

UiO : **Det juridiske fakultet**

Lojalitetsplikt og konkurrerende virksomhet

Lojalitetsplikten som grense for arbeidstakers aktivitet og konsekvensen av at grensene blir overtrådt

Kandidatnummer: 626

Leveringsfrist: 25 November 2015

Antall ord: 14350



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og aktualitet.....	1
1.2	Problemstilling.....	1
1.3	Avgrensning.....	2
1.4	Rettskilder og metode.....	2
2	LOJALITETSPLIKTEN	4
2.1	Innledning.....	4
2.2	Når inntreer lojalitetsplikten.....	7
2.3	Hva innebærer lojalitetsplikten.....	10
2.3.1	Innledning.....	10
2.3.2	Arbeidstakers stilling.....	12
2.3.3	Arbeidstakers opplysninger om konkurrerende virksomhet.....	13
2.3.4	Betydningen av arbeidsgivers samtykke eller passivitet.....	16
2.3.5	Arbeidstakers subjektive oppfatning.....	17
2.3.6	Kort oppsummert.....	18
2.4	Opphør av lojalitetsplikten.....	19
2.4.1	Innledning.....	19
2.4.2	Konkurransavtaler.....	20
2.4.3	Ulovfestet lojalitetsplikt etter opphør av avtalen.....	23
3	RETTSVIRKNINGENE AV BRUDD PÅ LOJALITETSPLIKTEN	25
3.1	Innledning.....	25
3.2	Rettsvirkningene av brudd på lojalitetsplikten før tiltredelse.....	26
3.3	Rettsvirkninger av brudd på lojalitetsplikten under arbeidsforholdet.....	27
3.3.1	Oppsigelse.....	27
3.3.2	Avskjed.....	30
3.3.3	Arbeidstakers rett til å fortsette i stillingen.....	32
3.3.4	Erstatning.....	35
3.4	Rettsvirkninger av brudd på konkurranseklausul.....	36
3.4.1	Innledning.....	36
3.4.2	Arbeidsgivers krav på erstatning ved brudd på konkurranseklausul.....	36
4.	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	37
4	KILDER	38

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

En arbeidstaker vil som regel søke å bruke sine kvalifikasjoner og fagkunnskaper der han selv vil. Dette kan innebære at han ønsker å tilegne seg inntekt eller kunnskap fra flere enn sin hovedarbeidsgiver. Det kan imidlertid oppstå spørsmål om hvordan en arbeidstaker i en slik situasjon skal forholde seg til arbeidsgiver. Kan for eksempel en frisør klippe kunder hjemme hos seg selv, utenfor arbeidstiden? Kan en advokat som er ansatt i et advokatselskap tilby juridisk rådgivning ved siden av sitt arbeid? Har man som arbeidstaker en plikt til å informere arbeidsgiver om hva man foretar seg utenfor arbeidstiden? Kan en arbeidsgiver si opp eller avskjedige en arbeidstaker som er involvert med en konkurrerende virksomhet?

Forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker reguleres i hovedsak gjennom arbeidsavtalen, tariffavtaler og lov. En slik avtale etablerer rettigheter og plikter både for arbeidsgiver og arbeidstaker. Som følge av dette arbeidsforholdet får arbeidstaker en lojalitetsplikt ovenfor arbeidsgiver. Utgangspunktet er at grenser som settes for arbeidstakers aktivitet kan reguleres gjennom arbeidskontrakten eller lov, men den kan også bli regulert gjennom den ulovfestede lojalitetsplikten som ligger til grunn i kontraktsretten.¹ Lojalitetsplikten går i hovedsak ut på å ivareta arbeidsgivers interesser. Hvilke vurderinger som ligger til grunn for at arbeidstaker har overtrådt den ulovfestede lojalitetsplikten er i midlertid ikke alltid like klar. Det kan være vanskelig å trekke denne grensen både for arbeidstaker og arbeidsgiver.

I hvilken utstrekning en advokat kan tilby juridisk rådgivning ved siden av sitt arbeid eller hvorvidt en frisør kan tilby frisørtimer fra hjemmet, beror i hovedsak på en vurdering av om dette strider mot eller skader arbeidsgivers interesser. Spørsmålet om arbeidstakers handling strider mot lojalitetsplikten kan være vanskelige vurderinger hvor man må veie arbeidstaker og arbeidsgivers interesser opp mot hverandre.² Dette er en aktuell problemstilling som lett kan oppstå på det norske arbeidsmarked i dag. Dersom ikke arbeidstakers grenser er regulert i arbeidsavtalen eller igjennom lov, må man se på hvilken tolkning domstolene har gjort av lojalitetsplikten. Dette er ikke nødvendigvis så angripelig for arbeidstaker og arbeidsgiver.

1.2 Problemstilling

I denne oppgaven skal jeg se på de grensene som lojalitetsplikten setter for arbeidstakers aktivitet med tanke på konkurrerende virksomhet. For det første oppstiller dette et spørsmål om hva lojalitetsplikten innebærer, altså hvilke momenter som ligger til grunn i vurderingen av om plikten er overtrådt. For det annet oppstår det et spørsmål om hvilke følger dette får for

¹ Rt. 1990 s. 607, Haaskjold (2013) s. 69.

² Skjønberg (2014) s. 212.

arbeidstaker dersom han bryter lojalitetsplikten. Med andre ord hvilke sanksjonsmuligheter en arbeidsgiver har dersom en arbeidstaker opptrår illojalt.

1.3 Avgrensning

Lojalitetsplikten kan sees på som en presisering av arbeidstakers plikter, og arbeidstakers lojalitetsplikten er et vidt begrep, som er knyttet til flere kategorier. For det første reiser lojalitetsplikten spørsmål knyttet til arbeidstakers ytringer. En arbeidstaker har som en hvilken som helst borger en grunnleggende ytringsfrihet, jfr. Grunnloven § 100 og EMK art. 10. Lojalitetsplikten innebærer imidlertid en plikt for arbeidstaker til å ivareta arbeidsgivers interesser og ikke foreta handlinger som vil skade disse. Dette reiser spørsmål om hvorvidt denne setter begrensninger på arbeidstakers ytringsfrihet. For det annet knytter lojalitetsplikten seg til arbeidstakers mulighet til å påta seg biarbeid og arbeid på fritiden. Utgangspunktet er at hva arbeidstaker foretar seg utenfor arbeidstiden ikke er arbeidsgivers anliggende.³ For det tredje kan det oppstå spørsmål knyttet til arbeidstakerens lojalitetsplikt i forbindelse med mulighet til å motta gaver, godtgjørelser eller ytelser fra andre enn arbeidsgiver. Disse sidene av lojalitetsplikten vil imidlertid ikke bli behandlet her. I denne oppgaven vil drøftelsene konsentrere seg om arbeidstakers lojalitetsplikt i forbindelse med involvering i konkurrerende virksomhet. I denne sammenhengen får lojalitetsplikten betydning dersom arbeidstakeren er i ferd med å gå over i en stilling i en konkurrerende virksomhet eller ved arbeidstakers etablering av egen virksomhet.⁴ Den videre fremstillingen vil problemstillingene knyttet til lojalitetsplikt kun omhandle arbeidstakers involvering i konkurrerende virksomhet.

1.4 Rettskilder og metode

Rettskildebildet knyttet til arbeidstakers lojalitetsplikt er todelt. Reglene om virkningene av brudd på lojalitetsplikten er omfattende regulert i arbeidsmiljøloven. Lovens kapittel 15 regulerer arbeidsgivers adgang til å bringe arbeidsforholdet til opphør. Bestemmelsene er i omfattende grad behandlet i juridisk teori, men brudd på lojalitetsplikten som saklig grunn til oppsigelse eller avskjed er ikke i like stor grad behandlet. Problemstillingen har imidlertid blitt omfattende behandlet i rettspraksis, og er av den grunn en viktig rettskilde i denne oppgaven. Det finnes noe rettspraksis fra Høyesterett, men er også behandlet i underrettene.

Det finnes imidlertid ingen bestemmelse som på et generelt grunnlag lovfester arbeidstakers lojalitetsplikt. Innholdet av plikten må derfor søkes løst etter andre rettskilder. Dersom lojalitetsplikten ikke er regulert igjennom lov eller avtale må man vurdere innholdet i den ulovfes-

³ Fougner (1999) s. 207.

⁴ For eksempel Rt. 1990 s. 607

tede lojalitetsplikten. Plikten er utarbeidet gjennom rettspraksis,⁵ og rettskilden har av den grunn spilt en stor rolle i denne oppgaven. Det finnes noen viktige avgjørelser fra Høyesterett, men det er mer omfattende praksis fra underrettene. Det er imidlertid sjeldent at retten tar selvstendig stilling til innholdet av lojalitetsplikten, men den blir behandlet i sammenheng med vurderingen om hvorvidt det foreligger en saklig grunn til oppsigelse eller avskjed. Avgjørelsene behandler grensene for når en arbeidstaker opptrer illojalt og eventuelt konsekvensene av at arbeidstaker går utover det som kan forventes av arbeidsgiver. I juridisk teori har arbeidstakers lojalitetsplikt blitt behandlet av mange forfattere. Fremstillingene bærer imidlertid preg av at forfatterne forutsetter pliktens eksistens, men behandler ikke temaet i dybden, hva gjelder pliktens innhold. I den alminnelige kontraktsretten finnes det imidlertid omfattende juridisk teori om temaet og har vært en kilde ved vurderingen også i denne oppgaven.⁶

⁵ Rt. 1990 s. 607.

⁶ Nazarian(2007), Haskjold (2013), Woxholth (2012)

2 Lojalitetsplikten

2.1 Innledning

Lojalitetsplikten er gjensidig plikt for kontraktspartene til å ta rimelig hensyn til hverandres interesser innenfor visse grenser.⁷ En slik lojalitetsplikt kan komme til uttrykk i lov, eller den kan uttrykkelig avtales i kontrakten. Det er ingen alminnelig lovhjemmel for lojalitetsplikten, men forpliktelser basert på lojalitetsplikten har blitt lovfestet på særrområder.⁸ Det finnes imidlertid også en ulovfestet lojalitetsplikt. Plikten regnes for å være et av grunnprinsippet i moderne norsk kontraktsrett som har blitt utviklet gjennom rettspraksis. I Rt. 1988 s. 1078 uttaler Høyesterett på et generelt grunnlag at det mellom partene ”må stilles krav til aktsom og lojal oppreden” og at ”Kravet til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen, men så lenge forpliktelsen består”.⁹ Det er en tendens i rettspraksis at plikten har blitt tillagt stadig større betydning de siste år.¹⁰

Utgangspunktet i kontraktsretten er at partene skal kunne inngå de avtaler og disposisjoner som er i egen interesse. Det er imidlertid ikke alltid slik at kontraktsforholdet er mellom jevnbyrdige. Lojalitetsplikten er som utgangspunkt en minstestandard for å ivareta partenes interesser hva gjelder forventninger og forutsetninger ved inngåelsen og gjennomføring av avtalen. Lojalitetsplikten innebærer i hovedsak en rekke rett- og pliktrelasjoner mellom partene. Det mest aktuelle vil være opplysningsplikt, taushetsplikt, og plikter til ikke å involvere seg med konkurrerende virksomhet.¹¹ Lojalitetsplikten kan vise seg dels positivt og dels negativt. Den positive siden innebærer at partene er forpliktet til aktivt å samarbeide for å bidra til å ivareta hverandres interesser, altså en handlingsplikt for partene. Den negative siden knytter seg til at partene må unnlate å gjøre handlinger som er til skade for den andre parten. Det er i denne sammenheng partene i hovedsak blir tillagt informasjons- og opplysningsplikter.¹²

⁷ Woxholth (2012) s. 272.

⁸ For eksempel markedsføringsloven § 25, håndverkertjenesteloven § 7 og avtaleloven § 33.

⁹ Den samme formuleringen har også blitt gjentatt i Rt.1995 s. 1460.

¹⁰ Rt. 2003 s. 1252 hvor Høyesterett uttaler om lojalitetsplikten ” auka vegtlegging reint allment av lojalitet og samarbeid mellom partene” og i Rt.2005 s. 268. hvor Høyesterett uttaler at den gjensidige lojalitetsplikten har blitt ”tillagt økende vekt”.

¹¹ Woxholth (2012) s. 272.

¹² Woxholth (2012) s. 272.

Lojalitetsplikten gjør seg gjeldende i ulike faser. Allerede før bindende avtale er inngått har det blitt lagt til grunn i både rettspraksis og teori at lojalitetsplikten kan oppstille prekontraktuelle forpliktelser.¹³ Plikten gir partene retningslinjer for hvordan de skal forholde seg til hverandre ved avtaleinngåelsen.¹⁴ Videre er det alminnelig antatt at kravene til lojal opptreden skjerpes etter at bindende avtale er inngått.¹⁵ Til slutt kan det tenkes en lojalitetsplikt også etter opphør av kontrakten.¹⁶

På arbeidsrettens område finnes det også en lojalitetsplikt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.¹⁷ Forholdet mellom partene reguleres gjennom arbeidskontrakt, tariffavtaler, lov og andre rettskilder. En arbeidskontrakt er i prinsippet en ordinær kontrakt hvor alminnelige avtalerettslige prinsipper gjelder for både inngåelsen og tolkningen av avtalen. Prinsippet om tilbud og aksept er som ellers i avtaleretten de sentrale elementene. Arbeidsavtalen består som hovedregel av at arbeidstaker stiller sin personlige arbeidskraft til rådighet mot at arbeidsgiver yter vederlag for denne tjenesten.¹⁸ Det som gjør arbeidsavtalen spesiell er først og fremst lovgivningen og tariffavtaler som setter rammer for hva avtalen kan inneholde, fremgangsmåte og hvordan den skal bringes til opphør. Arbeidsmiljølovens krav til form og innhold i kapittel 14 illustrer dette. Blant annet er det krav om skriftlighet, og minimumskrav til innholdet i den skriftlige avtalen, jfr arbeidsmiljøloven §§ 14-5 og 14-6. Det er imidlertid ikke gitt at en avtale er ugyldig dersom man ikke har fulgt bestemmelsene i arbeidsmiljøloven fullt ut. Hvorvidt det foreligger en bindende avtale kan søkes løst etter alminnelige avtalerettslige prinsipper.¹⁹

Arbeidsavtalen bærer preg av at den har en personlig karakter. Tillit og samarbeid er en forutsetning for at arbeidsforholdet skal fungere tilfredsstillende. Dersom arbeidstaker opptrer i strid med dette kan det føre til brudd på lojalitetsplikten.²⁰ En arbeidstaker vil ofte også identifiseres med arbeidsgiver, særlig dersom han har en fremtredende stilling i virksomheten. En

¹³ Rt. 1992 s. 1110, Rt. 1998 s. 762, Simonsen (1997) s. 7 og Haaskjold (2013) s. 69.

