

*”I hvilken grad kan konkurranseklausuler i arbeidsavtalen gjøres gjeldende ved opphør av arbeidsforhold?”*

Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 683  
Leveringsfrist: 25.04.2011 kl. 12.00

Omfang: 17 891 ord

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Innledning	1
1.2	Avgrensninger	1
1.3	Den videre fremstillingen	3
<b><u>2</u></b>	<b><u>DEFINISJONER OG DRØFTELSER AV NØKKELBEGREPER</u></b>	<b><u>4</u></b>
2.1	Konkurransesklausuler	4
2.1.1	Historikken og den rettslige reguleringen	4
2.2	Arbeidstakers lojalitetsplikt	9
2.2.1	Historikk og det rettslige grunnlaget for lojalitetsplikten	9
<b><u>3</u></b>	<b><u>AVTALELOVEN § 38 OG GJELDENE RETT</u></b>	<b><u>11</u></b>
3.1	Innledning og bakgrunn for bestemmelsen	11
3.2	Vilkårene	16
3.2.1	Første ledd	16
3.2.1.1	”Urimelig innskrenker hans adgang til erverv”	16
3.2.1.2	”Strækker sig længer enn påkrævet for at verne mot konkurranse”	19
3.2.2	Annet ledd	21
3.2.2.1	”Underordnet stilling”	21
3.2.2.2	”Betydelig grad at skade innehaveren”	26
3.2.3	Tredje ledd	28
3.2.3.1	”Ansatt i anden stilling”	28
3.2.3.2	”Rimelig grund”	29
3.2.3.3	”Undlate at opfylde sine forpligtelser”	35
3.3	Annen relevant lovgivning	36

3.3.1	Agenturloven § 34	36
3.3.2	Markedsføringsloven § 1	37
<b>4</b>	<b><u>NÅR KAN KONKURRANSEKLAUSULER GJØRES GJELDENE?</u></b>	<b>38</b>
4.1	Konkurransesklausuler som en del av arbeidsavtalen	38
4.2	Når må en arbeidsgiver avstå fra å gjøre en klausul gjeldende?	39
4.3	Behovet for en revidert klausul ved arbeidsforholdets opphør	40
4.4	Tilfeller der arbeidstaker ikke ønsker å undertegne klausulen	44
4.4.1	Avtalerettslige ugyldighetsgrunner	44
4.4.2	Arbeidstaker som den presumtivt svake part etter norsk rett	46
4.5	Betydningen av økonomisk kompensasjon	46
4.6	Mulig avkortning av klausulens varighet	49
<b>5</b>	<b><u>SANKSJONERING OG REAKSJONSFORMER VED BRUDD PÅ KLAUSULER</u></b>	<b>49</b>
5.1	Innledning	49
5.2	Midlertidig forføyning	49
5.3	Konvensjonalbøter	50
5.4	Strafferettslige reaksjoner	51
<b>6</b>	<b><u>FORESLÅTTE LOVENDRINGER</u></b>	<b>53</b>
<b>7</b>	<b><u>AVSLUTNING</u></b>	<b>54</b>
<b>8</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b>56</b>
8.1	Bøker	56

<b>8.2</b>	<b>Artikler</b>	<b>56</b>
<b>8.3</b>	<b>Rettspraksis</b>	<b>56</b>
8.3.1	Høyesterett	56
8.3.2	Lagmannsretten	57
8.3.3	Tingretten	57
<b>8.4</b>	<b>Forarbeider</b>	<b>57</b>
8.4.1	Odelstingsproposisjoner	57
8.4.2	Norges offentlige utredninger	58
8.4.3	Innstillinger til Odelstinget	58
<b>8.5</b>	<b>Lovkommentarer</b>	<b>58</b>
<b>8.6</b>	<b>Lover</b>	<b>58</b>
<b>8.7</b>	<b>Utredninger</b>	<b>59</b>
<b>8.8</b>	<b>Høringsnotat</b>	<b>59</b>
<b>8.9</b>	<b>Arbeidsnotat</b>	<b>59</b>
<b>8.10</b>	<b>Standardregler</b>	<b>59</b>
<b>8.11</b>	<b>Internett</b>	<b>59</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Innledning

Denne oppgaven skal behandle problemstillinger knyttet til bruken av konkurranseklausuler i arbeidsforhold. Med konkurranseklausuler forstås her avtaler inntatt i en arbeidskontrakt som forbyr eller begrenser arbeidstakers rett til å ta ansettelse i konkurrerende virksomhet etter opphør av stilling hos tidligere arbeidsgiver.

Konkurranseklausulene reguleres ikke i de viktigste lovene på arbeidsrettens område, som for eksempel lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62 (heretter kalt arbeidsmiljøloven eller aml.)<sup>1</sup> og lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983 nr. 3 (heretter kalt tjenestemannsloven eller tjml.)<sup>2</sup>. I den grad klausuler er lovregulert så er det lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4 (heretter kalt avtaleloven eller avtl.) § 38 som er særlig sentral<sup>3</sup>. Viktige rettskilder for øvrig er forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.

## 1.2 Avgrensninger

Oppgaven vil redegjøre for bruken av konkurranseklausuler ved opphør av arbeidsforhold. Det vil her være naturlig å behandle forhold rundt tilblivelsen av klausulen også, typisk ved inngåelse av arbeidsforholdet. Klausuler som inngås underveis i et arbeidsforhold, særlig da i forbindelse med et arbeidsopphør, etter en konkret vurdering av behovet fra arbeidsgivers side, vil ikke bli utførlig behandlet, men vil nevnes. Det avgrenses mot den alminnelige ulovfestede lojalitets- og troskapsplikt i arbeidsforhold. Oppgaven vil ikke behandle denne utførlig, men nevne den, ettersom lojalitetsplikt og konkurranseklausuler

---

<sup>1</sup> Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62.

<sup>2</sup> Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983 nr. 3.

<sup>3</sup> Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4.

henger sammen. Lojalitetsplikten innebærer blant annet at en arbeidstaker lojalt skal fremme arbeidsgivers interesser og frstå fra å fremme sine egne eller andres interesser der hvor disse strider mot arbeidsgivers interesser. At en slik plikt følger av et arbeidsforhold er lagt til grunn i både teori og rettspraksis<sup>4</sup>. Lojalitetsplikten forhindrer en arbeidstaker i å drive eller arbeide innen konkurrerende virksomhet mens arbeidsforholdet består. Konkurransesklausuler legger derimot ned et forbud mot å bedrive slike aktiviteter i et bestemt tidsrom etter at arbeidsforholdet har opphørt.

Det avgrenses også mot andre typer klausuler enn konkurransesklausuler, typisk kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler (non-solicit klausuler), som innebærer henholdsvis at en arbeidstaker forsøker å rekruttere tidligere kunder eller tidligere arbeidskolleger over i ny virksomhet. Slike avtaler vil også kunne settes til side etter den alminnelige lempningsregelen i avtl. § 36. Med ordet ”klausul” legges heretter konkurransesklausul til grunn, med mindre noe annet klart fremgår av sammenhengen.

Videre er det kun den rettslige stillingen *i arbeidsforhold* som vil bli belyst. Problemstillinger utenfor arbeidsforhold, for eksempel selgers forhold ved virksomhetsoverdragelse, vil således ikke drøftes. I den sammenheng kan det nevnes at det i all hovedsak er konkurransesklausuler i ansettelsesforhold, regulert ved avtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, som er av størst praktisk betydning i forhold til andre typer klausuler i og utenfor arbeidsforhold<sup>5</sup>.

Medvirkning til aktiviteter som forbyes av konkurransesklausuler vil ikke bli behandlet.

---

<sup>4</sup> Se blant annet Andersen, Kristen: Fra arbeidslivets rett (1967) s. 136-, Jakhelln, Henning: Oversikt over arbeidsretten 4. Utgave (2006) s. 302- og Rt. 1990 s. 607.

<sup>5</sup> ”Konkurransesklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler” – Utredning avgitt av Advokatfirmaet Hjort til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. september 2008 s.11.

Lov om handelsagenter og handelsreisende av 19. juni 1992 nr. 56 (heretter kalt agenturloven eller agl.) § 34 vil kort behandles<sup>6</sup>. Bestemmelsen er riktignok en særregel for agenturforhold, men det følger av norsk lovkommentar for avtl. § 38 at preseptoriske regler i agenturforhold etter agl. § 34 kan sammenholdes med avtalelovens bestemmelse<sup>7</sup>. (Avtl. § 38 vil for øvrig også gjelde i agenturforhold, jf. agl. § 34 tredje ledd).

Tilsvarende vil lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. av 9. jan 2009 nr. 2 (heretter kalt markedsføringsloven eller mfl.) behandles kort<sup>8</sup>. Mfl. § 1 forbyr handlinger som er i strid med god forretningsskikk mellom næringsdrivende. Et brudd på en konkurranseklausul vil kunne anses å stride mot god forretningsskikk.

Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (heretter kalt straffeloven eller strl.) § 294 vil behandles ettersom oppgaven drøfter sanksjonering<sup>9</sup>.

Konkurranseklausuler som juridisk fagfelt er i ferd med å gjennomgå lovendringer. Oppgaven vil primært fokusere på rettsstilstanden de lege lata. Drøftelser og vurderinger rundt foreslåtte lovendringer samt konsekvensene av disse vil også bli behandlet til en viss grad, men oppgaven vil i hovedsak behandle gjeldende rett.

### **1.3 Den videre fremstillingen**

Oppgaven legger opp til en kartlegging og en drøftelse av gjeldende rett. Det vil bli redegjort for rettsstilstanden for konkurranseklausuler og når disse kan benyttes. Ettersom det er snakk om klausuler som står i arbeidsavtalen, og at disse derfor er en del av en avtale, så vil drøftelsene rundt klausulene i stor grad bli ren avtaletolkning.

Først vil en del sentrale begreper kartlegges og litt om bakgrunnen for konkurranseklausuler vil bli belyst. Deretter vil gjeldende rett bli behandlet. Dernest vil det

---

<sup>6</sup> Lov om handelsagenter og handelsreisende av 19. juni 1992 nr. 56.

<sup>7</sup> Norsk lovkommentar (2008) om avtaleloven § 38 avsnitt 159. Bind 1.

<sup>8</sup> Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. av 9. jan 2009 nr. 2.

<sup>9</sup> Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.

drøftes i hvilken grad klausuler kan gjøres gjeldende. Sanksjonering og reaksjonsformer ved brudd på klausuler er også sentralt, og det vil deretter bli redegjort for disse. Videre så vil noen foreslåtte lovendringer diskuteres før avslutningen utformes. Sluttvis vil også noen egne synspunkt fremmes. De politiske problemstillingene knyttet til mobilitet i arbeidsmarkedet og samfunnshensyn for øvrig vil trekkes inn der det er hensiktsmessig. Det samme gjelder de rettslige kildene.

## **2 Definisjoner og drøftelser av nøkkelbegreper**

### **2.1 Konkurransesklausuler**

#### **2.1.1 Historikken og den rettslige reguleringen**

Med konkurransesklausuler forstås i oppgaven avtaler inntatt i arbeidstakers arbeidsavtale med formål å begrense arbeidstakers muligheter for å gå til konkurrerende virksomhet ved arbeidsforholdets opphør. Det typiske her er enten å ville starte for seg selv eller å begynne hos en konkurrent. I begge tilfeller er det snakk om å utgjøre en konkurrent til tidligere arbeidsgiver. Det kan snakkes om en *betinget* konkurransesklausul. Med dette menes en klausul som bare vil inntre og slik sett påvirke arbeidstaker dersom arbeidsgiver velger å gjøre den gjeldende. Ellers snakkes det om ubetingete klausuler, som gjelder ved et arbeidsforholds opphør uten at arbeidsgiver fysisk må gjøre dem gjeldende<sup>10</sup>.

Begrensninger i adgangen til å delta i konkurrerende virksomhet kan finnes i lov, avtale eller ulovfestet rett<sup>11</sup>. Rettsområdet er imidlertid preget av uklare regler<sup>12</sup>. I lovs form er særlig avtl. § 38 sentral. Denne regulerer imidlertid ikke alle problemstillingene som kan

---

<sup>10</sup> Borch i "Lojalitetsplikt og konkurransesklausuler – arbeidsnotat til Arbeidslivslovutvalget" s. 46

<sup>11</sup> Borch og Fougner i "Konkurransesklausuler med nåværende eller tidligere arbeidsgiver", Lov og rett (2000) s. 67-100 på s. 67.

<sup>12</sup> Borch og Fougner i "Konkurransesklausuler med nåværende eller tidligere arbeidsgiver", Lov og rett (2000) s. 67-100 på s. 99.



oppstå på rettsområdet konkurranseklausuler. Eksempelvis sier den ikke noe konkret om hvilke klausuler som anses som urimelige eller noe om betydningen av vederlag.

Standardavtaler finnes i visse bransjer, eksempelvis i avtale mellom NHO og TEKNA (fagforening for sivilingeniører)<sup>13</sup>. Ulovfestet rett dreier seg i all hovedsak om den ulovfestede lojalitetsplikten, og at det å respektere innholdet i en klausul, der hvor denne er gyldig, må sees i sammenheng med lojalitetsplikten i arbeidsforhold. Lojalitetsplikten vil være viktigst mens arbeidsforholdet består, mens en tolkning av avtalen og avtl. § 38 er viktigst etter arbeidsforholdets opphør<sup>14</sup>.

Hvorvidt en konkurranseklausul vil være gyldig avgjøres etter en avveining av partenes motstridende interesser. På den ene siden står arbeidsgiveren. Han ønsker å beskytte seg mot konkurranse fra en tidligere ansatt. Den menneskelige kunnskap som ansatte besitter må sies å være en virksomhets viktigste ressurs. Slik sett kan en arbeidsgiver ha et rettmessig behov for å beskytte seg mot konkurranse. På den annen side vil arbeidstakeren ha et rettmessig behov for frihet til selv å velge yrkesfremtiden sin<sup>15</sup>.

Når det snakkes om for vidtgående konkurranseklausuler så gjelder dette primært på to måter. Et forbud i en klausul kan strekke seg for vidt i forhold til omfang. En ansatt er normalt spesialisert innenfor et gitt fagfelt. Normalt vil arbeidstakeren ved et arbeidsopphør ønske å fortsette innenfor samme fagfelt ved inntreden i ny jobb. Hvorvidt han kan velge i jobber fra forskjellige bransjer vil nok være avhengig av interesser, mennesketype og utdanning. Det store flertallet må likevel antas å holde seg innenfor samme bransje ved inntreden i ny jobb. Dersom en klausul da fullstendig hindrer en arbeidstaker i å kunne jobbe innenfor en bransje så vil dette lettere bli vurdert som urimelig ved en eventuell tvist

---

<sup>13</sup> Standardregler vedrørende konkurranseforbud mellom Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og TEKNA – Teknisk naturvitenskapelig forening (2004).

<sup>14</sup> Borch og Fougner i "Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver", Lov og rett (2000) s. 67-100 på s. 68.

<sup>15</sup> Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming., Tidsskrift for Forretningsjus (2002) s. 139-155 på s. 139-140.

enn dersom klausulen bare legger ned et forbud mot å jobbe innenfor et lite segment av bransjen. En for vidtgående klausul i forhold til bransje kan måtte likestilles med det å måtte begynne helt på ny igjen i arbeidsmarkedet.

Den andre måten en klausul typisk er for vidtgående er i forhold til varighet. Rettspraksis synes som hovedregel å ha akseptert konkurranseforbud med varighet inntil ett år uten vederlag<sup>16</sup>. Teori antyder imidlertid at klausuler med varighet på opptil to år uten krav på vederlag vil være gyldige<sup>17</sup>. Rent praktisk er det likevel vanlig med vederlag dersom klausuler varer så lenge som opp til to år. Det er alminnelig antatt i juridisk teori og rettspraksis som omtaler hovedregelen i avtl. § 38 første ledd at klausuler bør være begrenset i tid. De kan således ikke være tidsubegrensede<sup>18</sup>. Hvorvidt en klausul må sies å strekke seg for langt avhenger av en totalvurdering hvor forhold på arbeidstakers, arbeidsgivers og samfunnets side må vurderes. Det må antas at vidtgående klausuler nøytt en større aksept da bestemmelsen ble inntatt i 1918 enn det de gjør i dag. Arbeidslivet har endret seg dramatisk i løpet av de nær hundre år som har gått siden bestemmelsen ble inntatt i avtaleloven. Det kan hevdes at domstolene ikke har fokusert tilstrekkelig på de negative konsekvenser klausuler kan få for arbeidstakere. Mobiliteten i arbeidsmarkedet, og arbeidstakerens manglende muligheter til å fritt søke den stillingen han ønsker er sentrale argumenter her<sup>19</sup>.

