



Karensklausuler

*av Mads Wallerheim
Jur- 3902*

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2009*

Karensklausuler

1. Innledning	3
1.1 Karensklausuler.....	4
1.2 Emne og avgrensninger.....	6
2. Forbud mot å drive eller ta ansettelse i konkurrerende virksomhet	8
2.1 Innledning.....	8
2.2 Adgang til forbud for ansatte som ikke er i en underordnet stilling	10
2.2.1 Utgangspunkt.....	10
2.2.2 Klausulen må ikke strekke seg lenger enn det som er påkrevd av konkurransemessige hensyn	10
2.2.3 Klausulen må ikke urimelig innskrenke arbeidstakers adgang til erverv	15
2.2.4 Helhetsvurderingen.....	20
2.3 Adgang til forbud for ansatt i underordnet stilling.....	25
2.4 Begrensninger der arbeidsforholdet avsluttes som følge av arbeidsgivers forhold	30
2.5 Konsekvensene av ugyldighet etter § 38.....	37
2.6 Hvilken betydning har det om behovet for karensklausuler kan avhjelpes med taushetsplikt.....	37
2.7 Forholdet til avskjed.....	39
3. Forbud mot relasjoner til kunder og medarbeidere	40
3.1 Innledning.....	40
3.2 Hvorfor sensur etter § 36.....	42
3.3 Urimelighetsvurderingen	43
3.4 Terskelen for urimelighet	47
4. Karensklausuler og lojalitetsplikt	48
5. Avslutning	50

1. Innledning

Norge har utviklet seg fra å være et samfunn tuftet på primærnæringer til å bli et samfunn basert i stor grad på industri og tjenesteytelser. I takt med denne utviklingen, har også kunnskapsnivået, samt tilgangen til informasjon om forretningssensitive forhold, blitt større blant alminnelige arbeidstakere. Denne vridningen mot mer kunnskapsbasert næring, har igjen medført at den økonomiske verdien av intellektuell kapital også har blitt større. I dag spiller immaterielle verdier en viktig rolle for mange virksomheter. Det er blitt hardere konkurranse blant de ulike aktørene, og kundene stiller større krav. Resultatet av dette har ført til at mye av den kunnskapen og informasjonen arbeidstakerne tilegner seg via sin jobb, er av en slik karakter at arbeidsgiver forsøker å unngå at slik informasjon spres. Dette gjøres som regel av konkurransemessige hensyn for å hindre eventuell konkurranse fra andre aktører.

I mange kunnskapsbaserte bransjer er det også slik at kundene føler seg sterkere knyttet til bestemte personer, og ikke til selve virksomheten. Som eksempel på slike bransjer, kan nevnes IKT, arkitekter, selgere, og advokater. Når for eksempel en advokat eller advokatfullmektig slutter, kan tidligere klienter ønske å forholde seg til denne personen, og ikke firmaet. Dette illustrerer hvor viktig den menneskelige kontakt og kunnskap er som ressurs for bedrifter. I dom avsagt av Høyesterett 17. mars 1963,¹ blir ”know-how” definert som ”... den samling av tekniske detaljer, kunnskaper og erfaringer som samlet kan være avgjørende for en bedrifts konkurransevne, men som hver for seg kan synes ubetydelige. Begrepet dekker således hovedsakelig området mellom bedriftshemmeligheter og almen teknisk viten.”

Konkurransesensitiv informasjon kan ha mange former. Teknisk kunnskap, kunnskap knyttet til selskapets produkter og kundenettverk, kjennskap til strategiske planer, og markedskunnskap er bare noe av det som kan omfattes av begrepet. Begrepet omfatter således både merkantil og teknisk kunnskap.

¹ Rt. 1964 side 238, side 243. Det kan virke som bedriftshemmeligheter har størst beskyttelsesverdi, deretter ”know-how”, og sist allmenn viten.

Til en viss grad kan konfidensialitetserklæringer forhindre uønsket informasjonsflyt, men det er ikke til å komme unna at visse personer, i seg selv, utvikles til å bli en nøkkelspiller for bedriften. Med andre ord at personen selv, med sin kunnskap og sitt nettverk, blir et konkurransefortrinn. Da sier det seg selv at det kan være konkurransemessig ugunstig om denne personen starter konkurrerende virksomhet eller skifter jobb.

Hovedtemaet for denne avhandlingen er i hvilken grad arbeidsgivere, på andre måter enn ved taushetserklæringer, kan sikre seg mot uønsket konkurranse fra, eller som følge av, tidligere ansatte.

1.1 Karensklausuler

I norsk rett er det avtalefrihet. Med denne friheten kan partene selv regulere de forskjellige sidene ved avtaleforholdet, og i utgangspunktet avtale hva som helst, som partene da i prinsippet må rette seg etter (*pacta sunt servanda*).² Dette gjelder også innen arbeidsforhold hvor det som hovedregel skal inngås en arbeidsavtale mellom partene.

Avtalefriheten eksisterer imidlertid langt fra uten unntak, og ofte er denne friheten begrenset av hensyn til den svake part i avtaleforholdet eller av andre gode grunner. Slike unntak finner man blant annet i lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår,³ lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.,⁴ og lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer.⁵

² *Pacta sunt servanda*- avtaler skal holdes, sentes formulert av konsiliatorene i høymiddelalderen som uttrykk for det grunnleggende prinsipp at en avtale er forpliktende uavhengig av de former den er inngått i. I norsk rett har prinsippet fått uttrykk i NL 5- 1- 1. Jusleksikon, Jon Gisle m. fl., Kunnskapsforlaget 2. utgave, 2002, side 215.

³ Lov av 16. februar 1972, nr. 47 (markedsføringsloven).

⁴ Lov av 17. juni 2005, nr. 62 (arbeidsmiljøloven).

⁵ Lov av 31. mai 1918, nr. 4 (avtaleloven).

Innen arbeidsforhold er også utgangspunktet, at arbeidstaker gjør hva han ønsker utenom arbeidstiden, og når arbeidsforholdet er avsluttet. Dette er som hovedregel arbeidsgiver uvedkommende.⁶

Arbeidsgivere kan derfor ha et ønske om å benytte seg av avtalefriheten til å fastsette en konkurranseklausul i arbeidsavtalen til arbeidstakeren. En slik klausul i arbeidsforhold, omtales som en karensklausul.

En karensklausul representerer et forbud. Det finnes minst to hovedformer for karensklausuler. Den ene formen klausuler forbyr en arbeidstaker eller tidligere eier å starte eller ta ansettelse i konkurrerende virksomhet. Dette kalles ofte for de rene karensklausuler. Den andre formen for karensklausuler forbyr arbeidstaker eller tidligere eier å overta virksomhetens kunder eller andre medarbeidere. Det kan også forekomme andre typer karensklausuler, og dessuten er det ikke uvanlig med kombinasjoner av ulike karensklausuler.

Karensklausuler opprettes som regel samtidig som man inngår individuelle ansettelsesavtaler. Man finner også slike klausuler i kollektive avtaler.⁷ Videre benyttes slike klausuler i forbindelse med kjøp og salg av virksomhet, herunder salg fra aksjeeiere som har bidratt sentralt i virksomhetens utvikling.⁸

Det kan være flere grunner, i tillegg til konkurransehensyn, for at arbeidsgiver ønsker å benytte seg av karensklausuler. I et stramt arbeidsmarked ønsker arbeidsgivere som oftest å beholde sine ansatte. Ved å pålegge dem en karensklausul, er det ikke like enkelt for arbeidstakere å bytte jobb. Dette kan på sin side begrense mobiliteten i arbeidsmarkedet.

⁶ Arbeidsmiljøloven § 10- 1(2): med arbeidsfri menes den tid arbeidstakeren ikke står til disposisjon for arbeidsgiver.

⁷ Se som eksempel avtalen mellom NHO og Norske Sivilingeniørers Forening, vedlegg til "Normalkontrakten for Sivilingeniører".

⁸ Se som eksempel LE- 1992- 318, hvor en person hadde solgt sin virksomhet, og som i den forbindelse hadde forpliktet seg til ikke å involvere seg i konkurrerende virksomhet i distriktet så lenge kjøperen ikke solgte virksomheten videre.

Karensklausuler er imidlertid ikke ubetenkelige, og lovgiver har derfor innskrenket avtalefriheten mht. karensklausuler, jfr. avtaleloven § 36 og § 38.

Det er interesser og hensyn på begge sider som skal ivaretas. Som i avtaleforhold ellers, vil partene søke å få egne rettigheter mest omfattende samtidig som forpliktelsene er mest mulig begrenset. Dermed kan konsekvensene av slike klausuler bli betydelige, og som oftest er ikke karensklausuler i arbeidstakers interesse. Det primære hensynet i slike tilfeller, er å beskytte den svake part i avtaleforholdet mot at den andre misbruker avtalefriheten ved å utnytte sin sterke avtaleposisjon til å skaffe seg urimelige fordeler på den andre parts bekostning.⁹ I arbeidsforhold er arbeidsgiver presumptivt den sterke part. Forarbeidene til avtalelovens bestemmelser om karensklausuler har følgende illustrerende uttalelse: *”Den som søker en stilling, lover let alt det som kræves for at faa den. Men gaar han ind paa et altfor trykkende konkurranseforbud, blir han stavnsbundet i den forretning han først er kommet ind i, idet forbudet hindrer ham fra at komme videre.”*¹⁰

Det primære legislative hensynet mot ukritisk bruk av karensklausuler, synes derfor å være at arbeidstaker ikke skal få sin adgang til erverv urimelig innskrenket.

1.2 Emne og avgrensninger

Denne besvarelsen vil være rettet mot karensklausuler i arbeidsforhold med fokus på avtalerettslig ugyldighet. Avhandlingen vil behandle vilkårene i avtalelovens § 36 og § 38¹¹ for å opprette en gyldig karensklausul. Konkurranserelaterte regelverk om karensklausuler, for eksempel, konkurranseloven og markedsføringsloven, vil ikke bli behandlet.¹² Heller ikke vil EØS- avtalens regler om fri bevegelighet for arbeidstakere

⁹ Ot. prp. nr. 5(1982-1983), side 11, punkt 3. 3.

¹⁰ Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade . Avgitt av de norske delegerte ved det Skandinaviske obligationsretsarbeide, 1913, i Motiver side 18.

¹¹ Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai, nr. 4, 1918, heretter kalt for avtaloven.

¹² Lov om gjennomføring og kontroll av EØS- avtalens konkurranseregler mv. 5. mars, nr. 11, 2004(konkurranseloven), og lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår, 16. juni, nr. 47, 1972(markedsføringsloven).

mv. innenfor EØS- området bli behandlet, selv om dette også har en side til karensklausuler, jfr. lov av 27. november 1992 nr. 112.¹³

På engelsk omtales karensklausuler som "non-solicit" klausuler, mens vi i det norske språk bruker "karens". Karensklausuler blir også omtalt som "rappe-klausuler" fordi de oppstiller et forbud mot å "rappe" kunder eller medarbeidere. Jeg vil i det følgende benytte meg av uttrykket "karensklausul" som en samlebetegnelse.

I forhold til denne oppgaven, er konkurranse relatert til den situasjon som oppstår når en ansatt slutter, for så å ta ansettelse i, eller starte, likeartet virksomhet som forrige arbeidsgiver. Da oppstår situasjonen at de er like aktører som konkurrerer på samme marked. Ved slike situasjoner vil ofte den forrige arbeidsgiver oppleve negative økonomiske konsekvenser ved at den forrige arbeidstakeren er blitt en konkurrent.

I dag blir karensklausuler hyppigere og hyppigere brukt, noe som også har gitt seg utslag i en økende mengde rettspraksis.¹⁴ Det finnes imidlertid få Høyesterettsavgjørelser på området. Derfor vil det hovedsakelig bli henvist til rettspraksis fra underrettsinstansene i det følgende. Underrettspraksis har begrenset vekt som rettskildedefaktor, men har en viktig plass i denne avhandlingen for å eksemplifisere og illustrere rettstilstanden.¹⁵

I det følgende behandles først de klausuler som forbyr en arbeidstaker, eller tidligere eier, å starte eller ta ansettelse i konkurrerende virksomhet, jfr. punkt 2. Deretter omtales i punkt 3 de klausuler som forbyr arbeidstaker, eller tidligere eier, å overta virksomhetens kunder eller andre medarbeidere, og dernest kommenteres forholdet mellom lojalitetsplikt og karensklausuler i punkt 4.

¹³ For så vidt kan merkes EF- domstolens dom av 15. desember 1995, sak C- 415/93, den såkalte Bosman-saken. Saken gjaldt en fotballklubb som skulle ansette en fotballspiller, og som derfor måtte betale et fastsatt beløp til den klubben hvor spilleren tidligere hadde spilt/vært ansatt. EF- domstolen fastslo at en slik ordning ville redusere spillerens muligheter til å finne en stilling, og de vilkår som ville gjelde for den tilbudte stillingen, og at ordningen var en hindring for arbeidskraftens fri bevegelighet.

¹⁴ Kari Bergeius Andersen, Forbud mot konkurranse når en medarbeider fratrer, Advokatbladet nr. 3 2005, side 42, punkt 2.

¹⁵ Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, side 159.

2. Forbud mot å drive eller ta ansettelse i konkurrerende virksomhet

2.1 Innledning

Det følger av avtaleloven § 38, at et avtalt forbud mot å drive, eller ta ansettelse i, konkurrerende virksomhet av en viss art, ikke er bindende for arbeidstaker for så vidt forbudet (i) urimelig innskrenker arbeidstakerens adgang til erverv, eller (ii) strekker seg lenger enn påkrevd for å verne mot konkurranse. Disse grunnvilkårene for avtalesensur etter avtaleloven § 38 behandles nærmere i punkt 2. 2. 2 og 2. 2. 3 nedenfor.

For arbeidstakere i underordnet stilling er det spesielle begrensninger, det vil si større grad av avtalesensur, jf. avtaleloven § 38 annet ledd. De reglene som er spesielle for denne gruppen av arbeidstakere behandles i punkt 2. 3 nedenfor.

Avtaleloven § 38 har også særskilt regulering av de situasjonene hvor det ikke er arbeidstaker selv som er opprinnelsen for oppsigelsen og avslutningen av arbeidsforholdet, jf. tredje ledd. I punkt 2. 4 redegjøres det for rettstilstanden hvor det er arbeidsgiver som sier opp arbeidstakeren, samt hvor arbeidstaker selv sier opp på grunn av arbeidsgivers forhold.¹⁶

Er karensklausuler opprettet uten tilblivelsesmangler, er hovedregelen at de er gyldige. Fra denne hovedregelen oppstilles det imidlertid flere unntak.

¹⁶ NOU-1979-32, side 35. ”I første ledd oppstilles som alminnelig regel at en avtale om konkurranseforbud kan tilsidesettes forsåvidt forbudet utilbørlig innskrenker partens adgang til erverv eller strekker seg lengre enn nødvendig av konkurransehensyn.

Annet ledd fremtrer som en skjøpelse i forhold til første ledd. Bestemmelsen sier at et konkurranseforbud i visse situasjoner (i visse typer underordnede stillinger) som hovedregel ikke skal være bindende.

Tredje ledd fremtrer som en utbygging av første ledd. Et ellers gyldig avtalt konkurranseforbud er ugyldig dersom innehaveren sier opp vedkommende ansatte uten å ha rimelig grunn for det eller hvis den ansatte selv fratrer etter at arbeidsgiveren har misligholdt sin forpliktelse og således gitt ham grunnlag for det.”