¹⁴ Haaskjold (2013) s. 69.

¹⁵ Haaskjold (2013) s. 76.

¹⁶ Rt. 1961 s. 965.

¹⁷ Rt. 1990 s. 607.

¹⁸ Arbeidstaker kan naturligvis jobbe uten å få vederlag. se Jakhelln (2006) s.23.

¹⁹ Fanebust (2013) s. 48.

²⁰ Fanebust (1999) s. 130.

arbeidstaker kan med andre ord være virksomhetens ”ansikt utad” og dersom han opptrår på en uheldig måte kan dette føre til at det ”sverter” virksomheten.

Lojalitetsplikten mellom arbeidstaker og arbeidsgiver kan komme til uttrykk i intern reglement, taushetserklæringer, bestemmelser i arbeidskontrakten osv. Innholdet i plikten beror da på en konkret tolkning av avtalen. Som følge av den ulovfestede lojalitetsplikten trenger imidlertid ikke partene å uttrykkelig regulere dette for at plikten skal gjøre seg gjeldende. I Rt. 1990 s. 607 ble lojalitetsplikten i arbeidsforhold fastslått. Avgjørelsen gjaldt en administrerende direktør og systemsjef som sa opp sine stillinger i bedriften og deltok i oppstarten av konkurrerende virksomhet. Høyesterett uttaler at det ”foreligger et alminnelig lojalitet- og troskapsplikt i ansettelsesforhold.” Dette er som utgangspunkt et gjensidig tillitsforhold, men i arbeidsforholdet er lojalitetsplikten oftest knyttet til arbeidstakers aktivitet. Kristen Andersen definerer arbeidstakers lojalitetsplikt slik: ”Hva den tar sikte på, er intet mindre enn arbeidstakers faglige holdninger på det etiske plan, hans lojale oppslutning om arbeidsgivers interesse og hans avståen fra enhver utilbørlig tilsidesettelse eller undergraving av disse interesser til fordel for egne eller andres. I og med dette sier det seg selv at troskapsplikten er mangfoldig i sitt fremtoningspreg, at den innsats den forutsetter fra arbeidstakerens side varierer med karakteren av den stilling han gjennom arbeidsavtalen er plassert i.”²¹ Lojalitetsplikten kan altså formuleres som et krav om at arbeidstaker skal ta hensyn til hva arbeidsgivers interesser er tjent med.²² Arbeidstaker har med andre ord en plikt til å avstå fra å utføre handlinger til skade for arbeidsgivers interesser, og heller søke å ivareta disse interesser.²³

Lojalitetsplikten setter med dette grenser for arbeidstakers aktivitet i særlig to situasjoner. For det første setter lojalitetsplikten begrensninger på arbeidstakers ytringer. Arbeidstaker har som enhver annen borger, en grunnleggende ytringsfrihet.²⁴ Allikevel innebærer lojalitetsplikten en plikt for arbeidstaker å avstå fra handlinger som kan skade arbeidsgivers interesser.²⁵ Hvorvidt arbeidstakers ytringer er illojale vil bero på en avveining mellom hensynet til arbeidsgivers interesser på den ene siden og arbeidstakers ytringsfrihet på den andre siden.²⁶ Det er imidlertid inntatt i arbeidsmiljøloven § 2-4 en adgang for arbeidstakere til å ytre seg

²¹ Andersen (1967) s. 136.

²² Fanebust (1999) s. 128.

²³ Skjønberg (2014) s. 211.

²⁴ Grunnloven § 100 og EMK art 10, jfr. menneskerettighetsloven §§ 2 og 3.

²⁵ Skjønberg (2014) s. 220

²⁶ Skjønberg (2014) s. 220

om kritikkverdige forhold i virksomheten, og videre et forbud for gjengjeldelse fra arbeidsgiver i arbeidsmiljøloven § 2-5. Dette er bestemmelser som er inntatt i arbeidsmiljøloven for å verne om arbeidstakers ytringsfrihet.

For det annet, og det denne avhandlingen vil dreie seg om, kan lojalitetsplikten oppstilles som grense for arbeidstakers aktivitet i situasjoner der arbeidstaker er involvert, deltar, eller er med på å etablere konkurrerende virksomhet. Lojalitetsplikten setter med andre ord grenser for hvilke handlinger og disposisjoner arbeidstaker kan foreta seg med tanke på konkurrerende virksomhet. Dette oppstiller for det første et spørsmål om hva konkurrerende virksomhet faktisk innebærer. Det er alminnelig antatt å foreligge når flere økonomiske enheter søker samme mål og disse kan søke vinning på den andres bekostning er det å anses som konkurrerende virksomhet.²⁷ Hvorvidt dette er tilfellet vil bero på en konkret vurdering. I LB-2001-02523 oppsto det en tvist om arbeidstaker hadde opptrådt illojalt og om hans virksomhet stod i konkurranse med arbeidsgiver. Ved vurderingen legger lagmannsretten blant annet vekt på hva som omfattes av virksomheten, hva som er skrevet i stillingsbeskrivelsen, beskrivelsene i årsmeldingene, hvilket primærfelt virksomhetene hadde og at begge virksomhetene hadde samme kunder. Retten kommer i denne avgjørelsen frem til at det dreide seg om en konkurrerende virksomhet.

Videre blir spørsmålet om hva lojalitetsplikten innebærer når man er utenfor de uttrykkelig regulerte områdene. For å nevne noen vil skadepotensiale og de økonomiske konsekvensene arbeidstakers aktivitet får for arbeidsgiver være av betydning. I tillegg skal vi se at arbeidstakers stilling og ansvarsområde i virksomheten vil ha en betydning for den grensen som trekkes. I den videre fremstillingen av oppgavens del to vil jeg se på når lojalitetsplikten inntreer i kontraktsforholdet, hva plikten innebærer og når den opphører.

2.2 Når inntreer lojalitetsplikten

Det første som skjer når det blir etablert et arbeidsforhold er at partene inngår en arbeidsavtale. Det neste steget i arbeidsforholdet er at arbeidstaker tiltrer stillingen. En tiltredelse innebærer at arbeidstaker har møtt opp til avtalt tid og sted, og stiller sin arbeidskraft til disposisjon.²⁸ I noen tilfeller skjer tiltredelse og inngåelse av arbeidsavtalen samtidig, men som regel går det noe tid før arbeidstaker tiltrer stillingen. Det kan i den forbindelse stilles et spørsmål om arbeidstaker i tillegg til å ha inngått bindende avtale må ha tiltrådt stillingen for at lojalitetsplik-

²⁷ Dege (2009) s. 940.

²⁸ Jakhellen (2006) s. 221.

ten gjelder fullt ut. I den alminnelige kontraktsretten gjelder det et lojalitetskrav allerede før avtalen er inngått, og at den gjelder fullt ut etter inngått bindende avtale.²⁹ Jakhelln skriver at ”arbeidstakers generelle lojalitetsplikt må antas å oppstå allerede ved arbeidsavtalens inngåelse.”³⁰ Dersom man ser på den siden av lojalitetsplikten som setter grenser for arbeidstakers yringsfrihet, vil nok lojalitetsplikten allerede ved avtaleinngåelse sette begrensninger på arbeidstakers adgang til å ytre seg negativt eller sterkt kritisk om arbeidsgivers virksomhet.

Når det gjelder arbeidstakers lojalitetsplikt med tanke på konkurrerende virksomhet kan det imidlertid tenkes at det er litt mer nyansert. En jobbsøker vil sondere markedet og holde sine muligheter åpne med tanke på å få det arbeid han kan få utfoldelse for sine ferdigheter på best mulig måte. Det kan tenkes at arbeidstaker inngår en kontrakt med en arbeidsgiver og før tiltrødelsen får et tilbud med bedre vilkår fra en konkurrerende virksomhet. Spørsmålet som oppstår da er om lojalitetsplikten setter grenser for arbeidstakers adgang til å takke ja til et slikt tilbud. Denne problemstillingen har ikke direkte kommet på spissen i rettspraksis, men i LA-2006-71768 vurderte lagmannsretten hvilke handlinger arbeidstaker kunne utføre i forbindelse med konkurrerende virksomhet under arbeidsforholdet. Retten legger til grunn at det sentrale punktet er ”hvorvidt arbeidstakeren, før han fratrer foretar seg noe som skader arbeidsgiverens relasjon til kunder og leverandører, eller på annen måte ved interne disposisjoner eller av slike svekker det forretningsmessige utbytte som disse relasjonene ellers må formode å gi.” Selv om dette gjaldt en arbeidstaker som allerede hadde tiltrødt stillingen og hadde arbeidet for virksomheten en stund, kan rettens uttalelser likevel få betydningen for vurderingstemaet. Dommen legger til grunn at spørsmålet beror på en vurdering av hvilke konsekvenser de illojale konkurransehandlingene får for arbeidstaker. Før arbeidstaker har tiltrødt stillingen er det begrenset hvor mye han får skadet arbeidsgivers interesser. I denne perioden har man ikke nødvendigvis tilegnet seg så mye kunnskap fra virksomheten, og det er tvilsomt om den lille kunnskapen man eventuelt har tilegnet seg, vil komme til nytte ved overgangen til konkurrerende virksomhet.

Et grunnhensyn i arbeidsretten er dessuten at arbeidstaker skal kunne få utfoldelse for sine kunnskaper og faglige kvaliteter. Det kan virke noe urimelig om hensynet til å ivareta arbeidsgivers interesser skulle strekke seg så langt at arbeidstaker måtte la interessene gå foran

²⁹ Simonsen (1997) s. 7.

³⁰ Jakhelln (2006) s. 226.

sine egne allerede før arbeidet har startet. På den annen side kan det stride i mot arbeidsgivers interesser dersom en arbeidstaker starter opp en virksomhet som er i strid med arbeidsgiveren og planlegger å gradvis bygge opp sin virksomhet og samtidig utnytte den kunnskap og utvikling han får hos sin arbeidsgiver. En slik handling vil kunne sees på som illojal fra arbeidsgiverens side. Blir arbeidsgiveren oppmerksom på en slik plan, allerede før arbeidstakeren har tiltrådt stillingen, tilsier reelle hensyn at det bør være mulig for arbeidsgiveren å beskytte seg mot en slik konkurranse.

Når man derimot har tiltrådt stillingen, stilt sin arbeidskraft til disposisjon og fått den tillit og plikter som følger med stillingen, kan det spørres om lojalitetsplikt gjør seg gjeldende i større grad. I Rt. 2004 s. 76 ble en lærer ansatt ved en skole, men det viste seg senere at han ikke oppfylte kravene til stillingen. Spørsmålet ble i den sammenheng om arbeidsforholdet skulle opphøre etter reglene i arbeidsmiljøloven eller om avtalen kunne gjøres ugyldig etter de alminnelige avtalerettslige reglene. Høyesterett uttaler, riktig nok i et obiter dictum, at ”Dersom As manglende kompetanse hadde blitt avdekket før han tiltrådte stillingen, anser jeg det klart at kommunen kunne brakt forholdet til opphør uten å gå veien om oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljølovens regler.”³¹ Videre uttaler de ”Etter arbeidstakeren har begynt i arbeidet, kommer imidlertid dette spørsmålet i en annen stilling. Reelle hensyn taler for at arbeidsforholdet da må utvikles etter arbeidsmiljølovens regler.” Høyesterett oppstiller altså et skille ved at arbeidstakers interesser får tyngre vekt etter at han har tiltrådt stillingen. Høyesterett begrunner det med at de hensyn som ligger bak stillingsvernsreglene ikke er av nevneverdig tyngde før tiltredelsen. Stillingsvernsreglene er nettopp for å ivareta arbeidstakers interesser, på samme måte som lojalitetsplikten er til for å ivareta arbeidsgivers interesse. Det kan derfor tyde på at tiltredelse utgjør et skille når man ser på arbeidstakers plikt til å ivareta arbeidsgivers interesse.

Arbeidstakers lojalitetsplikt inntreffer altså ved inngåelsen av arbeidskontrakten, men at den vil være mer veiledende etter at arbeidstaker har tiltrådt stillingen. Etter at arbeidstaker har fått de plikter og ansvar som følger med stillingen vil arbeidsgiver også ha flere forventninger og tillitt til arbeidstakers aktivitet og en naturlig konsekvens av dette vil være at lojalitetsplikten styrkes.

³¹ Det samme ble lagt til grunn i Rt. 1988 s. 766, som gjaldt spørsmål om gyldig arbeidsavtale var inngått måtte avgjøres etter vanlige avtalerettslige regler.

2.3 Hva innebærer lojalitetsplikten

2.3.1 Innledning

Arbeidstakers lojalitetsplikt gjelder så lenge arbeidsforholdet består.³² Det er imidlertid mer usikkert hva en slik lojalitetsplikt innebærer dersom dette ikke er uttrykkelig regulert i arbeidskontrakten. Når man da befinner seg utenfor loven og hva som er avtalt i arbeidskontrakten, må man forsøke å se hen til hvordan domstolene har tolket den ulovfestede normen.

Som følge av den alminnelige kontraktsfriheten kan en arbeidstaker som utgangspunkt kunne anvende sine kvalifikasjoner og ferdigheter som han vil, også med tanke på konkurrerende virksomhet.³³ På den annen side er et av hovedfundamentene i en arbeidskontrakt at arbeidsgiveren kan forvente at arbeidstaker ivaretar arbeidsgivers interesser. Dersom en arbeidstaker har foretatt illojale konkurransehandlinger blir vurderingstemaet hvorvidt arbeidstaker med sine konkurransehandlinger har skadet arbeidsgivers interesser, og at det av den grunn kvalifiseres som brudd på lojalitetsplikten. Utgangspunktet ved arbeidskontrakten er at arbeidstaker stiller sin arbeidskapasitet til rådighet ovenfor arbeidsgiver. En arbeidsgiver kan som følge av dette motsette seg at en arbeidstaker stiller sin rådighet til andre i arbeidstiden. I Rt. 1983 s. 1481 legger Høyesterett til grunn at det var rettmessig at en renovasjonsarbeider ble avskjediget da han hadde drevet privat renovasjon innenfor ordinær arbeidstid. Dersom man tilsidesetter sine arbeidsoppgaver i arbeidstiden for å drive med konkurrerende virksomhet, kan dette lett være illojalt ovenfor arbeidsgiver.

