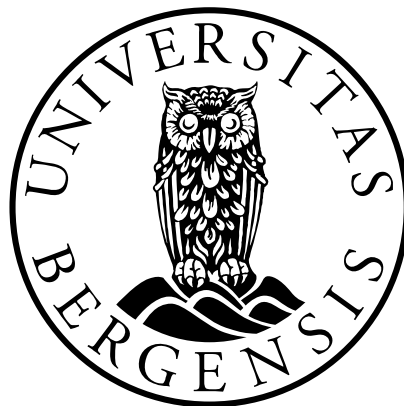


Lojalitetsplikten i arbeidsforhold

*Arbeidsgivers vern mot ansattes forberedelser
til konkurrerende virksomhet*

Kandidatnummer: 182

Antall ord: 14949



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

8. desember 2015

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Tema og problemstilling.....	3
1.2	Avgrensninger	4
1.3	Begrepsavklaring	5
1.3.1	Arbeidstaker og arbeidsgiver	5
1.3.2	Konkurrerende virksomhet.....	5
1.3.3	Forberedelseshandlinger.....	6
1.4	Rettskildebildet.....	6
1.5	Fremstillingen videre	7
2	Lojalitetspliktens hjemmel, bærende hensyn og rettssystematiske plassering.....	8
2.1	Lojalitetspliktens hjemmel	8
2.2	De motstående hensyn	9
2.3	Forholdet mellom lojalitetsplikten og rettsvirkningene.....	10
3	Lojalitetspliktens minsteterskel ved forberedelse til konkurrerende virksomhet.....	13
3.1	Overordnet om vurderingen.....	13
3.2	Typetilfeller/kasuistikk.....	14
3.2.1	Utvalg av forberedelseshandlinger.....	14
3.2.2	Forberedelseshandlinger med indirekte skadepotensial – oppstart av konkurrerende virksomhet.....	15
3.2.3	Forberedelseshandlinger med indirekte skadepotensial – overgang til konkurrerende virksomhet.....	16
3.2.4	Rekruttering av ansatte.....	17
3.2.5	Kontakt med kunder og leverandører.....	19
3.2.6	Mangelfull orientering om opprettelse av konkurrerende virksomhet.....	20
3.2.7	Mangelfull orientering om overgang til konkurrerende virksomhet.....	22
3.3	Forhold som påvirker lojalitetspliktens minsteterskel.....	23
3.3.1	Oversikt.....	23
3.3.2	Arbeidstakers stilling.....	24
3.3.3	Arbeidstakere i oppsigelsestiden	25
3.3.4	Betydningen av om arbeidstaker er i en tvangssituasjon	26
3.3.5	Graden av konkurranse.....	27
3.3.6	Betydningen av kollektiv oppsigelse.....	27
4	Arbeidsgivers reaksjoner mot illojale forberedelseshandlinger	29

4.1	Innledning.....	29
4.2	Oppsigelse	30
4.2.1	Oppsigelse som sanksjon mot illojale forberedelseshandlinger.....	30
4.2.2	Vilkår for oppsigelse	31
4.3	Avskjed.....	32
4.3.1	Avskjed som sanksjon mot illojale forberedelseshandlinger	32
4.3.2	Vilkår for avskjed.....	34
4.4	Erstatningskrav mot arbeidstaker	36
4.4.1	Erstatningskrav mot arbeidstaker som sanksjon mot illojale forberedelseshandlinger	36
4.4.2	Utgjør brudd på lojalitetsplikten erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag?	36
4.4.3	Årsakssammenheng og utmåling	37
4.5	Erstatningskrav mot den konkurrerende virksomhet.....	41
4.6	Regulering av lojalitetsplikten i arbeidsavtalen.....	43
4.7	Avsluttende betraktninger om reaksjonsbildet	44
5	Kilderegister	47
5.1	Lovregister.....	47
5.2	Forarbeider.....	47
5.3	Domsregister.....	48
5.3.1	Høyesterettsdommer.....	48
5.3.2	Lagmannsrettsdommer	48
5.3.3	Rettspraksis fra lavere instanser	49
5.4	Litteraturliste	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I yrkeslivet stilles det krav om spesialiserte arbeidstakere. Når noen starter opp egen virksomhet eller bytter jobb, gjøres det derfor gjerne innenfor samme bransje som de tidligere har jobbet i.¹ Arbeidsgiver vil av den grunn ofte møte tidligere arbeidstakere som konkurrenter etter at de har fratrudd, enten som arbeidstakere i eller eiere av en konkurrerende virksomhet.

Når arbeidstakere skal starte opp eller gå over til en allerede eksisterende konkurrent, vil de ofte ha en sterk egeninteresse i å gå langt i å tilrettelegge overgangen til den konkurrerende virksomheten. Jo mer de kan foreta seg i forbindelse med forberedelsen av den konkurrerende virksomheten før de fratrer, jo raskere vil de kunne sikre seg et betryggende inntektsgrunnlag etter fratredelse. Arbeidstakers forberedelsesinteresse kan gjelde noe så enkelt som at han ønsker å registrere foretaket i foretaksregisteret, til noe så graverende som at han ønsker å få med seg arbeidsgivers kunder videre til den konkurrerende virksomheten.

Gis arbeidstaker fritt leide til å forberede opprettelsen av eller overgangen til konkurrerende virksomhet, kan arbeidsgiver i ytterste konsekvens risikere å bli tappet for både kunder, ansatte og forretnings sensitiv informasjon, uten mulighet til å avverge skadefølgene. Arbeidsgiver har derfor et grunnleggende behov for at arbeidstakerne ikke kan foreta seg noe som vil kunne skade deres interesser. Det er på denne bakgrunn utviklet en ulovfestet lojalitetsplikt som i mange tilfeller pålegger arbeidstakeren å handle i overensstemmelse med arbeidsgivers interesser.²

Oppgavens siktemål er å redegjøre for hvilket vern den arbeidsrettslige lojalitetsplikten gir arbeidsgiver mot at arbeidstakere forbereder eller går over til konkurrerende virksomhet. Dette vil si at det skal redegjøres både for lojalitetspliktens betydning for arbeidstakers handlefrihet og hvilke sanksjoner eventuelle brudd på normen om lojalitetsplikt kan medføre.

¹ Fougner (1999) s. 207.

² Se nedenfor i punkt 2.1 om det rettslige grunnlaget for lojalitetsplikten.

1.2 Avgrensninger

Oppgaven skal kun behandle arbeidstakers adgang til å forberede opprettelse av eller overgang til konkurrerende virksomhet mens han fortsatt er ansatt. I dette ligger det en begrensning mot forberedelses- og konkurransehandlinger foretatt av arbeidstaker *etter* fratredelse.

Dette innebærer for det første at reglene om konkurransebegrensningsavtaler ikke vil bli behandlet. Slike avtaler begrenser enten arbeidstakers rett til å drive eller ta del i virksomhet av en viss art etter fratreden, jf. avtaleloven³ § 38, eller fratar arbeidstaker rett til å rekruttere kunder eller ansatte fra arbeidsgiver i en viss periode etter arbeidsforholdets opphør.⁴ De sistnevnte avtaletypene reguleres av avtaleloven § 36.⁵ Selv om konkurransebegrensningsavtaler i stor grad setter tilsvarende begrensninger som lojalitetsplikten for tiden etter arbeidsforholdets opphør, gjelder dette en prinsipielt annen situasjon og bygger på noe ulike hensyn enn lojalitetsplikten. Det forutsettes derfor for oppgaven at det ikke foreligger en slik avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, ettersom dette vil aktualisere en vurdering av dette regelsettet.

For det andre innebærer dette at jeg ikke vil vurdere hvilke begrensninger reglene i markedsføringsloven⁶ 6 – om beskyttelse av næringsdrivendes interesser – setter for arbeidstakers handlefrihet. Reglene begrenser arbeidstakers konkurranse- og handlefrihet både i og etter ansettelsesperioden, blant annet gjennom reglene i § 25 om forbud mot handlinger i strid med «god forretningsskikk» og § 28 om utnyttelse av bedriftshemmeligheter. Før arbeidsforholdets opphør vil imidlertid disse sjelden få selvstendig betydning, idet arbeidstakerens handlefrihet i denne perioden er sterkt begrenset av lojalitetsplikten.⁷ Markedsføringsloven § 25 vil derimot behandles i forbindelse med spørsmål om den konkurrerende virksomheten kan bli erstatningsansvarlig overfor arbeidsgiver for arbeidstakers illojalitet.

Oppgaven avgrenses videre mot andre utslag av lojalitetsplikten. Dette innebærer blant annet arbeidstakers rett til å ytre seg offentlig om forhold hos arbeidsgiver, forberede annet enn

³ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4.

⁴ Monsen (2006) s.157.

⁵ Skjønberg/Hognestad (2014) s. 216.

⁶ Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. av 9. januar 2009 nr. 2.

⁷ Rt. 1990 s. 607 på s. 614.

konkurrerende virksomhet, samt arbeidstakers rett til å ta bierverv eller drive virksomhet i konkurranse med arbeidsgiver.

1.3 Begrepsavklaring

1.3.1 Arbeidstaker og arbeidsgiver

Etter arbeidsmiljøloven⁸ § 1-8 er *arbeidstaker* en «som utfører arbeid i annens tjeneste» og *arbeidsgiver* «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». I oppgaven brukes begrepene slik bestemmelsen er forstått i praksis, uten nærmere problematisering.

Begrepet arbeidstaker vil gjennomgående brukes som en henvisning til den arbeidstakeren som forbereder konkurrerende virksomhet, dersom ikke annet fremgår av sammenhengen. På samme måte benyttes arbeidsgiver som en betegnelse på virksomheten denne arbeidstakeren er eller var ansatt hos mens han forberedte den konkurrerende virksomheten.

1.3.2 Konkurrerende virksomhet

En forutsetning for at oppgavens problemstilling aktualiseres er at arbeidstaker forbereder oppstart av eller overgang til *konkurrerende virksomhet*.⁹ Med oppstart av og overgang til virksomhet mener jeg alle tilfeller der arbeidstakeren har bestemt seg for eller vurderer å slutte hos arbeidsgiver, for enten å starte opp egen virksomhet, bytte arbeidsgiver eller tre inn i en allerede eksisterende virksomhet som medeier.

Konkurrerende virksomhet er i teorien antatt å foreligge når noen gjennomfører tiltak som vil kunne redusere det økonomiske utbyttet for konkurrenten på grunn av tap av markedsandeler eller ved skjerpning av konkurransen, med redusert omsetning som konsekvens.¹⁰ Denne forståelsen legges til grunn for oppgaven. Forutsetningen om at virksomheten er

⁸ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62.

⁹ Nazarian (2007) s. 483 og Storeng m.fl. (2014) s. 467.

¹⁰ Lunde (2001) s. 359 og Nordtveit (1992) s. 282. Dege regner det som konkurrerende virksomhet «når flere økonomiske enheter søker å nå samme mål og den enkelte kan vinne fordeler på den annens bekostning», jf. Dege (2009) s. 940 fotnote 168.

konkurrerende vil imidlertid ikke forstås strengt, ettersom graden av konkurranse er et moment ved illojalitetsvurderingen.¹¹

1.3.3 Forberedelseshandlinger

Jeg benytter *forberedelseshandlinger* som en betegnelse for alle handlinger arbeidstaker foretar som ledd i forberedelsen til opprettelse av eller overgang til den konkurrerende virksomheten. Forberedelseshandlingene er typisk handlinger hvor arbeidstaker fremmer egne interesser, eller hvor arbeidstaker handler i strid med arbeidsgivers interesser. Eksempler på aktive forberedelseshandlinger er rekruttering av kunder og ansatte, markedsføring av virksomheten, utskrifter av forretningshemmeligheter fra arbeidsgivers arkiver, registrering av selskap osv.¹² Som forberedelseshandlinger regnes også unnlater eller fortielser, slik som for eksempel å unnlate å informere arbeidsgiver om sine planer om å starte opp konkurrerende virksomhet eller å unnlate å følge opp en kunde før en slutter.¹³

1.4 Rettskildebildet

Det finnes få autoritative skrevne kilder som belyser oppgavens problemkompleks. Arbeidstakers lojalitetsplikt er ulovfestet¹⁴, og den eksisterende høyesterettspraksisen vedrørende lojalitetspliktens grenser for arbeidstakers rett til å forberede konkurrerende virksomhet besvarer kun et fåtall av spørsmål som oppstår.¹⁵ Fremstillingen må derfor i hovedsak baseres på reelle hensyn, underrettspraksis og juridisk teori.

Det er ikke hensiktsmessig å redegjøre i dybden for rettskildespørsmål som reiser seg i en fremstilling som dette. Jeg anser det i utgangspunktet tilstrekkelig å vise til at alminnelig rettskildelære ligger til grunn for oppgavens drøftelser. Det store omfanget av juridisk teori og underrettspraksis om emnet foranlediger imidlertid noen kommentarer om hvilken plass disse rettskildene er gitt i avhandlingen.

¹¹ Se nedenfor i punkt 3.3.5.

¹² Se gjennomgangen nedenfor i punkt 3.2.

¹³ Se punkt 2.1 hvor lojalitetsplikten beskrives som en pliktnorm med både positive og negative plikter.

¹⁴ Se nedenfor i punkt 2.1 om lojalitetspliktens hjemmel.

¹⁵ Rt. 1960 s. 371 og Rt. 1990 s. 607 er de eneste høyesterettsdommene hvor avhandlingens problemstilling direkte behandles.

Juridisk teori og underrettspraksis er tradisjonelt ansett for å ha liten rettskildemessig vekt.¹⁶ For juridisk litteratur er dette naturlig, ettersom teorien ikke har noen demokratisk forankring; alle kan i prinsippet skrive juridisk litteratur. For underrettspraksis har begrunnelsen tradisjonelt vært at det er tilfeldig hvilke dommer som blir publisert og kjent.¹⁷ I tillegg kan det innvendes at det ville slått ben under høyesterettspraksis om en også skulle gi lagmannsrettsdommer prejudikatsvirkning, ettersom Høyesterett har mye lavere kapasitet til å behandle saker enn de lavere domstolene. En følge av at avhandlingen bygger på slike kilder er at konklusjonene som trekkes blir mer usikre.

I både juridisk teori og underrettspraksis kan det derimot presenteres gode argumenter. Det kan derfor hevdes at disse rettskildene ikke bør få større vekt enn kvaliteten på argumentasjonen tilsier.¹⁸ På bakgrunn av dette vil jeg forholde meg til underrettspraksis og juridisk litteratur slik at kildene primært benyttes for deres argumentasjonsverdi. Dette innebærer likevel ikke at kildene i seg selv oppfattes som irrelevante. Dersom reelle hensyn for eksempel tilsier at en type forberedelseshandling er illojal, er det et relevant støttemoment om standpunktet har støtte i juridisk litteratur, underrettspraksis eller i begge deler. Det vil også kunne bidra til å gi en underrettsdom økt autoritet, om en juridisk fremstilling av emnet påberoper seg dommen til støtte for et standpunkt.¹⁹ Et dårlig begrunnet standpunkt vil på den andre siden være enklere å ta avstand fra enn om det hadde fremgått av en mer autorativ rettskilde.

1.5 Fremstillingen videre

Innledningsvis vil jeg i punkt 2 redegjøre for lojalitetspliktens hjemmel og de motstående hensyn som må balanseres i en lojalitetskonflikt, samt vurdere hvorvidt brudd på lojalitetsplikten skal vurderes løst fra de påberopte rettsvirkningene. Under punkt 3 behandles vurderingen om når lojalitetspliktens nedre grense er oversteget, med henblikk både på typetilfeller av forberedelseshandlinger og særlige forhold som vil kunne påvirke lojalitetspliktens terskel i det enkelte tilfellet. Til slutt vil jeg i punkt 4 redegjøre for de viktigste rettsvirkningene av brudd på lojalitetsplikten.

¹⁶ Eckhoff (2001) s. 162 og 270.

¹⁷ Eckhoff (2001) s. 162.

¹⁸ Skoghøy (1996) på s. 210.

