

Gyldigheit av karensklausular ved opphøyr av arbeidsforhold.

Kandidatnummer: 615

Leveringsfrist: 25.04.07

Til sammen 16891 ord

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEIING</u> | <u>3</u> |
| <u>2</u> | <u>RETTSKJELDENE</u> | <u>6</u> |
| 2.1 | Innleiing | 6 |
| 2.2 | Avtalelova | 6 |
| 2.2.1 | Tolking | 6 |
| 2.2.2 | Forholdet mellom avtl. § 38 og avtl. § 36 | 7 |
| 2.2.3 | Avtl. § 36 som subsidiært ugyldighetsgrunnlag | 9 |
| 2.3 | Forarbeid | 10 |
| 2.4 | Juridisk litteratur | 11 |
| 2.5 | Forholdet mellom den individuelle arbeidsavtalen og standardavtalar | 12 |
| <u>3</u> | <u>DET RETTSLEGE UTGANGSPUNKT</u> | <u>13</u> |
| 3.1 | Innleiing | 13 |
| 3.2 | Den alminnelege lojalitetsplikta | 13 |
| 3.3 | Strl § 294 nr. 2 | 14 |
| 3.4 | Marknadsføringslova § 1 | 15 |
| <u>4</u> | <u>AVTALELOVA § 38</u> | <u>17</u> |
| 4.1 | Generelt | 17 |
| 4.2 | Avtl. § 38, 1. ledd | 19 |
| 4.2.1 | Kva slags klausular er omfatta? | 19 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 4.2.2 | Verknaden av at ein klausul blir kjent ugyldig | 20 |
| 4.2.3 | Når er ein arbeidstakar sin tilgang til erverv "urimelig" innskrenka? | 21 |
| 4.2.4 | Når strekk konkurranseklausulen seg lenger enn påkravd? | 35 |
| 4.3 | Avtl. § 38, 2. ledd | 43 |
| 4.3.1 | Innleiing | 43 |
| 4.3.2 | Avtaletidspunktet | 44 |
| 4.3.3 | Tidsmessig avgrensing | 44 |
| 4.3.4 | Når er ein arbeidstakar underordna? | 45 |
| 4.4 | Avt § 38, 3. ledd | 51 |
| 4.4.1 | Kva slags klausular er omfatta? | 51 |
| 4.4.2 | To ulike situasjonar | 51 |
| 4.4.3 | Situasjonen der arbeidstakar bli oppsagt | 52 |
| 4.4.4 | Situasjonen der arbeidstakar sjølv seier opp | 57 |
| 5 | <u>KONKLUSJON</u> | 60 |
| 6 | <u>LITTERATURLISTE</u> | 62 |

1 Innleiing

Når eit arbeidsforhold tek slutt er utgangspunktet at arbeidstakar kan ta seg nytt arbeid der han sjølv vil. Dette medfører at det er fritt fram for arbeidstakar å ta arbeid i eller starte opp ei verksemd i konkurranse med tidlegare arbeidsgivar dersom dette er ønskeleg. Men ved slike situasjonar vil arbeidsgivar ofte ha eit behov for å verne seg mot konkurranse frå tidlegare tilsette. Bakgrunnen er at dei tilsette sit inne med mykje kunnskap om bedrifta, både når det gjeld interne forhold, produktinformasjon, kundekretsar, salsstrategiar og liknande. Ved å ta i bruk denne kunnskapen kan ein tidlegare arbeidstakar på fleire måtar svekke bedrifta si konkurransevne.

Å ta inn karensklausular i arbeidsavtalen kan langt på veg avgrense tidlegare arbeidstakar sin tilgang til å drive konkurrerende verksemd. Omgrepet karensklausul omfattar to ulike typar klausular. For det fyrste viser det til dei reine konkurranseklausulane. Dette er klausular som forbyr at arbeidstakar etter opphøyr av eit arbeidsforhold tek arbeid i eller sjølv startar opp ei konkurrerende verksemd, uavhengig av kundekretsen til tidlegare arbeidsgivar. Vidare omfattar omgrepet også klausular som forbyr ein tidlegare arbeidstakar å kontakte eller inngå avtalar med bedrifta sine kundar og medarbeidarar, også kalla "rappeklausular".¹

I tilsetjingsforhold blir karensklausular oftast fastsett i samband med at ein arbeidstakar blir tilsett i ei verksemd. Det er likevel fullt mogleg å fastsette ein karensklausul ved stillingsendring eller ved opphøyr av arbeidsforholdet. I nokre tilfelle finn vi også karensklausular i standardavtalar.²

¹ Andersen 2002, s. 139 fotnote nr. 3

² Til dømes avtalen mellom NHO og TEKNA, som er eit vedlegg til "Normalkontrakter for medlemmer av TEKNA"

Ettersom hovudregelen om avtalefridom også gjeld i tilsetjingsforhold, er utgangspunktet at arbeidsgivar og arbeidstakar står fritt til å avtale karensklausular. Omsynet til arbeidstakar tilseier likevel at tilgangen til å fastsette slike klausular ikkje kan vere vilkårslaus. Etter opphøyr av eit arbeidsforhold er arbeidstakar avhengig av å kunne nytte dei kunnskapane han sit inne med, enten i eiga verksemd eller i arbeid for andre. Det må dermed settast grenser for rekkevidda av karensklausular, både i forhold til tid og omfang. Ein karensklausul som gir uttrykk for å vere eit reint yrkesforbod, bør følgjeleg ikkje akseptrast.

Hovudproblemstillinga i avhandlinga blir å gjere greie for vilkåra for når ein karensklausul er gyldig. Spørsmåla som framstillinga skal gi svar på vil i hovudsak gjelde avtl. § 38, og vilkåra som følgjer av denne føresegna.

Forutan å klargjere behovet for karensklausular, sjå pkt. 3, vil dei øvrige reglane kring avgrensingar i arbeidstakarar sin tilgang å drive konkurrerande verksemd ikkje bli gjort ytterlegare greie for. Ei slik framstilling vil ligge utanfor temaet for avhandlinga, då denne berre skal omhandle karensklausular. Avhandlinga blir vidare avgrensa mot konsekvensane av brot på ein karensklausul. Dette fordi at dei sanksjonane som eit brot medfører ikkje er av betydning i vurderinga av om ein karensklausul er gyldig eller ikkje.

I det følgjande vil eg fyrst ta føre meg nokre særskilde rettskjeldes spørsmål som denne avhandlinga reiser, pkt 2. Vidare vil eg under det rettslege utgangspunkt, pkt 3, gjere greie for dei skrankane som lovfesta og ulovfesta rett har sett opp når det gjeld arbeidstakarar sin tilgang til å drive konkurrerande verksemd. Dette fordi at kjennskap til den situasjonen som ligg føre der ein ikkje har karensklausular vil vere nødvendig å ha for å forstå arbeidsgivar sitt behov for å inngå karensklausular med arbeidstakarane sine. Punkt 4 utgjer hovuddelen i avhandlinga. I denne delen vil eg ved hjelp av ulike rettskjelder gjere ei drøfting av når ein karensklausul kan reknast for å vere gyldig. Denne drøftinga vil som nemnt basere seg på vilkåra i den føresegna som i hovudsak er aktuell i forhold til problemstillinga, nemleg

avtl. § 38. Til slutt vil eg i pkt. 5 gjere ein konklusjon på bakgrunn av den framstilte drøftinga.

2 Rettskjeldene

2.1 Innleiing

For å finne svar på problemstillinga kring karensklausular, må alle dei alminnelege rettskjeldene nyttast. I det fylgjande vil eg ta opp nokre særskilte spørsmål vedrørande nokre av dei rettskjeldene som blir tatt i bruk i avhandlinga.

2.2 Avtalelova

2.2.1 Tolking

I lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer er det gitt uttrykkelege reglar om når karensklausular kan reknast for å vere gyldige. Lova vart vedtatt 31. mai 1918, og er dermed nær 90 år gamal. Eit særskilt rettskjeldemessig spørsmål er då korleis lova skal tolkast. Utgangspunktet er at avtalelova gir uttrykk for gjeldande rett, og at den skal tolkast på bakgrunn av alminnelege tolkingsprinsipp. I dette ligg det mellom anna at ein ved lovtolkinga skal ta utgangspunkt i forholda på vedtakingstidspunktet, og legge til grunn den forståinga av lova som då var avgjerande.³ Omsyna bak lova og dei faktiske forhold som lova skal nyttast på har imidlertid endra seg sidan 1918, noko som kan trekke i retning av at den bør tolkast på bakgrunn av situasjonen i dag.⁴ I Rt. 2006 s. 1025 vart ei slik forståing av avtl. § 38 gjort gjeldande av den eine parten. Høgsterett avviste imidlertid partsutsegnet, med den grunngevinga at å endre forståinga av avtl. § 38 er ei lovgivaroppgåve. Så lenge ei slik endring ikkje er gjort, må avtl. § 38 dermed tolkast i samsvar med alminnelege tolkingsprinsipp.

³ Eckhoff 2001, s. 61

⁴ Andersen 2002, s. 140

2.2.2 Forholdet mellom avtl. § 38 og avtl. § 36

Avtl. § 38 har uttrykkelege reglar om når ein karensklausul skal reknast for å vere ugyldig. Eit spørsmålet er likevel om føresegna regulerer alle typar karensklausular. Ordlyden i avtl. § 38, ”...*ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art...*”, gir uttrykk for at føresegna berre regulerer dei reine konkurranseklausulane. Den øvrige lovteksta viser til ei heilskapeleg urimelegvurdering, der omsynet til arbeidstakar sitt behov for å nytte arbeidskrafta si slik han sjølv ønskjer på den eine sida, og omsynet til arbeidsgivar sitt behov for vern mot konkurranse på den andre sida, er det sentrale. Då ordlyden ikkje seier noko uttrykkeleg om det å kontakte eller inngå avtalar med bedrifta sine kundar og medarbeidarar, kan dette tyde på at føresegna ikkje regulerer desse klausulane. Eit alternativ kan då vere å vurdere slike ”rappeklausular” etter generalklausulen i avtl. § 36.

Ei slik forståing av avtl. § 38 finn vi støtte for i NAD 1988 s. 1159 (Oslo byrett). To tilsette i eit reklamebyrå hadde her inngått ein klausul med forbod mot ”...*(direkte eller indirekte) å betjene i, eller akvirere for, annet reklamebyrå...*” Dei to sa opp stillingane sine og starta eit nytt reklamebyrå, og i denne samanhengen gjekk tre kundar av den tidlegare arbeidsgivar over til det nye reklamebyrået. Retten kom til at det låg føre kontraktsbrot i forhold til dei tre kundane, og uttalte i denne samanheng: ”*Avtaleloven § 38 får imidlertid bare anvendelse på klausuler som gjelder forbud mot å drive en virksomhet av en viss art, som for eksempel å drive et reklamebyrå. Nygaard og Dahl har ikke forbud mot å drive et reklamebyrå, og konkurranseklausulen i denne saken faller utenfor anvendelsesområdet til avtaleloven § 38.*” Dommen gir uttrykk for at karensklausular med andre forbod enn å drive verksemd av ein viss art, altså dei såkalla ”rappeklausulane”, ikkje skal vurderast etter avtl. § 38. Denne forståinga har også Borch og Fougner⁵ og Andersen⁶ lagt til grunn.

I Mobilservicedommen⁷ kom imidlertid lagmannsretten til motsett resultat. Ein servicekonsulent i eit mobilservicetenesteselskap hadde her inngått ein klausul med den

⁵ Borch og Fougner 2000, s. 93

⁶ Andersen 2002, s. 140

⁷ LG 1992 s. 950 (Gulating lagmannsrett)

tidlegare arbeidsgivaren sin som medførte at han ikkje kunne ”drive, ta ansettelse hos eller på annan måte bistå noen forretning eller noe foretagende som direkte konkurrerer med X.” Lagmannsretten tolka klausulen slik at konkurranseforbodet berre var gjeldande overfor dei kundane som verksemda faktisk hadde då arbeidstakar sa opp stillinga si. Klausulen hadde altså karakter av å vere ein ”rappeklausul”, og med tanke på tidlegare rettspraksis skulle ein dermed tru at den ikkje var omfatta av avtl. § 38. Med henvisning til forarbeida uttalte lagmannsretten likevel følgjande: ”Lagmannsretten finner således at det ikke vil ha noen selvstendig betydning å vurdere karantenebestemmelsen i nærværende sak i forhold til avtaleloven § 36 i tillegg til etter samme lov § 38, som oppfattes som en spesialregel på området.” Den vidare gyldigheitsvurderinga av klausulen vart så gjort etter avtl. § 38.

I Advokatfullmektigdommen⁸ hadde ein advokatfullmektig inngått eit forbod mot å levere tenester til ”noen av Arbeidsgivers kunder, samarbeidspartnere eller underleverandører...”. Då fullmektigen tok arbeid i ei ny verksemd og utførte konkurrerande arbeid der, kravde tidlegare arbeidsgivar erstatning. Advokatfullmektigen gjorde gjeldande at klausulen verken var bindande etter avtl. § 38 eller avtl. § 36, medan den tidlegare arbeidstakaren hevda at avtl. § 38 ikkje kunne nyttast i det aktuelle tilfellet. I samband med dette uttalte lagmannsretten følgjande: ”Hvorvidt spørsmålet om ugyldighet avgjøres etter avtaleloven § 38 om konkurranseforbud, eller avtaleloven § 36 om alminnelig formuerettslig generalklausul, vil i alminnelighet neppe ha avgjørende betydning.” Lagmannsretten vurderte så om klausulen var gyldig både etter avtl. § 38 og etter avtl. § 36.

Framstillinga viser at spørsmålet om ”rappeklausular” er omfatta av avtl. § 38 eller om dei skal vurderast etter avtl. § 36 er noko uklart. I fleire tilfelle kan det virke som om spørsmålet er avgjort noko tilfeldig, mellom anna etter kva dei involverte partane har gjort

⁸ LH 2002 s. 1071 (Hålogaland lagmannsrett)

gjeldande og ikkje. På bakgrunn av rettspraksis er det dermed vanskeleg å fastslå nokon klar regel, anna enn at ”rappeklausular” i nokre tilfelle kan vurderast etter avtl. § 38.

2.2.3 Avtl. § 36 som subsidiært ugyldigheitsgrunnlag

For ein arbeidstakar som ikkje vinn fram med at karensklausulen han har inngått ikkje er bindande etter avtl. § 38, kan det virke hensiktsmessig å subsidiært gjere avtl. § 36 gjeldande som grunnlag for at klausulen ikkje kan reknast for å vere gyldig. Avtl. § 36 inneheld eit urimelegheitskriterium, slik som avtl. § 38. Eit naturleg spørsmål er då om generalklausulen i avtl. § 36 får noka sjølvstendig betydning ved sidan av avtl. § 38.

Avtl. § 36 kom til seinare enn avtl. § 38. I forarbeida til føresegna er følgjande uttalt: *”Utvalget vil foreslå at avtalelovens § 38 opprettholdes ved siden av en formuerettslig generalklausul. Begrunnelsen for dette er at § 38 omhandler en spesiell type avtaler og dessuten for enkelte situasjoner stiller opp klare utgangspunkter om at slike avtaler er ugyldige. Denne mer presise regulering bør opprettholdes.”*⁹ Uttalinga kan forståast slik at ein i hovudsak berre skal nytte avtl. § 38 i vurderinga av om ein konkurranseklausul er gyldig eller ikkje. Ei slik forståing er også lagt til grunn hos Borch og Fougner.¹⁰

Omsynet til riktig resultat trekk i same retning. Føresegna er spesialtilpassa denne typen av avtalar, og omfattar dermed alle moment av relevans i ei rimelegheitsvurdering.

På denne bakgrunn må ein kunne gå ut frå at avtl. § 36 som hovudregel ikkje gjer seg gjeldande i vurderinga av konkurranseklausular.

⁹ NOU 1979:32, s. 57

¹⁰ Borch og Fougner 2000, s. 92

2.3 Forarbeid

Forarbeid har generelt stor rettskjeldemessig vekt då dei ofte gir uttrykk for kva lovgivar ønskjer å oppnå med lova, og dei kan vere klargjerande i forhold til korleis vilkåra i lova skal tolkast. Den konkrete vekta er imidlertid varierende, og alderen på forarbeida spelar då ei stor rolle. Di eldre forarbeida er, di mindre vekt vil dei vanlegvis ha.¹¹ Eit interessant spørsmål i denne samanheng blir kva vekt ein skal tillegge forarbeida til avtl. § 38.

