

16. august 2006

## NOTAT

### Forslag om lovgivning mod non-solicitationsaftaler

---

#### 1. Resumé

Et stigende antal ingeniører (og andre ansatte) fanges i fortrolige forretningsaftaler, der hindrer jobskifte. I værste fald kan aftalerne udelukke dem fra arbejdsmarkedet i en længere periode, hvis de får opsagt deres job uden at kunne tiltræde det nye job. Det skyldes, at de såkaldte non-solicitationsaftaler også kaldet tredjemandsaftaler nu er begyndt at brede sig som alternativ til de kendte kunde- og konkurrenceklausuler. Senest viser en dom fra Sø- og Handelsretten fra 28. juli 2006, at en virksomhed i IT-branchen anvender sådanne aftaler, og at der i en division af virksomheden er 300 samarbejdspartnere, som har skrevet under på en standardkontrakt indeholdende et ansættelsesforbud, som gælder samtlige medarbejdere i virksomheden.

Med non-solicitationsaftaler forpligter arbejdsgivere sig over for samarbejdspartnere til ikke at ansætte hinandens medarbejdere. Det sker uden at medarbejderne informeres herom eller får en godtgørelse, sådan som det kendes fra konkurrenceklausulerne. Der informeres og skal medarbejderne acceptere klausulen ved ansættelsen i modsætning til non-solicitationsaftalerne, selvom de i praksis virker på fuldstændigt samme måde. De hindrer således begge medarbejderen i frit at søge anden ansættelse.

Selvom IDA og andre faglige organisationer ser flere af den slags sager, er det formentlig kun toppen af isbjerget. Aftalerne er jo i sagtens natur hemmelige. Det er ofte på grund af hemmeligholdelsen svært at bevise, at nogen har lidt skade - altså er nægtet ansættelse på baggrund af en af de fortrolige aftaler. Det opdages jo sjældent. Konstruktionen virker derfor som et forsøg på at omgå funktionærloven, der siger, at konkurrenceklausuler skal laves skriftligt med den pågældende medarbejder, at de kun må omfatte særligt betroede medarbejdere, og at der skal være kompensation.

Hertil må non-solicitationsaftalerne samtidig siges at hæmme konkurrencen om arbejdskraft i lighed med fx ulovlige pris aftaler, hvilket derfor må anses for ligeledes at stride mod konkurrence-lovgivningen.

Denne omgåelse må selvfølgelig standses. Derfor har IDA, efter forgæves at have søgt en dialog med Konkurrencestyrelsen om en løsning på sagen og efter at Beskæftigelsesministeriet har afvist at gøre noget, nu udarbejdet et forslag til to lovbestemmelser i henholdsvis Funktionærloven og Markedsføringsloven,, der eksplicit og effektive vil ulovliggøre non-solicitationsaftalerne.

## 2. Baggrund

Igennem de senere år har IDA fået en del henvendelser fra medlemmerne vedrørende tredjemandsaftaler, - også benævnt som non-solicitationsaftaler. Det er sager, hvor en arbejdsgiver har en aftale med samarbejdspartnere som fx virksomhedens leverandører, kunder og/eller konkurrenter om at de ikke vil ansætte hinandens medarbejdere. Aftalerne er hemmelige og de berørte medarbejdere har således ikke under ansættelsen kendskab til aftalernes eksistens og rækkevidde, men erfarer eventuelt erhvervsbegrænsningen i forbindelse med jobskifte.

Ofte indgår en aftale dog ikke i begrundelsen for et afslag og kommer således slet ikke frem, selv om aftalen er den virkelige årsag til, at et jobskifte ikke kan effektueres. Effekten kan dog også være, at det samtidig kommer arbejdsgiveren for øre, at man har søgt et job i en anden virksomhed. Det kan i sig selv give ubehageligheder, når man er tvunget til at fortsætte i samme job.

