



UIT

NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

# Konkurransesklausuler for aksjonærer som også arbeider i selskapet

*Grensen for anvendelse av arbeidsmiljøloven kapittel 14A*

—

**Jostein T. Jenssen**

*Stor masteroppgave i rettsvitenskap mai 2018*



# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	2
1.1	Introduksjon.....	2
1.2	Problemstilling og opplegg.....	3
1.3	Sentrale begreper .....	7
1.4	Avgrensninger .....	9
1.5	Metode.....	10
2	Grunnleggende formål og hensyn .....	12
2.1	Avtalerett .....	12
2.2	Avtaleloven § 38.....	14
2.3	Arbeidsrett .....	17
2.4	Arbeidsmiljøloven kapittel 14A .....	19
2.5	Sammenfatning.....	25
3	Er den forpliktete « <i>arbeidstaker</i> »?.....	27
3.1	Oversikt .....	27
3.2	Arbeidstakerbegrepet i normalsituasjoner .....	27
3.3	Arbeidstakerbegrepet i aksjonærtifeller .....	34
3.4	Helhetsvurderingen.....	44
3.5	Sammenfatning.....	61
4	Er konkurranseklausulen en avtale mellom den forpliktete og « <i>arbeidsgiver</i> »? .....	62
4.1	Oversikt .....	62
4.2	Utgangspunkter for ansvars plasseringen .....	62
4.3	Delt arbeidsgiveransvar .....	70
4.4	Er det grunnlag for ansvar for aksjonærene?.....	81
4.5	Sammenfatning.....	96
5	Avsluttende bemerkninger .....	98
	Kildeliste .....	100

# 1 Innledning

## 1.1 Introduksjon

Tema for avhandlingen er lovreguleringen av konkurranseklausuler som er avtalt mellom aksjonærer, hvor den forpliktete aksjonæren også arbeider i selskapet.

Konkurranseklausuler er avtaler som forplikter én eller flere parter til å avstå fra å drive eller delta i konkurrerende næringsvirksomhet. Slike klausuler benyttes på en rekke områder i næringslivet, blant annet i arbeidsforhold, i aksjonæravtaler og ved salg av selskaper.<sup>1</sup> Formålet med konkurranseklausuler er å etablere og/eller forlenge en lojalitetsplikt mellom avtalepartene.

Mange transaksjonsavtaler i næringslivet er betinget av konkurranseklausuler for å beskytte investeringen.<sup>2</sup> Dette er særlig aktuelt for kunnskapsbedrifter som driver innovasjon og utvikling. I slike situasjoner er det av stor betydning for partene å vite hvordan konkurranseklausulen må utformes for å være gyldig. Det er heller ikke upraktisk at det avtales særskilte sanksjoner for brudd på konkurranseklausuler, gjerne i form av konvensjonalbøter. Konkurranseklausulens gyldighet er avgjørende for om de avtalte sanksjonene kan håndheves.

Tidligere var alle konkurranseklausuler regulert av avtaleloven<sup>3</sup> § 38. I 2016 ble reguleringen av konkurranseklausuler i arbeidsforhold overtatt av egne regler i arbeidsmiljøloven<sup>4</sup> kapittel 14A. Avtalelovens regel er basert på en konkret vurdering av nødvendighet og rimelighet, hvor konkurranseklausulen bare settes til side i den utstrekning den bryter med vilkårene.

Arbeidsmiljølovens regler oppstiller derimot absolutte gyldighetsvilkår knyttet til konkurranseklausulens form og innhold. Vilårene kan ikke fravikes til arbeidstakers ugunst,

---

<sup>1</sup> Borch (2016) side 129.

<sup>2</sup> Se til illustrasjon RG 2004 s. 425 og LH-2013-211575.

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

<sup>4</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven, forkortet aml.).

jf. aml. § 1-9, og manglende oppfyllelse av vilkårene kan ikke repareres i ettertid.<sup>5</sup> Virkningen av brudd vil normalt være at konkurranseklausulen er ugyldig i sin helhet.

Hvilket av de to regelverkene som kommer til anvendelse, kan ha utslagsgivende betydning for konkurranseklausulens gyldighet. Det gjør at det er av stor interesse for avtalepartene å ha oversikt over vilkårene som avgjør om konkurranseklausulen reguleres av avtaleloven eller arbeidsmiljøloven.

Arbeidsmiljølovens regler gjelder bare for konkurranseklausuler som avtales i arbeidsforhold. Selv om begrepet arbeidsforhold har en klar kjerne, kan det i noen tilfeller by på tvil. En konkurranseklausul som inngås i en aksjonæravtale faller i utgangspunktet utenfor området for arbeidsrettslig regulering. Dersom klausulen forplikter en aksjonær som også arbeider i selskapet, er det uklart om reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A likevel vil komme til anvendelse. Det er denne uklarheten som danner bakgrunnen for avhandlingens problemstilling.

## 1.2 Problemstilling og opplegg

Avhandlingens overordnede problemstilling er om arbeidsmiljøloven kapittel 14A kommer til anvendelse på konkurranseklausuler inntatt i aksjonæravtaler, hvor den forpliktete aksjonæren også arbeider i selskapet.

Problemstillingen oppsto først da arbeidsmiljøloven kapittel 14A ble vedtatt. Problemstillingen er ny, og er lite behandlet i rettskildene. Lovens ordlyd er generell og gir lite veiledning, og grensedragningen er ikke adressert nærmere i forarbeidene.<sup>6</sup> Tilfellet har meg bekjent aldri vært behandlet av domstolene, og er ikke nærmere behandlet i juridisk litteratur.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> For enkelte av kravene (krav om tidsbegrensning og kompensasjon) er det uavklart om etterfølgende korreksjon kan ha reparerende virkning. Kravet om redegjørelse i aml. § 14A-1 femte ledd, jf. aml. § 14A-2, er imidlertid undergitt absolutte tidsfrister for oppfyllelse.

<sup>6</sup> Forarbeidene slår kort fast at avtl. § 38 «*vil for eksempel kunne regulere konkurranseklausuler ved salg av virksomhet og konkurranseklausuler avtalt mellom forretningsforbindelser*», jf. Prop.85 L (2014-2015). Dette er imidlertid ikke mer enn en gjengivelse av utgangspunktene, og adresserer ikke grensedragningen i tilfeller hvor den forpliktete har to roller.

<sup>7</sup> Det nærmeste en drøftelse av avhandlingens problemstilling jeg har funnet i juridisk litteratur, fremgår av Borch (2016) side 132.

Avhandlingen søker å tolke vilkårene for anvendelse av arbeidsmiljøloven kapittel 14A i relasjon til et nærmere definert typetilfelle. Ettersom typetilfellet ikke har vært problematisert tidligere, skal jeg starte med en kort redegjørelse for de faktiske forholdene som danner utgangspunktet for den videre fremstillingen.

For det første forutsetter jeg at det er inngått en konkurranseklausul som del av en avtale mellom aksjonærene i et aksjeselskap. Av praktiske årsaker bruker jeg uttrykket «aksjonæravtale» når jeg omtaler denne avtalen. Jeg anlegger imidlertid en videre forståelse av begrepet aksjonæravtale enn normalt, se nærmere under punkt 1.3.2.

For det andre forutsetter jeg at en av avtalepartene som er forpliktet til å avstå fra konkurrerende virksomhet i kraft av konkurranseklausulen, er en fysisk person som både eier aksjer i og arbeider for det aksjeselskapet som aksjonæravtalen gjelder.<sup>8</sup> Jeg omtaler denne personen som «den forpliktete».

I det videre vil jeg referere til de ovennevnte forutsetningene som «avhandlingens typetilfelle». Disse generelle forutsetningene rommer mange variasjoner, men nærmere presiseringer vil bli påpekt ved behov. Et tenkt eksempel kan imidlertid bidra til å illustrere avhandlingens typetilfelle:

*Den forpliktete har bidratt med både arbeid og kapital til å bygge opp selskapet fra starten av. Vedkommende har en sentral posisjon i virksomheten og sitter på en aksjepost som stammer fra selskapets oppstartsfase. Det har etter en tid kommet til nye investorer i selskapet, og det ble i denne forbindelse inngått en aksjonæravtale mellom nye og gamle aksjonærer. Aksjonæravtalen forplikter blant annet aksjonærene til å avstå fra konkurranse med virksomheten.*

Spørsmålet om hvorvidt reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A kommer til anvendelse i avhandlingens typetilfelle, beror på om den inngåtte konkurranseklausulen faller inn under arbeidsmiljølovens definisjon av «konkurranseklausul», som gis i aml. § 14A-1 første ledd:

*«Med konkurranseklausul menes i dette kapittel avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som begrenser arbeidstakers adgang til å tiltre stilling hos en annen*

---

<sup>8</sup> Jeg utelukker imidlertid ikke tilfeller hvor den forpliktete eier aksjene sine via et selskap, så lenge konkurranseklausulen pålegger en personlig forpliktelse.

*arbeidsgiver eller starte, drive eller delta i annen virksomhet etter arbeidsforholdets opphør.»*

Arbeidsmiljølovens regler er preceptoriske til arbeidstakers ugunst, jf. aml. § 1-9. Det innebærer at avtaler som omfattes av definisjonen reguleres av arbeidsmiljøloven kapittel 14A uavhengig av partenes ønske. I det videre gir jeg en innledende oversikt over vilkårene som kan utledes av ordlyden i aml. § 14A-1 første ledd, og introduserer den nærmere gjennomgangen i avhandlingens påfølgende kapitler.

For det første må det være inngått en avtale som *«begrenser arbeidstakers adgang til»* å drive konkurrerende virksomhet. Selv om det ikke fremgår eksplisitt av ordlyden, påpeker forarbeidene at det bare er begrensninger begrunnet i konkurransehensyn som omfattes.<sup>9</sup> Forarbeidene fremhever videre at formuleringen *«starte, drive eller delta i annen virksomhet»* er ment å omfatte alle former for tilknytning som ikke er et alminnelig arbeidsforhold.<sup>10</sup>

Avtaleloven § 38 gjelder for avtalerettslige forpliktelser *«til ikke å drive virksomhet av en viss art eller ta ansettelse i virksomhet av en viss art»*, såfremt disse er inngått *«på grunn av konkurransehensyn»*. Definisjonen i aml. § 14A-1 første ledd er på dette punkt fullt ut sammenfallende med virkeområdet til avtl. § 38. Vilåret er derfor ikke interessant for avhandlingens problemstilling. Jeg legger for den videre fremstillingen til grunn at konkurranseklausulen begrenser den forpliktedes *«adgang til å tiltre stilling hos en annen arbeidsgiver eller starte, drive eller delta i annen virksomhet»*. Jeg legger også til grunn at begrensningen er begrunnet i konkurransehensyn.

For det andre er det et vilkår at den avtalte begrensningen må gjelde *«etter arbeidsforholdets opphør»*. Vilåret ble inntatt i bestemmelsen av opplysningshensyn, og som en avgrensning mot arbeidstakers lojalitetsplikt *under* arbeidsforholdet.<sup>11</sup> Det stiller etter sin ordlyd ikke krav om at konkurranseklausulen må være knyttet direkte til arbeidsforholdets opphør, eller at virkeområdet må være begrenset til dette tidsrommet. Spørsmålet er om begrensningen faktisk gjelder etter arbeidsforholdets opphør. Dette innebærer at konkurranseklausuler som kun gjelder under arbeidsforholdet faller utenfor arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

---

<sup>9</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 56.

<sup>10</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 56.

<sup>11</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 25-26.

Konkurransesklausuler som både gjelder under og etter arbeidsforholdet vil imidlertid være omfattet. For den videre fremstillingen legger jeg til grunn at konkurransesklausulen gjelder «etter arbeidsforholdets opphør».

Et tredje vilkår i bestemmelsen er at den forpliktete er «arbeidstaker». Selv om den forpliktete har en arbeidsrelasjon til selskapet, viser rettspraksis at ikke alle arbeidende aksjonærer blir ansett som arbeidstakere i arbeidsrettslig forstand. I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpress) ble daglig leder, som også eide over halvpartene av selskapets aksjer, ikke ansett for å være arbeidstaker i ferielovens forstand på grunn av sin aksjonærposisjon. Motsetningsvis ble skogsarbeideren som var daglig leder, styreleder og eeneier av sitt aksjeselskap ansett som arbeidstaker etter yrkesskadeforsikringsloven i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2010 s. 93 (Skogsarbeider).

Avgjørelsene viser at man ikke alltid kan legge til grunn at en aksjonær som arbeider i sitt eget selskap er «arbeidstaker». Dersom den forpliktete etter konkurransesklausulen ikke regnes som «arbeidstaker», kommer ikke reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A til anvendelse. Det er derfor nødvendig å gå nærmere inn på kriteriene for når arbeidende aksjonærer faller inn under arbeidstakerbegrepet. Jeg tar for meg denne grensedragningen i kapittel 3.

Et fjerde vilkår er at konkurransesklausulen er inngått med arbeidstakerens «arbeidsgiver». Arbeidsgiverdefinisjonen omfatter i utgangspunktet bare den formelle avtalemotparten i arbeidsforholdet, som i avhandlingens typetilfelle vil være aksjeselskapet. Vilkåret i aml. § 14A-1 krever derfor i utgangspunktet at selskapet selv er part i aksjonæravtalen. Konkurransesklausulen kan imidlertid inngås med de samme rettsvirkninger overfor den forpliktete uavhengig av om selskapet som vernes formelt er part i avtalen. Det byr på muligheter til utnyttelse av regelverket. Rettspraksis og teori åpner for at arbeidsgiveransvaret på nærmere vilkår også kan påhvile andre enn den formelle arbeidsgiver. I kapittel 4 redegjør jeg nærmere for arbeidsgiverbegrepet og vurderer om det er grunnlag for å anvende arbeidsmiljøloven kapittel 14A også når selskapet ikke er part i aksjonæravtalen.

Før jeg går inn på den nærmere behandlingen av vilkårene for anvendelse av arbeidsmiljøloven kapittel 14A i kapittel 3 og 4, vil jeg i kapittel 2 presentere de to alternative regelverkene og de respektive rettsområder disse knytter seg til. Målet med kapittel 2 er å fremheve de formål og hensyn hver av regelverkene representerer, for å danne grunnlaget for senere drøftelser. Jeg redegjør nærmere for dette valget i punkt 1.5.

## 1.3 Sentrale begreper

### 1.3.1 «Konkurransesklausul»

Som tidligere nevnt, bruker jeg ordet «konkurransesklausul» om avtaler som forplikter én eller flere parter til å avstå fra å drive eller delta i konkurrerende næringsvirksomhet.

Jeg har valgt å bruke denne betegnelsen til tross for at arbeidsmiljølovens definisjon av «konkurransesklausul» i aml. § 14A-1 første ledd utgjør inngangsvilkåret for anvendelsen av kapitlets regler. Dette innebærer at min bruk av «konkurransesklausul» ikke nødvendigvis samsvarer med arbeidsmiljølovens definisjon.

Når jeg likevel har valgt å bruke samme uttrykk, er det fordi det er innarbeidet både i og utenfor arbeidsrettslig sammenheng. Alternativt kunne jeg brukt betegnelser som «konkurransesbegrensning» eller «konkurransesbegrensende avtale», men disse rommer også andre former for konkurransebegrensninger, eksempelvis kunde- og rekrutteringsklausuler, samt konkurransebegrensninger som ikke er basert på avtale. Et annet alternativ er «karensklausul», men dette ordet fremstår etter mitt syn som noe utdatert.

### 1.3.2 «Aksjonæravtale»

Begrepet aksjonæravtale har ingen legaldefinisjon, og heller ikke et entydig meningsinnhold. I Woxholths bok *Aksjonæravtaler* defineres uttrykket etter to kriterier. For det første at «*[m]inst én, men gjerne flere, av partene i avtalen er eller skal bli aksjonær(er) i et bestemt aksje- eller allmennaksjeselskap*». <sup>12</sup> For det andre krever Woxholth at avtalen inneholder «*bestemmelser som søker å regulere utøvelsen av aksjonærrettigheter i selskapet*». <sup>13</sup>

Jeg anlegger som nevnt en videre forståelse. Når jeg bruker uttrykket «aksjonæravtale», sikter jeg til en avtale som oppfyller Woxholths første kriterium. Jeg krever derimot ikke at avtalen søker å regulere utøvelsen av aksjonærrettigheter i selskapet. Den tilsiktede virkningen er først og fremst at også avtaler om aksjesalg skal omfattes, men rene konkurranseklousuler avtalt mellom aksjonærer vil også være omfattet.

---

<sup>12</sup> Woxholth, Jannik (2017) side 26.

<sup>13</sup> Woxholth, Jannik (2017) side 26.



### **1.3.3 «Aksjonær»**

I min bruk av uttrykket «aksjonær» legger jeg kun at vedkommende eier aksjer i et aksjeselskap. Jeg tar ikke stilling til hvilke rettigheter vedkommende har i kraft av sitt eierskap, hvor stor eierandelen vedkommende har, eller andre individualiserende egenskaper. Slike egenskaper blir i stedet fremhevet ved behov.

### **1.3.4 «Arbeidstaker» mv.**

Arbeidstakerbegrepet er et legaldefinert begrep, jf. aml. § 1-8 første ledd. Begrepet er tilknyttet en rekke rettsvirkninger, og står helt sentralt i avhandlingen. Jeg bruker derfor bare ordet «arbeidstaker» når jeg sikter til tilfeller som omfattes av arbeidsmiljølovens definisjon.

En slik avgrenset bruk av arbeidstakerbegrepet gjør det imidlertid vanskelig å gi en treffende, men samtidig rettslig nøytral beskrivelse av den forpliktedes rolle som arbeidende i selskapet. Jeg har valgt å bruke ordet «ansatt» som en rettslig nøytral betegnelse på den forpliktedes arbeidsrelasjon til selskapet. Heller ikke dette ordvalget er uproblematisk – ordet inngår i definisjonen av arbeidsgiverbegrepet i aml. § 1-8 andre ledd og er tett knyttet til begrepsparet arbeidstaker/arbeidsgiver. Jeg tror likevel at konsekvent bruk av «ansatt» som rettslig nøytralt uttrykk, og «arbeidstaker» som et begrep med tilknyttede rettsvirkninger, vil gi fremstillingen tilstrekkelig klart meningsinnhold.

Den samme problematikken gjør seg gjeldende for begrepet «arbeidsforhold». I motsetning til arbeidstakerbegrepet er ikke «arbeidsforhold» legaldefinert, men det er likevel ikke tvilsomt at begrepet sikter til forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, med de rettslige implikasjoner dette har.<sup>14</sup> Jeg har derfor valgt å bruke «arbeidsrelasjon» som en rettslig nøytral versjon av ordet arbeidsforhold.

### **1.3.5 «Arbeidsgiver»**

Også arbeidsgiverbegrepet er legaldefinert, jf. aml. § 1-8 andre ledd. Arbeidsgiverbegrepet står sentralt i avhandlingen. Når jeg bruker begrepet «arbeidsgiver» sikter jeg til rettssubjekter som omfattes av arbeidsmiljølovens definisjon. Som den nærmere drøftelsen i kapittel 4 vil vise, er det imidlertid ikke tvilsomt hvem som i utgangspunktet er den forpliktedes arbeidsgiver. Tvilen

---

<sup>14</sup> Jakhelln (2006) side 26.

knytter seg til en eventuell utvidelse av ansvarskretsen for konkrete arbeidsgiverplikter. Det har derfor ikke vært nødvendig å ta i bruk et rettslig nøytralt alternativ til arbeidsgiverbegrepet.

## 1.4 Avgrensninger

Avhandlingen gjelder spørsmålet om hvilket regelverk som kommer til anvendelse på konkurranseklausuler i avhandlingens typetilfelle. En fullstendig redegjørelse for rettsvirkningene av at enten avtl. § 38 eller arbeidsmiljøloven kapittel 14A kommer til anvendelse faller utenfor problemstillingen. Det faller også utenfor problemstillingen å gi en nærmere redegjørelse for konkurranseklausuler som sådan, herunder konkurranseklausulers innhold og sanksjonsmuligheter ved brudd.

De ovennevnte avgrensninger innebærer imidlertid ikke at problemstillingen kan eller skal vurderes isolert fra disse forholdene. Jeg behandler derfor de ovennevnte forhold i den utstrekning det er relevant for vurderingen av hvilket regelverk som kommer til anvendelse.

Jeg forutsetter at selskapet som den forpliktete eier aksjer i er et aksjeselskap, jf. aksjeloven<sup>15</sup> § 1-1 andre ledd. Jeg avgrenser derved mot andre selskapsformer.<sup>16</sup>

Videre avgrenser jeg mot å behandle adgangen til å gjøre unntak fra arbeidsmiljøloven kapittel 14A for virksomhetens øverste leder, jf. aml. § 14A-5. Jeg behandler heller ikke kapitlets regler om kunde- eller rekrutteringsklausuler. Når jeg referer til «arbeidsmiljøloven kapittel 14A», sikter jeg derfor bare til kapitlets regler om konkurranseklausuler i aml. §§ 14A-1, 14A-2 og 14A-3.

Jeg behandler heller ikke andre regler som kan ha konkurransebegrensende virkning, herunder arbeidstakers lojalitetsplikt,<sup>17</sup> kravet til god forretningsskikk i

---

<sup>15</sup> Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (forkortet asl.).

<sup>16</sup> Allmennaksjeselskaper, jf. lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper § 1-1, er i stor utstrekning regulert tilsvarende som aksjeselskaper. De forhold som fremheves i avhandlingen knyttet til aksjeselskaper og aksjonærer vil i stor utstrekning gjelde tilsvarende for allmennaksjeselskaper og aksjonærer i slike. Jeg har imidlertid bare konsentrert meg om reglene for aksjeselskaper.

<sup>17</sup> Se for eksempel Rt. 1990 s. 607 på side 614 hvor Høyesterett legger lojalitetsplikten til grunn som en alminnelig regel.

markedsføringsloven<sup>18</sup> § 25, eller forbudet mot uberettiget bruk av forretningshemmeligheter i straffeloven<sup>19</sup> § 207.

Når jeg i kapittel 3 behandler spørsmålet om hvorvidt den forpliktete aksjonæren er «*arbeidstaker*» i relasjon til reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A, konsentrerer jeg meg først og fremst om hvorvidt den forpliktetes rolle som aksjonær kan utelukke anvendelse av arbeidstakerbegrepet. Jeg vurderer denne rollen i sammenheng med andre relevante forhold, herunder innholdet i en eventuell arbeidsavtale. Jeg avgrensner imidlertid mot en nærmere behandling av tilfeller hvor den forpliktete aksjonæren faller utenfor arbeidstakerbegrepet av andre grunner, eksempelvis fordi den forpliktete er selvstendig oppdragstaker.

For øvrig avgrensner jeg mot enkelte andre underproblemstillinger underveis.

## 1.5 Metode

Som nevnt innledningsvis, er ikke avhandlingens problemstilling inngående behandlet tidligere. Konsekvensen av dette er at lovtekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur ikke gir direkte bidrag til løsningen av avhandlingens problemstilling.

Mangelen på direkte bidrag fra de ovennevnte rettskildefaktorene innebærer for det første at min tilnærming til problemstillingen må skje med utgangspunkt i rettskilder tilknyttet mer grunnleggende og generelle spørsmål på området. Det gjør at gjennomgangen av de grunnleggende utgangspunktene tidvis vil være omfattende.

For det andre innebærer det at formålsbetraktninger og reelle hensyn får en mer sentral posisjon i drøftelsen.<sup>20</sup> Avhandlingen går i sin kjerne ut på å drøfte hvilket av to alternative regelverk som skal komme til anvendelse. Regelverkene hører til ulike rettsområder, og skal ivareta til dels ulike hensyn. Formål og hensyn tilknyttet regelverkene og deres respektive rettsområder er viktige bidrag i denne vurderingen. Jeg har derfor valgt å redegjøre for disse formål og hensyn i et eget kapittel innledningsvis.

En tredje konsekvens av at problemstillingen ikke har vært inngående behandlet i autoritative rettskilder tidligere, er at det ikke lar seg gjøre å gi sikre svar på de spørsmål avhandlingen

---

<sup>18</sup> Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

<sup>19</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

<sup>20</sup> Andenæs (2009) side 54 og 58.

fokuserer på. Formålet med avhandlingen er derfor ikke å gi en uttømmende og sikker redegjørelse for temaet, men å forsøke å skape oversikt over problemstillingen og danne et utgangspunkt for å løse konkrete varianter av problemstillingen.

Selv om norske rettskilder gir få direkte bidrag til problemstillingen, har jeg ikke trukket inn rettstilstanden i andre nordiske land. Grensedragningen mellom arbeidsmiljøloven kapittel 14A og avtl. § 38 beror i stor utstrekning på vurderinger knyttet til helt konkrete sider av regelverkens innhold, begrunnelse og virkning. Tilsvarende grensedragninger i andre lands rett kan derfor falle ut annerledes selv ved mindre innholdsmessige forskjeller fra norsk rett.<sup>21</sup> Hvor grensen for å vernes av arbeidsrettslige regler skal gå, er i tillegg et spørsmål om verdiavveininger som varierer fra land til land. De ovennevnte forhold gjør det mindre relevant å trekke direkte paralleller til løsninger i andre land, uten en nærmere analyse av reglens innhold, bakgrunn og nasjonale kontekst. En slik analyse faller utenfor rammene av avhandlingen, og jeg har derfor valgt å holde meg til norsk rett.

---

<sup>21</sup> Den danske lov 2015-12-15 nr. 1565 om ansættelsesklausuler er et eksempel på dette. Loven stiller ikke krav om skriftlig redegjørelse som tilsvarende arbeidsmiljøloven kapittel 14A. Kravet om økonomisk kompensasjon er både lavere og i større grad gradert etter varighet og annen inntekt, jf. lovens § 8. Dessuten gir loven anvisning om en konkret interesseavveining mellom partene, hvor også arbeidsgivers behov for å opprettholde konkurranseklausulen skal tas i betraktning, jf. lovens § 11 stk. 2.

## 2 Grunnleggende formål og hensyn

### 2.1 Avtalerett

Avtaler er bindeleddet i økonomiske transaksjoner, det være seg kjøp av dagligvarer, leie av husrom eller gjennomføring av emisjoner i milliardklassen. Fordi avtaler brukes på så mange områder i samfunnet, er det stor variasjon i de ulike avtalers innhold og formål. Enkelte avtaletyper er knyttet til egne rettsområder og farges av rettsområdets verdier og normer, enten på ulovfestet grunnlag eller gjennom særlovgivning for avtaletypen. Det er derfor stor variasjon i hva som kreves for at en avtale er gyldig. Avtaler hviler imidlertid på noen rettslige utgangspunkter av generell karakter. Disse grunnleggende utgangspunktene regulerer avtalen som sådan, og finnes i avtaleretten.

Avtaleretten inneholder regler om inngåelse, tolkning og ugyldighet av avtaler. En rekke generelle avtalerettslige regler er samlet i avtaleloven. De mest grunnleggende utgangspunktene finner vi imidlertid fremdeles i Norske Lov av 1687.<sup>22</sup> Prinsippet om at avtaler skal holdes – *pacta sunt servanda* – fremgår av NL 5-1-2. Konsekvensen av prinsippet er at avtaler – så lenge de er gyldige – er rettslig bindende og kan håndheves gjennom rettsapparatet. Samme bestemmelse gir også uttrykk for prinsippet om avtalefrihet – frihet både med hensyn til om avtale skal inngås («*som frivilligen giøris*»), og hva avtalens innhold skal være («*...og andet ved hvad Navn det nævnis kand*»). Prinsippet innebærer at alle frivillig inngåtte avtaler i utgangspunktet er gyldige uansett innhold.

Begge prinsippene jeg her nevner må naturligvis tåle betydelige innsnevring. Allerede i bestemmelsen som fastlegger utgangspunktet oppstilles unntak; avtalefriheten gjelder kun personer «*der ere Myndige, og komne til deris Lavalder*», og avtaler skal bare holdes dersom de ikke «*er imod Loven, eller Ærbarhet*». Like fullt illustrerer bestemmelsen avtalerettens system; at avtaler som utgangspunkt er gyldige, og at det er ugyldighet som krever særskilt begrunnelse.

Avtalerettens system tillegger individet en vid og generell kompetanse til å binde seg rettslig. Denne underliggende kompetansen omtales gjerne som «privat autonomi»,<sup>23</sup> eller

---

<sup>22</sup> Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687 (Norske Lov, forkortet NL).

<sup>23</sup> Woxholth, Geir (2017) side 27.

«partsautonomi».<sup>24</sup> Kompetansen synes å hvile på noen ikke-uttalte antagelser om individets egenskaper. Hauge fremholder at partsautonomien bygger på «en ideell forutsetning om at avtaler inngås mellom jevnbyrdige parter, basert på en fri og opplyst vilje».<sup>25</sup> Hun omtaler disse egenskapene som «avtalerettens ideelle forutsetninger» om partene.<sup>26</sup>

Når utgangspunktene om avtalefrihet og bundethet hviler på disse ideelle forutsetningene, skulle forutsetningenes brist tilsi en tilsvarende brist i avtalefrihet og bundethet – altså avtalerettslig ugyldighet. Det synes også å være tilfellet. Myndighetskravet i NL 5-1-2 er et eksempel på sammenhengen mellom (manglende) individuelle forutsetninger og kompetansen til å inngå gyldige avtaler. Det samme kan sies om en rekke av de avtalerettslige ugyldighetsregler. Ugyldighetsgrunnene i avtl. §§ 28-35 kan alle knyttes opp mot manglende fri og/eller opplyst vilje hos en av avtalepartene.

Ugyldighet kan også følge av manglende jevnbyrdighet mellom partene. Lovens forarbeider gjør det klart at formålet med revisjonen av ugyldighetsreglene i 1918 var å forhindre misbrukssituasjoner som «den fri konkurranse og den ubundne kontraktsfrihet» gav opphav til, og da særlig den sterke parts anledning «til at utplyndre den svakere».<sup>27</sup> Manglende jevnbyrdighet mellom avtalepartene kan lede til ugyldighet fordi forholdene ved avtaleinngåelsen ikke ligger til rette for at begge parter får utøve sin (ellers) frie og opplyste vilje.<sup>28</sup>

Det er imidlertid ingen automatikk i at manglende jevnbyrdighet smitter over på avtalens innhold i den grad at ugyldighet kan begrunnes. Det er derfor per i dag ingen regler i avtaleloven som fraviker utgangspunktet om avtalefrihet bare på grunn av manglende jevnbyrdighet.<sup>29</sup> Risikoen som følger av manglende jevnbyrdighet er likevel hensyntatt gjennom avtl. §§ 31, 36 og 37, som søker å beskytte den svakere part som har blitt utnyttet i avtaleforholdet.<sup>30</sup>

---

<sup>24</sup> Hauge (2009) side 47.

<sup>25</sup> Hauge (2009) side 47.

<sup>26</sup> Hauge (2009) side 47.

<sup>27</sup> Ot.prp.nr.63 (1917) side 18.

<sup>28</sup> Hauge (2009) side 47.

<sup>29</sup> Avtalelovens § 38 nå opphevd andre og tredje ledd tok imidlertid dette utgangspunktet, se nedenfor punkt 2.2.

<sup>30</sup> Dette gjelder til dels også avtl. § 38, se nærmere punkt 2.2.

Avtalerettslig ugyldighet kan undertiden også begrunnes i andre forhold enn avtalepartene og deres relasjon. Ærbarhetsstandarder i NL 5-1-2 er et eksempel på at noen avtaler ikke nyter rettsordenens vern på grunn av sitt innhold. Og avtaler som strider mot preseptorisk lovgivning kan være ugyldige selv om den overtrådte bestemmelsen er gitt av samfunnsmessige hensyn.

Oppsummert ser vi at avtalerettens utgangspunkt er at avtaler er gyldige, og at gyldigheten er begrunnet i ideelle forutsetninger om avtalepartenes egenskaper. I det avtalerettslige perspektiv antas den enkelte å ha en fri og opplyst vilje, og evne til å uttrykke denne gjennom rettslige disposisjoner. Ugyldighet er et unntak som følger av at forutsetningene om avtalens parter viser seg å være uriktige.

