

**«Adgangen til å inngå og gjøre gjeldende
konkurransbegrensende avtaler i arbeidsavtaleforhold.»**

Kandnr: 102

Antall ord (inkl. fotnoter): 37 443

Innholdsliste

Innholdsliste	2
1 Innledning	4
1.1 Oppgavens tema og problemstillinger	4
1.2 Avgrensninger	5
1.2.1 Forholdet til avtalelovens §§ 36 og 38.....	6
1.2.2 Unntaket for virksomhetens øverste leder.....	7
1.2.3 Kompensasjon dersom konkurranseklausul gjøres gjeldende.....	7
1.3 Metode og Rettskildebildet	8
1.3.1 Metode	8
1.3.2 Rettskildebildet	10
1.4 Struktur.....	13
1.5 Lojalitetsplikt i arbeidsavtaleforhold.....	14
2 De konkurransebegrensende klausulenes grunnlag og innhold	17
2.1 Den underliggende spenningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker	17
2.1.1 De særlige hensyn som begrunner rekrutteringsklausuler.....	18
2.2 De konkurransebegrensende klausulenes innholdsmessige skranker.....	20
2.2.1 Konkurransesklausul	20
2.2.2 Kundesklausul.....	28
2.2.2.1 Kundebegrepet.....	31
2.2.2.2 Hva retter den konkrete vurderingen i tilknytningskravet seg mot?	37
2.2.2.3 Andre forretningsforbindelser	39
2.2.3 Rekrutteringsklausul.....	41
2.2.4 Generell kommentar til de innholdsmessige skranker, arbeidstakers valgrett og det lovgivningsmessige.....	42
3 Adgangen til å inngå konkurransebegrensende klausuler.....	46
3.1 Anvendelsesområdet	46
3.1.1 Inngåelsestidspunktet.....	46
3.1.2 Arbeidsgiverbegrepet	51
3.1.2.1 Innsigelse mot begrepsbruken «ansvarsplassering, partsforholdet og delt arbeidsgiveransvar» for bestemmelsene	55
3.1.3 Arbeidstakerbegrepet.....	58
3.1.4 Andre partssammensetninger.....	61
3.2 Øvrige inngåelsesvilkår	63
3.2.1 Skriftlighet.....	63
3.2.1.1 Skriftlighetsvilkåret og særlige bemerkninger i relasjon til tariffavtaler	66

3.2.2 Tidsbegrensningen	70
3.3 Adgangen til å inngå rekrutteringsklausuler	72
4 Adgangen til å gjøre gjeldende konkurransebegrensende klausuler	75
4.1 Adgangen til å gjøre gjeldende en konkurranseklausul	75
4.1.1 Arbeidsgivers særlige behov for vern mot konkurranse	75
4.1.1.1 Bedriftshemmeligheter og knowhow	78
4.1.1.2 Har arbeidstaker faktisk kunnskap.	86
4.1.1.3 Vern mot faktisk konkurranse	89
4.1.2 Nødvendig	92
4.1.3 Vilkår ved oppsigelse eller mislighold fra arbeidsgiver	95
4.2 Kravet til redegjørelse for om klausulene gjøres gjeldende	97
4.3 Adgangen til å gjøre gjeldende en kundeklausul	99
4.4 Adgangen til å gjøre gjeldende en rekrutteringsklausul	99
4.5 Hybrid eller alternative kunde- og konkurranseklausuler	102
5 Oppsummering	106
5.1 Konklusjoner	106
5.2 Funn	108
6 Kilderegister	110
6.1 Lover	110
6.2 Lovforarbeider	110
6.3 Rettspraksis	111
6.3.1 Høyesterettspraksis	111
6.3.2 Underrettspraksis	112
6.3.3 Arbeidsrettens praksis	112
6.4 Litteratur	112
6.4.1 Bøker	112
6.4.2 Artikler	113
6.4.3 Masteroppgaver	113
6.4.4 Rapporter	113
Vedlegg 1	114
Vedlegg 2	114

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstillinger

Tema for denne masteroppgaven er adgangen til å inngå og gjøre gjeldende avtaler med klausuler som etter arbeidsforholdets opphør er konkurransebegrensende. Hovedfokus vil legges på bestemmelsene i arbeidsmiljølovens (aml.) (2005) kap. 14 A.¹

De forskjellige klausulene kategoriseres etter lovens system i tre forskjellige hovedgrupper; Konkurransesklausuler (§§ 14 A-1 til A-3), Kundesklausuler (§ 14 A-4) og Rekrutteringsklausuler (§ 14 A-6).

Kartleggelser utført av Menon i samarbeid med Advokatfirmaet Hjort og analyseselskapet Opinion i forkant av lovendringen viste at «19 [%] av norske virksomheter hadde konkurransebegrensende avtaler i en eller flere av arbeidskontraktene med sine ansatte. 14 % hadde konkurranseklausuler, 9 [%] hadde kundesklausuler og 4 [%] hadde rekrutteringsklausuler» og at «konkurransebegrensende avtaler benyttes innenfor alle bransjer.»²

Lovendringen sikrer arbeidstakere visse minimumsrettigheter og begrenser adgangen til å inngå og gjøre gjeldende konkurransebegrensende avtaler.³ Det kan derfor tenkes at lovendringen har resultert i en mindre utstrakt inngåelse og bruk av klausuler enn tallene Menon-rapporten fremlegger.

Spørsmålene denne oppgaven behandler har stor betydning for alle arbeidsgivere som vurderer å benytte seg av konkurransebegrensende klausuler og for de arbeidstakere som får konkurransebegrensninger gjort gjeldende mot seg og som dermed kan ha et ønske eller behov for å utfordre lovligheten av dette. Oppgaven er også interessant for arbeidsavtalepartenes juridiske representasjon.

Oppgaven tar sikte på å utfordre den juridiske teorien på området og presentere viktige bidrag for å heve den rettslige forståelsen rundt spørsmålene den behandler. Oppgaven tar til orde for en større endring av forståelsen av hva som er gjeldende rett på bakgrunn av at loven ikke kan fravikes til arbeidstakers ugunst jfr. aml. § 1-9. Dette medfører at oppgaven også reiser andre

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. Loven ble tilføyd ved lov nr. 104/2015 (Kap. 14 A).

² Skogli, Borch og Ruge, *Konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold*, 2016 s. 5

³ Prop.85 L (2014-2015) s. 24

problemstillinger knyttet til bestemmelsene ettersom disse ikke er drøftet i den juridiske teorien.

Det er ved inngåelse av disse klausulene to forskjellige partsrelasjoner som er aktuelle. Konkurrans- og kundeklausuler inngås i «avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker» jfr. aml. §§ 14 A-1 og 4. Rekrutteringsklausuler inngås i «avtale mellom arbeidsgiver og andre virksomheter» jfr. aml. § 14 A-6.

Det kan fremheves at det i oppgaven er et skille mellom adgangen til å inngå konkurransebegrensende klausuler og adgangen til å gjøre dem gjeldende. Begge disse overordnede spørsmålene knytter seg til spørsmål om gyldighet. Henholdsvis hvorvidt klausulen er gyldig inngått og hvorvidt det er gyldig at den brukes og dermed får virkninger.

Dette kommer av at reglene retter seg mot to forskjellige tidspunkter. Spørsmålene om inngåelse retter seg naturligvis mot inngåelsestidspunktet av avtalen, for eksempel ved inngåelse av en arbeidsavtale. Spørsmålene om adgangen til å gjøre gjeldende en avtale med en konkurransebegrensende klausul retter seg mot tidspunktet hvor arbeidsgiver beslutter å benytte seg av konkurransebegrensningen i avtalen overfor arbeidstaker.

På bakgrunn av at arbeidstaker kan få sine jobbmuligheter begrenset for en periode kreves det at ytterlige vilkår er innfridd for at arbeidsgiver skal ha anledning til å benytte seg av en inngått klausul. Det finnes derfor tilfeller hvor det har vært adgang til å inngå en avtale med en slik klausul, uten at det er mulig for arbeidsgiver å gjøre den gjeldende.

1.2 Avgrensninger

Ettersom denne oppgaven i all hovedsak retter seg mot det som er av arbeidsrettslig interesse, vil det som faller utenfor området, eller som ikke har særlig relevans for oppgavens tema, ikke drøftes.

Oppgaven vil ikke behandle de generelle avtalerettslige spørsmålene om inngåelse og binding. Et unntak fra dette er redegjørelsen av arbeidstakers valgrett, hvor klausulenes innhold har betydning for om arbeidstaker og arbeidsgiver er bundet eller ei.⁴

⁴ Punkt 2.2.4

Oppgaven vil ikke gå i dybden på saklighetskravet som vilkår ved oppsigelse eller mislighold fra arbeidsgiver.⁵ Dette på bakgrunn av at momentet har nærmere tilknytning til reglene om oppsigelse enn spørsmålene oppgaven behandler.

De neste underpunktene har en viss relevans for oppgaven, men vil bare behandles helt kort slik at sammenhengene i regelverket kommer frem. Dette er en delvis avgrensning begrunnet i oppgavens omfang og innholdet må leses med bakgrunn i at disse ikke går i dybden på spørsmålene.

1.2.1 Forholdet til avtalelovens §§ 36 og 38.

Dette underpunktet vil kort behandle forholdet mellom bestemmelsene i aml. kap. 14 A og avtalelovens (avtl.) (1918) §§ 36 og 38.⁶ Bestemmelsene regulerer bruken av konkurransebegrensende klausuler, henholdsvis i og utenfor arbeidsforhold. Oppgaven vil ikke redegjøre for det nærmere innholdet i avtalelovens bestemmelser.

I forkant av innføringen av aml. kap. 14 A var det bare «avtaleloven § 36 som [satt] skranker for avtaler om kundeklausuler.» Mens det var avtl. § 38 som satt skranker for konkurranseklausuler. En konkurranseklausul kunne «i prinsippet også vurderes, og eventuelt settes til side helt eller delvis, i medhold av avtaleloven § 36.»⁷

Siden aml. §§ 14 A-1 og A-4 er *lex specialis* overfor konkurranse- og kundeklausuler i arbeidsavtaleforhold vil de ha forrang overfor avtl. §§ 36 og 38. Dette begrunnes i at arbeidsmiljølovens bestemmelser gir uttrykk for lovgivers konkrete rimelighetsavveiiinger knyttet til spørsmålene i arbeidsavtaleforhold. Avtalelovens bestemmelser vil først og fremst få betydning dersom klausulen er inngått utenfor et arbeidsavtaleforhold.

Bestemmelsene i avtaleloven har en viss interesse ved at de fanger opp grensetilfellene som faller utenom arbeidsmiljølovens regler. Samtidig vil tidligere og fremtidig rettspraksis knyttet til bestemmelsene kunne tenkes å ha en viss overføringsverdi til reglene i arbeidsmiljøloven.

⁵ Under Punkt 4.1.3

⁶ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer. Loven ble endret ved lov nr. 4/1983 (§§ 36 og 38). Loven ble endret ved lov nr. 104/2015 (§ 38).

⁷ Prop.85 L (2014-2015) s. 15

Tilsvarende vil aml. §§ 14 A-1 og 14 A-4 kunne få utvidet betydning overfor grensetilfellene som fanges opp av avtl. §§ 36 og 38. Særlig i tilfeller hvor det er store likheter i de faktiske forhold og disse tilsier at samme løsning bør brukes også utenfor et arbeidsavtaleforhold. Eksempelvis i relasjon til selvstendig næringsdrivende hvor det ellers er problematisk å legge en utvidet forståelse av ordlyden til grunn. Dette synspunktet vil utdypes nærmere i punkt 3.1.2.

1.2.2 Unntaket for virksomhetens øverste leder

Virksomhetens øverste leder har ved skriftlig avtale anledning til å fraskrive seg vernet etter arbeidsmiljølovens regler i relasjon til kunde- og konkurranseklausuler jfr. aml. § 14 A-5. Eventuelt avkall må etter ordlyden gjøres skriftlig og det må være fastsatt etterlønn. Fraskrivelsen og den fravikende avtalen må være inngått under arbeidsforholdet.

Tilsvarende bestemmelse finnes i aml. § 15-16(2) til stillingsvernet. Praksis knyttet til bestemmelsen og dens forarbeider er dermed også relevante i forhold til aml. § 14 A-5. Avvikende klausuler som inngås med virksomhetens øverste leder må vurderes opp mot avtl. §§ 36 og 38.⁸

Unntaket begrunnes i den inngående innsikt i virksomheten den øverste leder vil kunne ha. Øverste leder sin forhandlingsstyrke er mer likestilt arbeidsgiver sin. Arbeidsgiver sitt behov for vern er mer omfattende overfor denne.⁹

1.2.3 Kompensasjon dersom konkurranseklausul gjøres gjeldende

Arbeidstaker skal etter aml. § 14 A-3(1) kompenseres tilsvarende sitt tidligere arbeidsvederlag fullt opp til 8G og deretter for minst 70 prosent av arbeidsvederlaget over 8G for perioden konkurranseklausulen gjøres gjeldende. 8G utgjør i skrivende stund 798 864 kr. Kompensasjonen kan begrenses til 12G. Det utgjør i skrivende stund 1 198 296 kr.¹⁰

⁸ Prop.85 L (2014-2015) s. 60

⁹ Ot.prp.nr.101 (2001-2002) s. 6

¹⁰ 1G tilsvarer 99 858 kr i perioden 01.05.19-01.05.20 ref. skatteetaten.no

Det er etter aml. § 14 A-3(2) anledning for arbeidsgiver å gjøre fradrag i kompensasjonen «med inntil halvparten av kompensasjonen for arbeidsvederlag eller arbeidsinntekt som arbeidstaker mottar eller opptjener i perioden».

Bestemmelsen er en kan-regel og kan fravikes så lenge dette ikke er til arbeidstakers ugunst jfr. aml. § 1-9.

Spørsmålene knyttet til kompensasjon er gitt grundig behandling i en tidligere masteroppgave.¹¹ En svakhet med denne er imidlertid at den virker å ha oversett aml. § 1-9.

1.3 Metode og Rettskildebildet

1.3.1 Metode

Denne oppgaven vil bygge på en rettsdogmatisk metode.

Hans Petter Graver får i sin artikkel om rettsdogmatikken frem at det kan oppstå metodiske nyanser basert på hva den juridiske metoden skal benyttes til.¹² Han får frem at det vil måtte stilles forskjellige krav til den metode juridiske forskere og juridiske praktikere benytter. Praktikere vil prøve å overbevise rettsanvenderen ettersom det er denne som bedømmer dennes metodebruk. Forskere vil bla. prøve å overbevise forskerfellesskapet, hvor vitenskapssamfunnets strengere vitenskapelige og etiske krav også vil gjelde.

I sin artikkel fremhever han rettsdogmatikken som den primære gren eller sjanger under rettsvitenskapen ettersom denne «ligger nærmest rettsanvendelsen, idet den har som en av sine oppgaver å ta standpunkt til rettsspørsmål.»¹³

Den rettsdogmatiske tilnærmingen har flere formål. Den skal både «formidle kunnskap om hva som finnes av lover, traktater, praksis, litteratur, etc.» og «bidra med egne analyser av området». Disse analysene «kan bestå i utvikling av nye begreper og systematikk, sammenligninger mellom forskjellige områder, kartlegging og avveining av de interesser som berøres av reguleringen av et område, og utprøving av eksisterende eller nye argumenter for

¹¹ Se *Økonomiske sanksjoner ved brudd på konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold* (2017) for dette.

¹² Graver, *Om rettsdogmatikken* (2008) s. 149-150

¹³ *Ibid.* s. 156-157

løsning av rettsspørsmål og anbefalinger til løsninger.» Et tredje formål er å trekke de ytre grenser for hva som er «faglig akseptable rettslige resonnement». ¹⁴

Knut Martin Tande tar i sin artikkel om individuelle valg og vurderinger og gjennom sine forelesninger i faget rettskilde- og metodelære ved UiB til orde for å kvalitetssikre den juridiske argumentasjonen for å optimalisere og styrke den juridiske metoden. ¹⁵

Eksempelvis vil det kunne prege rettsanvenderen sine vurderinger om denne inntar en rettspositivistisk eller pragmatisk grunnposisjon til rettsanvendelsesprosessen.

Vitenskapsidealene tilsier også at det bør benyttes elementer som kvalitetssikrer den juridiske argumentasjonen slik at en gjør de juridiske mest velbegrunnede valg og vurderinger. ¹⁶

Det kan i mange tilfeller være fornuftig å identifisere og tydeliggjøre hvilke spenninger som står mot hverandre i de aktuelle tilfellene for å sikre verdi- og fornuftskoherens i rettssystemet. ¹⁷ Dette skal vi for denne oppgaven se nærmere på allerede i punkt 2.1. En slik tydeliggjøring av hvilke hensyn som står mot hverandre styrker den juridiske argumentasjonen og vil kunne bidra til å ivareta verdi- og fornuftskoherens i rettsreglene. Dette står også sentralt i den rettdogmatiske tilnærmingen.

Et annet metodisk grep som kan foretas er å inkludere og synliggjøre rettsområdet og de særlige hensyn som gjør seg gjeldende på dette området i problemstillingen og i den juridiske argumentasjonen. Dette vil kvalitetssikre den juridiske argumentasjonen. ¹⁸

Det er hovedsaklig vern om arbeidstaker som begrunner de fleste av arbeidsmiljølovens bestemmelser. Formålet er å avbøte de problemer som kan oppstå av at arbeidskraft kan anses som en vare av arbeidsgivere. ¹⁹ At vi står overfor vernebestemmelser kommer tydelig frem av aml. § 1-9 ved at loven ikke kan fravikes til arbeidstakers ugunst.

Dette illustreres også ved at lovgivningen først og fremst tar sikte på å rette pålegg mot og å begrense arbeidsgiveres avtalefrihet og handlingsrom. Det må naturligvis legges stor vekt på ordlyden ettersom det er denne eventuelle begrensninger bygger på slik at reguleringen ikke rammer vilkårlig.

¹⁴ Graver, *Om rettsdogmatikken* (2008) s. 158

¹⁵ Tande, *Individuelle valg og vurderinger* (2011) s. 13-16 og 23-27

¹⁶ Grundighet, helhet, balanse, etterprøvnbarhet og kritisk til egne vurderinger

¹⁷ Tande, *Individuelle valg og vurderinger* (2011) s. 13-16 og 23-24

¹⁸ *Ibid.* s. 16 og 23-24

¹⁹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2017) s. 36

I sammenheng med at en står overfor vernebestemmelser vil en nok kunne lempe noe på kravet til en streng ordlydsforståelse i enkelte tilfeller. Eksempelvis om en utvidet forståelse av ordlyden har støtte i andre rettskilder og en slik forståelse vil bidra til at vernet overfor arbeidstaker gjennomføres. En utvidet forståelse kan nok også legges til grunn for å forhindre omgåelse av regelverket selv om dette kan være mer problematisk. Dette gjelder muligens også tilfellene hvor en utvidet forståelse er nødvendig av bevistekniske hensyn eller for å sikre sammenheng i regelverket. Senere i oppgaven kommer det frem konkrete eksempler på dette.

Det vil, på bakgrunn av at arbeidsgiver pålegges plikter, være mindre naturlig at det legges en utvidet forståelse av ordlyden til grunn i arbeidsgivers favør, dersom dette går på bekostning av arbeidstaker.

1.3.2 Rettskildebildet

Oppgaven problematiserer ikke spørsmålene opp mot EØS-retten men endringer i denne vil kunne få betydning for reguleringen og vil kunne medføre at regelverket må oppdateres. Departementet gir i forarbeidene uttrykk for «at regulering av konkurranse- og kundeklausuler ikke vil ha betydning for Norges forpliktelser etter EØS-avtalen» og at forslaget om rekrutteringsklausuler er «forenlig med EØS-retten».²⁰

Lovtekst er den mest tungtveiende rettskilden for spørsmålene oppgaven behandler. Det er hovedsakelig aml. kap. 14 A, §§ 14 A-1 til A-6 som er i oppgavens kjerne. Også andre bestemmelser i arbeidsmiljøloven vil være aktuelle. Eksempelvis aml. §§ 1-8 og 1-9 hvor førstnevnte er av betydning for å sette grenser for arbeidsgiver- og arbeidstakerbegrepet. Sistnevnte, som vi senere i oppgaven skal se nærmere på, har stor betydning for de ytre grensene for å inngå og gjøre gjeldende konkurransebegrensende klausuler.

Bestemmelsene oppgaven behandler trådte i kraft 1. Januar 2016. Siden 1. Januar 2017 gjelder bestemmelsene også for eldre konkurransebegrensende klausuler, som er inngått før 2016, i arbeidsavtaleforhold. Bestemmelsene var nye og avløste avtl. §§ 36 og 38 i relasjon til konkurransebegrensende klausuler i arbeidsavtaleforhold.

²⁰ Prop.85 L (2014-2015) s. 21

Siden bestemmelsene er såpass nye, foreligger det begrenset med rettspraksis. Fraværet av relevant høyesterettspraksis medfører at det foreligger en viss usikkerhet knyttet til rekkevidden og nyansene ved enkelte vilkår og bestemmelser. Fraværet medfører også at det er aktuelt å trekke frem underrettspraksis hvor dette finnes. Betydningen av underrettspraksis er begrenset, ved at denne har «liten selvstendig rettskildeverdi for overordnede eller sideordnede domstoler», men enkelte avgjørelser kan ha «betydelig argumentasjonsverdi (overbevisningsverdi).»²¹

Den rettspraksis som i dag foreligger fra lagmannsretten, har bare perifer tilknytning til bestemmelsene og spørsmålene. Både LB-2016-173293 og LB-2019-75820 retter seg mot oppsigelsen av et arbeidsforhold. De bidrar dermed lite til å gi et bilde av rettstilstanden.

Førstnevnte inneholder bare en anførsel fra parten A om at en konkurranseklausul er ugyldig som følge av manglende skriftlighet jfr. aml. § 14 A-1(3) og dermed ikke utgjør et avskjedsgrunnlag. Anførselen virker ikke å ha hatt noen betydning for utfallet i dommen og er ikke kommentert av hverken motparten og lagmannsretten.

Sistnevnte inneholder et par interessante utsagn i relasjon til aml. § 1-9 men da i sammenheng med aml. §§ 15-7 og 15-16(2) og ikke i sammenheng med bestemmelsene denne oppgaven behandler.²² Utsagnene trekkes hovedsaklig inn i relasjon til klausulenes innhold.²³

Tidligere og fremtidig rettspraksis knyttet til avtl. §§ 36 og 38 kan ha overføringsverdi i noen tilfeller. Oppgaven behandler pga. avgrensningen ikke dette nærmere.

En kommer, på bakgrunn av mangelen på relevant rettspraksis, ikke utenom at bestemmelsenes ordlyd og dens forarbeider må vies stor oppmerksomhet, slik at en får utførlig redegjort for adgangen til å inngå og gjøre gjeldende konkurransebegrensende klausuler. Forarbeidene er fortsatt såpass nye at de i stor grad vil være oppdaterte og aktuelle.²⁴

Mangelen på relevant rettspraksis medfører også at juridisk teori må vies stor plass i oppgaven. Alex Borch (red.) ga ut boken «konkurransebegrensninger i arbeidsforhold» som tar for seg den helhetlige reguleringen av konkurransebegrensninger på bakgrunn av at Advokatfirmaet Hjort utredet den rettslige situasjonen for Arbeids- og

²¹ Andenæs, *Rettskildelære* (2009) s. 96-97

²² Loven ble endret ved lov nr. 39/2009 (§ 15-7)

²³ Se punkt 2.2.1, 2.2.3, 2.2.4 og 4.5

²⁴ Prop.85 L (2014-2015) og Innst.75 L (2015-2016)

inkluderingsdepartementet i 2008. Boken er dermed godt egnet til å gi gode utgangspunkter for aktuelle rettslige problemer i relasjon til oppgaven.

På bakgrunn av at boken er skrevet av juridiske praktikere vil en styrke med denne være at den er med på å belyse det som gjerne er de mest praktiske problemene. Samtidig er det viktig, på bakgrunn av den rettsdogmatiske tilnærmingen, å ha i mente at målgruppen for boken ikke nødvendigvis er det vitenskapelige juridiske fellesskapet. Det kan dermed tenkes at argumenter vil være farget av eget ståsted, tidligere saker eller erfaringene og standpunktene fra deres eget utredningsarbeid. Det vil dermed være av stor interesse å få utfordre og stille kritiske spørsmål til de standpunkt boken tar til orde for. Hvilket uansett bør være tilnærmingen til all juridisk teori.

Enkelte av spørsmålene som behandles, eksempelvis arbeidsgiver og arbeidstakerbegrepet, bærer preg av mer generell arbeidsrettslig karakter. I relasjon til disse spørsmålene trekkes boken Individuell Arbeidsrett inn, som har et mer generelt preg. Denne er skrevet av Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt.

Til enkelte punkter kommer vi innom problemstillinger knyttet til tariffavtaler og den kollektive arbeidsretten. På dette området er Tron Løkken Sundet, som nestleder i domstolen Arbeidsretten, en fagautoritet. Hans bok Tariffavtalen – Utvalgte emner er godt egnet til å få frem nyanser knyttet til disse problemstillingene.

Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave av Jan Fougner, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen benyttes der denne har aktuelle bidrag til oppgaven. Det er i arbeidet benyttet den digitale versjonen som er à jourført per 1. juli 2019. I den løpende kildehenvisningen vil det bare henvises til hvilken bestemmelse kommentaren retter seg mot ettersom det på nettstedet Juridika ikke oppgis sidetall.

Det samme gjelder for Arbeidsmiljøloven med kommentarer hvor bestemmelsene er kommentert av Henning Jakkheln og Trond Erik Kvalsnes. Her er den digitale versjonen benyttet gjennom Arbeidsrett.no.

Siden de to nevnte lovkommentarer i stor grad bygger på det Borch (red.) sin bok gir uttrykk for og det i relasjon til aml. § 1-9 er mye å utsette på den konkrete behandlingen av spørsmålene, er det av omfangsmessige hensyn ikke mulig å ta inn alle henvisninger til lovkommentarene hvor de bare ukritisk følger Borch (red.) sin linje. Det vil forsøkes å trekke inn de uttalelser som tilfører andre argumenter.

Enkelte artikler har også vært av interesse for denne oppgaven. Artikler av Hans Petter Graver og Knut Martin Tande spilte en rolle for det foregående punktet. Mens Tore Lunde og Harald Irgens-Jensen sine artikler trekkes inn og vurderes opp mot det oppgaven tar til orde for hvor det er anledning til dette.

Det kunne tenkes at den snevre mengden rettspraksis knyttet til disse spørsmålene er et utslag av alternativ konflikthåndtering og at det dannes tilhørende sedvane. Dette er jeg ikke kjent med og stiller meg tvilende til på bakgrunn av at en slik sedvane vil samsvare dårlig med forbrukervern.

1.4 Struktur

Vi har i innledningen vært innom oppgavens tema og problemstillinger, oppgavens avgrensninger, redegjort for rettskildebildet med både de metodiske utgangspunktene oppgaven bygger på og de konkrete rettskildene som behandles i oppgaven.

Det blir i den videre oppbygningen mot oppgavens hoveddel gitt en kort presentasjon av det helt grunnleggende i lojalitetsplikten i avtaleforhold og i arbeidsavtaleforhold.²⁵ Dette vil belyse hvordan problemene (som klausulene søker å avbøte) oppstår mens lojalitetsplikten eksisterer og aktualiseres når denne opphører. Siden de konkurransebegrensende klausuler kan sees på som en forlengelse av lojalitetsplikten i arbeidsavtaleforhold – eller som en del av den helhetlige lojalitetsnormen i arbeidsavtaleforhold – fremstår det som hensiktsmessig at det er dette som danner oppgaven sitt bakteppe. Det er med på å gi en kontekst til det rettslige området vi befinner oss på og til å plassere klausulene i den helhetlige rettslige reguleringen.

I fortsettelsen vil det gis en presentasjon av den underliggende spenningen mellom arbeidsgivere og arbeidstakere sine særlige interesser.²⁶ Lovgivningen bygger på avveininger av disse interessene. Momentene som kommer frem vil ha betydning for resten av oppgaven siden de kan være aktuelle i relasjon til eventuell utfylling, grenseproblematikk ol. Etter at det er redegjort for klausulenes grunnlag vil fokuset dreies mot klausulenes innhold.²⁷

²⁵ Punkt 1.5

²⁶ Punkt 2.1

²⁷ Punkt 2.2

Oppgaven deles deretter opp etter tidspunktene vilkårene retter seg mot. I første del skal vi se på hva som kan være innholdet i konkurransebegrensende klausuler i arbeidsavtaleforhold.²⁸ Punktene som retter seg mot klausulenes innhold er også vilkår som knytter seg til adgangen til å inngå konkurransebegrensende klausuler i arbeidsavtaleforhold. I andre del tar oppgaven for seg vilkårene for om det er adgang til å gjøre gjeldende en konkurransebegrensende klausul.²⁹

Felles for vilkårene er at de kan fravikes så lenge det ikke er til arbeidstakers ugunst jfr. aml. § 1-9, problemstillinger knyttet til dette behandles fortløpende.

1.5 Lojalitetsplikt i arbeidsavtaleforhold

Arbeidsavtaler og tariffavtaler er som andre avtaler underlagt de alminnelige avtalerettslige regler i første kapittel i avtaleloven jfr. avtl. § 1.³⁰ Det gjelder ved avtaleinngåelse og under avtaleforhold et generelt krav til lojalitet mellom avtaleparter jfr. avtl. §§ 33 og 36.

Lojalitetsplikten mellom avtalepartene kommer indirekte til uttrykk gjennom formuleringene «[æ]rbarhed», «redelighet» og «i strid med god forretningsskikk» i henholdsvis Norske Lov (NL) (1687) 5. bok, art. 2 og avtl. §§ 33 og 36.³¹

Det nærmere innholdet i og grunnlaget for lojalitetsplikten presiseres ikke i bestemmelsene. Det følger forutsetningsvis av de avtalerettslige generalklausulene overfor at lojalitetsplikten springer ut av selve avtaleforholdet. Det bør i tilknytning til alle avtaler kunne forventes lojal opptreden mellom avtalepartene. En plikt om dette sikrer at begge avtaleparter får muligheten til å ivareta sine egne interesser gjennom å velge å inngå eller la være å inngå en avtale på et riktig grunnlag.

Lilleholt formulerer den avtalerettslige lojalitetsplikten som at «en kontraktspart til en viss grad må ta hensyn til motpartens interesser, også når dette isolert sett er til ulempe for kontraktsparten selv».³²

Lojal opptreden mellom avtaleparter styrker forutberegneligheten og effektiviteten i avtalelivet ved at en i større grad vil kunne stole på informasjonen som kommer frem. Det vil

²⁸ Kapittel 3

²⁹ Kapittel 4

³⁰ Se også Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 40 til avtl. § 36.

³¹ Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov

³² Lilleholt, *Knops* (2014) s. 263.

samtidig i stor grad virke tvistebegrensende ved at partene selv søker å ivareta hverandres interesser. Samlet vil det altså gi store samfunnsøkonomiske gevinster ved å pålegge lojal opptreden mellom avtaleparter.

Høyesterett viste i *Saga Data* (Rt. 1990 s. 607) til at det «foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold». Det gjelder dermed utvilsomt også en slik lojalitetsplikt mellom avtalepartene i et arbeidsavtaleforhold, altså mellom arbeidsgiver og hver enkelt arbeidstaker.

Det er ikke mulig å gi noen uttømmende liste av alle typetilfeller hvor lojalitetsplikten kan tenkes å være aktuell i arbeidsavtaleforhold – til det er mulighetene for mange. Overfor arbeidstaker kan en gjerne si at lojalitetsplikten har en negativ og en positiv side. Den negative siden er at arbeidstaker under arbeidsforholdet i utgangspunktet ikke har mulighet å utføre handlinger som skader arbeidsgiver sine interesser. Den positive siden er at arbeidstaker plikter å handle for å ivareta arbeidsgiver sine interesser.³³

Avtaleparter er i utgangspunktet selv tjent med å opptre lojalt. Lojal opptreden vil medføre at en oppfattes som en seriøs og anstendig aktør. I forbindelse med noen avtaleforhold vil det likevel kunne oppstå situasjoner hvor det for en avtalepart vil være gunstig å opptre illojalt.

Ettersom lojalitetsplikten mellom partene i stor grad opphører samtidig med avslutningen av arbeidsforholdet, har det vokst frem en praksis med bruk av konkurransebegrensende avtaler. Slike avtaler søker å avhjelpe problemene som oppstår som følge av lojalitetskonflikt.

På bakgrunn av at det gjelder en lojalitetsplikt under arbeidsforholdet gis enkelte arbeidstakere informasjon om kunder, får bygge kunderelasjoner, får tilgang til bedriftshemmeligheter og knowhow. Dette kan i noen tilfeller stille arbeidsgiver i en sårbar posisjon. Denne posisjonen kan utnyttes både under og etter at arbeidsforholdet har opphørt. Det kan derfor være helt nødvendig for enkelte bedrifter å verne seg mot at arbeidstaker utnytter denne kunnskapen. Det kan tenkes tilfeller hvor arbeidsgiver dermed har gjort seg helt avhengig av at det gjelder en lojalitetsplikt mellom partene. Eksempelvis hvor denne risikerer å miste hele sitt næringsgrunnlag.

Arbeidstakere har mulighet til å si opp sin stilling ubegrunnet. I sammenheng med dette fremstår det som fornuftig at arbeidsgivere i noen tilfeller kan verne seg mot konkurranse fra arbeidstakeren i en periode også etter at arbeidsavtaleforholdet har opphørt. Dette gjøres

³³ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2017) s. 244-245

typisk ved at det inntas konkurransebegrensende klausuler i arbeidsavtalen. Slike klausuler kan sees på som en avtalt forlengelse av deler av lojalitetsplikten.

Samtidig bør det være et mål at det unngås å benyttes konkurranseklausuler mot arbeidstakere som ikke utgjør noen trussel for arbeidsgivers næringsgrunnlag. Slik at en ikke unødvendig hindrer mobilitet i arbeidsmarkedet og arbeidstakeres frihet til å skifte arbeid.³⁴

³⁴ Prop.85 L (2014-2015) s. 7

2 De konkurransebegrensende klausulenes grunnlag og innhold

2.1 Den underliggende spenningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker

I arbeidsavtaleforhold som i alle avtaleforhold kan det oppstå motstridende interesser mellom avtalens parter. Dette utfordrer lojalitetsplikten og er egnet til å skape lojalitetskonflikter mellom avtalepartene. Det er dette som i denne oppgaven betegnes som den underliggende spenningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker sine særlige interesser.

Eksempelvis vil en arbeidstaker gjerne ønske å bytte jobb for å skaffe seg bedre lønn og arbeidsvilkår eller for å få helt andre arbeidsoppgaver. Mens arbeidsgiver på bakgrunn av sine egne økonomiske betraktninger gjerne ønsker å forhindre at en kvalifisert arbeidstaker med inngående kjennskap til bedriftshemmeligheter, knowhow og kunder rekrutteres av en konkurrent.

Lojalitetsplikten begrenser arbeidstaker sin mulighet til å handle i konkurranse med arbeidsgiver under arbeidsforholdet. Denne plikten opphører i utgangspunktet ved arbeidsforholdets opphør. Skal lojalitetsplikten gjelde etter dette må den forlenges med grunnlag i avtale eller lov.³⁵

Dette spenningsforholdet aktualiseres ved at arbeidsgivere utformer konkurransebegrensninger som ivaretar deres interesser. Som den sterke part i arbeidsavtaleforholdet vil dette kunne gå på bekostning av arbeidstakere.

I en ansettelsessituasjon vil arbeidstaker kunne være villig til å akseptere omfattende fremtidige konkurransebegrensninger mot at denne får ansettelse. Det sentrale for arbeidstakeren er jo nettopp det å sikre seg en jobb. Arbeidstakeren er dermed i en sårbar situasjon som kan utnyttes.

