



UiT

NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

## Arbeidstakers lojalitetsplikt

*Som skranke for konkurrerende virksomhet*

—

**Tor-Børge Bendiksen**

*Stor masteroppgave i rettsvitenskap våren 2015*



# Innholdsfortegnelse

<b>1. INNLEDNING</b> .....	<b>5</b>
1.1 AVHANDLINGENS TEMA OG AKTUALITET .....	5
1.2 DET RETTSLIGE GRUNNLAGET FOR ARBEIDSTAKERS LOJALITETSPLIKT .....	6
1.3 DEN RETTSLIGE Plasseringen av temaet .....	7
1.4 SENTRALE BEGREPSAVKLARINGER.....	8
1.4.1 Innledning .....	8
1.4.2 Er det en forskjell på begrepene lojalitetsplikt og troskapsplikt?.....	8
1.4.3 Hvem er arbeidstaker? .....	8
1.4.4 Hvem er arbeidsgiver?.....	12
1.4.5 Hva menes med begrepet arbeidsforhold?.....	14
1.4.6 Hva ligger i begrepet virksomhet?.....	15
1.4.7 Hva menes med bierverv? .....	17
1.5 AVGRENSNING AV OPPGAVEN.....	17
1.6 RETTSKILDER OG METODE.....	18
1.7 DEN VIDERE FREMSTILLINGEN.....	19
<b>2. LOJALITETSPLIKT I KONTRAKTSFORHOLD</b> .....	<b>21</b>
2.1 INNLEDNING.....	21
2.2 KORT OM DET RETTSLIGE GRUNNLAGET FOR LOJALITETSPLIKTEN .....	24
2.3 KORT OM LOJALITETSVURDERINGEN .....	26
<b>3. ARBEIDSTAKERS LOJALITETSPLIKT SOM SKRANKE FOR KONKURRERENDE</b>	
<b>VIRKSOMHET</b> .....	<b>28</b>
3.1 INNLEDNING.....	28
3.2 NÆRMERE OM HENSYNENE BAK VURDERINGEN OM EN KONKURRERENDE VIRKSOMHET MEDFØRER ILLOJALITET .....	30
3.3 STILLES DET KRAV TIL KONKURRANSESITUASJONEN? .....	32
3.4 STILLES DET KRAV TIL VIRKSOMHETEN?.....	35
3.5 HVEM ER PLIKTSUBJEKTET, OG KAN DET FORETAS IDENTIFIKASJON MED DENNES NÆRSTÅENDE? .....	37
3.6 LOJALITETSPLIKTENS TIDSMESSIGE GRENSE .....	42
3.6.1 Stilles det krav til arbeidstakers lojalitet utenfor arbeidstiden?.....	42
3.6.2 I hvilke faser av arbeidsforholdet gjelder arbeidstakers lojalitetsplikt? .....	43
3.7 HVILKE MINSTEKRAV STILLES TIL ARBEIDSTAKERS ADFERD? .....	47
3.7.1 Innledning .....	47
3.7.2 Er det et minstekrav at handlingen har forårsaket en negativ effekt?.....	48
3.7.3 Er det et minstekrav om klanderverdighet for at adferden skal være illojal?.....	52

3.7.4	<i>Hva skal til for at adferden skal være klanderverdig?</i> .....	56
3.8	HVILKE FORHOLD KAN MEDFØRE AT EN ELLERS ILLOJAL KONKURRANSE BLIR ANSETT SOM LOJAL?.....	77
3.8.1	<i>Hvilke betydning har samtykke fra arbeidsgiveren?</i> .....	77
3.8.2	<i>Hvilken betydningen har passivitet fra arbeidsgivers side?</i> .....	78
3.8.3	<i>Hvilken betydning har det at arbeidsgiver har protestert på virksomheten?</i> .....	80
3.8.4	<i>Hvilken betydningen har arbeidstakerens manglende eller feilaktige kunnskap?</i> .....	82
<b>4.</b>	<b>LOJALITETSVURDERINGEN I DE ULIKE STADIENE AV ARBEIDSFORHOLDET</b> .....	<b>85</b>
4.1	INNLEDNING .....	85
4.2	ADGANGEN TIL Å DRIVE KONKURRERENDE VIRKSOMHET MENS ARBEIDSFORHOLDET BESTÅR .....	85
4.3	ARBEIDSTAKERS PLANLEGGING OG OPPSTART AV KONKURRERENDE VIRKSOMHET .....	88
4.3.1	<i>Plikter arbeidstakeren å opplyse om at han planlegger å starte i konkurrerende virksomhet?</i> .....	91
4.3.2	<i>Har arbeidstakeren adgang til å rekruttere kunder eller forretningsforbindelser?</i> .....	95
4.3.3	<i>Har arbeidstakeren adgang til å rekruttere arbeidsgivers medarbeidere?</i> .....	97
4.3.4	<i>Kan arbeidstakers kopiering av dokumenter og lignende medføre brudd på lojalitetsplikten?</i> .....	100
4.4	KONKURRERENDE VIRKSOMHET ETTER AT ARBEIDSFORHOLDET ER AVVIKLET .....	101
<b>5.</b>	<b>KONSEKVENSER AV ARBEIDSTAKERS ILLOJALE KONKURRANSE</b> .....	<b>106</b>
5.1	INNLEDNING .....	106
5.2	OPPSIGELSE .....	106
5.3	AVSKJED .....	109
5.4	SUSPENSJON .....	111
5.5	ERSTATNING.....	113
5.6	KRAV OM AT DEN ILLOJALE KONKURRANSEN MÅ OPPHØRE.....	114
5.7	STRAFF .....	115
<b>6.</b>	<b>KILDEHENVISNINGER</b> .....	<b>119</b>
6.1	LOVREGISTER.....	119
6.2	LOVFORARBEIDER .....	120
6.3	RETTSPRAKSIS .....	120
6.3.1	<i>Høyesterettspraksis</i> .....	120
6.3.2	<i>Underrettspraksis</i> .....	122
6.4	LITTERATUR.....	123
6.5	ANDRE KILDER.....	124

*«Retten – i hvert fall privatretten – er en dimensjon i enhver kultur. Den er en del av individets selvforståelse og livsanskuelse. Ikke retten som abstrakte eller hypotetiske regler, men retten slik den inngår i den enkeltes eksistensielle situasjon. Stående i situasjonen vil den enkelte ha sin rettsforestilling som en del av grunnlaget for sine valg, og dermed sine forventninger. Og, det er ved å ta hensyn til forventninger, og altså herunder rettsforestillingene, at en yter rettferdighet.»*

*Helge Thue, Internasjonal privatrett, 2002 s. 44.*

# 1. Innledning

## 1.1 Avhandlingens tema og aktualitet

Temaet for avhandlingen er hvordan arbeidstakers alminnelige lojalitetsplikt setter skranker for arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet med sin arbeidsgiver. I avhandlingen tas det utgangspunkt i konkurrerende virksomhet under arbeidsforholdet, hvilken adgang arbeidstaker har til å foreta forberedelseshandlinger før overgangen til konkurrerende virksomhet, og om arbeidstakers lojalitetsplikt setter skranker for adgangen til å konkurrere med arbeidsgiver også etter at arbeidsforholdet er avviklet. Det skal vurderes når en konkurrerende virksomhet er illojal, og hvilke følger slik virksomhet kan få for arbeidstakeren.

Det vil underveis i avhandlingen bli vist til at også avtalefestede klausuler om konkurranseforbud og markedsføringslovens<sup>1</sup> krav om god forretningsskikk kan utgjøre begrensninger i arbeidstakers adgang til å involvere seg i konkurrerende virksomhet. Men da det er arbeidstakers lojalitetsplikt som er temaet for avhandlingen vil det ikke bli foretatt en redegjørelse for disse alternative skrankene.

Den rettspraksisen som gjennomgås i avhandlingen viser at illojal konkurranse er et vanlig brudd på arbeidstakers lojalitetsplikt. Det er rikelig med praksis, både fra Høyesterett og lavere instanser, hvor arbeidsgiver har påberopt illojal konkurranse som grunnlag for oppsigelse, avskjed eller for krav om erstatning. En studie av arbeidstakers lojalitetsplikt som skranke for konkurrerende virksomhet er interessant da det er en aktuell problemstilling hvor Høyesterett ikke har formulert konkrete vilkår eller minstekrav for arbeidstakers adferd. Dette vil bli nærmere behandlet nedenfor.

Temaet berører en aktuell problemstilling og har vært gjenstand for domstolsprøving en rekke ganger. Dagens arbeidsliv kan beskrives som mobilt da det er vanligere for arbeidstaker å bytte arbeidsgiver oftere nå enn det har vært før. Noe som har blitt

---

<sup>1</sup> Lov 9 jan 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) § 25

dokumentert i en studie fra 1986 til 2002 som viser nedgang i arbeidstakeres gjennomsnittlige ansiennitet i disse årene.<sup>2</sup> For næringer hvor arbeidstakerne innehar sensitiv informasjon med stor betydning for arbeidsgivers konkurranseevne, vil det være særlig viktig at det foreligger et sikkerhetsnett som beskytter arbeidsgiver mot illojal konkurranse fra nåværende eller tidligere arbeidstakere.

En artikkel i Dagens Næringsliv fra mars 2015 viser en aktuell problemstilling knyttet til tidligere arbeidstakers adgang til å starte konkurrerende virksomhet.<sup>3</sup> Artikkelen viser til at Lindorff har gått til søksmål mot en tidligere toppsjef og to tidligere ansatte for brudd på lojalitetsplikten, ved at de har planlagt å starte konkurrerende virksomhet. I artikkelen var kun den tidligere toppsjefen intervjuet. Han mente at det ikke forelå brudd på lojalitetsplikten da den nye virksomhet kun var på skissestadiet. Det var verken rekruttert ansatte, innhentet kapital eller snakket med arbeidsgivers kunder. Saken vil bli behandlet av Oslo tingrett etter levering av avhandlingen.<sup>4</sup>

## **1.2 Det rettslige grunnlaget for arbeidstakers lojalitetsplikt**

Arbeidstakers alminnelige lojalitetsplikt er ulovfestet og har sin forankring i rettspraksis. Vurderingen av om det foreligger et arbeidsforhold gjøres etter arbeidsmiljølovens<sup>5</sup> regler, og er en grunnleggende forutsetning for å kunne behandle lojalitetsplikten slik den utledes av arbeidsavtalen. Også i andre kontraktsforhold foreligger det lojalitetsplikter, men disse faller utenfor temaet for avhandlingen.

At det foreligger en alminnelige ulovfestet lojalitetsplikt for arbeidstaker er utvilsomt, og er lagt til grunn av Høyesterett i blant annet Rt.1990 s. 607.<sup>6</sup> Her ble en arbeidsgiver tilkjent erstatning for tap som følge av illojal opptreden i forbindelse med at en administrerende direktør og en systemsjef sa opp sine stillinger i bedriften og deltok i stiftelsen av et konkurrerende selskap. Høyesterett viser således til at det foreligger en

---

<sup>2</sup> Per Heum, mfl., *Arbeidsliv i omstilling*, Bergen 2006

<sup>3</sup> <http://www.dn.no/nyheter/finans/2015/03/24/2153/Arbeidsliv/-en-helt-absurd-sak> (April 2015)

<sup>4</sup> Saksnr. 15-038412TVI-OTIR/02

<sup>5</sup> Lov 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

<sup>6</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 614

almennelig lojalitetsplikt for arbeidstakere, og at denne verner arbeidsgiver mot illojal konkurranse.

I den juridiske teorien har arbeidstakers lojalitetsplikt blitt beskrevet på ulike måter. Kristen Andersen beskriver arbeidstakers lojalitetsplikt som:

«Hva den tar sikte på, er intet mindre enn arbeidstakerens faglige holdning på det etiske plan, hans lojale oppslutning om arbeidsgiverens interesser og hans avståen fra enhver utilbørlig tilsidesettelse eller undergraving av disse interesser til fordel for egne eller andres. I og med dette sier det seg selv at troskapsplikten er mangfoldig i sitt fremtoningspreg, og at den innsats den forutsetter fra arbeidstakerens side varierer med karakteren av den stilling han gjennom arbeidsavtalen er plassert i.»<sup>7</sup>

Eksistensen av arbeidstakers lojalitetsplikt er således også forankret i den juridiske teorien. Hennes beskrivelse av lojalitetsplikten viser at den kan få betydning for en rekke handlinger eller unnlater og vil således kunne få betydning for en rekke spørsmål også utenfor det som skal behandles i denne avhandlingen.

### **1.3 Den rettslige plasseringen av temaet**

Temaet for avhandlingen befinner seg på arbeidsrettens område. Nærmere bestemt den individuelle arbeidsretten som omhandler forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Det er arbeidskontrakten som danner grunnlaget for arbeidstakers forpliktelse om å unnlate å drive konkurrerende virksomhet med sin arbeidsgiver. Hensynene bak forbudet vil bli behandlet i punkt 3.2.

Det vil i avhandlingen bli gitt henvisninger til regelsett som befinner seg utenfor arbeidsretten. Disse regelsettene vil fungere som alternative grunnlag for å begrense en nåværende eller tidligere arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet.

---

<sup>7</sup> Kristen Andersen, *Fra arbeidslivets rett*, Oslo 1967 på side 136

Men verken konkurranseklausuler eller markedsføringslovens krav om god forretningsskikk vil bli nærmere behandlet.

## **1.4 Sentrale begrepsavklaringer**

### **1.4.1 Innledning**

Det er enkelte sentrale begreper som vil gå igjen i avhandlingen, og det er nødvendig å foreta en begrepsavklaring slik at det på forhånd er klart hva som menes med disse begrepene.

### **1.4.2 Er det en forskjell på begrepene lojalitetsplikt og troskapsplikt?**

Lojalitetsplikten blir i rettspraksis og i juridisk teori til tider også omtalt som en troskapsplikt. Noe som Kristen Andersen sin beskrivelse av arbeidstakers lojalitetsplikt ovenfor er et eksempel på. Arbeidsmiljøloven har ingen legaldefinisjon av begrepene, men det er klart at begge uttrykkene sikter på det samme meningsinnholdet.

Når begrepet arbeidstakers lojalitetsplikt eller troskapsplikt blir benyttet siktes det altså til arbeidstakers plikt til å fremme arbeidsgivers interesser på en lojal måte. Det er klart at lojalitetsplikten i arbeidsforhold er gjensidig, som ellers i kontraktsretten, og at også arbeidsgiver derfor har en lojalitetsforplikt overfor arbeidstakeren. Men denne siden av lojalitetsplikten faller utenfor det som er naturlig å behandle i denne avhandlingen.

Begrepet lojalitetsplikt vil konsekvent bli benyttet i avhandlingen, uten at det er tiltenkt noe meningsforskjell fra begrepet troskapsplikt.

### **1.4.3 Hvem er arbeidstaker?**

For å kunne behandle og drøfte arbeidstakers lojalitetsplikt som skranke for konkurrerende virksomheter det viktig å få avklart hva som menes med begrepet



arbeidstaker. Etter arbeidsmiljøloven § 1-2 første ledd gjelder arbeidsmiljøloven kun for virksomheter som sysselsetter arbeidstakere. Det er dermed av stor betydning om en part anses som arbeidstaker, eller om han eller hun er å regne som en oppdragstaker, for om det foreligger en arbeidsrettslig lojalitetsplikt.

For avhandlingen er det viktig å sette begrepet arbeidstaker inn i en ramme da det er arbeidstakeren som er pliktsubjektet for arbeidstakers lojalitetsplikt. I punkt 3.5 vil det bli drøftet om arbeidstakeren kan identifiseres med sine nærstående. Om også tidligere arbeidstakere innenfor en viss periode etter avviklingen av arbeidsforholdet kan være forpliktet til å avstå fra konkurrerende virksomhet vil bli behandlet i punkt 4.4.

Etter arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd er arbeidstaker definert som «enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste.» Ordlyden forutsetter dermed for det første at det foreligger en motpart – en arbeidsgiver, og at personen står i et arbeidsforhold.

I forarbeidene gis det anvisning på at det vil måtte bero på en «skjønnsmessig helhetsvurdering» om en skal anses som arbeidstaker i lovens forstand, og at det i denne vurderingen er «de reelle underliggende forhold som er avgjørende».<sup>8</sup> Forarbeidene viser til at selv om en person utfører arbeid som en selvstendig oppdragstaker så skal domstolene skjære igjennom dersom forholdet i realiteten har karakter av et arbeidsforhold.

Begrepet arbeidstaker er således et fleksibelt begrep som beror på de konkrete underliggende forhold, og ikke på hva partene selv har valgt å bruke som betegnelse på deres tilknytning. Arbeidstakers alminnelige lojalitetsplikt kan dermed komme til anvendelse på tilknytningsforhold som partene selv har betegnet som en selvstendig oppdragsavtale dersom det i realiteten foreligger et ansettelsesforhold.

Til støtte for gjennomføringen av den skjønnsmessige helhetsvurderingen stiller forarbeidene opp en ikke uttømmende liste med syv momenter for vurderingen av om det foreligger et arbeidsforhold.<sup>9</sup> Momentene er hentet fra tidligere rettspraksis og

---

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 74.

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 73

gjenspeiler ønsket om å videreføre det arbeidstakerbegrepet som lå til grunn før arbeidsmiljøloven av 2005. Det er viktig å påpeke at disse momentene ikke representerer kumulative krav, men er ment som en rettesnor for vurderingen av om det foreligger et arbeidsforhold.

Dersom arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet, og dermed ikke kan bruke medhjelper for egen regning vil dette tale for at det foreligger et arbeidsforhold. Dersom avtalen derimot ikke er av personlig karakter, og parten av egen regning kan leie inn andre til å utføre arbeidet, vil avtaleforholdet ha karakter av å være et oppdragsforhold.

Dersom arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet, så vil dette tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold. Det samme gjelder der arbeidsgiveren stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendig for å utføre arbeidet.

At arbeidsgiver selv bærer risikoen for arbeidsresultatet vil tale for at det foreligger et arbeidstakerforhold. Motsatt dersom risikoen for resultatet ligger på den som utfører arbeidet. Her vil avtaleforholdet ligne mer på kjøp av tjenester fra en selvstendig leverandør enn et arbeidsforhold.

At arbeidstaker mottar vederlag, i en eller annen form, som tilsvarer betaling av lønn taler for at det foreligger et arbeidsforhold. Her er det særlig viktig å se på helheten da løpende oppgjør underveis i enkelte kontraktsforhold kan være vanlig. Som for eksempel ved entrepriseavtaler.

Tilknytningsforholdet mellom partene er også et sentralt moment ved vurderingen av om det foreligger et arbeidsforhold. Dersom det foreligger avtale om utførelse av arbeid over tid, og uten tidsbegrensning, så vil dette tale for at det foreligger et arbeidsforhold. Ved avtaler som ikke er avgrenset i tid, men til utføringen av et konkret og avgrenset arbeid, som for eksempel oppføringen av et bygg, så vil dette som regel tale mot at det foreligger et arbeidsforhold mellom partene.

Dersom avtalen derimot ikke er avgrenset til et bestemt bygg eller prosjekt, men til at personen skal arbeide med oppføring av uspesifiserte bygg, vil det kunne tale for at det foreligger en arbeidsavtale. Det at arbeidet hovedsakelig utøves for én oppdragsgiver vil være et moment som taler i retning av at det foreligger et arbeidsforhold mellom partene.

Videre avgrenses arbeidstakerbegrepet mot «selvstendig næringsdrivende, konsulenter [og] oppdragstakere».<sup>10</sup> Heller ikke tillitsverv eller personer som er utnevnt, eller valgt regnes for å være arbeidstakere. Også personer som utfører en offentligrettslig plikt som ombud, formenn og medlemmer som er valgt eller oppnevnt til råd, styrer og lignende og som ved lov har plikt til å motta vervene. Det samme vil gjelde offentlige tjenestemenn eller embetsmenn som ved lov er pålagt å delta i offentlige nemnder. Til slutt følger det at begrepet må avgrenses mot blant annet arbeid som blir utført på grunn av idømt samfunnstjeneste, lovgivningen om verneplikt og arbeid som utføres med hjemmel i lov om sosiale tjenester. Disse vil dermed ikke være rettighets- eller pliktsubjekter etter arbeidsmiljøloven.

Gjennomgangen viser at det ikke nødvendigvis er avgjørende hva partene har valgt å betegne avtaleforholdet mellom seg, men hva det i realiteten er som foreligger. Således kan også en som har fått benevnelsen oppdragstaker i en avtale måtte forholde seg til at det stilles krav til hans lojalitet etter arbeidstakers alminnelige lojalitetsplikt, dersom han i realiteten er en arbeidstaker. At partene har valgt å betegne deres kontraktsforhold for noe annet enn et arbeidsforhold, vil likevel måtte få betydning for hvilke beskyttelsesverdige forventninger arbeidsgiveren kan sies å ha hatt til arbeidstakerens unnlattelse av å starte konkurrerende virksomhet. Dette vil bli nærmere behandlet i avhandlingens punkt 3.

Det er også verdt å bemerke at en oppdragstaker også vil være bundet av regler om lojalitet gjennom den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Det vil likevel kunne stilles andre krav til en arbeidstakers lojalitet og åpenhet ovenfor sin arbeidsgiver enn det som kan stilles for en oppdragstaker ovenfor sin oppdragsgiver. En

---

<sup>10</sup> Ot. prp. Nr. 49 (2004-2005) på side 73

oppdragstaker vil som utgangspunkt kunne ta flere oppdrag samtidig, og for ulike oppdragsgivere så lenge det ikke medfører mislighold av avtalen han har med oppdragsgiveren. Det er således avgjørende å få klarlagt om det foreligger en arbeidsavtale eller en oppdragsavtale for spørsmålet om den konkurrerende virksomheten er illojal.

#### **1.4.4 Hvem er arbeidsgiver?**

I likhet med begrepet arbeidstaker står begrepet arbeidsgiver sentralt i avhandlingen. At det foreligger en arbeidsgiver vil være en forutsetning for at det foreligger et arbeidsforhold som reguleres av arbeidsmiljøloven. En gjennomgang av begrepet arbeidsgiver vil også være interessant da det er dette subjektet som arbeidstakeren som utgangspunkt er forpliktet til å ivareta interessene til gjennom arbeidstakers lojalitetsplikt.

Hvem arbeidstaker plikter å opptre lojalt overfor kan for spørsmålet om illojal konkurranse problematiseres der det foreligger et konsernforhold hvor mor- og datterselskapenes virksomheter ikke er helt sammenfallende. Der arbeidstaker er ansatt i et datterselskapet som har en noe snevrere virksomhet enn morselskapet, vil det kunne problematiseres om arbeidstakeren har adgang til å drive virksomhet i konkurranse med den del av virksomhet som befinner seg utenfor datterselskapet, men innenfor morselskapets virksomhetsfære. For å besvare dette spørsmålet må det avgjøres hvem arbeidstakeren plikter å opptre lojalt ovenfor. Dette spørsmålet må også sees i lys av bedømmelsen av hva som medfører illojal konkurranse. Noe som skal behandles i avhandlingens punkt 3.

Arbeidsgiverbegrepet er definert i arbeidsmiljøloven § 1-8 annet ledd som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». Arbeidsgiver er dermed som utgangspunkt den andre parten i ansettelsesforholdet og kan enten være en fysisk eller en juridisk person.

Innholdet i begrepet arbeidsgiver kan variere avhengig av i hvilken kontekst det blir benyttet. I de fleste tilfeller er det ikke vanskelig å avgjøre hvem som er arbeidsgiver. Dette gjelder særlig der hvor en bedrift eies og drives av en innehaver med personlig ansvar, såkalte enkeltpersonforetak. Her vil arbeidsgiverfunksjonene som ledelse, kontroll, retten til å foreta ansettelser og oppsigelser, oppfølging av arbeidstid og arbeidsmiljø og lignende, ligge hos en eller et fåtalls personer. Her vil det være enkelt å fastslå hvem som er arbeidsgiver. Etter forarbeidene til arbeidsmiljøloven<sup>11</sup> kan også en juridisk person være arbeidsgiver selv om arbeidsgiverfunksjonene utøves av den juridiske personens organer eller andre som kan opptre på dennes vegne.

I den juridiske litteraturen beskrives arbeidsmiljøloven for å «bygge på et funksjonelt arbeidsgiverbegrep».<sup>12</sup> Dette gjøres under henvisning til forarbeidenes redegjørelse for at det skal legges vekt på «hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner» ved vurderingen av hvem som er arbeidsgiver.<sup>13</sup>

For å konstatere hvem arbeidstaker plikter å opptre lojalt overfor vil det være tilstrekkelig å se på hvem som er arbeidsgiver. De særlige spørsmålene knyttet til hvem som har rett eller plikt til å utøve arbeidsgiverfunksjoner vil det ikke være nødvendig å ta stilling til.

Jeg kjenner ikke til at det foreligger rettspraksis eller juridisk litteratur hvor spørsmålet om konkurrerende virksomhet overfor et annet selskap i et konsernforhold kan medføre illojalitet. På bakgrunn av vurderingen av hvem som er arbeidsgiver må utgangspunktet likevel være at arbeidstakeren er forpliktet til å frastå fra illojal konkurranse med det selskapet hvor arbeidstakeren er ansatt. Det kan likevel tenkes å være unntak fra dette utgangspunktet.

I vurderingen av om arbeidstakeren må frastå fra å konkurrere med en annen del av arbeidsgivers virksomhet må det legges vekt på hvor nære de ulike selskapene befinner seg i konsernet og hvordan konsernet er organisert, hvilke beskyttelsesverdige

---

<sup>11</sup> NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst side 150

<sup>12</sup> Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. Utgave, Oslo 2006 s. 36

<sup>13</sup> Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 76

forventninger arbeidsgiveren har til arbeidstakerens adferd, arbeidsgivers behov for beskyttelse og arbeidstakers behov for handlefrihet. I denne vurderingen må det ha betydning om arbeidstakeren har tilgang på intern informasjon om denne delen av virksomheten. Der arbeidstakeren verken har kjennskap, eller mulighet for kjennskap, til den del av virksomheten som det andre selskapet driver, vil det vanskelig kunne konstateres et beskyttelsesbehov hos arbeidsgiveren, som overstiger arbeidstakers behov for handlefrihet. Hva som ligger i denne helhetsvurderingen, og nærmere om de relevante momentene i avhandlingens punkt 3.

#### **1.4.5 Hva menes med begrepet arbeidsforhold?**

Et arbeidsforhold er et avtaleforhold mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker. Dette avtaleforholdet er basert på prinsippet om ytelse mot ytelse – altså en arbeidstakers arbeidsinnsats mot arbeidsgivers betaling av lønn. Arbeidstakeren forplikter seg til å utøve en arbeidsinnsats i henhold til sin stillingsbeskrivelse og innenfor rammen av arbeidsgivers styringsrett.

Dersom det ikke foreligger et arbeidsforhold, for eksempel ved at partene ikke kan karakteriseres som arbeidstaker og arbeidsgiver, så vil avtaleforholdet kunne bli karakterisert som et oppdragsforhold. Et slikt kontraktsforhold foreligger mellom en oppdragstaker og en oppdragsgiver. Lojalitetsforpliktelser mellom slike parter er utenfor det som skal behandles i denne avhandlingen.