## 2.2 Avtaleloven § 38

Avtaleloven § 38 er en avtalerettslig ugyldighetsregel for konkurranseklausuler. Regelen oppstiller to alternativer for ugyldighet. Enten at konkurranseklausulen «*urimelig innskrenker vedkommendes adgang til erverv*», eller at den «*må anses for å strekke seg lenger enn nødvendig for å verne om konkurranse*». Konkurranseklausuler som bryter vilkårene, blir ugyldig «*i den utstrekning*» det aktuelle vilkåret er brutt.

Bestemmelsen har eksistert siden avtalelovens opprinnelse i 1918. Den besto tidligere av tre ledd. Andre og tredje ledd, som gjaldt henholdsvis underordnede arbeidstakere og oppsigelse i arbeidsforhold, er opphevet og erstattet av arbeidsmiljøloven kapittel 14A. Første ledd fikk samtidig en språklig oppdatering, men ble materielt sett videreført. Dagens versjon av avtl. § 38 skal «*i første rekke sikre fortsatt regulering av konkurranseklausuler utenfor arbeidsforhold*».<sup>31</sup>

Da avtl. § 38 ble vedtatt, var den preget av sterk kontrast mellom første ledd på den ene siden, og andre og tredje ledd på den andre. Første ledd tok det alminnelige avtalerettslige utgangspunktet at avtaler er gyldige og skal holdes. Kriteriene for ugyldighet var ikke forhåndsdefinerte, men var utformet som rettslige standarder hvor en rekke individuelle og samfunnsmessige forhold måtte veies mot hverandre. Det var først og fremst hensynet til produksjon i samfunnet som kunne begrunne at konkurranseklausulen var urimelig, og ikke konsekvensene for den enkelte.<sup>32</sup> Motsetningsvis bygget avtl. § 38 andre og tredje ledd på

---

<sup>31</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 56.

<sup>32</sup> Ot.prp.nr.63 (1917) side 91-92.

forutsetningen om et ujevnt styrkeforhold mellom partene, og den underordnedes særlige behov for beskyttelse mot sin arbeidsgiver.<sup>33</sup> På denne bakgrunn forhåndsdefinerte andre og tredje ledd tilfeller hvor konkurranseklausuler som utgangspunkt var ugyldige.<sup>34</sup>

Til tross for at avtl. § 38 første ledd opprinnelig ble utformet som en generell bestemmelse med helt andre utgangspunkter en de vernepregede bestemmelsene i andre og tredje ledd, fikk også første ledd sin største praktiske betydning i saker med et arbeidsrettslig tilsnitt. I de rettsavgjørelser jeg har gjennomgått som gjaldt avtl. § 38 første ledd, var den forpliktete arbeidstaker i 14 av 16 tilfeller.<sup>35</sup> Bestemmelsen er gjennomgående behandlet i arbeidsrettslig litteratur,<sup>36</sup> men utelatt fra avtalerettslige fremstillinger.<sup>37</sup>

Da den generelle lempingsregelen i avtl. § 36 ble vedtatt i 1983, ble ordlyden i avtl. § 38 endret slik at «*utilbørlig innskrenker hans adgang til erhverv*» ble til «*urimelig innskrenker hans adgang til erhverv*» (min understreking). Formålet med endringen var å harmonisere vilkåret med det nye urimelighetskriteriet i avtl. § 36.<sup>38</sup> I avtl. § 36 er styrkeforholdet mellom partene fremhevet som et relevant kriterium i rimelighetsvurderingen, jf. avtl. § 36 andre ledd.

Gjennom rettspraksis til avtl. § 38 ble det etter hvert etablert noen allmenne utgangspunkter for tillatt varighet av konkurranseklausuler. Utgangspunktene var ulike i og utenfor arbeidsforhold. Utenfor arbeidsforhold ville en varighet på inntil fem år uten kompensasjon normalt bli godkjent.<sup>39</sup> For arbeidstakere var det alminnelige utgangspunktet etter avtl. § 38 første ledd at

---

<sup>33</sup> Ot.prp.nr.63 (1917) side 93.

<sup>34</sup> Ot.prp.nr.63 (1917) side 93 og 95.

<sup>35</sup> Den forpliktete var arbeidstaker i RG 1980 s. 84, LE-1993-1612, LE-1996-362, RG 2000 s. 1092, TOSLO-2003-3724, TOSLO-2003-406, RG 2004 s. 425, LB-2005-1064, LB-2005-89767, TOSLO-2004-78614, LG-2006-92490, LB-2005-117741, LB-2008-2079 og TOBYF-2012-189028. Et arbeidsforhold var ikke involvert i Rt. 1933 s. 147 og LB-2002-2780-1.

<sup>36</sup> Se for eksempel Jakhelln (2006) side 320 og Fougner (1999) side 227.

<sup>37</sup> Se for eksempel Woxholth, Geir (2017), Giertsen (2012) og Hov (2002).

<sup>38</sup> Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 42.

<sup>39</sup> Jf. Borgarting lagmannsretts generelle uttalelse i dommen LB-2002-2780-1.



konkurransesklausuler kunne opprettholdes i henholdsvis ett år uten kompensasjon, eller to år med kompensasjon.<sup>40,41</sup>

De ulike utgangspunktene etter avtl. § 38 første ledd for tilfeller i og utenfor arbeidsforhold vitner om at de vernehensynene som opprinnelig hørte inn under bestemmelsens andre og tredje ledd, smittet over og ble vektlagt også i vurderinger etter første ledd. Dette støttes av Borgarting lagmannsretts dom inntatt i LB-2002-2780-1, som gjaldt gyldigheten av en konkurranseklausul i forbindelse med salg av en virksomhet fra selskapets eiere og daglige leder. Lagmannsretten slo fast at rimeligheten av en konkurranseklausul ved salg av næringsvirksomhet ikke kunne «forholdes mot hva som vil være rimelig innenfor et ansettelsesforhold».

Ettersom avtl. § 38 ikke lenger er ment å gjelde for konkurranseklausuler avtalt i arbeidsforhold, vil ikke kontrasten mellom ulike tilfeller være like fremtredende som før. Bestemmelsen vil nå først og fremst anvendes på tilfeller hvor partene er noenlunde jevnbyrdige, og utgangspunktet for vurderingen må derfor være at konkurranseklausulen er gyldig.

Likevel ble avtl. § 38 første ledd videreført uten at materielle endringer var tilsiktet.<sup>42</sup> Det viser at det fremdeles er relevant å legge vekt på ujevnt styrkeforhold mellom partene og økt behov for vern i tilfeller hvor slike forhold gjør seg gjeldende. I saker som ligger nærmere tradisjonelle arbeidsforhold, for eksempel grensetilfeller som faller like utenfor arbeidsmiljøloven kapittel 14A, kan det derfor være grunnlag for å anlegge en rimelighetsnorm som ligger nærmere utgangspunktene fra den tidligere praksisen i arbeidsrettslige saker.

Arbeidsmiljølovens nye regulering av konkurranseklausuler kan også tenkes å få betydning for avtl. § 38 i tilgrensende tilfeller. Borch mfl. holder dette spørsmålet åpent.<sup>43</sup> Det samme gjør Jakhelln og Kvalsnes.<sup>44</sup> Den absolutte grensen på tolv måneders varighet selv med kompensasjon tilsvarende 100 % av arbeidsvederlaget er strengere enn den tidligere arbeidsrettslige normen etter avtl. § 38. Det indikerer at lovgiver fant normen i avtl. § 38 for

---

<sup>40</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 14.

<sup>41</sup> Jakhelln (2006) side 320.

<sup>42</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 56.

<sup>43</sup> Borch (2016) side 175-176.

<sup>44</sup> Jakhelln (2017) side 981.

lempelig i slike tilfeller. Det kan være grunn til å legge vekt på lovgivers intensjoner også utenfor de rene arbeidsrettslige tilfeller.

## 2.3 Arbeidsrett

Hittil i kapittel 2 har jeg gjennomgått de grunnleggende utgangspunktene i avtaleretten, og sett nærmere på avtl. § 38. I det følgende tar jeg for meg grunnleggende formål og hensyn på arbeidsrettens område.

Rettsområdet arbeidsrett omfatter den rettslige reguleringen av arbeidslivet.<sup>45</sup> Arbeidsretten deles vanligvis inn i en kollektiv og en individuell del. Den kollektive arbeidsretten dreier seg om forholdet mellom organisasjonene som representerer partene i arbeidslivet, og deres kollektive regulering av rettigheter og plikter gjennom tariffavtaler, arbeidskamp mv.<sup>46</sup> Den individuelle arbeidsretten dreier seg om rettsforholdet mellom den enkelte arbeidstaker og arbeidsgiver. Avhandlingens problemstilling er knyttet til den individuelle arbeidsretten, og det er den jeg konsentrerer meg om i det følgende.<sup>47</sup>

Den verneorienterte arbeidsrettslige reguleringen vi kjenner i dag kan spores tilbake til overgangen fra det 19. til det 20. århundre. Arbeidsmarkedet på 1800-tallet var preget av utstrakt kontraktsfrihet og industrialisering, som begge hadde vist seg å ha uheldige følger for arbeiderne.<sup>48</sup> I tillegg til at fabrikkarbeidet i seg selv var farlig, ble det observert at arbeidsgiveren, med sine overlegne økonomiske og forretningsmessige ressurser, og sine valgmuligheter ved ansettelse, hadde sterkere forhandlingsposisjon enn arbeidstakeren. Skjevheten mellom partene i arbeidsforholdet førte til at arbeidstakeres kontraktsfrihet i møte med arbeidsgiver ikke var reell.<sup>49</sup> Mot disse følgene grep lovgiver inn med preseptorisk

---

<sup>45</sup> Skjønberg (2017) side 21.

<sup>46</sup> Stokke (2013) side 11.

<sup>47</sup> Reglene om konkurranseklausuler i arbeidsmiljøloven kapittel 14A tilhører den individuelle arbeidsretten, men lovforslaget ble opprinnelig initiert av interesseorganisasjoner for arbeidstakere, jf. Hjort-utredningen side 7 og side 19-20.

<sup>48</sup> Se nærmere Skjønberg (2017) side 23-25.

<sup>49</sup> Skjønberg (2017) side 25.

lovgivning. Den første loven på området var fabrikktilsynsloven av 1892.<sup>50</sup> De tidligste lovene hadde karakter av å være HMS-lover for fabrikkarbeid.<sup>51</sup>

Fra disse lovene kan det trekkes linjer helt frem til dagens arbeidsmiljølov. Utviklingen har gått i retning av at flere personer er omfattet, at flere sider av arbeidsforholdet er regulert og at vernet er sterkere.<sup>52</sup> I dag inneholder arbeidervernlovgivningen en omfattende rettighetskatalog for arbeidstakere, først og fremst i arbeidsmiljøloven, men også i særlover som ferieloven<sup>53</sup> og OTP-loven,<sup>54</sup> samt bestemmelser spredt i annen lovgivning. I tillegg til den lovfestede reguleringen, er enkelte sider av arbeidsforholdet underlagt ulovfestet rett, eksempelvis normene for arbeidsgivers styringsrett.<sup>55</sup>

Selv om arbeidsretten med årene har blitt utviklet og ekspandert, er rettsområdet fremdeles tuftet på de samme forutsetninger om arbeidsgivere, arbeidstakere og forholdet mellom dem som i 1892. Det grunnleggende formålet med arbeidsrettslig regulering er å verne arbeidstaker.<sup>56</sup> Et viktig virkemiddel for vern av arbeidstakere er – nå som tidligere – innskrenkninger i partenes avtalefrihet gjennom preseptorisk lovgivning. Tilsvarende som i avtaleretten er avtalefrihetens stilling i arbeidsretten begrunnet i forutsetninger om avtalepartene.

Arbeidstaker er den part i arbeidsavtalen som blir vernet. Vernet gis fordi det forutsettes at arbeidstakere har behov for det.<sup>57</sup> Behovet for vern er en følge av arbeidstakers avhengighet til sin arbeidsgiver. Avhengigheten som karakteriserer arbeidstakeren er dels en følge av arbeidstakerens personlige egenskaper, og dels en følge av kontraktsforholdet til arbeidsgiver.

Forarbeidene til definisjonen av arbeidstakerbegrepet i aml. § 1-8 første ledd fremhever at arbeidstakeren normalt er «økonomisk avhengig som lønnsinntaker og står i et organisatorisk

---

<sup>50</sup> Lov 27. juni 1892 nr. 1 om tilsyn med arbeide i fabriker, se Evju (2011) side 149.

<sup>51</sup> Se til illustrasjon Lov 10. september 1909 nr. 3 om tilsyn med arbeide i fabriker m.v.

<sup>52</sup> Skjønberg (2017) side 25-28.

<sup>53</sup> Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven).

<sup>54</sup> Lov 21. desember 2005 nr. 124 om obligatorisk tjenstepensjon.

<sup>55</sup> Se eksempelvis Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) side 1609.

<sup>56</sup> Skjønberg (2017) side 36.

<sup>57</sup> Rt. 2013 s. 354 (Avlasterdom I) premiss 39.

*avhengighetsforhold som innebærer underordning i forhold til arbeidsgiver».*<sup>58</sup> Arbeidstakers økonomiske avhengighet kan tilskrives kontraktsforholdets art, hvor arbeidstakeren kontinuerlig må yte sin arbeidskraft for å fortsette å motta lønn. Et slikt system gjør arbeidstakeren avhengig av å holde arbeidsforholdet gående for å få penger til livets opphold, så fremt man samtidig forutsetter at arbeidstakeren ikke har økonomiske ressurser til å klare seg uten lønnsinntekt. Det organisatoriske avhengighetsforholdet er en følge av at arbeidstaker gjennom arbeidsavtalen underordner seg arbeidsgivers styringsrett.

Kombinasjonen av arbeidstakers plikt til å underordne seg og arbeidsgivers trussel om oppsigelse og tap av lønnsinntekt stiller arbeidstaker i en sårbar posisjon i forhold til arbeidsgiver. Skjevheten i forholdet forsterkes av at arbeidstakers plikt til å yte arbeidskraft som hovedregel er personlig.<sup>59</sup> Arbeidsgivers kontraktsfestede rett og reelle mulighet til å styre arbeidstakers ytelse innebærer dermed en rett til å øve innflytelse over arbeidstakers person – denne siden av arbeidsforholdet er i juridisk teori betegnet som personlig avhengighet.<sup>60</sup> Avhengighetsforholdets økonomiske, organisatoriske og personlige sider gjør i sum arbeidstaker underlegen i møte med arbeidsgiver. Lovgiver har derfor funnet det nødvendig å utjevne styrkeforholdet gjennom preseptorisk vernelovgivning.

## **2.4 Arbeidsmiljøloven kapittel 14A**

### **2.4.1 Innledning**

Arbeidsmiljølovens kapittel 14A regulerer konkurranseklausuler, kundeklausuler og rekrutteringsklausuler. Reglene for konkurranseklausuler var en erstatning for den arbeidsrettslige siden av avtl. § 38. Arbeidsmiljølovens regler er av en annen karakter enn i avtaleloven, blant annet ved at omstendigheter som før utgjorde momenter i en interesseavveining mellom partene nå er preseptoriske gyldighetsvilkår. Reglene for konkurranseklausuler innebar en bevisst innstramming av rettstilstanden innenfor arbeidsforhold.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

<sup>59</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

<sup>60</sup> Skjønberg (2017) side 36.

<sup>61</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 25.

## 2.4.2 Formål

Formålet med innstrammingen var tredelt. For det første å skape økt forutberegnelighet både for arbeidsgivere og arbeidstakere gjennom klarere regler, fordi vilkårene i avtl. § 38 ble ansett å være for skjønnsmessige.<sup>62</sup> For det andre skulle de nye reglene sikre arbeidstakere minimumsvilkår i avtalen.<sup>63</sup> For det tredje skulle reglene virke for å redusere bruken av konkurranseklausuler generelt.<sup>64</sup>

Formålene om minimumsvilkår og reduksjon i bruken av konkurranseklausuler er begge utslag av en avveining av flere av de samme hensynene som ble vurdert da avtl. § 38 ble utformet i 1918. Det ble blant annet pekt på arbeidstakers manglende evne til å vurdere ulempene ved å gå inn på en konkurranseklausul, og det samfunnsmessige behovet for å holde arbeidskraften virksom.<sup>65</sup> I motsatt retning ble det lagt vekt på arbeidsgiveres behov for å drive med kunnskapsutvikling og innovasjon.<sup>66</sup>

På samme måte som i forarbeidene til avtl. § 38 andre ledd, la departementet til grunn at arbeidstakere typisk befinner seg i en sårbar situasjon ved inngåelsen av konkurranseklausuler, og at de kan ha vansker med å ta til motmæle i forhandlinger.<sup>67</sup> Uttalelsen i forarbeidene til avtl. § 38 var imidlertid bare rettet mot underordnede ansatte, mens de samme karakteristikker ble gitt om arbeidstakere generelt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

Samtidig la departementet vekt på ulempen av at «*[v]erdifull kunnskap fra utdanning og erfaring*» kunne gå tapt ved bruk av konkurranseklausuler.<sup>68</sup> Arbeidstakere som sitter på den type spisskompetanse som krever kontinuerlig vedlikehold for å være relevant i arbeidsmarkedet kan antas å være godt betalte arbeidstakere med en langt sterkere forhandlingsposisjon enn de underordnede lærlinger, kontorister og betjenter som ble søkt beskyttet i avtl. § 38. Departementets vurderinger gir inntrykk av at arbeidstakere som gruppe ble vurdert som mer sårbare i dagens samfunn enn i 1918.

---

<sup>62</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 7.

<sup>63</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 8.

<sup>64</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 24.

<sup>65</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 8.

<sup>66</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 8.

<sup>67</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 8.

<sup>68</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 8.

Arbeidsgivers behov for «å beskytte sin konkurransesituasjon» var det sentrale hensynet som talte for å tillate konkurranseklausuler også ved utformingen av arbeidsmiljølovens regler.<sup>69</sup> Behovet synes imidlertid å ha blitt tonet ned. I forarbeidene til avtl. § 38 ble det uttalt at straffelovens bestemmelser eller avtaler om taushetsplikt sjelden gav tilstrekkelig vern, idet «[v]anskelighetene ved at bevise, at en hemmelighet er røbet, vil nemlig i mange tilfælde være saa store, at man i virkeligheten vilde staa retsløs».<sup>70</sup> Arbeidsmiljølovens forarbeider vurderte situasjonen annerledes. Der ble det slått fast at:

*«Arbeidsgivers behov for å verne sin posisjon kan langt på vei ivaretas gjennom å pålegge de ansatte taushetsplikt, som også kan gjelde etter at arbeidsforholdet er avsluttet. I tillegg er arbeidsgivers bedriftshemmeligheter til en viss grad beskyttet av bestemmelser i straffeloven og markedsføringsloven. Det kan imidlertid være vanskelig å kontrollere om taushetsplikt og hemmelighold blir overholdt etter at arbeidsforholdet er opphørt. [...] Dette er bakgrunnen for at arbeidsgivere for å bevare sin markedsposisjon, kan ønske å inngå konkurransebegrensende avtaler...»<sup>71</sup>*

Utfordringene ved å bevise og forhindre illojal bruk av informasjon kan vanskelig sies å ha avtatt siden avtaleloven ble vedtatt. Tvert imot har både mengden informasjon og mulighetene for å spre den økt betydelig de siste hundre årene. En skulle anta at arbeidsgivers behov for å sikre sine idéer ved bruk av konkurranseklausuler hadde økt som følge av dette. Likevel synes departementet å ha hatt et mer avslappet forhold til risikoen for illojal konkurranse på arbeidsmarkedet enn tidligere. Den endrede innstillingen gir inntrykk av at hensynet til vern av arbeidstakere ble høyere prioritert ved utformingen av reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A enn ved utformingen av avtl. § 38 andre og tredje ledd.

Vurderingen av hvor regelverket skulle plasseres indikerer også vridning av interesseavveiningen i favør av arbeidervern. Da lovforslaget ble sendt ut på høring, stilte flere høringsinstanser seg kritiske til å flytte reguleringen av konkurranseklausuler inn i arbeidsmiljøloven. Det ble blant annet påpekt fra flere hold at å plassere reglene i

---

<sup>69</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 7.

<sup>70</sup> Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade (1913) side 18 (min understreking).

<sup>71</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 8 (min understreking).

arbeidsmiljøloven ville forskyve interesseavveiningen for langt i favør av arbeidstakere.<sup>72</sup> I sin vurdering la imidlertid departementet stor vekt på behovet for å sikre arbeidstakere preseptoriske minimumsrettigheter og å begrense adgangen til å inngå konkurranseklausuler, og opprettholdt derfor forslaget om plassering av reglene i arbeidsmiljøloven.<sup>73</sup>

Reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A representerer en innsnevring av partenes avtalefrihet sammenlignet med rettstilstanden før lovendringen. Interesseavveiningen bak lovverket bærer preg av vridning i arbeidervernets favør. Også i dette tilfellet er tilsidesettelse av avtalefrihet til fordel for detaljert preseptorisk lovgivning en refleksjon av lovgivers forutsetninger om avtalepartene. Arbeidsmiljølovens regulering av konkurranseklausuler synes å være utformet på bakgrunn av en forutsetning om at de arbeidstakerne som inngår konkurranseklausuler har et sterkt behov for vern.

### 2.4.3 Reglens innhold

Resultatet av lovgivers avveininger er en todelt regulering av konkurranseklausuler. Én del av regelverket består av forhåndsdefinerte gyldighetsvilkår, mens den andre er et mer skjønnsmessig utformet vilkår om nødvendighet.

Kravet om nødvendighet fremgår av aml. § 14A-1 andre ledd, som slår fast at konkurranseklausulen bare er gyldig «så langt det er nødvendig for å ivareta arbeidsgivers særlige behov for vern mot konkurranse». Hva som er nødvendig, beror på en konkret vurdering hvor arbeidstakerens konkurransesensitive kunnskap står sentralt. Forarbeidene gjør det klart at det bare er bedriftshemmeligheter og knowhow utviklet i virksomheten som lovlig kan beskyttes.<sup>74</sup>

Nødvendighetskravet gjelder både i relasjon til konkurranseklausulens tidsmessige, forretningsmessige og geografiske utstrekning.<sup>75</sup> Det er imidlertid bare den tidsmessige utstrekningen som er undergitt en absolutt øvre grense på ett år, jf. aml. § 14A-1 andre ledd siste punktum.

---

<sup>72</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 23-24.

<sup>73</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 24.

<sup>74</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 56.

<sup>75</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 57.

Formuleringen «*så langt det er nødvendig*» innebærer at konkurranseklausulen kan settes helt eller delvis til side dersom den anses for å gå lenger enn nødvendig. I det opprinnelige lovforslaget var også kravet om særlig behov for vern ment å være et absolutt gyldighetsvilkår, men etter innvendinger om at vilkåret var for skjønnsmessig utformet til å innebære fullstendig tilsidesettelse ved brudd, ble forslaget endret.<sup>76</sup>

Slik nødvendighetsvilkåret nå er utformet, har det likhetstrekk med vilkåret om nødvendighet i avtl. § 38, som innebærer tilsidesettelse av konkurranseklausulen «*i den utstrekning*» kravet ikke er oppfylt. Forskjellen er at avtaleloven ikke inneholder noen absolutt tidsbegrensning, slik at nødvendighetsvilkåret også kan tillate at konkurranseklausulen gjelder *lengre* enn i normaltilfellene. Etter arbeidsmiljølovens modell kan nødvendighetsvilkåret bare føre til at ettårgrensen fravikes til arbeidsgivers ugunst.

For å kunne gjøre en avtalt konkurranseklausul gjeldende, er arbeidsgiver forpliktet til å gi *skriftlig redegjørelse* for «*om og i hvilken grad en konkurranseklausul vil bli gjort gjeldende*», jf. aml. § 14A-2 jf. aml. § 14A-1 sjette ledd. I den skriftlige redegjørelsen må arbeidsgiver godtgjøre sitt særlige behov for vern, jf. aml. § 14A-2 første ledd. Plikten inntreder ved forespørsel fra arbeidsgiver, eller ved oppsigelse fra en av partene i arbeidsforholdet. I sistnevnte tilfelle har arbeidsgiver en frist på fire uker. Plikten gjelder også ved avskjed, dersom bindende redegjørelse ikke allerede foreligger. Da er fristen én uke, jf. aml. § 14A-2 fjerde ledd. Redegjørelsen er som hovedregel bindende for arbeidsgiver i tre måneder, jf. aml. § 14A-2 femte ledd.

Kravet om redegjørelse gjenfinnes ikke i avtaleloven, og formålet med kravet i arbeidsmiljøloven er todelt. For det første skal det tvinge arbeidsgiver til å ta stilling til behovet for å gjøre klausulen gjeldende på det aktuelle tidspunkt, og derved begrense unødvendig bruk.<sup>77</sup> For det andre bidrar en bindende redegjørelse til forutberegnelighet for arbeidstaker.

I motsetning til avtaleloven § 38 oppstiller arbeidsmiljøloven et minstekrav til økonomisk kompensasjon for at arbeidstaker bindes av konkurranseklausulen. Arbeidstakers kompensasjonskrav reguleres av aml. § 14A-3. I utgangspunktet har arbeidstaker krav på 100 % av arbeidsvederlaget, beregnet ut fra opptjeningen det siste året før arbeidsforholdets opphør. For konkurranseklausuler som gjøres gjeldende i mindre enn tolv måneder avkortes

---

<sup>76</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 39-40.

<sup>77</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 33.



kompensasjonsplikten forholdsmessig.<sup>78</sup> Utgangspunktet om kompensasjon tilsvarende fullt arbeidsvederlag kan fravikes på to måter; for det første ved at det arbeidsvederlaget som overstiger 8 G gyldig kan kompenseres med kun 70 %, og for det andre ved at kompensasjonen i sin helhet kan begrenses til 12 G.<sup>79</sup>

Etter aml. § 14A-3 andre ledd kan det gjøres fradrag for annen arbeidsinntekt som arbeidstaker mottar eller opptjener i perioden konkurranseklausulen er virksom. Det kan gjøres fradrag krone for krone for inntil halvparten av kompensasjonen.<sup>80</sup> Adgangen til å gjøre fradrag er ment å bøte på risikoen for en betalingsplikt som oppleves urimelig for arbeidsgiver i tilfeller hvor arbeidstakeren finner godt betalt arbeid til tross for konkurranseklausulen. På den annen side er kravet på å beholde minst halvparten av kompensasjonen uavhengig av ny inntekt et insentiv for arbeidstaker til å søke nytt arbeid.<sup>81</sup> Slik ivaretas hensynet til mobilitet i arbeidsmarkedet.

I forarbeidene ble det fremhevet at en sentral begrunnelse for kompensasjonsplikten var at det er rimelig at arbeidsgiver bærer konsekvensene for «*den ulempe anvendelse av en konkurranseklausul medfører*», og da særlig «*de økonomiske kostnadene slike klausuler innebærer*».<sup>82</sup> Departementet la til grunn at arbeidstaker i alle tilfeller risikerer økonomisk tap og å måtte arbeide utenfor sitt fagfelt i konkurranseklausulens virketid, og at klausulen i verste fall ville virke som et yrkesforbud.<sup>83</sup> Departementet var på denne bakgrunn enig med LO, UNIO, YS og NITOs høringsuttalelser, som fremholdt at et kompensasjonskrav på 50 % av arbeidsvederlaget kunne innebære «*en urimelig stor økonomisk belastning for arbeidstaker*».

Høringsinstansene NHO, Virke og Finans Norge fremholdt på sin side at kompensasjonens størrelse burde være avhengig av den faktiske ulempen den enkelte konkurranseklausul påfører arbeidstaker.<sup>84</sup> Disse uttalelsene fikk ikke departementets gehør. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor konkurranseklausulen bare gjelder noen utvalgte konkurrenter, og verken

---

<sup>78</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 59.

<sup>79</sup> Det er uklart om adgangen til å fravike utgangspunktet om kompensasjon tilsvarende 100 % av arbeidsvederlaget gir arbeidsgiver rett til å begrense kompensasjonen ensidig, eller om avvikene må ha grunnlag i avtale mellom partene, se nærmere Borch (2016) side 149 og Fougner (2018) side 821.

<sup>80</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 59.

<sup>81</sup> Innst.75 L (2015-2016) side 7.

<sup>82</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 36.

<sup>83</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 36.

<sup>84</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 35.

begrenser arbeidstakerens adgang til å ta arbeid generelt eller til å fortsette innen samme fagområde. I slike tilfeller kan en økonomisk kompensasjon på minimum et halvt års arbeidsvederlag fremstå som en uforholdsmessig byrde for arbeidsgiver.

NHO påpekte i sin høringsuttalelse at en rekke konkurranseklausuler bare søker å forhindre arbeidstaker fra å handle i strid med markedsføringslovens og straffelovens forbud mot bruk av bedriftshemmeligheter og knowhow.<sup>85</sup> I slike tilfeller fant NHO det «*vanskelig å forstå at arbeidstaker skulle være berettiget til kompensasjon*», ettersom klausulen i realiteten ikke ville innebære en reell begrensning i arbeidstakers handlingsfrihet (ut over de allerede lovpålagte begrensninger).<sup>86</sup>

Regler om økonomisk kompensasjon for konkurranseklausuler kan slå urimelig ut i begge retninger, men departementet synes å ha hensyntatt risikoen for utilsiktede konsekvenser av kompensasjonskravet for arbeidstakere i større grad enn for arbeidsgivere. Også dette illustrerer at interesseavveiningen bak arbeidsmiljøloven kapittel 14A heller i retning av arbeidervern.

## 2.5 Sammenfatning

I avtaleretten er utgangspunktene at avtaler er gyldige og skal holdes, med mindre det foreligger et særskilt grunnlag for ugyldighet. Utgangspunktene er basert på avtalerettens ideelle forutsetninger om at partene er jevnbyrdige og har en fri og opplyst vilje som kommer til uttrykk i partenes dispositive utsagn. Ugyldighet er først og fremst knyttet til tilfeller hvor de ideelle forutsetningene om partene brister.

Avtaleloven § 38 første ledd var opprinnelig forankret i avtalerettens ideelle forutsetninger om partene. Etter hvert fikk likevel de arbeidsrettslige forutsetningene om ujevnt styrkeforhold og behov for beskyttelse av den svake part stor innflytelse på regelens innhold. Bestemmelsens rent arbeidsrettslige preg er imidlertid løftet ut og overført til reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A. Det rettslige utgangspunktet i avtl. § 38 er igjen forankret i avtalerettslige hensyn, og utgangspunktet for vurderingen er at konkurranseklausulen er gyldig. Bestemmelsen er likevel endringsdyktig som følge av at vilkårene er skjønnsmessig utformet, og det er grunn til å anta at arbeidsrettslige hensyn vil ha betydning på regelens innhold i tilfeller som grenser til arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

---

<sup>85</sup> NHOs Høringsuttalelse side 8.

<sup>86</sup> NHOs Høringsuttalelse side 8.

I arbeidsretten reguleres avtaler mellom partene strengere enn i alminnelig avtalerett, gjerne gjennom positiverte innholds- og formkrav til avtalen. Det endrede utgangspunktet har sammenheng med at partene i arbeidsforholdet – arbeidsgiver og arbeidstaker – forutsettes å ha et ujevnt styrkeforhold, som fører til at arbeidstakers avtalefrihet ikke er reell.

Ved utformingen av arbeidsmiljøloven kapittel 14A ble de vernehensyn som tidligere var sentrale i avtl. § 38 gitt større vekt, og reglene innebærer innstramming av den tidligere rettstilstanden. Reglene tar utgangspunkt i at avtalepartene står i et ujevnt styrkeforhold, og innskrenker derfor partenes avtalefrihet. Løsningen som følger av regelverket er tilpasset situasjonen i alminnelige arbeidsforhold, og det kan være risiko for utilsiktede virkninger dersom reglene benyttes utenfor slike tilfeller.

## 3 Er den forpliktete «arbeidstaker»?

### 3.1 Oversikt

I kapittel 3 tar jeg for meg spørsmålet om hvorvidt den forpliktete er «arbeidstaker» i relasjon til reglene om konkurranseklausuler i arbeidsmiljøloven kapittel 14A. Som nevnt innledningsvis, forutsetter jeg at den forpliktete både har en arbeidsrelasjon til og er aksjonær i samme selskap. Jeg forutsetter også at konkurranseklausulen er inntatt i en aksjonæravtale. At den forpliktete anses som «arbeidstaker» er en nødvendig forutsetning for anvendelse av kapitlets regler, jf. aml. § 14A-1 første ledd.