Effekten er under alle omstændigheder, at medarbejderen stavnsbindes til sit job uden muligheder for at skifte til et lignende job i samme branche. Det er selvfølgelig uheldigt og karrierehæmmende for den enkelte ingeniører. Men det er også et samfundsproblem, at mobiliteten på arbejdsmarkedet på den måde hæmmes. Stor mobilitet er vigtig, da det øger vidensspredning og innovationsevnen hos danske virksomheder. Den viden og kompetence den enkelte besidder og dermed tager med i sit næste job er således en af de vigtigste kilder til innovation og spredning af viden. Det viser talrige danske undersøgelser. Indskrænkning i arbejdskraftens mobilitet er derfor uønskelig for at fremme erhvervslivets innovations- og konkurrenceevne.

Det er samtidig IDA's vurdering, at non-solicitationsaftaler er en omgåelse af klausulreglerne i funktionærloven og en overtrædelse af ansættelsesbevisloven, da det ikke fremgår af ansættelsesbeviset, at den ansatte er underlagt en sådan aftale. Herudover vil tredjemandsaftaler konkret kunne være i strid med konkurrencelovgivningen og EU's bestemmelser om arbejdskraftens frie bevægelighed. Og endelig er stor mobilitet en væsentlig samfundsmæssig gevinst, hvilket aftalerne lægger en hindring for.

IDA tager derfor skarp afstand fra disse typer af aftaler, hvis udbredelse skal hindres. IDA foreslår derfor en præcisering af lovgivningen for at tydeliggøre, at aftalerne er forbudte, og målet om at holde på viden og medarbejdere i relation til konkurrenter alternativt retligt set kun må ske gennem eksplicite klausuler i medarbejderens kontrakt, der samtidig fastlægger en betaling til medarbejderen for at acceptere en begrænsning i jobsøgningsmulighederne.

## 3. Forsøg på løsninger

IDA har først på året rettet henvendelse til Konkurrencestyrelsen med henblik på at afholde et møde vedrørende den konkurrenceretlige holdbarhed af non-solicitationaftaler. Det skete, da Beskæftigelsesministeren tidligere afviste, at lovgivning på området skulle være en løsning på problemstillingen, da der som udgangspunkt er tale om hemmelige aftaler.

I november 2004 stillede det Radikale Venstres daværende arbejdsmarkedsordfører, Ida Jørgensen, et §20 spørgsmål til Beskæftigelsesministeren vedrørende non-solicitations-aftalers lovmedholdelighed i forhold til konkurrenceloven § 7 stk. 2, nr. 2, hvorefter særligt grelle konkurrencebegrænsende forhold er forbudt, uanset de kun vedrører et yderst begrænset del af markedet. Beskæftigelsesministeren oversendte spørgsmålet til Økonomi- og Erhvervsministeriet, der indhentede en udtalelse fra Konkurrencestyrelsen. Konkurrencestyrelsen afviste, at § 7 stk. 2, nr.2 kan finde anvendelse, men anførte at non-solicitationsaftaler derimod kan være omfattet af konkurren-

celoven § 6, stk.1, hvorefter det er forbudt for virksomheder at indgå aftaler, der begrænser konkurrencen. Dette, samt at Beskæftigelsesministeriet ikke fandt det muligt at lovgive om hemmelige aftaler, når nu de var hemmelige, fik ministeriet til at konkludere, at man ikke ville forfølge sagen yderligere.

IDA rettede derfor henvendelse til Konkurrencestyrelsen med henblik på en drøftelse af erfaringerne med non-solicitationaftaler. IDA ønskede således mulighed for ved påvirkning ad denne vej at få draget Beskæftigelsesministeriets hidtidige afvisning af sagen i tvivl, og derved give et grundlag for et lovindgreb.

Desværre var Konkurrencestyrelsen ikke interesseret i et møde med IDA. De henviste til, at de ikke har faktuelle oplysninger om, at det er et konkurrenceretligt problem, og at de ikke har kendskab til eller formodning om, at der skulle være sket overtrædelse af konkurrencelovgivningen vedrørende sådanne aftaler. Konkurrencestyrelsen henviste i stedet til, at såfremt IDA får sager på området, må vi klage til dem.

IDA har for tiden ikke en sag, som egner sig til en klage. Det fordrer bl.a., at den skadeslidte medarbejder, som har fået et problem med en hemmelig non-solicitationsaftale, er indforstået med, at IDA rejser en sag for brud på medarbejderens rettigheder. I sagens natur er medarbejderen ofte fortsat beskæftiget i den virksomhed, som har haft arrangementet. Det vil derfor være vanskeligt for det daglige samarbejde, hvis medarbejderen samtidig kører en sag mod sin nuværende arbejdsgiver.

