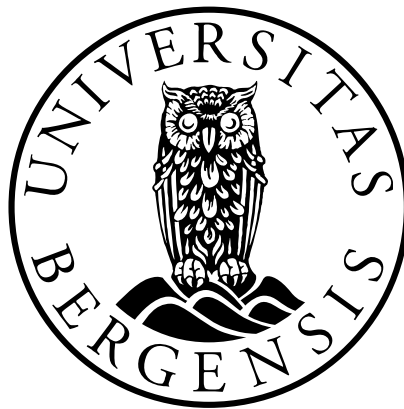


Adgang til å inngå bindingsavtaler i arbeidsforhold og rammene rundt

Kandidatnummer: 168

Antall ord: 14960



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2015

Innholdsfortegnelse

.....	1
1 Innledning og avklaringer	3
1.1 Tema.....	3
1.2 Bindingsavtaler - Begrepsavklaring og eksemplifisering	4
1.3 Avgrensning	6
2 Avtaler om bindingstid.....	8
2.1 Adgang til å inngå bindingsavtaler.....	8
2.2 Generelt om bindingsavtaler og gyldighet	9
2.3 Hensyn som taler for bindingsavtaler.....	10
2.4 Arbeidsmiljølovens forhold til bindingsavtaler.....	11
2.5 Er bindingsavtaler til gunst for arbeidstaker jf. arbeidsmiljøloven § 1-9?.....	13
2.5.1 Den enkelte avtale, eller bindingsavtaler generelt?.....	13
2.5.2 Rettspraksis - en avklaring?	14
2.6 En generell adgang	16
2.7 Gjeldende rett	16
3 Rammene for bindingstid	18
3.1 Om rammene	18
3.2 EMK og Grunnloven.....	18
3.3 Avtaleloven § 36	19
3.3.1 Om § 36.....	20
3.3.2 Moment som særlig gjør seg gjeldende ved overprøving av bindingsavtaler.....	21
3.3.3 Bindingstidens lengde	22
3.3.4 Partenes stilling	24
3.3.5 Forutberegnelighet.....	27
3.3.6 Behov begrunnet i forhold på virksomhetssiden.....	28
3.3.7 Balanse	29
3.3.8 Konsekvenser ved avtalebrudd.....	31
3.3.9 Avtaleloven § 36 åpner for lemping og ugyldighet.....	33
4 Avslutning	35
4.1 Oppsummering	35
4.2 Kildeliste	36

1 Innledning og avklaringer

1.1 Tema

Tema for denne avhandlingen er adgangen til å inngå bindingsavtaler i arbeidsforhold hvor arbeidsgiver har ytt goder som motytelse til bindingstid og rammene for slike bindingsavtaler, med grunnlag i avtalefrihet, arbeidsmiljøloven¹, forbudet mot tvangsarbeid som finnes i Grunnloven² § 93 og EMK³ Art. 4, og urimelighetsskranken som oppstilles i avtaleloven⁴ § 36.

Oppgaven har to tema. For det første vil det ses nærmere på adgangen til å inngå bindingsavtaler. Videre blir temaet skrankene, og således rammene, for slike avtaler.

Oppgaven har sitt kjerneområde innenfor arbeidsretten, herunder lojalitetsplikt i arbeidsforhold, men har også sider til avtaleretten, menneskerettighetene og Grunnloven.

Bindingstid i arbeidsforhold omtales gjerne som bindingsavtaler. Termene ”bindingsavtaler” og ”bindingstid” er ikke legaldefinerte, og er heller ikke gitt noen fast definisjon i juridisk teori. En mulig definisjonen er omtalen av begrepet i LG-2007-173158. Der omtales bindingstid som en ”Rett og plikt for arbeidstaker til å stå i stillingen i en fastsatt tidsperiode som arbeidstaker og arbeidsgiver har avtalt på forhånd og som overstiger den oppsigelsestiden som følger av arbeidsmiljøloven”. Ved at bindingstid ”overstiger den oppsigelsestiden som følger av arbeidsmiljøloven” søkes det å skille mellom de minimumsgrenser for oppsigelsestid lovgiver har regulert i loven, og det som avtales utover dette. Termene er en beskrivelse av det samme. Bindingstid eller en bindingsavtale er, som jeg skal komme tilbake til, en avtale om at arbeidsforholdet skal bestå et avtalt tidsrom.⁵

Temaet er interessant, da bindingstid og rammen for bindingstid ikke er regulert i lov utover den lovbestemte oppsigelsestid i arbeidsmiljøloven. Det har tidligere vært uklart om det er adgang til å inngå denne typen avtaler, og det er videre uklart hvilke skranker det er for slike avtaler.

I dag regnes det som sikkert at det er adgang til å inngå bindingsavtaler i Norge. Dette ble slått fast av Høyesterett i 2006.⁶ Høyesteretts avklaring om adgangen har ikke blitt kritisert, og det har heller ikke vært et tema å endre adgangen ved lov i ettertid. Også før avklaringen i Høyesterett, var adgang til å inngå bindingsavtaler den utbedte oppfatning i underrettspraksis

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

² Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

³ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) vedlegg 2.

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

⁵ Se punkt 1.2 for nærmere redegjørelse av begrepene.

⁶ Rt. 2006 s. 420, Poppedommen.

og teori. Bakgrunnen har i stor grad vært at vi i norsk rett har avtalefrihet, hvilket innebærer en frihet til å binde seg selv i de avtaler man ønsker, så lenge det ikke strider mot preseptorisk lov. I kraft av den private autonomi er tanken at man har frihet til å avtale bindingstid utover oppsigelsestiden fastsatt i lov.

Adgangen, er som vi kommer tilbake til, imidlertid ikke absolutt. En skranke for avtalefriheten finner vi i EMK Art. 4 som slår fast forbudet mot tvangsarbeid, nå også tatt inn i Grunnloven § 93 og dermed gitt en mer sentral betydning. En ytterligere skranke finnes i arbeidsmiljøloven § 1-9 da arbeidsmiljøloven, herunder oppsigelsestiden, bare kan fravikes til gunst for arbeidstaker. Videre er det en skranke i avtaleloven § 36 der avtaler kan settes til side som urimelige. Det er skrankene sett sammen som danner rammene rundt bindingstid. De består av relativt ulike regelsett og det kan være vanskelig å se sammenhengen.

Høyesterettsdommen av 2006 tar for seg adgangen til å avtale binding utover arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler opp mot skranken som ligger i avtaleloven § 36 ”urimelig”. Men saksforholdet er spesielt. Det er etter dommen fortsatt spørsmål knyttet til både adgangen til inngåelse samt rammene for bindingsavtaler. Grunnet det spesielle saksforholdet, er det også spørsmål knyttet til dommens overføringsverdi ved overprøving av andre bindingsavtaler.

Dommen går heller ikke inn på alle skranker som utgjør rammene. Den fremhever rimelighetsskranken i § 36 som den klareste skranken for adgangen til å inngå bindingsavtaler, men ”urimelig” er en rettslig standard det på området for bindingsavtaler kan være uklart hva omfatter, og Høyesterett benyttet ikke anledningen til å sette opp generelle retningslinjer for overprøving av bindingsavtaler.

For arbeidsgiver kan det på bakgrunn av manglende holdepunkter i lov og sparsommelig praksis være uklart hvilken adgang det er til å avtale binding og hva som er skrankene for bindingsavtaler. Det er således vanskelig for arbeidsgiver å vite hvordan han kan trygge sine investeringer uten at de bli satt til side. Fra et arbeidstakerstandpunkt kan det fremstå som uklart hvilken adgang man har til å fri seg fra denne typen bindingsavtaler som fremstår som urimelig tyngende i etterkant. Det er således et behov for en avklaring.

Til tross for uavklarte rettsspørsmål knyttet til bindingsavtaler, finnes det lite praksis som retter seg mot denne typen problemstillinger. Dette gjør ikke problemstillingene mindre aktuelle. Grunnen til manglende rettspraksis kan tenkes å være at arbeidstakere ikke ser seg syn med å møte en sterk motpart i en søksmålssituasjon. Videre ønsker gjerne arbeidstaker å ha et godt forhold til arbeidsgiver der han må fortsette i arbeidsforholdet i henhold til kontrakten. Konsekvenser og risikofaktorer er høye. Det er vanskelig å forstå reglenes samspill og dermed vanskelig å forutse sin rettsstilling i en konflikt. Dette gir en høy terskel for å gå til sak.

1.2 Bindingsavtaler - Begrepsavklaring og eksemplifisering

Arbeidsgiver-, virksomhets- og arbeidstakerbegrepet følger vanlig arbeidsrettslig definisjon.⁷

Før jeg kommer til kjernen i oppgaven, er det nødvendig å se nærmere på begrepene bindingstid og bindingsavtaler og hva som ligger i disse.

Med *bindingstid* må man i alminnelighet forstå en forpliktelse innen et avgrenset tidsrom. Her er konteksten bindingstid i arbeidsforhold og dermed arbeidsplikt i et avgrenset tidsrom. Men bindingstid innebærer også, slik fremhevet i den tidligere nevnte dommen fra Gulating lagmannsrett, en rett til å stå i stillingen den fastsatte tidsperioden. Tidsperioden avtales av partene i forkant.

Bindingsavtaler henviser således til arbeidsavtaler med avtalt *bindingstid*, og dermed arbeidsavtaler som gjør unntak fra utgangspunktet om fri oppsigelsesadgang, slik det indirekte følger av arbeidsmiljøloven, utenfor oppsigelsestiden. Bindingstid vil på denne bakgrunn noe upresist kunne beskrives som en forlengelse av oppsigelsestiden etter arbeidsmiljøloven.

Bindingstid og oppsigelsestid er til forveksling like, i den forstand at begge innebærer en arbeidsplikt i et avgrenset tidsrom. Da den lengste oppsigelsestid som følger av lov er seks måneder,⁸ er det naturlig å gå over fra å snakke om oppsigelsestid til bindingstid, der oppsigelsestiden passerer 6 måneder.⁹

Bindingsavtaler kan være interessant for partene i en rekke situasjoner. Henning Jakhelln bruker en tredeling for å skille ulike typesituasjoner, hvor bindingsavtaler inngås i tre hovedgrupper: virksomhetsoverdragelse, generasjonsskifte og plikttjeneste.¹⁰ Det vil gis en kort introduksjon av denne tredelingen for å få en bedre forståelse for hva som ligger i begrepet bindingsavtaler, men også for at typesituasjonene kan være nyttige å ha med seg som bakgrunn til den videre gjennomgangen i oppgaven. Spesielt når vi skal se på rammene for bindingstid, da ulike typesituasjoner kan påvirke hvilke hensyn som må vektlegges og med hvilken vekt de rettslige faktorene og momentene gjør seg gjeldende i den konkrete vurdering av en bindingsavtale. Det vil imidlertid også kort sees på svakheter ved Jakhellns tredeling til dette formålet.

I forbindelse med virksomhetsoverdragelse er det gjerne av stor betydning for overtager at eventuelle nøkkelpersoner eller andre kompetansepersoner følger med virksomheten og knytter seg til denne i et tidsrom etter overdragelsen. Dette kan også bli avgjørende for pris. Mye av verdien av en virksomhet ligger nettopp i den kompetansen virksomheten sitter på, og kompetansen er videre nært tilknyttet arbeidstakerne. Det er ikke uvanlig med bindingsavtaler i forbindelse med slik overdragelse.

⁷ Det avgrenses mot en ytterligere problematisering av begrepene, da dette ikke er spørsmål som kommer på spissen etter oppgavens tema. Det kan leses mer om begrepene i Jan Fougner mfl, *Arbeidsmiljølovens kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2013, 2. utgave, side 32 flg.

⁸ Se arbeidsmiljøloven § 15-3, tredje ledd, første punktum.

⁹ Se også Camilla Schøyen Breibøl i artikkelen "Er det fritt frem for bindingstid i arbeidsforhold? En kommentar til Høyesteretts dom av 7. april 2006", i *Tidsskrift for arbeidsrett* vol. 4 nr. 3 2007 (side 187-204) på side 190-191: "En lengre oppsigelsestid vil trolig måtte betraktes som en form for bindingstid".

¹⁰ Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, Damm 2006, 4. utgave, side 531.

Ved generasjonsskifte i virksomheten går arbeidsoppgavene over på ny ansatt. Også i denne typen tilfeller kan det være behov for å beholde kompetanse i bedriften. Dette søkes gjerne løst ved å avtale bindingstid, slik at kompetansen blir i bedriften for en avtalt tidsperiode, og kan videreføres til den overtagende generasjon ved at den avtroppende bidrar i opplæringsfasen.

De typetilfelle der det er avtalt bindingstid i arbeidsforhold der arbeidsgiver helt eller delvis har betalt for utdanning, opplæring, gitt stipend, betalt bosted, eller ytt lignende goder i forbindelse med utdannelsen eller opplæringen av arbeidstaker omtales som plikttjeneste. Plikttjeneste er således en måte å få utbytte fra den investering arbeidsgiver har gjort i vedkommende, gjerne ut i fra virksomhetens behov.

Inndelingen tar som sagt sikte på å eksemplifisere hvilke typesituasjoner bindingsavtaler inngås i. Jakhelln bruker ikke tredelingen til annet enn å illustrere dette. Inndelingen viser partskonstellasjonen og deler av avtaleinnholdet i de ulike situasjonene. Partskonstellasjonene sier noe om styrkeforholdet mellom partene, hvilket har direkte betydning for hvilke hensyn som gjør seg gjeldende og således rammene i en overprøvelse av bindingsavtaler. Jakhellns tredeling ville imidlertid vært enda mer interessant for dette formålet dersom den også omtalte motytelsen mot binding ved generasjonsskifte og virksomhetsoverdragelse. Det vil i hovedsak være motytelser av direkte økonomisk karakter. Utover dette gir ikke eksemplifiseringen noe mer. Det er sterke linjer mellom de ulike typesituasjonene, og det er de samme rettslige faktorer som er relevante ved overprøvingen av den enkelte bindingsavtale.