I punkt 3.2 presenterer jeg de alminnelige utgangspunktene for arbeidstakerbegrepet og hvordan grensetilfeller normalt vurderes. Momentene og utgangspunktene som gjør seg gjeldende i normalsituasjoner vil danne rammeverket for vurderingen av avhandlingens typetilfelle.

I punkt 3.3 viser jeg hvorfor den forpliktedes rolle som aksjonær er relevant for klassifiseringen av arbeidsrelasjonen, og hvilke relevante vurderingsmomenter som springer ut av aksjonærrollen.

I punkt 3.4 tar jeg for meg den samlede helhetsvurderingen av de ulike relevante faktorene som gjør seg gjeldende i avhandlingens typetilfelle. Jeg spør også hva som er terskelen for å anvende arbeidsmiljøloven kapittel 14A på avhandlingens typetilfelle, og søker å gi generelle retningslinjer for hvor en slik terskel ligger.

### 3.2 Arbeidstakerbegrepet i normalsituasjoner

#### 3.2.1 Grunnleggende utgangspunkter

Arbeidsmiljøloven gir et vidt spekter av rettigheter. Rettighetskatalogen har en felles inngangsport; man må omfattes av lovens arbeidstakerbegrep. Begrepet er definert i aml. § 1-8 første ledd, som slår fast at «i denne lov» kvalifiserer «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste» til å være «arbeidstaker». Definisjonen kan deles inn to hovedelementer.

For det første må vedkommende falle inn under kategorien «enhver som utfører arbeid». Ordet «enhver» innebærer etter naturlig språkforståelse ingen avgrensning. Lest i sammenheng med lovens formålsbestemmelse i aml. § 1-1, samt karakteren av de rettigheter som tilkjennes arbeidstakere i loven, er det imidlertid klart at bestemmelsen bare sikter til fysiske personer.

Videre må den fysiske personen utføre «*arbeid*». Begrepet rommer mange typetilfeller som man intuitivt vil gjenkjenne som arbeid, men den store variasjonen i begrepets innhold gjør det vanskelig å trekke ut definerbare egenskaper som kan brukes til å avgrense det. Arbeidsbegrepet favner vidt, og i de fleste tilfeller vil det være åpenbart om personen utfører arbeid eller ikke. Jeg går derfor ikke nærmere inn på det.

Grunnvilkåret om «*enhver som utfører arbeid*» består av vide begreper, og vil i seg selv neppe utelukke tilfeller som oppfyller definisjonens øvrige vilkår. Jeg legger i det videre til grunn at vilkåret er oppfylt.

Å utføre arbeid er imidlertid ikke tilstrekkelig. Selvstendige oppdragstakere kan utføre tilsvarende arbeidsoppgaver som arbeidstakere, men faller likevel utenfor definisjonen.<sup>87</sup> Arbeidstakerdefinisjonens andre hovedelement er nemlig at arbeidet utføres «*i annens tjeneste*». At arbeidet utføres i en annens «*tjeneste*» indikerer for det første at arbeidet utføres i en annens interesse, og for det andre at det utføres i rollen som underordnet.

Ordet «*annen*» må leses i sammenheng med definisjonen av «*arbeidsgiver*» i aml. § 1-8 andre ledd. Arbeidsgiver er den som har ansatt arbeidstaker «*for å utføre arbeid i sin tjeneste*». Definisjonene utgjør et gjensidig avhengig begrepspar, og viser at den «*annen*» i arbeidstakerbegrepets definisjon er «*arbeidsgiver*».<sup>88</sup> For å være arbeidstaker må man altså utføre arbeid som en arbeidsgivers underordnet. Forarbeidene bekrefter dette, og slår fast at arbeidstakeren karakteriseres av sin avhengige stilling i forhold til arbeidsgiver, og sistnevntes styringsrett i arbeidsforholdet.<sup>89</sup>

Arbeidsgiverdefinisjonen i aml. § 1-8 andre ledd gir ytterligere veiledning til definisjonen av «*arbeidstaker*», ved å slå fast at partene er tilknyttet ved at arbeidsgiver «*har ansatt*» arbeidstakeren. Dette indikerer at arbeidet må skje med grunnlag i en avtaletilknytning. Et avtaleforhold er også forutsatt i forarbeidene til arbeidstakerdefinisjonen, som omtaler tilknytningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som «*avtaleforholdet*».<sup>90</sup> Arbeid utført med grunnlag i tillitsverv, offentligrettslig plikt, hjemmel i lov eller idømt samfunnstjeneste må

---

<sup>87</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

<sup>88</sup> Hotvedt (2016) side 140.

<sup>89</sup> Hotvedt (2016) side 140.

<sup>90</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

holdes utenfor.<sup>91</sup> Hotvedt viser til at arbeidsavtalen er et felles inngangsvilkår for arbeidstaker- og arbeidsgiverdefinisjonene.<sup>92</sup>

Arbeidsavtalen er det avtaleforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker hvor arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver.<sup>93</sup> Arbeidsgiver gis styringsrett over arbeidsinnsatsen, og kan styre denne til å tjene sine interesser. Arbeidstakerens plikt til å tjene arbeidsgivers interesser og underordne seg arbeidsgivers ledelse stiller vedkommende i arbeidsgivers «*tjeneste*». Det viser at vurderingen av «*arbeidstaker*»-definisjonen i aml. § 1-8 første ledd først og fremst knytter seg til egenskaper ved arbeidsavtalen. Dette fremgår også av forarbeidene, som slår fast at en person er arbeidstaker dersom «*tilknytningen til arbeidsgiver reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold*».<sup>94</sup> Det er altså arbeidsrelasjonens karakter som er gjenstand for vurdering.

I vurderingen av arbeidstakerbegrepet stilles som utgangspunkt ikke noe krav om at arbeidsavtalen skal være skriftlig nedtegnet. Skriftlighetskravet i aml. § 14-5 første ledd er en plikt som pålegges arbeidsgiver først etter at arbeidsforholdet er inngått.<sup>95</sup> I spørsmålet om hvordan avtaleforholdet skal klassifiseres, gjelder det avtalerettslige utgangspunktet om formfrihet. Dette utgangspunktet kan begrunnes i lovens preseptoriske karakter, jf. aml. § 1-9. En underlegen arbeidstaker som er avhengig av å få jobben kan lett tenkes å gå med på å basere arbeidsforholdet på en formløs tilknytning. Å kreve skriftlighet for å anvende arbeidstakerbegrepet i slike tilfeller ville la arbeidsgiver utnytte sitt maktovertak til å unnsnippe reguleringen som søker å utjevne styrkeforholdet. Vernehensyn taler klart for at slik utnyttelse må unngås.

### **3.2.2 Grensedragningen i tvilstilfeller – de etablerte momentene**

I de fleste praktiske tilfeller vil det ikke være tvil om hvorvidt tilknytningen mellom to parter er et arbeidsforhold. Det vanlige er å inngå arbeidsavtalen skriftlig, og å definere avtalepartene som henholdsvis arbeidstaker og arbeidsgiver. Som regel vil det da være nærliggende å legge

---

<sup>91</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

<sup>92</sup> Hotvedt (2016) side 155.

<sup>93</sup> Jakhelln (2006) side 26.

<sup>94</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

<sup>95</sup> Hotvedt (2016) side 152-153.

partenes egen klassifisering av forholdet til grunn, fordi hensynet til partenes avtalefrihet og hensynet til vern av arbeidstakeren taler for samme løsning.

Tvil om klassifiseringen av tilknytningsforholdet oppstår oftest fordi partene har inngått en skriftlig avtale og selv definert forholdet som noe annet enn et arbeidsforhold, eller fordi partene har unnlatt å formalisere arbeidsrelasjonen overhodet. Det kan i noen tilfeller også være grunn til å se bort fra at avtalepartene har definert seg inn i arbeidsmiljølovens definisjoner, dersom klassifiseringen får rettsvirkninger overfor tredjeparter. Jeg kommer tilbake til dette sistnevnte tilfellet i punkt 3.4.4. Samtlige av disse tvilstilfellene kan være relevante for avhandlingen.

I det videre forutsetter jeg derfor ikke annet enn at den forpliktete og selskapet har en arbeidsrelasjon som potensielt kan klassifiseres som et arbeidsforhold. Jeg forutsetter ikke at partene har inngått en skriftlig arbeidsavtale.

Klassifiseringen av forholdet beror på en helhetsvurdering, og det er den underliggende realiteten som er utslagsgivende.<sup>96</sup> Formålet med vurderingen er å omfatte alle som reelt sett har behov for arbeidsmiljølovens vern.<sup>97,98</sup> På bakgrunn av dette formålet er det lagt til grunn at arbeidstakerbegrepet skal tolkes vidt.<sup>99</sup>

Til klassifiseringen av avtaleforholdet oppstiller forarbeidene en liste over syv momenter som «*kan tale for*» at det foreligger et arbeidsforhold:<sup>100</sup>

- *«Arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og kan ikke bruke medhjelpere for egen regning*
- *Arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet*

---

<sup>96</sup> Rt. 2013 s. 342 (Beredskapshjem) premiss 44.

<sup>97</sup> Rt. 2013 s. 354 (Avlasterdøm I) premiss 39.

<sup>98</sup> Hotvedt (2016) side 355.

<sup>99</sup> Rt. 1984 s. 1044 (Tupperware) side 1048.

<sup>100</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

- *Arbeidsgiveren stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse*
- *Arbeidsgiveren bærer risikoen for arbeidsresultatet*
- *Arbeidstakeren får vederlag i en eller annen form for lønn*
- *Tilknytningsforholdet mellom partene har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister*
- *Det arbeides hovedsakelig for én oppdragsgiver»*

Listen er en sammenstilling av momenter som har blitt utarbeidet i rettspraksis, og baserer seg på grensedragningen mot selvstendige oppdragstakere.<sup>101</sup> Jeg refererer heretter til momentene på denne listen som de «etablerte momentene».

Etterfølgende rettspraksis viser at de etablerte momentene har vært styrende for vurderingen. Både i Rt. 2013 s. 342 (Beredskapshjem), Rt. 2013 s. 354 (Avlasterdom I) og HR-2016-1366-A (Avlasterdom II) tok Høyesterett utgangspunkt i de etablerte momentene. I juridisk teori synes det å være en viss enighet om at de to første momentene på listen – personlig arbeidsplikt og underordningsplikt (motstykket til arbeidsgivers styringsrett) – er særlig tungtveiende i vurderingen.<sup>102</sup>

### **3.2.3 Hva gjør de etablerte momentene relevante i grensedragningen?**

I det at de etablerte momentene «*kan tale for*» et arbeidsforhold, ligger at de ikke er obligatoriske. Det er kun snakk om forhold som kan være «*en rettesnor for vurderingen*».<sup>103</sup> Listen er heller ikke uttømmende, og dersom andre vurderingsmomenter gjør seg gjeldende, vil også disse måtte trekkes inn.<sup>104</sup> Høyesterett har slått fast at andre momenter etter forholdene

---

<sup>101</sup> NOU 2004:5 side 154.

<sup>102</sup> Hotvedt (2016) side 351 med videre henvisninger, se også side 357 hvor momentene trekkes fram som de «*klart mest sentrale momentene*».

<sup>103</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

<sup>104</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.



kan bli tillagt adskillig vekt.<sup>105</sup> I prinsippet kan man derfor måtte basere vurderingen på helt andre momenter enn de etablerte.

En slik situasjon vil være mer aktuell jo større forskjell det er mellom tilfellet som skal vurderes og den tradisjonelle grensedragningen mot selvstendige oppdragstakere. I slike tilfeller må rettsanvenderen både ta stilling til hvilke momenter som skal vektlegges, og hvilken vekt det enkelte moment skal gis i vurderingen. Spørsmålet i det følgende er etter hvilke kriterier denne utvelgelsen skal skje.

Det gis ingen klare føringer verken i lov eller forarbeider for utvelgelsen av relevante momenter ut over de etablerte. Helhetsvurderingens sentrale vurderingstema; om tilknytningsforholdet *«reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold»*,<sup>106</sup> sammenholdt med vurderingens formål om å fange opp de individer som har behov for lovens vern, gir imidlertid noe veiledning. Forarbeidene fremhever at ansettelsesforholdet karakteriseres av arbeidstakers økonomiske og organisatoriske avhengighetsforhold til arbeidsgiver.<sup>107</sup> Det er dette avhengighetsforholdet som skaper behovet for vern, og som derved begrunner anvendelsen av preseptorisk vernelovgivning.<sup>108</sup>

En gjennomgang av de etablerte momentene viser at det nettopp er arbeidstakers avhengighet som avdekkes når momentene anvendes. Arbeidstakerens organisatoriske avhengighet kommer til uttrykk gjennom motstykket til arbeidsgiverens styringsrett, nemlig at *«[a]rbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet»*.

Den økonomiske siden av avhengighetsforholdet gjenspeiles i at *«arbeidstakeren får vederlag i en eller annen form for lønn»* sammenholdt med at *«[d]et arbeides hovedsakelig for én arbeidsgiver»*. Tilstedeværelsen av de to sistnevnte momenter gjør den ansatte økonomisk avhengig ved at én arbeidsgiver er vedkommendes primære inntektskilde. Dersom tilknytningsforholdet *«har en noenlunde stabil karakter, og er oppsigelig med bestemte frister»*, forsterkes den ansattes økonomiske avhengighetssituasjon ytterligere fordi vedkommende har grunn til å innrette seg etter at forholdet vil vedvare.

---

<sup>105</sup> Rt. 2013 s. 342 (Beredskapshjem) premiss 46.

<sup>106</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

<sup>107</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

<sup>108</sup> Hotvedt (2016) side 355.

Listens første moment, personlig arbeidsplikt, kan være indikativt for både økonomisk og organisatorisk avhengighet. Arbeidsgivers styringsrett er en sentral del av det organisatoriske avhengighetsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Styringsretten går i korthet ut på at arbeidsgiver har rett til å «*organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet*».<sup>109</sup> Manglende personlig arbeidsplikt bryter med forutsetningen om at styringsretten over arbeidet ligger til arbeidsgiver, fordi en rett til å sette andre arbeidere inn i sitt sted, eller sette deler av arbeidet ut til andre ikke bare griper inn styringsretten, men også overfører deler av denne til arbeidstaker.

Videre vil den ansatte i fravær av (praktisert) personlig arbeidsplikt delvis måtte tre inn i rollen som lønnsbetaler. Å betale lønn til egne medarbeidere kan vanskelig gjennomføres på en typisk årslønn, og fordrer derfor at den ansatte rår over økonomiske ressurser langt ut over det som er forenlig med å være økonomisk avhengig av en arbeidsgiver for eget livsopphold. En slik delvis overtagelse av både styringsrett og lønnsutbetaling røkkes ved forutsetningen om et avhengighets- og underordningsforhold.

På denne bakgrunn er også momentet personlig arbeidsplikt tett knyttet til arbeidstakerens avhengighet til arbeidsgiver. Hotvedt har i sin fremstilling valgt å rubrisere momentet som en tredje bestanddel av arbeidstakerens avhengighetsforhold, kalt personlig avhengighet.<sup>110</sup> For denne avhandlingens formål er det ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt personlig arbeidsplikt er en selvstendig del av arbeidstakerens avhengighetsforhold eller kun et forhold som er egnet til å belyse det. Konklusjonen er uansett at også dette momentet belyser hvorvidt arbeidstakeren står i et avhengighetsforhold til arbeidsgiver.

De to siste momentene på listen relaterer seg til risikofordelingen i arbeidsavtalen; at arbeidsgiver stiller til rådighet de nødvendige lokaler og utstyr, og at arbeidsgiver bærer risikoen for arbeidsresultatet. Dersom disse momentene er til stede, bærer arbeidsgiver store deler av den økonomiske risikoen ved virksomheten. En slik risikoforskyvning er klart nok gunstig for den ansatte, og kan derfor vanskelig sies å bidra direkte til arbeidstakerens avhengighetsforhold.

På den annen side fremstår denne risikofordelingen som en nødvendig og integrert del av arbeidsavtalens modell. Arbeidstakeren aksepterer å gå inn i en underordnet stilling nettopp

---

<sup>109</sup> Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) side 1609.

<sup>110</sup> Hotvedt (2016) side 355.

fordi arbeidsgiveren tilbyr sikre rammer, hvor arbeidstakeren kan yte sin arbeidskraft mot et forutberegnelig vederlag. For å kunne tilby arbeidstakeren slike rammer er det nødvendig at arbeidsgiveren bærer risikoen for at arbeidskraften leder til økonomisk gevinst.

Samtidig er det nettopp arbeidsgiverens risiko for resultatet av arbeidet som begrunner styringsretten over arbeidstakers arbeidskraft. Også Jakhelln ser de risikorelaterte momentene på denne måten.<sup>111</sup> Samlet sett er også arbeidsgivers påtakelse av den økonomiske risikoen ved virksomheten et forhold som underbygger eksistensen av et avhengighetsforhold, fordi risikofordelingen etablerer premisset for arbeidstakerens underordning.

Gjennomgangen ovenfor viser at de etablerte momentene deler den felles egenskap at de avdekker om den ansatte står i et avhengighets- og underordningsforhold til arbeidsgiver. Det taler for at den relevante målestokken for om en faktisk omstendighet skal vektlegges som moment i grensedragningen er om, og i hvilken grad, omstendigheten belyser underordnings- og avhengighetsforholdet mellom partene.

### **3.2.4 Sammenfatning**

Hittil har jeg gjennomgått de alminnelige utgangspunktene for definisjonen av arbeidstakerbegrepet i aml. § 1-8 første ledd. Jeg har vist at grensedragningen i tvilstilfeller normalt beror på syv etablerte vurderingsmomenter, men at denne listen over momenter må tilpasses den konkrete situasjonen – for eksempel ved å inkludere forhold knyttet til at den ansatte også er aksjonær. Slike øvrige forhold er relevante å trekke inn i vurderingen dersom de belyser underordnings- og avhengighetsforholdet mellom partene i arbeidsrelasjonen.

## **3.3 Arbeidstakerbegrepet i aksjonærtifeller**

### **3.3.1 Utgangspunkter**

Selskapets aksjonærer utgjør sammen generalforsamlingen, som er selskapets øverste myndighet, jf. asl. § 5-1. Bestemmelsen gir en negativ avgrensning av generalforsamlingens myndighet. Dette innebærer at generalforsamlingen kan avgjøre alle saker som ikke hører under noen av selskapets øvrige organer.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Jakhelln (2011) side 63.

<sup>112</sup> Andenæs (2016) side 284.

Generalforsamlingen kan med enkelte unntak gi rettslig bindende instruksjoner om underordnede selskapsorganers myndighetsutøvelse, eller velge å treffe avgjørelsen selv.<sup>113</sup> Generalforsamlingen bestemmer også hvem som skal sitte i selskapets styre, jf. asl. § 6-3 første ledd, og hvem som skal lede det, jf. asl. § 6-1 andre ledd. Det er vanligvis styret som ansetter daglig leder, men dersom det bestemmes i vedtektene, kan generalforsamlingen også ta denne avgjørelsen direkte, jf. asl. § 6-2 andre ledd.

Generalforsamlingens myndighet gir muligheter til å øve innflytelse på aksjeselskapet, og derigjennom på den enkelte arbeidsrelasjon. Dersom den enkelte aksjonær står i posisjon til å styre generalforsamlingens beslutninger, kan vedkommende dermed påvirke sin egen arbeidsrelasjon ovenfra og ned – fra arbeidsgiversiden.

En slik mulighet til påvirkning har betydning for om aksjonæren reelt sett står i et avhengighetsforhold til selskapet. Det taler for at en aksjonær med tilstrekkelig evne til å øve innflytelse på selskapet ikke skal anses som «*arbeidstaker*» i arbeidsmiljølovens forstand.

Samtidig er det klare selskapsrettslige utgangspunkt at det ikke foretas noen identifikasjon mellom selskapet og dets aksjonærer.<sup>114</sup> På bakgrunn av dette utgangspunktet peker Ulseth på at det er prinsipielt forenlig å være både eier av, og arbeidstaker i, det samme selskapet.<sup>115</sup>

Hun anfører at dersom aksjonæren ikke anses som arbeidstaker på grunn av sitt aksjeeierskap, «*innebærer det i realiteten en identifikasjon av selskapet og eier*».<sup>116</sup> Hun viser til at en slik identifikasjon krever en begrunnelse.<sup>117</sup> I relasjon til spørsmålet om stillingsvern for daglig leder peker hun på to begrunnelser for slik identifikasjon; for det første at arbeidsmiljølovens regler ikke egner seg til å løse konflikter som reelt sett står mellom aksjonærer, og for det andre at valget av selskapsform i noen tilfeller kan være tilfeldig.<sup>118</sup>

Jeg er ikke enig med Ulseth i at en identifikasjon mellom selskap og aksjonær er nødvendig for å havne utenfor arbeidstakerbegrepet. Hennes resonnement synes å bygge på at aksjonæren i

---

<sup>113</sup> Andenæs (2016) side 284.

<sup>114</sup> Andenæs (2016) side 36.

<sup>115</sup> Ulseth (2006) side 97.

<sup>116</sup> Ulseth (2006) side 97.

<sup>117</sup> Ulseth (2006) side 97.

<sup>118</sup> Ulseth (2006) side 98.

kraft av sitt eierskap ikke regnes for å stå i «*annens*» tjeneste, jf. aml. § 1-8 første ledd. Det sentrale synes imidlertid å være om aksjonæren regnes for å stå i selskapets «*tjeneste*». Vurderingen går da ut på om aksjonæren reelt sett står i et avhengighetsforhold som begrunner vern, og ikke om aksjonæren er sin egen arbeidsgiver.

Uavhengig av spørsmålet om identifikasjon mellom selskap og aksjonær, viser rettspraksis at selskapsrettens utgangspunkt ikke er en prinsipiell hindring for at arbeidende aksjonærer kan falle utenfor arbeidstakerbegrepet på grunn av sitt aksjeeierskap. Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpress) er et eksempel som er fremhevet gjentatte ganger i teorien.<sup>119</sup>

Dommen gjaldt krav fra aksjeselskapet Norsk Stålpress AS mot Rikstrygdeverket om refusjon for feriegodtgjørelse for den femte ferieuken til selskapets daglige leder, som også eide over halvparten av aksjene i selskapet og var styremedlem. Det sentrale spørsmålet i saken var om vedkommende var arbeidstaker i ferielovens<sup>120</sup> forstand. Høyesterett la til grunn at «*et arbeidsmessig avhengighetsforhold generelt må være forutsetningen for at en person skal gå inn under ferielovens bestemmelser og anses som arbeidstaker i lovens forstand*».<sup>121,122</sup>

Høyesterett kom til at den daglige lederen ikke sto i et arbeidsmessig avhengighetsforhold, og at han derfor ikke var arbeidstaker i lovens forstand, fordi han «*i det alt vesentlige hadde styring over selskapet*».<sup>123</sup> Som begrunnelse for sitt standpunkt trakk Høyesterett frem flere konkrete forhold av betydning for den daglige lederens innflytelse på selskapet. De fleste av disse var utledet av hans rolle som aksjonær.

Høyesterett pekte på at den daglige lederen eide 54,8 % av aksjene i selskapet, og at de resterende aksjene var fordelt på 72 aksjonærer med små aksjeposter. I tillegg at vedtektene ikke inneholdt noen stemmerettsbegrensninger, slik at den daglige lederens aksjer gav ham alminnelig flertall ved avstemninger. I motsatt retning ble det trukket frem at han ikke hadde

---

<sup>119</sup> Se for eksempel Jakhelln (2006) side 31, Hotvedt (2016) side 391 flg. og Ulseth (2006) side 99.

<sup>120</sup> Dagjeldende ferielov, lov 14. november 1947 nr. 14 om ferie.

<sup>121</sup> Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpress) side 1324.

<sup>122</sup> Denne generelle uttalelsen er relevant også for arbeidsmiljølovens definisjon av «*arbeidstaker*», ettersom ferie- og arbeidsmiljølovenes definisjoner av begrepet er likelydende og gjennomgående blir antatt å ha det samme innhold, jf. for eksempel Rt. 1984 s. 1044 (Tupperware) side 1048.

<sup>123</sup> Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpress) side 1324.

det to tredjedels flertall som kreves for å endre selskapets vedtekter. Det ble også fremhevet at han var ett av syv medlemmer i selskapets styre.

Dommen viser at aksjonærens innflytelse i kraft av forvaltningsrettighetene som følger av å eie aksjer er relevant i vurderingen av arbeidstakerbegrepet fordi innflytelsen har betydning for spørsmålet om avhengighet. Spørsmålet videre er hvilke forhold som er relevante i vurderingen av aksjonærens innflytelse over selskapet.

### **3.3.2 Aksjonærens innflytelse i kraft av forvaltningsrettigheter**

#### **3.3.2.1 Innledning**

Aksjonærens innflytelse i kraft av forvaltningsrettigheter belyser underordnings- og avhengighetsforholdet mellom partene, og er derfor relevant som moment i vurderingen av arbeidstakerbegrepet. Graden av innflytelse den enkelte aksjonær har, er imidlertid et sammensatt spørsmål som beror på en rekke variabler. Jeg skal i det videre forsøke å peke på de forholdene som har størst betydning for aksjonærens innflytelse i kraft av forvaltningsrettigheter. Disse forholdene vil i seg selv være relevante momenter i grensedragningen etter aml. § 1-8 første ledd.

I juridisk teori er det Ulseth som har behandlet spørsmålet om innflytelse i kraft av aksjeeierskap mest inngående.<sup>124</sup> Hennes fremstilling danner sammen med Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpres) et naturlig utgangspunkt for min gjennomgang nedenfor.

#### **3.3.2.2 Eierandel**

Generalforsamlingens beslutninger treffes ved avstemning. Aksjelovens utgangspunkt er at generalforsamlingens beslutninger treffes ved alminnelig flertall, jf. asl. § 5-17 første ledd. Ved avstemning er lovens utgangspunkt at hver aksje gir én stemme, jf. asl. § 5-3 første ledd. Aksjonærens eierandel av aksjene danner derfor det naturlige utgangspunktet for vurderingen av innflytelse i kraft av forvaltningsrettigheter.

Ulseth legger på bakgrunn av Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpres) til grunn at terskelen for å unntas fra arbeidstakerbegrepet er at aksjonæren har den vesentlige styringen over selskapet.<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup> Ulseth (2006) side 110 flg.

<sup>125</sup> Ulseth (2006) side 110.

Hun har vurdert hvilken eierandel som kreves for i seg selv å være tilstrekkelig for å falle utenfor arbeidstakerbegrepet etter denne terskelen.<sup>126</sup>

En aksjonær som har over to tredjedeler av aksjene i selskapet, kan ta alle vesentlige beslutninger i selskapet, herunder endre selskapets vedtekter, jf. asl. § 5-18 første ledd.<sup>127</sup> Ulseth mener at det da er «*opplagt at hun [aksjonæren] ikke anses som arbeidstaker*».<sup>128</sup> Hun tar videre til orde for at aksjonærer som eier over halvparten av aksjene som utgangspunkt faller utenfor arbeidstakerbegrepet.<sup>129</sup> Hun utelukker heller ikke at eierandeler under 50 % kan være tilstrekkelig.

Hvorvidt de samme tersklene kan legges til grunn i spørsmålet om den forpliktete aksjonæren er arbeidstaker, er imidlertid ikke klart. Ulseths vurdering tar utgangspunkt i at reglene det er spørsmål om å anvende, er arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler.<sup>130</sup> Det er ikke gitt at terskelen for hvilken innflytelse som kreves er den samme i relasjon til reglene om konkurranseklausuler i arbeidsmiljøloven kapittel 14A, se punkt 3.4.3 nedenfor.

Hotvedt legger på sin side til grunn at «*arbeidspersonens styring gjennom en dominerende eierandel ikke er tilstrekkelig til å utelukke en arbeidsavtale*».<sup>131</sup> Hun viser særlig til dommen inntatt i Rt. 2010 s. 93 (Skogsarbeider), hvor en skogsarbeider som var eneste ansatte i sitt heleide aksjeselskap hvor han også var enestyre, ble ansett for å være arbeidstaker etter yrkesskadeforsikringsloven § 7. Hotvedt viser til at skogsarbeideren, i motsetning til den daglige lederen i Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpres),<sup>132</sup> hadde konkret behov for vernet etter bestemmelsen det gjaldt.<sup>133</sup> Eksemplene som trekkes frem av Hotvedt viser at eierandel ikke alene kan diskvalifisere noen fra å omfattes av arbeidstakerbegrepet. Det må derfor foretas en helhetlig vurdering.

---

<sup>126</sup> Ulseth (2006) side 112.

<sup>127</sup> Ulseth (2006) side 112.

<sup>128</sup> Ulseth (2006) side 112.

<sup>129</sup> Ulseth (2006) side 112.

<sup>130</sup> Ulseth (2006) side 112.

<sup>131</sup> Hotvedt (2016) side 395.

<sup>132</sup> I Hotvedt (2016) omtales dommen som «Majoritetseier», se side 392.

<sup>133</sup> Hotvedt (2016) side 395.

Den forpliktede aksjonærens eierandel må blant annet ses i sammenheng med hvordan de øvrige aksjene i selskapet er fordelt. I Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpress) trakk Høyesterett frem at de øvrige aksjene i selskapet var fordelt på 72 aksjonærer. Ulseth viser også til at graden av spredning av aksjer har betydning for aksjonærens innflytelse.<sup>134</sup> En aksjonær som eier 30 % av aksjene i et selskap hvor de resterende aksjene er fordelt slik at ingen andre eier over en prosent, har større faktisk innflytelse over selskapet enn en aksjonær som eier 49 % av aksjene i et selskap hvor de resterende 51 % av aksjene eies av én annen person.

Likevel er den forpliktedes eierandel et sentralt moment i vurderingen av innflytelsen i kraft av forvaltningsrettigheter, og dermed i vurderingen av om den forpliktede er «arbeidstaker» eller ikke. Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpress) viser at en eierandel på over halvparten vil danne et utgangspunkt om at den forpliktede ikke omfattes av arbeidstakerbegrepet.

### **3.3.2.3 Reguleringer i vedtektene**

Reguleringer i selskapets vedtekter kan ha betydning for den forpliktedes faktiske innflytelse på generalforsamlingen.

For det første kan stemmerettsbegrensninger i vedtektene føre til unntak fra utgangspunktet om at stemmeretten samsvarer med eierandelen. Vedtektene kan for eksempel dele aksjene i flere aksjeklasser, og bestemme at en av aksjeklassene ikke har stemmerett.<sup>135</sup> Eventuelt kan vedtektsbestemmelsen gå ut på at en enkelt aksjonær bare kan avgi et visst antall stemmer, eller at kun aksjonærer med en viss eierandel har lov til å stemme.<sup>136</sup> Slike vedtektsbestemmelser kan medføre at eierandelen i seg selv blir misvisende for aksjonærens forvaltningsrettigheter. Konsekvensen av eventuelle stemmerettsbegrensninger i vedtektene må imidlertid vurderes konkret.

For det andre kan vedtektene fastsette flertallskrav som avviker fra aksjelovens utgangspunkt om alminnelig flertall i asl. § 5-17, jf. asl. § 5-17 tredje ledd. Slike bestemmelser i vedtektene kan ha betydning dersom aksjonæren eier aksjer som gir alminnelig flertall, mens vedtektene eksempelvis krever to tredjedels flertall for den aktuelle beslutning.

---

<sup>134</sup> Ulseth (2006) side 114.

<sup>135</sup> Andenæs (2016) side 292.

<sup>136</sup> Andenæs (2016) side 289.



### **3.3.2.4 Regulering i aksjonæravtale**

En av de primære formålene med inngåelse av aksjonæravtaler er å regulere utøvelsen av partenes forvaltningsrettigheter i større grad enn det som er tillatt i selskapets vedtekter.<sup>137</sup>

I aksjonæravtaler kan partene inngå stemmerettsavtaler som forplikter partene til å utøve stemmeretten på generalforsamlingen på nærmere bestemte måter.<sup>138</sup> I motsetning til stemmerettsbegrensninger i selskapets vedtekter, berører ikke aksjonæravtalen de faktiske forvaltningsrettighetene som følger med aksjene. Aksjonærene har sine opprinnelige forvaltningsrettigheter i behold, men forplikter seg inter partes til å utøve disse på nærmere bestemte måter.