Det er arbeidsmiljøloven som danner bakgrunnsretten for det arbeidsrettslige rettsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Det tradisjonelle utgangspunktet er at arbeidsgiver anses for å være i en «maktposisjon» ovenfor arbeidstaker, og at den rettslige reguleringen er til for å verne arbeidstaker. Maktposisjonen er basert på at arbeidstakeren har et økonomisk og organisatorisk avhengighetsforhold som innebærer en underordning i forhold til arbeidsgiver.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

I arbeidsforhold har arbeidsgiver tradisjonelt sett hatt betydelig makt overfor arbeidstaker. Den rettslige reguleringen gjennom arbeidsmiljøloven har søkt å beskytte arbeidstakere, men det er ikke kun arbeidstaker som har behov for beskyttelse. Det kan oppstå situasjoner i et arbeidsforhold hvor arbeidsgivers interesser blir truet av handlinger fra en arbeidstaker. Slike handlinger kan være at arbeidstakeren starter konkurrerende virksomhet som på en illojal måte krenker arbeidsgivers interesser. Her vil lojalitetsplikten fungere som en skranke for å ivaretar arbeidsgivers interesser.

#### **1.4.6 Hva ligger i begrepet virksomhet?**

Begrepet virksomhet benyttes i flere bestemmelser i arbeidsmiljøloven. I avhandlingen vil begrepet hovedsakelig være relevant for to vurderinger. For det første for å vurdere om det foreligger et arbeidsforhold, og for det andre for å vurdere om det stilles krav til den konkurrerende virksomheten som arbeidstakeren involverer seg i på siden av arbeidsforholdet. Enten dette er i form av bierverv under arbeidsforholdet, forberedelser til oppstart av egen eller i en annens virksomhet, og i forbindelse med drift av virksomhet som er i konkurranse med tidligere arbeidsgiver. Det er dermed sentralt å se nærmere på hva som ligger i virksomhetsbegrepet.

Arbeidsmiljøloven § 1-2 første ledd fastsetter at «loven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven». Begrepet virksomhet har ikke fått en legaldefinisjon i arbeidsmiljøloven, men er ment å svare til det tidligere bedriftsbegrepet i arbeidervernlovene av 1936, 1956 og arbeidsmiljøloven av 1977.<sup>15</sup> For at noe skal være en virksomhet må det dermed foreligge sysselsetting av en eller flere arbeidstakere. Sysselsetting er et synonym som beskriver det forhold at noen er i arbeid. Det er også naturlig å stille krav til en viss fasthet gjennom organisasjon og varighet for at det foreligge en virksomhet.

I redegjørelsen for virksomhetsbegrepet i forarbeidene til arbeidsmiljøloven uttales det at avgrensningen av virksomhetsbegrepet som «alminnelig regel vil [...] falle sammen

---

<sup>15</sup> NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst side 149

med det rettssubjektet som er arbeidsgiver».<sup>16</sup> Det er altså bedriften som sådan som utgjør arbeidsgivers virksomhet i arbeidsmiljølovens forstand.<sup>17</sup> Videre uttales det at begrepet virksomhet viser til både privat og offentlig virksomhet, samt at begrepet omfatter både ideell og immateriell virksomhet, og at det ikke er nødvendig at virksomheten drives med mål om gevinst.

De samme forarbeidene stiller opp en nedre grensen for virksomhetsbegrepet ved at det stilles krav til en viss grad av organisering, varighet, og at virksomheten ikke må være helt ubetydelig for at det skal foreligge virksomhet i arbeidsmiljølovens forstand. De rent personlige eller private arbeidsavtalene vil dermed ikke være omfattet av arbeidsmiljølovens virkeområde slik det fremkommer av kravet til virksomhet etter arbeidsmiljøloven § 1-2. Tilsvarende for de rent tilfeldige, ubetydelige eller forbigående tilknytningsforhold.<sup>18</sup>

Virksomhetsbegrepet er dermed gitt en forholdsvis vid anvendelse. Bakgrunnen for dette må være beskyttelsesformålet bak arbeidsmiljølovgivningen og ønsket om at den skal favne arbeidstakere uansett virksomhet. Ved at lovgiver stille krav om at virksomheten skal «sysselsetter arbeidstaker» dannes det likevel en nedre grense for hvilke forhold som omfattes av lovgivningen, samtidig som hensynet til å beskytte arbeidstakere blir ivaretatt.

For spørsmålet om det foreligger illojal konkurranse blir det nødvendig å stille opp et spørsmål om det vide virksomhetsbegrepet må legges til grunn for vurderingen av den konkurrerende virksomheten til arbeidstaker, eller om denne virksomheten må betraktes ut fra andre momenter. Sagt på en annen måte – hvilke krav stilles til den konkurrerende virksomheten for at den skal medføre illojalitet. Dette er tema i avhandlingens punkt 3.4.

---

<sup>16</sup> NOU 2004: 5 kapittel 10.4.1 s 148 - 149

<sup>17</sup> Stein Evju, "Arbeidsrettslige emner", Oslo 1979 side 2.

<sup>18</sup> Arne Fanebust, *Innføring i Arbeidsrett Den individuelle del*, 3. Utgave, Bergen 2013 s.35



#### **1.4.7 Hva menes med bierverv?**

Hvilken adgang en ansatt har til å ta bierverv under arbeidsforholdet vil kun bli behandlet i den grad biervervet skjer i konkurranse med arbeidsgivers virksomhet. Det vil således ikke bli foretatt en uttømmende redegjørelse for arbeidstakers adgang til å ta bierverv under ansettelsesforholdet. Med bierverv siktes det til arbeidsforhold som foreligger på siden av og i tillegg til arbeidstakers primære arbeidsforhold med arbeidsgiver.

#### **1.5 Avgrensning av oppgaven**

For det første gjør temaet for avhandlingen det naturlig å avgrense mot andre begrensninger i arbeidstakers adgang til å involvere seg i konkurrerende virksomhet med sin arbeidsgiver. Hvordan arbeidsgiver gjennom avtaler kan begrense arbeidstakers mulighet til å involvere seg i konkurrerende virksomhet, eller hvilken betydning avtaleloven<sup>19</sup> §§ 36 og 38 har for slike avtaler vil derfor ikke bli behandlet.

Heller ikke markedsføringslovens krav om god forretningsskikk vil bli behandlet. Det er klart at kravet om god forretningsskikk bygger på lojalitetsbetraktninger og at markedsføringsloven vil ha en selvstendig betydning når arbeidstakeren starter egen konkurrerende virksomhet under eller etter at arbeidsforholdet er avviklet. Det vil bli henvist til rettspraksis der forholdet mellom de ulike rettslige grunnlagene er drøftet, men det vil ikke bli foretatt en redegjørelse for hva som ligger i standarden om god forretningsskikk.

Ytterligere avgrenses det mot konkurransebegrensninger som vil gjelde uavhengig av om det eksisterer eller har eksistert et arbeidsforhold. Typisk de begrensningene som følger av konkurranseloven.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Lov 31 mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

<sup>20</sup> Lov 5 mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

De prosessuelle og materielle vilkår for at en arbeidsgiver skal kunne si opp, eller avskjedige en ansatt, samt vilkårene for å kunne kreve erstatning, eller for å straffeforfølge en ansatt eller tidligere ansatt, vil heller ikke bli behandlet. Avhandlingen vil således være begrenset til å behandle når det foreligger illojal konkurranse og hvilke sanksjoner som kan være aktuelle å benytte dersom slik illojalitet foreligger.

## 1.6 Rettskilder og metode

Som tidligere nevnt har arbeidsmiljøloven ingen lovbestemmelse som slår fast at det foreligger en lojalitetsplikt for arbeidstaker. At det foreligger en slik plikt er likevel, som redegjort for tidligere, utvilsomt da det gjentatte ganger er stadfestet gjennom rettspraksis, blant annet i Rt. 1990 s. 607, som redegjort for ovenfor. Det vil i avhandlingen bli vist til en lang rekke dommer fra Høyesterett, men også fra lavere instanser hvor arbeidstakers lojalitetsplikt er anført som skranke for konkurrerende virksomhet.

Det er i den juridiske teorien rikelig med fremstillinger som bygger opp om at det foreligger en alminnelig lojalitetsplikt for arbeidstaker, og at denne legger begrensninger på han eller hennes adgang til å drive konkurrerende virksomhet med sin arbeidsgiver. Her vises det til blant annet de arbeidsrettslige fremstillingene av Jan Tormod Dege<sup>21</sup>, Henning Jakhelln<sup>22</sup> og Nils H. Storeng, Tom H. Beck og Arve Due Lund.<sup>23</sup> I tillegg til disse fremstillingene er det fremstillinger hvor det arbeidsrettslige ikke er i fokus, men som behandler lojalitetsplikten generelt. Hvor det redegjøres for at arbeidstakers lojalitetsplikt legger skranker på arbeidstakerens adgang til å drive konkurrerende virksomhet med sin arbeidsgiver.<sup>24</sup>

Det er rettspraksis og juridisk teori som danner det rettskildemessige grunnlaget for temaet for avhandlingen. Underrettspraksis vil utgjøre en betydelig del av den rettspraksisen som vil bli gjennomgått. Det er klart at den rettskildemessige vekten til

---

<sup>21</sup> Jan Tormod Dege, *Den individuelle Arbeidsrett Del II*, Oslo 2009 side 810

<sup>22</sup> Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. Utgave, Oslo 2006 side 303

<sup>23</sup> Nils H. Storeng, Tom H. Beck og Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 3. utgave, Oslo 2014 side 462

<sup>24</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007

underrettspraksis ikke kan sammenlignes med den av Høyesterett, men den vil likevel bli brukt til å belyse det mangfoldet av typetilfeller som har oppstått rundt spørsmålet om en konkurrerende virksomhet har medført illojalitet. Underrettspraksis vil være interessant for å illustrere, og for å belyse hvordan disse problemstillingene i realiteten blir avklart i domstolene og hvilke vekt som blir lagt på forskjellige momenter når domstolene fatter sine beslutninger.<sup>25</sup>

I forbindelse med dette nevnes det at Eckhoff viser til en økt innflytelse for underrettsdommer på områder som sjeldent påankes videre til Høyesterett, og for underrettsdommer som ofte påberopes i den juridiske litteraturen. Gjennom at denne underrettspraksisen blir benyttet i litteraturen vil dens stilling som rettskilde kunne bli styrket.<sup>26</sup> Gjennom dette blir underrettspraksis som henvises til i den juridiske teorien sementert i argumentasjonen og som rettskilde. Det er en gjennomgående tendens at det i den juridiske teorien vedrørende spørsmålet om illojal konkurranse ofte henvises til underrettspraksis.

Avhandlingen er basert på en rettsdogmatisk metode, hvor det søkes å systematisere, og redegjøre for gjeldende rett basert på hvordan Høyesterett, underrettsdomstoler og juridisk teori har bedømt de ulike momenter ved forskjellige typetilfeller. Således er avhandlingen kasuistisk preget da vurderinger av hva som utgjør det illojale, i stor grad er basert på hvordan Høyesterett har bedømt det konkrete saksforholdet. Det vil på bakgrunn av disse bedømmelsene kunne utledes vurderingselementer og momenter som Høyesterett har lagt vekt på, og hvordan disse er avveid mot sentrale hensyn.

## **1.7 Den videre fremstillingen**

Den arbeidsrettslige lojalitetsplikt har sin bakgrunn i den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. I avhandlingens punkt 2 gis det derfor en kort innføring i hva som ligger i den alminnelige lojalitetsplikten, samt dens grunnlag og innhold. Dette vil på

---

<sup>25</sup> Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 side 210

<sup>26</sup> Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. Utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001, side 162

ingen måte være en utfyllende fremstilling, men det er nyttig å ta et steget tilbake for å få en bredere forståelse av lojalitetsplikten før den videre fremstillingen.

I punkt 3 redegjøres det for arbeidstakers lojalitetsplikt som skranke for konkurrerende virksomhet og når en konkurrerende virksomhet er illojal. Sentralt i dette er hvilke krav som stilles til virksomheten, konkurransesituasjonen, hensynene bak forbudet mot illojal konkurranse og hvilke minstekrav som stilles til arbeidstakers adferd og hvilke forhold kan gjøre en ellers illojal konkurranse lojal.

I punkt 4 redegjøres det for vurderingen av konkurrerende virksomhet på ulike stadier i ansettelsesforholdet. De momentene som er utledet i punkt 3 vil ikke bli gjentatt, men det vil bli vist til særegenheter ved lojalitetsvurderingen som er typiske for disse stadiene av ansettelsesforholdet.

I punkt 5 redegjøres det for hvilke sanksjoner som kan benyttes der arbeidstaker har involvert seg i konkurrerende virksomhet i strid med lojalitetsplikten.

## 2. Lojalitetsplikt i kontraktsforhold

### 2.1 Innledning

Før drøftelsen av hva som utgjør illojal konkurranse er det nyttig å ta et skritt tilbake for å få et overblikk over hvordan lojalitetsplikten generelt kommer til uttrykk i kontraktsretten. Det er den alminnelige lojalitetsplikten som danner fundamentet for den arbeidsrettslige lojalitetsplikten, som igjen legger begrensninger på arbeidstakers adgang til å involvere seg i konkurrerende virksomhet med sin arbeidsgiver.

At det foreligger et generelt krav til lojalitet i kontraktsforhold har god støtte i rettspraksis. I den tidligere siterte Høyesterettsdommen Rt. 1990 s. 607 uttales det at det «må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold.»<sup>27</sup> Det er ikke kun for arbeidsrettslige avtaler at Høyesterett har statuert en slik plikt. I Rt. 2001 s. 716 uttaler Høyesterett at det «ved inngåelse av familierettslige avtaler stilles strengere krav til lojalitet og oppriktighet enn ved inngåelsen av vanlige formuerettslige avtaler, se for eksempel Rt. 1969 s. 901, Rt. 1970 s. 561 og Rt. 1999 s. 718.»<sup>28</sup> I Rt. 1989 s. 689 uttaler Høyesterett at «det i forsikringsforhold generelt må kreves en lojalitet i forholdet forsikringselskap – forsikringstaker som må være av vesentlig betydning også for innholdet av sviksbegrepet.»<sup>29</sup>

Lojalitetsplikten kommer i tillegg til uttrykk i en rekke ulike lovbestemmelser. Blant annet de lovfestede opplysningspliktene har utslag i lojalitetsbetraktninger. For kontraheringsfasen er opplysningsplikten lovfestet i avtaleloven § 33. Etter bestemmelsen er en viljeserklæring ikke bindende for den som ikke har fått opplysninger av den andre part som det på grunn av foreliggende omstendigheter ville stride mot redelighet eller god tro å fortie.

---

<sup>27</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 614

<sup>28</sup> Rt. 2001 s. 716 på side 723

<sup>29</sup> Rt. 1989 s. 689 på side 703

Av agenturloven<sup>30</sup> § 5 første ledd følger det at handelsagenten «lojalt og redelig [skal] ivareta hovedmannens interesser». I forarbeidene til bestemmelsen gis det en direkte henvisning til den ulovfestede lojalitetsplikten.

«Første ledd fastsetter den alminnelige hovedregelen, at agenten ved utførelsen av oppdraget lojalt og redelig skal ivareta hovedmannens interesser. Bestemmelsen innebærer etter departementets oppfatning det samme som i dag følger av alminnelige ikke-lovfestede regler om lojalitetsplikt i varige kontraktsforhold ...»<sup>31</sup>

På bakgrunn av det overnevnte må det kunne sies at lojalitetsprinsippets eksistens har god støtte, og er godt sementert i norsk rett.

Selv om lojalitetsprinsippet kommer til uttrykk i flere lovtekster, henvisninger i forarbeider, og er behandlet i et stort antall Høyesterettsdommer sies det lite om de generelle kravene som stilles til kontraktspartenes lojalitet. Rettspraksis har ikke uttrykkelig formulert en norm for lojalitetsbedømmelser generelt, og det er heller ikke oppstilt vilkår eller minstekrav for hva som er en lojal opptreden. I rettspraksis fremgår det dermed kun hva som var illojalt i den konkrete saken. Enkelte ganger følger det kun implisitt av dommen at partens opptreden var i strid med de krav som stilles til lojalitet.<sup>32</sup> Det er dermed gjennom en analyse av en rekke rettspraksis at det kan avdekkes hvilke krav domstolene stiller til lojal adferd.

For å sette lojalitetsplikten i perspektiv kan det overordnet sies at plikten gjelder begge veier, og at den i stor grad er basert på partenes berettigede forventninger til avtalen. Det kan være forventninger i forhold til avtalens oppfyllelse, den andre parts opptreden under avtaleforholdet og til at de begge skal ta rimelig hensyn til hverandres interesser både før, under og etter kontraktsforholdet er avsluttet. Lojalitet bidrar på mange måter til å skape tillit som gjør det rimeligere, enklere og tryggere å inngå avtaler.

---

<sup>30</sup> Lov 19 juni 1992 nr. 56 om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven)

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 49 (1991-1992) side 15

<sup>32</sup> Henriette Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Oslo 2007 på side 96

På den måten fungerer lojalitetsplikten som en pilar for å ivareta den forutberegneligheten som er nødvendig for at samspillet mellom individer skal kunne fungere i et moderne samfunn. Hvilken betydning lojalitetsplikten har for at avtaler inngås må likevel ikke overdrives. Det er ingen holdepunkter som tilsier at det store flertall av avtaler som inngås gjøres i kjennskap og under forutsetning av at det foreligger et prinsipp som legger føringer for partenes lojalitet.

Avtalepartenes rettsfølelse vil nok likevel inneholde betydelige innslag av lojalitetsbetraktninger, men hvor dominerende og synlige disse er, vil i stor grad bero på kontraktstype og forventninger til hverandre. Det moralske bakteppet for dem som inngår avtaler om kjøp av dagligvarer vil stå i en annen stilling enn for parter som inngår større samarbeidsavtaler i næringsvirksomhet.

Det er heller ikke nærliggende å tro at parter hadde avstått fra å inngå avtaler dersom det ikke eksisterte et generelt krav til lojalitet. Mange avtaler som i dag inngås gjøres på bakgrunn av nødvendigheter, og avtaler er en sentral del av vårt moderne samfunn. Det er likevel grunn til å tro at det både er effektivt og kostnadsbesparende å oppstille et generelt krav til partenes lojalitet.

Selve begrepet lojalitet benyttes i dagligtalen i mange forskjellige former og kontekster. Det kan være snakk om lojalitet til venner, foreldre, nasjoner, avgjørelser, kunder eller lojalitet til arbeidsgiver. For å forklare begrepet lojalitet benyttes det i den vanlige språkbruken ofte begreper som ærlighet, redelighet, pålitelighet eller det å være til å stole på. Disse begrepene vil langt på vei være veiledende for hvordan lojalitetsbegrepet blir forklart i ulike kontekster i en juridisk sammenheng.

Begreper som ærlighet og redelighet kan eksempelvis ha betydning for den informasjonen som kan kreves gitt av en avtalepart.<sup>33</sup> Hvor begrepet pålitelighet i en juridisk kontekst ofte anvendes for det forholdet at man skal kunne stole på at den annen part utfører sine forpliktelser etter avtalen, slik at det ikke er nødvendig å bruke ressurser på å følge opp at avtalen blir fullbyrdet.<sup>34</sup> Også begrep som å være plikttro

---

<sup>33</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 side 42

<sup>34</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 side 43

eller lovlydig kan benyttes for å beskrive lojalitetsbegrepet. Disse begrepene viser hovedsakelig til det å innrette seg etter lov eller avtale.

Lojalitetsplikten har enten i lovfestede, avtalefestede eller ulovfestede former betydning på alle stadier av et kontraktsforhold. Alt fra opplysningsplikt ved avtaleinngåelse, reklamasjonsfrist for å gjøre gjeldende en eller flere mangler og taushetsplikt om opplysninger som parten har blitt kjent med under avtaletiden. Lojalitetsplikten kan anvendes som en faktor ved tolkningen av avtalevilkår, som bidrag til det nærmere innholdet i et rettsvilkår eller som et selvstendig rettsgrunnlag.<sup>35</sup> I det følgende skal det redegjøres for det rettslige grunnlaget for at det stilles krav til lojalitet i kontraktsforhold.

## 2.2 Kort om det rettslige grunnlaget for lojalitetsplikten

Den alminnelige kontraktsrettslige lojalitetsplikten er et ulovfestet rettsprinsipp som har fått sin utvikling gjennom rettspraksis og juridisk teori. Grunnlaget for lojalitetsprinsippet er samfunnsetiske betraktninger som har kommet til uttrykk gjennom vår rettskultur og juridiske kulturarv.<sup>36</sup> Disse tankene om hva som er rett har senere fått sine bekræftelser gjennom rettspraksis, og da med støtte i betraktninger som har vært funnet i den juridiske litteraturen. Et eksempel på samspillet mellom rettspraksis og juridisk teori er å finne i Yousouf-dommen.<sup>37</sup> Her tar Høyesterett utgangspunkt i lojalitetsbetraktninger utenfor kontraktsforhold og stiller opp krav om lojalitet mellom konkurrerende panthavere eller rettighetshavere. I forbindelse med dette uttaler Høyesterett at:

«Dersom den foranstående panthaver ikke har en bestemt interesse i å utvide sitt engasjement under pantet, vil det være i strid med det lojalitetsprinsipp som må gjelde mellom konkurrerende rettighetshavere om han skal kunne gjøre dette til fortrengsel for den prioritert den etterstående panthaver er tilsagt. Jeg mener at

---

<sup>35</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 side 30

<sup>36</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 85 og Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. Utgave, Bergen 2004 side 279-282.

<sup>37</sup> Rt. 1994 s. 775



denne mer nyanserte betraktningmåte har atskillig støtte i eldre juridisk teori ...»<sup>38</sup>

For å forstå hvilken betydning lojalitetsprinsippet har for spørsmålet om hva som er gjeldende rett må det sees hen til rettslige prinsippers betydning for dannelse av rettsregler. Det er i rettskilde og metodelæren forskjellige måter å beskrive det som skjer i rettsanvendelsesprosessen. Torstein Eckhoff forklarer rettsregel som «... det vi kommer frem til når vi har tolket lovteksten, og under tolkingen tar vi ofte andre faktorer enn dens egne ord i betraktning».<sup>39</sup> Eckhoff sin forklaring av begrepet rettsregel må sees i lys av at han ser på rettskildelæren fra en offentligrettslig vinkel som i stor grad er lovfestet. Det er klart at rettsregler også kan utledes av andre rettskilder enn lovtekst.

Nils Nygaard viser i sin fremstilling i boken *Rettsgrunnlag og standpunkt* til at rettsregler er sammensatt av rettskildefaktorer.<sup>40</sup> Det har opp gjennom tiden vært ulike syn på hva som er å anse som en rettskildefaktor. Av de nyere bidragene står Torstein Eckhoffs liste med syv rettskildefaktorer sentralt.<sup>41</sup> Rettsprinsipper vil i denne fremstillingen måtte forstås som underpunkter av rettskildefaktoren reelle hensyn.<sup>42</sup>

Lojalitetsprinsippet kan i seg selv danne et primært rettsgrunnlag, noe den såkalte Tromsø Sparebank-dommen<sup>43</sup> er et eksempel på. Her var spørsmålet om en kausjonserklæring var ugyldig som følge av et lojalitetsbrudd hos banken. Det var av banken unnlatt å opplyse kausjonisten om sentrale forhold hos hovedskyldneren. Her viser Høyesterett til at «... kausjonserklæringen er ugyldig etter avtaleloven § 33, men iallfall vil den rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.» Dette forstår jeg som et utsagn om at reglene om lojalitet i kontraktsforhold kan anvendes uavhengig av om avtaleloven § 33 får anvendelse i saken, og at lojalitetsprinsippet dermed er egnet til å danne primært rettsgrunnlag.

---

<sup>38</sup> Rt. 1994 s. 775 på side 781

<sup>39</sup> Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. Utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 side 30

<sup>40</sup> Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. Utgave, Bergen 2004 side 29

<sup>41</sup> Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. Utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 side 23

<sup>42</sup> Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. Utgave, Bergen 2004 side 31

<sup>43</sup> Rt. 1984 s. 28 (Tromsø Sparebank-dommen)

## 2.3 Kort om lojalitetsvurderingen

I dette punktet redegjøres det kort for hva som ligger i lojalitetsvurderingen. Det har av Høyesterett aldri blitt formulert en norm for anvendelsen av lojalitetsplikten, eller stilt krav som generelt kan sies å gjelde for alle vurderinger av kravet til lojalitet. I den juridiske litteraturen har lojalitetsplikten blitt forklart som at partene i en viss utstrekning plikter å ivareta den andres interesser.<sup>44</sup> At det i rettspraksis ikke er fremsatt konkrete minstekrav eller vilkår for at en adferd skal være lojalitet må sees i sammenheng med at lojalitetsprinsippet skal være anvendelig på et vidt spekter av typetilfeller hvor det er vanskelig å forutse hvilke typetilfeller som kan aktualisere seg. Rettsprinsipper skal generelt være dynamiske og anvendelige i en rekke ulike situasjoner.<sup>45</sup> Å oppstille vilkår og minstekrav vil dermed kunne svekke anvendeligheten til prinsippet.

Det er viktig å merke seg at det ikke er den ideelle adferd som etterspørres, men et situasjonsbetinget krav om et minimum av lojalitet.<sup>46</sup> Det foreligger et skille mellom det som karakteriseres som mellommenneskelig lojalitet og rettslig lojalitet, og en adferd kan være uheldig, uten at den rettslig sett kan karakteriseres som illojal.<sup>47</sup> At det ikke stilles krav til den ideelle adferd kan belyses med en uttalelse fra mindretallet i Rt. 1995 s. 1460. Her stod spørsmålet om selgers opplysningsplikt sentralt da en selger hadde solgt aksjer i et engineeringsselskap uten å opplyse kjøperen om at det forelå en patentsøknad av betydning for kjøperen. Mindretallet uttalte her at:

«Han er for så vidt å bebreide for dette, men jeg kan ikke se at hans unnlattelse av å opplyse om at han hadde søkt om patent var uttrykk for illojalitet overfor hans samarbeidspartnere i Temco.»<sup>48</sup>

Med denne uttalelsen viser mindretallet at det ikke er det optimale, eller ideelle som kreves av kontraktsparten, men at det kreves et minstemål av lojalitet. For at illojalitet

---

<sup>44</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 195

<sup>45</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 195

<sup>46</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 196

<sup>47</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 199

<sup>48</sup> Rt.1995 s. 1460 på side 1473

skal konstateres må dermed terskelen for hva som kan kreves av lojalitet fra parten i akkurat dette konkrete rettsforholdet være overskredet.

Lojalitetsvurderingen gir altså uttrykk for en bred anlagt avveiningsnorm hvor ansvarsspørsmålet avgjøres etter en konkret totalbedømmelse av kravet til lojalitet.<sup>49</sup> Som illustrasjon vises det til Rt. 1990 s. 607, som redegjort for ovenfor, hvor førstvoterende uttaler at:

«Etter en samlet vurdering er jeg kommet til at Gruer og Fongaard har opptrådt illojalt overfor Viking.»<sup>50</sup>

Siden det i lojalitetsvurderingen foretas en totalvurdering vil de minstekrav som oppstilles ofte måtte sees i sammenheng med hverandre. Begrepet vurderingselementer blir benyttet av Lasse Simonsen i hans fremstilling av det prekontraktuelle ansvar og er beskrivende for den vurderingen som Høyesterett foretar igjennom totalvurderingen av lojalitetssubjektets adferd og om grensen for lojalitet i dette konkrete tilfellet er overtrådt.<sup>51</sup>

Det er i forbindelse med vurderingen av lojalitetssubjektets adferd to grunner til at det er viktig å fastslå hvilket tidspunkt som er relevant for vurderingen av lojalitetssubjektets adferd. For det første vil den generelle oppfatningen av hva som er lojal oppreden kunne forandres over tid. For det andre, som den senere redegjørelsen vil vise, vil kravene til lojalitetssubjektets adferd endre seg i løpet av kontraktsperioden. Henriette Nazarian og Lasse Simonsen tar i sine fremstillinger utgangspunkt i den alminnelige culperegelen og setter vurderingstidspunktet til det tidspunktet der adferden blir utøvd.<sup>52</sup> At det er handlingstidspunktet som skal legges til grunn er naturlig for vurderingen av aktive handlinger som illojal konkurranse. Dette vil bli nærmere belyst i drøftelsen nedenfor.