Antallet klausuler er økende. Det kan hevdes at domstolene ikke ser ut til å ha vært flinke nok i å foreta en reell prøving av om virksomhetene virkelig har behov for å beskytte seg gjennom konkurransebegrensende avtaler som klausulene innebærer. Det kan også uttrykkes bekymring for at domstolene ikke har vært påpasselige nok med å etterleve de

---

<sup>16</sup> "Noen betraktninger om avtaleloven § 38" av Else Bugge Fougner og Claude A. Lenth. Publisert i *Arbeidsrett* 2006, s. 265-273, på side 266. Elektronisk artikkel. Er tilgjengelig på <http://www.idunn.no>

<sup>17</sup> Jakhelln, Henning: *Oversikt over arbeidsretten*, 4.utg. 2006 s. 320.

<sup>18</sup> Fougner, Jan: *Arbeidsavtaler – utvalgte emner*, Oslo 1999, side 227 flg.

<sup>19</sup> "Noen betraktninger om avtaleloven § 38" av Else Bugge Fougner og Claude A. Lenth. Publisert i *Arbeidsrett* 2006, s. 265-273 på side 266. Elektronisk artikkel. Tilgjengelig på <http://www.idunn.no>

hensyn som ble uttrykt i forarbeidene til avtl. § 38, hvor hensynet til arbeidstaker og samfunnet understrekes<sup>20</sup>. At klausuler er i økende bruk illustreres ved en stadig økende mengde relevant rettspraksis<sup>21</sup>.

Avtl. § 38 har eksistert helt siden avtaleloven først ble vedtatt i 1918, og har heller ikke blitt realitetsendret siden den gang. Bakgrunnen for § 38 var at lovgiver ønsket å sikre arbeidstakere et sterkt vern mot vidtgående konkurranseforbud<sup>22</sup>.

Det kan være særlig problematisk å anvende klausuler mot unge som akkurat har begynt i arbeidsmarkedet, og slik sett ikke takler en eventuell utestengning fra en bransje i en gitt periode særlig godt, samt mot ansatte som har jobbet veldig kort i en virksomhet. Å bruke en klausul mot en ansatt som slutter i en virksomhet etter kortere tid enn seks måneders ansettelse kan være kontroversielt, selv om denne har undertegnet en klausul.

Rimelighetsbetraktninger tilsier at en klausul ikke bør gjøres gjeldende ved kortvarige ansettelser, prøvetid, vikariater og lignende midlertidige ansettelser<sup>23</sup>.

Dersom en arbeidstaker er bundet av en klausul og denne gir ham rett på vederlag også, så kan dette ikke forstås dithen at vederlaget inntreer automatisk ved opphør av arbeidsforholdet. Det må forutsettes at arbeidsgiver faktisk gjør gjeldende den klausul som arbeidstaker er bundet av. Forhold i arbeidsmarkedet kan ha endret seg siden klausulen ble inngått som tilsier at arbeidsgiver ikke trenger den beskyttelsen som klausulen gir likevel. Det virker da urimelig at arbeidsgiver likevel skal være forpliktet til å betale arbeidstaker vederlag. Selv om arbeidstaker har regnet med at et vederlag automatisk skulle inntre, og har innrettet seg etter dette, så vil det være urimelig å pålegge en arbeidsgiver en

---

<sup>20</sup> "Noen betraktninger om avtaleloven § 38" av Else Bugge Fougner og Claude A. Lenth. Publisert i *Arbeidsrett* 2006, s. 265-273 på side 272-273. Elektronisk artikkel. Tilgjengelig på <http://www.idunn.no>

<sup>21</sup> Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming. *Tidsskrift for Forretningsjus* (2002) s. 139-155 på s. 140.

<sup>22</sup> Rt. 2006 s. 1025 i avsnitt 47.

<sup>23</sup> Dege, Jan Tormod: *Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold* (2003) s. 260.

vederlagsplikt dersom behovet for klausulen har bortfalt. Hele hensikten med klausulen er da ikke lenger til stede. At et krav på vederlag ikke automatisk inntreer ved fratreden selv om det er bekreftet i en tidligere inngått klausul, men at dette er avhengig av at arbeidsgiver velger å gjøre klausulen gjeldende, følger av LB-1997-1253<sup>24</sup>.

Under følger et eksempel på hvordan en klausul kan tenkes utformet. Eksemplet er på ingen måte den eneste måten å utforme klausuler på og inneholder ingen formkrav. Loven oppstiller heller ikke formkrav for klausuler, men lister kun opp begrensninger hvor de kan tenkes å være ugyldige. Hvordan klausuler utformes er i stor grad opp til partene, begrunnet i avtalefriheten. Eksemplet her er kun ment å illustrere hvordan klausuler kan utformes, og hva de gjerne omfatter. Eksemplet er hentet fra standardreglene vedrørende konkurranseforbud mellom NHO og TEKNA, og er mye brukt<sup>25</sup>:

*“Hvis Bedriften forlanger det i forbindelse med den ansattes fratreden fra Bedriften, forplikter den ansatte seg til ikke å drive eller ta ansettelse i, eller yte direkte eller indirekte bistand til virksomhet som beskjeftiger seg med oppgaver innenfor områder som den ansatte har vært beskjeftiget med i Bedriften, eller som han gjennom sitt arbeid i denne må forutsettes å ha fått kjennskap til.*

*Denne avtale er basert på at et eventuelt konkurranseforbud ikke må overskride den ramme som lovgivningen angir, og at de regler som organisasjonene har trukket opp nedenfor for gjennomføring av forbudet, legges til grunn.*

*På skriftlig forespørsel fra den ansatte forplikter Bedriften seg i kontraktstiden til å meddele hvorvidt og i hvilken utstrekning et konkurranseforbud eventuelt vil bli gjort gjeldende. Svaret må avgis skriftlig innen 3 uker fra mottagelsen av den ansattes forespørsel, og Bedriften er bundet av svaret i 3 måneder fra avgivelsen. Hvis bedriften ikke skulle ha svart innen utløpet av fristen, har dette samme virkning som melding om at den ikke vil gjøre konkurranseforbud gjeldende.”*

---

<sup>24</sup> LB 1997-1253.

<sup>25</sup> Standardregler vedrørende konkurranseforbud mellom Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og TEKNA – Teknisk naturvitenskapelig forening (2004) III.

Her sees at en virksomhet som er omfattet av standardreglene vil være forpliktet til å svare på om konkurranseklausulen vil bli gjort gjeldende på forespørsel. Dette er ikke lovregulert, men gjelder for de virksomheter som er omfattet av standardreglene. Likevel må det antas at en arbeidsgiver generelt vil svare på dette også ellers der hvor han blir forespurt.

En arbeidsgiver bør være forsiktig med å benytte seg av standardiserte klausuler ettersom en klausul kan være rimelig overfor en ansatt, men urimelig overfor en annen. Domstolene vil lettere kunne tilsidesette standardiserte klausuler enn de som er individuelt tilpasset den enkelte ansatte. Omfattende klausuler kan rettferdiggjøres i en langt større grad mot ansatte i høyere stillinger<sup>26</sup>.

Selv om klausuler kan avtales i forbindelse med fratreden eller stillingsendring (forhold som tilsier at det er behov for revisjon av arbeidskontrakten) så er det vanligst at klausulen inntas ved inngåelse av arbeidsforholdet<sup>27</sup>.

## **2.2 Arbeidstakers lojalitetsplikt**

### **2.2.1 Historikk og det rettslige grunnlaget for lojalitetsplikten**

Det følger av teori og rettspraksis at en alminnelig, ulovfestet lojalitetsplikt gjelder i ansettelsesforhold<sup>28</sup>. Det er snakk om et tillitsforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Lojalitetsplikt innebærer at arbeidstaker setter arbeidsgivers behov og interesser foran sine egne. Det kan også innebære at han ikke skal fremme egne interesser aktivt under arbeidsutføringen der hvor disse er i strid med arbeidsgivers interesser.

---

<sup>26</sup> Dege, Jan Tormod: *Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold* (2003) s. 257.

<sup>27</sup> Fougner, Jan: *Arbeidsavtalen – utvalgte emner* (1999) s. 225.

<sup>28</sup> Rt. 1990 s. 607 på s. 615. Her uttrykkes at synet også legges til grunn i den arbeidsrettslige teori.

Lojalitets- og troskapsplikten har ikke noe med selve arbeidsprestasjonen å gjøre. Den har et videre perspektiv, og sikter mot arbeidstakers faglige holdninger på det etiske plan, hans lojale oppslutning om arbeidsgivers interesser og hans avståelse fra enhver utilbørlig tilsidesettelse eller undergraving av disse interesser til fordel for egne eller andres<sup>29</sup>. Arbeidstaker kan videre måtte avklare med arbeidsgiver, i en tvilssituasjon, om det foreligger noen interessemotsetning, og om arbeidsgiver i så fall vil gjøre denne gjeldende, for å unngå at denne interessen krenkes av arbeidstaker. I mange arbeidsforhold går lojalitetsplikten noe lengre. Det kan være slik at arbeidstaker aktivt skal fremme arbeidsgivers interesser. Arbeidstaker vil her sies å ha en aktiv lojalitetsplikt<sup>30</sup>.

En arbeidstaker har lojalitetsplikt så lenge et arbeidsforhold består. Dette innebærer at han også har lojalitetsplikt i oppsigelsestiden, uavhengig av om han har arbeidsplikt hos arbeidsgiver da. Det klare utgangspunkt er at en arbeidstaker er fri til å drive konkurrerende virksomhet etter opphør av et arbeidsforhold. Likevel har det vært en tradisjonell oppfatning at lojalitetsplikten delvis består også etter et arbeidsforholds opphør. Dette gjenspeiles i strl. § 294<sup>31</sup>. Bestemmelsen omhandler bedriftshemmeligheter og gir uttrykk for at disse ikke uten videre kan avsløres til andre selv etter opphør av arbeidsforholdet. Imidlertid kan det stilles spørsmål ved hvor praktisk det er å snakke om en lojalitetsplikt etter arbeidsforholdets opphør. Juridisk teori uttrykker at det ikke kan vises til praksis hvor arbeidsgiver har fått medhold i krav om erstatning eller midlertidig forføyning begrunnet i strid mot lojalitetsplikten der hvor arbeidstakeren har drevet i konkurranse med arbeidsgiveren etter opphør av arbeidsforholdet. Det vanlige her vil være at arbeidsgiver anfører at oppførselen strider mot god forretningsskikk etter mfl. § 1 eller mot klausulen i arbeidsavtalen mellom partene<sup>32</sup>. Arbeidsgiver er for øvrig beskyttet flere steder i lovverket

---

<sup>29</sup> Andersen, Kristen : Fra arbeidslivets rett (1967) s. 136.

<sup>30</sup> Jakhelln, Henning: "Arbeidsmiljølovens regler om varsling", Varsling – varslerbok (2010) s. 385-448 på s. 396.

<sup>31</sup> Fougner, Jan: Arbeidsavtalen – utvalgte emner (1999) s. 216-217.

<sup>32</sup> Borch og Fougner i "Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver", Lov og rett (2000) s. 67-100 på s. 77, hvor omtale av den gamle markedsføringsloven her i all hovedsak tilsvarende bestemmelsen om god forretningsskikk i den någjeldende mfl. § 1.

mot arbeidstakers avsløring av bedriftshemmeligheter uavhengig av omfanget av den ulovfestede lojalitetsplikten. I visse tilfeller vil beskyttelsen mot avsløring av bedriftshemmeligheter gjelde permanent.

Å vurdere å starte konkurrerende virksomhet innebærer ikke i seg selv noe brudd på lojalitetsplikten. Ofte vil imidlertid en arbeidstaker mens han enda er ansatt hos en arbeidsgiver utføre illojale handlinger som en del av forberedelsen til overgangen til konkurrerende virksomhet<sup>33</sup>.

Når det snakkes om lojalitetsplikt så menes arbeidstakers lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver. At arbeidsgiver også har plikt til å opptre lojalt overfor arbeidstaker er åpenbart, men det omfattes ikke av begrepet. Den alminnelige lojalitetsplikt kan således ikke sies å være gjensidig.

### **3 Avtaleloven § 38 og gjeldende rett**

#### **3.1 Innledning og bakgrunn for bestemmelsen**

Etter norsk rett eksisterer det en ulovfestet avtalefrihet. Av denne følger at avtaler om konkurransebegrensninger som hovedregel gyldig kan inngås ettersom de er vanlige avtaler mellom to parter. Avtl. § 38 regulerer så de tilfeller der konkurranseklausuler ikke er gyldige, og begrenser slik sett adgangen til å gjøre klausuler gjeldende i arbeidsforhold. Hvis ikke en konkurranseklausul anses for å være ugyldig etter loven så må den imidlertid sies å være gyldig, begrunnet i avtalefriheten. § 38 begrenser bare klausulers virkeområde.

---

<sup>33</sup> Borch og Fougner i "Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver", Lov og rett (2000) s. 67-100 på s. 75.

Slik sett begrenser den også avtalefriheten. I bestemmelsen forutsettes det at en konkurransebegrensende avtale er inngått. Bestemmelsens første ledd fokuserer på ugyldige klausuler generelt, uavhengig av om det er snakk om arbeidsforhold, mens det følger av ordlyden i annet og tredje ledd at disse spesifikt gjelder for arbeidstakere<sup>34</sup>. Dette kan avledes av det faktum at første ledd omtaler den som generelt har gått inn på en avtale om konkurransebegrensning, mens annet ledd omtaler underordnede ansatte, og tredje ledd bruker formuleringen ”ansatt i anden stilling”. Første ledd er altså en hovedregel. Den er derfor viktig selv om den omtaler klausuler generelt og ikke spesifikt i arbeidsforhold, mens oppgaven primært fokuserer på klausuler i arbeidsforhold. Generelt kan det sies at en klausul mellom arbeidsgiver og arbeidstaker må være saklig begrunnet i et ønske om å beskytte arbeidsgiver mot konkurranse. Videre skal ikke en klausul tolkes utvidende. En tvil om klausulens rekkevidde bør tolkes innskrenkende i arbeidstakers favør i lys av at arbeidsgiver er den presumtivt sterke part<sup>35</sup>. I all hovedsak blir konkurranseklausuler opprettholdt av domstolene<sup>36</sup>. Avtl. § 38 er en lempningsregel, som avtl. § 36.

Avtl. § 38 ble til som følge av et skandinavisk lovsamarbeid på obligasjonsrettens område. Et norsk lovutkast, ”Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade”, ble utarbeidet for avtaleloven, deriblant for § 38, av lovkomiteen. Utkastet er en del av Ot.prp. nr. 63 (1917)<sup>37</sup>. Det bygget på det skandinaviske lovsamarbeidet, fokuserte særlig på motivene som burde gjøre seg gjeldende ved utforming av bestemmelsen og ble avgitt til departementet av lovkomiteen 31. desember 1913. Tilsvarende ble også svenske og danske lovutkast utarbeidet<sup>38</sup>. De skandinaviske utkastene var i all hovedsak ensartede<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 90. Her tilsvarende utkastets § 39 nåværende § 38 første ledd.

<sup>35</sup> Dege, Jan Tormod: Arbeidsrett – rettigheter og plikter i arbeidsforhold (2003) s. 258.

<sup>36</sup> Dege, Jan Tormod: Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold (2003) s. 264.

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 1.

<sup>38</sup> Bugge Fougner og Lenth i ”Noen betraktninger om avtaleloven § 38 ” i Arbeidsrett 2006 s. 265-273 på s. 265. Elektronisk artikkel tilgjengelig på <http://www.idunn.no>.

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 63 (1917) s.1.



Det svenske Lagrådet gjennomgikk det norske utkastet og hadde noen bemerkninger. Deretter fulgte et møte hvor de delegerte fra de tre skandinaviske landene samlet seg. Lagrådets bemerkninger ble her gjennomgått og det ble vurdert hvorvidt disse bemerkningene skulle medføre endringer i lovutkastene. Norge valgte i all hovedsak å holde fast på sitt opprinnelige utkast på tross av de svenske bemerkningene gjennom hele prosessen med å lovfeste regelen om konkurranseklausuler i § 38<sup>40</sup>. Utkastets utforming av bestemmelsen ble i all hovedsak stående uendret da denne ble til § 38, ved at to bestemmelser fra utkastet ble slått sammen<sup>41</sup>. Någjeldende annet ledd annet punktum om forretningshemmeligheter ble imidlertid tilføyd etter at utkastet var utformet. Bakgrunnen for at denne regelen ble inntatt, som åpner for klausuler også mot ansatte i underordnede stillinger der hvor disse besitter forretningshemmeligheter, var at justiskomiteen ønsket å begrense anvendelsesområdet til ugyldighetsregelen i annet ledd første punktum. Denne uttrykte hovedregelen for underordnede ansatte, nemlig at disse i utgangspunktet ikke er bundet av klausuler. Komiteen erkjente at bestemmelsen potensielt kunne få en svært utstrakt bruk, og ønsket en viss moderasjon. Annet ledd annet punktum ble derfor lagt til under behandlingen av lovforslaget<sup>42</sup>.