Stemmerettsavtaler kan forplikte aksjonærene til å stemme for et bestemt resultat, eller til å avstå fra å stemme i enkelte saker (eller generelt).<sup>139</sup> Stemmerettsavtaler har på denne måten betydning for den enkelte aksjonærs reelle innflytelse på generalforsamlingens beslutninger.

Innflytelsen behøver ikke å samsvare med partenes forvaltningsrettigheter i kraft av aksjelovgivningen. En aksjonær som har bundet seg til alltid å stemme i samsvar med sine medkontrahenter har ingen reell innflytelse i kraft av egne forvaltningsrettigheter. På den annen side kan den samme aksjonæren ha innflytelse som overstiger egne forvaltningsrettigheter dersom vedkommende leder en aksjonærgruppering som har avtalt å stemme i samsvar med gruppens leder.

### **3.3.3 Andre forhold ved aksjonærer**

#### **3.3.3.1 Innledning**

Hittil i kapittel 3 har jeg gjennomgått to utgangspunkter for grensedragningen av arbeidstakerbegrepet i aml. § 1-8. For det første har jeg sett på normalsituasjonen, hvor vurderingen knytter seg til en klassifisering av arbeidsavtalen, det vil si den avtalerettslige tilknytningen som ligger til grunn for arbeidsrelasjonen mellom den forpliktete og selskapet. For det andre har jeg sett på muligheten for å gjøre unntak fra arbeidstakerbegrepet på grunn av den innflytelsen aksjonæren har i kraft av forvaltningsrettigheter i selskapet.

---

<sup>137</sup> Woxholth, Jannik (2017) side 27.

<sup>138</sup> Woxholth, Jannik (2017) side 92.

<sup>139</sup> Woxholth, Jannik (2017) side 92.

I det følgende vil jeg peke på forhold ved aksjonærer som faller utenfor vurderingstema i de to foregående kategoriene, men som likevel kan ha betydning i en samlet vurdering av om den forpliktete aksjonæren faller inn under arbeidstakerbegrepet. Vurderingstema er fremdeles om forholdene belyser underordnings- og avhengighetsforholdet mellom partene.

### 3.3.3.2 Styremedlemskap

Selskapets styre er mer direkte involvert i den daglige ledelsen av selskapet enn generalforsamlingen. Styret er ansvarlig for forvaltningen av selskapet, jf. asl. § 6-12 første ledd. Det er som utgangspunkt styret som ansetter daglig leder, jf. asl. § 6-2 andre ledd. Styret fører også tilsyn med den daglige ledelsen av selskapet, og kan gi bindende instruksjoner til daglig leder, jf. asl. § 6-13. Andenæs påpeker at:

*«Styret kan i alle spørsmål gripe inn når og hvordan det måtte ønske. Styret vil normalt handle via pålegg til daglig leder, men står rettslig sett fritt til å gå utenom vanlig tjenestevei direkte til den enkelte ansatte.»<sup>140</sup>*

Styret kan altså øve betydelig innflytelse over den daglige ledelsen av selskapet. Styrets beslutninger treffes ved avstemning, jf. asl. § 6-24 første ledd, og styret behøver ikke å ha mer en ett medlem, jf. asl. § 6-1 første ledd.

I Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpress) la Høyesterett vekt på at den daglige lederen var ett av syv medlemmer i selskapets styre.<sup>141</sup> Dersom den forpliktete sitter i styret, kan vedkommende ha reell innflytelse over selskapet ut over den innflytelsen som følger av forvaltningsrettighetene på generalforsamlingen. Dette gjelder særlig dersom styret består av få medlemmer, slik at den forpliktetes stemme har stor betydning for styrets beslutninger. Styremedlemskap kan ha betydning for den forpliktetes avhengighetsforhold til selskapet, og er et relevant moment i vurderingen av om den forpliktete er «arbeidstaker».

### 3.3.3.3 Forretningsmessig erfaring

Aksjer kan erverves på mange måter, og ikke alle involverer forhandlinger med advokater tilstede og detaljregulerte aksjekjøpsavtaler. Likevel er det rimelig å forvente at nivået av forretningsmessig erfaring generelt vil være høyere hos aksjonærer enn hos den

---

<sup>140</sup> Andenæs (2016) side 365.

<sup>141</sup> Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpress) side 1324.

gjennomsnittlige arbeidstaker. En aksjonær med erfaring fra forhandlingssituasjoner og utforming av avtaler stiller langt sterkere ved avtaleinngåelsen, og kan i større grad ivareta sine egne interesser.

Den arbeidsrettslige presumsjonen om et ubalansert styrkeforhold mellom partene står sentralt i begrunnelsen for å innskrenke avtalefriheten gjennom preseptoriske lovregler.<sup>142</sup> Større forretningsmessig innsikt og erfaring hos den antatt svake part rokker ved begrunnelsen, og kan tale for at vedkommende ikke skal anses som arbeidstaker.

Tilsvarende betraktninger om betydningen av forretningsmessig innsikt er gjort relasjon til bindingstidsklausuler. Bergeius Andersen fremholder i artikkelen *Bindingstid og incentivordninger* at et sentralt moment i vurderingen av om en bindingstidsavtale er gyldig, er om den er inngått mellom likeverdige parter «*som begge forstår hvilke forpliktelser de påtar seg og konsekvensene av disse forpliktelsene*».<sup>143</sup>

Hun bemerker videre at momentet særlig må undersøkes i «*rene ansettelsesforhold*» på grunn av presumsjonen om skjevhet i styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, men fremholder at dersom «*en profesjonell eier selger sin virksomhet og forplikter seg til å ta ansettelse en periode [...] vil imidlertid dette vilkåret være enklere å oppfylle*».<sup>144</sup>

Artikkelen gjaldt gyldigheten av bindingsklausuler vurdert etter avtl. § 36, men viser generelt at partenes forretningsmessige innsikt er av betydning for hvilken avtalefrihet de bør tilkjennes. Både i relasjon til avtalerettslig ugyldighet og til anvendelsen av arbeidsrettslige verneregler er det relevant å legge vekt på om avtalepartene reelt sett er i stand til å ivareta sine interesser i en avtaleinngåelsessituasjon. Bergeius Andersens eksempel viser at også personer med god forretningsmessig innsikt kan tre inn i rollen som ansatt, uten at det forutsatte vernebehov nødvendigvis er tilstede.

---

<sup>142</sup> Se over under punkt 2.3.

<sup>143</sup> Andersen (2001) side 275-276.

<sup>144</sup> Andersen (2001) side 275-276.

Betydningen av forretningsmessig erfaring for vurderingen av arbeidstakerbegrepet kommer inn med særlig tyngde i relasjon til reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A, som nettopp er ment å sikre minsterettigheter ved en avtaleinngåelse mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.<sup>145</sup>

#### **3.3.3.4 Økonomiske interesser i selskapet**

Som jeg viste under punkt 3.2, er økonomisk avhengighet som lønnsinntaker et sentralt element i arbeidstakerens avhengighetsforhold til arbeidsgiver. Momentet har stor betydning for om arbeidstaker reelt sett står i et avhengighetsforhold, både ved avtaleinngåelsen og under arbeidsforholdet. Presset til å inngå og opprettholde et arbeidsforhold med potensielt ugunstige avtalevilkår er større for en person som er avhengig av lønnsinntekten for sitt livsopphold.

Dersom den forpliktete har økonomiske interesser i selskapet i kraft av å være aksjonær, kan rollen som lønnsinntaker i arbeidsrelasjonen ha mindre betydning for om vedkommende er økonomisk avhengig.

For det første kan aksjeposten være et formuesgode med betydelig egenverdi. Dersom den forpliktete sitter på aksjer av stor verdi kan det indikere økonomiske ressurser av betydning for vurderingen av økonomisk avhengighet i arbeidsrelasjonen. Den forpliktete vil i slike tilfeller også bære deler av den økonomiske risikoen for at selskapets virksomhet går med overskudd. Som jeg var inne på i punkt 3.2.3, er den økonomiske risikofordelingen i arbeidsforholdet et viktig premiss for avhengighetsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

For det andre kan aksjene være en inntektskilde i seg selv. Aksjer gir rett til utbytte, jf. asl. § 8-3 første ledd, og utbyttet kan være betydelig høyere enn inntekten fra arbeidet.<sup>146</sup> En aksjonær som regelmessig mottar et høyt utbytte fra selskapet kan ta ansettelse for at arbeidsinnsatsen skal bidra til økt utbytte, og ikke for å tjene penger i selve arbeidsrelasjonen. Når utbyttet er den reelle motivasjonen for å ta arbeid, og ikke lønnen i arbeidsrelasjonen, kan forpliktelser som springer ut av arbeidsrelasjonen til selskapet ha mindre innflytelse på aksjonæren enn i alminnelige tilfeller.

De økonomiske interessene knyttet til den forpliktetes rolle som aksjonær i selskapet kan på denne bakgrunn ha betydning for om vedkommende er økonomisk avhengig i

---

<sup>145</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 8.

<sup>146</sup> Ulseth (2006) side 95.

arbeidsrelasjonen. Den forpliktedes økonomiske ressurser er dermed relevant som et støttemoment i den samlede vurderingen av avhengighetsforholdet mellom partene.

Selv om den forpliktedes økonomiske interesser som aksjonær er et relevant moment i den samlede vurderingen, innebærer ikke det at økonomiske ressurser i seg selv kan være tilstrekkelig til å gjøre unntak fra arbeidstakerbegrepet. Personer med god økonomi kan klart nok ha det samme behovet for arbeidsmiljølovens vern som andre. Like fullt slår forarbeidene fast at økonomisk avhengighet som lønnsinntaker er relevant i den helhetlige vurderingen.<sup>147</sup> Momenter som har betydning for den forpliktedes økonomiske avhengighet til selskapet må derfor hensyntas i vurderingen.

I relasjon til spørsmålet om anvendelse av arbeidsmiljøloven kapittel 14A kan det være særlig aktuelt å legge vekt på økonomiske fordeler den forpliktede har oppnådd i forbindelse med inngåelsen av konkurranseklausulen. Dersom den forpliktede har mottatt et betydelig vederlag ved et aksjesalg, eller som kompensasjon for konkurranseklausulen, kan det indikere at vedkommende ikke sto i en underlegen forhandlingsposisjon ved avtaleinngåelsen, se nærmere punkt 3.4.3.5. Økonomisk kompensasjon knyttet til konkurranseklausulen kan også ha betydning for vurderingen av om aksjonæravtalen er inngått med den forpliktedes «arbeidsgiver», se nærmere i kapittel 4.

## **3.4 Helhetsvurderingen**

### **3.4.1 Innledning**

Hittil i kapittel 3 har jeg presentert utgangspunktene for vurderingen av arbeidstakerbegrepet generelt, og gjennomgått ulike momenter som kan ha betydning i vurderingen av om den forpliktede aksjonæren i sin arbeidsrelasjon står i et slikt avhengighetsforhold til selskapet at relasjonen skal klassifiseres som et arbeidsforhold.

I det følgende vil jeg konsentrere meg om den samlede vurderingen av momentene, og spørsmålet om når terskelen for å anvende reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A er nådd.

I punkt 3.4.2 tar jeg for meg forholdet mellom de ulike momentene jeg har presentert, og hvordan disse kan anvendes i én samlet vurdering.

---

<sup>147</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

I punkt 3.4.3 viser jeg at terskelen for å anvende arbeidstakerbegrepet er relativ, og vurderer hvilken terskel som kreves for å anvende arbeidsmiljøloven kapittel 14A i avhandlingens typetilfelle.

I punkt 3.4.4 tar jeg stilling til betydningen av at enten arbeids- eller aksjonæravtalen selv klassifiserer den forpliktete som «*arbeidstaker*».

### **3.4.2 Forholdet mellom momentene**

Momentene jeg presenterte i punktene 3.2 og 3.3 er hentet fra ulike hold, og jeg har ikke kommet over eksempler hvor disse momentene har blitt anvendt i samme vurdering. I helhetsvurderingen må momentene vurderes samlet og veies mot hverandre for å gi svar på om «*tilknytningen til arbeidsgiver reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold*». <sup>148</sup> Hvilke momenter som skal veie tyngst, beror på en konkret vurdering av om og i hvilken grad det enkelte moment belyser avhengighetsforholdet mellom partene.

For de etablerte momentene er det i juridisk teori gitt generelle føringer for vekten av momentene, både med hensyn til det innbyrdes forholdet mellom de etablerte momentene, og til betydningen av de etablerte momentene i forhold til øvrige omstendigheter i saken. Hotvedt har for eksempel konkludert med at momentene personlig arbeidsplikt og styringsrett er særlig tungtveiende, og som hovedregel avgjørende i vurderingen. <sup>149</sup> Jakhelln fremholder at dersom de etablerte momentene trekker i samme retning, må andre forhold fremstå som vesentlige for å tillegges avgjørende betydning. <sup>150</sup>

I den sammensatte vurderingen som avhandlingens typetilfelle krever, kan det imidlertid være grunn til å legge mindre vekt på disse føringene. De etablerte momentene er utviklet for å klassifisere tilknytningen mellom to parter som kun har ett avtaleforhold seg imellom. Denne forutsetningen preger utformingen av momentene. Selv om helhetsvurderingen av arbeidstakerbegrepet er ment å avdekke den underliggende realitet, er de etablerte momentene i all hovedsak knyttet til partenes kontraktsrettslige forpliktelser «*i avtaleforholdet*». <sup>151</sup> Dette fremgår i flere tilfeller direkte av forarbeidene når disse bruker betegnelser som

---

<sup>148</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

<sup>149</sup> Hotvedt (2016) side 381.

<sup>150</sup> Jakhelln (2013) punkt 2.10.

<sup>151</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

«[a]rbeidstakeren har plikt til ...», eller at «[t]ilknytningsforholdet mellom partene [...] er oppsigelig med bestemte frister». <sup>152</sup> I andre tilfeller, slik som for momentene knyttet til risikofordelingen mellom partene, er kontraktsforholdet implisitt forutsatt.

I Rt. 2013 s. 354 (Avlasterdom I) og HR-2016-1366-A (Avlasterdom II) – hvor Høyesterett i stor grad baserte seg på de etablerte momentene – er det tydelig at det er partenes kontraktsbaserte forpliktelser som er gjenstand for vurdering. <sup>153</sup> Det er riktignok slik at vurderingen av momentene ikke er begrenset til en tolkning av ordlyden i en eventuell kontrakt. Ved tolkningen av kontraktsforpliktelser er også partenes opptreden og andre omstendigheter rundt avtaleforholdet relevante faktorer. <sup>154</sup> Det er realiteten i kontraktsforpliktelsene som skal avdekkes. Likevel er vurderingen av de etablerte momentene fremdeles begrenset til en gjennomgang av partenes rettslige forpliktelser i den angivelige arbeidsavtalen.

Dette innebærer at de etablerte momentene er begrenset til et snevert, *kontraktsinternt* perspektiv på arbeidsrelasjonen. Perspektivet innebærer en presumsjon om at partenes kontraktsrettslige forpliktelser reflekterer hele virkeligheten. Dersom denne presumsjonen viser seg å være feilaktig, vil det føre til at de etablerte momentenes evne til å belyse den underliggende realitet i tilknytningen mellom partene svekkes.

Aksjonærens innflytelse i kraft av forvaltningsrettigheter, og vedkommendes øvrige personlige egenskaper, er ikke relevante for tolkningen av partenes kontraktsforpliktelser i arbeidsavtalen, men har like fullt betydning for om aksjonæren reelt sett er avhengig av selskapet. De er *kontraktseksterne* forhold, og kan ha betydning for hvilke slutninger man kan trekke fra de etablerte momentene. Eksemplet under illustrerer dette:

*Den forpliktete – Peder Ås – eier 30 % av aksjene i Firma AS, hvor han også arbeider i ledergruppen. I følge stillingsbeskrivelsen har Ås plikt til å underordne seg daglig leder. Denne plikten praktiseres også i det daglige. De resterende 70 % av aksjene i Firma AS er fordelt slik at ingen eier mer enn ti prosent hver. Ås har derfor betydelig innflytelse over beslutninger som tas på generalforsamlingen, herunder beslutninger om styrets sammensetning.*

---

<sup>152</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

<sup>153</sup> Se for eksempel Rt. 2013 s. 354 (Avlasterdom I) premiss 37 og 40-44, samt HR-2016-1366-A (Avlasterdom II) premiss 65, 68, 69 og 70.

<sup>154</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 73.

I eksemplet over kan det være liten tvil om at Ås har en reell kontraktsfestet plikt til å underordne seg sin arbeidsgivers ledelse og kontroll. Det etablerte momentet taler entydig for at Ås er arbeidstaker, men fordi Ås som aksjonær har stor innflytelse over Firma AS' beslutninger, er han ikke like avhengig av selskapet som det etablerte momentet forutsetter.

Maktbalansen i tilknytningen mellom Ås og Firma AS forskyves i dette eksemplet av kontraktseksterne forhold. Fordi det etablerte momentet har anlagt et kontraktsinternt perspektiv, fanges ikke denne forskyvningen opp. Momentet gir derfor uttrykk for sterkere avhengighet enn det som egentlig er tilfellet. Under slike omstendigheter er det grunn til å legge mindre vekt på Ås' rettslige underordningsplikt i den samlede vurderingen.

Også andre etablerte momenters relevans vil svekkes av Ås' aksjonærposisjon i eksemplet over. Ås' økonomiske interesser er representert på begge sider av arbeidsavtalen. Det undergraver den kontraktsfestede fordelingen av økonomisk risiko og forpliktelser selv om partene forholder seg lojalt til kontrakten. Dette har betydning for hvilken vekt man kan tillegge at Firma AS etter kontrakten bærer risikoen for arbeidsresultatet og stiller driftsmidler til rådighet, og at Ås får vederlag i form av lønnsutbetalinger. Og dersom Ås' aksje er av høy verdi og gir betydelig utbytte, gir lønnsvilkårene i arbeidsavtalen mindre veiledning for om Ås er økonomisk avhengig. Da er mye av premisset for å etablere et avhengighetsforhold gjennom arbeidsavtalen borte. Hvis Ås i tillegg har erfaring fra forhandlinger og noe forretningsmessig innsikt, kan det være vanskelig å argumentere for at han har et reelt behov for vern som «*arbeidstaker*».

Gjennomgangen over viser at de etablerte momentenes evne til å belyse avhengighet mellom partene i arbeidsrelasjonen gradvis reduseres jo mer maktbalansen mellom partene påvirkes av forhold utenfor selve arbeidsavtalen. Det taler for at vektleggingen av de etablerte momentene må bero på en konkret vurdering av hvor mange kontraktseksterne momenter som også spiller inn i vurderingen. I tilfeller hvor de kontraktseksterne momentene er svært fremtredende og tungtveiende, kan det være grunn til å se helt bort fra hva partenes forpliktelser i arbeidsavtalen tilsier.

Dette synes å ha vært tilfellet i Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpres). Der var majoritetseieren ansatt som daglig leder, og det forelå således en arbeidsavtale. Etter den alminnelige lære skulle klassifiseringen ta utgangspunkt i arbeidsavtalen og de kontraktsrettslige forpliktelsene denne oppstiller. En slik tilnærming ville imidlertid vært lite hensiktsmessig, fordi majoritetseieren i kraft av sine forvaltningsrettigheter og sitt styremedlemskap hadde den vesentlige innflytelsen



over selskapet. Høyesterett så derfor bort fra arbeidsavtalen og vurderte bare de kontraktseksterne momentene.

På den annen side vil naturligvis fravær av tungtveiende kontraktseksterne forhold være grunnlag for å la de etablerte momentene være avgjørende. Betegnelsen «aksjonær» har i seg selv ingen betydning – det er realiteten bak som er avgjørende. Aksjonærer med liten innflytelse over selskapet i kraft av forvaltningsrettigheter faller naturligvis inn under arbeidstakerbegrepet dersom arbeidsavtalens innhold tilsier det.

I de fleste tilfeller vil imidlertid både de etablerte momentene, aksjonærens forvaltningsrettigheter og øvrige kontraktseksterne forhold ha innvirkning på det reelle avhengighetsforholdet mellom partene. Momentene må derfor som hovedregel vurderes samlet for å gi et riktig bilde av om den forpliktete står i et underordnings- og avhengighetsforhold til selskapet. I den samlede vurderingen må det vurderes konkret hvor stor vekt som skal legges på forpliktelsene i og forholdene utenfor den angivelige arbeidsavtalen.

### **3.4.3 Terskelen for anvendelse av arbeidsmiljøloven kapittel 14A**

#### **3.4.3.1 Innledning**

Hittil i kapittel 3 har jeg konsentrert meg om vurderingen av den forpliktedes avhengighetsforhold til selskapet. I det følgende er vurderingstema når dette underordnings- og avhengighetsforholdet er tilstrekkelig til at den forpliktete omfattes av arbeidstakerbegrepet i relasjon til reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

#### **3.4.3.2 Arbeidstakerbegrepet er relativt**

I Tupperware-dommen inntatt i Rt. 1984 s. 1044 slo Høyesterett fast at arbeidstakerbegrepet må tolkes vidt.<sup>155</sup> Utgangspunktet ble gjentatt i Rt. 2013 s. 354 (Avlasterdom I), hvor Høyesterett la til at intensjonen med arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven og ferieloven er at «*de som har behov for vernet [...] blir vernet*».<sup>156</sup> Arbeidstakerbegrepet skal altså tolkes vidt. Hvor vidt, er imidlertid et spørsmål som ikke kan besvares helt generelt.

Definisjonen av arbeidstakerbegrepet i aml. § 1-8 første ledd slår fast at definisjonen gjelder «*i denne lov*». Ordlyden indikerer at definisjonen av begrepet har akkurat det samme innhold

---

<sup>155</sup> Rt. 1984 s. 1044 (Tupperware) side 1048.

<sup>156</sup> Rt. 2013 s. 354 (Avlasterdom I) premiss 39.

uansett hvilke av lovens regler det er aktuelt å anvende. Formålet om at arbeidsmiljølovens vern skal tilkjennes alle som har behov for det, taler i seg selv for å la arbeidstakerbegrepet få anvendelse i flest mulig tilfeller, og for at alle grensetilfeller skal omfattes.

Hensyn i motsatt retning – især hensynet til avtalefrihet – taler imidlertid mot slik ukritisk anvendelse. Preseptorisk vernelovgivning som innskrenker partenes avtalefrihet krever en begrunnelse, og anvendelse på tilfeller hvor begrunnelsen ikke er tilstede bør unngås. Om det foreligger et behov for vern, er avhengig av hvilket vern det er tale om å anvende. Det tilsier at terskelen for å anvende arbeidstakerbegrepet ikke er det samme for alle typer regler i arbeidsmiljøloven.

I punkt 2.3 viste jeg til at arbeidervernreglene har utviklet seg i retning av at flere sider av arbeidsforholdet er regulert og at vernet er sterkere. En utvidelse av arbeidervernets saklige nedslagsfelt vil naturlig nok føre til konflikt med flere og flere motstående interesser. Når konflikten berører arbeidervernets opprinnelige kjerneområde – vern om helse, miljø og sikkerhet – er det lite tenkelig å gjøre unntak for motstående hensyn fordi vernehensynene som gjør seg gjeldende veier meget tungt. Det er heller ikke gode grunner til å skille mellom ulike typer arbeidstakere på dette området.

Når man beveger seg mot arbeidervernets randsoner kan man imidlertid støte på like beskyttelsesverdige og vektige hensyn som taler mot arbeidsmiljølovens løsning. Det kan også være større grunn til å skille mellom ulike typer arbeidstakere når det er tale om vern av interesser som ikke nødvendigvis står sentralt for alle arbeidstakere uansett arbeidssituasjon.

En slik relativisering kan til en viss grad gjenfinnes direkte i arbeidsmiljølovens regler. Lovens regler om HMS-vern gjelder for en større krets av personer enn det alminnelige arbeidstakerbegrepet, jf. aml. § 1-6 første ledd. I motsatt retning kan arbeidstakere med ledende eller særlig uavhengige stillinger unntas fra lovens overtidsbestemmelser, jf. aml. § 10-12 første og andre ledd. Enda videre unntak kan gjøres for virksomhetens øverste leder, jf. aml. §§ 14-10 første ledd og 15-16 første ledd. Det samme unntaksmønsteret følges i kapittel 14A, jf. aml. § 14A-5.

Jakhelln karakteriserer arbeidstakerbegrepet som «*et noe relativt begrep*», og fremholder at terskelen for å anvende begrepet vil bero på hvilke formål de aktuelle regler er satt til å

fremme.<sup>157</sup> For eksempel vil terskelen for å anvende regler som verner om arbeidstakernes liv og helse være lavere enn for regler som søker å utjevne den avtalemessige maktbalansen mellom partene i arbeidsforholdet.<sup>158</sup> Fougner mfl. legger til grunn at «[u]tgangspunktet er utvilsomt at [arbeidstaker]begrepet må fortolkes i forhold til de enkelte regelsett», og viser til at de ulike reglene i loven har ulike rettsvirkninger med ulike formål, slik at «hensynene bak den ene regelen kan tilsa en annen avgrensning enn hensynene bak den andre regelen».<sup>159</sup>

Jeg legger etter dette til grunn at arbeidstakerbegrepet er relativt, slik at terskelen for å omfattes av definisjonen avhenger av formål og hensyn bak reglene det er aktuelt å anvende.

Hotvedt har kommet med lignende betraktninger, men går i noen tilfeller lengre enn til den generelle relativiseringen av arbeidstakerbegrepet som skisseres av Jakhelln og Fougner. Hun har tatt til orde for at vurderingen av arbeidstakerbegrepet i unntakstilfeller vil måtte bero på en konkret rimelighetsvurdering hvor det avgjørende er «*arbeidspersonens behov for det vernet den aktuelle rettsvirkningen representerer*».<sup>160</sup>

Tilfeller hvor den ansatte har eierinteresser i selskapet ble brukt som eksempel på tilfeller hvor det etter omstendighetene kan være nødvendig med en korrigerende rimelighetsvurdering – unntak fra arbeidstakerbegrepet til tross for at arbeidsavtalen oppstiller personlig arbeidsplikt og styringsrett (som hun mener vil være avgjørende i normaltillfellene).<sup>161</sup> Behovet for å anvende en konkret rimelighetsvurdering i aksjonærtillfeller, fremfor å bero på hovedregelen hvor de etablerte momentene er styrende, kan begrunnes i at kontraktseksterne forhold ofte vil virke inn på vurderingen, jf. punkt 3.4.2. For de typetillfeller avhandlingen tar sikte på, vil det tilsynelatende ofte være grunnlag for å anvende en slik rimelighetsvurdering.

Hotvedt fremstiller rimelighetsvurderingen som en konkret interesseavveining. Styrkeforholdet mellom avtalepartene og hvorvidt rettsvirkningen gjelder vern av arbeidspersonen vil være bestemmende for det konkrete vernebehovet.<sup>162</sup> Vernebehovet må avveies mot blant annet

---

<sup>157</sup> Jakhelln (2013) punkt 2.12.

<sup>158</sup> Jakhelln (2013) punkt 2.13.

<sup>159</sup> Fougner (2018) side 63.

<sup>160</sup> Hotvedt (2016) side 399.

<sup>161</sup> Hotvedt (2016) side 392-395.

<sup>162</sup> Hotvedt (2016) side 399-400.

konsekvensene for avtalemotparten av at vernereglene anvendes, og eventuelle offentlige interesser.<sup>163</sup>

Rimelighetsvurderingen Hotvedt tar til orde for er konkret, og kan ikke gjøres fullt ut på forhånd. Styrkeforholdet mellom partene må vurderes i hvert enkelt tilfelle, på grunnlag av momentene jeg har gjennomgått i dette kapitlet. Men avhandlingens problemstilling er samtidig avgrenset til et bestemt regelsett i arbeidsmiljøloven, og til et typetilfelle hvor de faktiske forholdene delvis er bestemt på forhånd. Det er derfor mulig å peke på forhold som kan ha generell betydning for hva som vil være en rimelig løsning.

Slike generelle rimelighetsbetraktninger, sammenholdt med en vurdering av formål og hensyn bak reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A, kan sammen gi grunnlag for en innledende vurdering av hvor terskelen går for å anvende kapitlets regler i avhandlingens typetilfelle.

### **3.4.3.3 Formålene bak reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A**

I det følgende vil jeg vurdere hva terskelen for å omfattes av arbeidstakerbegrepet er i relasjon til reglene om konkurranseklausuler i arbeidsmiljøloven kapittel 14A, når reglene skal anvendes i avhandlingens typetilfelle. Vurderingen vil bero på hvilke formål reglene er satt til å fremme, rettsvirkningene av at reglene kommer til anvendelse og hvilke konsekvenser disse har for begge parter i avtalen. Jeg tar først for meg reglenes formål.

Som jeg var inne på i punkt 2.4, innebar arbeidsmiljøloven kapittel 14A en bevisst innstramming av rettstilstanden, som hviler på et tredelt formål. For det første å skape forutberegnelighet ved å gi klarere regler,<sup>164</sup> for det andre å sikre arbeidstakere minimumsvilkår i avtalen,<sup>165</sup> og for det tredje å redusere bruken av konkurranseklausuler generelt.<sup>166</sup>

Lovgivers formål om økt forutberegnelighet har sammenheng med at vilkårene om nødvendighet og rimelighet i avtl. § 38 ble ansett å være for skjønnsmessige.<sup>167</sup> Hensynet til forutberegnelighet har kommet til uttrykk ved at det som tidligere var en bred

---

<sup>163</sup> Hotvedt (2016) side 399-400.

<sup>164</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 7.

<sup>165</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 8.

<sup>166</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 24.

<sup>167</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 7.

rimelighetsvurdering som hensyntok interesser på begge sider av avtalen ble erstattet av preseptoriske gyldighetsvilkår som stiller absolutte krav til avtalens form og innhold.

Ved å gjøre en slik endring har lovgiver i praksis foretatt interesseavveiningen mellom partene på forhånd, og definert hva som vil være et rimelig utfall. En slik lovgivningsteknikk tilgodeser arbeidstakere ved å gjøre det enkelt for partene å identifisere hvilke avtaler som godtas uten å måtte gå til domstolen for en konkret rimelighetsprøving. Det sparer arbeidstakere for prosessrisiko.

Lovgivningsteknikken medfører imidlertid også at anvendelse av reglene utenfor det livsområdet interesseavveiningen tok utgangspunkt i, kan føre til utilsiktede virkninger som ikke kan korrigeres. Det taler for at man bør være varsom med å gi reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A anvendelse utenfor sitt tiltenkte nedslagsfelt. Det følger av kapitlets forarbeider at reglene ikke er ment å gjelde konkurranseklausuler avtalt mellom forretningsforbindelser eller ved salg av virksomhet.<sup>168</sup>

Formålet om å sikre arbeidstakere minimumsrettigheter ved inngåelsen av konkurranseklausuler plasserer reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A i den kategori av arbeidsrettslige regler som søker å utjevne den avtalemessige maktbalansen mellom partene i arbeidsforholdet. Reglene er altså begrunnet i presumsjonen om et ujevnt styrkeforhold mellom avtalepartene. Det taler i seg selv for at en bør være varsom med å anvende reglene i tilfeller hvor det er et «*atypisk styrkeforhold*» mellom partene, fordi det «*kan tilsi at det ikke foreligger et relevant vernebehov*».<sup>169</sup>

Utjevningsformålet søkes i dette tilfellet oppnådd gjennom å oppstille preseptoriske regler, som griper inn i partenes avtalefrihet og oppstiller et sterkt vern for arbeidstakere. Det indikerer på den ene siden at lovgiver har ment at arbeidstakere er spesielt verneverdig i relasjon til konkurranseklausuler, hvilket taler for at arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven kapittel 14A må tolkes vidt nok til å romme alle som har behov for lovens vern. På den annen side er det inngrepet i partenes avtalefrihet som regelverket representerer, et ytterligere argument for å være varsom med å anvende reglene der styrkeforholdet mellom partene ikke skaper et relevant vernebehov.

---

<sup>168</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 26.

<sup>169</sup> Hotvedt (2016) side 399.