Den gjeldande avtalelova vart vedtatt allereie i 1918, og forarbeida til lova er dermed svært gamle. I Ot.prp. nr. 63 (1917) *”Om utfærdigelse av lov om avtaleslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer”* vurderer lovgivar *”Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuesrettens omraade”* avgitt av Justisdepartementet allereie i 1913. Forarbeida kom dermed i stand i ei heilt anna tid enn no, og forholda kring karensklausular har på fleire måtar endra seg frå den gong. Til dømes har nye typar av arbeidsforhold gjort at problemstillinga kring karensklausular no er annleis enn tidlegare. Dette ser vi mellom anna i vurderinga av om ein arbeidstakar er *”underordnet”* etter avtl. § 38, 2. ledd, jf drøftinga av denne føresegna nedanfor i pkt. 4.3. Det faktum at situasjonen kring karensklausular har endra seg frå då forarbeida vart skrivne, trekk i retning av at forarbeida ikkje bør tilleggjast stor vekt.

Av nyare forarbeid er avtl. § 38 omtala i samband med innføringa av avtl. § 36 i NOU: 1979:32 (*Formuerettslig lempingsregel*). Føresegna vart oppretthaldt då den var meir detaljert enn avtl. § 36, og lovgivar viser i hovudsak til det som vart uttalt i forarbeida frå 1917. Gjennom Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) førte ei lovendring i 1983 til at avtl. § 38 gjennomgjekk ei språkleg endring, og føresegna vart flytta frå § 39 til § 38. Innhaldet i føresegna vart imidlertid ikkje endra, noko som tyder på at forarbeida frå 1917 likevel bør kunne tilleggjast vekt.

¹¹Eckhoff 2001

I samband med forslag til ny Arbeidslivslov, jf NOU 2004:5 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), valte Arbeidslivslovutvalget ikkje å foreslå noka ny føresegn vedrørende karensklausular. Avtalelova frå 1918 regulerer dermed framleis dei aktuelle spørsmåla. Då føresegnene i lova vart vurderte til framleis å vere dekkande på området, tyder det på at også forarbeida må tilleggjast noko vekt ved avgjerda av om ein karenklausul er gyldig eller ikkje.

At forarbeida skal tilleggjast vekt vart uttrykkeleg fastslått i Rt 2006 s. 1025. Høgsterett uttalte her at å endre lovteksta i avtl. § 38 er ei lovgivaroppgåve. Så lenge ei endring ikkje er gjort, må dermed forarbeida framleis vere gjeldande.

2.4 Juridisk litteratur

Den juridiske litteraturen på det aktuelle området er sparsam. Det er berre eit fåtal forfattarar som har via spørsmålet om gyldigheit av karensklausular merksemd, og desse har skrive lite om temaet. Det kan derfor vere nødvendig å sjå på anna nordisk litteratur. Den danske avtl. § 38 lyder som følgjer:

”Har nogen forpligtet sig til, at han af konkurrencehensyn ikke må drive forretning eller anden virksomhed af en viss art eller tage ansættelse i en sådan, er vedtagelsen ikke bindende for ham, for så vidt den med hensyn til tid, sted eller andre forhold går videre end påkrævet for at værne imod konkurrence eller på urimelig måde indskrænker den forpligtedes adgang til erhverv. I sidsnævnte henseende skal hensyn tages også til den interesse, den berettigede har i, at vedtagelsen efterkommes.

Har nogen, der er ansat i en forretning eller en virksomhed, overfor dennes indehaver påtaget sig en forpligtelse af det ovenfor angivne indhold, som skal gælde efter ansættelsens ophør, bliver forpligtelsen uvirksom, hvis han opsiges eller afskediges uden at have givet rimelig anledning dertil, eller han selv fratræder sin stilling, og indehaverens undladelse af at opfylde sine forpligtelser har givet ham gyldig grund dertil.”

Ordlyden er med andre ord svært lik den norske. Likskapen mellom den norske avtl. § 38 og den danske avtl § 38 er eit argument for at den danske litteraturen er relevant ved

tolkinga av den norske avtl § 38. På den andre sida gjekk den danske avtalelova gjennom ei endring i 1996, og er dermed av ei anna tid enn den norske. Då det er norsk rett som skal avgjerast, må ein i hovudsak legge vekt på dei norske rettskjeldene som finst på området. Den danske litteraturen kan likevel tene som eit supplement.

2.5 Forholdet mellom den individuelle arbeidsavtalen og standardavtalar

Sjølv om karensklausular i hovudsak blir inngått i den individuelle arbeidsavtalen, kan vi i nokre tilfelle finne slike klausular også i standardavtalar. Eit døme på dette er avtalen mellom NHO og TEKNA, som er eit vedlegg til "Normalkontrakten for medlemmer av TEKNA". Eit interessant spørsmål i denne samanhengen er korleis karensklausular inntatt i standardavtalar skal tolkast.

Hovudregelen ved tolking av avtalar er at ein skal ta utgangspunkt i dei gjeldande prinsippa for avtaletolking. Er avtalen uklar, må ein dermed søke å finne det partane har meint med avtalen.¹² Ein karensklausul som er inntatt i ein standardavtale vil imidlertid ikkje vere tilpassa den enkelte arbeidstakar. Det kan derfor vere vanskelig å finne partane si meining, då dei i mange tilfelle godtek klausulen utan å legge så mykje tanke bak korleis den skal tolkast.

Rimelegheitsbetraktningar tilseier dermed at ein karensklausul som er inntatt i ein standardavtale bør tolkast objektivt, der ein legg vekt på formålet med vilkåra og dei reelle omsyna som gjer seg gjeldande i det konkrete tilfellet. Ei slik forståing har også støtte hos Woxholth.¹³

¹² Woxholth 2003, s. 436

¹³ Woxholth 2003, s. 464

3 Det rettslege utgangspunkt

3.1 Innleiing

For å forstå arbeidsgivar sitt behov for å inngå karensklausular med arbeidstakarane sine, må situasjonen som ligg føre der ein ikkje har karensklausular klargjerast. Utgangspunktet er at arbeidsgivar gjennom ulovfesta reglar har fullt vern mot konkurrerande verksemd frå arbeidstakar under arbeidsforholdet, medan reglane som skal gi arbeidsgivar vern etter at arbeidsforholdet er opphøyr er heller få. I det følgjande vil eg kort gjere greie for dei skrankane for konkurrerande verksemd som gjer seg gjeldande i den alminnelege lojalitetsplikta i arbeidsforhold, punkt 3.2, i Straffelova § 294 nr 2, punkt 3.3 og i Marknadsføringslova § 1, punkt 3.4.

3.2 Den alminnelege lojalitetsplikta

Under arbeidsforholdet er arbeidstakar bunden av den alminnelege lojalitetsplikta i tilsetjingsforhold. Lojalitetsplikta er ikkje lovfesta, men kjem likevel klart til uttrykk i rettspraksis. I Rt. 1990 s. 607 uttalte fyrstevoterande_at ”...*det må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold...*”. Uttalinga er seinare fylgt opp både i underrettspraksis og av Høgsterett.¹⁴

Innhaldet i lojalitetsplikta er ikkje konkret fastsett av Høgsterett. Av rettspraksis og juridisk teori går det likevel fram at den medfører at arbeidstakar og arbeidsgivar skal ta omsyn til kvarandre sine interesser. I dette ligg det mellom anna at arbeidstakar ikkje kan drive verksemd i illojal konkurranse med arbeidsgivar.¹⁵ Om slik konkurranse ligg føre eller ikkje, beror på ei konkret vurdering som eg ikkje vil gå nærare inn på no.

¹⁴ RG 1996 s. 1241, Rt. 1993 s. 300 og Rt. 1996 s. 1401

¹⁵ Borch og Fougner 2000, s. 69

Ettersom den alminnelege lojalitetsplikta vernar arbeidsgivar mot at arbeidstakar driv konkurrerande verksemd, er behovet for eit ytterlegare vern gjennom avtale fråverande så lenge lojalitetsplikta kan gjerast gjeldande. Det interessante spørsmålet i høve til oppgåva er derfor kor langt denne lojalitetsplikta strekk seg i tid.

Hovudregelen er at lojalitetsplikta gjeld i arbeidsforholdet. Om ikkje anna er avtalt, er arbeidstakar dermed i utgangspunktet fri frå lojalitetsplikta ved opphøyr av arbeidsavtalen¹⁶. Eit arbeidsforhold har opphøyr når oppseiingstida er over. Ved avskjed reknar ein arbeidsforholdet for opphøyr frå det tidspunktet då meldinga om at avtalen er heva har kome fram til motparten. Etter dette tidspunkt kan dermed ein arbeidstakar sjølv ta arbeid i eller starte konkurrerande verksemd.¹⁷

Framstillinga viser at lojalitetsplikta i utgangspunktet ikkje gir arbeidstakar noko vern mot at arbeidstakar driv konkurrerande verksemd etter at arbeidstakar si oppseiingstid er utløpt. Han vil dermed ofte ha eit behov for å inngå karensklausular med arbeidstakar, som han kan gjere gjeldande etter dette tidspunkt.

3.3 Strl § 294 nr. 2

Av Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 § 294 nr. 2 går det fram at å nytte ein forretnings- eller driftsløyndom, eller å openberre ein slik for andre, vil vere straffbart. Føresegna har følgjande ordlyd:

Med Bøder eller Fængsel indtil 6 Maaneder straffes den, som ... uberettiget enten selv gjør Brug af en Forretnings- eller Driftshemmelighed vedkommende en Bedrift, hvori han er eller i Løbet af de 2 sidste Aar har været ansat, eller hvori han har eller i Løbet af de 2

¹⁶ Jakhelln i Knoph 1998, s. 604

¹⁷ NAD 1988 s. 365(Oslo byrett), NAD 1987 s. 282 (Oslo namsrett) og NAD 1988 s. 1227 (Bergen byrett)

sidste Aar har havt Del, eller aabenbarer en saadan i Hensigt at sætte en anden i stand til at gjøre Brug af den, eller som ved Forledelse eller Tilskyndelse medvirker hertil... ”.

At det vil vere straffbart for ein tidlegare arbeidstakar å gjere nytte av slike opplysningar, vil imidlertid ikkje alltid medføre at arbeidsgivar er verna mot at noko slikt skjer. For det fyrste vil det faktum at ei handling er straffbar ikkje vere einstyddande med at handlinga ikkje blir utført. Og når nokon fyrst har gjort bruk av ein forretningsløyndom, vil skaden for verksemda allereie vere skjedd. Det har då lita betydning for arbeidsgivar om handlinga er straffbar eller ikkje.

Arbeidsgivar har i utgangspunktet heller ikkje moglegheit til å handheve eit eventuelt lovbrøt frå arbeidstakar si side. Dette er påtalemakta si oppgåve. Eit unntak har vi der arbeidsgivar kan reise privat straffesak.¹⁸ Slike tilfelle er imidlertid så upraktiske at dei ikkje vil bli nærare gjennomgått her.¹⁹ Eit brøt mot strl. § 294 nr. 2 kan også ofte vere vanskeleg å bevise, noko som kan medføre at lovbrøtet ikkje blir løyst. Føresegna vil dermed kunne ha lita betydning for arbeidsgivar sitt behov for vern mot konkurranse frå tidlegare arbeidstakar.

Ein må på denne bakgrunn kunne seie at ein arbeidsgivar ofte vil ha eit behov for å inngå karensklausular med arbeidstakarane sine etter at eit arbeidsforhold har opphøyr.

3.4 Marknadsføringslova § 1

Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16. juni 1972 nr 47 § 1, 1. ledd inneheld eit forbod mot å foreta handlingar som ”...*strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom...*”. Ettersom den alminnelege lojalitetsplikta vernar arbeidsgivar mot konkurrerande verksemd under eit arbeidsforhold, vil mfl. § 1 i denne samanheng fyrst

¹⁸ Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25, kap 28

¹⁹ Hov 1999, s. 252

ha interesse når arbeidsforholdet har opphøyr. Spørsmålet blir om mfl. § 1 medfører eit vern for arbeidsgivar mot konkurranse frå tidlegare arbeidstakar.

Utgangspunktet er at føresegna berre gjer seg gjeldande for ”*næringsdrivende*”. Lovteksta kan forståast slik at ein enkelt arbeidstakar ikkje er omfatta, og at føresegna derfor ikkje har betydning i forholdet mellom arbeidstakar og arbeidsgivar. Av Rt 1990 s. 607 går det imidlertid fram at mfl. § 1 kan nyttast på arbeidstakarar som tek sikte på å slutte i ei bedrift for å starte eiga verksemd, når han i tilsetjingsperioden etablerer næringsverksemd som utfører konkurransehandlingar.

Mfl. § 1 set forbod mot handlingar som er i strid med ”*god forretningsskikk*”. Ordlyden seier i seg sjølv ganske lite om korleis ein skal forstå vilkåret. Av rettspraksis går det fram at hovudspørsmålet i vurderinga av om ei handling er i strid med god forretningsskikk, er om handlinga vil medføre at det ligg føre ein forvekslingsfare.²⁰

Sjølv om det etter mfl. § 1 ligg føre eit forbod mot å foreta handlingar som kan medføre forvekslingsfare, vil dette ikkje vere tilstrekkeleg til å verne arbeidsgivar mot konkurranse frå arbeidstakar. Som vist til i drøftinga om strl. § 294, nr. 2, vil ikkje alle arbeidstakarar halde seg til eit forbod. Konkurranse frå tidlegare arbeidstakar kan dermed oppstå trass i at dette ikkje er tillatt etter mfl. § 1. For å sikre seg mot ein slik situasjon vil arbeidsgivar derfor ha eit behov for å inngå karensklausular med arbeidstakarane sine.

²⁰ Rt. 1998 s. 1315 og Rt. 1995 s. 1908

4 Avtalelova § 38

4.1 Generelt

Som vist til over, er arbeidsgivar som hovudregel ikkje verna mot konkurranse frå tidlegare arbeidstakar etter at arbeidsforholdet er opphøyr. For å hindre at arbeidstakaren startar konkurrerende verksemd eller tek arbeid hos ein konkurrent som kan skade tidlegare arbeidsgivar si konkurranseevne, vel derfor fleire og fleire arbeidsgivarar å inngå karensklausular med arbeidstakarane sine.

Der partane har avtalt at det skal gjelde eit konkurranseforbod ved opphøyr av arbeidsforholdet, er hovudregelen som elles i avtaleretten at avtalen skal haldast. Eit unntak har vi der karensklausulen er ugyldig. I slike tilfelle kan ein ikkje krevje at klausulen skal gjennomførast. Før ein kan vurdere om klausulen er gyldig eller ikkje, må ein imidlertid fastsette innhaldet i klausulen. Spørsmålet blir då korleis ein skal tolke ein karensklausul.

Ettersom ein karensklausul er ein avtale mellom to partar, må utgangspunktet vere dei gjeldande prinsippa for avtaletolking. Er ordlyden i klausulen uklar, må ein dermed søke å finne det partane har meint med avtalen.²¹ I LA 2004 s. 1961 vurderte lagmannsretten innhaldet i ein karensklausul, og uttalte følgjande: *”Det tilføyes at bestemmelsen er noe uklar, men i slike tvilstilfeller må kontrakten tolkes mot den som burde ha uttalt seg tydeligere”*. Innhaldet i klausulen vart dermed tolka i favør av arbeidstakaren, då arbeidsgivaren vart rekna for å vere den sterke part. Dommen viser at omsynet til arbeidstakar tilseier at ein karensklausul ikkje bør tolkast utvidande.

Avtl. § 38 inneheld reglar kring gyldigheita av karensklausular. Regelen har sin bakgrunn i omsynet til arbeidstakar. I ein forhandlingssituasjon står arbeidstakar ofte i ein svakare

²¹ Woxholth 2003, s. 436

posisjon enn arbeidsgivar, og avtl. §38 skal dermed hindre at arbeidstakar blir bunden av noko som vil vere urimeleg for han. Utgangspunktet er i hovudsak at ein karensklausul må vere rimeleg i forhold til partane sine behov og interesser for at den skal vere gyldig. I det fylgjande vil eg gå nærare inn på denne avveginga i forhold til vilkåra i avtl. § 38.

