

Arbeidsgivers sanksjons- og reaksjonsmuligheter ved brudd på konkurranseklausuler.

Kandidatnummer:

212462

Veileder:

Agathe Løwenborg

Antall ord:

13768



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Innhold

1. Innledning.....	4
1.1 Om emnet.....	4
1.2 Rettskildebilde.....	5
1.3 Avgrensninger og definisjoner.	5
1.3.1 Innledning.....	5
1.3.2 Konkurransesklausuler.....	5
1.3.3 Kundeklausuler.....	6
1.3.4 Ikke-rekrutteringsklausuler.	6
1.3.5 Karensklausuler.	7
1.4 Videre fremstilling.....	8
2. Kort om gyldighetsvurderingen.....	8
2.1 Innledning.....	8
2.2 Avtaleloven § 38.....	9
2.2.1 Avtalelovens § 38 første ledd.....	9
2.2.2 Avtalelovens § 38 andre ledd.....	11
2.2.3 Avtalelovens § 38 tredje ledd.....	12
2.3 Avtaleloven § 36.....	12
2.3.1 Innledning.....	12
2.3.2 Vurderingen.....	13
3. Midlertidige forføyninger.....	13
3.1 Innledning.....	13
3.2 To alternativer.....	14
3.2.1 Innledning.....	14
3.2.3 Tvl. § 34-1 første ledd, bokstav b), «midlertidig ordning».....	16
3.2.3 Tvl. § 34-1, andre ledd.....	17
3.2.4 Tvl. § 34-2.....	17
3.3 Vurderingsmomentene tilknyttet tvl. § 34-1 bokstav b).....	19
3.3.1 Innledning.....	19
3.3.2 Nødvendig.....	19
3.3.3 Egnert til å avverge.....	22
3.3.4 Vesentlig skade og ulempe.....	22
3.4 Oppsummering.....	24
4. Arbeidsgivers adgang til erstatningssøksmål.....	24

4.1 Innledning.....	24
4.1.1 Problemet.....	24
4.2 Erstatning i kontraktsforhold på ulovfestet grunnlag.	25
4.2.1 Introduksjon.	25
4.2.2 Grunnleggende om kontraktserstatningsretten.	25
4.2.3 Ansvarsgrunnlaget.....	26
4.2.4 Bevisbyrden.	28
4.2.5 Adekvat årsakssammenheng og økonomisk tap.	29
4.2.6 Erstatningsutmålingen.....	30
4.3 Erstatnings i kontraktsforhold med støtte i lovgivning.	32
4.3.1 Innledning.....	32
4.3.2 Konkrete eksempler.	33
4.3.3 Aktualitet.	34
4.4 En kort oppsummering.....	34
5. Et alternativ.	34
5.1 Konvensjonalbøter.	34
6. Forholdet mellom sanksjons- og reaksjonsformene.	35
7. Kilder.....	36
7.1 Lover.....	36
7.2 Forarbeider.....	36
7.3 Litteraturliste.....	36

1. Innledning

1.1 Om emnet.

Denne avhandlingen skal ta for seg spørsmålet hvilke sanksjon- og reaksjonsmuligheter arbeidsgiver har ved brudd på konkurranseklausuler. Med sanksjoner menes alternativer utenom rettslige skritt, slik som konvensjonalbøter (se kapittel 5). Med reaksjoner menes rettskritt arbeidsgiveren kan gå til ved brudd på konkurranseklausuler. Særlig to reaksjonsmuligheter vil behandles: Adgangen til å kreve erstatning og adgangen til kreve midlertidig forføyning. Avhandlingen vil konsentrere seg rundt disse praktiske problemstillingene, og forsøke å belyse arbeidsgivers muligheter ved brudd på konkurranseklausuler.

I et arbeidsmarked som stadig mer blir rettet mot tjenesteytelser er det et behov for mer enn bare rå arbeidskraft. Arbeidsgivere har behov for arbeidstakere med høy kompetanse og en god utdanning for å holde tritt med konkurransen. Like viktig er å forsikre seg om at nåværende og tidligere arbeidstakere ikke går ut i konkurranse med en selv.

Ved inntreden i et nytt arbeidsforhold oppstår det et tillitsforhold mellom partene, og en generell forpliktelse fra arbeidstaker til å holde seg tro mot sin arbeidsgiver. Denne forpliktelsen blir gjerne omtalt som lojalitetsplikt eller troskapsplikt. Selv om den ikke har kommet til uttrykk gjennom lovtekst, ble den i Rt.1990 s. 607 formulert slik: «Det må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold».¹

Men i det mer kunnskapsbaserte arbeidsmarked er det viktig for arbeidsgiverne å holde kortene sine tett til brystet, og i mange tilfeller føler arbeidsgiver at lojalitetsplikten arbeidstaker skal ha mot han ikke er nok for å sikre seg. Lojalitetsplikten binder kun arbeidstakeren under arbeidsforholdet. Her kommer konkurranseklausulene inn, eller karensklausuler som de også er kalt. Gjennom slike klausuler kan arbeidsgiver pålegge arbeidstakeren visse restriksjoner angående bedriftens kunder, arbeidsmetoder og forholdet til konkurrenter ved endt arbeidsforhold. Konkurranseklausulene løper over en avtalt tidsperiode.

En forutsetning for å kunne gå til ytterligere rettskritt ved brudd på en konkurranseklausul, er at den er gyldig. Gjennom et fastsettelsessøksmål kan en arbeidsgiver kreve dom for at hans tidligere arbeidstaker skal anses bundet av konkurranseklausulen. Gyldighetsvurderingen retten gjør av konkurranseklausulen er et vel behandlet tema som kun kort vil bli gjort rede for i kapittel 2.

¹ Rt. 1990 s. 607

1.2 Rettskildebilde.

Konkurransesklausuler er ikke et nytt fenomen i norsk arbeidsliv, hvilket lovreguleringen er et bevis på. Avtaleloven² (avtl.) regulerer området, nærmere bestemt avtl. § 38.

Eldre lovgivning som ikke fornyes kan gi et rettsbilde som er vanskelig å følge med i. Avtl. § 38 har ikke blitt endret siden 1983, hvilket er uheldig med tanke på hvor dynamisk avtaleretten er. Avtl. § 38 omfatter ikke lenger alle restriksjoner som kan pålegges i en konkurranseklausul, hvilket vil bli gjort rede for i delkapittel 1.3.

Videre kommer det frem i en utredning avgitt til Arbeids- og inkluderingsdepartement utført av advokatfirmaet Hjort DA³ at utbredelsen av konkurranseklausuler øker i omfang blant flere fagområder. Utredningen ble avgitt som kommentar til et høringsnotat om ny lovregulering på området gitt av Arbeidsdepartementet 18. juni 2010. Med økt utbredelse har også mengden rettspraksis vokst seg større. Rettspraksis er en sentral kilde for avhandlingen.

Juridisk teori er anvendt i den utstrekning det finnes teori angående avhandlingens tema. Den juridiske teori som eksisterer er selv i stor grad basert på rettspraksis.

1.3 Avgrensninger og definisjoner.

1.3.1 Innledning.

Man kan beskytte virksomheten sin mot konkurranse ved å ta i bruk ulike former for avtaleklausuler. Det finnes flere ulike navn for disse avtaleklausulene, men de mest vanlige er konkurranseklausuler, karensklausuler, kundeklausuler, non-solicitklausuler, rappeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler. Dette er ikke fellesbetegnelser, da klausulene regulerer ulike forhold. Det eksisterer ikke en legaldefinisjon i lovgivning eller andre steder som nærmere kan angi hva disse avtalene omfatter og betyr.

Rettspraksisen det refereres til i avhandlingen omhandler i hovedsak brudd på enten konkurranseklausuler, kundeklausuler eller ikke-rekrutteringsklausuler. Imidlertid kan de andre reguleringsformene også vise seg aktuelle. Nærmere definisjoner vil bli gitt nedenfor, med utgangspunkt i utredningen gjort av Hjort DA (heretter referert til som Hjort).⁴

Det må også gjøres nærmere rede for hva som omfattes av begrepet som karensklausuler. Begrepet brukes både i rettspraksis, artikler og avtaleparter i mellom, men det kan ofte være uklart hvorfor nettopp dette begrepet er valgt.

1.3.2 Konkurransesklausuler.

En konkurranseklausul defineres ofte som en avtale som begrenser en fysisk persons adgang til å ta ansettelse i, etablere eller drive konkurrerende virksomhet.⁵ Begrepet «konkurrerende

² Lov om avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.

³ Konkurransesklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler, Utredning avgitt til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. september 2008, Advokatfirmaet Hjort DA s. 19-21.

⁴ Konkurransesklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler, Utredning avgitt til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. september 2008, Advokatfirmaet Hjort DA s. 11-12.

⁵ Henning Jakhelln presenterer den samme definisjonen i Oversikt over arbeidsretten 4. utgave 2006, s. 320 punkt 4.11.8 Konkurransesklausuler.

virksomhet» er relativt bredt, så hver konkurranseklausuls innhold må vurderes opp mot den tidligere arbeidstakers handlinger. Videre om konkurranseklausulens definisjon må det legges til grunn en forutsetning om at klausulen først blir aktuell etter at ansettelsesforholdet er opphørt. Om ansettelsesforholdet ikke er endt vil det være snakk om brudd på lojalitetsplikten.

Konkurranseklausuler kan også avtales mellom foretak, men slike avtaler vil ikke være omfattet av avtl. § 38. De kan derimot omfattes av lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretaksslutninger av 5. Mars 2004 (konkurranseloven) § 10. Avhandlingen vil imidlertid ikke omfatte konkurranseklausuler mellom foretak, da fokus vil være rettet mot forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.

Selv om konkurranseklausuler vanligvis avtales mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, kan de også avtales ved overdragelse av virksomhet. En slik avtale vil være omfattet av avtl. § 38. Avhandlingen berører ikke slike forhold.

1.3.3 Kundeklausuler.

I likhet med konkurranseklausuler er også kundeklausulene myntet på fysiske personer. Gjennom en kundeklausul søker arbeidsgiver å begrense arbeidstageren fra å kontakte, utføre arbeid eller ta ansettelse hos kunder eller forretningsforbindelser arbeidsgiveren har. I motsetning til konkurranseklausuler så omfattes ikke kundeklausulene av avtl. § 38, men avtl. § 36.

1.3.4 Ikke-rekrutteringsklausuler.

Ikke-rekrutteringsklausuler i Hjorts utredning omfatter to forskjellige typer begrensende avtalebestemmelser. Den ene er avtaler som pålegger begrensninger i en arbeidsavtale mellom henholdsvis arbeidsgiver og arbeidstaker. I avtalen begrenses arbeidstakeren til å medvirke til at andre ansatte hos arbeidsgiver (og avtalemotpart) avslutter sitt ansettelsesforhold. Den andre typen avtaler inngås virksomheter i mellom, og avtalen forplikter partene til og ikke ansette eller forsøke å ansette hverandres arbeidstakere.

I denne avhandlingen vil den førstnevnte avtaletype være av mest interesse, da avtalepartene er arbeidsgiver og arbeidstaker.

Hjort DA ble i et brev av 31. mars 2008 fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet forespurt om å lage utredningen om konkurranseklausuler og kundeklausuler. I dette brevet er det kun den sistnevnte avtaletype ovenfor nevnt, som omtales som ikke-rekrutteringsklausuler. Imidlertid står det videre i Hjorts utredning at i Danmark er det vedtatt en lov som omhandler begge typer tilfeller med betegnelsen «jobbklausuler».⁶ Personlig må jeg si meg enig i at ikke-rekrutteringsklausuler burde omfatte også avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, slik det legges til grunn i Hjorts utredning.

⁶ Konkurransesklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler, Utredning avgitt til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. september 2008, Advokatfirmaet Hjort DA, s. 12, første avsnitt under punkt 1.4.4, ikke-rekrutteringsklausuler.

1.3.5 Karensklausuler.

Karensklausuler er et begrep som ofte dukker opp i rettspraksis, artikler og avtaler, uten at man går nærmere inn i hva som ligger i det. Det kan virke som begrepet først og fremst blir anvendt nærmest som en fellesbetegnelse for avtaler av konkurransebegrensende art. Allikevel vil ikke anvendelse av begrepet gi en nærmere beskrivelse av hva begrensningene i avtalen faktisk er, eller omhandler.

I artikkel skrevet av Kari Bergeius Andersen⁷ beskriver hun begrepet som en fellesbetegnelse for to typer konkurransebegrensende klausuler. Den første typen kaller hun den klassiske konkurranseklausulen (se ovenfor punkt 1.3.2). Karensklausul type to er en klausul som forbyr en tidligere arbeidstaker, eller tidligere eier/medeier å jobbe med avtalemotpartens kunder eller overta dens ansatte. Slike klausuler kalles på engels «non-solicit» klausuler. Vårt eneste forsøk på å definere slike typer klausuler er ordet «karens».

I et petit-avsnitt sier imidlertid Bergeius Andersen at slike klausuler blir ofte omtalt med en mer treffende beskrivelse, som såkalte «rappe-klausuler» (fordi man «rapper» kunder eller medarbeidere»).

Hva angår den siden av karensklausulen som omfatter forbud mot å arbeide med kundene til avtalemotparten sin, så er denne delen i realiteten en kundeklausul (se ovenfor punkt 1.3.3). Videre fremstår det som naturlig at en avtale som forsøker å begrense mulighetene til å ansette sine tidligere medarbeidere også må reguleres av avtalelovens § 36, i likhet med kundeklausulene.

Karensklausuler brukes altså som en fellesbetegnelse, men også som en egen definisjon på såkalte «rappe-klausuler», som igjen kan være en kundeklausul. Dette kan være svært forvirrende. I denne avhandlingen skal jeg forsøke å være klar på hva de ulike avtalene som trekkes frem som eksempler, faktisk omfatter.

