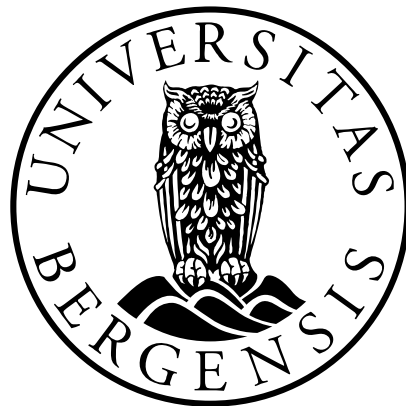


# Arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet under permittering

*Gjelder lojalitetsplikten og konkurranseklausuler fullt ut ved permittering?*

Kandidatnummer: 177

Antall ord: 14 949



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2020

# Innholdsfortegnelse

<b>1. Innledning</b> .....	<b>4</b>
<b>1.1. Tema og aktualitet</b> .....	<b>4</b>
<b>1.2. Rettskildebilde</b> .....	<b>6</b>
<b>1.3. Avgrensninger</b> .....	<b>7</b>
<b>1.4. Videre fremstilling</b> .....	<b>8</b>
<b>2. Lojalitetsplikten og konkurranseklausuler</b> .....	<b>9</b>
<b>2.1. Innledning</b> .....	<b>9</b>
<b>2.2. Lojalitetsplikten</b> .....	<b>9</b>
2.2.1. Hva er lojalitetsplikten? .....	9
2.2.2. Arbeidstakers lojalitetsplikt som skranke for konkurrerende virksomhet.....	10
<b>2.3. Konkurranseklausuler</b> .....	<b>11</b>
2.3.1. Hva er en konkurranseklausul? .....	11
2.3.2. Hvilket innhold kan en konkurranseklausul ha?.....	12
<b>2.4. Forholdet mellom lojalitetsplikten og konkurranseklausuler</b> .....	<b>13</b>
<b>3. Permittering</b> .....	<b>15</b>
<b>3.1. Innledning</b> .....	<b>15</b>
<b>3.2. Hva er permittering?</b> .....	<b>15</b>
<b>3.3. Historikk og hjemmel for permittering</b> .....	<b>16</b>
<b>3.4. Vilkårene for permittering</b> .....	<b>17</b>
<b>3.5. Opsigelse vs. permittering</b> .....	<b>18</b>
<b>4. Konkurrerende virksomhet under permittering</b> .....	<b>21</b>
<b>4.1. Rettstilstanden i dag</b> .....	<b>21</b>
<b>4.2. Kommer konkurranseklausuler til anvendelse under permittering?</b> .....	<b>22</b>
4.2.1. Rettslig utgangspunkt .....	22
4.2.2. Må en avtalt konkurranseklausul gjøres gjeldende?.....	22
4.2.3. Saklig begrunnet i arbeidstakers forhold .....	23
4.2.4. Arbeidstakers opplysningsplikt.....	24
4.2.5. Økonomisk kompensasjon.....	24
4.2.6. Arbeidstakers konkurransesensitive informasjon som grunnlag for permittering.....	25
4.2.7. Fra hvilket tidspunkt kan en konkurranseklausul gjøres gjeldende? .....	27
4.2.8. Forskjell på hel eller delvis permittering? .....	28
4.2.9. Konklusjon .....	29
<b>4.3. Lojalitetspliktens begrensning av permitterte arbeidstakers konkurrerende virksomhet</b> .....	<b>30</b>
4.3.1. Innledning .....	30
4.3.2. Avtale om konkurrerende virksomhet .....	30
4.3.3. Arbeidstakers adgang til å påta seg bierverv .....	31

4.3.4.	Faktisk konkurranse og interessekonflikt .....	32
4.3.5.	Forholdet til Trygdeloven – plikt til å være arbeidssøkende.....	33
4.3.6.	Forberedelse til konkurrerende virksomhet .....	35
4.3.7.	Lojalitetsplikten for arbeidstakere i ledende stillinger.....	38
4.3.8.	Forskjell på hel eller delvis permittering? .....	39
4.3.9.	Virkningen av brudd på lojalitetsplikten .....	40
4.3.10.	Manglende kompensasjon.....	41
4.3.11.	Konklusjon.....	42
<b>5.</b>	<b>Avsluttende bemerkninger .....</b>	<b>43</b>
<b>6.</b>	<b>Kildeliste.....</b>	<b>45</b>
<b>6.1.</b>	<b>Lovregister.....</b>	<b>45</b>
<b>6.2.</b>	<b>Forarbeid.....</b>	<b>45</b>
<b>6.3.</b>	<b>Rettspraksis.....</b>	<b>45</b>
6.3.1.	Høyesterettspraksis .....	45
6.3.2.	Arbeidsrettens dommer .....	46
6.3.3.	Underrettsavgjørelser.....	46
<b>6.4.</b>	<b>Litteratur .....</b>	<b>46</b>
6.4.1.	Bøker.....	46
6.4.2.	Artikler .....	47
<b>6.5.</b>	<b>Annet .....</b>	<b>47</b>

# 1. Innledning

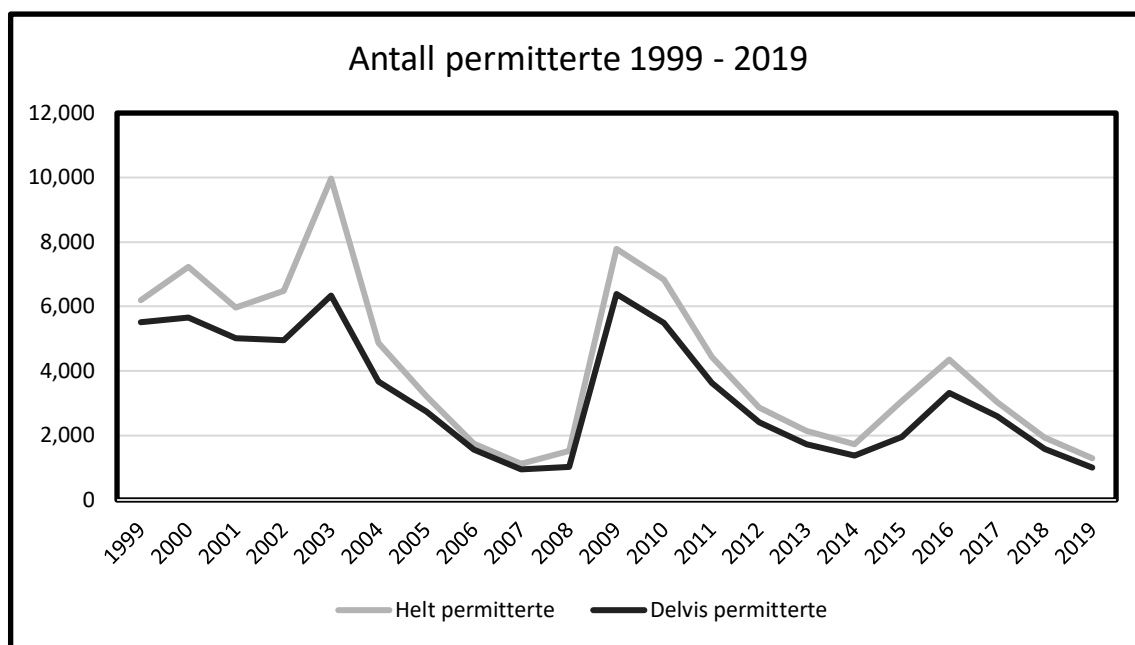
## 1.1. Tema og aktualitet

I næringslivet er det stor konkurranse innad i hver enkelt bransje. For å være et ledende firma er det viktig å ha et godt rykte, lojale kunder og ikke minst, dyktige ansatte. Hvert firma har sine egne suksessfaktorer og er avhengig av at deres spesielle kunnskap på et område forblir innad i bedriften. For å verne om bedriften har arbeidsgiver et sterkt behov for å kunne beskytte seg mot konkurranse fra sine ansatte både under og etter endt arbeidsforhold. Den alminnelige lojalitetsplikten beskytter arbeidsgiver mot slik konkurranse. Videre har arbeidsgiver adgang til å avtale konkurranseklausuler for å ytterligere begrense arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet.

I perioder hvor arbeidsgiver har utfordringer med å sysselsette alle sine arbeidstakere på en økonomisk forsvarlig måte vil det kunne være behov for å si opp noen av de ansatte. Anser arbeidsgiver den utfordrende perioden som forbigående, kan det være et alternativ å permittere en eller flere arbeidstakere. Arbeidsgivere benytter seg tidvis av permittering for å unngå lønnsplikt i nedgangstider. Dersom dette virkemiddelet benyttes, unngår arbeidsgiver å måtte si opp de aktuelle arbeidstakerne fra sin stilling. Dette kan være en gunstig ordning både for bedriften og den ansatte. Likevel medfører permittering en lavere inntekt og permitterte arbeidstakere kan derfor ha behov for å skaffe seg annet arbeid under permitteringsperioden. For noen arbeidstakere vil det da være nærliggende å finne arbeid innenfor den bransjen hvor de allerede har erfaring. Et problem som kan oppstå da, er at ekstraarbeidet den permitterte arbeidstakeren påtar seg kan være i konkurranse med den virksomheten arbeidstakeren er permittert fra. Et sentralt spørsmål som da oppstår, er om lojalitetsplikten og/eller eventuelle avtalte konkurranseklausuler vil kunne hindre den permitterte arbeidstakeren i å ta på seg slikt ekstra arbeid i permitteringsperioden. Det er på det rene at arbeidstakers mulighet til å drive konkurrerende virksomhet normalt er begrenset av lojalitetsplikten og avtalefestede restriksjoner. Rettstilstanden for permitteringstilfellene er imidlertid uavklart. Mer konkret er derfor problemstillingen for denne oppgaven om lojalitetsplikten og konkurranseklausuler gjelder fullt ut ved permittering.

Problemstillingen vil være relevant for mange permitterte arbeidstakere som ønsker å finne seg arbeid i permitteringsperioden, uavhengig av om de ønsker å kunne gå tilbake til arbeidsplassen de er permittert fra ved utløpet av permitteringsperioden. Videre vil det være relevant for arbeidsgivere å få fastsatt i hvilken grad de kan hindre sine permitterte arbeidstakere fra å drive konkurrerende virksomhet.

Permitteringer har vært en etablert ordning i norsk arbeidsliv siden tidlig 1900-tallet. Likevel ser vi store svingninger i antall arbeidstakere som blir permittert hvert år. I tabellen nedenfor ser vi at det har vært mellom 1 013 og 9 968 permitterte arbeidstakere de siste ti årene. Etter utbruddet av Covid-19 er det betydelig flere arbeidstakere som har blitt permitterte enn tidligere. I mars 2020 alene var det hele 184 484 arbeidstakere som var permittert.<sup>1</sup>



Tabell etter tall fra Nav.<sup>2</sup>

Permitteringsinstituttet startet som en ordning i fabrikker som holdt stengt i forbindelse med ferier og har i senere tid i hovedsak blitt anvendt for industri, bygg og anleggsbransjen, samt transport og lagring.<sup>3</sup> I slike bransjer har arbeidsgivere generelt lite behov for å kunne beskytte seg mot at arbeidstakerne går over til konkurrerende virksomhet, da de ansatte vanligvis ikke innehar konkurransesensitiv informasjon. Dette bildet har senere endret seg og permittering er blitt et vanligere virkemiddel uavhengig av bransje. Etter utbruddet av Covid-19 har også flere arbeidsgivere sett seg tvunget til å benytte seg av permittering, slik at volumet av permitterte innenfor flere bransjer har økt betraktelig. Problemstillingen nevnt ovenfor har derfor blitt mer aktuell etter utbruddet av pandemien.

En videre konsekvens av at flere yrkesgrupper har blitt permittert er en økt misnøye fra permitterte vedrørende dagpengenivået, som er begrenset til seks ganger folketrygdens grunnbeløp.<sup>4</sup> Utbetalingen av dagpenger ved permittering har vanligvis tilsvart en stor del av den permitterte arbeidstakerens lønn, men nå som flere arbeidstakere fra høytlønnede yrkesgrupper har opplevd å bli permittert, har differansen mellom lønn og dagpenger medført en betydelig nedgang i månedlig utbetaling for den permitterte. Det er nærliggende å anta at

<sup>1</sup> Se <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/arbeidssokere-og-stillinger-statistikk/permitterte>

<sup>2</sup> <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/arbeidssokere-og-stillinger-statistikk/permitterte>

<sup>3</sup> Se [https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/arbeidssokere-og-stillinger-statistikk/forhandsinnmeldte-driftsinnskrenkninger/arkiv-forhandsinnmeldte-driftsinnskrenkninger\\_kap](https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/statistikk/arbeidssokere-og-stillinger-statistikk/forhandsinnmeldte-driftsinnskrenkninger/arkiv-forhandsinnmeldte-driftsinnskrenkninger_kap)

<sup>4</sup> Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven) § 4-11 fjerde ledd

flere arbeidstakere plutselig har blitt satt i en posisjon hvor de har behov for å kompensere for denne reduksjonen i inntekter, slik at arbeidsgivers behov for å beskytte seg mot arbeidstakernes konkurrerende virksomhet har økt.

Den pågående pandemien har ikke bare ført til flere permitteringer enn tidligere, men også en større usikkerhet rundt hvor lenge den permitterte arbeidstakeren vil måtte gå uten arbeid. Tilstanden gjør også bedriftenes fremtid mer usikker. Flere bedrifter vil kunne gå konkurs som følge av pandemien, med den konsekvens at de permitterte arbeidstakerne ikke vil ha noen arbeidsplass å komme tilbake til. For den enkelte permitterte arbeidstaker vil imidlertid denne oppgavens problemstilling kunne være like relevant uavhengig av hva som er årsaken til permitteringen. Derfor vil denne oppgaven ikke behandle permittering i forbindelse med Covid-19 særskilt i det følgende.

## 1.2. Rettskildebilde

Arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet kan blant annet begrenses av konkurranseklausuler inntatt i arbeidsavtalen, lov, tariffavtaler og den ulovfestede lojalitetsplikten. Arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet under permittering har imidlertid vært lite behandlet i rettspraksis og teori. Videre er reglene om konkurranseklausuler og permitteringsinstituttet to regelsett som i liten grad er utviklet med tanke på hverandre, slik at det ikke finnes en tydelig regulering av samspillet mellom de to regelsettene i dag. Problemstillingen er til nå tatt opp i kun én lagmannsrettsdom, RG-2012-374 og er ellers bare kort nevnt i litteraturen. Fremstillingen vil derfor i stor grad være en avveining av ulike rettskilder og de grunnleggende og generelle hensynene som gjør seg gjeldende på området, hvilket søkes belyst ved gjennomgang av relevant og nærliggende rettspraksis.

For vurdering av konkurranseklausulers rekkevidde vil bestemmelsene i arbeidsmiljøloven<sup>5</sup> kapittel 14 A være sentrale. Kapitlet ble innført den 1. januar 2016 og erstattet den tidligere reguleringen i avtaleloven § 38.<sup>6</sup> De nye reglene innebar en innstramming av den gjeldende rettstilstanden.<sup>7</sup> Formålet med innstrammingen var å sikre arbeidstaker minimumsvilkår i avtalen, begrense bruken av konkurranseklausuler og skape økt forutberegnelighet for arbeidsgiver og arbeidstaker. Rettsavgjørelser fra før arbeidsmiljøloven kapittel 14 A ble innført vil derfor ikke være direkte overførbare til hvordan konkurranseklausuler skal forstås. Enkelte saker og uttalelser vil likevel kunne bidra til å tolke rekkevidden av konkurranseklausuler som omfattes av den nye reguleringen.

---

<sup>5</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

<sup>6</sup> Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

<sup>7</sup> Prop.85 L (2014-2015) s. 25

### 1.3. Avgrensninger

Den alminnelige lojalitetsplikten er et generelt overordnet prinsipp som gjelder i ethvert kontraktsforhold.<sup>8</sup> I denne oppgaven vil det avgrenses til lojalitetsplikten i arbeidsforhold og hovedfokuset vil ligge på arbeidstakers plikter som følge av lojalitetsplikten. Arbeidstakers lojalitetsplikt inneholder en rekke plikter, men fremstillingen i oppgaven vil hovedsakelig avgrenses til arbeidstakers mulighet til å drive konkurrerende virksomhet.