4.2 Avtl. § 38, 1. ledd

4.2.1 Kva slags klausular er omfatta?

Avtl. § 38, 1. ledd har følgjande ordlyd:

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

Det fyrste spørsmålet vedrørande avtl. § 38, 1. ledd, er kva type klausular som er omfatta av føresegna.

Avtl. § 38, 1. ledd gjer seg gjeldande der ”...nogen [har] gaat ind paa, at han av konkurransehensyn ikke skal ta plads i eller drive forretning eller virksomhet...”. Ordlyden skil ikkje mellom klausular i og utanfor tilsetjingsforhold, og er følgeleg gjeldande i begge høve. Karensklausular kan dermed vere aktuelle å nytte både ved sal av verksemd og i forholdet mellom arbeidstakar og arbeidsgivar. I den følgjande framstillinga er det likevel berre omgrepa arbeidstakar og arbeidsgivar som vil bli nytta, men tilsvarande vil gjelde også utanfor arbeidsforhold. Ved skilnadar av betydning, vil dette presiserast spesielt.

Vidare regulerer avtl. § 38 klausular som seier at arbeidstakar ”...av konkurransehensyn...” ikkje skal drive konkurrerande verksemd. Har ein klausul som forbyr ein tidlegare tilsett å drive eller å ta arbeid i konkurrerande verksemd grunnlag i andre omsyn enn konkurranseomsyn, kan den altså ikkje rammast av avtl. § 38.²² Eit døme

²² Ot.prp nr 63 (1917) s. 90

på slike klausurar har vi der ein karensklausul er inngått som ein garanti for at arbeidstakar skal tilbakebetale gjeld som han har til arbeidsgivar.

Lovteksta viser til forbod mot å arbeide i eller drive forretningar og verksemder ”...*av en viss art..*”. Ei naturleg forståing er at ikkje alle typar av avtalar som medfører ei avgrensing i tilgangen til å drive konkurrerande verksemd er omfatta av føresegna. Mellom anna må ein truleg rekne avtalar om teieplikt for å falle utanfor føresegna sitt bruksområde.²³ Som vist til i pkt. 2.2.2 er det noko uklart om ”rappeklausular” skal vurderast etter avtl. § 38. På bakgrunn av nyare rettspraksis må ein likevel gå ut frå at føresegna også kan regulere desse klausulane.

4.2.2 Verknaden av at ein klausul blir kjent ugyldig

Ein karensklausul er ikkje bindande ”...*forsaavidt...*” den er i strid med vilkåra i § 38. Følgjeleg blir spørsmålet kva verknadane er dersom ein karensklausul blir kjent ugyldig. Ei naturleg forståing av ordlyden er at ein ugyldig karensklausul berre skal settast til side så langt den er urimeleg. Klausulen fell dermed ikkje fullstendig bort, men kan oppretthaldast for den delen som må reknast for å vere gyldig, jf Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade (avgitt til Justisdepartementet i 1913) s. 93. På denne måten blir arbeidsgivar sitt behov ivaretatt så langt det er nødvendig, medan dette ikkje fører til urimelege innskrenkingar i arbeidstakar sin tilgang til nytt arbeid. Til illustrasjon har vi mellom anna LG 1992 s. 950 (Gulating lagmannsrett), der ein tidlegare tilsett hevda at karensklausulen han hadde inngått var ugyldig etter avtl. § 38. Lagmannsretten kom her til at klausulen var sakleg grunnlagt i arbeidsgivar sitt behov for vern, og dermed bindande for arbeidstakar. Klausulen si tidsmessige utstrekning gjekk likevel noko lenger enn påkravd, og bindingstida vart derfor sett ned frå 18 til 12 månader.

I avtl. § 38, 1. ledd er det oppstilt to vilkår for når ein karensklausul er ugyldig. Dette er når klausulen urimeleg innskrenkar arbeidstakar sin tilgang til erverv, ”*eller*” når klausulen

²³ Borch og Fougner 2000, s. 87

strekker seg lenger enn påkravd. Ordlyden viser at vilkåra er uavhengige av kvarandre, og det er dermed tilstrekkeleg at berre det eine vilkåret er oppfylt for at karensklausulen skal kunne reknast for å vere ugyldig. I det følgjande vil eg ta føre meg vilkåra kvar for seg, og eg startar med vurderinga av når ein klausul urimeleg innskrenkar arbeidstakar sin tilgang til erverv.

4.2.3 Når er ein arbeidstakar sin tilgang til erverv ”urimelig” innskrenka?

4.2.3.1 Innleiing

Det må vere klart at ein karensklausul til ei viss grad kan innskrenke arbeidstakar sin tilgang til erverv, dette er jo sjølve poenget med karensklausular.²⁴ Likevel må det vere ei grense for kor omfattande ei slik innskrenking kan vere. Etter ordlyden i avtl. § 38, 1. ledd skal grensa fastsettast gjennom ei rimelegheitsvurdering.

Vurderinga av når ein arbeidstakar sin tilgang til erverv er ”urimelig” innskrenka, er i hovudsak eit spørsmål om kva konsekvensar ein karensklausul får for arbeidstakaren. Spørsmålet må avgjerast på bakgrunn av ei heilskapsvurdering av fleire relevante moment. Av rettspraksis går det fram at desse i hovudsak er arbeidstakar si moglegheit til å skaffe seg anna arbeid, om arbeidstakar har fått vederlag, om karensklausulen er tidsmessig og geografisk avgrensa og tidspunktet for når karensklausulen vart inngått. Av ordlyden går det eksplisitt fram at også omsynet til kva det har å seie for arbeidsgivar at klausulen blir oppretthaldt skal tilleggst vekt ved vurderinga. Det må likevel vere klart at det er omsynet til arbeidstakaren som er det sentrale.

Eg vil i det følgjande forsøke å gi ei systematisk oversikt over dei mest relevante momenta i ei rimelegheitsvurdering. For å få til dette må momenta bli gått igjennom kvar for seg, noko som fører til at momenta kan framstå som vilkår for om ein karensklausul er gyldig eller ikkje. Det er derfor viktig å presisere at det alltid vil vere ei samla vurdering av dei

²⁴ Andersen 2002, s. 145

ulike momenta som fører til at ein klausul eventuelt blir sett heilt eller delvis til side. Eit moment kan dermed ikkje aleine vere avgjerande for om klausulen ”urimelig” innskrenkar arbeidstakar sin tilgang til erverv.

4.2.3.2 Arbeidstakar si moglegheit til å skaffe seg anna arbeid

Eit moment som trekk i retning av at arbeidstakar sin tilgang til erverv ikkje er urimeleg innskrenka, er om arbeidstakaren har moglegheit til å skaffe seg anna arbeid utan at dette kjem i strid med den gjeldande karensklausulen. Både økonomi og personlege forhold gjer at ein tidlegare arbeidstakar framleis er avhengig av å vere ein del av arbeidslivet etter at han har slutta hos arbeidsgivar. Arbeidstakar sitt behov for å tilby kunnskap og kompetanse som han sit inne med, medfører at ein karensklausul som avskjerer denne tilgangen heilt vil vere eit sterkt argument for at klausulen bør reknast for ikkje å vere bindande. Eit interessant spørsmål i denne samanheng er om all type arbeid er tilstrekkeleg, eller om arbeidstakar bør ha moglegheit til å skaffe seg arbeid der han får nytta kvalifikasjonane sine.

Av forarbeida går det fram at arbeidstakaren bør ha ein ”*viss uavhændelig ret til at benytte sin adgang til erhverv*”.²⁵ At det ikkje blir nemnt noko om kva type arbeid dette bør vere, kan tale for at omsynet er ivaretatt så lenge arbeidstakaren har fått seg arbeid i det heile, uavhengig av om dette er arbeid der han får nytta kvalifikasjonane sine eller ikkje. I forhold til ein klausul si avgrensing i tid og stad uttaler imidlertid forarbeida at ein klausul utan ei slik avgrensing ikkje nødvendigvis vil vere urimeleg, då arbeidstakaren sine ”...*indsigter og kundskaper fuldt ut kan komme ham til nytte*” likevel. Uttalinga trekk sterkt i retning av at arbeidet som arbeidstakar har fått tilgang til bør vere av ein slik karakter at han eller ho får nytta kvalifikasjonane sine dersom det skal vere eit argument for at klausulen han har inngått skal reknast for å vere bindande. Spørsmålet om kva type arbeid arbeidstakar bør ha moglegheit til å skaffe seg, er også vurdert i rettspraksis:

²⁵ Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 91

I Aerobicdommen²⁶ hadde ein areobicinstruktør inngått ein karensklausul med arbeidsgivar om at ho ikkje skulle ta tilsvarande arbeid hos andre innan eit år etter at arbeidsforholdet var opphøyr. Då verksemda ho arbeidde i flytta til nye lokale, sa ho opp stillinga si, og starta som instruktør for eit anna firma. Den tidlegare arbeidsgivaren kravde midlertidig åtgjerd då dette var i strid med karensklausulen, men kravet førte ikkje fram. Retten la mellom anna vekt på at arbeidstakaren var utdanna aerobicinstruktør. Ein karensklausul med eit innhald som i denne saka medførte at ho ikkje fekk nytta fagkunnskapen og kvalifikasjonane sine i det heile, noko som etter retten sitt syn var svært urimeleg. At aerobicinstruktøren ikkje kunne ta seg nytt arbeid der ho fekk utnytta kunnskapane sine, var dermed eit sterkt argument i retten si vurdering. Etter ein gjennomgang av dei øvrige momenta, vart klausulen til slutt kjent ugyldig, ettersom den urimeleg innskrenka arbeidstakaren sin tilgang til erverv. Dommen kan forståast slik at ein arbeidstakar med karensklausul framleis bør ha tilgang til eit arbeid der han eller ho får nytta kvalifikasjonane sine, og at det skal mykje til for at ein klausul som nærast avskjerer tilgangen til arbeid heilt skal kunne reknast for å vere bindande.

Til støtte for at arbeidstakar bør ha moglegheit til kvalifisert arbeid dersom ein karensklausul skal reknast for å vere gyldig, er omsynet til arbeidstakaren sine personlege forhold. Dersom arbeidstakaren på grunn av klausulen må ta eit arbeid der han ikkje får nytte kvalifikasjonane sine, kan dette ofte vere nedlatande for arbeidstakaren. Spesielt for ein arbeidstakar som har ambisjonar innan fagfeltet sitt. Vidare er nokre bransjar i stadig endring, og ein arbeidstakar er då avhengig av å få kvalifisert arbeid for å henge med i utviklinga.

Ein må på denne bakgrunn kunne seie at arbeidstakar bør ha tilgang til eit arbeid der han eller ho kan få nytta kvalifikasjonane sine dersom arbeidet skal vere eit argument for at ein karensklausul er bindande.

²⁶ RG 1989 s. 548 (Oslo namsrett)

Sjølv om ein arbeidstakar med karensklausul framleis bør ha tilgang til kvalifisert arbeid, medfører ikkje det at ein klausul berre er gyldig dersom arbeidstakaren har tilgang på kvalifisert arbeid som han sjølv ønskjer. Til illustrasjon har vi dommen inntatt i RG 1996 s. 383 (Hålogaland lagmannsrett). Ein tidlegare salsleiar i eit byggfirma tok, trass i eit inngått konkurranseforbod, arbeid som leiar i eit anna byggfirma som konkurrerte i same marknaden som tidlegare arbeidsgivar. Den tidlegare arbeidsgivar sette fram krav om midlertidig åtgjerd, og fekk medhald. Retten viste blant anna til at arbeidstakaren var utdanna snikkar, og at det var eit stadig behov for denne yrkesgruppa i området. Sjølv om snikkararbeid ikkje var det arbeidet den tidlegare salsleiaren ønskte seg, kunne han likevel utan problem skaffe seg arbeid han var kvalifisert for, utan at dette var i strid med den gjeldande karensklausulen.

Eit moment av betydning i spørsmålet om arbeidstakar har moglegheit til å skaffe seg kvalifisert arbeid, er situasjonen på arbeidsmarknaden. Er ein arbeidsmarknad stram, slik at det vil vere vanskeleg for ein arbeidstakar å skaffe seg anna arbeid, skal det ofte mindre til for å kjenne ein karensklausul ugyldig. I Basol Chemicals – dommen²⁷ var saksforholdet at den tidlegare tilsette i eit firma som forhandla kjemikalier tok nytt arbeid i strid med eit forbod mot å arbeide for konkurrerende verksemdar. Lagmannsretten la mellom anna vekt på at arbeidsmarknaden der arbeidstakar hadde etablert seg var anstrengt, og at han fleire gonger hadde forsøkt å skaffe seg arbeid i samsvar med kvalifikasjonar og bustad, utan hell. Klausulen vart dermed rekna for å urimeleg innskrenke arbeidstakaren sin tilgang til ertverv.

Motsetningsvis vil ein open arbeidsmarknad vere eit argument for at karensklausulen står seg. Eit døme har vi i Advokatfullmektigdommen.²⁸ Ein advokatfullmektig hadde her inngått ein klausul som medførte eit forbod mot å levere tenester til arbeidsgivar sine kundar, samarbeidspartnarar eller underleverandørar i eit halvt år etter opphøyr av arbeidsforholdet. Lagmannsretten la i vurderinga si til grunn at advokatfullmektigen, som

²⁷ RG 1991 s. 1186 (Hålogaland lagmannsrett)

²⁸ LH 2002 s. 1071

følgje av juristutdanninga si og sine kunnskapar innan IKT, hadde store arbeidsmoglegheiter innanfor den alminnelege arbeidsmarknaden for juristar. At klausulen inneheldt forbod mot å drive arbeid som hadde tilknytning til den tidlegare arbeidsgivaren, medførte dermed ikkje at tilgangen til erverv var urimeleg innskrenka.

4.2.3.3 Vederlag

Ved å få utbetalt eit vederlag for å inngå eit konkurranseforbod, kan den økonomiske situasjonen til arbeidstakar bli oppretthaldt trass i at han ikkje er i arbeid. Vederlaget kan dermed til ei viss grad bøte på at arbeidstakar som følgje av karensklausulen ikkje har moglegheit til å skaffe seg anna arbeid. Eit spørsmål av interesse for vurderinga av om karensklausulen urimeleg innskrenkar arbeidstakar sin tilgang til erverv, er derfor om arbeidstakar får økonomisk kompensasjon i den perioden konkurranseforbodet gjer seg gjeldande, altså i karensperioden. At arbeidstakar tek imot eit slikt vederlag kan likevel ikkje aleine føre til at ein klausul blir rekna for å vere bindande, men det vil vere eit moment i ei heilskapsvurdering, der vekta er avhengig av andre relevante forhold. Av forarbeida går det imidlertid fram at momentet skal tillegkast vesentlig betydning.²⁹ Også storleiken på vederlaget skal tillegkast vekt i vurderinga. Kor mykje arbeidstakaren får i kompensasjon, vil naturleg nok variere, alt etter kor vanskeleg det vil vere for arbeidstakar å skaffe anna arbeid, og kor lang karensperioden er.³⁰

Eit døme på at ein karensklausul var oppretthaldt blant anna som følgje av at det vart gitt økonomisk kompensasjon har vi RG 1980 s. 84 (Frostating lagmannsrett). Ein tidlegare arbeidstakar i eit taktekkingsfirma starta konkurrerande verksemd trass i at han hadde inngått ein karensklausul som medførte eit forbod mot å ta arbeid i eller drive forretning i same bransje. Overfor lagmannsretten hevda den tidlegare arbeidstakaren mellom anna at karensklausulen urimeleg innskrenka hans tilgang til erverv etter avtl. § 38, 1. ledd, og derfor måtte reknast for å vere ugyldig. Dersom klausulen vart kjent gyldig, ville det vere

²⁹ Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 91

³⁰ Andersen 2002, s. 145

vanskeleg for han å skaffe seg anna arbeid, då takteking var yrket hans. Lagmannsretten la imidlertid vekt på at den tidlegare arbeidstakaren gjennom karensklausulen var sikra full lønn i karensperioden. Klausulen kunne dermed ikkje seiast å urimeleg innskrenke arbeidstakaren sin tilgang til erverv.