Personlig føler jeg det er mer nærliggende å bruke konkurranseklausuler som en fellesbetegnelse. Avtalene som inngås er av en konkurransebegrensende art, men det kjennes mer tungvint å bruke «konkurransebegrensende avtaler» som en fellesbetegnelse. Ikke bare kjennes det mer tungvint, men det fremstår også som mindre presist. Avtaleforholdet man gjerne tenker på ved ordet «konkurranseklausuler» er forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, mens «konkurransebegrensende avtaler» fremstår som et uttrykk som like gjerne kan omfatte forhold utenfor arbeidsrettslig sammenheng.

Videre er det det vi definerer som konkurranseklausuler som faktisk er regulert gjennom avtalelovens § 38. De andre typer klausuler må vurderes etter avtalelovens § 36. Poenget med avtalene er å beskytte arbeidsgiveren mot konkurranse best mulig, samtidig som den ikke skal begrense arbeidstakerens frihet for mye. Dette kan gjerne gjøres med utgangspunkt i en konkurranseklausul, som har innslag av de andre typer klausuler som er nevnt ovenfor, «kombinasjonsklausuler». Uansett vil en slik kombinasjonsklausul bli regulert av ulike regler, med ulike gyldighetsvilkår. Hva man ønsker å kalle en slik kombinasjonsklausul er strengt talt opp til den enkelte, men det er ikke til å legge skjul på at et felles legal-definert begrep hadde vært å foretrekke.

⁷ Forbud mot konkurranse når medarbeideren fratrer av Advokat Kari Bergeius Andersen. Se innledning, avsnitt 3 til 5.

1.4 Videre fremstilling.

Avhandlingens videre fremstilling vil først kort presentere gyldighetsvurderingen av konkurranseklausuler som går frem av avtalelovens §§ 38 og 36. Konkurranseklausuler som kan vurderes etter avtl. § 38 er svært ofte de klausuler som bestrides. Grunnen er at avtl. § 38 vilkår for gyldighet er svært strenge, og en arbeidstaker kan tjene på å gå rettens vei for å avgjøre klausulens gyldighet. I tillegg må trekkes frem at konkurranseklausuler som er «kombinasjonsklausuler» stort sett alltid har en del som kan vurderes etter avtl. § 38.

I avhandlingens kapittel 3 vil det midlertidige forføyninger bli behandlet.

Fordi man ikke kan søke krav om erstatning gjennom en midlertidig forføyning, vil det naturlige være å behandle mulighetene for gå til erstatningssøksmål i kapittel 4.

Midlertidig forføyning og erstatningssøksmål er de to mest konvensjonelle og kjente rettskritt en arbeidsgiver kan ta i bruk for å begrense skaden et brudd på konkurranseklausul fører med seg. I avhandlingens kapittel 5 vil et alternativ presenteres.

I kapittel 6 vil det bli gitt en vurdering av de ulike rettskritt gjennomgått i avhandlingen, med søkelys på hva som lønner seg å gjøre for en arbeidsgiver i en slik situasjon. Deretter vil en konklusjon bli gitt (kapittel 7).

2. Kort om gyldighetsvurderingen.

2.1 Innledning.

En arbeidsgiver som mener at en tidligere arbeidstaker har brutt den avtalte konkurranseklausul burde som første reaksjon gå til søksmål for å fastsette gyldigheten av konkurranseklausulen. Om arbeidsgiveren ønsker å gå til ytterligere rettskritt, slik som en begjæring om midlertidig forføyning (se kapittel 3) og krav om erstatning (kapittel 4), forutsettes det at konkurranseklausulen er gyldig.

Arbeidsgiveren kan nøye seg med et fastsettelsessøksmål mot sin tidligere arbeidstaker, hvor det hverken begjæres midlertidig forføyning eller det blir fremsatt et krav om erstatning. Slike «rene» fastsettelsessøksmål er imidlertid uvanlige. Et slikt søksmål tar som regel så lang tid at karantenetiden i konkurranseklausulen er utløpt, og dermed vil ikke den tidligere arbeidstakeren være bundet av den.

Avtalelovens § 38 har siden 1918 regulert gyldigheten av konkurranseklausuler som omhandler forbud mot å drive eller ta ansettelse i en konkurrerende virksomhet. Klausuler med forbud om å overta kunder eller medarbeidere faller imidlertid utenfor avtl. § 38s ordlyd. Gyldigheten av slike klausuler vurderes etter avtalelovens alminnelige generalklausul, avtl. § 36.

Begge paragrafene angir rimelighetsstandarder hvor det i vurderingen må tas hensyn til partenes interesser. Arbeidsgiverens rettmessige behov for å sikre seg at ressurssterke arbeidstakere ikke går ut konkurranse med han må veies opp mot arbeidstakerens frihet til å velge sin yrkesmessige fremtid.

Dette kapittelet presenterer gyldighetsvurderingen i korte trekk⁸ da hovedfokuset til avhandlingen retter seg mot sanksjons- og reaksjonsmuligheter som forutsetter en gyldig konkurranseklausul.

2.2 Avtaleloven § 38.

2.2.1 Avtalelovens § 38 første ledd.

2.2.1.1 Innledning.

Avtalelovens § 38 første ledd lyder følgende:

«Har nogen gaat ind paa, at han av konkurranseshensyn ikke skal ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art, binder vedtagelsen ham ikke, forsaavidt den urimelig innskærker hans adgang til erhverv eller maa anses for at strække sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse. Ved avgjørelsen av, om vedtagelsen urimelig innskærker den forpligtedes adgang til erhverv, skal hensyn tages ogsaa til den betydning, det har for den anden part, at avtalen opretholdes».

Gyldigheten av en konkurranseklausul vurderes her etter to alternative vilkår. Enten strekker konkurranseklausulen seg lengre enn «paakrævet», eller så innskrenker den arbeidstakerens adgang til erverv på en urimelig måte. Inn under urimelighetsvurderingen skal det tas hensyn til arbeidsgiverens behov for konkurranseklausulen. Imidlertid kan noen av momentene tilknyttet urimelighetsvurderingen også gjøre seg gjeldende under vurderingen av hva som anses tilstrekkelig «paakrævet».

Avtl. §38 første ledd får anvendelse i og utenfor ansettelsesforhold.

2.2.1.2 Når strekker klausulen seg lenger enn «paakrævet»?

Om en konkurranseklausul strekker seg lenger en «paakrævet» vurderes etter flere momenter.

I tilfeller hvor en virksomhet/arbeidsgiver har delt kunnskap, gitt innsikt eller spesiell opplæring innenfor et bestemt fagfelt til sine arbeidstakere, kan en konkurranseklausul vurderes som tilstrekkelig «paakrævet».⁹ Slik kunnskap må imidlertid være av være *konkurransemessig betydning* for at konkurranseklausulen skal anses gyldig. Spesialkunnskap innenfor et fagfelt kan opparbeides uten at den har relevant betydning konkurrenter imellom.

I RG-1996-1566 gikk en eiendomsmegler med en konkurranseklausul i arbeidsavtalen sin, over til et annet firma ved arbeidsforholdets opphør. Den tidligere arbeidsgiveren mente deres tidligere arbeidstaker hadde kunnskap om deres kundemasse og derfor måtte konkurranseklausulen anses gyldig. Retten fant at den tidligere arbeidsgiveren ikke hadde et

⁸ For en mer utførlig gjennomgang av gyldighetsvurderingen les: Konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler, Utredning avgitt til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. september 2008, Advokatfirmaet Hjort DA og Forbud mot konkurranse når medarbeideren fratrer av Advokat Kari Bergeius Andersen.

⁹ Se som eksempel Grete Roede-dommen, RG-1983-432.

tilstrekkelig beskyttelsesverdig behov grunnet at eiendomsmeglerbransjen bærer preg av en stadig skiftende kundekrets.¹⁰

Andre typer kunnskap som kan berettige et behov for en konkurranseklausul er kunnskap om strategiplaner/dokumenter. Det kreves her at planene/dokumentene er så konkret utformet at kan defineres som konkurransefølsomme.

Et sentralt spørsmål ved vurderingen av om konkurranseklausuler anses å strekke seg lenger enn «*paakrævet*» er deres utstrekning i tid. Klausulene kan ikke gjøres gjeldende i evig tid.¹¹ Ved vurderingen av tidsaspektet må det tas hensyn til virksomhetens behov. På bakgrunn av rettspraksis kan man utlede at konkurranseklausuler på 1 til 2 år i ansettelsesforhold aksepteres, forutsatt at de andre vurderingsmomentene er oppfylt.

I LG-1992-950 ble en konkurranseklausul redusert fra 18 til 12 måneder da retten anså 18 måneder for lenge med hensyn til markedsmessig konkurranse.¹²

Konkurranseklausulens geografiske utstrekning er også et vurderingsmoment. En konkurranseklausul som også begrenser konkurranse utenfor den tidligere arbeidsgivers kjerneområde vil mest sannsynlig strekke seg for langt. I noen tilfeller er bransjen så snever at det kun finnes få virksomheter på verdensbasis, og her kan arbeidsgiveren ha et reelt behov for å opprettholde en konkurranseklausul.¹³

2.2.1.3 *Hva er en urimelig begrensning av tidligere arbeidstakers adgang til erverv?*

Selv om en konkurranseklausul er ment å begrense en tidligere arbeidstakers erverv, kan ikke begrensningen være *urimelig* stor. En tidligere arbeidstaker må fortsatt kunne finne seg arbeid hvor hans/hennes utdanning og erfaring kan anvendes.

Dette betyr ikke at retten vil ta hensyn til hva den tidligere arbeidstakeren har *lyst* til å jobbe med. Den tidligere arbeidstakeren skal ha mulighet til nytt *erverv*, men ikke nødvendigvis av samme type arbeid tidligere utført, ei heller innenfor samme bransje.

I RG-2001-253 sluttet en kundekonsulent i et engros-firma for deretter å ta arbeid hos en konkurrent. Begge firmaene jobbet innenfor kosmetikk. Retten opprettholdt konkurranseklausulen begrunnet i at den tidligere arbeidstakeren kunne få arbeid relevant til utdanningen sin innenfor Oslo-området. Retten påpekte at konkurranseklausulen kun gjaldt få stillinger, og at hun fortsatt kunne jobbe innenfor kosmetikkbransjen, men i andre stillingstyper.

Om en konkurranseklausul urimelig begrenser den tidligere arbeidstakerens ervervsmulighet, kan en kompensasjon gjøre at klausulen anses gyldig. I RG-1980-84 ble en ettårig konkurranseklausul opprettholdt som følge av kompensasjon tilsvarende full lønn. Imidlertid må det understrekes at lovens krav er tilgang på *erverv*, ikke kompensasjon. I Swatch-saken¹⁴

¹⁰ Se også LG-1993-950.

¹¹ I LE-1992-318 ble en konkurranseklausul ved virksomhetsoverdragelse begrenset til å gjelde i 5 år.

¹² Andre eksempler hvor konkurranseklausuler på 1 år er opprettholdt: LB-2000-824 og LF-1997-59.

¹³ Vinger Odal Namsretts avgjørelse fra 3. desember 2001. Sak 01-00667 D.

¹⁴ Rt. 2001 s. 301.

ble en konkurranseklausul på to år opprettholdt uten at kompensasjon ble gitt. Retten fant at den tidligere arbeidstakeren lett kunne få nytt erverv på grunn av sin utdanning.

Videre følger av lovens ordlyd at arbeidsgiverens behov for at konkurranseklausulen opprettholdes skal veies opp mot den tidligere arbeidstakerens ulempe(r) ved en eventuell opprettholdelse. I *Aerobics-dommen*¹⁵ ble en konkurranseklausul mot en aerobicsinstruktør ikke ansett gyldig. Retten fant at den tidligere arbeidsgiverens behov for vern mot konkurranse innenfor denne bransjen ikke veide tyngre enn de ulemper det ville medføre den tidligere arbeidstakeren.

2.2.1.4 Resultatet av gyldighetsvurderingen etter avtl. § 38, første ledd.

En konkurranseklausul som anses gyldig opprettholdes i sin helhet. Imidlertid følger det av lovens ordlyd at en konkurranseklausul kan settes helt, eller delvis til side, jf. «forsaavidt». Et eksempel på delvis ugyldighet er en reduksjon i klausulens tidsbegrensning, jf. LG-1992-950.

2.2.2 Avtalelovens § 38 andre ledd.

2.2.2.1 Innledning.

Avtalelovens § 38 andre lyder følgende:

« Er avtalen indgaat mellem indehaveren av en bedrift og nogen, som er ansat i bedriften som lærling, kontorist, betjent, arbeider eller i lignende underordnet stilling og gjælder den en viss tid, efterat ansættelsen er ophørt, er forpligtelsen ikke bindende for den underordnede. Er ansættelsen av den art, at den gir den ansatte indblik i indehaverens kundekreds eller forretningshemmeligheter, og han derhos kunde benytte dette indblik til i betydelig grad at skade indehaveren, skal forpligtelsen dog være bindende for den underordnede, forsaavidt ikke dette i urimelig grad vil vanskeliggjøre hans adgang til erhverv eller strækker sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse.»

Etter paragrafens andre ledd skal konkurranseklausuler rettet mot arbeidstakere i «underordnede stillinger» anses ugyldige. Med «underordnede stillinger» mentes det ved utformingen av loven stillinger hvor arbeidstakeren ikke mottar kunnskap som er av konkurransemessig betydning.¹⁶

Imidlertid har arbeidsforholdene endret seg betraktelig siden loven trådte i kraft. Med teknologisk utvikling, f.eks. e-mail, kan sekretærer og konsulenter inneha mye kunnskap som er av konkurransemessig betydning for en virksomhet.