I forbindelse med innføringen av den alminnelige lempingsregelen i avtl. § 36 så ble ordlyden i § 38 endret ved at begrepet ”utilbørlig” ble endret til ”urimelig”<sup>43</sup>. Dette ble gjort for at § 38 skulle harmonere bedre med § 36<sup>44</sup>. Det er med dette tydelig at det er en sammenheng mellom § 38 og § 36. Den rent språklige endringen innebar imidlertid ingen realitetsendring<sup>45</sup>. Dette synet uttrykkes også i Rt. 2006 s. 1025<sup>46</sup>. Ved innføringen av

---

<sup>40</sup> Bugge Fougner og Lenth i ”Noen betraktninger om avtaleloven § 38 ” i Arbeidsrett 2006 s. 265-273 på s. 265. Elektronisk artikkel tilgjengelig på <http://www.idunn.no>.

<sup>41</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 13-14.

<sup>42</sup> Indst. O. IX (1918) s. 5.

<sup>43</sup> Endret ved endringslov nr. 4/ 1983.

<sup>44</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) ”Om lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4, m.m.” s. 42.

<sup>45</sup> NOU 1979: 32 s. 57. Utredningen ble utferdiget i forbindelse med innføringen av den formuerettslige lempningsregelen i avtl. § 36.

<sup>46</sup> Rt. 2006 s. 1025 i avsnitt 47.

lempningsregelen ble det i forarbeidene diskutert hvorvidt § 38 burde videreføres eller oppheves. Det ble i den anledning anført at bestemmelsen burde opprettholdes ettersom den omhandlet en spesiell type avtaler og siden den for enkelte situasjoner oppstilte klare utgangspunkt om at slike avtaler er ugyldige<sup>47</sup>.

Forarbeidene fokuserer en del på motiver bak § 38. Det uttrykkes bekymring for konkurranseforbud som strekker seg så langt at den ansatte settes i et økonomisk avhengighetsforhold som det kan bli vanskelig å rive seg løs fra. Videre så anses dette problematisk nettopp fordi en arbeidstaker ved ansettelsen lett vil love alt det en arbeidsgiver krever fordi han ønsker å få jobben. Det uttrykkes at en arbeidstaker ved inngåelsen av et arbeidsforhold lett vil kunne godta arbeidsvilkår som innebærer bøter ved brudd på avtaleregulerte klausuler, og at forskjellen i styrkeforhold kan medføre at slike bøter blir å anse som urimelige<sup>48</sup>. Selv om forarbeidene er svært gamle og arbeidslivet har endret seg betraktelig siden lovens vedtagelse så ble problematiske aspekter ved vidtgående klausuler erkjent allerede da. Det kan tenkes at problemene var enda tydeligere før i tiden, i det klausuler ofte gikk enda lenger da.

Ansettelsesavtaler som er utarbeidet av virksomheter til eget bruk er ofte mangelfulle i sitt innhold om konkurranseklausuler, og strekker seg gjerne for langt. Særlig i små virksomheter hvor det gjerne ikke er egne ansatte jurister så er tendensen utbredt<sup>49</sup>. I Rt. 1990 s. 607 så uttrykte retten at forbudet mot konkurranse i en ansettelsesavtale var for vidtgående. Det ble også uttalt at den ulovfestede lojalitetsplikten måtte sies å være særlig sentral for ansatte i høye stillinger som kan anses for å være nøkkelpersoner i en virksomhet<sup>50</sup>. Lojalitetsplikt og klausuler henger sammen. Retten uttalte at ansatte har en lojalitetsplikt som også omfatter det å informere overordnede om forhold som vil ha direkte betydning for virksomheten, der hvor de ansatte selv sier opp og er bundet av

---

<sup>47</sup> NOU 1979: 32 s. 57.

<sup>48</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 18.

<sup>49</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 614.

<sup>50</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 615.

konkurransesklausuler. Det ble videre uttrykt at markedsføringslovens bestemmelse om god forretningsskikk kunne anvendes mot ansatte som slutter i en virksomhet i den hensikt å starte for seg selv og dermed foretar konkurransehandlinger mens de enda er i ansettelsestid hos opprinnelig arbeidsgiver. Det ble det da siktet til daværende markedsføringslov av 1972 § 1<sup>51</sup>. Den någjeldende mfl. § 1 har videreført regelen om god forretningsskikk mellom næringsdrivende, så denne bestemmelsen må kunne anvendes i slike tilfeller<sup>52</sup>. Likevel så har bestemmelsen såpass uklar rekkevidde at det vil være vanskelig å påberope seg den i praksis<sup>53</sup>.

Ettersom § 38 formulerer det å foreta konkurransehandlinger som å ”drive forretning eller virksomhet av en viss art” så innebærer dette at ikke alle konkurransebegrensende avtaler vil omfattes av bestemmelsen. Det å kontakte tidligere arbeidsgivers kunder (kunde-klausuler) vil naturlig falle utenfor. Slike typer klausuler vil ikke bli behandlet i oppgaven, men det må påpekes at § 38 ikke omfatter alle former for klausuler<sup>54</sup>. Vurderingen av gyldigheten av slike klausuler må da gjøres etter avtl. § 36<sup>55</sup>. Videre så faller en bestemmelse i en avtalt klausul som pålegger arbeidstaker taushetsplikt i karenperioden (den perioden arbeidstaker er bundet av klausulen) antagelig utenfor § 38 sitt virkeområde<sup>56</sup>.

Avtl. § 38 lyder som følger:

---

<sup>51</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 614.

<sup>52</sup> Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16. juni 1972 nr. 47 og Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. av 9. jan 2009 nr. 2.

<sup>53</sup> Fougner, Jan: Arbeidsavtalen – utvalgte emner (1999) s. 226. Her omtales forbudet mot handlinger som strider mot god forretningsskikk etter den gamle mfl. § 1. Denne tilsvarer i all hovedsak den nåværende mfl. § 1 hva gjelder god forretningsskikk.

<sup>54</sup> Fougner, Jan: Arbeidsavtalen – utvalgte emner (1999) s. 227.

<sup>55</sup> Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming. Tidsskrift for Forretningsjus (2002) s. 139-155 på s. 140.

<sup>56</sup> Borch og Fougner i ”Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver”, Lov og rett (2000) s. 67-100 på s. 87.

*Har nogen gaat ind paa, at han av konkurransehensyn ikke skal ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art, binder vedtagelsen ham ikke, forsaavidt den urimelig innskraner 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 innskraner den forpligtedes adgang til erhverv, skal hensyn tages ogsaa til den betydning, det har for den anden part, at avtalen opretholdes.*

*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.*

*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.*

## **3.2 Vilkårene**

### **3.2.1 Første ledd**

#### **3.2.1.1 ”Urimelig innskraner hans adgang til erhverv”**

Etter første ledd første punktum så er ikke en konkurranseklausul bindende dersom den ”urimelig innskraner hans adgang til erhverv” eller ”maa anses for at strække sig længer enn paakrævet for at verne mot konkurranse”. Vilkårene er altså ikke kumulative. Det er tilstrekkelig at ett av dem er oppfylt for at en klausul skal anses ugyldig. Første ledd første

punktum viser altså til en rimelighetskontroll. Etter annet punktum heter det så at betydningen det har for den annen part, altså arbeidsgiveren, at avtalen opprettholdes, også skal vektlegges ved avgjørelsen av om den vedtatte klausulen urimelig innskrenker den ansattes adgang til erverv. Det må her understrekes at selv om den andre parts forhold, altså arbeidsgiverens, skal vektlegges, så er bestemmelsen først og fremst ment å verne arbeidstaker. Ved motstridende interesser så vil arbeidstakers rett til vern mot en for vid klausul vinne over arbeidsgivers interesse, uansett hvor sterk denne skulle være<sup>57</sup>.

Det første vilkåret etter første ledd første punktum er altså at en klausul ikke er gyldig dersom den ”urimelig innskrenker hans adgang til erverv”. Begrepet ”urimelig” viser her til en skjønnsvurdering, og må vurderes helt konkret i et gitt tilfelle. Det aksepteres her at en klausul medfører en viss innskrenkning i adgangen til erverv, ettersom dette ligger i klausulens natur. Det er imidlertid den tillate grensen som må vurderes, i det det må fastsettes når innskrenkningen må sies å være urimelig. Vurderingen av begrepet urimelig dreier seg i stor grad om arbeidstakerens mulighet til å skaffe seg annet arbeid uten å bryte klausulen. Det er gjennom rettspraksis klart at en arbeidstaker bør ha tilgang til kvalifisert arbeid, hvor han kan benytte seg av sin erfaring og utdannelse. Dette medfører at rene yrkesforbud klart representerer en urimelig innskrenkning av arbeidstakers adgang til erverv<sup>58</sup>.

Det er ved fratredelsestidspunktet at rimeligheten av en klausul skal vurderes<sup>59</sup>. Med ”adgang til erverv” forstås her muligheten for arbeidstakeren til realistisk sett å kunne sikre seg en inntekt som han kan leve av på tross av klausulens innhold. Det holder således ikke med en teoretisk mulighet til å kunne sikre seg erverv. Det må være en reell og realistisk mulighet til å skaffe seg lønnet arbeid.

---

<sup>57</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 91.

<sup>58</sup> Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming,. Tidsskrift for Forretningsjus (2002) s. 139-155 på s. 145.

<sup>59</sup> Dege, Jan Tormod: Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold (2003) s. 262.

Ved vurderingen av om vilkåret om å kunne sikre seg erverv hindrer en klausul i å gjøres gjeldende så skal både hensyn til arbeidstaker og samfunnet som helhet vurderes, da det ikke er ønskelig at arbeidskraft legges øde, og slik sett medfører at en arbeidstaker må lønnes på samfunnets regning i form av stønadsutbetalinger. Selv der hvor en arbeidstaker er så godt bemidlet at han ikke trues økonomisk av en klausul så taler moralske hensyn for at han fortsatt skal ha rett til å tilby sin arbeidskraft på arbeidsmarkedet<sup>60</sup>. Her uttrykkes altså prinsippet om mobilitet i arbeidslivet som et hensyn bak bestemmelsen. Bestemmelsen er fra 1918. Selv om dette er lenge siden så var rekkevidden av klausuler før innføringen av § 38 enda videre. Ved å lovfeste i § 38 at klausuler ikke skulle være urimelige eller strekke seg lenger enn nødvendig så ble kravet til gyldige klausuler noe skjerpet. Før bestemmelsen ble vedtatt fantes det eksempler på klausuler som strakk seg enda lenger<sup>61</sup>. I Rt. 1905 s. 263 så ble en konkurranseklausul med en varighet på ti år opprettholdt mot en arbeidstaker<sup>62</sup>.

I "Arbeidsavtaler – utvalgte emner" av Fougner så uttales det at klausuler som ikke fastsetter en varighet for konkurranseforbudet, men hvor disse gjelder på ubestemt tid, må anses som urimelige. De må anses å innskrenke adgangen til erverv i urimelig grad. Slike avtaler kan likevel opprettholdes for en viss tid, men ettersom alle klausuler bør være tidsbegrensede så er det rimelig å anta at de vil anses urimelige der de gjelder utover ett år<sup>63</sup>. Et tilsvarende syn fremmes i LB-2005-89767, hvor lagmannsretten kom til at en tidsubegrenset klausul var urimelig, og reduserte dennes varighet til ett år etter § 38 første ledd<sup>64</sup>. Dette står imidlertid i motsetning til uttalelsene om at teori antyder at klausuler vil være gyldige i opp til to år uten krav på vederlag<sup>65</sup>. Videre uttrykkes at ett år er en ytre grense for klausulers varighet dersom det ikke ytes vederlag i "Arbeidsrett – rettigheter og plikter i

---

<sup>60</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 91.

<sup>61</sup> Jakhelln, Henning: Oversikt over arbeidsretten 4. utg. (2006) s. 320.

<sup>62</sup> Rt. 1905 s. 263.

<sup>63</sup> Fougner, Jan i "Arbeidsavtaler – utvalgte emner", Oslo 1999 s. 228.

<sup>64</sup> LB-2005-89767.

<sup>65</sup> Jakhelln, Henning: Oversikt over arbeidsretten, 4.utg. 2006 s. 320.

arbeidsforhold”<sup>66</sup>. I LG- 1992-950 ble det uttalt at en klausul med en varighet på 18 måneder strakk seg lenger enn det som syntes påkrevet<sup>67</sup>. Det er med andre ord vanskelig å fastsette en eksakt tidsramme ettersom vurderingene blir skjønnsmessige i den enkelte tvist og teori synes å være noe tvetydig. En konkret vurdering av den enkelte arbeidstakerens mulighet for å skaffe seg jobb selv om klausulen skulle gjelde, i lys av sin utdanning, innsikt i markedet etc. vil være av betydning ved vurderingen av hvor grensen mot urimelighet går, hva gjelder klausulens varighet<sup>68</sup>. Dersom arbeidstakeren har andre kvalifikasjoner, og slik sett har mulighet for å skaffe seg annet arbeid, arbeid som ikke bryter med klausulen, samtidig som han i all hovedsak sikrer sitt erverv i tilnærmet lik grad som tidligere, vil dette tale for å opprettholde klausulen<sup>69</sup>.

### **3.2.1.2 ”Strækker sig længer enn paakrævet for at verne mot konkurranse”**

Det andre vilkåret innebærer at en klausuls gyldighet er betinget av at den ikke ”strækker sig længer enn paakrævet for at verne mot konkurranse”. Igjen så er det begreper som gir en anvisning på bruk av skjønn. Det som må vurderes er hva som er ”lengre enn påkrevd” og hva som ligger i begrepet ”verne om konkurranse”. Å angi hvor grensen eksakt går for hva som er påkrevd er ikke mulig. Det som er klart er at et krav om forholdsmessighet må sies å foreligge. Hvor langt klausulen går, som er en annen måte å vurdere hvor sterkt arbeidsgiver velger å beskytte seg mot konkurranse gjennom regulering i en klausul, må være forholdsmessig i forhold til hvor sterkt behov arbeidsgiver reelt sett har for å beskytte seg. Hva som er påkrevet og et beskyttelsesbehov henger altså sammen. Der hvor en arbeidstaker gjennom opplæring har fått spesialkunnskap innenfor et fagfelt så taler dette for at beskyttelsesbehovet er sterkere. Dette forutsetter at kunnskapen er av

---

<sup>66</sup> Dege, Jan Tormod: Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold (2003) s. 264.

<sup>67</sup> LG-1992-950

<sup>68</sup> Fougner, Jan: Arbeidsavtalen – utvalgte emner (1999) s. 228.

<sup>69</sup> Borch og Fougner i ”Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver”, Lov og rett (2000) s. 67-100 på s. 87.

konkurransemessig betydning. Av konkurransemessig betydning er det da hvorvidt arbeidstakeren har fått innsikt i virksomhetens kundekrets, salgsmetoder eller forretningshemmeligheter. Visse stillinger er mer i kontakt med virksomhetens kunder og har mer salgspreg. Slike vil lettere kunne pålegges klausuler ettersom deres kunnskap lettere må sies å være av konkurransemessig betydning<sup>70</sup>. En konkret vurdering av konkurransen i markedet på det gitte tidspunkt må da gjøres. Veiledning fra rettspraksis blir også nødvendig for å fastslå hvor grensen går. Dessuten kompliseres det ytterligere ved bruk av kompensasjon ved klausuler. Dersom en klausul i utgangspunktet går for langt, men arbeidsgiver yter tilfredsstillende kompensasjon i karenperioden så er det vanskeligere å nå frem med at klausulen er for vidtgående. I praksis vil tilfredsstillende kompensasjon ofte tilsvare den lønn en arbeidstaker hadde før opphør av arbeidsforhold, før klausulen begynte å løpe.

Etter første ledd annet punktum skal arbeidsgivers interesser også vektlegges ved tolkningen av begrepet ”strækker sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse”. Her skal hans behov for å opprettholde klausulen vurderes, og veies opp mot arbeidstakers behov.

Det påpekes at første ledd er utformet med fokus på når en klausul ikke er gyldig. Dette uttrykkes ved å angi de tilfeller der klausulen *ikke* er gyldig. Begrunnelsen kan tenkes å være at samfunnsmessige hensyn tilsier at fri flyt av arbeidskraft er ønskelig, mens bruk av konkurranseklausuler som begrenser den frie flyten bør skje unntaksvis. Det er da naturlig med en bestemmelse som lister opp de tilfeller hvor klausuler ikke er gyldige. Det følger imidlertid av den ulovfestede avtalefriheten, som nevnt innledningsvis, at klausuler som avtaler kan gyldig inngås. Videre så gjør sterke hensyn seg gjeldende, og tilsier at klausuler bør tillates av hensyn til arbeidsgiver der hvor dennes eksistens kan trues av tidligere ansattes adferd etter opphør av arbeidsforholdet.

---

<sup>70</sup> Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming,. Tidsskrift for Forretningsjus (2002) s. 139-155 på s. 142-143.