Tilsvarande resultat finn vi i Masterfoodsaka.³¹ I dette tilfelle inneheldt ikkje karensklausulen som arbeidstakar hadde inngått med arbeidsgivar noko utsegn om økonomisk kompensasjon, men arbeidstakar fekk tilbod om lønn i tre månader ut over vanleg oppseiingstid. Til dette uttalte lagmannsretten følgjande: ”Lagmannsretten finner ikke at mangelen på kompensasjon i seg selv gjør det urimelig å gjøre klausulen gjeldende idet retten legger vekt på tilbudet”. Etter ei heilskapsvurdering vart dermed klausulen rekna for å vere bindande for arbeidstakaren.

I motsett retning gjekk avgjerda i Basol Chemicals – dommen.³² Lagmannsretten viste her til at den tidlegare tilsette ikkje fekk noko form for økonomisk kompensasjon som følgje av ein karensklausul han hadde inngått med sin tidlegare arbeidsgivar. På bakgrunn av det manglande vederlaget, og fleire andre relevante moment, vart klausulen dermed kjent ugyldig.

For å illustrere at mangel på vederlag ikkje nødvendigvis medfører at ein klausul blir rekna for å vere ugyldig, har vi mellom anna Mobilservicedommen.³³ Ein tidlegare arbeidstakar i eit firma som selde mobilservicetenester hadde her inngått ein karensklausul på 18 månader. Klausulen gav ikkje noko form for økonomisk kompensasjon, sjølv om den medførte at han ikkje kunne drive, ta arbeid hos eller på annan måte samarbeide med nokon som var i ”direkte konkurranse” med arbeidsgivar. I motsetning til Basol Chemicals – dommen, jf over, fekk arbeidstakar i dette tilfellet ikkje medhald i at klausulen måtte kjennast ugyldig. Lagmannsretten la i vurderinga si vekt på at ordlyden i klausulen

³¹ RG 2000 s. 1092 (Borgarting lagmannsrett)

³² RG 1991 s. 1186 (Hålogaland lagmannsrett)

³³ LG 1992 s. 950 (Gulating lagmannsrett)

medførte at det berre var dei kundane som arbeidsgivar hadde då arbeidstakar slutta i verksemda som var omfatta av klausulen. Arbeidstakar hadde dermed moglegheit for å skaffe seg anna arbeid blant den øvrige marknaden for dei aktuelle tenestene. Samtidig hadde arbeidstakar omfattande kunnskap og erfaring frå andre fagområde, noko som utvida arbeidsmoglegheitene i stor grad. At arbeidstakar ikkje fekk vederlag i karenperioden, hadde dermed ikkje betydning for lagmannsretten si vurdering i det heile.³⁴

Likeeins vart resultatet i Swatch-saka.³⁵ Høgsterett stadfesta her lagmannsretten si avgjerd der ein karensklausul på to år vart rekna for å vere gyldig trass i at klausulen ikkje ga arbeidstakar krav på kompensasjon. I vurderinga si av om arbeidstakaren sin tilgang til erverv var urimeleg innskrenka, hadde lagmannsretten lagt vekt på at arbeidstakaren, like etter at han slutta hos arbeidsgivar, fekk arbeid i eit anna selskap som ikkje var omfatta av karensklausulen. I kjæremålet til Høgsterett hevda arbeidstakar at lagmannsretten ikkje hadde tolka avtl. § 38, 1. ledd riktig, då blant anna betydninga av manglande kompensasjon ikkje var vurdert. Høgsterett sitt kjæremålsutval la imidlertid til grunn at lagmannsretten hadde vurdert dei avgjerande hovudmomenta, og at det dermed ikkje låg føre feil lovtolkning.

4.2.3.4 Tidsmessig omfang

Eit vidare ledd i vurderinga av om ein karensklausul urimeleg innskrenkar arbeidstakar sin tilgang til erverv, er spørsmålet om eit konkurranseforbod si tidsmessige utstrekning. Dersom ein karensklausul medfører at arbeidstakar ikkje kan ta seg nytt arbeid i urimeleg lang tid framover, vil dette vere eit argument for at klausulen ikkje bør reknast for å vere bindande. Motsetningsvis vil ein klausul som har eit forholdsvis kort tidsmessig omfang oftare kunne reknast for å vere gyldig. Momentet må imidlertid sjåast i samanheng med ordlyden i avtl. § 38, 1. ledd, som viser til at verknadane av ein urimeleg klausul er at den

³⁴ Lagmannsretten sette likevel ned karenperioden frå 18 til 12 månader, jf drøftinga om verknadane av at ein konkurranseklausul er ugyldig, avhandlinga s. 15.

³⁵ Rt. 2001 s. 301

”forsaauidt” ikkje er bindande.³⁶ Blir den tidsmessige utstrekkinga på klausulen rekna for å vere for lang, vil klausulen dermed ikkje automatisk falle vekk. Domstolen kan då i staden velje å sette ned tida for det gjeldande konkurranseforbødet, dersom ei samla vurdering av dei øvrige momenta i rimelegheitsvurderinga tilseier dette. Til illustrasjon har vi den tidlegare nemnte Mobilservicedommen,³⁷ der lagmannsretten etter ei heilskapsvurdering sette ned karenstida frå 18 til 12 månader.

Eit spørsmål er om det er eit krav at ein klausul uttrykkeleg inneheld ei tidsmessig avgrensing. I forarbeida finn vi følgjande uttaling: *”Det maa imidlertid bemerkes at selv om et forbud er ubegrænset med hensyn til tid og sted, kan det tænkes at det ikke utilbørlig indskrænker den forpligtedes adgang til erhverv, fordi det kun gjælder en saa begrænset specialitet, at han ingen vanskelighet vil ha ved utenfor denne at finde et erhverv, hvor hans indsigter og kundskaper fuldt ut kan komme ham til nytte.”* Uttalinga kan forståast slik at ein karensklausul i utgangspunktet bør innehalde ei tidsmessig avgrensing, men at dette ikkje er nødvendig.

Av praksis går det fram at konkurranseforbud som ikkje inneheld ei tidsmessig avgrensing i utgangspunktet vil vere urimeleg, men at dei då kan bli oppretthald for ei viss periode. Eit døme på dette har vi i Videodommen:³⁸

I samband med avtale om sal av ei videoforretning, hadde selgaren forplikta seg til ikkje å vere involvert i verksemder i distriktet som var i direkte konkurranse med videoforretninga ”så lenge nevnte firma er i drift med kjøperen som daglig leder”. Selgaren overhaldt ikkje avtalen, og kjøperen la på bakgrunn av dette fram krav om erstatning. Ved vurderinga av omfanget av erstatningsansvaret, la lagmannsretten til grunn at det måtte fastsetjast ei grense i tid: *”Det er ikke vanlig, og etter lagmannsrettens syn heller ikke rimelig, at konkurranseforbud skal gjelde uten tidsbegrensing. En form for tidsbegrensing ligger riktig*

³⁶ Sjø drøftinga under pkt. 4.2.2

³⁷ LG 1992 s. 950 (Gulating lagmannsrett)

³⁸ LE 1992 s. 318

nok inne i avtaleklausulen, men denne er for vag og upresis til at det kan legges vekt på den.”

Eit naturleg spørsmål er vidare kor langt eit konkurranseforbod kan strekke seg i tid. Om klausulen sitt tidsmessige omfang medfører at den urimeleg innskrenkar arbeidstakar sin tilgang til erverv eller ikkje, kjem som tidlegare nemnt an på ei avveging mot dei øvrige vurderingsmomenta. Til dømes vil eit vederlag kunne medføre at karenstida kan strekkast noko lenger enn om arbeidstakar ikkje hadde fått økonomisk kompensasjon. Eit spørsmål er likevel om ein på bakgrunn av rettspraksis moglegvis kan utleie ei grense for kor lenge eit konkurranseforbod kan gjelde.

I RG 1980 s. 84 (Frostating lagmannsrett) hadde arbeidstakar inngått ein karensklausul der forbodet mot å drive eller ta arbeid i konkurrerande verksemd gjaldt i 12 månader. I vurderinga si av om klausulen var bindande eller ikkje, la lagmannsretten vekt på at klausulen uttrykkeleg inneheldt ei tidsmessig avgrensing som ikkje var for lang, og at arbeidstakaren hadde krav på full lønn i karenstida. Klausulen kunne dermed ikkje seiast å urimeleg innskrenke arbeidstakaren sin tilgang til erverv.

Likeeins vart ein karensklausul på eit år rekna for å vere bindande i LB 2000 s. 824. På bakgrunn av dei konkurranseomsyna som gjorde seg gjeldande i saka, uttalte lagmannsretten at *”en avtalt karantenetid på ett år går ikke lengre enn at den må aksepteres.”* Klausulen kunne dermed ikkje seie å urimeleg innskrenke arbeidstakaren sin tilgang til erverv.³⁹

I RG 1996 s. 1241 (Oslo byrett) gjaldt forbodet mot å drive eller ta arbeid i konkurrerande verksemd i heile to år. Retten viste til at arbeidstakaren hadde moglegheit til å arbeide for andre verksemdar i same bransje. Dette var likevel avhengig av godkjenning frå tidlegare arbeidsgivar. Då det ikkje låg føre opplysningar som kunne tyde på at slikt løyve ikkje ville

³⁹ Sjå også LB 2000 s. 1537

bli gitt, vart klausulen, trass i den lange karenperioden, kjent gyldig. Retten uttalte likevel at *”karenstiden kan virke noe lang”*. Uttalinga kan forståast slik at dersom ein karensklausul har ei tidsmessig avgrensing på to år, bør dette i utgangspunktet reknast for å vere urimeleg langt, slik at klausulen bør setjast heilt eller delvis til side. I denne samanheng må det presiserast at det her er snakk om ein byrettsdom. Den rettskjeldemessige vekta av retten si uttaling vil derfor i utgangspunktet vere avgrensa. I seinare lagmannsrettspraksis finn vi imidlertid ei uttaling i same retning:

I LB 2000 s. 3622 vart ein karensklausul på to år kjent gyldig. Lagmannsretten uttalte at *”det kan være noe tvilsomt om to års karensklausul er for vidtgående”*. Men då arbeidstakaren fekk tilsetjing i eit anna selskap som ikkje var omfatta av karensklausulen like etter at han slutta hos den tidlegare arbeidsgivaren, kunne klausulen ikkje seiast å medføre at tilgangen til erverv var urimeleg innskrenka.

Den gjennomgang av praksis som er gjort ovanfor viser at spørsmålet om kor langt eit konkurranseforbod kan strekke seg er avhengig av dei øvrige vurderingsmomenta. Framstillinga viser likevel at ein kan oppstille eit utgangspunkt om at eit konkurranseforbod med ei tidsmessig avgrensing på eitt til to år som regel blir rekna for å vere bindande dersom den ikkje elles er urimeleg. Varer imidlertid forbodet lenger enn to år, må dei andre vurderingsmomenta vere av stor vekt dersom klausulen ikkje skal settast heilt eller delvis til side. Dette har også støtte hos Jakhelln.⁴⁰

Framstillinga omhandlar karensklausular som gjer seg gjeldande mellom arbeidstakar og arbeidsgivar. I forhold til den tidsmessige avgrensinga av eit konkurranseforbod bør ein imidlertid gjere eit skilje mellom karensklausular som har oppstått i eit arbeidsforhold, og klausular som blir til i samband med sal av verksemd. Bakgrunnen er at ein som skal selje verksemda si ofte står mykje friare enn ein arbeidstakar som ønskjer å skaffe seg arbeid. I Videodommen⁴¹ vart ein klausul som hadde eit uavgrensa tidsmessig omfang avgrensa til å

⁴⁰ Jakhelln 2006, s. 320

⁴¹ LE 1992 s. 318

gjelde i fem år. Ein kan dermed anta at klausular som oppstår i samband med sal av verksemd ikkje bør gjelde i lenger enn fem år dersom dei skal kunne gjelde fullt ut. Ei slik forståing har også støtte hos Andersen.⁴²

4.2.3.5 Geografisk omfang

Om karensklausulen inneheld ei geografisk avgrensing eller ikkje, vil også vere av betydning for spørsmålet om klausulen urimeleg innskrenkar arbeidstakar sin tilgang til erverv. Mange verksemdar rettar seg berre mot eit avgrensa geografisk område. Dersom arbeidstakar tek nytt arbeid utanfor området utan at dette medfører skade for tidlegare arbeidsgivar, kan det at ein karensklausul forbyr eit slikt arbeid trekke i retning av at klausulen urimeleg innskrenkar arbeidstakaren sin tilgang til erverv. Ein klausul som berre omfattar eit lite område, kan dermed lettare verke rimeleg enn ein klausul med eit vidt bruksområdet.⁴³ Det avgjerande omsynet er konkurransesituasjonen.⁴⁴

I ei orskurd frå Vinger og Odal Namsrett 3. desember 2001⁴⁵ finn vi eit døme på dette. Saka gjaldt ein forskar som arbeidde innanfor ei verksemd som produserte tilsetningsstoff til sprøytebetong. Konkurranseforbodet som forskaren hadde inngått med arbeidsgivaren, gjaldt etter avtalen ”i hele verden”, noko som i utgangspunktet kunne tale for at klausulen urimeleg innskrenka forskaren sin tilgang til erverv. Namsretten la imidlertid til grunn at det innan det aktuelle fagområdet berre fanst ei svært lita gruppe med konkurrentar på verdsmarknaden, og at arbeidsgivar derfor hadde eit behov for vern over heile verda. Av konkurrentane var det kun tre som kunne reknast for å vere store konkurrentar. Ettersom forskaren sin tidlegare arbeidsgivar i Norge var ein av desse, og forskaren ønskte å ta arbeid hos hovudkonkurrenten i Sveits, kom Namsretten til at karensklausulen, trass i sitt vide geografiske omfang, ikkje urimeleg innskrenka forskaren sin tilgang til erverv.

⁴² Andersen, 2002, s. 144

⁴³ Borch og Fougner 2000, s. 88

⁴⁴ Andersen 2002, 144

⁴⁵ Sak 01-00667 D

4.2.3.6 Arbeidsgivar si interesse i å oppretthalde klausulen

Av ordlyden i avtl. § 38, 1. ledd går det uttrykkelig fram at det i vurderinga av om klausulen urimeleg innskrenkar arbeidstakar sin tilgang til erverv skal takast omsyn til ”...den betydning, det har for den anden part, at avtalen opretholdes.” Vurderingstemaet har store likskapar til det andre vilkåret i avtl. § 38, 1. ledd, som seier at ein klausul ikkje skal reknast for å vere bindande dersom den ”...strækker[r] sog længer end paakrævet...”, jf drøfting i pkt. 4.2.4.

Trass i at ordlyden viser til ei vurdering av arbeidsgivar sine interesse, gjer forarbeida det klart at omsynet til arbeidstakaren skal tilleggast størst vekt. Same kor stor interesse arbeidsgivar har i å oppretthalde klausulen, vil det ikkje kunne medføre at klausulen blir kjent gyldig dersom forbodet i tilstrekkeleg grad er urimeleg.⁴⁶ Står ein framfor eit grensetilfelle, der arbeidstakar sin tilgang til erverv er usikker samtidig som at arbeidsgivar sitt behov for å oppretthalde klausulen er avgrensa, må det dermed vere rimeleg å avgjere saka i favør av arbeidstakar. Ei slik forståing har også støtte hos Andersen.⁴⁷ Spørsmålet blir når arbeidsgivar har tilstrekkeleg interesse i å oppretthalde ein karensklausul.

I Basol Chemicals – dommen⁴⁸ kom lagmannsretten til at konkurranseforbodet som arbeidstakaren hadde gått inn på urimeleg innskrenka tilgangen han hadde til erverv. I tillegg til å vektlegge at arbeidstakaren ikkje hadde moglegheit til å skaffe seg arbeid i strid med klausulen,⁴⁹ viste lagmannsretten til at arbeidsgivar ikkje kunne påvise relevant økonomisk tap. Arbeidsgivar hadde dermed ikkje tilstrekkeleg interesse i å oppretthalde klausulen.