¹⁹ Eckhoff (2001) s. 162.

2 Lojalitetspliktens hjemmel, bærende hensyn og rettssystematiske plassering

2.1 Lojalitetspliktens hjemmel

Det følger av høyesterettspraksis at «det gjelder en alminnelig, ulovfestet lojalitetsplikt i arbeidsforhold», jf. Rt. 1996 s. 1401²⁰, med henvisning til Rt. 1990 s. 607 og Rt. 1993 s. 300. Den arbeidsrettslige lojalitetsplikten har ingen direkte hjemmel i lovgivningen, men kommer blant annet indirekte til uttrykk i straffelovens bestemmelser om økonomisk utroskap²¹, jf. Rt. 1990 s. 607. Den arbeidsrettslige lojalitetsplikten er viet mye oppmerksomhet i juridisk teori, og er av Dege omtalt som en av arbeidstakerens kardinalplikter.²²

Lojalitetsplikten er et logisk utslag av arbeidsgivers behov for arbeidstakere som arbeider for bedriftens beste, og kan derfor sies å ligge som en forutsetning for arbeidsforholdet.²³ Slike resonnementer kan spores tilbake til gammel rettspraksis. I Rt. 1918 s. 575 uttalte for eksempel Høyesterett at det «maa ligge i sakens natur» at det var pliktstridig for en handelsreisende å selge fisk i direkte konkurranse med arbeidsgiver.²⁴

Lojalitetsplikten er en pliktnorm med både positive og negative utslag; arbeidstaker kan både være pålagt å foreta aktive handlinger for å ivareta arbeidsgivers interesser, eller avstå fra enkelte handlinger som vil stride mot disse.²⁵ Som utgangspunkt kan en si at lojalitetsplikten innebærer at arbeidstaker ikke skal handle i strid med arbeidsgivers interesser.²⁶ Det vil imidlertid kunne tenkes en rekke unntak hvor hensynet til arbeidstaker trumfer hensynet til arbeidsgiver. Som lagmannsretten fremholder i LB-2013-179800 finnes det «grenser for hvor langt man kan gå i å pålegge avtaleparter å ta hensyn til hverandres interesser».²⁷

²⁰ Dommen s. 1407.

²¹ Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28 §§ 390 og 391.

²² Dege (2009) s. 810.

²³ Se Storeng m.fl. (2014) s. 462 og Fanebust (2013) s. 129. Det er også beskrivende at Fougner plasserer behandlingen av lojalitetsplikten og konkurrerende virksomhet i bokens kapittel om arbeidsavtalens innhold, jf. Fougner (1999) s. 207.

²⁴ Dommen s. 577.

²⁵ Se bl.a. Skjønberg/Hognestad (2014) s. 211-212 og Storeng m.fl (2014) s. 462.

²⁶ Dege (2009) s. 812 og Storeng m.fl (2014) s. 462.

²⁷ Se også Nazarian (2007) s. 414.

De nærmere grensene for når forberedelseshandlinger medfører brudd på lojalitetsplikten vil drøftes i kapittel 3. Først skal jeg kort se på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende for og imot lojalitetsplikten.

2.2 De motstående hensyn

Rekkevidden av arbeidstakers adgang til å forberede konkurrerende virksomhet må avgjøres etter en balansering av flere motstående hensyn.²⁸

På den ene siden står hensynet til arbeidsgivers berettigede forventninger om lojal oppslutning om deres interesser, samt deres behov for å begrense skadevirkningene av at arbeidstakere etablerer seg som ny aktør i markedet eller at de forsterker en allerede etablert aktør. Fordi arbeidstakere ofte besitter inngående kunnskaper om selskapets forretningsdrift, kunder, forretningsforbindelser osv., kan de foreta seg mye før fratredelse som vil styrke egen posisjon, men som samtidig vil kunne skade arbeidsgiver. Kundene til kunnskapsintensive bedrifter er ofte nærmere knyttet til bestemte ansatte enn til virksomheten selv, noe som gjør virksomheten sårbar for at arbeidstaker påvirker disse før fratreden.²⁹ Dette taler for regler som beskytter arbeidsgiver mot forberedelseshandlinger fra arbeidstaker i ansettelsesperioden. Arbeidsgiver har selvfølgelig også et sterkt behov for å unngå at arbeidstaker utnytter denne særstillingen etter fratredelse, men dette reguleres av andre regler som ikke behandles i avhandlingen.³⁰

Arbeidstakers handlefrihet, mer konkret arbeidstakers konkurranse-, nærings- og yrkesfrihet, er en motvekt til hensynet til arbeidsgiver. Disse frihetene har en sentral rolle i norsk rett og kommer blant annet til uttrykk i Grunnloven³¹ § 110 som stadfester at myndighetene skal «legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring».³² Hensynet til mobilitet på arbeidsmarkedet og fremtidig levevei for arbeidstakere er verdier som prinsipielt må veie tungt.³³ I dagens samfunn, hvor arbeidstakerne blir mer og mer spesialiserte, vil arbeidstakerne ofte ikke ha annet alternativ

²⁸ Skjønberg/Hognestad (2014) s. 212.

²⁹ Nazarian (2007) s. 477.

³⁰ Jf. avgrensningene i punkt 1.2.

³¹ Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

³² Se også FN's konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter art. 6 og 7, som gir uttrykk for de samme prinsipper. Konvensjonen gjelder som norsk lov, jf. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 § 2 nr. 2.

³³ Lunde (2001) s. 369.

enn å starte opp eller gå over til konkurrerende virksomhet dersom de ønsker å bytte jobb. Hensynet til arbeidstaker tilsier derfor at lojalitetsplikten ikke kan være så rigid at arbeidstaker er avskåret fra enhver forberedelse. Også samfunnsøkonomiske hensyn trekker i denne retning; jo større frihet arbeidstaker har til å gjennomføre forberedelseshandlinger i ansettelsesperioden, desto mer smidig vil overgangen til nytt arbeid være. Det er ønskelig at en arbeidstaker kommer raskt i arbeid, ettersom samfunnet er tjent med konkurranse i markedet og taper på at noen går arbeidsledige.³⁴

I LE-2003-26 synliggjør lagmannsretten interessekonflikten som oppstår når arbeidstaker forbereder konkurrerende virksomhet:

«All den stund det i utgangspunktet står enhver arbeidstaker fritt å slutte i sitt arbeide og begynne hos en konkurrent av arbeidsgiveren, vil lojalitetspliktens grenser ofte være vanskelige å trekke i en situasjon som den foreliggende, der det må legges til grunn at arbeidstakers fullt lovlige intensjoner nettopp er i strid med arbeidsgivers interesser. I den interesseavveining som da må foretas, plikter arbeidstakeren fremdeles å ivareta arbeidsgiverens interesser så langt det er mulig uten at det har innvirkning av betydning for vedkommendes egne, legitime interesser.»³⁵

Gjennomgangen viser at dersom lojalitetsplikten gis en snever rekkevidde, vil arbeidstaker få et for stort konkurransefortrinn på arbeidsgiver. Det vil i så fall kunne bli for enkelt for arbeidstakere å etablere seg som en sterk aktør på markedet, på arbeidsgivers bekostning. Dersom lojalitetsplikten derimot gis en for vid rekkevidde, vil arbeidstaker i for stor grad være avskåret fra å kunne etablere seg på markedet. Grensene for hva som anses som illojale forberedelseshandlinger må trekkes med henblikk på disse to motstående hensyn.

2.3 Forholdet mellom lojalitetsplikten og rettsvirkningene

Illojale forberedelseshandlinger utløser ikke i seg selv noen rettsvirkninger.³⁶ Konsekvensen av lojalitetspliktbruddet må avgjøres etter andre rettsgrunnlag, hvor det konstaterte pliktbruddet blir en del av vurderingen av om en bestemt følge skal inntre. Det er altså ingen logisk eller nødvendig konsekvens av brudd på lojalitetsplikten at arbeidsgiver kan kreve en

³⁴ Se i denne retning Rt. 2005 s. 518 avsnitt 70, som riktignok gjelder fradrag for arbeidsinntekt ved erstatning for urettmessig avskjed. I forarbeidene til avtaleloven er det fremhevet at det «strider ogsaa mot samfundsmæssige interesser at arbeidskraft lægges øde», jf. Ot.prp.nr.63 (1917) s. 91.

³⁵ Se nedenfor i punkt 3.2.3 og 3.2.4 om saksforholdet.

³⁶ Borch/Fougner (2000) s. 69.

rettsfølge, jf. for eksempel RG-1995-887 hvor arbeidstaker ble funnet å ha handlet illojalt, men hvor verken vilkårene for oppsigelse eller erstatning var oppfylt.

Det er en tendens i rettspraksis at domstolen foretar en toleddet vurdering i saker vedrørende illojalitet ved forberedelse til konkurrerende virksomhet; retten tar gjerne først stilling til om arbeidstaker har handlet i strid med lojalitetsplikten, for deretter å vurdere om de særlige vilkårene for den påberopte rettsvirkningen er oppfylt.³⁷ Nazarian fremholder at lojalitetsvurderingen derfor har en parallell til mangelsvurderingen i kontraktsretten, hvor det følger av kontraktlovgivningens system at man først vurderer om det foreligger en mangel, for deretter å vurdere om vilkårene for den ønskede rettsvirkning er til stede,³⁸ jf. for eksempel forbrukerkjøpsloven³⁹ §§ 16, 26 og 28-34.

Det kan virke upresist å vurdere om en handling utgjør et brudd på lojalitetsplikten uten å knytte vurderingen direkte til den ønskede rettsvirkningen. Ideelt sett bør man i forbindelse med drøftinger av rettslige normer også vurdere spørsmål som gjelder rettsvirkningene av brudd, ettersom det vil kunne være en viss vekselvirkning mellom normenes innhold og sanksjonene ved normbrudd.⁴⁰ Sammenlikningen med mangelsvurderingen i kontraktsretten er på mange måter treffende, men det er ikke til å stikke under stol at sammenhengen mellom mangel og rettsvirkning er sterkere enn sammenhengen mellom brudd på lojalitetsplikten og rettsvirkning. Dette fordi en mangel i kontraktsretten, til forskjell fra brudd på lojalitetsplikten, i seg selv utløser rettsvirkninger.⁴¹

Ved siden av at Høyesterett skiller mellom vurderingen av om lojalitetsplikten er brutt og spørsmålet om hvilke rettsvirkninger som utløses, er det flere grunner som tilsier en slik fremgangsmåte. For det første fører dette til ryddighet og oversiktighet i rettsanvendelsen. Rettsanvenderen vil da kunne vurdere lojalitetspliktbruddet uanfektet av sakens øvrige rettsspørsmål og omstendigheter, mens det for leseren vil bli enklere å følge rettsanvenderens fremstilling. For det andre vil en toleddet vurdering føre til at en uansett får konstatert lojalitetspliktbruddet. Dette er av verdi både fordi det blir rettet kritikk mot arbeidstaker og hans fremferd, samt at arbeidsgiver får bekreftet at arbeidstakeren handlet kritikkverdigg. For det tredje vil en slik fremgangsmåte – om den anvendes konsekvent – føre til at vi får en

³⁷ Se for eksempel Rt. 1990 s. 607 og LE-2003-26.

³⁸ Nazarian (2007) s. 203.

³⁹ Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34.

⁴⁰ Lunde (2001) s. 33 og Nygaard (2004) s. 95-96.

⁴¹ Jf. for eksempel forbrukerkjøpsloven § 26.

ensartet og sammenhengende rettspraksis vedrørende lojalitetspliktens minsteterskel. For det fjerde vil en toleddet vurdering være praktisk i saker hvor mer enn én rettsfølge er påberopt, ettersom vilkårene for de forskjellige rettsfølgene er vesensforskjellige, jf. nedenfor i kapittel 4.

Jeg vil på denne bakgrunn forholde meg til en slik todeling i avhandlingen. Først vil jeg derfor i kapittel 3 drøfte og redegjøre for ulike sider ved lojalitetspliktens minsteterskel ved forberedelseshandlinger, mens jeg i kapittel 4 drøfter mulige rettsfølger av brudd på lojalitetsplikten.

3 Lojalitetspliktenes minsteterskel ved forberedelse til konkurrerende virksomhet

3.1 Overordnet om vurderingen

Hvorvidt en forberedelseshandling strider med lojalitetsplikten må avgjøres etter en bred, skjønsmessig helhetsvurdering, der det sentrale vurderingstema er om arbeidstaker har tilsidesatt arbeidsgivers interesser på en klanderverdig måte.⁴² Termen ‘skjønsmessig helhetsvurdering’ kan oppfattes som en floskel, men som beskrivelse av vurderingen som må foretas i disse tilfellene er den dekkende. Det lar seg ikke gjøre å oppstille objektive vilkår for om lojalitetsplikten er overtrådt, og en kommer derfor ikke unna at det nettopp må vurderes om saksforholdet er slik at det er naturlig å omtale handlingen som illojal.

En inngang til vurderingen av om arbeidstaker har handlet illojalt med sine forberedelseshandlinger er å spørre om arbeidstaker ut fra forholdene hadde oppfordring til å handle annerledes, eller om arbeidsgiver hadde en beskyttelsesverdig forventning om at arbeidstakeren handlet annerledes.⁴³ På denne måten får en implisitt frem at avgjørelsen av hva arbeidstaker kunne foreta seg beror på en balansering av både hensynet til arbeidsgiver og arbeidstaker; arbeidstaker kan ikke forventes å handle annerledes med mindre arbeidsgivers interesser veier tyngre enn arbeidstakerens.

Forberedelseshandlingens skadepotensial står sentralt ved vurderingen av om arbeidstaker har handlet illojalt.⁴⁴ Desto større negative ringvirkninger en forberedelseshandling vil kunne ha, jo mer beskyttelsesverdig grunn har arbeidsgiver til å forvente at arbeidstaker vil avstå fra den, og ditto like god grunn har arbeidstaker til å søke å unngå den. Dette har store likhetstrekk med culpavurderingen fra den alminnelige erstatningsretten, hvor skaderisikoens art og grad står sentralt for om skadevolder hadde oppfordring til å handle annerledes.⁴⁵

⁴² Se bl.a. LB-2013-179800, RG-1999-427, Fougner (1999) s. 209 og Nazarian (2007) s. 249.

⁴³ Fougner (1999) s. 208 og Nazarian (2007) s. 269.

⁴⁴ Se bl.a. Nazarian (2007) s. 295, Lunde (2001) s. 371-373 og Skjønberg/Hognestad (2014) s. 214.

⁴⁵ Se Nazarian (2007) s. 295 og Nygaard (2007) s. 189-190.

Ettersom temaet for oppgaven er illojalitet ved forberedelse til *konkurrerende virksomhet* er det primært de potensielle økonomiske konsekvensene som er av betydning.⁴⁶

I LA-2006-71768, hvor arbeidstakerne bl.a. hadde opptrådt aktivt overfor en leverandør for å få overta som norsk forhandler for et av arbeidsgivers hovedprodukter, uttalte lagmannsrettens følgende om betydningen av handlingens skadepotensial:

«Som basis for sin vurdering av om [arbeidstakerne] har overholdt lojalitetsplikten i forhold til Superject, tar lagmannsretten utgangspunkt i at en 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 unnlatelse av slik svekker det forretningsmessige utbytte som disse relasjonene ellers måtte formode å gi»⁴⁷

I helhetsvurderingen av om en arbeidstaker har handlet i strid med lojalitetsplikten ved forberedelse til konkurrerende virksomhet, står altså handlingens grovhet sentralt. Jeg vil derfor først i punkt 3.2 gjennomgå en rekke typiske forberedelseshandlinger, sett opp mot deres skadepotensial. Deretter vil jeg i punkt 3.3 gjennomgå en rekke individuelle momenter som vil ha betydning for hvilke beskyttelsesverdige forventninger arbeidsgiver for øvrig kan ha til arbeidstakers opptreden.