Det må nevnes at arbeidstakers mulighet til mobilitet, det å kunne fritt velge hvor han ønsker å ta nytt arbeid ved opphør av et tidligere arbeidsforhold, er i både samfunnets og hans egen interesse. Arbeidstakeren kan ved vide klausuler som oppfattes som et totalt yrkesforbud i praksis ende opp med å måtte motta stønad fra det offentlige i stedet. Dette er verken i hans egen eller i det offentliges interesse dersom han er arbeidsdyktig, men bare holdes tilbake av klausulen. En stønadsmottaker kan anses som en utgiftspost og dette kan anses unødvendig der hvor arbeidstakeren er i stand til å søke arbeid. Slike momenter taler for at klausuler bør begrenses, og der hvor de opprettholdes så bør vederlag ytes til arbeidstaker mot at han etterlever klausulen, ettersom alternativet kan være stønadsytelser.

I RG-1991-1186 så kom retten til at et konkurranseforbud strakk seg lenger enn påkrevd for å verne arbeidsgiver mot konkurranse<sup>71</sup>. Det ble lagt vekt på at arbeidstakeren under ansettelsen ikke hadde nok innsyn i forretningshemmeligheter eller kundekretser.

Etter vilkåret her så kan ikke en klausul omfatte produkter og områder som den ansatte ikke har kunnskap om. I et stort konsern kan det tenkes at en klausul formulerer det slik at den ansatte ved arbeidsforholdets opphør må forstå fra enhver virksomhet som kan komme i konflikt/konkurranse med arbeidsgivers virksomhet. Dersom arbeidstakeren ikke har kunnskap om den del av virksomheten som nevnes i klausulen så må denne tolkes innskrenkende for arbeidstakers del<sup>72</sup>.

### **3.2.2 Annet ledd**

#### **3.2.2.1 "Underordnet stilling"**

Annet ledd første punktum sier at ansatte i underordnede stillinger ikke er bundet av konkurranseklausuler. Dette er hovedregelen for dem. Bakgrunnen for regelen er forskjellen i styrkeforhold og forhandlingsposisjon mellom underordnede og overordnede

---

<sup>71</sup> RG-1991-1186 s. 1190.

<sup>72</sup> Dege, Jan Tormod: Arbeidsrett – rettigheter og plikter i arbeidsforhold s. 259.

ansatte<sup>73</sup>. Unntaket følger så i annet punktum. Dersom en underordnet får innblikk i arbeidsgivers forretningshemmeligheter, slik at han potensielt kan bruke dette til å skade arbeidsgiver, så vil en klausul da være bindende også for ham. Klausulen kan likevel heller ikke da urimelig innskrenke muligheten til å sikre seg erverv eller strekke seg lenger enn nødvendig for å verne mot konkurranse. Det er med andre ord ikke stillingens karakter som underordnet som er avgjørende, men hvorvidt arbeidstaker med sin kompetanse kan påføre arbeidsgiver skade gjennom avsløring av bedriftshemmeligheter. Tanken bak bestemmelsen er at det er de i overordnede stillinger som har lettest tilgang på opplysninger som kan skade arbeidsgiver ved avsløringer<sup>74</sup>. Det kan hevdes at det sjelden vil være behov for konkurranseklausuler overfor underordnede ansatte<sup>75</sup>. Likevel har dette endret seg noe med tiden, og det er naturlig å anta at også underordnede vil ha noe tilgang på sensitive bedriftshemmeligheter, i hvert fall i en større grad enn før. I praksis vil det være svært vanskelig å bevise at bedriftshemmeligheter har blitt avslørt. Hensynet til arbeidsgiveren taler derfor for at retten er tilbakeholdne med å ugyldiggjøre klausuler i slike tilfeller. I virksomheter hvor det forekommer lite bedriftshemmeligheter så vil det således være vanskeligere å gjøre gjeldende en klausul på slike grunnlag der<sup>76</sup>.

Ettersom annet ledd uttrykker at ”ansat i bedriften som lærling...” ikke skal være bundet av klausuler som hovedregel så viser formuleringen ”ansat i” at bestemmelsen kun gjelder klausuler som er inngått før arbeidsforholdet er opphørt, og ikke for senere avtaler<sup>77</sup>. Annet ledd første punktum vil ikke få anvendelse for arbeidstakere som inngår klausuler først etter fratreden. Tanken er at arbeidstakeren da ikke lenger trenger det særskilte vernet som annet ledd første punktum gir. Arbeidstakeren har da lettere for å vurdere om han skal

---

<sup>73</sup> Fougner, Jan: Arbeidsavtalen – utvalgte emner (1999) s. 231.

<sup>74</sup> Dege, Jan Tormod: Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold (2003) s. 264.

<sup>75</sup> Fougner, Jan: Arbeidsavtalen – utvalgte emner (1999) s. 231.

<sup>76</sup> Fougner, Jan: Arbeidsavtalen – utvalgte emner (1999) s. 230-231.

<sup>77</sup> Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming. Tidsskrift for Forretningsjus (2002) s. 139-155 på s. 147.

akseptere tilbudet om å inngå en klausul med tidligere arbeidsgiver<sup>78</sup>. I oppsigelsestiden vil derimot annet ledd første punktum gjelde. Da består fremdeles ansettelsesforholdet. Formuleringen ”en viss tid” i annet ledd første punktum viser at det er et vilkår at den konkurransebegrensende avtalen skal gjelde en tid etter at ansettelsen har opphørt. Der hvor en ansatt med en klausul har vært underordnet i begynnelsen av sitt arbeidsforhold, men har så fått en mer ledende stilling, så vil klausulen ikke falle bort, men måtte vurderes etter § 38 første ledd<sup>79</sup>.

Med skade må her forstås både den skade arbeidstaker selv kan påføre en arbeidsgiver med sin kunnskap, og den skade han kan påføre en arbeidsgiver gjennom å meddele sin kunnskap til andre. Dersom § 38 annet ledd sees i sammenheng med strl. § 294 så vil prinsippet om skade påført arbeidsgiver gjennom meddelelse til andre virke klarere. Strl. § 294, og da denne tanken, vil det redegjøres for senere i oppgaven.

Det er forståelig å ha behov for å beskytte seg dersom en underordnet ansatt besitter slik kunnskap at han kan bruke denne til å skade arbeidsgiver. § 38 skiller mellom underordnede ansatte i annet ledd og andre ansatte i tredje ledd, samt at første ledd virker mer generelt ved at det ikke bruker begrepet ansatt i det hele tatt, men sier ”han”. Likevel påpekes det her at det å besitte en slik kunnskap at det kan brukes til å skade arbeidsgiver rettferdiggjør bruken av en klausul ikke bare mot underordnede ansatte, men mot alle ansatte, da dette er et argument i seg selv for å beskytte seg gjennom en klausul. Det står bare eksplisitt i annet ledd ettersom denne, ved å omtale underordnede, har som hovedregel at disse er ubundet av konkurransebegrensende avtaler.

I de tilfeller hvor en klausul vil være bindende også for underordnede ansatte så er dette under forutsetning av at klausulen fremdeles ikke innskrenker den underordnedes adgang

---

<sup>78</sup> Ot.prp. nr. 63 (1917) – Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade (avgitt til Justisdepartementet i 1913) s. 94-95. I forarbeidet tilsvarende § 40 det som ble til § 38 annet ledd første punktum og tredje ledd.

<sup>79</sup> Borch og Fougner i ”Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver”, Lov og Rett (2000) s. 67-100 på s. 90-91.

til erverv og at klausulen heller ikke strekker seg lenger enn nødvendig får å verne mot konkurranse. Vi ser altså her at vilkårene for å kunne gjøre klausuler gjeldende etter første ledd også må legges til grunn i annet ledd. Med andre ord kan en klausul i annet ledd settes til side etter en skjønnsmessig vurdering etter de samme vilkår som i første ledd. Derfor må annet ledds rekkevidde, der hvor bestemmelsen legitimerer bruk av klausuler også mot underordnede, sies å innskrenkes noe av den skjønnsmessige vurderingen som tillater tilsidesetting av klausuler som i første ledd. Det opereres riktignok med formuleringen ”vanskeliggjøre hans adgang til erverv” her, istedenfor ”innskrenker hans adgang til erverv”, som det heter etter første ledd. I den konteksten det står så må disse formuleringene imidlertid antas å bety det samme. Det er klart at annet ledd siste punktum henspiller på første ledd første punktum, og vilkårene der. Dessuten er det andre vilkåret fra første ledd om vernet mot konkurranse gjengitt ordrett i annet ledd siste punktum. Det fremstår som klart at begge vilkårene fra første ledd da må bety det samme i annet ledd, selv om det ene veksler mellom ”innskrenker” og ”vanskeliggjøre” erverv.

Med ”underordnet stilling” forstås en som klart er i en posisjon hvor han er underlagt en høyere stilling. Det typiske da er å være underlagt en tradisjonell leder. Eksempler på underordnede i en virksomhet er gitt i bestemmelsen. Eksemplene omfatter lærlinger, kontorister, betjenter og arbeidere. Likevel kan ikke denne listen forstås som en uttømmende oppramsing av stillinger som omfattes av begrepet. Bestemmelsen formulerer dette med nøkkelordene ”eller lignende underordnet stilling”. Det er ikke hensiktsmessig å oppramse ulike yrker som kan tenkes å omfattes av begrepet underordnet. Imidlertid så må det påpekes at omfanget av begrepet er flytende. Det går ikke en klar grense mellom de stillingene som rammes av annet ledd og de som ikke rammes. Noen stillinger faller nok klart innenfor, mens andre klart faller utenfor. De mest åpenbare stillingene som ikke er ment å omfattes av annet ledd er ansatte på ledernivå. Ellers er det langt fra like opplagt hvor skillet går for andre stillinger som er mer i grenseland.

For øvrig kan det nevnes at noen av eksemplene på underordnede som nevnes i annet ledd neppe er praktisk viktige i dag. Som nevnt tidligere i oppgaven så har ikke § 38 blitt

realitetsendret siden 1918, da loven i sin helhet trådte i kraft. I løpet av de nesten hundre årene som har gått siden da så har arbeidslivet forandret seg i betydelig grad. Betegnelsen ”arbeider” kan det påstås at er foreldet. I dagens samfunn er det vanskelig å kartlegge hvem som er tradisjonelle arbeidere. Noen vil påstå at arbeideren ikke finnes lenger, ettersom flertallet av de uten høyere utdanning, som tradisjonelt representerte den typiske arbeider, gjerne jobber i industrien. Her tjener de gjennomsnittlig tilnærmet like godt som mange mennesker med høyere utdanning. Dette skyldes i stor grad det norske oljeeventyret. Klart er det uansett om man er enig i at arbeideren som begrep er foreldet, at dette begrepet likevel ikke er så viktig som det var i 1918.

Videre så er begrepet kontorist lite praktisk. Det som det må antas at menes med det, sett i lys av når det er skrevet, er folk med sekretærjobber i virksomheters kontorlokaler. I dag har gjerne disse også treårige bachelor-grader innenfor kontoradministrasjon o.l. Kontorister vil i dag i en lang rekke underordnede stillinger besitte konkurransesensitiv informasjon som kan tale for anvendelse av annet ledd annet punktum. Dette punktet, som unntaksregelen, medfører at grensen mellom stillinger som går inn under første ledd og annet ledd er flytende. Grensetilfellene vil som oftest medføre at klausuler anses ugyldige ettersom de fanges opp av unntaksbestemmelsen i annet ledd annet punktum<sup>80</sup>.

Lærlinger, som også er nevnt som et eksempel på underordnede stillinger er nok praktisk viktige også i dagens arbeidsmarked, og sees fremdeles på som underordnede stillinger.

I RG-1991-1186 så kom lagmannsretten til at en selger var å anse som en i en underordnet stilling. Dette ble begrunnet i arbeidets art og rammebetingelser, samt at stillingen som selger i den aktuelle saken var preget av hyppige utskiftninger av ansatte<sup>81</sup>. Oslo byrett (nå Oslo tingrett) vurderte om en ansatt var å anse som underordnet i RG-1996-1241. Momentene som da ble vurdert var hvorvidt den ansatte hadde en selvstendig eller

---

<sup>80</sup> Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming,. Tidsskrift for Forretningsjus (2002) s. 139-155 på s. 147.

<sup>81</sup> RG-1991-1186 s. 1189-1190.

uselvstendig stilling, samt graden av innsyn i virksomhetens drift og kundemasse. Retten kom her til at den ansatte ikke kunne anses som en underordnet<sup>82</sup>.

Annet ledd nevner forretningshemmeligheter. Dette kan sees i sammenheng med fenomenet taushetsplikt i arbeidsforhold, i det det er snakk om tilnærmet det samme. Å tilegne seg særlig kunnskap gjennom et arbeidsforhold, som potensielt kan brukes til å skade arbeidsgiver ved opphør av arbeidsforholdet, dreier seg om den alminnelige lojalitetsplikt og et eventuelt brudd på denne. Konsekvenser av brudd på taushetsplikten vil bli behandlet senere i oppgaven.

### **3.2.2.2 ”Betydelig grad at skade innehaveren”**

Vilkåret er her at den underordnede ikke må være i en posisjon hvor han besitter kunnskap som kan skade innehaveren av virksomheten. Dersom det skulle være tilfelle så kan klausulen gjøres gjeldende mot den underordnede. Hva som må sies å kvalifisere til å kunne skade innehaveren i betydelig grad med sin kunnskap må avgjøres skjønnsmessig. Å besitte alminnelig kjent kunnskap i bransjen kan ikke sies å omfattes her.

Betydningen av å ha et tilleggsvern for underordnede ansatte, der disse som hovedregel ikke vil være bundet av en klausul, er viktig fordi slike ansatte oftere står i et særlig svakt styrkeforhold overfor arbeidsgiver. Forarbeidene uttrykker at det vil være mindre behov for en arbeidsgiver å underlegge underordnede ansatte klausuler. Riktignok har dette forandret seg noe i løpet av de nesten hundre årene som har gått siden forarbeidene ble skrevet. I dag kan det tenkes at underordnede besitter kunnskap som kan medføre at arbeidsgiver anser dem som en trussel ved opphør av arbeidsforholdet. Dette skyldes i stor grad at skillet mellom underordnede og overordnede er mye mindre nå. Videre uttrykkes det bekymring i forarbeidene for at underordnede ansatte ofte er unge i alder, og noe umodne, og at vidtgående klausuler da vil ramme disse særlig hardt. Det hevdes her at arbeidsgiver kan ha en lav terskel for å inngå klausuler med underordnede ansatte også, i det han frykter at de

---

<sup>82</sup> RG-1996-1241 s. 1246.

kan røpe forretningshemmeligheter. Som det skal sees på senere så er en arbeidstaker forpliktet til å ikke røpe visse typer hemmeligheter også ved opphør av et arbeidsforhold, uavhengig av om han er underlagt en klausul. Dette fremgår av strl. § 294, og forarbeidene mener at denne bestemmelsen gir et vern her som da medfører at mye av arbeidsgivers frykt er ubegrunnet i forhold til underordnete. Det ble i sin tid vurdert om underordnete som skulle nyte det særlige vernet som annet ledd gir skulle kategoriseres etter en viss inntekt som medførte at de måtte anses som underordnete ansatte. En slik kategorisering ble ansett for å være for vilkårlig, og lovgiver valgte i stedet å liste opp visse typer stillinger som skulle anses for å være underordnete stillinger<sup>83</sup>.

Etter annet ledd annet punktum er det tilstrekkelig å kunne ha mulighet til å skade arbeidsgiveren i betydelig grad for å kunne binde en underordnet etter en klausul. Det er imidlertid ikke et krav å dokumentere at økonomisk skade har funnet sted<sup>84</sup>.

Der hvor en stilling preges av enkeltoppdrag som avsluttes etter kort tid, eller der hvor kundemassen er skiftende, er det mindre sannsynlig at en arbeidstaker i sin stilling sitter med kunnskap som han kan bruke til å skade arbeidsgiver i betydelig grad, ved avsløring av såkalte forretningshemmeligheter. Her vil ikke arbeidstaker ha anledning til å bygge opp nære kunde- eller klientrelasjoner som han kan ta med seg over i en ny virksomhet. Dette følger av LB-1995-2535<sup>85</sup>. Retten uttaler også her at der hvor en arbeidsgiver ikke vil konkretisere hvilke hemmeligheter som kan medføre skade for ham dersom disse røpes av den ansatte, så blir konsekvensen den at den ansatte ikke kan anses for å besitte en slik kunnskap som truer virksomheten.

---

<sup>83</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 93-94.

<sup>84</sup> Rt. 1929 s. 433 på side 435.

<sup>85</sup> LB-1995-2535.

### 3.2.3 Tredje ledd

#### 3.2.3.1 "Ansatt i annen stilling"

Hensikten med bestemmelsen i tredje ledd er å beskytte arbeidstaker der hvor arbeidsgiver fremtvinger en avslutning av arbeidsforholdet der hvor det er avtalt en klausul<sup>86</sup>.