⁴⁶ Ot.prp. n. 63 (1917) s. 91

⁴⁷ Andersen 2002, s. 146

⁴⁸ RG 1991 s. 1186 (Hålogaland lagmannsrett)

⁴⁹ Sjå drøfting under pkt 4.1.2.2

Det same vart resultatet i Aerobicdommen.⁵⁰ Arbeidsgivar sette fram krav om midlertidig åtgjerd då aerobicinstruktøren tok arbeid i eit anna treningsstudio. Retten la imidlertid til grunn at karensklausulen som dei to partane hadde inngått ikkje kunne reknast for å vere gyldig. Ikkje berre medførte klausulen at aerobicinstruktøren ikkje hadde moglegheit til å skaffe seg anna arbeid etter at arbeidsforholdet hadde opphøyr, men retten la også vekt på at arbeidsgivar ikkje hadde godtgjort at ei oppretthalding av avtalen hadde stor økonomisk betydning. Klausulen måtte dermed seiast å urimeleg innskrenke aerobicinstruktøren sin tilgang til erverv.

Dommane gir utrykk for at ein arbeidsgivar sitt økonomiske tap kan ha betydning for spørsmålet om ein karensklausul urimeleg har innskrenka arbeidstakar sin tilgang til erverv, ettersom tapet medfører ei interesse i å oppretthalde klausulen.

I Grete Roede – dommen⁵¹ gjekk resultatet i motsett retning. Fleire tilsette i ei slankebedrift sa i denne saka opp stillinga si hos arbeidsgivar, og starta umiddelbart tilsvarende verksemd i ei konkurrerande bedrift. Dette trass i at dei hadde inngått ein karensklausul som medførte forbod mot å drive slik verksemd. Arbeidsgivar sitt behov for vern vart avgjerande for voldgiftsretten. Den sterke konkurransen på marknaden medførte at arbeidsgivar hadde ei rettkomen interesse i å sikre seg mot auka konkurranse frå tidlegare arbeidstakarar. Vidare hadde arbeidsgivar også ei rettkomen interesse i å hindre at eksisterande konkurrentar vart styrka ved at tidlegare arbeidstakarar som sat på mykje informasjon kring slankeverksemda tok arbeid hos dei. Etter ei samla vurdering fann dermed voldgiftsretten at omsynet til arbeidstakar ikkje kunne vege så tungt at saksøkar si interesse i å oppretthalde karensklausulen kunne settast til side.

⁵⁰ RG 1989 s. 548 (Oslo namsrett)

⁵¹ RG 1983 s. 432 (Voldgiftsdom)

4.2.3.7 Tidpunktet for inngåing av karensklausulen

Eit spørsmål av betydning for vurderinga av om konkurranseklausulen urimeleg innskrenkar arbeidstakar sin tilgang til erverv, er når klausulen vart inngått.⁵² Vart klausulen inngått idet arbeidstakar skulle fråtre arbeidsavtalen, vil den ofte vere tilpassa situasjonen ved opphøyr av arbeidsforholdet, noko som kan tale for at klausulen bør oppretthaldast. Men inngjekk partane klausulen allereie samtidig med at arbeidstakar vart tilsett i verksemda, kan situasjonen ha endra seg når arbeidsavtalen kjem til opphøyr, slik at klausulen ikkje lenger kan seiast å vere rimeleg. På denne bakgrunn må ein kunne fastslå at det i utgangspunktet skal meir til å setje til side ein klausul inngått i samband med at arbeidstakar skal slutte hos arbeidsgivar, enn ein klausul som vart avtalt på eit tidlegare tidspunkt.⁵³

4.2.3.8 Arbeidstakar sine føresetnader

Eit moment som ikkje uttrykkeleg blir rekna for å ha eiga betydning verken i rettspraksis eller teori, er spørsmålet om arbeidstakar var klar over kva han gjekk inn på då han godtok karensklausulen. Fleire dommar viser at ein likevel må ta omsyn til ein arbeidstakar sine føresetnader.

Til illusrasjon har vi LB 2000 s. 3622, der lagmannsretten uttalte at den ikkje kunne finne grunnlag for å sette karensklausulen til side etter avtl. § 38, 1. ledd. Grunngevinga var mellom anna at arbeidstakaren ”*må ha vært klar over kva han gikk inn på*”.

Tilsvarande vurdering vart gjort i Advokatfullmektigdommen.⁵⁴ Ein advokatfullmektig hadde her inngått ein klausul som medførte eit forbod mot å levere tenester til arbeidsgivar sine kundar, samarbeidspartnarar eller underleverandørar i eit halvt år etter opphøyr av arbeidsforholdet. I vurderinga si av om karensklausulen urimeleg innskrenka

⁵² Dege 2003, s. 260

⁵³ Borch og Fougner 2000, s. 88

⁵⁴ LH 2002 s. 1071

arbeidstakaren sin tilgang til erverv, la lagmannsretten mellom anna vekt på advokatfullmektigen si utdanning, og at han som ein følgje av denne hadde gode føresetnader for å forstå innhaldet og verknadane av klausulen. Etter ei samla vurdering kom retten dermed til at klausulen ikkje urimeleg innskrenka advokatfullmektigen sin tilgang til erverv.

4.2.4 Når strekk karensklausulen seg lenger enn påkravd?

4.2.4.1 Innleiing

Sjølv om innhaldet i ein karensklausul ikkje medfører at arbeidstakaren sin tilgang til erverv er urimeleg, kan den framleis kjennast ugyldig dersom den ”...*strække[r] sig længer end paakrævet...*”, jf avtl. § 38, 1. ledd. Ei naturleg forståing av ordlyden er at ein karensklausul ikkje må omfatte meir enn det som er nødvendig for å verne arbeidsgivar dersom den skal vere gyldig. Til dømes vil behovet for ein karensklausul vere fråverande dersom arbeidsgivar ikkje lenger har interesse av å oppretthalde klausulen. Dette kan mellom anna vere når ei verksemd opphøyrer. Av forarbeida går det fram at ein karensklausul i slike tilfelle fell vekk.⁵⁵ At ein karensklausul skal reknast for å vere ugyldig dersom arbeidsgivar ikkje har interesse av å oppretthalde den, medfører likevel ikkje at klausulen fell vekk berre fordi arbeidstakar påstår at arbeidsgivar ikkje treng om å frykte for konkurranse. Så lenge ein slik påstand ikkje er bevist, må omsynet til arbeidsgivar vege tyngst.⁵⁶

Om ein karensklausul strekk seg lenger enn ”*paakrævet*” er i hovudsak eit spørsmål om arbeidsgivar sitt behov for vern i stor nok grad er beskyttelsesverdig og påkravd, slik at arbeidstakar må akseptere innskrenkingar i arbeidsmoglegheitene sine.⁵⁷ Vurderinga

⁵⁵ Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 91

⁵⁶ Ot.ptp. nr. 63 (1917) s. 91

⁵⁷ Andersen 2002, s. 142

omfattar både kor langt konkurranseforbodet strekk seg i tid, og kva ein skal rekne for å vere konkurrerende verksemd. Den medfører såleis ei avveging av ei rekke relevante moment, som vil bli gjennomgått nedanfor.

4.2.4.2 Konkurransemarknaden

Det går fram av rettspraksis at eit relevant moment i vurderinga av om det ligg føre eit reelt behov for ein karensklausul, er korleis konkurransesituasjonen i marknaden er. Momentet er relevant fordi det ofte vil vere meir skadeleg for arbeidsgivar om arbeidstakar tek med seg kunnskap og informasjon om verksemda på ein marknad der det er få bedrifter innanfor same fagområdet og verksemda derfor utgjer ein stor del av marknaden, enn der det er mange aktørar og arbeidsgivar har ei mindre betydeleg rolle.⁵⁸

Til illustrasjon har vi LF 1997 s. 59. Den tidlegare tilsette i ei verksemd som dreiv med produksjon og sal av papir- og emballasjepresser til næringslivet, tok her arbeid hos ein konkurrent trass i ein karensklausul som inneheldt eit forbod mot dette. Lagmannsretten viste mellom anna til at det var eit avgrensa tal på produsentar og forhandlarar på den aktuelle marknaden, og at arbeidsgivar dermed hadde eit særleg behov for vern gjennom karensklausular.

I Basol-Chemicalsdommen⁵⁹ vart konkurransesituasjonen på marknaden nytta som argument i motsett retning. Forholda var her at produkta som den tidlegare arbeidsgivaren selde ikkje skilde seg vesentleg frå konkurrentane sine produkt. I tillegg var konkurransemarknaden prega av eit stort tal på seljarar. Etter ei samla vurdering la lagmannsretten dermed til grunn at arbeidsgivaren ikkje hadde rettmessig behov for ein karensklausul.

⁵⁸ Dege 2003, s. 258

⁵⁹ RG 1991 s. 1186 (Hålogaland lagmannsrett)

4.2.4.3 Arbeidstakar har fått opplæring, spesiell innsikt i verksemda og liknande
Eit moment i vurderinga av om arbeidsgivar har eit behov som er beskyttelsesverdig og påkravd, er om arbeidstakar som følgje av opplæring eller gjennom arbeid for verksemda har fått innblikk i spesielle sider ved verksemda som arbeidsgivar ønskjer å verne.⁶⁰
Bakgrunnen er at slik sensitiv informasjon om verksemda ofte kan få betydning for verksemda si konkurransedyktigheit. Dersom arbeidstakar fritt kan ta med seg den kunnskapen han har fått over i ei ny verksemd, kan dette påføre arbeidsgivar store tap. I slike tilfelle vil arbeidsgivar ha eit særskilt behov for vern.

I Grete Roede –dommen⁶¹ hadde fleire husmødre tatt arbeid som kursleiarar i Roede si slankeverksemd, og med dette inngått karensklausul med forbod mot å ta arbeid i eller drive konkurrerande verksemd. Kursleiarane hadde gjennomgått eit slankekurs før dei vart tilsette i verksemda, og fekk seinare ytterlegare innsikt og opplæring innanfor verksemda sitt fagområde. Etter kvart vart kursleiarane ansvarlege for kvart sitt distrikt, og kom gjennom arbeidet sitt i personleg kontakt med kundane innanfor eige distrikt. Før denne saka kom opp, hadde fleire tidlegare tilsette sagt opp stillinga si hos Roede, og starta konkurrerande verksemd. Då kursleiarane i dette tilfelle sa opp stillingane sine og tok arbeid i ei av desse, la voldgiftsretten til grunn at den sterke konkurransen som hadde oppstått på marknaden medførte at Roede hadde ei rettkomen interesse i å hindre at konkurrerande verksemdar vart styrka som følgje av at tidlegare kursleiarar tok med seg informasjon dei hadde fått kring Roede si slankeverksemd over til dei. Karensklausulen strekte seg dermed ikkje lenger enn påkravd, og klausulen vart opprettholdt.

I forhold til momentet om arbeidstakar har fått innblikk i verksemda, vil eit spørsmål vere om arbeidsgivar har eit beskyttelsesverdig og påkravd behov så snart ein arbeidstakar har fått eit slikt innblikk. I LB 1995 s. 2535 hadde tidlegare arbeidsgivar, som følgje av ein karensklausul, sett fram krav om at ein eigedomsmeklar som hadde vore tilsett i firmaet

⁶⁰ Andersen 2002, s. 142

⁶¹ RG 1983 s. 432 (voldgiftsdom)

skulle bli gitt forbod mot å arbeide i ei nyoppretta eigedomsmeklarforretning. Lagmannsretten vurderte klausulen til å vere ugyldig. På bakgrunn av at eigedomsmeklarverksemda hadde skiftande kundemasse og i hovudsak dreiv med enkeltstående oppdrag, hadde ikkje arbeidstakaren slik kunderelasjon som han kunne ta med seg over i ny verksemd. Vidare var dei fleste opplysningane kring selskapet offentlege, noko som medførte at arbeidstakaren ikkje sat inne på informasjon som kunne skade arbeidsgivar si konkurransevne. Arbeidsgivar hadde dermed ikkje eit tilstrekkeleg behov for å verne seg gjennom ein karensklausul.

Dommen viser at arbeidstakar sitt innblikk i utgangspunktet må gjelde sider ved verksemda som er meir spesielle enn dei sidene som dei fleste arbeidstakarar naturleg får eit innblikk i som følgje av eit arbeidsforhold. Sit arbeidstakar inne med opplysningar som ikkje kan få betydning for arbeidsgivar sin posisjon på marknaden, talar dette for at arbeidsgivar ikkje har eit beskyttelsesverdig og påkravd behov. Skal ein karensklausul ikkje gå lenger enn ”*paakrævet*”, må den dermed omfatte vern av opplysningar som er av konkurransemessig betydning for arbeidsgivar.⁶²

4.2.4.4 Spørsmålet om konkurransemessig betydning

4.2.4.4.1 Innleiing

Som nemnt ovanfor må dei opplysningane som ein karensklausul tek sikte på å verne vere av konkurransemessig betydning dersom dei skal vere eit argument for ein bindande karensklausul. Spørsmålet om opplysningane er av slik betydning, må avgjerast på bakgrunn av ei heilskapsvurdering av ulike relevante moment. Det går fram av rettspraksis at hovudmomenta i ei slik vurdering er om arbeidstakar har fått kjennskap til verksemda sin kundekrets, salsmetodar, forretningsløyndomar og liknande, kva slags arbeidsoppgåver arbeidstakar har, arbeidstakaren si åtferd før og etter at arbeidsforholdet har opphøyr og klausulen sitt tidsmessige og geografiske omfang. Momenta vil bli gjennomgått nedanfor.

⁶² Andersen 2002, s. 142

4.2.4.4.2 Kjennskap til kundekrets, salsmetodar, forretningsløyndomar og liknande

Eit moment vedrørande spørsmålet om dei opplysningane arbeidstakar har fått er av konkurransemessig betydning, er om opplysningane gjeld verksemda sin kundekrets, salsmetodar, forretningsløyndomar og liknande. Slike opplysningar er gjerne utvikla i verksemda, og dermed arbeidsgivar sin eigedom. At arbeidstakar fritt skal kunne nytte desse i eiga verksemd eller hos andre, vil såleis på mange måtar vere urimeleg overfor arbeidsgivar, og dermed vere eit moment for at ein karensklausul skal reknast for å vere bindande.

Til illustrasjon har vi Mobilservicedommen.⁶³ Spørsmålet var her om ein servicekonsulent i eit mobilservicetenesteselskap hadde inngått gyldig karensklausul etter avtl. § 38, 1. ledd. I vurderinga av om verksemda hadde behov for vern, la lagmannsretten vekt på at servicekonsulenten hadde *”inngående kunnskap om markedet generelt og om [verksemda sine] kunder spesielt”*. Gjennom dette fekk servicekonsulenten god kjennskap til kundeforhold, prising og rabattavtalar som han kunne nytte i konkurrerende verksemd. Samtidig skaffa servicekonsulenten seg også kunnskap om marknadsføring, utstyr og teknologi, som var nødvendig for å kunne drive slik konkurrerende verksemd. Lagmannsretten meinte på denne bakgrunn at mobilservicetenesteselskapet hadde eit behov for å verne desse opplysningane, då dei kunne skade verksemda si konkurranseevne. Etter ei samla vurdering kom retten dermed til at klausulen ikkje strekte seg *”længre end paakrævet”*.

I LB 2000 s. 1537 hadde ein kundekonsulent slutta i eit engrosfirma og tatt arbeid hos ein konkurrent, trass i ein karensklausul som inneheldt eit forbod mot å ta arbeid i tilsvarende stilling hos konkurrenten. Arbeidsgivar kravde midlertidig åtgjerd, og i vurderinga si av om karensklausulen gjekk lenger enn påkravd uttalte lagmannsretten mellom anna: *”...den innsikt og erfaring Derma-Nors kundekonsulenter opparbeider seg har utvilsomt verdi for*

⁶³ LG 1992 s. 950 (Gulating lagmannsrett)

selskapets konkurrenter og flere av de ansatte kundeveilederne fra Derma-Nor AS har også gått over i konkurrerende virksomhet. Det dreier seg om en bransje hvor markedsføring og salg skjer gjennom konsulenter og hvor firmaene har et langsiktig forhold til sine kunder. Pleie av kundenes merkevaretilhørighet synes således å ha betydning i salgsarbeidet...”. Arbeidsgivar hadde dermed ei rettkomen interesse i å oppretthalde klausulen.