Konkurransesklausuler er en konkurransebegrensende avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, som begrenser arbeidstakers mulighet til å til å drive arbeid i konkurranse med sin tidligere arbeidsgiver. Andre konkurransebegrensede avtaler som er vanlig i arbeidsforhold er kundesklausuler og rekrutteringsklausuler. Oppgaven vil avgrense mot slike øvrige konkurransebegrensede avtaler. Videre vil det avgrenses mot prosessuelle krav for anvendelse av konkurranseklausuler og en inngående behandling av kompensasjon til arbeidstaker.

Foruten lojalitetsplikten og konkurranseklausuler finnes det en rekke lovbestemmelser, blant annet i markedsføringsloven<sup>9</sup>, som begrenser arbeidstakers adgang til å utføre handlinger i konkurranse med arbeidsgiver. Videre finner vi sanksjoner mot urettmessig tilegnelse av forretningshemmeligheter i straffeloven<sup>10</sup> §§ 207 og 208. Av hensyn til oppgavens lengde vil det avgrenses mot lovbestemmelser som begrenser arbeidstakers konkurransemuligheter, med unntak av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 14-A som omhandler konkurranseklausuler. Oppgaven vil videre avgrense mot en inngående behandling av sanksjonsmulighetene ved brudd på lojalitetsplikten eller konkurranseklausuler.

Hovedfokuset i oppgaven er lojalitetsplikten og konkurranseklausulers rekkevidde under permittering. Oppgaven vil derfor også avgrense mot behandling av avskjed, oppsigelse, suspensjon, nedbemanning og permisjon. Ordinære oppsigelsestilfeller og nedbemanning vil likevel benyttes som eksempel enkelte steder i oppgaven for å belyse eksempler på situasjoner hvor en oppsigelse og/eller nedbemanning kan sies å ha relevante likhetstrekk med en permittering.

For gjennomgangen av permitteringsinstituttet vil det avgrenses mot saksbehandling og fremgangsmåte ved permittering, permitterings lengde, arbeidsgivers lønnsplikt og oppsigelsesadgang under permittering. Videre vil oppgaven kun behandle permittering av faste ansatte. Permittering av ansatte med andre stillinger faller utenfor denne fremstillingen.

---

<sup>8</sup> Nazarian (2006) s. 5

<sup>9</sup> Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

<sup>10</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

#### 1.4. Videre fremstilling

Vurderingen av hvilken rekkevidde lojalitetsplikten og konkurranseklausuler har overfor en permittert arbeidstaker forutsetter inngående kunnskap om både lojalitetsplikten, konkurranseklausuler og permitteringsinstituttet. I oppgavens punkt 2 vil jeg derfor presentere innholdet og rekkevidden av lojalitetsplikten og konkurranseklausuler på generelt grunnlag. Videre vil det i punkt 3 gis et innblikk i permitteringsinstituttet.

I punkt 4 vil oppgavens problemstilling bli inngående behandlet. Her vil jeg først foreta en vurdering av om konkurranseklausuler kan gjøres gjeldende fullt ut overfor en permittert arbeidstaker, før jeg ser på hvilken rekkevidde lojalitetsplikten har under permitteringsperioden. Til slutt vil jeg komme med noen avsluttende bemerkninger i oppgavens punkt 5.



## 2. Lojalitetsplikten og konkurranseklausuler

### 2.1. Innledning

Arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet begrenses blant annet av lojalitetsplikten og konkurranseklausuler. For å vurdere i hvilken grad lojalitetsplikten og konkurranseklausuler vil kunne begrense arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet i permitteringsperioden, må vi først se nærmere på lojalitetsplikten og konkurranseklausuler på generelt grunnlag. I dette punktet vil jeg derfor presentere lojalitetsplikten og konkurranseklausuler generelt, se på hvilket innhold de kan ha, hvilke begrensninger de setter for konkurrerende virksomhet, samt presentere hva som er forholdet mellom lojalitetsplikten og konkurranseklausuler.

### 2.2. Lojalitetsplikten

#### 2.2.1. Hva er lojalitetsplikten?

I ethvert arbeidsforhold foreligger det en gjensidig plikt for arbeidsgiver og arbeidstaker til å opptre lojalt og aktsomt overfor hverandre.<sup>11</sup> Denne plikten kalles lojalitetsplikten og gjelder på ulovfestet grunnlag i ethvert ansettelsesforhold. Lojalitetsplikten kommer blant annet til uttrykk i Rt. 1990 s. 607, hvor Høyesterett uttaler at det «*må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold*».<sup>12</sup> For arbeidstaker medfører lojalitetsplikten en plikt til å avstå fra handlinger eller opptreden som kan skade arbeidsgivers interesser, samt en plikt til å utføre enkelte aktive handlinger.<sup>13</sup>

Lojalitetsplikten kan legge begrensninger på arbeidstakerens omtale av arbeidsgivers virksomhet og innebærer en taushetsplikt.<sup>14</sup> Lojalitetsplikten påvirker arbeidstakers mulighet til å motta gaver, godtgjørelse eller ytelser fra andre enn arbeidsgiver<sup>15</sup> og dersom arbeidstaker bevisst gjør en dårlig jobb, eller kan bebreides for sin dårlige arbeidsprestasjon, kan det anses som et brudd på lojalitetsplikten.<sup>16</sup> Lojalitetsplikten begrenser også arbeidstakers mulighet til å påta seg bierverv og annet arbeid på fritiden, samt arbeidstakers involvering i konkurrerende virksomhet.<sup>17</sup> I den videre fremstillingen av lojalitetsplikten vil det avgrenses til hvilke begrensninger lojalitetsplikten setter for arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet.

---

<sup>11</sup> Skjønberg (2017) s. 244

<sup>12</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 615

<sup>13</sup> Storeng (2020) s. 44

<sup>14</sup> Borch (2016) s. 35

<sup>15</sup> Skjønberg (2017) s. 245

<sup>16</sup> Storeng (2020) s. 44

<sup>17</sup> Skjønberg (2017) s. 245

## 2.2.2. Arbeidstakers lojalitetsplikt som skranke for konkurrerende virksomhet

Hvorvidt det foreligger et brudd på lojalitetsplikten, beror på en konkret vurdering av den enkelte situasjonen. Utgangspunktet for vurderingen er at en arbeidstaker ikke kan drive virksomhet i illojal konkurranse med arbeidsgiver.<sup>18</sup> I LA-2006-71768 har lagmannsretten beskrevet vurderingen som må foretas slik:

*«En arbeidstaker [må] som hovedregel ikke [...] foreta seg noe som kan medføre tap eller skade for arbeidsgiveren ved konkurrerende virksomhet. I forbindelse med oppsigelse og overgang til nytt arbeid i en potensielt konkurrerende virksomhet, blir det sentrale punktet hvorvidt arbeidstakeren før han fratrer foretar seg noe som skader arbeidsgiverens relasjon til kunder og leverandører, eller på annen måte ved interne disposisjoner eller unnlattelse av slike svekker det forretningsmessige utbytte som disse relasjonene ellers måtte formode å gi».*

Videre vil det ved vurderingen legges vekt på om arbeidstakeren har fremmet *«arbeidsgivers interesser fremfor sine egne i tilfelle der det kan oppstå interessekonflikt»*.<sup>19</sup> Dersom arbeidstakers adferd har en tilknytning til arbeidsforholdet som gjør at arbeidsgivers interesser ikke ivaretas, vil handlingen anses illojal.<sup>20</sup> Her er det ikke et krav om at handlingen er direkte rettet mot arbeidsgiver, men at den er egnet til å påføre arbeidsgiver en negativ effekt, slik tilfellet var i Rt. 2003 s. 1614. I dommen kom arbeidstaker med en negativ uttalelse om en av arbeidsgiverens forretningsforbindelser. Uttalelsen var egnet til å undergrave tillit og skape uro blant de ansatte. Høyesterett konkluderte derfor med at arbeidsgiver med rette hadde mistet sin tillit til arbeidstakeren.<sup>21</sup> Arbeidstakers plikt til å fremme arbeidsgivers interesser går følgelig langt, men bare *«så langt det er mulig uten at det har innvirkning av betydning for vedkommendes egne, legitime interesser»*.<sup>22</sup>

Et annet spørsmål er om arbeidstakers plikt til å fremme arbeidsgivers interesser vil variere ut fra hvilken stilling vedkommende har. Vil det eksempelvis gjelde en strengere lojalitetsplikt for ansatte i ledende stillinger. Det kan også stilles spørsmål ved om lojalitetspliktens rekkevidde vil påvirkes av arbeidstakerens permitteringsgrad. Disse spørsmålene vil jeg komme tilbake til i oppgavens punkt 4.3.

---

<sup>18</sup> Borch og Fougner (2000) s. 69

<sup>19</sup> LE-2003-26

<sup>20</sup> Nazarian (2006) s. 182

<sup>21</sup> Jf. Rt. 2003 s. 1614 avsnitt 45

<sup>22</sup> Jf. LE-2003-26

## 2.3. Konkurransesklausuler

### 2.3.1. Hva er en konkurransesklausul?

Konkurransesklausuler blir i Arbeidsmiljøloven § 14 A-1 første ledd definert som «*en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som begrenser arbeidstakers adgang til å tiltre stilling hos en annen arbeidsgiver eller starte, drive eller delta i annen virksomhet etter arbeidsforholdets opphør*». For at arbeidsmiljøloven skal komme til anvendelse må den konkurransesklausulerende avtalen oppfylle bestemmelsens kumulative vilkår.

En konkurransesklausul må for det første ha grunnlag i «*avtale*» i forbindelse med et arbeidsforhold.<sup>23</sup> Konkurransesklausuler kan inngås ved ansettelsen, underveis i arbeidsforholdet eller i forbindelse med avslutning av arbeidsforholdet.<sup>24</sup>

Konkurransesklausulen må videre inneholde noe som «*begrenser arbeidstakers adgang*». Ordlyden tilsier at klausulen kan inneholde en form for forbud, men gir ellers ikke noen føringer utover at arbeidstakers adgang rent faktisk må begrenses. Begrensningene kan derfor fremstå som et eksplisitt forbud, eller på annen måte gjøre det mindre attraktivt for arbeidstaker å engasjere seg i annen virksomhet.<sup>25</sup>

Arbeidstakerens handlefrihet må videre begrenses på en av to måter. Den ene begrensningen gjelder arbeidstakers mulighet til å «*tiltre stilling hos en annen arbeidsgiver*». Formuleringen «*stilling*» omfatter alle alminnelige arbeidsforhold i arbeidsmiljølovens forstand, og begrenser dermed adgangen til å inngå et slikt arbeidsforhold. All annen tilknytning og engasjement i virksomhet som er i konkurranse med arbeidsgiver, men som ikke kan anses som et alminnelig arbeidsforhold, omfattes av og begrenses gjennom formuleringen «*starte, drive eller delta i annen virksomhet*». Det kan her dreie seg om begrensninger i adgangen til å etablere egen virksomhet og inneha roller i eller ta engasjement for annen virksomhet i form av styreverv, konsulentoppdrag eller lignende.<sup>26</sup>

Konkurransesklausulen må videre regulere forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker «*etter arbeidsforholdets opphør*».<sup>27</sup> En konkurransesklausul som bare gjelder konkurransesklausuler i perioden frem til arbeidsforholdet opphører vil dermed falle utenfor lovens definisjon.<sup>28</sup>

Innholdet i Arbeidsmiljøloven § 14 A-1 første ledd viser at arbeidsgiver gjennom konkurransesklausuler har mulighet til å begrense arbeidstakers involvering i konkurrerende virksomhet i den perioden konkurransesklausulen gjelder. Arbeidsgivers begrensning av arbeidstaker må imidlertid skje innenfor rammen av arbeidsmiljøloven § 14 A-1 annet ledd.

---

<sup>23</sup> Bestemmelsen kommer også til anvendelse i enkelte grensetilfeller hvor det ikke kan sies å foreligge et ordinært arbeidsforhold, jf. Borch (2016) s. 132

<sup>24</sup> Prop. 85 L (2014-2015) s. 58

<sup>25</sup> Borch (2016) s. 133

<sup>26</sup> Prop. 85 L (2014-2015) s. 57

<sup>27</sup> Arbeidsmiljøloven § 14 A-1 første ledd

<sup>28</sup> Borch (2016) s. 134

De aktuelle vilkårene for å kunne gjøre en konkurranseklausul gjeldende vil redegjøres for i det følgende.

### 2.3.2. Hvilket innhold kan en konkurranseklausul ha?

I arbeidsmiljøloven finner vi en rekke vilkår som setter begrensninger på hvilket innhold en konkurranseklausul mellom arbeidsgiver og arbeidstaker kan ha. Det følger av arbeidsmiljøloven § 14A-1 annet ledd, at en konkurranseklausul bare kan gjøres gjeldende «*så langt det er nødvendig for å ivareta arbeidsgivers særlige behov for vern mot konkurranse*». For å vurdere om arbeidsgiver har et «*særlig behov*» for vern må det foretas en konkret vurdering av hva den enkelte konkurranseklausulen skal beskytte og i hvilken grad klausulen gjøres gjeldende overfor arbeidstaker.<sup>29</sup>

I vurderingen av om arbeidsgiver har et «*særlig behov*» for vern mot konkurranse, vil det blant annet legges vekt på arbeidstakers stilling i virksomheten og ansettelsesforholdets lengde. Konkurransesklausuler kan gjøres gjeldende overfor arbeidstakere med en stilling som gir dem innsikt og kunnskap om virksomheten som kan begrunne en konkurranseklausul. Slik kunnskap vil typisk foreligge hos arbeidstakere med overordnede, ledende og særlig betrodde stillinger, men andre stillinger kan også omfattes. Likevel vil det som hovedregel ikke være behov for en konkurranseklausul der arbeidstaker har vært ansatt i seks måneder eller mindre når arbeidsforholdet opphører. I slike tilfeller bør en klausul normalt ikke gjøres gjeldende med mindre det er andre forhold som tilsier at arbeidsgiver har et åpenbart behov for beskyttelse.<sup>30</sup>

Det er bedriftshemmeligheter og knowhow som er utviklet i virksomheten som kan beskyttes gjennom bruk av konkurranseklausuler. Dersom arbeidstaker har slik kunnskap, vil arbeidsgiver normalt kunne sies å ha et «*særlig behov*» for vern mot konkurranse. Begrepene bedriftshemmelighet og knowhow er ikke klart definert i lovgivningen. Etter forarbeidene vil imidlertid momentene i markedsføringsloven § 28 om beskyttelse av bedriftshemmeligheter være utslagsgivende for om det foreligger bedriftshemmeligheter som gir arbeidsgiver et «*særlig behov*» for vern mot konkurranse. Videre følger det av forarbeidene at knowhow er betegnelse på «*den samling av detaljer, kunnskaper og erfaringer som samlet kan være avgjørende for en bedrifts konkurranseevne, men som hver for seg kan synes ubetydelige*» og at begrepet hovedsakelig dekker «*området mellom bedriftshemmeligheter og allmenn viten*».<sup>31</sup>

Kravet om at arbeidsgiver må ha et «*særlig behov*» for vern mot konkurranse tilsier videre at en konkurranseklausul kun kan gjøres gjeldende overfor virksomheter som arbeidsgiver rent faktisk er i konkurranse med, både i geografisk og forretningsmessig stand. Arbeidsgiver må dermed begrense konkurranseklausulen til de virksomhetene, forretningsområdene og stedene hvor virksomhetens særlige behov for vern mot konkurranse gjør seg gjeldende.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Storeng (2020) s. 74

<sup>30</sup> Prop. 85 L (2014-2015) s. 58

<sup>31</sup> Prop. 85 L (2014-2015) s. 57

<sup>32</sup> Prop. 85 L (2014-2015) s. 58

Videre er det begrensninger for hvor lenge en konkurranseklausul kan gjøres gjeldende. Konkurranseklausuler kan «ikke i noe tilfelle gjøres gjeldende lenger enn ett år fra opphør av arbeidsforholdet».<sup>33</sup> En konkurranseklausul kan altså maksimalt gjelde for ett år. Likevel må arbeidsgiver vurdere om konkurranseklausulen skal ha kortere varighet da klausulen kan settes til side om den er gitt en varighet som strekker seg utover den perioden arbeidsgiveren kan regnes å ha et «særlig behov for vern mot konkurranse».