IDA følger naturligvis med i, hvis en sådan sag skulle opstå, og koordinerer bl.a. derom med de øvrige faglige organisationer, der kan have lignende problemstillinger. Der er dog nu med Sø- og Handelsrettens dom af 28. juli 2006 (H-66-05) skabt dokumentation for, at aftalerne faktisk praktiseres, sådan som IDA har fremført. I den pågældende sag har virksomheden WM-data søgt at håndhæve en non-solicitationsaftale, der hindrer en anden virksomhed indenfor IT-branchen i at ansætte medarbejdere fra WM-data. Den anden virksomhed blev idømt en konventionalbod for brud på aftalen. Det fremgår af dommen, at WM-data anvender disse aftaler som standard i deres konsulentrammeaftaler, og at der alene i en af virksomhedens divisioner er 300 samarbejdspartnere, som har skrevet under på en standardkontrakt indeholdende et ansættelsesforbud, som gælder samtlige medarbejdere i WM-data. Og det er IDAs vurdering og erfaring, at denne type aftaler ikke er usædvanlige.

IDA har derfor udarbejdet et lovteknisk løsningsforslag, som IDA agter at drøfte med de politiske partier i håb om, at det kan fremsættes i folketinget og vedtages, for således effektivt at fremme en adfærdsændring blandt virksomheder, så de ikke omgår funktionærlovens bestemmelser.

#### **4. To nye paragraffer i funktionær- og markedsføringsloven.**

IDA's forslag til at lovregulere området er formuleret på følgende måde som forslag til ændring af funktionærloven samt markedsføringsloven:

##### Ny funktionærlov § 18b:

*Aftaler mellem arbejdsgivere, der har virkning som konkurrence- og kundeklausuler jf. §§ 18 og 18a er omfattet af reglerne i §§18 og 18a.*

*Stk.2: Såfremt aftaler af denne karakter alligevel indgås mellem arbejdsgivere uden iagttagelse af reglerne i §§ 18 og 18a kan funktionæren tilkendes en godtgørelse ved domstolene.*

*Stk. 3: Godtgørelsen jf. stk 2 fastsættes uden hensyntagen til funktionærens ansættelsestid og sagens omstændigheder i øvrigt.*

Og

#### Ny markedsføringslov § 19a

*Såfremt to eller flere erhvervsdrivende indgår aftaler om ikke at ansætte hinandens medarbejdere, straffes de involverede parter med bøde.*

*Stk.2.: Ved udmåling af straf skal der ved fastsættelse af bødens størrelse udover de almindelige regler i straffeloven kapitel 10 tages hensyn til den juridiske persons omsætning det seneste år forud for domsafsigelsen eller udstedelsen af et bødeforelæg. Hemmeligholdelsen af en sådan aftale for de erhvervsdrivendes medarbejdere betegnes i øvrigt som en skærpende omstændighed i forbindelse med strafudmålingen.*

## **5. Bemærkninger til udkastet til lovbestemmelse**

Formålet med ovennævnte bestemmelser er at undgå, at 2 eller flere erhvervsdrivende indgår aftaler med hinanden, der begrænser deres medarbejders erhvervsfrihed, uden at disse er bekendt hermed, de såkaldte non-solicitation- eller tredjemandsaftaler.

En non-solicitationsaftale kan defineres som en aftale mellem to eller flere virksomheder om ikke at ansætte hinandens medarbejdere. I nogle tilfælde er det kun den ene virksomhed, der ikke må ansætte den anden virksomheds medarbejdere, mens det i andre tilfælde er begge virksomheder, der gensidigt ikke må ansætte hinandens medarbejdere.

En non-solicitationsaftale kan også være en aftale mellem en leverandør (arbejdsgiver) af f.eks. tjenesteydelser og en kunde, om at kunden ikke må ansætte leverandørens (arbejdsgiverens) medarbejdere.