2.2.2.2 Vurderingen.

Nyere rettspraksis viser at mangelen på lederansvar eller selvstendighet i en stilling, ikke er ensbetydende med at stillingen kan defineres som underordnet. Man må også ta hensyn til kundekontakt og arbeidstakerens tilgang på forretningshemmeligheter. I RG-2001-253 (se

¹⁵ NAD-1988-1259

¹⁶ Se forarbeidende: "Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuesrettens omraade" 31 desember 1913, s. 93 og 94.

punkt 2.2.1.3.) falt en konkurranseklausul utenfor avtl. § 38 begrunnet i den betydelige mengde kundekontakt den tidligere arbeidstakeren hadde hatt under arbeidsforholdet.¹⁷

Det kan være vanskelig å skille mellom hvilke stillinger som omfattes av avtl. § 38s første ledd, og hvilke som omfattes av paragrafens andre ledd. I de fleste grensetilfeller vil allikevel konkurranseklausulen anses ugyldig, jf. RG-1991-1186.

2.2.3 Avtalelovens § 38 tredje ledd.

2.2.3.1 Introduksjon.

Avtalelovens § 38 tredje ledd lyder følgende:

«Har nogen, som er ansat i anden stilling i en bedrift, paatat sig slik forpligtelse, gjælder den ikke, hvis indehaveren siger ham op, uten at han har git rimelig grund til det, eller hvis han selv fratræder, og indehaveren har git ham rimelig grund til det ved at undlate at opfylde sine forpligtelser.»

En konkurranseklausul som i utgangspunktet er rimelig og gyldig, er allikevel ugyldig om arbeidstakeren har blitt oppsagt uten rimelig grunn, eller selv har sluttet på grunn av mislighold på arbeidsgivers side.

2.2.3.2 Vurderingen.

Om en arbeidstaker er blitt oppsagt uten rimelig grunn må vurderes etter Arbeidsmiljøloven.¹⁸ En konkret vurdering må gjøres i hvert enkelt tilfelle. Vurderingsmomentene etter Arbeidsmiljøloven vil ikke bli utredet her. Konkurranseklausuler kan opprettholdes der oppsigelse skjer grunnet bedriftsøkonomiske forhold, jf. RG-1994-587.

Eksempler på mislighold fra arbeidsgivers side, som får arbeidstakeren til å fratre, kan være mangel på utbetaling av lønn og feriepenger. Et mer spesielt tilfelle beskrives i RG-1980-1070 hvor en arbeidstaker sa opp sin stilling etter at arbeidsgiveren hadde vært borte i lengre tid.

2.3 Avtaleloven § 36.

2.3.1 Innledning.

Avtalelovens § 36 lyder følgende:

« En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.

Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

Reglene i første og annet ledd gjelder tilsvarende når det ville virke urimelig å gjøre gjeldende handelsbruk eller annen kontraktrettslig sedvane.»

¹⁷ Se også LH-2002-1071.

¹⁸ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern av 17. juni 2005 nr. 62.

Konkurransesklausuler som forbyr en tidligere arbeidstaker å «frata» kunder eller ansatte tilhørende den tidligere arbeidsgiver, reguleres etter avtl. § 36 (se ovenfor punkt 1.3.3 til 1.3.5). Avtaleloven § 38 første ledd regulerer avtaler som forbyr arbeidstakeren fra å «...ta plads i eller drive forretning eller virksomhet» av konkurransemessig art. Avtaleloven § 36 gjelder de avtaler som forbyr arbeidstakeren fra å utføre «virksomheten» mot kunder eller arbeidstakere som tilhører den tidligere arbeidsgiveren.

2.3.2 Vurderingen.

Konkurransesklausuler som reguleres etter avtl. § 36 kan utformes med en ulik styrkegrad. Det kan her skilles mellom de klausuler som søker å forhindre at tidligere arbeidstakere «påvirker» den tidligere arbeidsgiverens kunder eller ansatte å forlate han til fordel for en konkurrerende virksomhet. Andre klausuler oppstiller et direkte forbud mot å arbeide med den tidligere arbeidsgiverens kunder, eller ansette tidligere medarbeidere.

Gyldighetsvurderingen utføres på bakgrunn av generalklausulen i avtl. § 36. Dette innebærer at retten må ta hensyn til partenes behov for at klausulen skal anses gyldig eller ugyldig. Konkurransesklausuler som vurderes etter avtl. § 36 innebærer sjeldent store inngrep i en tidligere arbeidstakers frihet eller adgang til erverv, hvilket gjør de vanskelige å vurdere som ugyldige. Imidlertid kan de være vanskelige å håndheve, hvilket kan påvirke arbeidsgiverens erstatningskrav (se her punkt 4.1.1, avsnitt 3).

3. Midlertidige forføyninger.

3.1 Innledning.

Ved brudd på en konkurranseklausul må arbeidsgiveren vurdere hvilke rettsskritt han ønsker å foreta seg ovenfor sin tidligere arbeidstaker. I kapittel 2 ble det nevnt at å fastsette gyldigheten av konkurranseklausulen er en forutsetning for andre sanksjons- og reaksjonsformer. Som regel går det ofte med en del tid fra et søksmål reises til det foreligger en endelig avgjørelse av kravet man har reist. Under denne tidsperioden kan den tidligere arbeidstakeren hjelpe konkurrenter med å bedre sin posisjon i markedet, eller få med seg kunder som er viktig for sin tidligere arbeidsgiver. Konkurransesklausulen kan sikres gjennom en midlertidig forføyning. Formålet med en midlertidig forføyning er å gi saksøkeren en rask og midlertidig sikring av hans «hovedkrav».¹⁹

Tvisteloven²⁰ (heretter tvl.)§34-1 første og andre ledd regulerer området for midlertidig forføyning, jf. tvl. § 34-2.

Det ligger imidlertid en begrensning i bruken av en slik forføyning, hvor ordet «midlertidig» må trekkes frem. Forføyningen kan ikke være irreversibel, rettstilstanden må kunne gjenopprettes selv om saksøkeren ikke får medhold i tvistens «hovedkrav». Videre vil forføyningen falle bort når hovedkravet er rettskraftig avgjort, jf. tvl. § 34-6 første ledd,

¹⁹ Ot.prp.nr.65 (1990-1991) s. 289.

²⁰ Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

bokstav c). Et medhold for saksøker vil her innebære en stadfestelse av det man oppnådde midlertidig med forføyningen.

En nærmere utredning av vilkårene for å få medhold i begjæring om midlertidig forføyning vil bli gitt nedenfor.

3.2 To alternativer.

3.2.1 Innledning

Tvl. § 34-1 første og andre ledd omhandler sikringsgrunn, og oppstiller tre vilkår for at en konkurranseklausul skal kunne sikres gjennom midlertidig forføyning. Både hovedkravet og sikringsgrunnen må være sannsynliggjort, og det må ikke foreligge et «åpenbart misforhold» mellom det saksøkeren kan oppnå ved medhold og de skader eller ulemper den saksøkte kan oppleve.

Hovedkravet er som regel det krav som er reist ved et vanlig fastsettelsessøksmål, her gyldigheten av konkurranseklausulen.

Sikringsgrunn er det som skiller midlertidig forføyning fra de ordinære rettsmidler.²¹ Vilkåret om sikringsgrunn stilles kun for de saker som har et legitimt behov for en rask og midlertidig sikring etter reglene i tvl. Kap. 34. Sikringsbehovet foreligger om en av sikringsgrunnene i tvl. § 34-1 første ledd er oppfylt.

Retten *kan* beslutte midlertidig forføyning, den har ingen plikt til å beslutte det, selv om sikringsgrunn foreligger, og saksøker har klart å sannsynliggjøre både hovedkrav og sikringsgrunn. Det er her vurderingen om «et åpenbart» misforhold kommer inn.

Om sikringsgrunn foreligger beror på en skjønnsmessig vurdering av tvl. § 34-1 første ledd, bokstav a) eller b). Sikringsgrunnene er alternative.

Videre skal det kort gjøres rede for det grunnleggende ved disse to alternativene, samt tvl. §§ 34-1 andre ledd og 34-2.

3.2.2 Tvl. § 34-1 bokstav a), «midlertidig sikring».

Etter tvl. § 34-1 første ledd, bokstav a) kan midlertidig forføyning bl.a. besluttes «...når saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, ...»

Saksøkeren må her være i en situasjon hvor midlertidig forføyning er nødvendig for å hindre vanskeliggjøring av et krav. Bokstav a) hjemler en «midlertidig sikring».

Hva som ligger i dette går ikke frem av forarbeidende, men det må antas at forføyningens formål er å sikre hovedkravet. En midlertidig forføyning kan gå ut på at saksøkte må gjøre, tåle eller unnlate noe, jf. tvl. § 34-3 første ledd. Unnlatelser er mest aktuelle ved avgjørelser

²¹ Midlertidig forføyning anses som et ekstraordinært rettsmiddel, jf. Tvisteloven, Kommentartutgave Bind II av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie, fra s. 1554.

om konkurranseklausuler. Den tidligere arbeidstakeren må unnlåte å gjennomføre en klausulstridig handling.

Det fremgår av Ot.Prp. nr. 65 side 292 at bokstav a vil være mest aktuell når man ønsker å reagere mot en rettstridig handling fra motpartens side. I tilfeller som gjelder arbeidsgivere og tidligere arbeidstakere som har inngått en konkurranseklausul, kan det her dreie seg om produksjonsteknikker eller kundelister arbeidsgiver mener tidligere arbeidstaker ikke har rett til å anvende.

Selve behovet for forføyningen må skyldes saksøktes adferd. Adferden trenger ikke nødvendigvis være en aktiv handling, den kan også omfatte unnlåtelser. Ytre handlemåte eller opptreden fra saksøkte, kan gi saksøker en berettiget grunn til å frykte for at en rettighet kan bli krenket.²²

Videre oppstilles det vilkår om at forføyningen må være «nødvendig», og at denne nødvendigheten må knytte seg opp mot at «...forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, ...».

Om det er kravets gjennomføring eller forfølgning som blir vanskeliggjort, trenger i praksis ikke å bli fremhevet spesielt da kravene er likestilt. Hovedkrav som baserer seg på en rettighet man kan få fastsettelsesdom for, vil som regel få vanskeliggjort *gjennomføringen* av kravet.

En presisering av vilkåret «vesentlig vanskeliggjøring» av gjennomføringen eller forfølgningen av kravet er vanskelig å gi. Det legges imidlertid til grunn i forarbeidende at det må dreie seg om «... mer enn en bagatellmessig endring.»²³ De fleste eksempler om midlertidig forføyninger i temaet til denne avhandlingen, vil ha som hovedkrav at en konkurranseklausul skal binde den tidligere arbeidstakeren. Arbeidsgiver søker altså fastsettelsesdom. En konkurranseklausul kan inneholde begrensninger om at daværende arbeidstaker skal unngå konkurrerende virksomhet over en gitt tidsperiode. Hvis arbeidstakeren bevisst bryter med klausulen når arbeidsforholdet er over står arbeidsgiveren i fare for å lide tap. Om man da ikke får medhold i midlertidig forføyning, vil formålet med konkurranseklausulen nærmest falle bort.

Etter tvl. § 34-1 første ledd bokstav a, kan ikke forføyningen innebære en foregrepet oppfyllelse av kravet. Dette kommer frem i Rt. 1998 s. 139 hvor Høyesteretts Kjæremålsutvalg uttalte følgende i siste avsnitt på s. 142:

«Tvangsfullbyrdelsesloven²⁴ § 15-2 litra a angir som sikringsgrunn at "saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort". I Ot.prp.nr.65 (1990-91) side 292 uttales det at denne bestemmelsen tilsvare den tidligere tvangsfullbyrdelsesloven § 262 nr 1, mens litra b "hovedsakelig" tilsvare § 262 nr 2. *I rettspraksis var det lagt til grunn at nr 1 ikke gav*

²² Ot.prp.nr.65 (1990-1991) s. 292.

²³ Tvisteloven, Kommentartutgave Bind II av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. øie, s. 1560, punkt 6.

²⁴ Lov av 26. juni 1992 nr. 86, Lov om tvangsfullbyrdelse.

adgang til å foreta forføyninger som i sitt innhold falt sammen med hovedkravet, jf Rt-1973-767, Rt-1981-910 og Rt-1987-242.» (Min utheving).

3.2.3 Tvl. § 34-1 første ledd, bokstav b), «midlertidig ordning».

Etter tvl. § 34-1 første ledd, bokstav b) kan midlertidig forføyning bl.a. besluttes når «... ”når det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, eller for å hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for. ”. Det sistnevnte alternativ anses ikke relevant for tilfeller som gjelder konkurranseklausuler.

Tvl. § 34-1 første ledd, bokstav b) hjemler en «midlertidig ordning». Ifølge teorien²⁵ innebærer begrepet en utvidelse av den forføyningen retten kan beslutte etter paragrafens bokstav a).

I likhet med vilkårene for midlertidig forføyning etter bokstav a), stilles det også krav om at den midlertidige forføyningen må være «nødvendig» etter bokstav b). Imidlertid må forføyningen her «... avverge en vesentlig skade eller ulempe...». Det påpekes i forarbeidende at «... slik påviselig skade eller ulempe kreves ikke etter bokstav a.»²⁶. Dette understreker at forføyninger etter bokstav b) har et større anvendelsesområde. Konkurranseskulder opprettes ofte fordi det er en reell mulighet for at arbeidstakeren kan påføre sin arbeidsgiver skade ved fratredelse. En begjæring om midlertidig forføyning kan være eneste mulighet for å forhindre tap. Imidlertid kan andre mulige løsninger kan være en del av arbeidsavtalen, som for eksempel «konvensjonalbøter». Dette vil bli nærmere gått inn på senere i avhandlingen.