Formålet om å redusere bruken av konkurranseklausuler representerer utfallet av lovgivers avveining av arbeidsgiveres behov for å verne seg mot illojal konkurranse og samfunnets behov for kunnskapsutvikling og innovasjon på den ene siden, og arbeidstakeres behov for vern, hensynet til mobilitet i arbeidsmarkedet og behovet for å holde arbeidskraft virksom på den andre.<sup>170</sup> Som jeg også fremhevet ovenfor, kan et regelverk som hviler på en interesseavveining som er konkret for et bestemt livsområde føre til uheldige resultater på områder hvor andre hensyn gjør seg gjeldende.

#### **3.4.3.4 Konsekvenser av å anvende arbeidsmiljøloven kapittel 14A på aksjonæravtaler**

I det videre vil jeg forsøke å peke på mulige praktiske konsekvenser av at reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A anvendes på avhandlingens typetilfelle, for å vurdere om de formål og hensyn som ligger til grunn for regelverket fremmes av en slik anvendelse.

Å stille de samme krav til konkurranseklausuler uavhengig av om de er inntatt i arbeidsavtaler eller aksjonæravtaler, ville på den ene siden ivareta formålet om å sikre arbeidstakere minimumsrettigheter, fordi det ville hindre arbeidsgivere fra å forsøke å omgå arbeidsrettslige verneregler ved å plassere konkurranseklausulen i en aksjonæravtale. For arbeidstakere sikrer en slik tilnærming også behovet for forutberegnelighet, ved at de alltid kan forholde seg til reglene i arbeidsmiljøloven. Dette taler for å tolke arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven kapittel 14A vidt, slik at alle som kan ha behov for lovens vern får det.

På den annen side kan partenes behov for å innta konkurranseklausuler i en aksjonæravtale være et annet enn behovet lovgiver la til grunn ved utformingen av arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

Konkurranseklausuler som inngås i forbindelse med salg av selskaper, kapitalforhøyelser og lignende, kan være nødvendige betingelser for investering i kunnskapsbaserte virksomheter. Et ikke utenkelig eksempel på dette er investeringer i gründerbedrifter, hvor hele selskapets verdi er knyttet til utnyttelsen av kunnskap som ligger hos noen få av selskapets ansatte. Dersom selskapsstifternes ideer viser seg gode og lønnsomme, vil det gjerne være behov for å hente inn kapital fra investorer for å oppskalere virksomheten til kommersiell drift.

Investorer som skyter inn millionbeløp i slike virksomheter har et behov for å sikre seg mot at gründerne tar med seg ideen til et nytt, konkurrerende selskap. I slike tilfeller kan investorene

---

<sup>170</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 8.

ha et legitimert behov for konkurranseklausuler av lengre varighet enn ett år. Dersom bedriften består av ti nøkkelpersoner som er ansatt i selskapet og har 10 % av aksjene hver, ville det være nærliggende å anvende arbeidsmiljøloven kapittel 14A på samtlige. Men dersom avtalepartene hindres fra å etablere tilstrekkelig sikkerhet for investeringen fordi reglene ikke kan tilpasses partenes behov, kan konsekvensen være at gründerne ikke evner å innhente nødvendig kapital for å lansere sin idé i markedet. En slik ordning kan hindre innovasjon og verdiskapning i samfunnet.

I et eksempel som det ovennevnte synes ikke behovet for mobilitet i arbeidsmarkedet å veie tyngre enn behovet for innovasjon. Det tilsier at lovgivers interesseavveining i arbeidsmiljøloven kapittel 14A ikke gjenspeiler behovene som gjør seg gjeldende på området. Reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A mangler samtidig den nødvendige fleksibilitet for å tilpasse seg endrede behov. Det taler for at det må foreligge et sterkt behov for vern for å la arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven kapittel 14A få anvendelse i tilfeller som disse.

I mer regulære aksjonæravtaler, som angår aksjonærenes utøvelse av forvaltningsrettigheter i selskapet, kan behovet for å inngå en konkurranseklausul være av en annen karakter enn i ansettelsesforhold og ved salg av selskaper. Aksjonærer har i utgangspunktet ingen andre forpliktelser enn å betale aksjeinnskuddet som vedkommende har tegnet seg for.<sup>171</sup> Det foreligger ingen plikt til å fremme selskapets interesser på andre måter, eller til å avstå fra konkurrerende virksomhet.<sup>172</sup> En slik plikt overfor aksjonærfelleskapet eller selskapet må derfor ha særskilt grunnlag, for eksempel avtale mellom partene.

Konkurranseklausulens formål i en aksjonæravtale er altså til dels ulikt formålet i et arbeidsforhold; mens konkurranseklausulen i arbeidsforholdet er ment å forlenge den eksisterende lojalitetsplikten etter arbeidsforholdets opphør, er formålet med å innta en konkurranseklausul i aksjonæravtalen å etablere en lojalitetsplikt blant aksjonærfelleskapet som ikke eksisterer i utgangspunktet (men også å forlenge denne plikten til en viss periode etter at aksjonærens eierskap har opphørt).

En slik konkurranseklausul kan begrunnes i aksjonærenes felles interesse i selskapets verdi, og tilgodeser samtlige aksjonærer. Minoritetsaksjonærer kan ha egeninteresse i slike klausuler – de beskytter aksjenes verdi mot konkurranse fra andre, mer ressurssterke parter i

---

<sup>171</sup> Andenæs (2016) side 126-127.

<sup>172</sup> Andenæs (2016) side 126-127.

aksjonærfellesskapet. Motytelsen er å påta seg den samme lojalitetsforpliktelsen selv. Denne ordningen står i motsetning til konkurranseklausuler i arbeidsforhold, som kun ivaretar arbeidsgivers interesser.

I aksjonæravtaler som dette kan en aksjonær som er ansatt i selskapet få en fordel overfor de andre aksjonærene dersom vedkommende kan sikre seg vern mot konkurranse gjennom en gjensidig bebyrdende konkurranseklausul, men unnsnippe sine egne forpliktelser ved å påberope seg sitt ansettelsesforhold. Også i slike tilfeller er partenes behov for å inngå konkurranseklausuler et annet enn det lovgiver har forutsatt. Anvendelse av reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A kan ha utilsiktede virkninger, og det taler for å være varsom med å la arbeidstakerbegrepet få anvendelse uten at det foreligger et reelt behov for lovens vern.

En annen konsekvens av at arbeidsmiljøloven kapittel 14A kommer til anvendelse, er at kravet om skriftlig redegjørelse etter aml. § 14A-2 inntreer som et absolutt gyldighetsvilkår for konkurranseklausulen, jf. aml. § 14A-1 sjette ledd. Å oppstille et slikt krav kan føre til at en legitim konkurranseklausul faller bort i sin helhet, fordi partene i aksjonæravtalen ikke var klar over at avtalen var omfattet av arbeidsmiljøloven kapittel 14A. Vilkårene for anvendelse av arbeidsmiljøloven kapittel 14A er som vist uklare i slike grensetilfeller. Hensynet til forutberegnelighet for de øvrige aksjonærene i avtalen taler derfor for at det bør foreligge et sterkt vernebehov for å anvende arbeidsmiljøloven kapittel 14A utenfor sitt alminnelige virkeområde.

Å praktisere redegjørelseskravet i en aksjonæravtale reiser dessuten vanskelige spørsmål av rent praktisk karakter. Hvem skal pålegges å gi redegjørelse dersom selskapet ikke er part i aksjonæravtalen? Å pålegge aksjonærfellesskapet en plikt til å gi redegjørelse er å pålegge dem arbeidsgiverplikter, samt konsekvensene av at arbeidsgiverpliktene ikke overholdes. Se nærmere om dette spørsmålet i kapittel 4.

I tillegg til kravet om redegjørelse, stiller arbeidsmiljøloven kapittel 14A krav om at det gis kompensasjon for konkurranseklausulen med bestemte beløp og i bestemte former, jf. aml. § 14A-3. Kompensasjonskravet er et utslag av lovgivers forhåndsvurdering av hva som er et rimelig resultat, jf. min redegjørelse ovenfor i punkt 3.4.3.3.

Kompensasjonskravet kan imidlertid få uheldige utslag i begge retninger. På den ene siden er kravets størrelse basert på arbeidsvederlaget. For aksjonærer som mottar sitt reelle vederlag gjennom utbytte fra selskapet, kan kravet om kompensasjon bli lavere enn det forholdene skulle tilsi. På den annen side kan konkurranseklausulen være rikelig økonomisk kompensert,



eksempelvis som del i vederlaget for en aksjetransaksjon.<sup>173</sup> Dersom klausulen likevel faller bort fordi kompensasjonen ikke er gitt på arbeidsmiljølovens foreskrevne måte, kan resultatet fremstå som urimelig.<sup>174</sup>

Gjennomgangen over viser at anvendelse av arbeidsmiljøloven kapittel 14A på avhandlingens typetilfelle kan få utilsiktede negative konsekvenser for partene. Risikoen for slike konsekvenser taler for at det bør påvises et konkret og relevant vernebehov hos den forpliktete for å la reglene komme til anvendelse.

På den annen side må risikoen for negative konsekvenser dersom arbeidsmiljøloven kapittel 14A ikke kommer til anvendelse tas i betraktning. Dersom konkurranseklausulen ikke reguleres av arbeidsmiljøloven, er det en risiko for at personer som reelt sett har behov for lovens vern faller utenfor. Det er i strid med arbeidstakerbegrepets formål om at alle som har behov for lovens vern skal omfattes.<sup>175</sup>

Likevel vil ikke eventuelle arbeidstakere som faller utenfor arbeidsmiljøloven stå uten vern – de vil automatisk være omfattet av generalklausulen i avtl. § 38. Det innebærer at klausulen fremdeles må være begrunnet i et reelt behov for vern mot konkurranse, og at den vil bli underlagt en konkret rimelighetssensur dersom den bringes inn for domstolene.

Rimelighetsvurderingen vil blant annet måtte hensynta det ujevne styrkeforholdet mellom den forpliktete arbeidstakeren og de øvrige aksjonærene, og det er grunn til å anta at domstolene vil ta de særlige rimelighetsnormene som gjaldt for arbeidstakere i den gamle avtl. § 38 i betraktning, eller eventuelt hente inspirasjon fra arbeidsmiljølovens regler, se nærmere punkt 2.2. Risikoen for urimelige resultater synes på denne bakgrunn å være lavere ved å anlegge en høyere terskel for anvendelse av arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven kapittel 14A. En risikovurdering taler derfor for en høyere terskel.

---

<sup>173</sup> Se også punkt 4.4.2.3.

<sup>174</sup> Tilfeller hvor konkurranseklausulen er økonomisk gunstig for arbeidstaker, men likevel strider mot reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A, aktualiserer spørsmålet om en konkurranseklausuler som strider mot kravene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A likevel kan være gyldige fordi de ikke fraviker loven «*til ugunst for arbeidstaker*», jf. aml. § 1-9. Det faller imidlertid utenfor avhandlingens rammer å gå nærmere inn på denne problemstillingen.

<sup>175</sup> Rt. 2013 s. 354 (Avlasterdom I) premiss 39.

### 3.4.3.5 Samlet vurdering – hva er terskelen?

En samlet vurdering av de forhold jeg har fremhevet i punkt 3.4.3 synes å tale nokså entydig for å stille strengere krav til et relevant behov for lovens vern i arbeidsmiljøloven kapittel 14A enn i andre kapitler i arbeidsmiljøloven.

For det første er reglene basert på en interesseavveining som ikke passer utenfor sitt tiltenkte nedslagsfelt. For det andre er det risiko for utilsiktede negative virkninger. Og for det tredje ivaretas behovet for vern av arbeidstakere av den parallelle regelen i avtaleloven, som motvirker urimelige tilfeller i arbeidstakeres disfavør.

Det lar seg imidlertid ikke gjøre å etablere en felles terskel for samtlige tilfeller. Ulseth har fremholdt at for å bli unntatt fra arbeidstakerbegrepet alene på grunn av forvaltningsrettigheter, bør vedkommende ha «*vesentlig styring over selskapet*».<sup>176</sup> Hennes foreslåtte terskel gjelder i relasjon til anvendelse av arbeidsmiljølovens stillingsvernregler.

Stillingsvernsreglene tilhører også kategorien av arbeidsrettslige regler som søker å utjevne den avtalemessige maktbalansen mellom partene i arbeidsforholdet.<sup>177</sup> I motsetning til arbeidsmiljølovens regler om konkurranseklausuler, er et effektivt stillingsvern avhengig av at maktbalansen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver kontinuerlig er så jevn at arbeidstakeren kan ivareta sine interesser og unngå usaklig oppsigelse. Det underbygger at det må kreves en sterk innflytelse i kraft av aksjeeierskap for å gjøre unntak fra stillingsvernsreglene, og at det relevante vurderingstema er styrkeforholdet mellom partene i det daglige.

Det relevante vernebehovet i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A synes derimot kun å knytte seg til forholdene ved *inngåelsen* av konkurranseklausulen.

For det første får reglene om konkurranseklausuler i arbeidsmiljøloven kapittel 14A – i motsetning til de fleste regler i arbeidsmiljøloven – først virkning etter arbeidsforholdets opphør. Reglene verner dermed ikke den forpliktedes rettsstilling mens arbeidsrelasjonen består.<sup>178</sup> Det taler for at det er mindre grunn til å vektlegge styrkeforholdet mellom partene slik det fremstår i det daglige.

---

<sup>176</sup> Ulseth (2006) side 110.

<sup>177</sup> Jakhelln (2013) punkt 2.12.

<sup>178</sup> Dette ble av flere høringsinstanser påpekt som argument mot å plassere kapittel 14A i arbeidsmiljøloven, jf. Prop.85 L (2014-2015) side 23-24.

For det andre gjelder vernet i arbeidsmiljøloven kapittel 14A konkurranseklausulens innhold, og innholdet bestemmes av partene når avtalen inngås. Når avtalen er inngått, må alle parter forholde seg til den. Eventuelle etterfølgende endringer i styrkeforholdet mellom partene synes derfor å ha begrenset betydning for vurderingen av om det foreligger et relevant behov for reglens vern.

På denne bakgrunn synes det avgjørende å være om den forpliktete hadde en slik underlegen forhandlingsposisjon i kraft av arbeidsrelasjonen til selskapet at vedkommende hadde behov for arbeidsmiljølovens vern da konkurranseklausulen ble inngått. Dersom et slikt behov for vern gjør seg gjeldende, vil det være naturlig å legge til grunn at den forpliktete opptrådte som «*arbeidstaker*» da konkurranseklausulen ble inngått, og la arbeidsmiljøloven kapittel 14A komme til anvendelse.

I lys av ovennevnte vurderingstema synes det ikke å være grunn til å stille krav om at den forpliktete har vesentlig styring over selskapet, eller står utenfor selskapets organisasjonshierarki i kraft av arbeidsavtalen, for at arbeidstakerbegrepet ikke skal komme til anvendelse. Det synes tilstrekkelig at det avhengighetsforholdet som eventuelt eksisterer mellom partene i den daglige arbeidsrelasjonen ikke har så stor innflytelse på inngåelsen av konkurranseklausulen at det skaper et relevant vernebehov ved avtaleinngåelsen.

Interessene som gjør seg gjeldende ved inngåelsen av aksjonæravtalen kan fort overskygge interessene i arbeidsrelasjonen. I slike tilfeller er det mer nærliggende å anse den forpliktete og selskapet som «*forretningsforbindelser*» enn som arbeidsgiver og arbeidstaker når aksjonæravtalen inngås.<sup>179</sup> Dersom det er tilfellet, foreligger det ikke nødvendigvis et relevant vernebehov som gir grunn til å anvende arbeidsmiljølovens regler om konkurranseklausuler. Den forpliktete vil da ikke nødvendigvis anses som «*arbeidstaker*» i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

Oppsummert synes terskelen for å omfattes av arbeidstakerbegrepet i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A å være høyere enn ellers i arbeidsmiljøloven i tilfeller hvor det er aktuelt å anvende reglene utenfor lovens tiltenkte nedslagsfelt, herunder på konkurranseklausuler i aksjonæravtale. Bruk av arbeidstakerbegrepet krever at den forpliktete

---

<sup>179</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 26.

har et relevant behov for vernet som ligger i arbeidsmiljøloven kapittel 14A ved inngåelsen av konkurranseklausulen.

#### **3.4.4 Betydningen av partenes klassifisering i avtale**

På bakgrunn av gjennomgangen hittil i kapittel 3 skal jeg i det følgende kort behandle spørsmålet om betydningen av at den forpliktete betegnes som «arbeidstaker» i arbeids- og/eller aksjonæravtalen, for vurderingen av om den forpliktete anses for å være «*arbeidstaker*» i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

Jeg har tidligere vist at anvendelse av arbeidstakerbegrepet ikke kan utelukkes på grunn av manglende skriftlighet, eller fordi partene har prøvd å definere seg ut av arbeidsmiljøloven ved å bruke andre partsbetegnelser.<sup>180</sup> Disse utgangspunktene er begrunnet i lovens preseptoriske karakter, som innebærer at lovens minstekrav ikke kan fravikes ved avtale, jf. aml. § 1-9.

Det er imidlertid mindre åpenbart hva som er virkningen av at partene selv bruker betegnelser som «arbeidstaker» eller «arbeidsgiver» i avtalen, i tilfeller hvor den underliggende realiteten i tilknytningen tilsier noe annet.<sup>181</sup> I sistnevnte tilfelle er ikke aml. § 1-9 til hinder for å legge til grunn det partene selv har avtalt.

Når partene selv har definert seg inn i arbeidsmiljøloven, er det nærliggende å legge til grunn at de har ment å påta seg de rettigheter og plikter som følger av lovens bestemmelser. I slike tilfeller taler både hensynet til partenes avtalefrihet og hensynet til vern av arbeidstakeren for å anvende vernereglene. Det synes uproblematisk å la arbeidsrettslige regler som kun angår rettsforholdet mellom partene i avtalen – herunder arbeidsmiljøloven kapittel 14A – komme til anvendelse i avtaleforholdet det gjelder.

Dette innebærer at dersom partene i aksjonæravtalen har betegnet den forpliktete som «arbeidstaker», og samtidig avtalt en konkurranseklausul som forplikter vedkommende, vil det være nærliggende å anse den forpliktete som «*arbeidstaker*» i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A. Det samme vil antakelig gjelde dersom konkurranseklausulen i aksjonæravtalen har klare koblinger til arbeidsforholdet uten å eksplisitt bruke betegnelser som «arbeidstaker»

---

<sup>180</sup> Rt. 2013 s. 342 (Beredskapshjem) premiss 44.

<sup>181</sup> Jeg legger til grunn at ordlyden i avtalen gir uttrykk for partenes felles forståelse, og går ikke nærmere inn på tilfeller hvor partene har en felles forståelse av avtalens innhold som avviker fra ordlyden.

eller «arbeidsgiver». Et nærliggende eksempel er at konkurranseklausulen er avtalt å løpe fra arbeidsforholdets opphør.

Mer uklart er det imidlertid dersom den forpliktete og selskapet i en arbeidsavtale har definert relasjonen som et arbeidsforhold, mens de samme betegnelser ikke er benyttet i aksjonæravtalen. I et slikt tilfelle gir ikke aksjonæravtalen holdepunkter for at samtlige av partene har ment (eller vært klar over) at konkurranseklausulen skulle reguleres av arbeidsmiljøloven kapittel 14A. Hensynet til avtalefrihet og til forutberegnelighet for partene i aksjonæravtalen taler mot å la arbeidsavtalens klassifisering være avgjørende i et slikt tilfelle. Bruk av preseptoriske verneregler i strid med partenes egne disposisjoner krever også her at det foreligger et relevant behov for vern.<sup>182</sup>

Den tidligere nevnte dommen i Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpress) illustrerer at partenes klassifisering i arbeidsavtalen ikke alltid er avgjørende når motstridende tredjepartsinteresser gjør seg gjeldende. Dommen gjaldt et krav fra arbeidsgiverselskapet mot det offentlige, hvor det avgjørende spørsmålet var om den daglige lederen var arbeidstaker. Selskapet anførte forgjeves at den daglige lederen hadde et «*reelt ansettelsesforhold som ikke skiller seg fra andre ansettelsesforhold i bedriften*».<sup>183</sup> Både selskapet og den daglige lederen var altså klare på at sistnevnte var arbeidstaker. Anførselen førte ikke fram, fordi Høyesterett la til grunn at «*et arbeidsmessig avhengighetsforhold*» var en generell forutsetning for å være arbeidstaker.<sup>184</sup>

Avgjørelsen illustrerer at klassifiseringen i arbeidsavtalen ikke automatisk fungerer som rettsgrunnlag for krav som berører tredjeparter. I slike tilfeller er vilkårene i lovens definisjon avgjørende. Dette har overføringsverdi til avhandlingens typetilfelle, hvor anvendelse av arbeidsmiljøloven kapittel 14A berører alle parter i aksjonæravtalen.

Hvorvidt den forpliktete skal regnes som «*arbeidstaker*» i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A, må derfor bero på den helhetlige vurderingen jeg har gjennomgått i dette kapitlet også i ovennevnte tilfelle. Det innebærer at arbeidsavtalens klassifisering ikke i seg selv vil være avgjørende. Det kan likevel være grunn til å legge vekt på arbeidsavtalens klassifisering i den samlede vurderingen, fordi den kan ha gitt den forpliktete en forventning om at

---

<sup>182</sup> Hotvedt (2016) side 355.

<sup>183</sup> Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpress) side 1322.

<sup>184</sup> Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpress) side 1324.

arbeidsmiljølovens regler ville gjelde. En slik forventning kan i seg selv tilsi et behov for vern. Det faller imidlertid utenfor rammen av avhandlingen å gå inn på denne vurderingen.

### 3.5 Sammenfatning

I kapittel 3 har jeg behandlet vilkåret i aml. § 14A-1 første ledd om at den forpliktete etter konkurranseklausulen må være «*arbeidstaker*». Vurderingen tar utgangspunkt i det alminnelige arbeidstakerbegrepet i aml. § 1-8 første ledd, og i de etablerte momentene for grensedragningen mot selvstendige oppdragstakere. Det sentrale vurderingstema i den etablerte grensedragningen er om den ansatte står i et slikt avhengighetsforhold til arbeidsgiver at det begrunner anvendelse av preseptoriske verneregler. Det er eksistensen av et slikt avhengighetsforhold som skal belyses også i tilfeller hvor andre momenter trekkes inn i vurderingen.

For å belyse det sentrale vurderingstema i grensedragningen mellom arbeidstakere og arbeidende aksjonærer, må også forhold knyttet til rollen som aksjonær tas i betraktning. Den forpliktetes innflytelse i kraft av forvaltningsrettigheter, samt forretningsmessig erfaring og økonomiske interesser som aksjonær i selskapet, er relevante momenter i spørsmålet om den forpliktete reelt sett er avhengig, og kan etter omstendighetene ha større betydning enn de etablerte momentene.

Terskelen for å omfattes av arbeidstakerbegrepet er relativ, og for anvendelse av reglene om konkurranseklausuler i arbeidsmiljøloven kapittel 14A er terskelen høy. Den høye terskelen er en konsekvens av at reglene ikke passer godt utenfor klassiske arbeidsforhold, og derfor fort kan føre til uheldige og utilsiktede konsekvenser for begge parter i avtaleforholdet. I tillegg medfører den parallelle bestemmelsen i avtl. § 38 at den forpliktetes behov for vern i de fleste tilfeller blir tilstrekkelig ivaretatt uten å anvende arbeidsmiljølovens regler.

Vilkåret om at den forpliktete må være «*arbeidstaker*» i aml. § 14A-1 første ledd krever at den forpliktete har et relevant behov for vern ved inngåelsen av konkurranseklausulen. Når konkurranseklausulen inngås i en aksjonæravtale kan den daglige arbeidsrelasjonen etter omstendighetene ha liten innflytelse på avtaleinngåelsen, og klassifiseringen i en eventuell arbeidsavtale er ikke avgjørende. I andre tilfeller kan imidlertid det arbeidsmessige avhengighetsforholdet være så dominerende at det er styrende også ved inngåelsen av aksjonæravtalen. I slike tilfeller vil den forpliktete være «*arbeidstaker*» i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

## **4 Er konkurranseklausulen en avtale mellom den forpliktede og «arbeidsgiver»?**

### **4.1 Oversikt**

Tema for kapittel 4 er vilkåret om at konkurranseklausulen må være inngått mellom den forpliktede og dennes «arbeidsgiver», jf. aml. § 14A-1 første ledd. Vilkåret stiller krav om hvem som må være den forpliktedes avtalemotpart i konkurranseklausulen. Vurderingen tar utgangspunkt i det alminnelige arbeidsgiverbegrepet i aml. § 1-8 andre ledd.

I punkt 4.2 gjennomgår jeg de generelle utgangspunktene for arbeidsgiverbegrepets innhold, og viser at det som hovedregel må kreves at den formelle arbeidsgiver er part i konkurranseklausulen. Jeg vurderer deretter konsekvensen av dette utgangspunktet for reguleringen av konkurranseklausuler i avhandlingens typetilfelle.

I punkt 4.3 redegjør jeg for adgangen etter gjeldende rett til å gjøre unntak fra hovedregelen, og plassere ansvar for arbeidsgiverplikter på andre enn den formelle arbeidsgiveren – såkalt delt arbeidsgiveransvar.

I punkt 4.4 vurderer jeg om unntaksadgangen gir grunnlag for delt arbeidsgiveransvar for reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A i avhandlingens typetilfelle.

### **4.2 Utgangspunkter for ansvars plasseringen**

#### **4.2.1 Arbeidsgiverbegrepet og arbeidsgiverplikter**

Arbeidsgiver er pliktsubjektet i arbeidsmiljøloven, jf. aml. § 2-1. Dette gjelder også i relasjon til reglene om konkurranseklausuler i arbeidsmiljøloven kapittel 14A. Pliktene til å gi skriftlig redegjørelse<sup>185</sup> og yte kompensasjon,<sup>186</sup> og plikten til å tåle de absolutte kravene om skriftlighet og den maksimale varighetsbegrensningen på ett år, jf. aml. § 14A-1, er plikter som bare gjelder for arbeidsgivere, jf. «avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker» i aml. § 14A-1 første ledd. For at en arbeidstakers avtalemotpart i konkurranseklausulen skal pålegges pliktene som følger

---

<sup>185</sup> Arbeidsmiljøloven § 14A-2 jf. § 14A-1 sjette ledd.

<sup>186</sup> Arbeidsmiljøloven § 14A-3.

av arbeidsmiljøloven kapittel 14A, må avtalemotparten være vedkommende arbeidstakers «*arbeidsgiver*».

På samme måte som for arbeidstakerbegrepet, har begrepet «*arbeidsgiver*» en felles definisjon som gjelder for hele arbeidsmiljøloven. Definisjonen er inntatt i aml. § 1-8 andre ledd, og slår fast at i arbeidsmiljøloven er «*enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste*» arbeidsgiver.<sup>187</sup> Ordlyden viser at definisjonen står i sammenheng med arbeidstakerdefinisjonen i aml. § 1-8 første ledd. Arbeidsgiverpartens definerende egenskap er å ha «*ansatt arbeidstaker*», jf. aml. § 1-8 andre ledd. Kravet om ansettelse innebærer som nevnt i kapittel 3 et krav om at arbeidsrelasjonen er basert på avtale.<sup>188</sup>

Klassifiseringen av arbeidsavtalen er først og fremst knyttet til vurderingen av arbeidstakerbegrepet.<sup>189</sup> Utgangspunktet er derfor at «*arbeidsgiver*» er arbeidstakers avtalemotpart i arbeidsavtalen.<sup>190</sup> Hvem som er avtalemotpart, beror på alminnelige avtalerettslige prinsipper, og vil i de fleste tilfeller være den som har inngått avtalen.<sup>191</sup>

Definisjonen av «*arbeidsgiver*» må også ses i sammenheng med bestemmelsen om lovens generelle virkeområde i aml. § 1-2 første ledd, som slår fast at arbeidsmiljøloven «*gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker*». Virksomhetsbegrepet har erstattet det tidligere uttrykket «*bedrift*» for å inkludere blant annet offentlig forvaltningsvirksomhet,<sup>192</sup> men en alminnelig forståelse av begrepet «*bedrift*» er fremdeles i stor grad dekkende for virksomhetsbegrepets innhold.<sup>193</sup> Kravet om «*virksomhet*» angir en nedre grense for hvilke

---

<sup>187</sup> Tilleggsbestemmelsen om «*den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten*» i aml. § 1-8 andre ledd siste punktum er en snever regel som utvider det personlige straffansvaret for lovens krav til arbeidsmiljø, jf. Jakhelln (2011) side 66. Bestemmelsen er derfor ikke relevant i spørsmålet om ansvars plasseringen i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

<sup>188</sup> Se nærmere under punkt 3.2.1.

<sup>189</sup> Jakhelln (2013) punkt 2.1.

<sup>190</sup> Hotvedt (2016) side 140.

<sup>191</sup> Hotvedt (2016) side 409.

<sup>192</sup> Jakhelln (2011) side 32.

<sup>193</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74.



aktiviteter som omfattes av loven, ved å stille krav til at aktiviteten må «*være av en viss varighet og fasthet*».<sup>194</sup>

Lovens forarbeider slår fast at rettssubjektet som er arbeidsgiver som hovedregel vil være sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet, og at hovedregelen er at «*arbeidstakers rettigheter er knyttet til den enkelte virksomhet*».<sup>195</sup> Videre er det presisert at dersom en juridisk person eier og driver virksomheten, vil den juridiske personen være arbeidsgiver.<sup>196</sup>

I avhandlingens typetilfelle består arbeidsrelasjonen mellom den forpliktete og selskapet. Jeg legger i dette kapitlet til grunn at den forpliktete anses som «*arbeidstaker*» i relasjon til reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A, jf. kapittel 3. Jeg legger også til grunn at det er inngått en arbeidsavtale hvor selskapet er angitt som motpart, og at selskapet driver en «*virksomhet*».

Etter arbeidsmiljølovens utgangspunkt er det derfor selskapet som er den forpliktetes «*arbeidsgiver*». Dette innebærer at det er selskapet som ved å inngå arbeidsavtalen har påtatt seg arbeidsgiverplikter, jf. aml. § 2-1, herunder pliktene som følger av arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

#### **4.2.2 Det «funksjonelle» arbeidsgiverbegrepet**

I avhandlingens typetilfelle er den forpliktetes arbeidsgiver et aksjeselskap. Aksjeselskaper kjennetegnes ved at aksjonærene som den klare hovedregel ikke har personlig ansvar for selskapets forpliktelser, jf. asl. § 1-1 andre ledd. Utgangspunktet om ansvarsbegrensning innebærer at aksjonærene ikke identifiseres med aksjeselskapet, og derfor ikke med selskapets status som «*arbeidsgiver*». Aksjonærene pålegges heller ikke arbeidsgivers plikter. Terskelen for å pålegge aksjonærene å svare personlig for selskapets forpliktelser er høy.<sup>197</sup> Den selskapsrettslige ansvarsbegrensningen innebærer at det i de aller fleste tilfeller er den formelle selskapsstrukturen som legges til grunn for avgrensningen av selskapets forpliktelser.<sup>198</sup>

Arbeidsmiljølovens avgrensning av arbeidsgiverbegrepet inntar et lignende utgangspunkt. Det er bare den som «*har ansatt*» arbeidstakeren, som er arbeidsgiver, jf. aml. § 1-8 andre ledd. I

---

<sup>194</sup> Jakhelln (2011) side 32 med videre henvisning.

<sup>195</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74.

<sup>196</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74.

<sup>197</sup> Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) side 678-679.