Etter § 38 skal det foretas en interesseavveining. Denne avveiningen skal gjøres etter momenter knyttet til arbeidsgivers behov for beskyttelse på den ene siden, og arbeidstakers behov for frihet på den andre siden. Avveiningen vil ofte være basert på den kunnskap som arbeidstakeren har som kan være en meget viktig og helt avgjørende ressurs for virksomheten og arbeidsgiver, mens arbeidstakeren ønsker selv å kunne bestemme hva han vil jobbe med, og hvem han vil jobbe for, uten noen hindringer. Etter denne avveiningen, skal det deretter gjøres en rimelighetskontroll.

Begge parter har rettmessige behov, men avveiningen blir ulik fra tilfelle til tilfelle. Det er derfor vanskelig å oppstille helt klare og allmenngyldige vilkår. Lovgiver har derfor løst dette med en generalklausul med noen sentrale understandarder. Motsetningen til dette, er de rettsregler som inneholder bestemte kriterier. Begrepet ”rettslig” standard brukes med noe varierende innhold. Kjernen er at det er tale om en rettsregel som viser til en vurderingsnorm utenfor seg selv som avgjørende kriterium, gjerne en vurdering av moralsk eller sosial karakter. For eksempel i avtaleloven § 38 som sier at et forbud ikke ”urimelig” må innskrenke arbeidstakers adgang til erverv.¹⁷ Slike rettslige standarder har den fordel at de er utviklingsdyktige etter som tiden går, og at de dermed generelt kan erklære karensklausuler ulovlig. Innholdet kan med andre tillegges ulik vekt til ulik tid dersom den alminnelige oppfatningen endres. Dette medfører også at en rettslig standard skal gis en individuell vurdering av hvert enkelt tilfelle.

Selv om virksomhetens behov kan være av en slik karakter at en karensklausul vil være berettiget, vil en slik klausul ikke bli akseptert dersom den medfører en urimelig begrensning i arbeidstakerens mulighet for andre erverv. Det må derfor gjøres en helhetlig rimelighetsvurdering.¹⁸

Fordi adgangen til å operere med karensklausuler er avhengig av hvilken stilling arbeidstakeren har i den aktuelle virksomheten, herunder om stillingen er av underordnet

¹⁷ Jusleksikon, Jon Gisle m.fl, Kunnskapsforlaget, 2. utgave, 2002, side245.

¹⁸Kjennelse avsagt av Høyesterett 29. august 2006(Rt. 2006 side 1025), premiss 30. ”Lovens ordning er altså i korte trekk at arbeidsgiver og arbeidstaker gyldig kan inngå konkurranseklausuler, men første ledd gir anvisning på en rimelighetskontroll.” Se punkt 2. 4 for nærmere omtale av dommen.

karakter eller ikke, vil jeg starte med behandlingen av forbud for arbeidstakere som ikke er i en underordnet stilling.

2.2 Adgang til forbud for ansatte som ikke er i en underordnet stilling

2.2.1 Utgangspunkt

Første ledd i avtaleloven § 38 gir adgang for en sensur av karensklausuler både i og utenfor ansettelsesforhold.

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

Paragrafen oppstiller to betingelser uavhengig av hverandre. Forbudet må ikke medføre en urimelig innskrenkning i arbeidstakerens adgang til erverv, og det må ikke strekke seg lengre enn det som er nødvendig for å verne mot konkurranse. Selv om betingelsene er uavhengig av hverandre, kan de også virke sammen.

Jeg vil i det følgende behandle vilkårene hver for seg, og starter med behandlingen av vilkåret om at klausulen ikke må strekke seg lenger enn det som er påkrevd av konkurransemessige hensyn.

2.2.2 Klausulen må ikke strekke seg lenger enn det som er påkrevd av konkurransemessige hensyn

Når det opprettes en karensklausul, gjøres dette for å verne seg mot konkurranse. Dette fremkommer av ordlyden i bestemmelsen. *”Har nogen gaat ind paa, at han av konkurransehensyn ikke skal...”*

For at en karensklausul skal være gyldig, må dette behovet være beskyttelseverdig og ”paakrævet” av konkurransemessige hensyn. Dette følger direkte av ordlyden i § 38. Dersom arbeidsgiver ikke lengre har noen interesse i å opprettholde klausulen, vil den falle bort. Som eksempel, dersom arbeidsgivers virksomhet opphører.

Bestemmelsens ordlyd gir lite veiledning med hensyn til når et forbud strekker seg lenger enn hva som er ”paakrævet”. Dette spørsmålet må besvares konkret, basert på en vurdering av en rekke momenter.

Omfanget av den konkurrerende virksomheten synes etter bestemmelsen formulering i utgangspunktet ikke å ha betydning. Det kan imidlertid tenkes at virksomheten blir så ubetydelig at beskyttelse gjennom karensklausuler allerede av den grunn ikke er påkrevd av konkurransemessige hensyn. Det har for øvrig ingen betydning om den tidligere arbeidstaker starter et enkeltmannsforetak, tar enkeltstående oppdrag, eller om han får ansettelse i et stort konsern. Det sentrale er hvorvidt det oppstår konkurranse eller ikke, og hvor langt denne konkurransen forsvarer en karensklausul.

Generelt kan man si at i tilfeller hvor arbeidstakeren har fått opplæring eller innsikt på et område som er sentral for virksomheten, eller har opparbeidet seg spesialkunnskap innen et fagfelt, vil behovet for en karensklausul ofte være til stede. Andre sentrale momenter er forbudets varighet, økonomisk kompensasjon, andre ervervsmuligheter, og det geografiske omfanget. Dette kommer jeg tilbake til senere i avhandlingen.

Opplæring og innsikt

Fra rettspraksis, har man et tilfelle hvor arbeidstakere hadde fått spesiell opplæring og innsikt innen et fagfelt som ga arbeidsgiver et rettmessig behov for beskyttelse mot konkurranse. Tilfellet gjelder en voldgiftsdom avsagt 17. november 1982.¹⁹ Denne saken gjaldt 11 kursledere i en slankeklubb som hadde kontrakt med bedriften om at det var forbudt for dem i en nærmere bestemt tidsperiode å ta ansettelse i konkurrerende virksomhet. Disse hadde fått opplæring av Grete Roede og hennes medarbeidere i å drive

¹⁹ RG- 1983- 432.

slankevirksomhet. Voldgiftsretten kom til at Roede hadde et beskyttelsesverdig behov for å forhindre at den opplæring og kunnskap kurslederne hadde oppnådd, skulle bli brukt mot henne i et eventuelt konkurranseforhold etter at kurslederne hadde avsluttet sitt forhold med Roede. 10 av kurslederne ble dømt til å betale en erstatning på kr. 3000,- til bedriften for det tap denne var blitt påført. Den ellefte ble frifunnet fordi hun ikke hadde signert noen kontrakt. Dermed gjaldt heller ikke karensklausulen for hennes vedkommende. For de andre fant retten at klausulen ikke gikk lenger enn det som var påkrevd av konkurransemessige hensyn, jfr. avtaleloven § 38.

Kjennskap og innsikt til strategidokumenter eller strategiplaner

Et annet relevant moment, kan være at arbeidstakeren har kjennskap og innsikt til strategidokumenter eller strategiplaner som er av konkurransesensitiv karakter for arbeidsgiveren. Denne informasjonen bør imidlertid være utformet slik at det er et konkurransemessig poeng for at det skal tas med i vurderingen av om en konkurranseklausul strekker seg lenger enn påkrevet eller ikke. Skriftlige bevis veier med andre ord tyngre enn påstander uten noe konkret å vise til. Dersom arbeidsgiver ikke kan vise til konkrete planer, kan det oppfattes som om han ønsker å gjøre gjeldende et forbud av personlige grunner, eller at han ønsker å oppnå monopol på visse erverv. Slike tilfeller har imidlertid en side til en eventuell taushetsplikt, samt den alminnelige lojalitetsplikt i arbeidsforhold. Dette kommer jeg tilbake til senere i avhandlingen.

Stillingskategori og kundekontakt

De fleste arbeidstakere vil naturligvis opparbeide seg kunnskap på en eller måte i den virksomheten de jobber i, og mange opparbeider seg spesialkunnskap innen det fagområdet de jobber i. Mye av den kunnskapen arbeidstakere opparbeider seg, vil imidlertid ikke ha betydning for konkurransen mellom de ulike aktørene. Derfor vil det ofte ha avgjørende betydning hvilken stillingskategori arbeidstakeren har. For eksempel, for selgere som har opparbeidet seg en stor kundekrets som de har hyppig kontakt med, vil som regel behovet for beskyttelse mot en senere konkurranse være større enn ved stillinger som medfører mindre, eller kanskje ingen, kundekontakt.

Dette var tilfellet i kjennelse avsagt av Borgarting lagmannsrett 8. desember 1999.²⁰ Saken gjaldt en selger av hundemat på spesialmarkedet for storforbrukersiden. Denne selgeren hadde en karensklausul på ett år. Klausulen ble begrenset til å gjelde kun det selskap som var største konkurrent. Det ble hevdet at arbeidstakeren hadde en underordnet stilling, noe han ikke ble hørt med. Retten kom til at han var omfattet av § 38, første ledd. Retten la vekt på at den tidligere arbeidstakeren hadde betydelige påvirkningsmuligheter med sin posisjon i markedet ut fra sitt ansettelsesforhold hos den tidligere arbeidsgiver, til å skaffe kunder for den nye arbeidsgiver innen det spesialmarkedet som saken gjaldt. På denne måten fratok den tidligere arbeidstaker den forrige arbeidsgiver det konkurransefortrinn som det var fortsatt å ha ham ansatt hos seg.²¹

Det kan virke merkverdig at retten opprettholdt klausulen selv om karensklausulen var begrenset til kun å gjelde det selskap som var største konkurrent. *”Det kan ikke være avgjørende hvorvidt Hübenthal har kunnskap om bedriftshemmeligheter mv. Etter lagmannsrettens oppfatning er det avgjørende i saken at Hübenthal med sin posisjon i markedet ut fra sitt ansettelsesforhold hos MasterFoods har betydelige påvirkningsmuligheter for å skaffe kunder innen spesialmarkedet. Således vil en person som Hübenthal ha stor betydning for sentrale konkurrenter og dermed frata MasterFoods det konkurransefortrinn som det vil være å ha ham ansatt hos seg. Den kjærende part vil fortsatt ha muligheter til å arbeide innen samme spesialmarked, eller i andre typer virksomheter hvor han kan nyte godt av sine opparbeidede kunnskaper. Det finnes mange enkeltmannsforetak i den aktuelle bransje, men også 10-12 foretak med flere ansatte.”*

Dette gjelder imidlertid rettens bevisvurdering, noe jeg ikke har grunnlag for å etterprøve. Retten har likevel riktig rettsanvendelse etter min mening. De har foretatt en

²⁰ RG- 2000- 1092.

²¹ Et tilsvarende tilfelle finner man i LB- 2000- 3622. Saken gjaldt en salgssjef som fikk inngående innsikt i og kunnskap i blant annet selskapet budsjett og regnskap. Retten vurderte dette som et sentralt forhold i vurderingen av om klausulen strekte seg lenger enn påkrevet. Den kom til at tidligere arbeidsgiver hadde behov for beskyttelse i en konkurransesituasjon, og klausulen ble ikke kjent ugyldig. Retten kom også til at klausulen ikke i utilbørlig grad innskrenket arbeidstakerens adgang til erverv. Denne saken ble også behandlet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2001-301. Kjæremålet ble forkastet, og klausulen ble opprettholdt.

interesseavveining hvor de har vurdert hvorvidt klausulen var ”paakrevet”, og hvorvidt den urimelig har innskrenket arbeidstakerens adgang til erverv eller ikke.

Spesialkunnskapen må kunne påvirke et konkurransemessig forhold

Dersom behovet for en karensklausul skal være beskyttelsesverdig, må spesialkunnskapen man har ervervet, være av slik karakter at den kan påvirke et konkurransemessig forhold.

Det kan her vises til kjennelse avsagt av Borgarting lagmannsrett 19. desember 1995.²² Saken gjaldt krav om at en eiendomsmegler skulle forbys å arbeide i en nyopprettet eiendomsmeglerforretning. Grunnlaget for dette, var en konkurranseklausul i ansettelsesavtalen hos sin forrige arbeidsgiver. Retten uttalte at eiendomsmeglervirksomhet er en virksomhet som i liten grad vil implisere drifts- og forretningshemmeligheter av en art som det kan være grunn til å beskytte ved karensklausuler. Dette fordi kundemassen er ”... gjennomgående skiftende og preget av enkeltstående oppdrag som avsluttes etter forholdsvis kort tid. Det vil således normalt ikke være tale om kunde- og klientrelasjoner som en ansatt kan ta med over i ny virksomhet.” Og videre: ”Eiendomsmeglervirksomhet drives også i det vesentlige innenfor bestemte rammer, bl.a. fastlagt i lovgivningen. Dertil kommer den åpenhet som ligger i at virksomheten er publikumsrelatert, og at omsetningen, gjennom eiendomsregistrene, er tilgjengelig for enhver. Også for såvidt gjelder de kjærende selskapers interne forhold er det stor grad av åpenhet gjennom foretaksregisteret i Brønnøysund.”

I dette tilfellet ble det lagt avgjørende vekt på at det ikke ville være tale om kunde- og klientrelasjoner som en ansatt kunne ta med over i ny virksomhet, og således hadde den ansatte ikke kunnskap som kunne påvirke et konkurransemessig forhold.

Kjennskap til virksomhetens kundekrets, salgsmetoder og lignende

²² RG- 1996- 1566.

Dersom en arbeidstaker har kjennskap til virksomhetens kundekrets, dens salgsmetoder og lignende som kan brukes i en konkurransemessig sammenheng, er dette momenter som kan medføre at arbeidsgiver vil ha et rettmessig behov for beskyttelse mot konkurranse. I dom avsagt av Gulating lagmannsrett 7. desember 1993²³ ble en kundekonsulent som hadde jobbet innen mobilservice ansett for å ha kunnskap om mobilmarkedet som var av konkurransemessig betydning for tidligere arbeidsgiver. Lagmannsretten bemerket at den tidligere arbeidstakeren hadde inngående kunnskap om markedet generelt og om den tidligere arbeidsgivers kunder spesielt. Han hadde god kjennskap til bedriftens system og politikk for prising av varer og tjenester, samt til de rabattavtaler tidligere arbeidsgiver hadde inngått med enkelte kunder. Dette medførte at tidligere arbeidstaker ble vurdert slik at han kunne benytte denne kunnskapen i konkurrerende virksomhet.

2.2.3 Klausulen må ikke urimelig innskrenke arbeidstakers adgang til erverv

Selv om en karensklausul er ”paakrevet” av konkurransemessige hensyn, kan den bli satt til side dersom den urimelig innskrenker arbeidstakers adgang til erverv. Dette følger direkte av ordlyden i § 38. ”... binder vedtagelsen ham ikke, forsaavidt den urimelig innskrenker hans adgang til erhverv...”

Ordlyden gir dessverre ikke noe mer veiledning enn at det må foretas en interesseavveining for å kunne bestemme urimeligheten. Den gir således heller ikke noe veiledning på hvordan man skal forstå innholdet av ”urimelig.”

I forarbeidene uttales det imidlertid at ”urimelig” må oppfattes som et ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope. Det er derfor ikke tilstrekkelig at det tenkes rimeligere løsninger.²⁴ Urimegheten må derfor være klart påvist.

Det er to sentrale hensyn som må tas i betraktning ved avgjørelsen av om et konkurranseforbud urimelig innskrenker arbeidstakerens adgang til erverv. Det ene er hensynet til arbeidstakeren, og det andre er hensynet til samfunnets interesser.²⁵

²³ LG- 1992- 950.