3.2 Typetilfeller/kasuistikk

3.2.1 Utvalg av forberedelseshandlinger

Det er ikke grenser for hvilke forberedelseshandlinger arbeidstaker kan foreta seg ved oppstart av og overgang til konkurrerende virksomhet, og det er ikke mulig i en avhandling av dette omfanget å gjennomgå ethvert tenkelig tilfelle. Det er heller ikke ønskelig, da en ved vurderingen også må ta hensyn til andre faktorer enn handlingens skadepotensial isolert, jf. nedenfor i punkt 3.3.

Utvalget av forberedelseshandlinger er tatt på bakgrunn av hvilke som fremstår som de mest vanlige, og de som byr på vanskelige juridiske grensedragninger. Visse

⁴⁶ Se punkt 1.3.2 hvor konkurrerende virksomhet er definert.

⁴⁷ Min understrekning.

forberedelseshandlinger med stort og direkte skadepotensial, slik som for eksempel kopiering av forretningssensitiv informasjon⁴⁸ og direkte motarbeidelse av arbeidsgiverens interesser ved å holde tilbake muligheter som kunne vært realisert⁴⁹, er utelatt av plasshensyn.

Forberedelseshandlinger som ikke er behandlet må vurderes etter det samme mønsteret som i det følgende. Det forutsettes i det følgende at arbeidsgiver ikke har gitt samtykke til forberedelseshandlingene.

3.2.2 Forberedelseshandlinger med indirekte skadepotensial – oppstart av konkurrerende virksomhet

Det fremholdes i teorien at arbeidsgiver må akseptere forberedelse til oppstart av konkurrerende virksomhet så lenge planleggingen ikke medfører større skadepotensial enn den alminnelige risikoen for nyetableringer i markedet som arbeidsgiver til enhver tid må være forberedt på.⁵⁰ Ren planlegging av konkurrerende virksomhet vil derfor ikke i seg selv være illojalt, så lenge arbeidstakeren ikke benytter arbeidstiden til dette.⁵¹ Det samme er antatt å gjelde for en rekke formelle forberedelseshandlinger, slik som inngåelse av avtaler om leie av lokaler og finansiering, rekruttering av ansatte som ikke arbeidsgiver konkurrerer om, forhandlinger med leverandører⁵², søknader om offentlige løyver, kjøp av kontorinventar, så lenge det ikke er tale om handlinger som er til direkte skade for arbeidsgivers forhold til kunder, leverandører mm.⁵³

Slike tiltak representerer klart nok et skadepotensial for arbeidsgiver, da det medfører at arbeidstaker raskere vil få i gang driften. Fellesnevneren er imidlertid at disse handlingene ikke gir arbeidstakeren noe særlig fortrinn i forhold til andre personer som starter opp tilsvarende konkurrerende virksomhet – disse handlingene kunne enhver ha foretatt.

Arbeidstaker utnytter altså ikke sin posisjon som ansatt, og skaderisikoen er derfor av en mer indirekte karakter. Hensynet til arbeidstaker må her veie tyngre enn hensynet til arbeidsgiver.

På tross av dette plikter arbeidstaker fortsatt å fremme arbeidsgivers interesser i alt han foretar seg før arbeidsforholdets opphør, og unngå å fremme egne næringsinteresser til fortrensel for

⁴⁸ Se for eksempel LA-2006-71768 hvor det ble regnet som en «grov illojal handling» at arbeidstaker kopierte forretningssensitiv informasjon med hensikt å benytte seg av informasjonen til skade for arbeidsgiver.

⁴⁹ Se Dege (2009) s. 949 og LF-2010-73325 som bygger på en forutsetning om at dette er klart illojalt.

⁵⁰ Se bl.a. Lunde (2001) s. 371, Nazarian (2007) s. 511 og Storeng m.fl. (2014) s. 469.

⁵¹ Dege (2009) s. 948 og Lunde (2001) s. 369.

⁵² Se dog punkt 3.2.4 og 3.2.5. nedenfor om grensene for kontakt med arbeidsgivers ansatte, kunder og forretningsforbindelser.

⁵³ Se bl.a. LA-2006-71768, Lunde (2001) s. 371 og Dege (2009) s. 951.

arbeidsgivers interesser, jf. Rt. 1990 s. 607.⁵⁴ Dette medfører den noe paradoksale situasjonen at arbeidstaker, mens han arbeider med å forberede oppstart av egen konkurrerende virksomhet, må gjøre sitt beste for å opprettholde og styrke arbeidsgivers posisjon i markedet. Forsømmer han dette, vil lojalitetsplikten kunne være brutt.⁵⁵

Spørsmålet om arbeidstaker likevel plikter å informere arbeidsgiver om sine oppstartsplaner, gjennomgås nedenfor i punkt 3.2.6.

3.2.3 Forberedelseshandlinger med indirekte skadepotensial – overgang til konkurrerende virksomhet

Om arbeidstaker går over til en konkurrerende virksomhet utgjør dette en skaderisiko for arbeidsgiver både ved at selskapet møter en styrket konkurrent, samt ved at de må finne en erstatning for arbeidstakeren. Hensynet til mobilitet i arbeidsmarkedet og fremtidig levevei for arbeidstaker tilsier likevel at arbeidstaker står fritt til å tilrettelegge overgangen fra nåværende til fremtidig arbeidsgiver, uten å bli møtt med sanksjoner. Arbeidstaker må derfor som utgangspunkt ha lov til å søke, drøfte og ta imot stilling i konkurrerende bedrift uten at det er illojalt.⁵⁶ Grensen mot lojalitetsplikten må derimot gå hvor arbeidstaker i forbindelse med overgangen foretar seg noe som kan styrke ny arbeidsgivers posisjon overfor nåværende arbeidsgiver, utover det forhold at han skal begynne hos den nye arbeidsgiveren.

LE-2003-26 gir et godt eksempel. En daglig leder og tre øvrige medlemmer av et salgsteam, hadde sagt opp samtidig for å gå over til en konkurrent som var på vei til å etablere seg i Norge, og blant annet deltatt i flere møter med ny arbeidsgiver. Lagmannsretten uttalte i den forbindelse:

«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... Avgjørende for lojalitetsvurderingen er hva som foregår på møtet.»

Lagmannsretten kom til at det ikke kunne bevises at arbeidstakerne hadde presentert informasjon om arbeidsgivers kunder, resultater eller annet av konkurransemessig betydning

⁵⁴ Dommen gjennomgås nedenfor i punkt 3.2.6.

⁵⁵ Se bl.a. Dege (2009) s. 949.

⁵⁶ Lunde (2001) s. 369 og Nazarian (2007) s. 509.

på møtet, og at de derfor ikke hadde handlet illojalt. Om det motsatte hadde vært tilfelle, ville det vært naturlig å anse lojalitetsplikten som brutt.

Hvorvidt arbeidstaker plikter å informere arbeidsgiver om at han søker arbeid hos en konkurrent, drøftes nedenfor i punkt 3.2.7.

3.2.4 Rekruttering av ansatte

Når et selskap mister flere ansatte til en konkurrerende virksomhet, stilles de i en vanskelig situasjon. Selskapet mister for det første verdifull arbeidskraft som må erstattes innen utløpet av oppsigelsestiden. For det andre møter selskapet nå en styrket konkurrent, som ved siden av økt arbeidskapasitet også kjenner til selskapets forretningsdrift. Arbeidsgiver har derfor et sterkt behov for at arbeidstakere som er på vei til konkurrerende virksomhet unngår å rekruttere andre av selskapets ansatte. Aktiv rekruttering av ansatte vil derfor i utgangspunktet være illojalt.⁵⁷

En annen situasjon er om arbeidstaker sier fra til andre ansatte at han planlegger å starte opp eller begynne hos en konkurrerende virksomhet. Dette medfører en økt risiko for at de andre ansatte slutter og søker seg jobb hos den konkurrerende virksomheten. Risikoen er likevel av en mer indirekte karakter enn den arbeidsgiver utsettes for ved aktiv rekruttering, ettersom det krever aktivt initiativ fra de andre arbeidstakerne for å sikre seg jobb i den konkurrerende virksomheten. Arbeidstaker har derfor ikke en sterk oppfordring til å avstå fra å informere de andre ansatte om dette. I mange tilfeller vil arbeidsgiver videre være tjent med at arbeidstaker gir denne informasjonen, da det vil kunne føre til at andre ansatte er mer tilbakeholdne med å gi arbeidstakeren innblikk i forretnings sensitiv informasjon. Arbeidstaker må derfor i utgangspunktet stå fritt til å informere om at han planlegger å starte opp eller begynne hos en konkurrent.⁵⁸ Unntak må imidlertid kunne tenkes for eksempel der arbeidstakeren vet at en eller flere ansatte slavisk vil følge ham videre om han slutter. Da har arbeidstakeren en sterk oppfordring om å være varsom med informasjonen han gir.

Mellom disse to ytterpunktene finnes en rekke situasjoner, hvor det i større eller mindre grad er vanskelig å avgjøre om arbeidstaker har opptrådt illojalt ved kontakt med øvrige ansatte. Eksempler på dette er om arbeidstaker videreformidler informasjon fra den konkurrerende

⁵⁷ Se bl.a. LG-2004-14258, Fougner (1999) s. 215, Nazarian (2007) s. 515-516 og Lunde (2001) s. 372-373.

⁵⁸ LE-2003-26, Nazarian (2007) s. 515-516, Lunde (2001) s. 373-374 og Dege (2009) s. 957.

virksomheten til de øvrige ansatte, eller om arbeidstaker informerer sin nye arbeidsgiver om hvilke arbeidstakere som er dyktige og egnet til jobben. Situasjonen som særlig er diskutert i teorien er hvorvidt arbeidstaker kan nevne for de andre ansatte at det er mulig å få jobb i den konkurrerende virksomheten. Det fremstår som at Dege mener at dette vil innebære et brudd på lojalitetsplikten⁵⁹, mens Lunde fremholder at grensedragningen virker kunstig og vanskelig å overføre til det praktiske liv.⁶⁰ Nazarian fremholder derimot at man må vurdere konkret i ethvert tilfelle om det foreligger et forsøk på å verve andre.⁶¹ Etter min mening har Nazarian den mest hensiktsmessige tilnærmingen til problemene som oppstår i disse gråsonetilfellene; det sentrale i vurderingen er om arbeidstaker hadde oppfordring til å avstå fra å gi informasjonen til de andre ansatte. Hvorvidt arbeidstakeren kan sies å ha gått aktivt til verks med hensikt om å rekruttere andre ansatte står derfor sentralt. Det lar seg ikke gjøre å kategorisere typetilfellene på en slik måte at konkrete og vanskelige bevisvurderinger unngås, slik Dege synes å forsøke.

LE-2003-26 gir et eksempel på en slik konkret vurdering av om det har skjedd et rekrutteringsforsøk. En side av saken som ble vurdert opp mot lojalitetsplikten, var at daglig leder hadde informert noen av de øvrige ansatte om at han skulle starte hos en konkurrerende virksomhet under etablering. To andre ansatte – daglig leders sønn og svigerdatter – var også interessert i å bli med til konkurrenten, og daglig leder videreformidlet dette til den nye arbeidsgiveren. Lagmannsretten uttrykte tvil om hvorvidt det var illojalt av daglig leder å forenkle denne prosessen med å videreformidle forespørselen fra de andre ansatte. På den ene siden trakk lagmannsretten frem at det for ny arbeidsgiver kunne fremstå som et vilkår for at daglig leder skulle si ja til jobben at han fikk med seg sønnen og svigerdatteren, ettersom det var daglig leder selv som formidlet deres ønske om å begynne der. Videre ble det vektlagt at arbeidsgiver ville bli stilt i en meget vanskelig situasjon om alle tre sluttet og gikk over til konkurrenten. Avgjørende ble imidlertid at *«situasjonen [ville] neppe vært oppfattet særlig annerledes av Momentum dersom henvendelsen hadde kommet direkte fra Bjørn Andersen og Lise Lund, all den stund familietilknytningen til Arvid Andersen var kjent i Momentum»*. Det innebar altså ingen nevneverdig forskjell at daglig leder videreformidlet forespørselen fra de andre ansatte. Handlingens skadepotensial var derfor begrenset, og arbeidstakeren hadde ikke oppfordring til å avstå fra den.

⁵⁹ Dege (1997) s. 137.

⁶⁰ Lunde (2001) s. 374.

⁶¹ Nazarian (2007) s. 516.

3.2.5 Kontakt med kunder og leverandører

Stabil kundemasse og gode leverandøravtaler står sentralt for salgsbedrifters økonomiske resultat. For å opprettholde og utvikle sin posisjon i markedet, er arbeidsgiver avhengig av å kunne stole på at de ansatte etterstreber å skjøtte forholdet til eksisterende og nye kunder og leverandører på en best mulig måte. I utgangspunktet vil derfor aktive tilnærminger overfor arbeidsgivers kunder og leverandører i ansettelsesperioden anses illojalt.⁶² I Rt. 1990 s. 607 ble det for eksempel ansett illojalt at to arbeidstakere gjorde aktive tilnærminger overfor en leverandør arbeidsgiver hadde eneforhandleravtale med før utløpet av ansettelsesforholdet.

Det er videre fremholdt i teorien at det som regel vil være illojalt å informere arbeidsgivers kunder og forretningsforbindelser om at man starter opp eller går over til konkurrerende virksomhet.⁶³ Dette fremstår for meg som et for kategorisk utgangspunkt, og jeg antar at Lundes betraktning om at forholdet «lett [vil] kome i faresona» er mer treffende.⁶⁴ I likhet med rekruttering av ansatte, må det avgjørende være hvorvidt arbeidstaker har tilnærmet seg arbeidsgivers kunder eller forretningsforbindelser på en slik måte at det er naturlig å anse det som en oppfordring til å bli med til den konkurrerende virksomheten. Som lagmannsretten fremholder i LB-2007-137797 må arbeidstaker kunne informere kunden eller forretningsforbindelsen «så lenge det dreier seg om nøkterne opplysninger uten særskilt markedsføring og/eller forsøk på å verve», da dette kun medfører en indirekte risiko for at kunden eller forretningsforbindelsen reagerer med oppsigelse. Hvor forsiktig arbeidstaker må være i denne situasjonen vil variere ut fra hvor nær tilknytning han har til kunden eller forretningsforbindelsen. Er det for eksempel tale om en kunde arbeidstaker tok med seg inn i arbeidsforholdet, som i stor grad er knyttet til arbeidstakeren og ikke virksomheten, vil han ha større oppfordring til å avstå fra å informere kunden om sine fremtidsplaner. Risikoen for at kunden velger å følge arbeidstakeren til den nye jobben er da større.

En noe annen situasjon er om arbeidstaker ennå ikke har bestemt seg for å starte opp konkurrerende virksomhet, men ønsker å gjøre visse preliminære sonderinger for å finne ut av om han faktisk bør gjennomføre planene. Nazarian legger, på bakgrunn av dommen Rt. 1960 s. 371, tilsynelatende ubetinget til grunn at arbeidstaker har anledning til å sondere terrenget

⁶² Se bl.a. RG-1999-427 hvor lagmannsretten bygger på en forutsetning om at tilbud om å levere tjenester til arbeidsgivers kunder vil innebære brudd på lojalitetsplikten.

⁶³ Fougner (1999) s. 215 og Nazarian (2007) s. 515.

⁶⁴ Lunde (2001) s. 371.

med hensyn til mulighetene for å starte egen virksomhet.⁶⁵ I dommen hadde en avdelingsleder i et entreprenørselskap forespurt en byggherre om han, med sine personlige forutsetninger, kunne komme i betraktning når det gjaldt fremtidige arbeider for byggherren. Høyesterett ga uttrykk for at arbeidsgiver var uberettiget til å avskjedige arbeidstakeren på grunn av denne forespørselen, på bakgrunn av dens lite alvorlige preg.