Som nevnt tidligere oppstilles adgangen til midlertidig forføyning gjennom tvl. § 34-1 første ledd bokstav a) og b) som alternativer. Det vil si at arbeidsgiveren kan velge hvilken bokstav han vil påberope seg prinsipielt for å vurdert om sikringsgrunn foreligger. Retten er ikke bundet av saksøkers valg, jf. tvl. §§ 11-3, 11-5 og 32-2. Det påpekes i en masteroppgave skrevet rundt emnet²⁷ at hovedvekten av rettspraksis omhandler kun midlertidige forføyning etter paragrafens bokstav b). Etter nærmere undersøkelser synes dette å stemme. Slik påpekt tidligere, vil ofte arbeidsgiveren risikere et tap ved brudd på en konkurranseklausul, hvilket er et vilkår for å få medhold i midlertidig forføyning etter paragrafens bokstav b).

I motsetning til paragrafens første ledd bokstav a), så kan en midlertidig forføyning etter bokstav b) innebære en foregrepet oppfyllelse av saksøkerens krav. I Rt. 1987 s. 896²⁸ bekreftes dette. I en husleiesak først behandlet i lagmannsretten ble det gitt en midlertidig forføyning for at huseieren skulle ha rett til å disponere over de enheter og leieavtaler som var omfattet av tvisten, altså hovedkravet. Høyesteretts Kjæremålsutvalg stadfestet dommen da den anså vilkårene i daværende tvangsfullbyrdelseslovens § 262 for oppfylt. Om man i tillegg trekker frem det som ble påpekt i Rt. 1998 s. 139 (se ovenfor under behandlingen av bokstav a), kan man konkludere med at midlertidige forføyninger skal vurderes etter tvl. § 34-1 første ledd bokstav b) om de sammenfaller med hovedkravet.

²⁵ Hans Flock, Midlertidig sikring; arrest og midlertidig forføyning, 2011, s. 100.

²⁶ Ot.prp.nr.65 (1990-1991), s. 292.

²⁷ Sikringsgrunn som vilkår for midlertidig forføyning ved arbeidstakers brudd på konkurranseklausul av Solveig Haraldseth, s. 10.

²⁸ Eksempelet omhandler ikke konkurranseklausuler i arbeidsforhold.

Midlertidige forføyninger etter bokstav b) synes å være mest aktuelle for tilfeller som gjelder konkurranseklausuler. Rettens ulike vurderingsmomenter vil bli belyst med rettspraksis i delkapittel 3.3.

3.2.3 Tvl. § 34-1, andre ledd.

Tvl. § 34-1 andre ledd krever at det skal foretas en interesseavveining. Denne bestemmelsen var ny ved tvangsfullbyrdelsesloven 1992, men man kunne på den tiden finne eksempler på interesseavveininger gjort i eldre rettspraksis. Hensynet til proporsjonalitet er svært viktig når det gjelder midlertidige forføyninger, noe som fremholdes i forarbeidene, Ot. Prp. Nr. 65 side 292. Alle interesser som er inne i bildet skal tas hensyn til.

I LG-2006-92490 (Maritime Montering-dommen) kan her trekkes frem som et eksempel. Maritime Montering AS fikk begjært midlertidig forføyningen mot den tidligere ansatte A. Inn i vurderingen ble det lagt vekt på at Maritime Montering AS jobbet innenfor et svært snevert marked hvilket innebar en reell risiko for tap, og om A skulle få lov til å opprettholde sin konkurrerende virksomhet. A på sin side hadde en generell utdanning som ikke snevret inn hans muligheter for å skaffe seg arbeid utenfor det feltet Maritime Montering AS jobbet i. A kunne mest sannsynlig overføre sin arbeidserfaring og kompetanse til lignende bransjer.

Poenget med proporsjonalitetsbegrensningen er at saksøker ikke skal oppnå en vinning som står i «åpenbart misforhold» til den ulempe saksøkte lider. Men uttrykket «åpenbart misforhold» gir rom for at forføyningen *kan* gi et resultat som er i favør av saksøker.

Inn i interesseavveiningen må retten også ha mulighet til å ta i betraktning de muligheter den har til å begrense virkningene eller ulempene forføyningen vil ha for saksøkte. Dette kan skje gjennom sikkerhetsstillelse fra saksøkers side etter tvl. § 34-2 første ledd, andre punktum (se gjennomgang av paragrafen nedenfor). Sikkerhetsstillelse kan også skje fra saksøktes side, da som en mulighet for å avverge forføyningen ved å stille sikkerhet for en mulig erstatning til saksøkeren, jf. tvl. § 34-3 andre ledd siste punktum. Tvl. § 34-3 vil ikke bli nærmere gjennomgått her da den omhandler hvordan midlertidig forføyning skal avgjøres og er mer prosessuell art. Men gjennom tvl. § 34-3 gis retten en viss frihet til hvordan den ønsker at forføyningen skal gjennomføres. Inn under denne avgjørelsen legger forarbeidene til grunn at retten må ha en viss frihet til å ta hensyn til et tilbud om sikkerhetsstillelse fra saksøktes side.

Det har blitt stilt spørsmål ved om en forføyning kan utelukkes om saksøkers interesse er av ren økonomisk art, og saksøkte vil være god for et erstatningskrav. Ved brudd på en konkurranseklausul mellom tidligere arbeidsgiver og arbeidstaker vil dette spørsmålet sjeldent dukke opp. Årsaken er at stridens kjerne vil være konkurranseklausulens gyldighet. Et eventuelt tap saksøker har lidd vil måtte påvises i ettertid.

3.2.4 Tvl. § 34-2.

Tvl. § 34-2 omhandler *sannsynliggjøring av krav og sikringsgrunn*.

3.2.4.1 Første ledd.

Paragrafens første ledd fastslår hovedregelen. «*Midlertidig forføyning kan bare besluttes dersom kravet det begjæres forføyning for og sikringsgrunnen er sannsynliggjort...*» Både

hovedkravet og sikringsgrunnen må være sannsynliggjort for at man skal få medhold i en begjæring om midlertidig forføyning. At midlertidig forføyning kun kan besluttes når hovedkravet er sannsynliggjort er et utgangspunkt som det gjøres unntak for i bestemmelsens andre ledd. At sikringsgrunnen også må være sannsynliggjort gjelder ingen unntak.

En saksøkers formål med å rette et krav mot noen er å få etablert en rett mot saksøkte. Underforstått vil dette si at saksøker først og fremst sannsynliggjør en adgang til å fremme denne retten for den avgjørende rettsinstansen. Saksøker må påvise et reelt behov for å få avgjort saken i sin favør. Om saksøker ikke kan sannsynliggjøre at han har en rett til å bringe saken for retten så har han ikke et krav. Gjennom en prejudisiell vurdering må retten finne at det er mer sannsynlig at saksøkeren vil vinne frem med sitt krav, enn at han ikke vil det. I sivile saker vil beviskravet om hovedkravet er tilstrekkelig sannsynliggjort, være sannsynlighetsovervekt.

Det kan forekomme at når man skal avgjøre hovedkravet i en senere rettssak, så vil beviskravet være lavere eller mer kvalifisert. Her kan det diskuteres om det avvikende beviskravet skal benyttes ved bedømmelsen av om hovedkravet er sannsynliggjort i forføyningssammenheng. I kommentarutgaven til tvisteloven²⁹ nevnes det her at Falkanger, Flock og Waaler mener det er tilstrekkelig for en forføyning å sannsynliggjøres, når det kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt for dom. Det uttrykkes uenighet med Falkanger, Flock og Waaler på dette punktet, på bakgrunn av ulike tolkninger av rettspraksis. Imidlertid trekkes det frem at den prejudisielle vurderingen av hovedkravet må skje på bakgrunn av de spesielle bevisregler som gjelder for dette, jf. Rt. 1967 s. 124.

Om retten skulle finne at hovedkravet ikke kan anses for sannsynliggjort, men det fremstår som helt åpent om kravet fører frem, så kan det ikke besluttes forføyning etter tvl. § 34-2 første ledd.

Tvl. § 34-2 første ledd, andre punktum hjemmel for å kreve sikkerhetsstillelse fra saksøkeren.³⁰

3.2.4.1 Andre ledd.

Med hjemmel i tvl. § 34-2 andre ledd kan det besluttes midlertidig forføyning, selv om hovedkravet ikke er sannsynliggjort, forutsatt at det er fare for opphold:

«Dersom det er fare ved opphold, kan midlertidig forføyning besluttes selv om kravet ikke er sannsynliggjort.»

Etter andre ledd er det kun kravet til sannsynliggjøring av hovedkravet som kan fravikes. Det er ikke mulig å fravike en sannsynliggjøring av sikringsgrunnen. Om retten skulle konstatere at en sikringsgrunn er sannsynliggjort, vil dette stort sett bety at det vil være en viss fare ved opphold. For å gi vilkåret i andre ledd en selvstendig betydning må det være tale om en kvalifisert grad av fare ved opphold.³¹

³⁰ Noen ytterligere drøftelse vil ikke bli gitt da temaet er lite behandlet i aktuell rettspraksis.

³¹ Se vurderingene knyttet til tvl. §§ 32-7 andre ledd og 33-3 andre ledd.

Tvl. § 34-2 andre ledd kan anvendes på flere typer saker, men kjerneområdet for anvendelse er saker om formuesverdier. Bestemmelsen vil dermed som regel ikke være den første man ønsker å påberope seg i rettsvister som omhandler uenighet angående en konkurranseklausul mellom tidligere arbeidsgiver og arbeidstaker.

Tvl. § 32-4, tredje ledd er ikke av interesse for denne avhandlingen da den kun regulerer en begrenset adgang til å kreve sikkerhetsstillelse i miljø saker.

3.3 Vurderingsmomentene tilknyttet tvl. § 34-1 bokstav b).

3.3.1 Innledning.

Som tidligere nevnt er tvl. § 34-1 bokstav b den mest anvendte i tilfeller hvor hovedkravet gjelder konkurranseklausuler. Tvl. § 34-1 bokstav b) stiller som krav at forføyningen må være «nødvendig» og egnet til å «avverge vesentlig skade og ulempe».

I dette delkapitlet skal det gjøres rede for noen av de ulike momentene rettspraksis har lagt vekt på ved vurderingen av bokstav b's krav, og som kan gi en arbeidsgiver medhold i sin begjæring om midlertidig forføyning.

3.3.2 Nødvendig.

3.3.2.1 Introduksjon.

Om «nødvendig» uttales det i forarbeidende at «... forføyning kan ikke gå lengre enn det som er nødvendig for å gjennomføre en tilfredsstillende midlertidig ordning.»³² Forføyning gis ikke i de tilfeller partene kan finne en alternativ løsning, slik som fastsettelsessøksmål eller erstatningssøksmål.³³ Den midlertidige ordningen som velges etter tvl. § 34-1 første ledd bokstav b), må klare å være minst mulig inngripende men allikevel sikre konkurranseklausulen.

Det ligger også til grunn et «nåtidskrav», jf. tvl. § 1-3(2). Krav som omhandler fortid eller fremtid vil ikke som regel falle utenfor og vil ikke bli behandlet av domstolene.

Ved vurderingen av om en midlertidig forføyning er «nødvendig» for å avverge skade, er det flere momenter som kan legges vekt på.

3.3.2.2 Tidsmomentet.

Det er viktig for en arbeidsgiver at det går kort tid fra bruddet på konkurranseklausulen oppdages, og midlertidig forføyning foreligger. Slik kan et tap best mulig begrenses.

Tidsmomentet beror på en objektiv vurdering fra tilfelle til tilfelle. Det må vektlegges hvor lenge den tidligere arbeidstakeren har vært i brudd med konkurranseklausulen, uten at arbeidsgiveren har foretatt seg noe. Det er ikke noe poeng i å avsi midlertidig forføyning der skade ikke kan avverges lenger eller der konkurranseklausulens karantene er utgått.

³² Ot.prp.nr.65 (1990-1991) s. 291.

³³ Se kapittel 2 for fastsettelsessøksmål og kapittel 4 for erstatningssøksmål.

Det kan altså skilles mellom de tilfeller der kontraktsbrudd allerede har skjedd, og de tilfeller der det er i ferd med å skje.

Maritime Montering³⁴ kan her trekkes frem som et eksempel hvor tidsmomentet ble påpekt og midlertidig forføyning gitt. En sentral arbeidstaker sagt opp sin stilling etter ti år som Maritime Montering AS sin «sales manager». I bransjen selskapet jobbet innenfor var det vanlig med lange kunderelasjoner og personlig kontakt mellom kundene og firmaet. Da det ble kjent at den tidligere arbeidstakeren A hadde jobbet med firmaets kunder i konkurranse med det, truet Maritime Montering AS med erstatningssøksmål. Det ble i stedet inngått en konkurranseklausul mellom partene, hvor A sa seg villig til ikke å drive konkurrerende virksomhet på 3 år.

Litt senere hevdet A at han ikke var bundet av klausulen. Maritim Montering AS sin naturlige reaksjon var å gå til søksmål for å stadfeste gyldigheten av innholdet i konkurranseklausulen, og samtidig begjærte de midlertidig forføyning om at A avsluttet sin konkurrerende virksomhet.

Retten påpekte viktigheten av at konkurranseklausulen trådte i kraft med en gang, slik at den tidligere arbeidsgiveren fikk tid til å reorganisere seg etter at en viktig arbeidstaker var forsvunnet. Da det hadde gått kort tid fra den tidligere arbeidstakerens tiltredelse i nytt erverv frem til saken kom opp for lagmannsretten, anså man midlertidig forføyning som svært egnet til å avverge skade.

I andre tilfeller kan det gå lenger tid fra når den tidligere arbeidstakeren brøt med konkurranseklausulen, og frem til saken kommer opp for retten. Dette var tilfellet i LE-2005-161292 (Acta-dommen). Her hadde fire ansatte i en økonomisk rådgivingsbedrift sluttet for å gå over til en nystartet konkurrent. Da forføyningssaken kom opp for retten hadde det gått seks måneder siden kontraktsbruddet. Dette ble ansatt for å være for lang tid, og sikringsgrunn forelå ikke.