Med "annen stilling" i tredje ledd forstås alle ansatte som ikke er i underordnet stilling. Dette utledes på følgende måte: § 38 første ledd uttrykker en generell regel uavhengig av om det er snakk om arbeidsforhold og annet ledd fokuserer på ansatte i underordnede stillinger<sup>87</sup>. I tredje ledd, som fortsetter etter annet ledd om underordnede stillinger, presiserer lovgiver simpelthen bare ved å si "annen stilling" at det ikke lenger er underordnede stillinger det snakkes om, men ansatte generelt. En annen måte å se dette på er ved å anse de som ikke er underordnede som overordnede. Alle som ikke er underordnede vil være overordnede nettopp for de underordnede. At tredje ledd viser til overordnede ansatte fremgår da av Indst. O. IX (1918), hvor det ved gjennomgangen av tredje ledd sies at samme regelen som i annet ledd gjelder for de i mer overordnede stillinger<sup>88</sup>. Et spørsmål som blir naturlig å drøfte da er hvorvidt underordnede ansatte som har inngått klausul etter annet ledd kan nyte vern etter tredje ledd også. Selv om tredje ledd bruker betegnelsen "anden stilling", og det språklig sett da menes andre enn underordnede ansatte, så må likevel underordnede ansatte sies å være beskyttet av regelen i tredje ledd. Ettersom § 38 første ledd er en generell lovbestemmelse, så betyr dette at tredje ledd da er relevant der hvor en klausul er gyldig inngått både etter første og annet ledd. Den supplerer således begge de to øvrige leddene i bestemmelsen. § 38 er en vernebestemmelse for arbeidstakeren, og det er ingen grunn til at ikke underordnede ansatte også skal kunne påberope seg vernet etter tredje ledd og ha et like sterkt vern som overordnede ansatte. I

---

<sup>86</sup> Borch og Fougner i "Konkurransen med nåværende eller tidligere arbeidsgiver", lov og Rett (2000) s. 67-100 på s. 91.

<sup>87</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 95, hvor § 40 i utkastet tilsvarer dagens § 38 annet ledd første punktum og § 38 tredje ledd.

<sup>88</sup> Indst. O. IX (1918) s. 5.



den anledning påpekes det at § 38 annet ledd annet punktum ble inntatt under justiskomiteens behandling av lovforslaget fordi det var ønskelig å begrense anvendelsesområdet for ugyldighetsregelen i annet ledd første punktum, ikke fordi det var ønskelig at underordnede skulle ha et dårligere vern enn de arbeidstakere som faller inn under tredje ledd<sup>89</sup>. Annet ledd første punktum gir underordnede ansatte en vid adgang til å hevde seg ubundet av klausuler. Det ble derfor ansett nødvendig å begrense dette noe for å hindre en for utstrakt bruk av bestemmelsen. Dette ble gjort ved annet ledd annet punktum, som hjemler adgangen til å også gjøre gjeldende klausuler mot underordnede ansatte. Rt. 2006 s. 1025<sup>90</sup> uttrykker videre følgende:

*”Ved tilføyelser i omfattende lovbestemmelser sent i lovarbeidet er det ikke til å unngå at det fra tid til annen ikke blir fullt samsvar mellom ulike deler av bestemmelsen”.*

Det vil med andre ord ikke være til å unngå at forskjellige ledd i en bestemmelse ikke samsvarer fullt ut, uten at dette kan føre til en slik tolkning her at underordnede ikke skal nyte det vernet som tredje ledd gir. Retten sier videre eksplisitt her at en mulig inkonsekvens mellom annet og tredje ledd ikke kan føre til en innskrenking av arbeidstakerens vern etter tredje ledd.

Dette synet støttes for øvrig også i artikkelen ”Noen betraktninger om avtaleloven § 38”<sup>91</sup>.

### **3.2.3.2 ”Rimelig grunn”**

Tredje ledd første alternativ sier at en ansatts klausul ikke vil være gyldig dersom arbeidsgiver sier ham opp uten at den ansatte har gitt arbeidsgiver rimelig grunn til det. Dersom arbeidstaker derimot selv må bebreides for oppsigelsen på grunn av forhold på sin

---

<sup>89</sup> Indst. O. IX (1918) s.5, og Jakhelln og Aune: arbeidsrett.no 2006 (elektronisk utgave), kommentarutgave til avtaleloven § 38, note 23, som konkluderer tilsvarende.

<sup>90</sup> Rt. 2006 s. 1025 avsnitt 33.

<sup>91</sup> Bugge Fougner og Lenth i ”Noen betraktninger om avtaleloven § 38 ” i Arbeidsrett 2006 s. 265-273 på s. 267. Elektronisk artikkel tilgjengelig på <http://www.idunn.no>.

side, så tilsier en antitetisk tolkning av bestemmelsen at arbeidsgiver har rett til å si ham opp og likevel la klausulen fortsette å gjelde. Tanken her er at dersom en arbeidstaker kan klandre seg selv for oppsigelsen så er det hans egen feil. At en klausul da må respekteres av ham etter arbeidets opphør vil ikke virke urimelig ettersom han selv har satt seg i en slik situasjon. Med samme begrunnelse virker det rimelig å anta at en arbeidstakers eventuelle krav på vederlag i forbindelse med en konkurransebegrensende klausul vil falle bort dersom det er forhold på hans egen side som begrunner oppsigelsen. Dette uttrykkes også i standardreglene vedrørende konkurranseklausuler mellom NHO og TEKNA<sup>92</sup>. Dersom arbeidstaker derimot ikke kan klandres, og oppsigelsen da typisk vil skyldes forhold på arbeidsgivers side, så virker det mer urimelig at klausulen likevel skal gjelde etter opphør. En typisk problemstilling her vil være ved nedbemanning. Det kan hevdes at dette egentlig står i tredje ledd, men det er i beste fall uklart formulert. Høyesterett har for øvrig nå også uttalt at ved oppsigelse grunnet arbeidsgivers forhold så er ikke klausuler gyldige. Dette fremgår av Rt. 2006 s. 1025. Før denne kjennelsen falt så var ikke denne problemstillingen tilstrekkelig kartlagt. I RG 1994 s. 587 kom imidlertid lagmannsretten til at en klausul også var gyldig ved oppsigelser grunnet driftsinnskrenkninger<sup>93</sup>. Høyesterett kom i den ovennevnte kjennelsen til det motsatte synet og presiserte hvordan tredje ledd skulle forstås.

Videre sier bestemmelsen i tredje ledd annet alternativ at en klausul heller ikke vil være gyldig dersom en arbeidstaker selv fratrer og arbeidsgiver har gitt ham rimelig grunn til det ved å unnlate å oppfylle sine plikter. Tanken her er at det å fratres fordi en arbeidsgiver gjennom sin opptreden gjør det vanskelig å fortsette i stillingen skal likestilles med det å bli sagt opp ved forhold som ikke skyldes arbeidstaker, men arbeidsgiver, og hvor da en klausul ikke vil være gyldig. Det resultat at en arbeidstaker ikke skal måtte lide ved å oppleve at en klausul brukes i mot ham dersom han fratrer som følge av arbeidsgivers kritikkverdige opptreden virker også rimelig. Arbeidstakeren skal altså ikke føle seg

---

<sup>92</sup> Standardregler vedrørende konkurranseforbud mellom NHO og TEKNA-Teknisk naturvitenskapelig forening av 2004 IV nr. 1 under merknader.

<sup>93</sup> RG 1994 s. 587.

tvunget til å fortsette i en stilling hvor arbeidsgiver klart misligholder sine plikter bare fordi en klausul forbyr ham å søke arbeid i konkurrerende virksomhet<sup>94</sup>. Hvis en arbeidstaker derimot fratrer uten at arbeidsgiver har opptrådt klanderverdig, men fordi arbeidstaker bare ønsker å søke lykken i et arbeid et annet sted, så virker det mindre rimelig at en klausul skal kjennes ugyldig. Slik er riktignok heller ikke gjeldende rett. Dersom en arbeidstaker har en klausul mot seg, og slutter av egen fri vilje uten forhold på arbeidsgivers side som gjør det vanskelig å fortsette i stillingen, så er hovedregelen etter § 38 første ledd at klausulen kan gjøres gjeldende så lenge den ikke urimelig innskrenker hans adgang til erverv eller går utover det som må sies å være nødvendig for å verne mot konkurranse. Dette kan også leses ut av tredje ledd annet alternativ gjennom en antitetisk tolkning.

Formuleringen ”rimelig grunn” i tredje ledd viser til bruk av skjønn. Det må sies å være en rettslig standard. Hva som er en rimelig grunn, slik at arbeidsgiver skal kunne forsvare valget om å si opp arbeidstaker eller for at det skal kunne forsvares at arbeidstaker selv sier opp, må avgjøres konkret i et gitt tilfelle.

Etter tredje ledd første alternativ er det snakk om en pliktforsømmelse fra arbeidstaker, og dette må her sees i sammenheng med aml. § 15-7. Pliktforsømmelse etter arbeidsmiljøloven relaterer seg nemlig direkte til saklighetskravet i denne bestemmelsen. Aml. § 15-7 slår fast at oppsigelser må være saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold for å være gyldige, jf. bestemmelsens første ledd. ”Rimelig grunn” må her forstås slik at kravene til en saklig oppsigelse må være oppfylt for at konkurranseklausulen ikke skal falle bort ved oppsigelse fra arbeidsgivers side, når denne er begrunnet i arbeidstakers forhold. I motsatt tilfelle så vil en klausul normalt falle bort her. Likevel kan det tenkes at klausulen blir opprettholdt der hvor det ikke foreligger

---

<sup>94</sup> Borch og Fougner i ”Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver”, Lov og Rett (2000) s. 67-100 på s. 92.

saklig oppsigelse etter særskilt påstand fra arbeidsgiver ved en urettmessig oppsigelse, jf. aml. § 15-12 første ledd annet punktum<sup>95</sup>.

Juridisk teori har ikke ett felles syn på begrepet ”rimelig grund” etter tredje ledd første og annet alternativ. Stridens tema er om ”rimelig grund” etter første alternativ viser til en saklighetsstandard mens ”rimelig grund” etter annet alternativ viser til en rimelighetsstandard eller om begrepet etter begge alternativene viser til en rimelighetsstandard. Uansett er det snakk om en rettslig standard, og viktigheten av å avgjøre uenigheten kan det stilles spørsmål ved. Diskusjonen er utpreget teoretisk. Som rettslig standard så vil begrepet ”rimelig grund” endre seg med tiden i tråd med samfunnsutviklingen. Annet alternativ kan sies å vise til en rimelighetsstandard fordi denne omfatter det tilfellet hvor arbeidstaker selv sier opp. I motsetning til en oppsigelse fra arbeidsgivers side etter første alternativ så er ikke en oppsigelse fra arbeidstaker selv relatert til en saklighetsnorm. Det kan konkluderes med at første alternativ viser til en saklighetsstandard mens annet alternativ viser til en rimelighetsstandard<sup>96</sup>.

Der hvor en arbeidstaker blir sagt opp som følge av driftsinnskrenkninger eller andre lignende forhold på arbeidsgivers side så vil eventuelle klausuler falle bort<sup>97</sup>. En driftsinnskrenkning er et forhold på arbeidsgivers side, og er slik sett ikke ”rimelig grund” til oppsigelse med den rettsfølge at klausulen kan beholdes. At driftsinnskrenkninger forøvrig er en gyldig grunn til oppsigelse følger derimot av aml. § 15-7. Det er et argument at det syn som retten kom til i denne avgjørelsen vil kunne ramme små virksomheter særlig hardt. Ved omorganisering og nedbemanning så vil den rettstilstand at klausuler nå er ugyldige og slik sett ikke beskytter de små virksomhetene mot konkurranse lenger, i en allerede vanskelig situasjon som begrunner omorganiseringen, kunne gjøre situasjonen

---

<sup>95</sup> Bugge Fougner og Lenth i ”Noen betraktninger om avtaleloven § 38” i Arbeidsrett 2006, s. 265-273 på s. 269.

<sup>96</sup> ”Noen betraktninger om avtaleloven § 38” av Else Bugge Fougner og Claude A. Lenth. Publisert i Arbeidsrett 2006, s. 265-273 på side 268-269. Elektronisk artikkel. Tilgjengelig på <http://www.idunn.no>

<sup>97</sup> Rt. 2006 s. 1025.

verre. Det kan imidlertid argumenteres her med at Høyesterett i Rt. 2006 s. 1025 var klar på at lovens ordlyd og forarbeidet klart talte for deres konklusjon, og at en endring til gunst for arbeidsgiver burde være en lovgiveroppgave. Det er videre en omstendighet her som balanserer forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver noe. Denne omstendighet er det faktum at alle virksomheter, små som store, er beskyttet mot konkurranse i annen lovgivning enn avtl. § 38. Mfl., da særlig lovens § 28, og strl. § 294, er eksempler, der utnyttelse av forretningshemmeligheter til konkurranseformål kan stride mot loven<sup>98</sup>.

Etter tredje ledd første alternativ så viser ”rimelig grund” til forhold på arbeidstakers side alene. Den viser ikke til en helhetsvurdering hvor også arbeidsgivers forhold skal vektlegges. Arbeidsgivers forhold skal derimot vektlegges under begrepet ”rimelig grund” etter tredje ledd annet alternativ. En helhetsvurdering vil slik sett bli gjort totalt sett<sup>99</sup>. Dette er den logiske løsningen ved å se første og annet alternativ i sammenheng, samt ved en naturlig lesing av ordlyden. I Rt. 2006 s. 1025 ble det hevdet av kjæremotparten at tredje ledd første alternativ viste til forhold både på arbeidstakers og arbeidsgivers side. Dette ble begrunnet med at slik sett ville tredje ledd harmonere bedre med annet ledd. Retten var uenig, og sa at det vesentlige var at et slikt syn ville medført et innskrenket vern for arbeidstaker<sup>100</sup>.

Der hvor en klausul blir erkjent ugyldig fordi arbeidstaker blir sagt opp på grunn av forhold på arbeidsgivers side så vil dette ikke kunne sies å være brudd på den individuelle arbeidsavtalen fra arbeidsgivers side. Det typiske eksemplet på oppsigelse grunnet forhold på arbeidsgivers side er driftsinnskrenkning. Dette er saklig grunn til oppsigelse, jf. aml. § 15-7, og innebærer ikke noe brudd på arbeidsavtalen. Det medfører likevel at en klausul med oppsigelsen vil bortfalle. Det må her påpekes at arbeidsgiver har forpliktelser overfor

---

<sup>98</sup> ”Noen betraktninger om avtaleloven § 38” av Else Bugge Fougner og Claude A. Lenth. Publisert i Arbeidsrett 2006, s. 265-273 på side 272. Elektronisk artikkel. Tilgjengelig på <http://www.idunn.no>

<sup>99</sup> Rt. 2006 s. 1025 i avsnitt 51.

<sup>100</sup> Rt. 2006 s. 1025 i avsnitt 33.

en arbeidstaker utover innholdet i den individuelle arbeidsavtalen. Et eksempel er aml. § 4-1, som stiller krav til et tilfredsstillende arbeidsmiljø. Mobbing, trakassering og lignende fra øvrige kolleger bør derfor kunne oppfattes som omstendigheter som gir arbeidstaker en "rimelig grund" til oppsigelse hvor også en klausul med det vil falle bort, jf. avtl. § 38 tredje ledd annet alternativ. En arbeidsgiver som har forsømt sine lovregulerte forpliktelser til å sikre et tilfredsstillende arbeidsmiljø overfor en arbeidstaker, på tross av at slike forpliktelser ikke er nevnt i en arbeidsavtale, vil med dette har gjort seg skyldig i slike pliktforsømmelser at arbeidstaker ved å si opp sin stilling også er ubundet av klausulen. Andre eksempler på oppførsel fra arbeidsgiver som vil lede til samme resultat er dårlig eller uetisk ledelse<sup>101</sup>.

Etter tredje ledd første alternativ så reguleres det tilfellet at en arbeidsgiver sier opp en arbeidstaker. Her må det presiseres noe i forhold til endringsoppsigelser. En endringsoppsigelse er ikke en fysisk oppsigelse, men innebærer en så vesentlig stillingsendring i arbeidstakers arbeidsforhold at det i realiteten må likestilles med at arbeidstaker har blitt sagt opp. I Rt. 2006 s. 1025 så ble ikke arbeidstakerne sagt opp, men fikk så vesentlige endringer i sine stillinger ved at all virksomhet ble flyttet ut av Norge, at retten la til grunn at dette måtte likestilles med en oppsigelse. Retten kom til at slike endringer var en arbeidstaker ikke forpliktet til å godta etter arbeidsavtalen. Derfor ble saken vurdert etter tredje ledd første alternativ likevel<sup>102</sup>. Dersom en arbeidstaker blir tilbudt en stilling som han ikke er forpliktet til å akseptere etter arbeidsavtalen så vil en klausul falle bort. Det følger av denne dommen. Dersom en arbeidsgiver nå i etterkant av at denne dommen har klarlagt rettstilstanden for § 38 tredje ledds del så ønsker å bringe et ansettelsesforhold til opphør, men ønsker å beholde klausulen, så må han sannsynliggjøre

---

<sup>101</sup> Bugge Fougner og Lenth i "Noen betraktninger om avtaleloven § 38" i *Arbeidsrett* 2006 s. 265-273 på side 269. Elektronisk artikkel. Tilgjengelig på <http://www.idunn.no>

<sup>102</sup> Rt. 2006 s. 1025 i avsnitt 50.

at grunnen til oppsigelsen er forhold på arbeidstakers side, i tråd med tredje ledds første alternativ. Det samme gjelder ved en avskjed<sup>103</sup>.