Arbeidsmiljøloven § 14A-1 annet ledd fastslår videre at en konkurranseklausul bare kan gjøres gjeldende «så langt det er nødvendig». I hvilken grad en konkurranseklausul kan anses «nødvendig» beror på en avveining mellom arbeidsgivers hensyn på den ene siden og arbeidstakers og samfunnsøkonomiske hensyn på den andre siden. En slik avveining ble blant annet lagt til grunn i LF-2013-197771 hvor Lagmannsretten uttalte at arbeidsgiver har:

*«[E]t generelt behov for vern mot at en konkurrent som har vært tidligere ansatt i bedriften, etablerer seg i markedet, uavhengig av det enkelte oppdrag. Konkurranseklausuler er imidlertid vesentlige inngrep i den enkeltes frihet, og har også negative samfunnsøkonomiske sider. Ved tolkningen av slike bestemmelser bør derfor deres rekkevidde ikke strekkes lenger enn strengt nødvendig».*<sup>34</sup>

Dersom en konkurranseklausul går lenger enn det som kan anses nødvendig etter en avveining av arbeidsgivers, arbeidstaker og samfunnsøkonomiske hensyn vil den kunne settes helt eller delvis til side.<sup>35</sup>

## 2.4. Forholdet mellom lojalitetsplikten og konkurranseklausuler

Det er alminnelig antatt at lojalitetsplikten kun gjelder så lenge arbeidsforholdet består. Under arbeidsforholdet setter lojalitetsplikten begrensninger for hva arbeidstaker kan foreta seg både i arbeidstiden og under arbeidstakerens fritid.<sup>36</sup> Ved opphør av arbeidsforholdet vil imidlertid lojalitetsplikten også opphøre. Lojalitetsplikten gjelder likevel ut oppsigelsestiden, uavhengig av om arbeidstaker fritas fra arbeidsplikten i hele eller deler av oppsigelsestiden.<sup>37</sup> Dette skyldes at arbeidstakeren fremdeles mottar lønn fra arbeidsgiver, selv om arbeidsplikten har bortfalt. Lojalitetsplikten stenger imidlertid ikke for at arbeidstaker og arbeidsgiver kan bli enig om en kortere oppsigelsestid<sup>38</sup> eller at arbeidsgiver samtykker til at arbeidstaker kan drive konkurrerende arbeid før utløpet av oppsigelsestiden.

---

<sup>33</sup> Arbeidsmiljøloven § 14A-1 annet ledd

<sup>34</sup> LF-2013-197771 punkt III

<sup>35</sup> Prop. 85 L (2014-2015) s. 58

<sup>36</sup> Borch (2016) s. 39

<sup>37</sup> LG-2010-73279

<sup>38</sup> LB-1999-298

Etter arbeidsforholdet regnes opphørt, er det klare utgangspunktet at tidligere arbeidstaker kan etablere eller tiltre i konkurrerende virksomhet hvis ikke annet er avtalt.<sup>39</sup> Dette ble lagt til grunn i LB-1999-298 hvor en tidligere arbeidstaker, som ikke var underlagt en konkurranseklausul, startet konkurrerende virksomhet etter utløpet av oppsigelsestiden. Dommen gjaldt en liten bransje, slik at det ikke var unaturlig at arbeidstakeren innledet direkte konkurranse med sin tidligere arbeidsgiver. Lagmannsretten uttalte i dommen at det «ikke [er] grunnlag i rettspraksis eller teori for at det kan oppstilles lojalitetsplikt etter arbeidsforholdets opphør i et tilfelle som det foreliggende».<sup>40</sup> At lojalitetsplikten ikke kan gjøres gjeldende etter arbeidsforholdet er opphørt er det bred enighet om i juridisk litteratur. Synspunktet er blant annet lagt til grunn av Kristen Andersen:

*«Når det dernest er tale om den eventualitet at det mellom arbeidsgiver og arbeidstaker intet er bestemt med hensyn til konkurrerende virksomhet etter arbeidstakerens fratreden, må det antas at arbeidstakeren her står fritt. Det kan nemlig ikke av selve arbeidsavtaleforholdet utledes noen plikt for arbeidstakeren til å avstå fra slik virksomhet».*<sup>41</sup>

Lojalitetsplikten kan altså ikke gjøres gjeldende etter et arbeidsforhold har opphørt. Arbeidstaker har imidlertid ikke fri adgang til å drive virksomhet i konkurranse med tidligere arbeidsgiver i ethvert tilfelle, da denne adgangen kan begrenses med grunnlag i lov eller avtale. Etablering av konkurranseklausuler er en av flere måter arbeidsgiver kan sikre seg mot konkurranse fra sine tidligere arbeidstakere, også etter arbeidsforholdet har opphørt. Konkurranseklausuler må som nevnt i punkt 2.2. avtales særskilt for det enkelte arbeidsforholdet, og vil derfor utgjøre et tillegg til den alminnelige lojalitetsplikten som gjelder for alle arbeidsforhold. I motsetning til lojalitetsplikten som gjelder under arbeidsforholdet, får eventuelle konkurranseklausuler først anvendelse etter arbeidsforholdets opphør.<sup>42</sup> Konkurranseklausulene kommer derfor inn som en begrensning på arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet på det tidspunktet lojalitetsplikten ikke lenger kan gjøres gjeldende overfor arbeidstaker.

---

<sup>39</sup> Borch (2016) s. 42

<sup>40</sup> Jf. LB-1999-298

<sup>41</sup> Andersen (1967) s. 148

<sup>42</sup> Arbeidsmiljøloven § 14 A-1 første ledd

## 3. Permittering

### 3.1. Innledning

Lojalitetsplikten og konkurranseklausuler begrenser arbeidstakers adgang til å drive virksomhet i konkurranse med arbeidsgiver. I hvilken grad disse setter begrensninger for arbeidstaker varierer ut fra arbeidstakers stilling, hva partene har avtalt og hvilken måte arbeidet har opphørt. I denne fremstillingen er fokuset på arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet under permittering. Før vi kan se nærmere på forholdet mellom lojalitetsplikten, konkurranseklausuler og permittering må vi legge til grunn hva permittering er og hvordan permittering skiller seg fra annet arbeidsopphør.

### 3.2. Hva er permittering?

Permittering innebærer at arbeidsgiver midlertidig fritas fra sin lønnsplikt, mens arbeidstaker midlertidig fritas fra sin arbeidsplikt, i forbindelse med driftsinnskrenkning eller driftsstans som følge av arbeidsmangel i bedriften.<sup>43</sup> Permitteringens midlertidige karakter gjør at arbeidsforholdet består og arbeidstaker vil ha både rett og plikt til å gjenoppta arbeidet når permitteringsgrunnene faller bort.<sup>44</sup> At arbeidstaker gjenopptar arbeidet etter endt permittering vil kunne være økonomisk gunstig for arbeidsgiver, da bedriften fort vil kunne drives som normalt igjen etter nedgangsperioden. Arbeidsgiver vil som følge av dette spare utgifter til opplæring av nye ansatte og vil samtidig få beholde kunnskapen til sine ansatte i bedriften.

Videre vil fritaket av lønnsplikten under permitteringsperioden kunne hjelpe bedrifter med å komme fortere opp på beina igjen. Her vil omfanget av lønnspliktens bortfall henge sammen med i hvilken grad arbeidsplikten bortfaller. Dersom det foretas en hel permittering, vil også lønnsplikten falle fullstendig bort. Blir arbeidstakeren imidlertid bare delvis permittert, vil lønnsplikten falle bort tilsvarende til den reduserte arbeidstiden.<sup>45</sup>

For mange arbeidstakere vil permittering også være bedre enn å miste jobben. Som permittert bevarer du en tilknytning til arbeidslivet og flere arbeidstakere får anledning til å gjeninntre i stillingen etter en kort periode. Hvorvidt permittering vil være bedre for arbeidstakeren enn å bli oppsagt vil i stor grad avhenge av lengden på permitteringsperioden og hvilken lønn arbeidstakeren hadde før vedkommende ble permittert. Etter utløpet av arbeidsgiverperioden vil den permitterte arbeidstakeren ha anledning til å motta dagpenger fra NAV. Etter folketrygdloven §§ 4-11 og 4-12 vil dagpengene kun utgjøre en prosentdel av arbeidstakerens bruttolønn de siste månedene før arbeidsforholdet opphørte. Ved beregningen av dagpenger vil det etter folketrygdloven § 4-11 fjerde ledd ikke regnes med inntekt «*over seks ganger folketrygdens grunnbeløp*». Dersom arbeidstakeren har betydelig høyere lønn enn «*seks ganger folketrygdens grunnbeløp*» vil permitteringen følgelig kunne utgjøre en drastisk reduksjon av arbeidstakerens månedlige utbetalinger.

---

<sup>43</sup> Storeng (2020) s. 507

<sup>44</sup> Skjønberg (2017) s. 372

<sup>45</sup> Skjønberg (2017) s. 372

### 3.3. Historikk og hjemmel for permittering

I norsk praksis kan vi se at bedrifter allerede fra tidlig 1900-tallet benyttet seg av ordninger som tilsvarer det vi i dag kaller permittering, fremfor å si opp sine ansatte. Den første kjente rettsavgjørelsen som omhandlet permitteringsadgangen, er Oslo byretts dom 2. juni 1938 (Gohn-dommen). Dommen gjaldt en skjortefabrikk som i flere år hadde permittert sine ansatte i forbindelse med midlertidig driftsstans rundt juletider. Byretten kom til at «*det efter omstendighetene er legitimert en sedvane som saksøkerne må være forpliktet til å bøie sig for*».<sup>46</sup> Uttalelsen fra Gohn-dommen ble videreutviklet i Eidsivating lagmannsretts dom 4. mai 1953 (Refsum-dommen) hvor lagmannsretten uttalte at «*[p]ermitteringsinstituttet må antas å ha utviklet seg som et alternativ til reglene om oppsigelse*». Fastsettelsen av permitteringsordningen har senere blitt fulgt opp i en rekke dommer og i 1947 ble det i Hovedavtalen mellom Arbeidernes faglige Landsorganisasjon (LO) og Norsk Arbeidsgiverforening (nå NHO) fastsatt en rett til å permittere «*ved mangel på arbeid, råstoff eller driftsmidler*». Arbeidsgivers rett til å permittere arbeidstakere ble nærmere regulert i Hovedavtalen av 1954.<sup>47</sup>

Adgangen til å permittere arbeidstakere er fortsatt ikke lovregulert i Norge. I lovgivningen finnes det likevel en rekke bestemmelser som forutsetter at det er adgang til å permittere arbeidstakere, som reglene for permitteringslønn i lov om lønnsplikt under permittering<sup>48</sup> og reglene for rett til dagpenger under permittering i folketrygdloven.<sup>49</sup>

Videre har Høyesterett lagt til grunn at «*permitteringsadgangen følger av arbeidsrettslig sedvanerett*» og at adgangen også er «*nedfelt i hovedavtalen mellom LO og NHO*».<sup>50</sup> Hovedavtalens bestemmelser om permittering gjelder bare direkte for de bedriftene som er bundet av tariffavtalen.<sup>51</sup> Reglene antas imidlertid å være uttrykk for gjeldende ulovfestet rett, slik at bestemmelsene om vilkårene for og fremgangsmåten ved permittering i Hovedavtalen LO-NHO § 7-1 vil komme til anvendelse så langt de passer for bedrifter som ikke er tariffbundet.<sup>52</sup> Dette fremgår blant annet av RG-2010-797 hvor det heter at:

*«Det er ikke tvilsomt at norsk rett åpner for permittering også utenfor områder som er dekket av tariffavtaler, og at Hovedavtalens bestemmelser om permittering, derunder dens § 8-1 [nå § 7-1] om at permittering kan foretas når «saklig grunn gjør det nødvendig for bedriften» får tilsvarende anvendelse så langt de passer».*

---

<sup>46</sup> Se Oslo byretts dom 2. juni 1938

<sup>47</sup> Aagaard (2009) s. 121

<sup>48</sup> Lov 06. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering (permitteringslønnsløven)

<sup>49</sup> Folketrygdloven § 4-7

<sup>50</sup> Se bl.a. Rt. 2014 s. 336 (36)

<sup>51</sup> Fougner (2016) s. 211

<sup>52</sup> Storeng (2020) s. 507



Hovedavtalens bestemmelser vil altså være retningsgivende også for arbeidsgivere som ikke er bundet av en tariffavtale. Kravet om saklig grunn gjelder derfor som et generelt krav også utenfor Hovedavtalens virkeområde, med mindre det foreligger avtale eller rettsgrunnlag for en annen ordning.<sup>53</sup> I hvilken grad arbeidsgiver rettslig sett må følge de øvrige reguleringene i hovedavtalen er imidlertid uavklart.<sup>54</sup> Likevel vil det være hensiktsmessig at virksomheter som ikke er bundet av Hovedavtalen LO-NHO følger tariffreglene for fremgangsmåten ved permittering, uavhengig av om de er rettslig forpliktet til dette, da Hovedavtalens regulering legger til rette for en betryggende prosess for både arbeidsgiver og arbeidstaker.<sup>55</sup>

### 3.4. Vilåårene for permittering

Hovedvilkåret for permittering er at det må foreligge saklig grunn. Vilkåret fremkommer blant annet av Hovedavtalen § 7-1 hvor det følger at permittering kan foretas når «*saklig grunn gjør det nødvendig for bedriften*». Hva som utgjør «*saklig grunn*» for permittering må sees i sammenheng med om bedriften vil ha behov for å permittere den aktuelle arbeidstakeren. Et slikt behov kan blant annet foreligge ved lite arbeidsoppgaver til den ansatte, manglende oppdrag, problemer hos underleverandører eller dårlig likviditet i bedriften. Det vil også være grunnlag for permittering ved force majeure tilfeller.<sup>56</sup> Omsetningssvikt og rene økonomiske hensyn vil imidlertid ikke være tilstrekkelig, da et krav for utbetaling av dagpenger til den permitterte er at vedkommende er «*permittert på grunn av mangel på arbeid eller andre forhold som arbeidsgiver ikke kan påvirke*».<sup>57</sup>

I ARD-1989-91 fant Arbeidsretten permittering av to av tre NITO-ingeniører saklig etter en individuell vurdering av arbeidsmulighetene. Arbeidsretten viste i den forbindelse til at det ikke var avgjørende om det fantes arbeidsoppgaver som det var mulig å gjøre i permitteringsperioden, men om arbeidstakerne kunne «*sysselsettes på rasjonell, eller økonomisk forsvarlig, måte*».<sup>58</sup> Saken viser at det ikke er tilstrekkelig for å unngå permittering at det eksempelvis er behov for å utføre vedlikeholdsoppgaver, dersom arbeidsgiver ikke har midler til å betale for dette arbeidet.<sup>59</sup>

Vilkåret «*nødvendig*» viser at det skal en del til for at permittering kan benyttes. Vilkåret tilsier at det ikke vil være tilstrekkelig at permittering er ønskelig eller hensiktsmessig ut fra bedriftsøkonomiske eller andre relevante forhold. Det kreves en overvekt av hensyn på bedriftens side som taler for bruk av permittering, som at permittering er nødvendig for å sikre forsvarlig drift og arbeidsplasser lengre frem i tid.<sup>60</sup>

---

<sup>53</sup> Mehl (1982) s. 116 flg.

<sup>54</sup> Fougner (2016) s. 211

<sup>55</sup> Fougner (2016) s. 211

<sup>56</sup> Se. Arbeidsmiljøloven § 15-3 tiende ledd

<sup>57</sup> Folketrygdloven § 4-7 første ledd

<sup>58</sup> ARD-1989-91 på side 97

<sup>59</sup> Aagaard (2009) s. 122

<sup>60</sup> Fougner (2016) s. 2010

Saklighetskravet gjelder i hele permitteringsperioden. Likevel kan det hende at permitteringsgrunnen endrer seg underveis i perioden. Permitteringen kan eksempelvis starte på bakgrunn av manglende oppdrag, mens vedlikeholdsbehov gjør at perioden forlenges. Slik endring av permitteringsgrunn vil normalt aksepteres, så lenge kravet til saklighet er oppfylt gjennom hele permitteringsperioden.<sup>61</sup>

En videre forutsetning for permittering er at problemene i bedriften anses som midlertidige. I tillegg må arbeidsgiver ha rimelig grunn til å tro at forholdene vil bedre seg innen en viss tid.<sup>62</sup> Dersom bedriften ikke har grunnlag for å anse problemene som forbigående, må de benytte seg av ordinær oppsigelse fremfor permittering.<sup>63</sup> I rettspraksis er det en rekke eksempler på tilfeller der arbeidsgiver har benyttet permitteringer, men hvor retten har kommet til at permittering ikke kunne brukes fordi nedgangstidene i bedriften var permanente.<sup>64</sup> Dersom problemene i bedriften fremstod som forbigående, men det senere viser seg at det ikke er en reell sjanse for forbedring, må arbeidsgiver si opp den permitterte arbeidstakeren begrunnet i virksomhetens forhold.<sup>65</sup>

### 3.5. Oppsigelse vs. permittering

Opplever bedriften en nedgangstid hvor de ser seg nødt til å gi slipp på noen av sine ansatte, står de overfor vurderingen av om de må si opp sine ansatte eller om de kan benytte seg av permittering. Det avgjørende for om det kan benyttes permittering er som nevnt at problemene i bedriften må anses som forbigående. Dette fremgår blant annet av Hovedavtalen LO-NHO § 7-1 nr. 1 hvor det fremgår at permittering *«kan ikke finne sted utover 6 måneder med mindre partene er enige om at det fortsatt foreligger saklig grunn»*.