Arbeidsgivere vil kunne ha flere mulige arbeidstakere å velge mellom. Valgmuligheten for arbeidsgiver vil indirekte kunne tvinge arbeidstaker til å inngå en arbeidsavtale med svært inngripende konkurransebegrensninger. Ved å si nei til avtalen vil arbeidstakeren kunne stå uten arbeid og vil med det være uten mulighet til å forsørge seg selv. Arbeidsgiver risikerer å måtte lete videre etter en annen arbeidstaker som er villig til å akseptere den inngripende klausulen. Dette gir et tydelig bilde av arbeidsgiverpartens fordelaktige forhandlingsituasjon.

³⁵ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2017) s. 251

Arbeidstakergruppen har et stort behov for å vernes mot de mest inngripende konkurransebegrensningene.

Er det ingen begrensninger knyttet til bruk av konkurransebegrensende klausuler vil disse kunne hindre arbeidstaker i å finne seg ny jobb etter at arbeidsforholdet opphører.³⁶ Et totalforbud mot slike klausuler vil på den andre siden kunne hindre arbeidsgiver fra å ivareta sine interesser.

Det er også viktig at hensynet til et sunt arbeidsmarked ivaretas. Dette hensynet vil kunne trekke i retning av både arbeidsgiver og arbeidstaker på bakgrunn av at arbeidsmarkedets tilstand er av betydning for samfunnet som helhet. Ettersom avtalerestriksjonene først og fremst retter seg mot arbeidsgiver og dennes avtalefrihet, er det som argument mot denne at hensynet får størst betydning. For tilfellene hvor hensynet taler for å innskrenke arbeidstakers avtalefrihet vil det ikke være nærliggende å tillegge hensynet særlig vekt på bakgrunn av at aml. § 1-9 åpner for at loven kan fravikes hvor dette ikke er til arbeidstakers ugunst.

2.1.1 De særlige hensyn som begrunner rekrutteringsklausuler

Som forarbeidene fremhever, kjennetegnes rekrutteringsklausuler «ved at de begrenser en avtaleparts mulighet til å rekruttere den andre avtalepartens kolleger eller ansatte.»³⁷

Begrensningene kan tenkes å rette seg mot at egne arbeidstakere vil rekruttere kolleger eller at andre arbeidsgivere rekrutterer ansatte. I hvilken grad det bør være adgang til å benytte seg av rekrutteringsklausuler i slike situasjoner avhenger av vidt forskjellige hensyn.

Egne arbeidstakere vil som regel ha svært nær og gjerne personlig kontakt med sine medarbeidere. Den nære tilknytningen mellom egne arbeidstakere vil kunne resultere i at arbeidsgiver mister mange ansatte samtidig. Dette gjør at arbeidsgiver er sårbar overfor egne arbeidstakere.

Departementet konkluderte i sin behandling av spørsmålene med at de ikke ville «fremme forslag om å regulere rekrutteringsavtaler avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker» på bakgrunn av at «denne typen rekrutteringsklausuler innebærer få, om noen, begrensninger i arbeidstakers frihet til å ta annet arbeid etter at vedkommende har avsluttet sitt

³⁶ Ot.prp.nr.63 (1917) s. 18

³⁷ Prop.85 L (2014-2015) s. 51

arbeidsforhold.»³⁸ Behandlingen av disse må på bakgrunn av at de ikke reguleres gjennom aml. kap 14 A måtte vurderes opp mot avtl. § 36 istedenfor. Dette faller dermed utenfor hva denne oppgaven behandler, men det gjøres noen få bemerkninger til dette senere.³⁹

Det sentrale for oppgaven i relasjon til dette retter seg dermed mot den andre type rekrutteringsklausuler som gjelder mellom arbeidsgiver og andre virksomheter. I slike tilfeller er det flere forhold som vil oppmuntre arbeidsgiver til å avtale restriksjoner i adgangen for andre til å rekruttere egne ansatte.

Det kan for det første dreie seg om oppkjøpssituasjoner hvor en virksomhet gis inngående innsikt i arbeidsgivers drift. I et slikt tilfelle vil arbeidsgiver være sårbar overfor den andre virksomheten ved at denne vil ha mulighet til å kunne overta de beste ansatte istedenfor å kjøpe hele arbeidsgivers virksomhet. Dette gjør seg særlig gjeldende om samtalen om virksomhetsoverdragelse strander.⁴⁰

Tilsvarende vil det være behov for vern av den overtagende virksomhet etter virksomhetsoverdragelsen for å sikre at tidligere arbeidsgiver ikke stjeler tilbake tidligere ansatte. Om dette uttaler forarbeidene at formålet «er å bidra til at den overtagende virksomheten i tiden etter overdragelsen får tid og mulighet til å ta i bruk det som er overtatt ved virksomhetsoverdragelsen, herunder de ansattes knowhow og kunnskaper om driften, og å kunne opprettholde kunde- og forretningsforbindelser.»⁴¹

I disse tilfellene vil den underliggende spenningen mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesser tilsi at det er legitimt at det avtales. Denne ivaretagelsen av arbeidsmarkedet vil både arbeidsgiver og arbeidstaker være tjent med.

Det kan for det andre dreie seg om et tilfelle hvor arbeidsgiver har en generell interesse i å verne seg mot at egne ansatte rekrutteres av andre virksomheter. Det er svært tidkrevende og kostbart å lære opp ansatte og det vil kunne ramme arbeidsgivers virksomhet om egne arbeidstakere rekrutteres av andre. Det er av interesse for arbeidsgiver å begrense konkurransen om egne arbeidstakere for å hindre at lønnsnivået i virksomheten øker.

På bakgrunn av at dette er avtaler hvor arbeidstaker ikke er part i avtalen fremstår det som svært uheldig at deres jobbmuligheter eller konkurransesituasjon kan begrenses på en slik

³⁸ Prop.85 L (2014-2015) s. 52

³⁹ Se punkt 2.2.3

⁴⁰ Prop.85 L (2014-2015) s. 52

⁴¹ Ibid. s. 52-53

måte. Det vil samtidig, på bakgrunn av at avtaler gjerne hemmeligholdes, være svært vanskelig for arbeidstakere å bevise at det eksisterer noen slik rekrutteringsklausul.⁴²

Departementet har gitt uttrykk for at slike avtaler vil være svært inngripende «både overfor arbeidstaker og for arbeidsmarkedet», særlig i mindre bransjer. Og at «hensynet til å sikre mobiliteten i arbeidsmarkedet» taler «for at adgangen til å inngå slike avtaler må være sterkt begrenset.»⁴³

I disse tilfellene virker det som at den underliggende spenningen slår ut annerledes. For arbeidsgiver vil det å kunne bevare egen investering i ansatte og egen økonomiske interesse tilsa at det bør være adgang til å inngå rekrutteringsklausuler. Dette vil stå imot arbeidstakers interesse, hensynet til mobilitet i arbeidsmarkedet og retts tekniske hensyn. Sistnevnte poeng retter seg mot at det vil være umulig å føre kontroll med slike rekrutteringsklausuler. Dette vanskeliggjør at spørsmålene i det hele kan reguleres med annet enn et generelt forbud.

Det fremstår dermed som at det på generelt grunnlag ikke bør være adgang til å inngå rekrutteringsklausuler mellom arbeidsgiver og andre virksomheter. Særlig vil poenget, om at utstrakt bruk av rekrutteringsklausuler vil kunne skade arbeidsmarkedet, være et viktig moment. At arbeidstakere heller ikke er part i slik avtale og det ikke vil være retts teknisk mulig å holde kontroll støtter opp om dette.

2.2 De konkurransebegrensende klausulenes innholdsmessige skranker

De konkurransebegrensende klausulenes innholdsmessige skranker er også å regne som innholdsmessige vilkår knyttet til adgangen til å inngå konkurransebegrensende avtaler. De innholdsmessige spørsmålene er i denne oppgaven skilt ut og behandles separat fra de øvrige inngåelsesvilkårene som behandles i kapittel 3. Dette for å kunne behandle likeartede spørsmål samlet.

2.2.1 Konkurransesklausul

Det følger av aml. § 14 A-1(1) at det med begrepet konkurranseklausul menes en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som «begrenser arbeidstakers adgang» til å «tiltre stilling

⁴² Prop.85 L (2014-2015) s. 52

⁴³ Ibid. s. 52

hos en annen arbeidsgiver» eller «starte, drive eller delta i annen virksomhet» «etter arbeidsforholdets opphør.»

De begrensninger det medfører at avtalen må være inngått mellom arbeidsgiver og arbeidstaker redegjøres det for i punkt 3.1. Ordlyden synes ellers å hjemle tre kriterier som retter seg mot konkurranseklausulens innhold. Avtalen må for det første begrense arbeidstakers handlefrihet. Begrensningene må for det andre kunne gjøres gjeldende for tidsrommet etter arbeidsforholdets opphør. Og for det tredje må disse begrensningene rette seg mot arbeidstaker sin adgang til å arbeide eller engasjere seg i konkurranse med tidligere arbeidsgiver.

At arbeidstakers adgang skal begrenses tilsier etter en alminnelig forståelse at enhver form for hindring eller bare at avtalevilkårene medfører at det blir mindre attraktivt for arbeidstaker å starte i ny jobb. Begrepet er vidtfavnende og det er gjerne naturlig, i relasjon til at vi står overfor vernebestemmelser, at alle begrensninger i arbeidstakers adgang til å utføre konkurransehandlinger vil rammes. Selv om dette kan tenkes å stille seg annerledes om en står overfor en rent symbolsk begrensning som reelt sett ikke kan synes å pålegge noen reell begrensning for arbeidstaker.

Konkurransebegrepet synes ikke behandlet i forarbeidene. Begrepet er vidtfavnende og må nok forstås å ramme enhver form for handlinger som retter seg mot samme marked som arbeidsgiver opererer i.⁴⁴ Innholdet i begrepet må tolkes i sammenheng med avgrensningene loven gir.

Vilkårene knyttet til arbeidstakers konkurransehandlinger må i sammenheng forstås å favne om alle former for tilknytning «som innebærer at arbeidstaker ... engasjerer seg i virksomhet som er i konkurranse med arbeidsgiver».⁴⁵ Formuleringen «stilling» sikter til de «alminnelige arbeidsforhold i arbeidsmiljølovens forstand» mens «starte, drive eller delta i annen virksomhet» retter seg mot øvrig engasjement og tilknytning.⁴⁶ Siste presisering vil typisk være om en arbeidstaker innehar «roller i eller ta engasjement for annen virksomhet i form av styreverv, konsulentoppdrag eller lignende.»⁴⁷

Formuleringen må nok forstås å omfatte alle begrensninger i arbeidstakers frihet til å foreta handlinger i konkurranse med sin tidligere arbeidsgiver. Begrensningene må for arbeidsgiver

⁴⁴ Se også Jakkhehn og Kvalsnes, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, § 14 A-1. *Konkurranseklausuler*, pkt. 2

⁴⁵ Prop.85 L (2014-2015) s. 56

⁴⁶ Ibid. s. 56

⁴⁷ Ibid. s. 56

være begrunnet av at denne har et behov for vern mot konkurranse. Skulle begrensninger være begrunnet i andre forhold vil det ikke være tale om en konkurranseklausul etter disse bestemmelsene.

Dette har sammenheng med at bestemmelsene er utformet for å verne om arbeidstakers handlefrihet og samtidig ivareta arbeidsgivers behov for vern mot konkurranse. Skulle det være andre behov som i realiteten begrunner klausulen vil avveiningen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver sine underliggende interesser ikke nødvendigvis være hensiktsmessig regulert av bestemmelsen. I et slikt tilfelle bør klausulen heller vurderes mot generalklausulen i avtl. § 36.

Borch (red.) tar til orde for at også klausuler som begrenser arbeidstakeres adgang til å «søke på andre stillinger i en periode vil kunne regnes som en konkurranseklausul». ⁴⁸ På bakgrunn av at en slik klausul rent faktisk begrenser adgangen til å tiltre stilling. De påstår videre å ha dekning for dette i forarbeidene: «Arbeidsgiver kan ikke gjennom en konkurranseklausul eksempelvis begrense arbeidstakers adgang til å inngå arbeidsavtale med ny arbeidsgiver, såfremt tiltredelsen først skjer etter utløpet av konkurranseklausulen.» ⁴⁹ De hevder med andre ord at arbeidsgiver ikke vil ha et særlig behov for å hindre dette og at det dermed ikke vil være adgang til å gjøre klausulen gjeldende.

Jeg stiller spørsmål ved dette ettersom jeg mener at det heller ikke vil være mulig å inngå en slik klausul. Det er klart at en klausul som beskrevet vil være konkurransebegrensende i den forstand som Borch (red.) legger til grunn ved at den rent faktisk forhindrer tiltredelse i ny stilling og de etterfølgende konkurransehandlinger.

Bestemmelsen er slik jeg ser det ment å regulere alle konkurranseklausuler som kan inngås i arbeidsforhold. Det er det derfor mer naturlig å se det som at bestemmelsen også setter materielle innholdsmessige skranker for hvilke konkurransebegrensende klausuler som kan avtales i et arbeidsforhold.

En kan, etter mitt skjønn, antitetisk slutte fra bestemmelsen at det ikke er anledning til å avtale konkurransebegrensninger som beskrevet i eksempelet over, på bakgrunn av at dette retter seg mot andre handlinger enn konkurransehandlinger fra arbeidstakeren sin side. Slik jeg ser det faller dette tilfellet utenfor hvilke handlinger begrensningene kan rette seg mot. Å søke på ny

⁴⁸ Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold (2016) s.134 og bemerkninger til dette s. 189-190*

⁴⁹ Prop.85 L (2014-2015) s. 56

jobb hos en konkurrent er ikke en handling som foretas i konkurranse med egen arbeidsgiver – selv om denne kan lede til konkurransehandlinger.

Det er tiltredelse eller annen involvering i slik virksomhet som igangsetter konkurransehandlinger i konkurranse med tidligere arbeidsgiver. Jeg mener derfor at en avskjæring av muligheten til å inngå denne klausulen gir bedre harmoni overfor både ordlyden og forarbeidsuttalelsen.

At bestemmelsen har slike innholdsmessige skranker virker også å forutsettes av departementet i forarbeidene ettersom grensevurderingene – hva det er som kan og hva det er som ikke kan inngås – gis oppmerksomhet i deres behandling.⁵⁰

Begrensningen arbeidsgiver i Borchs (red.) eksempel forsøker å påføre arbeidstaker er begrunnet i konkurransehensyn – ettersom formålet med begrensningen er å forhindre konkurranse – som jo også Borch (red.) er inne på.

Forarbeidene gir uttrykk for at det er begrensninger som er «begrunnet i konkurransehensyn som omfattes» av reguleringen.⁵¹ Bestemmelsen regulerer altså tilfellene knyttet til eksempelet siden disse er begrunnet i konkurransehensyn. Eksempelet til Borch (red.) strider derimot med de avgrensningene ordlyden gir anvisning på ved at den for arbeidstakeren rammer andre handlinger enn konkurransehandlinger.

Videre gir forarbeidene uttrykk for at også begrensninger «som er begrunnet i andre hensyn, for eksempel allmennhetens tillit til forvaltningen, er således ikke omfattet av reguleringen.»⁵² Knyttet til rekkevidden av den siste uttalelsen har Jakkhehn og Kvalsnes interessante bemerkninger. Eksempelvis at regelverket vil få anvendelse hvor «staten, kommune eller fylkeskommune driver næringsvirksomhet».⁵³ Dette fremstår naturlig ettersom disse også bunner i konkurransehensyn, men da også med de samme begrensninger knyttet til hvilke av arbeidstakerens handlinger som kan begrenses.

Dette medfører at klausuler, som sett fra arbeidsgivers sted er begrunnet i konkurransehensyn, er de klausuler som lovgiver har ment å ramme med reguleringen. Men dette betyr ikke at alle slike klausuler vil omfattes av den definisjonen lovgiver har stilt opp slik som Borch (red.) legger til grunn. En klausul, som tidligere beskrevet, vil på bakgrunn av at den ikke retter seg

⁵⁰ Prop.85 L (2014-2015) s. 56

⁵¹ Ibid. s. 56

⁵² Ibid. s. 56

⁵³ Se Jakkhehn og Kvalsnes, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, § 14 A-1. *Konkurranseklausuler*, pkt. 2

mot konkurransehandlinger, ikke oppfylle de innholdsmessige skrankene og bør dermed ikke kunne inngås – men den rammes altså fortsatt av reguleringen.

Trekker en linje til lojalitetsplikten som gjelder under arbeidsforholdet lar klausulen i eksempelet seg vanskelig forenes med denne. Som det ble presisert innledningsvis kan bruk av slike klausuler sees på som en forlengelse av deler av lojalitetsplikten til å gjelde også etter arbeidsforholdets opphør. Til forskjell går klausulen i eksempelet mye lenger.

Et annet poeng er at den underliggende spenningen er ulik ved at det den rammer andre handlinger enn konkurransehandlinger. Bestemmelsen er dermed ikke nødvendigvis heller egnet til å regulere tilfellet dersom en er uenig i den antititetske slutningen. Legger en dette til grunn må nok tilfellet vurderes mot avtl. § 36.

Tore Lunde legger, i sin artikkel, til grunn at konkurranseklausuler som ikke oppfyller «kriteria som omtalt ovanfor, er ikkje underlagt kapittel 14A, og må vurderast etter avtalelova § 38» uten å begrunne standpunktet nærmere.⁵⁴ Av artikkelen er det uklart om dette retter seg mot rammene av et arbeidsforhold eller om det også retter seg mot de innholdsmessige skrankene som begge behandles i artikkelen hans. Artikkelen hans retter seg hovedsakelig mot grunnvilkåret om arbeidsgivers «særlige behov for vern mot konkurranse».

Etter at jeg ba Lunde om å klargjøre hva han i artikkelen siktet til med formuleringen presiserer han at den «må leses med avsnittet rett foran», altså bare til kriteriene om at det må ligge «innenfor rammen av et arbeidsforhold».⁵⁵ I et slikt tilfelle deler jeg hans oppfatning om at det naturlig at klausulene behandles etter avtl. § 38.⁵⁶

En kunne gjerne tatt til orde for at forarbeidene uansett hjemler dette forbudet – men det vil av forutberegnelighets- og legitimitetsbetraktninger være uheldig å la forarbeider alene hjemle et inngrep i arbeidsgivers avtalefrihet.

Men så kommer poenget som Borch (red.) i sin behandling kan synes å ha oversett eller undervurdert rekkevidden av. På bakgrunn av at vi befinner oss på arbeidsmiljølovens område gjelder aml. § 1-9, det er dermed ikke anledning til å fravike loven «til ugunst for arbeidstaker». En får med det også fremhevet viktigheten av å benytte seg av

⁵⁴ Lunde, *Arbeidsgiver sitt «særlige behov for vern mot konkurranse»* (2016) s. 256

⁵⁵ Se vedlegg 2.

⁵⁶ Se punkt 3.1.1

kvalitetssikrende grep i den juridiske metoden. Uten disse kan en relativt enkelt overse det som egentlig er så grunnleggende.

Jakkheln og Kvalsnes er tause om problemstillingen selv om de virker å trekke andre slutninger med støtte i aml. § 1-9 uten at de uttrykkelig hjemler det i denne: «slik at arbeidstaker betinger seg bedre vilkår enn det de lovbestemte normalregler tilsier».⁵⁷

Borch (red.) trekker frem det samme helt innledningsvis i sin behandling av konkurranse- og kundeklausuler, men uttaler seg bare helt generelt om forholdet til aml. § 1-9.⁵⁸ Den etterfølgende behandlingen, av spørsmålene rundt konkurranseklausuler, virker ikke å ha tatt innover seg betydningen aml. § 1-9 har for disse. Argumentasjonen i boken bygger på en forutsetning om at det som faller utenfor bestemmelsens definisjoner ikke kan sies å være regulert av arbeidsmiljøloven, og at klausuler som avviker fra bestemmelsen derfor ikke kan sies å fravike loven til ugunst for arbeidstaker. Etter deres forståelse medfører dette at det som faller utenfor bestemmelsen i utgangspunktet er tillatt og heller må vurderes opp mot avtl. §§ 36 eller 38.

Dette gir, slik jeg ser, det ikke mening. Bestemmelsen har, slik jeg forstår den, i sammenheng med forarbeidene ikke ment å definere hva innholdet i en konkurranseklausul er, med den virkning at det som faller utenfor ikke er regulert av loven.

Med reguleringen tar lovgiver sikte på å regulere hvilke klausuler som kan inngås i et arbeidsforhold. Etter mitt syn gir derfor bestemmelsen uttrykk for grensene i avtalefriheten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker i relasjon til konkurranseklausuler. Klausuler som ikke samsvarer med ordlydens begrensninger, må derfor kunne sies å fravike loven ved at en slik klausul forutsetter en videre definisjon.

Til inntekt for dette kan det vises til en godt gjemt forarbeidsuttalelse knyttet til plasseringen av bestemmelsene: Formålet med lovforslaget «er å sikre arbeidstaker visse minimumsrettigheter og å begrense adgangen til å inngå konkurransebegrensende avtaler» og at dette sikres «gjennom de materielle bestemmelsene ... og gjennom at bestemmelsene ved plassering i arbeidsmiljøloven ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker» jfr. aml. § 1-9.⁵⁹

Uttalelsen viser at lovgiver forutsetter at bestemmelsene gir uttrykk for materielle skranker ettersom dette er den eneste måten disse vil kunne sikre at adgangen til å inngå

⁵⁷ Jakkheln og Kvalsnes, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer, § 14 A-1. Konkurranseklausuler*, pkt. 3

⁵⁸ Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold (2016)* s. 130 og 187 (for kundeklausuler)

⁵⁹ Prop.85 L (2014-2015) s. 24

konkurransbegrensende avtaler begrenses. For det andre viser den at sammenhengen med aml. § 1-9 var gjennomtenkt og ment å sikre at lovformålet gjennomføres.

Dette virker også å forutsettes av arbeidsgiversidens høringsinnspill: «Arbeidsgiversiden er dessuten særlig kritiske til den foreslåtte rettsvirkningen om at konkurranse- og kundeklausuler som er i strid med loven skal anses ugyldige i sin helhet.»⁶⁰

Lunde kommenterer i sin artikkel ikke betydningen og rekkevidden av aml. § 1-9. Jeg har i min epostkorrespondanse med ham blitt forelagt utdrag fra et prosjekt han arbeider med. Dette berører disse spørsmålene og jeg har fått tillatelse til å gjengi dette. Her legger han til grunn at «[k]lausuler som går lengre enn det som kapittel 14 A opnar for, vil ikkje kunne gjerast gjeldande overfor arbeidstakeren» og at «[k]onkurransesklausuler som avtaler seg vekk frå plikta til å betale kompensasjon, vil vere ugyldige, jf. aml. § 1-9.»⁶¹ Han presiserer ellers at han ikke har noe å innvende mot resonnementet mitt.

Det kan nok tas til orde for at lovgiver har valgt en uheldig formulering av ordlyden om en ser på denne isolert sett. Men i sammenheng vil bestemmelsene, etter mitt skjønn, ikke kunne forstås på den måten som Borch (red.) tar til orde for.

På bakgrunn av dette synes det å være forbudt å avtale klausuler som begrenser arbeidstakers mulighet til å søke jobber etter arbeidsforholdets opphør jfr. aml. §§ 14 A-1 og 1-9. Slike klausuler vil kunne sies å fravike loven til ugunst for arbeidstaker ettersom det må stilles opp videre formuleringer enn det arbeidsmiljøloven gir anvisning på.

For klausulene som faller utenfor de innholdsmessige skrankene er det nok i utgangspunktet vurderingen om disse er til arbeidstakers gunst eller ei som er avgjørende for om slike kan inngås eller ikke jfr. aml. § 1-9.

Lagmannsretten virker også å legge denne forståelsen til grunn med sin generelle uttalelse om at det for «avtaler i arbeidsforhold, vil ufravikelige bestemmelser i arbeidsmiljøloven kunne komme inn som momenter og rammer ved tolkningen, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9». Mer konkret uttaler de også at «Ard Group (er) bundet av avtalen om etterlønn så lenge A velger den.»⁶² Dette på tross at det i utgangspunktet ikke var anledning til å avtale etterlønn mot fraskrivelse av stillingsvernet for A etter arbeidsmiljølovens regler.

⁶⁰ Prop.85 L (2014-2015) s. 10

⁶¹ Se vedlegg 2.

⁶² LB-2019-75820

Tilfellet gjaldt avtalt etterlønn ved fraskrivelse av stillingsvernet for en arbeidstaker som ikke var virksomhetens øverste leder og avtalen var dermed i strid med aml. § 15-7, jfr. §§ 1-9 og 15-16(2). Lagmannsretten konkluderte i tilfellet med at kravet på etterlønn var falt bort som følge av at en betinget rekrutteringsklausul var brutt. Som vi skal se på i punkt 2.2.3 kan rekrutteringsklausuler inngås med arbeidstaker.

En kan nok for tilfellet problematisere at lagmannsretten rent faktisk har landet på et fullstendig bortfall av en arbeidstakers stillingsvern uten at vedkommende har et krav i behold på noen som helst form for etterlønn for dette. Det fremstår som paradoksalt at hele etterlønnen skulle bortfalle (istedenfor en delvis lemping av etterlønnens størrelse) all den tid arbeidstakeren i avtale med arbeidsgiver rent faktisk har gått med på å fraskrive seg sitt stillingsvern. Men dette faller utenfor hva denne oppgaven behandler, selv om det er egnet til å så tvil om verdien av de nevnte uttalelser.

Dommens generelle uttalelse passer i relasjon til spørsmålene vi behandler godt inn i den forståelsen av rettstilstanden jeg tar til orde for. Dommen kan nok også tas til inntekt for at det gjelder en valgrett for arbeidstaker til ugunstige klausuler. Selv i et tilfelle hvor det må sies at resultatet av dens selvbestemmelse er svært dårlig. Det må også fremheves at underrettspraksis har svært begrenset rettskildevekt så en skal være forsiktig med å være for bastant i relasjon til dette.

Lagmannsretten fremhever for sitt tilfelle at det er «sikker rett at bestemmelsen må forstås antitetisk».⁶³ Eventuell uenighet i relasjon til vårt spørsmål må altså eventuelt rette seg mot om bestemmelsene vi behandler ikke skal forstås antitetisk.

På bakgrunn av at de nevnte autoritative rettskildene i sammenheng tilsier at bestemmelsene må forstås antitetisk og denne forståelsen har god dekning i forarbeidene må følgelig dette bli konklusjonen. Selv om en gjerne kan trekke frem den usikkerhet som alltid vil foreligge i forbindelse med eventuell domstolsbehandling og en uheldig ordlyd. Det vil gås mer i dybden på disse spørsmålene i punkt 2.2.4.

⁶³ LB-2019-75820

2.2.2 Kundeklausul

Det følger av aml. § 14 A-4(1) at det med begrepet kundeklausul menes en «avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker» som «begrenser arbeidstakers adgang til å kontakte arbeidsgivers kunder» «etter arbeidsforholdets opphør».

De begrensninger det medfører at avtalen må være inngått i «avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker» redegjøres det for i Punkt 3.1. En alminnelig forståelse av ordlyden synes ellers å hjemle to kriterier for avtaleinnholdet for at det skal kunne regnes som en kundeklausul. Begrensningen må, som for konkurranseklausuler, rette seg mot å regulere forholdet mellom partene i tidsrommet etter arbeidsforholdets opphør. Samtidig må begrensningene rette seg mot arbeidstaker sin mulighet til å ta kontakt med tidligere arbeidsgiver sine kunder.

Å «begrense arbeidstakers adgang» synes etter en alminnelig forståelse å favne om enhver form for forbud mot å ta kontakt med tidligere kunder. Også at kundekontakt gjøres mindre attraktivt for arbeidstaker, eksempelvis at vedkommende ilegges en eller annen form for gebyr for å ta kontakt, vil inngå i en slik forståelse. Begrepet er formulert vidt og det er nok naturlig, ettersom vi står overfor vernebestemmelser, at alle begrensninger rammes. Dette kan tenkes å stille seg annerledes om en står overfor en begrensning av rent symbolsk karakter og som reelt sett ikke kan sies å være noen reell begrensning.

Formuleringen «å kontakte» synes å forutsette at det er arbeidstaker sine aktive handlinger mot arbeidsgivers kunder som er ment å omfattes. Ordlyden synes derfor å skille ut tilfellet hvor det er arbeidsgivers tidligere kunder som initierer kontakt.

Forarbeidene gir også tydelig uttrykk for dette: «En arbeidstaker vil derfor ikke være forpliktet til å avvise en kunde som selv tar kontakt med arbeidstakeren.»⁶⁴ Dette har sammenheng med at kundeklausuler ikke er ment, og heller ikke indirekte bør kunne rette seg mot, kundens mulighet til fritt å velge den tjenestetilbyder eller leverandør som denne anser som den beste til å ivareta sine behov. I dette tilfellet vil kunders behov for valgfrihet trumfe arbeidsgiver sitt behov for vern – selv om dette kan medføre visse bevismessige utfordringer.⁶⁵

Borch (red.) er kritisk til lovgivningsteknikken som er benyttet for tilfellet og påstår at «dette i utgangspunktet klare standpunktet ikke komme[r] særlig klart til uttrykk i lovteksten.» Ved

⁶⁴ Prop.85 L (2014-2015) s. 59

⁶⁵ Ibid. s. 43

dette «har lovgiver oppnådd at klausuler som forbyr bistand til kunder som selv tar kontakt, etter ordlyden ikke skal regnes som kundeklausuler etter arbeidsmiljøloven § 14 A-4.»

Konsekvensen er ifølge Borch (red.) «ikke at slike klausuler blir forbudt, men at de ikke reguleres av § 14 A-4.»⁶⁶ Det samme gir Fougner, Holo, Sundet og Thorkildsen uttrykk for; «vil avtaler som faller utenfor definisjonen i § 14 A-4 første ledd og heller ikke omfattes av definisjonen i § 14 A-1 trolig måtte vurderes etter avtaleloven §§ 36 og 38.»⁶⁷

Jakkheln og Kvalsnes stusser mer over dette, men finner heller ikke den avgjørende sammenhengen: «Dette reiser det prinsipielle spørsmål om gyldigheten av slike avtaler skal bedømmes etter avtaleloven § 36, eventuelt § 38, eller etter arbeidsmiljølovens regler. Problematikken kan ikke ses nærmere drøftet i lovforarbeidene.» «En formålsoverordnet tilnærming og arbeidsmiljølovens preseptoriske karakter tilsier imidlertid at definisjonen av kundeklausuler må tolkes slik at også avvikende avtaler omfattes av arbeidsmiljølovens regler, ikke bare for å fange opp avtaler som innebærer en omgåelse av disse regler, men også fordi det synes å være en gjennomgående grunntanke i lovforarbeidene at formålet med disse bestemmelser har vært å få på plass en gjennomgående regulering av arbeidsgiveres og arbeidstakeres gjensidige stilling med henblikk på kontakter med kunder etter opphøret av et arbeidsforhold.»⁶⁸

Jeg er også her uenig i den forståelsen Borch (red.) legger til grunn. Etter mitt skjønn vil de samme betraktninger som for konkurranseklausuler gjøre seg gjeldende.⁶⁹ Nemlig at reguleringen setter rammer for de kundeklausuler som kan inngås i arbeidsforhold. På grunnlag av dette mener jeg at det også her må være mulig å trekke antitetiske slutninger på bakgrunn av aml. § 1-9 og med støtte i forarbeidene for at en klausul som beskrevet ikke vil kunne inngås.

Forarbeidene snakker også her om hva som «kan begrenses med en kundeklausul» og hva som ikke kan begrenses med en kundeklausul.⁷⁰ Bestemmelsen gir slik jeg leser dette anvisning på materielle skranker. Denne bestemmelsen setter også, slik jeg ser det, innholdsmessige rammer for hvilke kundeklausuler som kan inngås i arbeidsforhold.

⁶⁶ Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold (2016)* s.191

⁶⁷ Fougner, Holo, Sundet og Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven, lovkommentar, § 14 A-4. Kundeklausuler*

⁶⁸ Jakkheln og Kvalsnes, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer, § 14 A-4. Kundeklausuler, pkt. 1*

⁶⁹ Se punkt 2.2.1

⁷⁰ Prop.85 L (2014-2015) s. 59

Til inntekt for dette kan det også vises til den allerede nevnte forarbeidsuttalelse knyttet til plasseringen av bestemmelsene som ga uttrykk for at: Formålet med lovforslaget «er å sikre arbeidstaker visse minimumsrettigheter og å begrense adgangen til å inngå konkurransebegrensende avtaler» og at lovformålene sikres «gjennom de materielle bestemmelsene ... og gjennom at bestemmelsene ved plassering i arbeidsmiljøloven ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker» jfr. aml. § 1-9.⁷¹

Uttalelsen må, slik jeg ser det, forstås som at lovgiver forutsetter at bestemmelsene gir uttrykk for materielle skranker. Dette er den eneste måten adgangen til å inngå konkurransebegrensende klausuler, herunder kundeklausuler, vil begrenses. Samtidig viser den at sammenhengen med aml. § 1-9 var tilsiktet og ment å bidra til å sikre at formålene med loven gjennomføres.

Denne forståelsen forutsettes også som nevnt av arbeidsgiversidens høringsinnspill.⁷²

Alex Borch har gitt meg tilgang til en epostutveksling de i anledning boken sin hadde med departementet v/Eirik Hognestad under lovarbeidet. Her gir Hognestad, i klartekst, uttrykk for at «formålet med bestemmelsen (er) å oppstille rammene for hvilke type handlinger en kundeklausul kan forby.» Nærlig «å positivt oppstille hvilke begrensninger en kundeklausul kan pålegge arbeidstaker.» Før han legger til at det «er også vår forståelse at en kundeklausul med et videre anvendelsesområde ... gjerne vil være til ugunst for arbeidstaker og dermed også i strid med aml. § 1-9.» Departementet mente altså i lovarbeidet at «det derfor ikke er nødvendig å presisere» hva en kundeklausul ikke kan forby i bestemmelsen.⁷³

For ordens skyld, nevner jeg også at Eirik Hognestad har gitt meg tillatelse til å gjengi og vedlegge nevnte epostutveksling. Selv om en epostutveksling med en saksbehandler for departementet ikke har noen selvstendig rettskildevækt, mener jeg denne er egnet til å støtte opp under den forståelse av bestemmelsene i sammenheng jeg presenterer. Jeg vil fremheve at departementet i forarbeidene også gir uttrykk for den samme forståelse og sammenheng som denne oppgaven gjør. Det er altså ikke en legaldefinisjon vi står overfor, men at bestemmelsene heller gir anvisning på et anvendelsesområde.

⁷¹ Prop.85 L (2014-2015) s. 24

⁷² Ibid. s. 10

⁷³ Se vedlegg 1.

Forarbeidsuttalelsen om at det er et «selvstendig poeng at reglene som foreslås for kundeklausuler langt på vei bygger på reglene om konkurranseklausuler» kan tas til inntekt for at reguleringen i relasjon til kunde- og konkurranseklausuler må forstås på samme måte.⁷⁴

Et poeng som heller ikke blir nevnt av Borch (red.) er at en klausul som indirekte innskrenker kunders valgfrihet ikke bygger på den samme underliggende spenningen som de spørsmål aml. § 14 A-4 kan brukes til å løse. Bestemmelsen bygger ikke på og avveier ikke hensynet til kunders valgfrihet opp mot arbeidsgivers behov for vern mot konkurranse. Den bygger som tidligere nevnt på avveiningen mellom arbeidsgiver og arbeidstakers interesser. Det er etter mitt skjønn en bedre løsning at det er avtl. § 36 som slike spørsmål eventuelt må løses etter, om man er uenig i den antitetiske slutningen som legges til grunn.

Vil en utdype poenget enda mer, kan en trekke frem at en klausul som beskrevet i realiteten vil innskrenke tredjepersoners handlefrihet uten at disse selv er part i avtalen. Et tredje poeng er at en slik klausul i realiteten innskrenker den nye arbeidsgivers næringsgrunnlag – uten at denne er part i avtalen. Et fjerde poeng er at kunden enkelt vil kunne videresendes til en annen arbeidstaker hos den nye arbeidsgiveren – selv om disse muligens vil være begrenset solidarisk som følge av avtalen. Det fremstår for meg som klart at spørsmålene en slik klausul reiser har dimensjoner aml. § 14 A-4 ikke er egnet til å løse.