---

<sup>49</sup> Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997 side 162

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

<sup>51</sup> Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997

<sup>52</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 321 og Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997 på side 163

### 3. Arbeidstakers lojalitetsplikt som skranke for konkurrerende virksomhet

#### 3.1 Innledning

Arbeidstakers lojalitetsplikt omtales som en av arbeidstakers «kardinalplikter» overfor arbeidsgiver, og må av den grunn betraktes som en grunnleggende og overordnet forutsetning for arbeidsforholdet.<sup>53</sup>

Essensen i arbeidstakers lojalitetsplikt er at arbeidstaker skal opptre lojalt overfor arbeidsgivers interesser. Det er kontraktsforholdet mellom partene, og det forutsatte tillitsforholdet som gir en generell forpliktelse for arbeidstaker til å fremme arbeidsgivers interesser.<sup>54</sup> Arbeidstakeren blir på mange måter forpliktet til å sette sine egne interesser til side til fordel for virksomhetens behov, samt til å unngå at det oppstår pliktkollisjoner.<sup>55</sup> Plikten stiller således krav til at kontraktspartene skal ta rimelig hensyn til, og ivareta den annen parts interesser, dersom denne ikke kan forventes å ivareta interessene sine selv. Likevel under krav om at ivaretagelsen skal kunne skje uten omkostning eller ulempe av betydning for den kontraktsparten som pålegges plikten.<sup>56</sup> Dette er bakgrunnen for at det stilles opp forbud mot at arbeidstaker involverer seg i virksomheter som på illojalt vis konkurrer med arbeidsgivers.

Allerede i Rt. 1918 s. 575 ble det av Høyesterett slått fast at det foreligger begrensninger på hvilke virksomheter en arbeidstaker kan involvere seg i ved siden av sitt arbeidsforhold. Saken gjaldt en arbeidstaker som arbeidet som kontorist og handelsreisende. På siden av arbeidsforholdet hadde han startet egen virksomhet i konkurranse med sin arbeidsgivers. I vurderingen av dette uttalte Høyesterett at:

---

<sup>53</sup> Jan Tormod Dege, *Den individuelle Arbeidsrett del II*, Oslo 2009 side 810

<sup>54</sup> Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. Utgave, Oslo 2006.

<sup>55</sup> Jan Tormod Dege, *Den individuelle arbeidsrett Del II*, Oslo 2009, side 10

<sup>56</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 side 29

«Jeg er med overretten enig i, at det efter almindelige forretningsprinsipper maa være utelukket, at en mand i Øverlands stilling driver forretning i samme branche som sin principal og saaledes i konkurransen med ham.»<sup>57</sup>

Høyesterett viser til det de betegner som alminnelige forretningsprinsipper når de danner rettsregelen om at arbeidstakere i enkelte stillinger ikke uten samtykke fra sin prinsipal kan drive i konkurrerende virksomhet med sin arbeidsgiver. Det kan av dette utledes at både arbeidsgivers stilling og spørsmålet om arbeidsgiveren har akseptert den konkurrerende virksomheten har relevans for vurderingen av den konkurrerende virksomhetens berettigelse. Disse momentene skal behandles nærmere nedenfor under punkt 3.7.4.1 og 3.8.1.

Det er i den juridiske litteraturen uenighet om utgangspunktet og hovedregelen for hva som er konkurrerende virksomhet i strid med lojalitetsplikten. Jan Tormod Dege viser til Rt. 1918 s. 575 når han danner utgangspunktet om at arbeidstaker ikke kan utøve konkurrerende virksomhet med sin arbeidsgiver om kunder.<sup>58</sup> Nils H. Storeng, Tom H. Beck og Arve Due Lund er av samme syn som Jan Tormod Dege og konstaterer at «det å delta i virksomhet som konkurrerer med arbeidsgivers virksomhet må som det klare utgangspunkt anses som illojalt.»<sup>59</sup> Også Tore Lunde opererer med at konkurrerende virksomhet som utgangspunkt er illojalt.<sup>60</sup> Han holder likevel muligheten åpen for å gjøre unntak fra dette for de mer bagatellmessige forhold.<sup>61</sup>

Jan Fougner har en annen tilnærming til problemstillingen når han viser til at det som arbeidstaker gjør utenom arbeidstiden, eller etter at arbeidsforholdet har opphørt, som utgangspunkt er arbeidsgiver uvedkommende.<sup>62</sup> På bakgrunn av dette danner han en hovedregel om at arbeidstaker kan drive konkurrerende virksomhet med sin arbeidsgiver, men han er likevel klar på at det finnes betydelige unntak fra denne hovedregelen, og at disse får stor betydning.

---

<sup>57</sup> Rt. 1918 s. 575 på side 577

<sup>58</sup> Jan Tormod Dege, *Den individuelle Arbeidsrett*, Del II, Oslo 2009 på side 942

<sup>59</sup> Nils H. Storeng, Tom H. Beck og Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 3. Utgave, Oslo 2014 side 466

<sup>60</sup> Tore Lunde, *God forretningskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001 på side 366

<sup>61</sup> Tore Lunde, *God forretningskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001 på side 367

<sup>62</sup> Jan Fougner, *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*, Oslo 1999 på side 207

Henriette Nazarian viser i likhet med Jan Fougner til arbeidstakers handlefrihet, men hun er også klar på at lojalitetsprinsippet leder «til at den praktiske hovedregelen er at konkurrerende virksomhet mens arbeidsforholdet består, er illojalt».<sup>63</sup> Hun mener likevel at «det mest riktige utgangspunktet er at arbeidstaker har handlefrihet, men at denne vil være sterkt begrenset av lojalitetsplikten. Ved å ta utgangspunkt i de to rettsprinsippene, fremheves det poenget at rettsprinsippene må veies mot hverandre ved konflikt mellom dem.»<sup>64</sup>

I det følgende skal det redegjøres nærmere for hva som ligger i vurderingen av om en konkurrerende virksomhet er illojal.

### **3.2 Nærmere om hensynene bak vurderingen om en konkurrerende virksomhet medfører illojalitet**

Som det tidligere er redegjort for så vil arbeidstakeren ved inngåelsen av arbeidsavtalen forplikter seg til, innenfor en viss grense, å ivareta arbeidsgivers interesser, og på den måten sette sine egne interesser i skyggen dersom det skulle oppstå motstrid. Arbeidstakeren legger således ved inngåelsen av arbeidsavtalen bånd på sin egen handlefrihet vedrørende forhold som kan ha betydning for hans kontraktsmessige oppfyllelse av arbeidsavtalen. Det hevdes i den juridiske teorien at det sentrale hensynet bak forbudet mot illojal konkurranse er at arbeidsavtalen skal virke etter sitt formål.<sup>65</sup>

Formålet med arbeidsavtalen er at arbeidstaker skal levere sin egen arbeidsinnsats mot arbeidsgivers betaling av lønn. I utvidet forstand foreligger det krav om at arbeidstakeren i sin utførelse av arbeidet skal ivareta arbeidsgivers interesser. Herunder også de økonomiske interessene som står sentralt i næringsvirksomhet. For å muliggjøre dette blir arbeidstakeren inkludert i driften av virksomheten og blir således, avhengig av virksomhetens type og stilling, betrodd en rekke opplysninger av mer eller mindre sensitiv art. Dette skjer under arbeidsgivers forventning om at opplysningene

---

<sup>63</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 486

<sup>64</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 486 og 487

<sup>65</sup> Tore Lunde, *God forretningskikk næringsdrivende i mellom*, Bergen 2001 side 366 og Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 side 477

som følge av arbeidsforholdet skal bli behandlet konfidensielt, og at de ikke skal bli misbrukt av arbeidstakere som ønsker å fremme egne eller andres økonomiske interesser på bekostning av arbeidsgivers.

På bakgrunn av dette kan det sies at arbeidsforholdet fordrer et tillitsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og at dette også gjelder at informasjon og kunnskap som arbeidstaker får som følge av sin stilling ikke skal bli misbrukt. Arbeidsgivers konkurransevne er helt avhengig av at arbeidstaker opptrer lojalt, og ikke misbruker den informasjonen og kunnskapen han får om arbeidsgivers virksomhet. Ved oppstart av egen konkurrerende virksomhet, eller hos en av arbeidsgivers konkurrenter, vil dette tillitsforholdet bli satt på prøve. Arbeidsgiver kan føle stor usikkerhet vedrørende om den informasjonen som arbeidstaker har vedrørende arbeidsgivers virksomhet vil bli misbrukt. Slik usikkerhet vil fort kunne vanskeliggjøre det samarbeidsforholdet som er nødvendig for en effektiv gjennomføring av arbeidsavtalen.

Det kan oppstilles to hensyn som gjør seg gjeldende ved spørsmålet om en konkurrerende virksomhet er å anse for å være illojal. Disse er arbeidstakers alminnelige behov for handlefrihet, og må veies opp mot arbeidsgivers behov for å kunne beskytte sin virksomhet.

For vurderingen av om den konkurrerende virksomheten medfører brudd på arbeidstakers lojalitetsplikt er det klart at disse hensynene vil få forskjellig betydning avhengig av hvilke fase arbeidsforholdet befinner seg i. En arbeidsgiver vil ha større behov for beskyttelse underveis i arbeidsforholdet enn etter at arbeidsforholdet er avviklet. På samme måte vil arbeidstakeren ha større behov for handlefrihet etter at arbeidsforholdet er avviklet og han har behov for å kunne skaffe seg nytt arbeid. Her vil arbeidstaker ha stort behov for å kunne skaffe seg nytt arbeide, noe som ofte er avhengig av at han kan få anvendt sine tidligere opparbeidede kvalifikasjoner. Dette kan fort innebære at han eller hun må søke arbeid eller starte opp egen virksomhet i konkurranse med sin tidligere arbeidsgiver.

For arbeidstakere som har inngått arbeidsavtaler med såkalte karens- eller karanteneklausuler vil de ha benyttet sin private autonomi til å begrense egen

handlefrihet for en viss tid etter arbeidsforholdets opphør. Dersom slike avtaler ikke er inngått er det gode grunner for å være restriktiv med å pålegge arbeidstakere å ikke involvere seg i virksomheter i konkurranse med arbeidsgivers. Arbeidsgiver burde her stå nærmest å bære risikoen for at arbeidstakere starter i konkurrerende virksomhet etter at arbeidsforholdet har opphørt dersom arbeidsgiveren ikke har sikret seg med konkurranseklausuler. Dette blir nærmere behandlet nedenfor i punkt 4.4.

For tilfeller der det ikke foreligger avtalefestede begrensninger i arbeidstakers handlefrihet vil en streng praktisering av lojalitetsplikten kunne medføre at det i realiteten oppstår yrkesforbud for visse næringer. For å hindre dette er det altså viktig at arbeidstakers lojalitetsplikt ikke blir anvendt for strengt etter at arbeidsforholdet er avviklet.

### **3.3 Stilles det krav til konkurransesituasjonen?**

For at en adferd skal være i strid med lojalitetsplikten må den som utgangspunkt rette seg mot medkontrahenten for å medføre illojalitet.<sup>66</sup> For at en konkurrerende virksomhet skal medføre illojalitet må det derfor stilles krav til konkurransesituasjonen.

At det foreligger en konkurransesituasjon er ofte klart. Dette medfører at det er få uttalelser i rettspraksis vedrørende eksistensen av et slikt krav. Høyesteretts flertall i Rt. 1959 s. 900 fant det «unødvendig å ta stilling til om det i april 1959 eksisterte et konkurranseforhold mellom Verkstedet og Flakke.»<sup>67</sup> Uttalelsen gir således god støtte for at det må stilles krav til at det foreligger en konkurransesituasjon. Et slikt krav er også helt naturlig da det vanskelig kan statueres illojal konkurranse uten at det foreligger konkurranse. Spørsmålet blir dermed hva som kreves av konkurransesituasjonen for at det skal foreligge illojalitet.

---

<sup>66</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 482

<sup>67</sup> Rt. 1959 s. 900 på side 903



Arbeidsmiljøloven har ingen bestemmelser som benytter begrepet «konkurrerende virksomhet», men begrepet fremkommer i selskapsloven<sup>68</sup> § 2-23 første ledd hvor det følger at:

«Når ikke annet er avtalt har en deltaker ikke rett til å utøve eller å være personlig ansvarlig deltaker i konkurrerende virksomhet. Bestemmelsen i første punktum, gjelder ikke stille deltaker.»

Forarbeidene til bestemmelsen gir noe veiledning for tolkningen av hva som skal til for at det foreligger konkurrerende virksomhet etter selskapsloven. Her uttales det at «[h]vis regelen skal nå sitt formål, må det imidlertid ikke stilles for store krav m. h. t. konkurransekriteriet.»<sup>69</sup> Det vises også til at den nærmere avgrensningen av begrepet må finne sted i rettspraksis. At forarbeidene ikke stiller opp en snever avgrensning av begrepet taler i hvert fall ikke imot å gi begrepet en vid anvendelse.

Tore Lunde har i sin drøftelse av god forretningsskikk gitt en definisjon av begrepet konkurrerende virksomhet. Her beskriver han begrepet som:

«tiltak som vil kunne redusere det økonomiske utbyttet for konkurrenten på grunn av tap av marknadssdelar eller ved skjerpning av konkurranse, med redusert prisnivå som konsekvens.»<sup>70</sup>

Definisjonen legger opp til en forutsetning om at det må foreligge et økonomisk tap, eller fare for dette for at en virksomhet skal kunne være konkurrerende. Som jeg skal komme tilbake til nedenfor under behandlingen av betydningen av økonomisk tap, så er det ikke et absolutt vilkår for illojalitet at det foreligger et økonomisk tap. Det kan likevel sies at dersom det foreligger et økonomisk tap, eller en klar fare for tap, så er det enklere å kunne konstatere at det foreligger konkurranse. Jeg mener at det er mer passende å ta utgangspunkt i hvilke bransjer eller sfærer av interesser de ulike virksomhetene drives innenfor. Dersom virksomhetene er egnet til å kunne påvirke hverandre vil de kunne

---

<sup>68</sup> Lov 21 juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (Selskapsloven)

<sup>69</sup> NOU 1980: 19 Lov om selskaper m.v. på side 123

<sup>70</sup> Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001 på side 359

anses for å være konkurrerende. Så kan heller spørsmålet om det foreligger tap eller fare for tap brukes til å underbygge dette.

Det er vanligvis greit å fastslå om ulike virksomheter er i konkurranse med hverandre. De kan for eksempel drives innenfor en klar bransje hvor de konkurrerer om den samme kundemassen på et avgrenset geografisk område. Et eksempel på dette kan være to forskjellige sportsbutikker som selger samme varene på et kjøpesenter.

En sak der det var tvil om det forelå konkurrerende virksomhet er inntatt i Rt. 1996 s. 1401. Her var saksforholdet at arbeidstaker krevde erstatning for det hun mente var en usaklig oppsigelse fra sin arbeidsgiver. Oppsigelsen ble av Høyesteretts flertall på tre dommere kjent gyldig på bakgrunn av at arbeidstaker hadde hatt et illojalt tilknytningsforhold til et familieaksjeselskap som markedsførte et konkurrerende produkt. Mindretallets på to dommere dissenterte vedrørende blant annet på spørsmålet om det forelå konkurrerende virksomhet, og om konkurransen i så fall var tilstrekkelig til å kunne gi arbeidsgiveren en saklig grunn til oppsigelse av arbeidstaker.

I vurderingen av konkurransesituasjon la rettens flertall lite vekt på de tekniske sidene av de to alarmsystemene som var markedsført. Det ene alarmsystemet var en brannalarm som kunne bygges ut som tyverialarm og den andre var en tyverialarm som kunne bygges ut som brannalarm. Flertallet la vekt på at produktene lignet på hverandre og at arbeidsgiver dermed hadde grunn til å oppfatte det andre firmaets produkt som konkurrerende. Rettens mindretall la mer vekt på hvilket marked de forskjellige virksomhetene siktet seg inn på, og at produktene som utgangspunkt skulle selges til ulike kundegrupper. Mindretallet mente dermed at konkurransen var utført på en ytterst perifer del av arbeidsgivers virksomhet og i et svært beskjedent omfang. Dette mente de at ikke kunne begrunne oppsigelse av arbeidstaker i denne saken.

Eksemplet ovenfor tar for seg den typiske konkurransesituasjonen hvor det er kamp om kunder. I vurderingen av konkurransesituasjonen tar Høyesterett her utgangspunkt i de markedene hvor produktene er markedsført, for så å vurdere om det er de samme kundene som ville være målgruppen for begge virksomhetene. Det var således ikke

nødvendig for konkurranse at markedsføringen hadde materialisert seg i noe salg da markedsføring i seg selv var tilstrekkelig for å konstatere at det forelå konkurranse.

Dette viser således at det ikke bare er direkte kamp om kunder, hvor en av arbeidsgivers kunder velger et produkt fra den konkurrerende virksomheten, som utgjør konkurrerende virksomhet. Ulike former for reklame, markedsføring, kvalitetsforbedringer av produkter, nyutvikling og lignende kan også utgjøre konkurrerende virksomhet. Hva som kan anses som konkurranse vil også kunne variere etter type marked og antall konkurrenter.<sup>71</sup> Det vil også ha betydning hvilket geografiske område virksomhetene tilbyr sine produkter eller tjenester. At begge virksomhetene har et klart avgrenset geografisk område, som ikke overlapper hverandre, vil være et moment som taler mot at virksomhetene skal anses for å være konkurrerende. Dette må likevel vurderes konkret og i forhold til andre negative virkninger som virksomheten kan få for arbeidsgiveren.

### **3.4 Stilles det krav til virksomheten?**

Innledningsvis ble det under punkt 1.4.6 redegjort for hva som skal til for at det foreligger virksomhet i relasjon til arbeidsmiljølovens anvendelsesområde. Her ble det blant annet vist til at begrepet har en vid forståelse. I vurderingen skal det legges vekt på om det foreligger sysselsettingen med en viss fasthet gjennom organisasjon og varighet. I en behandling av spørsmålet om det foreligger illojal konkurranse gjennom konkurrerende virksomhet er det av interesse å drøfte om det stilles krav til selve virksomheten for at den skal være illojal.

Det er i de fleste tilfeller nokså uproblematisk å konstatere at det foreligger virksomhet som kan anses får å konkurrere med arbeidsgivers. Dette kan være virksomhet som arbeidstakeren selv har startet som selvstendig næringsdrivende, eller i form av ansettelse eller oppdrag fra en av arbeidsgivers konkurrenter.

---

<sup>71</sup> Jan Tormod Dege, *Den individuelle Arbeidsrett*, del II, Oslo 2009 på side 942

Derimot kan det problematiseres om virksomheter som er av en løsere struktur, eller som utføres på hobbybasis, kan anses for å være virksomhet som kan medføre brudd på arbeidstakers lojalitetsplikt. Som Jan Tormod Dege skriver «det må sondres mellom det ervervsmessige virket og private forhold».<sup>72</sup> I en dom fra Inderøy herredsrett av 12.01.1993 hadde en bruktbilselger blitt sagt opp av arbeidsgiver på bakgrunn av det arbeidsgiver mente var illojal konkurranse.<sup>73</sup> Arbeidstakeren hadde brukt arbeidsgivers telefon til salg av egen privat bil og to biler som tilhørte hans bror. Til dette uttalte flertallet at:

«Bruk av arbeidsgivers telefon til ervervsmessig salg av brukte biler i konkurranse med arbeidsgiveren og uten dennes samtykke, er klart nok i strid med arbeidstakers lojalitetsplikt.»<sup>74</sup>

Retten fant at det ikke forelå noe ervervsmessig salg, men kun tilfeldig omsetning av bruktbiler. Arbeidsgiveren hadde dermed ikke saklig grunn til å si opp arbeidstakeren.

Også formålsbetraktninger tilsier at det burde stilles opp krav til virksomheten for at den skal kunne medføre illojal konkurranse. Da arbeidstakers alminnelige handlefrihet må settes opp mot de behov arbeidsgiveren har for beskyttelse er det naturlig å avgrense mot tilfeldig og hobbybasert konkurranse. Dersom arbeidstakers sidebeskjeftigelse er av en så beskjeden karakter at den ikke kan sies å ha et ervervsmessig formål kan det vanskelig tenkes at arbeidsgiverens behov for beskyttelse bør veie tyngre enn arbeidstakers behov for handlefrihet.

Det kan tilføyes at en beskjeden hobbybeskjeftigelse som arbeidstaker fra tid til annen driver med på fritiden heller ikke vil gi arbeidstaker noe incitament til å varsle arbeidsgiver om forholdet selv om det skulle gå innenfor arbeidsgivers virksomhet. Nærmere om betydningen av varsling, og om det kan konstateres en varslingsplikt for arbeidstakeren i punkt 3.7.4.7.

---

<sup>72</sup> Jan Tormod Dege, *Den individuelle Arbeidsrett*, del II, Oslo 2009 på side 941

<sup>73</sup> Sak nr. 92-358 A

<sup>74</sup> Sak nr. 92-358 A på side 18

Også Alex Borch og Jan Fougner har i sin artikkel om konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver gitt uttrykk for at det må stilles krav til virksomheten for at den skal kunne medføre illojal konkurranse. De viser til at ansatte i et plateselskap som på fritiden synger i kor eller spiller i band, må kunne være med koret eller bandet for å spille inn plate hos et konkurrerende plateselskap uten at dette skal medføre illojalitet ovenfor deres arbeidsgiver.<sup>75</sup>

Det må etter dette kunne stilles krav til virksomheten for at det skal foreligge illojal konkurranse overfor arbeidsgiver. Hva som kreves av virksomheten må bedømmes konkret i den aktuelle saken, men må likevel kunne avgrenses mot tilfeldig konkurranse og konkurranse som arbeidstaker har utøvd i egenskap av å være en privatperson.

### **3.5 Hvem er pliktsubjektet, og kan det foretas identifikasjon med dennes nærstående?**

Det er arbeidstakeren som er pliktsubjektet, og det er han eller hun som gjennom arbeidsavtalen har påtatt seg biforpliktelsen med å ivareta arbeidsgivers interesser i tråd med lojalitetsplikten. I den juridiske teorien blir personen som er gjenstand for lojalitetsvurderingen betegnet som lojalitetssubjektet.<sup>76</sup> Utgangspunktet er dermed at arbeidstakeren er lojalitetssubjektet ved vurderingen av om det foreligger illojal konkurranse.

I det følgende skal det redegjøres for om også andre personers adferd kan få betydning for vurderingen av arbeidstakers lojalitetsplikt. Dette gjøres gjennom reglene om identifikasjon. At det foreligger en generell identifikasjonsregel for medhjelpere i kontraktsforhold har kommet til uttrykk i blant annet Rt. 1986 s. 1386 (Block Watne-dommen) som omhandler ansvarsforholdet mellom en hovedentreprenør og en underentreprenør etter en sprengningsulykke. Her uttalte Høyesterett at:

---

<sup>75</sup> Alex Borch og Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett 2000 side 67 til 100 på side 73

<sup>76</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 side 216

«Etter alminnelige kontraktsregler må det gjelde at den som bruker en medhjelper til å oppfylle en kontraktsmessig forpliktelse, som hovedregel hefter for kontraktsbrudd som følge av medhjelperens handlinger på samme måte som om disse var foretatt av ham selv.»<sup>77</sup>

I dommen foretas det identifikasjon mellom hovedentreprenøren som var avtalepart og underentreprenøren som var hans kontraktsmedhjelper. Da det er lite aktuelt at arbeidstaker benytter seg av kontraktsmedhjelper ved oppfyllelsen av sin arbeidsforpliktelse, er det lite aktuelt å vurdere spørsmålet om identifikasjon med kontraktsmedhjelper i avhandlingen. For spørsmålet om identifikasjon i arbeidsforhold er det mest aktuelt å vurdere adgangen til å identifisere arbeidstaker med hans eller hennes nærstående.

Læren om kontraktsrettslig identifikasjon har blitt drøftet i flere ulike sammenhenger, blant annet Aage Thor Falkangers drøftelse av god tro erverv<sup>78</sup>, Bjarte Eskelands om erstatningsrettslig identifikasjon<sup>79</sup>, Rune Sæbøs fremstilling om identifikasjon i relasjon til opplysningsplikt<sup>80</sup>, samt Henriette Nazarian sitt kapittel vedrørende identifikasjon i hennes fremstilling om lojalitetsplikt i kontraktsforhold.<sup>81</sup>

For spørsmålet om det kan foretas identifikasjon ved konkurransehandling må det vurderes hvem det kan være aktuelt å identifisere lojalitetssubjektet (arbeidstakeren) med. Dersom det er arbeidstakeren selv som står for konkurransehandlingen er det ikke behov for læren om identifikasjon. Personen som det er aktuelt å identifisere med lojalitetssubjektet blir kalt den partstilknyttede.<sup>82</sup> I den juridiske teorien har identifikasjon gjerne blitt knyttet opp til to tilknytningspunkter. For det første må det foreligge en tilknytning mellom lojalitetssubjektet og vedkommende som det er aktuelt å identifisere denne med. Slik tilknytning kan være basert på kontraktsforhold eller være av personlig karakter. Med personlig karakter menes det arbeidstakers ektefelle eller barn. For det andre må det være en saklig tilknytning mellom den partstilknyttedes

---

<sup>77</sup> Rt. 1986 s. 1393

<sup>78</sup> Aage Thor Falkanger, *God tro*, Oslo 1999

<sup>79</sup> Bjarte Eskeland, *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Oslo 2002

<sup>80</sup> Rune Sæbø, *Innsidehandel med verdipapir*, Bergen 1995

<sup>81</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 kapittel 32.

<sup>82</sup> Denne terminologien blir benyttet av Sæbø, Falkanger og Nazarian i de tidligere nevnte fremstillingene.

handling og tilknytningen mellom lojalitetssubjektet og den partstilknyttede som kan forsvare at det foretas en identifikasjon.<sup>83</sup> Det er vilkåret om saklig tilknytning som oftest blir problematisk ved vurderinger av om det kan foretas identifikasjon mellom arbeidstaker og ektefelle. Som Henriette Nazarian skriver:

«det er vanskelig å begrunne identifikasjon mellom ektefeller med at de har et nært emosjonelt forhold. Denne nærheten gir ikke foranledning til den illojale adferden, og det foreligger således ikke saklig tilknytning.»

Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1996 s. 1401 har i juridisk teori blitt benyttet som prejudikat for at identifikasjon som hovedregel ikke kan foretas mellom lojalitetssubjektet og dens ektefelle.<sup>84</sup> Det kan stilles spørsmål om Høyesterett tar stilling til spørsmålet om identifikasjon mellom arbeidstaker og dens ektefelle i denne dommen. Under to anførsler har retten anledning til å ta stilling til om det er adgang til å identifisere uten at de kommer med en klar uttalelse. Det kan dermed hevdes at Høyesterett ikke utelukker at det kan oppstå tilfeller hvor identifikasjon kan forekomme.