### **3.2.3.3 "Undlate at opfylde sine forpliktelse"**

Å "undlate at opfylde sine forpliktelse" er også et uklart begrep som må avgjøres ved en skjønnsvurdering. De mest praktiske eksempler i arbeidsforhold kan kanskje sies å være unnlattelse av å betale ut lønn eller å grovt unngå og overholde sikkerhetsrutiner. I Rt. 2006 s. 1025 så var saken den at to ansatte jobbet i en virksomhet i Norge. Virksomheten flyttet all sin aktivitet til København, og la ned all drift i Norge. Selv om ikke arbeidsgiver kunne klandres her for å flytte virksomheten, så innebar det en så stor forandring for de ansatte ved det norske kontoret at det måtte sies å være et mislighold av arbeidsavtalen fra arbeidsgivers side. Dersom en arbeidsgiver ikke ønsker å motta den avtalte arbeidskraft i det forutsatte geografiske området lenger, men flytter den til et annet land, så gir dette arbeidstaker "rimelig grund" til å si opp arbeidsavtalen med den konsekvens at klausulen etter opphøret bortfaller, i tråd med tredje ledds annet alternativ. Dette er et viktig moment ved forståelsen av tredje ledd annet alternativ og begrepet "rimelig grund". Det kan altså ikke være et krav at en arbeidsgiver må kunne klandres for at det kan sies å foreligge et mislighold av hans forpliktelse overfor arbeidstakeren<sup>104</sup>.

§ 38 tredje ledd kan sees på som en skjerpelse av første ledd ettersom leddet inneholder omstendigheter som får absolutte virkninger. Etter tredje ledd så kan en ellers gyldig klausul bli erkjent ugyldig der hvor visse forhold på arbeidsgivers side foreligger. Første ledd bærer mer preg av å være noe mer utydelig og generelt utformet, hvor vilkårene for å erklære en klausul ugyldig er mer skjønnssavhengige enn i tredje ledd. Noen av hensynene bak § 38 tredje ledd er at en arbeidsgiver bør ha et visst ansvar for en arbeidstaker som han

---

<sup>103</sup> Bugge Fougner og Lenth i "Noen betraktninger om avtaleloven § 38" i Arbeidsrett 2006 s. 265-273 på side 271. Elektronisk artikkel. Tilgjengelig på <http://www.idunn.no>

<sup>104</sup> Noen betraktninger om avtaleloven § 38" av Else Bugge Fougner og Claude A. Lenth. Publisert i Arbeidsrett 2006, s. 265-273 på side 270. Elektronisk artikkel. Tilgjengelig på <http://www.idunn.no>

har bundet ved en klausul, og at han ikke uten videre bør ha mulighet for å si opp arbeidstaker og slik sett ”stille ham på bar bakke”<sup>105</sup>.

### **3.3 Annen relevant lovgivning**

#### **3.3.1 Agenturloven § 34**

Agenturloven § 34 er mer konkret i forhold til klausuler enn avtaleloven. Agenturloven regulerer riktignok arbeidsforholdene for handelsagenter i agenturforhold, men det fremgår av norsk lovkommentar for avtaleloven at avtalelovens § 38 kan sammenholdes med tilsvarende preseptoriske regler i agl. § 34<sup>106</sup>. Det er derfor noen prinsipper av betydning for klausuler som kan avledes av agl.

Agl. § 34 spesifiserer i en mye mer detaljert grad de vilkår som må foreligge for at arbeidsgiver skal kunne gjøre en klausul gjeldende. Disse vilkårene må da kumulativt være oppfylt. For det første så må det foreligge en skriftlig inngått avtale om klausul etter agl. § 34 første ledd nr. 1. At klausuler blir inngått skriftlig i praksis er nok selvsagt og åpenbart, men det er ikke presisert i avtaleloven. Når dette skriftlighetskravet er lovfestet i agl., og lovkommentaren presiserer at det også må legges til grunn i avtl. § 38, som regulerer klausuler generelt for alle yrker, så må skriftlighetskravet sies å være generelt lovregulert for klausuler i arbeidsforhold.

Etter agl. § 34 første ledd nr. 2 er det et vilkår for å kunne gjøre en klausul gjeldende at den gjelder innenfor det geografiske området som handelsagenten har fått tildelt eller innenfor hans tidligere tildelte kundekrets. Ved tilsvarende anvendelse generelt i arbeidsforhold i tråd med avtl. § 38 så er dette et moment som taler for at klausuler bør kun pålegges arbeidstakere innenfor det geografisk avgrensede området, hvor arbeidsgiver har sin virksomhet eller av andre grunner finner det særlig nødvendig å beskytte seg. Betydningen

---

<sup>105</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 95, hvor utkastets § 40 annet ledd tilsvarer dagens § 38 tredje ledd.

<sup>106</sup> Norsk lovkommentar (2008) om avtaleloven § 38 avsnitt 159. Bind 1.



av å bare la klausuler få virkning innenfor geografisk avgrensede områder kan også sees i standardreglene mellom NHO og Tekna. Her uttrykkes det at en klausuls geografiske utstrekning ikke bør omfatte et større omfang enn det som er nødvendig av hensyn til konkurransebegrensning. Det kan da bli aktuelt å begrense forbudet i forhold til land eller landsdeler<sup>107</sup>.

Agl. § 34 første ledd nr. 2 sier videre også at klausulen må gjelde innenfor en bestemt kundekrets for å være gyldig. Dette betyr at klausuler også i andre arbeidsforhold enn agenturforhold bør avgrenses til kun å omfatte visse deler av bransjen hvor den ansatte må sies å ha særlig stor innsikt og kunnskap. Et forbud som strekker seg videre enn dette kan anses urimelig, ettersom en ansatt fort vil bli stående uten mulighet til å skaffe seg arbeid, og klausulen vil da kunne oppfattes som et generelt yrkesforbud.

Agenturlovens annet ledd oppstiller en tidsbegrensning. Etter bestemmelsen kan konkurranseklausuler høyst gjelde i to år etter agenturavtalens opphør. Innenfor norsk lovgivning så er det ikke lovfestet noen eksakte tidsbegrensninger for klausuler bortsett fra i agl. Det kan være vanskelig å fastsette en eksakt tid en klausul kan gjelde før den anses urimelig, men regelen som gjelder i agenturforhold kan bli en kilde ved en slik vurdering av klausulers varighet. Sammenhengen mellom agl. og avtl. sees tydelig ved at agl. § 34 tredje ledd spesifiserer at klausuler etter denne bestemmelsen kan settes til side etter avtaleloven.

### **3.3.2 Markedsføringsloven § 1**

Markedsføringslovens anvendelse fremgår av mfl. § 1. Den uttrykker et krav om god forretningsskikk mellom partene i næringsvirksomhet. Den gamle markedsføringsloven § 1 første ledd formulerte også viktigheten av god forretningsskikk mellom partene i

---

<sup>107</sup> Standardregler vedrørende konkurranseforbud mellom NHO og TEKNA-Teknisk naturvitenskapelig forening av 2004 IV nr. 1 under merknader.

næringsvirksomhet<sup>108</sup>. Den ble opphevet ved at den nye loven trådte i kraft, men var gjeldende rett da Rt. 1990 s. 607 ble inntatt. Her uttalte retten at § 1 måtte "...kunne anvendes på arbeidstakere som tar sikte på å slutte i en bedrift for å begynne egen virksomhet, når de som her, i ansettelsestiden etablerer næringsvirksomhet som foretar konkurransehandlinger"<sup>109</sup>. Ettersom bestemmelsene i den nye og gamle loven her er like, og retten i den ovennevnte avgjørelsen sa at prinsippet i den daværende loven § 1 måtte gjelde bredere enn bare innenfor markedsføringsbransjen, så må den nye markedsføringslovens prinsipp om god forretningsskikk sies å også gjelde generelt utenfor markedsføringsforhold. Det blir da relevant ved drøftelsen av klausuler.

## **4 Når kan konkurranseklausuler gjøres gjeldende?**

### **4.1 Konkurransesklausuler som en del av arbeidsavtalen**

I oppgaven vil konkurranseklausuler alltid være en del av arbeidsavtalen. Dette fordi det ble avgrenset mot drøftelser av klausuler der hvor disse ikke var inntatt i arbeidsavtalen. Avgrensningen ble gjort gjennom formuleringen av problemstillingen innledningsvis.

Som det også har blitt sagt tidligere er ofte ikke arbeidsavtaler i virksomheter utarbeidet av juridisk sakkyndige. Dette medfører at en del feil blir gjort hva gjelder innhold i avtalene. Slike feil vil ofte medføre ugyldighet ved en eventuell tvist for domstolene. Det må antas at dette også gjelder for klausuler i arbeidsavtaler.

Gjennom å lese avtl. § 38 så kan det være lett å få det inntrykk at konkurranseklausuler er noe som bør unngås, ettersom de kan være kontroversielle. Første ledd angir nemlig innledningsvis de tilfeller hvor klausuler ikke er gyldige. Dersom konkurranseklausuler

---

<sup>108</sup> Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16. juni 1972 nr. 47.

<sup>109</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 615.

utformes på riktig måte derimot, så er denne oppfatningen misforstått. Avtalefriheten medfører at klausuler kan gyldig inngås innenfor lovverkets skranker. Det kan være legitimt å inngå konkurranseklausuler som har som formål å beskytte arbeidsgiver etter opphør av arbeidsforholdet<sup>110</sup>. En klausul vil ved riktig utforming potensielt kunne opprettholdes av domstolene. Selv om ikke domstolene har eksplisitt tidfestet hvor lenge en klausul kan vare så tyder mye på at den ikke bør strekke seg over en lengre periode enn ett år, dersom ikke et tilfredsstillende vederlag ytes etter dette.

En klausul bør være svært detaljert. Dersom den skal opprettholdes ved en tvist for domstolene så bør den presisere hvilke deler av bransjen en arbeidstaker skal holde seg unna og konkret angi hvilke arbeidsoppgaver han må avstå fra å involvere seg i. Ikke-jurister i virksomheter vil ha lett for å utforme svært enkle klausuler som simpelthen sier at en ansatt skal holde seg borte fra konkurrerende virksomhet i et gitt tidsrom. Slike klausuler vil lett bli kjent ugyldige av domstolene. Det stilles med andre ord strenge krav til klausulers detaljutforming.

#### **4.2 Når må en arbeidsgiver avstå fra å gjøre en klausul gjeldende?**

En klausul kan ikke gjøres gjeldende dersom arbeidstaker blir sagt opp på grunn av forhold som skyldes arbeidsgiver<sup>111</sup>. Dersom en virksomhet går konkurs eller opphører av andre grunner så må det antas at klausulen oppheves. Dette innebærer likevel ikke at en arbeidstaker kan hevde seg ubundet av klausulen fordi arbeidsgiveren ikke behøver å frykte noen konkurranse ettersom arbeidstakeren er ansatt i en virksomhet som er svært liten<sup>112</sup>. Klausulens hensikt er å beskytte arbeidsgiver mot konkurranse. Denne hensikten er ikke begrunnet dersom virksomheten ikke eksisterer lenger. Generelt kan det også sies at der

---

<sup>110</sup> Dege, Jan Tormod: *Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold* (2003) s. 257.

<sup>111</sup> Rt. 2006 s. 1025.

<sup>112</sup> Borch og Fougner i "Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver", *Lov og Rett* (2000), s. 67-100 på s. 89.

hvor en klausul er vag og kan gi rom for flere tolkningsalternativer så vil den lettere kunne settes til side. Er den for omfattende derimot så kan den være vanskelig å håndheve<sup>113</sup>.

Grensetilfeller kan tenkes der en arbeidstaker begynner i konkurrerende virksomhet, men skal jobbe innenfor den del av virksomheten som ikke står i konkurranse med tidligere arbeidsgiver etter klausulen. Det er ikke noen enstydig løsning her. Tilfeller kan da tenkes både hvor arbeidstaker slipper fri fra klausulen og der hvor han blir bundet<sup>114</sup>.

### **4.3 Behovet for en revidert klausul ved arbeidsforholdets opphør**

Da en klausul ble signert av partene ved inngåelsen av arbeidsforholdet så hadde denne på forhånd blitt utformet med hensyn til arbeidssituasjonen i markedet på dette tidspunktet. Etter hvert som arbeidsforholdet har løpt så kan ulike forhold ha endret seg, frem mot det opphør som nå finner sted. Arbeidstaker kan ha steget i gradene, eller fått en endret stilling uten at klausulen har blitt revidert eller tilpasset den jobben arbeidstaker utfører nå. I det arbeidstaker så ønsker å slutte så blir spørsmålet om revisjon av klausulen veldig sentralt. Det kan være vanskelig å få gjennomført en revisjon i en situasjon hvor arbeidstaker er i ferd med å forlate virksomheten av diverse grunner. Dette kan blant annet skyldes manglende samarbeidsvilje mellom partene, særlig der hvor avslutningen av arbeidsforholdet skjer under spente omstendigheter.

Det må være hensiktsmessig å vurdere en slik problemstilling før arbeidstaker er i den situasjon at han skal slutte i jobben. Dette bør gjøres slik at klausulen blir revidert underveis i arbeidsforholdet i stedet. Lovverket gir ingen anvisning på når revisjonen bør skje. Det må likevel sies å være svært hensiktsmessig å få til en revisjon av klausulen underveis i arbeidsforholdet når en av partene tar initiativet til det fordi den mener det er behov for det. Slik kan konflikter ved et arbeidsforholds opphør begrenses fordi det unngås

---

<sup>113</sup> Dege, Jan Tormod: *Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold* (2003) s. 258.

<sup>114</sup> Dege, Jan Tormod: *Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold* (2003) s. 259.

å krangle om eventuelle uklarheter ved stillingen den ansatte har, ved spørsmål knyttet til klausulen.

I praksis så bør arbeidsgiver allerede ved arbeidstakers tiltreden analysere behovet for hva som bør stå i en klausul i tiden fremover. Han bør videre vurdere dette fortløpende underveis i arbeidsforholdet. Dette medfører at selv om en klausul av et visst innhold er signert av arbeidstaker ved inngåelse av arbeidsforholdet så vil arbeidsgiver da vurdere mulighetene for revisjon underveis gjennom sin fortløpende analyse av virksomhetens behov for å beskytte seg mot konkurranse. Dersom en klausul ønskes brukt ved inngåelse av en arbeidsavtale, og arbeidstaker ikke ønsker å signere denne, så har han heller ikke krav på å få jobben. Selvsagt vil dette stille seg noe annerledes dersom innholdet i klausulen er direkte diskriminerende eller på andre måter klart strider mot norsk lov. Da kan det tenkes at arbeidstaker kan se bort fra dette. Annerledes vil det stille seg der hvor en klausul ikke blir presentert for arbeidstaker ved inngåelse av arbeidskontrakten, men underveis i arbeidsforholdet. Da kan det tenkes at arbeidstaker kan nekte å signere denne og likevel ha rett til å fortsette i sin stilling.

Etter standardreguleringene mellom NHO og TEKNA så uttrykkes det at klausuler kan bli presentert for en ansatt både ved inngåelse av arbeidsforholdet og underveis dersom virksomhetens behov tilsier at dette først blir nødvendig på et senere tidspunkt. Det uttrykkes videre her at i det tilfellet at en klausul først blir presentert senere i arbeidsforholdet så er ikke den ansatte forpliktet til å akseptere denne. Likevel må han da regne med at ved å nekte så kan dette få konsekvenser. Ved et tilbud om en ny stilling innen virksomheten under forutsetning av at en klausul godtas så kan en nektelse naturlig medføre at tilbudet bortfaller. Dersom det så viser seg at en annen stilling innen virksomheten hvor en klausul ikke anses nødvendig er vanskelig å finne, så kan den ansattes nektelse av å signere klausulen medføre oppsigelse. Under forutsetning av at virksomhetens krav om klausul ellers er i tråd med norsk lov så vil en slik oppsigelse anses

saklig begrunnet etter aml. § 15-7<sup>115</sup>. At standardregler kan gyldig inngås og binde to parter der standardreglene ikke strider mot norsk lov følger av avtalefriheten.

Ettersom norsk rett ikke detaljreguler konkurranseklausuler så står det derfor ingenting om arbeidsgivers eventuelle plikt til å informere om at en eventuell klausul vil bli gjort gjeldende. Følgelig er dette ikke et krav etter norsk lov. I standardreglene her er det derimot et krav at en arbeidsgiver skal, på forespørsel, meddele den ansatte om hvorvidt en inngått klausul vil bli gjort gjeldende<sup>116</sup>. At en arbeidsgiver, på forespørsel, bør svare på om en klausul vil bli gjort gjeldende, følger også av juridisk litteratur<sup>117</sup>. Selv om en klausul er en del av en ansettelsesavtale så er det dermed ikke sagt at den alltid vil bli gjort gjeldende av arbeidsgiver ved opphør av ansettelsesforholdet.