I tillegg til at inndelingen ikke tar for seg de aktuelle motytelsene i alle typesituasjonene, er den heller ikke uttømmende i forhold til hvilke typesituasjoner hvor behovet for binding kan oppstå. Eksempelvis kan det være behov for bindingsavtaler også for å sikre behovet for kontinuitet i arbeidsstokken, eller holde på kompetanse der opplæring er langvarig og det vil ta tid å erstatte arbeidstaker osv. Således kan det tenkes tilfeller som ikke passer direkte under noen av inndelingene, eller som passer inn under flere på en og samme tid. Uavhengig av dette, vil typesituasjonene i seg selv være av interesse både som et bakteppe og en dypere forståelse av begrepet bindingsavtaler i den videre gjennomgangen.

Et siste begrep som krever forklaring, er bruken av begrepet 'nøkkelmann' eller 'nøkkelperson'. En nøkkelperson er en person av sentral eller avgjørende betydning for virksomheten. Vedkommende er gjerne den som knytter virksomheten til en viktig kundegruppe, står for hoveddriften, hovedkompetansen eller store deler av inntekter eller produksjon i en virksomhet, og som det vil ha store konsekvenser for virksomheten å miste. Mange bindingsavtaler springer som sagt nettopp ut av behovet for å sikre at denne ressurspersonen blir i virksomheten.

1.3 Avgrensning

Oppgaven avgrenses mot konkurranseklausuler som gjerne inngås parallelt med bindingsavtaler. Bindingsavtaler skiller seg klart fra konkurranseklausuler, da arbeidstaker

forplikter seg til å ikke ta arbeid i eller starte konkurrerende virksomhet etter arbeidsforholdet er avsluttet. Bindingsavtaler inngås derimot for å sikre at kompetansen forblir i selskapet ved at arbeidsforholdet ikke avsluttes. Grunnen til at de gjerne inngås i kombinasjon, er for å både sikre best mulig at kunnskapen blir i virksomheten, men også sikre seg at den ikke går til konkurrerende bedrift dersom dette ikke lykkes.¹¹ Oppgavens problemstilling er knyttet til bindingstid, det vil derfor ikke ses nærmere på forholdet til konkurranseklausuler.

Det vil heller ikke ses på midlertidig arbeid, skatterettslige sider eller rene sanksjonssider, regler for valg av sanksjoner eller sanksjonsutmålinger ved avtalebrudd i forbindelse med bindingsavtaler. Det vil imidlertid drøftes om sanksjonssidene ved avtalebrudd kan ha betydning for rimelighetsoverprøvingen av bindingsavtaler.

Oppgaven vil ved rammene ha fokus på Grunnlovens og EMKs forbud mot tvangsarbeid, samt avtaleloven § 36. Det avgrenses i forhold til de øvrige bestemmelser i avtalelovens kapittel 3 om ugyldige viljeserklæringer, selv om også disse, vil kunne være en skranke for bindingsavtaler. Vurderingen etter de øvrige reglene i avtaleloven kapittel 3 vil følge vanlig avtalerettslig mønster, og det er ingenting spesielt ved den typen vurderinger, selv om vi er på arbeidsrettens område.¹²

¹¹ Regjeringen la 27.05.15 frem forslag til ny regulering som innebærer en innstramming av bruken av konkurranseklausuler. Om en slik regulering vil få betydning for bruken av bindingsavtaler er et interessant spørsmål tiden vil vise. <https://www.regjeringen.no/nb/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/innsikt/forslag-om-nye-regler-i-arbeidsmiljolooven-om-konkurranse--og-kundeklausuler-og-rekrutteringsklausuler/id2403904/> (lest 28.05.2015)

¹² For en gjennomgang av avtalelovens kapittel 3 se Johan Giertsen, *Avtaler*, universitetsforlaget 2011, 4. opplag.

2 Avtaler om bindingstid

2.1 Adgang til å inngå bindingsavtaler

En forutsetning for å se nærmere på rammene rundt bindingsavtaler, er at bindingsavtaler gyldig kan inngås i arbeidsforhold.

Dette ble slått fast i Poppedommen, Rt. 2006 s.420. Saksforholdet i dommen var at en megler, til tross for avtalt bindingstid, hadde sagt opp arbeidsforholdet og at arbeidsgiver på den bakgrunn krevde erstatning for sitt tap. Dommen ble avsagt med dissens 4-1. Spørsmålet bunnet for flertallet ned i hvorvidt det forelå avtale om bindingstid og hvorvidt avtalen stred mot preseptoriske regler. Flertallet kom til at Poppe hadde bundet seg ved avtale og at arbeidsmiljølovens preseptoriske regler *ikke* var til hinder for denne typen avtaler, såfremt bindingen var gjensidig for arbeidsgiver. Videre ble avtalen etter en konkret vurdering *ikke* ansett som ugyldig etter avtaleloven § 36. Poppe ble holdt erstatningsansvarlig. Mindretallet kom på sin side til at det ikke forelå ansvarsgrunnlag for erstatning. Dissensen gjaldt tolkningen av bindingsavtalen.

Også før Poppedommen var det, til tross for manglende holdepunkter i lov, alminnelig antatt at det er adgang til å inngå bindingsavtaler. Dette begrunnes i den norske avtalefrihet der utgangspunktet er, som nevnt innledningsvis, at det kan inngås avtale, såfremt det ikke er konkrete holdepunkter i lov for annet. Den konvensjonelle oppfatningen om at bindingsavtaler kunne inngås, kommer til syne gjennom lang praksis i ulike bransjer og virksomheter, eksempelvis forsvaret og meglerbransjen, for å nevne noen.¹³ Også i teorien har det vært tatt til orde for at bindingsavtaler i arbeidsforhold i et visst omfang og på visse vilkår må aksepteres.¹⁴

To år etter Poppedommen ble det avsagt en ny høyesterettsdom som berørte spørsmålet om bindingsadgang. Om den delen av avtalen som omhandlet binding uttalte Høyesterett i Rt. 2008 s. 1307; ”En slik avtale ville rett nok ikke være arbeidsrettslig bindende, jf. nå arbeidsmiljøloven § 1-9, som gjør lovens oppsigelsesfrister ufravikelige for avtaler som er til ugunst for arbeidstaker”.¹⁵

Stein Evju ser i artikkelen ”*Oppsigelsesfrister, (u)fravikelighet og bindingstid*” på uttalelsen isolert, som en uttalelse mot bindingsadgang, og argumenterer med at dommen bygger på en misforståelse som gir den mindre rettskildemessig vekt. Her kan det virke som om Evju ikke har sett uttalelsen i konteksten den fremkommer, men som en isolert uttalelse han må

¹³ Breibøls artikkel i *Tidsskrift for arbeidsrett* vol. 4 nr. 3, side 188 og 192.

¹⁴ Se bla. a Kari Bergeius Andersens artikkel ”*Bindingstid og incentivordninger. Hvordan holde på kunnskap virksomheten har investert i?*” fra *Tidsskrift for Forretningsjus 2001* og Jan Fougner og Lars Holo, *Arbeidsmiljølovens kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2003, 8. utgave, side 603-604. Begge utgitt før Poppedommen.

¹⁵ Rt. 2008 s. 1307 avsnitt 47.

motbevise for at bindingsadgangen som ble slått fast i Poppedommen skal stå seg. Det er etter min mening ikke nødvendig når høyesterettsdommene, ved å se utsagnet i 2008-dommen i kontekst, kan stå ved siden av hverandre.¹⁶

I Rt. 2008 s. 1307 var det i forbindelse med salg av et enkeltmannsforetak, en malervirksomhet, inngått bindingsavtale frem til pensjonsalder. Dommen gjaldt i hovedsak skattespørsmål i forbindelse med at lønn var en del av vederlaget. Det som imidlertid er interessant for oss, adgangen til bindingsavtalen, utgjorde en mindre del av dommen. Den generelle uttalelsen Høyesterett kommer med angående ”en slik avtale”, ser ut i fra dommens kontekst til å peke tilbake på den konkrete avtalen i saksforholdet, heller enn bindingsavtaler generelt. Det er den konkrete avtaleklausul og et brev angående forståelsen av den, som i de to forgående avsnitt ble gjennomgått. Det ble ikke sett generelt på bindingsadgang. Angående den konkrete avtalen var nok tanken at bindingsavtalen ikke kunne være til gunst, slik arbeidsmiljøloven § 1-9 forutsetter for avvikende avtale, på grunn av den lange varigheten. Varigheten av bindingsavtalen var satt frem til pensjonsalder. Dette ville i praksis gjort arbeidsforholdet uoppsigelig for arbeidstaker.

Uavhengig av fremgangsmåte konkluderer også Evju med at bindingsadgangen som ble slått fast i Poppedommen er gjeldende rett. Det har som nevnt ikke blitt kritisert at det av Høyesterett i Poppedommen ble slått fast en adgang til å inngå bindingsavtaler, og det har heller ikke vært et tema å endre denne adgangen ved lov etter dommen. Det som imidlertid har blitt kritisert er Høyesteretts knappe begrunnelse ved behandlingen av spørsmålet. Det er derfor interessant å stille spørsmål om adgangen til å inngå bindingsavtaler har gode grunner for seg.

Videre i del 2 vil det derfor ses nærmere på hvilke holdepunkter det er for at bindingsavtaler skal kunne inngås, før vi går nærmere og ser på skrankene som utgjør rammene for bindingsavtaler i del 3. Dette vil gjøres ved en gjennomgang av hensyn, lov og en vurdering av rettspraksis opp mot adgangen.

2.2 Generelt om bindingsavtaler og gyldighet

Arbeidstaker blir ved bindingsavtaler forpliktet til å utføre vanlig arbeid for arbeidsgiver i et avtalt tidsrom, med mindre arbeidsgiver vesentlig misligholder sine plikter slik avtalen kan heves¹⁷ eller det foreligger gyldig fravær etter arbeidsmiljøloven.¹⁸

Et krav om at arbeidstaker ikke kan si opp sin stilling i virksomheten faller klart utenfor arbeidsgivers styringsrett¹⁹ og krever således særlig avtale dersom det faller utenfor tidsrommet som er satt opp i arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsestid.²⁰

¹⁶ Se Stein Evju, ”Oppsigelsesfrister, (u)fravikelighet og bindingstid”, utgitt i *Arbeidsrett* 01-02/2011, på side 87.

¹⁷ Det er ”klart at bindingstid ikke forhindrer noen av partene fra å heve avtalen dersom det foreligger vesentlig mislighold fra den annen part” fra Andersens artikkel, *Tidsskrift for Forretningsjus* 2001, side 278.

¹⁸ Eksempelvis arbeidsmiljøloven kap. 12 om rett til permisjon.

Det er som sagt ingen bestemmelser i Arbeidsmiljøloven som regulerer bindingstid direkte. Både adgang til å inngå bindingsavtaler og rammene for når de er gyldige eller ugyldige må således vurderes og begrunnes med utgangspunkt i andre bestemmelser og på annet grunnlag.

Vi befinner oss på området for arbeidsrett som krysses av blant annet avtaleretten. Vi har arbeidstakervernet på den ene siden og den private autonomi, retten til å binde seg selv, på den andre siden.

Utgangspunktet i norsk arbeidsrett er at arbeidstaker fritt og ubegrunnet kan avslutte sitt arbeidsforhold innenfor reglene om oppsigelsestid dersom det ikke er gjort unntak i lov eller avtale. I motsetning til arbeidsgiver trenger ikke arbeidstaker saklig grunn.²¹ En avtale om bindingstid er således et unntak fra denne oppsigelsesfriheten oppstilt i lov.

2.3 Hensyn som taler for bindingsavtaler

Utgangspunktet om at arbeidstaker fritt og ubegrunnet skal kunne fri seg fra arbeidsforholdet kan være ønskelig å fravike, både med bakgrunn i hensyn på arbeidsgiver- og arbeidstakersiden. Dette løses i praksis gjerne ved at arbeidsgiver yter goder i motytelse til arbeidstakers binding.

Fra arbeidsgiversiden er det et mål å skaffe, samt holde best mulig på, kompetanse i virksomheten. Det kan på den bakgrunn være ønskelig å binde arbeidstaker utover den alminnelige oppsigelsestid. Det kan eksempelvis tenkes en nøkkelperson som besitter særlig kunnskap eller som knytter virksomheten til en spesiell kundegruppe som virksomheten ønsker å holde på. Ved overdragelse av et aksjeselskap kan medfølgende nøkkelpersoner ha avgjørende betydning for verdien på aksjene. Et annet typisk tilfelle er der arbeidsgiver har betalt for utdanning eller ytt lignede goder i forbindelse med utdanning eller opplæring av arbeidstaker og ønsker å få utbytte for sin investering i vedkommende. Også for å skape kontinuitet i arbeidsstokken i perioder med stor gjennomtrekk kan det være ønskelig fra arbeidsgiversiden å inngå bindingsavtaler.

Fra arbeidstakersiden er hovedmotivasjonen for å fravike utgangspunktet gjerne de goder han får som motytelse ved bindingen i form av høyere lønn, aksjer i virksomheten, goder som betalt utdanning eller stipend og lignende. Men også for arbeidstaker kan det ligge fordeler, og således gode grunner for å binde seg, direkte i bindingen. Som jeg vil komme tilbake til, forutsettes bindingstid gjerne å være gjensidig på bakgrunn av arbeidsmiljøloven § 15-3, åttende ledds preseptoriske gjensidighetsregel med den konsekvens at arbeidstaker vil være beskyttet mot alminnelig oppsigelse.²² Dette vil gi en ekstra sikkerhet for arbeidstaker.

¹⁹ Se også Andersens artikkel fra *Tidsskrift for Forretningsjus 2001*, side 275.

²⁰ Arbeidsmiljøloven § 15-3.

²¹ Samme sted.

²² ”Saklig grunn” for oppsigelse jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 vil ikke være nok til oppsigelse ved bindingsavtaler, da bindingsavtalen er gjensidig jf. § 15-3, åttende ledd. Se punkt 2.4 i oppgaven om gjensidighet. Breibøls artikkel i *Tidsskrift for arbeidsrett* vol. 4 nr. 3 uttaler på side 194 at arbeidsgiver vil være ”tvunget til å beholde arbeidstaker i den utvidede oppsigelsesperioden bindingstiden etablerer”.