Den første anførselen hvor spørsmålet om identifikasjon kunne blitt behandlet av førstvoterende var under behandlingen av hennes ektefelles tilknytning til den konkurrerende virksomheten, og om denne kunne gi saklig grunn for oppsigelse av hennes arbeidsforhold. Førstvoterende kommer her til at «bevisbyrden ikke er oppfylt» og at han dermed ikke går «inn på spørsmålet om, og i tilfelle under hvilke forutsetninger, forhold som ikke gjelder arbeidstakeren selv, men hennes ektefelle, kan gi saklig grunn til oppsigelse.»<sup>85</sup> Her tar førstvoterende altså ikke standpunkt til om identifikasjon mellom den ansatte og hennes ektefelle kunne foretas. Det som er klart er at førstvoterende ikke utelukker at slik identifikasjon kan tenkes.

Den andre anførselen hvor spørsmålet om identifikasjon kunne blitt drøftet er under vurderingen av den ansattes egen adferd. Her tar førstvoterende utgangspunkt i hennes

---

<sup>83</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 side 217 - 218

<sup>84</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 side 228

<sup>85</sup> Rt. 1996 s. 1401 på side 1406

egen tilknytning til familieselskapet og de forholdet som er knyttet til at hennes ektemann forlot Autronica og startet det konkurrerende selskapet. I den forbindelse uttaler førstvoterende at:

«Selskapet ble stiftet umiddelbart etter at Thorbjørn Thomassen hadde måttet gå ut av Autronica og i den forbindelse hadde forpliktet seg til ikke å konkurrere med Autronica. *Jeg mener ikke at Torgunn Thomassen må identifiseres med sin ektefelle.* Men slik forholdet mellom hennes ektefelle og Autronica var, måtte hun som ansatt i Autronica ha en særlig grunn til varsomhet og til åpenhet overfor Autronica omkring forhold som kunne ha konkurransemessig betydning for Autronica.»<sup>86</sup> (min kursivering).

Det fremstår som usikkert om det førstvoterende her sier er at det ikke kan foretas identifikasjon mellom arbeidstaker og dens ektefelle, eller om uttalelsen er en presisering av rettsanvendelsen. Altså at det forhold som førstvoterende legger vekt på er hennes egen tilknytning til den konkurrerende virksomheten, og at hun dermed hadde en særlig grunn til varsomhet og til åpenhet ovenfor sin arbeidsgiver. Førstvoterende foretar således ikke en vurdering av hvilke adgang det er til å identifisere, men en lojalitetsbedømmelse av hvordan arbeidstakeren burde ha handlet på bakgrunn av situasjonen. Ektefellens konkurrerende virksomhet, og hennes passive rolle i selskapet var dermed en oppfordring for henne til å vise en særlig aktsomhet og åpenhet ovenfor sin arbeidsgiver. Dermed kan dommen etter mitt skjønn vanskelig forstås som et prejudikat på at identifikasjon ikke kan finne sted.

Spørsmålet om identifikasjon ble også behandlet i Rt. 1949 s. 747. Her hadde en hustru tegnet en livsforsikring på ektemannen som hun ikke ønsket at han skulle ha kjennskap til. Hun var ikke klar over at ektemannen led av syfilis og opplyste dermed naturlig nok ikke om dette forholdet i egenerklæringen om hennes ektefelles helse. Noen måneder senere ble ektemannen klar over forsikringspolisen, men valgte å unnlate å informere forsikringsselskapet om sykdommen som han var klar over at han hadde. Da han senere døde av syfilis nektet forsikringsselskapet å utbetale forsikringen. Dette ble begrunnet

---

<sup>86</sup> Rt. 1996 s.1401 på side 1407



med at egenerklæringen manglet informasjon om sykdommen som ektemannen viste han led av. Det ble av Høyesterett ikke foretatt identifikasjon mellom hustruen og hans ektefelle ved vurderingen av hennes kunnskap til sykdommen.

Det ble i Høyesteretts begrunnelse vist til at:

«Jeg er enig med lagmannsretten i at det ikke leder til ansvarsfritagelse for selskapet at Wathne da han en del måneder etter at forsikringen var tegnet ble kjent med at polisen var utstedt, unnlot å gi selskapet beskjed om den sykdom han hadde hatt. Avgjørende for meg er for så vidt allerede den ting at Wathne ikke trådte eller var trådt i noe kontraktsforhold til forsikringselskapet, og at han, slik jeg ser det, derfor overhodet ikke gjennom sine handlinger eller unnlater kunne svekke eller redusere hustruens av polisen flytende krav mot selskapet.»<sup>87</sup>

Høyesteretts vurdering av at ektemannen ikke var del i avtaleforholdet må forstås som at hans posisjon som ektemann ikke i seg selv kunne danne grunnlag for identifikasjon med ektefellen som hadde inngått forsikringsavtalen. På bakgrunn av denne dommen dannes det en hovedregel om at identifikasjon mellom pliktsubjekt og dens ektefelle som utgangspunkt ikke kan foretas. Noe som støttes opp av forfatterne i den juridiske teorien.<sup>88</sup> Fougner synes derimot å holde mulighetene åpne for at identifikasjon kan tenkes.<sup>89</sup> Dette synes å være basert på at Høyesterett i Rt. 1996 s. 1401 «ikke [gikk] inn på spørsmålet om, i tilfelle og under hvilke forutsetninger, forhold som ikke gjelder arbeidstakeren selv, men hennes ektefelle, kan gi saklig grunn til oppsigelse.» Med dette mener han at Høyesterett holder muligheten åpen for at identifikasjon kan foretas. Han viser imidlertid til at det skal mye til før en arbeidstaker kan sies å ha overtrådt lojalitetsplikten ved at vedkommende sin ektefelle, samboer eller nære slektninger driver konkurrerende virksomhet. Et minimumskrav må være at arbeidsgiveren kan påvise en konkret fare for tap eller skade ved å opprettholde arbeidsforholdet. Den

---

<sup>87</sup> Rt. 1949 s. 747 på side 748

<sup>88</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 228, Aage Thor Falkanger, *God tro*, Oslo 1999 på side 445 og Bjarte Askeland, *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Oslo 2002 på side 262

<sup>89</sup> Jan Fougner, *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*, Oslo 1999 på side 216

rettslige forankringen av dette minimumskravet for identifikasjon fremstår for meg som noe uklart.

På bakgrunn av de rettskildene som er gjennomgått må den klare hovedregelen dermed være at identifikasjon mellom arbeidstaker og dens ektefelle ikke finner sted ved vurderingen av om arbeidstaker driver illojal konkurranse. Som i Rt. 1996 s. 1401 kan likevel det faktum at arbeidstakers ektefelle driver konkurrerende virksomhet ha betydning for hvilke krav som stilles til arbeidstakerens adferd. Det kan for eksempel tenkes at manglende informasjon om ektefellens virksomhet kan betraktes som illojalt.

### **3.6 Lojalitetspliktens tidsmessige grense**

Under dette punktet skal lojalitetspliktens tidsmessige grense behandles. Begrepet tidsmessig grense kan ha to forskjellige betydninger. For det første hvilke krav som stilles til arbeidstakerens lojalitet etter arbeidstiden og på fritiden. For det andre hvilke faser av arbeidsforholdet det foreligger lojalitetsplikt.

#### **3.6.1 Stilles det krav til arbeidstakers lojalitet utenfor arbeidstiden?**

Det er klart at en arbeidsgiver kan motsette seg at arbeidstaker utfører arbeid for andre i arbeidstiden uavhengig av om det foreligger konkurrerende virksomhet. I Rt. 1983 s. 1481 ble avskjeden av en renovasjonsarbeider som hadde drevet privat renovasjon utenfor eget ruteområde innenfor ordinær arbeidstid opprettholdt av Høyesterett da arbeidstaker utvilsomt hadde gjort seg skyldig i uredelige forhold som medførte grovt pliktbrudd og vesentlig mislighold av arbeidsavtalen.

Arbeidsgiver kan også i enkelte andre tilfeller motsette seg virksomheter som arbeidstakeren driver utenfor arbeidstiden. I Rt. 1959 s. 900 ble en sveiser på et skipsverksted sagt opp fra sin stilling fordi han hadde påtatt seg ekstraarbeider på fritiden for en annen arbeidsgiver. Oppsigelsen ble kjent ugyldig da ekstraarbeidet etter Høyesteretts syn ikke hadde et slikt omfang og karakter at det var rimelig grunn til å regne med at det ville nedsette arbeidstakers arbeidsytelse i den ordinære arbeidstiden.

Her ble det av Høyesterett vist til at arbeidstaker «i alminnelighet har full rådighet over sin fritid – også til å påta seg ekstrajobber og bistillinger i denne – når bare fritidsarbeidet ikke medfører en så hård belastning på hans arbeidskraft at det går utover hans ordinære arbeid».<sup>90</sup>

Terje Seljelid beskriver lojalitetsplikten som døgntinuerlig, og at det ofte er slik at det nettopp er utenom arbeidstid hvor arbeidstakeren er blant familie, venner og andre bekjente, at lojalitetsplikten ovenfor arbeidsgiver blir satt på den hardeste prøven. Og at lojalitetsplikten gjelder uavhengig av hvilke andre roller arbeidstakeren trer inn i på fritiden, som for eksempel styreverv, politiske verv eller i interesseorganisasjoner.<sup>91</sup>

De fleste tilfellene der spørsmålet om arbeidstaker er involvert i illojal konkurranse er blitt reist i saker hvor arbeidstakeren har vært involvert i den konkurrerende virksomhet som foregår utenfor arbeidstiden. Som eksempel på dette kan det blant annet vises til Rt. 1996 s. 1401 hvor det ikke var av avgjørende betydning at hennes rolle i selskapet var passiv. Det er derfor utvilsomt at virksomhet den ansatte er involvert i på fritiden kan være illojal dersom den er i konkurranse med arbeidsgiver.

### **3.6.2 I hvilke faser av arbeidsforholdet gjelder arbeidstakers lojalitetsplikt?**

Som vist til tidligere følger arbeidstakers lojalitetsplikt av arbeidsforholdet. Et naturlig utgangspunkt blir dermed at lojalitetsplikten foreligger fra arbeidsavtale blir inngått og frem til avviklingen av arbeidsforholdet. Dette er likevel ikke mer enn et utgangspunkt. I fremstillingen av lojalitetsplikten i kontraktsforhold viser Henriette Nazarian til at:

«Lojalitetsplikten oppstår allerede på tidspunktet for avtaleforhandlinger og løper gjennom hele kontraktsforholdet, tidvis endog etter at avtaleforholdet er avsluttet.»<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> Rt. 1959 s. 900 på side 901

<sup>91</sup> Terje Seljelid, *Lojalitet i stat og kommune*, Hamar 1996 på side 54 og 55

<sup>92</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 31 og 32

Hun åpner dermed opp for at lojalitetsplikter kan oppstå før arbeidsavtale er inngått og at den også vedvarer i tiden etter at arbeidsforholdet har opphørt. Tiden før avtaleinngåelse kalles gjerne for den prekontraktuelle fase og det er klart at kontraktspartene også i denne perioden kan inneha enkelte plikter som har utspring i lojalitetsbetraktninger.<sup>93</sup> At lojalitetsprinsippet er av betydning på alle stadier i kontraktsforholdet har blant annet kommet til uttrykk i kommentaren til UNIDROIT Principles art. 1.7 hvor det blir uttalt at:

«By stating in general terms that each party must act in accordance with good faith and fair dealing paragraph (1) of this Article makes it clear that even in the absence of special provisions in the Principles the parties' behavior throughout the life of the contract, including the negotiation process, must conform to good faith and fair dealing.»<sup>94</sup>

For spørsmålet om det foreligger illojal konkurranse vil rekkevidden av det prekontraktuelle ansvaret få noe begrenset betydning. Det kan likevel tenkes at det kan oppstå problemstillinger vedrørende en arbeidstakers lojalitet dersom han i den prekontraktuelle fasen driver konkurrerende virksomhet, og denne virksomheten oppnår konkurransefordeler på bakgrunn av kunnskap han får hos arbeidsgiver. Om konkurransen er illojal vil måtte bero på en totalvurdering av momentene som blir behandlet i avhandlingens punkt 3.

Som det fremgår av den tidligere fremstillingen er det klart at det foreligger en lojalitetsplikt under arbeidsforholdet. Det er på dette tidspunktet at arbeidsgivers behov for beskyttelse er på sitt sterkeste. Også under permittering, suspensjon og permisjon vil lojalitetsplikten som utgangspunkt foreligge.<sup>95</sup> Dette er naturlig da arbeidsforholdet ikke er bragt til opphør.

Som illustrasjon vises det til rettens vurderinger i RG. 2012 s. 374. Saken gjaldt en sivilingeniør som i en periode på 52 uker var blitt permittert fra en heltidsstilling, og

---

<sup>93</sup> Lasse Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, Oslo 1997

<sup>94</sup> UNIDROIT Principles side 19

<sup>95</sup> Jan Tormod Dege, *Den individuelle Arbeidsrett*, Del II, Oslo 2009 på side 813

ned til en stilling på 50 % ved et patentkontor. Dette ble begrunnet med redusert oppdragsmengde og reduserte inntekter. Tvisten dreide seg om arbeidstakeren i permitteringsperioden kunne ta arbeid hos en virksomhet som var i konkurranse med arbeidsgiveren. Lagmannsretten kom til at lojalitetsplikten under permittering måtte sees i lys av arbeidstakers berettigede interesse i å skaffe seg andre inntekter. Det ble her lagt vekt på systembetraktninger, og at det skal være sammenheng i regelverket i forhold til folketrygdens regler om plikt til å ta høvelig arbeid. Dette tilsa at det skulle svært mye til for at arbeidsgiver kunne nekte en permittert arbeidstaker å ta arbeide for en annen bedrift som tilbyr samme tjeneste i samme marked.

I vurderingen av berettigelsen til å ta annet arbeide hos en konkurrent uttalt lagmannsretten at:

«Ved permittering består arbeidsforholdet, men både lønnsplikt og arbeidsplikt er suspendert. Spørsmålet er om suspensjon av arbeidsplikten får konsekvenser for en mulig plikt til ikke å ta arbeid for andre, en plikt som ellers kan følge av den alminnelige ulovfestede lojalitetsplikten.

Ved permittering er det arbeidsgivers forhold som foranlediger at arbeidstakeren må søke annet arbeid, regulært for en annen arbeidsgiver. Når en permittert arbeidstaker skal skaffe seg midlertidig arbeid, vil det være lettest og mest nærliggende å skaffe seg samme type arbeid som vedkommende har i den stillingen han eller hun er permittert fra. Ved tildeling av nytt arbeid fra NAV, plikter arbeidstaker å ta imot høvelig arbeid, se folketrygdloven § 4-5. Arbeid av samme art som arbeidstakeren er permittert fra vil regulært være slikt høvelig arbeid. Permitteringsinstituttet har både en bedriftsmessig og en arbeidsmarkedsmessig funksjon, som skal gi fleksibilitet, se blant annet Stein Evju, *Arbeidsrett* (2010) side 597-598. Når en bedrift ikke makter å sysselsette en ansatt, kan det bare i helt spesielle tilfeller være adgang til å begrense arbeidstakers mulighet til å redusere sitt eget tap og/eller det offentliges utgifter som følge av bedriftens beslutning om permittering.

[...]

Etter lagmannsrettens syn tilsier sammenhengen i regelverket og systembetraktninger at det forutsetter klare holdepunkter og sterke interesser hos en arbeidsgiver før en arbeidsgiver som ikke makter å sysselsette sine ansatte, ut fra lojalitetsbetraktninger i permitteringstiden skal kunne nekte den permitterte å arbeide for andre som driver med det samme.»<sup>96</sup>

Siden arbeidsforholdet ikke er opphørt i oppsigelsestiden er det naturlig at lojalitetsplikten også består i denne perioden. Noe som også ble resultatet i Sarpsborg byretts dom av 12. Februar 1988 som er inntatt i NAD 1988 s. 367. Saken omhandlet gyldigheten av en avskjedigelse av en prosjektleder/salgsmedarbeider. Bakgrunnen var at han i oppsigelsestiden hadde vært med på å starte opp en konkurrerende virksomhet hvor han var medeier med 25 %, og medlem av styret i bedriften.

I Oslo namsretts dom av 25. februar 1987 inntatt i NAD 1987 s. 282 hadde en administrerende direktør sagt opp sin stilling med tre måneders oppsigelsestid, og med ønske om å straks fratrukke sin stilling. Retten la til grunn at selv om han hadde blitt fritatt fra arbeidsplikten fra denne datoen så hadde ikke lojalitetsplikten opphørt, og han var dermed bundet av denne i oppsigelsestiden. Det ble dermed ansett som uheldig at han neste dag hadde informert de andre ansatte om at han skulle starte egen konkurrerende virksomhet.

Den tradisjonelle oppfatningen er at lojalitetsplikten i en viss utstrekning også består etter at arbeidsforholdet har opphørt.<sup>97</sup> Noe som straffeloven § 294 nr. 2 er ansett for å være et utslag av. Bestemmelsen straffer den som misbruker forretnings- eller driftshemmeligheter i to år etter at arbeidsforholdet har opphørt.

Spørsmålet om det forelå illojal konkurranse etter opphøret av arbeidsforholdet var oppe i Borgarting lagmannsretts dom inntatt i RG. 1999 side 427. Saken var her at samtlige ansatte i et konsulentfirma hadde sagt opp sine stillinger på grunn av uro og

---

<sup>96</sup> RG. 2012 s. 374

<sup>97</sup> Alex Borch og Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett nr. 2 fra 2000 på side 77 og Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 31 og 32

usikkerhet rundt firmaets fremtidige drift. Kort tid etter utløpet av oppsigelsestiden stiftet den tidligere daglige lederen, sammen med to av de andre ansatte, et nytt selskap som tilbød likeartede tjenester til i det vesentligste de samme kundene som deres tidligere arbeidsgiver. Lojalitetsplikten til arbeidstaker og den tidligere markedsføringsloven § 1 ble etter en konkret vurdering ikke ansett overtrådt.

I vurderingen viste retten til at «[s]pørsmålet blir dernest om de ankende parter etter 1 januar 1996 overtrådte markedsføringsloven § 1 første ledd eller den lojalitetsplikt som i noen grad består etter opphør av arbeidsforholdet.»<sup>98</sup> Likevel slik at det ikke gjelder «noe generelt forbud mot å tilby sine tjenester i samme marked som tidligere arbeidsgiver [...] Rettsstridsspørsmålet må vurderes på bakgrunn av den fremgangsmåte som ble benyttet og forholdene ellers.»<sup>99</sup> Hva som skal til for å konstatere rettsstrid vil bli behandlet nedenfor.

Arbeidstakers lojalitetsplikt kan dermed også sette grenser for arbeidstakers adferd etter at arbeidsforholdet er avviklet, men at det klare utgangspunktet likevel er at arbeidstaker etter opphøret av arbeidsforholdet står rimelig fritt til både å starte egen konkurrerende virksomhet, og til å begynne som arbeidstaker hos en av arbeidsgivers konkurrenter.<sup>100</sup>

### **3.7 Hvilke minstekrav stilles til arbeidstakers adferd?**

#### **3.7.1 Innledning**

I denne delen av avhandlingen skal det drøftes hvilke krav Høyesterett har stilt til arbeidstakers adferd ved vurderingen av om en konkurrerende virksomhet var illojal.

Som det tidligere er redegjort for så er begrepet minstekrav hentet fra den juridiske teorien og er ikke benyttet i rettspraksis. Begrepet er deskriptivt og bruken innehar en

---

<sup>98</sup> RG. 1999 s. 427 nederst på side 8

<sup>99</sup> RG. 1999 s. 427 på side 9

<sup>100</sup> Alex Borch og Jan Fougner, *Konkurransen med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett nr. 2 fra 2000 på side 78 og Kristen Andersen, *Fra arbeidslivets rett*, Oslo 1967 på side 148

pedagogisk funksjon da det gir veiledning for hvordan vurderingselementene i rettspraksis har blitt benyttet som minstekrav til lojalitetssubjektets adferd. Adferd som avviker fra disse kravene vil etter en helhetsvurdering kunne bli karakterisert som illojal. Her vil det også være synlig den interesseavveining som domstolene foretar mellom hensynene til arbeidsgivers behov for beskyttelse og arbeidstakers behov for handlefrihet.<sup>101</sup> Disse hensynene vil kunne bli tillagt forskjellig vekt avhengig av om arbeidsforholdet fortsatt foreligger eller om det er opphørt. Lagmannsrettens kjennelse inntatt i RG. 2012 s. 374, som det ble redegjort for ovenfor, er et eksempel der nettopp interesseavveiningen var meget synlig i domstolens vurdering av arbeidstakers adferd. Her ble arbeidstakerens handlefrihet gjennom hans behov for å kunne skaffe seg ytterligere inntekter tillagt mer vekt enn arbeidsgiverens behov for beskyttelse ettersom det var forhold på arbeidsgivers side som førte til permitteringen av den ansatte.

### **3.7.2 Er det et minstekrav at handlingen har forårsaket en negativ effekt?**

Det første som skal drøftes er om det kan stilles krav til at den konkurrerende virksomheten må ha hatt en viss negativ virkning, eller fare for negativ virkning for at den skal føre til illojalitet. Begrepet negativ virkning er benyttet som et videre alternativ enn begrepet økonomisk tap. Dette er gjort da det ofte kan være vanskelig å konstatere at den konkurrerende virksomheten har påført arbeidsgiveren et økonomisk tap som er målbart på domstidspunktet, samt at arbeidstakers lojalitetsplikt skal beskytte også andre interesser enn de rent økonomiske. Begrepet negativ effekt omfatter således økonomisk tap, tap av tillit, bedriftshemmeligheter, konkurransefordeler eller virksomhetens konkurranseevne m.m.

Under punkt 3.3 ble det redegjort for at det må foreligge en konkurransesituasjon for at spørsmålet om illojal konkurranse skal foreligge. Dette er ikke det samme som å stille krav om at det må foreligge negativ virkning, men det er klart at dersom det foreligger en konkurransesituasjon så vil det foreligge risiko for at konkurransen kan påføre

---

<sup>101</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 347



arbeidsgiveren en negativ virkning. Det som skal vurderes i dette punktet er om negativ effekt er et vilkår for at konkurrerende virksomheten skal kunne medføre illojalitet.

Det er verdt å påpeke at en av prosessforutsetningene for at en adferd skal kunne reageres mot med bistand av rettsapparatet er at adferden har hatt et visst minimum av negativ virkning. Dette følger av tvisteloven<sup>102</sup> § 1-3 annet ledd hvor det stilles krav til at den som reiser saken må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort. Spørsmålet om illojal konkurranse kommer som regel opp i retten i forbindelse med oppsigelse, avskjed eller erstatningskrav og tvistelovens krav til reelt behov vil derfor sjeldent komme på spissen. En nærmere redegjørelse for denne prosessforutsetningen faller utenfor det som er naturlig å behandle i avhandlingen.

Det er også klart at det må foreligge et økonomisk tap dersom en part skal kunne få erstatning som følge av illojal konkurranse. Spørsmålet om erstatning som sanksjon for konkurrerende virksomhet vil bli nærmere behandlet under avhandlingens punkt 5.5.

Tore Lunde sin definisjon av konkurrerende virksomhet, som redegjort for ovenfor, blir av Henriette Nazarian brukt til å drøfte om økonomisk tap er en forutsetning for illojal konkurranse.<sup>103</sup> Dette mener jeg er noe upresist da vurderingene av om noe er illojalt, og om noe er konkurrerende vil være to drøftelser som ikke nødvendigvis er avhengige av hverandre.

Dersom arbeidstakeren driver konkurrerende virksomhet som medfører en negativ økonomisk konsekvens for arbeidsgiveren kan han normalt protestere på dette. I dom fra Brønnøy herredsrett inntatt i NAD 1981 s. 105 hadde en selger formidlet salg av dekk, batterier og olje for en konkurrent av sin arbeidsgiver. Dette ble funnet å være så graverende at avskjedigelsen ble ansett for å være berettiget. I Oslo byretts dom inntatt i NAD 1984 s. 134 ble avskjedigelsen av en deltidsansatt ekspeditør i en video avdeling ansett rettmessig da han hadde søkt å fremme egne økonomiske interesser ved å selge kunder egne filmer til lavere pris enn forretningens.

---

<sup>102</sup> Lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

<sup>103</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 483

I Autronica-dommen,<sup>104</sup> som det ble redegjort for ovenfor, vurderte både flertallet og mindretallet betydningen av om det forelå økonomisk tap. Her var det ikke dokumentert at Autronica Offshore hadde lidt noe økonomisk tap som følge av at arbeidstakeren hadde vært registrert som daglig leder i det konkurrerende selskapet. Det var derimot klart at det konkurrerende selskapet hadde hatt en meget beskjeden virksomhet. Noe som ikke ble tillagt noe vekt av flertallet da «man [måtte] legge vekt på hvilke hensikter som lå bak og hvilke fremtidsmuligheter man så» i den konkurrerende virksomheten. Førstvoterende viste til at det var grunn til å anse produktene til Autronica og den konkurrerende virksomheten for å være i konkurranse med hverandre.

Det ble dermed lagt vekt på de mulighetene for tap som forelå, og det var tilstrekkelig med risiko for økonomisk tap for å kunne konstatere at den konkurrerende virksomhet var i strid med arbeidstakers lojalitetsplikt.

For mindretallet på to dommere ble ikke dette ansett for å være tilstrekkelig da andrevoterende la vekt på at:

«[Alarm]systemene iallfall i utgangspunktet ble solgt til ulike kundegrupper. [...] Videre kommer at den konkurransehandlingen det dreier seg om var svært beskjeden, i form av oppslag eller utlegging av noen brosjyrer, og ikke ledet til noe salg.»<sup>105</sup>

Videre viser andrevoterende til lagmannsrettens votum hvor det ble uttalt at:

« ... det kan ikke påvises at hennes posisjon som daglig leder har påført Autronica Offshore AS noen form for tap.»<sup>106</sup>

Det fremstår som usikkert om annenvoterende med dette mener at økonomisk tap er et vilkår som må foreligge for at en konkurrerende virksomheten skal kunne medføre illojalitet, eller om den konkurrerende virksomheten ikke var omfattende nok til å

---

<sup>104</sup> Rt. 1996 s. 1401

<sup>105</sup> Rt. 1990 s. 1401 på side 1409

<sup>106</sup> Rt. 1990 s. 1401 på side på side 1410

kunne begrunne oppsigelsen. For drøftelsen av oppsigelse som sanksjon ved illojal konkurranse vises det til avhandlingens punkt 5.2.

I Rt. 1997 s. 1128 fremstår det som klart at det ikke er et minstekrav at det må foreligge et økonomisk tap for en handling skal kunne medføre illojalitet. Saken var her at en administrerende direktør hadde fått utleggstrekk på sin lønn, noe som han hadde unnlatt å informere sin arbeidsgiver om. Forholdet ble oppdaget av økonomisjefen og personalsjefen uten at den administrerende direktøren fulgte opp lovnaden om at han skulle ordne opp i forholdet. Det ble i mellomtiden utbetalt lønn, og da personalsjefen oppdaget at den administrerende direktøren enda ikke hadde tatt kontakt med styreformannen, tok han selv affære og ga beskjed om forholdet. Her hadde den administrerende direktørens handlinger skapt problemer både utad og innad for selskapet. Utad risikerte selskapet ansvar for påleggstrekket, jf. tvangsfullbyrdelsesloven<sup>107</sup> § 7-22 tredje ledd. Samt fare for tap av anseelse. Innad oppstod det en lojalitetskonflikt mellom den administrerende direktøren og hans underordnede som følge av den administrerende direktørens adferd. Hans opptreden kunne dermed ha en meget uheldig signaleffekt innad i selskapet. Forholdet ble av Høyesterett karakterisert som en «tillitskrise» som berettiget avskjed.<sup>108</sup> Selv om det ikke hadde oppstått noe økonomisk tap ble altså den administrerende direktørens adferd ansett for å være illojal. Det bemerkes at det i dommen forelå fare for tap da selskapet risikerte ansvar for utleggstrekket, men at det ikke fremkommer om dette var en forutsetning for Høyesteretts resultat. Høyesterettsdommen viser således at tap av tillit kan være med på å begrunne at en adferden er illojal.