Dersom en behovsvurdering gjøres av arbeidsgiver underveis i ansettelsesforholdet, typisk ved et opphør, og et behov for en klausul tilsier at denne bør inngås først nå, så er ikke arbeidstaker forpliktet til å godta denne. Det kan imidlertid være aktuelt å inngå denne frivillig der hvor arbeidsgiver yter tilfredsstillende vederlag. I RG-1980-84<sup>118</sup> ble en avtale om konkurranseforbud inngått med arbeidstaker flere år etter at han hadde begynt å arbeide for en virksomhet. Her fikk riktignok arbeidstakeren full kompensasjon.

Klausuler som blir presentert for arbeidstaker underveis fokuserer ikke oppgaven på i stor grad. Det forutsettes at klausulen er inngått ved arbeidsforholdets start. Betydningen av å skille mellom klausuler som er inngått ved inngåelse av et arbeidsforhold, men som skal regulere den rettslige tilstanden ved et opphør og klausuler som først inngås underveis i et ansettelsesforhold fordi arbeidstaker snart skal slutte, ligger i Rt. 2006 s. 1025. Med denne avgjørelsen så ble flere rettsprinsipper avledet av avtl. § 38 tredje ledd første alternativ. I

---

<sup>115</sup> Standardregler vedrørende konkurranseforbud mellom NHO og TEKNA-Teknisk naturvitenskapelig forening av 2004 II nr. 2.

<sup>116</sup> Standardregler vedrørende konkurranseforbud mellom NHO og TEKNA-Teknisk naturvitenskapelig forening av 2004 III.

<sup>117</sup> Dege, Jan Tormod: Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold (2003) s. 257.

<sup>118</sup> RG-1980-84

avgjørelsen spesifiserer imidlertid retten at synet den har lagt til grunn gjelder der hvor klausuler er inngått under arbeidsforholdet, ikke for klausuler inngått i forbindelse med oppsigelser. I sistnevnte tilfelle mener retten at forholdene kan stille seg noe annerledes, men unngår å ta stilling til et slikt spørsmål<sup>119</sup>. Etersom retten spesifiserer at synet den har fremlagt ikke gjelder for klausuler avtalt i forbindelse med et opphør, så medfører det at prinsippet om at klausuler blir ugyldige ved oppsigelser grunnet arbeidsgivers forhold ikke nødvendigvis vil gjelde her. Dersom en klausul blir inngått underveis i et ansettelsesforhold grunnet en nærstående oppsigelse, så er det ingen hindre i Rt. 2006 s. 1025 for at denne er gyldig da, selv om oppsigelsen skyldes forhold på arbeidsgivers side. At arbeidstaker ikke er forpliktet til å godta en klausul som presenteres først nå er en annen sak. Forutsatt at han velger å godta klausulen nå så står ikke synet i Rt. 2006 s. 1025 i veien, grunnet uttalelsen fra retten om at forholdene kan stille seg annerledes i en slik situasjon. At klausuler kan være gyldige her i forbindelse med fratredelsesavtaler begrunnes blant annet med at styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker på dette tidspunktet vil være mer balansert<sup>120</sup>.

Et annet viktig aspekt av en revisjon av klausulen underveis fra arbeidsgivers side er at dette tvinger ham til å ta stilling til nødvendigheten av å videreføre klausulen. Dersom han ikke har noen berettiget interesse i å videreføre konkurranseforbudet så skal det naturlig også falle bort. Det følger av forarbeidene at det imidlertid ikke er tilstrekkelig at arbeidsgiver ikke lenger føler noen konkurransetrussel fra tidligere arbeidstaker for å gjøre denne ubundet av klausulen. Den omstendighet at tidligere arbeidstaker kjenner til forretningshemmeligheter kan gjøre det farlig at han tar ansettelse i en virksomhet av en viss art selv om denne ikke i og for seg konkurrerer med arbeidsgiveren. Faren kan altså ligge i det at forretningshemmeligheten i det hele tatt kommer ut i offentligheten<sup>121</sup>. Dette må selvsagt vurderes konkret, i det reglene rundt klausuler primært eksisterer for å beskytte arbeidstaker. En slik uttalelse i forarbeidene rettfærdiggjør ikke en utvidet opprettholdelse

---

<sup>119</sup> Rt. 2006 s. 1025 i avsnitt 52.

<sup>120</sup> Bugge Fougner og Lenth i "Noen betraktninger om avtaleloven § 38" i *Arbeidsrett* 2006 s. 265-273 på s. 271. Elektronisk artikkel. Tilgjengelig på <http://www.idunn.no>

<sup>121</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 91-92.

av klausuler. Visse forretningshemmeligheter som en arbeidstaker alltid vil besitte, og slik sett utgjøre en trussel ved å offentliggjøre, er arbeidsgiver uansett vernet mot at arbeidstaker offentliggjør gjennom straffelovgivningen. Dersom en klausul først inntas ved en revisjon av den ansattes arbeidskontrakt, og dette gjøres i forbindelse med opphør av arbeidsforholdet ved fratredelse så er det nærliggende å tro at klausulen er individuelt tilpasset behovene og forholdene ved opphørstidspunktet, hvor begge parter interesser har blitt ivaretatt. Dette kan tale for at det skal mer til for at en klausul anses urimelig nå, enn dersom den er inngått ved arbeidsinngåelse<sup>122</sup>.

Det avtalerettslige prinsippet om at muntlige avtaler er like bindende som skriftlige gjelder her, men det er ikke praktisk anvendelig i det det antas som svært lite sannsynlig at muntlige klausuler inngås, samt at de er veldig vanskelige å bevise. Likevel er det ikke noe teoretisk i veien for at en klausul kan inngås muntlig. Det nevnes her at etter agl. § 34 første ledd nr 1 så kreves det at klausuler inngås skriftlig. Det taler for at et skriftlighetskrav også må sies å foreligge generelt for klausuler, men i tråd med avtalefriheten er det ikke noe teoretisk hinder for å binde seg til en klausul muntlig.

#### **4.4 Tilfeller der arbeidstaker ikke ønsker å undertegne klausulen**

##### **4.4.1 Avtalerettslige ugyldighetsgrunner**

Det kan tenkes at en arbeidstaker ved inngåelse av et arbeidsforhold ser en del av arbeidsavtalen som uønsket, typisk klausulen, og ønsker å frastå fra å signere denne. Klausulen er likevel en del av arbeidsavtalen som arbeidstakeren i sin helhet må signere for å kunne tiltre stillingen. Ettersom arbeidstaker gjerne ønsker jobben, og er helt ny i stillingen også, og gjerne vil gjøre et godt inntrykk, så finner han det pinlig å kritisere innholdet i kontrakten. Det blir gjerne til at han signerer arbeidsavtalen i sin helhet uten å gi uttrykk for misnøye. Dette kan da bli problematisk ved en eventuell senere tvist ettersom

---

<sup>122</sup> Dege, Jan Tormod: *Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold* (2003) s. 260 og Fougner, Jan: *Arbeidsavtalen – utvalgte emner* (1999) s. 229.



arbeidsgiver kan bruke som argument mot arbeidstaker at han tross alt signerte klausulen uten å protestere i utgangspunktet.

En klausul kan kjennes ugyldig helt eller delvis. Dette følger av formuleringen ”forsaavidt” i bestemmelsen. Det typiske eksemplet på at en klausul settes delvis til side er der hvor dens lengde kortes ned av retten selv om klausulen erklæres gyldig<sup>123</sup>. En tvist kan oppstå dersom det diskuteres en mulig revisjon av klausulen mens arbeidsforholdet løper, og arbeidstaker uttrykker misnøye med klausulen han tidligere signerte. Skulle dette føre til en tvist for domstolene hvor retten erklærer klausulen ugyldig så kan arbeidstaker fremdeles ha rett til å fortsette i sin stilling på tross av at klausulen ble samtykket til skriftlig i utgangspunktet.

Ved inngåelsen av et arbeidsforhold blir det likevel gjerne ikke til at arbeidstaker foreslår at klausulens innhold endres før han signerer arbeidsavtalen, i det han ikke ønsker en konfliktskyt situasjon som et utgangspunkt for et arbeidsforhold. Klausulen blir da stående uendret og blir signert ved arbeidsforholdets inngåelse.

Der hvor arbeidstaker har følt seg presset til å inngå en arbeidsavtale så vil denne kunne kjennes ugyldig av domstolene i det pressmidler anses for å være avtalerettslige ugyldighetsgrunner. At press anses for å være en ugyldighetsgrunn i avtalerett følger av sedvanerett. Når det er sagt så er det lov å presse en arbeidstaker uten at dette fører til at presset anses som ulovlig og blir en ugyldighetsgrunn. Videre så kan en arbeidsgiver bedrive en større grad av press etter at en arbeidstaker har vært ansatt en stund enn i en ansettelsesfase. Styrkeforholdet har endret seg noe i arbeidstakers favør etter at ansettelsesforholdet har vart en stund, og en større grad av press fra arbeidsgivers side må aksepteres. Synet om at press forekommer, at det kan bli stilt som premiss for å få en

---

<sup>123</sup> Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming. Tidsskrift for Forretningsjus (2002) s. 139-155 på s. 146. Se også Ot.prp. nr. 63 (1917) - Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 90-91, som uttrykker synet på begrepet ”forsaavidt”.

stilling at man godtar klausulen, og at det slikt sett er rimelig å sensurere en klausul som har blitt til under slike omstendigheter følger også av teori<sup>124</sup>.

#### **4.4.2 Arbeidstaker som den presumtvt svake part etter norsk rett**

Det er et alminnelig, ulovfestet prinsipp i norsk rett at den svakere part i et kontraktsforhold skal ha et særskilt vern. Prinsippet kommer også til uttrykk flere steder i norsk lovgivning. I en jobbsituasjon er styrkeforholdet ujevnt. Arbeidsgiver må sies å være den sterkeste både i forhold til kunnskap og erfaring i bransjen, så vel som økonomisk og juridisk. Ved en tvist så vil dette være et moment som taler til arbeidstakers fordel.

#### **4.5 Betydningen av økonomisk kompensasjon**

Ettersom lovreguleringen av klausuler er sparsommelig, og den sentrale lovhjemmel er avtl. § 38, så fremgår det av drøftelsene til nå at det ikke står noe i loven om vederlag i forbindelse med at arbeidsgiver gjør en klausul gjeldende mot arbeidstaker. Det er derfor ikke en plikt for arbeidsgiver å yte arbeidstaker vederlag som kompensasjon. Det gjøres imidlertid ofte i praksis<sup>125</sup>. Hvorvidt det bør gis en form for kompensasjon beror på en konkret rimelighetsvurdering der alle forhold rundt klausulen tas i betraktning.

Arbeidstaker kan likevel ikke uten videre kreve kompensasjon for en klausul. Mange synes å tro at det er nødvendig med økonomisk kompensasjon for at en klausul skal anses gyldig. Dette er ikke riktig. Avtaleloven stiller krav til at arbeidstaker skal ha adgang til erverv. Dette kravet vil være oppfylt uten kompensasjon i de tilfeller hvor arbeidstakeren kan benytte sin utdannelse og erfaring i annen stilling på tilnærmet samme karrierenivå uten å

---

<sup>124</sup> Fougner, Jan: Arbeidsavtalen – utvalgte emner (1999) s. 226.

<sup>125</sup> Standardregler vedrørende konkurranseforbud mellom NHO og TEKNA-Teknisk naturvitenskapelig forening av 2004 IV nr. 1 under merknader. Her uttrykkes at for de yrkesgruppene som omfattes av standardreglene så skal godtgjørelse ytes fra virksomheten til den ansatte. Det uttrykkes videre at godtgjørelsen normalt ikke bør være lavere enn halvparten av den ansattes lønn ved fratredelsen.

arbeide i konkurranse med tidligere arbeidsgiver<sup>126</sup>. Med ”tilnærmet samme karrierenivå” forstås også her at et relativt likt lønnsnivå opprettholdes.

Dersom en klausul er vidtgående så kan det å yte kompensasjon være et moment som kan tale for at klausulen likevel kan tillates. Størrelsen på vederlaget kan være alt fra et skjønnsmessig fastsatt beløp til det som i praksis er arbeidstakers fulle lønn mot at han til gjengjeld holder seg unna konkurrerende virksomhet innenfor den gitte karenperioden. Dersom en vidtgående klausul skal få virkning så kan det være vanlig praksis å kreve at tiden etter ett års varighet, når normalt en klausul ikke kan gjøres gjeldende lenger, skal kompenseres for med full lønn mot at arbeidstaker til gjengjeld fortsatt er bundet av klausulen. Etter to år har gått, så vil argumentet om at arbeidsgiver har hatt tilstrekkelig tid til å forberede seg på endrede forhold i markedet som følge av arbeidsforholdets opphør gjøre seg gjeldende. Det betyr at en arbeidsgiver ikke bare kan fortsette på ubestemt tid med å yte full lønn mot at klausulen fortsetter å løpe.

Dersom en klausul ikke blir benyttet ved opphør av et arbeidsforhold, selv om den var en del av den opprinnelige arbeidsavtalen med en spesifisering om at et vederlag ville bli utbetalt som kompensasjon, så virker det ikke rimelig at arbeidstaker skal ha krav på vederlag i et slikt tilfelle. Riktignok la arbeidsavtalen opp til at en klausul ville bli brukt, men når situasjonen nå er slik at den ikke blir benyttet så må også arbeidstakers behov for kompensasjon sies å falle bort. For arbeidsgivers del så kan markedssituasjonen ha forandret seg, eller lignende forhold kan tilsi at det ikke blir nødvendig å gjøre en klausul gjeldende likevel. Da er arbeidstaker fri til å søke lykken innenfor den bransjen han selv ønsker, og behovet for økonomisk kompensasjon faller altså bort. Det vil da virke urimelig at arbeidstaker skal ha krav på vederlag selv om det opprinnelig sto i den signerte arbeidsavtalen som ikke spesifiserte hva som ville bli konsekvensen dersom klausulen ikke ble gjort gjeldende.

---

<sup>126</sup> Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming. Tidsskrift for Forretningsjus (2002) s. 139-155 på s. 146.

Varigheten av en klausul er viktig å se i sammenheng med hvorvidt arbeidstaker har krav på vederlag. Dette vil være sentralt ved vurderingen av om klausulen er rimelig eller må sies å være for vidtgående. Etter rettspraksis så virker det som om klausuler med en varighet på ett år har blitt akseptert der hvor arbeidstaker ikke har krav på vederlag<sup>127</sup>. I teorien er det derimot antydnet at klausuler med opptil to års varighet uten at arbeidstaker har krav på vederlag likevel vil være gyldige<sup>128</sup>. Det problematiske med for langvarige klausuler er at de kan hindre arbeidstaker i å sikre seg egnet arbeid og inntekt. Arbeidstakerens kompetanse innenfor sitt fagfelt kan også synke betraktelig dersom han holder seg borte fra sin type arbeid for lenge.

En annen fordel ved økonomisk kompensasjon ved bruk av klausuler mot ansatte er at dette tvinger arbeidsgiver til å ta stilling til om klausulen er nødvendig<sup>129</sup>. Det kan tenkes at en arbeidsgiver vil være motivert av å være på den sikre siden, og vil beskytte seg mot konkurranse også der hvor dette ikke er nødvendig. I slike situasjoner så følger det av § 38 første ledd at klausulen ikke er gyldig, jf. vilkåret om at klausulen ikke kan strekke seg lenger enn nødvendig for å verne mot konkurranse. Likevel vil mange klausuler bli inngått i arbeidslivet under slike forhold. Et krav om vederlag til den som rammes av klausulen vil tvinge arbeidsgiver til å tenke over om det virkelig er nødvendig med en klausul. Det må antas at antall klausuler ville gått ned dersom et krav om vederlag ble lovfestet. Slik sett vil hensynene bak en forsiktig bruk av klausuler, som for eksempel mobilitet i arbeidsmarkedet, lettere kunne merkes i praksis.

En klausul som gir tidligere arbeidstaker rett til vederlag dersom han ikke greier å skaffe seg annen inntekt må likestilles med en klausul som gir en ubetinget rett til vederlag. Hensynet til arbeidstakeren er nemlig ivaretatt på tilsvarende måte<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Bugge Fougner og Lenth i "Noen betraktninger om avtaleloven § 38" i *Arbeidsrett* 2006 s. 265-273 på s. 266. Elektronisk artikkel tilgjengelig på <http://www.idunn.no>.

<sup>128</sup> Jakhelln, Henning: "Oversikt over arbeidsretten", 4.utg. 2006 s.320.

<sup>129</sup> Jakhelln, Henning: *Oversikt over arbeidsretten* 4. utg. (2006) s. 321.