Ved permittering består arbeidsforholdet og arbeidstaker har både rett og plikt til å gjenoppta arbeidet når permitteringsgrunnene faller bort, i motsetning til oppsigelse hvor arbeidsforholdet som sådan opphører ved utløpet av oppsigelsestiden.<sup>66</sup>

En bedrift har kun adgang til å permittere sine ansatte når *«saklig grunn gjør det nødvendig for bedriften»*. I tidligere utgaver av Hovedavtalen (frem t.o.m. 1990) var det i tillegg til punktet om saklig grunn nevnt enkelte situasjoner hvor det ville være nødvendig for bedriften å permittere sine ansatte. Slike situasjoner var *«avtale, uforutsette hendelser, konflikt i egen bedrift, tariffavtale eller sedvane»*. Det fremgår av Hovedavtalens kommentarutgave at det ikke var partenes hensikt å foreta noen endring i hva som skulle betraktes som saklig grunn da eksemplene ble tatt ut av Hovedavtalen.<sup>67</sup> Eksemplene viser derfor at permittering fremdeles må kunne begrunnes i virksomhetens forhold. Etter arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd kan

---

<sup>61</sup> Skarning (2006) s. 23

<sup>62</sup> Storeng (2020) s. 509

<sup>63</sup> Skarning (2006) s. 22

<sup>64</sup> Skarning (2006) s. 23

<sup>65</sup> Storeng (2020) s. 507 og arbeidsmiljøloven § 15-7

<sup>66</sup> Skjønberg (2017) s. 372

<sup>67</sup> Aagaard (2015) s. 55

oppsigelse på sin side foretas der det er «*saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold*». Omfanget av hva som kan utgjøre en oppsigelsesgrunn er følgelig videre enn hva som kan utgjøre en permitteringsgrunn.

Oppsigelser som er begrunnet i virksomhetens forhold vil imidlertid ha flere likheter med det innholdsmessige grunnlaget for permitteringer. Kravet om at det må foreligge «*saklig grunn*» for å kunne permittere en arbeidstaker etter Hovedavtalen § 7-1 ligger tett opp mot kravet til «*saklig grunn*» i arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd om oppsigelse.<sup>68</sup> Terskelen for hva som utgjør en saklig grunn for permittering er imidlertid en del lavere enn terskelen for saklig grunn til oppsigelse. Bakgrunnen for dette er at kravet til saklig grunn for oppsigelse må referere til et forhold av varig karakter, mens det for permitteringstilfellene refererer til forhold av forbigående art.<sup>69</sup> Videre er permittering et midlertidig tiltak som normalt antas å medføre mindre ulemper for arbeidstakere enn oppsigelse.

Tanken om at permittering er et mindre onde for arbeidstakerne enn oppsigelse ble uttrykt av lagmannsretten allerede i 1951 gjennom Refsum-dommen<sup>70</sup> og ble blant annet fulgt opp i RG-1978-442 (Borregaard-dommen) hvor lagmannsretten uttalte:

*«En permittering må anses som et mindre onde enn en oppsigelse. En arbeidstaker har ikke samme behov for beskyttelse mot permittering som mot oppsigelse. Vår rettsorden har trukket konsekvensene herav [...] Praktiske behov taler for at en arbeidsgiver må ha en viss rett til å permittere sine arbeidstakere. Det er ikke utelukkende en belastning for arbeidstakerne. Det kan tjene til å holde en virksomhet i gang og dermed bedre sysselsettingsforholdene».*<sup>71</sup>

Tanken om at permittering er et mindre onde for arbeidstaker enn oppsigelse har fått kritikk av blant annet Evju, som har uttalt at rettspraksis «*er for så vidt både gammel og gebrekkelig*».<sup>72</sup> Evjus kommentar til tidligere rettspraksis tilsier at en må ha et kritisk blick til utviklingen av permitteringsreglene og hva som kan utledes av dem i dag.<sup>73</sup>

Bakgrunnen for kritikken grunner trolig i at den eldre rettspraksisen i utgangspunktet gjaldt permittering med meget kort varighet og en forhåndsdefinert permitteringsperiode, noe som selvsagt vil fremstå som en mer lempelig løsning enn oppsigelse. Begrunnelsen treffer imidlertid ikke like godt i dag når permitteringer kan vare i inntil ett år. Videre er ikke dagens permitteringslengde forhåndsdefinert. Permittering i dag gjelder stort sett på ubestemt tid, slik at den ansatte ikke vet når den vil komme tilbake på arbeid. Permitterte arbeidstakere kan da vanskelig forutberegne når arbeidet vil gjenopptas. Arbeidstaker sitter derfor gjerne passivt og

---

<sup>68</sup> Fougner (2016) s. 212

<sup>69</sup> Fougner (2016) s. 212

<sup>70</sup> Eidsivating lagmannsretts dom 4. mai 1953

<sup>71</sup> RG-1978-442 på side 446

<sup>72</sup> Evju (2007) s. 165

<sup>73</sup> Skarning (2010) s. 164

venter på at permitteringen skal opphøre, da de har en plikt til å stille opp på arbeid igjen på kort varsel.<sup>74</sup>

Hvorvidt permittering vil være et mindre onde for arbeidstaker enn oppsigelse vil i det fleste tilfeller bero på en konkret vurdering av det aktuelle arbeidsforholdet. For vurderingen av hva som vil utgjøre en saklig grunn vil terskelen likevel være lavere ved permittering enn for oppsigelsestilfellene. Til tross for at det er en ulik terskel for hva som utgjør saklig grunn må rettspraksis knyttet til en arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet etter vedkommende har blitt oppsagt grunnet virksomhetens forhold, kunne benyttes for å trekke linjer til i hvilken grad en permittert arbeidstaker kan drive konkurrerende virksomhet.

---

<sup>74</sup> Skarning (2010) s. 162

## 4. Konkurrerende virksomhet under permittering

### 4.1. Rettstilstanden i dag

En permittert arbeidstaker befinner seg i en situasjon der vedkommende er fritatt for arbeidsplikt og etter utløpet av arbeidsgiverperioden sitter den ansatte igjen med en begrenset del av lønnen sin. Arbeidstakere som er usikre på når permitteringsperioden vil opphøre og som ikke lenger har tilstrekkelige midler til å betale nødvendige utgifter som følge av permitteringen, vil da kunne ha behov for å skaffe seg ny inntekt.

Forutsatt at det ikke er i strid med avtalte konkurransebegrensninger eller den ulovfestede lojalitetsplikten, står arbeidstaker fritt til å ta annet arbeid i permitteringsperioden. Utenfor permitteringstilfellene har Høyesterett uttalt at:

*«[D]en enkelte arbeidstager i alminnelighet har full rådighet over sin fritid - også til å påta seg ekstrajobber og bistillinger i denne - når bare fritidsarbeidet ikke medfører en så hård belastning på hans arbeidskraft at det går utover hans ordinære arbeid».*<sup>75</sup>

Permittering innebærer en suspensjon av partenes rettigheter og plikter i forbindelse med arbeidsforholdet. Det er derfor naturlig at arbeidstakeren kan disponere sin tid som han vil under permitteringen.<sup>76</sup> I de tilfellene hvor arbeidstaker er 100 prosent permittert vil det være uten betydning hvilken belastning ekstraarbeidet har på hans arbeidskraft så lenge han kan gjenoppta arbeidet hos sin opprinnelige arbeidsgiver på kort varsel. I de tilfellene hvor arbeidstaker er delvis permittert kan det imidlertid legges vekt på hvilken belastning ekstraarbeidet utgjør og i hvilken grad dette påvirker arbeidstakerens prestasjon hos den opprinnelige arbeidsgiveren. Dette vil jeg komme tilbake til i oppgavens punkt 4.3.3 og 4.3.8.

Ønsker den permitterte arbeidstakeren å påta seg arbeid under permitteringsperioden vil han ellers tilsynelatende stå fritt til å gjøre dette. Det må imidlertid stilles spørsmål ved om den permitterte arbeidstakeren står fritt til drive virksomhet i konkurranse med arbeidsgiver. Vi må her skille mellom de tilfellene hvor en eventuell konkurransebegrensning fremgår av arbeidsavtalen og der en eventuell konkurransebegrensning følger av den ulovfestede lojalitetsplikten. Hvorvidt en konkurranseklausul kan komme til anvendelse under permittering vil vurderes i punkt 4.2. Lojalitetspliktens rekkevidde under permittering vil vurderes i oppgavens punkt 4.3.

---

<sup>75</sup> Rt. 1959 s. 900 på side 902

<sup>76</sup> Fougner (2016) s. 222

## 4.2. Kommer konkurranseklausuler til anvendelse under permittering?

### 4.2.1. Rettslig utgangspunkt

En konkurranseklausul kan avtales særskilt i forbindelse med et arbeidsforhold for å begrense arbeidstakers adgang til å drive virksomhet i konkurranse med arbeidsgiver. Hvorvidt arbeidsgiver kan gjøre gjeldende en slik konkurransebegrensning når arbeidstaker er permittert er imidlertid uklart.

Vi har per nå ikke noen lovbestemmelser som tar for seg forholdet mellom konkurranseklausuler og permittering. Hovedavtalen gir heller ikke uttrykk for hvorvidt konkurranseklausuler kan gjøres gjeldende i permitteringsperioden. Videre har vi bare én rettsavgjørelse som vurderer arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet under permittering. I RG-2012-374 kom Lagmannsretten frem til at arbeidsavtalen ikke inneholdt noe forbud mot å ta arbeid for konkurrerende virksomheter. Lagmannsretten uttalte heller ikke noe om hvordan en slik eventuell konkurranseklausul ville spilt inn på arbeidstakerens adgang til å påta seg oversettelsesoppdrag gjennom sitt enkeltmannsforetak. For å vurdere om en konkurranseklausul kan gjøres gjeldende overfor en permittert arbeidstaker må vi derfor trekke linjer fra de eksisterende reglene rundt konkurranseklausuler og vurdere hvordan reglene sammenfaller med permitteringsinstituttet.

### 4.2.2. Må en avtalt konkurranseklausul gjøres gjeldende?

Selv om arbeidsgiver og arbeidstaker har avtalt at det skal gjelde en konkurranseklausul i arbeidsforholdet må ikke klausulen gjøres gjeldende i ethvert tilfelle. Det følger av arbeidsmiljøloven § 14 A-1 femte ledd at *«[a]rbeidsgiver kan på ethvert tidspunkt mens arbeidsforholdet består, skriftlig si opp en konkurranseklausul [...] Etter arbeidsforholdets opphør kan arbeidsgiver og arbeidstaker inngå skriftlig avtale om at en konkurranseklausul ikke lenger skal gjelde»*. Bakgrunnen for at arbeidsgiver kan si opp en avtalt konkurranseklausul er at lovgiver ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven § 14 A hadde et tydelig ønske om å begrense bruken av konkurranseklausuler.<sup>77</sup>

Arbeidsgivers adgang til å si opp en konkurranseklausul kan imidlertid være lite forutberegnelig for arbeidstakeren. Ønsker arbeidstaker å søke nytt arbeid i permitteringsperioden vil en konkurranseklausul virke begrensende på hvilke stillinger arbeidstakeren kan søke på. En slik begrensning kan virke urimelig hvis arbeidsgiver ender opp med å ikke gjøre konkurranseklausulen gjeldende, da arbeidstaker har begrenset sitt videre arbeid uten å motta noen økonomisk kompensasjon. For å beskytte arbeidstaker fra slike situasjoner følger det videre av arbeidsmiljøloven § 14 A-1 femte ledd at *«[o]ppsigelse kan likevel ikke skje i den perioden arbeidsgiver er bundet av redegjørelse etter § 14 A-2 femte ledd»*.

---

<sup>77</sup> Prop. 85L (2014-2015) s. 35

Det følger av arbeidsmiljøloven § 14 A-2 første ledd at «[v]ed skriftlig forespørsel fra arbeidstaker skal arbeidsgiver innen fire uker gi en skriftlig redegjørelse for om og i hvilken grad en konkurranseklausul vil bli gjort gjeldende». En slik redegjørelse vil gjøre det lettere for arbeidstaker å vurdere sine sjanser på arbeidsmarkedet og sikrer et best mulig beslutningsgrunnlag før arbeidstaker eventuelt avslutter sitt arbeidsforhold.<sup>78</sup> Har arbeidsgiver først gitt en slik redegjørelse følger det av arbeidsmiljøloven § 14A-2 femte ledd at den vil være «bindende for arbeidsgiver i tre måneder». Redegjørelsen vil da være bindende i tre måneder fra det tidspunktet arbeidstakeren mottok redegjørelsen.<sup>79</sup>

En arbeidstaker kan be om redegjørelse om hvorvidt en konkurranseklausul skal gjøres gjeldende når som helst i arbeidsforholdet. Det er naturlig at arbeidstaker da også kan be om redegjørelse under permitteringsperioden, for å sikre forutberegnelighet rundt om klausulen vil gjøres gjeldende. En permittert arbeidstaker befinner seg i en situasjon med begrenset inntekt og usikkerhet rundt om og eventuelt når vedkommende vil komme tilbake i arbeid. Arbeidstakeren kan da ha et ønske om å skaffe seg ny inntekt og har behov for å vite om det foreligger noen begrensninger på hvilket arbeid han kan ta. At arbeidstaker kan be om redegjørelse rundt hvorvidt en konkurranseklausul vil gjøres gjeldende skaper forutberegnelighet for arbeidstaker. Adgangen til å få en slik avklaring under permittering tilsier at konkurranseklausuler kan gjøres gjeldende i permitteringsperioden. Likevel gir ikke arbeidstakers adgang til å be om redegjørelse svar på hvorvidt arbeidsgiver har rettslig adgang til å gjøre konkurranseklausuler gjeldende under permitteringsperioden.

#### 4.2.3. Saklig begrunnet i arbeidstakers forhold

Arbeidsmiljøloven § 14 A-1 første ledd fastsetter at en «konkurranseklausul kan ikke gjøres gjeldende ved oppsigelse fra arbeidsgiver, med mindre oppsigelsen er saklig begrunnet i arbeidstakers forhold». En forutsetning for at en konkurranseklausul skal kunne gjøres gjeldende ved oppsigelse av et arbeidsforhold er følgelig at oppsigelsen har grunnlag i arbeidstakers forhold. Dette underbygges av forarbeidene hvor det fremgår at «en konkurranseklausul ikke vil kunne anvendes når oppsigelsen er begrunnet i virksomhetens forhold, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7, for eksempel i forbindelse med en nedbemanning eller omorganisering».<sup>80</sup>

For permittering er det etter Hovedavtalen et krav etter § 7-1 at det foreligger en «saklig grunn» som gjør permittering «nødvendig for bedriften». Det siktes her til driftsmessige hensyn knyttet til bedriftens virksomhet.<sup>81</sup> For at en permittering skal være gyldig stilles det altså krav til at permitteringen er begrunnet i virksomhetens forhold. I motsetning til konkurranseklausuler kan en permittering følgelig ikke være begrunnet i arbeidstakers forhold. Det faktum at permittering ikke kan være begrunnet i arbeidstakers forhold, mens en

---

<sup>78</sup> Prop. 85L (2014-2015) s. 33

<sup>79</sup> Prop. 85L (2014-2015) s. 58

<sup>80</sup> Prop. 85 L (2014-2015) s. 58

<sup>81</sup> Stueland (2020) s. 300

konkurransesklausul må ha grunnlag i arbeidstakers forhold, tilsier at en konkurranseklausul ikke kan gjøres gjeldende ved permittering.