I Rt. 1993 s. 300 var det tvist om gyldigheten av en avskjed. Arbeidstakeren hadde ikke informert sine overordnede om at han forhandlet om personlig overtakelse av et firma som hans arbeidsgiver hadde forretningsforbindelse med, og som arbeidsgiveren tidligere hadde ønsket å overta. At arbeidstakeren hadde inngått forhandlinger med firmaet uten å ha informert arbeidsgiveren ble av Høyesterett ansett som illojalt. Det ble ikke lagt vekt på at de tidligere forhandlingene mellom arbeidsgiver og firmaet ikke

---

<sup>107</sup> Lov 26 juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)

<sup>108</sup> Rt. 1998 s. 1128 på side 1134

hadde ført frem. Selv om arbeidstakerens adferd ikke hadde skadet arbeidsgiveren ble adferden likevel ansett for å være grovt illojal.

Det kan dermed utledes fra rettspraksis at det ikke er krav om at det må foreligge et økonomisk tap for at en handling skal være illojal. Også andre negative virkninger, eller fare for negative virkninger vil være tilstrekkelig for at en handling skal være i strid med lojalitetsplikten. Hensynet til at lojalitetsplikten også skal ivareta andre interesser enn de rent økonomiske tilsier at andre forhold, som eksempelvis tap av tillit er omfattet. Noe som også følger av rettspraksisen som er drøftet ovenfor. Adferd som ikke er egnet til å påføre arbeidsgiver økonomiske tap, eller fare for tap, vil sjelden bli aktuelt ved spørsmålet om det foreligger illojal konkurranse da de fleste konkurransehandlinger vil kunne lede til økonomisk tap, fare for økonomisk tap eller tap av arbeidsgivers tillit til at arbeidstakeren skjøtter sine arbeidsoppgaver samvittighetsfullt.

Det er likevel verdt å bemerke at det ved lojalitetsvurderingen er adferden, og ikke resultatet av adferden, som er det sentrale i vurderingen. Dette står i kontrast til rimelighetsprinsippet som er kommet til uttrykk i blant annet avtaleloven § 36, hvor det er resultatet som blir avgjørende for vurderingen.<sup>109</sup>

### **3.7.3 Er det et minstekrav om klanderverdighet for at adferden skal være illojal?**

Det skal her drøftes om det oppstilles et minstekrav om at arbeidstakers adferd er klanderverdig for at adferden skal kunne medføre illojalitet. All den tid begrepet lojal beskrives som hederlig, trofast og ærlig ligger det en antydning om skyld i antonymet illojal. Ut fra dette kan det presumeres et krav om klanderverdighet for at en adferd skal medføre brudd på lojalitetsplikten. Som Lasse Simonsen skriver, «[s]temples en handlemåte som illojal, uttrykkes samtidig at skadevolder burde ha handlet annerledes.»<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 239

<sup>110</sup> Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997 på side 164

Også for de lovfestede opplysningspliktene i avtaleloven § 33, avhendingslova<sup>111</sup> § 3-7, kjøpsloven<sup>112</sup> § 19 første ledd litra b, bustadoppføringslova<sup>113</sup> § 26, husleieloven<sup>114</sup> § 2-4 og håndverkertjenesteloven<sup>115</sup> § 19 stilles det krav til klanderverdighet i det at lojalitetssubjektet burde ha handlet annerledes. Disse opplysningspliktene bygger som tidligere omtalt på lojalitetsbetraktninger, og stiller alle krav til at parten enten kjente eller måtte kjenne til forholdet for at unnlatsen skal være i strid med opplysningsplikten. De lovbestemte opplysningspliktene oppstiller således også en aktsomhetsplikt ved at forhold som kontraktsparten «måtte kjenne til» blir omfattet. Begrepet er av en normativ karakter og utgjør således ikke en bevisregel.<sup>116</sup>

For den ulovfestede opplysningsplikten følger det av den tidligere omtalte Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1995 s. 1460 at det også her stilles krav til aktsomhet fra kontraktspartnerens side, og at brudd på aktsomhetsplikten kan medføre at adferden blir ansett for å være klanderverdig. Tvisten i saken var om et salg av aksjer i et engineeringsselskap var ugyldig som følge av at selgeren ikke hadde opplyst om en foreliggende patentsøknad. Både avtaleloven § 33 og lojalitetsprinsippet ble påberopt som ugyldighetsgrunner. Førstvoterende for rettens flertall benyttet seg kun av lojalitetsprinsippet da han viste til at selgeren «burde ha forstått at kunnskap om søknaden om patent ville vært av vesentlig betydning for OTCs beslutning om å kjøpe aksjene og for vederlaget ved et eventuelt kjøp av aksjene.»<sup>117</sup>

Også i Rt. 1998 s. 761 synes førstvoterende å mene at det må være noe klanderverdig ved adferden for at den skal medføre illojalitet. Saken dreide seg om krav om erstatning for den negative kontraktsinteresse som følge av at bankens finansiering av et prosjekt ikke ble fulgt opp med fullfinansiering. Banken hadde verken ved muntlige løfter, eller ved sin adferd bundet seg til dette. I førstvoterendes votum ble det uttalt at:

---

<sup>111</sup> Lov 3 juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

<sup>112</sup> Lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)

<sup>113</sup> Lov 13 juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)

<sup>114</sup> Lov 26 mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven)

<sup>115</sup> Lov 16 juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven)

<sup>116</sup> Rt. 2002 s. 696 på side på side 702

<sup>117</sup> Rt. 1995 s. 1460 på side 1470

«Hvilken rettslig norm dette hendelsesforløpet her skal vurderes opp mot, er noe uavklart i norsk rett; det er en sparsom rettspraksis og ikke noen helt entydig juridisk teori når det gjelder vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse. Men utgangspunktet må være at det kreves en klanderverdig opptreden under kontraktsforhandlingene - illojalitet, uredelighet, forledelse eller liknende.»<sup>118</sup>

Rettspraksis vedrørende andre lojalitetsplikter enn opplysningsplikten drøfter svært sjeldent spørsmålet om adferden har vært klanderverdig, men det fremgår likevel av faktum at det har vært det og i mange tilfeller vil det fremgå indirekte av de vurderingene som retten foretar at adferden blir karakterisert som klanderverdig.

Et eksempel der Høyesterett viser til vurderingen av klanderverdigheten er Rt. 1959 s. 900. Saken dreide seg om en sveiser som hadde blitt sagt opp fra sin stilling fordi han hadde påtatt seg ekstraarbeid i fritiden hos en annen arbeidsgiver. Som grunnlag for oppsigelsen ble det for Høyesterett blant annet vist til at oppsigelsen var begrunnet i illojalitetsbetraktninger. I drøftelsen av den konkurrerende virksomheten ble det av førstvoterende uttalt at:

«Etter det resultat jeg er kommet til, finner jeg det unødvendig å ta stilling til om det i april 1956 eksisterte et konkurranseforhold mellom Verkstedet og Flakke. Heller ikke tar jeg standpunkt til om Iversen påtok seg et arbeid som bedriften etter et rimelig skjønn kunne fått. *Avgjørende for meg er nemlig at jeg ikke kan finne at det er grunn til å bebreide Iversen at han påtok seg sveisearbeidet og heller ikke at han fortsatte med det etterat han den 27. april 1956 hadde mottatt den betingede oppsigelse.*»<sup>119</sup> (min kursivering).

Her gikk altså ikke førstvoterende inn på spørsmålet om det forelå konkurranse da det ikke var grunn til å bebreide arbeidstakeren for forholdet. Dette taler for at det må foreligge bebreidelse for at en handling skal medføre illojalitet.

---

<sup>118</sup> Rt. 1998 s. 761 på side 772

<sup>119</sup> Rt. 1959 s. 900 på side 903

I Rt. 2001 s. 1589 hadde en arbeidstaker blitt oppsagt etter å ha brukt arbeidsgivers internettlinje til private formål. Høyesterett la i sin vurdering vekt på at arbeidstakeren var klar over at hans nedlasting skjedde til fortrenghet av de andre brukerne, og at hans bruk dermed var et problem for arbeidsgiver.<sup>120</sup> Således la Høyesterett vekt på det klanderverdige ved hans adferd i vurderingen av om han hadde forholdt seg lojal til arbeidsgivers interesser.

Det er også i den juridiske teorien lagt til grunn at adferden må være klanderverdig for at den skal kunne medføre illojalitet. I fremstillingen av det prekontraktuelle ansvaret viser Lasse Simonsen til at:

«Lojalitetskravet forutsetter tilstedeværelsen av skyld hos skadevolder, og faller slik sett sammen med den alminnelige culpanormen i norsk erstatningsrett. Stemples en handlemåte som illojal, uttrykkes samtidig at skadevolder burde ha handlet annerledes».<sup>121</sup>

Også Arne Falkanger Thorsen oppstiller i en artikkel om lojalitetsplikten i kontraktsforhold et vilkår om at:

«[T]apet [må] ha oppstått på en for skadelidte urimelig måte, med andre ord det må være noe subjektivt klanderverdig ved den handling kontraktsparten har foretatt, og som resulterte i skaden.»<sup>122</sup>

Alex Borch og Jan Fougner viser i sin fremstilling om konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver til at dersom arbeidstakeren er i god tro så vil det være «et moment som må kunne tillegges vekt ved vurderingen av om det foreligger illojal konkurranse.»<sup>123</sup> Også Henriette Nazarian viser til at adferden normalt må være klanderverdig for å kunne karakteriseres som illojal.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> Rt. 2001 s. 1589 på side 1597

<sup>121</sup> Lasse Simonsen, *Prekontraktuelle ansvar*, Oslo 1997 på side 164

<sup>122</sup> Arne Falkanger Thorsen, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Jussens Venner, 1993 side 36-54 på side 37

<sup>123</sup> Alex Borch og Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett, nr. 2 (2000) side 67-100 på side 73

<sup>124</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 252

Etter dette kan det konkluderes med at det må stilles et minstekrav om at adferden må være klanderverdig for at den skal kunne medføre illojalitet. Spørsmålet blir i det følgende hva som skal til for at en konkurrerende virksomhet skal anses for å være klanderverdig.

### **3.7.4 Hva skal til for at adferden skal være klanderverdig?**

I dette punktet drøftes hva som skal til for at arbeidstakers adferd skal anses for å være klanderverdig. Det ble i punkt 3.1 redegjort for at det er noe uenighet vedrørende det rettslige utgangspunktet for konkurrerende virksomhet. Den juridiske teorien har splittet seg vedrørende om at all konkurrerende virksomhet som utgangspunkt skal medfører illojalitet, eller om at utgangspunktet skal være at arbeidstaker har handlefrihet, og at den som utgangspunkt også omfatter arbeidstakers rett til å drive konkurrerende virksomhet. Det kan stilles spørsmål om denne uenigheten skyldes at forfatterne har ulikt syn på spørsmålet om konkurrerende virksomheten alltid anses for å være klanderverdig, eller om uenigheten skyldes andre forhold. Det er vanskelig å si noe sikkert om dette.

Om de forskjellige utgangspunktene har noe særlig betydning for resultatet er heller ikke sikkert. Det fremstår som at det er enighet om at konkurrerende virksomhet ofte vil være illojalt og dermed forbudt etter lojalitetsplikten.

Dersom det i avhandlingen kun skulle vurderes hvilke skranker arbeidstakers lojalitetsplikt setter for konkurrerende virksomhet under ansettelsesforholdet ville det vært mindre behov for å foreta en slik differensiering da det sikre utgangspunktet er at konkurrerende virksomhet som utføres mens kontraktsforholdet består normalt er illojalt.<sup>125</sup> Da avhandlingen tar for seg forskjellige faser av arbeidsforholdet er det naturlig å ta utgangspunkt i arbeidstakers handlefrihet, for så å redegjøre for de forskjellige momentene som har vært drøftet i rettspraksis.

---

<sup>125</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 478



Det kan hevdes at det ved konkurrerende virksomhet allerede foreligger en presumpsjon om klanderverdighet. En slik presumpsjon kan bygge på fraværet av konkrete drøftelser vedrørende spørsmålet om vilkåret til klanderverdighet er oppfylt i rettsavgjørelser der det er påberopt at det foreligger illojal konkurranse.

Det er imidlertid flere momenter som taler mot en slik presumpsjon. Selv om det i rettspraksis ikke foreligger eksplisitte drøftelser om vilkåret til klanderverdighet er oppfylt i det konkrete tilfellet, så får en rekke ulike forhold ved lojalitetssubjektets adferd betydning for lojalitetsvurderingen til domstolene. Dette taler for at den konkurrerende virksomhet ikke i seg selv er klanderverdig, men at det er adferden rundt den konkurrerende virksomheten som kan lede til klanderverdighet og deretter illojalitet. Dersom det hadde vært en presumpsjon om klanderverdighet så hadde ikke vurderingen av adferden til lojalitetssubjektet vært nødvendig.

Avgjørelsene i Rt. 1959 s. 900 og RG. 2012 s. 372, som redegjort for ovenfor, illustrerer at det ikke alltid vil foreligge illojalitet selv om det foreligger konkurrerende virksomhet. Drøftelsen senere i avhandlingen vedrørende betydningen av arbeidsgivers kunnskap, godkjenning og passivitet vil også være egnet til å illustrere at det ikke er den konkurrerende virksomheten i seg selv som er klanderverdig, men adferden rundt konkurransen som kan lede til at illojalitet konstateres. Det er derfor nødvendig å redegjøre nærmere for de momentene som rettspraksis har ansett for å være relevante ved vurderingen av om arbeidstakers adferd er klanderverdig.

Arbeidstakers konkurrerende virksomheten følger av at han utfører aktive handlinger, noe som arbeidsgiver som utgangspunkt ikke kan klandres for. Dette medfører at det ved lojalitetsvurderingen ikke blir spørsmål om arbeidsgiveren selv kunne ha ivaretatt sine egne interesser, slik som det vil være der den klanderverdige handlingen er basert på unnlater fra lojalitetssubjektet.<sup>126</sup> Lojalitetsplikts relativitet får derfor ikke betydning for spørsmålet om det foreligger illojal konkurranse. Betydningen av arbeidsgiverens kunnskap og unnlattelse av å gripe inn der det foreligger virksomheten i konkurranse med hans egen, vil bli behandlet nedenfor under drøftelsen i punkt 3.8.2.

---

<sup>126</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 276

Ved vurderingen av om arbeidstakeren kan drive konkurrerende virksomhet, og i så fall hvilke konkurrerende virksomhet arbeidstakeren kan drive uten at det medfører illojalitet, står partenes beskyttelsesverdige forventninger sentralt. I denne vurderingen er det flere momenter som er relevante. Arbeidstakers lojalitetsplikt bygger, som tidligere redegjort for, på arbeidsgivers forventningen om at arbeidstakeren innenfor rimelighetens grenser skal ivareta hans interesser. Dette veier som utgangspunkt tyngre enn hensynet til arbeidstakers behov for å drive konkurrerende virksomhet mens ansettelsesforholdet består.<sup>127</sup>

Det sentrale i vurderingen av klanderverdigheten til den konkurrerende virksomhet er å trekke grensen for hvilke handlinger arbeidstakeren i kraft av sin alminnelige handlefrihet kan foreta seg uten at de blir ansett for å medføre et klanderverdig brudd på arbeidsgivers beskyttelsesverdige forventninger til arbeidstakers adferd. Dette må vurderes i den konkrete saken, og på bakgrunn av de forventninger som springer ut av ansettelsesavtalen. Det er derfor ikke mulig å gi en ubetinget definisjon av hva som er klanderverdig for alle tilfeller, men må søkes i en vurdering av momentene nedenfor. Vurderingen av klanderverdigheten er en konkret helhetsvurdering der forhold både på arbeidstaker og arbeidsgivers side er relevante.

#### ***3.7.4.1 Hvilken betydning har arbeidstakers stilling for vurderingen av adferdens klanderverdighet?***

Det skal i dette punktet redegjøres for hvilken betydning arbeidstakers stilling har for vurderingen av adferdens klanderverdighet. Sentralt i dette ligger betydningen av arbeidstakers stilling for vurderingen av den beskyttelsesverdige forventning arbeidsgiver har til hans adferd.

Det er flere rettsavgjørelser hvor det har blitt lagt særlig vekt på arbeidstakers stilling i lojalitetsbedømmelsen. Rt. 1990 s. 607, som redegjort for ovenfor, er et eksempel der

---

<sup>127</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 487 og Jan Fougner, *Arbeidsavtalen*, Oslo 1999 på side 207

Høyesterett har lagt vekt på arbeidstakernes stilling i selskapet. Her hadde administrerende direktør og systemsjefen vært med på å starte konkurrerende virksomhet. I forbindelse med lojalitetsvurderingen ble det uttalt at:

«Begge var nøkkelpersoner. Det må følge av lojalitetsplikten, ikke minst hensett til det nivå de befant seg på, at de pliktet å holde styret eller overordnede orientert om forhold som var av betydning for bedriftens virksomhet.»<sup>128</sup>

Rt. 1993 s. 300, som også er redegjort for tidligere, er enda et eksempel på at arbeidstakers stilling har fått betydning. Arbeidstakeren hadde stilling som daglig leder, noe som Høyesterett i uttalelsen om at «det er grunn til å stille strenge krav for så vidt til den som er daglig leder for en bedrift» la vekt på.<sup>129</sup>

I en dom fra Borgarting lagmannsrett av 15. mai 2006<sup>130</sup> hadde en administrerende direktør blitt avskjediget som følge av at han hadde skrevet en e-post som ga uttrykk for at han aktet å starte konkurrerende virksomhet. På bakgrunn av usikkerhet vedrørende den administrerende direktørens intensjon fant rettens flertall at forholdet verken ga tilstrekkelig grunnlag for avskjed eller oppsigelse. Mindretallet på tre dommere la vekt på at forholdet førte til så stor mistillit at ingen av partene var tjent med å opprettholde arbeidsforholdet. I vurderingen ble det av lagmannsretten lagt vekt på at:

«er enig i at en direktør som vil starte konkurrerende virksomhet med sin egen arbeidsgiver, og nyttiggjøre seg erfaring, kunnskap og nettverk fra dette arbeidssted, i utgangspunktet må anses å begå et grovt pliktbrudd.»<sup>131</sup>

Lagmannsretten gir således uttrykk for at de i vurderingen av hans adferd la vekt på hans stilling i selskapet.

At det blir lagt vekt på den ansattes stilling i lojalitetsvurderingen er naturlig. Det følger av at personer i ledende eller særskilt betroede stillinger ofte vil inneha mer omfattende

---

<sup>128</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 614

<sup>129</sup> Rt. 1993 s. 300 på side 305

<sup>130</sup> LB-2005-96635

<sup>131</sup> LB-2005-96635 på side 6

kunnskap om arbeidstakers virksomhet og at konkurrerende virksomhet fra denne ansatte vil inneha et større skadepotensiale enn dersom konkurrerende virksomhet startes av en ansatt i en mer perifer eller underordnet stilling. Uansett stilling er det imidlertid nødvendig at arbeidsgiver kan stole på at arbeidstaker oppfyller sine plikter lojalt.<sup>132</sup> Likevel vil det være slik at dette gjelder særlig for ansatte i ledende stillinger hvor arbeidsgiveren har et særlig behov for å kunne stole på arbeidstakerens lojalitet.

Arbeidsforhold er et kontraktsforhold hvor spørsmålet om tillit generelt sett er gitt stor betydning for vurderingen av adferdens klanderverdighet. Dette kommer av at partene over en lengre samarbeidsperiode, og under en felles målsetning har en særlig nær tilknytning til hverandre. Formålet bak arbeidsavtalen tilsier også at tillit bør vektlegges høyt da det er arbeidstakers oppgave å ivareta arbeidsgivers interesser under utføringen av arbeidet. Disse momentene taler for en streng bedømmelse av arbeidstakers adferd ved lojalitetsbedømmelsen.<sup>133</sup> I tillegg til dette vil det i enkelte arbeidsforhold foreligge et skjerpet krav til tillit ved at det stilles ytterligere krav til arbeidstakere i ledende stillinger, for særskilt betrodd ansatte og for ansatte i særlig uavhengig stillinger der arbeidsgiveren vanskeligere kan føre kontroll med arbeidstakers daglige oppfyllelse av arbeidsavtalen.

I Rt. 1997 s. 1128, som redegjort for tidligere, var det nettopp den tillitskrisen som den administrerende direktørens pliktbrudd medførte som berettiget hans avskjedigelse. Sondringen mellom ledende og underordnede stillinger gjøres således i forbindelse med vurderingen av hva som medfører et «grovt pliktbrudd» eller «vesentlig mislighold» som kan berettige avskjed etter den tidligere arbeidsmiljølovens § 66 nr. 1.<sup>134</sup> Dommen omhandler ikke konkurrerende virksomhet, men er illustrerende for det tillitskrav som Høyesterett har stilt til stillingen som administrerende direktør.

Dommen i Oslo byrett av 4. januar 1988 omhandlet en administrerende direktør som hadde blitt avskjediget i oppsigelsestiden da han hadde fremmet egne næringsinteresser på områder i nær tilknytning til den virksomheten hans arbeidsgiver drev. Retten viser

---

<sup>132</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 313

<sup>133</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 307 og 310 til 311, Lasse Simonsen, *Det prekontraktuelle ansvar*, Oslo 1997 på side 157

<sup>134</sup> Rt. 1997 s. 1128 på side 1133

her til at det må legges stor vekt på nødvendigheten av et absolutt tillitsforhold mellom styret og direktøren.<sup>135</sup>

I Oslo byretts dom av 24. Februar 1987 var spørsmålet om avskjedigelsen av tre ansatte var rettmessig. En salgsdirektør, distriktssjef og avdelingssjef hadde tatt kontakt med et konkurrerende firma for å få eneagentur i Norge for dette firmaets kontormaskiner. Retten la her til grunn at også ansatte i ledende stillinger har anledning til å undersøke mulighetene for å starte for seg selv, uten dette kan gi saklig grunnlag for avskjed. Rettens mindretall mente at de ansattes handlemåte ga arbeidsgiveren saklig grunn for oppsigelse og at det var illojalt av arbeidstakere i ledende stillinger å ta kontakt med et konkurrerende firma med sikte på å starte egen, konkurrerende virksomhet.<sup>136</sup>

Spørsmålet om adgangen til å foreta forberedelseshandlinger til oppstart av egen konkurrerende virksomhet vil bli nærmere behandlet i avhandlingens punkt 4.3. Tillit er således en sentral del av alle arbeidsforhold, og jo viktigere tillit er i det konkrete arbeidsforholdet, desto større betydning får det i lojalitetsvurderingen at arbeidstakers adferd har medført et tillitsbrudd. At en ansattes tillitsbrudd kan medføre oppsigelsesgrunn, selv om det ikke foreligger noe økonomisk tap kan således begrunnes i den sentrale betydningen av at det foreligger tillit i arbeidsforholdet.<sup>137</sup>

#### ***3.7.4.2 Hvilken betydning har den konkurrerende virksomhetens omfang og skadepotensiale for vurderingen av adferdens klanderverdighet?***

Ovenfor, under drøftelsen av betydningen av arbeidstakers stilling for spørsmålet om adferdens klanderverdighet, ble det vist til at det er et skjerpet krav om tillitsfull adferd for arbeidstakere i særskilte stillinger. Dette ble delvis begrunnet i at det for ansatte i særskilte stillinger kan foreligge et skjerpet krav til deres adferd på grunn av adferdens skadepotensiale. I dette punktet skal det redegjøres for hvilke betydning adferdens skadepotensiale har for spørsmålet om adferdens klanderverdighet.

---

<sup>135</sup> NAD 1988 s. 202 på side 2 i dommen

<sup>136</sup> NAD 1987 s. 269 på side 3 i dommen

<sup>137</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 296

Illojal adferd hos arbeidstakere i ledende, særskilte eller selvstendige stillinger kan, som redegjort for ovenfor, medføre et skadepotensiale for arbeidsgiver. Arbeidstakere i slike stillinger innehar særlige kunnskaper om arbeidsgivers virksomhet som kan bety at illojale konkurranse kan få store konsekvenser for arbeidsgivers virksomhet.

At adferden må være egnet til å påføre arbeidsgiveren en negativ effekt er, som behandlet i punkt 3.7.2, en nedre grense for illojalitet. Det vises tilbake til denne drøftelsen for hva som menes med negativ effekt. Det skal i dette punktet drøftes hvilken betydning negativ effekt ut over minstekravet har for spørsmålet om adferden kan anses for å være klanderverdig. For spørsmålet om den illojale adferden er betydelig nok til å kunne begrunne sanksjoner som oppsigelse, avskjed og lignende, vises det til drøftelsene i kapittel 5.

Henriette Nazarian har i sin fremstilling om lojalitetsplikt i kontraktsforhold fremholdt at graden av negativ effekt som adferden kan føre til, må få betydning for hvor streng lojalitetsplikt som oppstilles. Dette må gjøres på bakgrunn av at jo større negativ effekt som kan oppstå, desto større oppfordring har lojalitetssubjektet til å søke å unngå adferden.<sup>138</sup> Da det er en klar sammenheng mellom den konkurrerende virksomhetens omfang og den negative effekten som arbeidsgiver kan bli påført er det rimelig å si at det for konkurrerende virksomhet i stort omfang vil være et større skadepotensiale for arbeidsgiver og dermed en større grunn for arbeidstakeren til å avstå fra virksomheten. At det stilles større krav til aktsomhet jo større risiko og omfang den negative effekten kan ha, er en kjente vurdering fra erstatningsretten.<sup>139</sup>

Det er en rekke rettspraksis hvor omfanget av den konkurrerende virksomheten har blitt drøftet. I Rt. 1996 s. 1401, som tidligere redegjort for, var både flertallet og mindretallet inne på betydningen av at arbeidstakerens deltakelse i firmaet kun var av en beskjeden karakter. Det at markedsføringen ikke hadde resultert i noe salg kunne etter førstvoterendes syn ikke være et avgjørende moment.<sup>140</sup> Førstvoterende for

---

<sup>138</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 295

<sup>139</sup> Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. Utgave, Oslo 2009 på side 134

<sup>140</sup> Rt. 1996 s. 1401 på side 1407

rettens flertall tok utgangspunkt i konkurransesituasjonen og vurderte andre momenter ved arbeidstakers adferd. Viser til drøftelsen av disse nedenfor.

Mindretallet i dommen la vekt på at den konkurrerende virksomheten kun skjedde innenfor en perifer del av arbeidsgivers virksomhet og i et svært beskjedent omfang. På bakgrunn av dette, samt usikkerhet vedrørende om det i det heletatt forelå en konkurrerende virksomhet, konkluderte mindretallet med at arbeidstakeren ikke hadde handlet illojalt. Ved at mindretallet la vekt på at virksomheten kun ble utøvd innenfor en perifer del av arbeidsgivers virksomhet, og i et beskjedent omfang ble det lagt vekt på at adferden hadde et beskjedent skadepotensiale.