<sup>130</sup> Fougner, Jan: *Arbeidsavtalen – utvalgte emner* (1999) s. 229.

## **4.6 Mulig avkortning av klausulens varighet**

Dersom en klausul skulle bli kjent som for vidtgående av retten så er det dermed ikke sagt at den rettslige virkning er at den blir fullstendig opphevet. Den kan gjerne innholdsmessig stå seg delvis, men modifieres noe i forhold til hvor vidt den strekker seg<sup>131</sup>. Dette kan typisk være ved at dens varighet reduseres, det geografiske området den forbyr arbeidstaker å jobbe i konkurrerende virksomhet innenfor innsnevres eller hvilke bransjer arbeidstaker må holde seg unna lempes på. Videre kan deler av klausulen fjernes fullstendig uten at hele klausulen erkjennes ugyldig. En klausul kan for eksempel sies å bli opprettholdt hva gjelder varighet i retten, men den geografiske begrensningen oppheves helt.

## **5 Sanksjonering og reaksjonsformer ved brudd på klausuler**

### **5.1 Innledning**

Dersom arbeidstakeren bryter en gyldig klausul så har arbeidsgiveren først og fremst to alternative juridiske reaksjonsformer: Han kan forsøke å stanse arbeidstakerens rettsstridige oppførsel gjennom å begjære midlertidig forføyning eller han kan kreve erstatning for brudd på arbeidskontrakten<sup>132</sup>.

### **5.2 Midlertidig forføyning**

Dersom en arbeidsgiver som har en gyldig klausul mot en tidligere ansatt frykter at denne likevel vil forsøke å foreta seg konkurransehandlinger innenfor klausulens karenperiode så kan arbeidsgiveren lide et økonomisk tap. For å unngå at så skjer kan arbeidsgiveren begjære midlertidig forføyning for domstolene. Som rettslig fenomen brukes midlertidig

---

<sup>131</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 90.

<sup>132</sup> Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming. Tidsskrift for Forretningsjus (2002) s. 139-155 på s. 150-151.

forføyning der hvor saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av et krav fordi gjennomføringen av kravet ellers vil være vanskelig. Dette innebærer i praksis at retten midlertidig stopper den aktiviteten som det strides om, som arbeidstaker fortløpende foretar seg, dersom arbeidsgiver får medhold i kravet sitt. Midlertidig forføyning kan gjennomføres av domstolene der hvor en sikringsgrunn foreligger, jf lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90 (heretter kalt tvisteloven eller tvl.) § 34-1<sup>133</sup>. At en sikringsgrunn foreligger må sannsynliggjøres, jf. tvl. § 34-2. I LB-2000-1537 kom retten til at behovet for å sikre sitt krav er størst i den første tiden etter opphør av et arbeidsforhold<sup>134</sup>. Retten uttalte at dette gjaldt da selv om arbeidstakeren allerede hadde vært ansatt en stund hos ny arbeidsgiver i det dommen falt. Midlertidig forføyning er den praktisk viktigste reaksjonsformen<sup>135</sup>.

### 5.3 Konvensjonalbøter

En konvensjonalbot er en avtalt erstatningsform i form av et vederlag som må betales til arbeidsgiveren ved brudd på klausulen. Den kan opprettholdes fullt ut av domstolene, som fastsatt i arbeidsavtalen, eller den kan reduseres i størrelse der den må sies å gå for langt<sup>136</sup>. Der hvor en avtalt sum ikke fremgår av den signerte klausulen kan denne fastsettes skjønnsmessig. Dersom en konvensjonalbot ikke er forhåndsavtalt mellom partene så kan heller ikke retten pålegge en arbeidstaker en slik bot. I et slikt tilfelle må retten beregne erstatning etter de alminnelige erstatningsprinsippene dersom den mener at en reaksjon bør ilegges en av partene.

Erstatning som reaksjonsform er praktisk viktigst der hvor en midlertidig forføyning er til liten nytte, eller der hvor forføyningen har kommet så sent at virksomheten likevel har lidd et tap. Det er da nærliggende å kreve erstatning for kontraktsbrudd. Dersom en arbeidsgiver

---

<sup>133</sup> Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90.

<sup>134</sup> LB-2000-1537.

<sup>135</sup> Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming,. Tidsskrift for Forretningsjus (2002) s. 139-155 på s. 150-151.

<sup>136</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 19.

blir tilkjent erstatning, så vil denne ofte være langt lavere enn den sum arbeidsgiveren hevder å ha tapt. Det kan være vanskelig å dokumentere at det økonomiske tapet skyldes bruddet på klausulen. Derfor vil ofte en midlertidig forføyning være en mer hensiktsmessig reaksjonsform enn et krav om erstatning<sup>137</sup>. Dette medfører at erstatning som reaksjonsform har en sterkt begrenset preventiv virkning. Derfor, fremfor å søke erstatning i etterkant ved et påstått brudd på en klausul, så er det mer naturlig å forhåndsavtale en erstatningssum i klausulen som en konvensjonalbot. Det vil medføre at den forhåndsavtalte konvensjonalboten vil virke avskrekkende på arbeidstaker, samt arbeidsgiver vil unngå vanskelighetene med å måtte dokumentere fremtidige økonomiske tap ettersom en sum allerede er fastsatt som begge parter har godkjent. Avtalen om konvensjonalbotens størrelse kan imidlertid kjennes ugyldig eller reduseres av domstolene etter en rimelighetsvurdering. Dette vil typisk være der hvor botens størrelse ikke er forholdsmessig utmålt i forhold til kontraktsbruddet<sup>138</sup>.

#### **5.4 Strafferettslige reaksjoner**

Ved grove brudd på taushetsplikten ved opphør av et arbeidsforhold så kan det tenkes at en arbeidstaker blir strafferettslig ansvarlig. Her må det presiseres at det å bryte en konkurranseklausul ikke er straffbart. Et slikt brudd er et brudd på en privatrettslig avtale mellom to parter. Straffbarhet følger først dersom et offentligrettslig regulert straffebud brytes. Dette kan tenkes ved brudd på taushetsplikten. Det er derimot ikke gitt at en arbeidstaker ved å bryte en klausul også vil bryte taushetsplikten. Den strafferettslige lovbestemmelsen som i så fall vil være relevant er strl. 294 nr. 2 og nr. 3.

Strl. § 294 nr. 2 straffer arbeidstaker for avsløring eller utnyttning av bedriftshemmeligheter. Etter denne kan den som utnytter en forretningshemmelighet oppnådd hos en bedrift han er ansatt i eller har vært ansatt i de siste to årene straffes. Det samme gjelder den som

---

<sup>137</sup> Borch og Fougner i "Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver", Lov og rett (2000) s. 67-100 på s. 100.

<sup>138</sup> Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming, Tidsskrift for Forretningsjus (2002) s. 139-155 på s. 151 og s. 154.

uberettiget avslører en slik hemmelighet i den hensikt å gjøre en annen i stand til å utnytte hemmeligheten.

Etter bestemmelsen kan arbeidstaker altså straffes for å urettmessig benytte kunnskaper han har opparbeidet seg hos en virksomhet i hele to år etter opphør av arbeidsforholdet. Dette kan gi en anvisning på to år som et skjønnsmoment ved vurderingen av hvor lenge en tidligere ansatt kan besitte kunnskap som må anses som en trussel mot virksomheten.

Strl. § 294 nr. 3 straffer den som uberettiget utnytter bedriftshemmeligheter som han har fått kjennskap til eller rådighet over i egenskap av teknisk eller merkantil konsulent for en bedrift eller i anledning et oppdrag for en bedrift. Det samme gjelder den som uberettiget avslører en bedriftshemmelighet i den hensikt å sette andre i stand til å utnytte den.

Strl. § 294 får virkning uavhengig av om arbeidsgiver har underlagt den som røper en forretningshemmelighet en klausul. Motsatt vei gjelder også at en klausul får virkning selv om det å røpe forretningshemmeligheter ikke skulle være straffbart. Vanskeligheten med å bevise at en bedriftshemmelighet er røpet etter at en viss tid har gått siden opphør av et arbeidsforhold medfører imidlertid at det i praksis er mer hensiktsmessig å pålegge arbeidstaker en klausul som forbyr slike forhold enn å bare ha straffeloven å anføre ved en tvist<sup>139</sup>.

---

<sup>139</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade s. 92.



## 6 Foreslåtte lovendringer

Det har vært foreslått å endre regelverket for konkurranseklausuler. Arbeids- og inkluderingsdepartementet bestilte en utredning fra Advokatfirmaet Hjort<sup>140</sup>. Utredningen ble deretter sendt ut på høring<sup>141</sup>. Saken ble så ansett som ferdigbehandlet<sup>142</sup>.

Resultatet av denne høringen ble Ot. prp. nr. 54 (2008-2009)<sup>143</sup>.

Ingen lovendringer ble imidlertid gjort i arbeidsmiljøloven som direkte gjaldt konkurranseklausuler<sup>144</sup>. Departementet uttalte at såpass mange spørsmål måtte ytterligere avklares før forslag til en ny lov kunne fremmes i Stortinget at det ønsket å jobbe videre med saken<sup>145</sup>.

I skrivende stund diskuteres spørsmålet på nytt. Departementet sendte et høringsnotat ut på høring som foreslo en lovendring<sup>146</sup>. Høringsfristen var 01. november 2010. Saken er enda til behandling<sup>147</sup>. Resultatet av arbeidet departementet har foretatt seg siden forrige

---

<sup>140</sup> "Konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler" – utredning avgitt til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. Sept 2008 fra Advokatfirmaet Hjort DA.

<sup>141</sup> Høringsnotat om forslag til endringer i arbeidsmiljøloven s. 3. Tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/dok/hoeringer/hoeringsdok/2008/horing-om-endringer-i-arbeidsmiljolooven/horingsnotat.html?id=534257>

<sup>142</sup>

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2008/horing-om-endringer-i-arbeidsmiljolooven.html?id=534252>

<sup>143</sup> Ot. prp. nr. 54 (2008-2009) s. 13.

<sup>144</sup> Ot. prp. nr. 54 (2008-2009) s. 88-89, hvor de bestemmelsene i arbeidsmiljøloven som foreslås endret er nevnt.

<sup>145</sup> Ot. prp. nr. 54 (2008-2009) s. 13.

<sup>146</sup>

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horing-om-regulering-av-konkurranse--kun/horingsbrev.html?id=609011>. Selve

høringsnotatet er tilgjengelig på

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horing-om-regulering-av-konkurranse--kun/horingsnotat.html?id=609009>.

<sup>147</sup>

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horing-om-regulering-av-konkurranse--kun.html?id=609007>

høringsrunde er det som nå sendes på høring. Av høringsnotatet fremgår det at departementet foreslår å plassere konkurranseklausulreguleringen i et eget kapittel i arbeidsmiljøloven. Det må antas at den er lettere tilgjengelig der. Det foreslås videre å oppheve avtl. § 38 annet og tredje ledd. Innholdet i tredje ledd foreslås derimot videreført, men slik at dette plasseres i aml. Avtl. § 38 første ledd foreslås videreført, men ved en språklig oppdatering. Videre foreslås det at klausuler kun skal kunne inngås skriftlig, at det skal måtte foreligge særlige grunner for å kunne gjøre dem gjeldende, samt at arbeidstaker skal ha krav på vederlag. Arbeidsgiver skal også måtte redegjøre for hva han anser som særlige grunner skriftlig senest to uker etter at arbeidstaker har sagt opp sin stilling. Det foreslås også at en klausuls varighet begrenses til ett år. Bakgrunnen for forslaget er at departementet stadig fikk henvendelser om at arbeidsgivers bruk av klausuler var økende. På bakgrunn av de innspillene som kom gjennom forrige høringsrunde så var det tydelig at partene i arbeidslivet ønsket en ny regulering av konkurranseklausuler velkommen. De hensynene som begrunner departementets ønske om en lovendring er særlig ordlydens vaghet i avtl. § 38 ved de skjønnsmessige begrepene, at partene i arbeidslivet trenger forutberegnelighet, samt at bestemmelsen unngår å ta stilling til viktige spørsmål som gjerne oppstår ved bruk av klausuler. Departementet uttrykker videre en bekymring for at klausuler brukes mot ansatte i underordnede stillinger<sup>148</sup>. Lovendringene er foreslått, men har ikke trådt i kraft ettersom saken fremdeles er under behandling.

## 7 Avslutning

Gjennom denne oppgaven har det blitt tydelig belyst at den rettslige reguleringen av konkurranseklausuler er sparsommelig og delvis utdatert. Ettersom avtl. § 38 er noe

---

148

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horing-om-regulering-av-konkurranse--kun/horingsnotat.html?id=609009>. Høringsnotatet er tilgjengelig her. Se da særlig s. 4-5, 12-13, 29 og 43.

mangelfull ved å ikke regulere viktige aspekter ved klausuler i praksis som blant annet varighet eller krav på vederlag så er den moden for en oppdatering. Dette gjelder ikke minst språklig sett. Når både teori og rettspraksis tyder på at begrensninger i klausulers varighet er rimelig så virker det hensiktsmessig å lovfeste en varighetsbegrensning. Det virker også hensiktsmessig å lovfeste et krav på vederlag som kompensasjon for den byrden en klausul vil være for arbeidstakeren, ettersom vederlag allerede er vanlig i praksis, og dette finnes det eksempler på også i rettspraksis. Ettersom det kan være vanskelig å avgjøre om en ansatt må sies å være underordnet så kan dette være et moment som taler for å fjerne avtl. § 38 andre ledd.

## **8 Litteraturliste**

### **8.1 Bøker**

Andersen, Kristen: Fra arbeidslivets rett (1967)

Jakhelln, Henning: Oversikt over arbeidsretten 4. Utgave (2006)

Fougner, Jan: Arbeidsavtaler – utvalgte emner, Oslo 1999

Dege, Jan Tormod: Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold (2003)

### **8.2 Artikler**

Borch, Alex og Fougner, Jan: ”Konkurransen med nåværende eller tidligere arbeidsgiver”, Lov og rett (2000) s. 67-100.

Bergeius Andersen, Kari: Karensklausuler – Gyldighet og utforming,. Tidsskrift for Forretningsjus (2002) s. 139-155

Bugge Fougner, Else og Lenth, Claude A.: ”Noen betraktninger om avtaleloven § 38”. Publisert i Arbeidsrett 2006, s. 265-273. Elektronisk artikkel. Er tilgjengelig på <http://www.idunn.no>

Jakhelln, Henning: ”Arbeidsmiljølovens regler om varsling”, Varsling – varslerbok (2010) s. 385-448.

### **8.3 Rettspraksis**

#### **8.3.1 Høyesterett**

Rt. 1990 s. 607

Rt. 2006 s. 1025

Rt. 1905 s. 263

Rt. 1929 s. 433

### **8.3.2 Lagmannsretten**

LB 1997-1253

LB-2005-89767

LG-1992-950

RG-1991-1186

LB-1995-2535

RG 1994 s. 587

RG-1980-84

LB-2000-1537

### **8.3.3 Tingretten**

RG-1996-1241

## **8.4 Forarbeider**

### **8.4.1 Odelstingsproposisjoner**

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

Ot.prp. nr. 63 (1917). Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer. - Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade.

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

Ot. prp. nr. 54 (2008-2009). Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)

#### **8.4.2 Norges offentlige utredninger**

NOU 1979: 32. Formuerettslig lempningsregel.

#### **8.4.3 Innstillinger til Odelstinget**

Indst. O. IX (1918). Indstilling fra justiskomite nr. 1 angaaende lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

### **8.5 Lovkommentarer**

Norsk lovkommentar (2008). Bind 1. Kommentarer til avtaleloven. Hovedredaktører: Peter Lødrup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland.

### **8.6 Lover**

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

Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983 nr. 3.

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

Lov om handelsagenter og handelsreisende av 19. juni 1992 nr. 56.

Endringslov nr. 4/ 1983.

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

Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. av 9. jan 2009 nr. 2.  
Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.

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

### **8.7 Utredninger**

”Konkurransesklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler” – Utredning avgitt av Advokatfirmaet Hjort til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. september 2008.

### **8.8 Høringsnotat**

Høringsnotat om forslag til endringer i arbeidsmiljøloven. Er tilgjengelig på <http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2008/horing-om-endringer-i-arbeidsmiljolooven/horingsnotat.html?id=534257>

### **8.9 Arbeidsnotat**

Borch, Alex: ”Lojalitetsplikt og konkurransesklausuler – arbeidsnotat til Arbeidslivslovutvalget”

### **8.10 Standardregler**

Standardregler vedrørende konkurranseforbud mellom Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og TEKNA – Teknisk naturvitenskapelig forening (2004).

### **8.11 Internett**

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2008/horing-om-endringer-i-arbeidsmiljolooven.html?id=534252>

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horing-om-regulering-av-konkurranse--kun/horingsbrev.html?id=609011>.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horing-om-regulering-av-konkurranse--kun/horingsnotat.html?id=609009>.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horing-om-regulering-av-konkurranse--kun.html?id=609007>