Når det dreier seg om arbeidstakers aktivitet utenfor den ordinære arbeidstiden er et sentralt moment ved lojalitetsvurderingen omfanget av konkurransehandlingen, og dermed betydningen av den negative konsekvensen dette får for arbeidsgiver. Hvorvidt det er snakk om at arbeidstaker utfører handlinger på et enkelt oppdrag eller på et mer fast oppdrag vil ikke nødvendigvis utgjøre noen forskjell. Det beror på en konkret vurdering av hvorvidt konkurransehandlingen har skadet arbeidsgiver interesser. Dersom en illojal konkurransehandling fra arbeidstaker har et stort skadepotensiale for arbeidsgiver, er det et moment som kan tale for at det er brudd på lojalitetsplikten. Dersom arbeidsgiver ikke får nevneverdig negative konsekvenser av arbeidstakers aktivitet er dette imidlertid et moment som trekker i motsatt retning. I RG 1995 s. 887 hadde en arbeidstaker vel vitende om at hans arbeidsgiver hadde gitt et til-

³² Rt. 1990 s. 607.

³³ Fougner (1999) s. 207.

bud på et produkt, hjulpet en konkurrent med et konkurrerende tilbud. Selv om det var snakk om et engangstilfelle hvor arbeidstakers bistand var av underordnet karakter, og uten økonomisk egeninteresse, mente lagmannsretten at man som følge av lojalitetsplikten må avstå vernetjenester når disse står i strid med bedriftens planer og interesser. Grunnen til at dette var i arbeidsgiverens interesse var først og fremst at det gjaldt produksjon av kompostbinger, noe virksomheten ønsket å satse på i fremtiden. Dette var arbeidstakeren klar over. Arbeidstakeren hjalp altså en annen produsent med å komme med et tilbud på kompostbinger som var i konkurranse med arbeidsgiver. Retten kom frem til at det utgjorde et skadepotensiale for arbeidsgiver. I LE- 2002- 00268 hadde en daglig leder utført en rekke forberedelseshandlinger i oppsigelsestiden. Dette førte til at han hadde opptrådt illojalt ovenfor sin arbeidsgiver. Lagmannsretten vurderer alle de enkelte tilfellene arbeidsgiver anfører at har ført til brudd på lojalitetsplikten, og kommer frem til at den samlede opptreden må karakteriseres som illojal. Her var det snakk om mange handlinger som blant annet dreide seg om innkjøp av maskiner, besøk på maskinmesser, og mangel på opplysninger til arbeidsgiver over en lengre tidsperiode. Denne avgjørelsen viser at det ikke nødvendigvis behøver å være en handling isolert sett som utgjør lojalitetsbruddet. Det kan også dreie seg om flere handlinger som til sammen utgjør et skadepotensiale for virksomheten.

I forlengelsen av skadepotensialet vil det oppstå et spørsmål om den konkurrerende virksomheten arbeidstaker er involvert i, fører til negative økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver. Hvis konkurransehandlingen fører til et stort økonomisk tap, vil dette være et sentralt moment ved vurderingen om handlingen er illojal. Dersom arbeidstaker ikke får noen økonomiske konsekvenser taler dette for at det heller ikke trenger å være en illojal handling. En virksomhets ønske om økonomisk vinning og arbeidstakers interesse henger ofte tett sammen. Dersom ikke arbeidsgiver får noen negativ konsekvens, kan det kanskje tale for at arbeidsgivers interesser heller ikke er skadet. I rettspraksis er det imidlertid lagt til grunn at det er nok med realistisk fare for tap når man vurderer om konkurransehandlingen er illojal. I Rt.1996 s. 1401 uttaler Høyesterett at ”man må legge vekt på hvilke hensikter som lå bak, og hvilke fremtidsmuligheter man så” i den konkurrerende virksomheten. I Rt.1993 s. 300 hadde et firma prøvd å knytte nærmere forbindelser med konkurrerende virksomhet. Daglig leder fremsatte etter en tid en skriftlig forespørsel om at han selv skulle kjøpe den konkurrerende virksomhet, uten å informere sine overordnede om dette. Selv om det ble lagt til grunn at daglig leder ikke hadde foretatt disposisjoner som kunne skade arbeidsgiveren, mente Høyesterett at dette var kraftig illojalt.

Den negative økonomiske konsekvensen og skadepotensialet henger ofte sammen. Dersom konkurransehandlingen har et stort skadepotensiale eller store økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver, vil dette være et sentralt moment ved vurderingen av om arbeidstaker har opptrådt illojalt. Dette trenger allikevel ikke å være avgjørende.

2.3.2 Arbeidstakers stilling

Ved vurderingen av innholdet av lojalitetsplikten er arbeidstakers stilling eller posisjon i virksomheten et viktig moment. Både i rettspraksis og juridisk litteratur har det blitt lagt til grunn at det må stilles strengere krav til arbeidstaker som har en ledende stilling i virksomheten.³⁴ I Rt. 1990 s. 607 legger Høyesterett vekt på at administrerende direktør og systemansvarlig begge var ”nøkkelpersoner” i virksomheten. Et annet typisk eksempel vil være daglig leder i en virksomhet. I Rt. 1993 s. 300 uttaler Høyesterett at ” jeg er enig i det som er uttalt i de tidligere instanser om at det er grunn til å stille strenge krav til den som er daglig leder for en bedrift.” Grunnen til at det stilles strengere krav til lojal oppreden fra en som er daglig leder eller andre nøkkelpersoner i virksomheten er på grunn av stillingens naturlige tillitt. En arbeidstaker som har en ledende stilling kan ofte være ansiktet utad. Det representerer virksomheten både ovenfor andre bedrifter, men også ovenfor ansatte i virksomheten. Det er ikke uvanlig at det i arbeidskontrakten til for eksempel administrerende direktører fastsettes et forbud mot engasjement fra andre virksomheter.³⁵ I tillegg sitter de som regel med mer informasjon om virksomhetens drift, kultur og praktiske opplysninger generelt. Dette kan være alt fra kundeinformasjon, budsjetter eller annet informasjon som er gunstig å sikre seg når man skal etablere en konkurrerende virksomhet. En direktør eller annen leder har i større grad tilgang på informasjon. Dette må imidlertid vurderes konkret i hver situasjon. Det er imidlertid ikke gitt at det kun er arbeidstakere i ledende posisjoner som sitter på den type informasjon som gjør at lojalitetsplikten må tolkes strengt. Forskere eller selgere kan være eksempler. Disse arbeidstakere kan være ansatt uten å ha noen ledende funksjon, men allikevel sitter de på informasjon som kan utgjøre et stort skadepotensiale og som vil være av stor konkurransemessig betydning for arbeidsgiver. Det kan imidlertid argumenteres for at disse personene kan anses som ”nøkkelpersoner”, som ble nevnt i Rt. 1990 s. 607. Uansett må arbeidstakers stilling vurderes konkret.

³⁴ Fougner (1999) s. 214.

³⁵ Fougner (1999) s. 214.

2.3.3 Arbeidstakers opplysninger om konkurrerende virksomhet

I situasjoner hvor det oppstår tvist om hvorvidt arbeidstaker har opptrådt illojalt kan det tenkes at dette kunne vært løst dersom arbeidsgiver på forhånd hadde fått informasjon om konkurransehandlingene. Hvis arbeidsgiver holdes fortløpende informert kan det tenkes at han ikke oppfatter handlingene som illojale. Arbeidsavtalen er bygget på samarbeid og tillitt, og lojalitetsplikten må bygge på en forutsetning om at det ikke uten videre hadde foreligget illojalt opptreden dersom arbeidsgiver blir informert.³⁶ Ved å opplyse arbeidsgiveren om den konkurrerende virksomheten kan det også gi grunnlag for en aksept eller godkjenning fra arbeidsgiver. En åpen dialog kan med andre ord hindre en senere tvist. Til dette knytter det seg et spørsmål om arbeidstaker har en plikt til å opplyse arbeidsgiveren når han foretar konkurransehandling og hva det i så fall pliktes å opplyses om. I Rt. 1990 s. 607 hadde administrerende direktør og systemsjef sagt opp sine stillinger i bedriften og deltatt i stiftelse av konkurrerende virksomhet. Høyesterett uttaler at ”Det må følge av lojalitetsplikten, ikke minst hensett til det nivå de befant seg på, at de pliktet å holde styret eller overordnede orientert om forhold som var av betydning for bedriftens virksomhet.” I Rt.1993 s. 300 ble det oppfattet som illojalt ovenfor arbeidsgiver når daglig leder ikke informerte sine overordnede om at han hadde fremsatt forslag om å kjøpe en konkurrerende virksomhet. I Rt.1996 s. 1401 kom Høyesterett til at arbeidstaker har opptrådt illojalt og det ble lagt særlig vekt på manglende opplysninger til arbeidsgiver. Rettspraksis viser at arbeidstakeren har en viss opplysningsplikt om konkurrerende virksomhet ovenfor sin arbeidsgiver. Dette er også lagt til grunn i litteraturen.³⁷

For det første oppstår det et spørsmål om når denne opplysningsplikten inntreffer. I de tidligere nevnte avgjørelsene knytter opplysningsplikten seg til en arbeidstaker som har en arbeidskontrakt og har tiltrådt stillingen. Det er således klart at arbeidstaker har en opplysningsplikt så lenge arbeidsforholdet består. Spørsmålet knytter seg imidlertid til om det kan oppstilles en opplysningsplikt allerede før arbeidstaker har tiltrådt stillingen eller allerede før arbeidskontrakten er inngått. Må for eksempel en arbeidstaker opplyse om at han er tilknyttet et konkurrerende virksomhet når han er inne på intervju, eller i forbindelse med inngåelsen av arbeidskontrakten. Lojalitetsplikten oppstår som følge av arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. For å etablere et arbeidsforhold er hovedregelen at arbeidsgiver og arbeidstaker

³⁶ Fougner (1999) s. 211.

³⁷ Fougner (1999) s. 213.

må ha inngått en avtale.³⁸ Det vil si at med mindre det er avtalt at rettsforholdet skal være basert på noe annet i tariffavtale, særskilt lovbestemmelse, partenes avtale eller annet får de arbeidsrettslige reglene anvendelse når det foreligger et avtaleforhold mellom arbeidstaker eller arbeidsgiver.³⁹ Det kan derfor neppe oppstilles en opplysningsplikt som følge av lojalitetsplikten allerede i en intervju situasjon. I hvert fall ikke etter de arbeidsrettslige reglene. Etter de alminnelige kontraktsrettslige reglene kan det imidlertid oppstilles en prekontraktuell lojalitetsplikt.⁴⁰ En slik plikt skal søke å avdekke og påpeke mulige misforståelser hos partene i forhandlingssituasjonen. Det virker imidlertid noe urimelig å skulle pålegge en arbeidssøker plikt til å opplyse om alle mulige forhold. Det kan også diskuteres om man i det hele tatt er i en forhandlingssituasjon allerede fra intervjuet. Når en arbeidsgiver ønsker å tilsette en person innkalles personer som man tror kan være kvalifisert for jobben, men det behøver ikke å være tilfellet. Hvorvidt en person er involvert i konkurrerende virksomhet trenger ikke påvirke om han er kvalifisert som sådan. Selv om arbeidstaker blir tilbudt stillingen trenger heller ikke det nødvendigvis å bety at arbeidstaker takker ja og trer inn i stillingen. I tillegg vil det tale i mot de arbeidsrettslige hensynene om ønsket om mobilitet i arbeidsmarkedet. Hensynene til arbeidstaker taler for at man ikke kan oppstille en plikt til å allerede ved intervju måtte fortelle om en eventuelle involvering med konkurrerende virksomhet.

Når arbeidstaker har inngått avtalen er det imidlertid etablert et arbeidsforhold og arbeidstaker har en plikt til å opplyse om involvering med konkurrerende virksomhet. Videre blir spørsmålet om hva arbeidstaker plikter å opplyse om. Problemstillingen knytter seg ofte til arbeidstakerens forberedende handlinger. En arbeidstaker må kunne planlegge å starte en konkurrerende virksomhet som sådan. Problemet oppstår når arbeidstakeren for eksempel begynner å etablere leieavtale for den konkurrerende virksomheten, eller søknader om offentlig tillatelse, eller dersom arbeidstaker begynner å blande rollene sine. I Rt. 1990 s.607 legger Høyesterett vekt på at administrerende direktør og systemansvarlig skulle ha orientert om de ”forhold som var av betydning for virksomheten.” Hva som er av betydning for virksomheten vil bero på en konkret vurdering i hvert tilfellet. I denne saken dro de to arbeidstakerne på en representasjonsreise til USA uten å informere sin arbeidsgiver om at de allerede hadde stiftet en konkurrerende virksomhet. Da de var i USA hadde de vært i møte med en leverandør av TeleVi-

³⁸ Jackhelln (2006) s. 26.

³⁹ Jackhelln (2006) s. 26.