I RG. 1984 s. 1019 var spørsmålet om arbeidstakeren kunne kreve erstatning for urettmessig avskjedigelse. Av de anførte grunnlagene for avskjedigelsen fant lagmannsretten kun beskyldningen om at arbeidstakeren hadde drevet konkurrerende virksomhet som godtgjort. Arbeidstakeren hadde rundt årsskiftet 1980-81 tegnet seks til syv grafiske polygonoversikter for en av konkurrentene til arbeidsgiveren. Arbeidet hadde blitt utført på kontoret til konkurrenten og arbeidstakeren hadde mottatt kr. 2000,- i betaling. I vurderingen av arbeidstakerens lojalitet ble det av lagmannsretten lagt vekt på at det var «tale om et arbeid av forholdsvis begrenset omfang, og en engangsforeteelse».<sup>141</sup> At retten likevel kom til at det forelå illojal konkurranse ble begrunnet i arbeidstakerens manglende åpenhet med sin arbeidsgiver.

På bakgrunn av rettspraksis kan det dermed sies at omfanget av virksomheten er et relevant moment for lojalitetsvurderingen. Henriette Nazarian uttrykker i sin fremstilling om lojalitetsplikt i kontraktsforhold at der det foreligger en betydelig grad av konkurrerende virksomhet kan det vanskelig tenkes at dette ikke skal være illojalt.<sup>142</sup> Hun viser videre til at det ved konkurrerende virksomhet i svært beskjedent omfang kan tenkes at adferden ikke anses som illojalt og særlig der hvor det er andre momenter som taler for at arbeidstakerens adferd ikke kan karakteriseres som illojal.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> RG. 1984 s. 1019 på side 1024

<sup>142</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 500

<sup>143</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 500.

Gjennomgangen av rettspraksis vedrørende betydningen av omfang og skadepotensiale til den konkurrerende virksomheten viser at det til tider er noe varierende hvordan momentet blir benyttet i argumentasjonen. Et eksempel er RG. 1995 s. 887 som omhandler oppsigelsen av en arbeidstaker som hadde gitt bistand til en konkurrerende virksomhet. På bakgrunn av argumentasjonsrekkefølgen i dommen kan det se ut som lagmannsretten konkluderer med at handlingen var illojal før de vurderer arbeidstakers adferd.<sup>144</sup> Lagmannsretten trekker først inn i argumentasjonen hvilken betydning arbeidstakers subjektive forhold og omfanget av virksomheten har når de vurderer om det illojale kan gi grunnlag for oppsigelse.

Jeg er enig at omfanget av den konkurrerende virksomheten får betydning for vurderingen av om den illojale adferden kan gi grunnlag for avskjedigelse eller oppsigelse av arbeidstakeren, noe som vil bli behandlet nedenfor i kapittel 5, men det fremstår som noe rart at momentet ikke blir benyttet i vurderingen av om den konkurrerende virksomheten er illojal. Da retten trekker konklusjonen om illojalitet ut fra de «faktiske forhold som her er lagt til grunn»,<sup>145</sup> kan det jo bety at momentet har vært en del av vurderingen, men det hadde vært mer oversiktlig om dette også fremkom av argumentasjonsrekkefølgen.

### **3.7.4.3 Hvilken betydning har tidsmomenter for lojalitetsvurderingen?**

Det skal i dette punktet redegjøres for hvilke betydninger tidsmomenter har for vurderingen av en adferds klanderverdighet. Med dette siktes det til betydningen av flere forhold som skal bli drøftet i det følgende.

Som utgangspunkt vil krave til lojalitet være gradvis økende utover i et kontraktsforhold.<sup>146</sup> Dette må sees i sammenheng med de forventninger som partene får til hverandres adferd blir skjerpet ved lengre samarbeidsforhold. Som utgangspunkt må dette også gjelde for arbeidsavtaler da forholdet mellom partene blir tettere ettersom tiden går og dermed også partenes forventninger til hverandres adferd. Dette må likevel

---

<sup>144</sup> RG. 1995 s. 887

<sup>145</sup> RG. 1995 s. 887

<sup>146</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 321



nyanseres noe for arbeidsforhold som er i ferd med å opphøre gjennom oppsigelse eller for permitteringer. Som tidligere redegjort for ble det i RG. 2012 s. 374 lagt vekt på arbeidstakers behov for handlefrihet for å kunne skaffe seg alternativ inntekt under en permittering, selv om dette ville innebære at arbeidstakeren drev i konkurrerende virksomhet med sin arbeidsgiver. Henriette Nazarian viser i sin fremstilling av lojalitetsplikt i kontraktsforhold til at arbeidstaker i oppsigelsestiden vil ha behov for å kunne forberede seg til å få annen inntekt, og at lojalitetsplikten dermed vil være mindre streng enn før denne perioden.<sup>147</sup>

En annen måte tidsmomentet kan bli relevant, er ved vurderingen av arbeidstakers adferd som ligger en del tid tilbake. Som redegjort for tidligere så er det forholdet på handlingstidspunktet som skal legges til grunn ved vurderingen av om arbeidstakeren burde ha handlet annerledes. Et eksempel der retten har vist til at forholdet har funnet sted en tid tilbake er RG. 1984 s. 1019, som er redegjort for tidligere. Da retten ikke sier noe eksplisitt om vektingen av de ulike momentene i lojalitetsvurderingen er det vanskelig å si noe sikkert om hvilken betydning tidsmomentet fikk i denne vurderingen. Rettens konklusjon var at det illojale forholdet ikke var alvorlig nok til å kunne begrunne avskjedigelse, men at det ville vært tilstrekkelig for å kunne si opp arbeidstakeren.

At tidsmomentet også kan få betydning ved lojalitetsvurderinger der arbeidstakeren har hatt dårlig tid til å overveie konsekvensen av sine handlinger kan illustreres med praksis fra Høyesterett. Rt. 2003 s. 1614 gjaldt spørsmål om erstatning for påstått urettmessig avskjedigelse etter arbeidsmiljøloven § 66. Avskjedigelsen var begrunnet i en e-post der arbeidstakeren hadde kommet med kritikk og rettet alvorlige beskyldninger mot en av arbeidsgivers kunder. Da ytringene lå utenfor det som kunne godtas ble avskjedigelsen funnet rettmessig. Høyesterett uttaler her at det «ved vurderingen av reaksjon bør [...] tas hensyn til om arbeidstakerens forhold kan skyldes ubetenksomhet, eller om det er tale om en overveiet adferd.»<sup>148</sup> Videre går Høyesterett inn og vurderer de overveielser så lå i forkant av at e-posten ble sendt.

---

<sup>147</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 322

<sup>148</sup> Rt. 2003 s. 1614 i avsnitt 47

Det vil nok for spørsmål om konkurrerende virksomhet ikke være særlig aktuelt at den konkurrerende virksomheten springer ut av forhold hvor arbeidstakeren har hatt dårlig tid til å overveie konsekvensene av sine handlinger. Men dersom det oppstår et tilfelle der minstekravene for illojal konkurranse foreligger og arbeidstakeren ikke har hatt særlig mulighet til å overveie konsekvensene av sine handlinger så kan dette tenkes å være et argument mot at adferden er klanderverdig.

#### ***3.7.4.4 Betydningen av lojalitetsklausuler for vurderingen av om en adferd er klanderverdig***

Det skal i dette punktet drøftes hvilken betydning klausuler eller avtaler som setter føringer for arbeidstakers adferd har for vurderingen av adferdens klanderverdighet. For spørsmålet om arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet er karantene- eller karensklausuler typiske eksempler på klausuler som kan være aktuelle ved tolkningen av arbeidstakers adgang til å drive konkurrerende virksomhet. Som det følger av avhandlingens avgrensning så vil adgangen til å inngå slike avtaler, grensen for hva som kan avtales eller forholdet til avtaleloven §§ 38 og 36 falle utenfor det som er naturlig å drøfte i denne avhandlingen. Spørsmålet som skal vurderes er hvilken betydning adferdsregulerende klausuler har for vurderingen av adferdens klanderverdighet.

Ved vurderingen av hvilken betydning slike klausuler har er det naturlig å drøfte hvilken adgang partene har til å fravike den ulovfestede lojalitetsplikten ved avtale. Dette spørsmålet har ikke fått sin avklaring i rettspraksis. For avtaler der partene uttømmende har regulert deres plikter ovenfor hverandre kan det virke lite forutberegnelig at det skal gjelde en ulovfestet lojalitetsplikt som de på forhånd ikke har mulighet til å ta stilling til. Skranker for avtalefriheten bør derfor kun settes når det finnes en god begrunnelse for det.<sup>149</sup> Slike begrunnelser kan søkes i blant annet hensynet til å beskytte en svak part fra overtramp fra en sterk part, eksempelvis en forbruker mot en profesjonell næringsdrivende. Det er ikke vanlig å benytte terminologien forbruker og profesjonell part i arbeidsforhold, men det er tilsvarende

---

<sup>149</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 134

beskyttelsesformål som gjelder i arbeidsmiljølovgivningen som i forbrukerlovgivningen. Dette mener jeg det er naturlig å ta hensyn til i en drøftelse av lojalitetsplikten i et arbeidsforhold.

At en ulovfestet lojalitetsplikt kan eksistere i tillegg til en avtale mellom partene er slått fast av Høyesterett i en sak vedrørende tvist om tilleggsvederlag i en entreprisekontrakt regulert av NS-8401. Her ble det av Høyesterett uttalt at:

«Jeg er ikke uenig i at det også for avtaleforhold som reguleres av Norsk Standards ulike kontraktsbestemmelser, kan gjelde en ulovfestet lojalitetsplikt.»<sup>150</sup>

Spørsmålet om den ulovfestede lojalitetsplikten kan fravikes ved avtale har vært drøftet av flere forfattere i den juridiske teorien. Henriette Nazarian viser i sin avhandling om lojalitetsplikt i kontraktsforhold til de danske forfatterne Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky som mener at lojalitetsplikten må betraktes som en preseptorisk setning som alltid gjelder ved siden av debtors hovedforpliktelse.<sup>151</sup> Dette står i motsetning til svensk rett hvor det er hevdet at partene uttrykkelig kan avtale seg bort fra lojalitetsforpliktelser.<sup>152</sup>

En generell lojalitetsplikt vil fungere som en sikkerhetsventil slik at avtaleforhold som partene ikke har hatt mulighet til å forutse ved avtaleinngåelsen, og som de dermed ikke har hatt mulighet til å forhåndsregulere blir regulert. Dersom en skulle ha adgang til å avtale seg bort fra den alminnelige lojalitetsplikten så ville det kunne bety at flere forhold som partene ikke har kunnet forutse ikke vil være regulert av en lojalitetsstandard. Dette taler mot at det skal være adgang til å avtale seg vekk fra lojalitetsplikten på generelt grunnlag. Med en mulighet til å fravike den alminnelige lojalitetsplikten ved avtale ville det fort blitt åpnet opp for at den som er mest kreativ eller skruppelløs ville kunne utnytte avtalen på bekostning av den andre, noe som ligger

---

<sup>150</sup> Rt. 2011 s. 65 avsnitt 43

<sup>151</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 136

<sup>152</sup> Christina Ramberg, *Lojalitet i engelsk och svensk avtalsrätt*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 04-05 2013 side 521 til 530 på side 524

langt fra vår tradisjonelle rettsfølelse, og oppfatning om hva som er et rimelig og godt resultat.

På bakgrunn av de forskjellige fremstillingene, og den grunnleggende redelighetsstandard som lojalitetsplikten bygger på, konkluderer Nazarian med at partene i norsk rett ikke skal kunne avtale seg vekk fra den generelle lojalitetsplikten.<sup>153</sup> Noe som på bakgrunn av den redelighetsstandard som er vanlig å oppstille i norsk rett, og som har kommet til uttrykk i blant annet kravet om «ærbarhed» i NL-5-1-2,<sup>154</sup> fremstår som den mest fornuftige løsningen.

Det er likevel viktig å påpeke at det er adgang til å inngå avtaler vedrørende hvilken adferd eller handlinger partene ønsker skal være godtatt i arbeidsforholdet. Det er ikke noe i veien for at en arbeidsgiver og en arbeidstaker inngår avtale som regulerer adgangen til å foreta handlinger i arbeidsforholdet som ellers ville vært i strid med forbudet mot illojal konkurranse. Nettopp fordi arbeidsgiver på bakgrunn av avtalen ikke kan sies å ha en beskyttelsesverdige forventning om at arbeidstakeren frastår fra å utøve sin rett etter avtalen. Likevel kan det tenkes at det kan oppstå situasjoner der arbeidstakerens adferd kan medføre brudd på den ulovfestede læren om misbruk av rett, en nærmere redegjørelse for dette vil falle utenfor rekkevidden av avhandlingen å behandle. Betydningen av at arbeidsgiveren har akseptert den konkurrerende virksomheten behandles nedenfor under punkt 3.8.1.

Etiske retningslinjer som arbeidstakeren i forbindelse med ansettelsen har godtatt vil være av betydning når adferd, i tråd eller i strid med disse, skal vurderes. Dersom arbeidstakeren handler innenfor de etiske retningslinjene vil det vanskelig kunne sies at han har handlet klanderverdig. Det er likevel ikke utenkelig at det foreligger en rekke andre momenter som taler for at han har handlet klanderverdig og at adferden etter en helhetsvurdering likevel blir ansett for å ha vært illojal.

I LB-2014-55459 var en lydtekniker i en kommunes kulturhus blitt avskjediget fra sin stilling som følge av at han på siden av sitt arbeid hadde drevet med utleie av lydutstyr

---

<sup>153</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 136

<sup>154</sup> Kong Christian Den Femtes Norske Lov 15 april 1687, Femte Bog, 2 artikkel

til leietakere hos kulturhuset som selvstendig næringsdrivende. Lagmannsretten fant at arbeidstakeren ikke var å bebreide i en slik grad at opphør av arbeidsforholdet var rimelig og nødvendig.

Som støtte for avskjedigelsens gyldighet ble det av kommunen anført at arbeidstakeren hadde blandet sine roller og etablert en kobling mellom egen næringsvirksomhet og sitt arbeid som ansatt ved kulturhuset i strid med de etiske retningslinjene for kommunen. Retten fant under tvil at arbeidstakerens utleie var i strid med retningslinjene og at han som det klare utgangspunkt ikke burde gjort dette uten at det var klarert med hans overordnede.<sup>155</sup> Når retten likevel kom til at avskjedigelsen ikke skulle opprettholdes var dette basert på at arbeidsgivers passivitet og kunnskap om forholdet.

Hvilken adferd som avtalen eller retningslinjene godkjenner vil bero på en tolkning av avtalen og den beskyttelsesverdige forventningen arbeidsgiver får til arbeidstakerens adferd. Således vil lojalitetsklausuler, eller avtaler om hva som skal være tillatt under arbeidsforholdet medføre relevante momenter for en vurdering av om arbeidstakeren har handlet klanderverdig.

#### ***3.7.4.5 Hvilken betydning har bransje for vurderingen av adferdens klanderverdighet?***

I dette punktet skal det drøftes hvilken betydning bransje har for vurderingen av adferdens klanderverdighet. At bransje kan få betydning for hva som kan anses for å være klanderverdig, følger av at det i vurderingen av adferdens klanderverdighet blir lagt vekt på hvilke beskyttelsesverdige forventninger arbeidsgiver har til arbeidstakers adferd og handlemåte. Dersom det i en bransje er vanlig å drive med beskjeftigelser på fritiden som etter ordinære forhold kan bli ansett for å være konkurrerende virksomhet, og arbeidsgiver kjenner til dette uten å ha formidlet at slik virksomhet er uønsket, så kan arbeidsgiver vanskelig bli hørt med at adferden er klanderverdig. Nærmere om betydningen av kunnskap og passivitet nedenfor.

---

<sup>155</sup> LB-2014-55459 på side 6 i dommen.

Bransjenormer har vært påberopt som moment for lojalitetsvurderingen i en rekke saker. I Rt. 1990 s. 607, som tidligere redegjort for, ble det av de saksøkte anført at det måtte tas hensyn til det de karakteriserte som spesielle forhold i databransjen. Her fant ikke Høyesterett at «særlige forhold innen databransjen kan medføre at det skal stilles mindre strenge krav til arbeidstakerens lojalitet.»<sup>156</sup> Høyesteretts uttalelse støtter likevel opp om at bransjeforhold kan være relevante for vurderingen av arbeidstakers adferd.

Også i LG-2000-1483 henvises det til at det ikke foreligger «forhold i den aktuelle bransjen som kan medføre at det stilles mindre strenge krav til arbeidstakerens lojalitet.»<sup>157</sup> Saken omhandlet et erstatningskrav fra tidligere arbeidsgiver mot to av hans tidligere ansatte som hadde vært med på å stifte, og tatt stillinger i et nytt konkurrerende selskap. Arbeidsgiver ble ikke hørt i erstatningskravet da det ikke forelå økonomisk tap eller ansvarsgrunnlag. Retten ser også her ut til å forutsette at forhold i bransjen kan påvirke vurderingen av arbeidstakers lojalitetsplikt.

Betydningen av bransjeforskjeller blir også drøftet av Tore Lunde i hans redegjørelse av kravet til god forretningsskikk i markedsføringsloven. Han viser til at arbeidsgivere i enkelte bransjer, hvor kundeforholdet mellom den ansatte og arbeidstaker er sterkere, er mer utsatte for tap av kunder dersom den ansatte trer ut av virksomheten.<sup>158</sup> Henriette Nazarian viser i sin avhandling vedrørende lojalitetsplikt i kontraktsforhold til at slike bransjeforhold kan medføre at lojalitetsplikten blir snevret inn da skadepotensialet ved konkurrerende virksomhet i slike bransjer øker. Lojalitetsplikten blir således berørt uavhengig av om bransjeforskjellen har fått utslag i forretningsetiske holdninger.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 614

<sup>157</sup> LG-2000-1483

<sup>158</sup> Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001 på side 389-390

<sup>159</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 317

### **3.7.4.6 Hvilken vekt kan det legges på andre, mer individuelle variasjoner, i vurderingen av en adferds klanderverdighet?**

I tillegg til de momentene som allerede er gjennomgått vil det forekomme individuelle variasjoner i et hvert rettsforhold. Spørsmålet er hvordan rettspraksis har lagt vekt på dette i vurderingen av adferdens klanderverdighet. I Rt. 1996 s. 1401, som redegjort for ovenfor, var det arbeidstakerens nære tilknytning til det konkurrerende familieaksjeselskapet som medførte at hun burde ha handlet annerledes, og at hennes adferd dermed medførte brudd på hennes lojalitetsplikt. Førstvoterende uttalte at:

«[S]lik forholdet mellom hennes ektefelle og Autronica var, måtte hun som ansatt i Autronica ha en særlig grunn til varsomhet og til åpenhet overfor Autronica omkring forhold som kunne ha konkurransemessig betydning for Autronica.»<sup>160</sup>

I NAD 1981 s. 105, som redegjort for tidligere, kom herredsretten til at den konkurrerende virksomheten var så graverende at den berettiget avskjedigelse av arbeidstakeren. I vurderingen av arbeidstakerens lojalitet ble det lagt vekt på at:

«[D]en konkurrerende virksomhet iallefall delvis har foregått overfor kunder som har henvendt seg til Centrum Bil & Maskin A/S i den tro at de handlet med dette firma.»<sup>161</sup>

I RG. 1995 s. 887, som redegjort for ovenfor, ble oppsigelsen av arbeidslederen satt til side. Her la rettens flertall særlig vekt på at:

«A subjektivt ikke har hatt til hensikt å skade X Produkter, at han har handlet uten økonomisk egeninteresse, at hans bistand til konkurrenten har vært av underordnet karakter, og at det dreier seg om et engangstilfelle.»<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> Rt. 1996 s. 1401 på side 1407

<sup>161</sup> NAD 1981 s. 105

<sup>162</sup> Rg. 1995 s. 887 på side 5 i dommen

Rettspraksisen viser eksempler på forskjellige individuelle variasjoner som både kan være med på å skjerpe eller senke kravet til arbeidstakers adferd. Her legger domstolene vekt på momenter som er spesielle i det aktuelle saksforholdet og som har direkte betydning for de beskyttelsesverdige forventningene arbeidsgiver har til arbeidstaker. Dette illustrerer således at det er fullt mulig å legge vekt på individuelle variasjoner i vurderingen av om arbeidstakers adferd er klanderverdig.

#### **3.7.4.7 Har arbeidstaker en opplysning- eller informasjonsplikt overfor arbeidsgiver?**

I dette punktet skal det drøftes hvilken vekt rettspraksis har lagt på at arbeidstaker ikke har informert sin arbeidsgiver om sin egen tilknytning til den konkurrerende virksomheten. Som gjennomgangen av rettspraksis så langt har vist så har det blitt vektlagt at arbeidstaker ikke har informert sin arbeidsgiver om forholdet. Spørsmålet blir om det kan oppstilles en opplysning- eller informasjonsplikt for arbeidstaker.

Både første- og andrevoterende kommer i Rt. 1996 s. 1401, som redegjort for ovenfor, med uttalelser som taler for at det, etter omstendighetene, kan oppstilles en informasjon- eller opplysningsplikt for arbeidstaker.

Innledningsvis for lojalitetsbedømmelsen uttaler førstvoterende, for rettens flertall, i sitt votum at:

«Spørsmålet i vår sak er om Torgunn Thomassen har krenket sin lojalitet[s]plikt overfor Autronica på en måte som gir saklig grunn for oppsigelsen. Jeg er kommet til at det er tilfellet, og legger særlig vekt på hennes manglende informasjon til Autronicas ledelse.»<sup>163</sup>

Videre i sitt votum legger førstvoterende vekt på at hun hadde vært registrert som daglig leder i selskapet i over ett år mens firmaet hadde markedsført det konkurrerende

---

<sup>163</sup> Rt. 1996 s. 1401 på side 1407



produktet «uten at hun hadde tatt forholdet opp med Autronicas ledelse.»<sup>164</sup> Noe som så blir avgjørende for førstvoterendes konklusjon om at hun hadde handlet illojalt.<sup>165</sup>

Også andrevoterende legger i sitt votum vekt på at arbeidstakeren «burde ha orientert Autronica om sin tilknytning til selskapet.»<sup>166</sup> Momentet blir likevel ikke avgjørende for konklusjonen da han legger vekt på selskapets manglende utvikling. Men også han stiller opp en opplysnings- informasjonsplikt for arbeidstaker i det at han uttaler at:

«Hadde Thomassen Alarm utviklet seg i klar konkurranse med Autronica, kan det ikke være tvilsomt at Torgunn Thomassen skulle ha sagt fra.»<sup>167</sup>

Andrevoterende legger således vekt på at hennes deltakelse i den konkurrerende virksomheten var passiv og at selskapet ikke hadde noe særlig økonomisk virksomhet. I tillegg til dette var hennes egen oppfatning at det ikke forelå noen konkurransesituasjon. Slik jeg forstår andrevoterende foreligger det dermed ingen oppfordring for henne til å ta forholdet opp med sin arbeidsgiver og noe illojalitet foreligger således ikke.

Dommen taler således for at arbeidstaker har plikt til å informere arbeidsgiver om den konkurrerende virksomheten og at unnlatelse av dette kan medføre illojalitet. Likevel under forutsetning om at arbeidstaker har kjennskap til omstendighetene og således oppfordring til å informere. Nærmere om betydningen av faktisk villfarelse nedenfor under punkt 3.8.4.

Dommen bygger i tillegg på den forutsetning at dersom arbeidstaker hadde opplyst arbeidsgiver om det forhold at hun var oppført som daglig leder i det konkurrerende selskapet, så ville adferden kunne blitt ansett for å være lojal.

I Rt. 1993 s. 300, som redegjort for ovenfor, ble det av retten ansett som grovt illojalt at arbeidstakeren, som var virksomhetens daglig leder, ikke hadde informerte sin arbeidsgiver om at han aktet å kjøpe den virksomheten som arbeidsgiver hadde

---

<sup>164</sup> Rt. 1996 s. 1401 på side 1407

<sup>165</sup> Rt. 1996 s. 1401 på side 1408

<sup>166</sup> Rt. 1996 s. 1401 på side 1409

<sup>167</sup> Rt. 1996 s. 1401 på side 1409

forretningsforbindelser med, og som arbeidsgiveren tidligere hadde hatt et ønske om å overta.

Det ble av Høyesterett lagt vekt på at underretning til arbeidsgiver var nødvendig for arbeidsgiverens tillit til at arbeidstakeren fullt lojalt hadde gjennomført sine forhandlingsoppgaver for arbeidsgiveren i forbindelse med den tidligere overtakelsesprosessen.<sup>168</sup>

Rt. 1990 s. 607, som redegjort for ovenfor taler også for at det, under omstendighetene, kan oppstilles en opplysnings- eller informasjonsplikt. Her legger Høyesterett vekt på at:

«Det må følge av lojalitetsplikten, ikke minst hensett til det nivå de befant seg på, at de pliktet å holde styret eller overordnede orientert om forhold som var av betydning for bedriftens virksomhet.»<sup>169</sup>

I avgjørelsen fikk tidspunktet for når arbeidstaker burde ha informert arbeidsgiver om forholdet betydning. Det sentrale her var at arbeidstakerne burde ha informert arbeidsgiver før de på arbeidsgivers regning deltok på representasjonsreisen. Således får informasjonsplikten også betydning for argumentasjonen utenfor det rent tillitsmessige. Det ble i dommen vektlagt at manglende informasjonen og åpenheten fikk betydning for arbeidsgiverens mulighet til å «treffe sine foranstaltninger for å møte den situasjon som ville oppstå når to nøkkelpersoner ville starte en egen konkurrerende virksomhet.»<sup>170</sup>

Betydningen av manglende informasjon har også kommet til uttrykk i en rekke underrettsdommer. I Oslo byretts dom av 13. juni 1988<sup>171</sup> var spørsmålet om avskjedigelsen av en salgssjef i et reklamebyrå var rettmessig. Han hadde sammen med en annen utarbeidet planer om å starte eget reklamebyrå, noe som han på et tidlig tidspunkt presenterte for en potensiell oppdragstaker. Retten kom til at arbeidstakeren gjorde seg skyldig i et grovt pliktbrudd ved å ikke informere sin arbeidsgiver om

---

<sup>168</sup> Rt. 1993 s. 300 på side 305

<sup>169</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 614

<sup>170</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 615

<sup>171</sup> NAD 1988 s. 755

kontakten med den potensielt store kunden, og på den måten fremmet sin egen virksomhet.

I Oslo byretts dom av 2. februar 1987,<sup>172</sup> ble avskjedigelsen av en sivilingeniør ansett for å være urettmessig. Arbeidstakeren hadde sammen med en annen ansatt i selskapet vært med på å etablere et nytt selskap og sagt opp sin stilling. I oppsigelsestiden undertegnet han som styreformann i den nye virksomheten et tilbud i konkurranse med sin arbeidsgiver. Retten la til grunn at arbeidstakerens befatning med tilbudet kun var av formell karakter og at han ikke hadde misbrukt eller formidlet noen opplysninger ved utarbeidelsen av tilbudet. På bakgrunn av dette mente retten at det ikke forelå illojalitet ved arbeidstakers adferd. I vurderingen la retten vekt på at arbeidstakeren hadde vært klar over sin arbeidsgivers interesse i å bli informert og at han ved å unnlate å informere hadde opptrådt kritikkverdigg. Dette var imidlertid etter rettens vurdering ikke nok til å begrunne avskjedigelsen av han.