#### 4.2.4. Arbeidstakers opplysningsplikt

Hvis en konkurranseklausul gjøres gjeldende må arbeidstaker opplyse om eventuelle inntekter vedkommende har i perioden konkurranseklausulen gjelder, slik at arbeidstaker kan gjøre fradrag for den aktuelle inntekten. Det følger av arbeidsmiljøloven § 14 A-3 annet ledd at *«[d]et kan gjøres fradrag med inntil halvparten av kompensasjonen for arbeidsvederlag eller arbeidsinntekt som arbeidstaker mottar eller opptjener i perioden konkurranseklausulen har virkning»*. Videre følger det av bestemmelsens tredje ledd at *«[a]rbeidsgiver kan kreve at arbeidstaker opplyser om arbeidsvederlag eller arbeidsinntekter i perioden. Dersom arbeidstaker ikke etterkommer kravet, kan arbeidsgiver holde tilbake kompensasjon inntil opplysningene legges fram»*. En slik opplysningsplikt må antas å foreligge også i permitteringsstilfellene, dersom det er adgang til å gjøre konkurranseklausuler gjeldende overfor en permittert arbeidstaker.

Arbeidstaker trenger imidlertid ikke opplyse om hvilket arbeid vedkommende har. I forbindelse med vedtakelsen av arbeidsmiljøloven kapittel 14A om konkurranseklausuler ble det foreslått en plikt for arbeidstaker til å opplyse om ny stilling eller virksomhet. Forslaget ble imidlertid avslått da departementet kom frem til at:

*«[A]rbeidsgiver må avgjøre om klausulen skal gjøres gjeldende basert på den kunnskapen om og innsikten som arbeidstakeren har i arbeidsgivers virksomhet, uavhengig av arbeidstakerens videre planer»*.<sup>82</sup>

For at arbeidsgiver skal kunne gjøre en konkurranseklausul gjeldende er han følgelig nødt til å gjøre det basert på hva den ansatte vet om bedriften og hvilken skade det kan utgjøre i konkurransesammenheng om kunnskapen når ut til en konkurrent, uten å vite om den ansatte planlegger å drive konkurrerende virksomhet. På denne måten sikrer opplysningsplikten at arbeidsgiver kun gjør konkurranseklausuler gjeldende der det foreligger et reelt behov for å hindre at arbeidstakerens kunnskap om bedriften spres til andre virksomheter.

#### 4.2.5. Økonomisk kompensasjon

En bakside ved at det ikke er noen opplysningsplikt fra arbeidstakers side om eventuelle planer om å drive konkurrerende virksomhet er det økonomiske aspektet. Den manglende opplysningsplikten åpner for at enkelte arbeidstakere kan hinte til fiktive planer om å drive konkurrerende virksomhet for å fremprovosere en utbetaling fra arbeidsgiver. Arbeidsgiver kan da risikere å betale en arbeidstaker for å hindre at vedkommende skal ta på seg et konkurrerende arbeid som arbeidstakeren i utgangspunktet ikke har planer om å gjennomføre.

---

<sup>82</sup> Prop. 85 L (2014-2015) s. 34



Dette er et problem i de alminnelige oppsigelsestilfellene, men kanskje et enda større problem i forbindelse med permittering, der arbeidsgiver gjerne har permittert arbeidstakeren fordi bedriften ikke har midler til å betale den permitterte arbeidstakeren. Dersom en konkurranseklausul kan gjøres gjeldende ved permittering kan arbeidstakeren derfor bruke den manglende opplysningsplikten til å lure til seg betaling fra arbeidsgiver i permitteringsperioden.

Uavhengig av om det hadde vært en opplysningsplikt for arbeidstaker ville den økonomiske kompensasjonen ved anvendelse av konkurranseklausuler samsvart dårlig med permitteringsinstituttet. Permittering benyttes av arbeidsgivere i perioder med arbeidsmangel. Arbeidsmangel i en bedrift kan lett føre til inntektsbortfall i bedriften. Ved permittering suspenderes arbeidsgivers lønnsplikt derfor midlertidig, noe som kan bidra til at en bedrift med økonomiske problemer klarer seg gjennom en vanskelig periode. Dersom en bedrift måtte gjort gjeldende en konkurranseklausul for å hindre at arbeidstakeren påtok seg konkurrerende arbeid i permitteringsperioden ville de endt opp med å betale arbeidstakeren i permitteringsperioden likevel, slik at bedriften økonomisk sett ikke ville fått noe ut av å permittere vedkommende. I denne sammenhengen må det stilles spørsmål ved om arbeidsgiver ved vurderingen av hvem som skal permitteres kan legge vekt på hvilke arbeidstakere som har konkurransesensitiv informasjon.

#### 4.2.6. Arbeidstakers konkurransesensitive informasjon som grunnlag for permittering

Etter Hovedavtalen § 7-1 nr. 3 skal permittering i utgangspunktet foretas på grunnlag av «*ansienniteten*». Hovedkriteriet for utvelgelsen for hvem som skal permitteres er altså hvor lenge de ansatte har arbeidet i bedriften. Bestemmelsen åpner imidlertid for at utgangspunktet om ansienniteten kan «*fravikes når det foreligger saklig grunn*». Ved vurderingen av hva som ligger i kravet til «saklig grunn» har Arbeidsretten i ARD-1997-201 uttalt at:

*«Ved vurdering av om saklig grunn foreligger, vil faglige kvalifikasjoner, sosiale og andre hensyn, såvel som ansettelsestid og ansiennitetsforskjeller, være momenter av betydning. Arbeidsretten finner det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på det generelle innholdet av kravet til saklig grunn. Hvorvidt en fravikelse av ansiennitetsrekkefølgen er berettiget, må avgjøres konkret».*

Uttalelsen fra Arbeidsretten viser at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle for om ansienniteten kan fravikes. Kriteriene som skal vektlegges i vurderingen av om det foreligger «*saklig grunn*» er formulert relativt vide. Det avgjørende synes å være om grunnen fremstår mer tungtveiende enn ansienniteten og at det kreves en sterkere grunn jo større ansiennitetsforskjellene er.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Se tilsvarende ARD-2016-151 avsnitt 81

For oppsigelsestilfellene ved innskrenkning eller omlegging følger det av Hovedavtalen § 8-2 at «*ansienniteten [kan] fravikes når det foreligger saklig grunn*». At det foreligger et tilsvarende krav til å fravike ansiennitet som ved permittering, tilsier at rettsavgjørelser fra oppsigelsestilfellene kan benyttes for å legge til grunn hva som kan utgjøre en «*saklig grunn*» til å fravike ansiennitet ved permittering. Det følger imidlertid av ARD-1997-201 at:

*«[S]aklighetsvurderingen ved utvelgelse ikke stiller seg på samme måte ved permittering som ved oppsigelse. Permittering er i motsetning til oppsigelse et midlertidig tiltak som forutsetter at arbeidstakerne vil bli gjeninntatt i arbeid. Saklighetskravet i hovedavtalens § 8-1 nr. 3 må forstås i samsvar med dette».*

Ved oppsigelser kreves det altså sterkere grunner til å fravike bedriftsansiennitet enn ved permittering.<sup>84</sup> Rettsavgjørelser om hva som kan utgjøre en «*saklig grunn*» til å fravike ansiennitet ved oppsigelsestilfeller kan følgelig anses å gi uttrykk for et minstegrunnlag til hva som kan utgjøre saklig grunn i utvelgelsen av hvem som kan permitteres.

I HR-2019-424-A hadde en større entreprenørbedrift fraveket ansiennitet ved utvelgelsen av hvem som skulle sies opp i forbindelse med nedbemanning og lagt særlig vekt på de ansattes kompetanse og faglig dyktighet. Høyesterett uttalte i dommen at det må anses «*saklig å fravike ansiennitetsrekkefølgen ved utvelgelse til oppsigelse uten at forskjellene i kompetanse og dyktighet er vesentlige*».<sup>85</sup> Dommen viser at det ikke er krav om stor forskjell i kompetanse hos de ansatte for å kunne fravike ansiennitetsrekkefølgen. Overført til permitteringsstilfellene kreves det derfor ikke sterke grunner for å vektlegge kompetanse og faglig dyktighet over ansiennitet ved utvelgelsen av hvem som skal permitteres.

Arbeidstakerens konkurransesensitive informasjon må anses som et kompetansefokuseret kriterium, da det gjelder kompetanse arbeidsgiver ønsker å beholde i bedriften. Da arbeidsgiver kan vektlegge kompetanse over ansiennitet ved utvelgelsen av hvem som kan permitteres, tilsier det at arbeidstakers konkurransesensitive informasjon i seg selv kan utgjøre en «*saklig grunn*» til å fravike ansienniteten. Hvorvidt arbeidsgiveren kan legge vekt på hvilke arbeidstakere som har mest konkurransesensitiv informasjon ved utvelgelsen av hvem som skal permitteres må likevel bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Ved vurderingen av om en konkurranseklausul skal gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker må arbeidsgiver ta utgangspunkt i hva den ansatte vet om bedriften og hvilken skade det kan utgjøre i konkurransesammenheng om kunnskapen når ut til en konkurrent, uten å vite om den ansatte planlegger å drive konkurrerende virksomhet. At arbeidsgiver i tillegg kan legge vekt på arbeidstakers konkurransesensitive informasjon ved vurderingen av hvem som skal permitteres, tilsier at arbeidsgiveren ikke kan gjøre en konkurranseklausul gjeldende overfor en permittert. Arbeidsgiver må ved permitteringsutvelgelsen anses å ha tatt en vurdering av skadefølgene ved at arbeidstakerens konkurransesensitive informasjon når ut til eventuelle

---

<sup>84</sup> Se tilsvarende Stueland (2020) s. 313

<sup>85</sup> HR-2019-424-A avsnitt 84

konkurrenter. Da arbeidsgiver etter en avveining kom frem til at den aktuelle arbeidstakeren skulle permitteres fremfor noen andre, vil det være kunstig om konkurranseklausuler kunne gjøres gjeldende under permitteringsperioden, da arbeidsgiver etter en nærmere vurdering har kommet frem til at det ikke er kritisk å gi slipp på arbeidstakeren.

#### 4.2.7. Fra hvilket tidspunkt kan en konkurranseklausul gjøres gjeldende?

Etter arbeidsmiljøloven § 14 A-1 første ledd er det en forutsetning for konkurranseklausulers gyldighet at de regulerer arbeidstakerens adgang til å «*tiltre stilling*» eller «*starte, drive eller delta i annen virksomhet*» først «*etter arbeidsforholdets opphør*». I permitteringsperioden består arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker til tross for at henholdsvis lønnsplikten og arbeidsplikten er opphørt for en midlertidig periode. Dette tilsier at eventuelle konkurranseklausuler som er avtalt med sikte på å begrense arbeidstakers mulighet til å drive konkurrerende virksomhet «*etter arbeidsforholdets opphør*» ikke kan gjøres gjeldende i permitteringsperioden, da arbeidsforholdet rent faktisk ikke har opphørt.

Skulle en konkurranseklausul likevel kunne gjøres gjeldende under permittering må det stilles spørsmål ved når en slik klausul skal gjelde fra. Ved avslutningen av arbeidsforholdet må arbeidsgiver, i henhold til reglene i arbeidsmiljøloven § 14A-2, informere arbeidstaker om og i hvilken grad konkurranseklausulen gjøres gjeldende. Gjøres en konkurranseklausul gjeldende vil den ha virkning fra utløpet av arbeidstakers oppsigelsestid. Overført til permitteringsstilfellene må det stilles spørsmål ved om en konkurranseklausul ville gjelde fra starten av permitteringsperioden dersom klausulen kan gjøres gjeldende overfor en permittert arbeidstaker.

Bedrifter har adgang til å permittere sine ansatte om de har lite arbeidsoppgaver, manglende oppdrag eller dårlig likviditet som følge av forhold bedriften ikke kan påvirke. En konsekvens av at arbeidstaker blir permittert er at arbeidsgiver midlertidig fritas fra sin lønnsplikt. En slik ordning kan som nevnt i punkt 4.2.5 bidra til at en bedrift med økonomiske problemer som følge av arbeidsmangel klarer seg gjennom den vanskelige perioden. Ved anvendelsen av en konkurranseklausul må imidlertid bedriften etter arbeidsmiljøloven § 14 A-3 betale en kompensasjon som vil utgjøre store deler den ansattes lønn. En ordning der en konkurranseklausul skal gjelde fra starten av permitteringsperioden, ville derfor medført at arbeidsgiver ikke ville spart midler ved å permittere en ansatt som var bundet av en konkurranseklausul. En slik ordning ville vært kunstig, da arbeidsgiver heller kunne beholdt den ansatte i arbeid da lønnsutgiftene ville vært tilsvarende.

En annen løsning kunne vært at en avtalt konkurranseklausul kunne gjøres gjeldende av arbeidsgiver når som helst under permitteringsperioden. En slik løsning ville imidlertid gjort den permitterte arbeidstakerens hverdag meget uforutsigbar. Det ville også vært vanskelig for bedriften å begrunne hvorfor konkurranseklausulen skulle gjøres gjeldende fra det aktuelle tidspunktet. Ved vurderingen av om en inngått konkurranseklausul skal gjøres gjeldende skal arbeidstaker foreta en vurdering av det reelle behovet for å gjøre klausulen gjeldende.

I vurderingen av om det er behov for å gjøre gjeldende konkurranseklausulen skal det tas utgangspunkt i arbeidsgivers behov for beskyttelse mot at kunnskapen den aktuelle arbeidstakeren sitter med kommer ut til eventuelle konkurrenter. Vurderingen skal ikke ta utgangspunkt i den aktuelle arbeidstakerens eventuelle planer om å drive konkurrerende virksomhet.<sup>86</sup> Da bedriften kun skal ta utgangspunkt i sitt behov for å hindre at den ansattes kunnskap spres vil det være kunstig om en konkurranseklausul skal kunne gjøres gjeldende når som helst under permitteringsperioden. Den permitterte arbeidstakeren må antas å ha samme kunnskap om bedriften gjennom hele permitteringsperioden, slik at bedriftens behov for å hindre at den ansattes kunnskap spres trolig ikke vil endre seg i løpet av permitteringsperioden.

Dersom arbeidstaker fikk adgang til å gjøre gjeldende en konkurranseklausul når som helst under permitteringsperioden ville det videre vært vanskelig å vurdere om klausulen gjøres gjeldende grunnet et reelt behov, eller fordi bedriften har fått kunnskap om at den permitterte arbeidstakeren vurderer å drive konkurrerende virksomhet. En slik ordning ville videre åpnet for at konkurranseklausuler i større grad kunne blitt gjort gjeldende, noe som strider mot lovgivers ønske om å begrense bruken av konkurranseklausuler.

#### 4.2.8. Forskjell på hel eller delvis permittering?

Vi har til nå hatt hovedfokus på hvorvidt en konkurranseklausul kan gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker som er 100 prosent permittert fra sin stilling, noe drøftelsene overfor tilsier at arbeidsgiver ikke har anledning til. I en rekke tilfeller kan arbeidsgiver imidlertid velge å bare permittere arbeidstakeren delvis. En arbeidstaker som er delvis permittert vil fremdeles være på jobb, men i mindre grad enn vedkommende var før permitteringen. Det kan da stilles spørsmål ved om konkurranseklausuler kan gjøres gjeldende overfor arbeidstakere som er delvis permittert.

Konkurranseklausuler skal som nevnt i punkt 4.2.7. begrense arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet «*etter arbeidsforholdets opphør*», jf. arbeidsmiljøloven § 14A-1 første ledd. I permitteringsperioden består fremdeles arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. For arbeidstakere som er delvis permittert vil arbeidsforholdet være enda lengre fra å kunne anses opphørt, da arbeidstakeren fremdeles utfører arbeid for arbeidsgiver, selv om arbeidsmengden er begrenset. Dersom en konkurranseklausul ikke kan gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker som er 100 prosent permittert skal det nok derfor enda mer til for at de skal kunne gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker som er delvis permittert.

---

<sup>86</sup> Prop. 85L (2014-2015) s. 34

#### 4.2.9. Konklusjon

En konkurranseklausul skal i utgangspunktet gjøres gjeldende etter arbeidsforholdets opphør, noe som tilsier at de ikke kan gjøres gjeldende i permitteringstilfellene, da arbeidsforholdet rent faktisk ikke har opphørt under permitteringsperioden. Skulle en slik konkurranseklausul likevel kunne gjøres gjeldende overfor en permittert arbeidstaker er det vanskelig å finne et logisk tidspunkt konkurranseklausulen vil kunne gjelde fra. Videre samsvarer det dårlig at en konkurranseklausul må ha grunnlag i arbeidstakers forhold for å gjøres gjeldende, mens en permittering må være begrunnet i virksomhetens forhold.