Spesielt i tider da arbeidsmarkedet er usikkert kan dette være en fordel, da økonomiske problemer for virksomheten kan være en ”saklig grunn” for oppsigelse jf. § 15-7,²³ samt at det kan være vanskelig å få nytt arbeid. Det ligger også en fordel i det å være sikret økonomisk med fast lønn for bindingsperioden, da man på den bakgrunn kan planlegge sin fremtid med større sikkerhet enn i et vanlig arbeidsforhold.

2.4 Arbeidsmiljølovens forhold til bindingsavtaler

Som sett ovenfor kan hensyn på begge sider tale for binding. Men spørsmålet blir i forhold til arbeidsmiljøloven hvilke holdepunkter den gir for adgang til inngåelse av bindingsavtaler.

En helt fri adgang til å inngå bindingsavtaler ville stride mot arbeidsmiljølovens bakenforliggende prinsipper som en verneavgivning for arbeideren, som tradisjonelt har blitt regnet som den presumtivt svakere part. Bakgrunnen for å anse arbeideren som den svakere part er at arbeid regnes som et nødvendighetsgode som arbeidsgiverne kan komme til å ha monopol på. Dette synet kan gjerne nyanseres noe, da også arbeidstaker kan ha overtaket i en del forhandlingssituasjoner i arbeidslivet, eksempelvis der det er knapphet på arbeidskraft eller der arbeidstaker sitter på spesiell kompetanse.

Lovens system er uavhengig av denne nyansen lagt opp slik at det er arbeidstaker som har et spesielt vern. Dette kommer frem blant annet i formålsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 1-1 som spesielt ivaretar arbeidstaker, § 1-9 som viser at loven er ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker, § 2-1 som slår fast arbeidsgivers plikt til å sørge for overholdelse av loven, herunder forarbeidene som understreker arbeidsgivers rolle som pliktsubjekt²⁴ med flere.

Arbeidsmiljøloven bygger som sagt på en forutsetning om at arbeidstaker skal stå fritt til å inngå arbeidsavtale med den arbeidsgiver han ønsker, og motsetningsvis skal han kunne fri seg fra et arbeidsforhold han ikke ønsker å være i. Det er en menneskerett å ikke tvinges til å arbeide for en arbeidsgiver man selv ikke har valgt, slik dette kommer til uttrykk i forbudet mot tvangsarbeid i Grunnlovens § 93 og EMK Art. 4. Et utslag av denne friheten ser vi igjen i arbeidsmiljøloven § 16-3, første ledd der reservasjonsretten er lovfestet ved virksomhetsoverdragelse. Denne friheten gjelder ikke arbeidsgiver, som må holde seg innenfor lovens vilkår der han ønsker opphør av arbeidskontrakten.²⁵

En viss forutberegnelighet i arbeidsforholdet må vi likevel ha. Selv om arbeidstaker vernes i loven og i prinsippet skal slippe å bli i et arbeidsforhold han ikke ønsker, må partene ha en avviklingsperiode der arbeidsavtalen avsluttes. Dette er i loven løst gjennom regler om oppsigelsestid i § 15-3.

²³ Ang. Økonomien i virksomheten som ”Saklig grunn” se Arne Fanebust, *Innføring i arbeidsrett*, Universitetsforlaget 2013, 3. utgave side 253 flg.

²⁴ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 89.

²⁵ Breibøls artikkel i *Tidsskrift for arbeidsrett* vol. 4 nr. 3, side 191.

Oppsigelsestiden som settes i arbeidsmiljøloven § 15-3 er minimumskrav. Det innebærer at partene ikke kan avtale kortere oppsigelsesfrist enn en måned før oppsigelse har funnet sted, med mindre det foreligger tariffavtale eller forskrift fra departementet. jf. § 15-3, annet og tredje punktum.

Bestemmelsens annet og tredje ledd gir en forlenget oppsigelsesfrist der arbeidsforholdet har vært langvarig. Dette på bakgrunn av at arbeidstakere med lengre tilknytning til virksomheten bør ha et sterkere vern i form av lengre oppsigelsesfrister.²⁶ Heller ikke her kan det avtales kortere oppsigelsestid før oppsigelse har funnet sted.

I tråd med arbeidsmiljølovens gjennomgående vern av arbeidstaker, er det likevel åpnet for å gjøre unntak fra loven der det er til arbeidstakers gunst, jf. motsetningsvis av arbeidsmiljøloven § 1-9.

Til tross for arbeidstakers styrkede rettigheter, der han har krav på forlenget oppsigelsestid etter loven, er det ingenting i veien for at han til arbeidsgivers ugunst påberoper seg *kortere* oppsigelsestid enn hva gjelder ved oppsigelse fra arbeidsgiver, og således inngår en avvikende avtale.²⁷ Alt i alt ser vi en fleksibilitet i lovens regler på dette området.

Arbeidsmiljølovens sterke vern for arbeidstaker kommer også til syne i § 15-3, åttende ledd der det slås fast at det heller ikke før oppsigelse har funnet sted kan avtales ”at oppsigelsesfristen ved oppsigelse fra arbeidstakerens side skal være lenger enn ved oppsigelse fra arbeidsgiverens side”. Det er imidlertid ingenting i loven som tilsier at det ikke kan avtales lengre oppsigelsestid fra arbeidsgiversiden enn hva gjelder for arbeidstaker.²⁸ Også her er lovens regler til dels fleksible.

Ut av bestemmelsen kan man imidlertid lese en grense for fleksibiliteten som ligger i et gjensidighetskrav, som minstekrav til oppsigelsesfrister. Bindingsavtaler har i praksis, slik gjennomgått ovenfor, store likhetstrekk med lange oppsigelsesfrister.²⁹ Bindingstid er en regulering av når man kan fri seg fra arbeidsavtalen, sett alene, og sett i kombinasjon med oppsigelsesfrist etter endt bindingstid. Således må gjensidighetskravet også gjelde bindingsavtaler. Alternativt ville det blitt åpnet for en omgåelse av oppsigelsesreglene ved å avtale bindingstid.³⁰

Arbeidstakers oppsigelsesfrist kan aldri ved avvikende avtale fra oppsigelsesreglene være lenger enn den er for arbeidsgiver. Dette stiller således et krav til avtaler som avviker fra lovens regler, og er en grense for lovens ovenfor nevnte fleksibilitet. Gjensidighet vil således måtte være en av rammene for bindingsavtaler i arbeidsforhold.

Loven stenger således ikke for bindingsavtaler, men loven regulerer hverken adgang til eller rammer for bindingsavtaler direkte, bortsett fra den nevnte begrensning som ligger i

²⁶ Fougner mfl., *Arbeidsmiljølovens kommentarutgave 2013*, side 767.

²⁷ Se også Breibøls artikkel i *Tidsskrift for arbeidsrett* vol. 4 nr. 3, side 191.

²⁸ Til arbeidsgivers ugunst jf. arbeidsmiljøloven § 1-9.

²⁹ Se gjennomgangen under del 1.2. Oppsigelsestid som overstiger 6 måneder er mer naturlig å karakterisere som bindingstid.

³⁰ Evjus artikkel i *Arbeidsrett*, 01-02/2011, side 87.

gjensidighetsreglen. Det eneste loven regulerer, foruten oppsigelsestid, er forutsetningen om en fri oppsigelsesadgang. I realiteten vil dermed adgang til bindingsavtaler være et avvik fra arbeidsmiljølovens regler. Loven setter som sagt opp en grense for avvik fra arbeidsmiljøloven i arbeidsmiljølovens § 1-9. Bestemmelsen slår fast at loven ”ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker”. Loven er preseptorisk til arbeidstakers gunst.

Vi står etter dette igjen med regler om oppsigelse som er dels preseptoriske, men som kan fravikes ved avtale til arbeidstakers gunst. Det er etter denne tolkning holdepunkter for å gjøre avvik fra § 15-3 ved å avtale lengre oppsigelsesfrist, i realiteten avtale bindingstid, også før oppsigelse, dersom det er klart at dette er til gunst for arbeidstaker jf. § 1-9 og oppsigelsesfristen er gjensidig for arbeidstaker og arbeidsgiver jf. § 15-3, åttende ledd, eventuelt at bindingstiden er kortere for arbeidstaker enn arbeidsgiver.³¹

Det videre spørsmålet blir derfor hvorvidt inngåelse av bindingsavtaler er et fravik fra arbeidsmiljøloven til arbeidstakers gunst.

2.5 Er bindingsavtaler til gunst for arbeidstaker jf. arbeidsmiljøloven § 1-9?

2.5.1 Den enkelte avtale, eller bindingsavtaler generelt?

En konstatering av at bindingsavtaler er til gunst, er en forutsetning for at en adgang for avtaler om bindingstid skal ha holdepunkter i lov.

Ved vurderingen etter arbeidsmiljøloven § 1-9 er det imidlertid ikke klart om man må ta for seg den enkelte bindingsavtale, eller om det en gang for alle kan avgjøres at bindingsavtaler er til gunst generelt sett.

Gode grunner kan tale for at det er en individuell vurdering hvorvidt binding i den enkelte avtale er til gunst, da man har et bredt spekter av typesituasjoner det kan være ønskelig å inngå bindingsavtaler i, og til dels spredte hensyn å ivareta.³²

Vi har ovenfor ved punkt 2.3 om hensyn som taler for binding sett at det i mange tilfeller kan være svært fordelaktig for arbeidstaker å la seg binde. Det vi imidlertid til nå ikke har sett nærmere på, er risikoen for at en arbeidstaker i realiteten havner i en tvangssituasjon ved bindingsavtalen. Vi kan ved en generell bindingsadgang risikere at enkelte arbeidstakere i realiteten ikke har noe valg om hvorvidt de vil inngå avtaler om binding i arbeidsforhold. I den typen tilfeller vil bindingsavtaler vanskelig kunne sies å være til gunst, selv om det også kan være fordeler ved å inngå bindingen. Da kan det stilles spørsmål ved frivilligheten av avtalen. I slike situasjoner kommer vi lett i konflikt med den beskyttelsen arbeidstaker er ment å ha etter arbeidsmiljøloven, ved fritt å kunne si opp og ta arbeid et annet sted.

³¹ Følger motsetningsvis av § 15-3 åttende ledd.

³² Se punkt 1.2 om Jakhellns tredeling.

Et eksempel er der arbeidstaker ved inngåelse av arbeidskontrakt får krav om binding som et vilkår for å få jobben. I den typen tilfeller risikerer vi at arbeidstaker ikke har noe reelt valg. Arbeid er et nødvendighetsgode. Å risikere at det, satt på spissen, ikke vil bli inngått arbeidskontrakt om man ikke binder seg, er i realiteten ingen gunstig avtale for arbeidstaker. I noen tilfeller kan dette også trekkes så langt at det etter en tid, når arbeidstaker ikke lenger ønsker å være i arbeidsforholdet, blir tale om et arbeidsforhold som i realiteten er tvangsarbeid, og således i strid med både Grunnloven og menneskerettighetene.³³

2.5.2 Rettspraksis - en avklaring?

Høyesteretts flertall er etter Poppedommen blitt kritisert for sin noe enkle måte å behandle spørsmålet om hvorvidt inngåelse av bindingsavtaler er et avvik fra arbeidsmiljøloven til arbeidstakers ugunst, altså hvorvidt binding strider mot arbeidsmiljølovens preseptoriske regler jf. § 1-9.

I dommens avsnitt 44 uttaler førstvoterende for flertallet at han ikke kan se at bestemmelsen om oppsigelsesfrister er til hinder for bindingsklausuler. Arbeidstaker skal ikke kunne bli sagt opp på urimelig kort varsel, og lovens system forutsetter at arbeidstaker ikke skal holdes bundet til arbeidsgiver mot sin vilje, men med en henvisning til RG. 2000 s. 262 som et praktisk eksempel, kommer flertallet til at det kan være gode grunner for at arbeidstaker binder seg for en lengre periode.

Avsnitt 44 lyder videre ”Arbeidsmiljøloven kan generelt ikke antas å være til hinder for slike bindingsklausuler, og den vanlige oppfatning synes å være at slike avtaler på visse vilkår og i et visst omfang må aksepteres. (...)”. I tillegg til den nevnte dom fra Borgarting lagmannsrett viser førstvoterende til juridisk litteratur som underbygger adgangen til å inngå bindingsavtaler generelt.

Camilla Schøyen Breibøl har i sin artikkel ”*Er det fritt frem for bindingstid i arbeidsforhold? En kommentar til Høyesteretts dom av 7. april 2006*” kritisert at en helt generell adgang til å inngå avtaler om bindingstid da arbeidstaker ”kan levnes lite eller intet reelt valgt ved avtaleinngåelsen”.³⁴ Dette kan jeg til dels være enig i. For arbeidstaker kan som nevnt risikoen for å ikke gå med på avtale om bindingstid være at det ikke blir inngått arbeidsavtale i det hele. Det kan derfor stilles spørsmålstejn ved flertallets knappe begrunnelse og til dels manglende vurdering av hvorvidt bindingsavtaler er til gunst.

I mange situasjoner kan det som sagt fra begge sider være ønskelig med en adgang til å inngå bindingsavtaler. En helt generell adgang kan imidlertid lede arbeidstaker inn i en presset situasjon der loven ikke kan beskytte han slik loven tar sikte på å beskytte arbeidstaker, og således vanskelig sies å være til gunst.

³³ Grunnloven § 93 og EMK Art. 4. Disse bestemmelsene som skranke for bindingsavtaler kommer vi nærmere inn på under del 3 om rammene.

³⁴ Breibøls artikkel i *Tidsskrift for arbeidsrett* vol. 4 nr. 3, Side 193.

Dette må imidlertid ses opp mot dommen fra Borgarting lagmannsrett³⁵ som Høyesterett i Poppedommen viste til i sin begrunnelse. I Borgarting lagmannsrettsdommen var det en aksjonær som forpliktet seg til å bli i arbeidsforholdet i en avgrenset periode for det kjøpende selskap. Bakgrunn var at det var kunnskapen vedkommende satt på som var avgjørende for verdien av virksomheten for kjøper.