<sup>198</sup> Andenæs (2016) side 36.

forarbeidene er det slått fast at utgangspunktet om at arbeidstakers rettigheter er knyttet til «den enkelte virksomhet», også gjelder «i konserner og andre sammensatte virksomhetsorganiseringer».<sup>199</sup>

Utgangspunktet er en videreføring av gjeldende rett etter arbeidsmiljøloven av 1977.<sup>200,201</sup> Da 2005-loven ble utformet, vurderte departementet om arbeidsgiverbegrepet burde utvides, slik at ikke bare den formelle arbeidsgiver, men også «konsernselskaper og andre med bestemmende innflytelse eller lignende» ble omfattet av begrepet.<sup>202</sup> Det ble presisert at en eventuell utvidelse ville medføre at flere enn den formelle arbeidsgiver kunne pålegges arbeidsgiverplikter, og at arbeidstakere ville få tilsvarende rettigheter overfor disse.<sup>203</sup>

Departementet konkluderte imidlertid med at arbeidsgiverbegrepet ikke burde utvides, fordi de la til grunn at den gjeldende definisjonen i de aller fleste tilfeller var «god og treffende med hensyn til hvor den reelle avgjørelsesmyndigheten i arbeidsmiljøspørsmål ligger».<sup>204</sup> Det ble imidlertid samtidig vist til at det «blant annet skal legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner».<sup>205</sup> På bakgrunn av denne uttalelsen har arbeidsgiverbegrepet blitt omtalt som et funksjonelt begrep.<sup>206</sup>

Hva som ligger i begrepets funksjonalitet, er imidlertid noe uklart. Forarbeidene presiserer nemlig like nedenfor at det etter gjeldende rett «også» åpnes for at «arbeidsgiveransvaret etter en konkret vurdering kan plasseres hos flere dersom det foreligger særskilt grunnlag for det».<sup>207</sup> Som eksempel på slikt særskilt grunnlag nevnes «at andre reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner».<sup>208</sup>

De samme vurderingskriteriene synes å bli fremhevet som grunnlag både for det alminnelige innholdet av arbeidsgiverbegrepet og for å plassere arbeidsgiveransvar på andre i

---

<sup>199</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74.

<sup>200</sup> Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø.

<sup>201</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76.

<sup>202</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76.

<sup>203</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76.

<sup>204</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76.

<sup>205</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76.

<sup>206</sup> Jakhelln (2011) side 65.

<sup>207</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76.

<sup>208</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76.

unntakstilfeller. I den første sammenhengen er de momenter det «blant annet» skal legges vekt på ved utpekingen av hvem som er arbeidsgiver. Det er altså tale om momenter som inngår i det alminnelige arbeidsgiverbegrepet. Forarbeidene har her gjort det klart at det kun er «*den som ansettelsesforholdet formelt er knyttet til*» som regnes som arbeidsgiver, og at det ikke tale om noen automatisk utvidelse basert på bestemmende innflytelse eller lignende.<sup>209</sup> Likevel kan de samme momenter utgjøre «særskilt grunnlag», nettopp med den virkning at ansvarskretsen utvides.

Ulike forfattere synes å sikte til noe ulikt innhold når de omtaler arbeidsgiverbegrepet som «funksjonelt». Jakhelln fremhever bare adgangen til å legge vekt på «*hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner*» som del av det funksjonelle arbeidsgiverbegrepet, og synes å skille ut adgangen til å plassere ansvaret «*hos flere dersom det foreligger særskilt grunnlag for det*» som noe eget.<sup>210</sup> Fougner mfl. viser på sin side til begge sitater som uttrykk for arbeidsgiverbegrepets funksjonalitet.<sup>211</sup>

Hotvedts fremstilling presenterer en mer dyptgående analyse av arbeidsgiverbegrepet.<sup>212</sup> Hun deler vurderingen av hvem som skal tillegges arbeidsgiveransvar i to. For det første en vurdering av hvem som inngikk arbeidsavtalen, og for det andre en vurdering av om det er grunnlag for ansvar for flere enn den opprinnelige arbeidsgiverparten.<sup>213</sup> Hennes videre fremstilling viser at momentene som angis i forarbeidene er relevante i begge sammenhenger.<sup>214</sup> Dette synes å være i tråd med forarbeidenes noe uklare inndeling.

Hotvedts todeling viser imidlertid også at momentenes funksjon i vurderingen av hvem som er den opprinnelige arbeidsgiver først og fremst er å gi veiledning i tvilstilfeller. Utgangspunktet er at partsangivelsen i en eventuell arbeidsavtale er avgjørende.<sup>215</sup> Dette har støtte i definisjonens ordlyd, jf. «*har ansatt arbeidstaker*». Og når det er klart hvem som er den opprinnelige arbeidsgiveren, kreves det et «særskilt grunnlag» for å plassere

---

<sup>209</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76.

<sup>210</sup> Jakhelln (2011) side 65.

<sup>211</sup> Fougner (2018) side 88.

<sup>212</sup> Hotvedt (2016) er basert på forfatterens doktorgradsavhandling om samme tema, jf. side 7.

<sup>213</sup> Hotvedt (2016) side 419, jf. side 410-411.

<sup>214</sup> Hotvedt (2016) side 430, 436 og 454.

<sup>215</sup> Hotvedt (2016) side 430.

arbeidsgiveransvar på andre. I fravær av slikt grunnlag ligger arbeidsgiveransvaret alene på den formelle arbeidsgiver.<sup>216</sup>

Den formalistiske tilnærmingen til arbeidsgiverbegrepet, og terskelen for å utvide det, illustreres av Borgarting lagmannsretts nylig avsagte dom om arbeidsgiveransvar for kabinpersonale og piloter i Norwegian-konsernet, LB-2016-169045 (Norwegian). Besetningen hadde opprinnelig inngått arbeidsavtaler med morselskapet i konsernet, Norwegian Air Shuttle ANS (NAS), men hadde etter hvert blitt virksomhetsoverdratt til ulike datterselskaper da Norwegian ble omorganisert til en konsernstruktur.

Besetningen krevde dom for at NAS var deres arbeidsgiver. Besetningen anførte forgjeves at det forelå «særskilt grunnlag» for ansvar, fordi NAS hadde avgitt erklæringer om stillingsgaranti og konsernansiennitet og derved begrenset sin styringsrett i konsernet. Lagmannsretten avviste anførselen, og viste også til at selv om NAS fattet beslutninger som berørte besetningen, herunder konsernets ruteprogrammer, var det ikke *«faktisk eller rettslig grunnlag for å skjære gjennom selskapslovgivningen og på det grunnlag holde NAS ansvarlig som arbeidsgiver i kraft av sin rolle og/eller sitt ansvar som morselskap i konsernet»*.<sup>217</sup>

Morselskapets betydelige påvirkning på datterselskapene var altså ikke nok til å pålegge det arbeidsgiveransvar. Resultatet ble imidlertid motsatt i tingretten.<sup>218</sup> Lagmannsrettens dom ble avsagt den 25. januar 2018, og er anket til Høyesterett. Anken ble tillatt fremmet i sin helhet den 25. april 2018 ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning inntatt i HR-2018-754-U. Dommen er altså ikke rettskraftig.

Saken fremstår som tvilsom, og det er uklart hva det endelige utfallet vil bli. Den illustrerer imidlertid at den formelle tilnærmingen til arbeidsgiverbegrepet står sterkt – datterselskapene det var snakk om var heleid av NAS, og hadde som eneste funksjon å tjene konsernets flyoperasjoner. Likevel fant ikke lagmannsretten grunnlag for å holde NAS medansvarlig for arbeidsgiverplikter.

Arbeidsgiverbegrepets funksjonalitet endrer ikke utgangspunktet om at arbeidsmiljøloven bare stiller arbeidstaker i en rett-/pliktrelasjon med den formelle arbeidsgiver. I avhandlingens typetilfelle er det ikke tvilsomt at selskapet er den formelle arbeidsgiver. For at

---

<sup>216</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76.

<sup>217</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76.

<sup>218</sup> Asker og Bærum tingretts dom inntatt i TAHER-2015-104340.

konkurransesklausulen i aksjonæravtalen skal anses inngått med «arbeidsgiver», jf. aml. § 14A-1 første ledd, og omfattes av kapitlets regler, må derfor den formelle arbeidsgiver – selskapet – i utgangspunktet selv være part.

### 4.2.3 Betydning for reguleringen av konkurransesklausuler

Utgangspunktet om at den formelle partsangivelsen er avgjørende, deler avhandlingens typetilfelle i to kategorier; tilfeller hvor selskapet er part i aksjonæravtalen, og tilfeller hvor selskapet ikke er part i aksjonæravtalen.

I tilfeller hvor selskapet er part i aksjonæravtalen, vil både «arbeidstaker» og «arbeidsgiver» være representert. Det er da naturlig å ta utgangspunkt i at konkurransesklausulen anses som en «avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker», jf. aml. § 14A-1 første ledd. Man kan likevel stille spørsmål ved om den formelle partsangivelsen er tilstrekkelig for klassifiseringen av konkurransesklausulen.

Vilkåret i aml. § 14A-1 første ledd er i forarbeidene uttrykt som at konkurransesklausulen er inngått innenfor rammen av arbeidsforholdet.<sup>219</sup> Uttalelsen i forarbeidene gir uttrykk for et visst krav om tilknytning mellom arbeidsforholdet og konkurransesklausulen, og selv om selskapet er part i aksjonæravtalen, er det ikke gitt at det har opptrådt i egenskap av å være «arbeidsgiver».

Kravet som stilles til et relevant behov for vern i vurderingen av om den forpliktete er «arbeidstaker» er imidlertid strengt, jf. kapittel 3. Vurderingen av arbeidstakerbegrepet er også knyttet til selve inngåelsen av aksjonæravtalen, og krever at avhengighetsforholdet i arbeidsrelasjonen virker inn på avtaleinngåelsen. I tilfeller hvor den forpliktete anses for å være «arbeidstaker», vil derfor et slikt krav om tilknytning i de aller fleste tilfeller være oppfylt.

Hvis selskapet opptrer som part i aksjonæravtalen, og selskapets «arbeidstaker» er motpart og har behov for arbeidsrettslig vern, er det nærliggende å legge til grunn at selskapet i kraft av å være «arbeidsgiver» må forholde seg til at konkurransesklausulen reguleres av arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

Unntak fra det ovennevnte kan tenkes, men jeg avgrenser mot en nærmere vurdering av tilfeller hvor selskapet formelt er part. I det videre legger jeg til grunn at arbeidsmiljøloven kapittel 14A

---

<sup>219</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 25-26.

kommer til anvendelse på konkurranseklausulen dersom selskapet er part i aksjonæravtalen samtidig som den forpliktete er «*arbeidstaker*».

Dersom selskapet ikke er part i aksjonæravtalen, vil utgangspunktet være det motsatte – konkurranseklausulen vil ikke anses som en «*avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker*», jf. aml. § 14A-1 første ledd. Etter dette utgangspunktet vil aksjonæravtaler hvor arbeidsgiverselskapet ikke er gjort til part falle utenfor arbeidsmiljøloven kapittel 14A. Fra et arbeidervernperspektiv kan et slikt utgangspunkt fort lede til uheldige resultater.

En konkurranseklausul inntatt i en aksjonæravtale ivaretar aksjonærenes felles økonomiske interesse i å opprettholde aksjenes verdi, og vil som hovedregel verne selskapets virksomhet. Objektet for konkurransevern vil altså være den forpliktetes «*arbeidsgiver*», uavhengig av om selskapet selv står som part i avtalen. Konkurranseklausulens rettsvirkning for den forpliktete vil uansett være et forbud mot å konkurrere med arbeidsgiver.

Den forpliktetes behov for vern ved avtaleinngåelsen er heller ikke avhengig av selskapets formelle partsstatus. Representanter for arbeidsgiverselskapets interesser vil ofte være involvert når aksjonæravtalen inngås, og det er heller ikke upraktisk at personene som i det daglige opptrer på vegne av arbeidsgiver også eier aksjer og er parter i aksjonæravtalen. Arbeidsgivers overlegne forhandlingsposisjon vil i slike tilfeller de facto være representert ved avtaleinngåelsen, uten at partsstillingen i avtalen reflekterer det.

Å la den formelle partsangivelsen i aksjonæravtalen være avgjørende i slike tilfeller, åpner for forsøk på å omgå arbeidsmiljølovens verneregler. Arbeidsgivere vil for eksempel kunne tilby arbeidstakere små aksjeposter gjennom bonus- og incentivprogrammer, og derved få muligheten til å regulere deler av arbeidsforholdet i en aksjonæravtale hvor arbeidsgivers morselskap er part istedenfor arbeidsgiver selv.

Tilsvarende kan forekomme ved salg av aksjeselskaper, hvor den forpliktete aksjonæren gjerne selger sine aksjer i arbeidsgiverselskapet til en ny eier av samme selskap uten at arbeidsgiverselskapet selv behøver å være part i salgsavtalen. Slike situasjoner gjør det aktuelt å vurdere om det er grunnlag for å ilegge arbeidsgiveransvar på andre enn den formelle arbeidsgiver.

## 4.3 Delt arbeidsgiveransvar

### 4.3.1 Innledning

Hittil i kapitlet har jeg vist at det i utgangspunktet bare er den formelle arbeidsgiver som pålegges arbeidsgiverplikter etter arbeidsmiljøloven, og at dette utgangspunktet åpner for forsøk på å omgå arbeidsmiljøloven kapittel 14A. Risikoen for omgåelsesforsøk taler for å gjøre unntak fra lovens utgangspunkt, slik at arbeidsmiljøloven kapittel 14A kommer til anvendelse selv om selskapet ikke er part i aksjonæravtalen.

Det arbeidsgiverbegrepet som ble videreført i arbeidsmiljøloven av 2005 åpner som nevnt for å legge arbeidsgiveransvar på flere enn den formelle arbeidsgiver dersom det foreligger «*særskilt grunnlag*» for det – såkalt delt arbeidsgiveransvar.<sup>220</sup> I avhandlingens sammenheng vil delt arbeidsgiveransvar innebære å plassere ansvar for pliktene som følger av arbeidsmiljøloven kapittel 14A på én eller flere av arbeidsgiverselskapets aksjonærer.

I det følgende redegjør jeg for adgangen til å pålegge delt arbeidsgiveransvar etter gjeldende rett. I punkt 4.3.2 gjennomgår jeg de grunnlagene som oppstilles i forarbeidene, og viser at delt arbeidsgiveransvar som hovedregel krever grunnlag i avtale. I punkt 4.3.3 viser jeg at delt arbeidsgiveransvar unntaksvis også kan begrunnes i en konkret rimelighetsvurdering. I punkt 4.4 vurderer jeg deretter om disse grunnlagene kan føre til delt arbeidsgiveransvar i avhandlingens typetilfelle.

### 4.3.2 Delt arbeidsgiveransvar med særskilt grunnlag

#### 4.3.2.1 Innledning

Adgangen til å plassere arbeidsgiveransvar på andre rettssubjekter enn den formelle arbeidsgiver har ikke støtte i lovens ordlyd, men er utviklet i rettspraksis. Hovedtrekkene fra rettspraksis er oppsummert i lovens forarbeider.

Forarbeidene slår fast at delt arbeidsgiveransvar kan være aktuelt dersom «*arbeidsgiverfunksjonene har vært delt*» mellom flere rettssubjekter.<sup>221</sup> Delingen av arbeidsgiveransvar er altså ment å reflektere en deling av arbeidsgiverfunksjoner. Deling av

---

<sup>220</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74-75.

<sup>221</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74-75.

arbeidsgiverfunksjoner er imidlertid ikke tilstrekkelig. Delt arbeidsgiveransvar krever også et særskilt grunnlag. Forarbeidene peker på at rettspraksis «i hovedsak» har utpekt tre særskilte grunnlag. For det første «at det er avtalt flere arbeidsgivere», for det andre «at flere selskaper reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner», og for det tredje «at arbeidsforholdet har kontraktmessige uklarheter».<sup>222</sup>

#### **4.3.2.2 Kontraktmessige uklarheter som særskilt grunnlag?**

Til tross for forarbeidenes uttalelse, synes ikke kontraktmessige uklarheter å ha vært benyttet som særskilt grunnlag for arbeidsgiveransvar for flere enn den formelle arbeidsgiver. Det mest nærliggende tilfellet fra rettspraksis er Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1993 s. 954 (Back Stage). Saken gjaldt oppsigelse av fire servitører fra en restaurantvirksomhet, men spørsmålet for Høyesterett var hvem som var arbeidsgiver og dermed rett adressat i oppsigelsessøksmålet.

Arbeidstakerne hadde saksøkt de to eierne av restauranten personlig, istedenfor aksjeselskapet som var avsender for oppsigelsen. De to eierne påsto søksmålet avvist fordi det ikke var rettet mot servitørens arbeidsgiver. Aksjeselskapet hadde imidlertid ikke eksistert da servitørene ble ansatt i virksomheten. Det forelå heller ingen skriftlig ansettelsesavtale som utpekte en arbeidsgiver.

Høyesterett slo fast at det gjelder et generelt krav om «klarhet og notoritet ved hvem som er arbeidsgiver», og at det er arbeidsgivers plikt å sørge for slik klarhet.<sup>223</sup> Høyesterett slo videre fast at ved uklarhet rundt hvilket rettssubjekt som egentlig har drevet virksomheten, eksempelvis fordi eieren av selskapet selv leder virksomheten, krever «alminnelige avtalerettslige regler» at eieren opplyser om at ansettelsen skjer i selskapet dersom eieren ikke skal bli personlig ansvarlig.<sup>224</sup>

Høyesterett kom etter en konkret vurdering til at de to eierne hadde «drevet virksomheten personlig», og ikke hadde gjort det klart for arbeidstakerne at aksjeselskapet hadde overtatt rollen som arbeidsgiver. På denne bakgrunn konkluderte Høyesterett med at det var de to eierne som var arbeidsgiver, og ikke selskapet.

---

<sup>222</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74-75.

<sup>223</sup> Rt. 1993 s. 954 (Back Stage) side 957.

<sup>224</sup> Rt. 1993 s. 954 (Back Stage) side 957-958.



Den ovennevnte avgjørelsen viser at de(n) som er ansvarlig(e) for kontraktmessige uklarheter ved ansettelsen kan bli pålagt arbeidsgiveransvar fordi vedkommende må bære risikoen for klarhet i avtalen. Arbeidsgiveransvaret ble også delt mellom de to eierne, fordi disse hadde opptrådt i fellesskap ved avtaleinngåelsen og hadde drevet virksomheten sammen. Det Høyesterett avgjorde i Rt. 1993 s. 954 (Back Stage), var imidlertid hvem som var servitørens opprinnelige og formelle arbeidsgiver. Det var ikke et spørsmål om arbeidsgiveransvar for flere enn den opprinnelige arbeidsgiveren, og avgjørelsen gir således ikke grunnlag for at flere enn den opprinnelige arbeidsgiver kan bli ansvarlig på grunn av kontraktmessige uklarheter i seg selv.

Kontraktmessige uklarheter synes heller ikke å stå i en naturlig sammenheng med spørsmålet om delt arbeidsgiveransvar når det allerede er klart hvem som er den formelle arbeidsgiver. Det synes mer nærliggende å legge vekt på kontraktmessige uklarheter i vurderingen av hvem som er den opprinnelige arbeidsgiver, dersom dette er uklart. I relasjon til delt arbeidsgiveransvar er det sentrale spørsmålet om arbeidsgiverfunksjoner har vært delt mellom flere rettssubjekter.<sup>225</sup> Deling av arbeidsgiverfunksjoner kan, som forarbeidene fremhever, enten ha grunnlag i avtale eller i faktisk opptreden. Kontraktmessige uklarheter synes imidlertid ikke i seg selv å gi selvstendig grunnlag for en slik deling. Jeg legger derfor til grunn at kontraktmessige uklarheter ikke er et relevant særskilt grunnlag i spørsmålet om delt arbeidsgiveransvar.

#### **4.3.2.3 Avtale som særskilt grunnlag?**

De gjenstående alternativene som utpekes av forarbeidene er enten at det er «*avtalt flere arbeidsgivere*», eller at «*flere selskaper reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner*».<sup>226</sup>

Rettspraksis gir flere eksempler på at partenes avtale har gitt grunnlag for delt arbeidsgiveransvar.<sup>227</sup> Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging) er ett slikt eksempel. Saken gjaldt avskjed av tre britiske oljeingeniører som hadde vært utstasjonert i et norsk datterselskap som inngikk i et internasjonalt konsern. De tre var opprinnelig ansatt i ulike utenlandske selskaper i konsernet, men hadde likelydende ansettelseskontrakter.

---

<sup>225</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74-75.

<sup>226</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74-75.

<sup>227</sup> Se nærmere Hotvedt (2016) side 447.

I kontraktene var det bestemt at arbeidstakerne «*til enhver tid kunne beordres av Arbeidsgiveren til et annet medlemselskap*» i konsernet.<sup>228</sup> Kontrakten bestemte videre at ved slik beordring oppsto en midlertidig ansettelse i det anviste selskapet, og at den opprinnelige arbeidsavtalen i slike tilfeller skulle «*gjelde som om det anviste selskap var Arbeidsgiveren*».<sup>229</sup> Samtidig var det slått fast at rettsforholdet til den opprinnelige arbeidsgiver skulle bestå som før.<sup>230</sup>

Høyesterett kom på bakgrunn av ansettelseskontraktene til at det var mest nærliggende å anse arbeidstakerne som ansatt i konsernet som sådan, og slo fast at det norske datterselskapet «*i mange relasjoner må anses som arbeidsgiver*».<sup>231</sup> Virkningen av det delte arbeidsgiveransvaret var at den avtalte flytteplikten mellom konsernselskaper kunne gjøres gjeldende uten hinder av oppsigelsesreglene, men samtidig at avskjed (og oppsigelse) fra konsernet som sådan, herunder det norske datterselskapet, var underlagt stillingsvernsreglene.<sup>232</sup> Avgjørelsen er et eksempel på at arbeidsavtalen eksplisitt har utnevnt flere ansvarssubjekter, og den viser at slik utnevning kan føre til delt arbeidsgiveransvar.

Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä), som trekkes frem i forarbeidene, er et eksempel på at avtalen implisitt har utpekt flere ansvarssubjekter. Saken gjaldt en arbeidstaker som ble ansatt som daglig leder i et nyopprettet datterselskap. Han hadde tidligere vært arbeidstaker direkte i morselskapet, men den nye arbeidsavtalen fastslo klart at bare datterselskapet var arbeidsgiver.<sup>233</sup>

Det var likevel avtalt at arbeidstakeren skulle gjeninntre i morselskapets tjeneste når ansettelsesforholdet i datterselskapet var over.<sup>234</sup> I tillegg hadde morselskapet fremdeles «*avgjørende innflytelse på hans lønns- og pensjonsforhold*» og arbeidstaker var «*forpliktet til å følge de direktiver som til enhver tid ble gitt av morselskapets ledelse*».<sup>235</sup> Arbeidsavtalens innhold innebar altså en fordeling av viktige arbeidsfunksjoner mellom mor- og datterselskap.

---

<sup>228</sup> Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging) side 237.

<sup>229</sup> Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging) side 237.

<sup>230</sup> Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging) side 237.

<sup>231</sup> Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging) side 238.

<sup>232</sup> Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging) side 238.

<sup>233</sup> Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) side 1132.

<sup>234</sup> Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) side 1132.

<sup>235</sup> Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) side 1132.

Det var tilstrekkelig til at Høyesterett anså selskapene for å ha «*felles arbeidsgiveransvar*».<sup>236</sup> Avgjørelsen viser at avtalen mellom partene kan gi grunnlag for ansvar når den reelt sett fordeler arbeidsgiverplikter på flere, selv om den eksplisitte reguleringen tilsier noe annet. De ovennevnte avgjørelsene viser at delt arbeidsgiveransvar kan være aktuelt når det enten implisitt eller eksplisitt er avtalt flere arbeidsgivere.

#### **4.3.2.4 Utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner som særskilt grunnlag?**

Forarbeidene trekker også frem som et selvstendig grunnlag for ansvar «*at flere selskaper reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner*».<sup>237</sup> Arbeidsrettens dom inntatt i ARD 1980 s. 79 (Skolepsykologisk kontor) fremheves tilsynelatende som eksempel på dette. Saken gjaldt oppsigelsesvern for arbeidstakere ved et interkommunalt skolepsykologisk kontor som ble avvirket.

I forarbeidene fremheves at kommunene som eide kontoret blant annet hadde hatt ansvar for bevilgning av midler til lønn.<sup>238</sup> Kommunenes bevilgning av midler til lønn synes imidlertid ikke å ha vært det springende punkt i Arbeidsrettens begrunnelse. Det sentrale forhold som fremheves i begrunnelsen er at styret for kontoret føyet seg etter vedtak i de aktuelle kommunestyrene, og sa opp arbeidstakerne uten å foreta en selvstendig vurdering.<sup>239</sup> Det synes altså å ha vært kommunenes innflytelse over kontoret, og ikke utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner, som begrunnet delt arbeidsgiveransvar.

I tillegg gjorde hensynet til vern av de aktuelle arbeidstakerne seg sterkt gjeldende. Hotvedt ser Arbeidsrettens dom som et eksempel på at delt arbeidsgiveransvar var basert på rimelighet.<sup>240</sup> Se nærmere om dette nedenfor under punkt 4.3.3. Arbeidsrettens dom synes derfor ikke å gi grunnlag for at utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner er et selvstendig grunnlag for delt arbeidsgiveransvar, slik forarbeidene synes å fremholde. Det synes mer nærliggende å tolke dommen slik at utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner var et støttemoment for resultatet.

---

<sup>236</sup> Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) side 1132.

<sup>237</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74-75.

<sup>238</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74-75.

<sup>239</sup> ARD 1980 s. 79 (Skolepsykologisk kontor) side 88-89.

<sup>240</sup> Hotvedt (2016) side 458.

Utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner fungerte også som støttemoment i tidligere nevnte Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging) og Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä). Det foreligger imidlertid, så vidt meg bekjent, ingen rettspraksis som gir grunnlag for at utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner i seg selv har fungert som grunnlag for delt arbeidsgiveransvar. Forarbeidene trekker frem utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner som et eksempel på grunnlag som har vært benyttet i rettspraksis.<sup>241</sup> Når dette ikke synes å stemme, er det ikke grunnlag for å la uttalelsen i forarbeidene være avgjørende.

Hotvedt fremholder at faktisk utøvelse av sentrale arbeidsgiverfunksjoner som lønn og styring kreves i tillegg til en formell forankring i avtalen mellom partene, men at utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner ikke i seg selv er tilstrekkelig grunnlag for ansvar.<sup>242</sup> Hennes konklusjon synes å være i tråd med forarbeidenes utgangspunkt om at flere kan ha et arbeidsgiveransvar dersom arbeidsgiverfunksjonene er delt mellom flere, men at ansvar i tillegg krever et særskilt grunnlag.<sup>243</sup>

Etter dette legger jeg til grunn at utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner ikke i seg selv kan fungere som særskilt grunnlag for delt arbeidsgiveransvar, men at det utgjør et viktig støttemoment i vurderingen av om en deling av arbeidsgiverfunksjoner har grunnlag i avtale.<sup>244</sup>

Sammenholdt viser gjennomgangen hittil at delt arbeidsgiveransvar kan være aktuelt dersom det er grunnlag for det i avtale mellom partene. Ansvar kan både være eksplisitt avtalt eller implisitt forutsatt. Faktisk utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner et viktig støttemoment, men gir ikke tilstrekkelig grunnlag for delt arbeidsgiveransvar. Delt arbeidsgiveransvar er heller ikke aktuelt på grunnlag av kontraktmessige uklarheter.

---

<sup>241</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 75.

<sup>242</sup> Hotvedt (2016) side 454-456.

<sup>243</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74-75.

<sup>244</sup> I LB-2016-169045 (Norwegian) var det utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner som ble anført som grunnlag for delt arbeidsgiveransvar for NAS. Anførselen førte som nevnt ikke frem i Borgarting lagmannsrett. Anken over dommen er imidlertid tillatt fremmet til Høyesterett i sin helhet, jf. HR-2018-754-U, og det er derfor mulig at Høyesterett vil gi en prinsipiell avklaring av hvorvidt utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner er et selvstendig særskilt grunnlag for delt arbeidsgiveransvar. Jeg antar imidlertid at utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner, dersom det viser seg å gi selvstendig grunnlag, ikke vil ha særlig praktisk betydning for avhandlingens problemstilling, jf. under i punkt 4.4.2.

#### 4.3.2.5 Øvrige kriterier

Den ovennevnte rettspraksis, som viser at delt arbeidsgiveransvar krever grunnlag i avtale, har også enkelte andre fellestrekk. Forarbeidene fremhever at sakene om delt arbeidsgiveransvar har «*vært knyttet til oppsigelsesvernet og plikten til å tilby annet passende arbeid*». <sup>245</sup> Både Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging) og Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) gjaldt arbeidstakernes stillingsvern. Hotvedt viser til at alle avgjørelser som fastsetter delt arbeidsgiveransvar har dreid seg om stillingsvern, med unntak av Rt. 1937 s. 21 (Ulrikka), som gjaldt krav om ekstrahyre for mannskapet på et skip. <sup>246</sup>

Et annet fellestrekk for avgjørelsene som trekkes frem i forarbeidene er at det i samtlige tilfeller var en juridisk person med en selvstendig virksomhet som ble pålagt ansvaret. I Rt. 1997 s. 623 (PPD-senter) var ansvarssubjektet en kommune, og i Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) og Rt. 1993 s. 345 (Matherson-Selig) fikk morselskapet ansvar sammen med datterselskapene. Dette synes å tale for at domstolene er mer villige til å utvide arbeidsgiveransvaret til andre bedrifter enn til enkeltpersoner.

Forarbeidene synes også å forutsette at ansvar legges på juridiske personer når det fremheves at «*flere selskaper reelt har opptrådt som arbeidsgiver*». <sup>247</sup> Arbeidsgiverbegrepet omfatter imidlertid «*enhver*», jf. aml. § 1-8 andre ledd, og ordlyden gir ikke grunnlag for noen prinsipiell avgrensning mot ansvar for enkeltpersoner. Tidligere nevnte Rt. 1993 s. 954 (Back Stage) viser at det ikke er utelukket å legge arbeidsgiveransvar på fysiske personer. Dette viser at det ikke er grunnlag for å oppstille noe selvstendig krav om at ansvarssubjektet skal være en juridisk person eller drive en selvstendig virksomhet.

Den foreslåtte utvidelsen av arbeidsgiverbegrepet i forbindelse med arbeidsmiljøloven av 2005, skulle etter planen innebære at arbeidsgiveransvaret også omfattet «*konsernselskaper og andre med bestemmende innflytelse eller lignende*». <sup>248</sup> Forslaget ble som nevnt forkastet, og

---

<sup>245</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74-75.

<sup>246</sup> Hotvedt (2016) side 442, se note 1692.

<sup>247</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 74-75 (min understreking).

<sup>248</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76, se også lovforslaget i NOU 2004:5 side 502.

departementet slo fast at det ikke gjelder en regel om automatisk utvidelse av ansvaret på grunnlag av bestemmende innflytelse.<sup>249</sup>

Bestemmende innflytelse over den opprinnelige arbeidsgiver har likevel vært et gjennomgående trekk ved de rettssubjekter som har blitt pålagt delt arbeidsgiveransvar. Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) er et eksempel på at ansvarssubjektet hadde bestemmende innflytelse over den opprinnelige arbeidsgiveren. I Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging) hadde ikke det norske datterselskapet bestemmende innflytelse over den opprinnelige arbeidsgiveren, men både den opprinnelige arbeidsgiveren og datterselskapet inngikk imidlertid i en felles konsernstruktur hvor det ble øvet bestemmende innflytelse på tvers av de ulike selskapene.<sup>250</sup> Slik innflytelse i konsernforhold har også forekommet i en rekke andre avgjørelser om delt arbeidsgiveransvar.<sup>251</sup>

Hotvedt fremholder under henvisning til lovens forarbeider at et sentralt hensyn ved avgrensningen av arbeidsgiverbegrepet er ønsket om «*rimelig samsvar mellom innflytelse og ansvar*».<sup>252</sup> Innflytelse over den opprinnelige arbeidsgiver står derfor sentralt i begrunnelsen for å ilegge delt arbeidsgiveransvar.

Betydningen av bestemmende innflytelse ved vurderingen av delt arbeidsgiveransvar har klare paralleller til den ulovfestede adgangen til gjennomskjæring i selskapsretten, jf. eksempelvis Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) hvor Høyesterett slo fast at ett av vilkårene for slik gjennomskjæring er at det har «*vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern*».<sup>253</sup> Avgjørelsen illustrerer at bestemmende innflytelse står sentralt i å ilegge ansvar ut over den formelle selskapsstrukturen også på andre rettsområder.