Hvor langt arbeidstaker kan gå i å sondere terrenget med hensyn til å starte egen konkurrerende virksomhet, fremstår imidlertid noe usikkert. Høyesterett la i dommen vekt på at arbeidstaker var i en tvangssituasjon⁶⁶, og forespørselen fremstod relativt uskyldig all den tid byggherren inngikk avtaler med entreprenør etter anbud. Byggherren hadde således ikke anledning til å gi arbeidstakeren endelig bekreftelse på om de ville bruke ham om han startet egen virksomhet. Skadepotensialet er derimot vesentlig større enn i dommen om arbeidstaker tar kontakt med alminnelige kunder som del av en slik sondering. Arbeidstaker kan da få en mer endelig bekreftelse på at kunden vil bli med til den nye virksomheten, og vil kunne tilrettelegge planleggingen av den nye virksomheten basert på denne kunnskapen. Går en for langt i å tillate slike sonderinger, vil det kunne oppstå vanskelige bevisvurderinger hvor arbeidstakeren forsøker å tilsløre forsøk på rekruttering av kunder som rettmessige sonderinger. På bakgrunn av dette er jeg av den oppfatning at Høyesterett i Rt. 1960 s. 371 gjør et unntak fra hovedregelen.

3.2.6 Mangelfull orientering om opprettelse av konkurrerende virksomhet

Arbeidsgiver vil ha interesse av å bli orientert om arbeidstakers planer om å opprette konkurrerende virksomhet så tidlig som mulig. På den måten kan arbeidsgiver begrense arbeidstakers mulighet til å foreta skadelige forberedelseshandlinger, for eksempel ved å forhindre at arbeidstaker representerer virksomheten i viktige sammenhenger.⁶⁷ Videre vil arbeidsgiver ha interesse av dette for å kunne forberede seg på og imøtegå den økte konkurransen gjennom ulike markedstiltak, samt at arbeidsgiver vil kunne nedprioritere investeringer i arbeidstakeren. Holder arbeidstaker derimot igjen denne informasjonen vil arbeidsgiver kunne påføres tap på grunn av manglende mulighet til å forberede seg på konkurransen.

⁶⁵ Nazarian (2007) s. 509-510.

⁶⁶ Se punkt 3.3.4 nedenfor om dette.

⁶⁷ Nazarian (2007) s. 514.

Arbeidstaker ønsker derimot som regel å begrense arbeidsgivers kunnskap om egne planer så lenge som mulig. For det første er dette i arbeidstakers interesse fordi han da skåner egen konkurrerende virksomhet, ved at arbeidsgiver ikke får forberedt seg på den økte konkurransen. For det andre vil det by arbeidstaker imot å informere om egne planer før de er endelige, ettersom arbeidsgiver presumptivt vil reagere med mistillit overfor arbeidstakeren, særlig dersom planene ikke realiseres.⁶⁸

Lojalitetshensyn tilsier, på bakgrunn av dette, at arbeidstaker i alle fall i visse situasjoner har opplysningsplikt om egne oppstartsplaner, typisk når planene er endelige og arbeidsgiver har et særlig behov for informasjon om dette for å begrense skadevirkningene av at arbeidstaker oppretter konkurrerende virksomhet. Lunde fremholder imidlertid at lojalitetsplikten ikke innebærer noen plikt for arbeidstaker til å informere om egne planer.⁶⁹ Dette kan imidlertid ikke være mer enn et utgangspunkt.⁷⁰

Rt. 1990 s. 607 er et eksempel fra rettspraksis hvor mangelfull orientering eksplisitt ble trukket frem av Høyesterett. To sentrale ansatte, som arbeidet med opprettelsen av en konkurrerende virksomhet, hadde begynt forhandlinger med en leverandør arbeidsgiver hadde eneforhandleravtale med før de fratradte. Arbeidstakerne hadde blant annet vært sendt på en representasjonsreise til USA hvor de skulle møte leverandøren. Høyesterett uttalte:

*«Etter en samlet vurdering er jeg kommet til at [arbeidstakerne] har opptrådt illojalt overfor Viking, Ved å reise til USA uten å underrette Viking om sine planer, hindret de bedriften i å treffe sine foranstaltninger for å møte den situasjon som ville oppstå når to nøkkelpersoner ville starte en egen konkurrerende virksomhet. Hadde arbeidsgiveren vært gjort kjent med deres planer, ville det neppe ha blitt noe av deres USA-reise, og bedriften kunne ha sendt andre som skulle representere Viking overfor leverandøren».*⁷¹

Dommen gir et eksempel på en situasjon hvor arbeidsgiver hadde et sterkt behov for å holdes orientert, ettersom de da kunne forhindre at arbeidstakerne møtte leverandøren på deres regning. Videre hadde ikke arbeidstakerne et beskyttelsesverdig behov for å tilbakeholde informasjonen, ettersom de hadde gjennomført en konstituerende generalforsamling allerede uken før USA-reisen – oppstartsplanene var altså håndfaste. Dommen er konkret begrunnet,

⁶⁸ Nazarian (2007) s. 510.

⁶⁹ Lunde (2001) s. 369. Dege inntok tidligere et like bastant standpunkt i Dege (1997) s. 127, men har nå modifisert det noe i Dege (2009) s. 948.

⁷⁰ Tilsvarende Nazarian (2007) s. 510 og Storeng m.fl. (2014) s. 469.

⁷¹ Dommen s. 615.

og kan derfor ikke tas til inntekt for at arbeidstaker alltid plikter å informere arbeidsgiver om at han planlegger opprettelse av konkurrerende virksomhet. Dommen må imidlertid ses på som et klart uttrykk for at arbeidstakere har opplysningsplikt i særlige tilfeller hvor skadepotensialet ved å fortie informasjonen er stort, i alle fall når planene er endelige.

3.2.7 Mangelfull orientering om overgang til konkurrerende virksomhet

Dege legger på bakgrunn av LE-2003-26 til grunn at «informasjonsplikt foreligger så snart det er klart at den ansatte skal begynne hos en konkurrent»,⁷² mens Lunde på den andre side synes å legge til grunn at arbeidstaker i denne situasjonen aldri har opplysningsplikt.⁷³ Ingen av forfatterne tar forbehold for sine standpunkt.

På tross av at Rt. 1990 s. 607 gjelder informasjonsplikt ved oppstart av konkurrerende virksomhet, antar jeg at Høyesteretts betraktninger i dommen har overføringsverdi også til tilfeller hvor arbeidstaker skal starte hos en konkurrent. Interessemotsetningene og hensynene som tilsier at arbeidstaker har opplysningsplikt i særlige tilfeller, gjør seg gjeldende på samme måte i denne situasjonen. Når arbeidstaker har bestemt seg for å slutte hos arbeidsgiver for å begynne hos en konkurrent, vil derfor arbeidstaker kunne ha opplysningsplikt.

Dommen Dege viser til som støtte for sitt standpunkt, LE-2003-26, kan etter min mening tas som uttrykk for at det nettopp må foretas en konkret vurdering av om arbeidstaker har en opplysningsplikt overfor arbeidsgiver.⁷⁴ Lagmannsretten la til grunn at så lenge det bare forelå en mulighet for at den konkurrerende virksomheten etablerte seg i Norge, slik at det var usikkerhet knyttet til om de fire arbeidstakerne ville begynne der, kunne ikke avdelingslederen ha informasjonsplikt om sine egne og de andre ansattes planer. Det kunne ikke kreves at en «arbeidstaker skal sette seg i en slik vanskelig stilling selv om det ville vært i arbeidsgivers interesse». Lagmannsretten kom derimot til at arbeidsgiveren hadde opplysningsplikt om dette etter at det ble klart at han selv og de andre ansatte ville skifte jobb. Lojalitetspliktbruddet ble begrunnet i at arbeidsgiver hadde en «klar interesse» i å vite hvor han og de øvrige arbeidstakerne skulle begynne å jobbe, særlig på bakgrunn av arbeidstakerens sentrale stilling og at det var skjedd en kollektiv oppsigelse fra hele

⁷² Dege (2009) s. 956.

⁷³ Lunde (2001) s. 369-370.

⁷⁴ Dommens saksforhold er redegjort for ovenfor i punkt 3.2.3 og 3.2.4.

salgsavdelingen. Tilbakeholdelsen av informasjon ville dermed ramme arbeidsgiver ekstra hardt. Det er også naturlig å lese dommen slik at lagmannsretten la stor vekt på at arbeidstakeren på forespørsel hadde nektet å oppgi hvor de skulle starte. Opplysningspliktes rekkevidde må være videre i tilfeller arbeidsgiver gir til kjenne overfor arbeidstakeren at de ønsker informasjon om planene. Samlet ga disse omstendighetene arbeidstaker en sterk oppfordring til å informere arbeidsgiver, og fortielsen fikk derfor et mer klanderverdig preg.

LF-2010-73325 underbygger at det må foretas en konkret vurdering, og at opplysningsplikt ikke inntreffer med en gang arbeidstakeren har bestemt seg for å starte hos en konkurrent. I dommen hadde en avisannonseselger ventet en måned med å informere arbeidsgiver om at hun skulle starte hos en konkurrerende avis. Lagmannsretten kom til at det ikke var noen forhold som tilsa at hun burde informert arbeidsgiver om hvor hun skulle starte.

3.3 Forhold som påvirker lojalitetspliktens minsteterskel

3.3.1 Oversikt

Lojalitetsplikten er som vi har sett et utslag av hensynet til arbeidsgivers lojalitetsbehov og beskyttelsesverdige forventninger om lojal oppslutning for sine interesser. Likevel må dens rekkevidde begrenses av hensyn til arbeidstakers handlefrihet, samt de samfunnsmessige hensynene som tilsier mobilitet i arbeidsmarkedet.⁷⁵ På et individuelt plan vil det kunne være en rekke forhold ved arbeidstaker og arbeidsgivers situasjon som gjør at begrunnelsen for en streng lojalitetsplikt gjør seg mer eller mindre gjeldende. Lojalitetsplikten kan derfor sies å være relativ eller varierende, avhengig av hvor sterkt disse hensynene gjør seg gjeldende.⁷⁶ Dette vil eksempelvis kunne innebære at en handling som under normale omstendigheter ville vært regnet som illojal på bakgrunn av sitt skadepotensial, likevel ikke er det på grunn av slike hensyn.

Hensikten med dette delkapitlet er å redegjøre for et utvalg av slike momenter som tilsier at det skal gjelde en strengere eller mildere lojalitetsplikt i forskjellige arbeidsforhold og situasjoner. Det som vurderes her er altså forhold som påvirker lojalitetspliktens terskel, ikke

⁷⁵ Lunde (2001) s. 369 og Nazarian (2007) s. 508.

⁷⁶ Nazarian (2007) s. 275.

omstendigheter som angår forberedelseshandlingens skadepotensial isolert, selv om sammenhengen her er nær. Strukturen i oppgaven er på dette punkt begrunnet i hvordan domstolene foretar drøftelser av lojalitetsplikten ved forberedelse til konkurrerende virksomhet, jf. for eksempel Rt. 1990 s. 607 hvor Høyesterett holdt handlingens grovhet opp mot blant annet arbeidstakernes ledende stillinger i selskapet.

3.3.2 Arbeidstakers stilling

Arbeidstakere i sentrale stillinger har gjerne inngående kunnskaper om virksomheten til arbeidsgiver og markedet, og kan i større grad enn ansatte i lavere stillinger utnytte kunderelasjoner og øvrige forretningsforbindelser.⁷⁷ Sentrale ansatte vil også gjerne ha større innflytelse på de øvrige ansatte. Forberedelseshandlinger foretatt av ansatte i ledende stillinger vil derfor kunne ha et høyere skadepotensial for arbeidsgiver. Videre har arbeidsgiver en mer beskyttelsesverdig forventning om absolutt lojalitet fra ansatte i ledende stillinger på bakgrunn av den store grad av tillitt arbeidsgiver gir dem ved friere tøyler ved disponering av arbeidsoppgaver og større innsyn i forretningsdriften, samt den presumptivt høyere lønnen de mottar.⁷⁸ I tillegg vil arbeidsgiverens forventninger om lojalitet øke forholdsmessig ut fra hvor stor grad av selvstendighet i stillingen arbeidstakeren er gitt. Dette tilsier at ansatte i ledende og selvstendige stillinger har en mer omfattende lojalitetsplikt enn ansatte i underordnede stillinger.⁷⁹

Det synes å være enighet i teorien om at stillingens karakter er av betydning for lojalitetspliktens rekkevidde for adgangen til å forberede konkurrerende virksomhet.⁸⁰ Også i rettspraksis har momentet fått en fremtredende posisjon. I Rt. 1990 s. 607 tok Høyesterett for eksempel utgangspunkt i at «[b]egge var nøkkelpersoner» og 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».⁸¹

Hvorvidt arbeidstakeren har en ledende eller sentral stilling, må vurderes konkret ut fra stillingens reelle innhold. Sentrale momenter vil være om arbeidstakeren er betrodd særlig innsikt i forretningsdriften, arbeider selvstendig, om han har stor påvirkningskraft på kunder

⁷⁷ Nazarian (2007) s. 518.

⁷⁸ Nazarian (2007) s. 503.

⁷⁹ Borch/Fougner (2000) s. 72.

⁸⁰ Se bl.a. Lunde (2001) s. 371, Borch/Fougner (2000) s. 72 og Dege (2009) s. 950.

⁸¹ Dommen s. 614.

og øvrige ansatte og hans nærhet til styret og øvrig ledelse. Dette underbygges av LE-2003-26.⁸² Lagmannsretten la her vekt på at arbeidstakeren var en «helt sentral medarbeider ved Industrisenterets avdeling i Oslo» og at «han hadde bred og lang erfaring fra fagfeltet kulelager, og han hadde, som følge av dette, et bredt kontaktnett ... og var meget vel ansett i bransjen». Etter lagmannsrettens syn var det ikke avgjørende om arbeidstakeren hadde formell stillingstittel som daglig leder for selskapet, men at «han som leder av salgsteamet i Oslo-avdelingen hadde en sentral stilling, og hans lojalitetsplikt må vurderes ut fra det». I LB-2007-64453 fant lagmannsretten derimot at en eiendomsmegler ikke hadde en ledende stilling bare fordi han hadde den største omsetningen. Standpunktet virker riktig all den tid megleren, med unntak av et styremedlemsverv, var en alminnelig megler i firmaet.

3.3.3 Arbeidstakere i oppsigelsestiden

Lojalitetsplikten følger ansettelsesforholdet, og arbeidstaker er derfor underlagt lojalitetsforpliktelser i hele ansettelsesperioden.⁸³ Dette omfatter situasjoner som prøvetiden, oppsigelsestiden, når arbeidstakeren er permittert eller om han er fritatt for arbeidsplikten.⁸⁴ Etter at arbeidsforholdet har opphørt, er det konkurranse- og markedsføringsreglene som setter grenser arbeidstakerens handlefrihet.⁸⁵

Når arbeidstaker er i oppsigelsestiden, forbereder han seg på å finne en ny beskjeftigelse fra fratredelsestidspunktet. Samfunnsmessige hensyn og hensynet til den enkelte arbeidstakers forsørgelsesgrunnlag tilsier at han da kan gå lenger enn ellers i sine forberedelser til konkurrerende virksomhet.⁸⁶ I denne situasjonen har også arbeidsgiveren en oppfordring til å forberede seg på den kommende situasjonen uten arbeidstakeren. Arbeidsgivers behov for lojalitet kan derfor sies å være noe svakere når arbeidstaker er i oppsigelsestiden.

En særlig situasjon er hvis arbeidstaker er fritatt fra arbeidsplikt ut oppsigelsestiden. Fristillelse er vanlig å avtale dersom arbeidstaker skal gå over til en konkurrerende virksomhet, hvor arbeidsgiver ønsker å hindre at arbeidstaker har tilgang til forretningssensitiv informasjon, slik som kundelister, markedsplaner ol.⁸⁷ Så lenge arbeidstaker mottar lønn, er det naturlig at han også er underlagt lojalitetsplikt til

⁸² Saksforholdet er gjennomgått ovenfor i punkt 3.2.3 og 3.2.4.

⁸³ Se bl.a. LA-2006-71768, TOSLO-2004-78614 og NAD-1987-282.

⁸⁴ Borch/Fougner (2000) s. 77.

⁸⁵ Lunde (2001) s. 361.

⁸⁶ Lunde (2001) s. 369 og Nazarian (2007) s. 322.