I RG. 1984 s. 1019, som tidligere redegjort for, la retten vekt på at arbeidstakeren måtte ha vært klar over at dersom han hadde spurt arbeidsgiveren om tillatelse til å utføre arbeidet, så ville arbeidsgiveren ha motsatt seg dette. Det at arbeidstakeren likevel valgte å ta på seg arbeidet uten å nevne noe til arbeidsgiveren ble for lagmannsretten et sentralt moment i bedømmelsen av arbeidstakerens lojalitet.<sup>173</sup> Rettens konklusjon var at arbeidstakeren hadde handlet illojalt ovenfor sin arbeidsgiver.

At arbeidstaker har plikt til å informere arbeidsgiveren om konkurrerende virksomhet har også støtte i juridisk litteratur.<sup>174</sup> Alex Borch og Jan Fougner viser til at «arbeidstakere også må ha en viss opplysningsplikt selv om det ikke foreligger noen anmodning fra arbeidsgiver.»<sup>175</sup> Dette fremstår også for meg som det mest fornuftige da det er vanskelig å pålegge arbeidsgiver å anmode informasjon om konkurrerende virksomhet som han ikke er klar over finner sted. Den konkurrerende virksomheten

---

<sup>172</sup> NAD 1987 s. 218

<sup>173</sup> RG. 1984 s. 1019 på side 1024

<sup>174</sup> Alex Borch, Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett, nr. 2 (2000) side 67-100 på side 74, Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 323-324 og Jan Tormod Dege, *Den individuelle Arbeidsrett*, Del II, Oslo 2009 på side 956

<sup>175</sup> Alex Borch, Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett nr. 2 (2000) side 67-100 på side 74

foreligger som følge av arbeidstakers aktive handlinger og arbeidsgiver kan, uten særegne omstendigheter, vanskelig klandres for at arbeidstaker har fortiet informasjonen.

For at arbeidsgiver skal opprettholde tilliten til arbeidstakeren er det derfor arbeidstakeren som må informere arbeidsgiveren om den konkurrerende virksomheten. Informasjon fra andre enn arbeidstakeren bør derfor som utgangspunkt ikke tillegges særlig vekt i bedømmelsen av arbeidstakerens adferd. Annerledes kan det være der arbeidstakeren har kjennskap til at kunnskapen er gitt og arbeidsgiveren forholder seg passiv til informasjonen. Nærmere om dette nedenfor.

At arbeidstaker hemmeligholder forholdet eller bevisst kommer med usannheter er blitt tillagt vekt i rettspraksis. I RG. 1988 s. 313 ble avskjedigelsen av en eiendomsmegler funnet rettmessig. Hun hadde sammen med to andre ansatte i eiendomsmeglerfirmaet planlagt å starte konkurrerende virksomhet. Den ene av disse var den daglige lederen for virksomheten som hadde informert arbeidsgiveren om sin egen plan om å forlate virksomheten. Arbeidsgiveren hadde da tatt kontakt med den avskjedigede arbeidstakeren og informert henne om at han ønsket å satse på henne som ny daglig leder. Hun opplyste ikke om planen om å bli med i den konkurrerende virksomheten, men ga uttrykk for at hun var interessert i stillingen. Etter hun hadde bestått meglereksamen, som arbeidsgiveren hadde betalt, leverte hun og samtlige av de andre ansatte i meglerfirmaet sine oppsigelser.

Det ble av lagmannsretten vist til at hun bevisst hadde gitt arbeidsgiveren uriktig informasjon om når hun hadde bestemt seg for å slå følge med den tidligere daglige lederen ut av firmaet. Hun ble også bebreidet for at hun ikke hadde gitt uttrykk til arbeidsgiveren om at arbeidet i den ledende stillingen ikke var aktuelt. Skadepotensialet som lå i at samtlige av de ansatte forlot arbeidsgiveren skjerpet alvor av hennes fortielser og uriktige utsagn.

Dommen er således et eksempel på at det har blitt lagt stor vekt på klanderverdigheten i det å bevisst holde tilbake, og komme med uriktige opplysninger.

### 3.8 Hvilke forhold kan medføre at en ellers illojal konkurranse blir ansett som lojal?

Ovenfor har det blitt redegjort for at det i rettspraksis kan sies å ha blitt stilt opp en plikt for arbeidstakere som ønsker å drive konkurrerende virksomhet til å informere sin arbeidsgiver om dette. Det som skal behandles i dette punktet er at informasjon i seg selv ikke gjør en ellers illojal konkurranse lojal.<sup>176</sup> Men gjennom åpenhet har imidlertid arbeidstakeren unngått å forbryte seg mot den tilliten arbeidsgiver har til vedkommende.<sup>177</sup> Ved at arbeidstakeren gir arbeidsgiveren informasjon om virksomheten gir han således «ballen» over til arbeidsgiver som nå må ta stilling til om han vil akseptere eller forby arbeidstakeren å drive virksomheten.

#### 3.8.1 Hvilke betydning har samtykke fra arbeidsgiveren?

En arbeidsgiver som uttrykkelig har akseptert en arbeidstakers konkurrerende virksomhet kan vanskelig høres med at adferden senere skal anses for å være illojal. Hva aksepten angår, må som ellers, bero på en tolkning av partenes intensjoner og konkurrerende virksomhet utenfor det som er akseptert kan fortsatt medføre illojalitet.

Det var akkurat dette som stod sentralt i Rt. 1918 s. 575, som redegjort for ovenfor. Det var enighet om at arbeidsgiveren hadde gitt samtykke til at arbeidstakeren kunne drive konkurrerende virksomhet. Uenigheten dreide seg om hvilket omfang som falt innenfor samtykket. Det påla, etter rettens vurdering, arbeidstakeren å godtgjøre at han «har hat tilladelse til at drive forretning i noget videre omfang, og saadant bevis har han efter min mening ikke ført.»<sup>178</sup> Her var det således arbeidstakeren som hadde bevisbyrden for at samtykke var gitt utover det som partene var enige om.

Frostating lagmannsretts dom av 15. september 1988 gjaldt avskjedigelsen av en daglig leder.<sup>179</sup> Han hadde fått tilbud om ansettelse, samt om å bli medeier med halvparten av aksjekapitalen i en konkurrerende virksomhet. Han informerte arbeidsgiveren om

---

<sup>176</sup> Alex Borch, Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett, nr. 2 (2000) side 67-100 på side 74

<sup>177</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 324

<sup>178</sup> Rt. 1918 s. 575 på side 578

<sup>179</sup> NAD 1988 s. 1007

tilbudet og fikk beskjed om at det å være medeier i den konkurrerende virksomheten ikke var forenelig med hans stilling som daglig leder i selskapet. Da han likevel valgte å gå inn som medeier var det uten betydning at han på forhånd hadde informerte arbeidsgiver om forholdet. Retten anså dette for å medføre et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen. Dommen illustrerer således at det ikke er tilstrekkelig for at adferden skal bedømmes som lojal at det er gitt informasjon. Arbeidsgiver må ha akseptert adferden.

Det er således klart at arbeidstakeren har adgang til å drive konkurrerende virksomhet, som ellers ville blitt ansett for å være illojal, dersom arbeidsgiveren har gitt sitt samtykke og virksomheten faller innenfor dette.

### **3.8.2 Hvilken betydningen har passivitet fra arbeidsgivers side?**

Spørsmålet her er hvilken betydning arbeidsgivers passivitet har for vurderingen av den konkurrerende virksomhetens illojalitet. Foreldelse og preklusjon er typiske eksempler på at en rett kan gå tapt som følge av passivitet. Tilsvarende for den som ønsker å gjøre en misligholdsbeføyelse gjeldende ved reklamasjonsreglene etter at mislighold har funnet sted. At en rett kan falle bort ved passivitet har god støtte i rettsregler,<sup>180</sup> og har vært drøftet i en rekke avgjørelser av Høyesterett.<sup>181</sup>

Arbeidsmiljøloven har ingen rettsregel tilsvarende en «reklamasjonsplikt» for hvilke forhold arbeidsgiver kan tillegge vekt ved avskjedigelse eller oppsigelse av arbeidstaker. Noe som er naturlig da arbeidsmiljølovens stillingsvern er ment å beskytte arbeidstaker mot usaklige og overilte reaksjoner fra arbeidsgiver. Noe som en «reklamasjonsplikt» med påfølgende tidspress for arbeidsgiver kunne ha ledet til. At arbeidsgiver i en avskjedigelse av arbeidstaker kan trekke inn tidligere inntrådte forhold er slått fast av Høyesterett i Rt. 2003 s. 1614, som redegjort for ovenfor. Her uttales det at:

---

<sup>180</sup> Se blant annet lov 18 mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven), kjøpsloven § 32 om reklamasjon og husleieloven § 2-8 om reklamasjon

<sup>181</sup> Se blant annet Rt. 1924 s. 107, Rt. 1929 s. 963, Rt. 1939 s. 860, Rt. 1954 s. 980 og Rt. 1973 s. 375 hvor passivitetsbetraktninger er sentrale deler av Høyesteretts vurderinger.

«Når spørsmålet om avskjed melder seg for en arbeidsgiver, vil det ofte være en nylig inntruffet hendelse som står sentralt. [...] Men dette er ikke til hinder for at man ved vurderingen av spørsmålet om avskjed både kan trekke inn tidligere inntrufne enkelthendelser og foreta en mer samlet bedømmelse.»<sup>182</sup>

For vurderinger av hvilken betydning arbeidsgivers passivitet får ved vurderingen av arbeidstakers lojalitet ved konkurrerende virksomhet blir spørsmålet om arbeidsgiver gjennom passivitet kan sies å ha gitt arbeidstaker en beskyttelsesverdig forventning om at virksomheten er akseptert og dermed godtatt.

Det er naturlig å sette opp en forutsetning om at arbeidsgiveren har hatt, eller burde ha hatt kunnskap til den konkurrerende virksomheten. Arbeidsgivers kunnskap er nødvendig for at han skal kunne reagere på adferden, og for at arbeidstaker skal ha en berettiget forventning om at passiviteten medfører aksept.

I LB-2014-55459, som redegjort for ovenfor, ble det av lagmannsretten drøftet betydningen av at arbeidsgiver hadde forhold seg passiv til arbeidstakerens utleie av utstyr til kulturhusets leietakere. Lagmannsretten uttalte i forbindelse med dette at:

«Arbeidsgivers kunnskap fritar som det klare utgangspunktet ikke arbeidstaker fra å følge virksomhetens retningslinjer. Arbeidsgivers manglende reaksjoner kan imidlertid etter omstendighetene oppfattes som en aksept, og kan medføre at en oppsigelse blir uforholdsmessig hvis ikke arbeidsgiver først gir arbeidstaker et varsel og en mulighet for å rette forholdet.»<sup>183</sup>

På bakgrunn av arbeidsgivers passivitet fant lagmannsretten altså at arbeidstakeren ikke kunne klandres for forholdet, da han på bakgrunn av passiviteten hadde oppfattet det som at han hadde arbeidsgivers godkjenning til å drive virksomheten.

Det skal i tillegg nevnes at arbeidsgivers kunnskap om den konkurrerende virksomheten medfører at han kan forberede seg på konkurransen og således redusere

---

<sup>182</sup> Rt. 2003 s. 1614 i avsnitt 30

<sup>183</sup> LB-2014-55459

den negative effekten som konkurransen kan medføre. Dersom arbeidsgiveren forholder seg passiv kan arbeidstaker vanskelig bebreides for de økte skadevirkningene som passiviteten har medført. Det kan således argumenteres for at arbeidstakeren ikke skal hefte for den del av skadevirkningen som skyldes arbeidsgivers passivitet.

### 3.8.3 Hvilken betydning har det at arbeidsgiver har protestert på virksomheten?

Ovenfor ble det redegjort for betydningen av arbeidsgivers passivitet. Det skal her vurderes hvilken betydning det har at arbeidsgiver gir uttrykk for at den konkurrerende virksomheten må opphøre. Det er i den juridiske litteraturen gitt uttrykk for at det er uklart hvor stor vekt dette kan tillegges i lojalitetsvurderingen.<sup>184</sup> Her står arbeidstakers behov for handlefrihet, det å selv kunne velge hva han ønsker å gjøre på fritiden, mot arbeidsgivers behov for å kunne protestere på den konkurrerende virksomheten.

I Rt. 1996 s. 1401, som redegjort for ovenfor, ble det av førstvoterende lagt vekt på at det konkurrerende selskapet «hadde markedsført et produkt som iallfall av Autronica [arbeidsgiveren] ble oppfattet å være i konkurranse med et av deres egne produkter».<sup>185</sup> Her ble således arbeidsgivers egen oppfatning og syn på konkurransesituasjonen tillagt betydning av førstvoterende.

I Frostating lagmannsretts dom av 15. september 1988, som tidligere redegjort for, sluttet lagmannsrettens flertall seg opp om herredsrettens begrunnelse. Herredsretten hadde i sin begrunnelse lagt vekt på at:

«Han burde imidlertid forstå på grunnlag av de reaksjoner han hadde fått fra styremedlemmer og aksjonærer, både forut for generalforsamlingen, og i generalforsamlingen at det ikke lenger var plass for ham i Dressmagasinet A/S dersom han valgte å gå inn som medeier i det konkurrerende firmaet.»<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> Alex Borch og Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett, nr.2 (2000) side 67-100 på side 71

<sup>185</sup> Rt. 1996 s. 1401 på side

<sup>186</sup> NAD 1988 s. 1007



Det ble i RG. 1984 s. 1019, som tidligere redegjort for, av lagmannsretten lagt vekt på at:

«På den andre siden må Elton [arbeidstakeren] ha vært klar over at Majersik [arbeidsgiveren], om han var blitt spurt, trolig ville ha motsatt seg at Elton utførte arbeidet. Når Elton likevel valgte å ta på seg arbeidet med polygonoversiktene uten å nevne noe om det til Majersik, har han derfor etter rettens mening gjort seg skyldig i illojal opptreden overfor sin arbeidsgiver.»<sup>187</sup>

Dette kan enten ses på som et utslag av hvilken betydning det har at arbeidsgiveren motsetter seg den konkurrerende virksomheten, eller som et utslag av det illojale i at arbeidstakeren foretar seg en handling som er i strid med sin egen forståelse av hva arbeidsgiveren ville ha godtatt.

I den juridiske litteraturen har Henriette Nazarian vist til at dersom arbeidsgiver «gir uttrykk for at han ikke aksepterer den konkurrerende virksomheten, [så] må det vurderes nærmere om den er illojal og må opphøre.»<sup>188</sup> Det er gode grunner for at dette burde være resultatet da arbeidsgivers syn, ikke i seg selv kan ha avgjørende betydning for vurderingen av arbeidstakers adferd. Det illojale vil jo som utgangspunkt måtte søkes i hans unnlattelse av å informere, eller den fare for negativ effekt som arbeidstakeren på klanderverdig vis har påført sin arbeidsgiver. Ved å informere arbeidsgiveren om virksomheten så har han ivaretatt det tillitsforholdet som arbeidsavtalen bygger på, uavhengig av hvilket syn arbeidsgiver måtte ha på virksomheten.

Det kan stille spørsmål om arbeidsgivers protest må styrke kravet til aktsomhet hos arbeidstakeren, da gode grunner taler for at han burde være mer varsom med å utøve en virksomhet som han vet er uønsket av arbeidsgiveren. Arbeidstakeren bærer således risikoen for at hans oppfatning av den konkurrerende virksomheten er korrekt.

---

<sup>187</sup> RG. 1984 s. 1019 på side 1024 til 1025

<sup>188</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 324

### 3.8.4 Hvilken betydningen har arbeidstakerens manglende eller feilaktige kunnskap?

For at noe skal være illojalt, er det som redegjort for ovenfor, krav til at adferden er klanderverdig. Dette innebærer at arbeidstakeren har hatt, eller burde ha hatt kunnskap til det klanderverdige forholdet. For konkurrerende virksomhet må det derfor stilles krav om at arbeidstakeren kjenner, eller burde ha kjent til det forholdet som ledet til illojaliteten.

Det kan for eksempel tenkes at en arbeidstaker tar bierverv hos en virksomhet som ikke er i konkurranse med hans arbeidsgiver, men at arbeidsgiveren, uten arbeidstakerens kunnskap, har planer om å utvide virksomheten slik at konkurranse oppstår. Når arbeidsgiveren da velger å starte virksomheten vil arbeidstakeren være involvert i konkurrerende virksomhet. Dersom den manglende kunnskapen ikke skyldes uaktsomhet hos arbeidstakeren, kan det vanskelig sies at han har opptrådt klanderverdig.

Andrevoterendes votum i Rt. 1996 s. 1401, som redegjort for ovenfor, legger særlig vekt på usikkerheten tilknyttet om det forelå konkurranse mellom virksomhetene.<sup>189</sup> Det ble i tillegg lagt vekt på arbeidstakerens egen oppfatning om at konkurranse mellom virksomhetene ikke forelå.<sup>190</sup>

At faktisk villfarelse kan medføre at adferden ikke kan anses for å være klanderverdig er også konklusjonen i den juridiske teorien. Henriette Nazarian viser til at spørsmålet «blir dermed hva lojalitetssubjektet burde ha forstått på bakgrunn av de foreliggende fakta. Videre blir spørsmålet om lojalitetssubjektet burde ha foretatt undersøkelser for å få nærmere klarhet i fakta.»<sup>191</sup> og at en «faktisk villfarelse kan altså lede til at en adferd som ellers ville vært illojal, ikke er det.»<sup>192</sup> Dette er også konklusjonen til Lasse Simonsen som viser til at det «rettsutløsende faktum [må] ha vært *synbart* for skadevolder.»<sup>193</sup>

---

<sup>189</sup> Rt. 1996 s. 1401 på side 1409

<sup>190</sup> Rt. 1996 s. 1401 på side 1410

<sup>191</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 261

<sup>192</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 262

<sup>193</sup> Lasse Simonsen, *Prekontraktuelt ansvar*, Oslo 1997 på side 253

I tilknytting til spørsmålet om faktisk villfarelse kan det spørres hvilken vekt arbeidstakers uriktige forventning til arbeidsgivers syn på den konkurrerende virksomheten skal tillegges. Dette ble vurdert i Rt. 1959 s. 900, som redegjort for ovenfor. Sentralt førstvoterendes vurdering var at:

«tidligere utlån av sveisearbeidere til ombyggingen på S/S Orkla lett måtte gi Iversen det inntrykk at et mulig konkurranseforhold mellom Verkstedet og Flakke ikke stillet seg i veien for ekstraarbeidet, finner jeg det nærliggende og forståelig om ankemotparten mente at han ikke gikk Verkstedets interesser for nær ved å påta seg dette arbeid, og noen illojalitet kan jeg derfor ikke finne at han derved har gjort seg skyldig i.»<sup>194</sup>

Dommen illustrerer således at det kan tenkes at arbeidstakere som på bakgrunn av arbeidsgivers tidligere adferd har en forventning om at virksomheten er innenfor det arbeidsgiver aksepterer ikke kan bli klandret for dette.

Den faktiske villfarelsen kan således medføre at arbeidstaker ikke anses for å ha handlet illojalt. Der arbeidstaker kjenner til at han driver konkurrerende virksomhet med sin arbeidsgiver, men tror at virksomheten er rettmessig, vil spørsmålet bli om denne rettslige villfarelsen fritar han fra ansvar, og at adferden således ikke er illojal. Det tradisjonelle utgangspunktet ved rettsvillfarelse er at det aldri fritar fra ansvar – *error juris semper nocet*.<sup>195</sup> I dag antas det at rettsvillfarelse kan fritas, men at den vanligvis ikke gjør det, og at det gjelder en streng aktsomhetsnorm i form av et objektivt ansvar.<sup>196</sup> Rt. 2006 s. 372 gjaldt spørsmål om erstatning for tap som følge av forsinket overføring av en individuell pensjonsavtale til annen pensjonsinnretning. I forbindelse med drøftelsen av bankens anførsel om at kontraktsbruddet skyldtes en åpenbar feil forståelse av bestemmelsen om flytting uttaler Høyesterett at:

«Det er imidlertid ikke nødvendig å gå inn på om Nordea Link, eller noen som selskapet svarer for, med vitende og vilje valgte å overse bestemmelsen og

---

<sup>194</sup> Rt. 1959 s. 900 på side 903

<sup>195</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 262

<sup>196</sup> Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 på side 527-528

Shahids melding om at han ikke ville bli kontaktet vedrørende flyttingen, eller har handlet uaktsomt. Uansett er Nordea Link ansvarlig for villfarelse vedrørende egen forpliktelse i kontraktsforhold uten hensyn til skyld, jf.eksempelvis Rt-1994-1617 med videre henvisning til Rt-1983-205, som gjaldt et forsikringsselskaps ansvar ved mislighold.»<sup>197</sup>

Det kan således legges til grunn at arbeidstakeren selv må bære risikoen for sin egen feilaktige oppfatning om hans rett til å drive konkurrerende virksomhet, og at rettsvillfarelse dermed ikke gjør adferden mindre klanderverdig. Hensynet til effektiv beskyttelse av arbeidskontrakter og arbeidsgivers beskyttelsesverdige forventning vil også tilsi at arbeidstakeren bærer risikoen for sin egen feilaktige rettsoppfatning.

---

<sup>197</sup> Rt. 2006 s. 372 i avsnitt 43

## **4. Lojalitetsvurderingen i de ulike stadiene av arbeidsforholdet**

### **4.1 Innledning**

Etter gjennomgangen av minstekravene og momentene til lojalitetsvurderingen er det klart for å se på de forskjellige stadiene hvor det kan være aktuelt å drøfte spørsmålet om arbeidstakeren har adgang til å involvere seg i konkurrerende virksomhet.

Selv om det er klart at partene også i en prekontraktuell fase har lojalitetsforpliktelser overfor hverandre,<sup>198</sup> så er det lite aktuelt å drøfte hvordan lojalitetsplikten i denne fasen setter skranker for adgangen til å involvere seg i konkurrerende virksomhet. Dersom en arbeidstaker i den prekontraktuelle fase hemmeligholder at han driver konkurrerende virksomhet så er det mer naturlig å behandle dette i en drøftelse av hans opplysningsplikt enn som en vurdering av om han involverer seg i illojal konkurranse.

### **4.2 Adgangen til å drive konkurrerende virksomhet mens arbeidsforholdet består**

Det skal i dette punktet drøftes hvilken måte lojalitetsplikten er til hinder for at arbeidstakeren under arbeidsforholdet involverer seg i konkurrerende virksomhet. Dette kan enten skje i form av at arbeidstakeren driver egen virksomhet, eller at han eller hun starter hos en konkurrent av arbeidsgiveren.

Der arbeidstakeren driver egen konkurrerende virksomhet vil markedsføringsloven som utgangspunkt kunne anvendes på rettsforholdet, jf. markedsføringsloven § 1. Etter bestemmelsen gjelder loven «kontroll med markedsføring, handelspraksis og avtalevilkår i forbrukerforhold og stiller krav til god forretningsskikk mellom næringsdrivende.» Det følger således av ordlyden at en arbeidstaker som driver egen næringsvirksomhet omfattes av lovens bestemmelser.

---

<sup>198</sup> Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997 på side 160

Markedsføringsloven vil således ikke kunne anvendes på forhold som faller utenfor det som loven karakteriseres som næringsdrivende, eller der arbeidstakeren tar bierverv eller ekstraarbeider i en annens næringsvirksomhet. En nærmere redegjørelse for hva som skal til for at arbeidstakeren skal anses for å være næringsdrivende, i markedsføringslovens forstand, faller utenfor det som er naturlig å drøfte i denne avhandlingen.

Det ble i Rt. 1990 s. 607, som redegjort for ovenfor, påberopt arbeidsavtalens konkurranseforbudsbestemmelse, markedsføringsloven § 1 om god forretningsskikk (nåværende § 25), misbruk av forretningshemmeligheter i § 7 (nåværende § 28) og arbeidstakers alminnelige lojalitetsplikt som grunnlag for erstatningskravet mot de tidligere arbeidstakerne. Det ble av Høyesterett, i forbindelse med anvendelsen av markedsføringsloven, uttalt at:

«Lojalitetsprinsippet i den nevnte lovbestemmelse [markedsføringsloven § 1] vil imidlertid for forhold i ansettelsestiden, sjelden få selvstendig betydning, idet arbeidstakerens handlefrihet i denne tid vil være sterkt begrenset av hans lojalitets- og troskapsplikt overfor arbeidsgiveren.»<sup>199</sup>

Her var det arbeidstakers alminnelige lojalitetsplikt som ble avgjørende for vurderingen av arbeidstakernes adferd i forbindelse med oppstarten av den konkurrerende virksomheten. Selv om det i 2009 kom en ny markedsføringslov må det antas at Høyesterettsdommen fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett på området. Høyesterett utelukker således ikke at markedsføringslovens bestemmelser kan få anvendelse også under arbeidsforholdet, men utgangspunktet må likevel være at det er arbeidstakers lojalitetsplikt som kommer til anvendelse på lojalitetsbedømmelsen av arbeidstakerens konkurrerende virksomhet mens arbeidsforholdet løper.

Der arbeidstakeren starter hos en konkurrerende virksomhet blir spørsmålet for det første om arbeidstakeren har adgang til å påta seg ytterligere ekstraarbeider. Det faller utenfor avhandlingen å gi en utførlig drøftelse arbeidstakers alminnelige adgang til å

---

<sup>199</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 614

påta seg ekstraarbeider, men det vises til utgangspunktet som ble oppstilt i Rt. 1959 s. 900, som tidligere redegjort for. Her uttaler Høyesterett at:

«[...] den enkelte arbeidstager i alminnelighet har full rådighet over sin fritid – også til å påta seg ekstrajobber og bistillinger i denne – når bare fritidsarbeidet ikke medfører en så hård belastning på hans arbeidskraft at det går utover hans ordinære arbeid. Det kan tenkes at adgangen til å ta fritidsarbeid av særlige grunner er ytterligere begrenset, men det er i hvert fall ikke aktuelt i denne sak.»<sup>200</sup>

Her kom Høyesterett til at biervervet ikke ga saklig grunn til oppsigelse. Det er antatt at dommen fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett.<sup>201</sup> En av de ytterligere begrensningene som Høyesterett viser til vil være arbeidstakers lojalitetsplikt som kan sette skranker for arbeidstakers adgang til å påta seg ekstraarbeider hos en av arbeidsgivers konkurrenter.

Som tidligere redegjort for er det noe ulike oppfatninger i den juridiske teorien om illojalitet skal være utgangspunktet for konkurrerende virksomhet. Selv om arbeidstaker under arbeidsforholdet har handlefrihet, vil lojalitetsplikten medføre at den praktiske hovedregelen blir at konkurrerende virksomhet mens arbeidsforholdet består er illojalt.<sup>202</sup> Her må hensynet til arbeidsgivers beskyttelsesverdige forventning om at arbeidstakeren ikke opptrer i strid med dennes interesser som utgangspunkt veie tyngre enn hensynet til arbeidstakers handlefrihet.<sup>203</sup> Det vises tilbake til drøftelsen av dette ovenfor.