Det avgjørende er gjerne nettopp at den typiske bindingsavtale ikke alltid inngås ved inngåelse av arbeidsavtale, men er ofte en avtale som inngås senere, på bakgrunn av tilleggsgoder, gjerne forhandlet frem av begge parter. I den aktuelle dommen ble bindingsavtale inngått ved salget, fordi bindingen økte verdien. Dette kom arbeidstaker, som følge av at han var aksjonær, direkte til gode.

Denne typen avtaler vil skille seg markant fra den tradisjonelle vernesituasjon ved arbeidsavtaleinngåelse med en presumtivt svakere part, som Breibøl beskriver har ”lite eller intet reelt valg ved avtaleinngåelsen”. Styrkeforholdene bak en bindingsavtale er ofte relativt jevnbyrdige. Vern av arbeidstakeren som en presumtivt svakere part vil derfor bli et argument med mindre vekt.³⁶

Både der binding blir avtalt i virksomhetsoverdragelsessituasjonene og ved generasjonsskifte i virksomheten er det et ønske om å sikre den kompetanse virksomheten har i den ansatte som er bakgrunnen. Det blir tilbudt goder som motytelse til binding. Dersom arbeidstaker velger å avstå fra å inngå avtalen om binding, er det bare ekstragodene han mister. Det vil heller ikke kunne være grunnlag for oppsigelse å nekte inngåelse av denne typen avtale, da arbeidsgiver etter norsk rett trenger ”saklig grunn” for å si opp avtaleforholdet jf. arbeidsmiljøloven § 15-7. Her foreligger således ikke en tvangssituasjon, arbeidstaker har et reelt valg.

Et annet klassisk eksempel er typesituasjonene ved pliktjenesteavtaler. Arbeidstaker får nettopp tilbudt eller fremforhandlet et gode som videreutdanning, opplæring, kostbar kursing eller stipend som et tilleggsgode utover den vanlige lønn, *etter* at vedkommende har inngått vanlig arbeidsavtale med arbeidsgiver. Ønsker ikke arbeidstaker den etterfølgende binding, kan han avslå tilbudet og skaffe seg godene for egen regning. At utslaget blir ingen avtaleinngåelse vil således ikke være så hardt for arbeidstaker som det i utgangspunktet kunne se ut som. Det er ikke spørsmål om å avstenge for arbeidsavtale i sin helhet, det blir bare ingen etterfølgende avtale. Heller ikke i denne typen avtaler vil nektelse av binding være ”saklig grunn” for å si opp avtaleforholdet jf. arbeidsmiljøloven § 15-7. Arbeidstaker har dermed et reelt valg.

Fellestrekket mellom situasjoner der det vanskelig kan sies å foreligge en tvangssituasjon er de tilfeller der arbeidstaker allerede er ansatt. Her har ikke arbeidsgiver det samme pressmidlet som i en situasjon der arbeidstaker risikerer å stå uten arbeid dersom han ikke er villig til å inngå bindingsavtale. Også i de tilfeller der arbeidsgiver er pålagt å ha et kostbart kurs på sine ansatte, som han derfor ønsker å binde for å få utbytte for sine investeringer, vil arbeidsgiver stå uten tvangsmidler. Arbeidsgiver kan ikke kreve binding. I slike tilfeller er det

³⁵ RG. 2000 s. 262.

³⁶ Se også Breibøl som er inne på det samme i sin artikkel i *Tidsskrift for arbeidsrett* vol. 4 nr. 3, side 193.

eneste lovlige middelet arbeidsgiver har for å inngå en bindingsavtale med arbeidstaker å tilby flere goder for å gjøre binding mer attraktivt.

I noen tilfeller vil likevel krav om binding komme samtidig med inngåelsen av arbeidsavtalen. Oftest vil krav om binding settes sammen med goder som overstiger vanlig lønn. Selv om det ikke kan sies noe generelt om hva som er tillatelig, da dette vil bero på en konkret vurdering, vil motytelsene til binding noen ganger være så gode at dette ikke er betenkelig å godkjenne binding som et avvik fra arbeidsmiljøloven til gunst for arbeidstaker jf. § 1-9. Det er de færreste tilfeller arbeidstaker står uten noe reelt valg. Det kan imidlertid forekomme. I et slikt tilfelle vil bindingsavtalen være til ”ugunst for arbeidstaker”, og arbeidsmiljøloven kan ikke fravikes jf. § 1-9. Dette var ikke et tema som ble tatt opp av Høyesterett i Poppedommen da det ble slått fast at bindingsavtaler generelt kan inngås.

2.6 En generell adgang

Til tross for at det er mange holdepunkter for en adgang til å inngå bindingsavtaler, og bindingsavtaler således har mange gode grunner for seg, vil det at bindingsavtaler noen ganger kan være til ”ugunst for arbeidstaker” og ikke lovlig kan fravikes, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9, være et sterkt holdepunkt imot.

Dette kan imidlertid til dels avhjelpest ved at bindingsavtaler må holdes innenfor visse rammer. Det er trolig rammene flertallet i Poppedommen sikter til når de i avsnitt 44 uttaler at ”slike avtaler på visse vilkår og i et visst omfang må aksepteres”.

Som vi kommer tilbake til i del 3 ”Rammene for bindingstid”, må avtaler om binding på arbeidsrettens område, i tillegg til å være gjensidige, gå klar av forbudet mot tvangsarbeid og ses i sammenheng med avtaleretten og den adgangen til lemping eller oppheving av avtaler som ligger i rimelighetssensuren av avtaler etter § 36. De ulemper en generell adgang til å inngå bindingsavtaler vil føre med seg av uheldige virkninger, kan således avhjelpest.

Det kan synes som om tankegangen i Poppedommen er at når det sjelden foreligger tvangssituasjoner og eventuelle ulemper og negative virkninger kan avhjelpest i de situasjoner der bindingsavtaler ikke er til gunst, samt at det kan være i begges interesse å inngå bindingsavtale - er bindingsavtaler et avvik fra arbeidsmiljøloven til gunst for arbeidstaker, og således ikke i strid med arbeidsmiljøloven jf. § 1-9.

På den bakgrunn må det sies at den adgang til å inngå bindingsavtaler som Høyesterett stadfestet i Poppedommen har gode grunner for seg.

2.7 Gjeldende rett

Uavhengig av eventuelle gode grunner, må som sagt spørsmålet om avtale om binding gyldig kan inngås etter Poppedommen besvares bekreftende.

I den nyeste kommentarutgaven til arbeidsmiljøloven vises det til spørsmålet om det gyldig kan inngås bindingsavtaler, og det uttales at gode grunner kan tale for slik løsning. Videre vises det til Poppedommen, der det ble bekreftet at bindingsavtaler etter arbeidsmiljøloven må antas å kunne inngås generelt, så lenge de er gjensidige, men med de begrensninger som følger av avtalelovens § 36.³⁷ Også Evju viser til at Bindingsavtaler etter Poppedommen kan inngås, men han mener at adgang må vurderes individuelt i hvert tilfelle. Riktig utgangspunkt for *den enkelte* vurdering må etter hans mening være arbeidsmiljøloven § 1-9, og hvorvidt ”bindingstid ut fra sitt innhold er *til ugunst* for arbeidstageren” og således ”i strid med avtaleforbudet i aml. § 1-9”. Dersom dette er tilfellet kan ikke avtalen bli stående.³⁸

En slik fremgangsmåte kan ha gode grunner for seg. En vurdering av hva som er til ”ugunst” for arbeidstaker, vil være mer lovkonsistent, da vurderingsgrunnlaget søkes direkte i arbeidsmiljøloven. Ved å ta vurderingen etter § 1-9 gjør man anvendelse av avtaleloven § 36 for å overprøve bindingsavtalers rimelighet overflødig, da en vurdering om hvorvidt det vil være et avvik til ”ugunst” for arbeidstaker etter § 1-9 både er snevrere og strengere enn hva en mer omfattende vurdering etter § 36 vil være. Ved en individuell vurdering av om *hver enkelt* bindingsavtale er til gunst, vil man ikke trenge rammene som vi bruker ved en generell adgang til å inngå bindingsavtaler, for å hindre at den generelle adgangen skal slå uheldig ut for arbeidstaker.

Vurderingen vil også bli mer treffende for spørsmålet om bindingsavtaler i arbeidsforhold kan stå seg, til tross for at vurderingen favner noe snevrere enn avtaleloven § 36 som en ramme. Det er ved gunst arbeidsmiljøloven kan fravikes jf. § 1-9, og ikke ved enhver avtale som står seg ved en rimelighetsoverprøving. Det kan stilles spørsmål om det ikke er nettopp dette grunnlaget Høyesterett benytter i Rt. 2008 s. 1307. Men dommen omhandler bare bindingsavtalen med et par korte setninger, og uttalelsen er dessverre for knapp og upresis til at det er mulig å dra noe mer konkret ut av den, enn at dommen ikke er til hinder for den bindingsadgang Poppedommen stilte opp i 2006.

Rettspraksis om bindingsavtaler er sparsommelig, og ved spørsmål om adgang har rettspraksis og litteratur hittil oppstilt en generell adgang med overprøving etter avtalelovens § 36.³⁹ Til tross for at svaret er søkt i en annen lov enn arbeidsmiljøloven, og det slik Breibøl framhever, ikke er foretatt noen dypere vurdering av § 1-9, er det slik det er gjort av flertallet i Poppedommen. Det gjenstår å se hvilken retning utviklingen i rettspraksis vil ta videre, men i dag er dommen om bindingstid den eneste høyesterettsdommen med hovedfokus på bindingsadgang og grenser for bindingsadgang, og dermed gjeldende rett på området.

Poppedommen er således en svært viktig rettskilde for konstatering av en generell bindingsadgang. Overføringsverdien må imidlertid, slik jeg kommer tilbake til, vurderes i sammenheng med hvilket saksforhold som skal avgjøres i den konkrete sak. Selv om dommen slår fast en generell adgang til å inngå bindingsavtaler, vil rammene for avtalene kunne variere betraktelig på bakgrunn av saksforholdet og herunder typesituasjonen.

³⁷ Fougner mfl., *Arbeidsmiljølovens kommentarutgave* 2013, side 771 og 772.

³⁸ Evjus artikkel i *Arbeidsrett*, 01-02/2011, side 89.

³⁹ Samme sted, side 90.

3 Rammene for bindingstid

3.1 Om rammene

Rammene for bindingsavtaler kommer av lov som setter skranker for avtalefriheten.

Hver bindingsavtale må vurderes konkret. Saksforholdet og de bestemmelser partene påberoper seg, vil avgjøre hvilke grunnlag og moment som er aktuelle for overprøvingen av den konkrete bindingsavtale.

I denne delen av oppgaven vil det gis en nærmere presentasjon av EMK Art. 4, Grunnloven § 93 og avtaleloven § 36 som utgjør de sentrale rammene for bindingstid.

3.2 EMK og Grunnloven

Grunnloven § 93 og den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 4⁴⁰ danner med sitt forbud mot tvangsarbeid en absolutt skranke for bindingsavtaler. EMK kom først, men Grunnloven gir forbudet mot tvangsarbeid en litt annen dimensjon.

Utgangspunktet er at forbudsbestemmelsene er to separate regelsett som sier tilnærmet det samme. Grunnloven ”holdes i (...) tvangsarbeid” og Art. 4 ”pålagt å utføre tvangsarbeid”. Selv om ordlyden ”holdes i” og ”pålagt å utføre” høres ulik ut, blir innholdet, et generelt forbud mot tvangsarbeid, det samme.

Den naturlige forståelsen av tvangsarbeid er arbeid som arbeidstaker ikke frivillig har påtatt seg. Dette har imidlertid en del unntak, og terskelen er svært høy på bakgrunn av tvangselementet.

EMK Art. 4 har imidlertid også en annen ordlyd enn Grunnloven, da den videre har et forbud mot å pålegge noen ”påtvunget arbeid”. Hva forskjellen blir mellom ”tvangsarbeid” og ”påtvunget arbeid” er imidlertid ikke lett å se. Det kan tenkes at terskelen for hva som omfattes blir noe lavere etter EMK-artikkelen som følge av dette, men innholdet i forbudene i de to regelsettene blir mye det samme. En større forskjell mellom regelsettene kommer ikke av ordlyden, men plasseringen bestemmelsene er gitt i norsk lov. Som vi videre skal se, kan plasseringen påvirke både styrken og bruken av forbudene.

Av direkte betydning for rammene, er det at selv om det etter norsk rett er avtalefrihet, og bindingsavtaler kan inngås, så må avtalefriheten begrenses opp mot menneskerettskonvensjonen. En bindingsavtale kan ikke gjøres gjeldende i strid da menneskerettene har forrang jf. menneskerettighetsloven § 3.

⁴⁰ Tatt inn i norsk lov ved menneskerettsloven artikkel 4.

Når situasjonen således endrer seg for en arbeidstaker som i første omgang ønsket å binde seg, eller har bundet seg ”for strengt”, kan ikke prinsippet om avtalefrihet og at avtaler skal holdes strekkes så langt at det kommer i konflikt med EMK Art. 4.

Artikkel 4 kommer inn som en lovfastsatt yttergrense for bindingsavtaler. Men til tross for den høye terskelen for tilsidesettelse som ”urimelig”, vil avtalelovens § 36 komme inn i vurderingen langt tidligere, og vil til dels være mer kurant å påberope seg enn artikkelen. Dette som følge av at det som er tvangsarbeid etter EMK alltid vil være urimelig etter § 36 og således vil kunne settes til side tidligere. Artikkel 4 gir imidlertid et ekstra sikkerhetsnett for arbeidstaker, da han får en ny instans som kan overprøve forholdet, etter at overprøvmulighetene er uttømt i Norge. Artikkelen er også korrigerende for norske domstoler før forholdet kommer så langt, som rammer de må holde seg innenfor ved sin overprøving etter andre bestemmelser. Den praktiske betydning for menneskerettighetene ved bindingsavtaler i arbeidsretten er således liten, men den er med å danne de ytre rammene for bindingstid.