Jeg har på bakgrunn av min foregående redegjørelse, i motsetning til Borch (red.), lite å utsette på det rent lovgivningstekniske. Jeg vil utdype mine poenger rundt dette senere.⁷⁵

Konklusjonen er altså at aml. § 14 A-4 jfr. aml. § 1-9 gir anvisning på materielle begrensninger i adgangen til å inngå kundeklausuler. Det er dermed bare tilfellene hvor fravikelse ikke er til arbeidstakers ugunst at de innholdsmessige grensene kan fravikes.

2.2.2.1 Kundebegrepet

Til slutt oppstår spørsmålet om hvem som er ment å omfattes av kundebegrepet i bestemmelsen.

En alminnelig forståelse av formuleringen «arbeidsgivers kunder» er de medkontrahenter som er på den mottakende side – enten dette er tjenestemottakere eller kjøpere av arbeidsgivers

⁷⁴ Prop.85 L (2014-2015) s. 24

⁷⁵ Se punkt 2.2.4

produkter. I utgangspunktet virker dermed leverandører og andre samarbeidspartnere å falle utenfor hva det kan avtales kundeklausuler om.

Det kan etter ordlyden muligens også settes en grense mot mulige kunder.⁷⁶ Disse må i utgangspunktet kunne sies å ikke inngå i en alminnelig forståelse (i hvert fall ikke i en snever forståelse) av bestemmelsens kundebegrep. Dette vil kunne medføre at arbeidsgiver for å eventuelt verne om sine mulige kunder må ty til andre virkemidler enn kundeklausuler.

Et unntak kan tenkes, sett i sammenheng med aml. § 14 A-4(2), for mulige kunder som arbeidstaker på vegne av arbeidsgiver har hatt omfattende og tett kontakt med under arbeidsforholdet. Gjerne ved omfattende forhandlinger el. Dette grensetilfellet vil vernes av lojalitetsplikten som gjelder under arbeidsforholdet. For tiden etter arbeidsforholdets opphør vil en konkurranseklausul kunne verne arbeidsgiver mot konkurrerende handlinger overfor mulige kunder – men denne vil ikke kunne gjøres gjeldende av arbeidsgiver utelukkende med den tidligere forhandlingssituasjon med en mulig kunde som bakgrunn.

Det er, så vidt meg bekjent, ingenting i rettskildene som tilsier at det ikke er mulig med alternative måter å verne om sine behov for. Nettopp derfor vil en slik valgfrihet i inngåelsessituasjonen kunne sies å styrke både arbeidsgivers muligheter til å verne seg selv – samtidig som dette vil tillate arbeidsgiver å velge den minst inngripende løsning for begge parter i avgjørelsen i hvilken utstrekning klausulene eventuelt skal gjøres gjeldende. Begge klausulene har sine fortrinn. En konkurranseklausul gir ekstremt godt vern for arbeidsgiver – men er svært inngripende (også overfor arbeidsgiver som må betale for å gjøre den gjeldende). En kundeklausul er mindre inngripende overfor arbeidstaker ved at denne fortsatt kan ta arbeid i konkurrerende virksomhet og overfor arbeidsgiver som slipper å kompensere arbeidstaker.

Det vil derimot også finnes tilfeller hvor arbeidsgiver ikke har inngått eller ikke ville ha mulighet til å inngå eller gjøre gjeldende en konkurranseklausul. I slike tilfeller vil det ikke styrke arbeidstakers vern å tillate vern om mulige kunder ved hjelp av kundeklausuler.

Forarbeidene er på sin side tause om sondringen mellom eksisterende og mulige kunder. Dette kan tilsi at skillet i utgangspunktet ikke nødvendigvis er så strengt eller av betydning. At forarbeidene hovedsakelig retter sin behandling mot aml. § 14 A-4(2) tilsier etter mitt skjønn at det gjerne er formuleringene i denne som er utgangspunktet for vurderingen av hvilke

⁷⁶ Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold (2016) s.188 tar til orde for en absolutt grense her.*

kunder som vil omfattes av kundebegrepet. Dette vil slik jeg ser det gi bedre sammenheng mellom lovbestemmelsene og med forarbeidsuttalelsene.⁷⁷ Det er nok dermed i annet ledd det settes innholdsmessige skranker knyttet til hvilke kunder det kan inngås kundeklausuler for å verne om.

Det følger av aml. § 14 A-4(2) at en kundeklausul omfatter kunder som arbeidstaker «har hatt kontakt med» eller «ansvar for» det siste året. Ordlyden hjemler med dette to alternative vilkår som kan begrunne en kundeklausul.

Forarbeidene presiserer at det første alternativet knytter seg til «direkte kontakt med kunden.» For eksempel «tilfeller hvor det har vært forhandlinger og drøftelser i forbindelse med kontraktsinngåelser som arbeidstakeren har deltatt i», og «tilfeller hvor arbeidstakeren driver med kundepleie og oppfølging av kunden i et eksisterende avtaleforhold» unntatt hvor «kontakten er av sporadisk karakter».⁷⁸

Førstnevnte moment retter seg etter dette mot situasjoner hvor arbeidstaker har vært i kontakt med kunden i to relasjoner. Det ene tilfellet viser til forhandlingssituasjoner og det andre til oppfølging av eksisterende kunder. Begge tilfeller avgrenses mot tilfeller hvor det har vært lite eller tilfeldig kontakt.

Det kan ut fra dette virke som at det fremre ytterpunktet for når noen etter bestemmelsen regnes som en kunde oppstår et sted i tidsrommet rundt forhandlinger eller ved selve kontraktsinngåelsen.

Etter mitt skjønn er den beste løsning at arbeidsgiver også gis vern for mulige kunder i den grad det har vært foretatt omfattende forhandlinger der forhandlingspartene har tatt sikte på en kontraktsinngåelse og disse fortsatt pågår idet arbeidstaker sitt arbeidsforhold opphører. Særlig i tilfeller hvor tidligere arbeidsgiver har unnlatt å gjøre gjeldende en konkurranseklausul denne har hatt anledning til – for å velge den minst inngripende vei overfor arbeidstaker. Det er nok opp til arbeidsgiver å godtgjøre at dette var tilfellet. I et slikt tilfelle vil det uansett være til arbeidstakers gunst jfr. aml. § 1-9 å fravike de innholdsmessige skranker kundebegrepet setter.

Arbeidstaker har under slike forhandlinger fått inngående kjennskap i både tidligere arbeidsgiver og den mulige kundens forhandlingsgrunnlag og posisjon. Vedkommende vil ved

⁷⁷ Prop.85 L (2014-2015) s. 59

⁷⁸ Prop.85 L (2014-2015) s. 59

opphør av arbeidsforholdet dermed kunne ha et uberettiget konkurransefortrinn overfor tidligere arbeidsgiver. En kunne gjerne se for seg at det vil være enkelt for arbeidsgiver å verne seg mot dette ved å ekskludere vedkommende fra forhandlingene. Dette vil derimot ikke alltid la seg gjøre. Eksempelvis i tilfeller med umiddelbar avskjed eller hvor vedkommende var den eneste med nødvendig kompetanse vil det ikke nødvendigvis være gjennomførbart å ekskludere arbeidstaker fra forhandlingene.

For tilfeller hvor arbeidsgiver ikke har mulighet til å benytte seg av en konkurranseklausul istedenfor en kundeklausul vil en slik løsning kunne være mer problematisk.

Det er særlig forholdet til aml. § 1-9, som sier at bestemmelsene ikke kan fravikes til arbeidstakers ugunst, som gjør dette problematisk. I et tilfelle hvor det muligens er til arbeidstakers ugunst må en dermed argumentere for at bestemmelsene ikke fravikes – altså at mulige kunder helst inngår i en alminnelig forståelse av kundebegrepet.

Siden forarbeidene er tause om skillet mellom kunder og mulige kunder, og gode grunner taler for at også mulige kunder bør inngå i kundebegrepet, kan det tenkes at en slik argumentasjon vil kunne føre frem. Siden vi står over vernebestemmelser er det i utgangspunktet problematisk å legge en vid forståelse av begreper til grunn i den grad dette går på bekostning av arbeidstaker – selv om det for dette tilfellet kan fremstå som rimelig. Det må dermed kunne sies å råde en viss usikkerhet rundt hva som er gjeldende rett for dette tilfellet. Det er rimelig å anta at domstolene vil utvise en viss forsiktighet med å legge en utvidet forståelse av begrepet til grunn, også en mindre utvidelse.

Med bakgrunn i den foregående drøftelsen fremstår det, for meg, som sannsynlig at domstolene vil sette grensen ved avtaleinngåelsen, altså idet den berettigede forventningen om en avtale og dermed avtalebindingen inntreffer. Det er heller ikke utenkelig at grensen trekkes ved forhandlingene. Konklusjonen min er under sterk tvil og i strid med det jeg selv i utgangspunktet mener er den beste løsningen for spørsmålet. Men svaret er, som nevnt, ikke gitt.

Skulle domstolene lande på den nevnte konklusjon kan det hende at det her foreligger et behov for endring ettersom det synes å være svært uheldig å etterlate arbeidsgiver uten et vern overfor egne arbeidstakere i en slik situasjon. Det eneste som muligens i noen grad kan avvæpne disse «de lege ferenda» betraktningene, etter min konklusjon, er at det for arbeidsgiver ikke foreligger en berettiget forventning om avtaleinngåelse og dermed heller ikke en begrunnelse for om forholdet er beskyttelsesverdig. Dette synes likevel ikke særlig

overbevisende ettersom det er arbeidstakers kunnskap og kundekontakt som forårsaker problematikken. Hvorvidt det foreligger en berettiget forventning om avtaleinngåelse eller ei i denne situasjonen fremstår helt vilkårlig. Selv om en også kan se på det som at det er den berettigede forventningen som utløser og legitimer vernet, uavhengig av de uheldige virkninger dette konkret kan ha for arbeidsgiver.

Hvorvidt tidligere kunder faller innenfor eller utenfor ordlyden er mer uklart. På bakgrunn av drøftelsene i de foregående avsnitt, om hva som begrunner muligheten for vern, er det gjerne naturlig at disse i utgangspunktet faller utenfor. Dette harmoniserer godt med forarbeidsuttalelsene det ble vist til for alternativet «har hatt kontakt med». Men som vi skal se kan det også konstrueres problematiske grensetilfeller for det andre alternativet; hatt «ansvar for».

Forarbeidene gir veiledning til at det andre alternativet omfatter «tilfeller hvor arbeidstakeren har hatt et mer overordnet ansvar for kunden.» Alternativet er ment å fange opp «overordnede ansatte som har myndighet til å binde arbeidsgiver, for eksempel i forbindelse med inngåelse og reforhandlinger av kontrakter som gjelder kundeforholdet, men som ikke nødvendigvis har hatt direkte kontakt med kunden.» Det presiseres at det også må «foretas en konkret vurdering av om arbeidstakeren har tilstrekkelig tilknytning til den enkelte kunden».⁷⁹ Hva den konkrete vurderingen av kravet til tilknytning retter seg mot skal vi se nærmere på i neste punkt.

Tilfellet hvor kundeforholdet i et løpende kundeforhold, er sagt opp av kunden vil klart nok falle utenfor kundebegrepet – dette er typisk abonnenter.⁸⁰ I de tilfeller en står overfor et tidsbestemt kundeforhold som har et utløpstidspunkt, og hvor partene gjerne har tradisjon med å forhandle om inngåelse av et nytt tidsbestemt kundeforhold i etterkant, kan dette tenkes å stille seg annerledes.

Foreligger det en eller annen form for handelssedvane mellom partene kan det være problematisk å allerede karakterisere kunden som en tidligere kunde selv om det tidsbestemte kundeforholdet i og for seg er utløpt.

En kan gjerne se forholdet også opp mot første alternativ – hvor arbeidstaker har deltatt i omfattende forhandlinger med denne kunden. For det andre alternativet kan det dreie seg om en situasjon hvor vedkommende har det overordnede ansvar for kunden det gjelder.

⁷⁹ Prop.85 L (2014-2015) s. 59-60

⁸⁰ Borch (red.), *Konkurransbegrensninger i arbeidsforhold (2016) s.188-189 legger dette til grunn.*

Det vil også her være ordlyden opp mot aml. § 1-9 som vil kunne skape grenseproblematikk. Dette momentet er gjerne i enda større grad enn i det foregående egnet til å vise hvor sårbar arbeidsgiver i slike tilfeller vil være overfor arbeidstakere om det legges en for snever forståelse av kundebegrepet til grunn.

Klassifiseringen av en kunde, som beskrevet i de foregående avsnitt, vil knyttes nærmere til en alminnelig forståelse av kundebegrepet enn det som var tilfellet i de forrige drøftelsene. En slik kunde er gjerne både en tidligere kunde, samtidig som denne er en mulig kunde. Alle tidligere kunder, med mindre disse har inngått omfattende avtaler med ny leverandør, vil kunne karakteriseres som en mulig kunde. Dette avvæpner momentet noe. Men hvor det foreligger handelssedvane som beskrevet vil dennes tilknytning være desto nærmere – det vil da gjerne for arbeidsgiver foreligge en forventning om at ny avtale inngås. Slik jeg ser det må derfor kundeforholdet i relasjon til bestemmelsen i et slikt tilfelle sies å bestå frem til forhandlingene med arbeidsgiver eventuelt avsluttes.

Tilfellet kan dermed tenkes løst i klassifiseringen ved at kunden fortsatt karakteriseres etter realitetene som en kunde og dermed inngår i kundebegrepet.

Både det at arbeidstaker deltar i, eller har det overordnede ansvaret for omfattende forhandlinger, vil være egnet til å påføre tidligere arbeidsgiver stor risiko for uberettiget konkurranse overfor denne kunden. Det skulle da som tidligere være uheldig om denne kontakten ikke skal kunne vernes gjennom en kundeklausul.

For å unngå dobbeltbehandling viser jeg til min tidligere argumentasjon i relasjon til mulige kunder for rettskildene som kan tale mot en slik løsning. I dette tilfellet fremstår det for meg som sannsynlig at domstolene vil konkludere med at kunden som beskrevet er innenfor en alminnelig forståelse av kundebegrepet i aml. § 14 A-4(1-2) jfr. aml. § 1-9. Særlig sett i sammenheng med den ekstra sårbare posisjon arbeidsgiver har overfor den arbeidstaker som har det overordnede ansvaret for kunden.

Dette underbygges av at det er vanskelig for arbeidsgiver å bevise at denne eventuelt har opptrådt illojalt under arbeidsforholdet – hvilket også er egnet til å fremheve arbeidsgivers behov for vern i tilfellet.

Det må kunne sies å råde en viss rettsuvisshet på bakgrunn av at domstolene sin pragmatiske natur og på bakgrunn av at vi står overfor vernebestemmelser. Ved motsatt konklusjon må

tilsvarende «de lege ferenda» betraktninger, som nevnt i relasjon til mulige kunder, ville kunne gjøre seg gjeldende overfor dette spørsmålet.

I arbeidslivet er det heller ikke uvanlig at næringslivaktører har posisjon som både leverandør og kunde overfor hverandre. Et særegent spørsmål som kan oppstå i den forbindelse, er om den tidligere arbeidstaker i et slikt tilfelle vil være avskåret fra å kontakte denne, i håp om å inngå avtale med tidligere arbeidsgivers kunde som leverandør.

Forarbeidene presiserer at det er hvorvidt formålet med kontakten er å «rekruttere kunder til ny arbeidsgiver eller virksomhet» som er avgjørende.⁸¹ Dette tilsier at arbeidstaker kan kontakte tidligere arbeidsgivers kunde så lenge formålet med kontakten er benytte denne som leverandør.

Denne løsningen må sies å være bevissteknisk krevende for tidligere arbeidsgiver og for domstolene å håndtere. I tilfellene hvor tidligere arbeidstaker har kontaktet tidligere arbeidsgivers kunde for å få denne som leverandør og den tidligere arbeidsgivers kunde etterpå har blitt kunde av den nye arbeidsgiveren vil gode grunner tale for at det bør foreligge en presumsjon om at kontakten også hadde som formål å få denne som kunde. Slik at det blir opp til arbeidstaker å godtgjøre at det utelukkende var med leverandørhensikt det ble tatt kontakt. Det er derimot også grunner som taler mot en slik løsning – så det ikke gitt at domstolene lander på denne løsning.

At vedkommende kunde ved kontakt med leverandørhensikt oppdager at deres kontaktperson hos tidligere arbeidsgiver har byttet firma og deretter på eget initiativ velger å flytte kundeforholdet på eget initiativ vil ikke kunne rammes av forbudet klausulen gir.

2.2.2.2 Hva retter den konkrete vurderingen i tilknytningskravet seg mot?

I relasjon til aml. § 14 A-4(2) og de to alternative formene for tilknytning som oppgaven har redegjort for under kundebegrepet, gir forarbeidene uttrykk for at det «må foretas en konkret vurdering av om arbeidstakeren har tilstrekkelig tilknytning til den enkelte kunden.

Virkingen av at en kunde ikke oppfyller tilknytningskravet er at klausulen ikke kan omfatte denne kunden.»⁸²

⁸¹ Prop.85 L (2014-2015) s. 59

⁸² Ibid. s. 59-60

Det er nærliggende å anta at formuleringen på den ene siden sikter til tidsrommet for når vedkommende må ha hatt kontakt eller ansvar for kunden, nemlig «det siste året» jfr. aml. § 14 A-4(2) mens formuleringen er nesten tilsvarende i forarbeidene «i løpet av det siste året».⁸³

Slik jeg forstår formuleringen er det ikke tale om vedvarende kontakt eller ansvar for hele det siste året, men at det er i løpet av det siste året kontakten må ha oppstått. Formuleringen i ordlyden kan nok påstås å være tvetydig om dette, men presiseringen i forarbeidene fjerner slik jeg ser det all tvil om hvilket tolkningsalternativ som er det riktige.

Det er samtidig viktig å ha i mente den nedre grensen for direkte tilknytning. Jeg sikter med dette til forarbeidsuttalelsen som avgrenser mot «kontakt av rent sporadisk karakter.»⁸⁴ Dette retter seg først og fremst mot alternativet hvor arbeidstaker har direkte kontakt med kunder. En arbeidstaker i en ansvarsposisjon overfor kunder vil uavhengig av omfanget av kontakten kunne sitte med sensitiv kundeinformasjon en arbeidsgiver har behov for vern om. Mens dette ikke nødvendigvis vil være tilfellet for alle andre som er i direkte kontakt med eksisterende kunder. Det er klart at medarbeidere som eksempelvis er kort innom et forhandlingsmøte i utgangspunktet ikke kan sies å ha hatt annet enn sporadisk kontakt med kunden. Slik kontakt vil etter all sannsynlighet være ubetydelig og vil ikke kunne sies å legitimere et behov for vern.

Spørsmålet om hvor den nedre grensen går, i hva som er «kontakt av rent sporadisk karakter», vil være et svært skjønnsmessig spørsmål som det vanskelig kan tas uttømmende stilling til. En må kunne se dette spørsmålet i sammenheng med den underliggende spenningen mellom arbeidsgivers behov for vern og arbeidstakers interesse vedr. egen handlefrihet. En må på bakgrunn av dette kunne påstå at det for arbeidsgiver må foreligge et vernebehov for at et inngrep i arbeidstakers handlefrihet skal kunne være legitimt.

For bestemmelsene vil et slik vernebehov kunne oppstå i de tilfeller hvor arbeidstaker får nok informasjon om arbeidsgivers og kundens forhandlinger, forhandlingsgrunnlag og posisjoner til at denne vil kunne utnytte denne informasjonen etter arbeidsforholdets opphør.

På bakgrunn av formuleringen må det nok kunne påstås at det gjennomgående skal lite til for at dette må sies å være oppfylt. Det ligger nok gjerne bevis tekniske hensyn til grunn for at

⁸³ Prop.85 L (2014-2015) s. 59

⁸⁴ Ibid. s. 59

avgrensningen er satt lavt. Avgrensningen mot sporadisk kontakt retter seg nok dermed mot enkeltstående, rutinemessig eller helt kortvarig kontakt.

For tilfellet hvor kontakten er av en viss varighet eller med en viss inngående karakter vil nok tilknytningskravet kunne sies å være oppfylt. Gjentakende kontakt med kunden eller hvor kontakten medfører at en bygger opp et personlig tillitsforhold med motparten vil nok være momenter som taler for at tilknytningskravet er oppfylt. Selv om det også kan tenkes unntak fra dette.

2.2.2.3 Andre forretningsforbindelser

Arbeidsgiver vil gjerne kunne ha et ønske om å verne om også andre forretningsforbindelser enn kunder. Dette kan være særlig aktuelt i mindre bransjer hvor det er få aktører. Men andre forretningsforbindelser faller utenfor kundebegrepet og det vil dermed i utgangspunktet ikke kunne avtales kundeklausuler om disse jfr. aml. § 1-9.

En konkurranseklausul vil derimot være egnet til å forhindre arbeidstaker fra å benytte seg av andre forretningsforbindelser i konkurranse med tidligere arbeidsgiver. Hvorvidt det vil være adgang til å gjøre gjeldende en klausul på bakgrunn av et slikt behov skal vi se nærmere på senere.⁸⁵

Forarbeidene gir uttrykk for at kundeklausuler allerede er «svært inngripende for arbeidstakeren» og skulle en utvide kretsen til å også gjelde øvrige forretningsforbindelser «ville en slik avtale kunne bli mer inngripende». Før det legges til at «[e]n utvidelse av den krets av forretningsforbindelser som arbeidstaker ikke kan kontakte etter arbeidsforholdet opphør antas særlig å kunne begrense handlingsrommet for arbeidstakere som ønsker å starte egen virksomhet innenfor samme bransje som arbeidsgiveren. En slik kundeklausul ville for eksempel kunne være til hinder for å skaffe seg nødvendig utstyr og/eller råvarer.» Til slutt legges til at det en slik adgang «vil kunne beskytte arbeidsgiver innenfor små eller spesielle bransjer.»⁸⁶

Borch (red.) gir uttrykk for at «det vil være ulogisk å tolke kundebegrepet i første ledd slik at det ikke omfatter andre forretningsforbindelser.» Og begrunner dette med at andre forretningsforbindelser vil falle utenfor begrepet og «dermed i utgangspunktet være tillatt i

⁸⁵ Behandles i oppgavens kapittel 4.

⁸⁶ Innst.75 L (2015-2016) s. 20

større utstrekning enn klausuler som omfatter bare kunder, selv om arbeidsgivers beskyttelsesbehov er størst når det gjelder kunder.»⁸⁷

Denne misforståelsen bygger nok, som tidligere presisert, på at rekkevidden av aml. § 1-9 er av Borch (red.) undervurdert. Det er nok dermed i utgangspunktet ikke tillatt å inngå kundeklausuler om andre forretningsforbindelser enn kunder. En utvidelse av anvendelsesområde til å omfatte flere enn kunder vil nok også her i utgangspunktet måtte sies å være til arbeidstakers ugunst. Arbeidsmiljølovens § 1-9 står dermed igjen sentralt i vurderingen av i hvilken grad kundeklausuler om andre forretningsforbindelser vil være tillatt.

Det klare utgangspunkt må være at det ikke er anledning til å avtale slike. Men det kan tenkes unntak. Det er ingen kompensasjonsregel for kundeklausuler. I tilfellet hvor arbeidstaker i tilstrekkelig grad kompenseres for en kundeklausul om andre forretningsforbindelser vil det nok kunne være adgang til å inngå slike.

Hvor stor en eventuell kompensasjon må være før det ikke lenger er tale om at klausulen er til ugunst for arbeidstaker jfr. aml. § 1-9 blir derimot et spørsmål som må vurderes konkret.

Dette vil nok avhenge av hvilken forretningsforbindelse det er snakk om, i hvilken grad klausulen vil begrense arbeidstaker sine arbeidsmuligheter eller muligheten til å starte/drive egen virksomhet. I den grad det er tale om et tilfelle hvor klausulen nærmest blir like inngripende som en konkurranseklausul er det nok tilsvarende kompensasjonsnivå en må legge seg på for at klausulen objektivt sett skal kunne gå klar av aml. § 1-9. Lagmannsrettens bemerkninger om at arbeidstaker har valgtrett i dette spørsmålet er også av aktuell interesse.⁸⁸ Vi skal se nærmere på flere av disse spørsmålene senere.⁸⁹

For arbeidsgivere i mindre eller spesielle bransjer kan det dermed være mer hensiktsmessig å inngå konkurranseklausuler enn kundeklausuler om andre forretningsforbindelser for å verne seg mot konkurranse. Selv om det bør være åpning for bruk av kundeklausuler om andre forretningsforbindelser, i den grad dette er den beste løsning for partene og det samlet sett ikke er til ugunst for arbeidstaker vurdert opp mot aml. §§ 14 A-4 og 14 A-1 jfr. § 1-9.

⁸⁷ Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold (2016)* s.189

⁸⁸ LB-2019-75820

⁸⁹ Punkt 2.2.4 og 4.4

2.2.3 Rekrutteringsklausul

Det følger av aml. § 14 A-6(1) at det med begrepet rekrutteringsklausul menes en avtale mellom arbeidsgiver og andre virksomheter som «hindrer eller begrenser arbeidstakers muligheter til å ta ansettelse i annen virksomhet».

Formuleringen «hindrer eller begrenser» må nok forstås på samme måte som «begrenser» i konkurranse- og kundeklausuler jfr. aml. §§ 14 A-1 og 14 A-4. Nemlig at det vil favne om enhver form for forbud mot, eller enhver klausul som gjør det mindre attraktivt for, en virksomhet å ansette arbeidsgivers arbeidstakere. Formuleringen er vid og siden vi står overfor vernebestemmelser er det nok naturlig at alle begrensninger rammes av formuleringen. Begrensningene må samtidig rette seg mot arbeidstakernes muligheter til å ta ansettelse i den annen virksomhet.

Forarbeidene gir uttrykk for at det normalt er to sett klausuler som typisk har blitt betegnet som rekrutteringsklausuler. Det er for det første de klausuler som bestemmelsen regulerer. For det andre benyttes begrepet også om «avtaler som inngås mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om at sistnevnte ikke skal medvirke til at andre arbeidstakere avslutter sitt ansettelsesforhold hos arbeidsgiver.»⁹⁰

En kunne gjerne se for seg at aml. § 1-9 ville reise samme problematikk overfor denne sistnevnte type klausuler, som overfor konkurranse- og kundeklausulene, ved at bestemmelsen må forstås antitetisk og dermed stenger for slike avtaler. Dette er derimot ikke tilfelle. På bakgrunn av at bestemmelsen ikke begrenser arbeidsgiver sin avtalefrihet overfor arbeidstakere retter bestemmelsen seg dermed ikke mot denne. Det er arbeidsgiver sin avtalefrihet overfor annen virksomhet som begrenses. Det som faller utenfor bestemmelsens ordlyd, er dermed heller ikke til ugunst for arbeidstaker. Selv om det i seg selv er ugunstig for arbeidstaker å inngå en rekrutteringsklausul med egen arbeidsgiver stiller det seg ikke ugunstig vurdert opp mot avtalefriheten bestemmelsen gir anvisning på.

Dette kommer også tydelig frem av forarbeidene bla. med uttalelsen om at Departementet ikke vil «fremme forslag om å regulere rekrutterings[klausuler] avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker». Som de bla. begrunner med «at denne typen rekrutteringsklausuler innebærer

⁹⁰ Prop.85 L (2014-2015) s. 51

få, om noen, begrensninger i arbeidstakers frihet til å ta annet arbeid etter at vedkommende har avsluttet sitt arbeidsforhold.»⁹¹

Lagmannsretten har eksempelvis godtatt en rekrutteringsklausul mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som en betingelse for en avtale om etterlønn.⁹² Det fremstår ikke som tvilsomt at det er anledning til å avtale rekrutteringsklausul mellom arbeidsgiver og arbeidstaker selv om adgangen til dette ikke var gjenstand for tvist mellom partene i den nevnte sak.

Rekrutteringsklausuler avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker vil dermed eventuelt måtte tilsidesettes etter generalklausulen i avtl. § 36. Det skal nok mye til for at en slik klausul tilsidesettes.⁹³ Dette faller utenfor hva denne oppgaven behandler.

Det er som utgangspunkt forbudt å inngå rekrutteringsklausuler mellom virksomheter, men det listes opp to tilfeller hvor det fortsatt er mulighet til å inngå slike. Ettersom vilkårene ikke retter seg mot rekrutteringsklausulers innhold behandles vilkårene sammen med de øvrige inngåelsesvilkårene.⁹⁴

2.2.4 Generell kommentar til de innholdsmessige skranker, arbeidstakers valgrett og det lovgivningsmessige

Som det kommer frem av min behandling av klausulenes innholdsmessige skranker virker det generelt som om Borch (red.), i deres behandling av de innholdsmessige spørsmålene, har lagt til grunn at det finnes et behov for at alle klausuler, som tradisjonelt har blitt betegnet som en av de tre typer klausuler, må inngå i bestemmelsenes definisjoner av begrepene. Det finnes, så vidt jeg er kjent med, ingen slik uttalt målsetning med bestemmelsene eller definisjonene. Det virker også som om de gjerne har undervurdert sammenhengen med og betydningen av aml. § 1-9.

Forarbeidene gir, gjennom hele sin behandling av spørsmålene, anvisning på klare og tydelige innholdsmessige grenser – dette har tydelig støtte i avgrensningene ordlyden setter. Denne forståelsen har også god forankring i aml. § 1-9. Det er dermed, slik jeg ser det, ikke tvilsomt

⁹¹ Prop.L 85 (2014-2015) s. 52

⁹² LB-2019-75820

⁹³ Borch (red.), *Konkurransbegrensninger i arbeidsforhold (2016)* s. 207-211 for mer om dette.

⁹⁴ Punkt 3.3

at det finnes innholdsmessige skranker av betydning for hvilke klausuler som kan inngås i arbeidsforhold. Dette har jeg i de foregående punkt søkt å redegjøre for.

De klausuler som faller utenfor disse rent innholdsmessige skrankene, må på bakgrunn av en antitetisk forståelse av ordlyden og særlig hvor det har sammenheng med konkrete presiseringer i forarbeidene, kunne sies å være forbudte jfr. også aml. § 1-9.

Klausuler med et innhold som forarbeidene ikke behandler må en muligens vise større måtehold med å sensurere antitetisk. Som jeg har argumentert for, er det først og fremst en vurdering av om innholdet er til ugunst for arbeidstaker jfr. aml. § 1-9 som vil stå sentralt i denne vurderingen. I tilfeller hvor det er uklart om fravikelse er til arbeidstakers ugunst er det nærliggende å anta at domstolene velger den løsning som gir det sterkeste vern.

Et godt supplement til dette er den løsningen lagmannsretten landet på ved at den lovstridige avtalen gjelder «så lenge A velger den.»⁹⁵ Denne uttalelsen springer nok ut av aml. § 1-9.

Uttalelsen må nok også ses i sammenheng med at det bare er arbeidsgiver sin avtalefrihet som begrenses etter bestemmelsene i aml. kap 14 A. Siden arbeidstakers avtalefrihet ikke er begrenset tilsvarende vil avvikende klausuler som inngås være bindende i full utstrekning for arbeidsgiver. Arbeidstaker vil på sin side bare være bundet av de avvikende klausuler som objektivt sett ikke er til dennes ugunst vurdert opp mot bestemmelsene jfr. aml. § 1-9. Det er altså overfor ugunstige klausuler at arbeidstaker vil kunne ha valgrett. Overfor disse vil altså arbeidsgiver være bundet i større utstrekning enn arbeidstaker.

En slik forståelse resulterer i at arbeidstaker kan velge mellom å beholde klausulen som den er eller at den justeres på godt og vondt slik at den oppfyller lovens minstekrav. Hvor arbeidsgiver er klar over at en klausul er ugunstig vurdert opp mot arbeidsmiljølovens regler, kan det dermed være hensiktsmessig for denne at det også inngås en subsidiær klausul, som er utformet i tråd med loven og som gjelder dersom arbeidstaker velger bort den ugunstige klausulen. Dette vil sikre forutberegnelighet mellom partene også for tilfellet hvor arbeidstaker velger bort den ugunstige klausulen.

Behovet for arbeidstakers valgrett aktualiseres i tilfellene hvor partene i fellesskap foretrekker en avvikende løsning som objektivt sett fremstår å være til ugunst for arbeidstaker. En slik valgrett er hensiktsmessig på bakgrunn av at grensen mot ugunstighet i mange tilfeller vil

⁹⁵ LB-2019-75820, se også det foregående punkt 2.2.1 for mer om dommen.

være uklar. Det kan også være enkelte forhold som subjektivt sett har unormalt stor betydning for den enkelte arbeidstaker slik at en objektiv avveining ikke treffer denne.

Arbeidstakers valgtrett er et subjektivt moment som ivaretar arbeidstakers behov for å kunne velge de ugunstige klausuler som den foretrekker. Samtidig vil det subjektive supplementet muliggjøre at arbeidstaker bindes av avvikende klausuler, som objektivt sett ikke er til dennes ugunst, uten at det forårsaker problemer. At vurderingen, om hva som er til arbeidstakers ugunst, er objektiv sikrer at arbeidsgivere begrenses likt. Det hindrer også at arbeidstakere gis adgang til å utfordre alle klausuler med påstand om subjektiv ugunst. En subjektiv adgang til dette ville i realiteten kunne bli altomfattende, hvilket også ville komplisere spørsmålet om avtalebinding av arbeidstakeren.

For tilfellene hvor arbeidsgiver har valgt en mindre inngripende klausul overfor arbeidstaker enn den hadde anledning til, vil et «mer til det mindre»-argument kunne tas til inntekt for at en utvidet forståelse av ordlyden objektivt sett ikke er til ugunst for arbeidstaker jfr. aml. § 1-9.

At bestemmelsene i aml. kap 14 A har innholdsmessige skranker, også deres sammenheng med aml. § 1-9, kunne gjerne kommet enda tydeligere frem i kommentarer knyttet til enkeltbestemmelsene. Men momentene er, som vi så, kommentert sammen med merknadene knyttet til plasseringen av bestemmelsene. I merknadene fremheves det at formålet var å sikre visse minimumsrettigheter og å begrense adgangen til å inngå konkurransebegrensende avtaler gjennom materielle bestemmelser som ikke vil kunne fravikes til ugunst for arbeidstaker jfr. aml. § 1-9.⁹⁶

Slik jeg ser det har lovgiver med sin regulering bidratt til å styrke avtalevernet til arbeidstaker. Lovgiver har, ved å sette innholdsmessige skranker for sin regulering, overlatt til den norske partsprosessen og domstolene å eventuelt ta stilling til klausuler med et annet innhold opp mot aml. § 1-9. Dette fremstår hensiktsmessig på bakgrunn av at en vanskelig kan tenke seg å positivt regulere enhver tenkelig klausul. En slik uttømmende lovpositivistisk regulering er det, meg bekjent, heller ikke tradisjon for i norsk rett.

Det er også verdt å trekke frem at aml. § 1-9 i relasjon til andre bestemmelser setter innholdsmessige rammer.⁹⁷ Det bør kunne antas at dette var forutsetninger som sto klart for

⁹⁶ Prop.85 L (2014-2015) s. 24

⁹⁷ Eksempelvis LB-2019-75820, se også det foregående punkt 2.2.1 for mer om dommen.

lovgiver og at endringene bygger på nettopp denne forståelsen av sammenhengene i regelverket.

Begge arbeidsavtalepartene vil ha stor interesse av å beholde mest mulig av deres avtalefrihet slik at det er mulig for dem å finne de løsninger som regulerer forholdet dem imellom på en best mulig og tryggest mulig måte. Jeg mener at den forståelsen denne oppgaven presenterer ivaretar begge arbeidsavtalepartene på en god måte. Jeg har av den grunn heller ikke noe å utsette på det lovgivningsmessige foruten at ordlyden isolert sett kan være misvisende.

3 Adgangen til å inngå konkurransebegrensende klausuler

3.1 Anvendelsesområdet

Oppgaven vil under dette punkt skissere de nærmere grenser for bestemmelsenes anvendelsesområde. De avtaler med konkurranse- og kundeklausuler som faller utenfor bestemmelsenes anvendelsesområdets på de følgende punkter vil fanges opp av avtl. §§ 36 og 38 og må istedenfor vurderes opp mot disse.