⁴⁰ Haaskjold (2013) s. 69.

deo-maskiner, som arbeidsgiver hadde en eneforhandlerposisjon til. Arbeidstakerne fikk senere en forretningsforbindelse med TeleVideo til sin virksomhet. Det er tapet av denne eneforhandlerposisjonen som var grunnlag for arbeidsgivers erstatningskrav. Hadde arbeidsgiver fått opplysninger om at de hadde stiftet et konkurrerende virksomhet hadde neppe arbeidsgiver sendt de på representasjonsreise til USA og de hadde hatt andre til å representere virksomheten i forretningsmøtet med TeleVideo. Det er klart at en slik opplysning ville hatt betydning for arbeidsgiver. Det kan imidlertid være andre opplysninger i mindre skala som også kan være av betydning. I Rt. 1993 s. 300 hadde en leder i bedriften inngått forhandlinger om personlig overtakelse av et selskap hans arbeidsgiver hadde forretningsforbindelse med og som man tidligere hadde villet overta. Høyesterett legger blant annet vekt på at arbeidsgiveren var interessert i å øke omsetningen av produktene fra selskapet arbeidstaker var i forhandlinger med. Hvilke forhold som er av betydning for arbeidsgiveren henger tett sammen med hvilket skadepotensiale den illojale handlingen har for selskapet.⁴¹ Selv i forhold hvor det er mer tvilsomt om den illojale handlingen er av betydning for arbeidsgiver har Høyesterett tillagt arbeidstakers mangel på underretning vekt. I Rt.1996 s. 1401 hadde arbeidstaker en passiv rolle, og ektefellen stod i realiteten for aktiviteten i den konkurrerende virksomheten. Høyesterett uttaler imidlertid at ”slik forholdet mellom hennes ektefelle og Autronica var, måtte hun som ansatt i Autronica ha en særlig grunn til varsomhet og åpenhet ovenfor Autronica omkring forhold som kunne ha konkurransemessig betydning for Autronica.” I litteraturen har det også blitt lagt vekt på at mye taler for at han bør melde fra også når det er tvil om det foreligger illojal konkurranse.⁴² Derom arbeidstaker velger å opplyse arbeidsgiveren sin om forholdene, betyr ikke det i seg selv at man ikke har foretatt en illojal handling. Det kan imidlertid starte en dialog mellom arbeidstaker og arbeidsgiver om hva som aksepteres og hva en arbeidstaker mener er illojalt. Det kan også være en fordel for arbeidstaker å kunne vise tilbake til en dialog med arbeidsgiver, dersom det skulle oppstå en tvist ved en senere anledning.

Det kan imidlertid tenkes situasjoner som kan fremstå enda mindre betydningsfullt både for arbeidsgiver og arbeidstaker, men som er et veldig aktuelt spørsmål. En ikke uvanlig situasjon er for eksempel dersom arbeidstaker kun ønsker å utforske mulighetene for å skifte jobb til en konkurrerende virksomhet. Spørsmålet blir da om arbeidstaker er pliktet til å opplyse om ønsket om et jobbskifte. Må man for eksempel opplyse arbeidsgiver om at man er på utkikk etter

⁴¹ Punkt 2.3.1.

⁴² Fougner (1999) s. 213.

ny jobb, eller må man opplyse arbeidsgiver når man blir kalt inn på intervju hos den konkurrerende virksomheten. Det finnes ingen bestemmelser i arbeidsmiljøloven som sier noe om hvordan arbeidstaker skal forholde seg til arbeidsgiver i en slik situasjon. Spørsmålet har heller ikke kommet på spissen i rettspraksis. Selv om arbeidstaker plikter å ivareta arbeidsgivers interesser, er det klart at det finnes grenser for hvor langt man kan gå i å pålegge arbeidstaker til å sette arbeidsgivers interesser foran sine egne.⁴³ Det kan argumenteres for at arbeidstaker mister motivasjon for å gjøre den jobben som forventes av han i virksomheten og at dette er et tillitsbrudd, men på den annen side trenger ikke dette nødvendigvis å være tilfellet. Selv om en arbeidstaker ser etter andre muligheter betyr ikke dette at arbeidsgivers interesser ikke blir ivaretatt på en tilfredsstillende måte. Det kan også tenkes at arbeidstaker allikevel bestemmer seg for å fortsette i den stillingen han har etter å ha ”sondert” markedet en stund. Et jobbskifte er i hovedsak et privat anliggende for arbeidstaker, som nødvendigvis ikke trenger å gå på bekostning av arbeidsgivers interesser. Reelle hensyn taler for at lojalitetsplikten ikke gjelder for en situasjon som dette. Det er vanlig innenfor arbeidslivet at arbeidstaker neppe informerer arbeidsgiver om sine planer om jobbskifte før han leverer oppsigelsen.

Når arbeidstaker leverer oppsigelse har han heller ikke noen plikt om å begrunne hvorfor han sier opp. Det virker også av den grunn urimelig at arbeidstaker skulle ha en plikt til å opplyse om at han kanskje ønsker å gå over til en konkurrerende virksomhet allerede før han har bestemt seg for å si opp.

2.3.4 Betydningen av arbeidsgivers samtykke eller passivitet

Ikke enhver handling av arbeidstaker som involverer en konkurrerende virksomhet trenger å være en illojal handling. Det kan tenkes at arbeidstaker selv ikke mener det utgjør noen konkurranse eller at det ikke har noen særlig stor skadepotensiale for virksomheten. En arbeidsgiver kan uansett samtykke til at arbeidstakeren driver konkurrerende virksomhet. Dette kan arbeidsgiver gjøre både stilltiende og uttrykkelig. Det kan hevdes at det ikke foreligger noen illojal opptreden dersom arbeidsgiver blir informert om den konkurrerende virksomheten, men ikke har noen innvendinger. Det kan imidlertid oppstå et problem dersom arbeidsgiver samtykker til konkurrerende virksomhet, men skifter mening. I LB-2001-02523 hadde arbeidsgiver vært kjent med og samtykket til arbeidstakers konkurrerende virksomhet allerede ved ansettelsen. Arbeidsgiver ble i midlertid ikke kjent med omfanget og arten av den konkurrerende virksomheten før på et senere tidspunkt. Retten uttaler imidlertid klart at uansett om

⁴³ Fougner (1999) s. 208.

arbeidsgiver på et tidligere tidspunkt har samtykket, stilltiende eller uttrykkelig, plikter arbeidstakeren å opphøre den konkurrerende virksomheten dersom arbeidsgiver ønsker dette. I de tilfeller hvor arbeidsgiver uttrykkelig mener det er brudd på lojalitetsplikten er det imidlertid ikke klart hvor mye dette skal tillegges vekt. Ved en vurdering av om arbeidstakers lojalitetsplikt er overtrådt vil det alltid være en interesseavveining mellom hensynet til arbeidstaker og hensynet til arbeidsgiver.⁴⁴ En naturlig konsekvens av dette bør være at partenes subjektive oppfatning skal kunne være et moment ved vurderingen. I hvilken grad de enkelte oppfatningen skal tillegges vekt blir en konkret vurdering i den enkelte avgjørelse. I Rt.1996. s 1401 uttaler Høyesterett at selskapet ”hadde markedsført et produkt som i alle fall av Autronica ble oppfattet å være i konkurranse med et av deres egne produkter.” Høyesteretts flertall vurderer om virksomheten arbeidstaker hadde en passiv rolle som daglig leder i det hele tatt var konkurrerende virksomhet for arbeidsgiveren, men tillegger altså arbeidsgivers egne synspunkter om hva de selv oppfatter som konkurranse. I Rt.1959 s.900. ble en sveiser på et skipsverksted sagt opp fordi han hadde påtatt seg ekstraarbeid i fritiden for en annen arbeidsgiver. Hovedarbeidsgiveren mente det var en saklig grunn til oppsigelse da de mente at deres interesser var truet fordi de anså den andre virksomheten som en konkurranse. Høyesterett uttalte ikke at hovedarbeidsgiverens synspunkt ikke skulle tillegges vekt, men de viste til at hovedarbeidsgiver hadde avslått å drøfte grunnlaget for oppsigelse av sveiseren. Arbeidstakeren hadde altså ikke fått gjort seg opp noen mening om dette stemte eller ikke, da arbeidsgiver selv ikke hadde uttrykt ovenfor arbeidstaker at de mente at deres interesser var truet.

2.3.5 Arbeidstakers subjektive oppfatning

Hva som er konkurrerende virksomhet og om det i det hele tatt dreier seg om en konkurrerende virksomhet kan oppfattes ulikt av arbeidstaker og arbeidsgiver. Det kan tenkes at arbeidstaker ikke selv er klar over at han går utover de grenser som lojalitetsplikten setter for hans aktivitet. Et moment ved den skjønnsmessige vurderingen er ikke bare arbeidsgivers oppfatning av konkurransehandlingen, men også arbeidstakers oppfatning. Man ønsker ikke å beskytte en arbeidstaker som bevisst setter egne interesser foran arbeidsgiverens.⁴⁵ Motsatt kan imidlertid arbeidstakers oppfatning tillegges vekt dersom arbeidstakeren ikke selv anså handlingen for å være en konkurransehandling eller at virksomheten man var involvert med var i konkurranse med arbeidsgiveren. Et eksempel kan være RG. 1995 s. 887 hvor arbeidstaker

⁴⁴ Fougner (1999) s. 208.

⁴⁵ Fougner (1999) s. 214.

ytet bistand til en venn ved utforming av et anbud i konkurranse med arbeidsgiver. Lagmannsretten kommer til at arbeidstakeren hadde opptrådt illojalt, men som et moment ved vurderingen drar de frem arbeidstakers subjektive vurdering. Lagmannsretten uttaler at ”A subjektivt ikke har hatt til hensikt å skade X-produkter, at han har handlet uten økonomisk egeninteresse, at hans bistand til konkurrenten har vært av underordnet karakter, og at det dreier seg om et engangstilfelle.” Arbeidstakers subjektive mening vil også som følge av interesseavveiningen mellom partene kunne tillegges vekt. Det må imidlertid legges til grunn at det er arbeidstakers plikt til å sørge for en avklaring i en situasjon hvor det er mulighet for konflikter. Det er arbeidstaker som har innsyn i begge virksomheter, og som først kan forutse om det vil føre til motstridende interesser. Dersom arbeidstaker starter virksomhet eller involverer seg med virksomhet i tillegg til sin arbeidsgiver, uten å ha en dialog, vil han ha hovedansvaret for at en konflikt kan oppstå. I LB-2001- 02523 uttaler at ”Det var alene A som hadde den fulle oversikt over virksomheten i begge bedrifter. A har slik lagmannsretten ser det hatt en særlig oppfordring til å sørge for en uttrykkelig avtalemessig avklaring av en situasjon som han måtte se at innebar muligheter for konflikter.

2.3.6 Kort oppsummert

Ved vurderingen av hva innholdet i arbeidstakers lojalitetsplikt er det altså mange momenter som kan tillegges vekt. For det første vil det være av betydning om konkurransehandlingen faktisk utgjør et skadepotensiale for arbeidsgiver og i forlengelsen av det, om arbeidstakers konkurransehandling får økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver. I rettspraksis har det videre blitt stilt strengere krav til personer som har en ledende stilling eller anses som ”nøkkelpersoner” i virksomheten.⁴⁶ Det følger av stillingens natur at arbeidsgiver har en ekstra tillitt til personer med et større ansvarsområde. Videre er det lagt til grunn i rettspraksis at arbeidstaker har en opplysningsplikt. Til slutt vil arbeidstakers subjektive oppfatning også kunne være av betydning. Man ønsker ikke å beskytte en arbeidstaker som bevisst har skadet arbeidsgivers interesser, men samtidig vil handling som ikke har ment å skade arbeidsgiver kunne tale for at det ikke er en illojal handling. Rettspraksis har trukket frem flere momenter som er veiledende for om arbeidstaker har overtrådt de grenser som settes for lojalitetsplikten. Grensene for arbeidstakers lojalitetsplikt beror på en konkret skjønnsmessig vurdering hvor en rekke momenter vil kunne anvendes, og veies opp mot hverandre. Det vil således være umulig å fastsette et rigid innhold av plikten. De skjønnsmessige vurderingene kan også sies å være poenget med lojalitetsplikten,⁴⁷ nettopp fordi lojalitetsplikten vil variere ut i fra hva som for-

⁴⁶ Rt. 1990 s. 607, Rt. 1993 s. 300.

⁴⁷ Fougner (1999) s. 208.

ventes fra arbeidsgiver, hvilke interesser man søker å beskytte og hvilket yrke man er innenfor.

2.4 Opphør av lojalitetsplikten

2.4.1 Innledning

Hvis en arbeidstaker har sagt opp og har begynt i annet arbeid er det naturlig å si at arbeidsforholdet har opphørt og at det av den grunn ikke lenger foreligger en lojalitetsplikt for arbeidstaker.⁴⁸ Et grunnleggende hensyn i arbeidsretten er at arbeidstaker skal kunne ha muligheten til å skaffe seg inntekt gjennom arbeid. Utgangspunktet er av den grunn at arbeidsgiver skal ha kunne starte i en konkurrerende virksomhet etter opphør av arbeidsforholdet. Et arbeidsforhold kan imidlertid avsluttes på forskjellige måter, og det kan oppstå spørsmål knyttet til når et arbeidsforhold faktisk opphører. For det første kan det oppstilles et spørsmål om arbeidstaker har en lojalitetsplikt ovenfor arbeidsgiver i oppsigelsestiden. I denne perioden kan arbeidsgiver ta nytte av arbeidstakers arbeidskraft og arbeidstaker skal fortsatt ivareta arbeidstakers interesser. Det vil si at arbeidsforholdet fortsatt består, og arbeidstaker har en lojalitetsplikt helt til oppsigelsestiden er utløpt. Det er også i litteraturen blitt lagt til grunn at dersom arbeidstaker skulle ha fratrudd sin stilling og ikke er i arbeid, men allikevel mottar lønn i oppsigelsestiden, har fortsatt arbeidstaker lojalitetsplikt.⁴⁹ Ofte oppstår problemet i sammenheng med at arbeidstakeren forbereder sin overgang eller etablering av konkurrerende virksomhet, i oppsigelsestiden sin. I Rt. 1990 s. 607 foretok administrerende direktør og systemansvarlig en rekke forberedelseshandlinger i oppsigelsestiden, slik at de kunne starte opp den konkurrerende virksomheten med en gang deres arbeidsforhold med Viking-Askim A/S opphørte. Høyesterett uttaler at de hadde ”klart, gått utover den ramme som her må gjelde for en arbeidstakers adgang til å forberede overgangen til annen virksomhet etter sin fratreden.”

Videre kan det oppstå et spørsmål om hvordan arbeidstaker skal forholde seg til lojalitetsplikten dersom han blir avskjediget. I motsetning til oppsigelse opphører arbeidsforholdet med umiddelbar virkning dersom arbeidstaker blir avskjediget, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-14 og det samme gjør som hovedregel arbeidstakers lojalitetsplikt. Arbeidsforholdet opphører, og arbeidstaker har som hovedregel ingen lojalitetsplikt. Hvis det imidlertid dreier seg om en suspensjon som følge av at det blir undersøkt om arbeidstaker har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre avskjed, har arbeidstaker en fortsatt lojalitetsplikt.

⁴⁸ Skjønberg (2014) s. 216.

⁴⁹ Dege (2009) s. 813.