Ved Grunnlovens 200-års jubileum har menneskerettene også fått en større plass i Grunnloven ved at det er tatt inn noen av de viktigste artiklene, inkludert artikkel 4. Ved grunnlovfesting av menneskerettighetene får mindretallet i samfunnet et mer reelt vern, da menneskerettene får større juridisk styrke. Man kan påberope seg brudd og få en domstolskontroll der uavhengige domstoler kan overprøve om statsmaktene har brutt Grunnlovens menneskerettigheter. Videre vil grunnlovfesting, ved at Grunnloven er Lex superior og står høyere enn andre lover, hindre at Stortinget med simpelt flertall kan endre vernet menneskerettighetene gir.⁴¹ Dette fremhever viktigheten av menneskerettighetene i norsk rett og gir dem styrke.

Andre lover og avtaler søkes alltid å holdes i tråd med menneskerettighetene, da de har forrang for norsk lov⁴² og Grunnloven er Lex superior. Dette kan få betydning for tolkningen. Et eksempel er avtaleloven § 36. En tolkning av § 36 og hva som er ”urimelig”, vil søke å omfatte forbudet mot tvangsarbeid for at avtalen ikke skal komme i strid. Ved anvendelse av bestemmelsen vil terskelen for tilsidesettelse som ”urimelig” være lavere der vurderingen har en side til spørsmålet om tvangsarbeid. Således vil forbudet mot tvangsarbeid i tillegg til å være en absolutt skranke, også fungere som en skranke mer indirekte tidligere i prosessen ved overprøvelsen av bindingsavtaler.

Det er imidlertid, som tidligere nevnt, skranken i avtaleloven § 36 som er den mest praktiske og således den mest sentrale delen av rammene som bindingsavtaler må holdes innenfor.

3.3 Avtaleloven § 36

⁴¹ Se mer om dette i artikkelen til Arnulf Tveberg, ”Ny vår for menneskerettighetene i Grunnloven?” publisert 12.06.2014 på Lovdata.no.

⁴² Se menneskerettsloven § 3.

3.3.1 Om § 36

Ved konflikter rundt bindingsavtaler startes det gjerne med avtaletolkning av den inngåtte avtale, der man videre ser tolkningen opp mot arbeidsmiljøloven. Dersom dette ikke løser konflikten mellom partene, og én eller begge parter er misfornøyd med avtalen eller deler av den, kreves avtalen gjerne helt eller delvis satt til side som ”urimelig” etter avtaleloven § 36, første ledd.

Ordlydsforståelsen av ”urimelig” er vag, men viser at det settes en høy terskel for tilsidesettelse. Sett i kontekst kan ”urimelig (...) å gjøre den gjeldene” ut i fra en naturlig forståelse tolkes dit hen at det må foreligge et misforhold mellom de rettigheter og plikter partene i avtaleforholdet har overfor hverandre, og at det således ikke vil være riktig å la det avtalte stå seg.

Avtaleloven kommer til anvendelse på alle typer avtaler, dermed også avtaler innenfor arbeidsretten. Avtalelovens § 36 er med sin vide og vage formulering en generalklausul. Dette gjør den ikke bare anvendbar på alle områder, men gjør den også dynamisk, hvilket innebærer at innholdet i begrepet vil være i utvikling og kan endres over tid.

Av forarbeidene kommer det at ”urimelig” må ”oppfattes som, i seg selv, et ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope”. Det uttales i samme forarbeider “Det ligger også i formuleringen «urimelig» at et vilkår må være positivt urimelig for at det skal kunne lempes; det er selvfølgelig ikke nok at det kan tenkes rimeligere løsninger”.⁴³

Det nærmere innhold i vurderingen etter avtaleloven § 36, hvilke moment som skal trekkes inn og hvilken vekt momentene skal gis, vil bero på det aktuelle rettsområdet avtalen er inngått på, samt rettspraksis og til en viss grad også tidligere praksis på området. Det vil være ”opp til domstolene å styre rettsutviklingen innenfor området av bestemmelsen”.⁴⁴

I Selsbakkdommen, Rt. 1990 s. 284, forutsettes lemping etter avtaleloven § 36 å brukes med varsomhet. Hvorvidt avtalen er urimelig beror i følge rettspraksis på en konkret helhetsvurdering. Hvert moment må vurderes i lys av de andre.

Ved fastsettelsen av rammene, og da grensene, for bindingsavtaler etter avtaleloven § 36 er det viktig å ha klart for seg hensynene bak. Ved bindingsavtaler krysses arbeidsretten av blant annet avtaleretten. Vi får dermed den litt spesielle situasjonen der den til dels strengt regulerte arbeidsretten, som preceptorisk verner arbeidstaker, holdes opp mot den store grad av avtalefrihet vi har i norsk avtalerett. Hensynene som gjør seg gjeldende på området er vern av arbeidstaker som den presumtvt svakere part på den ene siden og det avtalerettslige prinsippet om at avtaler skal holdes på den andre siden.

⁴³ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) side 30.

⁴⁴ Giertsen, *Avtaler*, universitetsforlaget 2011, 4. opplag, side 197.

En avtale som er ”urimelig” kan således settes helt eller delvis til side som et unntak til det avtalerettslige prinsippet om at avtaler skal holdes slik de ble inngått.⁴⁵ Det hele bunner ut i hvorvidt det vil være ”urimelig” å gjøre bindingsavtalen gjeldende etter sitt innhold jf. § 36. Dette blir dermed en av rammene for bindingsavtaler, og setter skranker for hva som kan ansees som avtalt.

Av bestemmelsens andre ledd kommer det at det ”tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig”. Andre ledd understreker at det er tale om en helhetsvurdering. Som vi skal se videre ved bindingsavtaler opp mot avtaleloven § 36, er det et bredt spekter av momenter som har betydning for hvorvidt avtalen anses som rimelig, men at den høye terskelen nødvendigvis må påvirkes av området vi er på, arbeidsretten, med et spesielt vern for arbeidstaker.

I teori og praksis er det i hovedsak to ulike tilnæringsmåter som benyttes ved anvendelse av § 36. En måte er å benytte bestemmelsen som en etterfølgende rimelighetssensur. Dette er det vanligste. En annen måte er å anvende avtaleloven § 36 som en overprøving på om gyldig avtale overhodet er inngått. Uavhengig av hvordan man velger å anvende bestemmelsen blir resultatet det samme. Om bindingsavtalen anses som aldri inngått eller tilsidesatt som ugyldig har således ingenting å si, hverken for rettskilder eller hensyn.

At bindingsavtaler må begrenses kan utledes både av arbeidsrettslige prinsipper om vern av arbeidstaker og av avtaleloven som setter grenser for hvilke avtaler som kan stå seg, gjennom blant annet avtalelovens generalklausul § 36. Avtaleloven § 36 danner som nevnt en viktig del av rammen rundt avtaler om bindingstid. Det er de to ovenfornevnte hensyn, vern av arbeidstaker som den presumtivt svakere part på den ene siden og det avtalerettslige prinsippet om at avtaler skal holdes på den annen side, som vektes i den konkrete rimelighetsvurdering bestemmelsen åpner for. Det kan imidlertid by på utfordringer å trekke ut klare grenser. Det vil videre ses nærmere på momentene som danner rammene i rimelighetsvurderingen av bindingsavtaler etter § 36.

3.3.2 Moment som særlig gjør seg gjeldende ved overprøving av bindingsavtaler

Urimelighetsspørsmålet beror som nevnt på en konkret helhetsvurdering. Det er en rekke momenter som gjør seg gjeldende ved rimelighetsoverprøvinger etter avtaleloven § 36. Videre vil det fokuseres på de mest relevante momentene ved rimelighetsoverprøving av bindingsavtaler.

I Poppedommen ble bindingsadgangen sett opp mot avtaleloven § 36. Før Poppedommen var det lite praksis om bindingstid. Det forelå et par underrettsdommer, blant annet en dom fra Borgarting lagmannsrett,⁴⁶ en avgjørelse av Agder lagmannsrett⁴⁷ og en avgjørelse av Asker

⁴⁵ Se mer om konsekvensene ved § 36 i punkt 3.3.9.

⁴⁶ RG. 2000 s. 262.

og Bærum herredsrett.⁴⁸ Videre forelå det noe teori rundt bindingstid. Det er dette som tradisjonelt har dannet grunnlaget for rammene rundt bindingsavtaler.⁴⁹

De moment som spesielt har hatt plass i teori og underrettspraksis, er stort sett de samme som vi ser igjen i Poppedommen. Men som vi kommer tilbake til, er kanskje innholdet i momentene og terskelen for hva som anses rimelig på noen steder strekt litt lengre etter Poppedommen.

Et spesielt viktig moment ved rimelighetsvurderingen av bindingsavtaler har alltid vært bindingstiden partene har avtalt. Videre vil det i tråd med avtalelovens § 36, andre ledd være viktig å se på ”partenes stilling” og hvorvidt de er likeverdige parter. Dette har også en side til et annet moment, forutberegnelighet, herunder også klarhet og partenes forståelse for konsekvenser ved avtaleinngåelsen. Det må også foreligge et legitimt behov fra virksomhetens side til å inngå bindingsavtalen. En side til det generelle avtalerettslige prinsippet ’ytelse mot ytelse’ har vurderingen også med momentet om hvorvidt avtalen er balansert.⁵⁰

Det kan ikke sies noe generelt om hvilke moment som har betydning og hvilken vekt de har, da rimelighetsoverprøvingen av bindingsavtalen må gjøres ut fra en konkret vurdering i den aktuelle situasjon, men det vil forsøkes å si noe som kan være generelt veiledende.

Momentene vil videre derfor gjennomgås hver for seg, der vi ser på hva innholdet i vurderingsmomentet er, hvilken plass det har i § 36 vurderingen, og hvilken styrke det gjør seg gjeldende med. Dette ut fra hvilken typesituasjon de forekommer, med det formål å komme litt nærmere en forståelse for hvilke skranker, og således hvilken ramme § 36 vurderingen danner for bindingsavtaler.

3.3.3 Bindingstidens lengde

Et spesielt viktig punkt ved rimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36 er bindingsavtalens varighet. Dette er også et naturlig sted å starte vurderingen. Hvor lang bindingstid som kan avtales før avtalen må settes helt eller delvis til side som urimelig, kan ikke besvares generelt. Det vil bero på alle momenter satt sammen i en konkret helhetsvurdering. Men det som kan sies sikkert, er at det blir en slags glideskala her. Bindingstiden vil i stor grad påvirke denne glideskalaen, slik at det skal mindre til for å konstatere urimelighet dess lengre bindingstiden blir. Det er således ikke tale om vanntette skott, men momentene vil påvirke hverandre. Lengre bindingstid krever mer av de andre momentene for å anses rimelig.

⁴⁷ LA. 1998 s. 598.

⁴⁸ Agder lagmannsrett 4. juni 1999.

⁴⁹ Alle nevnt i Andersens artikkel fra *Tidsskrift for Forretningsjus 2001*, side 276, som videre er henvist til fra Poppedommen.

⁵⁰ Poppedommen avsnitt 46: flertallet viser videre at det dreier seg om en konkret helhetsvurdering der det er av betydning ”hvilket behov det er for bindingen, hvilke positive og negative konsekvenser den har for den ansatte, hvor forutselge disse var, hvorvidt det er en rimelig balanse mellom partenes oppofrelser og fordeler, og om bindingen er undergitt noen form for fleksibilitet”.

I Poppedommen starter flertallet med å understreke den sentrale rollen tidsaspektet har i vurderingen. Tidsaspektet er spesielt interessant i denne saken, da det er tale om lang bindingstid på fire år.

Flertallet viser videre at det dreier seg om en konkret helhetsvurdering der også andre moment påvirker utfallet. Det er av betydning ”hvilket behov det er for bindingen, hvilke positive og negative konsekvenser den har for den ansatte, hvor forutselige disse var, hvorvidt det er en rimelig balanse mellom partenes oppofrelser og fordeler, og om bindingen er undergitt noen form for fleksibilitet”.⁵¹ Bindingstiden blir således sett opp mot hvor sterkt de andre momentene gjør seg gjeldende.

Etter denne fremhevingen innledningsvis i dommen, er det først etter gjennomgangen av de andre momentene, ved subsumsjonen, vi ser bindingstid igjen som vurderingsmoment. Der uttales det at fire års binding er lang tid. ”Den er i hvert fall nær grensen for hva som kan godtas i denne type forhold, sett i lys av de øvrige momenter jeg har nevnt. Jeg har under noe tvil kommet til at avtalen må aksepteres i forhold til avtalelovens § 36”.⁵²

Tradisjonelt har rettspraksis og teori ansett en bindingstid på to-tre år å være gyldig. Noen forfattere har imidlertid åpnet for unntak og uttalt at vi ikke kan ”se bort fra at også lengre avtaler kan være gyldige, under forutsetning av at de øvrige momenter kompenserer for det lange tidsrommet”.⁵³ I 2006-utgaven av Arbeidsmiljøloven uttales det at den uoppsigelige perioden må være relativt kort for å stå seg, trolig slik at i alle fall to år kan ansees som akseptabelt.⁵⁴ Samme år som boken ble utgitt, ble Poppedommen avsagt i Høyesterett.

I Poppedommen strekkes aksepten for bindingsavtalers varighet lengre enn det tidligere var antatt at gyldig kunne avtales. Lengde forsvares med en henvisning til ”de øvrige momenter”. Det kan således *ikke* generelt sies at en binding på inntil fire år er akseptabel. Vesentlig vekt for å akseptere så lang bindingstid legges det forhold at partene er profesjonelle, representert ved advokat, med solide forutsetninger til å se konsekvensene av avtalen. Overføringsverdien vil i stor grad bero på typesituasjonen bindingsavtalen fremkommer i.

Vi får i Poppedommen et innblikk i hvordan flertallet i Høyesterett har vektet momentet om tid opp mot partskonstellasjon. Mye tyder på at der partene er likeverdige, eller bundet part er profesjonell eller representert ved advokat, og i tillegg kan forventes å ha forutsett konsekvensene av sin binding, kan det aksepteres lengre bindingsvarighet enn der styrkeforholdet ut i fra parts konstellasjon er annerledes. Dette på bakgrunn av at den asymmetri som er typisk for avtaleforhold generelt er avdempet i denne typen situasjoner.