Sådanne aftaler anses som omgåelse af funktionærloven §§ 18 og 18a i funktionærloven vedrørende konkurrence- og kundeklausuler. I flg. disse bestemmelser, kan aftaler om konkurrence- og kundeklausuler alene indgås gyldigt, såfremt de fremgår af en skriftlig aftale mellem parterne og der er aftalt en kompensation for påtagelsen af disse. Ved at arbejdsgiveren indgår en non-solicitationsaftale med en anden arbejdsgiver, opnås samme forpligtelse for funktionæren. Forskellene er, at funktionæren ikke ved, at der er indgået en aftale, og at funktionæren ikke modtager kompensation for non-solicitationsaftalen, der reelt har virkning som en kundeklausul.

IDA finder det yderst vigtigt, at begge juridiske enheder straffes, da begge parter således initieres til at undlade at indgå sådanne aftaler. Det viser sig i praksis, at det kan være vanskeligt uden en særlig bestemmelse at rejse et krav mod andre end ens arbejdsgiver, med mindre der foreligger et dokumenteret tab.

IDA finder endvidere, at en hemmeligholdelse af en sådan aftale overfor medarbejderne skal udgøre en skærpende ved strafudmåling, da hemmeligholdelsen kommer bag på medarbejderne, som velbegrunder tror, at der er en fri adgang til at få ansættelse hos andre virksomheder. En følge af

hemmeligholdelsen er, at den fortrolighed, der normalt ville gælde, hvis en medarbejder søger andet arbejde, undermineres. Dette skyldes, at den oprindelige arbejdsgiver på grund af non-solicitationsaftalen bliver vidende om, at medarbejderen aktuelt søger nyt arbejde hos den anden virksomhed. Et konkret eksempel herpå, er hvor en medarbejder har søgt nyt job, og efterfølgende bliver konfronteret af sin leder om at han har søgt væk, og dette uden at medarbejderen har hørt yderligere fra den potentielle nye arbejdsgiver.

Det skal endvidere understreges at en non-solicitationsaftale i en konkret situation kan begrænse konkurrencen mellem virksomheder i Danmark, og den vil derfor være i strid med konkurrencelovens § 6, som forbyder virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Såfremt en virksomhed udnytter sin dominerende stilling på markedet til at fastsætte en non-solicitationsaftale over for en anden virksomhed, kan non-solicitationsaftalen være i strid med konkurrencelovens § 11. § 11 forbyder virksomheder at misbruge deres dominerende stilling. Det er derfor IDAs holdning, at non-solicitationsaftaler på samme måder som karteller skal ulovliggøres samt at de implicerede parter straffes med bøder.

Da medarbejdere endvidere berøres af sådanne aftaler, bør de ligeledes tilkendes en godtgørelse, idet de potentielt og aktuelt kan miste en erhvervs mulighed grundet disse aftaler.

Baggrunden for nærværende forslag, er ligeledes, at det er IDAs opfattelse, at anvendelse af non-solicitationsaftaler er stærkt betænkelig, da der efter vores opfattelse er tale om aftaler i strid med funktionærloven § 18a. Hertil kommer, at benyttelse af non-solicitationsaftaler kan medføre, at medarbejderens faglige færdigheder og spidskompetencer går tabt til ulempe for på den ene side medarbejderen, der ikke opnår personlig og faglig tilfredsstillelse, og på den anden side for arbejdsgiverne, det vil have svært ved at rekruttere kvalificeret arbejdskraft.

Anvendelsen strider således mod ændringen af funktionærloven i 1999, hvor hovedformålet var at begrænse antallet af erhvervsbegrænsende klausuler, så mobiliteten og fleksibiliteten på det danske arbejdsmarked bevares og sikres. Mobilitet og fleksibilitet til glæde for både medarbejder, der frit kan søge beskæftigelse og for arbejdsgiver, der kan rekruttere kvalificeret arbejdskraft.

-----

## **Bilag: Teknisk definition af Non-solicitationsaftaler**

---

### **Definition:**

En non-solicitationsaftale kan defineres som en aftale mellem to eller flere virksomheder om ikke at ansætte hinandens medarbejdere. I nogle tilfælde er det kun den ene virksomhed, der ikke må ansætte den anden virksomheds medarbejdere, mens det i andre tilfælde er begge virksomheder, der gensidigt ikke må ansætte hinandens medarbejdere.