En annen særlig situasjon er dersom arbeidstaker er permittert. Det som gjør permitteringsinstituttet spesielt er at arbeidsforholdet består, men arbeidstaker har ingen arbeidsplikt og arbeidsgiver har ingen lønnsplikt.⁵⁰ I Rg. 2012 s. 37 ble en sivilingeniør permittert 50 % fra sin stilling på grunn av begrenset arbeidsmengde og inntekt ved et patentkontor. Arbeidstakeren skaffet seg arbeid i en virksomhet som sto i konkurranse med sin arbeidsgiver og det oppsto derfor en tvist om arbeidstakeren hadde brutt sin lojalitetsplikt. Lagmannsretten kommer i denne avgjørelsen til at det gjelder en lojalitetsplikt, men at denne ikke kan strekkes så langt at arbeidstakeren ikke kan ta i mot høvelig arbeid. I vurderingen la lagmannsretten vekt på at i situasjoner hvor arbeidsgiveren ikke har mulighet til å sysselsette en arbeidstaker, bør det være mulig for arbeidstaker og begrense sitt og/eller det offentliges tap på grunn av virksomhetens beslutning om permittering.

Utgangspunktet er altså at arbeidstakers lojalitetsplikt gjelder så lenge arbeidsforholdet består, det vil si under oppsigelsestiden, under suspensjon og til en viss grad dersom arbeidstaker er permittert.

2.4.2 Konkurransavtaler

Videre kan det imidlertid spørres om det kan oppstilles en lojalitetsplikt også etter arbeidsforholdet har opphørt. Som følge av den alminnelige kontraktsfriheten kan en arbeidstaker inngå avtaler som oppstiller en viss lojalitetsplikt også etter opphør av kontrakten. Partene kan altså avtale at arbeidstaker ikke skal involvere seg med konkurrerende virksomhet, selv etter at arbeidsforholdet er avsluttet. Konkurransbegrensende avtaler kalles ofte for konkurranse-, kunde-og rekrutteringsklausuler. Konkurransesklausuler reguler arbeidstakers adgang til å starte opp, tiltre eller delta i en konkurrerende virksomhet. Kundeklausuler regulerer arbeidstakers adgang til å kontakte kunder etter arbeidsforholdets opphør, mens rekrutteringsklausuler regulerer enten arbeidstakers adgang til å medvirke at andre ansatte til avslutter sitt arbeid i virksomheten, eller avtale mellom næringsdrivende til å ikke ansette hverandres tidligere arbeidstakere.⁵¹ Disse avtalene blir som regel tatt inn i den individuelle arbeidsavtalen ved ansettelsen eller senere i arbeidsforholdet, men kan også avtales igjennom tariffavtaler. Avtaleloven § 38 er den sentrale bestemmelsen som regulerer gyldigheten av konkurranseklausuler i

⁵⁰ Skjønberg (2014) s. 275.

⁵¹ Prop. 85 L (2014-2015) s. 5.

dag. Bestemmelsens første ledd regulerer konkurranseklausuler generelt, mens annet og tredje ledd regulerer konkurranseklausuler i arbeidsforholdet. Når det gjelder kundeklausuler og rekrutteringsklausuler reguleres ikke disse av avtaleloven § 38, men avtaleloven § 36 kan komme til anvendelse. Det er imidlertid fremmet et forslag i Prop. 85 L(2014-2015) hvor de ulike konkurransebegrensende avtalene skal reguleres i eget kapittel i arbeidsmiljøloven, samt endre avtaleloven § 38. Dette innebærer for det første at det skal være en bestemmelse om konkurranseklausuler som kun gir arbeidsgiver adgang til å inngå konkurranseklausuler dersom det er særlig behov. I tillegg må avtalen være inngått skriftlig, ikke vare lengre enn et år etter arbeidsforholdets opphør, og arbeidstaker må ha krav på kompensasjon for at den skal være gyldig.⁵² Kundeklausuler skal også reguleres slik at de må inngås skriftlig, klausulen kan ikke vare mer enn et år. Til slutt har arbeidstaker krav på skriftlig redegjørelse for om klausulen vil bli gjort gjeldende.⁵³ Når det gjelder rekrutteringsklausuler skal avtaler mellom næringsdrivende bli forbudt. Det er imidlertid ingen regulering av rekrutteringsavtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.⁵⁴

I dag er det bare konkurranseklausuler som reguleres direkte i lov. Avtaleloven § 38 regulerer to situasjoner hvor en konkurranseklausul kan bli ugyldig. Det første alternativet er dersom avtalen urimelig innskrenker arbeidstakers mulighet til erverv, jfr. avtaleloven § 38 første ledd første alternativ. Hvorvidt en avtale urimelig innskrenker arbeidstakers adgang til erverv vil bero på en helhetsvurdering.⁵⁵ Det kommer imidlertid direkte frem av ordlyden at man ved denne helhetsvurderingen skal hensynta arbeidsgivers interesser. Hvilke virkningene av en slik klausul har for arbeidstaker, vil imidlertid være det sentrale. Det er retten til ”erverv” bestemmelsen verner. Det vil ikke nødvendigvis bety at man skal ha rett til å jobbe i samme type stilling og bransje.⁵⁶ I avtaleloven § 38 er det ikke satt inn en tidsbegrensning på gyldigheten av avtalene, slik som i det nye lovforslaget. I rettspraksis er det imidlertid blitt vurdert hvor lenge en konkurranse avtale kan være gyldig. I Rt. 2001 s. 301 som gjaldt krav om midlertidig forføyning ved overtredelse av en konkurranseklausul som innebar at en salgssjef/markedssjef ikke kunne ta arbeid innenfor samme bransje to år etter at ansettelsesforholdet opphørte. Høyesteretts ankeutvalg aksepterte her en konkurranseklausul med varighet på to år etter arbeidstakers fratreden. Det finnes imidlertid ingen fastsatt grense for hvor lang tid en konkurranseklausul kan vare, og dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. I litteraturen har det blitt

⁵² Prop. 85 L (2014-2015) s. 25-37.

⁵³ Prop. 85 L (2014-2015) s. 42-48.

⁵⁴ Prop. 85 L (2014-2015) s. 51-53.

⁵⁵ Prop. 85 L (2014-2015) s. 13.

⁵⁶ Skjønberg (2014) s. 218.

lagt til grunn at det er tvilsomt om en konkurranseklausul kan være gyldig dersom den er ment å vare lengre enn to år fra fratreden.⁵⁷ Det kommer ikke frem av ordlyden i § 38 at det skal ytes noe vederlag for at avtalen skal være gyldig. I rettspraksis har det imidlertid blitt lagt vekt på om den tidligere arbeidstakeren har fått en økonomisk kompensasjon for ikke å drive konkurrerende handlinger. I Rt. 2001 s. 301 ble konkurranseklausulen på to år godtatt selv om salgssjefen/markedssjefen ikke mottok kompensasjon. I LB-2001- 90588 fremmet en virksomhet som drev med salg av kontormøbler krav om erstatning for brudd på konkurranseklausul hvor en salgssjef hadde forpliktet seg til ikke å ta arbeid i konkurrerende virksomhet før to år etter opphør av arbeidsforholdet. Lagmannsretten uttaler imidlertid at det normalt ikke kan aksepteres en konkurranseklausul over tolv måneder dersom det ikke er inngått avtale om kompensasjon for arbeidstaker. Hensynet til arbeidstaker taler også for at det er rimelig at arbeidstaker får en kompensasjon dersom arbeidstakers adgang til erverv blir innskrenket.⁵⁸

For det annet kan en konkurranseklausul også bli ugyldig dersom den går lengre enn det som er nødvendig for å beskytte arbeidsgivers interesser. Klausulen vil med andre ord ikke være gyldig dersom arbeidsgiver ikke lengre har en interesse i å opprettholde konkurranseforbudet. Dersom arbeidstaker for eksempel skifter kundekrets eller marked vil ikke lengre den informasjon en tidligere arbeidstaker har, kunne ha spesielt stort skadepotensiale for virksomheten han var ansatt i tidligere.

Arbeidstakers stilling vil også være av betydning for gyldigheten av konkurranseklausulen. Dette er hjemlet i avtaleloven § 38 annet ledd. I rettspraksis har det blitt lagt vekt på personer som har en ledende rolle eller ”nøkkelpersoner” skal ha en strengere lojalitetsplikt.⁵⁹ I avtaleloven er det lovfestet et utgangspunkt om at konkurranseklausuler for arbeidstakere i underordnede stillinger er ugyldige. Det vil si at det som utgangspunkt kun skal være mulig med konkurranseklausuler for arbeidstakere som har nettopp ledende stillinger eller er ”nøkkelpersoner.” Loven oppstiller imidlertid også en begrensning ved at dette gjelder med mindre arbeidstakeren har hatt innblikk i arbeidsgiverens kundekrets, bedriftshemmeligheter og annen informasjon han kan bruke til å gi sin tidligere arbeidsgiver betydelig skade er det imidlertid. Hvorvidt det er adgang til å inngå en avtale med arbeidstaker om en konkurranseklausul må altså vurderes konkret i hvert tilfellet. Dessuten oppstiller loven en begrensning ved at konkurranseklausulen kan kjennes ugyldig dersom den er urimelig etter en helhetsvurdering som i bestemmelsens første ledd.

⁵⁷ Jakhellen (2007) s. 320.

⁵⁸ Prop. 85 L (2014-2015)

⁵⁹ Rt. 1990 s. 607, Rt. 1993 s. 300.

Konkurransesklausuler kan etter avtaleloven § 36 også settes til side helt eller delvis dersom disse er urimelige. Imidlertid har en bestemmelse som dette liten selvstendig betydning ved siden av avtaleloven § 38, og har derfor liten praktisk betydning.

Det kan også finnes begrensninger på avtaler om konkurranseforbud i tariffavtaler. Et eksempel er ”Standardregler vedrørende konkurranseforbud”⁶⁰ som er en avtale mellom NHO og Tekna som setter begrensninger på avtalen ved blant annet krav om godtgjørelse, skriftlighet, varighet og omfang. En tariffavtale som dette ivaretar et minstevern og en forutberegnelighet for arbeidstaker.

Avtaleloven § 38 forsøker å balansere hensynet mellom arbeidstaker, arbeidsgiver og samfunnet. I motsetning til de nye bestemmelsene i arbeidsmiljøloven er det ikke krav om kompensasjon eller tidsbegrensning i bestemmelsen. Disse momentene er imidlertid blitt tillagt vekt i rettspraksis. Bestemmelsen bærer preg av å være skjønnsmessig og den skaper liten forutsigbarhet for arbeidsgiver og arbeidstaker. De nye bestemmelsene i arbeidsmiljøloven tar imidlertid sikte på å ha klare og forutsigbare regler som er enkle å praktisere.⁶¹ På den måten vil bestemmelsene verne om hensynet til arbeidsgiver, men også å ivareta hensynet til arbeidstaker og sikre mobilitet i samfunnet. Ved å lovregulere adgangen til konkurranseavtaler bidrar dette til å sikre arbeidstakers minimumsrettigheter.⁶²

2.4.3 Ulovfestet lojalitetsplikt etter opphør av avtalen

I den alminnelige kontraktsretten er det lagt til grunn at kontraktsforpliktelsene mellom partene i seg selv kan gi grunnlag for visse etterfølgende forpliktelser utenfor de uttrykkelig regulerte områdene.⁶³ Det kan spørres om dette også gjelder på arbeidsretten området. Hvorvidt den ulovfestede lojalitetsplikten regulerer arbeidstakers konkurransehandlinger også etter opphør av kontrakten har ikke kommet på spissen i rettspraksis. Andersen skriver at det ikke kan forventes en alminnelige lojalitetsplikt dersom arbeidsgiver ikke uttrykkelig har uttrykt dette.⁶⁴ Selv om Andersens tok opp dette spørsmålet på slutten av 1960-tallet virker det ikke som at denne diskusjonen har blitt viet stor plass i senere litteratur. Dette utgangspunktet stemmer også godt overens med hensynet til at arbeidstaker skal kunne ha mulighet til å utnytte sin kompetanse og skaffe seg inntekt etter at arbeidsforholdet har opphørt. Det nye for-

⁶⁰ NHO og Tekna (2004) s. 1-5.

⁶¹ Prop. 85 L (2014-2015) s. 8.

⁶² Prop. 85 L (2014-2015) s. 8.

⁶³ Haaskjold (2013) s. 91, jfr. Rt. 1961 s. 956.

⁶⁴ Andersen (1967) s. 148.

slaget til endringen i arbeidsmiljøloven tyder også på at lovgiver ønsker å beskytte arbeidstakers minimumskrav og begrense adgangen til å inngå konkurranseavtaler ved å uttrykkelig regulere hva avtalene skal inneholde.⁶⁵ Dersom en arbeidsgiver mener det er nødvendig å beskytte seg mot konkurrerende virksomhet fra arbeidstaker kan han avtale dette. Det vil sette arbeidstaker i en uforutsigbar situasjon dersom arbeidsgiver kunne kreve at arbeidstaker ikke foretok konkurransehandlinger, også da dette ikke var avtalt. Mye taler derfor for at dersom arbeidsgiver ikke har uttrykt en fortsatt lojalitetsplikt etter opphør av avtalen, vil en arbeidstaker ikke ha en lojalitetsplikt knyttet til konkurrerende virksomhet.

⁶⁵ Prop. 85 L (2014-2015)

3 Rettsvirkningene av brudd på lojalitetsplikten

3.1 Innledning

Dersom en part har opptrådt illojalt vil det ha liten verdi å kun slå fast partens illojalitet. Det er først når det foreligger rettsvirkninger av den illojale handlingen at det vil ha en betydning for partene. Det er i disse tilfellene man som regel taler om brudd på lojalitetsplikten. Enkelte brudd på lojalitetsplikten kan være straffesanksjonerte. Dette kan for eksempel dreie seg om situasjoner hvor bedriftshemmeligheter har blitt misbrukt, ved underslag eller ved korrupsjon.⁶⁶ Videre kan brudd føre til at partene mister rettigheter eller at kontrakten ikke blir oppfylt. En part kan i den alminnelige kontraktsretten ha en lojalitetsplikt allerede før avtalen er inngått.⁶⁷ Dersom en part ikke overholder sin opplysningsplikt i forhandlingsfasen kan dette føre til brudd på lojalitetsplikten, som igjen kan føre til at hele eller deler av avtalen blir ugyldig. Misligholdsbeføyelsene som heving av avtalen og erstatning er de sanksjoner som er mest vanlige.⁶⁸ For at en part skal kunne heve avtalen må brudd på lojalitetsplikten ha ført til et vesentlig mislighold av avtalen. Dersom man kan påvise et økonomisk tap vil krav om erstatning være den vanligste konsekvens. Erstatning vil kunne kreves både der brudd på lojalitetsplikten fører til ugyldighet og der den fører til misligholdsbeføyelser. Det kan imidlertid være utfordringer knyttet til å påvise et økonomisk tap. Som vi skal se når rettsvirkningene på arbeidskontraktens område behandles er det mange faktorer som spiller inn, og det er også krav om at det er årsakssammenheng mellom den illojale handlingen og det økonomiske tapet.