Det kan også tenkes at andre moment kan veie opp for lang bindingstid. Et eksempel fra bransjepraksis er bindingsavtalene ved flyverutdanningen i forsvaret, plikttjeneste, der

⁵¹ Poppedommen avsnitt 46.

⁵² Samme, avsnitt 50.

⁵³ Andersens artikkel i *Tidsskrift for Forretningsjus 2001*, side 279.

⁵⁴ Fougner og Holo, *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2006, 2. utgave, side 665

bindingstiden er 12 år, og for navigatører der bindingstiden er 8 år.⁵⁵ Sett opp mot Poppedommen det 4 års binding ble regnet som lang varighet, er forsvarets bindingstid til sammenligning ekstrem. Til tross for veldig lang bindingstid, og at det gjerne vil være parter av ung alder med mindre forutsetninger for å ivareta sine interesser i en kontraktssituasjon, har praksisen til nå blitt stående uten å bli utfordret. Dette er gjerne på grunn av at utdanningen, motytelsen til bindingen, er svært kostbar og således til dels jevner ut eventuelle urimeligheter med bindingsavtalen. Men vel så viktig er det kanskje at det anses som allment akseptert at forsvaret har lang bindingstid. Dette har gjerne sammenheng med at forsvarets bindingstider er forsvarlig forhandlet frem, og forhandlinger kan veie opp for styrkeforholdet til arbeidstaker, samt forutberegneligheten blir ivaretatt ved grundige vurderinger rundt forhandlingene. Således kan også lengre bindingstid enn 4 år aksepteres. Hvor stor overføringsverdi dette har til andre typer bindingsavtaler er imidlertid vanskelig å si, da forsvaret er en svært spesiell arbeidsgiver. Forsvarets lange plikttjeneste kan tenkes å bidra til at bindingstiden kan strekkes enda lengre enn tilfellet med fire år i Poppedommen i fremtiden. Men jeg tror likevel dette må gjøres med stor forsiktighet, da det at flertallet i dommen gav fire års bindingstid var ”nær grensen” i den aktuelle situasjon og det videre ble uttalt at de ”under noe tvil” var kommet til resultatet.

3.3.4 Partenes stilling

Det som ligger i begrepet ”partenes stilling”, et vurderingsmoment i rimelighetsvurderingen som kan leses direkte ut av § 36, andre ledd, er etter en naturlig språklig forståelse styrkeforholdet mellom de ulike deltakerne i en avtale sammenlignet med hverandre.

Partenes stilling, og hvorvidt det er likeverdige parter, er av betydning både i forhold til forhandlingsposisjon ved avtaleinngåelsen, og i forhold til forståelse for hva de forplikter seg til og konsekvensene av forpliktelsene. Det har således også en sammenheng med momentet om forutberegneligheten av avtalen som vi kommer tilbake til under punkt 3.2.5. Utgangspunktet er som nevnt at avtaler skal holdes. Dette utgangspunktet styrkes der avtalepartene har hatt gode forutsetninger for å ivareta sine interesser.

I en underrettsdom, RG-2000-262, var det spørsmål om en bindingsklausul kunne stå seg etter avtaleloven § 36, eller om den måtte settes til side som urimelig. Dommen fremhevet vurderingen om hvorvidt avtalen var utformet mellom likeverdige parter med forståelse for hva de forpliktet seg til, og konsekvensene av forpliktelsene. Partenes stilling som moment under overprøvingen etter avtaleloven § 36 er spesielt interessant på arbeidsrettens område, der arbeidstaker presumtivist tradisjonelt gjerne anses som den svakere part som må vernes, og dette er hensyn som må ivaretas i vurderingen. Det er styrkeforholdet som her er av interesse. Er det en ressurssterk arbeidstaker, eller som i underrettsdommen, en eier med forhandlingsposisjon som binder seg i forbindelse med salg av virksomheten for egen vinning, skal det mer til for å anse avtalen som urimelig etter § 36, enn der motparten til

⁵⁵ <https://forsvaret.no/karriere/utdanning/hoyere-utdanning/luftforsvarets-flygeskole/flyger-og-navigatortutdanning>, lest 22.03.15

arbeidsgiver er umoden eller ressurs svak og mindre i stand til å ivareta egne interesser ved avtaleinngåelsen. Det aksepteres således mer der det er en symmetri i arbeidsforholdet, i motsetning til den asymmetri som er vanlig i arbeidsforhold mer generelt.

På denne bakgrunn vil terskelen for tilsidesettelse som urimelig variere med typesituasjon. Det vil gjerne være lettere å sette til side bindingsavtaler ved såkalt pliktjeneste, enn hva som er tilfellet ved generasjonsskifte eller virksomhetsoverdragelse der det ofte er en nøkkelperson, som i kraft av egenskapen som nøkkelperson, har kunnskaper som gir gode forutsetninger for å ivareta egne interesser ved avtaleinngåelsen.

I Poppedommen skjedde avtaleinngåelsen ved lønnsforhandlinger i meglerselskapet. Poppe var svært viktig for selskapet. Han hadde en god forhandlingsposisjon og valgte å binde seg i motytelse til en ikke ubetydelig aksjepost. Poppes forhandlingsposisjon er ikke fremhevet i dommen, selv om dette kan tenkes å ha vært en medvirkende årsak til at Høyesterett aksepterer en bindingsavtale av så omfattende karakter. Selv om dette ikke ble fremhevet er det ikke grunn til å tro at Høyesterett har ment å endre det faktum at forhandlingsposisjon har betydning for rimelighetsvurderingen.

Styrkeforholdet er imidlertid ikke fastsatt på bakgrunn av partenes ressurser og alder alene. Dersom forhandlinger er gjort av en organisasjon, typisk en fagorganisasjon, kan forsvarlige forhandlinger veie opp for styrkeforholdet til arbeidstakerne. Videre kan styrkeforholdet til den enkelte part kan blant annet endres der vedkommende har latt seg bistå av advokat ved avtaleforhandlingen. I Poppedommen så vi at det av Høyesterett ble vesentlig lagt vekt på at partene både var profesjonelle, samt at de var representert av advokat. Styrkeforholdet var således jevnt, og konsekvensene av avtalen var forutberegnelig for partene. Dette ble avgjørende for at avtalen stod seg som rimelig til tross for uvanlig lang bindingstid.

3.3.4.1 Partenes stilling ved eierinteresser

I praksis har gjerne lengre bindingsavtaler vært inngått i forbindelse med overtagelse av aksjer i virksomheten som motytelse eller ved salg av virksomheten der eier selv binder seg for å få en høyere kjøpesum. Dette skiller seg fra mer ordinære ansettelsesforhold. Den type situasjon at parten som binder seg også har eierinteresser ser vi også igjen i Poppedommen, om enn ikke fremhevet på samme måte som i underrettsdommen.

I Poppedommen hadde Poppe en aksjepost som til sammen utgjorde en eierandel på 20 prosent i selskapet. På den måten hadde han ikke bare arbeidsrettslige interesser i selskapet, men også eierinteresser for selskapets økonomiske utvikling, som ville være positiv ved hans binding.⁵⁶ Dette står i sterk kontrast til de tilfellene der arbeidstaker må binde seg for ikke å risikere å stå uten arbeid. De fleste bindingsavtaler blir imidlertid ikke inngått med utgangspunkt i at arbeidstaker har overtaket. Det mer tradisjonelle og typiske utgangspunktet, som arbeidsmiljøloven også bygger på, er som sagt presumsjonen om at arbeidstaker er den svakere part.

⁵⁶ Se blant annet Lov 13. Juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) § 8-1 jf. § 8-3 om utbytte for aksjeeiere.

Eierinteresser under momentet ”partenes stilling” har betydning i den forstand at det kan påvirke hvor sterkt arbeidsrettslige hensyn gjør seg gjeldende, som eksempelvis vern av arbeidstaker og det hensyn at en arbeidstaker skal kunne fri seg fra et arbeidsforhold han ikke ønsker å bli værende i.

Poppe fikk eierskap i form av aksjer som en del av sine motytelser for bindingen. Bindingsavtalen mellom Poppe og meglerfirmaet er således todelt. Avtalen inneholder en bindingsdel og en aksjeervervsdel. Dette er ikke noe nytt, men det drar fokuset noe bort fra en § 36-vurdering med arbeidsrettslige prinsipper i fokus og over til en mer tradisjonell avtalerettslig rimelighetsvurdering, som minner mer om den typen vurdering vi har ved rimelighetsoverprøving av eksempelvis kjøpsavtaler. Vi har den frie avtaleretten opp mot den noe mer bundne arbeidsretten og spørsmålet kan i den type situasjoner bli hvordan man skal plassere seg. Hvilken betydning har eierinteressen.

I Poppedommen har kan det se ut til at eierinteressen til dels har slått ut i Poppes disfavør i den forstand at arbeidsrettslige prinsipper har fått liten plass i vurderingen og det er i liten grad sett hen til at det kan være tyngende å være bundet. Breibøl lufter i sin artikkel muligheten for at Poppe ”i kraft av sin eierandel har fått et svakere vern enn tilfellet hadde vært for arbeidstaker uten slike interesser”.⁵⁷ Det er således i noen tilfeller en høyere terskel for å sette til side avtaler der den bundne part har eierinteresser, da tankegangen er at avtalen i større grad får preg av å være en forhandlingsavtale med økonomisk utbytte av egen binding, og at arbeidstaker i denne typen situasjoner i større grad kan ivareta egne interesser ved avtaleinngåelsen. Resultatet er gjerne en større avtalefrihet der det er eierinteresser. Avtalen blir todelt og hensynet til vern av arbeidstaker gjør seg ikke gjeldende med samme styrke. En part med eierinteresser har ofte langt bedre forutsetninger for å ivareta seg selv ved bindingsavtalen enn der styrkeforholdet er asymmetrisk. I tillegg vil arbeidstakeren i disse tilfeller også få en betydelig økonomisk gevinst i kraft av egen binding.⁵⁸

Det bør imidlertid være tale om relativt store eierinteresser før rimelighetsvurderinger på arbeidsrettens område får preg av å være en mer rendyrket avtalerettslig overprøving, da det er ganske vanlig at ansatte kan ha opsjonsordninger, og arbeidsmiljøloven ikke kan få mindre betydning av den grunn.

Hvor stor eierinteressen er før vurderingen får et mer avtalerettslig preg er vanskelig å si. Det er ingen klare holdepunkter i Poppedommen for at flertallet i det hele er oppmerksom på dette krysningpunktet mellom avtaleretten og arbeidsretten. Det vil trolig være en glideskala der hovedfokuset er at partenes mulighet for å ivareta egne interesser påvirker adgangen til å påberope urimelighet. Dess større eierinteresser en part har, dess større er denne muligheten, både ut fra forhandlingsposisjon og ut fra evnen til å vurdere konsekvensene av bindingen – og dess mindre preg av å være en vanlig arbeidsavtale får forholdet mellom partene.

⁵⁷ Breibøls artikkel *Tidsskrift for arbeidsrett* vol. 4 nr. 3, side 205.

⁵⁸ Se aksjeloven, samme sted.

Det spesielle saksforholdet Poppedommen har i forhold til eierinteresser kan påvirke overføringsverdien til andre saksforhold. Dette bør tas i betraktning før det eksempelvis konkluderes med at bindingstid på fire år, slikt avtalen var i dommen, er rimelig.

3.3.5 Forutberegnelighet

Forutberegnelighet, og herunder avtalens klarhet og partenes forståelse for konsekvenser ved avtaleinngåelsen, er i dag til en viss grad ivaretatt gjennom at arbeidsmiljøloven krever skriftlig arbeidsavtale jf. § 14-5, første ledd og at denne skal inneholde forhold av vesentlig betydning jf. § 14-6, første ledd. Men forutberegnelighet er også et svært viktig moment under vurderingen om bindingsavtalen må settes til side som urimelig. Det må fremgå klart av avtalen at det er en bindingsavtale som inngås, og videre er det viktig at partene har forstått konsekvensene av avtaleinngåelsen i sin helhet.⁵⁹

Forutsigbarhet har som nevnt store likhetstrekk med momentet partenes stilling da karaktertrekk ved avtaleparten vil være avgjørende for hva vedkommende kan forstå og hvordan best ivareta sine interesser. Både alder, modenhet, yrke og utdanning, samt vedkommendes tilstand både fysisk og psykisk ved avtaleinngåelsen er eksempler på faktorer som kan påvirke partenes vurderingsevner. En resurssterk part vil normalt lettere kunne se konsekvensene av den avtale han inngår.

Der avtalen er forutberegnelig og parten kan se konsekvensene av den, taler dette for at avtalen skal holdes som inngått. Partene vet da i stor grad hva de gjør og må bære risikoen for konsekvensene av dette selv, så sant avtalen ikke av andre årsaker har fått en urimelig vending. Dersom vi hadde åpnet for unntak også i forutberegnelige avtaler med uheldige konsekvenser, ville vi miste mye av stabiliteten i norsk avtalerett og risikert at den blir stående uten innhold.

På grunn av den nære tilknytningen til partenes stilling er gjerne pliktjenesteavtalene den typesituasjon der forutberegnelighetsmomentet får aller størst betydning. Dette fordi vi i disse situasjonene ofte møter unge og uerfarne arbeidstakere som inngår avtale i bytte mot betaling av skoleavgifter, stipend eller lignede goder, og som gjerne ikke kjenner til bransjen, lønnsnivå, jobbmuligheter og dermed konsekvenser ved å binde seg. Dette kan man se i motsetning til der en nøkkelperson binder seg til å jobbe for bedriften han nettopp i kraft av å være nøkkelperson i kjenner godt, og i tillegg kanskje sitter i en god forhandlingsposisjon i.