²⁴ Ot. prp. nr. 5(1982- 1983), side 30, punkt 5. 1.

Hvordan skal da ”urimelig innskrenkning” forstås, og hvor går grensen.

Utgangspunktet for en slik urimelighetsvurdering, vil være avtalens innhold. For å belyse dette, vil det i det følgende bli brukt noen eksempler.

Ny jobb

Har arbeidstaker mulighet til å få ny jobb uten å bryte karensklausulen, vil dette være et sentralt moment i vurderingen om hvorvidt klausulen urimelig avskjærer hans adgang til erverv eller ikke. Til dette uttaler forarbeidene:

” ... det enkelte individ som saadant bør imidlertid ha en viss uavhængelig ret til at benytte sin adgang til erhverv. Det vil være umoralsk helt at avskjære sig enhver anledning til at benytte sin arbeidskraft. Og ogsaa her gjælder dette uten hensyn til om vedkommende er saaledes økonomisk situert, at han ikke er utsat for at lide nød. Det maa imidlertid bemerkes at selv om et forbud er ubegrænset med hensyn til tid og sted, kan det tænkes at det ikke utilbørlig innskærker den forpligtedes adgang til erhverv, fordi det kun gjælder en saa begrenset specialitet, at han ingen vanskelighet vil ha ved utenfor denne at finde et erhverv, hvor hans indsigter og kundskaper fuldt ut kan komme ham til nytte. I saa fald vil forbudet ikke av den her omhandlede grund være ugyldig.”²⁶

Et rent yrkesforbud mot å starte i ny jobb i karensperioden, ville som oftest være en urimelig begrensning i arbeidstakers adgang til erverv. Den utdanning og kompetanse arbeidstakeren har opparbeidet seg, bør han kunne benytte seg av, også i senere arbeidsforhold. Ofte vil det være slik at man har kvalifikasjoner for et bestemt fagfelt, og videre slik at det vil være innen dette fagfeltet man enklest kan få seg ny jobb. Fra rettspraksis, kan nevnes kjennelse avsagt av Oslo namsrett 5. desember 1988.²⁷ Saken gjaldt en aerobics- instruktør som hadde en karensklausul i ansettelsesavtalen som forbød henne å ta tilsvarende arbeid hos annen virksomhet i ett år etter at hun var sluttet. Retten

²⁵ Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade . Avgitt av de norske delegerte ved det Skandinaviske obligasjonsretsarbeide, 1913, i Motiver side 91.

²⁶ Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade . Avgitt av de norske delegerte ved det Skandinaviske obligasjonsretsarbeide, 1913, i Motiver side 91.

²⁷ RG- 1989- 548.

fant at karensklausulen var ugyldig fordi den innskrenket hennes adgang til ervervsvirksomhet. Den type arbeid hun hadde, var ikke av en slik art at det var nødvendig for arbeidsgiveren å beskytte seg mot konkurranse ved bruk av en karensklausul. Det var altså ikke ”paakrævet” etter ordlyden i § 38, og dessuten medførte klausulen en urimelig innskrenkning i hennes adgang til erverv.

Arbeidets art kan imidlertid ha betydning for rekkevidden av karensklausuler, slik som i tilfellet med aerobics- dommen. Jeg antar at det i dag finnes et stort antall aerobics-instruktører, hvorav de fleste nok har tilnærmet lik utdanning. Det vil derfor ikke være problematisk for en arbeidsgiver å erstatte en slik instruktør relativt fort, og behovet for beskyttelse mot konkurranse vil være mindre. Her kan man også trekke paralleller til kjennelsen omtalt overfor i punkt 2. 2. 2 (RG- 1996- 1566)som gjaldt en eiendomsmebler.

Et annet spørsmål er hvordan situasjonen blir dersom arbeidstakeren har mulighet til å få annet arbeid enn det karensklausulen gir forbud mot.

Bestemmelsens ordlyd gir ikke noen veiledning om dette annet enn at klausulen ikke binder arbeidstakeren dersom den ”...urimelig innskrenker hans adgang til erverv...”

Av hensyn til arbeidstakeren, burde ikke klausulen være til hinder for at han kan skaffe seg annet arbeid som ikke kommer i konflikt med klausulen. Han burde ha mulighet til å skaffe seg inntekt på lik linje med andre arbeidstakere.

I kjennelse av Hålogaland lagmannsrett av 11. Juli 1995,²⁸ ble det lagt vekt på at den tidligere arbeidstaker hadde mulighet til å jobbe med noe annet enn det som karensklausulen ga han forbud mot. Dette tilfellet gjaldt en selger som også hadde utdanning som snekker. Han var ansatt som salgsleder i et byggefirma, ble sagt opp, og begynte som selger i konkurrerende virksomhet i samme marked som leverandør av ferdigelement til bolighus. Han ble av retten vurdert slik at han falt utenfor den krets av

²⁸ RG- 1996- 383.

arbeidstakere som beskyttes av avtaleloven § 38, annet ledd(underordnede). Retten uttalte at ” *Simonsens ervervsmessige situasjon om klausulen blir stående, tilsier heller ikke tilsidesettelse. Simonsen er utdannet snekker, og som påpekt av namsretten fremgår det av stillingsannonser at det stadig er behov for denne yrkesgruppe. Karensklausulen vil, slik lagmannsretten forstår denne, ikke være til hinder for at Simonsen tar slikt håndtverksarbeid. Klausulen vil følgelig ikke representere noen forringelse av betydning av Simonsens inntektsmuligheter.* ”

Retten legger vekt på at det ikke nødvendigvis er et sentralt moment hva arbeidstaker selv ønsker å jobbe med. Har han en utdanning og bakgrunn som gir han mulighet til å jobbe med noe annet uten at det kommer i konflikt med det som klausulen forbyr han, vil dette kunne medføre at han blir vurdert slik at han ikke får sin adgang til erverv urimelig innskrenket. Dette forutsetter imidlertid at det finnes et marked med etterspørsel etter den type arbeidskraft som arbeidstakeren kan utføre. Blir det en tidkrevende prosess for arbeidstakeren å finne seg ny jobb, burde dette bli vurdert som en urimelig innskrenkning i hans adgang til erverv.

Det nye ervervet burde imidlertid innebære tilnærmedesvis samme karrierenivå. Det ville være urimelig dersom en høyt utdannet person med lang arbeidserfaring ble vurdert slik at han ikke fikk sin adgang til erverv urimelig innskrenket fordi han kan jobbe med nesten hva som helst, fjernt fra det han er utdannet til.

I et annet tilfelle fra Hålogaland lagmannsrett av 1. september 2003,²⁹ var spørsmålet om en advokatfullmektig hadde neglisjert en karensklausul ved å betjene tidligere arbeidsgivers klient. Retten kom til at karensklausulen ikke strekte seg lenger enn påkrevet, og at den ikke medførte en urimelig innskrenkning i hans adgang til erverv. Advokatfullmektigen hevdet forgjeves at klausulen forhindrede han i urimelig utstrekning adgang til erverv, fordi forbudet førte til at han ikke fikk jobbe med IKT- juss for en viss periode. Til dette uttalte retten at ”*A hadde som utdannet jurist, med god karakter, og i tillegg med kunnskap innenfor IKT-fag ervervet gjennom kurs og arbeid, fortsatt*

²⁹ LH- 2002- 1071.

ubegrenset mulighet for arbeid i alle fall innenfor det alminnelige arbeidsmarked for jurister. Den eneste begrensning var at han ikke kunne utføre arbeid for X Advokat's kunder, samarbeidspartnere eller underleverandører i de første seks måneder etter fratredelsen, med mindre X Advokat AS begjærte karantene ut over dette tidsrom, hvilket ikke ble gjort.”

Konsekvenser av karantenetiden

Arbeidsmarkedet er på flere områder dynamisk, og det kan skje store endringer ettersom tiden går. Stillingskvalifikasjoner kan dermed også endres. Har en kvalifisert arbeidstaker vært lenge utenfor arbeidsmarkedet, kan dette medføre at hans kvalifikasjoner svekkes. Han vil bli mindre attraktiv på arbeidsmarkedet når han skal søke jobb igjen.

Ordlyden skiller ikke mellom klausulens direkte virkning i karantenetiden, og eventuelle konsekvenser i tiden etter at karanteneperioden er ute. Ordlyden oppstiller kun en urimelighetsvurdering av hvorvidt klausulen innskrenker arbeidstakerens adgang til erverv. ”... forsaavidt den urimelig innskrenker hans adgang til erhverv...”

Hvis en karantene kan medføre at det også blir vanskelig å skaffe erverv etter karantenetiden, er dette et moment som bør være med i vurderingen fordi det på sikt indirekte begrenser arbeidstakers adgang for erverv.

Spørsmålet har ikke fått en avklaring i rettspraksis enda, så vidt jeg vet, men hensynet til arbeidstaker taler for at det skal være med i vurderingen.

Som nevnt tidligere, så fremhever forarbeidene hensynet til arbeidstaker ved vurderingen av urimelig innskrenkning: ”Ved avgjørelsen av om et konkurranseforbud utilbørlig innskrenker den forpligtedes adgang til erhverv, er det særlig to hensyn som blir at ta i betraktning, det ene er hensynet til samfundet, det andet er hensynet til den forpligtede selv.”³⁰

³⁰ Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade . Avgitt av de norske delegerte ved det Skandinaviske obligationsretsarbeide, 1913, i Motiver side 91.

Selv om det på det avgjørende tidspunktet ikke ”urimelig innskrenker” adgangen til erverv, kan dette bli situasjonen etter at karantenetiden har gått ut. Jeg kan ikke se at det skal stille seg annerledes da.

2.2.4 Helhetsvurderingen

Fordi man skal foreta en konkret helhetsvurdering av det aktuelle tilfellet som har oppstått, er det vanskelig å oppstille helt klare og allmenngyldige vilkår. Å kvalifisere urimelighetsgraden, vil derfor ikke ha noen stor nytteverdi.

Det vil således være opp til domstolene å ta stilling til urimeligheten i det konkrete tilfellet, og om klausulen kan opprettholdes eller ikke.

For å redusere urimeligheten ved vurderingen om en arbeidstaker får sin adgang til erverv urimelig innskrenket, kan man trekke inn flere monterer som kan føre til dette.

Økonomisk kompensasjon

Et sentralt moment, kan være hvorvidt det er ytet økonomisk kompensasjon eller ikke ved bruk av karensklausuler. Det er imidlertid ikke et krav om økonomisk kompensasjon ved bruk av karensklausuler, og det kan dessuten være vanskelig å slå fast om det foreligger en form for implisitt kompensasjon i mange tilfeller. Loven referer kun til vilkåret om urimelig begrensning i adgangen til erverv. Nettopp dette var tilfellet i kjennelse avsagt av Høyesterett 1. mars 2001.³¹ Her ble en toårig karensklausul uten økonomisk kompensasjon opprettholdt som gyldig.

I dom avsagt av Hålogaland lagmannsrett av 19. mars 1991,³² ble det vist til at arbeidstakeren ikke fikk noen form for kompensasjon i tillegg til at konkurranseforbudet strakte seg lenger enn påkrevd for å verne mot konkurranse. Klausulen ble derfor satt til

³¹ Rt. 2001 side 301. Høyesterett opprettholdt lagmannsrettens avgjørelse som hadde lagt avgjørende vekt på at arbeidstakeren fikk annet arbeid etter en kort stund.

³² RG- 1991- 1186. Dommen er nærmere omtalt under punkt 2. 3.

side. I dom avsagt av Frostating lagmannsrett av 22. juni 1979,³³ ble en ettårig karensklausul med full lønn som kompensasjon ansett gyldig. Lagmannsretten fant at konkurranseforbudet ikke medførte en urimelig innskrenkning i adgangen til erverv nettopp fordi forbudet var begrenset til 12 måneder og at arbeidstakeren var sikret full lønn i karenstiden.

Forarbeidene fremhever at urimeligheten blir redusert ved at arbeidstaker får et vederlag for karensklausulen. I den forbindelse uttaler de følgende: ”... *den omstendighet at vedkommende faar vederlag for den forpligtelse han gaar ind paa, og størrelsen av dette, i visse retninger bli at tillægge væsentlig betydning. Det siger sig selv at den som har en kapital at arbeide med, langt lettere vil kunne aapne sig adgang til erhverv i en beslegtet branche uten at behøve at komme i strid med den forpligtelse han har gaat ind paa, end den som forlater sin tidligere stilling med to tomme hænder.*”³⁴

Hvor stor kompensasjon som skal ytes, vil ofte avhenge av hvor store problemer det vil være for arbeidstakeren å finne annet arbeid, samt hvor langt i tid den strekker seg.

Dersom virksomheten er villig til å betale en økonomisk kompensasjon for forbudet, vil dette gi et signal om at den faktisk har et reelt behov for å beskytte seg mot konkurranse. Dersom virksomheten ikke er villig til å yte økonomisk kompensasjon, kan dette være et signal om at den ikke har et så stort behov for å beskytte seg mot konkurranse at det kan forsvares at en arbeidstaker skal få sin adgang til erverv begrenset.

Tidslengden på karensklausulen.

I teorien kan en karensklausul være evigvarende så lenge kompensasjonen er stor nok. Men i et samfunnsperspektiv sier det seg selv at en karensklausul ikke kan være evigvarende, den må være for en bestemt periode. Dette ble fremhevet i forarbeidene allerede i 1913 hvor det presiseres at ”*Det strider selvfølgelig mot samfundets tarv, at en*

³³ RG- 1980- 84, side 89. Se også RG- 2000- 1092 (omtalt overfor i punkt 2. 2. 2) hvor en karensklausul på ett år med kun tre måneders økonomisk kompensasjon ble ansett gyldig.

³⁴ Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade . Avgitt av de norske delegerte ved det Skandinaviske obligationsretsarbeide, 1913, i Motiver side 91.

*person fraskriver sig adgangen til erhverv...*³⁵ I dagens samfunn, har alle rett til å arbeide. Det er lagt opp til at man skal skaffe seg inntekt ved å arbeide, og således forsørge seg selv. Det sender derfor uheldige signaler til samfunnet dersom man skal kunne fraskrive seg denne retten.

Hvor lang tid som godtas, må blant annet avgjøres etter en vurdering av virksomhetens behov. Dette fremgår blant annet av Eidsivatings lagmannsretts dom av 21. oktober 1993.³⁶ Saken gjaldt salg av videoforretninger hvor selgeren gjennom avtale hadde forpliktet seg til ikke å involvere seg i konkurrerende virksomhet i distriktet så lenge kjøperen ikke solgte virksomheten videre. Lagmannsretten kom til at selgerens påfølgende engasjement i en annen videoforretning var i strid med avtalen, og selgeren ble kjent erstatningsansvarlig. Lagmannsretten uttalte at det må være en grense i tid for karensklausuler fordi det ikke er rimelig at slike forbud skal gjelde uten tidsbegrensning. Retten godtok ikke tidsbegrensningen (så lenge kjøperen ikke solgte virksomheten videre) som klausulen oppstilte fordi den var for vag og upresis. Retten kom imidlertid til at klausulen kunne gjøres gyldig i fem år etter salget. Dette ble gjort etter en vurdering for hva som avtales i sammenlignbare kontraktsforhold, og at det stod i rimelig forhold til de hensyn som klausulen tok sikte på å beskytte.