I forhold til spørsmålet om arbeidstakar har fått kjennskap til forretningsløyndomar, er dette også omhandla i straffelova § 294, nr. 2. Føresegna medfører eit forbod mot å *”...uberettiget enten sjølv gjør Brug af en Forretnings- eller Driftshemmelighed vedkommende en Bedrift, hvori han er eller i Løbet af de sidste Aar har havt Del, eller aabenbarer en saadan i Hensigt at sætte en anden i stand til at gjøre Brug af den, eller som ved Forledelse eller Tilskyndelsemedvirker hertil...”. Som vist til tidlegare vernar ikkje denne føresegna arbeidsgivar mot konkurranse frå ein tidlegare arbeidstakar.⁶⁴ Sit arbeidstakar inne på opplysningar kring forretningsløyndomar, vil arbeidsgivar dermed ha eit rettkome behov for vern, då slike opplysningane vanlegvis vil vere av konkurransemessig betydning for arbeidsgivar. Til illustrasjon har vi RG 1980 s. 84 (Frostating lagmannsrett). Den tidlegare tilsette i eit taktekkingsfirma hadde gjennom arbeidet hos firmaet fått inngåande kjennskap til verksemda sin anbodspolitik og dei forretningsmessige forholda vis a vis leverandørane. Lagmannsretten meinte at arbeidstakaren kunne nytte desse opplysningane i konkurranse med arbeidsgivar, og la dermed til grunn at karensklausulen ikkje skulle settast til side.*

4.2.4.4.3 Arbeidstakar sine arbeidsoppgåver

I vurderinga av om opplysningane som arbeidstakar sit inne med er av konkurransemessig betydning, vil nokre typer arbeidsoppgåver ofte medføre at arbeidstakar sit inne med opplysningar som i større grad kan påvirke arbeidsgivar si konkurranseevne enn andre. Det er imidlertid ikkje sjølve arbeidstittelen som er avgjerande, men om innhaldet i

⁶⁴ Sjå framstillinga under pkt 3.3.

arbeidsoppgåvene er av ein slik karakter at dei gir arbeidstakar opplysningar som kan nyttast til skade for verksemda.⁶⁵

Til illustrasjon har vi ei orskurd frå Vinger og Odal Namsrett av 3. desember 2001. Ein forskar som var tilsett i ei verksemd som produserte tilsetningsstoff til sprøytebetong hadde inngått ein karensklausul med arbeidsgivar. Med bakgrunn i at forskaren hadde funne opp grunnformlane til eit tilsetjingsstoff som var av stor konkurransemessig betydning for verksemda, kom retten til at arbeidsgivar sitt behov for vern var rettkome. Klausulen vart dermed rekna for å vere gyldig.

Nokre typer arbeidsoppgåver medfører meir kundekontakt og fleire salsoppgåver enn andre, og rettspraksis viser at ein arbeidstakar med slike oppgåver gjerne blir rekna for å inneha opplysningar som kan nyttast til skade for verksemda. Arbeidsgivar har dermed oftare eit behov for å oppretthalde ein karensklausul som er inngått med ein arbeidstakar med slike arbeidsoppgåver, enn med ein som har mindre kunderelaterte oppgåver. Eit døme har vi i Swatchdommen,⁶⁶ der lagmannsretten sin dom vart stadfesta.⁶⁷ Den tidlegare arbeidstakaren hadde her hatt stilling som salssjef/marknadssjef hos arbeidsgivar. På denne bakgrunn fann lagmannsretten at arbeidstakar, som følgje av den leiande stillinga han hadde hatt, fekk inngåande innsikt i og kjennskap til mellom anna budsjettet og rekneskapen til verksemda. Dette var forhold av betydning i ein konkurransesituasjon, og arbeidsgivar hadde dermed klart eit behov for vern.

Likeeins var tilfellet i Masterfoodssaka.⁶⁸ Lagmannsretten la her vekt på at den tidlegare arbeidstakaren hadde hatt ei stilling på managernivå. Gjennom denne stillinga skaffa arbeidstakaren seg slik erfaring og kunnskap som var av stor verdi både for konkurrerande

⁶⁵ Andersen 2002, s. 143

⁶⁶ Rt 2001 s. 301

⁶⁷ LB 2000 s. 3622

⁶⁸ RG 2000 s. 1092 (Borgarting lagmannsrett)

selskap som allereie fanst på marknaden, og for selskap som ønskte å etablere seg. Arbeidsgivar hadde dermed eit klart behov for å oppretthalde klausulen.

4.2.4.5 Arbeidstakar si åtferd

Korleis arbeidstakar oppfører seg like før og etter at arbeidsforholdet har opphøyr, kan også få betydning for vurderinga av om ein karensklausul strekk seg lenger enn påkravd. Bakgrunnen er at arbeidstakar i nokre tilfelle utfører handlinga som viser at arbeidsgivar faktisk har eit behov for ein karensklausul eller ikkje. Dei følgjande dommane vil illustrere dette.

I Mobilservicedommen⁶⁹ hadde ein servicekonsulent planlagt å starte konkurrerende verksemd før oppseiingstida var over. Utan å informere arbeidsgivar, hadde han mellom anna kjøpt bil som skulle nyttast i verksemda og oppretta bankkonto for det nye firmaet han skulle starte. Rett før eller like etter at oppseiingstida var utløpt, tok servicekonsulenten også kontakt med arbeidsgivaren sine kundar, og ga dei eit tilbud på tilsvarande tenester som dei arbeidsgivar utførte. Etter lagmannsretten sitt syn viste servicekonsulenten sin åtferd at arbeidsgivar klart hadde eit behov for å oppretthalde klausulen.

Tilsvarande vart resultatet i RG 1996 s. 1241 (Oslo byrett). Retten kom her til at arbeidstakar hadde inngåande kjennskap til konkurranseutsette opplysningar om bedrifta, og la dermed til grunn at arbeidsgivar hadde eit behov for å oppretthalde karensklausulen. Til støtte for dette viste retten til at det i ettertid hadde vist seg at arbeidstakaren medan han var tilsett i verksemda hadde tatt kopi av ein følgjeseddel, og gitt denne vidare til ein konkurrent, og at arbeidsgivar som følgje av dette hadde mista fleire kundar. Arbeidstakar sin åtferd viste dermed at arbeidsgivar sitt behov for å oppretthalde karensklausulen var reelt.

⁶⁹ LG 1992 s. 950 (Gulating lagmannsrett)

4.3 Avtl. § 38, 2. ledd

4.3.1 Innleiing

Avtalelova § 38, 2. ledd har følgjande ordlyd:

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

Ordlyden i fyrste punktum viser til hovudregelen om at ein *”underordna”* arbeidstakar ikkje er bunden av ein karensklausul. Bakgrunnen er at slike stillingar vanlegvis ikkje gir arbeidstakar den type informasjon som kan vere skadeleg for verksemda, og ein karensklausul blir dermed rekna for å vere unødvendig. Nedanfor følgjer ei vurdering av dei ulike vilkåra i føresegna, og spørsmåla som reiser seg kring dei.

4.3.2 Avtaletidspunktet

Avtl. § 38, 2. ledd omfattar karensklausular som er inngått med arbeidstakarar som ”...er ansat...” i ei verksemd. Ei naturleg forståing av ordlyden er at føresegna berre gjer seg gjeldande i arbeidsforhold, og spørsmålet blir då når ein arbeidstakar kan reknast for å vere i eit arbeidsforhold.

Det er på det reine at ein arbeidstakar ”er ansat” frå det tidspunktet då arbeidsavtalen mellom han og arbeidsgivar vart inngått. Vidare er det klart at eit arbeidsforhold har opphøyr når oppseiingstida er over. Ved avskjed reknar ein arbeidsforholdet for opphøyr frå det tidspunktet då meldinga om at avtalen er heva har kome fram til motparten. Avtalar som er inngått etter at arbeidsforholdet er opphøyr, til dømes i forliksavtalar, blir følgeleg ikkje vurdert etter denne føresegna.⁷⁰ Dette i motsetning til avtl § 38, 1. ledd, som vist til tidlegare kjem til bruk også utanfor arbeidsforhold. Avtl. § 38, 2. ledd kan dermed berre nyttast der karensklausulen er kome til etter at arbeidstakar har inngått arbeidsavtalen, og før arbeidstakaren si oppseiingstid er over.

4.3.3 Tidsmessig avgrensing

Føresegna viser vidare til avtalar som gjer seg gjeldande ”...en viss tid..” etter opphøyr av arbeidsforholdet. Ei naturleg tolking tilseier at ikkje alle avtalar mellom arbeidsgivar og arbeidstakar kan regulerast etter føresegna, men at den gjer seg gjeldande berre for avtalar gjort innanfor eit visst tidsrom. Ordlyden må dermed forståast slik at avtalar som berre omhandlar arbeidstakaren sin handlefridom under arbeidsforholdet, ikkje er omfatta av føresegna.⁷¹

⁷⁰ Andersen 2002, s 147

⁷¹ Borch og Fougner 2000, s. 90

4.3.4 Når er ein arbeidstakar underordna?

4.3.4.1 Avtl. § 38, 2. ledd, 1. pkt.

Det er berre karensklausular inngått med ”...*nogen, som er ansat i bedriften som lærling, kontorist, betjent, arbeider eller i lignende underordnet stilling*” som heilt eller delvis kan settast til side etter avtl. § 38, 2. ledd 1. pkt. Tanken bak føresegna er at det er dei meir overordna arbeidstakarane som sit inne med opplysningar som arbeidsgivar har interesse av å verne. Arbeidsgivar sitt behov for å inngå ein karensklausul med den tilsette vil dermed normalt sett ikkje vere så veldig stort. Når ein slik klausul vil ha lita nytte for arbeidsgivar, vil det vere unødvendig å legge band på den tilsette si moglegheit til å skaffe seg nytt arbeid.⁷²

I ordlyden er det opprekna fleire døme på kva typar av stillingar som skal reknast for å vere ”*underordnete*”. Ettersom lovteksta også viser til ”...*lignende underordnete stilling...*”, gir ordlyden klart uttrykk for at opprekninga ikkje er uttømmende. Spørsmålet blir då når ein skal rekne ein arbeidstakar for å vere ”*underordnet*”.

Ei naturleg forståing av ordlyden er at det berre er dei arbeidstakarane som har ei stilling på eit lågare nivå i verksemda som er omfatta av føresegna. Ei vanleg oppfatning er gjerne at slike stillingar ikkje medfører noko særleg ansvar eller sjølvstendige oppgåver. Rettspraksis viser likevel at også stillingar som har klare element av ansvar og sjølvstende kan bli rekna for å vere underorda. Til illustrasjon har vi Basol Chemicals-dommen.⁷³ Saka var her at ein tidlegare selgar i eit firma som dreiv med sal av kjemiske produkt hadde tatt arbeid hos ei konkurrerande verksemd trass i eit inngått forbod mot dette. Den tidlegare selgaren hadde hatt tittelen distriktssjef, noko som i seg sjølv skulle tilseie at han ikkje var ”*underordnet*” etter avtl. § 38, 2. ledd. I vurderinga si uttalte lagmannsretten likevel at ”...*arbeidets art og rammebetingelser og også de svært hyppige personskiftene i stillingen [tilsier] at Hansens stilling må karakteriseres som underordnet.*” Arbeidstakaren sin konkrete stillingstype vart

⁷² Ot.prp.nr 63 (1917), s. 94 og Dege 2003, s. 264

⁷³ RG 1991 s. 1186 (Hålogaland lagmannsrett)

dermed ikkje tillagt vekt i det heile i avgjerda av om han kunne reknast for å vere underordna.

Som dommen over viser må ein i vurderinga av om ein arbeidstakar er "*underordnet*" etter avtl. § 38, 2. ledd, 1. pkt, ta høgde for at føresegna vart vedtatt i 1918, og at mange typar stillingar har endra seg med åra. Mellom anna sit "*kontorister*" i dag på langt fleire opplysningar om bedrifta enn det lovgivar la til grunn i 1918⁷⁴, noko som tilseier at føresegna ikkje berre kan omfatte dei stillingstypene som i seg sjølv blir karakteriserte som "*underordnet*". Spørsmålet blir då kva ein skal vektlegge i vurderinga av om ein arbeidstakar er underordna eller ikkje.

I Mobilservicedommen⁷⁵ hadde ein servicekonsulent inngått karensklausul med arbeidsgivar, for så å starte konkurrerende verksemd i karenstida. På bakgrunn av ei totalvurdering la lagmannsretten til grunn at servicekonsulenten ikkje hadde hatt ei stilling som kunne vurderast etter avtl. § 38, 2. ledd 1. pkt. Den viste mellom anna til at han hadde deltatt i planlegging av den mobilservicetenesta som verksemda dreiv med, og hadde hatt store ansvarsområde innanfor verksemda. På denne måten hadde servicekonsulenten fått innblikk i økonomiske forhold og arbeid med kundekontakt og sal. Han hadde dermed eit så omfattande innsyn i verksemda at stillinga ikkje kunne reknast for å vere underordna.

Dommen viser at det avgjerande ikkje kan vere kva type stilling arbeidstakaren har, men om han som følgje av arbeidet sitt sit inne på opplysningar som ved bruk kan skade verksemda si konkurranseevne. Ei slik vurdering er også i samsvar med avtl. § 38, 2. ledd, 2. pkt.

⁷⁴ Andersen 2000, s. 147

⁷⁵ LG 1992 s. 950 (Gulating lagmannsrett)

4.3.4.2 Avtl. § 38, 2. ledd, 2. pkt

Avtl. § 38, 2. ledd 2. pkt framstår som eit unntak frå hovudregelen om at ein karensklausul inngått med ein underordna er ugyldig. Ordlyden i 2. pkt. er som følgjer:

”Er ansættelsen av den art, at den gir ansatte indblik i indehaverens kundekrets eller forretningshemmeligheter, og han derhos kunde benytte dette indblik til i betydelig grad at skade indehaveren, skal forpliktelsen dog være bindende for den underordnede, forsaavidt ikke dette i urimelig grad vil vanskeliggjøre hans adgang til erhverv eller strækker sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse.”

Som nemnt over viser ordlyden til ei vurdering av dei opplysningane som arbeidstakar har fått gjennom arbeidet sitt. Spørsmålet blir om desse er av ein slik art at det kan skade verksemda om andre kan ta dei i bruk.

I denne samanheng kan nemnast RG 1996 s. 1241 (Oslo byrett), der ein karensklausul vart oppretthaldt ettersom vilkåra for ugyldigheit i avtl § 38, 2. ledd, 1. pkt. ikkje låg føre. Den tidlegare tilsette hadde i utgangspunktet ei leiarstilling, men denne gjekk etter kvart over til å vere usjølvstendig, og den ga ikkje lenger arbeidstakaren informasjon av konkurransemessig betydning. Dette skulle i utgangspunktet tilseie at arbeidstakaren kunne reknast for å vere *”underordnet”* etter avtl. § 38, 2. ledd, 1. pkt, og at karensklausulen som den tilsette hadde inngått dermed var ugyldig. Arbeidstakaren hadde imidlertid fått slik konkurranseutsett informasjon i sitt tidlegare arbeid i verksemda. Unntaket i avtl. § 38, 2. ledd 2. pkt. kom då til bruk, og karensklausulen vart rekna for å vere gyldig.

4.3.4.3 Situasjonen der stillinga endrar karakter under arbeidsforholdet

I dommen over hadde arbeidstakar ei stilling som endra seg under arbeidsforholdet. Slike situasjonar reiser nok eit problemstilling i forhold til spørsmålet om arbeidstakar skal reknast for å vere *”underordnet”*, nemleg spørsmålet om ein i vurderinga skal legge til grunn stillinga slik den var då arbeidstakar inngjekk arbeidsavtalen, eller om ein skal gå ut i

frå stillinga slik ho var ved opphøyr av arbeidsavtalen. Nedanfor følgjer ein gjennomgang av spørsmålet.