Motsatt ble resultatet i LB-2000-1537 (Derma-Nor-dommen). Her hadde en kundekonsulent sluttet hos et engros-firma og startet hos en konkurrent. Saken kom ikke opp før den tidligere arbeidstakeren allerede hadde jobbet i fire måneder hos konkurrenten. Sikringsgrunn ble allikevel ansett å foreligge. Retten vurderte situasjonen slik at jo lenger tid som gikk økte sjansen et økonomisk tap. Riktignok var en av de fire månedene her en feriemåned.

Dommene viser hvor aktuelt tidsmomentet der midlertidig forføyning skal gis i saker om konkurranseklausuler. De gir noen generelle holdepunkter, men hver sak vil bli vurdert individuelt.

3.2.2.3 Tidligere arbeidsgivers kunnskap og kompetanse.

Et annet vurderingsmoment er om den tidligere arbeidstakeren kunnskap og kompetanse gjør det «nødvendig» med midlertidig forføyning.

³⁴ LG-2006-92490.

Om en tidligere arbeidstaker tar erverv hos en konkurrent innenfor samme bransje og marked, kan vesentlig skade være en realitet. Sjansen øker betraktelig i de tilfeller der den tidligere arbeidstakeren kan dele konkurransesensitiv kompetanse og kunnskap til fordel for sin nye arbeidsgiver.

I RG-1996-383 (Bygg i Nord) hadde en salgsleder underskrevet en konkurranseklausul. Etter oppsigelse startet han i nytt erverv hos en konkurrent. Sikringsgrunn ble ansett å foreligge da retten vektla at hans tidligere posisjon som salgsleder hadde gitt han innsikt i forretningshemmeligheter og salgsstrategi. Denne innsikten vurderte retten videre til at komme den tidligere arbeidsgiveren til vesentlig til skade hvis den kunne bli utnyttet av et konkurrerende firma.

Igjen må man vurdere hvert individuelt saksforhold. I LB-1995-2535 (Eiendomsmeglerdommen) ble det konstatert at allment tilgjengelig opplysninger ikke kunne vernes gjennom konkurranseklausuler. Her hadde en tidligere arbeidstaker sluttet og gått over i et nytt eiendomsmeglerfirma. Midlertidig forføyning ble ikke gitt. Poenget med allment tilgjengelige opplysninger knytter seg til salgsrelatert kunnskap, for eksempel kunnskap om kunder. Imidlertid ble eiendomsmegleres kunnskap om kunder og erverv av bolig ansett som lett tilgjengelig for enhver.

I den ovennevnte Derma-Nor-dommen³⁵ ble salgsrelatert kunnskap ansett som et sentralt moment for både hovedkravet og sikringsgrunnen. Den tidligere arbeidstakeren hadde hatt kontakt med de største kundene til Derma-Nor AS og satte firmaet i en utsatt posisjon når hun sluttet. Sikringsgrunn forelå her.

Den tidligere arbeidstakerens kunnskap og kompetanse kan påføre vesentlig skade på den tidligere arbeidsgiveren. Kunnskap og kompetanse omfatter langt mer enn det som er vist ved eksempler her.

3.2.2.4 Arbeidstakers innstilling til konkurranseklausulen.

Midlertidig forføyning kan anses nødvendig basert på den tidligere arbeidstakerens innstilling til konkurranseklausulen. I noen tilfeller anser den tidligere arbeidstakeren seg ikke bundet av klausulen, mens i andre mener han at akkurat den handlingen han er i ferd med å foreta seg, ikke omfattes av konkurranseklausulen.

Igjen kan Maritime Montering-dommen³⁶ trekkes frem som eksempel. Den tidligere arbeidstakeren anså seg selv ikke bundet av den inngåtte konkurranseklausul, og hadde intensjoner om å fortsette å arbeide i konkurranse med sin tidligere arbeidsgiver. Retten kom til at dette medførte en reell risiko for tap for Maritime Montering, og sikringsgrunn ble ansett å foreligge.

Motsatt var tilfellet i LG-2008-194323. Her hadde en tidligere arbeidstaker sluttet og startet i konkurrerende virksomhet. Men i denne saken kom retten frem til at den tidligere arbeidstaker ikke anså seg selv som ubundet av konkurranseklausulen. Sikringsgrunn forelå ikke. Dette ble

³⁵ LB-2000-1537.

³⁶ LG-2006-92490.

begrunnet i at den tidligere arbeidstakeren henviste tidligere kunder som tok kontakt med han ved det nye firmaet, tilbake til sin gamle arbeidsgiver.

Den tidligere arbeidstakers holdninger til konkurranseklausulen er i hovedsak aktuelt som et moment i de tilfeller der brudd på konkurranseklausulen enda ikke har skjedd.

3.3.3 Egnet til å avverge.

Det kan utledes fra tvl. § 34-1 første ledd bokstav b), at den midlertidige forføyningen må være egnet til å avverge skade for at den skal kunne besluttes. Kravet er knyttet opp til både «nødvendig» og skadeomfanget som kan utledes av «vesentlig skade». Kan ikke den midlertidige forføyningen avverge skade, en den ikke «nødvendig». Videre må den midlertidige forføyningen forhindre en skade av et kvalifisert omfang.

Avvergelsesvilkåret er illustrert i Rt. 1999 s. 1220 (Sætre-dommen).³⁷ I dommen hadde Sætre og Den Lille Nøttefabrikken (DNL) inngått en konkurranseklausul om overdragelse av sistnevntes virksomhet. DNL skulle ikke drive virksomhet i konkurranse med den overdratte virksomhet. Videre inngikk DNL en avtale om salg av spesialnøtter med PLC Norge, som igjen inngikk en avtale med Hakongruppen. Hakongruppen sluttet dermed å kjøpe nøtter av Sætre, som påberopte seg brudd på konkurranseklausulen. Dommen omhandlet den tidligere tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2, nå tvl. § 34-1. Retten uttalte at:

«Bestemmelsen i § 15-2 er ikke ment å gi noen alminnelig adgang for en kontraktspart til å få gjennomført stans i den del av en konkurrents virksomhet som er i strid med kontrakten. Det første alternativet i § 15-2 første ledd bokstav b er begrenset til å imøtekomme saksøkerens behov for i et omtvistet rettsforhold å få avverget vesentlig skade eller ulempe. Dersom den aktuelle forføyning ikke vil være egnet til å avverge en slik skade eller ulempe, er vilkårene etter § 15-2 ikke oppfylt. At forføyningen likevel ville sette en effektiv stopper for saksøktes kontraktsbrudd, kan ikke endre dette.»

Inn under momentet kan det også tas hensyn til fremtidig eller lidt tap. En forføyning kan avverge fremtidig tap ved å forhindre at den tidligere arbeidstakeren tar arbeid i en konkurrerende virksomhet. At midlertidig forføyning også kan anvendes der det er lidt tap fremkommer av forarbeidende. Når:

«Rettigheten allerede er krenket, eller at den ordningen som kreves etablert, i alle fall ikke fullt ut kan sies å ha et defensivt siktemål. Når dette er tilfelle, kan rettighetshaveren være hjulpet av bokstav b.»³⁸

Hvordan dette fungerer i praksis er imidlertid mer uklart.

3.3.4 Vesentlig skade og ulempe.

3.3.4.1 Introduksjon.

Midlertidig forføyning kan besluttes der det er nødvendig for å avverge «vesentlig skade og ulempe», jf. tvl. § 34-1 første ledd bokstav b. For at en midlertidig forføyning skal kunne

³⁷ Dommen omhandlet konkurranseklausul, men utenfor arbeidsforhold. Den er allikevel illustrerende.

³⁸ Ot.prp.nr.65 (1990-1991), Kap. 15, s. 292.

forhindre skade og ulempe av slik karakter, forutsettes det at den tidligere arbeidstakeren kan påføre «*vesentlig skade og ulempe*».

Det følger av forarbeidende at skade av økonomisk og ikke-økonomisk karakter omfattes.³⁹

Videre følger det også av forarbeidende at det kun trenger å foreligge fare for et tap, det må ikke sannsynliggjøres.⁴⁰

Hva som kan defineres som «*vesentlig skade og ulempe*» beror på en skjønnsmessig vurdering. Ulike momenter som er av betydning vil bli gjennomgått nedenfor.

3.3.4.2 Tapsutmålingen, direkte og indirekte tap.

For å fastsette omfanget av skaden må det vurderes hvilke tap som kan trekkes inn i vurderingen av hva som skal anses som «*vesentlig*» tap eller skade. Anses ikke skade «*vesentlig*» kan dette påvirke om midlertidig forføyning vil bli gitt.

Både tap av direkte og indirekte karakter kan omfattes. Med indirekte tap menes tap som utledes av at skaden virker over lengre tid.

Dette var tilfellet ved Maritim Montering-dommen⁴¹. Her hadde en «sales-manager» sluttet og startet i konkurrerende virksomhet. Den tidligere arbeidsgiveren begjærte midlertidig forføyning på bakgrunn av konkurranseklausulen og fikk medhold. Retten påpekte her at Maritime Montering AS hadde lagt ned betydelige ressurser for å komme seg inn på et marked i utlandet. Når den tidligere arbeidstakeren benyttet sine kontakter for å få fordel for en konkurrerende virksomhet, innebar dette en reell risiko for tap for Maritime Montering AS. Tapet ville være i form av bortkastede ressurser, altså et indirekte tap.

Hva angår direkte tap knytter dette seg til tapt omsetning, oppsigelse av leverandører og samarbeidspartnere som følge av at en arbeidstaker slutter.

3.3.4.3 Forhold ved arbeidsgiver.

Arbeidsgivere blir svært ulikt rammet av skader og ulemper som følge av brudd på konkurranseklausuler. Det må foretas en konkret vurdering av arbeidsgivers forhold i hver enkelt situasjon.

I LB-2004-2104 hadde en kreativ leder, A, sagt opp sin stilling hos B og startet en konkurrerende virksomhet hvor han var daglig leder og 50 % eier. A Den nyopprettede virksomheten inngikk et kundeforhold med C, som var en tidligere kunde av B. A hadde vært ansvarlig for C hos B. B var i en svært sårbar posisjon markedsmessig, og retten kom til at om ikke forføyning ble gitt, ville det medføre et «*vesentlig*» tap for B.

3.3.4.4 Flere arbeidstakere slutter samtidig.

Om flere arbeidstakere slutter samtidig, øker sannsynligheten for at arbeidsgiveren vil lide et «*vesentlig*» tap. Arbeidsgiver kan her risikere tap som følge av dårligere arbeidskapasitet, tapt omsetning og omkostninger ved nyansettelser.

³⁹ Ot.prp.nr.65 (1990-1991), s. 292.

⁴⁰ Se her LG-2008-194323.

⁴¹ LG-2006-9249.

I Acta-dommen⁴² sa fire arbeidstakere opp samtidig for å starte i en konkurrerende virksomhet. Acta og den konkurrerende virksomheten jobbet med økonomisk rådgivning. De fire ansatte hadde alle undertegnet konkurranseklausuler. Begjæring om midlertidig forføyning førte frem. Retten fant at de fire hadde alle sluttet samtidig og vært involvert i oppstarten av den konkurrerende virksomheten. Disse forholdene talte for at Acta ville bli påført vesentlig skade om ikke forføyningen førte frem.

3.4 Oppsummering.

Som det fremgår av det ovenfor er det mange hensyn som skal tas ved vurderingen av om midlertidig forføyning kan gis i tilfeller der en konkurranseklausul er blitt brutt. For øyeblikket holder rettspraksisen tilknyttet område et forholdsvis godt nivå som gjør emnet litt mer enkelt å forstå. Problemet ligger konkurranseklausulenes natur, nemlig at de må vurderes individuelt. Men på grunn av dette vil rettspraksis holde seg relevant over lengre tid.

4. Arbeidsgivers adgang til erstatningssøksmål.

4.1 Innledning.

4.1.1 Problemet.

Når en tidligere arbeidstaker bryter en konkurranseklausul er det en reell mulighet at arbeidsgiveren risikerer å stå ovenfor et økonomisk tap. Om det inngåtte konkurranseforbud ikke er i strid med avtl. § 38 eller avtl. § 36 må den anses bindende, hvilket igjen kan medføre at en tidligere arbeidstaker vil være erstatningsansvarlig for arbeidsgiverens økonomiske tap. Søksmål som omhandler gyldigheten av konkurranseklausulen og begjæringer om midlertidig forføyning for å få den tidligere arbeidstakeren til å respektere denne, innebærer ikke at retten vil ta hensyn til et økonomisk tap. Det er opp til arbeidsgiveren selv å fremme et erstatningssøksmål, enten samtidig som man ønsker gyldigheten behandlet eller i et selvstendig søksmål. Som en hovedregel kan det sies at man ikke burde gå til et erstatningssøksmål uten å fastsette omfanget av konkurranseklausulen.

I dette kapitlet vil det nærmere bli gjort rede for hvilke muligheter arbeidsgiveren har om han skulle ønske å fremme et erstatningssøksmål mot sin tidligere arbeidstaker.

Erstatningsretten er et rettsområde med et stort mangfold, flere ulike inndelinger og mange begreper. Kapitlet vil belyse hvor et erstatningssøksmål som følge av et brudd på en konkurranseklausul har sin plass.