⁸⁷ NAD-1987-282 gir et praktisk eksempel på dette.

arbeidsgiver.⁸⁸ Fristillelsen innebærer imidlertid at arbeidstakeren mister sin aktive stilling i selskapet, noe som tilsier at arbeidsgiver har en mindre berettiget forventning om absolutt lojalitet fra arbeidstaker. Dette gjelder særlig for ansatte som tidligere hadde en ledende eller sentral stilling.

TOSLO-2004-78614 er egnet til å illustrere poenget. En arbeidstaker i ledende stilling som var blitt fristilt fra arbeidsplikten i oppsigelsestiden, hadde fått informasjon om at en av arbeidsgivers største kunder vurderte å vrake arbeidsgiver som leverandør. Tingretten fant at arbeidstaker ikke hadde noen ubetinget plikt til å videreformidle denne kunnskapen til sin arbeidsgiver «[i] den grad Rygh var i oppsigelsestiden og var fritatt for arbeidsplikt». Hadde arbeidstakeren fortsatt vært i arbeid, er det derimot naturlig å anse dette som klart illojalt på bakgrunn av fortielsens store økonomiske skadepotensial for arbeidsgiver. Lagmannsretten kom likevel til at arbeidstakeren hadde brutt lojalitetsplikten ved å videreformidle kunnskapen til et nettverk han selv var en del av, som senere vant anbudskonkurransen om kunden.

3.3.4 Betydningen av om arbeidstaker er i en tvangssituasjon

Når arbeidstaker har berettigede fornemmelser om at han snart vil miste jobben, vil han ha et større behov for å forberede seg på den fremtidige inntektssituasjonen.⁸⁹ Dersom arbeidstaker er uforskyldt i å ha kommet i en slik stilling – gjerne kalt tvangssituasjon – fremstår det på bakgrunn av dette forberedelsesbehovet som rimelig at lojalitetsplikten ikke i like stor grad som ellers binder arbeidstaker.⁹⁰ Typiske eksempler på slike situasjoner kan være varslede nedbemanninger eller om arbeidstaker er permittert. Det synes å være enighet i juridisk litteratur at lojalitetsplikten er lempeligere for arbeidstakere i slike tvangssituasjoner.⁹¹

Også i rettspraksis er momentet en gjenganger.⁹² I Rt. 1960 s. 371⁹³ fant Høyesterett at sivilingeniørens forespørsel til en byggherre om muligheten for å komme i betraktning om han innga et anbud for egen regning, ikke utgjorde et tilstrekkelig grovt lojalitetspliktbrudd til å begrunne avskjed. Høyesterett understreket i denne anledning at ingeniøren «hadde grunn til å tro etter uttalelser fra Høstmark og Vangdal at hans stilling var utrygg, og samtalen med

⁸⁸ Nazarian (2007) s. 505.

⁸⁹ Nazarian (2007) s. 519.

⁹⁰ Andersen (1967) s. 142 og Nazarian (2007) s. 519.

⁹¹ Se bl.a. Lunde (2001) s. 369, Nazarian (2007) s. 519 og Dege (2009) s. 949.

⁹² Se for eksempel Rt. 1960 s. 371, RG-1999-427 og LB-2012-28693.

⁹³ Gjennomgått ovenfor i punkt 3.2.5.

Evensen om at han ikke kom på tale som Høstmarks etterfølger måtte bestyrke denne følelse.»⁹⁴

Av dommen kan det utledes at arbeidstaker generelt har et videre spillerom med hensyn til forberedelseshandlinger dersom han er i en tvangssituasjon, så lenge oppfatningen om tvangssituasjonen er berettiget. Nazarian fremholder riktignok at Høyesterett antagelig ville kommet til samme resultat selv om ingeniøren ikke hadde trodd han ville bli sagt opp innen kort tid.⁹⁵ Dette undergraver imidlertid ikke momentets verdi, all den tid Høyesterett eksplisitt trekker det frem i sin begrunnelse.

3.3.5 Graden av konkurranse

Graden av konkurranse mellom arbeidsgiver og den planlagte virksomheten påvirker hvilket skadepotensial arbeidstakers forberedelseshandlinger vil ha for arbeidsgiver, og således også hvilken oppfordring arbeidstaker har til å handle annerledes. En frisør ved en salong i Oslo vil for eksempel ha mindre oppfordring til å avstå fra å tilnærme seg arbeidsgivers kunder om han planlegger å starte en salong i Bærum, enn om salongen skal åpnes i nabobygget. Det synes derfor i tråd med hensynene bak lojalitetsplikten å vektlegge graden av konkurranse mellom den planlagte virksomheten og arbeidsgivers virksomhet.

At graden av planlagt konkurranse er relevant har blitt trukket frem i juridisk teori.⁹⁶ Dommen Rt. 1990 s. 607⁹⁷, hvor Høyesterett vektla at enerepresentasjon hadde vært svært viktig for arbeidsgiver, kan videre tas til inntekt for et slikt syn. Selv om Høyesterett ikke uttaler det eksplisitt, er det naturlig å forstå det slik at de her vektla den direkte konkurransen arbeidstakerne forberedte ved å ta kontakt med leverandøren.⁹⁸ Hvis ikke arbeidstakeren forberedte direkte konkurranse med arbeidsgiver, ville det vært av liten vekt om arbeidstakeren kontaktet arbeidsgivers leverandør.

3.3.6 Betydningen av kollektiv oppsigelse

Når flere arbeidstakere sier opp samtidig, settes arbeidsgiver i en utsatt og sårbar posisjon. Forberedelseshandlinger fra arbeidstaker vil da generelt ha et større skadepotensial enn om

⁹⁴ Dommen s. 376.

⁹⁵ Nazarian (2007) s. 510.

⁹⁶ Fougner (1999) s. 211-212 og Nazarian (2007) s. 500.

⁹⁷ Dommen omtales ovenfor i punkt 3.2.6.

⁹⁸ Tilsvarende Nazarian (2007) på s. 501.

det kun er én arbeidstaker som forlater virksomheten. I en situasjon hvor en forholdsmessig stor del av hele eller deler av virksomheten slutter samtidig, vil derfor arbeidstaker ha en større oppfordring til å avstå fra forberedelseshandlinger som ellers ville hatt et begrenset skadepotensial. En naturlig følge av dette er at arbeidstaker er underlagt en strengere lojalitetsplikt enn ellers når arbeidsgiver er i en slik utsatt posisjon.⁹⁹

LE-2003-26 gir et godt eksempel på hvordan momentet kan få betydning i praksis.¹⁰⁰

Lagmannsretten fremholdt som utgangspunkt for vurderingen av om arbeidstaker hadde forsømt sin opplysningsplikt overfor arbeidsgiver at «[d]et som gjør forholdet spesielt i denne saken, er at de fire utgjorde hele avdelingens salgsteam» og at det forhold at de ansatte sa opp samtidig «satte ... Industrisenteret i en meget vanskelig stilling». Lagmannsretten legger avslutningsvis til grunn at arbeidsgiver hadde en klar interesse i å få vite hvor Andersen skulle begynne å arbeide, særlig «når oppsigelsene kom fra et samlet salgsteam». Siden arbeidstakeren var klar over arbeidsgivers interesse, hadde han en særlig oppfordring til å svare på hvor han skulle begynne å jobbe.

⁹⁹ Se. bl.a. Lunde (2001) s. 373 og Nazarian (2007) s. 517-518.

¹⁰⁰ Saksforholdet er tidligere redegjort for i punkt 3.2.3 og 3.2.4.

4 Arbeidsgivers reaksjoner mot illojale forberedelseshandlinger

4.1 Innledning

Arbeidstaker kan foreta et vidt spekter av forberedelseshandlinger i forbindelse med opprettelse av eller overgang til konkurrerende virksomhet, som samlet eller hver for seg kan føre til store negative virkninger og tap for arbeidsgiver. Tapet oppstår eksempelvis som en følge av at ansatte sier opp, virksomheten mister kunder eller etablering av sterke konkurrenter på kort tid. De økonomiske virkningene kan for virksomheten være enorme, og i verste fall føre til deres nedleggelse. Arbeidsgiver har derfor et stort behov for å kunne reagere mot illojale forberedelser.

For arbeidsgiver vil sanksjoner mot illojalitet for det første kunne ha en viktig preventiv funksjon. Uten en trussel om følbare konsekvenser er det lite sannsynlig at arbeidstakere vil avstå fra illojalitet. Det er i denne relasjon viktig at arbeidstakere er klar over både lojalitetsplikten eksistens, rekkevidde og konsekvensene av brudd. Sanksjonene vil for det andre ha en reparerende funksjon. Ved å kunne reagere på illojalitet vil arbeidsgiver ha muligheten til både å få reparert skaden han er påført, samt forhindre at videre illojalitet forekommer.

De mest iøynefallende arbeidsrettslige reaksjonene mot illojale forberedelseshandlinger er oppsigelse, suspensjon eller avskjed av arbeidstakeren. Som monetære reaksjoner er erstatningskrav, enten mot arbeidstaker selv eller den konkurrerende virksomhet, mest nærliggende. Også andre reaksjoner kan derimot også tenkes, slik som for eksempel straff for økonomisk utroskap¹⁰¹ eller midlertidig forføyning med pålegg om å stanse den illojale opptreden etter tvisteloven¹⁰² kapittel 34¹⁰³. Av oppgavetekniske hensyn avgrensers jeg imidlertid mot de sistnevnte.

Hva gjelder krav om midlertidig forføyning er det likevel grunn til å nevne at dette uansett har et begrenset praktisk virkeområde i de tilfeller oppgaven omhandler. For det første vil

¹⁰¹ Jf. straffeloven (2005) §§ 390 og 391.

¹⁰² Lov om meklings og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90.

¹⁰³ Se bl.a. Borch/Fougner (2000) s. 99.

arbeidsgiver sjelden få oversikt over arbeidstakers forberedelser før etter de har fratrudd. I disse tilfellene er ikke arbeidstaker lenger underlagt lojalitetsplikt, og midlertidig forføyning er således ikke mulig å vinne frem med på grunnlag av brudd på lojalitetsplikten. For det andre fremstår midlertidig forføyning mest aktuelt som et middel mot å stanse arbeidstakers pågående konkurrerende virksomhet,¹⁰⁴ ikke som et middel mot å stanse forberedelser.¹⁰⁵ Dette faller noe på siden av oppgavens tematikk.

Gjennomgangen av lojalitetspliktens minsteterskel ovenfor i kapittel 3 vil fungere som et bakteppe for drøftelsen av de forskjellige reaksjonene på lojalitetspliktsbrudd ved forberedelse til konkurrerende virksomhet.

4.2 Oppsigelse

4.2.1 Oppsigelse som sanksjon mot illojale forberedelseshandlinger

Oppsigelse innebærer at arbeidsforholdet opphører etter endt oppsigelsestid. Hovedregelen i arbeidsmiljøloven er en oppsigelsestid på én måned, men en har anledning til å avtale en lenger oppsigelsestid, noe som også er vanlig ikke minst i konkurranseutsatte bransjer.¹⁰⁶ Arbeidstaker har i utgangspunktet både rett og plikt til å stå i arbeid ut hele oppsigelsestiden mot lønn.¹⁰⁷ Ettersom arbeidsforholdet består til oppsigelsestidens utløp, gjelder lojalitetsplikten også i oppsigelsestiden.¹⁰⁸

Arbeidsgiver kan ha interesse av å avslutte arbeidsforholdet dersom arbeidstaker planlegger å starte opp eller gå over til konkurrerende virksomhet. Ønsket om å si opp arbeidstaker, kan blant annet være begrunnet i arbeidsgivers behov for å reagere på det som omfattes som et tillitsbrudd eller i behovet for å beskytte sine interesser mot fremtidig skade fra arbeidstakeren. Arbeidsgiver kan likevel ha interesse i å beholde arbeidstaker en kort periode for å få tid til å omstille seg etter oppsigelsen, samt for å forberede den kommende eller økte

¹⁰⁴ Se for eksempel LB-2010-488.

¹⁰⁵ Det kan imidlertid ikke utelukkes at arbeidsgiver vil kunne benytte midlertidig forføyning for å få stanset forberedelseshandlinger, for eksempel dersom arbeidsgiver tidlig oppdager at arbeidstaker tilnærmer seg kunder eller ansatte, og det er nødvendig med en forføyning for å stanse arbeidstakers urettmessige opptreden, jf. tvisteloven § 34-1 bokstav b. TKISA-2008-118969 gir eksempel på en slik drøftelse.

¹⁰⁶ Jf. arbeidsmiljøloven § 15-3 (1).

¹⁰⁷ Storeng m.fl. (2014) s. 448.

¹⁰⁸ Se Dege (2009) s. 966 og punkt 3.3.3 i avhandlingen.

konkurransen. I noen tilfeller vil oppsigelse være et mer foretrukket rettsmiddel enn avskjed, ettersom lojalitetsplikten opprettholdes en kort periode.

I tilfeller hvor arbeidstakeren planlegger oppstart av eller overgang til konkurrerende virksomhet er det imidlertid ofte naturlig at arbeidstaker selv sier opp.¹⁰⁹ Har arbeidstaker allerede sagt opp, vil en oppsigelse fra arbeidsgiver være virkningsløs; arbeidstaker vil her uansett måtte arbeide ut oppsigelsestiden, som begynte å løpe ved arbeidstakers oppsigelse. Har arbeidstaker ennå ikke sagt opp, vil derimot arbeidsgiver kunne oppnå å fremskynde oppsigelsesprosessen. Et annet forhold er at arbeidsgiver ofte vil være for sent ute med å kartlegge omfanget av forberedelseshandlingene – som ofte skjer i det skjulte – slik at det ikke er tid til å reagere med oppsigelse før arbeidstaker selv sier opp.

Det fremstår på bakgrunn av dette som at arbeidsgivers behov for oppsigelse i de situasjonene avhandlingene omfatter er lite, noe som bekreftes av det relativt begrensede omfanget av dommer hvor oppsigelse er påberopt. Oppsigelse påberopes gjerne som en subsidiær rettsfølge i tilfeller arbeidsgiver har avskjediget den ansatte¹¹⁰, og synes mest aktuelt i de tilfeller arbeidstakernes planlegging har strandet, slik at arbeidstaker selv har en interesse i å få bli i stillingen.¹¹¹

4.2.2 Vilkår for oppsigelse

For at arbeidsgiver skal kunne si opp arbeidstaker må oppsigelsen være «saklig begrunnet i ... arbeidstakers forhold», jf. arbeidsmiljøloven § 15-14 (3). Bestemmelsen er en rettslig standard som henviser til en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.¹¹² At illojalitet kan begrunne en oppsigelse er ikke tvilsomt.¹¹³ Den overordnede vurderingen som må foretas er beskrevet slik i Rt. 2009 s. 685:

«Spørsmålet er om det etter en samlet avveiing av begge parters behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må vise til gode grunner».

¹⁰⁹ Se Nazarian (2007) s. 528 og for eksempel Rt. 1990 s. 607 og LB-2007-64453.

¹¹⁰ Jf. arbeidsmiljøloven § 15-14 (3). Se for eksempel LB-2005-96635.

¹¹¹ Slik tilfellet var for eksempel i Rt. 1993 s. 300 og NAD-1987-269.

¹¹² Storeng m.fl. (2014) s. 448.

¹¹³ Se LB-2007-64453 hvor lagmannsretten uttaler at brudd på lojalitetsplikten etter omstendighetene kan gi grunnlag for avskjed. Da må det også kunne gi grunnlag for det lempeligere alternativet oppsigelse.