På arbeidsrettens område vil rettsvirkningene av arbeidstakers brudd på lojalitetsplikten i første omgang variere ut i fra tidspunktet han foretok den illojale handlingen. Det kan for eksempel tenkes at arbeidstaker foretok konkurransehandlingen etter inngått avtale, men før tiltredelse. En annen situasjon kan være at arbeidstaker foretok illojale forberedelseshandlinger i oppsigelsestiden eller etter opphør av arbeidsavtalen. For det annet vil rettsvirkningene variere ut i fra hvilken grad lojalitetsplikten ble brutt. Det kan for eksempel tenkes at arbeidsgiver synes det var en illojal handling, men at konsekvensen ikke trengte å være så inngripende som oppsigelse. Brudd på lojalitetsplikten kan reguleres i internreglement, hvor man for eksempel mister rettigheter eller blir omplassert i virksomheten. Lojalitetsbrudd mens arbeidsforholdet består kan imidlertid føre til en såpass svekket tillit til arbeidstaker at arbeidsgiveren ønsker å bringe arbeidsforholdet til opphør. Arbeidsmiljølovens kapittel 15 regulerer nettopp dette. Arbeidsmiljøloven § 15-7 regulerer arbeidsgivers adgang til å si opp en arbeidstaker dersom

⁶⁶ Straffeloven §§ 209, 324, 387.

⁶⁷ Punkt 2.2.

⁶⁸ Nazarian (2007) s. 55.

dette er saklig begrunnet. Arbeidsgiver kan også heve avtalen jfr. arbeidsmiljøloven § 15-14(1), men da skjerpes arbeidstakerens vern ytterligere ved at brudd på lojalitetsplikten må ha ført til vesentlig mislighold av kontrakten. I tillegg kan arbeidstaker kreve å få sitt økonomiske tap dekket. Dersom arbeidstaker bryter en konkurranseavtale vil også den vanligste konsekvensen være at arbeidsgiver vil kreve erstatning for sitt økonomiske tap.

3.2 Rettsvirkningene av brudd på lojalitetsplikten før tiltredelse

For det første oppstår det et spørsmål om hvilke rettsvirkninger det får dersom en arbeidstaker bryter lojalitetsplikten etter han har inngått arbeidsavtale, men før han har tiltrådt stillingen. Det kan oppstilles en situasjon hvor man legger til grunn at arbeidsavtalen skal bedømmes etter de alminnelige kontraktsrettslige reglene frem til arbeidstaker har tiltrådt stillingen, og at de særlige rettsvernsreglene i arbeidsretten først gjør seg gjeldene etter inntreden. I Rt. 2004 s. 76 oppstiller Høyesterett, riktig nok i et obiter dictum, et slikt skille. De uttaler at ”Dersom As manglende kompetanse hadde blitt avdekket før han tiltrådte stillingen, anser jeg det klart at kommunen kunne brakt forholdet til opphør uten å gå veien om oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljølovens regler.”

Et eksempel på at valg av regelsett kan gjøre seg gjeldene er ved reglene om rett til å stå i stillingen. Dersom en arbeidstaker har blitt sagt opp på et urettmessig grunnlag kan arbeidstakeren etter de arbeidsrettslige reglene som hovedregel fortsette i stillingen, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-12 (3).⁶⁹ Et spørsmål man kan stille i den forbindelse er hvorvidt arbeidstaker etter kontraktsrettslige regler kan kreve å tre inn i stillingen dersom arbeidsgiveren før arbeidstakers tiltredelse urettmessig bringer arbeidsforholdet til opphør. I kontraktsretten vil dette kalles for en naturaloppfyllelse.⁷⁰ I en tingretts dom av TSTAV-2011-81051 hadde en bank hevet arbeidsavtalen før tiltredelse, da banken ble kjent med at saksøkeren var ”fetteren” i den mye omtalte drapssaken om Birgitte Tangs. ”Fetteren” ble dømt for drapet i tingretten, men frifunnet i lagmannsretten. Han hadde oppholdt seg i utlandet en lang stund og skulle nå flytte tilbake og starte arbeid her i Norge. Han ønsket at arbeidsavtalen skulle kjennes gyldig, samt erstatning for urettmessig heving av arbeidskontrakten. Retten kom til at banken urettmessig hadde hevet avtalen. Ved vurderingen om saksøkeren hadde krav på naturaloppfyllelse kommer retten til at han ikke hadde rett til å kreve dette som misligholdsbeføyelse. Retten tok utgangspunkt i at de måtte være tilbakeholden med å overprøve bankens vurderinger av om saksøker tilfredsstilte de egenskaper en slik stilling krevde. De legger imidlertid vekt på at ”En ansettelsesavtale er en type av utpreget personlig karakter, hvor retten til å fastholde avtalen ikke kan gjelde uten begrensninger.” Videre presiserer retten at selv om vurderingene ikke

⁶⁹ Mer om dette i avsnitt 3.3.3.

⁷⁰ Hagstrøm (2011) s. 377.

var tilstrekkelig ved bankens hevingsrett, kan vurderingen bli noe annet ved hvilke misligholdsbeføyelser som skal gjøres gjeldende. Retten viser også til arbeidsmiljølovens § 15-12 første ledd annet punktum som hjemler at retten etter tiltredelse kan opphøre arbeidsforholdet, selv om oppsigelsen er usaklig. Dette er en særlig regulering i arbeidsmiljøloven, og vil ikke være mulig etter de kontraktsrettslige reglene. Retten uttaler at en som ikke har tiltrådt stillingen i alle fall ikke kan ha sterkere posisjon enn en som er oppsagt, og konkluderer med at banken ikke kan påtvinges å motta saksøkers arbeidsytelser. I tillegg trekker de frem at saksøker hadde valgt å flytte tilbake til et sted hvor han har et negativt omdømme og mange mennesker i nærområdet følger seg berørt. Retten tilkjenner imidlertid arbeidstaker erstatning.

Det kan også argumenteres for at arbeidstaker har behov for et stillingsvern til og med før tiltredelsen. Jackhellen skriver at et slikt spørsmål ikke kan svares på helt generelt og at de reelle hensynene bør tillegges betydelig vekt.⁷¹ De ulike rettsvernsreglene på arbeidsrettens område ivaretar forskjellige interesser, og det blir vanskelig å trekke et standpunkt på et generelt nivå basert kun på tiltredelsen. Det gjelder et generelt saklighetskrav på arbeidsrettens område. Det må antagelig kunne legges til grunn at et slikt krav også gjelder dersom arbeidsgiveren ønsker å opphøre arbeidsforholdet før tiltreden.⁷²

Hvorvidt de arbeidsrettslige reglene eller de kontraktsrettslige reglene kommer til anvendelse vil med andre ord være vanskelig å svare på generelt, og spørsmålet må bero på en konkret vurdering hvor man må vurdere de ulike hensynene bak bestemmelsene som gjør seg gjeldende. Som vi så i TSTAV-2011-81051 trenger det ikke nødvendigvis å være så stor materiell forskjell, da det ofte er tilsvarende regler i kontraktsretten. Det som skiller er imidlertid stillingsverns reglene som arbeidsmiljøloven oppstiller og at hensynene bak disse bestemmelsene ikke er gjeldene i like stor grad, før tiltredelse.

3.3 Rettsvirkninger av brudd på lojalitetsplikten under arbeidsforholdet

3.3.1 Oppsigelse

Dersom en arbeidsgiver ønsker å avslutte arbeidsforholdet kan han ikke gjøre dette uten begrensninger. Enhver arbeidstaker har et stillingsvern som gjør at oppsigelsen må være saklig begrunnet i virksomheten, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold, jfr. § 15-7. Oppsigelse på grunn av arbeidstakers konkurransehandlinger må saklig begrunnes i arbeidstakerens forhold, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7. Ved vurderingen av om konkurransehandlingen er saklig grunn til oppsigelse skal ikke arbeidstakers forhold vurderes isolert. I Rt. 2001 s. 1362, som gjaldt en oppsigelse begrunnet i arbeidstakers brudd på lojalitetsplikt ovenfor sine overordnede, ut-

⁷¹ Jakhellen (2006) s. 222.

⁷² Jakhellen (2006) s. 227.

taler Høyesterett at ”ved vurderingen av om arbeidstakers forhold danner tilstrekkelig saklig grunn for oppsigelse, kan arbeidstakers forhold ikke vurderes isolert, men må ses i sammenheng med forhold på arbeidsgiversiden og hva virksomhetens interesser tilsier.” Hvorvidt arbeidstakers konkurransehandlinger er saklig grunn til oppsigelse beror altså på konkret helhetsvurdering hvor arbeidsgivers interesser veies opp mot interesser på arbeidstakersiden.

Vurderingen av saklighetskravet innebærer flere dimensjoner. For det første må man ved vurderingen ikke trekke inn utenforliggende hensyn.⁷³ Forholdene må kunne trekkes tilbake til arbeidstakeren. Man kan for eksempel ikke vektlegge forhold som knytter seg til arbeidstakers ektefelle eller andre familiemedlemmer. Dette spørsmålet kom opp i Rt.1996 s. 1401 hvor arbeidstaker fremmet krav om erstatning for påstått usaklig oppsigelse. Arbeidstakeren var ansatt som sekretær og senere kontorleder i et selskap kalt Autronica. Arbeidstakerens ektemann startet en konkurrerende virksomhet hvor kvinnen ble registrert som daglig leder. Hun ble senere oppsagt i Autronica begrunnet i flere forhold, blant annet på grunn av den illojale atferd som følge av hennes tilknytning til den konkurrerende virksomheten. Flertallet kom til at oppsigelsen var gyldig på grunn av arbeidstakers illojale nære tilknytning til et familieaksjeselskap, som markedsførte et konkurrerende produkt. Flertallet la ikke vekt på at hun hadde hatt en passiv rolle som daglig leder. De uttalte blant annet at ”slik forholdet mellom hennes ektefelle og Autronica var, måtte hun som ansatt i Autronica ha en særlig grunn til varsomhet og til åpenhet overfor Autronica omkring forhold som kunne ha konkurransemessig betydning for Autronica.” Flertallet legger imidlertid vekt på at hun allikevel ikke måtte identifiseres med sin ektemann. Mindretallet ved annenvoterende la vekt på at ”selv om forsiktighet og ryddighet skulle tilsi at hun sa i fra, kan jeg ikke se noen lojalitet mot Autronica alene i det at hun, uten å gjøre oppmerksom på det, sto oppført som daglig leder i det selskap som skulle danne grunnlag for ektemannens fremtidige inntekter.” Høyesteretts flertall presiserer altså at arbeidstaker skulle identifiseres med sin ektemann. Det var hennes egne handlinger som ble vurdert, og det knyttet seg således ikke til forhold som skyldtes ektemannen, allikevel blir forholdet til hennes ektemann tatt frem som et moment ved vurderingen.

For det annet må hensynene som trekkes inn i vurderingen være tungtveiende nok til at oppsigelsen er berettiget.⁷⁴ Det vil si at man ved vurderingen kan legge vekt på at den illojale konkurransehandlingen kunne fått en mindre inngripende konsekvens enn oppsigelse. I Rt 1996 s. 1401 konkluderer flertallet i Høyesterett med at det foreligger saklig grunn til oppsigelse, men vurderer hvorvidt arbeidsgiveren skulle drøftet forholdet med arbeidstakeren da de fikk vite om hennes tilknytning til det konkurrerende selskapet. Det kunne ha gitt henne mulighet til å

⁷³ Fanebust (2013) s. 241.

⁷⁴ Fanebust (2013) s. 241.

hindre illojalitet i fremtiden, og kanskje også gitt arbeidstakeren mulighet til å avvikle den konkurrerende virksomheten. Hvorvidt begrunnelsen for oppsigelsen er tungtveiende nok vil bero på en interesseavveining av arbeidstaker og arbeidsgivers interesser. Ved vurderingen har rimelighetshensynene stor plass.⁷⁵ Konsekvensene oppsigelsen får for arbeidstaker vil være av betydning i interesseavveiningen. Slike rimelighetsvurderinger vil allikevel kunne ha mindre betydning når det knytter seg til oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold.⁷⁶ I Rt. 1996 s. 1401 trekker flertallet frem hensynene til arbeidstaker ved at de kommenterer at oppsigelsen kom brått på og at hun ikke fikk særlig muligheter til å forklare seg om forholdet, men trekker ikke frem hvilke konsekvenser det eventuelt vil få for arbeidstakeren. Høyesterett legger vekt på at den konkurrerende virksomheten lå nær arbeidstaker både i bruk og mulige kundegrupper. Selv om virksomheten arbeidstakeren var involvert med hadde vist seg å bli meget beskjeden, la Høyesterett vekt på hvilke hensikter som lå bak og hvilke framtidsmuligheter den konkurrerende virksomheten hadde. I tillegg tillegger de arbeidstakers manglende opplysninger til arbeidsgiveren vekt. Mindretallet mente imidlertid at forholdene ikke var av slik tyngde at det forelå saklig grunn til oppsigelse. Mindretallet uttaler ”Hensett til at Thomassen Alarm Systems meget beskjedene virksomhet og særdeles begrensende konkurranse med Autronica, syns jeg det er vanskelig å akseptere at Torgunn Thomassens tilknytning til firmaet kan være saklig oppsigelsesgrunn.” Når en oppsigelse begrunnes i arbeidstakers illojale konkurransehandlinger er dette et brudd på lojalitetsplikten som kan oppleves så graverende for arbeidsgiver at det vil være vanskelig å fortsette et arbeidsforhold med den tillitt dette krever. På den måten vil opphør av arbeidsavtalen ofte være den passende løsningen når arbeidstaker har opptrådt på en slik uhederlig måte ovenfor arbeidsgiver. Dersom det for eksempel dreier seg om oppsigelse begrunnet med at arbeidstaker har brutt sikkerhetsreglementer eller andre kontrollopgaver trenger ikke det å representere et like stort tillitsbrudd, og kan kanskje lettere løses ved mindre inngripende måter som for eksempel omrokeringer på arbeidsoppgaver eller liknede.