Kompensasjonen arbeidstaker har krav på som følge av anvendelsen av en konkurranseklausul vil videre medføre at arbeidsgiver må betale den permitterte arbeidstakeren selv om lønnsplikten i utgangspunktet er suspendert. En slik løsning kan bli økonomisk utfordrende for arbeidsgiver, som gjerne ikke har midler til å betale den ansatte. Arbeidsgiver vil derfor i praksis fratas muligheten til å permittere ansatte med konkurransesensitiv informasjon. Hvis arbeidstakers konkurransesensitive informasjon imidlertid ikke kan anses som et saklig utvelgelseskriterie ved vurderingen av hvem som skal permitteres, vil arbeidsgiver i praksis fratas muligheten til å gjøre gjeldende en avtalt konkurranseklausul. Kravet til kompensasjon ved anvendelse av konkurranseklausuler gjør det følgelig utfordrende for arbeidsgiver å beskytte seg mot konkurrerende virksomhet fra enkelte ansatte.

Etter en nærmere vurdering av de eksisterende reglene rundt konkurranseklausuler ser vi at reglene samsvarer dårlig med permitteringsinstituttet. Konkurranseklausuler kan følgelig ikke gjøres gjeldende overfor en permittert arbeidstaker.

### 4.3. Lojalitetspliktens begrensning av permitterte arbeidstakers konkurrerende virksomhet

#### 4.3.1. Innledning

Drøftelsen i punkt 4.3 vil foretas under den forutsetning at arbeidsgiver ikke kan begrense en permittert arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende arbeid gjennom konkurranseklausuler. I det videre skal vi derfor vurdere om arbeidsgiver har mulighet til å begrense arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet gjennom den ulovfestede lojalitetsplikten. I motsetning til konkurranseklausuler gjelder lojalitetsplikten så lenge arbeidsforholdet består.

I et arbeidsforhold vil lojalitetsplikten begrense arbeidstakers adgang til å drive virksomhet i illojal konkurranse med sin arbeidsgiver.<sup>87</sup> Har arbeidstakers adferd en tilknytning til arbeidsforholdet som gjør at arbeidsgivers interesser ikke ivaretas, vil handlingene til arbeidstaker anses illojale.<sup>88</sup> Spørsmålet er imidlertid i hvilken grad lojalitetsplikten kan gjøres gjeldende overfor en permittert arbeidstaker. Dette vil jeg vurdere i det følgende.

#### 4.3.2. Avtale om konkurrerende virksomhet

Lojalitetsplikten er ufravikelig, men partenes avtaleregulering vil kunne avgjøre hva som kan regnes som illojalt.<sup>89</sup> For å avgjøre hva som kan anses som illojal adferd må en ta utgangspunkt i hva som følger av arbeidskontrakten. Dersom arbeidstaker og arbeidsgiver har regulert i arbeidskontrakten at enkelte former for konkurrerende virksomhet skal aksepteres, har ikke arbeidsgiver noen beskyttelsesverdige forventninger om at arbeidstaker skal avstå fra slik konkurranse.<sup>90</sup> Tanken om at arbeidsgiver ikke kan påberope seg brudd på lojalitetsplikten i de tilfeller der det fremgår direkte av arbeidskontrakten at den aktuelle adferden aksepteres, ble uttrykt av Simonsen allerede på slutten av 90-tallet da han uttalte at:

*«[I] den grad lojalitetsplikten har sin forankring i den «berettigede forventning» hos motparten, vil enhver ansvarsfraskrivelse bidra til å dempe forventningsnivået».*<sup>91</sup>

Arbeidstaker har følgelig adgang til å drive konkurrerende arbeid dersom arbeidsgiver på forhånd har akseptert slikt arbeid. Videre kan arbeidstaker få tillatelse fra arbeidsgiver til å drive konkurrerende virksomhet, selv om det ikke foreligger en slik forhåndsavtale. En arbeidstaker som ønsker å ta arbeid for en konkurrerende virksomhet kan gå i dialog med arbeidsgiveren for å finne ut om det aktuelle arbeidet vil være i direkte konkurranse med arbeidsgiver. Dersom arbeidet ikke er i konkurranse med arbeidsgiver vil det ikke være problematisk å påta seg arbeidet så lenge det ikke går utover prestasjonen hos arbeidsgiver.

---

<sup>87</sup> Borch og Fougner (2000) s. 69

<sup>88</sup> Nazarian (2006) s. 182

<sup>89</sup> Nazarian (2006) s. 106

<sup>90</sup> Nazarian (2006) s. 106

<sup>91</sup> Simonsen (1997) s. 421

Er virksomheten i konkurranse med arbeidsgiver, kan arbeidsgiver likevel velge å tillate arbeidstakeren å ta arbeidet. En ordning der arbeidstaker må spørre arbeidstaker om tillatelse til å drive konkurrerende virksomhet kan være effektiv og unngå etterfølgende konflikter. Likevel gir ikke ordningen en tilstrekkelig tydelig veiledning til arbeidstaker for hvilke tilfeller lojalitetsplikten begrenser adgangen til å ta arbeid som er i konkurranse med arbeidsgiver.

#### 4.3.3. Arbeidstakers adgang til å påta seg bierverv

Lojalitetsplikten gjelder så lenge arbeidsforholdet består. Under permitteringsperioden løper fortsatt arbeidsforholdet, slik at arbeidstakerens handlefrihet i utgangspunktet vil begrenses av lojalitetsplikten.<sup>92</sup> Arbeidstakere kan i utgangspunktet disponere over sin egen fritid. Likevel setter lojalitetsplikten grenser for arbeidstakers adgang til å påta seg bierverv som kan skade arbeidsgivers interesser.<sup>93</sup> Bierverv er betegnelsen på arbeid en arbeidstaker påtar seg utenfor arbeidstiden. I Rt. 1959 s. 900 har Høyesterett uttalt at:

*«[D]en enkelte arbeidstager i alminnelighet har full rådighet over sin fritid – også til å påta seg ekstrajobber og bistillinger i denne – når bare fritidsarbeidet ikke medfører en så hård belastning på hans arbeidskraft at det går utover hans ordinære arbeid».*<sup>94</sup>

Dommen viser at arbeidstakers bierverv vil være i strid med lojalitetsplikten dersom det er så tungt fysisk eller psykisk at det vil gå utover det opprinnelige arbeidsforholdet. For permittering vil den fysiske og psykiske belastningen ha størst betydning i tilfellene der arbeidstaker er delvis permittert. Er arbeidstaker 100 prosent permittert skal vedkommende i utgangspunktet ikke utføre arbeid for arbeidsgiver, slik at den fysiske og psykiske belastningen først får betydning ved en eventuell oppheving av permitteringen.

Videre fremgår det av rettspraksis at arbeidstakers adgang til å utføre bierverv også vil være begrenset der det vanskeliggjør gjennomføring av arbeidet hos opprinnelig arbeidsgiver. Et eksempel på dette er Rt. 1961 s. 1012 hvor Høyesterett fant det problematisk at en del ligningsfullmektiger påtok seg regnskapsoppdrag på fritiden. Ordningen medførte at fullmektigene måtte kontrollere selvangivelser som bygget på regnskap som var utfylt av deres kolleger på likningskontoret. Arbeidstaker kom da i en interessekonflikt som begrenset deres arbeid hos sin opprinnelige arbeidsgiver.

---

<sup>92</sup> Storeng (2020) s. 507

<sup>93</sup> Skjønberg (2017) s. 247

<sup>94</sup> Rt. 1959 s. 900 på side 902

#### 4.3.4. Faktisk konkurranse og interessekonflikt

En første forutsetning for at arbeidstakers konkurrerende virksomhet kan regnes som illojal er at den aktuelle virksomheten rent faktisk er i konkurranse med arbeidsgivers virksomhet. Dette ble blant annet vurdert i RG-2012-374, hvor Lagmannsretten konkluderte med at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad hadde påvist at oppdragene arbeidstakeren utførte i sitt enkeltmannsforetak ville gått til dem om ikke arbeidstakeren utførte arbeidet.

I teorien er det lagt til grunn at deltakelse i virksomhet som er i konkurranse med arbeidsgiver som det klare utgangspunkt må anses som illojalt, da arbeidstaker i en slik situasjon fremmer sine egne interesser og ikke arbeidsgivers.<sup>95</sup> Arbeidstaker kan ikke forsvare seg med at en konkurrerende virksomhet som i utgangspunktet er illojal ble utført på fritiden.<sup>96</sup> Deltakelse i konkurrerende virksomheten vil anses illojalt om det skjer i eller utenfor arbeidstiden, selv om arbeid i arbeidstiden selvsagt vil fremstå ekstra klanderverdig.<sup>97</sup>

Lojalitetsplikten setter en begrensning på arbeidstakers adgang til å fremme sine egne interesser fremfor arbeidsgivers, i de tilfeller der det kan oppstå en interessekonflikt. Arbeidstakers plikt til å fremme arbeidsgivers interesser går langt, men bare *«så langt det er mulig uten at det har innvirkning av betydning for vedkommendes egne, legitime interesser»*.<sup>98</sup> Eksempelvis må det regnes å foreligge slike *«legitime interesser»* om en ansatt ikke har tilstrekkelige midler til å betale nødvendige utgifter som følge av permitteringen.

Ved permittering er det arbeidsgivers forhold som er grunnen til at arbeidstakeren ikke får utføre arbeid og motta lønn. Dette tilsier at permitterte arbeidstakere må gis en større frihet til å drive konkurrerende virksomhet enn ansatte som fremdeles er i arbeid.<sup>99</sup>

I RG-2012-374 slo Lagmannsretten fast at arbeidstakeren hadde adgang til å påta seg oppdrag fra konkurrenter av arbeidsgiveren i permitteringsperioden. I denne forbindelse uttalte Lagmannsretten at:

*«Etter lagmannsrettens syn tilsier sammenheng i regelverket og systembetraktninger at det forutsetter klare holdepunkter og sterke interesser hos arbeidsgiver før en arbeidsgiver som ikke makter å sysselsette sine ansatte, ut fra lojalitetsbetraktninger i permitteringstiden skal kunne nekte den permitterte å arbeide for andre som driver med det samme».*

Kan arbeidsgiver godtgjøre at arbeidstakerens ekstraarbeid rent faktisk er konkurrerende virksomhet, skal det likevel en del til før arbeidstaker kan anses å ha brutt lojalitetsplikten.

---

<sup>95</sup> Storeng (2020) s. 540

<sup>96</sup> Borch (2016) s. 39

<sup>97</sup> Storeng (2020) s. 541

<sup>98</sup> LE-2003-26

<sup>99</sup> Borch (2016) s. 40



#### 4.3.5. Forholdet til Trygdeloven – plikt til å være arbeidssøkende

En permittert arbeidstaker mottar dagpenger av NAV og er derfor bundet av reglene i folketrygdloven. Et av kravene som stilles til dagpengemottakere er at de må være «*reell arbeidssøker*». <sup>100</sup> Herunder vil en regnes som «*reell arbeidssøker*» om en er «*arbeidsfør*» og «*villig til å ta ethvert arbeid som er lønnet*». <sup>101</sup> Etter ordlyden fremstår det som at det er et krav at arbeidstaker kan ta hvilket som helst arbeid som vedkommende vil få betalt for. Her skiller det ikke mellom arbeid som vil være i konkurranse med arbeidsgiver og annet arbeid. Dette samsvarer med forarbeidene hvor det uttales:

*«[A]t den arbeidsløse er reell arbeidssøker [...] innebærer at vedkommende må være villig til å ta ethvert høvelig arbeid hvor som helst i landet (være yrkesmessig og geografisk mobil). [...] Ved vurderingen av om arbeidet er høvelig, skal det legges vekt på om den arbeidsløse er fysisk og psykisk i stand til å ta arbeidet. [...] Dersom en person ikke har den faglige bakgrunnen for å utføre det tilbudte arbeidet, vil det [...] ikke bli ansett som høvelig.»* <sup>102</sup>

Det faktum at et arbeid etter forarbeidene ikke vil bli ansett som høvelig dersom personen ikke har den nødvendige faglige bakgrunnen, tilsier at det vil regnes høvelig for personen å ta arbeid hvor vedkommende har nødvendig faglig bakgrunn. En permittert arbeidstaker har typisk nødvendig faglig bakgrunn til å utføre arbeid tilsvarende det arbeidet vedkommende er permittert fra. Forarbeidenes uttalelse tilsier dermed at arbeidstakeren vil være nødt til å ta slikt konkurrerende arbeid for å oppfylle lovens krav til «*reell arbeidssøker*». Spørsmålet er om kravet til at arbeidstaker må være en «*reell arbeidssøker*» strekker seg så langt at det frigjør eventuelle konkurransebegrensninger som gjør seg gjeldende i arbeidsforholdet.

På den ene siden vil en bedrift som allerede har nedgangstider, slik at de har blitt nødt til å permittere flere av sine ansatte, kunne bli hardt rammet om arbeidstakerne får anledning til å drive arbeid som vil være i direkte konkurranse med virksomheten. Bedriften vil da kunne havne i enda større økonomiske problemer fordi konkurransen på markedet blir større og det vil bli vanskeligere for bedriften å få virksomheten tilbake til slik den var før de økonomiske problemene startet. En videre konsekvens vil være at arbeidsgiveren gjerne må ansette nye arbeidstakere som krever opplæring, som igjen vil være mer kostbart enn løsningen med å få tilbake de permitterte arbeidstakerne.

På den annen side tilsier systembetraktninger og sammenhengen mellom reglene om permittering og dagpenger at arbeidstakeren må stå helt fritt til å ta arbeid under permitteringen, uavhengig av om det aktuelle arbeidet vil være i konkurranse med vedkommendes arbeidsgiver. Dette synspunktet ble blant annet lagt til grunn i RG-2012-374 hvor lagmannsretten uttalte at:

---

<sup>100</sup> Folketrygdloven § 4-5

<sup>101</sup> Folketrygdloven § 4-5 første ledd bokstav a

<sup>102</sup> NOU 1990:20 s. 289-290

*«Et samvirke mellom reglene om permittering og reglene om dagpenger tilsier med styrke at lojalitetsplikten som den klare hovedregel ikke kan strekkes så langt at arbeidstaker ikke har adgang til å ta imot høvelig arbeid.»*

Etter lagmannsrettens uttalelse synes det tydelig at lojalitetsplikten, av hensyn til dagpengereguleringen og samfunnsøkonomiske interesser generelt, ikke kan begrense arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende arbeid.

Av rundskrivet til folketrygdloven kapittel 4 fremgår det imidlertid at selv om arbeidstakeren etter folketrygdloven § 4-5 må være «villig til å ta ethvert arbeid», foreligger det «[v]isse typer arbeid» man ikke er «pliktig til å ta imot».<sup>103</sup> Herunder arbeid som «bryter med lovbestemt taushetsplikt, lojalitetsplikt og konkurranseklausuler». Unntaket tilsier at en arbeidstaker fremdeles kan anses som «reell arbeidssøker» i henhold til folketrygdloven § 4-5, selv om vedkommende velger å takke nei til konkurrerende arbeid som bryter med lojalitetsplikt og konkurranseklausuler. En slik forståelse samsvarer med arbeidstakers plikt til å ivareta arbeidsgiverens interesser.

I rundskrivets punkt 8.2.5.6 om perioder med arbeidsfri uten lønn fremgår det imidlertid at dersom:

*«[A]rbeidsavtalen inneholder et punkt om at arbeidstakeren ikke kan ta arbeid for konkurrerende arbeidsgiver eller legger andre begrensninger på hvilket arbeid som kan tiltres, kan ikke vedkommende regnes som reell arbeidssøker».*<sup>104</sup>

Perioder hvor arbeidstaker har arbeidsfri uten lønn må regnes å ha store likhetstrekk med permitteringsstilfellene. Uttalelsen trekker derfor i retning av at arbeidstaker ikke kan regnes som reell arbeidssøker om det foreligger begrensninger fra arbeidsgiver til å drive konkurrerende virksomhet. For arbeidstakere som er bundet av en konkurranseklausul kan dette begrunnes med at arbeidstaker vil få kompensasjon fra arbeidsgiver som følge av konkurranseklausulen, slik at vedkommende ikke har behov for å motta dagpenger. I de tilfellene arbeidstaker kun er bundet av lojalitetsplikten vil det imidlertid ikke foreligge noen kompensasjon. Det må derfor stilles spørsmål ved om arbeidstakere som er bundet av lojalitetsplikten likevel kan regnes som reell arbeidstaker.