Ettersom forslaget om utvidelse av arbeidsgiverbegrepet ble forkastet, er det klart at bestemmende innflytelse i seg selv ikke er tilstrekkelig.<sup>254</sup> Bestemmende innflytelse på tvers av

---

<sup>249</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76.

<sup>250</sup> Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging) side 231.

<sup>251</sup> Hotvedt (2016) side 444.

<sup>252</sup> Hotvedt (2016) side 417.

<sup>253</sup> Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) side 678-679.

<sup>254</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 76.

selskapsstrukturer fremstår likevel – på samme måte som etter den selskapsrettslige regelen – som et viktig moment i vurderingen av å ilegge delt arbeidsgiveransvar. Hotvedt synes å være av samme oppfatning.<sup>255</sup>

#### **4.3.2.6 Sammenfatning**

Oppsummert viser gjennomgangen ovenfor at delt arbeidsgiveransvar som hovedregel krever grunnlag i avtale mellom partene og i tillegg at ansvarssubjektet har utøvet sentrale arbeidsgiverfunksjoner. Hvorvidt det har vært utøvd bestemmende innflytelse på tvers av selskapsstrukturer står også sentralt i vurderingen.

#### **4.3.3 Delt arbeidsgiveransvar på grunnlag av rimelighet**

Gjennomgangen i punkt 4.3.2 viser at delt arbeidsgiveransvar som hovedregel krever grunnlag i avtale mellom den forpliktete og det aktuelle ansvarssubjektet. Spørsmålet her er om delt arbeidsgiveransvar også kan ilegges uten grunnlag i avtale. Det fremgår av arbeidsmiljølovens forarbeider at oppstillingen av de tre særskilte grunnlagene jeg gjennomgikk i punkt 4.3.2 ikke er uttømmende.<sup>256</sup> Det er derfor aktuelt å vurdere andre potensielle grunnlag for delt arbeidsgiveransvar.

Hotvedt har fremholdt at rettspraksis gir grunnlag for delt arbeidsgiveransvar basert på en konkret rimelighetsvurdering.<sup>257</sup> I det følgende tar jeg utgangspunkt i Hotvedts fremstilling, hvor hun viser til tre avgjørelser til støtte for sitt syn.

Den første avgjørelsen er Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1937 s. 21 (Ulrikka), som gjaldt krav om ekstrahyre fra mannskapet på et skip, rettet mot skipets panthaver. Den andre avgjørelsen er tidligere nevnte ARD 1980 s. 79 (Skolepsykologisk kontor), som gjaldt gyldigheten av oppsigelse av arbeidstakerne ved et interkommunalt skolepsykologisk kontor, rettet mot kommunene som eide kontoret i fellesskap.

Den tredje avgjørelsen er Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1995 s. 270 (Kreditkassen). Dommen gjaldt gyldigheten av oppsigelse av arbeidstakere ved et oppdrettsanlegg. Anlegget var overtatt til tvangsbruk av panthaveren, Christiania Bank og Kreditkasse. Kreditkassen sa opp

---

<sup>255</sup> Hotvedt (2016) side 445.

<sup>256</sup> Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 75.

<sup>257</sup> Hotvedt (2016) side 456.

arbeidstakerne ved anlegget med umiddelbar virkning etter at de tiltrådte tvangsbruken, og engasjerte andre til å drive anlegget videre. Fordi tvangsbruken kun var en overtakelse av bruksrett, var ikke reglene om oppsigelsesvern ved virksomhetsoverdragelser direkte anvendelige.<sup>258</sup>

Lovens ordlyd gav altså ikke arbeidstakerne oppsigelsesvern overfor Kreditkassen, til tross for at Kreditkassen hadde overtatt kompetansen til å gi oppsigelse. Høyesterett kom, etter «*en avveining av de kryssende hensyn*», hvor «*hensynet til arbeidstakerne må tillegges avgjørende vekt*», til at arbeidstakerne hadde oppsigelsesvern overfor Kreditkassen «*[u]t fra det prinsipp arbeidsmiljøloven § 60 nr 3 bygger på*».<sup>259</sup>

Hotvedt ser de ovennevnte avgjørelsene som uttrykk for en konkret interesseavveining som ga grunnlag for delt arbeidsgiveransvar.<sup>260</sup> Hun viser til to sentrale hensyn som begge talte i retning av ansvar.

For det første hadde ansvarssubjektene i de tre avgjørelsene utøvd bestemmende innflytelse «*i så sterk grad at arbeidsgiverparten ikke fremstod som et selvstendig rettssubjekt*».<sup>261</sup> I Rt. 1995 s. 270 (Kreditkassen) hadde Kreditkassen reelt sett full rådighet over alle arbeidsgiverfunksjoner i kraft av tvangsbruk.<sup>262</sup> Tilfellet var lignende i Rt. 1937 s. 21 (Ulrikka), hvor panthavende bank hadde full rådighet over salget av skipet og mottok hele salgssummen.<sup>263</sup> Etter daværende sjølov var det bare skipets eier som var ansvarlig for mannskapets krav om ekstrahyre. Kravet ble utløst dersom «*skibet frivillig selges til utlandet*».<sup>264</sup> Ettersom banken hadde den reelle rådigheten over salget og mottok hele salgssummen, var det rimelig at banken ble solidarisk ansvarlig for kravene et slikt salg utløste.

I ARD 1980 s. 79 (Skolepsykologisk kontor) hadde eierkommunene så sterk reell innflytelse over kontorets styre at de fremsto som «*de ankende parters reelle arbeidsgivere*»,<sup>265</sup> jf. over i

---

<sup>258</sup> Rt. 1995 s. 270 (Kreditkassen) side 273.

<sup>259</sup> Rt. 1995 s. 270 (Kreditkassen) side 274.

<sup>260</sup> Hotvedt (2016) side 459.

<sup>261</sup> Hotvedt (2016) side 457.

<sup>262</sup> Rt. 1995 s. 270 (Kreditkassen) side 273.

<sup>263</sup> Rt. 1937 s. 21 (Ulrikka) side 25.

<sup>264</sup> Rt. 1937 s. 21 (Ulrikka) side 25.

<sup>265</sup> ARD 1980 s. 79 (Skolepsykologisk kontor) side 89.



punkt 4.3.2. Hensynet til rimelig samsvar mellom innflytelse og ansvar talte klart for å illegge delt arbeidsgiveransvar i samtlige tilfeller.

For det andre gjorde hensynet til vern av arbeidstakerne seg gjeldende med styrke. Hotvedt trekker frem at saksforholdene «*lå nær, men falt ikke direkte under, særregler om ansvar for flere*».<sup>266</sup> De tilgrensende lovreglene viser at hensynet til vern av arbeidstakere var høyt prioritert av lovgiver på det aktuelle området.<sup>267</sup> Et annet fellestrekk ved avgjørelsene er at arbeidstakerne ikke ville vunnet frem med sine krav uten at delt arbeidsgiveransvar ble konstatert.

Både i ARD 1980 s. 79 (Skolepsykologisk kontor) og Rt. 1995 s. 270 (Kreditkassen) ville arbeidstakerne stått helt uten stillingsvern, og i Rt. 1937 s. 21 (Ulrikka) ville mannskapet måtte rettet sine hyrekrav mot rederiet, som ikke var betalingsdyktig.<sup>268</sup> Arbeidstakernes krav ville gått tapt, og både vernehensyn og hensynet til en konkret rimelig løsning talte for å plassere arbeidsgiveransvar på flere rettssubjekter.

De ovennevnte avgjørelsene gir støtte for at delt arbeidsgiveransvar kan bygges på en konkret rimelighetsvurdering, hvor ansvarssubjektets innflytelse over den opprinnelige arbeidsgiveren og arbeidstakerens behov for vern er sentrale momenter.

En slik ansvarsregel støttes også til en viss grad av den parallelle ulovfestede adgangen til selskapsrettslig ansvarsgjennomskjæring. Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) gir uttrykk for at aksjonærene kan bli ansvarlig for selskapets forpliktelser dersom det fremtrer «*utilbørlig*» å opprettholde den selskapsrettslige ansvarsbegrensningen, og at det «*har vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern*».<sup>269</sup> Det fremgår også av dommen at de to momentene må vurderes i sammenheng, og at terskelen for ansvarsgjennomskjæring er høy.<sup>270</sup> Vilkårene som oppstilles av Høyesterett har klare likhetstrekk med den regelen Hotvedt tar til orde for.

---

<sup>266</sup> Hotvedt (2016) side 458.

<sup>267</sup> Hotvedt (2016) side 458.

<sup>268</sup> Rt. 1937 s. 21 (Ulrikka) side 25.

<sup>269</sup> Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) side 678-679.

<sup>270</sup> Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken) side 678-679.

Som jeg var inne på i punkt 4.2.2, er ansvaret for arbeidsgiverplikter avgrenset på tilsvarende måte som aksjonærenes ansvar for selskapets forpliktelser. Det taler for at det også bør være adgang til gjennomskjæring på tilsvarende vilkår. Ansvarsbegrensningen i selskapsretten er dessuten et helt grunnleggende utgangspunkt, og gjelder som en klar hovedregel.<sup>271</sup> Utgangspunktet om ansvarsbegrensning synes derfor å stå sterkere i selskapsretten enn i arbeidsrettslig sammenheng. Det taler for at adgangen til å gjøre unntak i arbeidsrettslig sammenheng bør være minst like vid som i selskapsretten.

Samlet sett synes det å være grunnlag for å ilegge delt arbeidsgiveransvar basert på en konkret rimelighetsvurdering. Det rettskildemessige grunnlaget for denne regelen er imidlertid usikkert, og det må antas at terskelen for å oppstille ansvar på dette grunnlaget er meget høyt. Det må antakelig både kreves at sterke vernehensyn gjør seg gjeldende, og at ansvarssubjektet har utøvet bestemmende innflytelse over den opprinnelige arbeidsgiveren.

## **4.4 Er det grunnlag for ansvar for aksjonærene?**

### **4.4.1 Innledning**

Hittil har jeg vist at reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A i utgangspunktet bare får anvendelse dersom den opprinnelige arbeidsgiveren – selskapet – selv er part i aksjonæravtalen. I punkt 4.3 viste jeg at arbeidsgiveransvaret unntaksvis kan pålegges andre enn den opprinnelige arbeidsgiveren. Slik ansvars plassering krever et særskilt grunnlag. Rettspraksis viser at grunnlaget enten kan finnes i avtale mellom partene som direkte eller indirekte legger arbeidsgiveransvar på flere, eller – helt unntaksvis – i en konkret rimelighetsvurdering.

I det følgende vurderer jeg om unntaksadgangen gir grunnlag for å plassere arbeidsgiverplikter etter arbeidsmiljøloven kapittel 14A på selskapets aksjonærer når selskapet ikke selv er part i aksjonæravtalen.

### **4.4.2 Gir typetilfellet grunnlag for delt arbeidsgiveransvar basert på avtale?**

#### **4.4.2.1 Generelt**

Delt arbeidsgiveransvar krever som hovedregel grunnlag i en avtale som utpeker flere arbeidsgivere eller som plasserer sentrale arbeidsgiverfunksjoner på andre enn den opprinnelige

---

<sup>271</sup> Ot.prp.nr.23 (1996-1997) side 128, samt Andenæs (2016) side 36.

arbeidsgiveren, og i tillegg at arbeidsgiverfunksjonene i praksis utøves av flere. Spørsmålet i det følgende er om avhandlingens typetilfelle kan gi grunnlag for delt arbeidsgiveransvar på basert på aksjonæravtalen.

Det synes ikke på generelt grunnlag å være nødvendig at en konkurranseklausul i en aksjonæravtale eksplisitt utpeker én eller flere aksjonærer som arbeidsgiver. I motsetning til tilfellene fra rettspraksis hvor arbeidstakeren flyttes mellom ulike selskaper, er ikke konkurranseklausulen knyttet til andre virksomheter enn arbeidsgiverselskapet. Det er derfor ikke behov for å regulere forholdet mellom flere virksomheter i en avtale på samme måte som ved en avtalt flytteplikt.<sup>272</sup>

Det er heller ingen klar sammenheng mellom konkurranseklausuler som sådan og utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner. Som det ble påpekt i høringsrunden til arbeidsmiljøloven kapittel 14A, får konkurranseklausuler – og reguleringen av dem – først virkning etter at arbeidsforholdet er opphørt.<sup>273</sup> Konkurranseklausulen har ingen direkte påvirkning på arbeidsforholdet, og krever ikke at noen utfører særskilte arbeidsgiverfunksjoner.

Arbeidsmiljøloven kapittel 14A oppstiller riktignok enkelte arbeidsgiverplikter som kan ha virkning mens arbeidsforholdet består. Det gjelder særlig redegjørelsesplikten i aml. § 14A-2, som kan påberopes av arbeidstaker når som helst. Disse pliktene er imidlertid betinget av at regelverket kommer til anvendelse, og vil derfor ikke naturlig inntas i en avtale av parter som ikke selv mener å operere innenfor rammen av et arbeidsforhold. Redegjørelsesplikten er heller ikke en sentral arbeidsgiverfunksjon som er sammenlignbar med lønnsansvar eller direkte utøvelse av styringsrett.

Konkurranseklausuler kan etter dette inntas i en aksjonæravtale uten at det er nødvendig å eksplisitt eller implisitt utpeke en arbeidsgiverpart, og uten at noen behøver å utøve

---

<sup>272</sup> For konkurranseklausuler som beskytter selskaper i en konsernstruktur, er det likevel ikke upraktisk at det er morselskapet (med tilhørende datterselskaper) som vernes mot konkurranse, selv om arbeidsgiverselskapet er et datterselskap. I slike tilfeller er flere virksomheter tilknyttet konkurranseklausulen, og det kan ikke utelukkes at aksjonæravtalen samtidig fordeler arbeidsgiverplikter mellom flere virksomheter på en måte som kan gi grunnlag for delt arbeidsgiveransvar. Dersom morselskapet er part i avtalen og betaler vederlag for konkurranseklausulen direkte til arbeidstakeren, kan delt arbeidsgiveransvar ikke utelukkes. Se nærmere om vilkårene for dette i punkt 4.4.2.3. Sistnevnte tilfelle synes imidlertid mindre praktisk, og jeg går ikke nærmere inn på det.

<sup>273</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 24.

arbeidsgiverfunksjoner. Konkurransesklausuler i aksjonæravtale krever heller ikke at noen av aksjonærene har bestemmende innflytelse over selskapet. På generelt grunnlag kan man derfor ikke slå fast at avhandlingens typetilfelle gir foranledning til å ilegge delt arbeidsgiveransvar med grunnlag i avtale.

Noen unntak fra dette kan likevel tenkes. I det følgende vurderer jeg to mulige unntakstilfeller.

#### **4.4.2.2 Konkurransesklausuler som etter sitt innhold er knyttet til arbeidsforholdet**

Selv om det ikke er nødvendig, kan det likevel være praktisk at konkurransesklausulens innhold knyttes opp mot den forpliktedes arbeidsforhold. Det kan særlig være aktuelt at konkurransesklausulens varighet regnes fra arbeidsforholdets opphør, ettersom aksjonærene før den tid indirekte vil være beskyttet av den forpliktedes lojalitetsplikt til selskapet. I punkt 3.4.4 fremholdt jeg at en slik referanse til arbeidsforholdet kunne gi grunnlag for å klassifisere den forpliktede som «*arbeidstaker*». Spørsmålet her er om den samme referansen også kan være tilstrekkelig for å pålegge en aksjonær ansvar som arbeidsgiver, slik at arbeidsmiljøloven kapittel 14A kommer til anvendelse.

Det kan synes både rimelig og intuitivt riktig at et aksjonærfellesskap som selv knytter konkurransesklausulen til den forpliktedes rolle som «*arbeidstaker*», må tåle at arbeidsmiljølovens regler kommer til anvendelse. At aksjonæravtalen vedkjenner arbeidsforholdets eksistens gir imidlertid ikke i seg selv grunnlag for å identifisere aksjonærene med arbeidsgiverselskapet.

Dersom konkurransesklausulens innholdsmessige tilknytning til arbeidsforholdet skal gi grunnlag for delt arbeidsgiveransvar, må det være fordi den innholdsmessige tilknytningen eksplisitt eller implisitt utpeker flere arbeidsgivere, i tillegg til at arbeidsgiverfunksjoner har vært utøvd av flere. Selv om konkurransesklausulens innhold viser til arbeidsforholdet, utpeker ikke avtalen derved flere som arbeidsgiver.

Konkurransesklausulens innholdsmessige tilknytning til arbeidsforholdet synes etter dette ikke å gi grunnlag for delt arbeidsgiveransvar. I slike tilfeller må delt arbeidsgiveransvar eventuelt vurderes på grunnlag av rimelighet, se under punkt 4.4.3.

#### **4.4.2.3 Aksjesalgavtaler med earn out-klausul**

For konkurransesklausuler som inngås i forbindelse med aksjesalg kan det være aktuelt å vurdere om salgavtalen legger lønnsforpliktelser på den kjøpende aksjonæren. Dersom en slik

arbeidsgiverfunksjon er lagt på den kjøpende aksjonæren i kraft av aksjesalgsavtalen, er det aktuelt å vurdere om det kan danne grunnlag for delt arbeidsgiveransvar.

I det følgende redegjør jeg først for at deler av vederlaget i aksjesalgsavtaler på skatterettslig grunnlag kan klassifiseres som lønn. Jeg vurderer deretter om en slik lønnsforpliktelse kan gi grunnlag for delt arbeidsgiveransvar.

I skatterettslig sammenheng har såkalte earn out-klausuler i enkelte tilfeller ført til omklassifisering av deler av salgsvederlaget til lønn. Earn out-klausuler er avtalebestemmelser om etterfølgende utbetaling av deler av kjøpesummen i en transaksjon, hvor utbetalingen er betinget av at bestemte kriterier blir oppfylt i etterkant. Én type earn out-klausuler innebærer at aktivt arbeidende eiere av den solgte virksomheten skal fortsette å arbeide i bedriften også etter salget, eller i det minste ikke opprette konkurrerende virksomheter.<sup>274</sup> I slike earn out-klausuler pålegges selgerne gjerne bindingstid og/eller konkurranseforbud som betingelse for den etterfølgende utbetalingen.<sup>275</sup>

Begrunnelsen for den skatterettslige omklassifiseringen i slike tilfeller er at deler av salgsvederlaget regnes som kompensasjon for plikten til å fortsette å arbeide videre i selskapet (eller til å avstå fra å konkurrere), og ikke som en motytelse for selve aksjeverdien.<sup>276</sup> Den skatterettslige konsekvensen av omklassifiseringen er at den som har ytet vederlaget må lønnsinnberette beløpet og betale arbeidsgiveravgift av det.<sup>277</sup> Det er holdepunkter for at det er den som har betalt som selv pådrar seg disse forpliktelsene, og ikke den opprinnelige arbeidsgiver.<sup>278</sup>

For konkurranseklausulers vedkommende følger det av forskrift fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 («Skattelovforskriften») § 12-2-3 at «*karens godtgjørelse*» til arbeidstakere skal regnes som personinntekt etter skatteloven<sup>279</sup> og avgiftspliktig ytelse etter folketrygdloven.<sup>280</sup> Dersom

---

<sup>274</sup> Zimmer (2010) side 570-571.

<sup>275</sup> Zimmer (2010) side 571.

<sup>276</sup> Zimmer (2010) side 571.

<sup>277</sup> Zimmer (2010) side 577.

<sup>278</sup> Zimmer (2010) side 577.

<sup>279</sup> Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven, forkortet sktl.).

<sup>280</sup> Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven, forkortet ftrl.).

aksjesalgsavtalen eksplisitt fastsetter et vederlag for konkurranseklausulen som skal betales av den kjøpende aksjonæren, gir denne bestemmelsen grunnlag for å klassifisere ytelsen som lønn i skatterettslig forstand.<sup>281</sup>

Men dersom hele transaksjonsverdien er betegnet som vederlag for aksjesalget, blir det et spørsmål om å omklassifisere deler av vederlaget til «fordel vunnet ved arbeid», jf. sktl. § 5-10. Også i slike tilfeller er den skatterettslige konsekvensen at vederlaget regnes som personinntekt, jf. sktl. § 12-2 bokstav a. Spørsmålet om omklassifisering beror på ulovfestet rett.

Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal Bygg) gjaldt salg av et enkeltmannsforetak. Spørsmålet var om deler av vederlaget skulle «bedømmes som forskuddsbetaling av lønn til selgeren».<sup>282</sup> Av kjøpesummen på totalt 2 millioner kroner, var 1,6 millioner kroner oppført som goodwill. Selgeren ble samtidig med overdragelsen ansatt hos kjøper ved en separat ansettelsesavtale, som inneholdt en konkurranseklausul og en bestemmelse om bindingstid.

Høyesterett tok utgangspunkt i at «i den grad det i forbindelse med virksomhetsoverdragelse ytes vederlag eller annen fordel foranlediget av selgers senere innsats for kjøper, må dette anses som fordel vunnet ved arbeid etter skatteloven § 5-10, og beskattes som arbeidsinntekt».<sup>283</sup> Etter en konkret vurdering av avtaleforholdet mellom kjøper og selger kom Høyesterett til at 1,3 millioner kroner av det avtalte vederlaget for goodwill måtte klassifiseres som fordel vunnet ved arbeid fordi det var «direkte foranlediget av at Skogli [selger] tok arbeid for Alvdal Bygg [kjøper]».<sup>284</sup>

Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2009 s. 813 (Gaard) gjaldt også omklassifisering av salgsvederlag til fordel vunnet ved arbeid. Tre aksjonærer, som eide henholdsvis 45,2 %, 44,8 % og 10 % av aksjene i et firma med 47 ansatte, solgte selskapet for til sammen 12 millioner kroner.<sup>285</sup>

---

<sup>281</sup> Det er uten videre ikke gitt at den forpliktete vil være «arbeidstaker» i skattelovens forstand. Men dersom den forpliktete er «arbeidstaker» i arbeidsmiljølovens forstand, og i relasjon til reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A, vil det neppe være tvilsomt at det foreligger et arbeidsforhold også i skatterettslig forstand. I tvilstilfeller kan man uansett bero på den ulovfestede omklassifiseringslæren, og jeg går ikke nærmere inn på dette spørsmålet.

<sup>282</sup> Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal Bygg) premiss 1.

<sup>283</sup> Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal Bygg) premiss 35.

<sup>284</sup> Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal Bygg) premiss 52.

<sup>285</sup> Rt. 2009 s. 813 (Gaard) premiss 1-2.

Selgerne forpliktet seg til å arbeide videre i selskapet, både ved en bindingstidsklausul og ved en konkurranseklausul som gjaldt så lenge selgerne var ansatt, men minst like lenge som bindingstidsklausulen (ca 3 år). Kjøpesummen skulle utbetales trinnvis i løpet av bindingstiden, og utbetalingene var betinget av at hver enkelt av selgerne fremdeles var ansatt på utbetalingstidspunktet.<sup>286</sup>

Høyesterett tok det samme utgangspunkt for vurderingen som i Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal Bygg), og presiserte at vurderingen beror på avtalen mellom partene.<sup>287</sup> I tilfeller hvor avtalens ordlyd betegner kjøpesummen som vederlag for aksjer, er spørsmålet om avtalepartene likevel har hatt en felles forståelse om at deler av vederlaget i realiteten er en kompensasjon for selgers senere arbeid for kjøper.<sup>288</sup> Høyesterett kom etter en konkret vurdering av avtaleforholdet til at det forelå en slik felles forståelse, og at den del av beløpet som skulle utbetales i etterkant av selve transaksjonen var å regne som fordel vunnet ved arbeid.<sup>289</sup>

Jeg går ikke inn på Høyesteretts nærmere vurderinger av avtaleforholdene. Det sentrale i denne sammenheng er at avgjørelsene illustrerer praktisk relevante typetilfeller hvor avtalen mellom partene kan gi grunnlag for lønnsforpliktelser for andre enn den opprinnelige arbeidsgiver, på grunn av at partene har inngått en konkurranseklausul. Skattelovforskriften § 12-2-3 viser at det er tilstrekkelig at vederlaget kompenserer for en konkurranseklausul – det er ikke nødvendig at det samtidig avtales bindingstid.

Dersom det er skatterettslig grunnlag for å omklassifisere deler av vederlaget i en aksjesalgssavtale til lønn, med den virkning at kjøperen pålegges å betale arbeidsgiveravgift mv., synes det også nærliggende å legge til grunn at avtalen pålegger den kjøpende aksjonæren en lønnsforpliktelse i relasjon til spørsmålet om arbeidsgiveransvar for vedkommende aksjonær. I slike tilfeller vil kjøperen ha utøvet den sentrale arbeidsgiverfunksjonen lønn overfor den forpliktete arbeidstakeren, med grunnlag i avtalen mellom partene. Det taler for å oppstille delt arbeidsgiveransvar.

---

<sup>286</sup> Rt. 2009 s. 813 (Gaard) premiss 6-10.

<sup>287</sup> Rt. 2009 s. 813 (Gaard) premiss 55.

<sup>288</sup> Rt. 2009 s. 813 (Gaard) premiss 56.

<sup>289</sup> Rt. 2009 s. 813 (Gaard) premiss 74.

Spørsmålet videre er om en slik lønnsforpliktelse i aksjesalgsavtalen kan gi tilstrekkelig grunnlag for delt arbeidsgiveransvar. Det er tale om en avtale som ikke eksplisitt utpeker flere arbeidsgiverparter, men som fordeler arbeidsgiverplikter på andre enn den opprinnelige arbeidsgiver. Tilfellet er sammenlignbart med saksforholdet i Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä). I den avgjørelsen var viktige arbeidsgiverfunksjoner lagt til morselskapet, samtidig som arbeidsavtalen eksplisitt slo fast at det bare var datterselskapet som var arbeidsgiver.<sup>290</sup> Høyesterett kom likevel til at også morselskapet måtte være ansvarlig, fordi «*arbeidsgiverfunksjonene [var] delt mellom begge selskaper*».<sup>291</sup> Noen nærmere redegjørelse for vurderingen ble ikke gitt. Det er likevel nærliggende å anta at Høyesterett baserte resultatet på en samlet vurdering av den direkte og indirekte innflytelsen morselskapet utøvet over datterselskapet og arbeidstakeren.

Arbeidsgiverfunksjonene det var tale om, var en indirekte, men avgjørende innflytelse på lønns- og pensjonsforhold, sammenholdt med at arbeidstaker var «*forpliktet til å følge de direktiver som til enhver tid ble gitt av morselskapets ledelse*».<sup>292</sup> Morselskapet utøvet faktisk kontroll over både lønn og styring, selv om det bare var styringsretten som ble utøvet direkte overfor arbeidstaker.

I earn out-klausuler vil det bare være (deler av) lønnsforpliktelsen som ligger på andre enn den formelle arbeidsgiveren. En rent kvantitativ sammenligning med saksforholdet i Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) kan tilsi at lønnsforpliktelsen ikke er tilstrekkelig.

På den annen side kan den kjøpende aksjonæren gjennom en earn out-klausul ha den reelle kontrollen over store deler av den forpliktedes lønn i arbeidsforholdet. Lønnsforpliktelsen i earn out-klausulen kan gjerne strekke seg over flere år, slik tilfellet var i både Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal Bygg) og Rt. 2009 s. 813 (Gaard). Som jeg var inne på i punkt 3.3.3.4, er reell økonomisk avhengighet et sentralt element i det ujevne styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver.

Dersom den kjøpende aksjonæren også bestemmende innflytelse over selskapet som kjøpes, vil aksjonæren i tillegg ha indirekte innflytelse på andre sider av den forpliktedes arbeidsforhold

---

<sup>290</sup> Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) side 1132.

<sup>291</sup> Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) side 1133.

<sup>292</sup> Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) side 1132.



enn lønnen. Samtidig kan den kjøpende aksjonæren gjennom earn out-klausulen ha skaffet seg kontroll over den forpliktedes arbeidskraft i lengre tid. I slike tilfeller vil den kjøpende aksjonæren ha faktisk kontroll over flere sider av den forpliktedes arbeidsforhold, på samme måte som i Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä). Da taler hensynet til rimelig samsvar mellom innflytelse og ansvar for at den kjøpende aksjonæren ilegges delt arbeidsgiveransvar.

En samlet vurdering av den kjøpende aksjonærens mulighet til innflytelse over den forpliktedes arbeidsforhold gjennom en earn out-klausul taler for at det kan være grunnlag for ansvar. Et slikt ansvar synes imidlertid å forutsette at aksjonæren som påtar seg lønnsforpliktelsen har bestemmende innflytelse over arbeidsgiverselskapet, og at lønnsforpliktelsen er av et visst omfang sett i forhold til en eventuell ordinær lønnsforpliktelse i arbeidsavtalen.

Delt arbeidsgiveransvar i avhandlingens typetilfelle forutsetter også at den forpliktete er «*arbeidstaker*» i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A, jf. kapittel 3. Kravet til et relevant behov for vern ved avtaleinngåelsen vil i praksis begrense antall tilfeller hvor arbeidsgiveransvar er aktuelt på grunnlag av earn out-klausuler. Dette er fordi earn out-klausuler bare avtales ved salg av virksomhet, og som hovedregel bare forplikter aktive nøkkelpersoner som eier aksjer i selskapet som selges.<sup>293</sup> Slike nøkkelpersoner kan i kraft av sin samlede innflytelse over selskapet ofte tenkes å falle utenfor arbeidstakerbegrepet i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

Men det kan likevel tenkes praktiske tilfeller hvor en som er «*arbeidstaker*» i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A, også forpliktes av en earn out-klausul. Ett slikt tilfelle finnes i Rt. 2009 s. 813 (Gaard), hvor den tredje aksjonæren i selskapet, som eide 10 % av aksjene, var forpliktet etter de samme vilkår som de to andre aksjonærene som eide ca 45 % hver. Det var i realiteten én av aksjonærene med 45 % eierandel som styrte hele salgsprosessen.<sup>294</sup>

Det kan ikke utelukkes at aksjonæren som bare eide 10 % av aksjene i det solgte selskapet sto i et reelt avhengighetsforhold til sine medaksjonærer og til selskapet som arbeidsgiver. Avhengighetsforholdet kan ha hatt innvirkning på salgavtalen og vært grunnen til at

---

<sup>293</sup> Zimmer (2006) side 581.

<sup>294</sup> Rt. 2009 s. 813 (Gaard) premiss 4.

minoritetsaksjonæren inngikk avtalen på de samme vilkårene. I et slikt tilfelle hadde vedkommende et reelt behov for vern ved avtaleinngåelsen, og var «*arbeidstaker*».

Et annet tilfelle kan tenkes hvor den selgende aksjonæren ikke er arbeidstaker i relasjon til det solgte selskapet, men må regnes som «*arbeidstaker*» etter at transaksjonen har funnet sted. Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal Bygg) kan tjene som et illustrativt eksempel.<sup>295</sup> Den forpliktete selgeren var opprinnelig eeneier, men tok i forbindelse med salget ansettelse i kjøperselskapet og ble med det innlemmet i et alminnelig organisasjonshierarki uten eierinteresser.

Den forpliktete var klart nok «*arbeidstaker*» etter at transaksjonen hadde funnet sted, og ansettelsen skjedde samme dag som aksjesalget. Ansettelsen er fremhevet som en situasjon hvor behovet for vern kan være særlig høyt, både i arbeidsmiljølovens og avtalelovens forarbeider.<sup>296,297</sup> Også i tilfeller hvor aksjesalgsavtalen og ansettelsesavtalen inngås separat, og arbeidsgiverselskapet ikke direkte er part i salgsavtalen, kan det være grunn til å se avtaleinngåelsene i sammenheng.<sup>298</sup> Da vil konkurranseklausulen i realiteten være inngått samtidig som ansettelsen, og den forpliktete kan ha et reelt behov for vern som «*arbeidstaker*».

Forutsatt at den kjøpende aksjonæren har bestemmende innflytelse over arbeidsgiverselskapet og påtar seg en lønnsforpliktelse av tilstrekkelig omfang i forbindelse med en konkurranseklausul, samtidig som den forpliktete er «*arbeidstaker*» i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A, kan det etter dette være grunnlag for å oppstille delt arbeidsgiveransvar for den kjøpende aksjonæren med grunnlag i aksjesalgsavtalen. Om disse forutsetningene er til stede i tilstrekkelig grad, må bero på en konkret helhetsvurdering hvor hensynet til rimelig samsvar mellom innflytelse og ansvar står sentralt.