En faktor man må ta hensyn til er hva konkurranseklausulen er ment å forhindre. Som nevnt i kapittel en og kapittel to finnes det flere typer klausuler. Noen klausuler faller utenfor avtl. § 38 sin gyldighetsvurdering og reguleres heller av avtl. § 36, slik som kundeklausuler og «rappe-klausuler». Problemet arbeidsgiver kan støte på her er selv om det skal mye til for klausuler regulert av avtl. § 36 skal anses ugyldige, så kan de være vanskelige å håndheve. Man kan ikke hindre at en arbeidstaker ønsker å avslutte arbeidsforholdet, eller at en kunde ønsker å avslutte et samarbeidsforhold. Et resultat av disse hendelsene kan være et økonomisk

⁴² LE-2005-161292.

tap. Imidlertid vil ikke det eventuelle tapet endres ved å forhindre disse partene å arbeide sammen. Av denne grunn kan det være vanskelig å vinne frem med et erstatningssøksmål basert på erstatningsrettens ulovfestede prinsipper. Det må undersøkes om man kan søke støtte i lovgivning.

Det vil først bli gjort rede for erstatningssøksmål basert på de ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper, før det vil bli gjort rede for om arbeidsgiveren kan gå til erstatningssøksmål med støtte i markedsføringsloven (heretter mfl.).⁴³ Inn under det sistnevnte vil det også bli undersøkt om arbeidsgiver kan gå til erstatningssøksmål mot andre enn sin tidligere arbeidstaker.

4.2 Erstatning i kontraktsforhold på ulovfestet grunnlag.

4.2.1 Introduksjon.

Erstatningsretten skiller mellom den alminnelige erstatningsrett (deliktansvaret) og erstatningsansvar ved mislighold av kontrakter. Det vil kort redegjøres for hvorfor konkurranseklausuler tilhører den sistnevnte gruppe.

Som tidligere nevnt kan en konkurranseklausul inngås ved inngåelsen av arbeidsavtalen, eller ved en senere anledning. Arbeidsavtalen i seg selv anses som en kontrakt som er gjensidig bebyrdende for partene. Konkurranseklausulen kan gjerne ses som en forlengelse av arbeidsavtalen eller i sammenheng med denne da klausulen ofte kan fremstå som ensidig bebyrdende. Men de restriksjoner arbeidstakeren pålegges må ses i sammenheng med lønnstrinn, eventuelle godtgjørelser og arbeidsgivers behov for klausulen.

Konkurranseklausuler er akseptert og regulert av norsk rett, og anses som bindende for partene. De er i seg selv selvstendige kontrakter. Dermed vil en overtredelse av konkurranseklausulen anses som et kontraktsbrudd.

4.2.2 Grunnleggende om kontraktserstatningsretten.

Hva innebærer det at eventuelle erstatningssøksmål i relasjon med konkurranseklausuler skal vurderes etter kontraktserstatningsretten?

Kontraktserstatningsretten deler noen likheter med den alminnelige erstatningsretten.

Strukturen i grunnvilkårene er identisk. Det må foreligge et ansvarsgrunnlag, en adekvat årsakssammenheng mellom handlingen og skaden (her det økonomiske tapet), og skaden må være av erstatningsmessig art. Men hva angår det legislative grunnlaget, så bygger kontraktserstatningsretten på andre hensyn enn den alminnelige erstatningsretten.

Prevensjonstanken er mer tilstedeværende, og partene opplever et større oppfylleelsespress hvis de kan bli erstatningsansvarlige ved å bryte kontrakten. Hva angår konkurranseklausuler, så må frykten for erstatningssøksmål anses som en av de større insentivene for at få arbeidstakere faktisk bryter klausulen de har inngått.

Ansvarsgrunnlaget i erstatningssøksmål som omhandler konkurranseklausuler er culperegelen. Culpa i sammenheng med kontraktsforhold bærer mange likheter med uaktsomhet i den alminnelige erstatningsretten. Handlingsutøveren kunne og skulle ha handlet

⁴³ Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv (markedsføringsloven) av 9. januar 2009 nr. 2.

annerledes enn det han gjorde. Viggo Hagstrøm påpeker i Obligasjonsretten⁴⁴ at det er samfunnsmessig dom som skal felles. Det vil si at samfunnsmessige vurderingsnormer eksempelvis uttrykt i lovgivning eller faglige standarder kan gi premisser for bedømmelsen. Men inn i ansvarsvurderingen vil også partenes handleplikter avtalt i kontrakten spille en stor rolle. Arbeidstakeren har sagt seg enig i å inngå konkurranseklausulen og ivareta arbeidsgivers interesser gjennom sitt arbeid, mot selv å få lønn og eventuelt andre goder. Arbeidsgiver på sin side forventer at klausulen blir opprettholdt.

Hva angår bevisbyrden i erstatningssøksmål angående brudd på konkurranseklausuler, vil bevisbyrden ligge hos arbeidsgiveren, også for årsakssammenheng. Dette konstateres i Rt. 2007 s.817⁴⁵:

«Som nevnt er utgangspunktet at skadelidte må sannsynliggjøre at erstatningsvilkårene er til stede. Dette gjelder også vilkåret om årsakssammenheng.»

Alminnelig sannsynlighetsovervekt vil være tilstrekkelig.

Ved brudd på en konkurranseklausul risikerer arbeidsgiveren et rent formuestap, det er ikke snakk om skade på ting eller person. Lovkommentaren⁴⁶ til skadeerstatningslovens⁴⁷ § 4-1 definerer «annen formuesskade» som noe som kan verdsettes i penger. Erstatningsretten skiller mellom økonomisk og ikke-økonomisk tap, hvor det økonomiske tapet i utgangspunktet er det eneste som er gjenstand for erstatning. Et slikt økonomisk tap oppfyller grunnvilkåret for at skaden må være av erstatningsmessig art. Anvendelsesområde for skadeerstatningsloven er riktignok alminnelig erstatningsrett, men begrepene formuesskade og økonomisktap har lik betydning innenfor kontrakterstatningsretten. 4.2.3 Nærmere om grunnvilkårene.

4.2.3 Ansvarsgrunnlaget.

4.2.3.1 Innledning.

Som nevnt ovenfor vil ansvarsgrunnlaget ved erstatningssaker angående brudd på konkurranseklausuler være culpa. Det avgrenses bevisst mot det objektive ansvarsgrunnlag da dette nærmest er uberørt i rettspraksis som omhandler konkurranseklausuler.

Erstatning i kontraktsforhold kan også pådømmes på et objektivt ansvarsgrunnlag, men i tilfeller som omhandler konkurranseklausuler brutt av en arbeidstaker er det mangel på rettspraksis. Reglene som oppstilles i Hagstrøms Obligasjonsrett⁴⁸ om dette ansvarsgrunnlaget fremstår vanskelige å påberope der en arbeidstaker bryter en konkurranseklausul, med et unntak. Det kan mest sannsynlig pådømmes erstatning på objektivt ansvarsgrunnlag hvis det er snakk om uvitenhet om forpliktelsen (rettsvillfarelse). Dette komme frem i LH-2002-1071, hvor en advokatfullmektig

⁴⁴ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2011, s. 468.

⁴⁵ Rt. 2007 s. 817, premiss 44.

⁴⁶ Se her Gyldendals lovkommentar til skadeerstatningsloven på rettsdata.no av Bjarte Askeland note 259 og note 261 punkt 1.

⁴⁷ Lov om skadeserstatning (skadeerstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26.

⁴⁸ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2011, kap. 19.4, s. 496-536.

ble dømt til å betale 300 000 kroner i erstatning til sin tidligere arbeidsgiver. Retten idømte den tidligere arbeidstakeren erstatningsansvar på subjektivt grunnlag (forsett) men uttalte:

«Han ville uansett etter omstendighetene hatt objektivt ansvar for unnskyldelig rettsvillfarelse,...»

Denne dommen er den eneste som har nevnt erstatningsansvar på objektivt grunnlag ved brudd på konkurranseklausuler, og dette vil dermed ikke drøftes nærmere i avhandlingen.

Et erstatningssøksmål mot en medkontrahent som har utvist uaktsomhet er som regel begrunnet i en handling eller en unnløstelse. En rekke kontraktstyper kan brytes enten ved handling eller unnløstelse fordi de forplikter medkontrahenten enten til innsats eller oppnåelse av et resultat. Her skiller konkurranseklausuler seg ut. Konkurranseklausulen trer først i kraft når arbeidsforholdet er over og forplikter ikke arbeidstakeren til hverken innsats eller resultatoppnåelse, men heller en avståelse fra gitte handlinger. Når en tidligere arbeidstaker velger å opptre i strid med klausulen, bryter han den da ved handling eller unnløstelse? Det fremstår som rimelig klart at en tidligere arbeidstaker kun kan bryte en konkurranseklausul gjennom handling. De restriksjonene som pålegges gjennom en konkurranseklausul kan vanskelig tenkes brudd på andre måter enn gjennom handling. En inngåelse av et nytt arbeidsforhold som strider mot klausulens normer skjer ved handling, ikke unnløstelse. Det samme gjelder kontakt med tidligere kunder/kolleger og oppstart av konkurrerende virksomhet.

4.2.3.2 De grovere skyldformer.

Fordi det er tilstrekkelig med vanlig uaktsomhet som ansvarsgrunnlag ved brudd i kontraktsforhold, så er det ikke så normalt å trekke en grense mot de grovere skyldformer. Men i noen tilfeller kan disse skyldformer ha betydning for adekvansvurderingen (se nedenfor i 4.2.5).

De grovere skyldformer blir definert som forsett og grov uaktsomhet. Disse begrepene er utviklet i, eller har et utgangspunkt fra strafferetten.

4.2.3.2.1 Grov uaktsomhet.

Om grov uaktsomhet uttales det i Rt. 1989 s. 1318⁴⁹:

«For at en oppførsel skal kunne karakteriseres som grovt uaktsom, må den etter mitt syn representere et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte. Det må dreie seg om en opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet.»

Om det er snakk om grov uaktsomhet må avgjøres i hver enkelt sak. Det må ikke nødvendigvis være snakk om forsettlignende forhold, og det forutsetter heller ikke bevissthet om skaderisiko.⁵⁰

⁴⁹ Rt. 1983 s. 1318, s. 1322 nest siste avsnitt.

⁵⁰ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2011, kap. 19.2.3.2 s. 485 siste avsnitt.

4.2.3.2.2 Forsett.

Overføringsverdien fra strafferetten hva angår forsett er imidlertid ikke stor da man tar mer utgangspunkt i handlingene i den aktuelle situasjonen, og ikke lovgivningen. Det har vært diskutert hva en påberopelse av forsett ved kontraktsbrudd vil omfatte, noe Hagstrøms Obligasjonsrett trekker frem⁵¹ før han viser til Kai Krügers poeng med at «*Kontraktstypene er så forskjelligartede at det neppe kan stilles opp et alment kriterium*». I tilfeller som angår brudd på konkurranseklausuler må man ta utgangspunkt i den tidligere arbeidstakers handlinger, og om det kan bevises at disse handlingene også var ment å påføre den tidligere arbeidsgiveren skade. For eksempel i tilfeller der en tidligere arbeidstaker oppretter eller tar arbeid i en konkurrerende virksomhet også aktivt tar kontakt med sin tidligere arbeidsgivers kunder eller ansatte. Det synes nærliggende å anta at om den klausulbrytende handlingen anses forsettlig, vil også følgende av dem omfattes. I andre tilfeller vil det fremstå som ulogisk å la følgende omfattes av forsettet, men kanskje heller si at den tidligere arbeidstakeren bevisst har brutt konkurranseklausulen og utvist grov eller vanlig uaktsomhet med tanke på følgende.

I RG-1983-432 (Grete Roede) hadde 11 kursledere hos Grete Roede Slim-Club sagt opp og tok arbeid i en konkurrerende virksomhet. Retten idømte 10 av kurslederne erstatningsansvar og sa følgende:

*«Voldgiftsretten legger til grunn at de saksøkte forsettlig har overtrådt karensklausulen til tross for at de ved saksøkerens brev av 2. juli 1982 ble minnet om den og gjort oppmerksom på at den ville bli gjort gjeldende. De må da betale erstatning for den skade de har voldt.»*⁵²

Saken er et eksempel på at de tidligere arbeidstakerne forsettlig brøt konkurranseklausulen som var gyldig, men hva angår følgene gir ikke retten noe direkte uttrykk for om forsettet omfattet disse.

Selv om det er opp til retten å vurdere partenes påstander, for deretter å idømme erstatningsansvar på grunn av uaktsomhet eller en grovere skyldform, så kan det være verdt innsatsen for arbeidsgiveren å «påvise» en grovere skyldform for å tøye adekvansgrensen til sin fordel.

4.2.4 Bevisbyrden.

Det er arbeidsgivers ansvar å bevise at den tidligere arbeidstakeren gjennom sine handlinger har brutt konkurranseklausulen, jf. Rt. 2007 s. 817. I Turoteknikk-dommen⁵³ klarte ikke arbeidsgiveren å gjøre dette. Turoteknikk (heretter TT) hadde lenge hatt en forhandleravtale med et dansk firma, Desmi AS. Avtalen var i realiteten en eksklusiv forhandleravtale. Dette avtaleforholdet opphørte 16. juli 2002. Den 20. desember hadde TT ansatt A som salgssingeniør, og det ble inngått en konkurranseklausul mellom partene. Den lød slik:

«MEM skal ikke overta eller medvirke til at andre overtar produkter, agenturer eller lignende som TT har eller representerer. Med medvirkning menes bl.a. rådgivning, ansettelse

⁵¹ ⁵¹ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2011, kap. 19.2.3.1 s. 479-480.

⁵² RG-1983-432 s. 442 første avsnitt.

⁵³ LA-2004-1961.

og eierskap. Forbudet gjelder i to år etter MEM fratrer sin stilling hos TT. MEM er ansvarlig for økonomisk tap hos TT som måtte oppstå som brudd på denne bestemmelsen».