Anvendelsesområdet begrenses av fire elementer. Det som retter seg mot hva som kan inngås, altså de innholdsmessige skrankene, er allerede drøftet. Oppgaven skal her behandle grensene for hvem begrensningene retter seg mot og tidspunktet hvor avtalene inngås i relasjon til arbeidsforholdet.⁹⁸ Arbeidsgiverbegrepet og arbeidstakerbegrepet behandles deretter.⁹⁹ Det kan også oppstå enkelte grensetilfeller med andre partssammensetninger enn den typiske arbeidsgiver/arbeidstaker relasjonen som vil behandles til slutt.¹⁰⁰

Det følger av aml. § 14 A-1(1) og 14 A-4(1) at konkurranse- og kundeklausuler kan inngås i «avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker».

En naturlig forståelse av bestemmelsenes ordlyd forutsetter at avtalen må inngås under et arbeidsavtaleforhold. Ordlyden virker altså å stenge for avtaler som inngås utenfor dette. Det fremstår også som at det er en tidsmessig fremre grense ved inngåelsen av arbeidsavtalen og en bakre grense ved arbeidsforholdets opphør. Bestemmelsen ser også ut til å ha en egen partsgrense mot alle andre partssammensetninger enn arbeidsgivere og arbeidstakere.

3.1.1 Inngåelsestidspunktet

Med utgangspunkt i at avtaleinngåelsen tidsmessig må skje innenfor et arbeidsforhold utdyper forarbeidene at: «De nye reglene foreslås begrenset til å gjelde for avtaler som inngås før arbeidsforholdets opphør. Dette følger av at det i lovforslaget heter at avtalen må være inngått «mellom arbeidsgiver og arbeidstaker», det vil si innenfor rammen av et arbeidsforhold».¹⁰¹

⁹⁸ Punkt 3.1.1

⁹⁹ Punkt 3.1.2-3.1.3

¹⁰⁰ Punkt 3.1.4

¹⁰¹ Prop.85 L (2014-2015) s. 25

Skjønberg, Hognestad og Hotvedt forutsetter at skjæringspunktet er ved inngåelsen («etableringen») av arbeidsavtaleforholdet. Altså på tidspunktet hvor arbeidsavtalen inngås.¹⁰² Det samme virker Borch (red.) å legge til grunn med formuleringen «[e]r det ikke et arbeidsgiver-/arbeidstakerforhold mellom partene når konkurranseklausulen avtales, kommer bestemmelsene ... ikke til anvendelse». Selv om det ikke blir gjort noe poeng ut av den fremre grensen i fortsettelsen.¹⁰³ Dette synes også å være i tråd med en naturlig forståelse av bestemmelsenes ordlyd.

Dette virker derimot, etter mitt skjønn, å være en snevrere grense enn den forarbeidene gir anvisning på gjennom formuleringen: «De nye reglene foreslås begrenset til å gjelde for avtaler som inngås før arbeidsforholdets opphør.» Slik jeg leser den første setningen er det sentrale poeng at klausulen inngås før arbeidsforholdets opphør. Det virker dermed som at det i utgangspunktet ikke er noen tydelig fremre grense for hvor langt i forkant av arbeidsforholdet vedkommende kan inngå en konkurransebegrensende klausul.

Siden den etterfølgende setningen innledes med «[d]ette følger av at det i lovforslaget heter», gis det inntrykk av at den andre setningen fullt ut bygger på den første og at den andre setningen med det ikke kan sies å presisere det nærmere innholdet i bestemmelsen – hvilket tilsier at bestemmelsens ordlyd bygger på den første setningen. Altså at det ikke er noen tydelig fremre grense.

Den første setningen forutsetter riktignok at det har oppstått et arbeidsforhold, hvilket må være en forutsetning for at bestemmelsene skal komme til anvendelse. Men om den konkurransebegrensende klausulen inngås før eller etter selve arbeidsavtalen inngås er uten betydning.

Det som kommer frem gjennom intervjuer og forhandlinger er med på å danne grunnlaget for selve arbeidsforholdet. Disse situasjonene må dermed også kunne sies å inngå som en del av arbeidsforholdet mellom partene. Både arbeidsgiver og arbeidstakere får berettigede forventninger gjennom intervjuene og avtaleinnholdet bygger på dette.

Dette kan nok tas til inntekt for at også foranledningen som leder til inngåelse av selve arbeidsavtaleforholdet bør falle innenfor bestemmelsenes anvendelsesområde.

¹⁰² Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2017) s. 253-255

¹⁰³ Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold* (2016) s.131-132

Det som i praksis vil være normalsituasjonen er nok at den konkurransebegrensende klausulen inngås som en del av arbeidsavtalen.

Men det kan tenkes tilfeller hvor det for arbeidsgiver kan være aktuelt å inngå konkurransebegrensende klausuler i forkant av inngåelse av selve arbeidsavtalen. Dette kan for eksempel være i en situasjon hvor en svært ettertraktet arbeidstaker får innsikt i bedriftshemmeligheter eller kontakt med lukrative kunder som ledd i et forsøk på å overtale denne til å ta arbeid hos arbeidsgiver.

Skulle denne kontakten lede til at det inngås et arbeidsavtaleforhold må muligens den konkurransebegrensende klausulen anses å være inngått i arbeidsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.

Jakkheln og Kvalsnes tar til orde for at det i tilfellene hvor det ikke ledes til inngåelse av et arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet heves før tiltredelse må det «formentlig legges til grunn at arbeidsmiljølovens bestemmelser får anvendelse, selv om tiltredelse hverken har funnet sted eller vil finne sted.» Dette på bakgrunn av at hensynene som ligger bak «arbeidsmiljølovens bestemmelser om konkurranseklausuler, gjør seg [] gjeldende med samme styrke uansett om tiltredelse har funnet sted eller ikke.»¹⁰⁴

Til dette kan det innvendes at reglene bygger på en forutsetning om at konkurransebegrensende klausuler er ment å regulere forholdet mellom partene etter arbeidsforholdets opphør. Virkningen av brudd på den sentrale forutsetningen, om at det har vært et arbeidsforhold mellom partene, må resultere i at klausulen forblir uvirksom på bakgrunn av at forholdet den er ment å regulere ikke inntreffer. At arbeidsforholdet ikke inngås, eller at det heves før tiltredelse, kan ikke likestilles med at arbeidsforholdet opphører. Det synes, etter mitt skjønn, ikke som at en uten videre kan slå fast at samme hensyn gjør seg gjeldende med samme styrke i disse tilfellene.

Fra de kvalitetssikrende metodiske grep som ble nevnt i innledningen kan en trekke enkelte slutninger som er egnet til å belyse noe av forskjellen mellom de to situasjonene.¹⁰⁵ I den førstnevnte situasjonen vil den underliggende spenningen mellom de to partene være den samme som for enhver arbeidstaker/arbeidsgiver ettersom det oppstår et vanlig arbeidsforhold mellom partene. Den underliggende spenningen mellom de to partene vil stille seg annerledes i den andre situasjonen ved at det ikke har vært et arbeidsforhold mellom partene, men heller

¹⁰⁴ Jakkheln og Kvalsnes, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, § 14 A-4. *Konkurranseklausuler*, pkt. 4

¹⁰⁵ Punkt 1.3.1

en arbeidssøker/arbeidsgiver-relasjon. Det er ikke gitt at det alltid vil gi fornufts- og verdimeslig koherens at disse to partssammensetningene likebehandles av reglene. I tilfellene hvor en står overfor en arbeidssøker/arbeidsgiver-relasjon er muligens generalklausulene bedre egnet til å behandle spørsmålene som oppstår. Disse vil kunne ta høyde for flere nyanser og til og med legge strengere begrensninger på avtalefriheten enn det som er tilfellet etter reglene i arbeidsmiljøloven.

Det finnes også gode grunner for å legge en utvidet forståelse av ordlyden til grunn i enkelte tilfeller. En utvidet forståelse av ordlyden vil i noen sammenhenger ha støtte i forarbeidene og på grunn av bevistekniske hensyn. Det vil også for noen tilfeller sikre sammenheng i regelverket og hindre omgåelse av regelverket.

Med bakgrunn i en streng lovpositivistisk grunnposisjon kan det påstås at det etter ordlyden må settes en tidsmessig absolutt grense ved selve etableringen av arbeidsforholdet. Til støtte for dette kan det påstås at det kan innfortolkes en underliggende aksept for at den allerede inngåtte konkurranseklausulen fortsatt gjelder mellom partene når disse i ettertid velger å inngå et arbeidsforhold uten å endre klausulen.

Dette vil også til dels avhenge av hvordan den konkurransebegrensende klausulen er formulert. Om den er formulert slik at den regulerer forholdet mellom partene etter at arbeidsforholdet opphører, og er i tråd med de andre innholdsmessige begrensningene, bør det ikke være noe i veien for at den er inngått i forkant av selve etableringen av arbeidsavtaleforholdet.

Er den derimot formulert på en måte som tyder på at den ikke skal regulere forholdet mellom partene etter at arbeidsforholdet opphører – for eksempel bare retter seg mot å verne om de hemmeligheter og forhold som kommer opp i intervjusituasjonen – vil dette stille seg annerledes. Dette på bakgrunn av at den ikke nødvendigvis tar sikte på å regulere forholdet mellom partene etter arbeidsavtaleforholdets opphør. En slik klausul vil kunne bryte med de innholdsmessige skranker det ble redegjort for under kapittel 2 og er bare tillatt i den utstrekning den ikke er til ugunst for arbeidstaker jfr. aml. § 1-9. Dette vil i utgangspunktet medføre at slike klausuler ikke vil kunne inngås, eller ikke vil kunne gjøres gjeldende på bakgrunn av de strenge vilkårene for dette.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Se kapittel 4 for adgangen til å gjøre gjeldende

En slik regel vil nok sikre tilstrekkelig vern om arbeidssøkere. Det er likevel ikke gitt at regelen ivaretar arbeidsgivers behov for å verne seg mot konkurranse fra denne. Uten mulighet til vern vil arbeidsgiver være sårbar overfor arbeidssøkere som får kunnskap om og innsikt i arbeidsgiver sine kunder eller hemmeligheter. Arbeidssøkere har en svakere tilknytning til arbeidsgiver enn arbeidstaker. Disse vil dermed i større grad kunne være predisponert til å forsøke å utnytte informasjonen. Arbeidssøkere er til forskjell fra arbeidstakere heller ikke underlagt en lojalitetsplikt. Også arbeidssøkere må nok i utgangspunktet opptre redelig, men vil ikke være bundet av like strenge normer som arbeidstakere, ved at disse ikke er pålagt tilsvarende handle- og unnlåtelsesplikter. Disse forskjellene gjør at det er betenkelig at arbeidsgiver skal være ilagt like strenge begrensninger i sin avtalefrihet overfor arbeidssøkere uten at dette kan hjemles uttrykkelig i ordlyden.

Det kan også tenkes at det for noen tilfeller bør gjelde strengere begrensninger for arbeidsgivers adgang til å inngå og gjøre gjeldende konkurransebegrensninger overfor arbeidssøkere enn arbeidstakere.

Arbeidssøkere som står uten jobb, vil på samme måte som arbeidstakere være villige til å akseptere omfattende konkurransebegrensninger for muligheten til å skaffe seg jobb. Hvor arbeidstaker får en jobb ved å akseptere konkurransebegrensningen vil dette ikke være tilfellet for arbeidssøkeren som aksepterer konkurransebegrensninger uten at dette leder til et arbeidsforhold mellom partene.

Det gir også dårlig sammenheng i regelverket om en innfortolker arbeidssøkere ettersom disse ikke har mottatt arbeidsvederlag eller arbeidsinntekt fra arbeidsgiver. Det finnes dermed ikke et beregningsgrunnlag for å eventuelt fastsette kompensasjonen for arbeidssøker vedr. en eventuell konkurranseklausul jfr. aml. § 14 A-3. At en arbeidssøker ikke skulle hatt krav på kompensasjon for dette ville også vært uheldig. Dette tilsier at klausuler avtalt med arbeidssøkere må vurderes mot avtl. §§ 36 og 38.

Bestemmelsene i aml. kapittel 14 A vil kunne komme inn som tolkningsmoment overfor arbeidssøkere knyttet til de likheter og ulikheter som finnes i den underliggende spenningen reglene bygger på. Det finnes et stort behov for å verne også disse overfor arbeidsgivers avtaledisposisjoner og den underliggende normen vil nok få overføringsverdi mot disse tilfellene på bakgrunn av den nære tilknytningen.

Et annet sentralt poeng er at avtaler, etter sin art, typisk inngås i forkant av det faktiske forhold de er ment å regulere. Om bestemmelsene ikke er i stand til å plukke opp de

omgåelsestilfeller, hvor arbeidsgiver kan ha spekulert i å inngå en avtale med konkurransebegrensninger i forveien av inngåelse av selve arbeidsavtalen, vil vernet etter disse kunne bli utilstrekkelig. Dette momentet tilsier også at bestemmelsene bør gis overføringsverdi i vurderingen av en klausul opp mot avtl. §§ 36 og 38. Det er dermed gjerne et handlingsrom for domstolene ved løsningen av dette spørsmålet.

Konklusjonen må etter dette bli at den fremre grense i utgangspunktet går ved etableringen av arbeidsforholdet på bakgrunn av ordlyden. Avtalte klausuler mellom arbeidsgiver og arbeidssøkere vil dermed i utgangspunktet måtte vurderes opp mot avtl. §§ 36 og 38. Tilfellene hvor kontakten mellom arbeidssøker og arbeidsgiver leder til inngåelse og tiltredelse av et arbeidsforhold må nok derimot innfortolkes til å omfattes av bestemmelsene.

3.1.2 Arbeidsgiverbegrepet

Arbeidsgiverbegrepet er legaldefinert i aml. § 1-8(2) hvor det heter at arbeidsgiver er «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». Denne formuleringen samsvarer godt med den tradisjonelle og naturlige forståelsen av arbeidsgiverbegrepet. Arbeidsgiver er arbeidsavtalens sterke part. Formuleringen forutsetter at det er etablert et arbeidsavtaleforhold. At «enhver» som har ansatt arbeidstakere skal regnes som arbeidsgiver etter loven tilsier at begrepet er vidtfavnende. Sett i sammenheng med at det er tale om vernebestemmelser er det gjerne naturlig at bestemmelsen åpner for at de som har et legitimt behov for vern får det. Ettersom ordlyden uttrykkelig presiserer at det er arbeidstakere den søker å verne om, vil nok en som engasjerer oppdragstakere, i utgangspunktet falle utenfor ordlyden.

I lys av at det har skjedd en utvikling i de typiske arbeidsgiver/arbeidstaker-konstellasjonene har det naturlige og tradisjonelle arbeidsgiverbegrepet blitt utfordret. Eksempelvis ved at det ikke lenger er den som formelt har ansatt vedkommende som nødvendigvis i det daglige opererer som arbeidsgiver overfor vedkommende arbeidstaker. Det kan gjerne være tale om trepartsforhold hvor arbeidstaker er utleid til en annen bedrift og hvor det er denne som i det daglige yter sentrale arbeidsgiverfunksjoner overfor vedkommende.

Skjønberg, Hognestad og Hotvedt gir uttrykk for at arbeidsgiverbegrepet kan betegnes som funksjonelt og relativt. Det funksjonelle ved at det i mange bestemmelser er utøvelsen av arbeidsgiverfunksjon, overfor en arbeidstaker, som avgjør hvorvidt vedkommende er å regne

som arbeidsgiver eller ei. Det er altså arbeidsgiver*funksjonen* som begrunner vernet og ikke arbeidsgiver*posisjonen*. Det relative ved at innholdet i arbeidsgiverbegrepet varierer i innhold på bakgrunn av hvilken bestemmelse det brukes i.¹⁰⁷

På bakgrunn av at de forskjellige vernebestemmelsene tjener forskjellige funksjoner fremstår det som fornuftig at begrepet må være relativt for å være anvendelig ettersom de aktuelle situasjoner og typetilfeller vil variere stort i karakter og form. Det fremstår derfor fornuftig å se hen til de særlige vernehensyn som gjør seg gjeldende for hver enkelt bestemmelse ved fastleggingen av det nærmere innholdet i begrepet i hver enkelt bestemmelse.

I relasjon til bestemmelsene denne oppgaven redegjør for, er det verdt å presisere at det ikke er tale om en tradisjonelle vernebestemmelser med handleplikter. Bestemmelsene pålegger altså ikke typiske arbeidsgiverplikter. Vernebestemmelsene vi står overfor i oppgaven innskrenker avtalefriheten for arbeidsgivere overfor arbeidstakere. Arbeidsgiverbegrepet må på bakgrunn av dette forstås på en måte som gjør det anvendelig til å håndtere de aktuelle tilfeller og hindre eventuell omgåelse for at bestemmelsen skal være i stand til å utføre den vernefunksjon det er tiltenkt og gitt.

I kjernen av begrepet vil de tradisjonelle arbeidsgiver – arbeidstaker relasjonene stå. Også arbeidstakerbegrepet står dermed sentralt i vurderingen av hvorvidt vi står overfor en arbeidsgiver, men relasjonen til dette begrepet vil vi komme nærmere inn på senere.¹⁰⁸

Enkelte momenter som gjerne egentlig hører hjemme under arbeidsgiverbegrepet vil dermed i denne oppgaven heller drøftes sammen med arbeidstakerbegrepet.

For å problematisere arbeidsgiverbegrepet noe kan en ta utgangspunkt i et trepartsforhold hvor det er inngått en arbeidsavtale mellom arbeidsgiver A og arbeidstaker B. B blir så utleid til innleier C. I en egen avtale mellom B og C blir det inngått konkurranse- og kundeklausuler som ikke berører tilfellet hvor B går tilbake til A (slik at det ikke oppstår interessekonflikter overfor A – C vil nok uansett ha anledning til å verne seg overfor A i avtale med A).

Spørsmålet i denne anledningen blir da om innleier C inngår i arbeidsgiverbegrepet slik at de avtalebegrensninger som følger aml. kap 14 A også gjelder overfor C eller om klausulene må vurderes opp mot henholdsvis avtl. §§ 36 og 38.

¹⁰⁷ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2017) s. 61-62

¹⁰⁸ Punkt 3.3

I utgangspunktet vil det ikke være tale om et tradisjonelt arbeidsgiver/arbeidstakerforhold siden det ikke foreligger noen formell arbeidsavtale mellom B og C. Dette kan tilsi at C for tilfellet ikke er å regne som arbeidsgiver.

I forarbeidene gis det uttrykk for at «det etter gjeldende rett blant annet skal legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner» samtidig som det vises til at det er «åpning for at arbeidsgiveransvaret etter en konkret vurdering kan plasseres hos flere» hvis «andre reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner».¹⁰⁹

Forarbeidsuttalelsen bygger på rettspraksis, men det er ikke konkret rettspraksis som knytter seg til de bestemmelser denne oppgaven behandler. Uttalelsen må derimot fortsatt kunne sies å være relevant på bakgrunn av at begrunnelsen ble brukt av departementet som argument til å ikke gi arbeidsgiverbegrepet en generell utvidelse. Det er altså en forutsetning fra departementet sin side om at begrepet allerede er i stand til å fange opp slike tilfeller.

Overfor eksempelet vil uttalelsen i forarbeidene kunne tilsi at også innleier C i dette tilfellet bør regnes som arbeidsgiver. I spørsmålet om å inngå konkurransebegrensninger overfor B er det jo C som reelt sett har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet denne konkrete arbeidsgiverfunksjonen.

En slik løsning gir også god sammenheng med aml. § 13-2(2) som forbyr diskriminering av innleide arbeidstakere. Det vil være uheldig om lovgivningen gir innleide arbeidstakere et svakere avtalevern overfor innleier enn arbeidstakere ellers har i arbeidslivet overfor arbeidsgiver. Omgåelsesproblematikk tilsier derfor at avtalevernet bør være det samme for innleid arbeidstaker overfor innleier. Problemet kan alternativt også avbøtes ved at normen innfortolkes og anvendes overfor C etter avtl. §§ 36 og 38

B vil i dette tilfellet ha tilgang til den samme sensitive informasjonen, hos C, som poengtert innledningsvis.¹¹⁰ C sitt vernebehov vil på bakgrunn av dette være nøyaktig det samme som for enhver formell arbeidsgiver. B vil også på samme vis ha nøyaktig det samme behovet for vern overfor en for omfattende klausul.

Forskjellene mellom en innleier og den tradisjonelle arbeidsgiveren er først og fremst karakteristikken og tilknytningen arbeidstaker har til denne. Disse momentene berører ikke

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.76

¹¹⁰ Punkt 1.5

den underliggende spenningen mellom partene i særlig grad. Det kan muligens tas til orde for at den svakere tilknytningen mellom partene vil kunne begrunne et behov for sterkere vern for innleid arbeidstaker siden denne ikke har stillingsvern mot innleier. Dette synes å være ivaretatt gjennom de begrensningene som finnes i adgangen til å gjøre gjeldende en klausul ved et kortvarig arbeidsforhold og kompensasjonen av at klausulen gjøres gjeldende.

Bestemmelsen vil, på bakgrunn av at den er uttrykk for lovgiver sine legitimerede avveiiinger av en tilsvarende underliggende spenning, være godt egnet til å sette rammer for avtalefriheten. Dette tilsier også at innleier C bør regnes som arbeidsgiver i dette tilfellet.

En kan trekke noen metodiske poeng ut av Advokatpartnerdommen.¹¹¹ Dommen er erstatningsrettslig og har dermed i utgangspunktet liten overføringsverdi. Høyesterett er i ettertid kritisert for å ha foretatt en utvidende tolking av begrepet arbeidstaker i skadeerstatningslovens (skl.) (1969) § 2-1 til å inkludere også en advokatpartner.¹¹² Begrepet minner om arbeidsgiverbegrepet som behandles her og arbeidstakerbegrepet skal i dommen også i utgangspunkt forstås på samme måte som arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven. Høyesterett sin håndtering av grenseproblematikken kan derfor være av interesse.

Personlig mener jeg at det ville vært nærliggende å benytte skl. § 2-1 analogisk i dommen med tanke på at erstatningsrettens område stort sett er ulovfestet og de bakenforliggende hensyn og avveiiinger var sammenfallende – som de også er i eksempelet vi drøfter.¹¹³ Også de avtalerettslige vurderingene etter avtl. §§ 36 og 38 er i stor grad gjenstand for behandling og utvikling av Høyesterett – som også er tilfellet på erstatningsrettens område. Om Høyesterett velger å innlemme innleier i arbeidsgiverbegrepet eller å gå omveien om analogi / avtl. §§ 36 og 38 kan være en smakssak eller et resultat av deres egne underbevisste rettslige valg og vurderinger. Det er samtidig verdt å nevne at virkningene ved bruk av utvidende tolkning / analogi er like – det har dermed liten betydning hva de lander på. Det er av den grunn ikke nødvendig å gjøre noen stor sak ut av hvilken innfallsvinkel Høyesterett velger – selv om det er av teoretisk interesse.

Det metodiske poenget dommen på bakgrunn av dette kan gi oss, er at skillet mellom utvidende tolkning, analogi og lovvalg i slike tilfeller kan være skarpt. Det er uansett realitetene i avgjørelsen som er det viktigste, og som Høyesterett i stor grad gjerne vil bygge

¹¹¹ Rt. 2015 s. 475 A.

¹¹² Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeerstatning. Loven ble endret ved lover nr. 44/1997, 53/2001 og 45/2003.

¹¹³ Analogi var anført se avsnitt 52

sin argumentasjon mot. Det er derfor verdt å merke seg at Høyesterett valgte det som i størst mulig grad gjennomførte det tiltenkte vern. Dette tilsier, slik jeg ser det, at Høyesterett ville gått samme retning overfor eksempelet vi står ovenfor. Brudd på konkurranseklausuler vil eksempelvis kunne medføre erstatningsansvar og da er det fornuftig at også innleide arbeidstakere får det tiltenkte avtalevern uavhengig av konstellasjonen.

Ordlyden er vidt utformet med å gjelde «enhver» og denne forståelsen er samtidig godt egnet til å hindre omgåelse og gjennomføre det tiltenkte vern – hvilket etter mitt skjønn avvæpner eventuelle lovpositivistiske innsigelser. Lovforarbeidene har åpnet for at arbeidsgiverbegrepet er anvendelig til å ramme også denne type situasjoner. Til slutt er det underliggende spenningsforholdet tilsvarende og sikrer dermed god verdi- og fornuftskohrens.

Samlet sett bør derfor også innleier inngå i arbeidsgiverbegrepet i relasjon til avtalevernet i aml. §§ 14 A-1(1) og 14 A-4(1).

3.1.2.1 Innsigelse mot begrepsbruken «ansvarsplassering, partsforholdet og delt arbeidsgiveransvar» for bestemmelsene

Jeg legger merke til at Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, når de behandler arbeidsgiverbegrepet skriver om ansvarsplassering, partsforholdet og delt arbeidsgiveransvar.¹¹⁴ Begrepsbruken vil kunne være uheldig og misvisende i relasjon til bestemmelsene denne oppgaven behandler.

For ordens skyld vil jeg føye til at begrepsbruken også brukes av andre. Det er begrepsbruken i seg selv, og særlig i relasjon til bestemmelsene denne oppgaven behandler, som oppgaven reiser innsigelser mot, og ikke de nevnte forfattere. Deres fremstilling er som nevnt generell, bygger på andres drøftelser og skal treffe bredere enn denne oppgaven.

I det foreliggende er det tale om bestemmelser som begrenser omfanget av avtalefriheten for arbeidsgivere. Når det er arbeidsgiver sin avtalefrihet som gjennom en bestemmelse begrenses, synes det uheldig å tale om ansvarsplassering eller at arbeidsgiveransvaret kan pålegges flere. Begrepet ansvarsplassering er et handlingsalternativ og ikke et vurderingstema. Beskrivelsen delt arbeidsgiveransvar er heller ikke et godt vurderingstema ettersom det retter seg mot resultatet heller enn vurderingen. At begrepene trekkes inn i

¹¹⁴ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2017) s.65-69

vurderingene kan bidra til at disse trekkes bort fra ordlyden og det vernet som er tiltenkt etter bestemmelsene. Begrepsbruken har heller ikke forankring i ordlyden og virker nærmest å forutsette at ordlyden i utgangspunktet stenger for tilfellene hvor det ikke er den som er påstått ansvarlig som formelt har gitt vedkommende fast ansettelse.

Aml. § 1-8(2) legger riktignok til grunn at det er den som «har ansatt» arbeidstaker som kan pålegges verneansvar. Ordlyden er likevel ikke bastant formulert til å bare gjelde fast ansettelse av arbeidstakere. Det synes nærliggende og i tråd med samfunnsutviklingen, og de aktuelle vernehensyn, å tolke denne formuleringen slik at en også for eksempel ved innleie må kunne sies å ha ansatt vedkommende, om enn midlertidig. I konsernforhold er det gjerne realitetsvurderinger eller omgåelsesbetraktninger som rent faktisk begrunner at verneplikter trer i kraft uten at ordlyden er til hinder for dette. Det er heller ikke en forutsetning for at det har oppstått et arbeidsforhold at det foreligger en formell arbeidsavtale.¹¹⁵ Da kan dette heller ikke være en forutsetning for om det eksisterer verneplikter eller ei. Slik vil også andre virksomheter i konsernforhold, enn den formelle arbeidsgiver, kunne ha arbeidsgiveransvar.

Skjønberg, Hognestad og Hotvedt begrunner partsforholdet sin relevans med at det er selve inngåelsen av arbeidsavtalen som medfører at vernepliktene trer i kraft.¹¹⁶ Dette er nok til dels riktig, ved at det egentlig er inngåelse av selve arbeidsforholdet – og ikke inngåelse av en formell arbeidsavtale – som medfører at vernepliktene trer i kraft. Begrepet synes uansett å komplisere mer enn det bidrar til å opplyse ettersom det underbevisst leder mot den formelle arbeidsgiverpart. En kompliserende faktor er at en grense for etableringen av et arbeidsforhold, etter alminnelige avtalerettslige prinsipper, er hvor arbeidstakeren har fått en berettiget forventning om dette. Hensynet til verdi og fornuftskohrens tilsier dermed at det eventuelt er sammen med den berettigede forventningen, om et arbeidsforhold, at verneplikter først inntreer og som vurderingen i grensetilfeller eventuelt må rette seg mot.

Det er nok også dette som ligger til grunn for forarbeidenes formuleringer når det gis uttrykk for at det etter konkrete vurderinger i rettspraksis har «vært et særskilt grunnlag for» å legge ansvar på flere enn den formelle arbeidsgiver. Ved at det har vært «avtalt flere arbeidsgivere, at flere selskaper reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner, eller at arbeidsforholdet har kontraktmessige uklarheter.»¹¹⁷ Presiseringene viser til alternative grunnlag for at arbeidstaker reelt sett har etablert et arbeidsforhold med flere arbeidsgivere

¹¹⁵ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2017) s.115-116 til støtte for dette.

¹¹⁶ *Ibid.* s.67

¹¹⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 75

eller at det er flere arbeidsgivere som allerede inngår i arbeidsforholdet. For den andre presiseringen kan en også se det som at arbeidsforholdet, eller deler av arbeidsforholdet, er hos eller har blitt overført til en annen arbeidsgiver dersom denne reelt sett opptrer som arbeidsgiver og utøver arbeidsgiverfunksjoner. Sistnevnte presisering i uttalelsen bygger nok på at det er arbeidsgiver som har et særlig ansvar for å klarlegge avtaleforholdet mellom partene, og at denne/disse eventuelt må bære ulempene ved uklarhet. Dette alternativet vil nok også kunne ramme andre arbeidsgivere enn formell arbeidsgiver hvor det finnes uklarheter i arbeidsavtalen knyttet til denne.

Formalitetene vil, for å forhindre omgåelse, bare være aktuelle i den grad de gir uttrykk for realiteter eller hvor arbeidstaker er bedre sikret etter disse. Omgåelsesbetraktninger beskytter nok ikke den formelle arbeidsgiver – denne må nok ut av den formelle avtalen være forberedt på å pålegges et verneansvar for tilfellene hvor den bør ha et slikt ansvar.¹¹⁸ Det er altså ikke nødvendig å se på formalitetene ettersom dette ikke er den endelige begrunnelsen for at vernet trer i kraft. Det formelle partsforholdet er nok dermed ikke mer enn et mulig utgangspunkt.

Bruker en igjen innleie-eksempelet vil en måte å se det på være at innleier trer inn i arbeidsgivers sted i relasjon til gjennomføringen av de deler av arbeidsavtalen og vernet som i det konkrete innleieforholdet er aktuelt. Det er dette som begrunner innleier sin eventuelle verneplikt. Denne forståelsen bygger på det alminnelige prinsippet om at en ikke kan overføre større rett enn en selv har. Dette må gjelde også ved overføringen av bruk og rådighet over arbeidskraft. Overføres eksempelvis retten til å si opp vedkommende må en få stillingsvernet med på kjøpet ettersom dette er en arbeidsgiverfunksjon. Mens et leieforhold ikke i seg selv griper inn i arbeidsavtaleforholdet og derfor løper ut leieperioden uten et stillingsvern – det er altså ingen motstrid der. Denne forståelsen kan utledes fra presiseringen, om hvem det er som reelt sett har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner, i den nevnte forarbeidsuttalelsen.

Velger en å avtale en konkurransebegrensende klausul, som er det aktuelle for denne oppgaven, gjør en også dette i kraft av sin funksjon som arbeidsgiver overfor vedkommende. En bør ikke kunne leie inn en arbeidstaker med et svakere vern enn denne allerede har i kraft av sin arbeidsavtale. I den grad det er arbeidsgiverfunksjoner både innleier og utleier har og benytter seg av, bør jo begge av hensyn til arbeidstaker begrenses tilsvarende av

¹¹⁸ Dette kan også forklare resultatet i «Reksten» Rt. 1993. s. 490 A.

arbeidsmiljøloven. Det samme for virksomheter innad i konsernforhold hvor flere benytter seg av arbeidstakeren.

Som vist kan disse vurderingene løses ved bruk av ordlyd, forarbeider, alminnelige prinsipper og sammenhengene i regelverket. Dette er en bedre løsning enn at kompliserende begreper, som i liten grad bidrar i vurderingene, gis sentral plass. Disse har heller ikke nødvendig rettslig forankring og legitimitet. Gir en disse sentral plass i vurderingene er det ikke rart at man ender opp med en «en temmelig ubestemt lære som kan danne grunnlag for å legge ansvar på flere enn arbeidsgiverparten, etter en konkret vurdering».¹¹⁹ Jeg deler ikke denne oppfatningen og mener at den i stor grad oppstår gjennom begrepsbruken.

Avslutningsvis kan det nevnes at rekkevidden av arbeidsgiverbegrepet, på bakgrunn av dets relativitet, uansett må vurderes konkret og avklares ut fra de hensyn som gjør seg gjeldende overfor hver enkelt vernebestemmelse, slik at det tiltenkte vern gjennomføres. Det er behovet for denne anvendeligheten og omgåelsesbetraktninger, av hensyn til arbeidstaker, som nødvendigvis vil medføre at det vil herske en viss usikkerhet over arbeidsgiverbegrepets rekkevidde. Poenget er at en ikke kan planlegge og disponere seg ut av arbeidsgiveransvaret på bekostning av arbeidstaker.

3.1.3 Arbeidstakerbegrepet

Arbeidstakerbegrepet er legaldefinert i aml. § 1-8(1) og klargjør at arbeidstaker er «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Arbeidsgiver og arbeidstakerbegrepene har nær tilknytning til hverandre ved at arbeidstakerformuleringen også er inntatt i arbeidsgiverbegrepet i aml. § 1-8(2). Begrepet kan derfor også sies å være med på å definere det som må være i kjernen av arbeidsgiverbegrepet og viser at det i realiteten er et spesielt partsforhold, nemlig et arbeidsavtaleforhold, som egentlig avklares av begrepene i sammenheng.

Både arbeidsgiver og arbeidstakerbegrepene forutsetter at det foreligger avtalerettslig binding mellom de to partene for at vernebestemmelsene skal tre i kraft. I relasjon til bestemmelsene oppgaven behandler er det nok tilstrekkelig at klausulen tar sikte på å regulere forholdet

¹¹⁹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2017) s.67

mellom partene i tilknytning til et arbeidsforhold. Dette kan begrunnes i at avtaler gjerne inngås i forkant av forholdet det er ment å regulere. En slik forståelse hindrer også omgåelse.

Arbeidstaker er etter ordlyden vedkommende som «utfører arbeid». Ordlyden kan med dette sies å hjemle at det må foreligge en form for personlig arbeidsplikt for at vedkommende skal regnes som arbeidstaker. Dette står i et motsetningsforhold til oppdragstakere som gjerne ikke er bundet inn i en slik personlig arbeidsplikt – og som derfor i utgangspunktet vil falle utenfor arbeidstakerbegrepet.

Formuleringen «i annens tjeneste» virker å peke på at det også må foreligge et over/underordningsforhold. Det klassiske er at arbeidstaker underordnes arbeidsgiver ved at arbeidsgiver har styringsrett og leder arbeidet til arbeidstaker.

Igjen er den vidtfavnende formuleringen «enhver» benyttet. Denne må også her sees i sammenheng med at det er tale om vernebestemmelser. Samlet tilsier dette at bestemmelsene må være i stand til å gjennomføre det tiltenkte vern overfor de som er tenkt vernet. For at det tiltenkte vern gjennomføres må dermed også dette begrepet tolkes med bakgrunn i de underliggende hensyn som gjør seg gjeldende.

I relasjon til aml. §§ 14 A-1 og 14 A-4 er det sentrale at de som er tiltenkt å vernes i sine avtaledisposisjoner, med arbeidsgiver, får dette. Det typiske, som oppgaven gikk inn på i relasjon til arbeidsgiver, er at denne i mye større grad enn arbeidstaker er i stand til å ivareta egne interesser frem i tid. Dette kan tilsa at det må legges en vid forståelse av begrepet til grunn i noen tilfeller.

Omgåelseshensyn medfører også at det er realitetene og ikke klassifiseringen av avtaleforholdet som må bli avgjørende for hvorvidt vi står overfor en arbeidstaker og arbeidsgiver eller ei. Dette kan begrunnes i at arbeidsgivere vil kunne spekulere i omgåelse av de forskjellige vernebestemmelser. En kommer dermed ikke utenom en konkret og helhetlig vurdering av realitetene.