Til slutt må oppsigelsen være bygget på et korrekt faktisk grunnlag.⁷⁷ Et eksempel er LH-2007-30884 hvor lagmannsretten konkluderte med at en oppsigelse begrunnet i arbeidstakers illojale handlinger var usaklig. Arbeidsgiver anførte at arbeidstaker hadde opptrådt illojalt da hun hadde holdt tilbake informasjon om en konkurrerende virksomhet hun hadde fått konsesjon til å drive. Det viste seg imidlertid at hun hadde opplyst om forholdene innen for de rammene som lojalitetsplikten setter. Lagmannsretten uttaler at ”De faktiske forhold som ligger til grunn for oppsigelsen er ikke riktige, karakteristikken av A som illojal savner grunnlag i de faktiske forhold og oppsigelsen er usaklig.” Det er videre en nær sammenheng mellom

⁷⁵ Skjønberg (2014) s. 293.

⁷⁶ Skjønberg (2014) s. 295.

⁷⁷ Rt. 1984 s. 1058.

saksbehandlingsreglene i arbeidsmiljøloven knyttet til oppsigelse og kravet om at oppsigelsen må være bygget på konkret faktisk grunnlag. Saksbehandlingsreglene er ment å gi arbeidsgiver og arbeidstaker adgang til å få opplyst situasjonen og komme frem til best mulig løsning.⁷⁸ Rettspraksis viser at fremgangsmåten ved oppsigelsen tillegges vekt ved saklighetsvurderingen. Hvis partene har foretatt forhandlinger forut for oppsigelsen, eller forsøkt å få til en minnelig løsning er det mulig at den konkurrerende handlingen kunne vært unngått i fremtiden. I Rt. 1996 s. 1401 gir Høyesterett arbeidsgiveren kritikk for fremgangsmåten ved oppsigelsen, selv om det var tilstrekkelig tungtveiende grunner for at oppsigelsen var saklig. Høyesteretts flertall viser til spørsmål om illojalitet i fremtiden kunne vært unngått dersom Autronica hadde drøftet forholdet til den konkurrerende virksomheten på et annet tidspunkt. Mindretallet legger mer vekt på arbeidsgivers fremgangsmåte å finner støtte i lagmannsrettens uttalelse om at ”hadde forholdet blitt tatt opp med Torgunn Thomassen kunne hun raskt og problemfritt fratrudd sin formelle stilling.” Dette har sammenheng med at oppsigelsen ble presentert på et møte uten å ha fått noen varsel eller opplysninger om dette tidligere i prosessen. I LB-2001-02523 hadde imidlertid arbeidsgiver sørget for en saksbehandling hvor partene drøftet sitt syn på situasjonen. Lagmannsretten uttaler at ”korrespondansen mellom partene viser at Jordforsk har vist rimelig aktivitet for å prøve å komme frem til løsninger som kunne ivareta begge parters interesser.”

Generelt kan det sies at terskelen for å si opp en arbeidstaker er høy.⁷⁹ Saklighetskravet er en konkret avveining mellom virksomheten og arbeidstakers interesser, hvor rimelighetsbetraktninger som konsekvensene oppsigelsen får for arbeidstaker er av betydning. Når oppsigelsen begrunnes i arbeidstakers forhold taler dette imidlertid for at arbeidstakers interesse bør tillegges mindre vekt, enn for eksempel dersom oppsigelsen begrunnes i driftsinnskrenkelser. Brudd på lojalitetsplikten et såpass graverende tillitsbrudd at det fort kan være saklig grunn til oppsigelse. Det må imidlertid vurderes opp mot arbeidsgivers forhold. Hva arbeidsgiver har kommunisert om forholdet til konkurrerende virksomhet, eller hvordan arbeidstaker har forholdt seg til problemstillingen tidligere, vil være relevant ved vurderingen.⁸⁰

3.3.2 Avskjed

Dersom arbeidstakeren har vesentlig misligholdt avtalen kan arbeidsgiver heve avtalen etter arbeidsmiljøloven § 15-14. På samme måte som i kontraktsretten innebærer dette at partenes plikter og rettigheter opphører umiddelbart.⁸¹ Hvorvidt konkurransehandlingen fører til et vesentlig mislighold beror på en konkret helhetsvurdering og Høyesterett har lagt til grunn at

⁷⁸ Ot.prp.nr.50 (1993-94) s. 181

⁷⁹ Skjønberg (2014) s. 292, jfr. Rt. 2009 s. 685.

⁸⁰ Skjønberg (2014) s. 295.

⁸¹ Hagstrøm (2011) s. 425 og Jakhelln (2006) s. 470.

det generelt skal vektlegges rimelighetshensyn ved avskjedigelse.⁸² Det vil si at det beror på en helhetsvurdering hvor arbeidstakers interesser og arbeidsgivers interesser veies opp mot hverandre. Mange av de samme momentene som gjør seg gjeldende ved vurderingen av saklighetskravet ved oppsigelse gjør seg også gjeldende ved avskjed. Imidlertid vil en avskjed kunne ramme arbeidstaker særdeles hardt både økonomisk og sosialt. En arbeidstaker får for eksempel karantene fra å kunne motta støtte fra folketrygden jfr. folketrygdloven § 4-10, og det kan være vanskelig å få seg nytt arbeid. Dette taler for at terskelen for å kunne avskjedige en arbeidstaker bør være ganske høy. Utgangspunktet er altså at arbeidstakers konkurransehandling må være et alvorlig brudd på lojalitetsplikten for at det skal føre til avskjedigelse.

Et sentralt moment ved vurderingen er i hvilken grad arbeidstakeren er å bebreide. Dersom en arbeidstaker opptrer forsettlig vil dette tillegges større vekt en dersom han opptrer uaktsomt.⁸³ Når arbeidstaker involverer seg med konkurrerende virksomhet vil dette som oftest være en bevisst handling. Man ønsker for eksempel å komme i gang med oppstarten av egen bedrift, og setter i gang forberedelseshandlinger i oppsigelsestiden. Arbeidstaker setter i en slik situasjon bevisst sine egne interesser foran arbeidsgivers interesser.⁸⁴ Særlig vil dette kunne være et moment dersom det er tale om en arbeidstaker i en ledende stilling. En arbeidstaker som er en ”nøkkelperson” i bedriften vil sitte inne med såpass mye informasjon og kunnskap at han vil lettere kunne bebreides for å handle i strid med arbeidsgivers interesser. I Rt. 1993 s. 300 uttaler Høyesterett at ” det er grunn til å stille strenge krav for så vidt til den som er daglig leder for en bedrift.” I forlengelsen av dette vil det være naturlig å se på handlingens art. I LB-2001-02523 hadde arbeidstaker ved siden av sitt arbeid drevet en konkurrerende virksomhet. Arbeidsgiver hadde først ikke hatt noe noen innvendinger mot virksomheten, men på et senere tidspunkt hadde de fått kunnskap om hva virksomheten egentlig besto i. Arbeidsgiver ønsket da at arbeidstaker skulle avvikle sin virksomhet, men han nektet dette. Lagmannsretten uttaler i den forbindelse at ” Det er etter dette slik lagmannsretten ser det meget som taler for at A, når arbeidsgiver krever det, pliktet til å avstå virksomheten i Biologisk Luktrengning. Når A ikke ville akseptere dette, må det i utgangspunktet anses som et alvorlig brudd på hans lojalitet og således som et vesentlig mislighold av avtalen.” Ved vurderingen av handlingens art legger altså retten vekt på at det som gjorde handlingen til et grovt brudd på lojalitetsplikten var at arbeidstaker ikke avsluttet sin konkurrerende virksomhet når arbeidsgiver ønsket dette. Det var i denne saken uklarerheter rundt om arbeidsgiver i utgangspunkt hadde samtykket til virksomheten og retten kom til at arbeidsgiver kunne bebreides for en viss passivitet. Det var imidlertid svært kritikkverdig av arbeidstaker å ikke avslutte den konkurrerende virksomheten, når arbeidsgiver uttrykkelig kommuniserte at de anså arbeidstakers virksomhet som kon-

⁸² Rt. 1988 s. 1188 og Rt. 2005 s. 518.

⁸³ Jakhelln (2006) s. 472.

⁸⁴ Rt. 1990 s. 607.

kurrerende. I RG.1998.1274 ble en revisjonsmedarbeider avskjediget på grunn av taushets- og lojalitetsplikt og manglende informasjon i forbindelse med overgang av klienter til den nye arbeidsgiveren. Lagmannsretten kom her til at arbeidstakeren hadde holdt tilbake informasjon han burde ha gitt til sin arbeidsgiver. Retten legger imidlertid vekt på at dette ikke dreide seg om et brudd på lojalitetsplikten i den grad at det kvalifiserte til avskjed. Retten legger til grunn at det ikke forelå bevismessig dekning for at han aktiv hadde gått til verks for å informere kunder om sin overgang til konkurrerende virksomhet. Arbeidstakeren kunne ikke bebreides for at han etter forespørsel fra kunder hadde gitt informasjon om hvor han skulle flytte over til. Han hadde også opplyst sin arbeidsgiver om noen av forholdene. Selv om det var tvil rundt faktum om hvorvidt han selv til en viss grad hadde vært aktiv og han ikke hadde informert om alle forhold, anså ikke retten dette om et vesentlig mislighold av avtalen. Avskjedigelsen var i denne avgjørelsen derfor urettmessig. Her legger Høyesterett vekt på arbeidstakers forhold og de rimelighetshensynene som tilsier at terskelen for å kunne avskjedige en arbeidstaker bør være høy.

Handlingens skadepotensiale vil også være et moment i vurderingen av om konkurransehandlingen er et brudd på lojalitetsplikten. I LB-2001-02523 legger retten til grunn at arbeidstakers virksomhet sto i direkte konkurranse med virksomheten, og at dette skapte store problemer for arbeidsgiver. Retten går ikke i dybden på hva problemene for arbeidsgiver innebærer, men det dreier seg om en virksomhet som dels har samme kunder og at begge driver konsulentvirksomhet. Dette er noe som kan få et stort skadepotensiale eller økonomiske konsekvenser for en bedrift.

Som rettspraksis viser vil et vesentlig mislighold være en brudd på lojalitetsplikten som er av en slik grad at det vil være vanskelig å fortsette arbeidsforholdet, selv ut en oppsigelsestid. For å kunne avskjedige arbeidstaker krevers det at arbeidstakers konkurransehandling er av en grov art. Siden en avskjed vil få store konsekvenser for en arbeidstaker, vil rimelighetshensyn spille en stor rolle i vurderingen.

3.3.3 Arbeidstakers rett til å fortsette i stillingen

Dersom det oppstår en tvist mellom arbeidstaker og arbeidsgiver om hvorvidt det foreligger saklig grunn til oppsigelse har arbeidstaker som hovedregel rett til å stå i stillingen mens tvisten pågår, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-11. Det vil si at arbeidstaker som har krevd forhandlinger etter arbeidsmiljøloven §17-3 kan fortsette i stillingen, og også dersom saken behandles av domstolene. Retten kan imidlertid etter krav fra arbeidstaker bestemme at arbeidstaker skal fratrukke stillingen mens saken pågår dersom retten finner det urimelig at arbeidsforholdet fortsetter under saken, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-11 (2).

Ved urimelighetsvurderingen må man veie hensynene til arbeidstaker og arbeidsgiver opp mot hverandre. Det er i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 vist til at det ved urimelighetsvurderingen skal skilles mellom forhold som er foranlediget av arbeidstaker og forhold som er begrunnet på virksomhetssiden. Dersom arbeidsgiver krever fratreden under saken er det i forarbeidene uttalt at retten bør i sin alminnelighet ta arbeidsgivers krav til følge dersom det forhold på arbeidstaker siden, forutsatt at det begrunnelsen er av en slik art at det kan være saklig nok grunn for oppsigelse.⁸⁵ Dersom oppsigelsen derimot skyldes for eksempel driftsinnskrenkninger legger forarbeidene til grunn at retten ikke bør avsi kjennelse for at arbeidstaker skal fratre sin stilling. Det har imidlertid vært uenighet i litteraturen om hvorvidt det skal oppstillet et slik skille. Fanebust skriver at ”Det skillet lovforarbeidene operer med, kan derfor ikke oppfattes dit hen at retten skal være avskåret fra å foreta den rimelighetsvurderingen som er forutsatt i § 62 punkt 4”⁸⁶ (nå arbeidsmiljøloven § 15-11). Domstolene har heller ikke operert med en et slik skille ved urimelighetsvurderingen.⁸⁷ Høyesterett har allikevel vært tilbakeholden med å etterleve krav om fratreden i saker som dreier seg om oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold. I Rt. 1994 s. 639 var kjæremålsutvalget enig i lagmannsrettens uttalelse om at det skulle mye til før arbeidsgiver kunne få medhold i krav om fratreden når dette var begrunnet i virksomhetens forhold. Videre må arbeidsgiverens grunnlag for å kreve at arbeidstaker ikke skal stå i stillingen være av en slik art at den kan gi saklig grunn for oppsigelse. Sakens utfall vil altså være av betydning ved vurderingen.⁸⁸ Som vi har sett i rettspraksis tidligere i oppgaven vil brudd på lojalitetsplikten ofte være saklig grunn til oppsigelse og i mange tilfeller vil det sannsynlige utfallet være oppsigelse, dersom arbeidsgiver allerede mener at arbeidstaker har opptrådt illojalt med tanke på konkurrerende virksomhet. Arbeidsforholdet er bygget på et særlig tillitsforhold og dersom arbeidsgiver tviler på denne tillitten kan også hensynet til arbeidsgiver tale for at det vil bli vanskelig å samarbeide om de videre arbeidsoppgavene. Reglene om rett til å stå i stillingen er ment å beskytte arbeidstakeren. Dersom arbeidstaker opptrer på en slik uhederlig måte vil det være mindre som taler for at han skal ha et slik vern. I LG-1995-00380 fant lagmannsretten det urimelig at en oppsagt bussjåfør ble stående i stillingen sin inntil oppsigelsessaken var rettskraftig avgjort. Bussjåføren drev også en turbussvirksomhet i konkurranse med arbeidsgiver på samme område. Arbeidsgiver hadde gitt bussjåføren tid til å avvikle sitt engasjement i den konkurrerende virksomheten, noe han valgte å ikke ta til følge. Retten tar ikke direkte stilling til om dette er brudd på lojalitetsplikten, men vektlegger at ”det ikke er rimelig at han blir stående med et ben i hver av de konkurrerende virksomhetene under sakens behandling.”