Vurderinga av når ein arbeidstakar skal reknast for å vere ”*underordnet*” må gjerast konkret, ettersom dette kan variere mellom ulike verksemder og situasjonar. Eit spørsmål i denne samanheng er altså om avtl. § 38, 2. ledd gjer seg gjeldande dersom ein arbeidstakar som var tilsett i ei underordna stilling då karensklausulen vart inngått, har gått over i ei leiande stilling ved opphøyr av arbeidsforholdet. Likeins dersom situasjonen er at ein underordna arbeidstakar har skifta arbeidsområde, slik at den plikta han tok på seg vedrørande konkurranseforbod då han vart tilsett ikkje lenger er relevant når arbeidsforholdet opphøyrer.

Ein karensklausul kan i slike tilfelle ikkje automatisk falle vekk.⁷⁶ Sjølv om arbeidstakaren ikkje lenger har den same stillinga som før, kan arbeidsgivar sitt behov for vern mot konkurrerande verksemd frå arbeidstakar framleis gjere seg gjeldande. Det naturlege må dermed vere å ta utgangspunkt i innhaldet i stillinga slik den var då arbeidsforholdet opphøyrte. At det ved stillingsendring skal gjerast ei slik vurdering, vart mellom anna slått fast i LB 2000 s. 1537. Lagmannsretten fann her at stillinga slik den hadde utvikla seg ikkje lenger kunne karakteriserast som underordna etter avtl § 38, 2. ledd, 1. pkt. Som ein følgje av stillingsendringa si, hadde arbeidstakaren fått tilgang på konkurranseutsette opplysningar om verksemda, og karensklausulen var då gyldig etter avtl. § 38, 2. ledd, 2. pkt, såframt den ikkje urimeleg innskrenka arbeidstakaren sin tilgang til erverv eller gjekk lenger enn det som var påkravd.

4.3.4.4 Forholdet til avtl. § 38, 1. ledd

Som ordlyden i avtl. § 38, 2. ledd viser, vil spørsmålet om ein karensklausul er bindande eller ikkje også etter denne føresegna vere avhengig av at klausulen ikkje strekk seg lenger

⁷⁶ Borch og Fougner 2000, s. 91

enn påkravd eller urimelig innskrenkar arbeidstakar sin tilgang til erverv, jf avtl. § 38, 1. ledd. Eg viser i denne samanheng til drøftinga i pkt. 4.2.3 og pkt. 4.2.4.

4.3.4.5 Grensa mellom avtl. § 38, 1. ledd og avtl. § 38, 2. ledd, 2. pkt

Som ein følgje av unntaksregelen i avtl. § 38, 2. ledd, 2. pkt, kan det vere vanskeleg å trekke grensa mellom stillingar som skal vurderast etter avtl § 38, 1. ledd og stillingar som skal vurderast etter avtl § 38, 2. ledd. Ei slik grense har imidlertid avgrensa betydning. For det fyrste vil ein karensklausul falle utanfor ordlyden i begge føresegnene dersom behovet for vern mot konkurrerande verksemd frå arbeidstakar er til stades. Dette fordi arbeidsgivar sitt behov for vern vanlegvis vil kome av at arbeidstakar sit inne med opplysningar som kan skade verksemda. Avtl. § 38, 2. ledd, 2. pkt. vil då i utgangspunktet kome til bruk.

Føresegna inneheld imidlertid, som vist til over, dei same vilkåra som avtl. § 38, 1. ledd. Uansett om klausulen skal regulerast etter avtl. § 38, 1. ledd eller avtl. § 38, 2. ledd, vil det dermed måtte vurderast om klausulen ”*urimelig innskrenker [arbeidstakar] sin adgang til erhverv*, eller om den ”*strække[r] sig længer end paakrævet*”. Har arbeidsgivar eit klart behov for vern mot konkurranse frå tidlegare arbeidstakar, vil ingen av dei to vilkåra vere oppfylt.

Ein annan grunn til at det i praksis ikkje vil vere nødvendig å trekke ei grense mellom stillingar som skal vurderast etter avtl. § 38, 1. ledd og stillingar som skal vurderast etter avtl. § 38, 2. ledd, er at avtl. § 38, 1. ledd vil fange opp dei klausulane som bør reknast for å vere ugyldige, men som ikkje kjem inn under ordlyden i avtl. § 38, 2. ledd.⁷⁷ Dette er også klart komt til uttrykk i Basol Chemicals – dommen.⁷⁸ Lagmannsretten kom til at karensklausulen både strekte seg lenger enn påkrevd etter avtl § 38, 1. ledd, og at den tidlegare tilsette si stilling måtte karakteriserast som underordna i samsvar med avtl § 38, 2. ledd, 1. pkt. Fyrstevoterande i lagmannsretten uttalte så følgjande på s. 1190:

”Subsumsjonen er imidlertid ikke avgjørende. Som fremholdt av Bugge i Avtaleloven

⁷⁷ Ot.prp. nr. 63 (1917), s. 94

⁷⁸ RG 1991 s. 1186 (Hålogaland lagmannsrett)

(1920) side 134, er det slik at viss et tilfelle ikke faller inn under § 38 annet ledd, så vil det gå inn under § 38 første ledd, og hvis tilfellet ligger på grensen, så vil det regelmessig ikke være påkrevd å verne seg mot konkurranse fra vedkommende person. Et forbud ville følgelig måtte kjennes ugyldig i henhold til § 38 første ledd, slik lagmannsretten har konkludert i foregående avsnitt.”

4.4 Avt § 38, 3. ledd

4.4.1 Kva slags klausular er omfatta?

Avtl. § 38, 3. ledd har følgjande ordlyd:

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

Føresegna gir uttrykk for når eit elles gyldig konkurranseforbod ikkje kan gjerast gjeldande.⁷⁹ Det kjem av lovteksta at berre dei som er *”...ansat i anden stilling...”* er omfatta av føresegna. Ei naturleg forståing er at den berre gjer seg gjeldande i arbeidsforhold, slik som avtl. § 38, 2. ledd. Avtalar som er inngått etter at arbeidsforholdet er opphøyr, til dømes i forliksavtalar, blir dermed heller ikkje vurdert etter denne føresegna.

4.4.2 To ulike situasjonar

Avtl. § 38, 3. ledd skal verne arbeidstakar i dei tilfella der arbeidstakar og arbeidsgivar har avtalt ein karensklausul, og arbeidsgivar prøvar å tvinge fram ei avslutning på arbeidsforholdet.⁸⁰ Føresegna nemner to situasjonar som er aktuelle i denne samanheng. I fyrste alternativ viser den til der arbeidstakar bli oppsagt utan *”rimelig grund”*, og i andre alternativ til der arbeidstakar sjølv fråtrer stillinga si fordi misleghald frå arbeidsgivar si side har gitt han *”rimelig grund”* til det. I det følgjande vil eg sjå nærare på dei to alternativa.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 93

⁸⁰ Borch og Fougner, s. 91

4.4.3 Situasjonen der arbeidstakar bli oppsagt

4.4.3.1 Forhold på arbeidsgivar si side

Når ein arbeidstakar som har inngått ein karensklausul blir oppsagt, er utgangspunktet at arbeidstakaren er bunden av forbodet i karensklausulen. Avtl. § 38, 3. ledd fyrste alternativ stiller likevel opp eit unntak, der arbeidsgivar har sagt opp arbeidstakar utan at ”han” har gitt rimeleg grunn til det. Spørsmålet bli då om ein i rimelegheitsvurderinga berre skal ta omsyn til forhold på arbeidstakaren si side, eller om ein skal gjere ei heilskapsvurdering der også forhold på arbeidsgivar si side blir tatt omsyn til.

Ei naturleg forståing av ordlyden er at ”han” viser tilbake på arbeidstakaren, og at det då berre er forhold på arbeidstakar si side som skal inngå i rimelegheitsvurderinga. Dette medfører at arbeidsgivar berre har rimeleg grunn til å seie opp arbeidstakar dersom det ligg føre noko som ein kan klandre arbeidstakaren for, eller som arbeidstakaren er den næraste til å ta konsekvensane av.⁸¹ Ordlyden taler dermed for at forhold på verksemda si side ikkje skal inngå i rimelegheitsvurderinga.

Til støtte for ei slik forståing er følgjande uttaling i forarbeida: ”...*en principal bør ha et vist ansvar for den person som han har bundet ved et konkurranseforbud. Han bør ikke ha adgang til uten videre at sige ham op og derved stille ham paa bar bakke. Gaar forretningen tilbage, eller vil principalen av andre grunde innskrenke sig, faar han gi de betjenter som kommer til at lide derved, adgang til at søke andet erhverv*”.⁸² At arbeidsgivar ikkje ”uten videre” kan seie opp arbeidstakar, tyder på at det må ligge ein sakleg grunn bak oppseiinga. Vidare gir uttalinga klart uttrykk for at ein karensklausul ikkje kan gjerast gjeldande ved innskrenkingar av verksemda. Arbeidsgivar må då gi arbeidstakar ”...*adgang til at søke andet erhverv*...”. Dermed trekk også forarbeida i retning av at forhold på verksemda si side ikkje skal inngå i rimelegheitsvurderinga.

⁸¹ Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 95

⁸² Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 95

Tidlegare lagmannsrettspraksis⁸³ har i lang tid hatt den motsette oppfatning, og gjeldande rett har dermed lenge vore at rimelegheitsvurderinga skulle innehalde ei heilskapsvurdering, der også forhold på arbeidsgivar si side skulle inngå. I ein ny dom utgitt i Rt 2006 s. 1025, kom Høgsterett imidlertid til motsett resultat enn dei tidlegare lagmannsrettsavgjerdene. I domsgrunnane uttalte retten følgjande: *”Når både ordlyd og forarbeider peker klart i en bestemt retning, er det da lite rom for reelle hensyn. § 38 ble vurdert i forbindelse med innføringen av lempingsregelen i avtaleloven § 36 i 1983, uten at lovgiver fant grunn til å foreta noen realitetsendring, se NOU 1979:32 side 57, jf. Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 38. Vurderingen av om tiden er inne for å endre § 38 og hva en eventuell endring skal gå ut på, anser jeg som en utpreget lovgiveroppgave”*. Ettersom ordlyden og forarbeida framleis gav uttrykk for gjeldande rett, kunne ikkje retten tillegge reelle omsyn så stor vekt at dei sette lovtekst og forarbeid til side, slik dei to lagmannsrettane hadde gjort. Høgsterett kom dermed til forholda på arbeidsgivar si side ikkje er relevante i rimelegheitsvurderinga.

Dommen må kunne seiast å fastslå rettstilstanden slik den er i dag. Det er dermed berre forhold på arbeidstakar si side som skal inngå i ei rimelegheitsvurdering etter avtl. § 38, 3. ledd, fyrste alternativ.

4.4.3.2 Rimelegheitsvurderinga

Det neste spørsmålet som er naturleg å reise er då når arbeidstakar har gitt arbeidsgivar *”rimelig grund”* til å seie han opp.

Utgangspunktet er at vilkåret skal vurderast i samanheng med arbeidsmiljølova (aml) § 15-7, nr. 1.^{84 85} Etter denne føresegna kan ein arbeidstakar ikkje oppseiast utan at oppseiinga er

⁸³ RG 1994 s. 587 (Agder lagmannsrett) og RG 1996 s. 383 (Hålogaland lagmannsrett)

⁸⁴ Andersen 2002, s. 148

⁸⁵ Lov av 17. Juni 2005 nr 62

”...saklig begrunnet...”. Dette medfører at ein arbeidstakar som bli sagt opp utan han har gitt arbeidsgivar sakleg grunn til det, i utgangspunktet ikkje er bunden av ein karensklausul.

Ordlyden tilseier at det må gjerast ei skjønnsmessig vurdering av dei forholda på arbeidstakar si side som var av betydning for oppseiinga. Vidare går det fram av rettspraksis at det skal gjerast ei individuell vurdering, i forhold til den enkelte arbeidstakar.⁸⁶

Arbeidsmiljølova vart imidlertid vedtatt på eit mykje seinare tidspunkt enn avtalelova. Vilkåret om at arbeidstakar er ubunden av ein karensklausul dersom arbeidsgivar ikkje hadde ”rimelig grund”, har dermed inga direkte tilknytning til aml § 15-7, nr. 1. Det kan dermed tenkast at rimelegheitsvurderinga ikkje nødvendigvis skal vere identisk med vurderinga etter aml § 15-7, nr 1, noko som også har støtte hos Andersen.⁸⁷

Det går fram av rettspraksis at rimelegheitsvurderinga må gjerast på bakgrunn av ei konkret vurdering.⁸⁸ Det avgjerande vil dermed vere om dei aktuelle forholda på arbeidstakar si side er av ein slik art at det rettsleg sett er rimeleg og naturleg at dei fører til opphøyr av arbeidsforholdet.

4.4.3.3 Oppseiing initiert av arbeidsgivar

Eit spørsmål som reiser seg vidare er om avtl. § 38, 3. ledd fyrste alternativ også gjer seg gjeldande dersom arbeidstakar sjølv seier opp, men oppseiinga er initiert av arbeidsgivar. Dersom ein i slike situasjonar skal legge til grunn at det ligg føre ei oppseiing frå arbeidsgivar si side, og at oppseiinga dermed er omfatta av avtl. § 38, 3. ledd fyrste alternativ, medfører dette at arbeidsgivar har sagt opp arbeidstakar utan ”rimelig grund”, jf

⁸⁶ Rt. 1989 s. 508

⁸⁷ Andersen 2002, s. 148

⁸⁸ RG 1994 s. 587 (Agder lagmannsrett) og RG 1996 s. 383 (Hålogaland lagmannsrett)

drøftinga over om at forhold på arbeidsgivar si side ikkje er av betydning i rimelegheitsvurderinga.

Utgangspunktet er at ein arbeidstakar er bunden av ein karensklausul dersom han sjølv seier opp, med mindre arbeidsgivar har gitt han "*rimelig grund*" til det, jf avtl. § 38, 3. ledd andre alternativ.⁸⁹ Har han frivillig inngått ein karensklausul og sjølv valt å avslutte arbeidsforholdet, må han ta konsekvensane av det. Avtl. § 38, 3. ledd fyrste alternativ bør derfor ikkje kunne nyttast der arbeidstakar sjølv har sagt opp.

Annleis stiller likevel saka seg der arbeidstakar sjølv seier opp, men der dette kjem som ein følgje av forhold på arbeidsgivar si side. Dersom omleggingar i verksemda medfører store endringar i stillinga til arbeidstakar, vel arbeidstakar i nokre tilfelle å seie opp arbeidet sitt. Etersom det er forhold ved verksemda som er bakgrunnen for at arbeidstakar seier opp, kan det hevdast at oppseiinga ikkje er like frivillig, noko som taler for at avtl. § 38, 3. ledd fyrste alternativ også skal kunne gjerast gjeldande i slike situasjonar.

I Rt. 2006 s. 1025 sa to tilsette i ei verksemd opp sine stillingar. Bakgrunnen var omstrukturering av verksemda, noko som medførte at mellom anna arbeidsstaden deira vart flytta til eit anna land. Høgsterett viste her til lagmannsretten si avgjerd, der lagmannsretten kom til at situasjonen måtte likestillast med at arbeidstakarane hadde blitt oppsagde av arbeidsgivar. For det fyrste var endringa i stillingane deira av ein slik art at arbeidstakarane ikkje hadde plikt til å godta dei innanfor arbeidsavtalane sine. Vidare såg retten det som sannsynleg at arbeidstakarane ville ha blitt sagt opp av arbeidsgivar dersom dei ikkje sjølv sa opp stillingane sine. Etter retten sitt syn måtte ein på denne bakgrunn legge til grunn at det låg føre ei oppseiing frå arbeidsgivar si side, og avtl. § 38, 3. ledd fyrste alternativ måtte derfor kome til bruk.

⁸⁹ For drøfting av avtl. § 38 3. ledd andre alternativ, sjå pkt 4.4.4.

Dommen slår fast at ei oppseiing frå arbeidstakar som er initiert av arbeidsgivar, er omfatta av avtl. § 38, 3. ledd, fyrste alternativ. Dersom arbeidstakar si oppseiing kjem som ein følge av tiltak som arbeidsgivar har sett i verk i samband med til dømes nedskjeringar i verksemda, vil arbeidstakar dermed ikkje vere bunden av ein eventuell karensklausul han har inngått med arbeidsgivar. Arbeidsgivar vil såleis ikkje kunne gjere endringar slik at arbeidstakar seier opp på eiga hand for å unngå at ein karensklausul blir kjent ugyldig.