Denne saken gjaldt salg av virksomhet, altså et tilfelle utenfor arbeidsforhold. I slike tilfeller er behovet for beskyttelse ulikt tilfellet for en arbeidstaker i et ansettelsesforhold. En arbeidstaker som har ønske om ansettelse, står normalt ikke i en like fri situasjon som en virksomhetseier som skal selge virksomheten.³⁷ Dette tilsier at fem år utenfor ansettelsesforhold er akseptabelt så lenge de andre vurderingsmomentene er tilfredsstillende. I ansettelsesforhold synes imidlertid fem år urimelig. For det første er fem år lang tid, noe som kan medføre svekket forutberegnelighet ved at daværende kompetanse hos tidligere arbeidstaker svekkes ettersom arbeidsmarkedet utvikler seg. Dette fører igjen til at han blir mindre attraktiv som arbeidssøker. For det annet er avtaleloven § 38 en spesiell

³⁵ Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade . Avgitt av de norske delegerte ved det Skandinaviske obligasjonsretsarbeide, 1913, i Motiver side 91.

³⁶ LE- 1992- 318.

³⁷ Kari Bergeius Andersen, Forbud mot konkurranse når en medarbeider fratrer, Advokatbladet nr. 3 2005, side 44, punkt 3. 2. 1.

lempningsregel som gjelder innenfor et avgrenset rettsområde. Derfor blir det ikke riktig å sammenligne med andre kontraktsforhold selv om det ikke er vesentlige forskjeller mellom de spesielle lempningsregler og den generelle lempningsregel i avtaleloven § 36 så lenge man er i et arbeidsforhold.

Når det gjelder tilfeller i ansettelsesforhold, kan det vises til dom avsagt av Oslo byrett 16. november 1995.³⁸ Saken gjaldt en arbeidsavtale mellom tidligere arbeidsgiver og arbeidstaker som inneholdt bestemmelse om at arbeidstakeren ved fratredelse ikke kunne drive selvstendig eller ansettes i tilsvarende virksomhet de to første år. Etter at han hadde sagt opp, deltok han som stifter av et nytt selskap innen samme bransje. Retten fant ikke grunnlag for å sette karensklausulen til side, og aksepterte en karenstid på to år. Retten bemerket imidlertid at karenstiden kunne virke noe lang.

Det virker som rettspraksis godtar en karensklausul på ett til to år i ansettelsesforhold. Henning Jakhelln mener at det er tvilsomt om et konkurranseforbud av lengre varighet enn to år vil bli ansett gyldig.³⁹ I den tidligere nevnte Gulatings lagmannsrettsdom av 7. desember 1993⁴⁰ ble en karensklausul på 18 måneder omgjort til 12 måneder.

Geografisk omfang

Ytterligere vil det geografiske omfanget kunne få betydning for urimelighetsvurderingen. Kan tidligere arbeidstaker starte eller ta ansettelse i konkurrerende virksomhet et annet sted, for eksempel i en annen by eller fylke, er dette et moment som taler i retning av at klausulen strekker seg lengre enn påkrevet av konkurransemessige hensyn. For mange virksomheter er det slik at de kun er rettet mot et bestemt geografisk område, og vil ikke oppleve konkurranse fra noen utenfor dette området. Også her kan nevnes den tidligere omtalte Gulatings lagmannsretts dom av 7. desember 1993. I dette tilfellet la lagmannsretten vekt på at den konkurrerende virksomhet var lokalisert til Askim, og at tidligere arbeidsgivers virksomhet var lokalisert til Follo. Mellom disse stedene er det så pass stor avstand, at retten fant at dette svekket grunnlaget for en karensklausul i og med

³⁸ RG- 1996- 1241, side 1246.

³⁹ Henning Jakhelln, Fjernarbeid, Complex 5/96, Institutt for rettsinformatikk, punkt 9.9

⁴⁰ Se punkt 2. 2. 2.

at det ikke medførte behov for beskyttelse mot konkurranse. Med andre ord kom retten til karensklausulen kun var påkrevet for å beskytte mot konkurranse innen det spesifikke geografiske området. Det avgjørende for å avgrense det geografiske omfanget, vil være hensynet til konkurransesituasjonen. Det må derfor avgjøres etter en vurdering fra tilfelle til tilfelle.

Som tidligere nevnt, er det i et samfunnsøkonomisk perspektiv, ikke bra at en kompetent arbeidstaker skal kunne fraskrive seg retten til å arbeide. Dermed blir det også noe merkelig at man skal kunne legge arbeidskraft i bero inntil videre, i alle fall så lenge det ikke er noe krav om økonomisk kompensasjon ved karensklausuler. Dette forverres ytterligere dersom man har et marked med underskudd på arbeidskraft. Men siden det faktisk finnes en adgang til dette, er dette det bærende mothensynet. Disse hensynene skal imidlertid balanseres mot hverandre i en helhetsvurdering.⁴¹ Dette ble også fremhevet i forarbeidene for snart 100 år siden hvor det uttales følgende: *”Det strider selvfølgelig mot samfundets tarv, at en person fraskriver sig adgangen til erhverv, saa at han maa forsværes paa samfundets bekostning. Men ikke det alene. Det strider ogsaa mot samfundsmæssige interesser at arbeidskraft lægges øde. Selv om vedkommende person er formuende eller faar saa god betaling for konkurranseforbudet, at enhver frygt for næringsssorger er utelukket, kan forbudet av hensyn til samfundet være utilbørlig og bør da være uforbindende. Fra en anden side set stemmer det heller ikke med samfundsinteresserne, at enkelte personer skaffer sig et faktisk monopol paa visse erhverv, og særlig træder dette skarpt frem, hvis der er spørmaal om fremstilling av et produkt, som har en saa utstrakt anvendelse, at et tilstrækkelig kvantum ikke kan fremstilles av de forhaandenværende producenter, eller øiemedet med konkurranseforbudet iøvrig er at holde priserne oppe. Ogsaa det enkelte individ som saadant bør imidlertid ha en viss uafhængelig ret til at benytte sin adgang til erhverv. Det vil være umoralsk helt at avskjære sig enhver anledning til at benytte sin arbeidskraft”.*⁴²

⁴¹ Se nærmere om denne helhetsvurderingen i punkt 2.2.5.

⁴² Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade . Avgitt av de norske delegerte ved det Skandinaviske obligationsretsarbeide, 1913, i Motiver side 91.

Arbeidsgivers behov

Etter bestemmelsens ordlyd i § 38, skal det også tas hensyn til ”... den betydning, det har for den anden part, at avtalen oprettholdes.”

Til dette uttaler forarbeidene følgende: ” Naar det skal avgjøres om vedtagelsen utilbørlig innskrenker den forpligtedes adgang til erhverv, vil det naturligvis i mange tilfælde være nødvendig at se hen til den betydning det har for den anden part at avtalen opretholdes. Dette har man for at avskjære tvil fremhævet i selve lovteksten, men det er klart, at et forbud kan være i den grad utilbørlig, at selv den største interesse fra den anden parts side ikke kan gjøre det berettiget.”⁴³

Skal man forsøke å sette opp en generell målestokk, så vil et sentralt moment være å vurdere hvor stort arbeidsgivers behov er for at arbeidstaker skal være forhindret fra å bli konkurrent i en viss periode. Desto større behov, desto større innskrenkning må arbeidstaker tåle. Og dersom arbeidstakers adgang til erverv er usikre, og arbeidsgiver attpåtil ikke har et stort behov for beskyttelse, vil dette medføre til at en karensklausul vil være ugyldig.

2.3 Adgang til forbud for ansatt i underordnet stilling

Avtaleloven § 38, annet ledd, lyder som følger:

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

⁴³ Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade . Avgitt av de norske delegerte ved det Skandinaviske obligationsretsarbeide, 1913, i Motiver side 91.

Dette forbudet gjelder for ansatte som regnes som underordnede i virksomheten. Etter ordlyden, er det et krav om ansettelse, ”... som er ansat i bedriften...”, og videre at arbeidsavtalen må være inngått før arbeidets opphør, ”... gjelder den en viss tid, efterat ansættelsen er ophørt...”. Dermed vil karensklausuler inngått utenfor arbeidsforhold, avtaler inngått etter forlik eller lignende, ikke bli sensurert etter denne bestemmelsen.⁴⁴

Av ordlyden fremgår det at dersom en arbeidstaker har en underordnet stilling, så vil ikke klausulen være bindende for han. Fra dette gjøres det unntak dersom den ansatte har fått ”... indblik i indehaverens kundekreds eller forretningshemmeligheter, og han derhos kunde benytte dette indblik til i betydelig grad at skade indehaveren...”

Det kan for øvrig bemerkes at denne bestemmelsen er særnorsk. Våre naboland har ikke tilsvarende bestemmelse i dansk Aftalelov⁴⁵ § 38 eller svensk Avtalslagen⁴⁶ § 38.⁴⁷ For øvrig har vi mye til felles med avtaleretten i våre naboland.

Hva som regnes som ”lignende underordnet stilling”, er til dels presisert i paragrafen, men gir ikke noen videre veiledning enn som så. Dette er naturlig fordi det ville være umulig å ha en uttømmende liste.

Spørsmålet blir da hvor grensen går for hva som regnes som lignende underordnet stilling i bestemmelsens forstand.

Bestemmelsen ble vedtatt så langt tilbake som i 1918. Spørsmålet blir dermed om en som er i en underordnet stilling, for eksempel en sekretær eller lignende, har samme funksjon i dag som den gang. Etter min mening, bør ordlyden tolkes innskrenkende, og dermed blir

⁴⁴ Ot. prp. nr. 63(1917), side 94- 95.

⁴⁵ Lov nr. 242 af 08.05.1917 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område.

⁴⁶ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

⁴⁷ Se også Mads Bryne Andersen, Grunnleggende aftaleret, Gads forlag, 2. utgave, 2002, kapittel 6. 4. d, side 434, og Jan Ramberg og Christina Ramberg, Allmän avtalsrätt, Norstedst Juridik AB, 7. opplag, 2007, kapittel 11.6, side 184.

svaret nei.⁴⁸ Det har skjedd en stor utvikling siden 1918, og en sekretær har i dag kunnskap og informasjon som kan være av større konkurransemessig betydning enn tilfellet var i 1918. Noe av dette skyldes blant annet en stor utvikling rent teknologisk sett, som for eksempel mer utstrakt bruk av datateknologi. I dag kan personer uten lederansvar ha kjennskap til virksomhetens kunder og strategiplaner, noe som ikke var like aktuelt i 1918.

Skal man da kunne bestemme hvor grensen går for de som er underordnet stilling, må man sammenligne den underordnedes rolle og funksjon opp mot bestemmelsens første ledd. For å avgjøre dette, så må blant annet man se hen til hvilken type bedrift det er tale om, dens behov for en karensklausul, en vurdering av arbeidstakerens kunnskap om bedriftshemmeligheter og kunder. Det sentrale blir dermed å vurdere arbeidstakerens innsikt i virksomhetens beskyttelsesverdige interesser.⁴⁹

Innblikk i virksomhetens beskyttelsesverdige interesser

For underordnede som har fått innblikk i arbeidsgivers kundekrets eller forretningshemmeligheter som er av konkurransefølsom karakter, vil karensklausulen gjelde. Vurderingskriteriene er da de samme som etter § 38, første ledd. Dermed kan man vurdere fra tilfelle til tilfelle om man ønsker å operere med en karensklausul for den ansatte, eller om man vurderer det dit hen at hans stilling er av en slik art, at det ikke er behov for en slik klausul. Dette var noe av tanken bak bestemmelsen da den ble vedtatt. *”De stillinger kastet regner op, er av saa underordnet art, at det ofte vil ha liten mening at paalægge dem som indehar dem, noget konkurranseforbud, og grunden til at slike forbud forekommer i de her omhandlede forhold er ogsaa som regel bare at principalen vil beskytte sig mot at den underordnede røber forretningshemmeligher, som paa den maate kommer til en konkurrents kundskap.”*⁵⁰

⁴⁸ Avtaleloven har vært i tillegg vært revidert i nyere tid uten at det ble gjort store endringer. Se Ot.prp.nr.5 (1982-1983). Se også NOU 2004: 5 og Ot. prp. nr. 49(2004- 2005) i forbindelse med forslag til ny Arbeidslivslov. Heller ikke her ble det foreslått noen endringer.

⁴⁹ Momentene er hentet fra Robert Kjosnes, Konkurranseskulder(karensklausuler)i arbeidsforhold. Artikkelen ligger på www.arkitektnytt.no (sist lest 27. 01. 2009).

⁵⁰ Ot. prp. nr. 63(1917), side 93-94.

Noe av problemet med dette, er at grensen mellom avtaleloven § 38 første ledd og annet ledd, blir vanskeligere å trekke opp. Nicolay Bugge⁵¹ mener at det ikke medfører praktiske komplikasjoner. Han mener at dersom et tilfelle ikke faller inn under annet ledd, vil det omfattes av første ledd, og ligger det på grensen mellom de to, vil det ikke være behov for beskyttelse mot konkurranse. Dermed vil klausulen kjennes ugyldig.

Nettopp dette var tilfellet i dom avsagt av Hålogalands lagmannsrett av 19. mars 1991.⁵² Saken gjaldt gyldighet av et konkurranseforbud, jfr. avtalelovens § 38. En person var ansatt som selger av kjemiske produkter hos Basol Chemical Norway AS. Ved ansettelsen hadde han forpliktet seg ved en karensklausul til ikke å arbeide for konkurrerende virksomhet de første 12 måneder etter at han sluttet hos Basol Chemical Norway AS. Til tross for dette, begynte han hos en konkurrerende virksomhet fire måneder etter at han hadde sluttet hos forrige arbeidsgiver. Lagmannsretten konkluderte med at karensklausulen strekte seg lengre enn påkrevd for å verne Basol Chemicals Norway AS mot konkurranse, og konkluderte dermed med at klausulen var ugyldig. Det ble lagt vekt på at selgeren ikke ble tilført kundekrets i nevneverdig grad eller innblikk i forretningshemmeligheter, samt at det var mange andre selgere i bransjen. Han hadde heller ikke fått produktopplæring som ga innsikt i tilvirkning eller annen teknisk kunnskap, utover det som kan leses av bruksanvisninger. Stillingen måtte anses som underordnet.⁵³

Det eneste den tidligere arbeidsgiver synes å ville oppnå med konkurranseforbudet, var å holde en selger ute av et marked som allerede hadde en rekke andre selgere, uten å yte vederlag for dette. Således innskrenket forbudet i utilbørlig grad selgerens adgang til erverv.

⁵¹ Nicolay L. Bugge, Avtaleloven (Lov om avslutning av avtaler om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918), 2. utgave, Oslo 1930, s. 134.

⁵² RG- 1991- 1186 (Basol Chemicals), side 1190.

⁵³ Tilsvarende for den nevnte aerobics- dommen, se nærmere omtale under punkt 2. 2. 3.

Eksempel på det motsatte finner vi i Hålogaland lagmannsrett av 1. september 2003.⁵⁴ Her ble advokatfullmektigen ikke ansett å ha en underordnet stilling til tross for at han ikke hadde advokatbevilling, og kun hadde ett års erfaring. Retten uttalte at *”Stillingen hadde utpreget utadrettet og selvstendig karakter, ved yting av kunnskapstjenester innenfor jus og teknologi til bedriftens kunder. Gjennom sitt daglige arbeid har A hatt utstrakt førstelinjekontakt med flere kunder. Som ansatt skulle A utvise aktivitet for bedriften, blant annet ved ”aktivt rekruttere nye medarbeidere og delta i oppbyggingen av selskapets kapasitet og kompetanse innenfor eget fagområde”, se ansettelsesavtalen punkt 2.3 om kompetanse og kapasitet. Som medlem av bedriftens styre mens han var ansatt i bedriften, med tre ansatte, deltok A også i aksjeselskapets ledelse. Hvorvidt A mener at han faktisk ikke hadde innflytelse gjennom sitt ansettelsesforhold eller styreverv i bedriften, kan ikke være avgjørende, hensett til de beskrevne omstendigheter som klart viser at han ikke hadde noen underordnet stilling i lovbestemmelsens forstand. Arbeidsavtalens konkurransebegrensning kan etter dette ikke ses å være ugyldig etter den særlige regel for underordnede i avtaleloven § 38 annet ledd.”*

Det er med andre ord ikke slik at en stilling regnes som underordnet fordi arbeidstakeren ikke hadde lederoppgaver eller selvstendig ansvar til stillingen. Klausulen kan fremdeles være gyldig selv om stillingen er underordnet dersom arbeidstakeren har kjennskap til kundekrets og informasjon om forretningshemmeligheter som er av konkurransemessig betydning. Dette forutsetter at klausulen ikke strekker seg lenger en påkrevet eller som urimelig innskrenker adgang til erverv.