En kan finne støtte for en slik vurdering i forarbeidene hvor det heter at «[e]n person skal regnes som arbeidstaker ... hvis tilknytningen til arbeidsgiver reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold».¹²⁰

¹²⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.73

Skjønberg, Hognestad og Hotvedt betegner dette overfor arbeidsgiverbegrepet som at det må foretas en klassifisering av avtaleforholdet som er inngått.¹²¹ I realiteten inngår dette også i arbeidstakerbegrepet på grunn av den nære tilknytningen mellom de to begrepene.

Forarbeidene stiller på bakgrunn av tidligere rettspraksis opp flere aktuelle momenter, som i tillegg til de som allerede har blitt nevnt, kan være aktuelle i vurderingen av dette. Disse retter seg mot hvem som stiller de nødvendige drifts- og hjelpemidler til rådighet, hvem som bærer risikoen for arbeidsresultatet, om vederlaget utbetales i en eller annen form for lønn, om tilknytningsforholdet mellom partene og om det hovedsaklig jobbes for en eller flere arbeidsgivere.¹²² Det presiseres samtidig at listen ikke er uttømmende og at den er ment å fungere som en rettesnor.

Det er viktig å ha i mente at de viktigste argumenter, for at det foreligger et arbeidsavtaleforhold, er de momenter som kan hjemles i ordlyden. Det vil si at det for arbeidstaker foreligger en form for personlig arbeidsplikt, og om arbeidsgiver har styringsrett. Det er altså et over/underordningsforhold mellom partene. De øvrige momentene gir nok først og fremst veiledning i tvilstilfeller slik forarbeidene gir anvisning på.

Trekker en frem igjen eksempelet med innleid arbeidstaker vil denne ha både en personlig arbeidsplikt og være underlagt arbeidsgivers styringsrett.¹²³ Også de øvrige momentene som forarbeidene trekker frem til veiledning tilsier at vedkommende er å regne som arbeidstaker også overfor innleier jfr. aml. §§ 14 A-1 og 14 A-4.

Tar en igjen et skritt tilbake og vurderer dette opp mot de kvalitetssikrende metodiske momenter, ser en at den samme underliggende spenningen gjør seg gjeldende overfor en innleid arbeidstaker som overfor enhver annen arbeidstaker. En slik forståelse gir dermed god verdi- og fornuftskohrens. Også den lovpositivistiske grunnposisjonen ivaretas på bakgrunn av at den muligens utvidede forståelsen av begrepet arbeidstaker har dekning i lov (den vide formuleringen «enhver») og forarbeidene. Den utvidede forståelsen tar også sikte på å hindre omgåelse, er bevisteknisk enklere og sikrer god sammenheng i regelverket.

En kan forutsetningsvis av aml. § 14 A-5 utlede at også virksomhetens øverste leder må regnes som arbeidstaker ettersom det ellers ikke ville vært behov for denne unntaksregelen. Det kan tenkes at noen ville argumentere for å sidestille for eksempel øverste leder med

¹²¹ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2017) s. 65

¹²² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.73

¹²³ Eksempelet i punkt 3.1.1

arbeidsgiver, på bakgrunn av dennes jevnbyrdighet og at denne ikke har det samme behov for vern som andre arbeidstakere.

3.1.4 Andre partssammensetninger

På bakgrunn av at arbeidsgiverbegrepet har en funksjonell side vil utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner overfor andre, som i utgangspunktet ikke er arbeidstakere, kunne ha karakter av å være et arbeidsforhold. Spørsmålet blir derfor om bestemmelsene også vil kunne anvendes overfor disse.

Borch (red.) gir uttrykk for at deltakere i partnerskap og andre samarbeidsforhold normalt ikke vil betraktes som arbeidstakere, men at det kan «tenkes at deltakerne i visse sammenhenger må regnes som arbeidstakere.» Det blir gitt uttrykk for at det i de tilfeller hvor «det rettssubjektet som eventuelt er arbeidsgiver ikke er part i den avtalen som inneholder konkurranseklausulen» må vurderes konkret om bestemmelsene skal anvendes.¹²⁴ Uten at grunnlaget for disse påstandene blir presisert nærmere.

At partnerskap og andre samarbeidsforhold i utgangspunktet faller utenfor bestemmelsenens anvendelsesområde fremstår på bakgrunn av min tidligere redegjørelse, som naturlig. Det vil i slike avtaleforhold som regel være snakk om parter med tilnærmet lik forhandlingsstyrke. Den sentrale begrunnelsen om å verne om arbeidsavtalens svake part slår i slike tilfeller ikke til.

Hva de to etterfølgende presiseringene kan rette seg mot er mer uklart.

Arbeidstakere har medbestemmelsesrett, men det er arbeidsgiver som har styringsrett over arbeidet. Partnere med reell påvirkning på styringen av samarbeidsselskapet faller derfor sannsynligvis utenfor arbeidstakerbegrepet.

En kan vanskelig identifisere situasjoner, i relasjon til konkurransebegrensende klausuler, hvor det kan tenkes at partnere overfor det felles samarbeidsselskap kan regnes som arbeidstakere. En kan muligens ta til orde for at så vil være tilfellet i et fåtall partnerskap – hvor den ene samarbeidspartner er dominerende i eier og styringsmakt.

I tilfeller hvor det er et samarbeidsselskap med svært mange partnere vil det ikke lenger kunne sies å være et jevnbyrdig partnerskap – og begrunnelsen for vern kan i et slikt tilfelle delvis

¹²⁴ Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold* (2016) s.132

slå til igjen. Selv om det er tilfellet synes det lite skjønnsomt at vedkommende skal ha krav på vern etter arbeidsmiljølovens bestemmelser ettersom vedkommende har medbestemmelsesrett og faktisk ikke er å anse som en ansatt.

Den eneste begrunnelse som synes viktig er hvor det er tale om omgåelse og en reelt sett står overfor et arbeidsavtaleforhold. For at dette skal stemme må det nok være tale om et markant skille i eier og beslutningsmakt slik at behovet for vern gjør seg gjeldende med full styrke.

En god beskrivelse av alle omgåelsestilfellene på bakgrunn av dagens rettskildesituasjon vil nok ikke kunne gis. Hvor det i realiteten er den en partner som rår alene over det felles samarbeidsselskapet vil gode grunner tale for at det bør kunne rammes som omgåelse og dermed omfattes av reglene. Er det derimot tale om at flere partnere i fellesskap rår over det felles samarbeidsselskapet, overfor en eller flere andre partnere, synes det ikke lenger treffende å tale om omgåelse. Med mindre den partner, som er del av mindretallet, har en helt ubetydelig eier- og beslutningsandel og dermed er avskåret all medbestemmelse.

Det er nok derfor bare de tilfeller hvor det ikke lenger er tale om noe reelt partnerskap som eventuelt kan innfortolkes. Som det kommer frem av min redegjørelse til Punkt 3.1.2 og 3.1.3, er det etter mitt skjønn realitetene som er gjenstand for vurdering – ikke klassifiseringen av partsforholdet.

Om det er Advokatpartnerdommen som gjør at Borch (red.) åpner for at partnere kan tenkes å inngå i arbeidstakerbegrepet fremstår dette lite trolig i relasjon til bestemmelsene denne oppgaven behandler.¹²⁵ Dommen er sterkt kritisert for at arbeidstakerbegrepet ble tolket utvidende til å omfatte en advokatpartner. Den gjaldt erstatningsplikt for arbeidsgiver overfor tredjepart for skade utført av arbeidstaker. Dette bygger på helt andre hensyn enn i det foreliggende og dommen har derfor liten interesse, til tross for at begrepene i utgangspunktet skal forstås likt. Mine tidligere betraktninger til dommen kan også være av interesse her.¹²⁶

På bakgrunn av dette vil det nok ikke finnes noe tilfelle hvor reelle partnere vil inngå i arbeidstakerbegrepet i relasjon til aml. § 14 A-1 og A-4.

Når det gjelder tilfeller hvor samarbeidsselskapet ikke er part i avtalen – men avtalen istedenfor er inngått mellom partnere, er det også vanskelig å tenke seg til eksempler på hvor bestemmelsene vil komme til anvendelse. Igjen er det nok bare omgåelsestilfeller som vil

¹²⁵ Rt. 2015 s. 475 A. for dommen.

¹²⁶ Se punkt 3.1.2

kunne begrunne at en innskrenking av arbeidsgivers avtalefrihet er mulig, på tvers av en naturlig forståelse av ordlyden. Argumentasjonen for dette vil i stor grad bygge på det samme som har blitt nevnt tidligere. Altså at en partner må ha innflytelse som om vedkommende reelt sett er arbeidsgiver.

Ved overdragelse av virksomhet kan det også være aktuelt å avtale konkurransebegrensende klausuler. For de fleste tilfeller vil det nok ikke være en arbeidstaker og arbeidsgiver relasjon mellom avtalepartene. Dette kan stille seg annerledes i tilfeller hvor det er den tidligere innehaveren som i det daglige har drevet forretningen og som fortsetter å gjøre dette etter overdragelsen.

Dette var tilfellet i «Metall og gjenvinning» hvor overdragelsesavtalen inneholdt en konkurranseklausul.¹²⁷ Det ble samtidig inngått en egen arbeidsavtale med tidligere innehaver. Lagmannsretten så dette som et avtaleforhold – og la til grunn at også overdragelsesavtalen inngikk i arbeidsavtaleforholdet. Det ble lagt vekt på at arbeidstaker aksepterte konkurranseklausulen fordi han ble tilbudt ansettelse. Videre ble det konkludert med at konkurranseklausulen dermed var inngått mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Dette ble vurdert opp mot den tidligere avtl. § 38(3) som også forutsatte at det forelå et arbeidsforhold mellom partene og dommen har derfor en viss interesse. Det må derimot bemerkes at underrettspraksis har begrenset rettskildevekt.

Jeg mener dommen her samsvarer godt med den tidligere nevnte forarbeidsuttalelsen og oppgavens argumentasjon og beskrivelse av rettstilstanden.¹²⁸ Er den konkurransebegrensende klausulen utformet på en måte som tilsier at den kan regulere forholdet mellom partene under det blivende arbeidsforholdet finnes det, slik jeg ser det, ikke vektige grunner som tilsier at den bør regnes å være inngått utenfor arbeidsforholdet.

3.2 Øvrige inngåelsesvilkår

3.2.1 Skriftlighet

Det følger av § 14 A-4(2), 3. setning jfr. § 14 A-1(3) at en kunde- eller konkurranseklausul «må inngås skriftlig for å være gyldig». Bestemmelsene gir med dette tydelig anvisning på at skriftlighetskravet er et gyldighetsvilkår og dermed må være oppfylt for at en skal kunne gjøre

¹²⁷ LH-2013-211575

¹²⁸ Se særlig punkt 3.1.1

en kunde- eller konkurranseklausul gjeldende. En alminnelig forståelse av ordlydens formulering tilsier at det er tale om et absolutt krav.

Skriftlighet er med på å sikre notoritet og forutberegnelighet om klausulen. På bakgrunn av at slike klausuler kan være svært inngripende for arbeidstaker fremstår dette som et rimelig krav. Det kan derimot nokså enkelt tenkes at hensynet til notoritet og forutberegnelighet også kan sikres på andre måter.

I forbindelse med inngåelse av tariffavtaler gjelder det også et skriftlighetskrav jfr. arbeidstvistslovens (arbtvl.) (2012) § 4.¹²⁹ Her har arbeidsretten åpnet for at det «i særlige tilfeller kan [] foreligge tariffavtale selv om skriftlighetskravet ikke er oppfylt».¹³⁰ I ARD 1972 s. 107 viser Arbeidsretten, som begrunnelse for å lempe på kravet til formell skriftlighet, at det har vært fremlagt «skriftlige uttalelser fra begge parter, som på en utvilsom måte har bekreftet så vel at det var» meningen å opprette en slik avtale og at partene «i gjensidighet var klar over hva denne avtale gikk ut på».

På bakgrunn av dette kan det være grunn til å spørre om det også overfor konkurranseklausuler er anledning til å lempe noe på kravet om skriftlighet, all den tid hensynet til notoritet og forutberegnelighet er ivaretatt.

En kan tenke seg at det indirekte kommer frem, f.eks. via epostkorrespondanse mellom partene, at det foreligger en konkurranseklausul og hva innholdet i denne er. I et slikt tilfelle vil det kunne påstås at hensynet til notoritet og forutberegnelighet er ivaretatt.

Forarbeidene gir på sin side støtte til den alminnelige forståelsen av ordlyden med uttalelsen om at skriftlighetskravet er «et absolutt vilkår for at en konkurranseklausul skal være gyldig inngått».¹³¹ Dette tilsier at det ikke er adgang til å lempe på skriftlighetskravet.

Ser en derimot forarbeidsuttalelsen i sammenheng med hva Arbeidsretten i ARD 1922 s. 38 ga uttrykk for at skriftlighetskravet i arbtvl. § 4 i utgangspunktet var: «Når loven stiller et ubetinget krav om at tariffavtalen skal foreligge skriftlig, er det for å avskjære de tvil som kan oppstå, om beviset kunde føres på annen måte.» Dette stiller seg nokså likt skriftlighetskravet i § 14 A-1(3) og kan tas til inntekt for at det kan tenkes at domstolene også vil kunne åpne for å lempe på skriftlighetskravet her.

¹²⁹ Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister.

¹³⁰Sundet, *Tariffavtalen (2014)* s. 38-39 sitat hentet her og for utfyllende om dette.

¹³¹ Prop.85 L (2014-2015) s. 57

Arbeidsretten er en spesialdomstol som tar stilling til rettstvister mellom en fagforening og en arbeidsgiver/-forening i relasjon til tariffavtaler jfr. arbtvl. §§ 33(2) og 1(i). Sammensetningen i Arbeidsretten skiller seg fra domstolene som er generalister. Sammensetningen vil kunne ha betydning for dens avgjørelser og rettsutvikling. Selv om Arbeidsretten også opererer på det arbeidsrettslige området, har avgjørelser herfra liten vekt og relevans i spørsmål som ikke omhandler eller bygger på tariffavtaler.

Dommene jeg har referert til har dermed i utgangspunktet liten overføringsverdi – men det er interessant å trekke linjer til utviklingen av det som i utgangspunktet var et tilsvarende strengt krav til skriftlighet.

Jeg tror derimot ikke at vi vil få se en tilsvarende utvikling av skriftlighetskravet i aml. § 14 A-1(3), og det er særlig tre sentrale forskjeller jeg vil belyse som jeg mener er avgjørende for dette.

For det første er vi på arbeidsmiljølovens område, ettersom kravet til skriftlighet først og fremst retter seg mot arbeidsgiver vil det å lempe på kravet til skriftlighet skape problematikk opp mot aml. § 1-9 siden manglende skriftlighet kan være til arbeidstakers ugunst. Det er dermed ikke naturlig å legge en vid forståelse av ordlyden til grunn på bekostning av arbeidstaker.

For det andre skiller partsforholdet seg fra det som er tilfelle overfor tariffavtaler. Fagforeninger og arbeidsgiver/-forening er i forhandlingsstyrke mer likestilte enn det som er tilfelle for den direkte arbeidsgiver og arbeidstaker relasjonen.

For det tredje vil både fagforening og arbeidsgiver/-forening kunne ha interesse av at det er inngått en tariffavtale. Dette skiller seg fra spørsmålene vi står overfor hvor det i utgangspunktet først og fremst er i arbeidsgivers interesse at det foreligger en konkurransebegrensende klausul. På bakgrunn av arbeidsgivers posisjon og styrke synes det heller ikke uheldig å pålegge denne et strengt skriftlighetskrav om den har interesse av å gjøre gjeldende en kunde- eller konkurranseklausul.

For tilfellet hvor begge parter ønsker at det skal foreligge en klausul vil det ikke være tvist om klausulen er gyldig inngått. I slike tilfeller er nok ikke skriftlighetskravet jfr. aml. § 1-9 til hinder for at domstolene fortsatt kan utlede innholdet i klausulen fra partenes øvrige korrespondanse i tråd med alminnelige avtalerettslige regler. Selv om dette vil kunne komplisere bevissituasjonen for domstolen.

Min konklusjon, på bakgrunn av dette, er at det i utgangspunktet ikke er anledning til å lempe på kravet til skriftlighet etter aml. § 14 A-1(3) og § 14 A-4(2) med mindre arbeidstaker også ønsker dette jfr. aml. § 1-9.

3.2.1.1 Skriftlighetsvilkåret og særlige bemerkninger i relasjon til tariffavtaler

Borch (red.) tar til orde for at kunde- og konkurranseklausuler kan «tenkes inntatt i tariffavtaler».¹³² Før de ukritisk legges til at grunn at også «da vil kravet til skriftlighet være oppfylt, jf. arbeidstvistloven § 4 som fastsetter at tariffavtaler skal opprettes skriftlig.»¹³³

Jeg er enig i at det er adgang til å innta kunde- og konkurranseklausuler i tariffavtaler på bakgrunn av at dette må regnes som «lønns- og arbeidsvilkår» jfr. arbtvl. § 1(e).

Formuleringen må ses i sammenheng med at det i forarbeidene er forutsatt at denne dekker «alt det, som en fagforening og en arbeidsgiverforening i det hele kan tviste om [...] skal indgaa som integrerende led i enhver arbeidsavtale.»¹³⁴ Altså hvilke plikter og rettigheter som skal inngå i det individuelle arbeidsavtaleforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, hvilket kunde- og konkurranseklausuler gjør.

På bakgrunn av den tidligere drøftelse, hvor vi så at Arbeidsretten har lempet noe på kravet til skriftlighet, i arbtvl. § 4, stiller jeg meg derimot kritisk til at det uten videre legges til grunn at skriftlighetskravet etter aml. § 14 A-4(2), 3. setning jfr. § 14 A-1(3) vil være oppfylt ved inngåelse av en tariffavtale. Som det kommer frem av min tidligere redegjørelse, taler gode grunner for at det gjelder et strengere krav til skriftlighet for inngåelse av kunde- og konkurranseklausuler enn det som er gjeldende ved inngåelse av tariffavtaler.¹³⁵ Dette må resultere i at kunde- eller konkurranseklausuler som er inntatt i en tariffavtale, må vurderes opp mot skriftlighetskravet etter § 14 A-1(3) i vurderingen av om de er gyldig inngått.

Borch (red.) problematiserer videre hvorvidt det i den individuelle arbeidsavtalen må vises til tariffavtalen som fastsetter kunde- eller konkurranseklausulen(e). De slår fast at «det er usikkert om dette kan stilles opp som et absolutt vilkår ettersom tariffavtaler generelt vil være bindende selv om det ikke vises til dem i individuelle arbeidsavtaler.» De påstår videre at aml. § 14 A-1(3) ikke kan «sies å utgjøre et unntak fra dette utgangspunktet» og at en

¹³² Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold (2016) s.134-135 og 193*

¹³³ *Ibid. s.135*

¹³⁴ Ot.prp.nr.29 (1912) og Sundet, *Tariffavtalen (2014) s. 46-47*

¹³⁵ Redegjørelsen i punkt 3.2.1

konkurransesklausul i en tariffavtale vanskeliggjør den «individuelle vurderingen som forutsetningsvis skal foretas før det avtales en konkurransesklausul.»¹³⁶

Hva henvisningen, om den individuelle vurderingen som forutsetningsvis skal foretas før det avtales en konkurransesklausul, retter seg mot er jeg ikke kjent med. På bakgrunn av oppgavens redegjørelse, foreligger det ingen slik individuell vurdering. Det kan tenkes at det siktes til den individuelle vurderingen som må foretas når en skal gjøre en konkurransesklausul gjeldende – men ettersom denne gjøres etter at klausulen er inngått treffer poenget deres eventuelt ikke.

Jeg klarer ikke helt å se hvilken betydning det skal ha at tariffavtaler generelt sett er bindende vurdert opp mot om skriftlighetsvilkåret i aml. § 14 A-1(3) er oppfylt. Det er vel heller et spørsmål om den skriftlighet som kommer frem i tariffavtalen er tilstrekkelig til å oppfylle skriftlighetsvilkåret i aml. § 14 A-1(3) som er den riktige måten å stille det rettslige spørsmålet på. Spørsmålet er dermed om skriftlighetsvilkåret i aml. § 14 A-1(3), som setter inngåelsessskranker, er oppfylt. Eventuell binding til en tariffavtale forandrer ikke vilkåret, men en tariffavtale vil kunne oppfylle vilkårene. Dersom en tariffavtale oppfyller vilkåret, vil tariffavtalen og klausulen, kunne være gyldig inngått, bindende og få virkning overfor arbeidstaker.

Det kan også tenkes at aml. § 1-9 setter grenser av betydning. Siden skriftlighetsvilkåret ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker, kan spørsmålet være om det er til ugunst for arbeidstaker at kunde- eller konkurransesklausulen ikke er skriftlig.

Dersom det foreligger en tariffavtale ved inngåelse av arbeidsforholdet, bør det, som minimum inntas en henvisning, i den individuelle arbeidsavtalen, til at det foreligger en tariffavtale som inneholder en kunde- eller konkurransesklausul. Mangler en slik henvisning vil arbeidstaker i mindre grad ha blitt gjort oppmerksom på dette. Som kan påstås å være til arbeidstakers ugunst jfr. aml. § 1-9.

Det kan tenkes et skille her mellom tariffbundet og tariffubundet arbeidstakere. Hvis arbeidstaker ikke er tilsluttet den fagforening som er part i tariffavtalen, altså tariffubundet, synes det klart at det må en henvisning til for å gå klar av skriftlighetskravet i aml. § 14 A-1(3) jfr. aml. § 1-9.

¹³⁶ Borch (red.), *Konkurranseskraninger i arbeidsforhold (2016)* s.135

Er arbeidstaker organisert i fagforeningen som er part i denne tariffavtalen, altså tariffbundet, stiller det seg mer uklart hvorvidt det er nødvendig med en henvisning til denne. Dette vil eventuelt bygge på virkningene det medfører å være tariffbundet. Oppgaven skal i fortsettelsen utdype hvorfor arbeidsgiver i alle tilfeller bør velge å innta kunde- og konkurranseklausulen i den individuelle arbeidsavtalen.

Er tariffavtalen inngått under et bestående arbeidsforhold vil det gjelde et skille mellom tariffbundet og tariffubundet arbeidstaker. Overfor tariffubundet arbeidstaker vil tariffavtalen ikke ha direkte virkninger på bakgrunn av at det bare er bestemmelser i arbeidsavtaler som strider mot «tariffavtale som begge parter er bundet av» som er ugyldig jfr. arbtvl. § 6. Når arbeidstaker ikke er tariffbundet, av tariffavtalen, vil ikke denne få virkning overfor vedkommende.

Sundet viser til Arbeidsrettspraksis og formulerer det som at de «fremhever det selvsagte i at tariffavtalen bare er bindende for tariffparten og dennes medlemmer, og at de som står utenfor tariffforholdet, ikke blir bundet av avtalen.» Videre at «de utenforstående har ikke av den grunn noen rettigheter eller plikter.»¹³⁷

Det synes etter dette klart at henvisning til kunde- eller konkurranseklausulen(e) må inntas i den individuelle arbeidsavtalen med uorganiserte arbeidstakere og arbeidstakere som ikke er medlemmer i fagforening som arbeidsgiver/-foreningen har tariffavtale med. Dette bygger til dels på skriftlighetskravet og til dels på hvem en tariffavtale har virkning overfor.

Overfor tariffbundet arbeidstaker blir derimot vurderingen en annen. Arbtvl. §§ 6 og 7 må til dette sees i sammenheng. Den sistnevnte bestemmelsen gir veiledning med hensyn til hva som er virkningene av utmeldelse av fagforening eller arbeidsgiverforening, at en «ved utmeldelse eller eksklusjon» ikke blir «fri for sine forpliktelser etter de tariffavtaler som gjelder for foreningen ved uttreddelsen». Tariffavtalen vil altså fortsette å ha virkning overfor tariffbundne arbeidstakere ut tariffperioden.

Sundet utdyper og presiserer her at utgangspunktet er «at tariffavtalen er bindende for dem som er medlemmer på det tidspunkt tariffavtalen er inngått, eller som melder seg inn i tariffperioden. Det er i denne sammenheng uten betydning når arbeidsforholdet er etablert.»

¹³⁷ Sundet, *Tariffavtalen* (2014) s. 64

Poenget «er at medlemmet ikke kan melde seg ut for å bli fritatt fra de tariffrettslige forpliktelsene». ¹³⁸

Følgelig er det klart at kunde- eller konkurranseklausuler i tariffavtaler vil ha virkning overfor tariffbundne arbeidstakere i tariffperioden dersom dette ikke er i strid med skriftlighetskravet i aml. § 14 A-1(3).

Skal kunde- eller konkurranseklausuler avtales ved tariffavtale bør nok fagforeningen, og kanskje også arbeidsgiver, varsle de tariffbundne arbeidstakerne om at det kan komme til å inngås kunde- og/eller konkurranseklausuler i denne. Slik varsling vil gi arbeidstakerne mulighet til å melde seg ut av fagforeningen før tariffavtalen inngås, slik at denne ikke får virkning overfor dem. Det kan muligens påstås å gjelde et krav til dette på bakgrunn av aml. § 1-9, men om en slik argumentasjon vil føre frem er usikkert. Poenget må i tilfelle være at arbeidstaker ikke er gjort oppmerksom på klausulen, på bakgrunn av klausulens inngripende virkninger, og at dette er til ugunst for arbeidstaker vurdert opp mot kravet til skriftlighet.

Det fremstår som mulig å formulere generelle kunde- og konkurranseklausuler som kan rette seg mot typiske stillingstyper eller spesielle kunderelasjoner. Det virker dermed ikke å være innholdsmessige sperrer som skulle forhindre å tariffeste slike klausuler.

Det er dermed ingenting i veien for at det kan avtales kunde- eller konkurranseklausuler i tariffavtaler, så lenge disse oppfyller inngåelsesvilkårene. Tvert imot må dette sies å være til arbeidstakernes gunst, da de har mulighet til å forhandle om disse i fellesskap.

Til slutt noen poeng rundt at det for arbeidsgiver alltid vil være mest hensiktsmessig å innta kunde- og konkurranseklausuler direkte i arbeidstakernes arbeidsavtaler. Klausulene er sentrale i arbeidsgivers vern mot konkurranse og om kunder. Det vil for arbeidsgiver være viktig at klausulene regulerer forholdet mellom partene etter arbeidsforholdets opphør gjennom hele arbeidsforholdet. Ettersom tariffperiodene normalt er på 2 år vil det, for arbeidsgiver, kunne skape unødvendig støy og press om disse klausulene jevnlig inngår i forhandlingsgrunnlaget. En risikerer å bøye under for press, som gjør at en må foreta innskrenkninger, som rammer store deler av sin arbeidsstand. Samtidig vil det i en situasjon hvor klausulene utelukkende er inntatt i tariffavtalen, være anledning for en tariffbundet arbeidstaker, å gå ut av den fagforening som er part i den gjeldende tariffavtalen. Klausulen

¹³⁸ Sundet, *Tariffavtalen* (2014) s. 71

vil dermed, ved utløp av inneværende tariffperiode, ikke kunne gjøres gjeldende overfor vedkommende, som nå er tariffbundet.

3.2.2 Tidsbegrensningen

Det følger av aml. § 14 A-1(2), 2. setning at klausulen «ikke i noe tilfelle gjøres gjeldende lenger enn ett år fra opphør av arbeidsforholdet». Tilsvarende formulering finnes i aml. § 14 A-4(2), 2. setning og disse må som utgangspunkt forstås likt.¹³⁹

Som en kan se av ordlyden, hører dette vilkåret også hjemme under drøftelsen av adgangen til å gjøre gjeldende kunde- og konkurranseklausuler. På bakgrunn av at det også oppstiller et innholdsmessig vilkår, behandles de innholdsmessige deler av dette her.

Bestemmelsene gir anvisning på i hvilket tidsrom arbeidstakers handlefrihet kan begrenses med en kunde- eller konkurranseklausul. En alminnelig forståelse av ordlyden tilsier at den øvre grensen er absolutt.

Ett år regnes fra datoen arbeidsforholdet opphører tidsbegrensningen regnes fra. Forarbeidene presiserer at dette vanligvis er «ved utløpet av oppsigelsesfristen i det aktuelle arbeidsforholdet», men dersom «arbeidstakeren avskjediges vil avskjedstidspunktet være utgangspunktet for beregningen.» Det blir videre presisert at «arbeidsgiver må vurdere om en konkurranseklausul skal gis kortere varighet på grunnlag av vilkåret om at det må foreligge et «særlig behov for vern mot konkurranse». Dette innebærer også at en konkurranseklausul kan settes til side, hvis den er gitt en varighet som strekker seg utover hva arbeidsgivers behov for vern mot konkurranse tilsier.»¹⁴⁰

Sistnevnte moment retter seg mot adgangen til å gjøre kunde- eller konkurranseklausul gjeldende og vil dermed behandles senere i oppgaven.¹⁴¹

På bakgrunn av aml. § 1-9 må det åpnes for at det også kan avtales lengre tidsbegrensninger. I et slikt tilfelle må det nok ikke foreligge noen som helst tvil om at avtalen samlet sett er til arbeidstakers gunst. En slik tvist kan tenkes hvor det er arbeidsgiver som viser til bestemmelsen til hinder for en avtale hvor arbeidstaker er kompensert ekstremt gunstig for et lengre tidsrom. Ettersom bestemmelsene er ment å verne om arbeidstakere, vil nok

¹³⁹ Prop.85 L (2014-2015) s. 60 for dekning for dette.

¹⁴⁰ Ibid. s. 57

¹⁴¹ Oppgavens kapittel 4

domstolene i et slikt tilfelle være åpne for å fravike tidsbegrensningen til arbeidstakers gunst.¹⁴² Dette må sees i sammenheng med at bestemmelsene i all hovedsak retter påbud mot og begrenser arbeidsgiver og dennes avtalefrihet av hensyn til arbeidstaker.

Dette er altså enda en av de drøftelser som den juridiske teorien på området har gått glipp av ved å overse et så sentralt moment i arbeidsmiljølovgivningen som aml. § 1-9. Når Jakkheln og Kvalsnes tar til orde for at «partene ikke gjennom sine disposisjoner skal kunne omgå» denne regelen, illustreres dette.¹⁴³ Jeg skal holde meg til å poengtere at en slik regel ikke vil kunne håndheves på bakgrunn av at det kan være i både arbeidstaker og arbeidsgivers interesse at klausulen gjøres gjeldende lenger enn et år.

Formuleringen «ikke i noe tilfelle» medfører nok at domstolene for de fleste tilfeller vil legge en streng forståelse til grunn. Det sentrale spørsmålet i de avvikende tilfellene vil være hvem fravikelsen er til ugunst for. Etersom vi står overfor arbeidervern- og minstevernslovgivning, er det til arbeidstakers gunst den kan fravikes. Det er derfor først og fremst arbeidstaker som kan vise til regelen. Det kan tenkes at også arbeidsgiver helt unntaksvis kan vise til bestemmelsen hvor avtalen objektivt sett er like god eller til arbeidstakers gunst.

Et mulig tolkningsalternativ av formuleringen «ikke i noe tilfelle» er at denne heller ikke kan fravikes til arbeidstakers gunst. Denne forståelsen synes på bakgrunn av formålet med loven og i sammenheng med aml. § 1-9 som ikke nærliggende. Formuleringen må nok dermed forstås slik at den retter seg mot adgangen til å gjøre gjeldende klausuler etter bestemmelsene og at bestemmelsen ikke er ment å begrense adgangen til å fravike reglene til arbeidstakers gunst i tråd med aml. § 1-9.

Det kan også tenkes at fravikelse vil reise komplikasjoner, vurdert opp mot adgangen til å gjøre gjeldende en avvikende avtale. Det vil nok derfor måtte lempes tilsvarende på de i utgangspunktet strenge kravene, som påhviler arbeidsgiver i vurderingene, knyttet til dette, så lenge løsningen samlet sett ikke er til arbeidstakers ugunst, eller hvor arbeidstaker velger denne.

At en går bort fra en retts teknisk enklere løsning kan også være et tenkelig moment mot forståelsen oppgaven presenterer. Momentet fremstår derimot ikke særlig viktig. Et annet moment er at det er ikke er i samfunnets interesse at arbeidskraft pålegges strengere

¹⁴² Se LB-2019-75820 om arbeidstakers valgrett etter § 1-9 til støtte for dette.

¹⁴³ Jakkheln og Kvalsnes, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, § 14 A-4. Konkurransklausuler, pkt. 8

konkurransbegrensninger enn hva bestemmelsene gir anvisning på. Heller ikke dette synes avgjørende all den tid bestemmelsen er inntatt i arbeidsmiljøloven ref. tidligere merknader.

Forarbeidene er tause om problemstillingen, men plasseringen av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og kommentarene knyttet til virkningene av dette viser at dette var et gjennomtenkt grep.¹⁴⁴

Det er dermed, i mangel på holdepunkter for noe annet, naturlig å konkludere med at tidsbegrensningen kan fravikes, hvor avtalen samlet ikke er til arbeidstakers ugunst, eller hvor arbeidstaker velger den avvikende avtale. Selv om lovgiver også her kan sies å ha valgt en uheldig, og i verste fall misvisende, formulering i den konkrete bestemmelsen, sett i lys av aml. § 1-9.

3.3 Adgangen til å inngå rekrutteringsklausuler

Det er som hovedregel forbudt for arbeidsgiver å inngå rekrutteringsklausul med andre virksomheter jfr. aml. § 14 A-6. Bestemmelsen lister opp to tilfeller hvor det unntaksvis er anledning til å inngå slike.

Forarbeidene presiserer at forbudet «omfatter både avtaler som direkte forbyr avtalepartene å rekruttere og ansatte hverandres ansatte, og de som i realiteten begrenser slik rekruttering.»¹⁴⁵ Dette medfører at også vederlagsklausuler el., som gjør det mindre attraktivt å ansette arbeidsgivers ansatte, vil omfattes av forbudet.

Adgangen til å inngå rekrutteringsklausuler gjelder to situasjoner. Det første tilfellet er hvor arbeidsgiver er i «forhandlinger om virksomhetsoverdragelse» jfr. aml. § 14 A-6(2), 2. setning.

Forarbeidene presiserer at situasjonen det må være tale om, er hvor «det er reelle planer om å gjennomføre en virksomhetsoverdragelse og at forhandlingene er kommet så langt at virksomhetene for eksempel gir hverandre innsyn i dokumenter og opplysninger som utenforstående normalt ikke vil ha tilgang til.»¹⁴⁶

¹⁴⁴ Prop.85 L (2014-2015) s. 24

¹⁴⁵ Ibid. s. 60-61

¹⁴⁶ Ibid. s. 61

Uttalelsen er egnet til å demonstrere den sårbare situasjon arbeidsgiver må befinne seg i, overfor den virksomhet det avtales rekrutteringsbegrensninger mot, for at dette skal tillates. Dette kan begrunnes med at det er denne sårbarhet som legitimerer arbeidsgivers behov for vern mot rekruttering. Hvor arbeidsgiver ikke er i en sårbar posisjon, overfor en mulig oppkjøper, kan dette spørsmålet dermed stille seg annerledes. Er all informasjonen arbeidsgiver deler med mulig oppkjøper allerede allmenn kjent eller lett tilgjengelig informasjon, vil deling av denne ikke kunne sies å begrunne et vern mot rekruttering. I et slikt tilfelle vil nok hensynet til arbeidstakere og deres konkurransesituasjon gå fremfor arbeidsgivers behov for vern mot rekruttering.

Det må fra forarbeidsuttalelsen kunne utledes at det etter dette unntaket må stilles både krav til at det pågår reelle forhandlinger og til at arbeidsgiver har gjort seg sårbar overfor vedkommende oppkjøper, for at det skal kunne inngås en rekrutteringsklausul.

Det andre tilfellet er «fra tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen» jfr. aml. § 14 A-6(2), 3. setning. Dette tilfellet retter seg mot at det er den nye arbeidsgiver som nå får et behov for å verne seg mot tidligere arbeidsgiver.