Forutberegnelighet er svært viktig da det gjerne kan bli avgjørende for rimeligheten av avtalen, og således setter en skranke for bindingsavtaler. Det er vanskelig å kreve overholdelse av et ubillig resultat der parten ikke hadde noen forutsetning for å innse at dette kunne bli utfallet. Dette vil imidlertid sjelden være tilfellet, men dersom arbeidsgiver ønsker å best mulig sikre at avtalen blir stående, kan det være fordelaktig å være ekstra åpen og nøyaktig ved inngåelsen av bindingsavtaler. Gjerne kan arbeidsgiver sørge for å skriftlig få

⁵⁹ Dette er også fremhevet som spesielt viktig i Fougner mfl, *Arbeidsmiljølovens kommentarutgave* 2013, side 771.

frem i lyset hva bindingen innebærer, både av ytelser og motytelser, samt varigheten. Dette vil også gjøre avtalen lettere overprøvable og skape mindre konflikter, og således være fordelaktig for alle parter. Utgangspunktet er likevel, selv om dette ikke er gjort, at avtaler skal holdes. Terskelen for tilsidesettelse etter § 36 er høy, til tross for vernet av den svakere part på arbeidsrettens område.

Kravet til forutberegnelighet og klarhet er noe som igjen typisk vil påvirkes av avtalens varighet som ledd i at § 36 er en helhetsvurdering der momentene påvirker hverandre.

3.3.6 Behov begrunnet i forhold på virksomhetssiden

Videre blir det vektlagt om det foreligger et legitimt behov for å inngå bindingsavtalen tilknyttet forhold på virksomhetssiden for at avtalen skal stå seg etter § 36.⁶⁰

For at det skal være tale om et behov for binding er det en naturlig forståelse at det må være et behov utover behovet for alminnelig arbeidskraft som kan fylles av en vilkårlig arbeidstaker. Under behovsprøvingen blir det sett på betydningen av å binde kompetanse til selskapet, og hva konsekvensene av å tape vedkommende som ansatt ville bli. I Poppedommen ble det fremhevet at Poppes kompetanse var av stor betydning for selskapet, både for drift og for inntjening. I den tidligere nevnte underrettsdommen RG-2000-262 ble det vektlagt at bindingsavtalen var en forutsetning for aksjekjøpet. Andre hensyn som kan gi behov for binding, er behovet for kontinuitet i virksomheten eller behovet for å ta vare på verdier i virksomheten, typisk der det av arbeidsgiver har investert større summer i videreutdanning eller kursing av arbeidstaker, osv.

Breibøl uttaler imidlertid ”Hvor det avtales bindingstid i «bytte» mot finansiert utdanning, vil arbeidsgiver normalt ikke kunne påvise annet behov enn den økonomisk interesse som ligger i å få noe igjen for sin investering. Slikt behov kan ivaretas gjennom en klausul om tilbakebetaling ved avtalebrudd. Noe reelt behov for å holde på arbeidstaker vil derfor normalt ikke foreligge med mindre det er tale om en nøkkelmedarbeider”.⁶¹ Dette blir etter min mening litt for enkelt. I en slik situasjon kan det foreligge et reelt behov til tross, da det også ved denne typen tilfeller kan være behov for kontinuitet i arbeidsstokken, mangel på tilgjengelig arbeidskraft, samt at det kan ta tid å lære opp noen nye eller skaffe annet kvalifisert personell. I den typen tilfeller vil det fortsatt foreligge et reelt behov. Breibøl ser derimot at det kreves mer enn å konstatere at den ansatte ikke er nøkkelarbeider for å sette avtalen til side etter avtaleloven § 36, men det ”kan tilsi at det stilles større krav til styrken av de øvrige relevante hensyn”.⁶² Dette er et viktig poeng. Dess mer behovet går over fra å være et behov for å binde nøkkelkompetanse til å være et behovet for alminnelig arbeidskraft som kan fylles av en vilkårlig arbeidstaker, dess mer kreves av de andre momentene i rimelighetsvurderingen for at avtalen ikke skal settes til side etter § 36.

⁶⁰ Se blant annet Poppedommen avsnitt 47.

⁶¹ Breibøls artikkel i *Tidsskrift for arbeidsrett* vol. 4 nr. 3, side 196-197.

⁶² Samme sted, side 197.

Behovsmomentet må antas å ha sin bakgrunn i prinsippet om at arbeidstaker fritt skal kunne avslutte et arbeidsforhold innenfor de begrensninger som er satt opp i oppsigelsesreglene, og at det derfor bør kreves et konkret behov på virksomhetssiden for å gjøre unntak fra dette, utover at det kan være nyttig med binding. Hvor den nedre grense for hva som er tilstrekkelig behov går, er imidlertid vanskelig å fastsette.

I noen tilfeller kan det tenkes at behovet for binding kunne vært ivaretatt med incentivordninger. Spesielt der behovet for binding ikke er så sterkt at binding er avgjørende for virksomheten. Med incentivordninger siktes det til andre ordninger og goder som skal gjøre det attraktivt for arbeidstaker å bli i virksomheten. Eksempel er bonuser, opsjoner, gode ferie- eller pensjonsordninger og lignende. Der bindingen mest sannsynlig kunne vært unngått med bruk av incentivordninger, taler dette i mot at vi er passert den nedre grense for hva som kan anses som behov.

Et ønske om å binde der det ikke foreligger behov vil ikke anses som legitimt, og derfor fort stemples som ugyldig ut i fra de sterke arbeidsrettslige hensyn som her vil gjøre seg gjeldende ved krysning av avtaleretten. Behovsmomentet under rimelighetsvurderingen vil således kunne være en absolutt skranke for bindingsavtaler.

3.3.7 Balanse

Et annet viktig moment ved urimelighetsoverprøvingen etter § 36 er hvorvidt avtalen er gjensidig bebyrdende. Det må foreligge motytelser som gjør arbeidstakers binding rimelig.

I Arbeidsmiljølovens kommentarutgave er det i denne sammenheng lagt vekt på hvorvidt arbeidstaker oppnår noe utover det ordinære i et ansettelsesforhold.⁶³ Momentet har således en side til det generelle avtalerettslige prinsippet 'ytelse mot ytelse'.

Binding kan få stor betydning for arbeidstaker. Det tilbringes mye tid på arbeidsplassen. Arbeidstaker er i bindingstiden avskåret fra å ta arbeid hos andre arbeidstakere og kan således gå glipp av gode muligheter både på karriereplan og økonomisk. Videre står arbeidstaker overfor en risiko for å måtte bli i et arbeidsforhold han ikke trives i, ikke får utviklet seg i, blir låst til bosted i forhold til arbeidsplassens beliggenhet og lignende forhold som ved tiden kan vise seg å slå uheldig ut for han. En avtale som ved inngåelsen fremstod som gunstig, kan utvikle seg til å bli direkte ugunstig. Det er således ikke bare virksomhetens behov for binding som vektlegges ved overprøvingen. Arbeidstakers behov, og i utgangspunktet rett, til fritt å bestemme med hvem- og når han vil inngå og avslutte et arbeidsforhold blir ilagt en betydelig begrensning. Dette må kompenseres.

Utbalanseringen skjer gjerne i form av økonomisk kompensasjon og trygghet, tilbud om kostbar utdanning eller lignende som står i forhold til den tiden arbeidstaker binder seg for. Dersom bindingsavtalens motytelse ligger tett opp mot det arbeidstaker ordinært oppnår i et

⁶³ Fougner mfl, *Arbeidsmiljølovens kommentarutgave* 2013, side 771.

ansettelsesforhold, risikerer arbeidsgiver at avtalen, eller deler av avtalen, blir satt til side som urimelig.

Det er således et visst krav til balanse mellom partenes behov, og en viss balanse mellom positive og negative virkninger. Momentet har til dels en side mot momentet 'partenes stilling' og herunder likeverdighet.

Det vil under balansevurderingen ha betydning hvor store investeringer det er gjort fra arbeidsgivers side. Der det eksempelvis er gitt langvarig fri med lønn ved et fulltidsstudium, kan dette gjøre det rimelig å inngå en bindingsavtale. Er det derimot bare tale om at arbeidsgiver skal dekke kursavgift eller mindre summer ved utdanning, og eksamenslesingen i tillegg skal skje på fritiden, vil det være lite balansert å inngå en bindingsavtale på bakgrunn av dette alene. Dekkes det bare en mindre del av kostnadene bør også dette gjenspeiles i bindingens varighet. NITO, Norges ingeniør og teknologorganisasjon, er opptatt av en kritisk holdning til denne typen binding, da de er en organisasjon som søker å ivareta arbeidstakersiden. Skepsisen til binding har bakgrunn i de konsekvenser det vil ha for arbeidsgiver at det avtales unntak fra arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler. De uttaler at det bare unntaksvis bør inngås avtaler over ett år, og at "bindingstiden normalt ikke bør være lengre enn utdanningens lengde".⁶⁴

Det skal ved rimelighetsvurderingen mindre til for å tilsidesette en ubalansert avtale. Dette påvirkes av de andre momentene i en helhetsvurdering. Er det i tillegg en svakere part som ikke fullt har forstått konsekvensene av hva han har forpliktet seg til, skal det lite til for tilsidesettelse. Motsatt vil det ved store fordeler i motytelsen til arbeidstaker kreves mer for at avtalen skal anses ugyldig. Vilårsstillelse til motytelsene kan få betydning i balansevurderingen, da motytelsene gjerne blir mindre fordelaktige. I alle tilfeller bør motytelsen av partene klart spesifiseres i avtalen av bevismessige hensyn.

I Poppedommen legges det også vekt på gjensidig binding. Den ovenfornevnte bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 15-3, åttende ledd om at det ikke kan avtales lengre oppsigelsestid, herunder også bindingstid, for arbeidstaker enn for arbeidsgiver, trekkes inn som et eget moment i balansevurderingen under § 36. Det blir med andre ord på fordelssiden, motytelsene mot binding, vektlagt av flertallet at Poppe *i tillegg* til store økonomiske fordeler får fordelen av gjensidig bindingstid, som innebærer at han ikke kunne sies opp i perioden bindingstiden varte.⁶⁵ Dette har ikke vært et moment av betydning i rimelighetsvurderinger etter § 36 før dommen.

Å bruke dette som et generelt moment for balanse er imidlertid noe spesielt, da gjensidig bindingstid uansett vil være et minimumskrav forankret i lov, og at avvik fra dette kravet i alle tilfeller må være til gunst for arbeidstaker jf. § 1-9.⁶⁶ At avtalen ikke strider mot annen bestemmelse i lov er vanskelig å anse som et godt argument alene for at bindingsavtalen er rimelig. Det må da være i de tilfeller der bindingen er spesielt fordelaktig for arbeidstaker.

⁶⁴ <http://www.nito.no/Juss-i-arbeidslivet/Jussnyheter/Bindingstid/> (lest 21.03.15).

⁶⁵ Poppedommen avsnitt 49.

⁶⁶ Se redegjørelse over ved punkt 2.4.

Der bindingen er spesielt fordelaktig vil imidlertid problemstillingen sjelden komme på spissen, da arbeidstaker i et slikt tilfelle normalt ikke ønsker seg ut av avtalen. I de tilfeller der arbeidsgiver vil ha satt til side bindingsavtalen som ugyldig, og han argumenterer med at gjensidigheten er særlig fordelaktig for arbeidstaker, vil dette sjelden bli av betydning, da arbeidsgiver starter i motbakke ved at han som regel må regnes som den profesjonelle part og bindingsavtalene tar utgangspunkt i et behov for binding i virksomheten.

Etter Poppedommen kan gjensidighet bli vektlagt under rimelighetsvurderingen og således være en del av rammen for bindingsavtaler, men det er som vist vanskelig å tenke seg tilfeller momentet vil få noen avgjørende betydning.

3.3.8 Konsekvenser ved avtalebrudd

Et annet omdiskutert moment beslektet med balansevurderingen i rimelighetsoverprøvingen av bindingsavtaler er betydningen av konsekvenser ved kontraktsbrudd.

Breibøl kritiserer flertallet i Poppedommen for å ikke legge vekt på at resultatet kan bli ubalansert og således mindre rimelig der arbeidstaker må bryte ut av avtalen kontra der arbeidsgiver bryter ut.⁶⁷

Spørsmålet blir imidlertid om konsekvenser av kontraktsbrudd i det hele kan vektlegges i en vurdering etter avtaleloven § 36.

I bindingsavtalen fikk Poppe sin motytelse i form av aksjer, men avtalen hadde også et forbehold om at disse måtte selges tilbake til kostpris ved avtalebrudd. Breibøl peker på at ”konsekvensen av at Poppe sluttet før fireårsperioden både var at han ikke oppnådde de avtalte fordeler, og i tillegg ble møtt med erstatningskrav i millionklassen”. Resultatet vil etter hennes mening være at en arbeidstaker, som i utgangspunktet har oppnådd lite, i tillegg kan holdes ansvarlig for arbeidsgivers positive kontraktsinteresse. Videre fremheves det av at arbeidsgiver ved avtalebrudd risikerer mindre. Breibøl mener derfor at en nyansert balansevurdering der det også legges vekt på konsekvensen av kontraktsbrudd synes ”(...) mer i samsvar med arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesadgang enn flertallets formalistiske tilnærming (...)”. Rettsanvender bør således ikke behandle en arbeidsrettslig sak med så ren kontraktsrettslig tilnærming.⁶⁸

I en vurdering etter avtaleloven § 36 kan det vektlegges forhold ved avtalens inngåelse, ved selve avtalen og etterfølgende forhold. Det klare utgangspunktet, som også Høyesterett uttrykkelig viser til i avsnitt 49 i dommen, er at det *ikke* skal legges vekt på hva som skjer ved avtalebrudd, da det rører ved selve grunnpilaren i avtaleretten; avtaler skal holdes. Det kan imidlertid på bakgrunn av Breibøls argumentasjon reises spørsmål om det stiller seg annerledes der avtaleretten krysses av arbeidsretten.

⁶⁷ Se Breibøls artikkel i *Tidsskrift for arbeidsrett* vol. 4 nr. 3, side 197 flg. For fullstendig argumentasjon.

⁶⁸ Samme sted, side 197 flg.

Det er lite tvilsomt at de hensyn arbeidsmiljøloven bygger på må få en fremhevet plass i rimelighetsvurderingen etter avtaleloven. Det har de i teori og tidligere underrettspraksis hatt, og det er nå også fremhevet som viktig av Høyesterett i Poppedommen.

