§ 36 og 38.

#### **§ 17A-2. Vilkår for at en konkurranseklausul skal kunne gjøres gjeldende**

(1) En konkurranseklausul kan bare gjøres gjeldende dersom den er avtalt skriftlig, det foreligger særlige grunner og arbeidstakeren har krav på vederlag for den begrensningen som konkurranseklausulen innebærer.

(2) En konkurranseklausul kan ikke gjøres gjeldende i mer enn ett år regnet fra arbeidsforholdets opphør. Arbeidsforholdet anses for å opphøre ved utløpet av den oppsigelsesfrist som gjelder.

(3) En konkurranseklausul kan ikke gjøres gjeldende dersom arbeidsforholdet opphører som følge av en oppsigelse fra arbeidsgiver, med mindre oppsigelsen er saklig begrunnet i arbeidstakerens forhold. En konkurranseklausul kan heller ikke gjøres gjeldende dersom

arbeidsforholdet opphører som følge av en oppsigelse fra arbeidstaker som er foranlediget av arbeidsgiverens mislighold av forpliktelser i arbeidsforholdet.

(4) Har ansettelsesforholdet vart i mindre enn tre måneder, kan en konkurranseklausul ikke gjøres gjeldende. Har ansettelsesforholdet vart i mellom tre og seks måneder, kan en konkurranseklausul ikke gjøres gjeldende i mer enn seks måneder.

(5) En konkurranseklausul kan bare gjøres gjeldende dersom arbeidsgiveren innen tre uker etter at arbeidsforholdet skriftlig er sagt opp, skriftlig bekrefter overfor arbeidstakeren at konkurranseklausulen vil bli opprettholdt. Dersom slik bekreftelse ikke gis, bortfaller konkurranseklausulen.

### **§ 17A-3. Utfyllende bestemmelser om vederlag**

(1) Vederlaget til arbeidstakeren skal utgjøre minst 50 % av arbeidstakerens lønn på fratredelsestidspunktet og skal utbetales månedlig så lenge konkurranseklausulen gjøres gjeldende.

(2) Arbeidsgiveren kan gjøre fradrag i det vederlaget som skal betales til arbeidstakeren dersom summen av vederlaget og nye arbeidsinntekter overstiger den lønnen arbeidstakeren hadde ved arbeidsforholdets opphør. Fradrag kan gjøres med halvparten av det overskytende beløpet. En arbeidstaker som er underlagt en konkurranseklausul, er forpliktet til å opplyse den tidligere arbeidsgiveren om sine arbeidsinntekter i perioden konkurranseklausulen gjøres gjeldende.

(3) En arbeidsgiver kan til enhver tid si opp en konkurranseklausul med tre måneders skriftlig varsel regnet fra den første dag i måneden etter at oppsigelsen kom frem til arbeidstakeren. En unnlattelse av å sende skriftlig bekreftelse som angitt i § 17A-2 femte ledd skal regnes som en oppsigelse.

(4) Dersom en arbeidstaker blir avskjediget, bortfaller arbeidstakerens krav på vederlag, men ikke konkurranseklausulen.

### **§ 17A-4. Vilkår for at en kundeklausul skal kunne gjøres gjeldende**

(1) En kundeklausul kan bare gjøres gjeldende dersom den er avtalt skriftlig og arbeidstakeren har krav på vederlag for den begrensningen som kundeklausulen innebærer.

(2) En kundeklausul kan bare gjøres gjeldende i forhold til kunder som arbeidstakeren selv har hatt en ervervsmessig kontakt med gjennom arbeidsforholdet i løpet av det siste året før oppsigelsen. Både eksisterende, tidligere og potensielle forretningsforbindelser vil kunne utgjøre kunder etter denne bestemmelsen.

(3) Bestemmelsene i §§ 17A-2 annet til femte ledd og 17A-3 gjelder tilsvarende for kundeklausuler. Dersom det er avtalt en konkurranseklausul som gir arbeidstakeren rett til

vederlag, har arbeidstakeren ikke krav på ytterligere vederlag for den begrensningen som kundeklausulen innebærer.

**§ 17A-5. Vilkår for at en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom arbeidsgiver og andre virksomheter skal kunne gjøres gjeldende**

(1) En ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom arbeidsgiver og andre virksomheter kan bare gjøres gjeldende overfor arbeidstakere som rammes dersom arbeidsgiveren har informert arbeidstakerne skriftlig om hvordan arbeidstakerens ervervsmuligheter begrenses av ikke-rekrutteringsklausulen.

(2) En ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom arbeidsgiver og andre virksomheter kan ikke gjøres gjeldende i mer enn:

- a) to år fra ikke-rekrutteringsklausulen ble avtalt,
- b) seks måneder fra det samarbeidet som foranlediget ikke-rekrutteringsklausulen opphørte, eller
- c) seks måneder regnet fra opphøret av vedkommende arbeidstakers arbeidsforhold.

(3) En ikke-rekrutteringsklausul kan ikke gjøres gjeldende overfor arbeidstaker som har vært ansatt i tre måneder eller kortere tid hos arbeidsgiver.

(4) Arbeidsgiver kan i forbindelse med forhandlinger om virksomhetsoverdragelse, inngå en ikke-rekrutteringsklausul uten at kravene i første ledd må være oppfylt.

(5) § 17A-2 tredje ledd gjelder tilsvarende for ikke-rekrutteringsklausuler omhandlet i denne bestemmelsen.

**§ 17A-6. Vilkår for at en ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker skal kunne gjøres gjeldende**

(1) En ikke-rekrutteringsklausul avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker kan bare gjøres gjeldende dersom den er avtalt skriftlig og i inntil seks måneder etter opphøret av arbeidstakerens arbeidsforhold.

(2) En ikke-rekrutteringsklausul kan ikke gjøres gjeldende overfor arbeidstaker som har vært ansatt i tre måneder eller kortere tid hos arbeidsgiver.

(3) § 17A-2 tredje ledd gjelder tilsvarende for ikke-rekrutteringsklausuler omhandlet i denne bestemmelsen.

**§ 17A-7. Ikrafttredelse og overgangsregler**

(1) Bestemmelsene i dette kapittelet trer i kraft 1. januar 2010 og gjelder for avtaler inngått på eller etter denne datoen.

(2) For avtaler inngått før 1. januar 2010, gjelder bestemmelsene i dette kapitlet fra 1. januar 2011 [alternativt 2012].

2) Avtaleloven § 38 gis følgende ordlyd:

Har noen forpliktet seg til ikke å drive virksomhet av en viss art eller ta ansettelse hos en arbeidsgiver som driver 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.