Det er her selve overdragelsen, som legitimerer behovet for vern overfor tidligere arbeidsgiver, ved at det ville være uheldig om tidligere arbeidsgiver umiddelbart ville kunne rekruttere tidligere ansatte tilbake og med det forringe det som er blitt overdratt. Det er også et poeng at tidligere og ny arbeidsgiver nå har byttet roller.

På bakgrunn av det sistnevnte poeng, kan en ta til orde for at den underliggende begrunnelsen ikke treffer hvor all informasjon om det oppkjøpte selskapets forhold er lett tilgjengelig, eller offentlig kjent. Dette kan tilsi at det i slike tilfeller heller ikke bør være adgang til å avtale en rekrutteringsklausul for å verne den nye arbeidsgiveren mot den tidligere arbeidsgiveren. Men et slikt standpunkt vil nok ikke kunne føre frem på bakgrunn av at tidligere arbeidsgiver i tillegg er i en særposisjon overfor tidligere ansatte, og at de ansattes interesser er ivaretatt gjennom reservasjons- og valgretten. Det fremstår dermed fortsatt som at ny arbeidsgiver har et legitimt behov for vern overfor tidligere arbeidsgiver også i denne situasjonen.

Forarbeidene presiserer at «bestemmelsen ikke skal begrense arbeidstakers rettigheter etter arbeidsmiljøloven § 16-3 (reservasjonsretten) og den ulovfestede valgretten.»¹⁴⁷ Det ville vært uheldig og gitt dårlig sammenheng i regelverket, om arbeidsgiver ved bruk av

¹⁴⁷ Prop.85 L (2014-2015) s. 61. Loven ble endret ved lover nr. 121/2005 og 39/2009 (§ 16-3).

rekrutteringsklausul med andre virksomheter, kunne begrense arbeidstakeres selvstendige rettigheter. Innholdet i disse rettighetene behandles ikke nærmere i denne oppgaven.

Forarbeidene presiserer også at det må «inngås ny avtale for at rekrutteringsklausulen skal kunne videreføres» og at alle «arbeidstakerne som blir direkte berørt av rekrutteringsklausulen [må bli] skriftlig informert om klausulen.»¹⁴⁸ Dette må sees i sammenheng med det foregående, ettersom det her er ny arbeidsgiver som vernes overfor tidligere arbeidsgiver. Det har etter regelverket ikke vært anledning til å inngå en klausul som verner denne på et tidligere tidspunkt. Kravet om at arbeidstakerne som berøres av dette må bli skriftlig informert, begrunnes av at klausulen har direkte virkninger overfor disse. Det kan også tenkes at en slik klausul vil kunne medføre at enkelte arbeidstakere velger å benytte seg av sin reservasjons- eller valgrett.

Som vi har sett under de foregående punkt åpner aml. § 1-9 for at det avtales avvikende klausuler hvor dette ikke er til ugunst for arbeidstaker.¹⁴⁹ Ettersom enhver avvikende adgang til å inngå rekrutteringsklausuler med andre virksomheter vil skade arbeidstakers interesse i å fritt kunne velge arbeidsgiver, er det ikke mulig å inngå slike i andre tilfeller enn de tilfeller loven positivt lister opp.

Som vi så på tidligere, under rekrutteringsklausulenes innhold, er det adgangen til å inngå rekrutteringsklausuler med andre virksomheter som reguleres av bestemmelsen.¹⁵⁰ Det er derfor i utgangspunktet mulig for arbeidsgiver å inngå rekrutteringsklausuler med egne arbeidstakere. Arbeidsmiljøloven § 1-9 er ikke til hinder for dette ettersom slike klausuler samsvarer med den avtalefriheten som aml. § 14 A-6 gir anvisning på og dermed ikke fraviker bestemmelsen. Rekrutteringsklausuler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker må, om en mener de er for omfattende, settes helt eller delvis til side etter generalklausulen i avtl. § 36, hvilket denne oppgaven ikke behandler nærmere.

¹⁴⁸ Prop.85 L (2014-2015) s. 61

¹⁴⁹ Se punkt 3.1-3.2

¹⁵⁰ Se punkt 2.2.3

4 Adgangen til å gjøre gjeldende konkurransebegrensende klausuler

Oppgaven går med dette over til å behandle det som er den andre gruppen av spørsmål som inngår i den konkurransebegrensende reguleringen, nemlig adgangen til å gjøre gjeldende konkurransebegrensende klausuler. Når en vurderer om det er adgang til å gjøre gjeldende en konkurranse-, kunde- eller rekrutteringsklausul er forutsetningen at klausulen det gjelder er inngått i tråd med inngåelsesvilkårene det har blitt redegjort for tidligere i oppgaven.¹⁵¹ Vurderingstidspunktet skifter nå fra inngåelsestidspunktet til tidspunktet hvor klausulen eventuelt skal gjøres gjeldende. Vurderingene vil her rette seg mot om, og i hvilken utstrekning klausulene kan få realitetsvirkninger overfor arbeidsavtalepartene etter at arbeidsforholdet opphører.

4.1 Adgangen til å gjøre gjeldende en konkurranseklausul

4.1.1 Arbeidsgivers særlige behov for vern mot konkurranse

Det følger av aml. § 14 A-1(2) at konkurranseklausuler bare kan gjøres gjeldende så langt det er «nødvendig» for å «ivareta arbeidsgivers særlige behov for vern mot konkurranse.»

Forarbeidene presiserer at «det er først når avtalen skal gjøres gjeldende at vilkåret om arbeidsgivers særlige behov for vern mot konkurranse må foreligge.»¹⁵² Vi kan tydelig lese ut av dette at vurderingstidspunktet er tidspunktet for når klausulen eventuelt skal gjøres gjeldende overfor arbeidstaker.

Bestemmelsen må gjennom formuleringen «særlig behov» sies å stille krav til et legitimerende behov som berettiger at arbeidsgiver har adgang til å benytte seg av en konkurranseklausul. I fortsettelsen vil det redegjøres for hva det ligger i at arbeidsgiver har et «særlig behov for vern mot konkurranse». Vurderingen av om det er «nødvendig» for arbeidsgiver konkret å benytte seg av en klausul kommer vi tilbake til senere.¹⁵³ Det er tett sammenheng mellom vurderingene.

¹⁵¹ Punkt 2.2 med underpunkter og kapittel 3

¹⁵² Prop.85 L (2014-2015) s. 57

¹⁵³ Punkt 4.1.2

Forarbeidene gir uttrykk for at det er «en skjønnsmessig vurdering å avgjøre om et slikt behov foreligger». Det skal etter disse heller ikke «gjelde noe krav om en avveining mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesser ved vurderingen av om vilkåret er oppfylt.» Dette må sees i sammenheng med at «arbeidstakers interesser ivaretas gjennom forslaget om full kompensasjon og retten til å be om en redegjørelse på ethvert tidspunkt».¹⁵⁴ Det er først og fremst arbeidsgivers behov som er gjenstand for vurdering etter bestemmelsen, hvilket en også kan utlede fra ordlyden.

Denne forståelsen legges også til grunn av Fougner, Holo, Sundet og Thorkildsen.¹⁵⁵

Tore Lunde tar i sin artikkel til orde for at det etter reglene fortsatt er adgang til å tillate «ei slik veging av interesser» mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.¹⁵⁶ Han begrunner dette med den nevnte forarbeidsuttalelsen og at formuleringen om at det ikke lenger gjelder noe krav om en avveining impliserer denne forståelsen.

Dette er jeg uenig i – idet jeg mener Lunde viser til uttalelsen uten å undersøke konteksten den står i. Allerede i den etterfølgende setningen mener jeg at departementet slår i hjel Lunde sin påstand. Ved at det klargjøres at «[d]et vil være tilstrekkelig at arbeidsgiver kan påvise et særlig behov for vern mot konkurranse.»¹⁵⁷ All den tid det er tilstrekkelig for arbeidsgiver å påvise slikt vern, vil ikke en avveining av arbeidstakers interesser opp mot arbeidsgivers interesser, kunne reversere dette. Lunde problematiserer heller ikke at hans forståelse strider mot ordlyden, ettersom denne utelukkende retter vurderingen mot arbeidsgiver.

På bakgrunn av denne uenigheten deler jeg heller ikke Lunde sitt syn om at det er eller burde være plass til å kunne vektlegge arbeidstakers nye stilling i vurderingen av om dette grunnvilkåret er oppfylt.¹⁵⁸

Forarbeidene gir tydelig uttrykk for: at «departementet ikke lenger mener det er hensiktsmessig at arbeidstakers videre planer skal inngå i vurderingen av om arbeidsgiver har et særlig behov for vern mot konkurranse» slik at det «heller ikke [blir] mulig å omgå reglene ved å tilpasse den organisatoriske plasseringen av arbeidstaker i ny virksomhet til den gjeldende konkurranseklausulen.»¹⁵⁹

¹⁵⁴ Prop.85 L (2014-2015) s. 28

¹⁵⁵ Fougner, Holo, Sundet og Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven, lovkommentar, § 14 A-1. Konkurransesklausuler*

¹⁵⁶ Lunde, *Arbeidsgiver sitt «særlige behov for vern mot konkurranse»* s. 267

¹⁵⁷ Prop.85 L (2014-2015) s. 28

¹⁵⁸ Lunde, *Arbeidsgiver sitt «særlige behov for vern mot konkurranse»* s. 275-276

¹⁵⁹ Prop.85 L (2014-2015) s. 30

Det kan legges til at skulle en vektlegge arbeidstakers interesser i vurderingen, risikerer en å undergrave adgangen til å gjøre gjeldende konkurranseklausuler helt. Det er en styrke med vurderingen at den er uavhengig, og at den utelukkende retter seg mot om arbeidsgiver sine forhold legitimerer at en konkurranseklausul gjøres gjeldende eller ikke.

Arbeidstaker har uansett anledning til å utfordre om inngåelse av et arbeidsforhold vil være i strid konkurranseforbudet, uten at dette inntas i vurderingen av grunnvilkåret. Det er egnet til å skape lojalitetskonflikt om arbeidstaker har mulighet til å inngå arbeidsavtale med en av arbeidsgiver sine konkurrenter. Dette selv om stillingen fremstår som om den er tilpasset til å ikke operere i konkurranse med tidligere arbeidsgiver. Et annet poeng er hvor arbeidstaker har måttet ta andre arbeidsoppgaver, på bakgrunn av konkurranseklausulen. Der har konkurranseklausulen rent faktisk hatt virkning overfor arbeidstakeren. I et slikt tilfelle bør arbeidstaker kompenseres for dette, hvilket også vil forutsette at det har vært adgang til å gjøre klausulen gjeldende. Sammenhengene i regelverket tilsier dermed også at arbeidstakers interesser ikke kan tillegges vekt i vurderingen.

Forarbeidene presiserer videre at en må «se konkret på hva den enkelte konkurranseklausul er ment å beskytte og i hvilken utstrekning den gjøres gjeldende.»¹⁶⁰ Det må påvises en sammenheng mellom hva konkurranseklausulen er ment å beskytte og at den med å gjøres gjeldende vil oppnå dette. En klausul som ikke er ment å beskytte et særlig behov for arbeidsgiver, eller som ikke er egnet til å oppfylle dette vernet, vil dermed ikke kunne gjøres gjeldende.

Det er naturlig å spørre hva det er som er et slikt særlig behov. Forarbeidene gir i fortsettelsen anvisning på at det «er bedriftshemmeligheter og knowhow som er utviklet i virksomheten som kan beskyttes gjennom bruk av konkurranseklausuler.»¹⁶¹

Lunde kritiserer i sin artikkel at grunnvilkåret knyttes sammen med slike utfordrende kriterier og at dette kan medføre unødvendig konfliktskapning mellom arbeidsavtaleparter. Videre at økte prosesskostnader vil kunne avbøte de positive virkninger lovendringen har gitt for arbeidstakerne sin rettstilstand.¹⁶²

Hvor arbeidstaker har «slik kunnskap, bør arbeidsgiver normalt kunne sies å ha et særlig behov for vern mot konkurranse.»¹⁶³ Uttalelsen må forstås slik at arbeidsgiver må ha

¹⁶⁰ Prop.85 L (2014-2015) s. 56

¹⁶¹ Ibid. s. 56

¹⁶² Lunde, *Arbeidsgiver sitt «særlige behov for vern mot konkurranse»* s. 268

¹⁶³ Prop.85 L (2014-2015) s. 56

bedriftshemmeligheter eller knowhow som er utviklet i virksomheten og at arbeidstaker må ha kunnskap om denne.

Hva som inngår i begrepene bedriftshemmeligheter og knowhow vil vi komme tilbake til under neste punkt. Som vi skal se er dette i utgangspunktet bare en forutsetning som må oppfylles. Spørsmålene om hvorvidt arbeidstaker har kunnskap om disse og om kunnskapen faktisk kan brukes i konkurranse med arbeidsgiver er alle forutsetninger som må være oppfylte.¹⁶⁴ Det er om, og i hvilken grad, det er «nødvendig» å gjøre klausulen gjeldende som er det sentrale i vurderingen av adgangen til å gjøre gjeldende en konkurranseklausul.¹⁶⁵

4.1.1.1 Bedriftshemmeligheter og knowhow

Forarbeidene gir uttrykk for at hva «som anses som bedriftshemmeligheter og knowhow vil måtte tolkes i lys av relevant lovgivning og rettspraksis.»¹⁶⁶ De viser deretter til Markedsføringslovens (2009) (mfl.) § 28 som gjelder beskyttelse av bedriftshemmeligheter og den behandling begrepet får i bestemmelsens forarbeider.¹⁶⁷ Det fastslås deretter at disse begrepene må forstås på samme måte.¹⁶⁸ På bakgrunn av dette vil også eventuelle forarbeider og rettspraksis knyttet til denne bestemmelsen være aktuelle ved den nærmere klarleggingen av hva som regnes som bedriftshemmeligheter her.

Markedsføringslovens § 28 er en videreføring av den tidligere markedsføringslovens § 7.¹⁶⁹ I dennes forarbeider presenteres det en omfattende beskrivelse som jeg i fortsettelsen vil forsøke å trekke ut det viktigste fra.¹⁷⁰ Det er nødvendig med en såpass omfattende beskrivelse av begrepet bedriftshemmeligheter på grunn av det brede spekter med forhold av ulik karakter som kan omfattes.

For det første finnes det altså en avgrensning mot alminnelig kunnskap og erfaring som en arbeidstaker fremskaffer seg gjennom utførelsen av sitt arbeid. Dette er ikke å regne som bedriftshemmeligheter.

¹⁶⁴ Punkt 4.1.1.2 og 4.1.1.3

¹⁶⁵ Punkt 4.1.2

¹⁶⁶ Prop.85 L (2014-2015) s. 29

¹⁶⁷ Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.

¹⁶⁸ Prop.85 L (2014-2015) s. 29 og 56

¹⁶⁹ Ot.prp.nr.55 (2007-2008) s.206-207. Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår.

¹⁷⁰ Ot.prp.nr.57 (1971-1972) s. 24 også inntatt i Prop.85 L (2014-2015) s. 19. De etterfølgende momenter er i stor grad hentet her fra.

Ettersom en i alle yrker vil ha anledning til å tilegne seg kunnskaper og erfaringer, kan det ikke sies å gi arbeidsgiver en legitim forventning om at opparbeidelse av den alminnelige erfaring i seg selv er beskyttelsesverdig. Dette på tross av at også opplæring kan være en svært dyr investering for arbeidsgiver. Det må til dette bemerkes at arbeidsgiver ved ansettelse av nye arbeidstakere vil dra tilsvarende fordel av denne løsningen gjennom sine nyansettelser. Et slikt vern ville medført store restriksjoner på arbeidsstanden.

For det andre stilles det krav til at det foreligger kunnskap som er bedriftens egen og som har betydning for dennes virksomhet. Dette kan være bruk av spesielle maskiner, deler, sammensetningen av disse eller rette seg mot spesielle typer råstoffer som andre ikke benytter seg av eller selve sammensetningen av disse.

Poenget med dette momentet er nok ikke at hemmeligheten må ligge i kjernen av bedriften eller dennes virksomhet. Men heller at det foreligger en avgrensning mot kunnskap som mange besitter eller er av liten betydning. Siste del, av beskrivelsen, retter seg nok mot typiske bevismessige momenter som vil være relativt enkle å identifisere og som gjerne er karakteristiske for den kunnskapen som omfattes av begrepet. En kan gjerne også utlede fra dette at det må være tale om en viss eksklusivitet for at vernet om denne skal fremstå som legitimt.

Også arbeidet med produktutvikling eller resultatene av vareprøver kan være bedriftshemmeligheter. Utvikling av tekniske innretninger kan medføre at noe regnes som en bedriftshemmelighet av lignende grunner. Dette kan også tenkes for tilfellet hvor den ikke er patenterbar.

Det er svært kostbart å prøve ut og utvikle nye produkter, identifisere målgrupper og foreta markedsundersøkelser basert på vareprøver. Det vil være uheldig om egne ansatte skal kunne benytte seg av slik særegen kunnskap siden det kan ha fordret store kostnader hos arbeidsgiver. Det er legitimt at det er arbeidsgiver som får høste eventuelle frukter fra dens investering. Det er ikke alle bedrifter som velger å beskytte det de har utviklet gjennom patenter – på bakgrunn av at det vil bli fritt frem for alle å benytte seg av patentet etter at beskyttelsen opphører. Hvilken måte en velger å beskytte sine bedriftshemmeligheter på bør ikke ha betydning for om en står overfor en bedriftshemmelighet eller ei.

Også mer kommersielle forhold kan arbeidsgiver ha interesse av å beskytte. Det kan eksempelvis være deres innkjøpspriser, interne strategier for videre utvikling, planlagt markedsføring, innkjøpskilder for råstoffer ol.

De kommersielle forhold vil kunne ha stor betydning for en bedrifts næringsgrunnlag. Blir en dyr kampanje gjort kjent for konkurrentene i forkant, gis de mulighet til å posisjonere seg tilsvarende. Dette kan medføre at store merkostnader går til spille uten at det gis den ønskede effekt for arbeidsgiver. Med tanke på at prisen på reklame er høy kan det for både større og mindre virksomheter kunne få store følger om slikt blir delt eller gjort kjent. Det kan gjerne synes merkelig at også innkjøpskilder for råstoffer kan begrunne hemmelighold. Men det kan være tilfellet der en bedrift er helt avhengig av en leverandør for å ha mulighet til å produsere eller levere sine varer. Gjøres flere kjent med råstoffkilden kan det også tenkes at prisen på nødvendige råstoff vil stige, og med det forringe arbeidsgivers næringsgrunnlag.

Med dette ser vi også hvordan en bedrift, i noen tilfeller, vil kunne benytte seg av en konkurranseklausul for å beskytte enkelte av sine andre forretningsforbindelser istedenfor å benytte seg av en klausul som forbyr kontakt med andre forretningsforbindelser som vi nevnte tidligere.¹⁷¹ Slike bør derfor, fra et mer til det mindre argument, kunne gjøres gjeldende istedenfor en konkurranseklausul uten at det er til ugunst for arbeidstaker jfr. aml. § 1-9.

Dette er også egnet til å vise at begrepene bedriftshemmeligheter og knowhow ikke er fullt dekkende for alle tilfellene hvor en konkurranseklausul kan gjøres gjeldende. Tilsvarende standpunkt virker Fougner, Holo, Sundet og Thorkildsen å innta i sin uttalelse om at begrepene ikke «er et ubetinget gyldighetsvilkår».¹⁷² De fremhever eksempelet fra forarbeidene om «innsikt i kundekrets» til støtte for dette.¹⁷³ Det kan innvendes at henvisningen de viser til støtte for sin påstand, faktisk inneholder tillegget «og forretningsløyndomar» og at denne egentlig bare trekker disse inn som «eit moment som taler for å opprettholde ein konkurranseklausul.»¹⁷⁴ En trekker dermed uttalelsen vel langt om en mener at dette i seg selv utgjør grunnlag for at en videre forståelse må legges til grunn. Jeg kommer derimot under neste punkt tilbake med en forarbeidsuttalelse som bedre underbygger at det ikke er tale om et helt ubetinget gyldighetsvilkår.

For det tredje må det kunne stilles noen krav til bedriften for at det skal fremstå legitimt at en hemmelighet skal være beskyttet. Bedriften må gi uttrykk for at kunnskapen er hemmeligstemplet med mindre dette ligger klart i selve situasjonen. Hemmeligholdet kan

¹⁷¹ Punkt 2.2.2.3

¹⁷² Fougner, Holo, Sundet og Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven, lovkommentar, § 14 A-1. Konkurranseklausuler*

¹⁷³ Innst.75 L (2015-2016) s. 5

¹⁷⁴ Ibid. s. 5

gjøres klart på flere måter: Det kan inntas krav om dette i arbeidsavtalene, settes opp oppslag, tilgangen til kunnskapen kontrolleres eller den hemmeligstemples.

I dette ligger nok et krav om at bedriften selv må ta de nødvendige skritt for å verne om sin kunnskap for at det skal fremstå legitimt å kreve at arbeidstaker skal tåle inngrep i sin handlefrihet. En må nok være varsom med å stille for strenge krav til hva en arbeidstaker intuitivt burde forstå, men en kommer ikke utenom at arbeidstaker blir ansvarlig i de tilfeller hvor hemmeligholdet er klart. For kampanjeeksempelet ligger det nok klart i situasjonen at denne ikke skal røpes på forhånd.

Kort beskrevet kan altså momentene oppsummeres til å omfatte all den kunnskap om særegne forhold hos en arbeidsgiver som denne forsøker å hemmeligholde og som denne har en legitim interesse i å beskytte mot at konkurrenter får innsikt i, eller at slik kunnskap brukes i konkurranse mot arbeidsgiver.

Forarbeidene viser også til at rettspraksis knyttet til mfl. § 28 har gitt uttrykk for at begrepet «knytter seg til «forhold av betydning for bedriftens konkurransesituasjon og/eller markedsføring» og videre at det ikke er «tvilsomt at en beskrivelse og vurdering av alternativer for en beskyttelsesstrategi mot oppkjøp» faller inn under begrepet».¹⁷⁵

Uttalelsen synes vurdert opp mot oppgavens omfattende redegjørelse som en god generell pekepinn på hvilke forhold som omfattes av begrepet. Sistnevnte uttalelse er samtidig egnet til å vise at det ikke utelukkende er positive interesser som kan beskyttes som bedriftshemmeligheter. Også andre typer forhold og vurderinger som er egnet til å gjøre arbeidsgiver sårbar overfor konkurrerende virksomheter vil omfattes av begrepet.

Forarbeidene presiserer at informasjon som «er lett tilgjengelig eller allment kjent» ikke vil kunne klassifiseres som en bedriftshemmelighet.¹⁷⁶

Dette må nok sies å omfatte tilfellene hvor arbeidsgiver selv deler denne informasjonen direkte eller indirekte. Velger en arbeidsgiver eksempelvis å være åpen om sine råstoffleverandører for å forsikre kundene sine om at det er råstoff av høyeste kvalitet – kan den ikke forvente vern om dette. Heller ikke hvor det kommer frem av forsendelsen til kunder hvem råstoffleverandøren er kan arbeidsgiver forvente vern.

¹⁷⁵ Prop.85 L (2014-2015) s. 19-20 hentet fra Rt. 2003 s. 825 A. (avsnitt 14)

¹⁷⁶ Prop.85 L (2014-2015) s. 20

På bakgrunn av at det også er «tidkrevende og forbundet med store kostnader for virksomheten» å utvikle knowhow er også dette inkludert i hva som utgjør et særlig behov. Forarbeidene fremhever samtidig at også denne kunnskapen kan «være nettopp det som gir virksomheten et fortrinn i markedet.»¹⁷⁷ Avsløringer knyttet til dette har et betydelig skadepotensial overfor arbeidsgiver.

Hvor grensen mellom knowhow og mer generell viten går må vurderes konkret. Forarbeidene gir uttrykk for at et moment i vurderingen av dette «vil være om kunnskapen som skal beskyttes faktisk behandles som hemmelig.»¹⁷⁸

Begrepet er i seg selv ikke definert i lovgivningen, men ble av en oppnevnt sakkyndig i rettspraksis beskrevet slik:

«den samling av tekniske detaljer, kunnskaper og erfaringer som samlet kan være avgjørende for en bedrifts konkurransevne, men som hver for seg kan synes ubetydelige. Begrepet dekker således hovedsakelig området mellom bedriftshemmeligheter og almen teknisk viten. Det kan også overlape disse områdene og særlig da det siste. Inneholder «know how» en bedriftshemmelighet må den behandles som sådan, men ellers ikke. – Selv om «know how» ikke omfatter en bedriftshemmelighet vil den sum av viten og erfaring som den representerer og som ofte ligger bak en sammensetning, metode eller prosess som regel være så verdifull for en bedrift at den naturlig vil forsøke å bevare disse opplysningene for seg selv. Viten og erfaring erverves ofte gjennom omfattende og kostbare litteraturundersøkelser, eksperimenter og forsøk i stor skala. Selv om alle komponenter i en sammensetning, alle ledd i en prosess etc. i og for seg kan finnes beskrevet i den tekniske litteratur, er bare det å vite hva man skal velge i dagens mylder av råstoffer, hvilke innbyrdes råstoffkvanta en skal benytte, hvilken metode blant flere en skal velge, hvordan en maskin skal kjøres for å gi beste resultat osv., så verdifullt at en bedrift ønsker å beskytte seg mot at disse opplysninger kommer til konkurrentenes kjennskap».¹⁷⁹

Definisjonen er omfattende. En kan gjerne trekke linjer til bedriftshemmeligheter og hvordan arbeidstakerens egen erfaring ble avskåret fra å omfattes av dette begrepet. En kan sammenligne denne beskrivelsen med opparbeidelse av slik erfaring. Men det er i dette tilfelle ikke arbeidstakerens egen erfaring det er tale om. Det kan gjerne beskrives som at det er

¹⁷⁷ Prop.85 L (2014-2015) s. 29

¹⁷⁸ Ibid. s. 29

¹⁷⁹ Rt. 1964 s. 238 A. som også er inntatt i Prop.85 L (2014-2015) s. 29

bedriftens oppsamling av kunnskap og erfaring det er tale om. Slik erfaring vil det, i motsetning til arbeidstakerens erfaring, i større grad være legitimt at arbeidsgiveren har anledning til å verne om og holde hemmelig, all den tid den behandler informasjonen slik selv.

At arbeidsgiver gis anledning til å verne om den erfaring og kunnskap den selv har bygget opp medfører også at den trygt vil kunne gi flere av sine ansatte tilgang til kunnskapen. Et resultat av dette kan være at bedriften får bedre forutsetninger for å være produktiv og oppnå gode resultater – hvilket også vil komme samfunnet til gode gjennom skatteinntekter, arbeidsplasser og lokal vekst. Det fremstår altså legitimt at arbeidsgiver gis mulighet til å verne om denne.

En kan gjerne ta til orde for at det sett fra en lovpositivistisk grunnposisjon er uheldig at store deler av vurderingene i adgangen til å gjøre gjeldende konkurranseklausuler i realiteten hjemles og avgrenses i forarbeidene. Ved at det etter ordlyden er en vurdering av om det for arbeidsgiver består et «særlig behov», vil det kunne tenkes at bestemmelsen i praksis får et videre virkeområde enn hva disse avgrensningene i forarbeidene tilsier. Dette poenget avbøtes noe ved at det var tilsiktet av departementet «at bestemmelsen blir mer fleksibel» med formuleringen.¹⁸⁰ Det må samtidig poengteres, som vi har sett av denne oppgaven, at også begrepene bedriftshemmeligheter og knowhow er svært vide. Tolkningen av disse vil også by på en konkret skjønnsmessig vurdering.

Ved at vurderingen utelukkende retter seg mot arbeidsgivere, som er profesjonelle parter og som gjerne får kyndig assistanse, tilsier heller ikke forutberegnelighetsbetraktninger med tvingende styrke at momentene burde ha vært inntatt i lovteksten. Selv om det gjerne kunne tenkes å ha vært klargjørende for arbeidstakere som alltid vil være part i en slik avtale. En kan ta til orde for at disse avgrensningene burde ha kommet direkte til uttrykk i loven av hensyn til arbeidstaker.

Lunde skriver i sin artikkel at disse begrepene, som forarbeidene viser til, er problematiske og at det i «praksis kan [] vere svært utfordrande og ressurskrevjande å føre bevis for at dette kravet er oppfylt, for begge kategoriar.»¹⁸¹ I fortsettelsen problematiserer Lunde flere av de tidligere behandlede elementene, uttalelsene og sammenhengene mellom disse.¹⁸² Slik jeg

¹⁸⁰ Prop.85 L (2014-2015) s. 28

¹⁸¹ Lunde, *Arbeidsgiver sitt «særlige behov for vern mot konkurranse»* s. 269

¹⁸² Ibid. s. 269-272 for dette.

leser artikkelen hans bunner det meste i at bestemmelsen er uklar og at den medfører rettsteknisk kompliserte og svært vanskelige vurderinger.

Til dette vil jeg tilføye at rettsområdet og dets mangfold i art og situasjon nødvendigvis vil måtte resultere i vanskelige og kompliserte rettslige vurderinger all den tid en velger å ha en helhetlig regulering av spørsmålene.

Det kan innvendes mot Lunde sitt innspill at det fremstår som om han legger vel mye i de konkrete forarbeidsuttalelsene når han velger å bygge sin forståelse på hvordan enkeltord i forarbeidene skal leses og hvilke utslag en slik forståelse vil kunne få. Det kan gjerne igjen være hensiktsmessig å ta et skritt tilbake. Som min kritikk i punkt 3.1.2.1 også retter seg mot, kan en ved å trekke vurderingen for langt bort fra ordlyden miste av syne det som egentlig er i kjernen av vurderingen. Nyanseringene i forarbeidene er først og fremst interessante til å utbrodere det som kan utledes fra ordlyden.

Ved at det i stor grad vil være opp til arbeidsgiversiden å godtgjøre at det er «nødvendig» ut fra sitt «særlige behov for vern mot konkurranse» er det ikke like problematisk at vurderingen kan forandre vanskelige og kompliserte rettslige vurderinger. Arbeidsgiver er arbeidsavtalens sterke part og vil måtte bære kostnadene ved til å foreta de rettslige vurderingene om den ønsker å benytte seg av en slik klausul.

Dette har også sammenheng med at det ut fra et arbeidstaker- og arbeidsmarkedsståsted er ønskelig at det gjøres gjeldende færrest mulig slike klausuler, ettersom omfattende bruk vil kunne medføre store begrensninger på arbeidskraften.

Det kan derimot, som Lunde påpeker, være uheldig om reguleringen resulterer i et økt antall konflikter, merkostnader for arbeidsavtalepartene og et økt arbeidspress på domstolene. Det er i skrivende stund ikke spor av et stort antall konflikter rettspraksis, dette kan tyde på at det ikke er et stort problem.

Et annet poeng er at det uansett allerede er rettstridig å utnytte kunnskapen i konkurranse med egen arbeidsgiver etter reglene i mfl. § 28.

Harald Irgens-Jensen poengterer at «whether the use may be regarded as «illegal» («rettstridig»), will often be difficult to decide» og at «an ex-employee wanting to start a business of his own or join a competitor may often have a hard time deciding whether he can

do as he would like without violating his former employer's trade secrets.»¹⁸³ Det er derfor gjerne av koherens- og systembetraktninger ønskelig med denne sammenheng i regelverket, ved at det er disse reglene som legitimerer at konkurranseklausuler gjøres gjeldende for å styrke og gjennomføre vernet etter markedsføringsloven.

I relasjon til dette er det av Justis- og beredskapsdepartementet innstilt til en ny lov som eventuelt avløser mfl. § 28-29 og samler begrepene i fellesbetegnelsen «forretningshemmeligheter». «Begrepet forretningshemmeligheter dekker fortrolige opplysninger om virksomhetens drifts- og forretningsforhold, knowhow og teknologiske opplysninger.»¹⁸⁴

Om loven vedtas er det uklart om dette vil påvirke det materielle innholdet i bestemmelsene denne oppgaven behandler. Jeg kan ikke se at problemstillingen er kommentert i proposisjonen. Det vil kunne råde en viss usikkerhet til om fremtidig praksis knyttet til bestemmelsene vil kunne gis overføringsverdi ved overgangen til et nytt begrep. Men om endringen ikke er materiell, vil nok også fremtidig praksis kunne ha vekt. Fortrolige opplysninger om virksomhetens drifts- og forretningsforhold og teknologiske opplysninger inngår nok allerede i begrepet bedriftshemmeligheter.

Uttalelsen i forarbeidene, som ble nevnt innledningsvis i dette underpunkt, om at hva «som anses som bedriftshemmeligheter og knowhow vil måtte tolkes i lys av relevant lovgivning» kan muligens tas til inntekt for at sammenhengen mellom disse består uavhengig av eventuelle endringer dette vil ha for adgangen til å gjøre gjeldende konkurranseklausuler.¹⁸⁵ Jeg mener at dette er den beste løsningen, men det kan nok problematiseres.

Endringen vil alternativt kunne resultere i at de nevnte koherens- og systembetraktninger forsvinner. Medfører det nye begrepet materielle endringer i adgangen til å gjøre konkurranseklausuler gjeldende vil dette kunne være et argument mot at fremtidig praksis har relevans, mtp. at virkningene og omfanget av en eventuell endring ikke er vurdert.

Begrepene bedriftshemmeligheter og knowhow fremstår heller ikke å være et ubetinget gyldighetsvilkår. Dette vil oppgaven se nærmere på i forbindelse med neste underpunkt. Men endringen vil nok ikke påvirke en eventuell unntaksregel siden denne har dekning i ordlyden.

¹⁸³ Irgens-Jensen, *Non-Competition Clauses in Employment Contracts under Norwegian Law* (2017) s. 34

¹⁸⁴ Innst.161 L (2019-2020) s. 2 jfr. Prop.5 LS (2019-2020). Lov 27. mars 2020 nr. 15 om vern av forretningshemmeligheter

¹⁸⁵ Prop.85 L (2014-2015) s. 29

4.1.1.2 Har arbeidstaker faktisk kunnskap.

Blir det konkludert med at arbeidsgiver innehar en eller flere bedriftshemmeligheter, eller knowhow som begrunner et særlig behov for vern, er neste skritt å ta stilling til hvorvidt arbeidstaker har faktisk kunnskap om denne. For at arbeidstaker skal tåle et inngrep i egen handlefrihet må det altså slås fast at han har faktisk kunnskap om forholdene som begrunner det særlige behovet for vern hos arbeidsgiver. Det kan være vanskelig å slå fast hvilken faktisk kunnskap en arbeidstaker har på bakgrunn av at det gjerne vil være i dennes interesse å tilbakeholde denne.

Forarbeidene presiserer derfor momenter som er av betydning for om en kan slå fast at arbeidstaker besitter faktisk kunnskap. I vurderingen «vil blant annet arbeidstakers stilling i virksomheten og ansettelsesforholdets lengde være momenter i vurderingen av om arbeidstaker har beskyttelsesverdig innsikt i og kunnskap om arbeidsgivers virksomhet.»¹⁸⁶

Med «arbeidstakers stilling» vises det til «hvilken innsikt og kunnskap arbeidstakeren faktisk har i kraft av sine arbeidsoppgaver». Men at arbeidstakere som «verken kan sies å ha en overordnet, ledende eller særlig betrodd stilling vil som regel ikke ha den innsikt i og kunnskap om virksomheten som kan begrunne en konkurranseklausul.»¹⁸⁷

Uttalelsen er egnet til å vise at det er den faktiske kunnskap og innsikten i virksomheten og dennes bedriftshemmeligheter og knowhow som står sentralt i vurderingen.

Forarbeidene presiserer videre at arbeidsgivere må «være mer varsomme med å gjøre en konkurranseklausul gjeldende for underordnede arbeidstakere enn for arbeidstakere med høyere posisjon.»¹⁸⁸ Dette har nok en sammenheng med at det for arbeidstakere i underordnede stillinger vil stilles strengere krav til bevis eller holdepunkter for at det skal kunne konkluderes med at arbeidstakeren har faktisk kunnskap eller innsikt. Forarbeidene konkluderer uansett med at det avgjørende er «den innsikt om virksomheten arbeidstakeren faktisk besitter».¹⁸⁹ Det er altså realitetene som er avgjørende.