I kjennelse avsagt av Borgartings lagmannsrett av 31. juli 2000,⁵⁵ vurderte retten en kundekonsulents stilling i et engrosfirma for ikke å være av underordnet karakter. Etter rettens oppfatning kunne stillingen neppe sammenlignes med de stillinger som avtaleloven § 38, annet ledd opplister fordi stillingen syntes å ha en mer utadrettet og selvstendig karakter.

⁵⁴ LH- 2002- 1071, omtalt tidligere under punkt 2. 2. 3.

⁵⁵ RG- 2001- 253.

Fra underordnet til ledende stilling

Det kan, i alle fall rent teoretisk, oppstå tilfelle der hvor arbeidstakeren hadde en underordnet stilling da klausulen ble avtalt, men som så senere har fått en ledende stilling. Spørsmålet blir da om arbeidstakeren kan påberope seg avtaleloven § 38, annet ledd. Bestemmelsen gir ikke noe løsning på dette problemet, og det finnes heller ikke noe i forarbeidene som sier noe om dette, så vidt jeg kan se.

Fougner⁵⁶ hevder imidlertid at det må antas at § 38, annet ledd ikke innebærer at konkurranseklausulen bortfaller automatisk, og at klausulen dermed må sensureres etter første ledd i slike tilfeller. Dette gir også den mest fornuftige løsningen. Det ville gi den tidligere arbeidstaker en urimelig fordel dersom han kunne ha en ledende stilling, men samtidig kunne påberope seg annet ledd dersom det skulle oppstå en tvist, og på den måte ikke bli bundet av karensklausul. På denne måten vil arbeidsgivers rettmessige behov for beskyttelse mot konkurranse bli illusorisk. På den andre siden kan dette virke ugunstig for arbeidstakeren dersom han ved ansettelsesavtalen ikke ønsket en ledende stilling, og som nå blir omfattet av et slikt forbud.

2.4 Begrensninger der arbeidsforholdet avsluttes som følge av arbeidsgivers forhold

Avtaleloven § 38, tredje ledd, lyder som følger:

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

Av bestemmelsens ordlyd, oppstilles det to situasjoner hvor en karensklausul kan settes til side. Den ene er hvor arbeidstakeren får oppsigelse uten ”rimelig grund” fra arbeidsgiver. Den andre er hvor arbeidstakeren fratrer fordi arbeidsgiveren har gitt ham ”rimelig grund til det ved at undlate at opfylde sine forpligtelser.” Med andre ord, arbeidsgivers mislighold av arbeidskontrakten.

⁵⁶ Jan Fougner, Arbeidsavtalen- utvalgte emner, Tano Aschehoug 1999, side 232.

En oppsigelse kan ramme en arbeidstaker hardt, og for mange kan det være en personlig ulykke. Dette blir forsterket ytterligere dersom arbeidsgiver ikke hadde særlige grunner til å gå til oppsigelse. Dette er grunnhensynet bak oppsigelsesvernet⁵⁷. Skyldes en oppsigelse arbeidstakers eget forhold, vil dette vektlegges i arbeidstakerens disfavør. Skyldes oppsigelsen, for eksempel, driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak, er dette momenter arbeidstakeren ikke kan lastes for.⁵⁸ Dette blir også presisert i forarbeidene til avtaleloven § 38, tredje ledd: *”Gaar forretningen tilbake, eller vil principalen av andre grunde indskrænke sig, faar han gi de betjenter som kommer til at lide derved, adgang til at søke andet erhverv. Anderledes derimot, hvis betjenten har vist pligtforsømmelse, og derved har git principalen rimelig grund til at si ham op. I saa fald faar betjenten selv ta følgerne; og det samme maa gjælde om opsigelsen ikke skyldes pligtforsømmelse fra den ansattes side, men omstendigheter som han er nærmest til at bære følgerne av, f. eks. hvis han faar en saa langvarig sygdom at den gir principalen rimelig grund til sit sige ham op.”*⁵⁹

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. 17. juni, nr. 62, 2005,⁶⁰ heretter kalt aml., § 15-7 bygger på et prinsipp om individuell saklighet. Dette innebærer at selv om en driftsinnskrenkning er saklig begrunnet, skal oppsigelse vurderes i forhold til den enkelte arbeidstaker.⁶¹

Aml., § 15-7 oppstiller et vern mot usaklig oppsigelse. For å vurdere om arbeidstakeren har fått oppsigelse uten rimelig grunn, jfr. avtaleloven § 38, tredje ledd, kan man trekke inn momenter fra aml. § 15-7. Vurderingskriteriene ”usaklig oppsigelse” og ”rimelig grund”, er ikke nødvendigvis sammenfallende. Felles for begge er imidlertid at det skal foretas en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle.⁶² Dette vil si at avveiningen av de ulike momentene må være

⁵⁷ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, 4. utgave 2006, side 428.

⁵⁸ RT- 1992- 1023, side 1027 ” Ut fra praksis og teori antar jeg likevel at det kan legges noe vekt på slike forhold[subjektive rimelighetsmomenter]også ved oppsigelse etter § 60 nr 1, men i mindre utstrekning enn når oppsigelsen er begrunnet i driftsinnskrenkning eller rasjonalisering.”

⁵⁹ Ot. prp. nr. 63(1917), side 95.

⁶⁰ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. 17. juni, nr. 62, 2005, Arbeidsmiljøloven

⁶¹ RT- 1989- 508, side 513.

⁶²For avtalelovens § 38 vedkommende, har man et eksempel i RG-1996-383. ”Hvorvidt det i et slikt tilfelle er grunnlag for å sette klausulen til side, må bero på en konkret vurdering av omstendighetene omkring

balansert, og ikke slik at et enkeltmoment blir tillagt uforholdsmessig vekt. Et enkeltmoment kan imidlertid være tilstrekkelig for å gå til oppsigelse dersom det er graverende nok.

Siden § 38 er en bestemmelse til vern for arbeidstakere, taler mye for at ”rimelig grunn”, jfr. avtaleloven § 38, tredje ledd, må ses i forhold til ”saklig grunn” til oppsigelse, jfr. aml. § 15-7. Dette gjelder også ved spørsmål om en karensklausul skal opprettholdes i tilfeller hvor oppsigelse er begrunnet i arbeidsgivers forhold. Dette fører også til bedre harmoni mellom regelsettene.

Saklighetskriteriet ble lovfestet ved arbeidervernloven av 1936, jfr. § 33, og rimelighetskriteriet i avtaleloven § 38 er fra 1918. Begge kriteriene er å regne som rettslige standarder, og de har blitt utviklet og endret gjennom tidenes løp. I formålsparagrafen til arbeidsmiljøloven presiseres det også at loven skal følge med den sosiale utvikling i samfunnet, jfr. aml. § 1-1. Det vil også få betydning for saklighetskravet.

En arbeidstaker kan kreve avskjed på grunn av bristende forutsetninger eller vesentlig mislighold fra arbeidsgivers side. Dette følger av alminnelig arbeidsrettslige regler, og er ikke nærmere regulert i arbeidsmiljøloven.⁶³ Det klassiske eksemplet på at arbeidstaker slutter som følge av mislighold av arbeidsgiver, er hvor arbeidsgiver ikke utbetaler lønn. Fra rettspraksis⁶⁴ har man et tilfelle hvor arbeidsgiver uteble fra arbeidsplassen på uvisst tid, og hadde overlatt til arbeidstakeren å utføre deler av arbeidsgivers jobb.

Arbeidstakeren sluttet, og startet deretter konkurrerende virksomhet i strid med karensklausulen. Den tidligere arbeidsgiver begjærte midlertidig forføyning. Dette ble imidlertid forkastet, og retten begrunnet dette med at arbeidstakeren hadde rett til å

oppsigelsen, herunder arbeidstakers ervervsmessige situasjon om klausulen blir stående.” Saken gjaldt en karensklausul i arbeidsavtalen for en tidligere arbeidstaker. Retten kom til, etter en konkret helhetsvurdering, at det ikke var grunnlag for å sette den til side i medhold av avtaleloven § 38, tredje ledd. Dommen er nærmere omtalt under punkt 2. 2. 3.

For arbeidsmiljølovens vedkommende, fremgår dette av Ot. prp. nr. 41 1975-1976), side 72 ”Særlig har rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte kommet sterkere inn i bildet...” Dette er imidlertid forarbeider til lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., som nå er opphevet.

⁶³ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, 4. utgave 2006, side 486.

⁶⁴ Hadeland og Land namsrett avsagt 19. mars 1980(RG- 1980- 1070).

avslutte arbeidsforholdet som en følge av arbeidsgivers forhold. Arbeidstakeren var derfor ikke bundet av karensklausulen etter avtaleloven § 38, tredje ledd.

Videre bør en arbeidstaker kunne kreve avskjed dersom arbeidsgiver ikke sørger for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jfr. aml. § 4- 1.⁶⁵

Spørsmål blir da hvordan karensklausulens stilling blir når arbeidsforholdet avsluttes som følge av arbeidsgivers forhold.

Dette spørsmålet har fått en avklaring i kjennelse avsagt av Høyesterett 29. august 2006.⁶⁶ Dommen er et vendepunkt i forhold til tidligere avsatte dommer, og fortjener derfor en grundigere gjennomgang.

Saken gjaldt et skandinavisk helseforetak hvor to av de ansatte hadde karensklausuler i sine arbeidsavtaler. Disse klausulene hadde en varighet på to år. Helseforetaket hadde spesialisert seg på å rekruttere helsepersonell. Da arbeidsgiver omstrukturerte virksomheten sin med å flytte hovedkontoret til København, ble det også bestemt at kontoret i Norge skulle legges ned. Den ene av de ansatte fikk tilbud om jobb i København, mens den andre fikk tilbud om hjemmekontor og mye reisevirksomhet. De ansatte aksepterte ikke dette, og valgte heller å si opp. Etter arbeidsavtalen hadde de tre måneders oppsigelsesfrist. Før denne fristen var gått ut, startet de tidligere ansatte i

⁶⁵ Her kan man trekke paralleller til sjømannslov av 30. mai, nr. 18, 1975, § 12. De tilfellene som er opplistet i bokstav a- c, må anse som kasuistiske utslag av regelen om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Bokstav d- h, er i kasuistisk form et utslag av bristende forutsetninger. § 12 *Sjømannsrett rett til å fratru tjenesten om bord av særlige grunner*. Disse grunnene er :

- a) *skipet ikke oppfyller kravene i lov om skipssikkerhet, og rederiet ikke sørger for å avhjelpe manglene.*
- b) *rederiet eller skipsføreren unnlater å etterkomme krav om besiktelse i henhold til lov om skipssikkerhet § 43 femte ledd bokstav c og forskrifter fastsatt i medhold av den bestemmelsen.*
- c) *han har vært utsatt for mishandling om bord uten at skipsføreren etter oppfordring har vernet ham.*
- d) *skipet mister retten til å føre norsk flagg.*
- e) *han er ansatt for en bestemt reise, og reisen blir vesentlig endret*
- f) *det etter tiltredelse om bord viser seg at det er fare for at skipet kan bli oppbrakt av en krigførende makt eller utsatt for krigsskade, eller at slik fare er blitt vesentlig forøket.*
- g) *det etter tiltredelse om bord viser seg at det i den havn skipet er bestemt til, hersker en ondartet farsott.*

⁶⁶ Rt. 2006 side 1025.

felleskap et selskap som skulle drive med formidling av merkantilt og helsepersonell, samt annen virksomhet som naturlig faller sammen med dette.

Tidligere arbeidsgiver reagerte da med en begjæring om midlertidig forføyning med et krav om forbud for å arbeide for det nye selskapet, og at bedriften skulle forby å bruke de tidligere ansatte i sin virksomhet. Tingretten kom til at det var handlet i strid med karensklausulen ved å starte konkurrerende virksomhet, samt at de ansatte hadde selv sagt opp sine stillinger, jfr. avtaleloven § 38. Dermed kunne ikke klausulen settes til side. Det kan for øvrig bemerkes at retten mente at det var urimelig med en varighet på to år for denne klausulen uten at det fikk avgjørende betydning.

De ansatte anket kjennelsen til lagmannsretten. Retten kom til at karensklausulen var gyldig etter en helhetsvurdering. I den ene retningen, ble det lagt vekt på at i forhold til avtaleloven § 38, tredje ledd, så forelå den en oppsigelse fra arbeidsgivers side. Dette ble begrunnet med at de stillingene de ansatte var tilbudt, var av en slik karakter at de ikke var forpliktet til å akseptere dem innenfor rammen av sine arbeidsavtaler. Derimot ble det lagt avgjørende vekt på arbeidsgivers stilling dersom de tidligere arbeidstakere kunne benytte seg av de kontakter og den kunnskap de hadde fått kjennskap til hos sin tidligere arbeidsgiver. Dermed kom retten til at klausulen var gyldig.

I motsetning til tingretten, legger lagmannsretten, etter min mening, avgjørende vekt på reelle hensyn.

Problemstillingen for Høyesterett var om det var rom for å vurdere både arbeidstakers og arbeidsgivers forhold ved oppsigelse som skyldes arbeidsgivers forhold, jfr. avtaleloven § 38, tredje ledd.

Høyesterett kom til at lagmannsrettens tolkning av avtaleloven § 38, tredje ledd, harmonerte dårlig med ordlyden i bestemmelsen. De viste til flere uttalelser i forarbeidene⁶⁷ for sin begrunnelse for dette, og kom til at det bare er forhold på

⁶⁷ Se premiss 34-39.

arbeidstakersiden som skal vektlegges. I premiss 37 utaler retten at ”*Dette[forhold på arbeidstakers side]understrekes ved at det i klartekst sies at konkurranseklausuler ikke skal være bindende ved innskrenkning, enten innskrenkningen skyldes at bedriften går dårlig eller andre forhold - altså i tilfeller hvor arbeidsgiveren nettopp kan ha rimelig grunn til oppsigelsen.*”

Høyesterett tok altså utgangspunkt i bestemmelsen ordlyd, og kom til at den klart taler for at det ikke kan foretas en helhetsvurdering hvor det tas hensyn til arbeidsgiver.⁶⁸

Det som er litt merkelig, er at retten ikke gikk inn på tidligere underrettspraksis og juridisk teori som partene viste til. De mente at den juridiske teori hadde lagt til grunn at lovens ordlyd var mer generell enn det som retten mente det var holdepunkter for ved helhetsvurderingen som skal gjøres etter § 38, tredje ledd.⁶⁹ I tillegg kom retten også til at det var lite rom for reelle hensyn fordi både ordlyd og forarbeider pekte i en klar retning av lovgivers ønske om noe annet.⁷⁰ Her skiller Høyesterett seg markant fra det lagmannsretten gjorde.