Den 28. juni 2002 leverte A sin oppsigelse til TT. Oppsigelsesfristen ble forkortet til 1 måned, hvilket frigjorde A fra ansettelsen den 31. juli 2002. Tidlig i august samme år ble han ansatt i Desmi Norge AS. TT gikk til søksmål og påsto at A hadde bidratt til opprettelsen av Desmi Norge AS, og oppsigelsen av forhandleravtalen, hvilket hadde medført TT et økonomisk tap. TT fikk medhold i tingretten, men var ikke fornøyd med erstatningsutmålingen. Lagmannsretten sa seg uenig i tingrettens avgjørelse og sa følgende:

«I motsetning til tingretten er lagmannsretten – om enn under tvil – kommet til at det ikke er sannsynliggjort at A har medvirket til overtakelsen og derved brutt konkurranseklausulen. Heller ikke finnes sannsynliggjort at han har opptrådt på en måte som medfører erstatningsplikt under henvisning til de ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.»

De alminnelige vurderingsmomenter saksøker burde prøve å fremheve er om arbeidstakeren forsto hvilken skaderisiko et brudd ville medføre, om det var påregnelig at skade ville oppstå og om man hadde eventuelle handlingsalternativer. Inn under handlingsalternativer kan selve omfanget av konkurranseklausulen vektlegges, for eksempel ved at arbeidstakerens generelle utdanning gir mulighet for å søke arbeid utenfor den tidligere arbeidsgiverens kategori. Disse vurderingsmomentene har også betydning når det kommer til adekvans og årsakssammenheng (se nedenfor i 4.2.5). I Turoteknikk-dommen omhandlet mye av bevisføringen hvordan A hadde oppført seg i sin arbeidsperiode hos TT, hvor det virket som TT på sin side forsøkte å bevise et samarbeidsforhold mellom A og Desmi AS. Lagmannsretten vektla disse bevisene opp mot As forklaring på en helt annen måte enn det tingretten hadde gjort, hvilket medførte et tap for TT.⁵⁴

4.2.5 Adekvat årsakssammenheng og økonomisk tap.

Når en tidligere arbeidstaker bryter en konkurranseklausul, og arbeidsgiveren står ovenfor et økonomisk tap, er det viktig at han kan påvise at det økonomiske tapet er tilknyttet bruddet på konkurranseklausulen, en årsakssammenheng. Denne årsakssammenhengen må være tilstrekkelig og påregnelig, eller *adekvat*.

Hvorvidt et tap kan anses adekvat beror på en påregnelighetsvurdering. I denne vurderingen vektlegges fakta i den aktuelle saken og sannsynligheten for at et tap ville oppstå ved at kontrakten ble brutt.

Å bevise at man har lidt et økonomisk tap kan være svært vanskelig for en arbeidsgiver å påvise ved brudd på en konkurranseklausul. Jo mer konkrete holdepunkter man har, desto bedre.

De arbeidsgivere som har en god økonomisk oversikt over hva et brudd på de konkurranseklausuler de inngår med sine ansatte kan forårsake, stiller sterkere enn de som tar utgangspunkt i at et brudd aldri vil forekomme. I de tilfeller hvor man kan konkret påvise verdien av en arbeidstakers resultater, en spesiell kundekrets eller verdien av å være

⁵⁴ LA-2004-1961, rettens begrunnelse avsnittene 3 og 4.

eneforhandler på et område, kan årsakssammenheng lettere anses adekvat. Men det holder ikke bare å kunne vise til slike verditap uten at man tilknytter de den tidligere arbeidstakerens nåværende aktivitet. Som nevnt ovenfor i punkt 4.1.1 kan man lide et tap ved at en arbeidstaker slutter, noe arbeidstakeren har rett til å gjøre. Arbeidstakeren er ikke erstatningsansvarlig med mindre han også bryter en gyldig konkurranseklausul. Spesielt i tilfeller hvor man mister kunder til tidligere arbeidstakere, kan det motargumenteres fra den tidligere arbeidstakeren at dette ville ha skjedd uavhengig av hans brudd på konkurranseklausulen.

Et eksempel hvor årsakssammenheng ble funnet tilstrekkelig sannsynliggjort av retten var i LH-2002-1071 (se ovenfor i punkt 4.2.3.1) hvor en advokatfullmektig A ble dømt til å betale 300 000 kroner i erstatning til sin tidligere arbeidsgiver X Advokat AS, for brudd på konkurranseklausulen de hadde inngått. Konkurranseklausulen innebar at A i et tidsrom på 6 måneder ikke skulle levere tjenester til noen av arbeidsgiverens kunder, samarbeidspartnere eller underleverandører. Saken kan kun betegnes som svært omfattende og innebar bl.a. også et motsøksmål fra den tidligere arbeidstakeren som gjaldt ikke-utbetalt lønn. Men erstatnings søksmålet dreide seg om det faktum at A hadde arbeidet med en spesifikk kunde (Telenor Mobil AS) hos X Advokat AS, med et spesifikt prosjekt kalt Kompass Billing prosjektet. A jobbet sammen med C på prosjektet. Den tidligere arbeidsgiverens påstand om at firmaet mistet fremtidig inntekt på grunn av As oppførsel fikk medhold i retten. X Advokat AS viste her til at prosjektavtalen med Telenor Mobil AS var ferdigforhandlet for året 2002, da A fratradte sin stilling, og ville ha blitt tildelt og gjennomført av firmaet om A ikke hadde tatt med seg kunden til et nytt firma. Tidligere medarbeider med A, C, ville fortsatt oppdraget for Telenor Mobil AS.

LH-2002-1071 var en svært omfattende sak hvor arbeidsgiveren hadde flere konkrete holdepunkter i faktum å lene seg på, da det skulle prosederes for årsakssammenheng. Når fakta er så sterke, øker sannsynligheten for at et tap burde virket påregnelig for den tidligere arbeidstakeren. Det kan utledes fra denne saken at mer spesifikke saksfaktum vil gi arbeidsgiveren en større sjanse for at han suksessfullt klarer å påvise årsakssammenheng.

4.2.6 Erstatningsutmålingen.

Det følger av skl. § 4-1 som et generelt prinsipp at den skadelidende skal ha full dekning for sitt tap. Imidlertid uttales det i forarbeidende at det aldri var lovgivers intensjon å løse de kompliserte spørsmål erstatningsutmålingen reiser. Man skulle følge våre ulovfestede regler.⁵⁵ Erstatningsutmålingen for kontraktsforhold deler utgangspunktet med den alminnelige erstatningsretten. Tapet fastsettes med utgangspunkt i skadelidtes konkrete, individuelle tap og han skal ha full dekning.

På tross av at arbeidsgiveren klarer å påvise årsakssammenheng, er det sjeldent man oppnår det søkte erstatningsbeløp. Dette er en kjensgjerning i de fleste erstatningssaker, da skjønn ofte spiller en stor rolle i erstatningsutmålingen.

⁵⁵ Se her lovkommentar til skadeerstatningsloven på rettsdata.no av Bjarte Askeland note 257.

Den nå opphevede tvistemålsloven (heretter tvml.) § 192⁵⁶ ga retten adgang til å fastsette erstatningsbeløp etter eget skjønn om det viste seg uforholdsmessig vanskelig å fastsette beløpet etter bevisene som var lagt frem. Paragrafen ble ikke videreført til dagens tvistelov.

Fordi tvistemålsloven ble erstattet av tvisteloven i 2008 finnes det lite rettspraksis som viser hvordan erstatningsutmålingen nå konkret utføres, men prinsippene utledet fra tvml. § 192 vil nok fortsatt kunne anvendes.

Det klassiske i erstatningssaker som gjelder konkurranseklausuler er at retten ikke setter lit til arbeidsgiverens beregning av tapet. Videre tas det også inn i beregningen at arbeidsgiver skal trekkes for de fordeler han har oppnådd ved ikke lenger å ha den tidligere arbeidstakeren i tjeneste.

I LH-2002-1071 (se ovenfor punkt 4.2.3.2) hadde den tidligere arbeidsgiveren nedlagt påstand om erstatning begrenset oppad til 2 700 000 kroner. Selv om årsakssammenheng ble ansett påvist, fastsatte retten erstatningsbeløpet skjønnsmessig til 300 000 kroner. Saken var rimelig komplisert, men her var arbeidsgiveren meget nøyaktig i å vise hvordan tapet hadde oppnådd en slik størrelse.⁵⁷ Retten reduserte erstatningsbeløpet kraftig, begrunnet i tapsbegrensningsplikten skadelidende har. I tillegg ble erstatningsbeløpet redusert på grunn av fratrukk i utgifter en arbeidsgiver har med en arbeidstaker. I dette tilfellet fant retten dette beløpet så stort som 450 000.

En annen sak hvor det var kraftig misforhold mellom erstatningsbeløpet det ble argumentert for og det idømte er LB-2000-824. I denne saken hadde den tidligere arbeidstakeren jobbet for som agent for et dansk feriehusutleiningbyrå og vært deres kontakt i det norske markedet. Når hun tok arbeid hos et konkurrerende firma etablert av sin ektemann etter hun hadde hevet sin avtale med det danske byrået, gikk det danske byrået til søksmål. De nedla påstand om et erstatningsbeløp begrenset oppad til 1 500 000 kroner, men rettens utmåling endte på 250 000 kroner. Begrunnelsen for beløpet ble ikke oppgitt med noen annen grunn enn at det var fastsatt skjønnsmessig og at retten trakk bevisene tilknyttet størrelsen på tapet i tvil.

I LG-1992-950 hadde en tidligere arbeidstaker rett etter sin oppsigelsestid startet en konkurrerende virksomhet, hvilket gikk i mot den inngåtte konkurranseklausul. Den tidligere arbeidstakeren ble dømt til å betale 70 000 kroner i erstatning til sin tidligere arbeidsgiver for brudd på konkurranseklausul. Den tidligere arbeidsgiveren hadde i anken til lagmannsretten nedlagt påstand om stadfestelse av byrettens dom, hvor han hadde blitt tilkjent 70 000 kroner i erstatning. Hva angikk utmålingen ba han om at retten fastsatte dette skjønnsmessig etter tvml. § 192, men påpekte at tapet i alle fall ikke var mindre enn byrettens utmåling. Det interessante med dommen er at retten indirekte tok høyde for at karantenebudet på 18 måneder strakk seg lenger enn påkrevd ved utmålingen. De uttalte følgende:

«Idet det vises til det som tidligere er bemerket, synes et konkurranseforbud på 18 måneder omfattende og å strekke seg lenger enn det som synes påkrevet, særlig sett på bakgrunn av at det ikke er selve mobilserviceopplegget i seg selv som betinget et konkurranseforbud i 1991,

⁵⁶ Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6.

⁵⁷ LH-2002-1071, siste avsnitt før påstandsgrunnlaget.

men at forbudet mer er betinget av konkurranseforholdene på markedet. Lagmannsretten går ikke nærmere inn på dette, da den har lagt til grunn at det tap som må erstattes i alle fall har oppstått i de første 12 måneder etter utløpet av As oppsigelsestid. En slik tidsavgrensning av konkurranseforbudet strekker seg ikke lenger enn det lagmannsretten finner påkrevet».

Lagmannsretten anerkjente her kun de tap som hadde oppstått de første tolv måneder etter utløpet av arbeidstakerens oppsigelsestid. Videre fant lagmannsretten det vanskelig å anslå omfanget av tapet basert på de anslag og beregninger partene hadde fremlagt. De anså utmålingen til byretten for tilstrekkelig og fastsatte denne, selv om den tidligere arbeidsgiveren hadde gitt uttrykk for at 300 000 kroner ville være et passende erstatningsbeløp.

En dom som åpner for en metode som kan øke arbeidsgiverens sjanse for dekning av sitt økonomiske tap er Rt. 2007 s. 817 (se ovenfor i punkt 4.2.2). En kreativ leder hadde fratrudd sin stilling opptrådt i strid med konkurranseklausulen som var inntatt i arbeidsavtalen. Retten skulle ta stilling til om det forelå grunnlag for et erstatningssøksmål. Subsidiært skulle de ta stilling til krav om overføring av berikelse. Det er spørsmålet om berikelse som er interessant her. Et berikelseskrav går ut på at man flytter fokus fra skadelidtes tap til skadevolders gevinst ved den urettmessige handlingen. Oppsummert åpnet Høyesterett for at berikelseskrav kan påberopes ved brudd på konkurranseklausuler. Som et krav for dette anså Høyesterett at de skadevolders subjektive forhold ville være av stor betydning, underforstått en grovere skyldgrad enn vanlig uaktsomhet, slik som forsett eller grov uaktsomhet.⁵⁸

På bakgrunn av dommene ovenfor kan man utlede noen holdepunkter for hva som påvirker erstatningsutmålingen. Tapsbegrensningsplikten og fratrukk for utgifter tilknyttet den tidligere arbeidstakeren utgjør en stor del av rettens skjønnsmessige vurdering. Videre viser sakene at selv med god dokumentasjon for hvordan arbeidsgiveren selv beregner tapet, så kan retten trekke disse beregningene i tvil uten en omfattende begrunnelse. Inn i den skjønnsmessige vurderingen retten foretar seg, åpnes det for å ta hensyn til omfanget av konkurranseklausulen, slik retten påpekte i LG-1992-950. Til arbeidsgivers fordel kan man forsøke å søke noe av økonomiske tapet begrenset gjennom et berikelseskrav mot sin tidligere arbeidstaker, men dette forutsetter er ikke noe alle arbeidsgivere vil ha mulighet til.

Med en slik oppsummering kan det fremstå som om tidligere arbeidsgivere må være forberedt på at det økonomiske tapet sjeldent vil bli fullt dekket. En alternativ løsning vil bli drøftet i kapittel 5, nemlig konvensjonalbøter.

4.3 Erstatning i kontraktsforhold med støtte i lovgivning.

4.3.1 Innledning.

I noen tilfeller hvor arbeidsgiver ønsker å gå til erstatningssøksmål kan det være mulig å gjøre dette med støtte i markedsføringsloven⁵⁹.