Rundskrivet gir både uttrykk for at lojalitetspliktens begrensning på arbeidstakers mulighet til å ta konkurrerende arbeid er til hinder for å være «reell arbeidssøker» etter folketrygdloven § 4-5 og at lojalitetsplikten ikke er til hinder for dette. Rundskrivet er følgelig selvmotsigende og det er vanskelig å legge til grunn hvilke av uttalelsene som skal tillegges størst vekt. Under rundskrivets punkt 8.2.6 om permittering fremgår det imidlertid at permitterte arbeidstakere kan «få dagpenger selv om de i mindre grad enn andre dagpengemottakere kan sies å være reelle arbeidssøkere» og at det derfor må oppstilles «andre krav til geografisk og yrkesmessig

---

<sup>103</sup> R04-00 pkt. 3.2

<sup>104</sup> R04-00 pkt. 8.2.5.6

*mobilitet for permitterte enn det som gjelder for helt arbeidsledige*».<sup>105</sup> Formuleringen «andre krav» må her forstås som at det skal stilles mindre strenge krav til permitterte arbeidstakere.

Rundskrivets mindre strenge krav for å regne permitterte arbeidstakere som «*reell arbeidssøker*» tilsier at lojalitetsplikten kan begrense arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet i permitteringsperioden, uten at det vil gå utover arbeidstakers mulighet til å motta dagpenger. Folketrygdloven kan følgelig ikke begrense lojalitetspliktens rekkevidde alene. I et større perspektiv fremstår det imidlertid som at lovgiver har støttet opp under at det er ønskelig at arbeidstaker finner annet arbeid under permittering.<sup>106</sup>

Sier den permitterte arbeidstakeren opp jobben i permitteringsperioden kan vedkommende etter arbeidsmiljøloven § 15-3 niende ledd «*gå til oppsigelse med en oppsigelsesfrist på 14 dager fra den dag oppsigelsen ble mottatt av arbeidsgiveren. [...] uansett hvilken oppsigelsesfrist som følger av loven her eller avtale*».<sup>107</sup> Har arbeidstakeren fått nytt arbeid fremgår det videre av Hovedavtalens § 7-6 annet ledd at arbeidstakeren ikke plikter å «*utføre arbeid i oppsigelsestiden*» om en «*ny arbeidsavtale er til hinder for det*». Uansett følger det av Hovedavtalens § 7-6 tredje ledd at dersom arbeidstakeren har vært «*permittert utover 3 måneder og inntil videre [...] kan vedkommende fratruke uten oppsigelsesfrist*». De nevnte bestemmelsene viser tydelig at lovgiver og avtalepartene har et ønske om at permitterte arbeidstakere som finner seg nytt arbeid, skal ha anledning til å starte dette uten at det opprinnelige arbeidet som vedkommende er permittert fra skal sette noen begrensninger.

Lovgiverviljen og sammenhengen i regelverket tilsier derfor at det må kreves sterke interesser hos arbeidsgiver før de kan nekte en permittert arbeidstaker å drive konkurrerende virksomhet på bakgrunn av lojalitetsbetraktninger.

#### 4.3.6. Forberedelse til konkurrerende virksomhet

En permittert arbeidstaker kan sjeldent forutse hvor lenge permitteringsperioden vil vare. Arbeidstakeren kan derfor ha behov for å finne seg nytt arbeid eller starte opp egen virksomhet. I denne forbindelse vil arbeidstakeren måtte foreta visse forberedende handlinger. Arbeidstakers tanker om å kanskje starte konkurrerende virksomhet kan ikke i seg selv innebære et brudd på lojalitetsplikten. Dette fremgår blant annet av NAD-1987-269 hvor byretten uttalte at:

*«[A]rbeidstakere, også folk i ledende stillinger, [må] ha anledning til å undersøke mulighetene til å starte for seg selv, uten at dette alene kan anses som grunnlag for avskjed».*

---

<sup>105</sup> R04-00 pkt. 8.2.6

<sup>106</sup> RG-2012-374

<sup>107</sup> Arbeidsmiljøloven § 15-3 niende ledd

Eksempler på forberedelser en arbeidstaker kan foreta ved oppstart av egen virksomhet er stiftelse og registrering av eget firma, samt arbeid med å sørge for finansiering og opprettelse av leiekontrakt.<sup>108</sup> I LE-2003-26 sa en daglig leder for salgsavdelingen i en handelsbedrift, sammen med tre andre i salgsteamet, opp sin stilling for å begynne i en konkurrerende virksomhet som var under etablering. Lagmannsretten fant at selv om arbeidstakeren i noen relasjoner hadde opptrådt illojalt, hadde ikke et eventuelt tap for arbeidsgiver oppstått som følge av denne illojaliteten:

*«I seg selv kan ikke avvikling av møter mellom en arbeidstaker og en potensiell arbeidsgiver anses som illojalt. Ett eller flere slike møter vil være en forutsetning for etablering av det nye arbeidsforholdet. Det kan imidlertid være av betydning hva som er det nærmere innhold i møtene og når de blir avholdt».*<sup>109</sup>

En arbeidstaker kan altså foreta visse forberedelse handlinger så lenge disse ikke er til skade for arbeidsgiver. En videre forutsetning er at de forberedende handlingene ikke må være synlige i markedet. Dette ble lagt til grunn i LA-2006-71768 hvor lagmannsretten uttalte at:

*«[E]n arbeidstaker som hovedregel ikke må foreta seg noe som kan medføre tap eller skade for arbeidsgiveren ved konkurrerende virksomhet. I forbindelse med oppsigelse og overgang til nytt arbeid i en potensielt konkurrerende virksomhet, blir det sentrale punktet hvorvidt arbeidstakeren før han fratrer foretar seg noe som skader arbeidsgiverens relasjon til kunder og leverandører, eller på annen måte ved interne disposisjoner eller unnlattelse av slike svekker det forretningsmessige utbytte som disse relasjonene ellers må formode å gi.*

*Det er etter lagmannsrettens syn i utgangspunktet adgang for en arbeidstaker til å forberede overgangen til ny arbeidsgiver eller oppstart av egen virksomhet ved blant annet å foreta undersøkelser eller å etablere et selskap forutsatt at slike forberedelser ikke er synlige i markedet for arbeidsgivers kunder, leverandører og andre avtalepartnere.»*

Dommen underbygger at forberedelseshandlinger er tillat så lenge de ikke er til skade for arbeidsgiver. Frem til forberedelseshandlingene blir synlige i markedet vil det ikke være noe fare for at kunder, leverandører eller andre avtalepartnere velger å gå over til den konkurrerende bedriften. Slik sett vil det ikke være noen fare for at forberedelseshandlingene vil føre til tap for arbeidsgiver før forberedelseshandlingene synliggjøres.

I rettspraksis har det blitt akseptert at en arbeidstaker gjør visse forberedelser til start av konkurrerende virksomhet mens vedkommende er i arbeid. Det er derfor klart at tilsvarende forberedelseshandlinger også må kunne aksepteres for en permittert arbeidstakers vedkommende. En arbeidstaker som planlegger konkurrerende virksomhet, vil imidlertid lett

---

<sup>108</sup> Storeng (2020) s. 542

<sup>109</sup> LE-2003-26

kunne utføre handlinger som er illojale i forhold til arbeidsgiveren. Tilsvarende er det naturlig at de forberedelseshandlingene som innebærer illojal konkurranse til arbeidsgiveren ofte også vil være illojale når de utføres i en permitteringsperiode.

I praksis kan det være vanskelig å trekke grensen mellom forberedelseshandlinger som er tillatt og forberedelseshandlinger som innebærer en illojal konkurranse til arbeidsgiveren.<sup>110</sup> I en rekke dommer er det imidlertid lagt til grunn at det kan utledes en opplysningsplikt fra lojalitetsplikten vedrørende arbeidstakers overgang til eller etablering av konkurrerende virksomhet.<sup>111</sup> Antar arbeidstakeren at den nye virksomheten vil utgjøre en konkurranse til arbeidsgiver fremgår det av rettspraksis at arbeidstakeren må informere arbeidsgiveren om planene rundt oppstart av ny virksomhet for å hindre brudd på lojalitetsplikten. Dette ble blant annet lagt til grunn i Rt. 1990 s. 607 hvor Høyesterett uttalte at:

*«Det må følge av lojalitetsplikten, ikke minst hensett til det nivå de befant seg på, at de pliktet å holde styret eller overordnede orientert om forhold som var av betydning for bedriftens virksomhet».*<sup>112</sup>

Videre vil arbeidstakere som fremmer egne næringsinteresser ved å informere kunder om oppstart av egen virksomhet, fort anses å utføre en ulovlig forberedelseshandling.<sup>113</sup> I Rt. 1990 s. 607 ble en administrerende direktør og en systemsjef i et datafirma avskjediget etter å ha bidratt til stiftelsen av et konkurrerende firma under ansettelsesforholdet. De ansatte hadde blant dratt på en representasjonsreise for arbeidsgiver til USA, der de hadde gitt uttrykk for sin misnøye til arbeidsgiver og fortalt om sine planer om å starte i et nytt firma. I denne forbindelse uttalte Høyesterett at:

*«Den aktivitet [arbeidstakerne] har utvist i denne sak og deres fortelser, har slik jeg ser det, klart gått ut over den ramme som her må gjelde for en arbeidstakers adgang til å forberede overgang til annen virksomhet etter sin fratreden».*<sup>114</sup>

Arbeidstaker har en relativt vid adgang til å foreta forberedende handlinger til å starte opp eller gå til konkurrerende virksomhet. For å unngå konflikt med arbeidsgiver bør arbeidstaker imidlertid informere arbeidsgiver om planene dersom den nye virksomheten vil være i konkurranse med arbeidsgiver. Videre må arbeidstaker for å unngå brudd på lojalitetsplikten, ikke foreta handlinger som vil kunne være til skade for arbeidsgiver. For å unngå dette kan arbeidstaker unngå at forberedelseshandlingene er synlige i markedet for arbeidsgivers kunder, leverandører og andre avtalepartnere.

---

<sup>110</sup> Borch og Fougner (2000) s. 75

<sup>111</sup> Borch (2016) s. 63

<sup>112</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 615

<sup>113</sup> Storeng (2020) s. 543

<sup>114</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 617

#### 4.3.7. Lojalitetsplikten for arbeidstakere i ledende stillinger

Ved vurderingen av hvilken rekkevidde lojalitetsplikten vil ha for arbeidstakere må det skilles mellom arbeidstakere i ulike stillinger. For arbeidstakere i ledende stillinger gjelder det en mer omfattende lojalitetsplikt enn for arbeidstakere i mer underordnede stillinger.<sup>115</sup> At det er en strengere norm for arbeidstakere med ledende stillinger kommer blant annet til uttrykk i Rt. 2012 s. 393 avsnitt 48, hvor Høyesterett uttalte at:

*«Det gjør forholdet særlig graverende at C var den øverste leder, nøt betydelig tillit og derfor hadde en særlig lojalitetsplikt overfor selskapet».*

At det foreligger en særlig steng lojalitetsplikt for ansatte med ledende stillinger må begrunnes i at arbeidsgiver har et større behov for tillit til arbeidstakere med sentrale roller i bedriften, særlig fordi ledere gjerne identifiseres med virksomheten.<sup>116</sup> Videre har ansatte i ledende stillinger ofte et større innblikk i og kunnskap om firmaet enn øvrige ansatte. Kunnskapen ansatte i ledende stillinger sitter med vil følgelig utgjøre et større skadepotensiale for arbeidsgiver, da videreføringen av kunnskapen den ansatte innehar kan medføre store økonomiske konsekvenser for bedriften.

Videre vil lojalitetsplikten i større grad gjøre seg gjeldende overfor arbeidstakere i ledende stillinger fordi en leder skal gå frem som et eksempel på hvordan andre i bedriften skal oppføre seg. Dette ble tillagt betydelig vekt i Rt. 1997 s. 1128 hvor en direktør holdt et pålegg om lønnstrekk skjult for de ansatte i virksomheten som skulle iverksette dette. Høyesterett uttalte her at lederens opptreden i situasjonen kunne *«ha en meget uheldig signaleffekt overfor de ansatte generelt»*.<sup>117</sup> En leder fremstår ofte som en rollemodell for andre ansatte. Dersom en ansatt i ledende stilling ikke handler med respekt for arbeidsgiver, vil det kunne påvirke andre ansatte til å handle tilsvarende.

Hvilken rolle arbeidstaker må ha for å anses å ha en ledende stilling er ikke fastsatt i lov eller Høyesterettspraksis. I LB-2007-64453 har imidlertid Lagmannsretten gitt uttrykk for hva som kan anses som ledende stillinger:

*«Med ledende stilling må forstås en stilling som innebærer et særlig ansvar med som regel overordnede arbeidsoppgaver i forhold til virksomhetens øvrige ansatte. En administrerende direktør, en markedsansvarlig eller en daglig leder, kan være eksempler på slike stillinger».*

For arbeidstakere med et særlig ansvar og mer overordnede arbeidsoppgaver enn sine kollegaer må det altså gjelde en særlig streng lojalitetsplikt. En naturlig konsekvens av at det gjelder en særlig streng lojalitetsplikt for arbeidstakere i ledende stillinger, er at arbeidstakere

---

<sup>115</sup> Borch (2016) s. 75

<sup>116</sup> Skjønberg (2017) s. 245

<sup>117</sup> Rt. 1997 s. 1128, på s. 1135

i mer underordnede stillinger får et større handlingsrom.<sup>118</sup> Dette kom til uttrykk i TDRAM-2013-177440 der tingretten ved vurderingen av om en kursutvikler hadde opptrådt i strid med lojalitetsplikten uttalte:

*«Sammenliknet med en person i en ledende posisjon i selskapet, hadde hans handlinger ved planleggingen av egen uttreden et mindre skadepotensiale enn om noen i ledelsen hadde gjort det samme. Det må legges til grunn at både den kunnskap en arbeidstaker har om firmaet og den påvirkningskraft han har for å få med seg andre ut av firmaet ofte er begrenset».*

I tilfeller der en ansatt i en ledende stilling har gjort det samme som en ansatt i underordnet stilling skal det følgelig mer til for at en ansatt i underordnet stilling anses å ha brutt lojalitetsplikten. Bakgrunnen for dette er arbeidstakerens påvirkningskraft og skadepotensiale. Utfører en arbeidstaker en handling som regnes å ha stort skadepotensiale må vedkommende følgelig kunne anses å ha brutt lojalitetsplikten uavhengig av vedkommendes stilling.

#### 4.3.8. Forskjell på hel eller delvis permittering?

Vi har til nå hatt hovedfokus på hvilken rekkevidde lojalitetsplikten vil ha overfor en arbeidstaker som er 100 prosent permittert fra sin stilling. Som nevnt i punkt 4.2.8 kan arbeidsgiver imidlertid velge å bare permittere arbeidstakeren delvis i en rekke tilfeller. I hvilken grad den ansatte arbeider vil da avhenge av vedkommendes permitteringsgrad. En arbeidstaker som er delvis permittert vil ha minst like sterk tilknytning til arbeidsgiver som en arbeidstaker som er 100 prosent permittert, slik at det må legges grunn at lojalitetsplikten også vil gjelde overfor en arbeidstaker som er delvis permittert. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om lojalitetsplikten vil ha ulik rekkevidde overfor en arbeidstaker som er delvis permittert enn for en arbeidstaker som er 100 prosent permittert.

En delvis permittert arbeidstaker vil fortsette med arbeidet sitt i deler av permitteringsperioden og vil slik sett ha en sterkere tilknytning til bedriften enn en arbeidstaker som er 100 prosent permittert. Videre vil en ansatt som fremdeles er på jobb holde seg oppdatert på eventuelt nye systemer og utviklinger i bransjen slik at arbeidsgiver fra et konkurranseperspektiv vil kunne ha større skade av om arbeidstakeren driver konkurrerende virksomhet ved siden av.

Et annet argument som tilsier at lojalitetsplikten kan sette større begrensninger for arbeidstakere som er delvis permittert er at arbeidstakerens konkurrerende arbeid i større grad kan gå utover prestasjonen hos arbeidsgiveren. Som nevnt i punkt 4.3.3. har Høyesterett uttrykt at arbeidstakers bierverv vil være i strid med lojalitetsplikten dersom det er så tungt fysisk eller psykisk at det vil gå utover det opprinnelige arbeidsforholdet.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Borch (2016) s. 76

<sup>119</sup> Se Rt. 1959 s. 900

På den annen side har arbeidsgiver på tilsvarende måte som for arbeidstakere som er 100 prosent permittert valgt å ensidig suspendere arbeidsplikten til delvis permitterte arbeidstakere. Det er derfor naturlig at lojalitetsplikten for alle permitterte vil ha en tilsvarende rekkevidde uavhengig av permitteringsgrad. Videre vil kravene for at arbeidstaker skal få dagpenger være de samme for arbeidstakere som er helt og delvis permittert, slik at det er vanskelig å se at lojalitetspliktens rekkevidde skal variere ut fra permitteringsgrad.