Dermed konkluderte retten med at det ikke var rom for å vurdere både arbeidstakers og arbeidsgivers forhold, men kun forhold på arbeidsgivers side.

Hva blir da konsekvensene av denne dommen

Høyesterett har konkludert med at karensklausuler ikke kan påberopes av en arbeidsgiver dersom oppsigelsen skyldes arbeidsgivers forhold. Skulle da en arbeidsgiver si opp en arbeidstaker som følge av rasjonalisering eller som følge av en endringsoppsigelse,⁷¹ vil ikke karensklausulen gjelde lenger. Dette innebærer at arbeidsgiver bør kunne

⁶⁸ Se premiss 31-32.

⁶⁹ Se premiss 45 og 46.

⁷⁰ Premiss 48: ”*Som jeg har vært inne på, er § 38 gitt til vern av arbeidstakerne, og vurderingen av i hvor stor grad konkurranseklausuler skal være bindende, er et utpreget politisk spørsmål. Når både ordlyd og forarbeider peker klart i en bestemt retning, er det da lite rom for reelle hensyn. § 38 ble vurdert i forbindelse med innføringen av lempingsregelen i avtaleloven § 36 i 1983, uten at lovgiver fant grunn til å foreta noen realitetsendring.*”

⁷¹ Endringsoppsigelse: dersom det blir vesentlige endringer i arbeidsvilkårene uten at det blir gitt noen oppsigelse, og dette er til skade for arbeidstakeren, anses oppsigelsen som en oppsigelse som skyldes arbeidsgivers forhold, jfr. aml. 16-4, andre ledd.

dokumentere at oppsigelse er rimelig begrunnet i arbeidstakerens forhold for at karensklausulen skal stå seg. Dersom det foreligger grunnlag for gyldig oppsigelse, eventuelt avskjed, begrunnet i arbeidstakers forhold, vil karensklausulen opprettholdes etter § 38, tredje ledd. Skyldes oppsigelsen virksomhetens forhold, vil karensklausulen falle bort.

Jeg vil anta at kjennelsen fra Hålogalands lagmannsrett fra 1996,⁷² hvor en salgssjef mottok oppsigelse fra arbeidsgiver som følge av driftsomlegging, og hvor karensklausulen ble godtatt som gyldig, ikke ville fått samme utfall i dag som den gang.

Det er altså slik at avtaleloven § 38, tredje ledd, nå må forstås slik at det kun er forhold hos arbeidstakeren som er av betydning ved vurderingen av om det er rimelig grunn for oppsigelse for når en karensklausul kan gjøres gjeldende. Skyldes oppsigelsen forhold på arbeidsgivers side, vil ikke karensklausulen automatisk falle bort.

Det presiseres imidlertid i dommen at dette gjelder for situasjoner når en konkurranseklausul er nedfelt i en ansettelsesavtale eller annen avtale som er inngått under arbeidsforholdet. For avtaler om konkurranseforbud som er inngått i forbindelse med oppsigelser, kan det stille seg annerledes.⁷³

Denne dommen kan føre til at små virksomheter blir hardt rammet dersom de må foreta en driftsinnskrenkning eller rasjonalisering. Høyesterett mente imidlertid at den lovforståelse som følger av ordlyd og forarbeider var klar, og at en lovendring til arbeidsgiver gunst, må foretas av lovgiver. I den forbindelse uttaler de følgende i premiss 48: *"Som jeg har vært inne på, er § 38 gitt til vern av arbeidstakerne, og vurderingen av i hvor stor grad konkurranseklausuler skal være bindende, er et utpreget politisk spørsmål. Når både ordlyd og forarbeider peker klart i en bestemt retning, er det da lite rom for reelle hensyn. § 38 ble vurdert i forbindelse med innføringen av lempingsregelen i avtaleloven § 36 i 1983, uten at lovgiver fant grunn til å foreta noen realitetsendring, se*

⁷² RG- 1996- 383. Omtalt tidligere under punkt 2. 2. 3.

⁷³ Se premiss 52.

NOU 1979:32 side 57, jf. Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 38. Vurderingen av om tiden nå er inne for å endre § 38 og hva en eventuell endring skal gå ut på, anser jeg som en utpreget lovgiveroppgave.” Men som jeg tidligere har vært inne på i avhandlingen, vil utlevering av forretnings- eller bedriftshemmeligheter til en viss grad være beskyttet av straffeloven § 294 nr. 2.

Denne dommen vil få betydning for klausuler som for fremtiden inngås, men også for allerede inngåtte karensklausuler. Dette gjelder først og fremst for de tilfeller hvor det er bestemt i klausulen at den skal opprettholdes selv ved oppsigelse fra arbeidsgivers side grunnet i virksomhetens forhold.

2.5 Konsekvensene av ugyldighet etter § 38

Dersom en karensklausul blir kjent ugyldig etter § 38, kan retten sette den til side som delvis ugyldig, eller helt ugyldig. Dette fremgår av avtalelovens forarbeider.⁷⁴ Dette ble også presisert i rettspraksis så tidlig som i dom avsagt av Høyesterett 18. mai 1929.⁷⁵

Som eksempel på delvis tilsidesettelse, kan nevnes de allerede omtalte lagmannsrettsdommene(LG- 1992- 520 og LE- 1992- 318),⁷⁶ hvor retten satte ned klausulens periode fra 18 til 12 måneder, og hvor de satte lengden på en klausul med uspesifisert lengde til fem år.

2.6 Hvilken betydning har det om behovet for karensklausuler kan avhjelpes med taushetsplikt

En taushetsplikt kan i en viss grad ivareta arbeidsgivers behov for beskyttelse mot konkurranse.

⁷⁴ Ot. prp. nr. 5(1982- 1983), side 36- 37, punkt 6.

⁷⁵ Rt. 1929 side 433.

⁷⁶ LG- 1992- 520 er omtalt under punkt 2. 2. 2, og LE- 1992- 318 er omtalt under punkt 2. 2. 4.

Straffeloven⁷⁷ § 294, nr. 2 oppstiller en taushetsplikt for visse typer opplysninger. Bestemmelsen kan medføre bøter eller fengsel i inntil to år for den som uberettiget gjør bruk av en drifts- eller forretningshemmelighet i den bedrift hvor han har vært ansatt i løpet av de to siste år. Bestemmelsen rammer primært arbeidstakeren som utleverer forretningshemmeligheter, men kan også ramme den konkurrerende virksomheten som bidrar til å motta slike opplysninger, jfr. straffeloven § 405 A. Denne bestemmelsen rammer den som på urimelig måte skaffer seg eller søker å skaffe seg kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet.

Problemet er imidlertid at det ikke finnes en generell lovfestet taushetsplikt for private ansettelsesforhold, slik som det, for eksempel, finnes for tjenestemenn i forvaltningen, jfr. forvaltningsloven⁷⁸ § 13. Det kan derimot avtales en taushetsplikt i arbeidstakernes arbeidsavtaler, avtaleloven § 38 er ikke til hinder for dette.

I tillegg kan det ofte kan være vanskeligere å få fastslått brudd på taushetsplikt kontra en karensklausul. Derfor tilsier hensynet til effektiv håndhevelse at taushetsplikten skal ha mindre betydning enn karensklausuler. En arbeidstaker har også kunnskap i sin egen bevissthet som ny arbeidsgiver kan nyttiggjøre seg uten at det vil komme i strid med taushetsplikten.

Således gir karensklausuler et bedre vern mot konkurranse, og man kan i tillegg regulere flere konkurranserelaterte forhold så lenge man holder seg innenfor rammene av det lovlige. Det er imidlertid ikke noe i veien for å ha med en taushetsplikt i tillegg til en karensklausul.

⁷⁷ Almindelig borgerlig straffelov, 22. mai, nr. 10, 1902.

⁷⁸ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967.

2.7 Forholdet til avskjed.

Avtaleloven § 38, tredje ledd, inneholder ikke noe som regulerer forholdet til avskjed, kun oppsigelse. Dette er nok mest sannsynlig et utslag av at Arbeidervernloven av 1916 ble vedtatt før avtaleloven. Arbeidervernloven inneholdt ikke regler om avskjed. Oppsigelse er prinsipielt bygget på arbeidsavtalen, og er den alminnelige måte å gå frem på for å bringe et arbeidsforhold til opphør på. Avskjed derimot, bygger på at det foreligger et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen som gir grunnlag for å heve arbeidsavtalen øyeblikkelig.⁷⁹

Spørsmålet blir dermed hvordan karensklausulers stilling vil bli ved uberettiget avskjed.

I dom avsagt av Borgarting lagmannsrett av 25. november 1995,⁸⁰ ble en selger avskjediget på grunnlag av mistanke om salg uten å inngi oppgjør til arbeidsgiver. I mangel av bevis ble det arrangert en felle, men denne ble ikke ansett egnet til å bevise illojalitet eller utroskap. Øvrige forhold, noen småsalg som ikke kunne ettervises i regnskapene og som i ettertid ble angitt som grunnlag, ble heller ikke ansett tilstrekkelig til å begrunne avskjed eller oppsigelse. Bedriftens problem med lagersvinn var ikke borte etter avskjeden. Bedriftens krav om erstatning for brudd på karanteneklausul ble ikke tatt til følge. Klausulen var ugyldig etter avtaleloven § 38 tredje ledd. Retten tolket dette tilfellet som om arbeidstakeren hadde fått avskjed som heller ikke ble kjent gyldig som oppsigelse.

Neste spørsmål blir da hvordan karensklausulers stilling blir dersom avskjeden blir kjent ugyldig, men opprettholdt som saklig oppsigelse.

Å trekke grensen mellom avskjed og oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold, kan i mange tilfeller være vanskelig. Retten har imidlertid adgang til å bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre ved å opprettholde avskjeden som saklig oppsigelse

⁷⁹ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, 4. utgave 2006, side 470.

⁸⁰ LB- 1995- 2739.

dersom vilkårene for dette foreligger, jfr. aml. § 15-14, tredje ledd. Dette forutsetter imidlertid at arbeidsgiver har nedlagt påstand om dette.⁸¹

Som regel er det forhold på arbeidstakerens side som har ført til at arbeidsgiver har avskjediget ham, mens retten kommer til at avskjed var en for streng reaksjonsform fra arbeidsgiveren. Opprettholdes avskjeden som saklig oppsigelse, vil dette medføre at karensklausulen fortsatt vil være gyldig etter § 38, tredje ledd.

3. Forbud mot relasjoner til kunder og medarbeidere

3.1 Innledning

Avtaleloven § 36 lyder som følger:

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

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

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

Etter bestemmelsens ordlyd, er det er tale om en generell urimelighetsregel. *”En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig...”*

Denne sensureringen gjelder i utgangspunktet for alle avtaletyper, også avtaler innen arbeidsforhold.⁸² Dermed sensureres også et forbud mot relasjoner til kunder og

⁸¹Se Rt. 1982 side 1721, side 1722. ”Det fremgår av forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 66 nr. 4 at « forutsetningen for at retten skal vurdere om avskjedigelsen subsidiært kan anses som oppsigelse, må være at arbeidsgiveren har fremsatt påstand om det », jfr. Ot. prp. nr. 41 (1975-76)side 78 spalte 2. I nåværende § 15-14, er dette tatt med i paragrafen.

⁸² Ot. prp. nr. 5(1982- 1983) (endringslov), side 40. *”Etter første ledd første punktum får lempingsregelen primært anvendelse på « avtaler ». Dette omfatter alle typer formuerettslige avtaler, så som kjøpsavtaler, leieavtaler, arbeidsavtaler (herunder i prinsippet trolig også tariffavtaler, jf Kristen Andersen: Arbeidsretten og organisasjonene (1956) s 97 og Bergsåker: Jussens Venner 1980 s 133 på s 158), osv. Regelen gjelder for skriftlige så vel som for muntlige avtaler, for den opprinnelige avtale så vel som for*

medarbeidere fra tidligere arbeidstaker eller eier, jfr. § 36. Dette forbudet, vil i all hovedsak være et forbud mot å overta eller betjene tidligere kunder, og å overta eller påvirke tidligere medarbeidere.

Dette forbudet forhindrer ikke tidligere arbeidstakere å starte eller ta jobb hos konkurrerende virksomhet, slik tilfellet er ved forbudet mot å starte eller ta ansettelse i konkurrerende virksomhet, jfr. avtaleloven § 38. De står helt fritt uten en eneste begrensning med tanke på nettopp dette, og kan jobbe med det de selv ønsker. Dermed medfører et slikt forbud en mindre begrensning sammenlignet med de rene konkurranseklausuler fordi de ikke representerer et yrkesforbud.

Slike forbud vurderes derfor etter avtaleloven § 36⁸³ og ikke § 38. Fordi § 36 oppstiller en generell urimelighetsregel, er § 36 derfor å regne for en generalklausul. Det er imidlertid noe omstridt i rettspraksis hvorvidt et slikt forbud skal sensureres etter § 38 eller § 36.⁸⁴

Det tidligere arbeidsgiver ønsker å oppnå med et slikt forbud, er som regel å beholde sin kundemasse slik at de ikke blir med på ”lasset” når en arbeidstaker slutter. Et slikt forbud kan imidlertid være like effektivt for å beskytte seg mot konkurranse som forbud etter avtaleloven § 38, men kan være vanskeligere å kontrollere.

tilleggsavtaler og endringsavtaler. Det har ingen betydning for lempingsregelens anvendelse om avtalen må inngås på en bestemt måte eller tilfredsstillende visse formkrav.”

⁸³ NAD- 1988- 1156. Krav fra reklamebyrå om erstatning forkastet. To ansatte i reklamebyrået sa opp sine stillinger og etablerte nytt reklamebyrå. Det nye reklamebyrå fikk oppdrag fra tre kunder, som tidligere hadde vært kunder hos deres tidligere arbeidsgiver. Retten la til grunn at de tidligere ansatte ikke hadde gått ut for å kapre kunder fra deres tidligere arbeidsgiver. Deres arbeidsavtale inneholdt et forbud mot at de i en periode av to år betjente kunder fra deres tidligere arbeidsgiver. Denne konkurranseklausul falt utenfor det som er regulert ved avtaleloven § 38, idet konkurranseklausulen ikke satte forbud mot at de drev reklamebyrå. Forholdet måtte bedømmes som et kontraktsbrudd overfor deres tidligere arbeidsgiver.

⁸⁴ Se som eksempel LH- 2002- 1071(omtalt tidligere under punkt 2. 2. 3). Retten uttalte følgende: ”Avtalebestemmelsen - om at arbeidstakeren skal « ikke levere tjenester til noen av Arbeidsgivers kunder, samarbeidspartnere eller underleverandører (tredjeparter) » i et tidsrom av et halvt år etter fratredelse - innebærer konkurransebegrensning av slik art og omfang, i arbeidstakerens ervervsevne i forhold til arbeidsgiverens kunder med flere, som antas å falle innenfor anvendelsesområdet for ugyldighetsbestemmelsen i avtaleloven § 38.”

Det er ikke bare arbeidstakeres kunnskap som kan utgjøre en trussel mot fremtidig konkurranse. En stabil og voksende kundemasse, kan være vel så viktig for en arbeidsgiver for å kunne fortsette sin virksomhet.