---

<sup>295</sup> Det var riktignok tale om et enkeltmannsforetak og ikke et aksjeselskap, men det rettslige utgangspunktet er det samme i begge tilfeller, jf. Rt. 2009 s. 813 (Gaard) premiss 52.

<sup>296</sup> Prop.85 L (2014-2015) side 8.

<sup>297</sup> Ot.prp.nr.63 (1917) side 18.

<sup>298</sup> Et tilsvarende resonnement fremgår av Hålogaland lagmannsretts dom inntatt i LH-2013-211575, hvor lagmannsretten fant at det var åpenbar sammenheng mellom konkurranseklausulen i aksjekjøpsavtalen og den samtidige ansettelsen. Også i dette tilfellet var imidlertid den nye arbeidsgiveren og den kjøpende aksjonæren samme rettssubjekt.

#### **4.4.2.4 Oppsummering**

Oppsummert vil adgangen til å ilegge delt arbeidsgiveransvar med grunnlag i avtale som hovedregel ikke gi grunnlag for delt arbeidsgiveransvar i avhandlingens typetilfelle. Grunnen er at inngåelse av konkurranseklausuler verken nødvendiggjør utpeking av andre ansvarssubjekter eller fordeling av arbeidsgiverfunksjoner. Avtalen kan likevel gi grunnlag for ansvar dersom den innebærer lønnsforpliktelser for den kjøpende aksjonæren.

Dette kan både være aktuelt dersom aksjekjøpsavtalen eksplisitt betegner deler av vederlaget som kompensasjon for konkurranseklausulen, eller dersom partene har inngått en earn out-klausul med konkurransebegrensning, som gir grunnlag for å omklassifisere deler av det avtalte aksjevederlaget til lønn i skatterettslig forstand.

#### **4.4.3 Gir typetilfellet grunnlag for delt arbeidsgiveransvar basert på rimelighet?**

##### **4.4.3.1 Innledning**

Dersom selskapet ikke er part i aksjonæravtalen, og det ikke er grunnlag i avtale for å utvide ansvaret til flere enn den opprinnelige arbeidsgiver, faller konkurranseklausulen som utgangspunkt utenfor anvendelsen av arbeidsmiljøloven kapittel 14A selv om den forpliktete er «*arbeidstaker*». I punkt 4.3.3 viste jeg imidlertid at delt arbeidsgiveransvar unntaksvis kan ha grunnlag i en konkret rimelighetsvurdering. I det følgende vil jeg vurdere om denne unntaksregelen kan føre til delt arbeidsgiveransvar for reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A i avhandlingens typetilfelle.

##### **4.4.3.2 Hva er terskelen for ansvar etter arbeidsmiljøloven kapittel 14A?**

I rettspraksis er delt arbeidsgiveransvar med grunnlag i rimelighet først og fremst oppstilt i relasjon til stillingsvernsreglene. Terskelen for slikt ansvar har vært svært høy. Det er imidlertid ikke gitt at terskelen for ansvar som er oppstilt i rettspraksis vil være den samme for regler av et annet innhold.

Spørsmålet videre er om reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A gir grunnlag for en høyere eller lavere terskel enn utgangspunktet som fremgår av tidligere rettspraksis. Som jeg har vært inne på tidligere, faller både stillingsvernsreglene og reglene om konkurranseklausuler i arbeidsmiljøloven kapittel 14A inn i kategorien av regler som søker å utjevne den avtalemessige maktbalansen mellom partene i arbeidsforholdet. I denne sammenheng taler det for at terskelen for å ilegge delt arbeidsgiveransvar ligger på omtrent samme nivå for begge regelverk.

Arbeidsmiljøloven kapittel 14A skiller seg imidlertid fra stillingsvernsreglene ved at førstnevnte kan medføre straffansvar for arbeidsgiver, jf. aml. § 19-1 fjerde ledd. Straffansvaret er en indikasjon på at reglene om konkurranseklausuler i større grad enn stillingsvernsreglene ivaretar hensyn av samfunnsmessig karakter, og ikke bare kontraktsforholdet mellom to parter. Det taler for at adgangen til å utpeke et ansvarssubjekt for arbeidsmiljøloven kapittel 14A burde være videre.

På den annen side er det betenkelig å gi straffesanksjonerte ansvarsregler utvidet eller analogisk anvendelse på grunnlag av rimelighet. Den ulovfestede adgangen til å ilegge delt arbeidsgiveransvar er som nevnt først og fremst basert på reglene om stillingsvern. De alminnelige reglene om stillingsvern er ikke straffesanksjonert, jf. aml. § 19-1 fjerde ledd. Reglene om stillingsvern i arbeidsmiljølovens kapittel om virksomhetsoverdragelse var imidlertid omfattet av lovens straffansvar frem til 2015.<sup>299</sup>

I noen av rettsavgjørelsene hvor delt arbeidsgiveransvar har vært ilagt, var ansvaret basert på de straffesanksjonerte reglene om virksomhetsoverdragelse. Dette var eksempelvis tilfellet i Rt. 1995 s. 270 (Kreditkassen).<sup>300</sup> I det tilfellet nevnte ikke Høyesterett straffansvaret som lå bak reglene. Noen begrunnelse for dette ble heller ikke gitt. Like fullt synes trusselen om straff å reise enkelte prinsipielle spørsmål når det er tale om en utvidelse av ansvarskretsen på ulovfestet grunnlag. Disse spørsmålene er nå relevante i relasjon til arbeidsmiljøloven kapittel 14A. I det følgende vurderer jeg om, og eventuelt hvilken betydning straffansvaret for brudd på arbeidsmiljøloven kapittel 14A har for adgangen til å ilegge delt arbeidsgiveransvar på grunnlag av en rimelighetsvurdering.

Ileggelse av straff krever hjemmel i lov. Det følger både av Grunnloven<sup>301</sup> § 96 og den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art 7, jf. menneskerettsloven<sup>302</sup> § 2. Lovkravet i EMK art. 7 og Grl. § 96 har samme innhold.<sup>303</sup> Én side av lovkravet er et krav om at lovhjemmelen må være tilstrekkelig klar. I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2012 s. 752

---

<sup>299</sup> Lov 24. april 2015 nr. 21 om endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (arbeidstid, aldersgrenser, straff mv.).

<sup>300</sup> Rt. 1995 s. 270 (Kreditkassen) side 274.

<sup>301</sup> Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven).

<sup>302</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

<sup>303</sup> Se for eksempel Rt. 2014 s. 238 (Hønsehauk) premiss 18 og HR-2016-1458-A (Haxi) premiss 8.

(Helikopterlanding) ble det på bakgrunn av praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen slått fast at lovhjemmelen må «*være så klar at det i de fleste tilfeller ikke vil være tvil om hvorvidt en handling rammes av regelen, slik at det er mulig å forutse at straff kan bli konsekvensen av at regelen brytes*». <sup>304</sup> I det enkelte tilfelle innebærer klarhetskravet at straffansvar ikke kan ilegges «*utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker*», jf. Høyesteretts dom inntatt i HR-2016-1458-A (Haxi). <sup>305</sup>

Straff for brudd på arbeidsmiljøloven kapittel 14A krever at en rekke kumulative vilkår er oppfylt, herunder alle de objektive vilkårene i definisjonen av «*konkurranseklausul*» i aml. § 14A-1 første ledd. Klarhetskravet gjelder for samtlige vilkår. Dette innebærer blant annet at vilkåret «*avtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver*» ikke kan strekkes lenger enn det selve ordlyden gir grunnlag for.

Når loven selv definerer begrepene som brukes, danner disse definisjonene det naturlige utgangspunkt for hva ordlyden sikter til. Definisjonen av «*arbeidsgiver*» i aml. § 1-8 andre ledd omfatter bare den som «*har ansatt*» arbeidstaker – det vil si den opprinnelige arbeidsgiveren. Den ulovfestede adgangen til å ilegge delt arbeidsgiveransvar innebærer nettopp å strekke arbeidsgiveransvaret lenger enn det lovens ordlyd gir grunnlag for. Straffansvar basert på en slik ulovfestet lære er i strid med lovkravet, og dermed utelukket. <sup>306</sup>

Lovkravet er etter dette til hinder for at andre enn den opprinnelige arbeidsgiver blir strafferettslig ansvarlig for brudd på arbeidsmiljøloven kapittel 14A. Det er imidlertid uklart om det likevel er adgang til å operere med en utvidet ansvarskrets i relasjon til reglens privatrettslige virkninger.

Slik anvendelse behøver neppe å være prinsipielt utelukket. For det første er delt arbeidsgiveransvar begrenset til den aktuelle rettsvirkningen (som regel ansvar for stillingsvern), og innebærer ikke at ansvarssubjektet pålegges samtlige arbeidsgiverplikter i

---

<sup>304</sup> Rt. 2012 s. 752 (Helikopterlanding) premiss 26.

<sup>305</sup> HR-2016-1458-A (Haxi) premiss 8.

<sup>306</sup> Arbeidsmiljøloven § 19-1 oppstiller imidlertid også straffansvar for medvirkere. Det kan ikke utelukkes at aksjonærer kan pådra seg straffansvar som medvirkere til primærarbeidsgiverens brudd på kapittel 14A. Det faller imidlertid utenfor avhandlingens tema å gå nærmere inn på spørsmålet.

loven.<sup>307</sup> Det samme gjelder ved ansvarsgjennomskjæring i selskapsretten.<sup>308</sup> Regelen om straff i aml. § 19-1 vil dermed ikke automatisk følge med et delt arbeidsgiveransvar.

For det andre er det grunn til å anta at straffansvaret for arbeidsmiljølovens regler om konkurranseklausuler i stor utstrekning er en formalitet. I Prop.48 L (2014-2015), som gjaldt endringer av blant annet straffansvaret i arbeidsmiljøloven, ble det i redegjørelsen for gjeldende rett fremhevet at selv om straffansvaret i arbeidsmiljøloven omfattet «*alle bestemmelsene i loven, med unntak av reglene om oppsigelsesvern*», ble straffansvaret kun praktisert i relasjon til «*lovens helse, miljø- og sikkerhetsbestemmelser (i vid forstand), og bare alvorlige brudd på disse reglene*».<sup>309</sup>

Departementet foreslo deretter at straffansvaret for en rekke av kapitlene i arbeidsmiljøloven, herunder kapittel 13 om vern mot diskriminering og kapittel 16 om virksomhetsoverdragelse, skulle oppheves.<sup>310</sup> Departementets endringsforslag ble vedtatt som lov den 24. april 2015.<sup>311</sup> Lovendringene viser at straffansvaret for arbeidsmiljølovens regler, som før var tilnærmet generelt, nå kun er ment å gjelde utvalgte typer regler, og da først og fremst relatert til HMS-vern.

Arbeidsmiljøloven kapittel 14A ble vedtatt etter endringsloven, og straffansvaret for kapitlets regler ble derfor ikke vurdert i den forbindelse.<sup>312</sup> Straffansvaret for arbeidsmiljøloven kapittel 14A er ikke drøftet i proposisjonen eller i innstillingen til kapitlet. I Hjort-utredningen ble et mulig straffansvar for kapitlets regler nevnt én gang, og da i relasjon til reglene om rekrutteringsklausuler.<sup>313</sup> Straffansvaret for kapittel 14A synes å være lite veloverveid.

Reglene ivaretar som vist offentlige hensyn knyttet til arbeidsmarkedet som sådan, eksempelvis hensynet til at arbeidskraft ikke bør legges øde. Men det er ikke tale om regler som verner

---

<sup>307</sup> Hotvedt (2016) side 453.

<sup>308</sup> Andenæs (2016) side 40.

<sup>309</sup> Prop.48 L (2014-2015) side 62 (6.1.1).

<sup>310</sup> Prop.48 L (2014-2015) side 87 (8.1).

<sup>311</sup> Lov 24. april 2015 nr. 21 om endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (arbeidstid, aldersgrenser, straff mv.).

<sup>312</sup> Kapittel 14A ble tilføyd ved lov 18. desember 2015 nr. 104 om endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold).

<sup>313</sup> Hjort-utredningen side 99.

direkte om arbeidstakernes liv og helse. Det gir grunn til å spørre seg om straffansvaret for arbeidsmiljøloven kapittel 14A ville blitt opprettholdt dersom reglene hadde blitt vurdert i forbindelse med endringsloven i april 2015.

Straffansvaret i aml. § 19-1 er utformet slik at hele loven i utgangspunktet er straffesanksjonert, og at unntakene opplistes positivt i fjerde ledd. Det virker ikke helt utenkelig at straffansvaret for arbeidsmiljøloven kapittel 14A er en ren forglemmelse. Uansett virker det klart at risikoen for straffansvar etter arbeidsmiljøloven kapittel 14A er meget lav i praksis.

Det vil altså aldri være aktuelt idømme straffeansvar basert på en utvidet og ulovfestet anvendelse av arbeidsmiljøloven kapittel 14A. Det er også usannsynlig at brudd på kapitlets regler vil lede til påtale. Det er likevel prinsipielt betenkelig å ilegge et ansvar som er forbundet med straff på ulovfestet grunnlag. Det er et moment som trekker i retning av en høyere terskel for arbeidsgiveransvar for straffesanksjonerte regler, herunder arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

I tillegg til reglenes potensielt strafferettslige konsekvenser, viste jeg i punkt 3.4.3 til anvendelse av arbeidsmiljøloven kapittel 14A utenfor sitt tiltenkte anvendelsesområde kan få utilsiktede negative konsekvenser av privatrettslig karakter for den forpliktedes medkontrahenter. Dette taler ytterligere i retning av en høyere terskel for arbeidsgiveransvar for arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

Gjennomgangen ovenfor viser at det er forhold ved arbeidsmiljøloven kapittel 14A som taler for at terskelen for ansvar basert på rimelighet er enda høyere enn det utgangspunktet rettspraksis har oppstilt. Unntaksregelen er etter dette forbeholdt tilfeller hvor arbeidstakerens vernebehov er svært høyt.

#### **4.4.3.3 Betydningen av avtaleloven § 38**

Neste spørsmål er når terskelen for delt arbeidsgiveransvar med grunnlag i rimelighet kan tenkes oppfylt i avhandlingens typetilfelle.

For det første er det en forutsetning at den som ilegges ansvar har hatt bestemmende innflytelse over den opprinnelige arbeidsgiver. Denne forutsetningen utelukker arbeidsgiveransvar for andre enn aksjonærer med betydelige eierinteresser (og tilsvarende forvaltningsrettigheter, jf. punkt 3.3.2). Det vil i praksis bety at det først og fremst er dominerende morselskaper som er aktuelle kandidater for delt arbeidsgiveransvar basert på rimelighet.

For det andre krever ansvar at hensynet til vern av arbeidstaker gjør seg sterkt gjeldende. I de rettsavgjørelsene jeg fremhevet i punkt 4.3.3, ville arbeidstakernes krav gå tapt i sin helhet dersom tilgrensende regler ikke fikk anvendelse. Dersom arbeidsmiljøloven kapittel 14A ikke kommer til anvendelse, fanges tilfellet opp av generalklausulen i avtl. § 38. Konsekvensen for den forpliktete vil derfor være begrenset til at kravet om hel eller delvis tilsidesettelse av konkurranseklausulen må bygges på andre regler enn tiltenkt.

Som jeg var inne på i punkt 2.2, innebærer anvendelsen av avtl. § 38 at konkurranseklausulen settes til side i den utstrekning den ikke er begrunnet i aksjonærenes reelle behov for vern mot konkurranse, eller den utgjør en urimelig innskrenkning av den forpliktedes adgang til erverv. I lys av tidligere rettspraksis tilknyttet avtl. § 38 i arbeidsrettslige tilfeller er det lite trolig at konkurranseklausulen vil kunne opprettholdes i over to år, selv med økonomisk kompensasjon.<sup>314</sup>

Den største forskjellen mellom de to alternative regelverkene er at arbeidsmiljøloven kapittel 14A oppstiller forhåndsdefinerte og absolutte gyldighetsvilkår. I enkelte sammenhenger fører vilkårene til at den forpliktete gis et sterkere vern. Kravet om redegjørelse gjør at virkningen av konkurranseklausulen blir mer forutberegnelig for den forpliktete. Kravet kan derfor virke avklarende mellom partene og forhindre unødvendig prosess.

Fordi vilkårene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A er forhåndsdefinerte, vil de imidlertid ikke alltid medføre at den forpliktedes interesser faktisk blir bedre ivaretatt enn de ville blitt ved anvendelse av den mer tilpasningsdyktige regelen i avtl. § 38. I noen tilfeller kan det tenkes at avtl. § 38 ville føre til en strengere regel enn arbeidsmiljøloven kapittel 14A. For eksempel er kompensasjonskravet i aml. § 14A-3 knyttet til den forpliktedes «*arbeidsvederlag*», og vil være oppfylt uavhengig av om arbeidsvederlagets størrelse gir grunnlag for en rettferdig kompensasjon. Avtaleloven § 38 oppstiller på sin side ikke et absolutt krav om økonomisk kompensasjon, men kompensasjonen (eller fraværet av den) vil bli vurdert konkret og inngå i en helhetsvurdering av om konkurranseklausulen samlet sett fremstår som rimelig.

På denne bakgrunn kan det vanskelig tenkes tilfeller der den forpliktedes behov for vern vil bli så dårlig ivaretatt av den alternative regelen i avtl. § 38 at vernehensyn vil ha tilstrekkelig tyngde i den konkrete interesseavveiningen. Tilstrekkelig interesseovervekt vil antakelig være

---

<sup>314</sup> Jf. punkt 2.2.



forbeholdt tilfeller hvor hensynet til de andre aksjonærene ikke tillegges nevneverdig vekt i vurderingen. Slike situasjoner kan tenkes i tilfeller hvor det er klart at plasseringen av konkurranseklausulen i aksjonæravtalen er et forsøk på omgåelse av arbeidsmiljøloven, uten grunnlag i et beskyttelsesverdig behov for vern mot konkurranse.

Det kan eksempelvis tenkes at en stor bedrift innfører et obligatorisk aksjespareprogram for alle ansatte, hvor arbeidstakerne mottar små aksjeandeler i en aksjeklasse uten stemmerett, men samtidig må være part i en aksjonæravtale med bedriftens morselskap hvor det er inntatt en ukompensert konkurranseklausul. I slike tilfeller vil aksjonæravtalen være et omgåelsesverktøy for arbeidsgiver, og verken aksjonæravtalen som sådan eller den formelle partsstillingen vil være beskyttelsesverdig. Men ut over slike helt unntaksvis tilfeller vil avtl. § 38 ivareta behovet for vern i tilstrekkelig grad til at arbeidsgiveransvar basert på rimelighet må antas å være utelukket.

Oppsummert ser vi at terskelen for å oppstille arbeidsgiveransvar med grunnlag i rimelighet er svært høy. Den høye terskelen skyldes en kombinasjon av at rettspraksis i utgangspunktet oppstiller en snever unntaksregel, og at reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A innebærer potensielt uheldige konsekvenser av både strafferettslig og privatrettslig art. I praksis vil det antakelig bare være aktuelt å holde aksjonærer ansvarlig på dette grunnlaget når aksjonæravtalen er ment som et verktøy for omgåelse.

## **4.5 Sammenfatning**

I kapittel 4 har jeg behandlet vilkåret i aml. § 14A-1 om at den forpliktedes «*arbeidsgiver*» må være avtalemotpart i aksjonæravtalen hvor konkurranseklausulen er inntatt. Arbeidsgiverbegrepet bygger på et utgangspunkt om at det bare er det rettssubjektet som formelt er arbeidsgiver som pålegges arbeidsgiverplikter, og som arbeidstakeren kan påberope seg rettigheter overfor. Utgangspunktet gjelder også vilkåret i aml. § 14A-1, og innebærer at den formelle arbeidsgiverparten – selskapet – må være part i aksjonæravtalen for at konkurranseklausulen skal omfattes av arbeidsmiljølovens regler.

Det er adgang til å gjøre unntak fra utgangspunktet dersom det foreligger særskilt grunnlag for det. Rettspraksis viser at grunnlaget enten kan finnes i avtale mellom partene, eller i en konkret rimelighetsvurdering. Begge grunnlag kan være aktuelle i avhandlingens typetilfelle, men unntaksmulighetene er snevre.

Konkurransesklausuler gir på generelt grunnlag liten foranledning til å fordele arbeidsgiverplikter mellom flere rettssubjekter i avtale. Unntaket er aksjesalgsavtaler med earn out-klausuler, hvor det kan være grunnlag for å anse deler av kjøpesummen som vederlag for konkurransesklausulen, og dermed som en lønnsforpliktelse for kjøperen. Adgangen til å anvende reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A overfor andre enn den formelle arbeidsgiver med grunnlag i rimelighet må antas å være forbeholdt omgåelsesforsøk.

## 5 Avsluttende bemerkninger

I avhandlingen har jeg undersøkt om arbeidsmiljølovens regler i kapittel 14A kan komme til anvendelse på konkurranseklausuler inntatt i aksjonæravtaler, hvor den forpliktete aksjonæren også er ansatt i vedkommende selskap. Jeg vil i det følgende gi en kort oppsummering av de konklusjoner jeg har kommet til, og skal knytte noen avsluttende bemerkninger til disse.

Jeg har fokusert på de sentrale vilkårene som skiller mellom anvendelse av avtl. § 38 og arbeidsmiljøloven kapittel 14A, nemlig at konkurranseklausulen må være en avtale mellom «*arbeidsgiver*» og «*arbeidstaker*». Min gjennomgang har vist at begge vilkår kan utelukke anvendelse av arbeidsmiljøloven kapittel 14A i en rekke tilfeller.

Vilkåret om at den forpliktete må være «*arbeidstaker*» tar utgangspunkt i arbeidsmiljølovens alminnelige definisjon, men må både tolkes i lys av de formål og hensyn som er særegne for reglene i kapittel 14A, og i lys av konkrete rimelighets- og konsekvensbetraktninger knyttet til avhandlingens typetilfelle. Når disse forholdene tas i betraktning, får arbeidstakerbegrepet i arbeidsmiljøloven kapittel 14A en høy terskel for anvendelse på avhandlingens typetilfelle. I tillegg kan den forpliktedes egenskaper som aksjonær virke inn på vurderingen av det arbeidsmessige avhengighetsforholdet som kreves for å oppnå terskelen.

Samlet sett kan dette føre til at personer som ville bli ansett som arbeidstaker i andre sammenhenger og i relasjon til andre kapitler i arbeidsmiljøloven, faller utenfor arbeidstakerbegrepet i avhandlingens typetilfelle.

Vilkåret om at den forpliktedes «*arbeidsgiver*» må være part i aksjonæravtalen hvor konkurranseklausulen er inntatt, krever som den klare hovedregel at aksjeselskapet hvor den forpliktete arbeider må være formelt part i aksjonæravtalen. Unntaksmulighetene er få og snevre, særlig når de ses i sammenheng med den høye terskelen for å være «*arbeidstaker*». Dette medfører at partene i en aksjonæravtale i mange tilfeller kan avtale konkurranseklausuler uten hinder av arbeidsmiljøloven kapittel 14A ved å la være å innta aksjeselskapet som part i aksjonæravtalen.

Fra et arbeidsrettslig perspektiv kan det synes prinsipielt uheldig at regelverket kan unngås på denne måten. Det er nærliggende å spørre seg hvorfor hensynet til vern av arbeidstakere ikke har større gjennomslagskraft. Begrunnelsen synes å være knyttet til den parallelle regelen i avtl. § 38.

For det første inneholder avtl. § 38 fleksible vurderingskriterier som krever at partenes styrkeforhold og behov for vern tas i betraktning ved den konkrete vurderingen. Anvendelse av avtalelovens regel vil derfor i stor utstrekning tillate løsninger som ivaretar den forpliktedes vernebehov. Vernehensyn står sentralt både i vurderingen av arbeidstakerbegrepet og i vurderingen av å ilagge delt arbeidsgiveransvar. Alternativet som ligger i avtl. § 38 vil måtte tas i betraktning ved vurderingen av behovet for vern, og i vurderingen av hvor stor vekt hensynet til vern av den forpliktede skal tillegges i det enkelte tilfelle.

For det andre representerer anvendelse av arbeidsmiljøloven kapittel 14A, sammenlignet med avtl. § 38, en høyere risiko for utilsiktede virkninger. Hensynet til vern av den forpliktede må derfor veies opp mot reelle hensyn som taler i motsatt retning. Når den alternative løsningen etter avtl. § 38 tillater et rimelig resultat for begge parter, skal det mye til for at hensynet til vern blir utslagsgivende i favør av å anvende arbeidsmiljøloven kapittel 14A.

Hva som blir løsningen i det enkelte tilfelle, må imidlertid bero på en konkret vurdering. En rekke uforutsette omstendigheter kan gjøre seg gjeldende, og ulike rettsanvenderes vurderinger av de enkelte hensyn kan slå ut forskjellig. Grensedragningen i avhandlingens typetilfelle er usikker, og aksjonærer som ønsker å unngå reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 14A kan ikke feste lit til at det er tilstrekkelig å plassere konkurranseklausulen i en aksjonæravtale.

Som jeg har vært inne på tidligere, er konkurranseklausuler et viktig virkemiddel for å sikre investeringer i næringslivet. Mangelen på klare holdepunkter for grensedragningen mellom regelverkene, og dermed for gyldigheten av konkurranseklausuler, kan bidra til å redusere investeringer i utvikling og innovasjon på det norske markedet, både fra nasjonale og internasjonale aktører. Mindre investering i norsk næringsliv er negativt for utviklingen i norsk økonomi, herunder for det norske arbeidsmarkedet.

Det synes på denne bakgrunn å være behov for autoritativ avklaring av hvor grensen mellom avtl. § 38 og arbeidsmiljøloven kapittel 14A går i avhandlingens typetilfelle, enten fra lovgiverhold eller domstolene.

# Kildeliste

## Lover

### *Norske lover*

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687
- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven)
- 1892 Lov 27. juni 1892 nr. 1 om tilsyn med arbeide i fabriker
- 1909 Lov 10. september 1909 nr. 3 om tilsyn med arbeide i fabriker m.v.
- 1918 Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
- 1947 Lov 14. november 1947 nr. 14 om ferie
- 1977 Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø
- 1988 Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven)
- 1997 Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
- 1999 Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- 2005 Lov 21. desember 2005 nr. 124 om obligatorisk tjenestepensjon
- 2009 Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)
- 2015 Lov 24. april 2015 nr. 21 om endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (arbeidstid, aldersgrenser, straff mv.)

2015 Lov 18. desember 2015 nr. 104 om endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurranseregulerende avtaler i arbeidsforhold)

#### *Danske lover*

2015 Lov 2015-12-15 nr. 1565 om ansættelsesklausuler

#### **Forskrifter**

1999 Forskrift fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 («Skattelovforskriften»)

#### **Lovforarbeider**

1913 Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade (1913) (*inntatt i Ot.prp.nr.63 (1917)*)

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

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

1997 Ot.prp.nr.23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

2004 NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

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

2008 «Hjort-utredningen»:  
Konkurranseskusuler, kundeskusuler og ikke-rekrutteringsklusuler.  
Utredning avgitt til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. september 2008 av Advokatfirmaet Hjort DA

- 2015 Prop.48 L (2014-2015) Endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (arbeidstid, aldersgrenser, straff mv.)
- 2015 Prop.85 L (2014-2015) Endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurranseregulerende avtaler i arbeidsforhold)
- 2016 Innst.75 L (2015-2016) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurranseregulerende avtaler i arbeidsforhold)

## **Rettspraksis**

### *Høyesterettsavgjørelser*

Rt. 1933 s. 147

Rt. 1937 s. 21 (Ulrikka)

Rt. 1984 s. 1044 (Tupperware)

Rt. 1986 s. 1322 (Norsk Stålpress)

Rt. 1989 s. 231 (Exploration Logging)

Rt. 1990 s. 607

Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä)

Rt. 1993 s. 345 (Matherson-Selig)

Rt. 1993 s. 954 (Back Stage)

Rt. 1995 s. 270 (Kreditkassen)

Rt. 1996 s. 672 (Kongeparken)

Rt. 1997 s. 623 (PPD-senter)

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk)

Rt. 2008 s. 1307 (Alvdal Bygg)

Rt. 2009 s. 813 (Gaard)

Rt. 2010 s. 93 (Skogsarbeider)

Rt. 2012 s. 752 (Helikopterlanding)

Rt. 2013 s. 342 (Beredskapshjem)

Rt. 2013 s. 354 (Avlasterdom I)

Rt. 2014 s. 238 (Hønsehauk)

HR-2016-1366-A (Avlasterdom II)

HR-2016-1458-A (Haxi)

HR-2018-754-U

*Lagmannsrettsavgjørelser*

RG 1980 s. 84

LE-1993-1612

LE-1996-362

RG 2000 s. 1092

LB-2002-2780-1

LB-2005-1064

LB-2005-89767

LB-2005-117741

LG-2006-92490

LB-2008-2079

LH-2013-211575

LB-2016-169045 (Norwegian)



*Tingrettsavgjørelser*

TOSLO-2003-406

TOSLO-2003-3724

RG 2004 s. 425

TOSLO-2004-78614

TOBYF-2012-189028

TAHER-2015-104340

*Arbeidsrettens avgjørelser*

ARD 1980 s. 79 (Skolepsykologisk kontor)

**Litteraturliste**

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave (Oslo 2009)
- Andenæs (2016) Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 3. utgave (Oslo 2016)
- Andersen (2001) Andersen, Kari Bergeius, «Bindingstid og incentivordninger», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2001 s. 273-281
- Borch (2016) Borch, Alex (red.) mfl., *Konkurransbegrensninger i arbeidsforhold* (Oslo 2016)
- Evju (2011) Evju, Stein, «Utviklingstrekk i den individuelle arbeidsretten», *Arbeidsrett* vol 8 nr. 3-4 2011
- Fougner (1999) Fougner, Jan, *Arbeidsavtalen – utvalgte emner* (1999)

- Fougner (2018) Fougner, Jan mfl., *Arbeidsmiljøloven lovkommentar*, 3. utgave (Oslo 2018)
- Giertsen (2012) Giertsen, Johan, *Avtaler*, 2. utgave (Oslo 2012)
- Hauge (2009) Hauge, Hilde, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner* (Oslo 2009)
- Hotvedt (2016) Hotvedt, Marianne, *Arbeidsgiverbegrepet* (Oslo 2016)
- Hov (2002) Hov, Jo, *Avtaleslutning og ugyldighet*, 3. utgave (2002)
- Jakhelln (2006) Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2006)
- Jakhelln (2011) Jakhelln, Henning mfl., *Arbeidsrett.no*, 3. utgave (Oslo 2011)
- Jakhelln (2013) Jakhelln, Henning, «Arbeidstakerbegrepet – oppdragstaker eller arbeidstaker», *Jussens Venner* 2013 s. 329-365
- Jakhelln (2017) Jakhelln, Henning mfl., *Arbeidsrett.no*, 4. utgave (Oslo 2017)
- Skjønberg (2017) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave (Oslo 2017)
- Stokke (2013) Stokke, Torgeir Aarvaag, Kristine Nergaard og Stein Evju, *Det kollektive arbeidslivet*, 2. utgave (Oslo 2013)
- Ulseth (2006) Ulseth, Terese Smith, *Daglig leders stillingsvern* (Oslo 2006)
- Woxholth, Geir (2017) Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 10. utgave (Oslo 2017)
- Woxholth, Jannik (2017) Woxholth, Jannik, *Aksjonæravtaler*, 3. utgave (Oslo 2017)

Zimmer (2006) Zimmer, Frederik (red.), *Bedrift, selskap og skatt*, 4. utgave (Oslo 2006)

Zimmer (2010) Zimmer, Frederik (red.), *Bedrift, selskap og skatt*, 5. utgave (Oslo 2010)

## **Konvensjoner**

1950 Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK))

## **Annet**

NHOs Høringsuttalelse Høringsuttalelse fra Næringslivets Hovedorganisasjon med tittelen «Høring om regulering av konkurranse-, kunde – og ikke-rekrutteringsklausuler» datert 1. november 2010 (lastet ned den 25. april 2018 fra [https://www.regjeringen.no/contentassets/65b4ad71b534471da6872b2ad540faf7/nho\\_merknader.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/65b4ad71b534471da6872b2ad540faf7/nho_merknader.pdf)).