⁸⁵ Ot.prp.nr.41 (1975-76) s. 75.

⁸⁶ Fanebust (2001) s. 323.

⁸⁷ NOU 2004:5 s. 324.

⁸⁸ Skjønberg (2014) s. 357.

Videre vil arbeidstakers stilling være av betydning også i denne rimelighetsvurderingen.⁸⁹ Loven skiller ikke mellom hvilken stilling arbeidstaker har i bedriften. Det betyr at også en leder eller annen ”nøkkelperson” som hovedregel har rett til å fortsette i stillingen. I Rt. 1999 s. 1998 ble daglig leder i virksomheten oppsagt. Det var ingen forklaring på oppsigelsen, men bakgrunnen var at arbeidsgiver mente at daglig leder hadde opptrådt illojalt ved å drive egen konkurrerende virksomhet fra firmaets lokaler. I tillegg til påstand om at oppsigelsen var usaklig reiste han krav om å tre inn i stillingen mens tvisten pågikk. Høyesteretts kjæremålsutvalg legger til grunn at også hovedregelen om å stå i stillingen også gjelder for daglig leder. Videre uttaler de at ”når oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers forhold, må det imidlertid få vesentlig betydning om arbeidstakeren har en ledende stilling i bedriften.” Det er gjennomgående ved alle problemstillingene i oppgaven blitt lagt vekt på arbeidstakers stilling, på grunn av at det kreves en enda sterkere tillitt fra en person som er ledende, eller ”nøkkelperson.” Dersom arbeidstaker ikke har opptrådt på en slik måte som gjør at stillingens nødvendige tillitt ikke er til stede, er det mindre som taler for at han skal kunne fortsette i stillingen. Dersom arbeidstaker mener at en dagligleder har opptrådt illojalt vil det uansett være et forhold på arbeidstaker siden som har fått arbeidsgiveren til å betvile dens lojalitet.

Dersom det oppstår en tvist om avskjed er i midlertid utgangspunktet det motsatte. Arbeidstakeren har ikke rett til å fortsette i stillingen ved tvist om avskjed, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-11 tredje ledd. Retten kan også her bestemme at arbeidstaker skal fortsette inntil saken er rettskraftig avgjort, dersom søksmål reises innen fristene i arbeidsmiljøloven § 17-4. Dette vil også bero på en interesseavveining mellom arbeidstakers interesser og arbeidsgivers interesser. Brudd på lojalitetsplikten som følge av konkurransehandlinger i en slik grad at arbeidsgiver mener at det kan føre til avskjed vil imidlertid sette arbeidsgiver i en risiko for konflikter. Det kan være vanskelig å finne arbeidsoppgaver når man tviler på lojaliteten til arbeidstaker. I LB-2001-02523 var en arbeidstaker oppsagt og senere avskjediget på grunn av at han drev konkurrerende virksomhet ved siden av sitt arbeid. Høyesterett legger vekt på at det vil være en vanskelig situasjon for arbeidsgiveren dersom arbeidstakeren skal gjeninntre under sakens gang. Arbeidsgiver mente at det var en risiko for at det oppstod konflikter med andre ansatte og kunder, blant annet på grunn av at det var uenighet om hvilken informasjon om situasjonen som burde bli gitt til kunder. I tillegg ville det være vanskelig å skaffe oppgaver til arbeidstakeren. Selv om Høyesterett viser til at det vil være en påkjenning for arbeidstaker ved en fortsatt fratreden, legger de vekt på at det var snakk om en utdannet, kvalifisert person som hadde gode muligheter til å skaffe seg inntekt under saken.

⁸⁹ Fanebust (2001) s. 324.

3.3.4 Erstatning

Dersom arbeidstaker bryter sin lojalitetsplikt ved rettstridige konkurransehandlinger under arbeidsforholdet kan en arbeidsgiver i tillegg til oppsigelse eller avskjed kreve erstatning. Dette forutsetter at de alminnelige vilkårene for erstatning er oppfylt.⁹⁰ Det er imidlertid utfordrende å fastsette det økonomiske tapet og dette fører til at erstatningsutmålingen i praksis blir en skjønsmessig vurdering. I Rt. 1990 s. 607 fremsatte arbeidsgiver et krav om kr 6 900 000. Dette utgjorde differansen mellom det dekningsbidraget som var budsjettert og det dekningsbidraget virksomheten faktisk oppnådde i løpet av de to årene som var aktuelle. Høyesterett mente ikke at dette utgjorde et realistisk grunnlag for virksomhetens tap, og satt erstatningen til skjønsmessige kr 600 000. Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for å bevise størrelsen på det økonomiske tapet, og det er nettopp de ulike faktorene av omsetningen til en virksomhet som gjør det vanskelig å fastsette erstatningen. Hvilket økonomisk resultat en virksomhet har vil bero på en rekke faktorer og det er vanskelig å forutse hvilke virkninger dette økonomiske resultatet vil ha vært uten de rettsstridige konkurransehandlingene.

I LG-2010-073279 etablerte arbeidstakeren en konkurrerende virksomhet i oppsigelsestiden. Retten konkluderte med at arbeidstakers aktivitet var i strid med den ulovfestede lojalitetsplikten. Han ble etter dette dømt til å betale erstatning til sin tidligere arbeidsgiver. Det var ikke tvilsomt at arbeidsgiveren var blitt påført et betydelig økonomisk tap. Retten uttaler imidlertid at ” Etter lagmannsrettens vurdering er det allikevel ikke slik at hele tapet kan tilbakeføres til As illojale opptreden. Årsaken er betydelig mer sammensatt.” Arbeidsgiver anfører blant annet et økonomisk tap på kr100 00 for tapt omdømme. Til dette bemerket retten at ”Det er meget mulig at B tapte omdømme i den aktuelle perioden, men det er ikke klare indikasjoner på at det alene medførte økonomisk tap, og det er heller ikke sikkert at et slikt tap kan tilbakeføres til As opptreden.”

Den konkurrerende virksomheten kan også bli erstatningsansvarlig dersom de for eksempel opptrer i strid med markedsføringsloven § 25. Virksomheten som mener at sine interesser har blitt krenket kan altså kreve erstatning av arbeidstaker som følge av hans rettsstridige konkurransehandlinger, men det kan også kreves erstatning av den konkurrerende virksomheten. I henhold til skadeerstatningsloven § 5-3 kan arbeidstaker og den konkurrerende virksomheten bli solidarisk ansvarlige for erstatningskravet.

Rettspraksis viser at når beregningen av det økonomiske tap er så skjønsmessig kan dette lett føre til at arbeidsgiver ikke får dekket sitt reelle tap. Dette kan føre til at arbeidsgiver ikke får dekket sitt tap, mens arbeidstaker eller den konkurrerende virksomheten vil måtte erstatte mindre enn sin vinning. Det kan i den forbindelse stilles et spørsmål om denne type erstat-

⁹⁰ Hognestad (2014) s. 215.

ningsutmåling oppfyller erstatningsrettens gjenopprettende funksjon og at det heller burde vært en annen løsning på hvordan man skal regne ut erstatningssummen på. Dette ligger imidlertid utenfor tema i denne oppgaven og vil ikke bli behandlet videre.

3.4 Rettsvirkninger av brudd på konkurranseklausul

3.4.1 Innledning

Etter at arbeidsforholdet har opphørt er utgangspunktet at arbeidstaker ikke lengre har en lojalitetsplikt ovenfor sin (tidligere) arbeidsgiver. Det vil si at han er fri til å utnytte sine kvalifikasjoner og kunnskap der han selv måtte ønske. Det kan imidlertid finnes begrensninger på arbeidstakers aktivitet også etter opphør av arbeidsavtalen. For det første kan en arbeidstaker bli straffet etter straffeloven § 207 dersom han gjør bruk av forretningshemmeligheter ved for eksempel sin oppstart av konkurrerende virksomhet. Arbeidstaker kan i slike tilfeller få bot eller fengsel opp til to år.

Videre kan partene som følge av avtalefriheten avtale konkurransebegrensninger. Dersom arbeidsgiver og arbeidstaker har inngått konkurranseavtale som skal gjelde etter opphør av arbeidsforholdet er det de kontraktsrettslige misligholdsbeføyelsene som eventuelt må gjøres gjeldene mot arbeidstaker ved mislighold. For at en arbeidsgiver skal kunne gjøre rettsvirkningene gjeldende ovenfor arbeidstaker forutsetter dette at avtalen er gyldig etter avtaleloven §§ 36 og 38.⁹¹ Hvilke misligholdsbeføyelser arbeidsgiver kan gjøre gjeldende beror på en tolkning av avtalen. Det vanligste vil imidlertid være et krav om erstatning, eller at man i kontrakten har avtalt voldgift.

3.4.2 Arbeidsgivers krav på erstatning ved brudd på konkurranseklausul

Det ikke alltid enkelt å påvise at man har lidt et økonomisk tap, og at det i det hele tatt foreligger årsakssammenheng mellom bruddet på lojalitetsplikten og det økonomiske tapet. Dette har jeg drøftet i avhandlingens punkt 3.3.4, og viser til at de samme vilkårene for å kreve erstatning gjelder også her.

I tillegg er det ingen ting i veien for at partene kan avtale hvilke konsekvenser et evt. brudd på klausulen kan føre til.⁹² Det kan for eksempel avtales voldgift. Dersom partene har avtalt en godtgjørelse ved inngåelsen av klausulen, som for eksempel lønn i en viss periode, trenger ikke det å være i strid med arbeidsmiljøloven § 14-15 om trekk i lønn. I LB-1997-2604 var

⁹¹ punkt 2.4.2.

⁹² Dege (2009) s. 984.

det avtalt lønn i tre måneder etter fratreden. Arbeidstaker tok imidlertid annet arbeid i strid med konkurranseklausulen og lønnen ble stoppet. Retten ga arbeidsgiver medhold.

4. Avsluttende bemerkninger

Selv om den ulovfestede lojalitetsplikten kan virke lite angripelig, opplever jeg at grensene for arbeidstakers aktivitet er forholdsvis klare for partene. Den konkrete skjønsmessige vurderingen er selve poenget med en lojalitetsplikt. De momentene som har blitt oppstilt i rettspraksis og teori er basert på rimelighetsvurderinger i forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Det er arbeidstaker og arbeidsgiver som best kjenner arbeidsforholdet, og som derfor er nærmest til å vurdere innholdet av disse interessene. Videre er også reglene om opphør av arbeidsforholdet regulert i arbeidsmiljøloven. For at arbeidsgiver for eksempel skal kunne si opp en arbeidstaker på grunn av illojale konkurransehandlinger, må dette uansett saklig begrunnes. Saksbehandlingsreglene ved opphør av arbeidsforholdet, som følger av arbeidsmiljøloven, kan også være et insentiv for partene til å klarlegge deres interesser dersom det skulle oppstå en tvist om illojalitet. Jeg synes derfor ikke at det er en svakhet ved lojalitetsplikten at det ikke kan trekkes presise grenser for innholdet.

4 Kilder

Lov

2009	09.01.2009 nr. 2. Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)
2005	20.05.2005 nr. 28. Lov om straff. (straffeloven)
2005	17.06.2005 nr. 62. Lov om Arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (Arbeidsmiljøloven)
1997	28.02.1997 nr. 19. Lov om folketrygd. (Folketrygdloven)
1969	13.06.1969 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)
1918	31.05.1918. Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer. (avtaleloven)
1814	17.05.1814 Kongeriket Norges Grunnlov. (Grunnloven)

Internasjonale konvensjoner

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma 1950.
-----	---

Lovforarbeider

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern.
Ot.prp.nr.50 (1993-94)	Om lov om endringer i lov av 4 februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m v.
Prop.85 L (2014-2015)	Endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurransbegrensende avtaler i arbeidsforhold
NOU 2004 : 5	Arbeidslivsutvalg. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 2005 s. 268.
Rt. 2004 s. 76.
Rt. 2003 s. 1252.
Rt. 2001 s. 1362
Rt. 2001 s. 301
Rt. 1999 s. 1998.
Rt. 1996 s. 1401
Rt. 1994 s. 639.
Rt. 1993 s. 300.
Rt. 1990 s. 607.
Rt. 1983 s. 1481.
Rt. 1959 s. 900.
Lagmannsretten

Rg. 2012 s. 37.
Rg. 1998 s. 1274.
Rg. 1995 s. 887.
LA-2010-073279
LA-2006-71768
LE-2002-00268
LB-2001-90588
LB-2001-02523
LG-1995-00380
Tingretten

TSTAV-2011-81051

Litteratur

Andersen, Kristen

Fra arbeidslivets rett, Johan Grundt Tanum
Forlag 1969.

Dege, Jan Tormod

Den individuelle arbeidsrett del 2, Minerva
AS, 2009.

Fanebust, Arne

Innføring i arbeidsrett den individuelle del, 3
utg., 2 opplag, Universitetsforlaget AS 2013.

Fanebust, Arne

Oppsigelse i arbeidsforhold, 4 utg., Universi-
tetsforlaget AS 2001.

Fougner, Jan	Arbeidsavtalen- Utvalgte emner, Tano Aschehoug 1999.
Giertsen, Johan	Avtaler, 2 utg., Universitetsforlaget 2012.
Haaskjold, Erlend	Kontraktsforpliktelser, 2 utg., Cappelen Damm AS 2013.
Hagstrøm, Viggo	Obligasjonsrett, 2 utg., Universitetsforlaget AS 2011.
Skjønberg, Næss Alexander og Hognestad, Erik	Individuell arbeidsrett, 1 utg., Gyldendal Forlag 2014.
Jakhelln, Henning	Oversikt over arbeidsretten, 4 utg., 2 opplag, N.W.DAMM 2006.
Nazarian, Henriette	Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Cappellens Forlag AS 2007.
Simonsen, Lasse	Prekontraktuell ansvar, Universitetsforlaget AS 1997.
Woxholt, Geir	Avtalerett, 8 utg., Gyldendal Norske Forlag AS.
Tariffavtale NHO og Tekna	”Standardregler vedrørende konkurranseforbud”, 2004.