3.2 Hvorfor sensur etter § 36

Etter en ren ordlydstolkning, vil det ikke være naturlig å sensurere et forbud mot relasjoner til kunder og medarbeidere etter § 38. Etter denne bestemmelsens ordlyd, er det kun avtaler som er inngått mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, hvor arbeidstaker forplikter seg til ikke å ta plass i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art av konkurransehensyn, som er aktuelt. *"Har nogen gaat ind paa, at han av konkurransehensyn ikke skal ta plads i eller drive forretning eller virksomhet av en viss art..."* Etter § 36 er det ikke et forbud mot å drive virksomhet av en viss art, men et forbud mot å drive en slik virksomhet rettet mot bestemte kunder, eller sammen med tidligere medarbeidere. Dette hevdes også i juridisk teori.⁸⁵

Det finnes med andre ord ingen lovbestemmelse som direkte regulerer forholdet for slike klausuler, og det rettslige utgangspunktet blir dermed om slike klausuler kan settes til side som etter den generelle urimelighetsregelen i avtalen § 36. Erling Selvig omtaler denne regelen som en konkret rimelighetsstandard.⁸⁶ I det følgende blir disse uttrykk brukt om hverandre, men er ment å ha samme innhold.

Avtaleloven § 36

Avtaleloven § 36 har et videre nedslagsfelt enn andre avtalebestemmelser. Noe av dette kommer av at mange av de andre avtalebestemmelsene refererer seg til måten avtalen er kommet i stand på, og hvorvidt det er noe feil med fremgangsmåten, mens § 36 gir en generell regel om ugyldighet på grunn av avtalens innhold. Til sammenligning, finner man også en slik generell regel i avtaleloven § 38. I tillegg er de øvrige ugyldighetsregler som regel basert på ond tro hos adressaten. § 36 inneholder ingen slik begrensning, men

⁸⁵ Jan Fougner, Arbeidsavtalen- utvalgte emner, Tano Aschehoug 1999, side 235; *"Avtaler som ikke direkte regulerer adgangen til å arbeide i eller drive konkurrerende virksomhet, faller utenfor avtaleloven § 38."*

⁸⁶ Knophs oversikt over Norges rett, 12. utgave, 2004, § 46 ved Erling Selvig, side 258.

kan likevel komme inn som et moment i helhetsvurderingen. Ytterligere vil etterfølgende forhold kunne virke inn på urimelighetsvurderingen.⁸⁷ Når det gjelder tidspunktet for urimelighetsbedømmelsen, så skiller § 36 også her fra avtalelovens øvrige ugyldighetsregler. Lovteksten refererer til ”...urimelig eller være i strid med god forretningskikk å gjøre den gjeldende.” Dette medfører at det er virkningene av avtalen på oppfyllestidspunktet som er avgjørende. Om det på tidspunktet for avtaleinngåelsen var urimelige vilkår eller ikke, har dermed prinsipielt ikke betydning.⁸⁸

3.3 Urimehghetsvurderingen

Både avtaleloven § 38 og § 36 inneholder et urimehghetskriterium. I NOU 1979:32 uttales det følgende på side 57; ” Utvalget vil foreslå at avtalelovens § 38 opprettholdes ved siden av en formuerettslig generalklausul. Begrunnelsen for dette er at § 38 omhandler en spesiell type avtaler og dessuten for enkelte situasjoner stiller opp klare utgangspunkt om at slike avtaler er ugyldige. Denne mer presise regulering bør opprettholdes. Regelen i § 38 bør imidlertid endres slik at standarden innholdsmessig harmonerer med den foreslåtte generalklausul. Ordene « utilbørlig » i første ledd og « ubillig » i annet ledd bør derfor erstattes med « urimehgh ».”⁸⁹

Jan Fougner⁹⁰ hevder at dersom en ikke når frem med å hevde urimehghet etter § 38, vil en mest sannsynlig heller ikke nå frem med dette etter § 36. Således kan § 38 ses på som en understandard av § 36.

Helhetsvurderingen skal, slik som for § 38, gjøres av den konkrete situasjon som har oppstått, og deretter avgjøres det hvorvidt det samlet sett vil være en urimehgh avtale eller ikke. Det vil således være et sentralt spørsmål om resultatet/virkningen av avtalen medfører tap eller ulemper for den ene part, på en slik måte at det ikke vil være rimelig

⁸⁷ Jo Hov, Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett 1, 3. utgave 2002, side 276.

⁸⁸ Knophs oversikt over Norges rett, 12. utgave, 2004, § 46 ved Erlend Selvig, side 259.

⁸⁹ Justisdepartementet er enig i denne uttalelsen, jfr. Ot. prp. nr. 5(1982- 1983), side 42.

⁹⁰ Jan Fougner, Arbeidsavtalen- utvalgte emner, Tano Aschehoug 1999, side 234- 235.

for den andre part å gjøre avtalen gjeldende.⁹¹ For karensklausulene vil dette, som for § 38, primært bli et spørsmål om arbeidsgiver kan oppnå et beskyttelsesverdig behov for konkurranse, og om dette kan gjøres på en slik måte at det ikke innskrenker arbeidstaker frihet.

Spørsmålet blir da hva som regnes som urimelig for å tilsidesette en karensklausul etter § 36.

De momentene som bestemmelsen oppstiller, er avtalens innhold, partenes stilling, og forholdene ved avtaleinngåelsen, men også senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig, jfr. § 36, annet ledd.

Således vil det være vanskelig, nær sagt umulig, å operere med en bestemt mal på hva som er å regne som urimelig. Det vil alltid bero på avtalens egenart og omstendighetene ellers, i det enkelte tilfelle, om en avtale bør settes til side som urimelig eller ikke.⁹²

Ettersom man skal ta hensyn til omstendighetene for øvrig, er ikke listen å regne som uttømmende. I forarbeidene presiseres det også at det heller ikke har vært ønskelig.⁹³ § 36 er en dynamisk rettsregel, og skal følge med samfunnsutviklingen i synet på hva som er rett og rimelig. Tanken bak angivelsen av momentene i annet ledd, er at oppregningen kan virke opplysende og veiledende, samt avskjære mulig tvil.⁹⁴ Men til syvende og sist vil det være domstolene som utvikler retningslinjene gjennom rettspraksis. I tillegg finnes det flere prinsipper for urimelighetsvurderingen.⁹⁵

For det første må man se hen til avtalens innhold som helhet for å avgjøre spørsmålet om urimelighet og ugyldighet. Dette innebærer at selv om det på enkelte punkter kan være tale om urimelighet, kan dette få mindre vekt dersom avtalen som helhet fremstår som rimelig. For eksempel; på ett punkt stilles kontraktsparten dårligere enn det som han

⁹¹ Knophs oversikt over Norges rett, 12. utgave, 2004, § 46 ved Erlend Selvig, side 259.

⁹² Knophs oversikt over Norges rett, 12. utgave, 2004, § 46 ved Erlend Selvig, side 260.

⁹³ Ot. prp. nr. 5(1982-1983), punkt 5, side 31.

⁹⁴ Ot. prp. nr. 5(1982-1983), punkt 8, side 42.

⁹⁵ Ot. prp. nr. 5(1982-1983), punkt 8, side 41- 42, og Jo Hov, Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett 1, 3. utgave 2002, side 280.

burde, mens han på et annet stilles bedre enn vanlig. Avtalen kan da likevel i sin helhet fremstå som rimelig. Er det, for eksempel, ytet økonomisk kompensasjon for at arbeidstakeren er ilagt en karensklausul, kan dette bidra i positiv retning for at klausulen fremstår som rimelig.

For det andre må man se på de momenter som har betydning for urimeligheten i sammenheng i og med at det skal foretas en helhetsvurdering. Dette innebærer at dersom det reises flere innvendinger mot avtalen uten at noen av disse er urimelige, kan disse kumuleres slik at avtalen samlet sett medfører urimelighet. Eksempler på slike momenter kan være om avtalen er kommet i stand etter press fra arbeidsgiveren, og da kanskje i tillegg er utformet av han. Dersom aksept av avtalen var et vilkår for ansettelse, settes arbeidstakeren i en tvangssituasjon. Dermed kan også subjektive moment få betydning, som om man har følt tidspress, vært utsatt for en psykisk påkjenning, eller lignende ved avtaleslutningen. Dette har også en side til om arbeidstakeren kjente til avtalens innhold, samt forstod konsekvensene av den. Her kan det også trekkes inn momenter som arbeidstakerens alder og erfaring.

I dom avsagt av Borgarting lagmannsrett av 6. juni 1999,⁹⁶ som gjaldt spørsmål om gyldighet av bindingstid, ble det trukket opp flere retningslinjer for å vurdere gyldigheten av dette etter § 36. Retten la vekt på flere momenter, hovedsakelig knyttet til hvorvidt det var rimelighet og balanse mellom partenes ulike behov. Noen av disse generelle momentene vil også få betydning for gyldighetsvurderingen av karensklausuler, og ikke bare klausuler om bindingstid.

Et av disse momentene var blant annet at avtalen var utformet mellom to profesjonelle parter hvor styrkeforholdet syntes å være balansert, og de hadde god innsikt i slike typer avtaler. Noe av forklaringen til dette kan være at den sterke part ofte har bedre forutsetninger for selv å ivareta sine egne interesser, noe som kan gå på bekostning av

⁹⁶ RG- 2000- 262. Saken gjaldt en aksjekjøpsavtale av et meglerfirma hvor de selgende aksjonærer forpliktet seg til å arbeide i kjøpers selskap i 3 år. Firmaets verdi var sterkt knyttet til meglernes kunnskap og kontaktnett. En av dem fratradte før bindingstidens utløp. Dermed ble det også et spørsmål om erstatning for kontraktsbrudd. Retten kom til at den inngåtte avtale var gyldig og at selskapet hadde krav på erstatning da hans fratreden var i strid med avtalen og hadde ført til betydelig økonomisk tap for selskapet.

den svake parts interesser. Dette kan gjelde både for avtalens innhold, og ved avtaleinngåelsen og senere. For karensklausulers vedkommende vil det ofte være slik at arbeidsgiver er den presumptivt sterkeste part. Dermed vil hensynet til arbeidstakeren stå seg enda sterkere fordi de har et klart beskyttelsesverdig behov via arbeidsmiljøloven i tillegg til § 36.

Dernest vurderer retten behovet for en slik klausul, og kommer til at det foreligger et legitimt behov for en slik klausul. I dette tilfellet om bindingstid, var en slik klausul en helt vesentlig forutsetning for kjøpet. *”Etter bevisførselen er det grunnlag for å fastslå at bindingstiden var en helt vesentlig forutsetning for aksjekjøpet. Den prisen kjøper var villig til å betale, reflekterer også dette forholdet direkte. Kjøpet ble ikke minst foretatt for å styrke tankavdelingen som ellers var et svakt ledd i selskapet Z AS. Retten ser det slik at en stor andel av verdiene i selskapet Y AS var knyttet til de menneskelige ressursene i selskapet og deres kompetanse og kontaktnett. Det var denne kompetansen kjøper var interessert i, og det var denne selger fikk betalt for. Om det ikke var slik at kjøpet ikke ville funnet sted om klausulen om tre års bindingstid var med, er det helt på det rene at prisen i så fall ville vært langt lavere.”* Det samme vil gjelde for karensklausuler. Disse må også være opprettet av legitime konkurransehensyn.

Avtaleloven § 36 åpner også for at senere inntrådte forhold kan vektlegges i urimelighetsvurderingen. Avgjørende her blir om det har skjedd en utvikling i tiden fra avtaleinngåelsen til oppfyllelse som har ført til at det vil være urimelig å gjøre avtalen gjeldende. I slike tilfeller skal det imidlertid ganske mye til for at avtalen blir satt til side. Forarbeidene presiserer at det i utgangspunktet vil være avtalepartenes egen risiko at deres forutsetninger og forventinger med hensyn til den fremtidige utvikling holder stikk.⁹⁷ Dette kan i noen tilfeller virke noe vel liberalistisk, og oppfordrer til egoisme blant avtalepartene, noe som igjen strider mot lojalitetsprinsippet i avtaleretten. Derimot virker det preventivt ved at partene på forhånd forsøker å se konsekvensene av et eventuelt avtalebrudd. Dette forutsetter igjen at partene er jevnlike med tanke på

⁹⁷ Ot. prp. nr. 5(1982-1983), punkt 5.5, side 34- 35. *”Bare i mer ekstraordinære tilfelle, hvor det også vil virke urimelig å gjøre avtalen gjeldende på grunn av senere inntrådte omstendigheter, bør det være adgang til å sette avtalen til side helt eller delvis.”*

kunnskap og innsikt for å kunne kalkulere en slik risiko. Jo Hov⁹⁸ hevder at avtalerevisjon på grunnlag av etterfølgende forhold bare bør godtas der de forhold som begrunner revisjonskravet, ikke med rimelighet kunne ha vært forutsett ved avtaleinngåelsen. For karensklausulers vedkommende vil det dermed neppe være aktuelt å påberope seg etterfølgende forhold som moment i helhetsvurderingen ettersom etterfølgende forhold er et så sentralt moment i avtalen allerede ved avtaleinngåelsen, samt at slike klausuler ofte er tidsbegrenset. I det lengste som regel to år.

Etter at man har foretatt en interesseavveining, står man overfor flere valg. Avtalen behøver ikke nødvendigvis settes til side i sin helhet, men kan sensureres dit hen at den blir rimelig ved delvis tilsidesettelse. Dette innebærer også mulighet for et fleksibelt valg av reaksjoner.⁹⁹

3.4 Terskelen for urimelighet

Begrepet ”urimelig” er et vidt og vagt begrep. Dette kan føre til at forutberegneligheten for partene svekkes. Men samtidig vet man at ”urimelig” er et strengt kriterium, og det stilles strenge krav til dette før en avtale eventuelt kan settes til side.¹⁰⁰ Det finnes flere gode grunner til at det må foreligge en klar forskjell mellom virkningene av kontraktsvilkårene og det som anses som en rimelig løsning i rettsforholdet mellom partene. Blant annet vil hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet ha stor betydning. Det er ikke slik at det skal være mulig å anvende § 36 bare fordi avtalen er blitt ufordelaktig for den ene parten.¹⁰¹

Når domstolene skal ta stilling til hva som er å regne for urimelig, vil det avgjørende være om vilkåret i det konkrete tilfellet er så urimelig at dommeren ikke finner å kunne opprettholde det uforandret. Derfor er ikke urimelighetsgraden i lovteksten definert.

⁹⁸ Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, Kontraktsrett 1, 3. utgave 2002, side 296.

⁹⁹ Ot. prp. nr. 5(1982-1983), punkt 8, side 41.

¹⁰⁰ Forarbeidene har uttalt at ”urimelig” må oppfattes som et ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope. Det er derfor ikke tilstrekkelig at det tenkes rimeligere løsninger. Se punkt 2. 2. 3.

¹⁰¹ Geir Woxholth, *Avtalerett*, Gyldendal Norsk Forlag, 6. utgave, 2006, kapittel 5. 75, side 355- 366.

Forarbeidende ønsket imidlertid ikke å benytte ”klart urimelig” fordi dette kunne virke som et ytterligere krav om kvalifisert urimelighet.¹⁰²

Rettspraksis¹⁰³ har benyttet seg av ord som ”drastisk” for å illustrere hva som kreves for at en avtale skal anses som urimelig. Dette illustrerer at det bør foreligge et markert avvik fra rimelighetsstandarden for at en avtale skal kunne settes til side. Generelt virker det som rettspraksis benytter seg av ord som ”urimelig” eller ”klart urimelig” når de avgjør om en avtale er urimelig etter § 36. For karensklausuler vil det som regel være mange momenter som skal veies mot hverandre i helhetsvurderingen for å fastslå hvorvidt klausulen er urimelig eller ikke. Som nevnt tidligere, har det ikke vært ønskelig fra lovgivers side å operere med en uttømmende liste over hvilke momenter som skal være med i vurderingen. Dermed vil det være vanskelig å sette opp en bestemt grense for hva som regnes som urimelig. Det vil alltid være det konkrete tilfellet som må vurderes.