⁵⁸ Rt. 2007 s. 817 premiss 51.

⁵⁹ Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv (markedsføringsloven) av 9. januar 2009 nr. 2.

Det følger av mfl. § 1 angir virkeområdet for loven og oppgir et generelt krav om god forretningsskikk mellom næringsdrivende. Definisjonen på næringsdrivende finner man i mfl. § 5, bokstav b:

«næringsdrivende: en fysisk eller juridisk person som utøver næringsvirksomhet, og enhver som handler i vedkommendes navn eller på vedkommendes vegne,»

En tidligere arbeidstaker kan falle inn under definisjonen enten ved og selv opprette konkurrerende virksomhet, eller ta arbeid i konkurrerende virksomhet. Om den tidligere arbeidstakeren jobber i en konkurrerende virksomhet ikke opprettet av han selv, er det en forutsetning at han er bundet av en konkurranseklausul som strider mot dette. Det antas nemlig som svært vanskelig å holde ansatte personlig ansvarlig når de ikke opptrer i strid med lojalitetsplikten eller en konkurranseklausul.⁶⁰ Gjennom støtte i markedsføringsloven kan arbeidsgiveren også gå til søksmål mot den konkurrerende virksomhet som ansatte hans tidligere arbeidstaker, og utnyttet det faktum at den tidligere arbeidstakeren opptrådte i strid med sin konkurranseklausul.

Begrepet god forretningsskikk er et relativt omfattende begrep, men i hovedsak retter det seg mot moralsk-etisk klanderverdige konkurransehandlinger. I Iskrem-dommen⁶¹ gis det noen generelle uttalelser som at både subjektive og objektive forhold må tas i betraktning i vurderingen.

Markedsføringsloven gir ingen konkret hjemmel for krav om erstatning, men det følger av etablert rettspraksis at brudd på loven kan være erstatningsbetingende.⁶²

De ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper og grunnvilkårene gjennomgått ovenfor i kapittel 4.2 vil fortsatt være gjeldende, men arbeidsgiveren gis en bredere plattform å stå på hva angår grunnlaget for erstatningssøksmålet.

4.3.2 Konkrete eksempler.

Det kan stilles spørsmål om det ved brudd av noen typer konkurranseklausuler er mer aktuelt å støtte seg på markedsføringsloven enn andre. Svaret må være at man må ta utgangspunkt i mfl. § 1 sine definisjoner og se om de er passende for det konkrete tilfellet, enten det er snakk om å gå til søksmål mot sin tidligere arbeidstaker og/eller en konkurrerende virksomhet.

I LB-2000-824 (omtalt i delkapittel 4.2.3.3) hvor et dansk ferieboligutleiefirma gikk til erstatningssøksmål mot sin tidligere arbeidstaker, påberopte de seg mfl. §§ 1 og 7. Firmaet påstod at den tidligere arbeidstakeren og det nye firmaet hun jobbet for hadde tilgang på deres kundelister. Det danske firmaet hadde i følge retten ikke klart å bevise dette tilstrekkelig, og dermed ble mfl. §§ 1 og 7 ikke ansett overtrådt. Firmaet ble imidlertid tilkjent erstatning på bakgrunn av brudd på konkurranseklausul.

⁶⁰ Jan Fougner, Arbeidsavtalen, utvalgte emner. Oslo 1999, s. 238.

⁶¹ Rt. 1998 s. 1315, på sidene 1322-1323.

⁶² Tore Lunde, God forretningsskikk næringsdrivende imellom, 2001, s. 35.

LG-2004-14258 er et eksempel på at erstatningssøksmål med støtte i markedsføringsloven kan føre frem. I denne saken hadde to ledende ansatte i et reklamebyrå sluttet og startet et konkurrerende byrå. Begge hadde inngått en konkurranseklausul som begrenset adgangen til å drive konkurrerende virksomhet samt arbeide mot sin tidligere arbeidsgivers kunder etter arbeidsforholdets opphør. Etter å ha opprettet en konkurrerende virksomhet (Tibe Republic AS) kontaktet de både kunder og ansatte hos sin tidligere arbeidsgiver. De tidligere arbeidstakernes handlinger ble av lagmannsretten ansett å være i strid med konkurranseklausulen og mfl. § 1. I sine påstander hadde også den tidligere arbeidsgiveren fremmet erstatningskrav mot Tibe Reklame Holding, som hadde vært med på å finansiere stiftelsen av Tibe Republic. Dette var et firma hvor ingen av hans tidligere arbeidstaker var ansatt. Retten fant imidlertid Tibe Reklame Holding solidarisk ansvarlig da det satt på 51% av aksjene i Tibe Republic.

4.3.3 Aktualitet.

Dommene ovenfor omhandler begge tilfeller hvor den tidligere arbeidstakeren startet opp en konkurrerende virksomhet og/eller utnyttet kunnskap opparbeidet hos sin tidligere arbeidsgiver. I begge dommene var det aktuelt å påberope seg mfl. § 7 som bedriftshemmeligheter som nå er opphevet (men videreført i mfl. § 28). Man må anta at vurderingen nå vil bero på en generell vurdering av mfl. § 1, jf. § 25.

I LG-2004-14258 henvises det til Rt. 1990 s.607. Saken gjaldt ikke brudd på konkurranseklausul, men det ble her tilkjent erstatning for brudd på mfl. § 1 på grunn av overtredelse av det alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold. Det kan tyde på at handlinger som ville bli betegnet som et brudd på lojalitetsplikten under et arbeidsforhold, også kan gjøres gjeldende *etter* at arbeidsforholdet er opphørt hvis det er i strid med en konkurranseklausul. Imidlertid må det antas at konkurranseklausulen må være av en slik art som forbyr etablering av konkurrerende virksomhet og/eller utnyttelse av tidligere kunder, ansatte eller bedriftshemmeligheter.

4.4 En kort oppsummering.

En arbeidsgivers mulighet til å oppnå full dekning for sitt økonomiske tap fremstår som nær umulig gjennom et vanlig erstatningssøksmål. Utfordringene ligger hovedsakelig i vanskeligheten med å bevise årsakssammenheng og rekkevidden av det økonomiske tapet. Sjansene for i det minste å oppnå erstatning øker hvis det er mulighet for å påberope seg brudd på markedsføringsloven. Det kan også i noen tilfeller foreligge grunnlag for berikelseskrav.

5. Et alternativ.

5.1 Konvensjonalbøter.

Da tittelen på denne avhandlingen retter fokus mot sanksjons- og reaksjonsmulighet, vil det kun svært kort bli gjort rede konvensjonalbøter.

Som påvist i kapittelet om erstatning, er det sjeldent man oppnår full dekning for sitt økonomiske tap. Et alternativ kan være å avtale på forhånd med sine arbeidstakere at et

bestemt beløp skal betales til arbeidsgiveren om den avtalte konkurranseklausul skulle brytes.⁶³ Slike avtaler er i utgangspunktet gyldige. Arbeidstakeren kan påberope seg avtl. § 36 for å få tilsidesatt eller endret avtalen om beløpet er urimelig høyt. I LE-1993-01612 hadde en tidligere arbeidstaker startet en konkurrerende virksomhet. Lagmannsretten kom til at klausulen stod seg og reduserte ikke beløpet som var stipulert til 2 millioner kroner. Mye av årsaken til at beløpet stod var fordi det her var snakk om virksomhetsoverdragelse og at det i forbindelse med dette var blitt betalt et betydelig beløp for goodwill.

I Hjorts utredning⁶⁴ blir vist til at arbeidstakere kan få nye arbeidsgivere til å «kjøpe» de fri fra en avtalt konkurranseklausul. Dette blir ikke nevnt i sammenheng med konvensjonalbøter, men mer som en avtale arbeidsgiverne i mellom. Det man ikke kan vite er om en konkurrerende virksomhet tilbyr å kjøpe arbeidstakeren fri fra konkurranseklausulen ved å dekke konvensjonalboten, uten å involvere nåværende arbeidsgiver. Uten holdepunkter i rettspraksis er det vanskelig å utdype seg om problemstillingen. Om man har satt en «verdi» på en arbeidstaker gjennom en konvensjonalbot, kan man anta at man er tilfreds med å få dette beløpet dekket skulle arbeidstakeren bryte konkurranseklausulen. Men om man oppdager at en konkurrerende virksomhet forsøker på dette, kan man mest sannsynlig gå til søksmål mot virksomheten for brudd på markedsføringsloven.

6. Forholdet mellom sanksjons- og reaksjonsformene.

Helt til slutt vil forholdet mellom de ulike sanksjons- og reaksjonsformene gjøres rede for.

I kapittel 2 ble det kort nevnt at en arbeidsgiver kun kan gå til fastsettelsessøksmål hvis han ønsker, uten noen intensjon om å begjære midlertidig forføyning eller rette et erstatningssøksmål mot sin tidligere arbeidstaker. Som nevnt tidligere har ikke dette mye for seg, med mindre det er snakk om en konkurranseklausul med svært lang varighet.⁶⁵ Uansett må man gå til søksmål for å begjære midlertidig forføyning. Det forutsettes at hovedkravet blir sannsynliggjort, her at konkurranseklausulen skal anses gyldig.

Videre er forholdet mellom midlertidig forføyninger og et erstatningssøksmål. Formålet til en midlertidig forføyning er å forhindre tap, mens et erstatningssøksmål søker å forhindre det.

Det følger av Rt. 1967 s. 124 at midlertidig forføyning kan gis selv om et eventuelt brudd kan forfølges gjennom et vanlig erstatningskrav.⁶⁶ Videre følger de av LB-2001-139 at i de tilfeller midlertidig forføyning ikke fører frem, så er erstatningssøksmål fortsatt mulig. Selv om de to reaksjonsformene ikke utelukker hverandre, så kan de nok ikke påberopes samtidig.

En generell anbefaling om å anvende det ene foran det andre er vanskelig å gi på bakgrunn av formålene til reaksjonsformene.

⁶³ Jan Fougner, *Arbeidsavtalen*, utvalgte emner. Oslo 1999, s. 239.

⁶⁴ *Konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler*, Utredning avgitt til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. september 2008, Advokatfirmaet Hjort DA, s. 24.

⁶⁵ Se her *Maritime Montering-dommen*, LG-2006-92490 hvor konkurranseklausulen ble opprettholdt til 2 år. Arbeidsgiver begjærte her midlertidig forføyning.

⁶⁶ Rt. 1967 s. 124, siste avsnitt.

I de tilfeller en arbeidsgiver finner det tilstrekkelig å forsøke å forhindre tap, vil midlertidig forføyning være det mest aktuelle. Som det er blitt redegjort for ovenfor vil dette kun innebære en midlertidig reaksjon. Selv om hovedkravet sannsynliggjøres, og man får medhold i begjæring om midlertidig forføyning, kan man fortsatte tape fastsettelsessøksmålet senere. Imidlertid vil dette ikke være av stor betydning om saksgangen har tatt så lang tid at konkurranseklausulens har passert sin utløpsdato.

Om arbeidsgiveren allerede har lidd et tap, vil erstatningssøksmål fremstå som den logiske reaksjon. Dessverre kan man ikke forvente seg å få full dekning for lidd tap, hvilket ble påvist i kapittel 4. Størst sjanse for å få dekket et tap fullt ut vil en arbeidsgiver ha ved å inngå en avtale om konvensjonalbot for et *eventuelt* brudd på en konkurranseklausul (kapittel 5). Dette må gjøres på avtaletidspunktet for konkurranseklausulen, og kan ikke påberopes som en reaksjonsform.

7. Kilder.

7.1 Lover.

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

Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister, (tvisteloven).

Lov av 26. juni 1992 nr. 86, Lov om tvangsfullbyrdelse.

Lov om skadeserstatning (skadeerstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26.

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

7.2 Forarbeider.

Gyldendals lovkommentar til skadeerstatningsloven på rettsdata.no av Bjarte Askeland.

Ot.prp.nr.65 (1990-1991). Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven).

7.3 Litteraturliste.

Jo Hov, Rettergang I, Papinian forlag 2010.

Henry John Mæland, Kort Prosess, 2. revidert utgave, Justian Forlag, 2009.

Henning Jakhelln, Oversikt over Arbeidsretten, 4. utgave, Damm Forlag, 2006.

Thor-Erik Johansen, Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold, 4. utgave, Høyskoleforlaget, 2006.

Jan Fougner, Arbeidsavtalen – Utvalgte emner, Tano Aschehoug, 1999.

Konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler, Utredning avgitt til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. september 2008, Advokatfirmaet Hjort DA.

Forfattere: Alex Borch, Else Bugge Fougner, Claude A. Lenth og Marie Ljones Fjulsrud.. Sist lest 03.06.2013.

http://www.regjeringen.no/upload/AID/publikasjoner/horing/2008/ending_arbeidsmiljolovent/Utdredning_om_Konkurransesklausuler_mv.pdf

«Forbud mot konkurranse når medarbeideren fratrer» av Advokat Kari Bergeius Andersen.

Sist lest 03.06.2013.

<http://bart.idium.no/karian.tmp/filestore/Forbudmotkonkurransenmedarbeiderenfratrer.doc>

«Karensklausuler gyldighet og utforming» av advokat Kari Bergeius Andersen, Tidsskrift for forretningsjus, nr. 2 (2002). Sist lest 03.06.2013.

http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?grid=78466&terms_and=karensklausuler&hilite=karensklausuler

Tvisteloven, Kommentartutgave Bind II av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie.

«Sikringsgrunn som vilkår for midlertidig forføyning ved arbeidstakers brudd på konkurranseklausul» av Solveig Haraldseth, UiO 2012. Sist lest 03.06.2013.

<https://www.duo.uio.no/handle/10852/35588>