Som det fremgår av sitatet fra Rt. 2009 s. 685 er begge parters behov relevante ved drøftelsen av om arbeidsgiver har tilstrekkelig oppsigelsesgrunn.¹¹⁴ I tillegg til dette vil det kunne være av betydning om arbeidstakeren har fått advarsel¹¹⁵ og om fremgangsmåten og saksbehandlingen rundt oppsigelsen er forsvarlig.¹¹⁶ En naturlig følge av dette er at en ikke kategorisk kan legge til grunn at illojalitet fører til at vilkårene for oppsigelse er oppfylt. Et eksempel på dette, som faller nær avhandlingens tema, er RG-1995-887. Lagmannsretten fant at arbeidstakeren hadde opptrådt illojalt som følge av at han hadde bistått en venn med å inngi tilbud i konkurranse med arbeidsgiver. Vilkårene for oppsigelse var likevel ikke oppfylt, blant annet fordi det var begrensede arbeidsmuligheter på hjemstedet, samt at konsekvensene for arbeidstaker av å miste arbeidet ville være store på grunn av hans høye alder.

Konstatert illojalitet overfor arbeidsgiver innebærer som vi har sett at arbeidstaker har opptrådt klanderverdig, og arbeidsgivers oppsigelsesinteresse vil derfor som regel være sterk. Som hovedregel kan det nok derfor legges til grunn at oppsigelsesvilkåret er oppfylt når arbeidstaker har foretatt illojale forberedelseshandlinger, så lenge det ikke foreligger individuelle forhold som i RG-1995-887.¹¹⁷

4.3 Avskjed

4.3.1 Avskjed som sanksjon mot illojale forberedelseshandlinger

Avskjed innebærer, til forskjell fra oppsigelse, at arbeidstaker øyeblikkelig må fratre stillingen, jf. arbeidsmiljøloven § 15-14, og medfører at arbeidstaker samtidig mister rett til lønn.¹¹⁸ Avskjed er av den grunn gjerne omtalt som en heving av arbeidsavtalen.¹¹⁹ Som følge av at arbeidsforholdet opphører, opphører også arbeidstakers lojalitetsforpliktelser overfor arbeidsgiver fra og med avskjedstidspunktet.

Omfanget av rettspraksis tilsier at avskjed er mer praktisk enn oppsigelse når arbeidstakere foretar illojale forberedelseshandlinger i forbindelse med oppstart av eller overgang til

¹¹⁴ Jf. også blant annet Jakhelln (2006) s. 428-429 med videre henvisning til rettspraksis.

¹¹⁵ Advarsel er imidlertid ikke særlig praktisk i de klare tilfellene av illojale forberedelser.

¹¹⁶ Se Jakhelln (2006) s. 434, Skjønberg/Hognestad (2014) s. 291 og Nazarian (2007) s. 527.

¹¹⁷ I denne retning Nazarian (2007) s. 527.

¹¹⁸ Jf. forarbeidene til gamle arbeidsmiljølov § 66, Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 77, som videreføres ved ny arbeidsmiljølov § 15-14, jf. Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 338.

¹¹⁹ Jf. bl.a. Storeng m.fl. (2014) s. 448 og Jakhelln (2006) s. 470.

konkurrerende virksomhet.¹²⁰ Rettskildematerialet er imidlertid også her relativt sparsommelig.

At avskjed er mer praktisk, kan ha sin naturlige forklaring i at arbeidstakere som forbereder konkurrerende virksomhet ofte ville ha sagt opp stillingen selv.¹²¹ Avskjed kan nemlig skje uavhengig av om arbeidstaker er i oppsigelsestiden eller ikke. Avskjed har videre den fordel at arbeidstaker fratrer på dagen, og at arbeidsgiver mister alle forpliktelser overfor arbeidstaker. Arbeidstaker mister derfor muligheten til å utnytte stillingen sin til forberedelsen av den konkurrerende virksomheten, for eksempel ved at han ikke lenger har innsyn i sentrale forretningsdokumenter og ikke kan oppnå kundekontakt på arbeidsgivers regning.

Avskjed innebærer imidlertid som nevnt at arbeidstakers lojalitetsforpliktelser opphører. Arbeidstaker står da nokså fritt til å forberede den konkurrerende virksomheten, herunder til å rekruttere arbeidsgivers kunder og ansatte.¹²² Avskjed vil derfor kunne føre til at arbeidstaker lovlig påfører arbeidsgiver store tap i form av tapte kunder og ansatte, samt at han vil kunne komme raskere i gang med den konkurrerende virksomheten. Virksomheten kan i en slik situasjon være særlig sårbar ettersom det ennå ikke har vært tid til å omstille seg etter tapet av en arbeidstaker. Arbeidsgiver kan derfor se seg tjent med å velge bort avskjed som opphørsmåte for å kunne foreta en styrt avvikling av arbeidsforholdet. Dette kan skje gjennom oppsigelse, eventuelt i kombinasjon med å fristille arbeidstaker fra sin arbeidsplikt eller endre arbeidstakers arbeidsoppgaver, enten ved avtale med arbeidstaker eller ved direkte pålegg med hjemmel i deres styringsrett.¹²³

Det er på denne bakgrunn ikke nødvendigvis slik at avskjed er å foretrekke fremfor oppsigelse. Hvilken arbeidsrettslig sanksjon arbeidsgiver da benytter seg av, er et rent hensiktsmessighetsspørsmål.

Dersom arbeidsgiver har mistanke om at arbeidstaker har handlet slik at det er grunnlag for avskjed, men hvor det er behov for ytterligere bevissikring før avskjeden kan gis, er det mulig å suspendere arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 15-13. Arbeidstaker beholder da lønnen i

¹²⁰ Jf. blant annet Rt. 1993 s. 300, RG-1989-313 og NAD-1988-365.

¹²¹ Se ovenfor i punkt 4.2.1.

¹²² I denne situasjonen er det konkurransereglene, særlig i markedsføringsloven, som setter grenser for arbeidstakers handlefrihet, jf. Lunde (2001) s. 361. Disse reglene gir arbeidstaker vesentlig videre spillerom.

¹²³ Arbeidsgiver kan i kraft av sin styringsrett frita arbeidstaker fra arbeidsplikt i oppsigelsestiden, dersom «særlig tungtveiende grunner ... taler for det» og arbeidstaker beholder full lønn i hele oppsigelsestiden, jf. Rt. 2009 s. 1183 avsnitt 23. Slike tungtveiende grunner vil typisk foreligge ved illojal forberedelse til konkurrerende virksomhet, ettersom dette innebærer et klart tillitsbrudd.

suspensjonsperioden, med den følge at lojalitetsplikten består frem til suspensjonen opphører eller oppsigelse gis.¹²⁴ Suspensjon har derfor den fordel at arbeidsgiver kan undersøke forholdet uten arbeidstakers tilstedeværelse på jobb.

Suspensjon forutsetter, ved siden av mistankekravet, at «virksomhetens forhold tilsier» at arbeidstakeren suspenderes, jf. § 15-13 første ledd. Dette er typisk tilfeller hvor virksomheten har behov for å fjerne arbeidstakeren fra arbeidsplassen for å unngå at han kan volde ytterligere skade. I vår sammenheng fremstår suspensjon som mest aktuelt der arbeidstakeren mistenkes for å ha kopiert forretningssensitiv informasjon eller for å ha misbrukt sin stilling for å komme i kontakt med arbeidsgivers forretningsforbindelser.

4.3.2 Vilkår for avskjed

Arbeidsgiver kan avskjedige arbeidstaker dersom denne «har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen», jf. arbeidsmiljøloven § 15-14.

Lojalitetsplikten er en ubestridt pliktnorm i arbeidsforhold, og brudd på denne kan derfor være avskjedsgrunn.¹²⁵ For at illojalitet ved forberedelseshandlinger til konkurrerende virksomhet skal gi grunnlag for avskjed, kreves at illojaliteten er av en grov karakter.¹²⁶ Avskjed er gjerne aktuelt i tilfeller av grove enkeltepisoder som medfører at arbeidstaker ikke kan ha tillit til arbeidstaker, og som gir akutt behov for å avslutte arbeidsforholdet.¹²⁷ Det skal i likhet med oppsigelsesvurderingen foretas en rimelighetsvurdering av avskjeden. I Rt. 1988 s. 1188 uttalte Høyesterett at «[d]et må tas hensyn til de ansattes og bedriftens forhold, og rimelighetshensyn vil komme inn», ved siden av den objektive vurderingen av handlingens grovhet.¹²⁸ I likhet med oppsigelsesvurderingen vil en altså måtte ta hensyn til arbeidstaker og saksbehandlingen ved avskjedsvurderingen.

For å kartlegge pliktbruddets grovhet vil de samme momentene som er gjennomgått i kapittel 3 være veiledende. Handlingens skadepotensial, samt individuelle forhold som tilsier en lempet eller skjerpet lojalitetsplikt, vil derfor stå sentralt.¹²⁹ Dege fremholder at avskjed typisk

¹²⁴ Jf. arbeidsmiljøloven § 15-13 (3). Dette vil ikke være en tvangssituasjon, ettersom arbeidstaker er selvforskyldt i suspensjonen, jf. ovenfor i punkt 3.3.4.

¹²⁵ Se for eksempel Rt. 1993 s. 300 og LB-2007-64453.

¹²⁶ Jf. bestemmelsens formulering og LB-2007-64453.

¹²⁷ Jf. Allstrin m.fl. (2008) s. 212.

¹²⁸ Dommen s. 1194.

¹²⁹ Borch/Fougner (2000) s. 95.

vil være aktuelt når arbeidstakeren går aktivt til verks overfor arbeidsgivers kunder eller ansatte, med sikte på å få de med til den konkurrerende virksomheten.¹³⁰ Som det fremgår av LB-2007-64453 vil imidlertid dette kun være et «relevant utgangspunkt, med den reservasjon at det alltid vil måtte foretas en konkret vurdering i den enkelte sak».

I dommen hadde en eiendomsmegler, som hadde vært med på å stifte et konkurrerende eiendomsmeglingsforetak, blant annet diskutert muligheten for arbeid i den nye virksomheten med andre ansatte, samt videreformidlet jobbtilbud fra det nye foretaket til de andre ansatte. Lagmannsretten kom til at meglere hadde opptrådt illojalt, men at det ikke var grunnlag for avskjed. Det ble lagt vekt på at eiendomsmeglingsbransjen var utsatt for jevnlig og mange forflytninger, og at eiendomsmeglere ikke direkte og aktivt hadde rekruttert de øvrige ansatte. Hadde eiendomsmeglere vært en sterk pådriver for at de andre ansatte skulle bli med over i den nye virksomheten, er det derimot vanskelig å se at avskjed hadde vært en for drastisk reaksjon.

RG-1989-313 gir et klarere eksempel på når vilkårene for avskjed vil være oppfylt. En meglerassistent i et advokatfirmas eiendomsavdeling hadde planlagt å starte opp en konkurrerende virksomhet med andre ansatte i firmaet, herunder med daglig leder for avdelingen. Arbeidsgiver foreslo for meglerassistenten at hun kunne ta over som daglig leder hvis daglig leder sa opp, såfremt hun først bestod meglereksamen. Meglerassistenten ga uttrykk for å være positiv til dette ved flere anledninger, til tross for at hun hele veien hadde planlagt å slutte hos arbeidsgiver og starte opp virksomhet sammen med daglig leder. Arbeidsgiver betalte da for hennes meglereksamen, samt ga lønnet permisjon i de to månedene hun trengte å være borte for å bestå kurset, i den tro at meglerassistenten ville fortsette i firmaet. Etter hun hadde bestått meglereksamen og hun og de andre kollegene hadde funnet egnede lokaler til den nye virksomheten, leverte alle ansatte i avdelingen sine oppsigelser. Arbeidsgiver avskjediget meglerassistenten etter at meglerassistenten ved flere anledninger hadde løyet om når hun bestemte seg for å si opp og bli med til den konkurrerende virksomheten. Lagmannsretten fant at meglerassistenten alvorlig måtte bebreides for å ha unnlatt å gi uttrykk for at stillingen som daglig leder ikke ville være aktuelt å ta over, samt ved å motta både lønnet permisjon og betalt utdanning.

¹³⁰ Dege (2009) s. 952.

4.4 Erstatningskrav mot arbeidstaker

4.4.1 Erstatningskrav mot arbeidstaker som sanksjon mot illojale forberedelseshandlinger

Som vi har sett, kan arbeidstakers forberedelseshandlinger påføre arbeidsgiver økonomiske tap, for eksempel ved å føre til kundeflukt eller pådratte utgifter¹³¹. De arbeidsrettslige sanksjonene – oppsigelse og avskjed – kan dekke arbeidsgivers behov for å oppheve forbindelsen til arbeidstaker, men de vil ikke gjenopprette eventuell skade arbeidstakeren allerede har rullet å påføre. Arbeidsgivers mulighet til å vinne frem med erstatningskrav overfor arbeidstaker er derfor av stor betydning for å komplettere sanksjonsbildet. Erstatningskrav vil være praktisk både alene, og som en sanksjon kombinert med oppsigelse eller avskjed.

Arbeidsmiljøloven inneholder ikke regler om erstatningsansvar for illojalitet, og alminnelige erstatningsrettslige regler må derfor legges til grunn.¹³² De grunnleggende vilkårene for å vinne frem med et erstatningskrav er at det foreligger ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og det økonomiske tap.¹³³ I det følgende vil jeg gjennomgå i hvilke tilfeller disse vilkårene vil kunne være oppfylt ved arbeidstakers illojalitet i forbindelse med forberedelse til konkurrerende virksomhet. Fremstillingen avgrenses mot visse erstatningsrettslige temaer som ikke foranlediger særskilte bemerkninger, slik som for eksempel de ulovfestede reglene om adekvans¹³⁴ og skadelidtes tapsbegrensningsplikt.

4.4.2 Utgjør brudd på lojalitetsplikten erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag?

Hvis arbeidstaker forsettlig påfører arbeidsgiver et økonomisk tap, vil det utvilsomt foreligge ansvar. Mer praktisk er det imidlertid at arbeidstaker handler i strid med lojalitetsplikten med sikte på å skaffe seg selv en fordel, ikke med sikte på eller tanke om å skade arbeidsgiver. I disse situasjonene er det den alminnelige culpanormen som vil utgjøre ansvarsgrunnlaget. Det

¹³¹ For eksempel slik som i RG-1989-313.

¹³² Tilsvarende Monsen (2006) s. 159 om erstatningsreglene ved brudd på konkurransebegrensningsavtaler.

¹³³ Jf. Nygaard (2007) s. 4-6 og blant annet LH-2006-33392.

¹³⁴ Adekvansspørsmål kan for eksempel reises der arbeidsgiver krever dekket utgifter til eksterne utredninger om omfanget av illojaliteten, slik som for eksempel i TDRAM-2013-177440.

sentrale spørsmålet er derfor om arbeidstaker har handlet i strid med hvordan en innsiktsfull og normalt forstandig arbeidstaker kan forventes å handle i en slik situasjon.¹³⁵

En gjennomgang av rettspraksis viser at domstolene i praksis ikke gjør mye ut av vurderingen av om det foreligger et ansvarsgrunnlag, utover vurderingen av om arbeidstaker har handlet illojalt. For eksempel konkluderer Høyesterett i Rt. 1990 s. 607 først at arbeidstakerne handlet illojalt overfor arbeidsgiver ved sine forberedelseshandlinger, og uttaler deretter at de «har opptrådt på en objektivt sett rettsstridig måte overfor sin arbeidsgiver, og jeg finner at også det subjektive grunnlag for erstatningsplikt foreligger.»¹³⁶ Et eksempel på tilsvarende tilnærming finner vi i LA-2006-71768, hvor lagmannsretten konkluderer at «for [arbeidstakeren] utgjør den utviste illojalitet fra hans side et selvstendig ansvarsgrunnlag i forhold til Superject.»¹³⁷

Det er verdt å merke seg at domstolene i disse tilfellene likevel holder vurderingen av om det foreligger brudd på lojalitetsplikten separat fra vurderingen – eller nærmere konstateringen – av ansvarsgrunnlaget.¹³⁸ En naturlig forståelse av dette er at det prinsipielt er mulig at lojalitetsplikten er brutt uten at det foreligger ansvarsgrunnlag, jf. særlig Høyesteretts presisering i Rt. 1990 s. 607. Dette er imidlertid vanskelig å se for seg, ettersom vurderingstemaet for både vurderingen av illojalitet og uaktsomhet er tilnærmet identiske; for begge vurderingene er spørsmålet om arbeidstakeren kan klandres for ikke å ha handlet annerledes. Min oppfatning er derfor at et brudd på lojalitetsplikten i forbindelse med forberedelse til konkurrerende virksomhet innebærer at det foreligger erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag.