Et særlig viktig hensyn er ivaretagelse av arbeidstaker som den presumtivt svakere part og gjensidighet. Breibøl vil ha dette tydeligere frem ved å bla.a ikke ha en så formalistisk tilnærming til avtaleretten.

Etter min mening kan dette likevel ansees tilstrekkelig ivaretatt, da de samme hensyn som Breibøl fremhever i arbeidsretten, i tillegg til å bli ivaretatt andre steder i rimelighetsvurderingen, også gjør seg gjeldende ved vurderinger i avtaleretten. Man kommer således ikke utenom disse selv om rettsanvender skulle velge en formalistisk avtalerettslig tilnærming på dette punkt.

Et tydelig eksempel kommer av forarbeidene til avtaleloven der det uttales at "(...)Det viktigste hensyn bak en generell lempingsregel er å beskytte den svake part i avtaleforholdet mot at den andre part misbruker avtalefriheten ved å utnytte sin sterke avtaleposisjon, sin innsikt og erfaring etc. til å skaffe seg urimelige fordeler på den andre parts bekostning. (...)".⁶⁹ Videre er et av de viktigste prinsippene i avtaleretten prinsippet om ytelse mot ytelse. Ytelse mot ytelse prinsippet har en klar parallell til gjensidighetskravet og balansemomentet vi har i arbeidsretten.

Er avtalen etter avtalerettslige regler på dette punkt gyldig, er begge hensynene Breibøl fremhever således godt ivaretatt. Det er videre enighet både i teori og praksis om at arbeidsrettslige hensyn ellers også kommer inn på siden i vurderingen, om ikke man skal gå så langt som å begynne å legge vekt på resultatet ved avtalebrudd. Å legge vekt på at saken ville stille seg urimelig ved avtalebrudd, ville være med å undergrave selve fundamentet i arbeidsretten om at avtaler skal holdes.

Det kan høres ille ut at arbeidstaker må bli i et forhold han sterkt ønsker seg ut av, men da må man huske at selve avtalen *uten* brudd er regnet som rimelig der dette spørsmålet kommer på spissen. Alle momenter skal således være gjennomgått og vektet på en betryggende måte. Avtalen er gjensidig og balansert slik den står dersom den ikke brytes. Det var forutberegnelig for parten, og det er en begrunnet avtale, inngått frivillig, for en begrenset tidsperiode som alt i alt er rimelig. Konsekvensen er at han må bli i denne rimelige avtalen som han selv har inngått eller ta erstatningsansvaret ved brudd.

Breibøl har et sterkt fokus på at det kan være mange gode grunner for å ønske seg ut av en slik avtale. Det kan jeg være enig i. Over tid kan det som i utgangspunktet fremstod som en god avtale, utvikle seg til å ikke lenger være det beste for arbeidstaker, eller arbeidsgiver for den saks skyld. Men hadde avtalen vært urimelig kunne den blitt satt til side etter § 36, og

⁶⁹ Ot.prp. nr.5 (1982-1983) side 11-12.

siden det også kan legges vekt på etterfølgende forhold, kan avtalen også på bakgrunn av slike settes til side. Det kan tenkes at arbeidstaker blir dødssyk. Da kan avtalen settes til side. Det kan derimot *ikke* tas hensyn etterfølgende forhold av typen som får gresset til å virke grønnere på den andre siden av gjerdet. Dette var nettopp tilfellet i Poppedommen, der Poppe ønsket å starte for seg selv. Der arbeidstaker da bryter ut av bindingsavtalen kan ikke de sanksjoner som i utgangspunktet er der for å holde partene i avtalen, eksempelvis erstatningen, og det forhold at sanksjonene blir skjeve sett i forhold til om det var motsatt part som brøt ut, lede til at avtalen av den grunn blir ugyldig. Avtaleparten må etter min mening bli i avtalen, som han allerede har fått tilstrekkelig kompensasjon for da avtalen står seg som rimelig.

Dersom tiden mot formodning har utviklet seg slik at kompensasjonen ikke lengre skulle være tilstrekkelig, er dette et etterfølgende forhold som skal tas med i en konkret helhetsvurdering på om avtalen *nå* fremstår som rimelig etter § 36.

Riktignok er det et paradoks at arbeidsgiver lettere kan fri seg fra avtalen enn arbeidstaker. Derimot er det viktig å ha i bakhodet at også arbeidsgiver er pliktig til å erstatte arbeidstakers tap, gi opp å få midler tilbake for betalt utdanning, utbetalt stipend og lignende ved avtalebrudd.

Resultatet ved avtalebrudd blir gjerne likevel noe ubalansert. Arbeidsgiver vil også ofte ha bedre forutsetning rent økonomisk for å kunne bryte ut på denne måten. Det er derimot etter min mening ikke nok til å bryte med selve grunnfundamentet i avtaleretten med den risiko at avtaler kan bli stående uten innhold. En slik løsning vil ikke samfunnet være tjent med, da rammene ellers, samlet, fremstår betryggende. Jeg mener derfor at flertallet i Poppedommen gjør klokt i å opprettholde dette så avtalerettslig formalistisk.

En avtalepart, typisk arbeidstaker, har som også fremhevet av Breibøl, en sikkerhetsventil i lempningsreglene ved erstatningsutmåling som følge av et avtalebrudd. Således kan urimeligheten av erstatningsbeløpet til en viss grad gjøres rimelige ved lemping.

Balanse ved kontraktsbrudd har aldri vært, og er heller ikke blitt, et moment som vektlegges ved vurderingen om avtalen er rimelig. Dette stemmer som nevnt også med det flertallet gjør i overfor siterte avsnitt 49.

Det må fortsatt anses som gjeldende rett at konsekvenser av kontraktsbrudd ikke kan vektlegges i en vurdering etter avtaleloven § 36, det utgjør således heller ikke en del av rammene for bindingsavtaler.

3.3.9 Avtaleloven § 36 åpner for lemping og ugyldighet

En ugyldig avtale kan ikke gjøres gjeldende. Ugyldighet er ytterste konsekvens av avtaleloven § 36. Men det er ikke gitt at en avtale som ikke er gyldig slik den står skal settes helt til side.

Dersom en avtale anses som ”urimelig” eller det vil være ”i strid med god forvaltningsskikk å

gjøre den gjeldende”, kan avtalen enten settes til side i sin helhet, eller så kan de deler av avtalen som gjør den urimelig settes til side. Et tredje alternativ er avtalerevisjon der avtalen til dels endres jf. § 36, første ledd.

Valget mellom alternativene vil, på samme måte som urimelighetsoverprøvingen, bero på en helhetsvurdering av den konkrete avtalen. Dersom avtalen delvis skal settes til side, forutsetter det at det lar seg gjøre uten helt å endre avtalens karakter. Den kan fort bli urimelig sett i motparts perspektiv dersom den endres mye fra det innholdet den hadde ved inngåelsen.

Hvor langt man kan gå i å endre en avtale beror på den konkrete avtalen. Dersom den urimelige delen av avtalen lett kan skilles ut, for eksempel enkeltvilkår eller klausuler, er det en god mulighet for å kunne endre avtalen slik at den fremstår rimelig igjen.

Andre ganger er det mer naturlig å endre selve innholdet i enkeltvilkår, klausuler eller i avtalen generelt. Ved bindingstid er det ofte tidsaspektet som kan fremstå urimelig langt sett i betraktning av de andre momentene. En løsning kan da være å gå inn og endre bindingstiden slik at lengden framstår rimelig alle forhold tatt i betraktning. Dette ble også fremhevet som en mulighet av flertallet i Poppedommen. De uttalte i et obiter dictum i avsnitt 50 at det ville ha begrenset betydning at tidsgrensen var overtrådt da konsekvensene ville være at bindingstiden måtte reduseres til rimelig lengde.

Bestemmelsen setter en ramme for bindingsavtaler, der bindingsavtalene er ugyldige slik de er inngått. Hvordan rammen gjør seg gjeldende, herunder om det blir helt eller delvis tilsidesettelse eller endring, vil som vist variere fra situasjon til situasjon ut fra en helhetsvurdering.

4 Avslutning

4.1 Oppsummering

Det finnes typesituasjoner i arbeidsforhold der en avtale om bindingstid kan være ønskelig for begge parter. Men bindingstid har imidlertid også sine betenkeligheter. Spesielt har det i arbeidsretten blitt satt høyt at arbeidstaker som den presumtvt svakere part skal stå fritt til både å inngå arbeidsforhold med hvem han vil og forlate et arbeidsforhold tilnærmet når han vil, innenfor reglene om oppsigelsesfrister.

Oppgaven har særlig fokusert på adgangen til å inngå denne typen bindingsavtaler og rammene for slike avtaler, med andre ord skrankene som påvirker når en slik avtale er gyldig.

Utgangspunktet er at det med bakgrunn i avtalefriheten i norsk rett kan inngås avtaler, såfremt de ikke strider mot norsk lov.

Arbeidsmiljøloven regulerer hverken spørsmålet om adgang eller spørsmålet om rammer for bindingstid, men setter opp et sterkt arbeidstakervern. Loven er fleksibel til tross for at den er preseptorisk til fordel for arbeidstaker jf. § 1-9.

Loven setter imidlertid opp en absolutt begrensning i gjensidighetskravet som følger av § 15-3, åttende ledd. Det kan ikke avtales lengre oppsigelsesfrist for arbeidstaker enn for arbeidsgiver. Ut fra de store likhetstrekk mellom oppsigelsesfrister og bindingstid, da bindingstid i praksis er en veldig lang oppsigelsestid, og alternativet ville blitt en omgåelse av arbeidsmiljøloven, får tilsvarende tankegang anvendelse på bindingsavtaler.

Siden bindingsspørsmålet ikke er regulert direkte i loven, er det i praksis et avvik. Det kommer av arbeidsmiljøloven at et slikt avvik bare kan gjøres gjeldende der det er til gunst for arbeidstaker jf. § 1-9.

I utgangspunktet kan en naturlig forståelse tale for at det må avgjøres i hvert enkelt tilfelle om bindingsavtalen, avviket fra arbeidsmiljøloven, er til gunst. Poppedommen slo imidlertid fast at bindingsavtaler kan inngås. Tankegangen er muligens, som vist, at det sjelden vil være tilfellet at arbeidstaker står uten et reelt valg ved avtaleinngåelsen, og at eventuelle uheldige virkninger av en slik adgang vil fanges opp av rammene, og at det på denne bakgrunn er holdepunkter for å fravike loven til gunst. Dette må etter gjennomgangen ovenfor anees som gjeldende rett frem til det eventuelt foreligger en ny høyesterettsdom på området, som går bort fra en generell adgang til bindingsavtaler med bruk av rammer som skranke.

Avtalelovens § 36 utgjør den viktigste rammen ved bindingsavtaler. Det hele er en konkret helhetsvurdering, der moment, styrke og vekt vil gjøre seg gjeldende ut fra situasjon. Det kan ikke gis noe generelt svar på hverken hvor lang bindingstid som kan aksepteres eller hvor sterkt et moment må gjøre seg gjeldende for at en avtale skal stå seg, men oppgaven har søkt å

kaste lys over hvilke moment som er relevante, hva som er relevant innenfor det enkelte moment og hvordan innholdet i momentene påvirker hverandre.

Den absolutte grense for bindingsavtaler finnes i forbudet mot tvangsarbeid hjemlet i både EMK Art. 4 og Grunnlovens § 93. Som følge av at det som er tvangsarbeid uansett vil være ugyldig etter § 36, gir ikke forbudet noe særlig mer enn ett sikkerhetsnett i form av en ekstra instans for overprøving, der overprøvingsmulighetene er uttømt i Norge, og eventuelt en rettesnor for tolkning av andre bestemmelser, da de nevnte bestemmelsene er Lex superior.

4.2 Kildeliste

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) vedlegg 2.

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

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

Lov 13. Juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

Forarbeider

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 89.

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) side 30.

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) side 11-12.

Rettspraksis

Rt. 2008 s. 1307.

Rt. 2006 s. 420.

Rt. 1990 s. 284.

Underrettspraksis

RG. 2000 s. 262.

LA. 1998 s. 598.

Agder lagmannsrett 4. juni 1999.

Bøker

Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett*, Universitetsforlaget 2013, 3. utgave.

Fougner, Jan mfl., *Arbeidsmiljølovens kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2013, 2. utgave.

Fougner, Jan og Lars Holo, *Arbeidsmiljølovens kommentarutgave*, Universitetsforlaget 2006, 2. utgave.

Giertsen, Johan *Avtaler*, Universitetsforlaget 2011, 4. utgave.

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, Damm 2006, 4. utgave.

Artikler

Breibøl, Camilla Schøyen, "Er det fritt frem for bindingstid i arbeidsforhold? En kommentar til Høyesteretts dom av 7. april 2006", fra *Tidsskrift for arbeidsrett* vol. 4 nr. 3 2007.

Andersen, Kari Bergeius, "Bindingstid og incentivordninger. Hvordan holde på kunnskap virksomheten har investert i?" fra *Tidsskrift for Forretningsjus* 2001.

Evju, Stein, "Oppsigelsesfrister, (u)fravikelighet og bindingstid", fra *Arbeidsrett* 01.02.2011.

Tveberg, Arnulf, "Ny vår for menneskerettighetene i Grunnloven?", publisert på Lovdata.no 12.06.2014.

Internettkilder

Fra Forsvarets hjemmesider:

<https://forsvaret.no/karriere/utdanning/hoyere-utdanning/luftforsvarets-flygeskole/flyger-og-navigatorutdanning>

(lest 22.03.2015).

Fra NITOs hjemmesider:

<http://www.nito.no/Juss-i-arbeidslivet/Jussnyheter/Bindingstid/>

(lest 21.03.2015).

Fra Regjeringens hjemmesider:

<https://www.regjeringen.no/nb/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/innsikt/forslag-om-nye-regler-i-arbeidsmiljolooven-om-konkurranse--og-kundeklausuler-og-rekrutteringsklausuler/id2403904/>

(lest 28.05.2015).