Vurderingen av forbudene etter § 36 og § 38, blir derfor veldig lik. Det er imidlertid vanskeligere å fastslå brudd på en karensklausul etter § 36 kontra § 38. Dersom kunden selv, eller tidligere medarbeidere, ønsker å avslutte sitt forhold til virksomheten, for deretter å bli betjent eller ta ansettelse hos tidligere arbeidstaker, er ikke tidligere arbeidsgivers tap større ved at tidligere arbeidstaker ikke kan betjene eller ansette tidligere kunder eller medarbeidere. Dette vanskeliggjør igjen prosessen med et erstatningskrav fordi tapet kan være vanskelig å konkretisere.¹⁰⁴

4. Karensklausuler og lojalitetsplikt

Siden et forbud mot å overta eller betjene tidligere kunder, jfr. avtaleloven § 36, ikke begrenser arbeidstakers muligheter til å jobbe med hva han ønsker og hvor han ønsker, er det i ytterste konsekvens kun en lojalitetsforpliktelse som oppstilles med et slikt forbud. I arbeidsforhold er lojalitet en viktig grunnpilar for at en skal kunne ha et godt fungerende

¹⁰² Ot. prp. nr. 5(1982-1983), punkt 5.1, side 30.

¹⁰³ Rt. 1988 side 29, side 300- 301.

¹⁰⁴ Kari Bergeuis Andersen, Forbud mot konkurranse når en medarbeider fratrer, Advokatbladet nr. 3 2005, side 42, side 9.

forhold mellom partene. Høyesterett har antatt at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapslikt i ansettelsesforhold.¹⁰⁵ Denne lojalitetsforpliktelsen er et ulovfestet prinsipp innen norsk kontraktsrett, noe som avtaleloven § 36 er tuftet på. Dette har også kommet til uttrykk i rettspraksis.¹⁰⁶

I kontraktsforhold, går lojalitetsplikten ut på at partene skal forholde seg lojalt overfor den andres interesser selv på punkter hvor de etter avtalen ikke har noen uttrykkelige plikter overfor hverandre.¹⁰⁷ I tilfeller hvor kontrakter ikke regulerer de aktuelle forpliktelser, bør derfor lojalitetsplikten kunne tjene som selvstendig grunnlag. Dette kommer også frem av rettspraksis.¹⁰⁸

I oppsigelsestiden vil det følge av den alminnelige lojalitetsplikten at arbeidstakere ikke skal påvirke tidligere kunder eller medarbeidere til å følge med arbeidstakeren når han forlater virksomheten.

Det er imidlertid forskjeller mellom lojalitetsprinsippet og avtaleloven § 36. Noe forenklet forklart, så vil ikke lojalitetsplikten ramme alle tilfeller hvor § 36 er aktuell, og motsatt. En annen måte å forklare dette på, er å hevde at § 36 er resultatorientert og retter seg mot virkningen av partenes adferd, mens lojalitetsplikten retter seg mot adferden i seg selv.¹⁰⁹

Spørsmålet blir da om lojalitetsplikten kan tjene som grunnlag for å opprettholde en karensklause.

¹⁰⁵ Rt. 1990 side 607, side 614. *"Det må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapslikt i ansettelsesforhold."*

¹⁰⁶ Rt. 1994 side 833, side 842. *"Dette lojalitetshensyn vil inngå i den vurdering som skal foretas etter avtaleloven § 36."*

¹⁰⁷ Jan Fougner, Arbeidsavtalen- utvalgte emner, Tano Aschehoug 1999, side 208.

¹⁰⁸ Rt. 2005-1487. Saken gjaldt innløsning av et festet areal som følg av krav fra bortfesteren. Det ble påberopt både avtaleloven § 36 og lojalitetsprinsippet som grunnlag for at de ikke var bundet av et innløsningskrav. Dommeren behandlet først anførselen om lojalitetsplikt, og deretter avtaleloven § 36. I avsnitt 54 uttaler han følgende: *"Det følger av det jeg allerede har sagt at bortfesterne- slik jeg vurderer saken- heller ikke kan si seg ubundet av innløsningskravet med grunnlag i avtaleloven § 36."* Jeg tolker dette dit hen at førstvoterende vurderer dette som to selvstendige grunnlag selv om han ikke direkte vurderer avtaleloven § 36.

¹⁰⁹ Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Henriette Nazarian, 2007, side 72, samt Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, 1997, side 157.

Lojalitetsplikten vil være naturlig begrenset når arbeidsforholdet er avsluttet kontra når arbeidsforholdet enda består. I teorien hevdes det at lojalitetsplikten opphører samtidig som arbeidsforholdet opphører så fremt arbeidstakeren ikke er bundet av en lovbestemt taushetsplikt.¹¹⁰ Dette er også lagt til grunn i rettspraksis.¹¹¹ Samtidig finnes det en oppfatning om at lojalitetsplikten i en viss utstrekning består etter at arbeidsforholdet er avsluttet. Blant annet er straffeloven § 294, nr. 2¹¹² utslag av en slik tankegang.

I og med at klausulen direkte regulerer det aktuelle forbudet, og herunder en lojalitetsforpliktelse etter dette, vil det da ikke være behov for å innfortolke noen forpliktelser som kan finne støtte i lojalitetsplikten. Derfor burde heller ikke lojalitetsplikten tjene som et selvstendig grunnlag etter at arbeidsforholdet er avsluttet.

I tillegg er det vanskeligere å fastslå brudd på lojalitetsplikten fordi den er ulovfestet.

Etter min mening, bør man bruke lojalitetsplikten som et sentralt moment i helhetsvurderingen som skal foretas etter avtaleloven § 36 i forhold til karensklausuler, og ikke som et selvstendig grunnlag.

5. Avslutning

I dagens arbeidsmarked, bytter folk jobb hyppigere enn tidligere. Dette har igjen medført til en stadig økende bruk av karensklausuler, noe som ytterligere medfører at det oppstår flere problemstillinger ved bruken av slike klausuler. Disse problemstillingene må løses gjennom rettspraksis.

¹¹⁰ Knophs oversikt over Norges rett, 12. utgave, 2004, § 88 ved Henning Jakhelln, side 565, og Jan Fougner, Arbeidsavtalen- utvalgte emner, Tano Aschehoug 1999, side 216- 217.

¹¹¹ Rt. 1990 side 607, side 614. "Det må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold." Etter en antitetisk tolkning, vil dette innebære at lojalitetsplikten opphører når arbeidsforholdet opphører.

¹¹² § 294, nr. 2 lyder som følger; "Med Bøder eller Fængsel indtil 6 Maaneder straffes den, som uberettiget enten selv gjør Brug af en Forretnings- eller Driftshemmelighed vedkommende en Bedrift, hvori han er eller i Løbet af de 2 sidste Aar har været ansat, eller hvori han har eller i Løbet af de 2 sidste Aar har havt Del, eller aabenbarer en saadan i Hensigt at sætte en anden i stand til at gjøre Brug af den, eller som ved Forledelse eller Tilskyndelse medvirker hertil..."

Etter en gjennomgang av rettspraksis, virker det som om domstolene ikke har vært kritiske nok til bruken av karensklausuler, og omfanget av dem. Etter min mening, har domstolene lagt for liten vekt på å vurdere samfunnets og arbeidstakers interesser, og for stor vekt på virksomhetenes behov for beskyttelse mot konkurranse. For en arbeidstaker kan en karensklausul få negative konsekvenser. Dette vil gjelde i forhold til både ny jobb, og ikke minst inntekt. Inntekt kan, som nevnt, imidlertid kompenseres ved at det ytes en økonomisk godtgjørelse. For samfunnets interesser, kan det oppleves som arbeidskraft legges øde.

Som nevnt tidligere i avhandlingen, har forarbeidene en treffende beskrivelse som oppsummerer dette: *”Det strider selvfølgelig mot samfundets tarv, at en person fraskriver sig adgangen til erhverv, saa at han maa forsørges paa samfundets bekostning. Men ikke det alene. Det strider ogsaa mot samfundsmæssige interesser at arbejdskraft lægges øde. Selv om vedkommende person er formuende eller faar saa god betaling for konkurranseforbudet, at enhver frygt for næringsssorger er utelukket, kan forbudet av hensyn til samfundet være utilbørlig og bør da være uforbindende.”*¹¹³ Selv om dette ble fremhevet for snart 100 år siden, har det, etter min mening, like mye vekt i dag som den gang.

Kombinasjonsklausul

Forbudet mot å starte eller ta ansettelse i konkurrerende virksomhet, jfr. avtaleloven § 38, er enklere å få fastlått brudd på sammenlignet med forbudet som forbyr relasjoner til kunder eller medarbeidere, jfr. avtaleloven § 36. På den andre side medfører forbudet mot å starte eller ta ansettelse i konkurrerende virksomhet den største inngripen i arbeidstakerens frihet.

¹¹³ Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade . Avgitt av de norske delegerte ved det Skandinaviske obligationsretsarbeide, 1913, i Motiver side 91.

Er klausulen balansert, og tar hensyn til partenes behov, vil normalt ikke karensklausulen bli satt til side. En mulig løsning på dette, kan være å oppstille en kombinasjonsklausul¹¹⁴ hvor man har et forbud etter § 38 mot å starte konkurrerende virksomhet for en viss tid, for eksempel seks måneder, og et forbud etter § 36 mot å ta med seg tidligere kunder eller medarbeidere for en lengre periode. På denne måten får virksomheten dekket sitt behov mot konkurranse samtidig som det begrenser arbeidstakerens frihet i liten grad.

Avtale om at det skal betales et bestemt beløp ved overtredelse av en karensklausul

Arbeidsgiver kan ved overtredelse av en karensklausul blant annet begjære midlertidig forføyning, eventuelt gå til ordinært erstatningssøksmål. Problemet er imidlertid å bevise årsakssammenheng mellom tapet og den konkurrerende virksomheten. Og desto verre er det å konkretisere hvor stort tap som egentlig er lidt. I tillegg skal det gjøres fradrag for det tap som følger av at arbeidstakeren slutter. Et slikt tap kan oppstå uavhengig av om arbeidstaker har brutt en karensklausul eller ikke. Det er kun tapet arbeidsgiver har som følge av at arbeidstaker bryter karensklausulen som skal erstattes. Derfor vil erstatningens størrelse ofte bli fastsatt skjønnsmessig.¹¹⁵

En mulig løsning før å bøte på dette, er å ta med en avtale om at det skal betales et bestemt beløp ved overtredelse av en karensklausul. En slik avtale kan imidlertid settes til side etter avtaleloven § 36 dersom beløpet settes urimelig høyt.¹¹⁶ Søksmål kan være en tidkrevende prosess, og det faktum at det kan være vanskelig å dokumentere det økonomiske tap, gjør at en slik avtale kan være vel så effektivt for arbeidsgiver som et ordinært søksmål. Kanskje til og med en bedre løsning dersom dette kan løses uten hjelp av domstolene når partene på forhånd har bestemt hva konsekvensene blir ved brudd på en karensklausul. Men samtidig bør ikke en slik avtale avskjære muligheten for å gå til ordinært erstatningssøksmål dersom tapet viser seg å være større enn antatt, eventuelt at beløpet er satt urimelig høyt.

¹¹⁴ Forslaget om kombinasjonsklausuler er lånt fra Kari Bergeius Andersen, Forbud mot konkurranse når en medarbeider fratrer, Advokatbladet nr. 3, 2005, side 42, punkt 5, side 49.

¹¹⁵ Jan Fougner, Arbeidsavtalen- utvalgte emner, Tano Aschehoug 1999, side 238.

¹¹⁶ Jan Fougner, Arbeidsavtalen- utvalgte emner, Tano Aschehoug 1999, side 239.

Antall ord på oppgaven: 16831

Registre

Lover

Norsk:

- Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai, nr. 4, 1918(avtaleloven)
- Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967(forvaltningsloven)
- Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16. juni, nr. 47, 1972(markedsføringsloven)
- Sjømannslov av 30. mai, nr. 18, 1975(sjømannsloven)
- Lov om gjennomføring i norsk rett av EØS- avtalens vedlegg V punkt 2(rådsforordning (EØF) nr. 1612/68) om fri bevegelighet for arbeidstakere mv innenfor EØS, av 27. november , nr. 112, 1992
- Lov om gjennomføring og kontroll av EØS- avtalens konkurranseregler mv. av 5. mars, nr. 11, 2004(EØS- konkurranseloven)
- Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni, nr. 62, 2005(arbeidsmiljøloven)

Dansk:

- Lov nr. 242 af 08.05.1917 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område.

Svensk:

- Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

Forarbeider og andre offentlige utredninger

- Utkast til lov om avtaler og andre retshandler paa formuerettens omraade . Avgitt av de norske delegerte ved det Skandinaviske obligationsretsarbeide, 1913, i Motiver

- Ot. prp. nr. 63(1917) Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer
- Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
- NOU-1979-32 Formuerettslig lempningsregel
- Ot. prp. nr. 5(1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)
- NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
- Ot. prp. nr. 49(2004- 2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Rettsavgjørelser

Norsk:

- Rt. 1929 s. 433
- Rt. 1964 s. 238
- RG- 1980- 84
- RG- 1980- 1070
- Rt. 1982 s. 1721
- RG- 1983- 432
- Rt. 1988 s. 295
- NAD- 1988- 1156
- Rt. 1989 s. 508
- RG- 1989- 548
- Rt. 1990 s. 607
- RG- 1991- 1186
- LE- 1992- 318
- LG- 1992- 950
- Rt. 1992 s. 1023
- Rt. 1994 s. 833
- LB- 1995- 2739

-RG- 1996- 383
-RG- 1996- 1241
-RG- 1996- 1566
-RG- 2000- 262
-RG- 2000- 1092
-LB- 2000- 3622
-RG- 2001- 253
-Rt. 2001 s. 301
-LH- 2002- 1071
-Rt. 2005 s. 1487
-Rt. 2006 s. 1025

Fra EF- domstolen:
Sak C- 415/93

Litteratur

Norsk:

-Nicolay L. Bugge, Avtaleloven(Lov om avslutning av avtaler om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918), Aschehoug, 2.utgave, 1930
-Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, Universitetsforlaget, 1997
-Jan Fougner, Arbeidsavtalen- utvalgte emner, Tano Aschehoug, 1999
-Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Universitetsforlaget, 2000
-Jusleksikon, Jon Gisle m. fl., Kunnskapsforlaget 2. utgave, 2002
-Jo Hov, Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett 1, Papinian, 3. utgave, 2002
-Knophs oversikt over Norges rett, Universitetsforlaget, 12. utgave, 2004.
-Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, Damm & Søn, 4. utgave, 2006
- Geir Woxholth, Avtalerett, Gyldendal Norsk Forlag, 6. utgave, 2006
-Henriette Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Cappelen, 2007

Svensk:

-Jan Ramberg og Christina Ramberg, Allmän avtalsrätt, Norstedst Juridik AB, 7. upplag, 2007

Dansk:

-Mads Bryne Andersen, Grunnleggende aftaleret, Gads forlag, 2. utgave, 2002

Artikler:

- Henning Jakhelln, Fjernarbeid, Complex 5/96, Institutt for rettsinformatikk. (Også publisert i Arbeidsrettslige studier bind II s. 1061 - (ARS-2000-1061))

- Kari Bergeius Andersen, Forbud mot konkurranse når en medarbeider fratrer, Advokatbladet nr. 3 2005, side 42.

- Robert Kjosnes, Konkurransesklausuler(karensklausuler)i arbeidsforhold. Publisert 01. 09. 2005. Artikkelen ligger på www.arkitektnytt.no (sist lest 27.01.2009).