4.4.3 Årsakssammenheng og utmåling

Et grunnleggende vilkår for erstatning er at den ansvarsbetingende handlingen har ledet til et økonomisk tap for den påstått skadelidte. Dette vilkåret er tradisjonelt omtalt som et krav om faktisk årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og det økonomiske tap.¹³⁹ For å tilkjennes erstatning må derfor arbeidsgiver påvise at illojaliteten har ledet til et konkret tap,

¹³⁵ Lødrup (2009) s. 131-132.

¹³⁶ Dommen s. 616.

¹³⁷ Tilsvarende formulering i LG-2004-14258.

¹³⁸ Dette er i tråd med betraktningene i punkt 2.3.

¹³⁹ Lødrup (2009) s. 325.

som arbeidsgiver ikke hadde vært utsatt for dersom arbeidstakeren hadde gått frem på en lojal måte.¹⁴⁰

I visse tilfeller er årsakssammenhengen enkel å spore; dersom arbeidsgiver i dommen RG-1989-313 hadde krevd erstatning, er det for eksempel klart at det ville vært årsakssammenheng mellom meglerassistentens fortelser om planene om å forlate virksomheten til fordel for en konkurrerende virksomhet og arbeidsgivers utgifter til kurs og lønnet permisjon for meglerassistenten.¹⁴¹ Det må antas at arbeidsgiver ikke ville påkostet dette dersom de hadde visst om hennes planer om å slutte.

Ofte vil det derimot være vanskelig å bevise at illojaliteten har hatt negative økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver. I LE-2003-26¹⁴² ble for eksempel arbeidsgivers tapte salgssinntekter ansett som en følge av at konkurrenten etablerte seg, ikke som en følge av avdelingslederens fortelser om hvor han og de andre ansatte skulle begynne. Et annet eksempel er LH-2006-33392, hvor lagmannsretten fant at arbeidstakers illojale henvendelse til arbeidsgivers hovedleverandør ikke var grunnen til at leverandøren sa opp forhandlerkontrakten.

Dersom det kan sannsynliggjøres at arbeidsgiver har lidt tap som følge av de illojale forberedelseshandlingene, må tapets omfang fastsettes. Det bærende prinsipp i norsk erstatningsrett er at en har krav på full dekning av sitt tap som følge av den skadevoldende handling, men heller ikke mer.¹⁴³ Utmålingen skal skje på bakgrunn av differansen mellom arbeidsgivers nåværende økonomi, sammenholdt med arbeidsgivers økonomi slik den ville vært om illojaliteten tenkes borte.¹⁴⁴ I LE-2008-40365 ble dette formulert som at «ved erstatningsutmålingen er det differansen mellom det tap Arntsen de facto urettmessig har påført Fovea, og det tap han rettmessig kunne påført Fovea etter 1. februar, som skal erstattes».

¹⁴⁰ Se for eksempel vurderingen i LE-2003-26.

¹⁴¹ Se nærmere om saksforholdet ovenfor i punkt 4.3.2.

¹⁴² Se nærmere om saksforholdet ovenfor i punkt 3.2.3 og 3.2.4.

¹⁴³ Se blant annet Strandberg (2005) s. 16-18 og Hagstrøm/Stenvik (2015) s. 492. Prinsippet forutsettes også i Lov om skadeserstatning (skadeerstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26 § 4-1.

¹⁴⁴ Strandberg (2005) s. 69.

Vurderingen av hvordan arbeidsgivers økonomi ville vært om man tenker den illojale forberedelseshandlingen borte er hypotetisk¹⁴⁵, og en må derfor legge til grunn et alternativt hendelsesforløp som sammenlikningsgrunnlag for det faktiske hendelsesforløpet. Dette gjør det vanskelig og i mange tilfeller umulig å stadfeste den eksakte størrelsen på tapet som har oppstått på grunn av illojaliteten, særlig siden illojaliteten kan gi forskjellige – både kortsiktige og langsiktige – økonomiske utslag. Erstatningsutmålingen må derfor gjøres skjønnsmessig.¹⁴⁶ I Rt. 1990 s. 607¹⁴⁷ legger for eksempel Høyesterett til grunn at arbeidsgiver var påført et tap som følge av illojaliteten, men at utmålingsvurderingen «kompliseres blant annet av at man i utgangspunktet må se bort fra det tap som i alle tilfelle ville ha oppstått ... som følge av at tre nøkkelpersoner sa opp sin stilling». Erstatningen ble fastsatt skjønnsmessig til 600 000 «med utgangspunkt i at Vikings omsetning ble redusert som følge av at selskapet mistet sin eneforhandlerposisjon ... samtidig som [den konkurrerende virksomheten] etter hvert fikk en betydelig omsetning av denne maskin»¹⁴⁸, jf. tvistemålsloven § 192.¹⁴⁹

Skadevolderens skyldgrad vil, på bakgrunn av at erstatningsutmålingen skal baseres på skadelidtes faktiske tap, i utgangspunktet være et utenforliggende hensyn ved erstatningsutmålingen.¹⁵⁰ Hagstrøm fremholder imidlertid at «[r]ettspraksis synes å indikere at grov skyld fra misligholderen kan få betydning for den skjønnsmessige erstatningsutmålingen», med henvisning til en rekke høyesterettsdommer fra 1920- og 1930-tallet.¹⁵¹ Fra nyere rettspraksis kan nevnes LA-2007-98795 hvor arbeidsgiver ble tilkjent erstatning for at en visedirektør hadde drevet i konkurranse med arbeidsgiver i oppsigelsestiden, og blant annet kapret store kunder fra arbeidsgiver. Lagmannsretten uttalte at «bl.a. handlingens grovhet og As ledende stilling» var sentrale momenter ved erstatningsutmålingen.¹⁵²

¹⁴⁵ Denne vurderingen er i teorien blitt beskrevet som *kontrafaktisk*, se for eksempel Lødrup (2009) s. 465 og Strandberg (2005) s. 13.

¹⁴⁶ Hagstrøm (2011) s. 557.

¹⁴⁷ Dommen er gjennomgått ovenfor i blant annet punkt 3.2.6.

¹⁴⁸ Dommen s. 617.

¹⁴⁹ Tilsvarende i blant annet LG-2004-14258 og LA-2006-71768. I dommene er den nå opphevede lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6 § 192 brukt som hjemmel for skjønnsmessig erstatningsutmåling. Bestemmelsen er ikke videreført, men det kan ikke være tvil om at erstatningsutmålingen må gjøres skjønnsmessig også nå, jf. bl.a. LB-2013-179800.

¹⁵⁰ Strandberg (2005) s. 118.

¹⁵¹ Hagstrøm (2011) s. 557.

¹⁵² Se også TOSLO-2004-78614 hvor tingretten legger «stor vekt» på tilsvarende momenter.

De eldre høyesterettsdommene Hagstrøm viser til kan vanskelig tilsi at en generelt kan vektlegge skyldgrad ved den skjønsmessige erstatningsutmålingen. Som Strandberg fremhever, har prinsippet om full erstatning tilsidesatt den tidligere læren om forholdsmessighet mellom skyld, ansvar og erstatning utmålt etter en normativ helhetsvurdering.¹⁵³ Jeg våger meg derfor til å si at det er en feilslutning at skyldgraden skal kunne påvirke erstatningsutmålingen direkte, da dette i prinsippet innebærer at man tilkjenner erstatning for ikke-økonomisk tap.

På tross av dette er ikke skyldgraden nødvendigvis irrelevant ved erstatningsutmålingen. Det alminnelige beviskravet i norsk rett er sannsynlighetsovervekt, og det er saksøker som i utgangspunktet har tvilsrisikoen for om et påstått faktum er tilstrekkelig sannsynliggjort.¹⁵⁴ I relasjon til erstatningsutmåling er det derfor skadelidte som må bære risikoen for tvil om det økonomiske tapets størrelse.¹⁵⁵ Plassering av tvilsrisikoen vil kunne gi konkrete utslag for erstatningsutmålingen i tilfeller der retten for eksempel finner at tapet ligger i størrelsesordenen 500 000 til 750 000 kroner, hvor begge ytterpunktene fremstår like sannsynlige. Legges den alminnelige regelen om tvilsrisiko til grunn, er det arbeidsgiver som saksøker som må ta følgene av rettens tvil, slik at de kun tilkjennes 500 000 kroner. Ved en omvendt plassering av tvilsrisikoen – slik at tvilsrisikoen ligger hos arbeidstaker – vil arbeidsgiver tilkjennes 750 000 kroner. I et slikt tilfelle er det arbeidstakeren som må ta konsekvensene av at han ikke har klart å sannsynliggjøre et lavere tap. Spørsmålet er derfor om det finnes rettslig grunnlag for å snu tvilsrisikoen i de tilfeller arbeidstaker har handlet grovt illojalt.

Det fremstår umiddelbart som en rimelig løsning at arbeidstaker bærer tvilsrisikoen for det økonomiske tapet arbeidsgiver har lidt når hans handlinger er grovt klanderverdige. Det er arbeidstakers skyld at erstatningssaken har oppstått, og det virker da galt å legge til grunn den erstatningsberegningen som i størst grad begunstiger arbeidstaker. I LH-2009-62599 tok lagmannsretten i den skjønsmessige vurderingen i «betraktning at de erstatningsansvarlige har opptrådt sterkt klanderverdig slik at bevisbyrden snus.» Lagmannsretten viste imidlertid også til Hagstrøm sine uttalelser om at skyldgrad kan vektlegges som et selvstendig moment i erstatningsutmålingen. Hvorvidt lagmannsretten da bygget på skyldgraden som et selvstendig

¹⁵³ Strandberg (2005) s. 20.

¹⁵⁴ Se Rt. 1992 s. 64, Strandberg (2005) s. 83-84 og Lødrup (2009) s. 356.

¹⁵⁵ Strandberg (2005) s. 115-118.

moment ved erstatningsutmålingen, eller om retten ga arbeidstakeren tvilsrisikoen på grunn av den grove illojaliteten, er derfor usikkert.

Strandberg er av den oppfatning at erstatningsutmålingen i hovedsak er et bevisspørsmål, og at tvilsrisikoen ikke bør snus i tilfeller hvor arbeidstaker har utvist grov skyld. Han begrunner standpunktet med at vi har forlatt tanken om at skyldgraden er relevant for erstatningsutmålingen.¹⁵⁶ Standpunktet er logisk i den grad en mener at man ved å snu tvilsrisikoen tilslører at man egentlig gir skyldgraden selvstendig vekt ved erstatningsutmålingen. Etter min mening er imidlertid ikke dette tilfellet. Om en lar tvilen gå utover arbeidstaker er det fortsatt tapets mest sannsynlige størrelse som er det eneste bevistema ved utmålingsvurderingen. Grunnen til at erstatningen i enkelte tilfelle vil kunne bli høyere enn om en opererte med den alminnelige regelen om plassering av tvilsrisiko, er fordi arbeidstaker ikke har klart å sannsynliggjøre et lavere tap.

Rt. 2001 s. 1253 gir støtte for at en kan la tvil om tapets størrelse gå utover skadevolder ved sterk klanderverdig opptreden.¹⁵⁷ I dommen fikk en arbeidstaker som det var saklig grunn til å si opp, men som uberettiget var avskjediget, erstatning for det økonomiske tapet avskjeden hadde ført til. Det fremgår implisitt av dommen at arbeidsgiveren måtte pålegges tvilsrisikoen for arbeidstakers tap, på bakgrunn av arbeidsgivers sterkt kritikkverdige opptreden. Saken gjelder et annet tema enn erstatning for illojalitet, men har overføringsverdi fordi den illustrerer hvilke hensyn domstolene generelt vektlegger i spørsmål om erstatningsutmåling.

Jeg er derfor av den oppfatning at arbeidstaker kan pålegges tvilsrisikoen når hans forberedelseshandlinger er grovt illojale. Konklusjonen fremstår imidlertid usikker, og jeg antar av den grunn at det kun vil være aktuelt å snu tvilsrisikoen i tilfeller vilkårene for avskjed ellers ville vært oppfylt.¹⁵⁸

4.5 Erstatningskrav mot den konkurrerende virksomhet

Siden personlig ansvar for arbeidstaker gir usikre dekningsutsikter, kan arbeidsgiver ha et ønske om og behov for å trekke den konkurrerende virksomheten inn som part i

¹⁵⁶ Strandberg (2005) s. 118.

¹⁵⁷ I Skoghøy (2014) s. 883 legges tilsvarende forståelse av dommen til grunn. Se også Rognstad/Stenvik (2002) s. 536-537.

¹⁵⁸ Se ovenfor i punkt 4.3 om avskjed for illojale forberedelser.

erstatningskonflikten. Det vil ofte være nær sammenheng mellom arbeidstakeren og den konkurrerende virksomhet, slik at det er naturlig å identifisere arbeidstakers handlinger med den konkurrerende virksomheten.¹⁵⁹ Lojalitetsplikten gjelder imidlertid kun overfor arbeidstakere og kan ikke i seg selv utgjøre ansvarsgrunnlag for erstatning mot den konkurrerende virksomheten.

I Rt. 1990 s. 607 har Høyesterett slått fast at den konkurrerende virksomheten kan bli solidarisk ansvarlig med arbeidstaker på bakgrunn av regelen i daværende markedsføringslov¹⁶⁰ § 1 om forbud mot handlinger i strid mot «god forretningsskikk».¹⁶¹ I dommen konstaterer Høyesterett ansvar ettersom den konkurrerende virksomheten hadde «utnyttet en konkurransefordel som skyldtes illojal opptreden overfor arbeidsgiver fra selskapets majoritetsaksjonærer»,¹⁶² noe den tredje aksjonæren også kjente til. Forholdet mellom arbeidstakerne og den konkurrerende virksomheten var her så nær at virksomheten måtte identifiseres med arbeidstakernes illojalitet, og virksomheten ble derfor solidarisk ansvarlig for det økonomiske tapet.

Når arbeidstaker starter opp en konkurrerende virksomhet, er forbindelsen mellom arbeidstaker og den konkurrerende virksomheten sterk, og det vil i de fleste tilfeller være nærliggende at den konkurrerende virksomheten er ansvarlig på linje med arbeidstakeren. I disse tilfellene er arbeidstakeren gjerne en del av ledelsen, og grensen mellom arbeidstakeren og virksomheten er flytende, slik tilfellet var i Rt. 1990 s. 607. Dette støttes av LG-2004-14258, hvor lagmannsretten etter å ha konstatert at arbeidstakerne handlet illojalt, stadfestet at den nystartede konkurrerende virksomheten «i strid med markedsføringsloven §1 har utnyttet en konkurransefordel som skyldes illojal opptredes fra [arbeidstakernes] side overfor [arbeidsgiver]», uten videre drøftelse. Det må antas at arbeidstakernes nære tilknytning til selskapet gjennom store eierandeler lå til grunn for dette.

Når arbeidstaker foretar erstatningsbetingende forberedelseshandlinger i forbindelse med overgang til en konkurrerende virksomhet, er imidlertid koblingen mellom arbeidstaker og virksomheten svakere enn i det ovennevnte tilfellet. Det er ikke nødvendigvis slik at noen hos den konkurrerende virksomheten vet om arbeidstakers forberedelseshandlinger, eller har

¹⁵⁹ Se Lunde (2001) s. 360.

¹⁶⁰ Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16. juni 1972 nr. 47.

¹⁶¹ Regelen er videreført med samme formulering i markedsføringsloven av 2009 § 25, og vil på samme måte fungere som hjemmel, jf. Skjønberg/Hognestad (2014) s. 214.