En non-solicitationsaftale kan også være en aftale mellem en leverandør (arbejdsgiver) af f.eks. tjenesteydelser og en kunde, om at kunden ikke må ansætte leverandørens (arbejdsgiverens) medarbejdere.

### **Baggrund:**

Non-solicitationsaftalerne anvendes i en lang række brancher også inden for ingeniørbranchen. IDA bliver opmærksom på aftalerne gennem henvendelser fra medlemmer, der oplever dem som yderst problematiske.

### **Problemstillinger:**

1. Non-solicitationsaftaler er typisk hemmeligholdte for medarbejderne.
2. Medarbejderne er bundet af en aftale, de ikke selv er part i eller har haft indflydelse på.
3. Anvendelse af aftalerne kan være en omgåelse af funktionærlovens § 18a om kundeklausuler.
4. Non-solicitationsaftaler kan være i strid med konkurrenceloven.
5. Non-solicitationsaftaler bør fremgå af medarbejderens ansættelsesbevis.

### **Ad. 1. Non-solicitationsaftaler er hemmeligholdte for medarbejderne**

Hemmeligholdelsen kommer bag på medarbejderne, som velbegrundet tror, at der er en fri adgang til at få ansættelse hos andre virksomheder. En følge af hemmeligholdelsen er, at den fortrolighed, der normalt ville gælde, hvis en medarbejder søger andet arbejde, undermineres. Dette skyldes, at den oprindelige arbejdsgiver på grund af non-solicitationsaftalen bliver vidende om, at medarbejderen aktuelt søger nyt arbejde hos den anden virksomhed.

### **Ad. 2. Medarbejderne er bundet af en aftale, de ikke selv er part i eller har haft indflydelse på**

Non-solicitationsaftaler er karakteriseret ved at være en aftale mellem to virksomheder, der begrænser beskæftigelsesmulighederne for medarbejderen, uden at denne er part i aftalen. Denne konstruktion strider mod det grundlæggende princip i dansk ret, at aftalparter ikke har kompetence til at disponere med virkning for tredjemand (medarbejderen). Det strider mod gængs opfattelse, at andre kan indgå aftaler, der begrænser beskæftigelsesmulighederne for medarbejderen, uden at denne er en del af aftalen.

### **Ad. 3. Anvendelse af aftalerne kan være en omgåelse af funktionærlovens § 18a om kundeklausuler**

En kundeklausul er karakteriseret ved en forpligtelse for funktionæren til ikke at tage ansættelse hos en navngiven virksomhed. Efter funktionærlovens § 18a skal der betales en kompensation, for den periode kundeklausulen løber. Kompensationen skal som minimum udgøre 50 % af lønnen på fratrædelsestidspunktet pr. måned.

Ved at arbejdsgiveren indgår en non-solicitationsaftale med en anden arbejdsgiver, opnås samme forpligtelse for funktionæren. Forskellene er, at funktionæren ikke ved, at der er indgået en aftale, og at funktionæren ikke modtager kompensation for non-solicitationsaftalen, der reelt har virkning som en kundeklausul.

#### **Ad. 4. Non-solicitationsaftaler kan være i strid med konkurrenceloven**

En non-solicitationsaftale kan i en konkret situation begrænse konkurrencen mellem virksomheder i Danmark, og den vil derfor være i strid med konkurrencelovens § 6, som forbyder virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. Såfremt en virksomhed udnytter sin dominerende stilling på markedet til at fastsætte en non-solicitationsaftale over for en anden virksomhed, kan non-solicitationsaftalen være i strid med konkurrencelovens § 11. § 11 forbyder virksomheder at misbruge deres dominerende stilling.

#### **Ad. 5. Non-solicitationsaftaler bør fremgå af medarbejderens ansættelsesbevis**

Ansættelsesbevisloven fastslår, at arbejdsgiveren skal oplyse medarbejderen om alle væsentlige vilkår for ansættelsesforholdet. Der er ingen tvivl om, at en kundeklausul vil være et væsentligt vilkår, der skal fremgå af ansættelsesbeviset. Eftersom non-solicitationsaftalen reelt har virkning som en kundeklausul, bør også en non-solicitationsaftale fremgå af medarbejderens ansættelsesbevis.