Forarbeidene setter også en tidsmessig grense av betydning for vurderingen av om arbeidstaker har faktisk kunnskap. Har arbeidsforholdet vart kortere enn 6 måneder vil hovedregelen være at det ikke er anledning til å gjøre en konkurranseklausul gjeldende.

¹⁸⁶ Prop.85 L (2014-2015) s. 57

¹⁸⁷ Ibid. s. 57

¹⁸⁸ Ibid. s. 30

¹⁸⁹ Ibid. s. 30

Unntatt hvor «det er andre forhold som tilsier at arbeidsgiver har et åpenbart behov for beskyttelse og det derfor vil være sterkt urimelig for arbeidsgiver om klausulen ikke får virkning.»¹⁹⁰

Lunde mener i sin artikkel at en i relasjon til dette bør «vere varsam med å ta disse merknadane i proposisjonen på ordet.»¹⁹¹ Og sikter med det til at en skal være forsiktig med å utlede for strenge vilkår fra forarbeidene; henholdsvis «åpenbart behov» og «sterkt urimelig» overfor disse tilfellene på bakgrunn av at det er lovteksten som er den autorative rettskilde og at for strenge vilkår vil kunne stride med denne.

Jeg leser forarbeidsuttalelsen i utgangspunktet slik at det foreligger en presumsjon for at arbeidstaker ikke har beskyttelsesverdig faktisk kunnskap eller innsikt frem til arbeidstaker har vært ansatt i 6 måneder. I slike tilfeller er det fortsatt adgang til å gjøre en klausul gjeldende dersom det finnes klare holdepunkter for et særlig behov for vern.

Hvilke konkrete forhold det må være tale om, kan vanskelig slås fast på generelt grunnlag. Det kan være tale om omstendigheter som har gitt vedkommende tilgang til sensitiv informasjon. Andre holdepunkter for at arbeidstaker har fått slik faktisk kunnskap, kan være et slikt forhold. Det vil, slik jeg leser forarbeidsuttalelsen, gjelde et strengere beviskrav for at arbeidsgiver skal ha bevist at arbeidstaker har faktisk kunnskap i et kortvarig ansettelsesforhold. Selv om en, som også Lunde gir uttrykk for, muligens må utvise forsiktighet med å hjemle en for streng bevisterskel ut av forarbeidene.

Det er nærliggende å anta at formuleringen «andre forhold» først og fremst retter seg mot forhold knyttet til arbeidstakeren, ettersom det er rundt denne vurderingen kretser.

Et alternativ er at formuleringen «andre forhold» er ment å være en nødventil for arbeidsgivere. Og at den favner om andre forhold enn arbeidstakerens kunnskap og innsikt i bedriftshemmeligheter og knowhow. Dette fremstår som en mulig forståelse om en ser formuleringen i sammenheng med de strenge vilkårene som skisseres. Formuleringen «andre forhold» kan også forstås som at det er tale om andre forhold enn arbeidstakerens kunnskap og innsikt. Dette vil i tilfelle medføre at det foregående vilkåret om bedriftshemmeligheter og knowhow ikke er et absolutt gyldighetsvilkår.

¹⁹⁰ Prop.85 L (2014-2015) s. 57

¹⁹¹ Lunde, *Arbeidsgiver sitt «særlige behov for vern mot konkurranse»* s. 274-275

En slik utvidet adgang vil kunne minne om en unntaksadgang til å gjøre gjeldende en konkurranseklausul også i tilfeller hvor arbeidstaker ikke har slik faktisk kunnskap eller innsikt i arbeidsgivers virksomhet. For slike tilfeller vil det være mindre problematisk å pålegge strenge krav uten at dette skaper motstrid med ordlyden. Denne forståelsen passer også godt inn med ordlyden på bakgrunn av det for arbeidsgiver, kan tenkes å være et «særlig behov for vern mot konkurranse» også i de tilfeller hvor arbeidstaker ikke har nevnte faktiske kunnskap eller innsikt. Denne forståelsen er så vidt jeg er kjent med ikke trukket frem ellers i den juridiske teorien.

Som vi har sett er vurderingene grundig behandlet av forarbeidene. Både faktisk kunnskap og mer omfattende innsikt i arbeidsgivers virksomhet er egnet til å være grunnlaget for arbeidsgiver sitt særlige behov for vern. Det som ikke kommer direkte frem av forarbeidene er om det kreves at arbeidstaker har både faktisk kunnskap og en mer omfattende innsikt knyttet til bedriftshemmeligheten eller knowhow-et.

Svaret på dette er nok at det er tilstrekkelig at arbeidstaker har enten kunnskap eller innsikt. Skulle en stille krav til en dypere innsikt i bruken av bedriftshemmeligheten eller knowhow, ville det medføre at det må stilles skjerpede krav til at arbeidstaker har egenskaper eller forståelse til å benytte seg av kunnskapen. Dette harmonerer dårlig med de foregående forarbeidsuttalelser. Samtidig vil det for konkurrerende virksomheter, for å utnytte de faktiske kunnskaper som arbeidstaker sitter med, ikke være nødvendig at arbeidstaker har mer omfattende innsikt rundt bruken av bedriftshemmeligheten eller knowhow. Slik innsikt vil gjerne den konkurrerende virksomheten selv ha og dermed være i stand til å benytte denne uavhengig av hvilken innsikt arbeidstaker har.

Hvis arbeidstaker har en mer omfattende innsikt knyttet til bedriftshemmeligheten eller knowhow, vil det være et mer tungtveiende argument for vern enn hva faktisk kunnskap om denne vil. Jo større grad av innsikt arbeidstaker har, vil direkte påvirke i hvilken grad det er nødvendig å gjøre en konkurranseklausul gjeldende. Innsikt som gir arbeidstaker selv evne til å utnytte bedriftshemmeligheten eller knowhow i konkurranse med arbeidsgiver, vil kunne gjøre det nødvendig for arbeidsgiver å også forhindre at arbeidstaker starter konkurrerende virksomhet. Momentet har dermed også betydning for spørsmålet om i hvilken grad det er nødvendig for arbeidsgiver å gjøre gjeldende klausulen.¹⁹² Det vil nok også være tilfeller hvor delvis innsikt vil kunne begrunne et særlig behov for vern hos arbeidsgiver. Eksempelvis hvor

¹⁹² Se punkt 4.1.2

en delvis innsikt er tilstrekkelig for at også andre virksomheter kan oppdage kunnskapen og benytte denne i konkurranse med arbeidsgiver.

Det er dermed fortsatt aktuelt hvilken kunnskap og innsikt arbeidstaker har. Den nedre grensen må nok sies å gå et sted mellom at arbeidstaker har faktisk kunnskap og at arbeidstaker har delvis innsikt for at konkurranseklausulen skal kunne gjøres gjeldende. Mens det i vurderingen av i hvilken utstrekning det er nødvendig at klausulen gjøres gjeldende vil graden av kunnskap og innsikt stå sentralt.

Denne forutsetningen vil i større grad enn de foregående kunne utledes indirekte fra bestemmelsens ordlyd. Arbeidsgiver vil ikke kunne sies å ha noe særlig behov for vern med mindre arbeidstaker har faktisk kunnskap om det som legitimerer vernet. Dette vurderingstema stiller seg dermed ikke like problematisk vurdert fra en lovpositivistisk grunnposisjon selv om det har sammenheng med de andre forutsetningene.

Dette begrunnes også av at forutsetningen er med på å verne om arbeidstaker. Det kunne gjerne vært hensiktsmessig å opplyse om dette gjennom ordlyden, for å styrke arbeidstakers vern, slik at arbeidsgiver ikke gjør gjeldende en konkurranseklausul den ikke har anledning til.

4.1.1.3 Vern mot faktisk konkurranse

Et siste moment som etter forarbeidene inngår i vurderingen er at klausulen bare kan begrense arbeidstaker overfor virksomheter som er i konkurranse med arbeidsgiver. Den kan dermed bare rette seg mot virksomheter arbeidsgiver vil kunne sies å ha et særlig behov for å verne seg mot.

Forarbeidene gir uttrykk for «at en konkurranseklausul ikke kan gjøres gjeldende overfor virksomheter som arbeidsgiver faktisk ikke er i konkurranse med. Dette gjelder både i geografisk og forretningsmessig forstand.» Dette medfører at arbeidsgiver må «begrense konkurranseklausulen til de virksomhetene/forretningsområdene/stedene hvor virksomhetens særlige behov for vern mot konkurranse gjør seg gjeldende.»¹⁹³

Uttalelsen må nok forstås slik at dette også omfatter tilfellet hvor arbeidstaker selv velger å «starte, drive eller delta i annen virksomhet» jfr. aml. § 14 A-1(1) i konkurranse med tidligere

¹⁹³ Prop.85 L (2014-2015) s. 57

arbeidsgiver. Det gjelder dermed ikke et krav om at virksomheten allerede konkurrerer med tidligere arbeidsgiver samtidig med at klausulen gjøres gjeldende. Også tilfellet hvor arbeidstakers nye arbeidsgiver for ettertiden begynner i konkurranse med tidligere arbeidsgiver vil kunne omfattes. Ser en bestemmelsene i sammenheng vil det ikke gi mening at en klausul som kan inngås aldri skal kunne gjøres gjeldende.

Lunde omtaler dette i sin artikkel som potensiell konkurranse og mener med det «situasjonar der konkurransesituasjonen ligg latent, og som relativt lett vil kunne dreiest til ein aktuell og aktiv konkurransesituasjon. Føresetnaden er at den involverte verksemda har kapasitet og evne til raskt å tilpasse seg endringar i marknaden.»¹⁹⁴

Momentet må sies å pålegge arbeidsgiver å avgrense og å identifisere hvilke områder eller virksomheter, både forretningsmessige og geografiske, som de har et særlig behov for vern mot og som arbeidstaker ikke kan ta arbeid i.

Ved at mange bedrifter er globale aktører ser en at konkurransebegrensningene kan bli svært omfattende for en arbeidstaker. På bakgrunn av at arbeidstakers interesser er ivaretatt gjennom redegjørelsen og retten til full kompensasjon er dette nok ikke til hinder for at arbeidsgivers særlige behov for vern kan gjøre seg gjeldende på en utstrakt og omfattende måte. Dette avbøtes noe av at klausuler bare kan gjøres gjeldende så langt det er nødvendig.¹⁹⁵

For små eller lokale arbeidsgivere vil gjerne det særlige behovet for vern først og fremst rette seg mot lokale aktører og dermed muligens kunne være mindre vidtfavnende enn for de større og globale aktørene. Men dette skal vi se på i fortsettelsen at kan problematiseres.

Som en kan se må det vurderes konkret i hvilken utstrekning arbeidsgiver har et særlig behov for vern. Er arbeidsgiver en global aktør som deltar i den globale konkurransen vil arbeidstaker måtte kunne finne seg i at andre globale aktører i den globale konkurransen omfattes.

Et spørsmål som kan oppstå er hvorvidt arbeidsgiver har et særlig behov for vern mot konkurranse i tilfellet hvor arbeidstaker ønsker å gå fra en global aktør til en liten eller lokal aktør i samme bransje. Også det motsatte tilfellet, hvor en ønsker å gå fra en liten eller lokal aktør til en global aktør, kan problematiseres noe.

¹⁹⁴ Lunde, *Arbeidsgiver sitt «særlige behov for vern mot konkurranse»* s. 277

¹⁹⁵ Se punkt 4.1.2

For tilfellet hvor en ønsker å gå fra en lokal aktør til en global aktør virker det relativt uproblematisk å fastslå at dette er noe den lille aktøren har mulighet til å verne seg mot. Bruk av den lille bedriftens bedriftshemmeligheter eller knowhow vil potensielt kunne gjøre den globale aktøren i stand til å ødelegge hele markedsgrunnlaget til den lokale aktøren. Det er normalt den globale aktørens agenda å skaffe seg få høyest mulig markedsandel.

I motsatt tilfelle, hvor arbeidstaker går fra en global aktør til en lokal aktør, kan konkurranseulempen stille seg helt annerledes. Den lokale aktøren har gjerne en ubetydelig størrelse og er gjerne rettet inn mot et annet kundesegment enn den globale aktøren. De leverer riktignok samme typen varer, men hvor den globale aktøren søker å være markedets billigste søker den lokale aktøren motsetningsvis å yte markedets beste service og har ikke nødvendigvis ambisjoner om å øke sin markedsandel på bekostning eller fortrenghet av den globale aktøren. Det kan på bakgrunn av dette fremstå som uhensiktsmessig at arbeidstaker ved konkurranseklausul vil kunne hindres fra å ta jobb hos en lokal aktør.

Denne forståelsen samsvarer godt med de påstander Lunde tar til orde for i sin artikkel: «Behovet for vern mot konkurranse må også ta omsyn til at det kan eksistere nærliggende substitutt, som fullt ut dekker same behov. På den andre sida kan vi ha tilfelle der forretningsområda er komplementære.»¹⁹⁶

Lunde sine presiseringer treffer eksempelet godt, og kan følgelig tas til inntekt for at også tilfeller hvor arbeidstaker i global aktør ønsker å ta jobb hos en mindre lokal aktør vil kunne oppfylle forutsetningen om faktisk konkurranse.

På bakgrunn av at vurderingen om arbeidsgivers særlige behov for vern først og fremst retter seg mot arbeidsgivers forhold, og arbeidstakers interesser ansees ivaretatt gjennom kompensasjon og redegjørelse, vil nok ikke betraktningene som tilsier at arbeidstaker uansett bør kunne bytte til en lokal aktør, kunne føre frem. Ulempene med dette vil nok i stor grad kunne avbøtes i vurderingen av om det er nødvendig å gjøre konkurranseklausulen gjeldende, som vi skal se på i neste punkt.

Dette vises også, om en ser på vilkårene for erstatning og hva konsekvensene av brudd på en konkurranseklausul som er gjort gjeldende, faktisk er. Erstatningsansvar er betinget av at det foreligger et økonomisk tap, at det foreligger et ansvarsgrunnlag og at det er en årsakssammenheng mellom disse. Om arbeidstaker ikke gjennomfører konkurransehandlinger

¹⁹⁶ Lunde, *Arbeidsgiver sitt «særlige behov for vern mot konkurranse»* s. 277

og/eller ikke påfører tidligere arbeidsgiver noe økonomisk tap, vil det ikke kunne tilkjennes erstatning for dette. En eventuell kompensasjon må tilbakebetales i tilfellet hvor arbeidstaker har tatt arbeid, i strid med den utstrekning en konkurranseklausul er gjort gjeldende, uten at det stilles noe krav til konkurransehandling. Arbeidstaker og eventuelt ny arbeidsgiver vil nok også kunne være sårbare overfor erstatningsansvar, på bakgrunn av bevisbetraktningene, dersom det finnes holdepunkter som tilsier at det har foregått illojal konkurranse. Disse spørsmålene går ikke denne oppgaven nærmere inn på.

4.1.2 Nødvendig

Er de foregående forutsetningene oppfylte, blir det springende punkt om og i hvilken grad det er «nødvendig» at konkurranseklausulen gjøres gjeldende, for å ivareta arbeidsgivers særlige behov for vern. Dette kommer frem gjennom formuleringen «så langt det er nødvendig» jfr. aml. § 14 A-1(2).

Som vi har sett under redegjørelsene av de foregående forutsetninger vil momentene knyttet til disse ha nær tilknytning til, og ha direkte betydning for, i hvilken grad det er nødvendig å gjøre gjeldende en konkurranseklausul.

En alminnelig forståelse av ordlyden tilsier at bruken av klausulen må bidra til å gjennomføre vern av arbeidsgivers særlige behov mot konkurranse. Eksempelvis at bruk av klausulen forhindrer at bedriftshemmeligheter eller knowhow deles og blir brukt i konkurranse med tidligere arbeidsgiver.

En kan også fra ordlyden trekke en grense mot alle unødvendige konkurranseklausuler. Vil det å gjøre konkurranseklausulen gjeldende ikke bidra til å verne om arbeidsgivers særlige behov mot konkurranse, er den ikke nødvendig. Det kan være at bedriftshemmeligheten allerede er allment kjent. Også i tilfeller hvor en bedriftshemmelighet har blitt delt, vil det kunne være nødvendig å gjøre en konkurranseklausul gjeldende. Dette på bakgrunn av at det kan nedlegges, midlertidig forføyning som hindrer andre arbeidsgivere i å benytte seg av bedriftshemmeligheten.

Forarbeidene gir uttrykk for at konkurranseklausuler «som går lenger enn nødvendig, vil [] helt eller delvis kunne settes til side.»¹⁹⁷ Forarbeidene utleder altså en lempingsadgang fra

¹⁹⁷ Prop.85 L (2014-2015) s. 57

bestemmelsen i den grad klausuler gjøres gjeldende lenger enn nødvendig. At klausulen helt eller delvis vil kunne settes til side, medfører at det må vurderes konkret om og i hvilken grad en klausul er gjort gjeldende lenger enn det er et særlig behov for.

Dette virker i utgangspunktet som en hensiktsmessig løsning. Borch (red.) gir i sin kritikk uttrykk for at «en regel om delvis ugyldighet [kan] virke som en oppfordring til arbeidsgivere om å gjøre gjeldende konkurranseklausuler i vid utstrekning. De arbeidstakerne som respekterer klausulen fordi de ikke tar sjansen på at den vil bli satt til side, vil da rent faktisk ha blitt underlagt en mer omfattende begrensning enn det aml. § 14 A-1 åpner for. Det eneste arbeidsgiver risikerer i relasjon til de arbeidstakerne som protesterer, er at omfanget av konkurranseklausulen begrenses til det som anses nødvendig.»¹⁹⁸

Jeg vil til dette tilføye at arbeidsgivere også risikerer å måtte bære sakskostnadene, samt at de ansattes/ fagforeningene blir misfornøyde mm. Selv om dette momentet i stor grad fordufter på bakgrunn av at dette er noe også arbeidstakerne risikerer og at de er i dårligere stand enn arbeidsgivere til å bære disse. Til nå er jeg derfor være enig i at det kan fremstå noe ubalansert i favør arbeidsgiver.

En innsigelse mot kritikken kan være at arbeidsgiver bør ha en viss feilmargin ettersom det er dennes avtalefrihet som begrenses til fordel for arbeidstaker. Skulle feilvurderinger fra arbeidsgiver resultere i at en klausul settes helt til side av domstolene, ville reglene kunne ramme arbeidsgiver dobbelt opp, ved at den ikke får gjort gjeldende en klausul i den grad den er nødvendig. På den annen side er arbeidsgivere profesjonelle parter som bør være i stand til å foreta gode vurderinger. En ansvarliggjøring vil også kunne bidra til å oppfylle formålet med bestemmelsen, som er å styrke arbeidstakeres rettstilstand.

Det vil også være interessant å se på i hvilken grad domstolene velger å benytte seg av denne lempingsadgangen. Ettersom det bare er gjennom forarbeidene denne lempingsadgangen kommer frem, har domstolene mulighet til å legge seg på en tøff linje. Domstolene har dermed mulighet til å utjevne ulempene, en delvis lempingsadgang medfører for arbeidstaker, gjennom sin praksis. Eksempelvis ved at det slås hardere ned på klausuler som åpenbart er gjort gjeldende i for vidt omfang, enn mot klausuler hvor arbeidsgiver etter beste evne har forsøkt å ivareta sitt særlige behov for vern – uten at dette nødvendigvis er den beste løsningen. Det er først når domstolenes praksis gjøres gjeldende at behovet for endring vil synliggjøres, men dette kan jo tenkes å være uheldig på bakgrunn av at det ikke er sikkert

¹⁹⁸ Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold* (2016) s. 140

disse spørsmålene behandles av domstolene med det første. At momentet bare er nevnt i forarbeidene og ikke er hjemlet direkte i ordlyden, tilsier slik jeg ser det at kritikken er uberettiget.

Til slutt to poeng for delvis tilsidesettelse. For det første vil domstolene bli forelagt spørsmålet om å sette klausulen helt eller delvis til side i konkrete tilfeller. Spørsmålet for domstolene vil bli om det er nødvendig å gjøre klausulen gjeldende for det konkrete tilfellet. Det vil gi liten mening at domstolene skal være i en enten eller situasjon. Dette vil kunne medføre at uvesentlige feil automatisk medfører ugyldighet. Dette vil igjen resultere i at arbeidsgiver ikke får gjort gjeldende klausuler det er nødvendig at den gjør gjeldende. Det resulterer også i at arbeidsgiver er forsiktigere når den gjør klausuler gjeldende, hvilket igjen kan medføre at den gjør gjeldende klausuler i mindre utstrekning enn det er nødvendig.

For det andre vil det være tilfeller hvor det gagnar arbeidstaker at klausulen delvis kan settes til side – for eksempel i tilfellet hvor vedkommende har vært belagt konkurransebegrensninger i 6 måneder og skal kompenseres for dette. Hvis domstolen er tvunget til å ugyldiggjøre hele konkurranseklausulen vil dette også gi arbeidsgiver anledning til å fremsette krav om tilbakebetaling av kompensasjonen (selv om noe slikt vanskelig kan tenkes å ville føre frem).

Det kan også tenkes å være aktuelt i saker hvor klausulen halvveis ut i karanteneperioden ikke lenger er egnet til å gjennomføre arbeidsgivers særlige behov for vern. Utviklingen i markedet har gjerne innhentet teknologiforspranget eller det arbeidstaker har kunnskap om har blitt allment kjent. Selv om vurderingstidspunktet i utgangspunktet er tidspunktet når klausulen gjøres gjeldende bør det i slike tilfeller også være mulig for arbeidstaker å gå til sak for en delvis tilsidesettelse av den resterende del av klausulen ettersom det ikke lenger er «nødvendig» at denne gjelder. Det kan også være at spørsmålet først kommer opp i en erstatningssak, hvor det også bør være adgang til å utfordre hvorvidt klausulen er gjort gjeldende i «nødvendig» utstrekning eller ei, ettersom dette er forutsetninger for gyldigheten av at en klausul får virkninger overfor arbeidstaker.

Isolert for tilfellet hvor arbeidstaker ønsker at klausulen gjøres gjeldende i mindre utstrekning, kan en gjerne påstå at det Borch (red.) tar til orde for er en bedre løsning. Men bestemmelsen og domstolenes handlingsrom må jo utformes med mer enn et tilfelle for øye – så blir det opp til domstolene å bevare sammenhengene i regelverket og den underliggende verdikohærens og balansen mellom partene.

For meg fremstår det som uskjønnsomt å fremsette en påstand om at det bare burde være adgang til å sette klausuler som er gjort gjeldende helt til side. Det er, som nevnt, tilfeller hvor det for domstolene er nødvendig å sette klausuler delvis til side av hensyn til både arbeidstaker og arbeidsgiver. En vil riktignok, med en slik regel, kunne legge press på arbeidsgiver til å ikke gjøre gjeldende klausulen lenger enn nødvendig. Men dette oppfordres arbeidsgiver allerede til ettersom arbeidsgiver bare pålegges å kompensere arbeidstaker for perioden hvor klausulen gjøres gjeldende.

Det fremstår derfor ikke tvilsomt at domstolene har adgang til helt eller delvis å tilsidesette klausuler som er gjort gjeldende lenger enn «nødvendig».

4.1.3 Vilkår ved oppsigelse eller mislighold fra arbeidsgiver

For tilfellene hvor det er arbeidsgiver som går til oppsigelse av arbeidstaker stilles det etter aml. § 14 A-1(4) vilkår til at oppsigelsen «er saklig begrunnet i arbeidstakerens forhold» for at en fortsatt skal kunne gjøre gjeldende en konkurranseklausul. Tilsvarende begrensning gjelder etter bestemmelsen for tilfellene hvor arbeidsgiver har misligholdt sine forpliktelser overfor arbeidstaker og dermed gitt denne rimelig grunn til å avslutte arbeidsforholdet.

Forarbeidene presiserer at dette «betyr at en konkurranseklausul ikke vil kunne anvendes når oppsigelsen er begrunnet i virksomhetens forhold, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7, for eksempel i forbindelse med en nedbemanning eller omorganisering.»¹⁹⁹

Bestemmelsen som behandles her må sees i sammenheng med aml. § 15-7 og rettskildene som knytter seg til saklighetskravet knyttet til oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold.

Oppgaven er som tidligere nevnt avgrenset mot dybden i saklighetskravet. Jeg holder meg derfor her til å vise til sentrale sitater fra Skjønberg, Hognestad og Hotvedt sin behandling av disse spørsmålene knyttet til oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold.

Det er først og fremst i tilfellene hvor det er forhold hos arbeidstaker som «er egnet til å skape tvil om arbeidstakerens skikkethet for stillingen» og dette forholdet har «betydning for virksomheten» at det fortsatt vil være anledning til å gjøre gjeldende konkurranseklausuler. Men dette er ikke nødvendigvis tilstrekkelig ettersom saklighetsvurderingen «er en totalvurdering, hvor det også skal legges vekt på hvordan oppsigelsen vil ramme

¹⁹⁹ Prop.85 L (2014-2015) s. 57

arbeidstakeren.» Selv om det sistnevnte moment vil «ha mindre vekt når oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers forhold.»²⁰⁰

Er oppsigelse fra arbeidsgiver begrunnet i andre forhold, eller det var usaklig etter totalvurderingen vil det ikke være anledning for arbeidsgiver til å gjøre gjeldende konkurranseklausulen.

Regelen bevarer sammenhengene i regelverket ved at arbeidsgiver ikke kan bruke avtalt konkurranseklausul til å begrense arbeidstaker sine arbeidsmuligheter i tilfellene hvor oppsigelsen er usaklig. Regelen er dermed først og fremst en konsekvens av at det gjelder et saklighetskrav ved oppsigelse.

For tilfellet hvor arbeidsgiver misligholder sine forpliktelser overfor arbeidstaker presiserer forarbeidene at vurderingstemaet er «om arbeidsgiver ved å unnlate å oppfylle sine forpliktelser har gitt arbeidstakeren rimelig grunn til å avslutte ansettelsesforholdet.» Dette vil bero «på en konkret vurdering der grovheten av misligholdet og konsekvensene for arbeidstaker må stå sentralt.»²⁰¹ Det trekkes avslutningsvis frem at misligholdet eksempelvis kan bestå i manglende lønnsutbetalinger eller vedvarende mobbing, trakassering el. Denne listen er nok ikke ment å være uttømmende og misligholdet må nok vurderes konkret.

Dette alternativet springer i utgangspunktet ut av alminnelige kontraktsrettslige regler om heving og den lojalitetsplikten som gjelder mellom partene. Ved at den ene vesentlig misligholder sine forpliktelser, etter avtalen, fritas også den andre for sine forpliktelser etter denne. Dette ville nok i utgangspunktet ha stilt seg likt overfor eventuelle konkurranseklausuler som var inngått i arbeidsforholdet.²⁰²

Lovfesting av dette alternativet er nok først og fremst ment å være klargjørende for arbeidsavtalepartene. Samtidig kan det sies å fjerne enhver tvil – i den grad det finnes en viss tvil ved alle spørsmål som tas opp til domstolsbehandling på ulovfestet grunnlag.

Stryn apotek regnes som den sentrale dommen i relasjon til disse spørsmålene i forbindelse med heving av arbeidsforholdet og erstatning.²⁰³ Den vil nok kunne tas til inntekt for at det uansett burde gjelde et krav til bortfall av konkurranseklausuler ved mislighold av

²⁰⁰ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2017) s. 418-419 for sitatene – se også 420-428.

²⁰¹ Prop.85 L (2014-2015) s. 57

²⁰² Se også Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2017) s. 469-470 vedr. arbeidstakers heving av arbeidsavtalen.

²⁰³ Rt. 1997 s. 1506 A. for dommen.

arbeidsavtalen. Dommen har nok etter lovfestingen liten overføringsverdi av betydning for bestemmelsen.

4.2 Kravet til redegjørelse for om klausulene gjøres gjeldende

Det stilles krav til redegjørelse fra arbeidsgiver for om og i hvilken utstrekning en kunde- eller konkurranseklausul skal gjøres gjeldende overfor en arbeidstaker. Dette følger av aml. § 14 A-4(3) jfr. aml. § 14 A-2. Kravene som retter seg mot konkurranseklausuler gjelder tilsvarende for kundeklausuler.

Etter aml. § 14 A-2, skal arbeidsgiver ved «skriftlig forespørsel fra arbeidstaker» «innen fire uker gi en skriftlig redegjørelse for om og i hvilken grad en» kunde- eller konkurranseklausul blir gjort gjeldende. For konkurranseklausuler gjelder det et særegent krav om at «arbeidsgivers særlige behov for vern mot konkurranse» skal fremgå av redegjørelsen. Noe slikt krav gjelder ikke for kundeklausuler hvor det istedenfor må angis «hvilke kunder som skal omfattes av kundeklausulen.» jfr. aml. § 14 A-4(3)

For å se hvilke innholdsmessige krav som gjelder for vilkårene som skal komme frem av redegjørelsen, kan en se hen til den tidligere behandling disse spørsmålene har fått.²⁰⁴

Om innholdet ellers i redegjørelsen, uttaler forarbeidene at den: «bør omfatte hva det er ved arbeidstakers arbeidsforhold, for eksempel dennes stilling eller arbeidsoppgaver, som danner grunnlaget for konkurranseklausulen. Det bør også fremgå hvilke forretningsområder eller typer virksomheter konkurranseklausulen er ment å ramme, samt hvilket geografiske område, eventuelt hvilke virksomheter, den gjelder for.»²⁰⁵

Denne adgangen, til å under hele arbeidsforholdet kunne be om redegjørelse fra arbeidsgiver, vil i relasjon til konkurranseklausuler kunne «øke arbeidstakers forutberegnlighet, virke konflikt- og prosessavvergende og redusere bruken av unødvendige konkurranseklausuler. En skriftlig redegjørelse vil gjøre det lettere for arbeidstaker å få oversikt over hvilke begrensninger arbeidsgiver mener klausulen innebærer.» Departementet mente også at dette «kunne medføre at færre klausuler faktisk gjøres gjeldende, fordi arbeidsgiver derved blir nødt til å ta konkret stilling til hvorvidt det virkelig foreligger et tilstrekkelig behov for å gjøre

²⁰⁴ Se punkt 4.1-4.1.3

²⁰⁵ Prop.85 L (2014-2015) s. 58

konkurransesklausulen gjeldende på et gitt tidspunkt.»²⁰⁶ Tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende overfor kundeklausuler, hvor departementet spesifiserer at det kreves fra redegjørelsen «at de aktuelle kundene identifiseres på slik måte at det klart fremgår hvilke kunder som er omfattet av klausulen.»²⁰⁷

Redegjørelsen er etter aml. § 14 A-2(5) bindende for arbeidsgiver i 3 måneder, mens den for oppsigelsestilfellene uansett er bindende ut oppsigelsestiden. Det presiseres i forarbeidene at sistnevnte «er ment å fange opp tilfeller hvor oppsigelsestiden strekker seg utover det tidsrommet arbeidsgiver er bundet av redegjørelsen» og dette «gjelder uavhengig av om det er arbeidsgiver eller arbeidstaker som sier opp arbeidsforholdet.»²⁰⁸

Ved at arbeidsgiver må ta stilling til om hvorvidt den vil gjøre gjeldende klausulen eller ei ligger det også implisitt i dette «at arbeidsgiver på redegjørelsestidspunktet også kan velge å unnlate å gjøre klausulen gjeldende, jf. også § 14 A-1 femte ledd om arbeidsgivers adgang til å si opp en konkurranseklausul.»²⁰⁹

I aml. § 14 A-2(2-5) kommer det frem hvilke alternative tidsfrister for redegjørelsen som vil gjelde i forskjellige tilfeller, hvis det ikke allerede foreligger en bindende redegjørelse.

Ved oppsigelse fra arbeidstaker, regnes dette som skriftlig forespørsel, hvilket medfører at det gjelder en 4 ukers frist for arbeidsgiver etter aml. § 14 A-2(2) jfr. § 14 A-2(1).

Sier arbeidsgiver opp arbeidstaker, skal redegjørelse gis umiddelbart jfr. aml. § 14 A-2(3). Dette må sees i sammenheng med at det stilles «krav til arbeidsgivers saksbehandling i arbeidsmiljøloven kapittel 15» før en går til oppsigelse, og at det i den sammenheng av arbeidsgiver bør vurderes om og i hvilken utstrekning en klausul skal gjøres gjeldende.²¹⁰

Hvis arbeidsgiver avskjediger arbeidstaker, skal redegjørelse gis «innen en uke etter avskjeden» jfr. aml. § 14 A-2(4). Ved avskjed «kan tidskravet om samtidig redegjørelse ved konkurranseklausul i avskjedigelsen bli for knapp.» Komitéen mente derfor at en burde gi arbeidsgiver litt ekstra tid i avskjedstilfellene, på bakgrunn av at fokus i disse tilfellene «vil være på selve avskjedigelsen og ivareta de utfordringer slike prosesser gir.»²¹¹

²⁰⁶ Prop.85 L (2014-2015) s. 33

²⁰⁷ Ibid. s. 46 for departementets betraktninger til dette.

²⁰⁸ Ibid. s. 58

²⁰⁹ Ibid. s. 58

²¹⁰ Ibid. s. 34

²¹¹ Innst.75 L (2015-2016) s. 6

Virkningene av at tidsfristen for redegjørelse etter aml. § 14 A-2 ikke overholdes, av arbeidsgiver, er for konkurranseklausuler at den «faller bort» jfr. aml. § 14 A-1(6). Dette medfører at redegjørelse må sees som «et vilkår for å kunne gjøre en konkurranseklausul gjeldende.»²¹² Som det følger av § 14 A-4(2), 3.setning gjelder § 14 A-1(6) tilsvarende for kundeklausuler.

4.3 Adgangen til å gjøre gjeldende en kundeklausul

Det finnes ikke noen ytterlige vilkår for å ha anledning til å gjøre en kundeklausul gjeldende, overfor arbeidstaker, utover kravet til redegjørelse. Det er en forutsetning at klausulen er i tråd de innholdsmessige skranker det er redegjort for tidligere.²¹³

Den eneste ytterlige restriksjonen i adgangen til å gjøre kundeklausuler gjeldende er i hvilken utstrekning disse kan gjøres gjeldende. Kundeklausuler kan «ikke i noe tilfelle gjøres gjeldende lenger enn ett år fra opphør av arbeidsforholdet.» jfr. aml. § 14 A-4(2), 2. setning.

Det gjelder også tilsvarende vilkår ved oppsigelse eller mislighold fra arbeidsgiver for at en skal bevare sin rett til å kunne gjøre gjeldende kundeklausuler, som det gjaldt for konkurranseklausuler, jfr. aml. §§ 14 A-4(2), 3. setning og 14 A-1(4).²¹⁴

En må her, som ellers, ha i mente at det er adgang til å fravike reglene hvor dette ikke er til arbeidstakers ugunst jfr. aml. § 1-9. Det kan dermed tenkes tilfeller hvor også kundeklausuler kan gjøres gjeldende lenger enn ett år tross formuleringen «ikke i noe tilfelle».²¹⁵

4.4 Adgangen til å gjøre gjeldende en rekrutteringsklausul

For rekrutteringsklausuler finnes det heller ikke ytterlige vilkår til arbeidsgivers behov for at det er anledning til å gjøre denne gjeldende overfor andre virksomheter. Det er også her bare i hvilken utstrekning disse kan gjøres gjeldende det er restriksjoner ved. Det er for tilfellene hvor det pågår forhandlinger mulig å gjøre disse gjeldende i «seks måneder etter at forhandlingene er avsluttet» og «under forhandlingene» jfr. aml. § 14 A-6(2).

²¹² Prop.85 L (2014-2015) s. 58

²¹³ Se punkt 2.2.2 til 2.2.2.3

²¹⁴ Se punkt 4.1.3

²¹⁵ Se punkt 2.4 (arbeidstakers valgrett), 3.2.2 (tidsbegrensningen) og 4.5 (alternative klausuler)

For det andre tilfellet fra overdragelsestidspunktet kan en rekrutteringsklausul gjøres «gjeldende i inntil seks måneder.» jfr. aml. § 14 A-6(2). Men det er da den annen virksomhet/ny arbeidsgiver som har mulighet til dette overfor tidligere arbeidsgiver.