Ulik rekkevidde av lojalitetsplikten ville videre vært problematisk å overholde i tilfeller der arbeidsgiver har benyttet seg av rullerende permittering, en ordning der de ansatte bytter på å være borte fra arbeidet. Dersom fem ansatte er permittert 20 prosent vil en slik ordning kunne innebære at de ansatte er permittert hver sin dag i uken. Det kan da stilles spørsmål ved om arbeidstakeren skal behandles ulik ut fra hvilken permitteringsgrad vedkommende har, da en ansatt som kun er permittert en dag i uken, vil ha en sterkere tilknytning til den daglige driften i selskapet enn en ansatt som er på jobb en dag i uken.

Videre kan det oppstå vanskelige grensetilfeller der arbeidsgiver endrer permitteringsgraden fra hel til delvis permittering, eller motsatt. Har arbeidsgiver eksempelvis startet forberedende handlinger til konkurrerende virksomhet som kan anses å være til skade for arbeidsgiver kan det oppstå vanskelige vurderinger rundt når skaden ble gjort slik at det vil være vanskelig å fastlegge i hvilken grad lojalitetsplikten begrenset arbeidstakerens adgang til å gjennomføre den enkelte handlingen.

Videre vil en ulik rekkevidde av lojalitetsplikten for delvis permitterte arbeidstakere åpne for at arbeidsgiver kan utnytte permitteringsordningen. En arbeidsgiver som ønsker å unngå at de permitterte arbeidstakerne driver konkurrerende virksomhet kan da permittere de ansatte 90 prosent eller eventuelt benytte seg av rullerende permittering.

En lik rekkevidde av lojalitetsplikten for alle permitterte arbeidstakere vil videre være en enklere regel å overholde. Hvis arbeidsgiver må tillate større grad av konkurrerende virksomhet fra arbeidsgivere som er 100 prosent permittert enn de som er delvis permittert vil det kunne oppstå unødvendige konflikter og vanskelige avveininger av hvilken konkurrerende virksomhet som kan tillates i de ulike tilfellene. Vurderingen av om arbeidstakeren gjennom sin konkurrerende virksomhet har brutt lojalitetsplikten er allerede komplisert. Det har derfor best grunner for seg at terskelen er lik for arbeidstakere med hel og delvis permittering.

#### 4.3.9. Virkningen av brudd på lojalitetsplikten

Bryter en arbeidstaker lojalitetsplikten kan arbeidsgiver si opp eller avskjedige arbeidstakeren. Hvorvidt arbeid for en konkurrerende virksomhet er av en slik art at oppsigelse eller avskjed kan være aktuelt må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> Storeng (2020) s. 541



I rettspraksis er det lagt særlig vekt på konkurransesituasjonen i bransjen, virksomhetens størrelse i forhold til den konkurrerende virksomhet, hvordan og hvor omfattende arbeidstaker deltar og hvorvidt arbeidstaker trodde han var berettiget til å utføre arbeidet.<sup>121</sup> Det vil også være av betydning hvilken stilling arbeidstakeren hadde. Det stilles høyere krav til lojalitet jo høyere arbeidstakers stilling er plassert i hierarkiet.<sup>122</sup>

I tilfeller der arbeidstakere driver konkurrerende virksomhet i strid med arbeidsgivers interesser eller uten arbeidsgivers kunnskap, vil det i utgangspunktet være grunnlag for oppsigelse.<sup>123</sup> I de tilfellene arbeidsgiver i den konkurrerende virksomheten utnytter sin kunnskap om spesifikke bedriftsinterne forhold, som arbeidsgivers tilbud i en anbudskonkurranse eller en hemmelig ingrediens i en oppskrift, vil det foreligge et tilfelle som kvalifiserer til avskjed.<sup>124</sup> Påføres arbeidsgiveren et økonomisk tap som følge av arbeidstakerens brudd på lojalitetsplikten kan arbeidstakeren videre bli erstatningsansvarlig overfor arbeidsgiver.<sup>125</sup>

#### 4.3.10. Manglende kompensasjon

Lojalitetsplikten kan til en viss grad begrense den permitterte arbeidstakerens adgang til å drive konkurrerende virksomhet. Av hensyn til arbeidsgiver er det fint at det er en adgang til å begrense arbeidstakernes handlefrihet så lenge arbeidsforholdet består. Likevel kan det stilles spørsmål ved hvorfor arbeidsgiver skal ha adgang til å begrense arbeidstakers handlefrihet når arbeidstaker er permittert og ikke mottar noen midler fra arbeidsgiver.

Arbeidsgiver har, selv ikke med full kompensasjon, noen adgang til å gjøre gjeldende en konkurranseklausul overfor en permittert arbeidstaker. En av grunnene til dette er at arbeidsgivers adgang til å begrense arbeidstakeres konkurrerende virksomhet gjennom konkurranseklausuler er betinget av at arbeidsforholdet opphører som følge av arbeidstakers forhold. Er virksomheten alene skyld i at arbeidsforholdet opphører kan det ikke gjøres gjeldende en konkurranseklausul, selv om arbeidsgiver tilbyr arbeidstakeren full kompensasjon.

For å kunne permittere arbeidstakere er det motsetningsvis en forutsetning at permitteringen skyldes virksomhetens forhold. Til tross for at permittering ensidig vedtas av arbeidsgiver og ikke krever noen skyld hos arbeidstaker, kan arbeidsgiver i slike tilfeller begrense arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet. At lojalitetsplikten her kan utgjøre en begrensning i arbeidstakers handlefrihet uten at arbeidsgiver betaler noen form for kompensasjon virker kunstig ut fra begrunnelsen til at konkurranseklausuler ikke kan gjøres gjeldende overfor permitterte arbeidstakere. I permitteringsperioden får arbeidstaker utbetalt dagpenger fra det offentlige. Anser en dette som tilstrekkelig kompensasjon til å begrunne

---

<sup>121</sup> Se eksempelvis Rt. 1959 s. 900 (Sveiser-dommen)

<sup>122</sup> Sml. Rt. 1990 s. 607

<sup>123</sup> Storeng (2020) s. 541

<sup>124</sup> Storeng (2020) s. 541

<sup>125</sup> Rt. 1990 s. 607

konkurransbegrensningen som følger av lojalitetsplikten til en permittert arbeidstaker, kan det stilles spørsmål ved om det er rimelig at det offentlige gjennom dagpenger skal finansiere konkurranseforbud fra arbeidsgiver. En slik form for finansiering må anses å ligge langt utenfor det offentlige formål med utbetaling av dagpenger.

At arbeidsgiver skal gis en så stor frihet tilsier at det må foreligge en klar hjemmel for dette. Ut fra vurderingene i punktene over ser vi imidlertid at det ikke foreligger et klart rettsgrunnlag for begrensning av permitterte arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet. Det klareste rettsgrunnlaget vi har er reelle hensyn, men disse trekker i begge retninger. Arbeidsgivers hensyn tilsier at det må åpnes opp for betydelige begrensninger i nåværende og tidligere arbeidstakers handlefrihet. Hensynet til arbeidstaker, eventuelle nye arbeidsgivere og samfunnsøkonomiske hensyn tilsier på sin side en snever adgang til å gjøre gjeldende begrensninger i handlefriheten.

#### 4.3.11. Konklusjon

Lojalitetsplikten begrenser arbeidstakers adgang til å drive virksomhet i illojal konkurranse med sin arbeidsgiver. Av dette utledes en plikt for arbeidstaker til å fremme, og i hvert fall ikke bryte med arbeidsgivers interesser. Arbeidsgivers legitime interesser må imidlertid veies mot arbeidstakerens legitime interesser i hvert enkelt tilfelle. Hva som utgjør illojal konkurranse, må her forstås mindre strengt for permitterte arbeidstakere enn øvrige arbeidstakere som fremdeles er i arbeid.

Videre må det ut fra sammenhengen i regelverket og systembetraktninger legges til grunn at arbeidsgiver må ha klare holdepunkter og sterke interesser før arbeidsgiver kan påberope at lojalitetsbetraktninger skal kunne medføre at den permitterte nektes å drive konkurrerende arbeid. Lojalitetsplikten vil ha samme rekkevidde overfor arbeidstakere som er helt og delvis permittert. For arbeidstakere i ledende stillinger, herunder arbeidstakere i besittelse av særlig nøkkelkompetanse, vil det imidlertid gjelde en strengere lojalitetsplikt som følge av deres innsikt i firmaet.

## 5. Avsluttende bemerkninger

Oppgavens gjennomgang viser at arbeidsgiver ikke kan gjøre gjeldende konkurranseklausuler overfor en permittert arbeidstaker. Arbeidsgiver har likevel adgang til å begrense arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet gjennom den alminnelige lojalitetsplikten. Dersom konkurranseklausuler kunne gjøres gjeldende overfor en permittert arbeidstaker i tillegg til lojalitetsplikten kan det stilles spørsmål ved om konkurranseklausulene ville tilført noe utover lojalitetsplikten.

Virkingen av brudd på lojalitetsplikten er at arbeidstaker kan bli oppsagt, avskjediget og erstatningsansvarlig. For brudd på konkurranseklausuler kan arbeidstaker i tillegg bli ilagt en konvensjonalbot og dersom arbeidstaker ikke fratrer stillingen i den konkurrerende virksomheten kan arbeidsgiver begjære midlertidig forføyning, som kan medføre at arbeidstaker må fratse stillingen hos den nye arbeidsgiveren. Ved anvendelse av konkurranseklausuler er det følgelig noe større adgang til å hindre arbeidstaker fra å kunne arbeide hos en konkurrerende virksomhet.

Dersom konkurranseklausuler kunne gjøres gjeldende i tillegg til lojalitetsplikten ville arbeidsgiver i større grad kunne begrense arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet. En slik løsning ville begrense arbeidstakers mulighet til å påta seg arbeid under permitteringsperioden, noe som vil være lite gunstig fra et samfunnsøkonomisk perspektiv. Det er ønskelig at arbeidstakere skal kunne sysselsettes, da en flyt i arbeidsmarkedet vil være positiv for arbeidstakere, samfunnet og nye arbeidsgivere. For en rekke arbeidstakere vil det da være lettere å skaffe seg arbeid tilsvarende det vedkommende er permittert fra, slik at det fort vil kunne oppstå en interessekonflikt med arbeidsgiver. Videre er det uklart om arbeidsgiver måtte betalt for å gjøre gjeldende en konkurranseklausul under permitteringsperioden. Det skal meget tungtveiende grunner til for at konkurranseklausuler skal kunne brukes til å begrense arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet under permittering på det offentliges regning. En slik løsning vil utelukkende gagne arbeidsgiver. Det kan her stilles spørsmål ved om konkurranseklausuler burde kunne gjøres gjeldende under permitteringsperioden eller om arbeidsgivers behov for vern mot konkurranse ivaretas i tilstrekkelig grad av lojalitetsplikten.

Lojalitetsplikten begrenser allerede arbeidstakers adgang til å drive virksomhet i illojal konkurranse med sin arbeidsgiver. Arbeidstaker har en plikt til å fremme arbeidsgivers interesser, så lenge det ikke går ut over arbeidstakerens egne legitime interesser. Lojalitetsplikten beskytter likevel arbeidsgiver i de tilfellene arbeidsgiver har klare holdepunkter og tungtveiende interesser for å nekte den permitterte arbeidstakeren å drive konkurrerende arbeid. Videre stilles det strengere krav til at arbeidstakere i ledende stillinger fremmer arbeidsgivers interesse, da ledere ofte innehar konkurransesensitiv informasjon. Lojalitetsplikten sikrer slik sett arbeidsgiver beskyttelse mot konkurranse i de tilfellene det er et reelt og begrunnet behov.

Dersom konkurranseklausuler kunne gjøres gjeldende overfor en permittert arbeidstaker i tillegg til lojalitetsplikten, ville arbeidsgiver i noe større begrenset arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet. Likevel må arbeidsgivers behov for vern mot konkurranse regnes ivaretatt i tilstrekkelig grad av lojalitetsplikten, slik at arbeidsgiver ikke har et tilstrekkelig behov for å kunne gjøre gjeldende konkurranseklausuler overfor permitterte arbeidstakere.

## 6. Kildeliste

### 6.1. Lovregister

Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)

Lov 06. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering (permitteringslønnsloven)

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

### 6.2. Forarbeid

Prop. 85 L (2014-2015) Om endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (Konkurranseregulerende avtaler i arbeidsforhold).

NOU 1990:20 Om forenklet folketrygdlov.

### 6.3. Rettspraksis

#### 6.3.1. Høyesterettspraksis

HR-2019-424-A

Rt. 2015 s. 1332

Rt. 2012 s. 393

Rt. 2003 s. 1614

Rt. 1997 s. 1128

Rt. 1990 s. 607

Rt 1961 s. 1012

Rt. 1959 s. 900

### 6.3.2. Arbeidsrettens dommer

ARD-2016-151

ARD-1997-201

ARD 1989 s. 91

### 6.3.3. Underrettsavgjørelser

LF-2013-197771 (Frostating)

RG-2012-374 (Borgarting)

RG-2010-797 (Borgarting)

LG-2010-73279 (Gulating)

LB-2007-64453 (Borgarting)

LA-2006-71768 (Agder)

LE-2003-26 (Eidsivating)

LB-1999-298 (Borgarting)

RG-1986-98 (Eidsivating)

RG-1978-442 (Eidsivating)

Eidsivating lagmannsretts dom 4. mai 1953 (Refsum-dommen)

TDRAM-2013-177440 (Drammen tingrett)

NAD-1987-269 (Oslo Byrett)

Oslo byretts dom 2. juni 1938 (Gohn-dommen)

## 6.4. Litteratur

### 6.4.1. Bøker

Storeng (2020) - Storeng, Nils H. mfl., *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utg., Universitetsforlaget 2020.

Stueland (2020) - Stueland, Einar, *Hovedavtalen mellom LO og NHO 2018-2021 med kommentarer*, Gyldendal Norsk Forlag 2020.

Skjønberg (2017) - Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utg., Gyldendal Norsk Forlag 2017.

Borch (2016) - Borch, Alex, Einar Engh, Else Bugge Fougner, mfl., *Konkurransereguleringer i arbeidsforhold*, Universitetsforlaget 2016.

Fougner (2016) - Fougner, Jan, Camilla Schøyen Breibøl, Marit B. Frogner, mfl., *Omstilling og nedbemanning*, 3. utg. Universitetsforlaget, 2016.

Aagaard (2015) – Aagaard, Erik C., *Kommentarer til Hovedavtalen*, Næringslivets hovedorganisasjon, 2015.

Skarning (2006) - Skarning, Nicolay, *Permitteringer og nedbemanning i praksis*, Hagnar Media 2006.

Nazarian (2006) - Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Det juridiske fakultet Universitetet i Tromsø, 2006.

Simonsen (1997) - Simonsen, Lasse, *Prekontraktuelt ansvar*, Universitetsforlaget, 1997.

Mehl (1982) - Mehl, Tor, *Permitteringer*, Oslo Universitetsforlag, 1982.

Evju (1982) - Evju, Stein, *Permitteringer: Rettspraksis og forvaltningsuttalelser m.v.* Oslo-Bergen-Stavanger-Tromsø: Universitetsforlaget 1982.

Andersen (1967) - Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, Tanum 1967.

#### 6.4.2. Artikler

Skarning (2010) - Skarning, Nicolay, «Permittering i bedrifter uten tariffavtale og tillitsvalgte», *Arbeidsrett vol 7* nr. 3 (2010) s. 159-170.

Aagaard (2009) - Aagaard, Erik C., «Permittering», *Arbeidsrett vol 6* nr. 3 (2009) s. 120-139.

Evju (2007) - Evju, Stein, «Permittering og trygd», *Arbeidsrett og arbeidsliv* bind 2 (2007) s. 135-184.

Borch og Fougner (2002) - Borch, Alex og Jan Fougner, «Konkurransen med nåværende eller tidligere arbeidstaker», *Lov og rett* 39 (2000) nr. 2 s. 67-100.

#### 6.5. Annet

Hovedavtalen LO - NHO 2018-2021.

NAV's rundskriv til folketrygdloven kapittel 4: Dagpenger under arbeidsløshet. R04-00.