¹⁶² Dommen s. 616. Min kursivering.

oppmuntret arbeidstaker til å gjennomføre slike. En kan da vanskelig si at virksomheten har «utnyttet»¹⁶³ arbeidstakers illojale handlinger. Dette underbygges av LE-2003-26 hvor også den konkurrerende virksomheten arbeidstaker skulle starte i var saksøkt. I vurderingen av om denne kunne holdes erstatningsansvarlig uttaler Lagmannsretten:

«Det er ikke hevdet at Momentum var kjent med Arvid Andersens deltakelse på FAG-messen. Hans deltakelse kan derfor ikke anses som et illojalt forhold som Momentum på noe måte har utnyttet og som skulle gjøre selskapet erstatningspliktig.

Når det gjelder Arvid Andersens nektelse av å oppgi hvor han skulle begynne å arbeide, er det heller ikke opplyst noe konkret som tilsier at dette var initiert av Momentum.»

Det sentrale må derfor være om noen i den konkurrerende virksomheten visste om den illojale atferden uten å forsøke å forhindre den, eller har oppmuntret til den. Først da er det naturlig at virksomheten anses for å ha handlet i strid med «god forretningsskikk».¹⁶⁴

Arbeidsgiveransvaret etter skadeerstatningsloven § 2-1 vil også kunne fungere som ansvarshjemmel ved siden av markedsføringsloven § 25 i disse tilfellene¹⁶⁵, men denne blir sjelden anvendt direkte av domstolene.

4.6 Regulering av lojalitetsplikten i arbeidsavtalen

Lojalitetsplikten er en ulovfestet pliktnorm som gjelder uavhengig av om den er avtalefestet eller ikke. Ettersom lojalitetsplikten grenser trekkes etter en konkret avveining mellom hensynet til arbeidsgiver og arbeidstaker, kan arbeidsgiver neppe oppnå å utvide lojalitetsplikten rekkevidde ved å innta et eget punkt i arbeidsavtalen som går utover det som allerede følger av den ulovfestede lojalitetsplikten. Det kan derfor synes overflødig å innta en regulering av lojalitetsplikten i arbeidsavtalen.

Jussen er i dag omfattende og kompleks, og det må antas at arbeidstakere generelt ikke har fullstendig oversikt over lojalitetsplikten grenser og hvilke forberedelseshandlinger de kan foreta seg før fratredelse, om de i det hele tatt er klar over at det gjelder en lojalitetsplikt. Et eget punkt om lojalitetsplikt i arbeidsavtalen vil derfor kunne bidra til å skape en bevissthet hos arbeidstakerne, som igjen vil kunne lede til at flere avstår fra illojalitet. Det finnes

¹⁶³ Formuleringen er hentet fra Rt. 1990 s. 607 på s. 616, sitert ovenfor.

¹⁶⁴ Jf. markedsføringsloven § 25.

¹⁶⁵ Lunde (2001) s. 360.

selvfølgelig flere måter for arbeidsgivere å gjøre de ansatte klar over dette på, for eksempel gjennom å innta en beskrivelse i personalhåndboken, foreta muntlige redegjørelser osv. Å gjøre dette gjennom arbeidsavtalen har derimot den fordel at arbeidstaker ikke kan unngå å få med seg informasjonen. En regulering i arbeidsavtalen om lojalitetsplikten rekkevidde og konsekvenser av overtredelse kan derfor ha en viktig praktisk og preventiv funksjon for arbeidsgiver.

Ettersom det i mange tilfeller er vanskelig for arbeidsgiver å bevise at illojaliteten har ført til et konkret tap, kan det være nyttig å innta en bestemmelse om konvensjonalbot for overtredelse av lojalitetsplikten i arbeidsavtalen. Dette vil både kunne virke avskrekkende mot lojalitetspliktbrudd og bøte på problemet med å dokumentere økonomisk tap.¹⁶⁶

Muligheten til å inngå avtale om konvensjonalbot er ikke spesifikt lovregulert. Det kan imidlertid ikke være tvil om at avtaleloven § 36 setter grenser for hvor omfattende bot som kan avtales for brudd på en lojalitetsklausul, slik det er alminnelig antatt for bestemmelser om konvensjonalbot for brudd på konkurranseklausuler.¹⁶⁷ Etter bestemmelsen kan en avtale helt eller delvis settes til side dersom det vil «virke urimelig» å gjøre den gjeldende. Det må her foretas en konkret vurdering av om det vil være urimelig å opprettholde konvensjonalboten. Sentrale momenter er illojalitetens grovhet, botens størrelse og konsekvensene for arbeidstaker av å opprettholde den. Jeg antar at konvensjonalbot er mest aktuelt for ledende ansatte og overfor ansatte som har mulighet til å påføre arbeidsgiver særlig store konsekvenser ved illojale forberedelser. På bakgrunn av avhandlingens omfang lar det seg ikke gjøre å utforske i dybden hvilke begrensninger avtaleloven § 36 setter for adgangen til å avtale konvensjonalbot.

4.7 Avsluttende betraktninger om reaksjonsbildet

Som vi har sett kan illojal forberedelse til konkurrerende virksomhet få alvorlige følger for arbeidstaker. Å miste arbeidet og således forsørgelsesgrunnlaget, samt risikere å måtte erstatte arbeidsgivers økonomiske tap, er noe som vil være følbart for enhver privatperson.

For arbeidsgiver kan det derimot synes som at reaksjonene ikke reelt veier opp for ulempene de blir utsatt for når deres arbeidstakere foretar illojale forberedelseshandlinger til

¹⁶⁶ Bergeius (2005) s. 49.

¹⁶⁷ Se blant annet Bergeius (2005) s. 49, Monsen (2006) s. 159 og Prop.85 L (2014-2015) s. 11.

konkurrerende virksomhet.¹⁶⁸ Noe summarisk og overfladisk kan en si at de arbeidsrettslige sanksjonene – oppsigelse og avskjed – er upraktiske i tilfellene som treffer i oppgavens kjerne, og at erstatningen ofte settes vesentlig lavere enn det arbeidsgiver føler de har tapt på de illojale handlingene grunnet vanskeligheter med å bevise tapets omfang.¹⁶⁹ Dersom de tenkelige reaksjonene ikke speiler den gevinst arbeidstaker får ved å opptre illojalt, svikter reaksjonene både i deres preventive og reparative funksjon. Analysen av rettspraksis som er gjort i forbindelse med avhandlingen kan tyde på at arbeidstaker litt enkelt sagt «slipper billig unna» dersom det først kan bevises at han har opptrådt illojalt. Spørsmålet er om det finnes alternative reaksjonsformer som kan bøte på disse problemene.

Erik Monsen argumenterer for at vinningsavståelseskrav¹⁷⁰ kan fungere som et alternativ til erstatningskrav ved overtredelse av konkurransebegrensningsavtaler, primært basert på reparasjon- og prevensjonsbetraktninger.¹⁷¹ Konklusjonene hans fremstår imidlertid på bakgrunn av det spede rettskildematerialet som usikre, og argumentasjonen hans er ikke på alle punkter overførbar til spørsmålet om en kan tilkjennes vinningsavståelseskrav for illojale forberedelseshandlinger.¹⁷² Jeg antar derfor at det ikke finnes rettslig grunnlag for å tilkjenne vinningsavståelseskrav for illojale forberedelseshandlinger.¹⁷³ Vinningsavståelseskrav byr videre på de samme utfordringene knyttet til utmåling som erstatningskrav, ettersom vurderingen av hvilken fortjeneste arbeidstakeren har hatt på de illojale handlingene nødvendigvis vil måtte bli like skjønnsmessig og usikker som erstatningsutmålingen.¹⁷⁴ Det er ikke hensiktsmessig å åpne for en alternativ monetær reaksjon som leder til mer omfattende utmålingsproblemer. Jeg er derfor av den oppfatning at et vinningsavståelsesperspektiv ikke supplerer sanksjonsbildet nevneverdig ved illojale forberedelser til konkurrerende virksomhet.

Det finnes ingen alminnelig hjemmel for oppreisningserstatning i norsk erstatningsrett utover de særlige lovbestemmelser om erstatning for skade på person eller for ærekrenkelser, og i

¹⁶⁸ Nazarian (2007) s. 348.

¹⁶⁹ Dette er en alminnelig betraktning blant teoretikere om erstatning for krenkelser av immaterialrettigheter, jf. Rogstad/Stenvik (2002) s. 511-512 og Monsen (2006) s. 159-162. Se også Poulsen (1991) s. 191 som fremholder det samme om dansk rett for erstatning for brudd på lojalitetsplikten.

¹⁷⁰ Vinningsavståelseskrav er et krav basert på skadevolderens fortjeneste på den urettmessige handlingen, fremfor erstatningskrav som baseres på lidt tap, jf. Monsen (2006) s. 162.

¹⁷¹ I Monsen (2006).

¹⁷² Det har ikke blitt tilkjent vinningsavståelseskrav for illojale forberedelser til konkurrerende virksomhet i rettspraksis.

¹⁷³ På bakgrunn av avhandlingens begrensede omfang vil jeg ikke kunne drøfte dette spørsmålet i dybden.

¹⁷⁴ Bevistemaet er imidlertid et helt annet for slike krav, idet det sentrale spørsmålet er hva arbeidstaker har tjent på de urettmessige handlingene, ikke hva arbeidsgiver har tapt.

enkelte andre lovbestemte tilfeller.¹⁷⁵ Å åpne for oppreisning ved siden av erstatningskrav fremstår imidlertid umiddelbart som en løsning som vil kunne bøte på urimeligheten i saker hvor påvist tap står i misforhold til både skyldgrad og arbeidstakers fortjeneste på den urettmessige opptreden. Som Nazarian fremholder kan det imidlertid stilles spørsmål ved om oppreisning er hensiktsmessig ut fra reparasjons- og prevensjonsbetraktninger, i lys av de prinsipper norsk erstatningsrett i dag bygger på.¹⁷⁶ Anerkjennes oppreisningserstatning utenfor de lovbestemte tilfellene, vil en raskt bevege seg bort fra erstatningsrettens kjerne om et vern for beviselig tap, og nærme seg en rimelighetsbasert erstatningsutmåling. Dette er for det første betenkelig ettersom erstatningsutmålingen vil kunne bli svært lite forutsigelig. For det andre er dette en rettsstilstand vi har tatt et bevisst steg bort fra i norsk rett.¹⁷⁷

Det er på denne bakgrunn verken mulig eller ønskelig med andre monetære reaksjoner mot illojale forberedelseshandlinger enn erstatning for lidt tap.¹⁷⁸ Dette må arbeidsgivere ta konsekvensen av, både ved å sørge for å holde arbeidstakerne orientert om lojalitetspliktens rekkevidde og konsekvenser ved pliktbrudd, samt ved å prioritere bevisføring og argumentasjon knyttet til erstatningsutmålingen dersom saker om lojalitetspliktbrudd når rettssystemet. Uten et slikt fokus er det lite sannsynlig å vinne frem med et erstatningskrav en kan si seg fornøyd med.

¹⁷⁵ Se Rt. 1997 s. 1506 på side 1517.

¹⁷⁶ Nazarian (2007) s. 58-60.

¹⁷⁷ Strandberg (2005) s. 118.

¹⁷⁸ Med unntak av muligheten for avtalte konvensjonalbøter, jf. ovenfor i punkt 4.6.

5 Kilderegister

5.1 Lovregister

Grunnloven (Grl.)	Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.
Twistemålsloven	Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6.
Avtaleloven	Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4.
Skadeserstatningsloven	Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr. 26.
Markedsføringsloven (1972)	Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16. juni 1972 nr. 47.
Menneskerettsloven	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30.
Forbrukerkjøpsloven	Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002.
Straffeloven 2005	Lov om straff (straffeloven) av 5. mai 2005 nr. 28.
Arbeidsmiljøloven (aml.)	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62.
Twisteloven	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90.
Markedsføringsloven (mfl.)	Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 9. januar 2009 nr. 2.

5.2 Forarbeider

Ot. prp. nr. 63 (1917)	Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer
------------------------	--

Ot. prp. nr. 41 (1975-1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Ot. prp. nr. 49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Prop. 85. L (2014-2015) s. 11	Endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurranseregulerende avtaler i arbeidsforhold)

5.3 Domsregister

5.3.1 Høyesterettsdommer

Rt. 1918 s. 575

Rt. 1960 s. 371

Rt. 1988 s. 1188

Rt. 1990 s. 607

Rt. 1992 s. 64

Rt. 1993 s. 300

Rt. 1996 s. 1401

Rt. 1997 s. 1506

Rt. 2001 s. 1253

Rt. 2005 s. 518

Rt. 2009 s. 685

5.3.2 Lagmannsrettsdommer

RG-1989-313

RG-1995-887

RG-1999-427

LE-2003-26

LG-2004-14258

LB-2005-96635

LA-2006-71768

LH-2006-33392

LB-2007-64453

LA-2007-98795

LB-2007-137797

LE-2008-40365

LF-2010-73325

LB-2012-28693

LB-2013-179800

5.3.3 Rettspraksis fra lavere instanser

NAD-1987-269

NAD-1987-282

NAD-1988-365

TOSLO-2004-78614

TKISA-2008-118969

5.4 Litteraturliste

- Allstrin m.fl. (2008) Allstrin, Tor, Brandshaug Dale, Gry og Østensvig, Jon *Endring og opphør av arbeidsforhold*, Oslo, 2008.
- Andersen (1967) Andersen, Kristen *Fra arbeidslivets rett*, Oslo, 1967.
- Bergeius (2005) Bergeius, Kari Andersen *Forbud mot konkurranse når en medarbeider fratrer*, I: Advokatbladet nr. 3 2005 s. 42-49.
- Borch/Fougner (2000) Borch, Alex og Fougner, Jan *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, I: Lov og Rett 2000 s. 67-100.
- Dege (1997) Dege, Jan Tormod *Arbeidsgivers styringsrett. Bind III: oppsigelse og avskjed. Den spesielle del*, Oslo, 1997.
- Dege (2009) Dege, Jan Tormod *Den individuelle arbeidsrett del II*, Oslo, 2009.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2001.
- Fanebust (2013) Fanebust, Arne *Innføring i arbeidsrett*, 3. utgave, Bergen, 2013.
- Fougner (1999) Fougner, Jan *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*, Oslo, 1999.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo, 2009.
- Hagstrøm/Stenvik (2015) Hagstrøm, Viggo og Stenvik, Are *Erstatningsrett*, Oslo, 2015.
- Jakhelln (2006) Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo, 2006.
- Lunde (2001) Lunde, Tore *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen, 2001.

- Lødrup (2009) Lødrup, Peter *Lærebok i erstatningsrett*, 6. utgave med bistand fra Morten Kjelland, Oslo, 2009.
- Monsen (2006) Monsen, Erik *Vinningsavståelseskrav – et alternativ til erstatningskrav ved overtredelse av konkurransebegrensningsavtale? I: Tidsskrift for forretningsjuss* 2005 s. 157-176.
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo, 2007.
- Nordtveit (1992) Nordtveit, Ernst *Oppdragssamarbeid: joint ventures i oppdragsindustri, entreprenørverksemd og forskning og utvikling*, Bergen, 1992.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen, 2004.
- Nygaard (2007) Nygaard, Nils *Skade og ansvar*, 6. utgåve, Bergen, 2007.
- Poulsen (1991) Poulsen, Sunde Troels *Loyalitetspligt & ervervsforbud*, Charlottenlund, 1991.
- Rognstad/Stenvik (2002) Rognstad, Ole-Andreas og Stenvik, Are *Hva er immaterialretten verd? I Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup*, 2002, 511-548.
- Skjønberg/Hognestad (2014) Skjønberg, Alexander Næss og Hognestad, Eirik *Individuell arbeidsrett*, Oslo, 2014.
- Skoghøy (1996) Skoghøy, Jens Edvin A. *Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk*, I: Lov og Rett 1996 s. 209-210.
- Skoghøy (2014) Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*, 2. utgave, Oslo, 2014
- Storeng m.fl. (2014) Storeng, Nils H., Beck, Tom H. og Due Lund, Arve *Arbeidslivets spilleregler*, 3. utgave, Oslo, 2014.

Strandberg (2005)

Strandberg, Magne *Skadelidtes hypotetiske inntekt – om erstatningsutmåling og bevis*, Bergen, 2005.