Skjønberg, Hognestad og Hotvedt problematiserer dette i sin behandling av førstnevnte alternativ, hvor det blir «inngått avtale om virksomhetsoverdragelse, men selve overdragelsen først skjer etter at det er gått seks måneder, for eksempel ett år frem i tid.» De tar til orde for at i et slikt tilfelle bør «rekrutteringsklausulen kunne opprettholdes frem til gjennomføringen av virksomhetsoverdragelsen», på bakgrunn av at alternativet vil «svekke meningen med unntaksadgangen.»²¹⁶

Hva de synes å overse er at det i et slikt tilfelle ikke oppstår noe økt behov for vern mot den nye arbeidsgiver ettersom virksomheten uansett skal overdras til den nye arbeidsgiveren. Det er i utgangspunktet heller ikke tilfellene hvor oppkjøp skal gjennomføres at bestemmelsen åpner for å verne arbeidsgiver. Det er tilfellene hvor det ikke gjennomføres oppkjøp, at bestemmelsen er satt til å verne om arbeidsgiver, på bakgrunn av den sårbare situasjon denne har stilt seg i overfor den annen virksomhet.

Formuleringen «dersom disse ikke fører frem» synes å forutsette at det etter ordlyden ikke er adgang til å gjøre gjeldende rekrutteringsklausuler i tilfellene hvor forhandlingene fører frem til avtale om overdragelse. Det kan dermed synes som om de har oversett lovgivers forbehold knyttet til adgangen til å gjøre gjeldende en rekrutteringsklausul etter at forhandlingene er avsluttet. Hvor forhandlingene leder til overdragelse er det dermed bare under selve forhandlingene det vil være anledning til å gjøre rekrutteringsklausulen gjeldende.

Tilfellene hvor det avtales delvis overdragelse, vil det nok være adgang til å verne om den del av arbeidsgivers virksomhet som ikke skal overdras i 6 måneder, forutsatt at det også har pågått forhandlinger om disse.

Det kan riktignok fortsatt være i arbeidsgiver sin interesse å beholde de ansatte så lenge som mulig og en kunne nok tatt til orde for at arbeidstakerne fortsatt burde måtte tåle begrensningen på 6 måneder, hvis det avtales oppkjøp og overdragelsen lar vente på seg.

Forarbeidene er tause om problemstillingen, men standpunktene som kommer frem gir inntrykk av at det har blitt lagt til grunn at det finnes to alternative scenarier, hvor det i

²¹⁶ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett* (2017) s.269-270

realiteten er flere.²¹⁷ Dette kan tilsi at det bør være adgang til å gjøre gjeldende rekrutteringsbegrensninger i 6 måneder også i disse tilfellene. Som vi skal se på i fortsettelsen kan en slik forståelse medføre problematiske konsekvenser.

Etter tidsrommet på 6 måneder har dette sammenheng med hvor lenge arbeidstakere skal måtte tåle begrensninger på sin konkurransesituasjon og at det vil begrense mobiliteten i arbeidsmarkedet. At arbeidsgivers behov for vern mot konkurranse i enda større grad skal gå på bekostning av dette, uten at det kan vises til et økt behov for vern i tilfellene, synes ikke overbevisende.

Samtidig har arbeidsgiver valgt å inngå en avtale, om overdragelse med den annen virksomhet, på disse vilkår. Var det et sentralt punkt for arbeidsgiver at denne ikke ville risikere å miste sine ansatte før overdragelsen, kunne denne krevd at overdragelsen gjennomføres snarest. Også den annen virksomhet vil ha interesse av å bevare verdiene i det den har kjøpt i dette tidsrommet. Skulle det være svært uheldig om den rekrutterer nøkkelpersonell fra arbeidsgiver i dette tidsrommet, vil det jo også være i dennes egen interesse å vente med dette til overdragelsen.

Dersom den annen virksomhet fortsatt velger å ansette på bekostning av arbeidsgiver, kan dette tenkes å være i strid med lojalitetsplikten som springer ut av avtaleforholdet. Som vi har sett innledningsvis forutsetter denne at partene ivaretar hverandres interesser og oppfyller gjennomføringen av avtalen på en lojal måte. Det kan i slike tilfeller tenkes at den annen virksomhet vil kunne pålegges å betale erstatning til arbeidsgiver i den grad den har forsømt lojalitetsplikten. Som en kan se vil den helhetlige rettslige reguleringen supplere reglene og dermed ivareta de problematiske situasjoner for arbeidsgiver i den grad det er legitimt. Det må likevel nevnes at en ansettelseshandling nok ikke vil være i strid med lojalitetsplikten mellom partene. Skulle den annen virksomhet bidra til at arbeidsgiver ikke er i stand til å gjennomføre avtalen vil nok ikke dette gi den annen virksomhet anledning til å eksempelvis heve avtalen, som følge av et mislighold den selv har forårsaket. Slik vil altså lojalitetsplikten som gjelder mellom partene fortsatt kunne ivareta arbeidsgiver, selv om arbeidsgiver ikke har adgang til å gjøre gjeldende en rekrutteringsklausul.

Et sentralt punkt er at vi befinner oss på arbeidsmiljølovens område. Det er her vern om arbeidstakere som står sentralt. Det vil på dette området være unaturlig å legge vide forståelser til grunn på bekostning av arbeidstakerne. I den grad regelverket har uheldige

²¹⁷ Prop.85 L (2014-2015) s. 61

virksomheter for arbeidsgivere, er disse som arbeidslivets sterke parter bedre egnet til å ivareta egne interesser. Jeg vil kort nevne at aml. § 1-9, på bakgrunn av ordlyden, nok også er til hinder for det handlingsrommet i avtalefriheten som Skjønberg, Hognestad og Hotvedt tar til orde for. Dette handlingsrommet vurdert opp mot det handlingsrommet bestemmelsen gir anvisning på samsvarer ikke. Siden deres handlingsrom er mer begrensende overfor arbeidstaker vil det nok ikke være mulig å fravike lovteksten for en slik løsning.

De sistnevnte momenter vil også gjelde overfor adgangen til å gjøre gjeldende rekrutteringsklausuler i de første seks måneder ved utsatt overdragelse. Skulle lovgiver mene at arbeidsgiver har et behov for vern, også i tilfellene med kortvarig utsatt overdragelse, må nok derfor bestemmelsen omformuleres.

På bakgrunn av redegjørelsen er konklusjonen at det ikke er anledning for arbeidsgiver å gjøre rekrutteringsklausuler gjeldende overfor den annen virksomhet i tilfellene hvor forhandlingene leder til overdragelse, også hvor overdragelsen skjer på et senere tidspunkt. Dette fremstår som den mest velbegrunnede løsning på bakgrunn av at vi er på arbeidsmiljølovens område hvor det er problematisk å legge utvidede ordlydsfortolkninger til grunn på bekostning av arbeidstaker. Det finnes heller ikke klare holdepunkter i andre rettskilder for at det var en slik utvidet løsning lovgiver intenderte å innføre. Den autoritative rettskilden, lovteksten, tilsier at det ikke er anledning til å gjøre gjeldende rekrutteringsklausuler i tilfellene hvor forhandlingene leder til overdragelse.

4.5 Hybrid eller alternative kunde- og konkurranseklausuler

Interessante spørsmål som kan oppstå på bakgrunn av aml. § 1-9, er i hvilken grad det kan inngås og gjøres gjeldende klausuler som gjerne kan kategoriseres som enten hybrider av kunde- og konkurranseklausuler eller som alternative kunde- og konkurranseklausuler. Med *alternative* siktes det til klausuler som i sitt innhold faller utenfor de innholdsmessige skrankene.

En kan gjerne ta utgangspunkt i de tidligere nevnte kundeklausuler om andre forretningsforbindelser.²¹⁸ På bakgrunn av det foregående vil det i utgangspunktet ikke være anledning til å gjøre gjeldende slike som konkurranseklausuler ettersom disse, med unntak for

²¹⁸ Punkt 2.2.3

råstoffkildeeksempelet, ikke kan sies å verne om bedriftshemmeligheter eller knowhow.²¹⁹ De vil dermed også falle utenfor de innholdsmessige skrankene som settes for kunde- og konkurranseklausuler. Spørsmålet blir dermed hva som mer konkret må til for at en skal kunne gjøre slike gjeldende på bakgrunn av aml. § 1-9.

Det kan tenkes at en slik klausul ønskes å gjøres gjeldende istedenfor at det gjøres gjeldende en mer omfattende konkurranseklausul. I slike tilfeller vil det nok kunne påstås, etter en samlet vurdering, å være til arbeidstakers gunst at det er anledning til å inngå og gjøre gjeldende en slik avvikende klausul.

Noen slike kundeklausuler, om andre forretningsforbindelser, kan i særlige tilfeller i realiteten være like inngripende som det en konkurranseklausul er. I et slikt tilfelle vil det gjerne være nærliggende å anta at det må avtales en noenlunde lik kompensasjon for dette, og eventuelt med samme begrensninger som det må etter reglene om konkurranseklausuler, om en ønsker å gå klar av begrensningene etter aml. § 1-9.

Det skal sies at når det gjelder spørsmålene om hva som må til for at alternative kunde- og konkurranseklausuler objektivt sett skal gå klar av aml. § 1-9, finnes usikkerhet og et rom for rettsutvikling. Det blir opp til Høyesterett å trekke de nærmere grenser for dette, og gjennom sin praksis utvikle hvilke momenter som er relevante for vurderingen. Det er nærliggende å anta at en må se på de konkrete utslag den aktuelle klausul vil få overfor arbeidstaker. Hvilke handlingsalternativer som har vært mulige. Det må gjerne også foretas en sammenligning opp mot anvendelsesområdet og om det finnes naturlige sammenhenger. Sentralt vil nok også stå hvilke hensyn klausulen er satt til å verne, og hvordan den vil gjøre seg gjeldende overfor arbeidstaker, som forarbeidene som nevnt gir anvisning på. Det er tenkelig at Høyesterett vil opptrå varsomt og sette snevre grenser for tilfellene hvor det er tvilsomt om klausulen er til arbeidstakers ugunst eller ei.

En kan nok også legge til grunn at det er ingenting i veien for at det avtales bedre kompensasjon for arbeidstakeren. Det er først når forbedret kompensasjon er betinget av økte eller mer inngripende virkninger overfor arbeidstaker, at de problematiske grensespørsmål vil kunne oppstå.

²¹⁹ Se punkt 4.1

Lagmannsretten har i en avgjørelse nylig landet på at arbeidsgiver er bundet av en lovstridig avtale «så lenge A velger den» selv om rekkevidden av aml. § 1-9 ikke var problematisert for domstolen.²²⁰

Det kan tenkes at det vil finnes tilfeller hvor arbeidstaker etter en tid angrer seg og tar klausuler den i utgangspunktet mente var en bedre løsning til retten. Ettersom arbeidstaker på det aktuelle tidspunktet unnlot å utfordre denne, kan det tenkes at også slike klausuler ikke har vært til arbeidstakers subjektive ugunst, i hvert fall frem til tidspunktet hvor arbeidstaker angrer seg. Derfor er det nok for fremtiden arbeidstaker eventuelt må utfordre klausulen.

Unntaksvis kan det tenkes at en klart ugunstig klausul kan tilsidesettes selv om arbeidstaker har benyttet sin valgrett til denne. Men for dette må det nok ha vært klart for arbeidsgiver at avtalen var ugunstig og/eller at arbeidsgiver har villedet arbeidstaker om klausulens gunstighet. Dette kan begrunnes i styrkeforskjellene mellom partene og at arbeidstakers vern vil være utilstrekkelig uten.

I den grad de tidsmessige eller øvrige inngripende konkurransebegrensninger fravikes til ugunst for arbeidstaker, er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig med en proporsjonalt økt kompensasjon i fortsettelsen. Bli tidsgrensen doblet er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig at størrelsen på kompensasjonen dobles uten at dette må sies å være til arbeidstakers ugunst. Jo lenger arbeidstaker er ute av arbeidsmarkedet, desto mer mister dens tidligere arbeidserfaring sin verdi. Dette kan medføre at det blir vanskeligere for arbeidstaker å få jobb igjen i samme bransje. Dette tilsier gjerne at eventuell kompensasjon må økes mer enn proporsjonalt for at det skal kunne sies å ikke være til arbeidstakers ugunst at lengden utvides.

I anledning disse spørsmålene er det viktig å fremheve at det er arbeidstaker som mottar et økt avtalevern om sine avtaledisposisjoner med arbeidsgiver. Bestemmelsene er ikke ment å legge bånd på arbeidstaker, og det vil dermed ikke være anledning for arbeidsgiver til å ta til orde for at avtalen er inngått til arbeidstakers ugunst, heller ikke ved alternative kunde- og konkurranseklausuler.

En annen interessant betraktning er hvorvidt det er det aktuelle vilkår som fravikes som det må vurderes om er til ugunst for arbeidstaker eller ei. Alternativt om det er den helhetlige

²²⁰ LB-2019-75820, se også punkt 2.2.1 for mer om avgjørelsen og det muligens problematiske med denne og punkt 2.2.4.

ordningen som må vurderes, slik at det er mulig at enkelte vilkår fravikes mot at andre gjøres gunstigere.

Dette er nok også et spørsmål som må vurderes konkret. Er det tale om et enkeltstående fravikende vilkår, vil nok den førstnevnte stå sentralt selv om også de helhetlige virkninger kan være aktuelle for spørsmålet. Hvor enkelte vilkår som fravikes medfører at lovens system ikke lenger er anvendelig, er det nok den helhetlige ordningen som må vurderes opp mot den ordning loven gir anvisning på. En slik forståelse vil medføre at det også er anledning til å avtale klausuler som får virkning, uten at disse uttrykkelig gjøres gjeldende gjennom en redegjørelse.

En alternativ forståelse er at avvikende ugunstige vilkår alltid medfører objektiv ugunst etter aml. § 1-9, og at det alltid i slike tilfeller bare er arbeidstakers subjektive valgrett som eventuelt kan benyttes av arbeidstaker. Dette er en retts teknisk enklere regel, men den svekker arbeidsgiveres forutberegnelighet ved at arbeidstaker bindes i mindre utstrekning ved valg av avvikende løsninger. Dette vil kunne medføre at arbeidsgiver motsetter seg avvikende avtaler, hvilket igjen kan medføre at partene følger lovens system selv om de i fellesskap foretrekker en annen løsning. Etter mitt skjønn er derfor den beste løsning at det er den samlede avtalen som er gjenstand for vurdering opp mot aml. § 1-9.

I hvilken utstrekning det er adgang til å inngå alternative klausuler, vil nok ha nær sammenheng med spørsmålet om i hvilken grad arbeidstaker og arbeidsgiver er bundet av klausulene. Dette er nok tilfellet på bakgrunn av at innholdet i klausulene har betydning for bindingen mellom partene. Det ble tidligere konkludert med at begge parter bindes av det som objektivt sett ikke er til ugunst for arbeidstaker jfr. aml. § 1-9, mens arbeidstaker vil ha en valgrett overfor avtalene som objektivt sett er ugunstige. For disse er arbeidsgiver bundet lenger enn arbeidstaker.²²¹

Disse spørsmålene er svært interessante, og det finnes et stort rom for drøftelser knyttet til spørsmålene. Jeg mener den behandling jeg her har viet spørsmålene er tilstrekkelig for denne oppgaven. Formålet med dette underpunktet var først og fremst var å presentere sentrale rettslige spørsmål av aktuell interesse. Det har på ingen måte vært noe formål å gi en uttømmende redegjørelse for de ulike grensene ettersom noe slikt vanskelig lar seg gjøre – til det er mulighetene for mange og de rettslige kildene for begrenset.

²²¹ Se punkt 2.2.4

5 Oppsummering

5.1 Konklusjoner

Oppgaven konkluderer med at aml. §§ 14 A-1 og A-4 i sammenheng med aml. § 1-9 setter innholdsmessige skranker av betydning for hvilke kunde- og konkurranseklausuler som kan inngås i et arbeidsforhold. Klausuler som er begrunnet i konkurransehensyn og som faller utenfor bestemmelsenes avgrensninger kan dermed i utgangspunktet ikke inngås. Det samme gjelder klausuler som retter begrensninger mot å kontakte andre enn arbeidsgiveres kunder.

Arbeidsgiver er bundet i full utstrekning overfor alle kunde- og konkurranseklausuler som er inngått med arbeidstaker. Arbeidstaker er bundet i tilfellene hvor arbeidsgiver kan vise til at en avvikende klausul objektivt sett ikke er til arbeidstakers ugunst. Dette vil nok også gjelde tilfellene hvor arbeidsgiver har benyttet en avvikende klausul som er mindre inngripende enn en annen klausul den hadde mulighet til å gjøre gjeldende på bakgrunn av aml. § 1-9.

Arbeidstaker har dermed en valgrett til ugunstige klausuler som, faller utenfor bestemmelsenes avgrensninger jfr. aml. § 1-9, på bakgrunn av at arbeidsgivers binding i slike tilfeller strekker seg lenger enn arbeidstakers.

Oppgaven konkluderer under en viss tvil med at mulige kunder faller utenfor kundebegrepet frem til det er inngått avtale. Det kan muligens være et behov for ytterlige presiseringer i lovteksten her dersom dette også gjelder for tilfellet hvor det har pågått omfattende forhandlinger. For tidligere kunder konkluderes det med at disse faller utenfor kundebegrepet med mindre avtaleforholdet bare er utløpt og under reforhandling. Denne konklusjonen er også forbundet med en viss tvil.

Oppgaven konkluderer med at det ikke er en absolutt tidsmessig fremre grense i relasjon til om det består et arbeidsavtaleforhold. Det sentrale er hvorvidt inngåelsen av klausulen er etterfulgt av tiltredelse av et arbeidsforhold mellom partene og at klausulen regulerer forholdet mellom partene etter dette arbeidsforholdets opphør.

Oppgaven konkluderer med at innleier og innleid arbeidstaker bør innfortolkes i arbeidstaker- og arbeidsgiverbegrepet i relasjon til avtalevernet etter bestemmelsene. Alternativt at en tilsvarende norm benyttes gjennom analogi eller etter avtl. §§ 36 og 38. For andre partssammensetninger enn arbeidstakere og arbeidsgivere må det være tale om forsøk på omgåelse av regelverket for at bestemmelsene skal kunne anvendes på tilfellet.

Oppgaven konkluderer med at det ikke er anledning til å lempe på skriftlighetskravet med mindre arbeidstaker ønsker dette jfr. aml. § 1-9. Ved tariffesting av kunde- og konkurranseklausuler må derfor skriftlighetskravet etter arbeidsmiljølovens regler være oppfylt. Skriftlighetskravet er muligens oppfylt gjennom en skriftlig tariffavtale for tariffbundet arbeidstaker i fagforeningen arbeidsgiver inngår tariffavtale med. For tariffubundet arbeidstaker må det i det minste inntas henvisning i arbeidsavtalen eller en annen skriftlig avtale til en eventuell klausul. Det er nok ikke hensiktsmessig for arbeidsgivere å tariffeste kunde- og konkurranseklausuler.

Oppgaven konkluderer med at kunde- og konkurranseklausuler kan inngås og gjøres gjeldende i lenger enn et år tross formuleringen «ikke i noe tilfelle» jfr. aml. §§ 14 A-1(2), 2. setning og 14 A-4(2), 2. setning jfr. aml. § 1-9.

Oppgaven konkluderer med at momenter knyttet til arbeidstakers interesser eller arbeidstakers nye stilling ikke vil ha relevans i spørsmålet om det for arbeidsgiver foreligger et særlig behov for vern. Vilkåret om at det foreligger et særlig behov for vern retter seg utelukkende mot arbeidsgivers behov for vern. Det er dermed i nødvendighetsvurderingen det eventuelt kan være aktuelt å trekke inn momenter som avbøter dette behovet for vern. Det er bare ved vurderingen av rekkevidden av en klausul som er gjort gjeldende at forhold ved arbeidstaker og dennes interesser vil kunne ha relevans.

Oppgaven konkluderer med at forutsetningen om at arbeidsgiver har bedriftshemmeligheter eller knowhow, som begrunnelse for sitt særlige behov for vern, ikke er et ubetinget gyldighetsvilkår. Oppgaven tar til orde for at også andre forhold helt unntaksvis vil kunne begrunne at en klausul gjøres gjeldende. Forarbeidene åpner for dette i tilfellene hvor arbeidsgiver har et åpenbart behov for beskyttelse og det vil være svært urimelig om arbeidsgiver ikke får gjøre klausulen gjeldende. En slik unntaksregel skaper ikke motstrid med ordlyden.

Oppgaven konkluderer med at det er hensiktsmessig at domstolene har adgang til å helt eller delvis sette til side klausuler som går lenger enn nødvendig.

Oppgaven konkluderer med at det for tilfellene hvor forhandlingene fører frem, og det er avtalt utsatt overdragelse, ikke er adgang for arbeidsgiver å gjøre gjeldende en rekrutteringsklausul overfor den annen virksomhet. Ved delvis overdragelse vil det nok være adgang til å gjøre gjeldende en rekrutteringsklausul for å verne om den del av arbeidsgivers virksomhet som ikke overdras, forutsatt at det har pågått forhandlinger om også disse.

Oppgaven presenterer en adgang til å inngå og gjøre gjeldende alternative kunde- og konkurranseklausuler på bakgrunn av aml. § 1-9. Adgangen til å inngå disse har nok nær sammenheng med hvor langt en avtalt klausul binder partene.

Oppgavens systematisering av problemstillingene skaper et godt grunnlag for å sammenligne og trekke linjer i nokså likeartede vurderinger. Dette har forenklet arbeidet med å trekke linjer på tvers av bestemmelsene og fremheve sammenhenger i regelverket hvor disse finnes i større grad enn andre fremstillinger av problemstillingene.

Ellers gir oppgaven et samlet og helhetlig bilde av forståelsen og sammenhengen i spørsmålene og problemstillingene knyttet til adgangen til å inngå og gjøre gjeldende konkurransebegrensende klausuler i arbeidsavtaleforhold som var oppgavens uttalte målsetning.

5.2 Funn

Vurdert opp mot den juridiske teorien presenterer denne oppgaven enkelte funn.

Denne oppgavens primære funn er gjennomgående betydningen aml. § 1-9 har for det materielle innholdet i adgangen til å inngå og gjøre gjeldende konkurransebegrensende klausuler i arbeidsavtaleforhold. Momentet i seg selv er ikke noe stort funn, men betydningen det vil ha ved løsningen av de konkrete rettslige spørsmålene er ikke noe den juridiske teorien har tatt høyde for konkret i sin behandling.

Dette funnet kan nok også muligens ha avdekket et behov for at kvalitetssikrende momenter benyttes mer aktivt. Enkle metodiske grep, som for eksempel de nevnte kvalitetssikrende og optimaliserende momenter oppgaven presenterer innledningsvis, vil kunne avverge slike misforståelser. Den norske partsprosessen vil nok være i stand til å få resultatet riktig. Det er et problem for de som benytter seg av forståelsen den juridiske litteraturen presenterer ved utformingen av sine klausuler. I en tid hvor rettssikkerheten av enkelte ansees truet, av at jussen er utilgjengelig for lekmannen, er det betenkelig at det som er nokså elementære juridiske sammenhenger går ukommentert i faglitteraturen.

Et annet av oppgavens funn knytter seg til de uheldige virkningene det har at lovgiver hjemler store deler av de aktuelle vurderingene i forarbeidene. Problemet oppstår i noen tilfeller hvor

forarbeidene i sine kommentarer til bestemmelsene ikke viser til sammenhengene i lovverket. Eksempelvis sammenhengen med og betydningen av aml. § 1-9.

Dette gjelder også hvor lovgiver har knyttet vurderingene tett opp mot kriterier i andre lovbestemmelser og hvor denne lovgivningen i ettertid forandres uten at forholdet og sammenhengen mellom bestemmelsene kommenteres.²²² Dette er egnet til å medføre at tiltenkte sammenhenger faller bort. Samtidig er det egnet til å forårsake endringer i rettstilstanden, som muligens hverken er utredet eller tiltenkte. Det vil også kunne oppstå usikkerhet knyttet til spørsmål om hva som er gjeldende rett etter slike ukommenterte endringer.

Et tredje tilfelle, i punkt 4.1.1.1, hvor tvetydighet kan ha forårsaket uklarhet knyttet til hvordan formuleringen «andre forhold» i forarbeidene skal forstås. På dette punkt kan denne oppgaven ha bidratt til å øke forståelsen av hva som må til for at arbeidsgiver skal kunne sies å ha et «særlig behov for vern mot konkurranse» og at dette også kan knytte seg til andre forhold enn at arbeidstaker har kunnskap om bedriftshemmeligheter og knowhow.

Denne oppgaven er også egnet til å vise at det kan ha uheldige virkninger på den juridiske metoden at vurderinger i en viss utstrekning hjemles i forarbeidene. Det kan i enkelte sammenhenger bidra til at de aktuelle vurderingene trekkes for langt bort fra ordlyden.²²³

Opgaven presenterer, også på bakgrunn av aml. § 1-9, betraktninger til i hvilken utstrekning en kan inngå alternative kunde- og konkurranseklausuler. Dette er sammenhenger som den juridiske teorien i svært liten grad har tatt stilling til. Drøftelsene knyttet til dette bør ha stor interesse for arbeidsgivere og arbeidstakere som foretrekker andre løsninger enn lovens ordning.

²²² Punkt 4.1.1.2

²²³ Punkt 3.1.2.1 og 4.1.1.1

6 Kilderegister

6.1 Lover

Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (Norske Lov).

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

Loven ble endret ved lov nr. 4/1983 (§§ 36 og 38).

Loven ble endret ved lov nr. 104/2015 (§ 38).

Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeerstatning (skadeerstatningsloven).

Loven ble endret ved lover nr. 44/1997, 53/2001 og 45/2003 (§ 2-1).

Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven).

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

Loven ble endret ved lov nr. 121/2005 (§ 16-3).

Loven ble endret ved lov nr. 39/2009 (§§ 15-7 og 16-3).

Loven ble tilføyd ved lov nr. 104/2015 (Kap. 14 A).

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

Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven).

Lov 27. mars 2020 nr. 15 om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven).

6.2 Lovforarbeider

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

Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) Lov om markedsmissbruk.

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel).

Ot.prp. nr. 101 (2001-2002) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (overtidsarbeid og stillingsvern for toppledere).

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

Prop. 85 L (2014-2015) Endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurransbegrensende avtaler i arbeidsforhold).

Innst. 75 L (2015-2016) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurransbegrensende avtaler i arbeidsforhold).

Prop. 5 LS (2019-2020) Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 91/2019 av 29. mars 2019 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2016/943 (forretningshemmelighetsdirektivet).

Innst. 161 L (2019-2020) Innstilling fra næringskomiteen om Lov om vern av forretningshemmeligheter (forretningshemmelighetsloven).

6.3 Rettspraksis

6.3.1 Høyesterettspraksis

Rt. 1964 s. 238 A. Notflottør

Rt. 1993 s. 490 A. Reksten

Rt. 1997 s. 1506 A. Stryn Apotek

Rt. 2003 s. 825 A. Kværner-kjennelsen

Rt. 2015 s. 475 A. Advokatpartnerdommen

6.3.2 Underrettspraksis

LH-2013-211575 Metall og gjenvinning

LB-2016-173293

LB-2019-75820

6.3.3 Arbeidsrettens praksis

ARD 1922 s. 38

ARD 1972 s. 107

6.4 Litteratur

6.4.1 Bøker

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2.utg, M.H. Andenæs 2009

Borch, Alex (red.), *Konkurransbegrensninger i arbeidsforhold*, 1.utg, Universitetsforlaget 2016

Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*, Juridika.no à jour per 1. juli 2019 (sist lest 22. mai 2020)

Jakkheln, Henning og Trond Erik Kvalsnes, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, Arbeidsrett.no (sist lest 22. mai 2020)

Lilleholt, Kåre (red.), *Knophs oversikt over Norges rett*, 14.utg., Universitetsforlaget 2014

Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jennum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2.utg, Gyldendal Norsk Forlag AS 2017

Sundet, Tron Løkken, *Tariffavtalen – Utvalgte emner*, 1.utg, Universitetsforlaget 2014

6.4.2 Artikler

Graver, Hans Petter, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2008, s. 149-178

Irgens-Jensen, Harald, *Non-Competition Clauses in Employment Contracts under Norwegian Law*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd 2017, s. 29-35

Lunde, Tore, *Arbeidsgiver sitt «særlige behov for vern mot konkurranse»*, Tidsskrift for forretningsjus 2016, s. 253-278

Tande, Knut Martin, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, Jussens venner 01/2011, s. 1-36

6.4.3 Masteroppgaver

Rygg, Kari Falch, *Økonomiske sanksjoner ved brudd på konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold*, 2017 UIB

http://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/16179/JUS399_V17_180.pdf?sequence=1&isAllowed=y sist kontrollert 22.05.2020

6.4.4 Rapporter

Skogli, Erlend, Alex Borch og Ida Amble Ruge, *Konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold*, Menon-publikasjon Nr. 58/2016

<https://www.menon.no/wp-content/uploads/2016-58-Konkurransebegrensende-avtaler-i-arbeidsforhold.pdf> sist kontrollert 22.05.2020

Vedlegg 1

From: Hognestad Eirik [mailto:Eirik.Hognestad@asd.dep.no]
Sent: Tuesday, April 28, 2015 10:25 AM
To: Alex Borch
Cc: [REDACTED]
Subject: SV: Prop. 85 L (2014-2015)

Hei,
Viser til din e-post under tittel [REDACTED] vedrørende Prop. 85 L (2014-2015) om konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold.
For det første vil vi takk deg for gode og relevante spørsmål.
Se våre svar på dine spørsmål under.

Kundeklausuler:

I departementets forslag til § 14 A-1 (kundeklausuler) er formålet med bestemmelsen å oppstille rammene for hvilke type handlinger en kundeklausul kan forby. Hensikten med § 14 A-1 første ledd er derfor å positivt oppstille hvilke begrensninger en kundeklausul kan pålegge arbeidstaker. Etter forslaget er det bare arbeidstakers adgang til å kontakte (tidligere) arbeidsgivers kunder som kan begrenses gjennom en kundeklausul. Det vil etter forslaget ikke være adgang til avtale ytterligere begrensninger i en kundeklausul. Uttalelsene i Prop. 85 L (2014-2015), bl.a. s. 43 (venstre spalte andre avsnitt) og s. 44 er ment å gi uttrykk for denne forståelsen, selv om det bare er adgangen til å ta ansettelse hos arbeidsgivers kunder som er nevnt. Det er også vår forståelse at en kundeklausul med et videre anvendelsesområde, som for eksempel å ikke kunne utføre arbeid for og/eller ta ansettelse hos arbeidsgivers kunder, vil gjerne være til ugunst for arbeidstaker og dermed også i strid med aml. § 1-9. Vi mener derfor at det ikke er nødvendig å presisere at en kundeklausul ikke kan forby arbeidstaker å ta ansettelse hos arbeidsgivers kunder i lovteksten.

En kundeklausul med et videre anvendelsesområde, som for eksempel om ikke å kunne ta ansettelse hos arbeidsgivers kunder, vil imidlertid kunne falle inn under definisjonen av konkurranseklausuler og vil i så måte måtte vurderes i forhold til vilkårene som gjelder for konkurranseklausuler.

Vi imøteser gjerne dine merknader til ovennevnte.

Rekrutteringsklausuler:

Når det gjelder dine kommentarer til rekrutteringsklausulene, er vi enige i at uttalelsene i Prop. 85 L (2014-2015) s. 52 ikke harmonerer så godt med uttalelsene på s. 61 eller kommer til uttrykk i ordlyden til forslaget § 14 A-6 andre ledd. At en rekrutteringsklausul bare kan gjøres gjeldende i den perioden det pågår reelle forhandlinger, og frem til disse strander eller fører til en virksomhetsoverdragelse, vil muligens ikke gi partene tilstrekkelig vern. Vi takk for at du har gjort oss oppmerksomme på denne problemstillingen.

Dersom du har noen spørsmål kan undertegnede kontaktes.

Med vennlig hilsen
Eirik Hognestad
rådgiver
Arbeidsmiljø- og sikkerhetsavdelingen
Arbeids- og sosialdepartementet
Tel + 47 915 17 353
Epost: eirik.hognestad@asd.dep.no
www.veejet.no/en/asd

Vedlegg 2

Re: Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold

Melding 35 av 1390

Frå Tore Lunde
Dato 2020-04-08 10:05

Takk for interessant spørsmål! Godt tema for stor masteroppgave.

Jeg tror den ene setningen som du siterer fra min artikkel må leses sammen med avsnittet rett foran, som tar som forutsetning at de avtalte restriksjonene ligger innenfor rammene av et arbeidsforhold:

"Restriksjonene må, som nevnt, være avtalt innanfor ramma av eit arbeidsforhold. Det er normalt ikkje vanskeleg å slå fast at det ligg føre eit ordinært arbeidsforhold, men i visse situasjonar er det behov for nærare avklaring, til dømes om det er tale om sjølvstendige oppdragstakarar, partnerskap eller andre samarbeidsformer, eller i kombinerte transaksjonar der arbeidstakaren har ulike roller og posisjonar som tilsett og som aksjonær. Artikkelen går ikkje nærare inn på slike grenser."

Konkurranseklausular som ikkje oppfyller kriteria som omtalt ovanfor, er ikkje underlagt kapittel 14 A, og må vurderast etter avtalelova § 38."

Det er mulig at denne setningen er litt klønete formulert/fremstilt, men det har ikke vært meningen å gi uttrykk for noe som innebærer at § 1-9 blir satt til side. Jeg har derfor ikke noe å innvende til resonnetet ditt.

Det stemmer at jeg jobber med et prosjekt om konkurransebegrensninger, som omhandler både arbeidsmiljøloven og flere andre regelsett. I den delen som gjelder arbeidsmiljøloven har jeg flere steder trukket frem § 1-9:

Bl.a. innledningsvis på side 13 i mitt manus: "I arbeidsforhold er reglane preseptoriske, og kan ikkje ved avtale fråvikast til ugunst for arbeidstakar, jf. aml. § 1-9. Klausular som går lengre enn det som kapittel 14 A opnar for, vil ikkje kunne gjerast gjeldande overfor arbeidstakaren."

På side 66 i mitt manus: "Konkurranseklausular som avtaler seg vekk frå plikta til å betale kompensasjon, vil vere ugyldige, jf. aml. § 1-9."

På side 78 i mitt manus: "[...] høve til å gjere frådrag i kompensasjonen, jf. § 14 A-3 (2). Føresegna er forma som ein «kann»-regel, og inneber følgelag plikt til å gjere frådrag. Så lenge avvikande ordningar går i favør av arbeidstakar, står partane fritt til å avtale andre løysingar, jf. aml. § 1-9."

På s. 260 i mitt manus drøfter jeg kombinasjonen av avtalt konvensjonalbot og valdgift: "For andre tilsette [enn øvste leiar] er det ikkje like opplagt at det er høve til å kombinere klausular om konvensjonalbot og valdgift. For det første er arbeidsmiljølova preseptorisk, jf. aml. § 1-9. For det andre følger det, antitetisk, av aml. § 15-16 at valdgift ikkje kan avtalast med andre tilsette enn øvste leiar. Avgjerande blir om ordlyden utvistar i forbindelse med opphør av arbeidsforhold i aml. § 15-16 (1) må tolkast slik at alle tvistespsørsmål som spring ut av arbeidsavtalen, er underlagt dei preseptoriske, prosessuelle reglane i arbeidsmiljølova. Utvistar om konvensjonalbøter kan hevdist å vere omfatta av ordlyden, i alle fall såframt tvisten om konvensjonalbota har noko samanheng med opphør av arbeidsforholdet. Men slike tvistar kan kome opp etter at arbeidsforholdet har opphørt, typisk fordi det først i ettertid blir oppdaga brot på konkurranseklausulen som konvensjonalbota er knytt til. I så tilfelle er det neppe grunn til å setje valdgiftsklausulen til side som stridande mot aml. § 1-9."

Jeg er helt i avslutningen på dette arbeidet og skal sende manus til forlaget like over påsken, ca. 300 manussider. Et par av kapitlene bygger på den tidligere artikkelen.

Jeg tar gjerne mot tips eller andre spørsmål du ønsker å diskutere.

Vh
Tore Lunde