4.4.3.4 Endringsoppseiingar

I nokre tilfelle der ein arbeidstakar blir oppsagt med grunnlag i verksemda sine forhold, får han samtidig tilbod om ei ny stilling i verksemda. Arbeidstakar kan dermed behalde arbeidsplassen sin dersom han aksepterer tilbodet. Ei slik form for oppseiing blir kalla endringsoppseiing. Eit spørsmålet i denne samanheng er om ei endringsoppseiing skal likestillast med ei ordinær oppseiing. Dette vil i tilfelle medføre at ein eventuell karensklausul vil vere ugyldig, ettersom forhold på verksemda si side ikkje gir arbeidsgivar "rimelig grund" til å seie opp arbeidstakar, jf avtl. § 38, 3. ledd, fyrste alternativ og drøfting i pkt. 4.4.3.1.

Som nemnt tidlegare må ei rimelegheitsvurdering etter avtl. § 38, 3. ledd fyrste alternativ sjåast i samanheng med aml. § 15-7 nr. 1. Aml § 15-7 nr. 2 framstår som ei presisering av nr 1. Av denne føresegna går det fram at ei oppseiing grunngitt i verksemda sine forhold ikkje er sakleg dersom arbeidsgivar har "...et annet passende arbeid..." å tilby arbeidstakar. På denne bakgrunn tilbyr som regel arbeidsgivarar i ein nedskjeringssituasjon arbeidstakar ei anna stilling i verksemda, føresett at dette er mogleg. Då arbeidsgivar dermed ønskjer at arbeidstakar skal halde fram i verksemda, kan det seiast å vere urimeleg overfor arbeidsgivar at ein karensklausul ikkje lenger skal vere bindande. Dette talar mot at endringsoppseiingar skal vere omfatta av avtl. § 38, 3. ledd fyrste alternativ.

Arbeidstakarane som var part i Rt. 2006 s. 1025 fekk, i samsvar med aml. § 15-7 nr. 2, tilbod om anna arbeid i verksemda dei var tilsett i då arbeidsgivar bestemte seg for å gjennomførte omstruktureringar. I denne samanheng uttalte lagmannsretten i den tidlegare

instansen at dei nye stillingane "...innebar endringer av en slik art at de ikke var forpliktet til å godta dem innenfor sine arbeidsavtaler". For Høgsterett hevda arbeidsgivar at ein konkurranseklausul ikkje kunne setjast til side på grunnlag av at dei hadde tenkt å gjennomføre ei endringsoppseiing, då slike oppseiingar ikkje var omfatta av avtl. § 38, 3. ledd fyrste alternativ. Til dette viste Høgsterett til lagmannsretten sin konklusjon, som sa at dei to tilsette ikkje hadde plikt til å godta tilbodet frå arbeidsgivar. Høgsterett såg dermed ingen grunn til å vurdere arbeidsgivar sitt utsegn. At Høgsterett ikkje såg nokon grunn til å vurdere arbeidsgivar sitt utsegn, kan forståast slik at retten såg på arbeidstakar si moglegheit til avvise tilbodet om ny stilling som om arbeidsgivar hadde gitt han ei ordinær oppseiing. Dommen gir dermed uttrykk for at ei endringsoppseiing skal likestillast med ei ordinær oppseiing.

Høgsterett har med dette avgjort at endringsoppseiingar er omfatta av avtl. § 38, 3. ledd fyrste alternativ. Dommen medfører at arbeidsgivarar som har behov for å foreta omleggingar i verksemda, og i denne samanheng vil gi arbeidstakarane sine ei endringsoppseiing, ikkje lenger vil ha det vernet som ein karensklausul gir mot konkurranse frå arbeidstakar. Avgjerda kan dermed få den konsekvens at mange arbeidsgivarar vegrar seg for å gjere slike omleggingar i verksemda, trass i at dei kan vere nødvendige for at den skal vere konkurransedyktig. Dette for å hindre at ein arbeidstakar står fritt til å arbeide for eller starte opp konkurrerande verksemd ved opphøyr av arbeidsavtalen.

4.4.4 Situasjonen der arbeidstakar sjølv seier opp

4.4.4.1 Vilkåret "rimelig grund"

Utgangspunktet er som tidlegare nemnt at ein karensklausul er gyldig dersom arbeidstakar sjølv seier opp arbeidsavtalen. Avtl. § 38, 3. ledd, andre alternativ medfører eit unntak av denne hovudregelen, då ein konkurranseklausul blir rekna for å vere ugyldig dersom arbeidsgivar har gitt arbeidstakar "*rimelig grund*" til sjølv å seie opp. Føresegna tek sikte på situasjonar der det ligg føre misleghald frå arbeidsgivar si side. Slike situasjonar kan i

seg sjølv vere belastande for arbeidstakar, og han bør dermed ikkje måtte slite med å få arbeid der han sjølv ønskjer i tillegg. Det vil heller ikkje vere rimeleg at ein arbeidstakar på grunn av ein konkurranseklausul skal føle seg tvungen til å bli verande i eit arbeidsforhold der arbeidsgivar ikkje held pliktene sine.⁹⁰ Spørsmålet blir då når arbeidsgivar har gitt arbeidstakar ”rimelig grund” til å seie opp stillinga si.

Det typiske dømet på når ein arbeidsgivar mislegheld pliktene sine har vi når han ikkje utbetalar lønn til arbeidstakar. Eit anna døme har vi i RG 1980 s. 1070 (Hadeland og Land namsrett). Forholdet var her at arbeidsgivar forsvann frå arbeidsstaden i lengre tid, og etterlot alt arbeidet til arbeidstakaren. Retten uttalte at det var ”...udiskutabelt at utgangspunktet er at en arbeidsgiver ikke uten videre kan forsvinne på uviss tid fra arbeidsplassen og så etterlate en ansatt å utføre en ekstra jobb i tillegg til sin egen.” Arbeidsgivar hadde dermed ikkje overhalde pliktene sine, og arbeidstakar hadde rimeleg grunn til å seie opp stillinga si.

4.4.4.2 Dei ulike pliktene etter arbeidsmiljølova

Det går fram av arbeidsmiljølova at arbeidsgivar har ansvaret for å overhalde føresegnene i lova, jf aml § 2-1. Føresegnene medfører plikter for arbeidsgivar som skal ivareta fleire ulike omsyn, til dømes arbeidstakar sine fysiske og psykiske forhold på arbeidsstaden, likestilling, trygge tilsetjingsforhold og liknande. Eit spørsmål i denne samanheng er om kva type plikt som er misleghalden vil vere av betydning i vurderinga av om arbeidstakar har ”rimelig grund” til å seie opp stillinga si, eller om alle brot på desse lovpålagde pliktene, uavhengig av type, vil medføre at arbeidstakar rettmessig kan fråtre stillinga si, og dermed vere fri frå ein eventuell karensklausul, jf avtl. § 38, 3. ledd andre alternativ. Spørsmålet må avgjerast med utgangspunkt i arbeidsgivar sine plikter etter arbeidsmiljølova.

⁹⁰ Borch og Fougner 2000, s. 92

Av aml. § 10-5 nr 1 går det fram at arbeidstakar og arbeidsgivar skriftleg og innanfor visse rammer kan avtale ei anna arbeidstid enn den alminnelege. Blir ein slik avtale berre gjort munnleg, kan ein i utgangspunktet seie at arbeidstakar då har brote ei plikt etter arbeidsmiljølova. Brotet kan imidlertid ikkje seie å vere så veldig alvorleg. Så lenge avtalen blir halden, vil brotet ikkje få store konsekvensar for arbeidstakar. Vidare vil det ikkje vere noko problem å rette opp i feilen, ved å i etterkant inngå ein skriftleg avtale. Det kan dermed synast noko urimeleg om mangel på ein skriftleg avtale skal kunne medføre at arbeidstakar har "*rimelig grund*" til å seie opp stillinga si etter avtl. § 38, 3. ledd andre alternativ.

På motsett side vil eit brot etter aml. § 4-3 nr. 4 kunne seiast å vere av grov karakter. Føresegna gir arbeidsgivar ei plikt til å verne arbeidstakar mot vald, truslar og liknande frå andre på arbeidsstaden. Dersom arbeidstakar sin tryggleik og trivsel i arbeidet ikkje er ivaretatt slik lova krev at den skal vere, tilseier alvoret av lovbrotet at arbeidstakar bør ha "*rimelig grund*" til å seie opp arbeidet sitt etter avtl. § 38, 3. ledd andre alternativ.

Døma ovanfor viser at brot på pliktene som arbeidsgivar er bunden av etter arbeidsmiljølova medfører ulik grad av alvor, alt etter kva type plikt det er snakk om. Kor alvorleg ein skal rekne eit lovbrot for å vere, kan også variere i forhold til den enkelte arbeidstakar. Til illustrasjon kan vi nytte aml § 4-3 nr. 3, som skal hindre arbeidstakar i å bli utsett for trakassering. Når ein arbeidstakar kjenner seg trakassert, vil gjerne variere frå arbeidstakar til arbeidstakar, alt etter kva type person ein er. Det kan då vere vanskeleg å fastslå når grensa for trakassering er passert, og dermed kor mykje som skal til for at det ligg føre eit misleghald frå arbeidsgivar si side.

Dette kan tyde på at eit kva som helst slags brot ikkje automatisk bør føre til at arbeidstakar kan seie opp stillinga si med den følgje at ein karensklausul ikkje lenger vil vere bindande. Å fastsette eit klart skilje mellom kva slags brot som vil medføre at arbeidstakar har "*rimelig grund*" til å seie opp og ikkje, vil imidlertid ikkje vere mogleg. På bakgrunn av det ovanfor nemnte, må ein dermed kunne seie at ei konkret vurdering ut i

frå det aktuelle lovbrøtet, der ein også tek omsyn til den arbeidstakar som lovbrøtet gjeld, vil vere den rimelige måten å avgjere konsekvensane av arbeidsgivar sitt lovbrøt på.

4.4.4.3 Tidspunktet for misleghald

Eit interessant spørsmål er om arbeidsgivar sitt misleghald faktisk må ha skjedd for at arbeidstakar skal ha hatt rimeleg grunn til å seie opp. I RG 1980 s. 84 (Frostating lagmannsrett) hevda ein tidlegare avdelingssjef i eit taktekkingsfirma at arbeidstakar hadde gitt han rimeleg grunn til å seie opp arbeidsforholdet, og at karensklausulen han hadde inngått med arbeidsgivar derfor måtte reknast for å vere ugyldig. Den tidlegare avdelingssjefen meinte at ein anna tilsett i verksemda hadde fått så dårleg behandling at hans eigen arbeidssituasjon kom til å bli uholdbar. På denne bakgrunn såg han det som sannsynleg at arbeidsgivar ikkje ville overhalde pliktene sine, og dermed hadde gitt han rimeleg grunn til å seie opp. Den tidlegare avdelingssjefen fekk ikkje medhald, då påstandane han kom med ikkje var bevist. Dommen gir uttrykk for at arbeidstakar si oppfatning av kva som kan kome til å skje vanlegvis ikkje er tilstrekkeleg til at han har ”*rimelig grund*” til å seie opp. Skal ein karensklausul kjennast ugyldig etter avtl. § 38, 3. ledd andre alternativ, må arbeidsgivar faktisk ha misleghaldt pliktene sine.

5 Konklusjon

Som framstillinga viser er det mange vilkår og moment som spelar inn i gyldigheitsvurderinga av ein karensklausul. Å gi ein konklusjon som klart kan seie når ein karensklausul må reknast for å vere bindande og ikkje, vil dermed ikkje vere mogleg. Framstillinga viser heller at utfallet av domstolen si vurdering til ei viss grad kan synast noko tilfeldig og vanskeleg å føresjå. Resultatet kjem ofte an på korleis forholda i den konkrete situasjonen er, og kva grunnlag partane gjer gjeldande. Det kan derfor vere vanskeleg for partane å føresjå når ein klausul vil bli rekna for å vere bindande og ikkje.

For dei som ønskjer å i størst mogleg grad å kunne føresjå om karensklausulen vil vere bindande eller ikkje, kan ein likevel finne nokre haldepunkt i framstillinga. I hovudsak er dette at partane bør søke å gjere klausulen så klar som mogleg, slik at det ikkje oppstår uklarheiter i forhold til kva partane har meint. Klausulen bør dermed tilpassast den konkrete situasjonen mellom arbeidstakar og arbeidsgivar, og ein bør sørge for at begge partar sine interesser blir tatt vare på. Klarer partane å utforme ein klar og tydelig klausul, vil arbeidstakar ofte kunne ha større moglegheit til å føresjå konsekvensane av at han eller ho inngår ein karensklausul. Av framstillinga kan det sjå ut som at det då også blir rekna for rimeleg at arbeidstakar må halde seg til klausulen, ettersom han var klar over kva han gjekk inn på. Det kan såleis synast som at domstolen i større grad reknar slike klausular for å vere bindande, enn dei som er vage og ufullstendige, og dermed vanskelege for arbeidstakar å forstå rekkevidda av.

6 Litteraturliste

Lover

- Lov av 31. mai 1918, om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer
- Lov av 22. mai 1902 nr. 10, Alminderlig borgerlig Straffelov
- Lov av 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår
- Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker
- Lov av 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Forarbeid

- Ot.prp. nr. 63 (1917), Om utfærdigelse av lov om avtaleslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer
- NOU 1979:32 Formuerettslig lempingsregel
- Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Formuerettslig lempingsregel
- NOU 2004:5 Arbeidsmiljøloven
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Arbeidsmiljøloven

Rettspraksis

Avgjerder frå Høgsterett:

- Rt. 2006 s. 1025
- Rt. 2001 s. 301
- Rt. 1998 s. 1315
- Rt. 1996 s. 1401
- Rt. 1995 s. 1908
- Rt. 1993 s. 300
- Rt. 1990 s. 607
- Rt. 1989 s. 508

Avgjerder frå lagmannsretten:

- LA 2004 s. 1961
- LH 2002 s. 1071

- LB 2000 s. 3622
- LB 2000 s. 1537
- RG 2000 s. 1092 (Borgarting lagmannsrett)
- LB 2000 s. 824
- LF 1997 s. 59
- RG 1996 s. 383 (Hålogaland lagmannsrett)
- LB 1995 s. 2535
- RG 1994 s. 587 (Agder lagmannsrett)
- LG 1992 s. 950
- LE 1992 s. 318
- RG 1991 s. 1186 (Hålogaland lagmannsrett)
- RG 1980 s. 84 (Frostating lagmannsrett)

Avgjerder frå lågare instansar:

- RG 1996 s. 1241
- RG 1989 s. 548
- RG 1980 s. 1070
- Vinger og Odal Namsrett, 3. desember 2001
- NAD 1988 s. 1227
- NAD 1988 s. 1159
- NAD 1988 s. 365
- NAD 1987 s. 282

Voldgiftsavgjerd:

- RG 1983 s. 432

Juridisk litteratur

- Andersen, Kari Bergeius *Karensklausuler*. I: Tidsskrift for forretningsjus, 2002, s. 139
- Borch, Alex og Jan Fougner. *Konkurransen med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*. I: Lov og Rett, 2002, s. 67
- Dege, Jan Tormod. *Arbeidsrett – rettigheter og plikter i arbeidsforhold*. Oslo, 2003
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001
- Fougner, Jan. *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*. Oslo, 1999
- Hov, Jo. *Rettergang II straffeprosess*. Oslo, 1999

- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. Oslo, 2006
- Jakhelln, Henning. *Arbeidsretten*. I: Knophs oversikt over Norges rett. 11 utg. Oslo, 1998
- Langer, Morten og Morten Lau Smith. *Konkurrence- og kundeklausuler*. 1. utg. København 1997
- Paulsen, Jens og Niels Sørensen, *Konkurrence- og kundeklausuler & andre erhvervsbegrænsende aftaler*. 1. utg. København, 2000
- Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 5. utg. Oslo, 2003

Standardavtaler

- Vedlegg til normalavtalen for medlemmar av TEKNA, utarbeidd av TEKNA og NHO, 2004