Det må i avveiningen av hvilken konkurranse arbeidstakeren kan drive uten at det medfører illojalitet vurderes konkret hva arbeidsgiveren har en beskyttelsesverdige forventning om at lojalitetssubjektet skal avstå fra. Det må her tas utgangspunkt i de minstekrav og momenter som er redegjort for ovenfor i avhandlingens punkt 3.<sup>204</sup>

---

<sup>200</sup> Rt. 1959 s. 900 på side 901

<sup>201</sup> Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave Oslo 2006 på side 316 og RG. 2012 s. 374 på side 4 i dommen

<sup>202</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 486

<sup>203</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 487

<sup>204</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 499

Det vil i grensetilfellene være nødvendig å legge vekt på at arbeidstakeren på dette stadiet i arbeidsforholdet har et relativt begrenset behov for handlefrihet, mens arbeidsgiveren har et betydelig behov for beskyttelse. Det kan likevel tenkes at dersom den konkurrerende virksomheten utøves på en perifer del av arbeidsgivers virksomhet, samt at arbeidstakeren har et prekært behov for sårt tiltrengte midler, så må disse hensynene kunne tillegges vekt i retning av at den konkurrerende virksomheten ikke medfører illojalitet.<sup>205</sup>

Som redegjort for under drøftelsen av lojalitetsplikts tidsmessige grense ovenfor, så opphører ikke lojalitetsplikten selv om arbeidstakeren har sagt opp sin stilling hos arbeidsgiveren og forbereder oppstart i ny virksomhet. Selv om arbeidstakeren ikke har sagt opp sin stilling så vil han ha adgang til å kunne sondre markedet for å se hvilke muligheter som finnes for enten å starte egen virksomhet eller for å begynne hos en av arbeidsgivers konkurrenter. Slike vurderinger betegnes som forberedelseshandlinger.

#### **4.3 Arbeidstakers planlegging og oppstart av konkurrerende virksomhet**

Det skal i dette punktet redegjøres for hvilken adgang arbeidstakeren har til å planlegge overgang til konkurrerende virksomhet under arbeidsforholdet. Dette betegnes ofte som forberedelseshandlinger, og sikter både til at arbeidstakeren forbereder egen konkurrerende virksomhet og at arbeidstakeren undersøker mulighetene for å begynne hos ny arbeidsgiver. Det kan i praksis være vanskelig å trekke grensen for de forberedelseshandlinger som er tillatt og hvilke som er illojale.

I RG. 1999 s. 427, som redegjort for ovenfor, uttalt lagmannsretten at det sentrale i lojalitsbedømmelsen var «hvilken fremgangsmåte som [var] benyttet ved etableringen av det nye selskap, om eventuelle brudd på opplysningsplikt eller konkurransehandlinger ble begått før arbeidsforholdet var avsluttet m.v.»<sup>206</sup> De ansatte hadde verken informert kunder, leverandører eller andre av arbeidsgivers forbindelser

---

<sup>205</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 504

<sup>206</sup> RG. 1999 s. 427



om oppsigelsene eller planene om å etablere et selskap. Det var dermed ikke foretatt konkurransehandlinger i oppsigelsestiden.

At arbeidstaker har adgang til å utføre visse forberedelseshandlinger under arbeidsforholdet er lagt til grunn i en rekke rettsavgjørelser. I Rt. 1960 s. 371 hadde en sivilingeniør blitt avskjediget som følge av at han hadde henvendt seg til en av arbeidsgivers oppdragsgivere med forespørsel om muligheten for å komme i betraktning dersom han innga anbud for egen virksomhet. Retten fant at det ikke var grunnlag for å avskjedige arbeidstakeren, og tilkjente ham erstatning. Sentralt i vurdering til Høyesterett var om det var inngitt en konkret tilbud eller om hans forespørsel – slik lagmannsretten hadde beskrevet det – kun var å betrakte som en «følger», en rent forberedende forespørsel.<sup>207</sup> Dommen taler således for at forberedende forespørsler ikke skal anses for å være konkurransehandlinger som medfører illojalitet.

I NAD 1987 s. 218, som redegjort for ovenfor, ble det av Oslo byrett uttalt at:

«Det er helt naturlig at A på forhånd tok skritt til å lage en struktur for sin profesjonelle virksomhet etter fratreden, dersom han skulle ha håp om å komme i inntektsgivende arbeid noenlunde snart igjen.»

Byretten vurderte således forholdet dit hen at det ikke forelå noe klanderverdig ved den ansattes opptreden som kunne berettige at han ble avskjediget. At en arbeidstaker fort skal kunne komme tilbake til inntektsgivende arbeid etter at arbeidsforholdet har opphørt kan begrunnes samfunnsøkonomiske hensyn. Det vil være i samfunnets interesse at tiden en arbeidstaker står mellom arbeide blir så kort som mulig. Dette hensynet kommer således i tillegg til hensynet til mobilitet på arbeidsmarkedet som den juridiske teorien har uttalt som en samfunnsinteresse.<sup>208</sup>

Trondenes tingretts dom av 24. desember 2014 gjaldt strid om arbeidsgivers lønnsplikt i oppsigelsestiden. Arbeidsgiveren mente at det forelå en muntlig avtale, og forståelse

---

<sup>207</sup> Rt. 1960 s. 371 på side 385 jf. side 374

<sup>208</sup> Tore Lunde, *God foretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001, på side 369 og Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 508

mellom partene om at arbeidsforholdet hadde opphørt sammen med alle forpliktelser og rettigheter. I tillegg var det anført at arbeidstakeren hadde begått grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen da han, blant annet, hadde brutt lojalitetsplikten ved å planlegge og tilrettelegge for egen konkurrerende virksomhet. For vurderingen av forberedelseshandlingene uttalt tingretten at:

«Uten at det rammes av lojalitetsplikten, kan en arbeidstaker likevel forberede overgangen til ny arbeidsgiver eller oppstart av egen virksomhet. Dette ved blant annet å foreta undersøkelser eller å etablere et selskap, likevel forutsatt at slike forberedelser ikke er synlige i markedet for arbeidsgivers kunder, leverandører og andre avtalepartnere, samt at aktivitetene for øvrig heller ikke kommer til fortrensel arbeidstakers oppgaver, se blant annet LA-2006-71768.»<sup>209</sup>

Retten fant det ikke sannsynliggjort at arbeidstakeren hadde gjort handlinger som var illojale mot arbeidsgiveren, eller foretatt handlinger utenfor det som var tillatt som forberedelseshandlinger.

Den juridiske teorien har beskrevet de tillate forberedelseshandlingene som at det må være adgang til å søke, drøfte og ta imot stilling i konkurrerende virksomhet uten at det er illojalt. Og at det heller ikke vil være illojalt å ha samtaler eller samvær med konkurrenter dersom det ikke foreligger brudd på diskresjonsplikten. I tillegg må arbeidstaker kunne sonde terrenget med hensyn til mulighetene for å starte egen virksomhet.<sup>210</sup> Å etablere leieavtaler, avtaler om finansiering, ansettelse av personell, søknader om offentlige tillatelser, forhandlinger med leverandører og kjøp av kontorinventar og lignende må også være tillatt så lenge det ikke er tale om handlinger som er til direkte skade for arbeidsgivers forhold til kunder, leverandører m.m.<sup>211</sup> Det er likevel klart at selv om disse forberedelseshandlingen i seg selv ikke er illojale, så vil gjennomføringen av dem fort innebære handlinger som kan være illojale.

---

<sup>209</sup> TTRES-2014-120627

<sup>210</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 510 og Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001 på side 369

<sup>211</sup> Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001 på side 371 og Nils H. Storeng, Tom H. Beck, Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, 3. utgave, Oslo 2014 på side 469

Der det utføres flere forberedelseshandlinger vil det være handlingenes samlede skadepotensiale som må vurderes, jf. blant annet Rt. 1990 s. 607, som redegjort for ovenfor. Her kom retten etter en samlet vurdering til at handlingene medførte illojalitet. Det kan av Høyesterettsdommen utledes to sentrale momenter for vurderingen av om forberedelseshandlingen er illojal. For det første kan det ha betydning for vurderingen om arbeidstakeren vil kunne få et konkurransefortrinn ved å kunne starte den konkurrerende virksomheten på et tidligere tidspunkt enn hvis de forberedende handlingene ikke var utført. For det andre vil det ha betydning om den forberedende adferden fratrar arbeidsgiver muligheten til å forberede seg på konkurransen.<sup>212</sup>

Henriette Nazarian viser til at forberedelseshandlinger som gjør det mulig å starte opp konkurransen raskt etter oppsigelsestidens utløp i alle fall kan være illojale når forberedelsen er utført av en ansatt i ledende stilling og arbeidsgiver ikke er informert om den planlagte virksomheten.<sup>213</sup>

At også ansatte i ledende stillinger skal ha mulighet til å starte konkurrerende virksomhet er åpenbart. Hensynet til handlefrihet, mobilitet og samfunnsøkonomi taler for at disse skal ha mulighet til å bytte arbeidsgiver og kunne komme seg fort i gang med ny næringsvirksomhet. Også arbeidstakere i ledende stillinger har behov for å kunne orientere seg om mulighetene som foreligger for å endre arbeidsgiver eller starte egen konkurrerende virksomhet. Det er likevel klart at arbeidsgiver har et særlig behov for å kunne sikre seg mot at ansatte i ledende stillinger starter konkurrerende virksomhet, som følge av deres inngående kunnskap og innsikt i arbeidsgivers virksomhet. Arbeidsgiveren er likevel nærmest å sikre seg mot dette gjennom konkurranseklausuler.

#### **4.3.1 Plikter arbeidstakeren å opplyse om at han planlegger å starte i konkurrerende virksomhet?**

I en dom fra Eidsivating lagmannsrett av 2. desember 2013 hadde lederen av en salgsavdeling avsluttet sitt arbeidsforhold hos virksomheten, sammen med tre andre

---

<sup>212</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 513

<sup>213</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 514

ansatte, for å starte i en konkurrerende virksomhet som var under etablering. I vurderingen av om arbeidstakeren hadde brutt lojalitetsplikten uttalte lagmannsretten at:

«All den stund det i utgangspunktet står enhver arbeidstaker fritt å slutte i sitt arbeide og begynne hos en konkurrent av arbeidsgiveren, vil lojalitetspliktens grenser ofte være vanskelige å trekke i en situasjon som den foreliggende, der det må legges til grunn at arbeidstakers fullt lovlige intensjoner nettopp er i strid med arbeidsgivers interesser.»<sup>214</sup>

Det var ikke holdepunkter i saken for at den daglige lederen hadde tatt noe initiativ for å få de øvrige medarbeiderne med seg i det nye selskapet. I lojalitetsbedømmelsen stod spørsmålet om den ansatte likevel hadde plikt til å informere arbeidsgiveren om at han og tre kollegaer ville begynne hos den nye konkurrenten. Til dette mente lagmannsretten at han kunne komme i en vanskelig situasjon dersom han informerte arbeidsgiveren, og det ikke ble noe av den nye virksomheten. Det kunne dermed ikke kreves av arbeidstakeren at han skulle stille seg selv i en slik vanskelig situasjon, selv om det ville ha vært i arbeidsgivers interesse å bli informert.

Heller ikke i RG. 1999 s. 427, som redegjort for tidligere, ble det funnet at arbeidstakerne hadde opptrådt i strid med lojalitetsplikten, selv om han hadde unnlatt å informere arbeidsgiveren om sine fremtidsplaner.<sup>215</sup>

Det fremstår som at det er noe uenighet i den juridiske teorien vedrørende spørsmålet om arbeidstaker har opplysningsplikt ovenfor arbeidsgiver vedrørende forberedelseshandlinger før oppstart i konkurrerende virksomhet.

Tore Lunde har uttalt at «det er ikkje forbode å ha planar om å starte for seg sjølv, og lojalitetsplikta inneheld neppe noko opplysningsplikt om egne planar.»<sup>216</sup> Jan Tormod Dege har samme standpunkt da han skriver at «[e]n ansatt har ingen opplysningsplikt

---

<sup>214</sup> LE-2003-26

<sup>215</sup> RG. 1999 s. 427 på side 437

<sup>216</sup> Tore Lunde, *God forretningsskik næringsdrivande imellom*, Bergen 2001 på side 369

om sine egne planer.»<sup>217</sup> Henriette Nazarian mener derimot at dette ikke kan uttrykkes så generelt og at arbeidstakeren i særlige tilfeller vil kunne ha en opplysningsplikt overfor arbeidsgiver.<sup>218</sup>

At det i særlige tilfeller må oppstilles en plikt for arbeidstakeren til å opplyse arbeidsgiveren om at det planlegges konkurrerende virksomhet kan utledes av rettspraksis. I Rt. 1990 s. 607, som redegjort for ovenfor, ble det av Høyesterett uttalt at:

«Det må følge av lojalitetsplikten, ikke minst hensett til det nivå de befant seg på, at de pliktet å holde styret eller overordnede orientert om forhold som var av betydning for bedriftens virksomhet.»<sup>219</sup>

Høyesteretts uttalelse taler derfor for at det i enkelte tilfeller må kunne oppstilles en plikt for arbeidstakeren til å opplyse arbeidsgiver om sine planer vedrørende overgang til konkurrerende virksomhet. Det må påpekes at arbeidstakerne ved å dra på representasjonsreisen uten å informere arbeidsgiver om at de aktet å forlate selskapet påført arbeidsgiver en negativ virkning i form av at arbeidsgiveren ikke fikk ivaretatt sine interesser. Det tilkommer således denne Høyesterettsdommen ytterligere momenter enn det som kan karakteriseres som forberedelseshandlinger.

Tilsvarende kan utledes av RG. 1988 s. 313, som redegjort for tidligere. Her var det de særlige omstendighetene tilknyttet at arbeidsgiveren hadde betalt for eiendomsmeglerens meglereksamen, skolepenger, samt deres kommunikasjon vedrørende hans ønske om å satse på henne som ny daglig leder som ledet til at hun burde ha informert om at hun aktet å starte i konkurrerende virksomhet. Her ble avskjedigelsen av henne funnet berettiget av lagmannsretten.

Det må dermed i enkelte tilfeller kunne oppstilles en opplysningsplikt, men at plikten som regel følger av handlinger, eller forhold på siden av det som beskrives som de typiske forberedelseshandlingene. Således har Tore Lunde, Jan Tormod Dege og

---

<sup>217</sup> Jan Tormod Dege, *Den individuelle Arbeidsrett*, del II, Oslo 2009 på side 948

<sup>218</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 510

<sup>219</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 614

Henriette Nazarian rett i det de skriver. De rene forberedende handlinger vil nok i seg selv ikke utløse opplysningsplikt uten at det foreligger ytre omstendigheter som leder til at arbeidsgiver får en beskyttelsesverdig forventning om å bli informert.

Til fordel for at det i særlige tilfeller bør oppstilles en opplysningsplikt er at det gir arbeidsgiver en mulighet til å sette i gang tiltak som kan redusere de potensielle skadevirkningene som følger av at en betrodd medarbeider forlater virksomheten for å starte egen konkurrerende virksomhet. Men dette må veies opp mot arbeidstakers behov for å kunne undersøke mulighetene han har før han tar skrittet å informerer arbeidsgiver. Da slik informasjon fort vil lede til tap av tillit eller uroligheter på arbeidsplassen bør det anses for å være i begge parters interesse at arbeidstaker har mulighet til å undersøke mulighetene før han tar skrittet om å informerer arbeidsgiver.

Hensynet til arbeidstakers interesse i å tre ut av arbeidsforholdet blir i den juridiske teorien benyttet som et argument for at planlegging av konkurrerende virksomhet i seg selv ikke er illojalt.<sup>220</sup> Selv om det kan sies at arbeidstakerens behov for handlefrihet på dette punktet står sterkt, så vil ikke dette nødvendigvis medføre at arbeidsgiver har et tilsvarende mindre behov for beskyttelse. Arbeidsgiver kan på bakgrunn av forberedelseshandlingenes få et større behov for beskyttelse ved at arbeidstakeren raskere kan komme i gang med den konkurrerende virksomheten etter arbeidsforhold er avviklet. Samtidig som arbeidsgiveren må tilpasse seg tap av en eller flere arbeidstakere, og en ny konkurrent med inngående kunnskap om arbeidsgiverens virksomhet. Oppsigelsestiden gir likevel arbeidsgiver en viss beskyttelse mot at arbeidstakeren fort kan komme i gang med konkurrerende virksomhet. Når arbeidstakeren sier opp sin stilling, må det uavhengig av om han har informert arbeidsgiveren om at han akter å starte i konkurrerende virksomhet, legges til grunn at det for arbeidsgivers vedkommende ikke kan fremstå som usannsynlig at dette kan skje dersom det ikke foreligger konkurranseklausuler.

---

<sup>220</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 508, samt Alex Borch og Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett, nr. 2 (2000) s. 67-100 på side 75-76

#### 4.3.2 Har arbeidstakeren adgang til å rekruttere kunder eller forretningsforbindelser?

Spørsmålet her er hvilken adgang arbeidstaker har til å kontakte arbeidsgivers kunder eller forretningsforbindelser i forsøk på å få dem med over til den nye virksomheten. Dette er handlinger som i seg selv innebærer et betydelig skadepotensiale for arbeidsgivers virksomhet. Noe som i seg selv tilsier betydelig tilbakehold med å tillate slik adferd.

I Rt. 1990 s. 607, som tidligere redegjort for, ble det av Høyesterett ansett som illojalt at arbeidstakerne, uten å informere arbeidsgiver, hadde tatt kontakt og inngått forhandleravtale med TeleVideo som var arbeidsgivers forretningsforbindelse.<sup>221</sup> Særlig vekt ble det lagt på at arbeidsgiver var eneforhandler av TeleVideo-maskiner og at arbeidstakerne kunne nyte godt av det markedet som arbeidsgiveren hadde opparbeidet. Arbeidsgiveren ble tilkjent kr. 600 000,- i erstatning.

I Agder lagmannsretts dom av 11. oktober 2006 var spørsmålet om to ansatte hadde opptrådt i strid med deres lojalitetsplikt.<sup>222</sup> Daglig leder i firmaet startet ny konkurrerende virksomhet i eget selskap sammen med salgssjefen. Mens de fortsatt var ansatt hos arbeidsgiveren arbeidet de aktivt overfor hovedmannen for å overta som norsk forhandler for det som var arbeidsgivers hovedprodukt. Her ble også kundelistene til arbeidsgiver kopiert av arbeidstakerne. Lagmannsretten uttalte i forbindelse med lojalitetsvurderingen at:

«I forbindelse med oppsigelse og overgang til nytt arbeid i en potensielt konkurrerende virksomhet, blir det sentrale punktet hvorvidt arbeidstakeren før han fratrer foretar seg noe som skader arbeidsgiverens relasjon til kunder og leverandører, eller på annen måte ved interne disposisjoner eller unnlattelse av slike svekker det forretningmessige utbytte som disse relasjonene ellers må formode å gi.

---

<sup>221</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 616

<sup>222</sup> LA-2006-71768

Det er etter lagmannsrettens syn i utgangspunktet adgang for en arbeidstaker til å forberede overgangen til ny arbeidsgiver eller oppstart av egen virksomhet ved blant annet å foreta undersøkelser eller å etablere et selskap forutsatt at slike forberedelser ikke er synlige i markedet for arbeidsgivers kunder, leverandører og andre avtalepartnere. Aktivitetene må for øvrig heller ikke komme til foretrengsel for de arbeidsoppgaver han ellers skal utføre i arbeidsforholdet før avslutningen.»<sup>223</sup>

Lagmannsretten fant at handlingene medførte brudd på lojalitetsplikten og tilkjente arbeidsgiveren kr. 750 000,- i erstatning. Arbeidstakernes anke til Høyesterett ble nektet fremmet.<sup>224</sup>

I RG. 1999 s. 427, som tidligere redegjort for, ble det lagt vekt på at det ikke var foretatt konkurransehandlinger, i form av henvendelser til verken kunder eller leverandører i oppsigelsestiden. Lojalitetsplikten ble etter en konkret vurdering ikke ansett for å være overtrådt.

I Rt. 1960 s. 371, som redegjort for ovenfor, hadde sivilingeniøren henvendt seg til byggherren med forespørselen om hvilke muligheter han hadde for å komme i betraktning dersom han innga anbud for egen virksomhet. Høyesteretts bedømmelse av arbeidstakerens adferd tar utgangspunkt i en differensiering mellom forespørsel av orienterende art og konkurransehandlinger i form av anbud og lignende. Som argument mot illojalitet var også arbeidstakerens egen oppfatning av at han, om kort tid, kunne stå uten arbeid som følge av oppsigelse fra arbeidsgiver.

I NAD 1987 s. 629 ble avskjedigelsen av en daglig leder funnet urettmessig. Arbeidsgiveren hadde blant annet anført at arbeidstakeren hadde opptrådt i strid med lojalitetsplikten da arbeidstakeren hadde vært i dialog med en av arbeidsgivers forretningsforbindelser. Her ble det av Oslo byrett lagt lite vekt på dialogen mellom arbeidstakeren og forretningsforbindelsen da dette hadde skjedd i et møte som var kommet i stand på forretningsforbindelsens initiativ, og med bakgrunn i at han ønsket å

---

<sup>223</sup> LA-2006-71768

<sup>224</sup> HR-2007-6-U



ha forbindelse med arbeidstakerens virksomhet. Retten fant dermed ikke grunn for å bebreide arbeidstakeren for at han deltok i møtet.

Borgarting lagmannsretts dom av 16. juni 2008 gjald krav om erstatning etter avskjed av en arbeidstaker på et treningssenter. Arbeidstakeren hadde i oppsigelsestiden opplyst kunder om at hun skulle begynne å arbeide hos et nytt treningssenter. I likhet med tingretten kom lagmannsretten til at avskjedigelsen ikke var saklig begrunnet. I den forbindelse ble det uttalt at:

«[E]n ansatt i oppsigelsestiden normalt bør kunne svare på spørsmål fra en kunde om det er riktig at hun skal slutte og også svare på spørsmål om hvor hun skal begynne uten risiko for negative sanksjoner fra arbeidsgiver. Den ansatte må også kunne svar på spørsmål om hvilke treningstilbud som kan påregnes på det nye arbeidsstedet så lenge det dreier seg om nøkterne opplysninger uten særskilt markedsføring og/eller forsøk på å verve kunder.»<sup>225</sup>

På bakgrunn av dette kan det legges til grunn at arbeidstaker handler illojalt dersom han kontakter arbeidsgivers kunder eller forretningsforbindelser i forsøk på å «kapre dem» for den nye virksomhet, men at det kreves noe mer enn forespørsler av rent orienterende karakter. Det er således mulig for arbeidstakeren å opplyse om at han eller hun skal forlate virksomheten uten at dette vil være i strid med lojalitetsplikten.<sup>226</sup> Slik informasjon må likevel gis på en måte som ikke kommer i strid med arbeidsgivers interesser, noe som kan være vanskelig dersom kunden eller forretningsforbindelsen ønsker å vite mer om den nye virksomheten. Det vil dermed kunne oppstå situasjoner hvor det er uklart hvor grensen mellom informasjon og illojal rekruttering skal trekkes.

#### **4.3.3 Har arbeidstakeren adgang til å rekruttere arbeidsgivers medarbeidere?**

I likhet med rekruttering av kunder og forretningsforbindelser, kan en arbeidstaker som forbereder overgang til konkurrerende virksomhet forsøke å få med seg kollegaer over

---

<sup>225</sup> LB-2007-137797

<sup>226</sup> Alex Borch og Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett, nr. 2 (2000) side 67-100 på side 76

til den nye virksomheten. Slik rekruttering kan også ha et betydelig skadepotensiale for arbeidsgivers virksomhet, noe som fordrer et krav om økt aktsomhet og åpenhet fra arbeidstakeren.

I vurderingen av om arbeidstakeren hadde brutt sin lojalitetsplikt overfor arbeidsgiveren ble det i LE-2003-26, som redegjort for ovenfor, vurdert betydningen av at han hadde fortalt sin sønn og hans samboer, som også arbeidet hos arbeidsgiveren, at han muligens ville starte å arbeide for en konkurrerende virksomhet som var under etablering. Her la lagmannsretten vekt på at det ikke var holdepunkter for at arbeidstakeren selv hadde tatt initiativ for å få dem til å begynne i selskapet. Retten var imidlertid i tvil om hvilken betydning det hadde at arbeidstakeren hadde videreformidlet deres interesse om å følge med til den konkurrerende virksomheten. Da situasjonen neppe ville vært oppfattet annerledes dersom disse selv tok kontakt med den konkurrerende virksomheten kom retten til at dette ikke hadde medført noe illojalitet ovenfor arbeidsgiver.

Retten fant heller ikke bevismessig dekning for at arbeidstakeren hadde forsøkt å rekruttere en tredje av arbeidsgivers ansatte, men uttalte i forbindelse med vurderingen av dette at; en handlemåte som gikk ut på å kalle inn en av de ansatte på kontoret for å høre om denne ville være interessert i å bli med over i en konkurrerende virksomhet som utgangspunkt ville medført illojalitet. At denne arbeidstakeren ikke hadde begynt å arbeide for den konkurrerende virksomheten hadde ingen betydning for vurderingen av om arbeidstakeren hadde opptrådt i strid med sin lojalitetsplikt ovenfor arbeidsgiveren.

Spørsmålet i RG. 1996 s. 1241 var om en arbeidstaker hadde brutt arbeidsavtalens karensklausul og hans lojalitetsplikt i forbindelse med avviklingen av arbeidsforholdet og stiftelsen av et konkurrerende selskap. Før arbeidstakeren hadde avsluttet arbeidsforholdet hadde han tatt kontakt med en kollega og spurt om hun ville være med over i hans nye firma. Til dette uttalte Oslo byrett at:

«Det ble ikke til at Frog takket ja til tilbudet. Å forsøke å få med seg dyktige og erfarne medarbeidere over i et nytt firma, ser retten som et brudd på lojalitets- og troskapsplikten som nevnt ovenfor. »<sup>227</sup>

Som i avhandlingens del 3, og som redegjort for ovenfor i redegjørelsen for LE-2003-26 ble det av byretten her konkludert med at det ikke er nødvendig at arbeidstakeren takker ja til tilbudet om å følge med over til arbeidstakerens nye virksomhet. Det er tilstrekkelig at arbeidstakeren har forsøkt å rekruttere en av arbeidsgivers ansatte.

I NAD 1987 s. 629, som redegjort for ovenfor, ble det vurdert om arbeidstakeren hadde forsøkt å få ansatte hos arbeidsgiveren til å avslutte sitt arbeidsforhold hos arbeidsgiveren for å starte i arbeidstakerens virksomhet. Retten fant det ikke godtgjort at arbeidstakeren aktivt hadde gått ut for å få folk til å slutte hos arbeidsgiveren. Retten la vekt på at det hadde «vært relativt løslig nevnt for noen få arbeidere på et tidspunkt saksøkeren ennå ikke hadde etablert egen virksomhet, men vel var i ferd med å planlegge dette.» Byretten viser videre til at det som utgangspunkt vil være et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen å forsøke å «ta med seg» arbeidere fra tidligere arbeidsgiver ved etablering av egen virksomhet.

Dommen illustrerer således at det stilles krav til at arbeidstakeren har forsøkt å få de ansatte med seg i virksomheten. Det kan således sies å være en grense mellom det som er rekruttering og det som er å informere sine medarbeidere om at han eller hun er i ferd med å forlate virksomheten. Dersom arbeidstakeren aktivt har gått frem for å prøve å rekruttere kollegaer til å følge med over til den konkurrerende virksomheten, så vil dette kunne medføre brudd på lojalitetsplikten. I praksis kan det være vanskelig å avgjøre om det har blitt foretatt aktiv rekruttering eller om arbeidstakerne følger med over i den konkurrerende virksomheten uten illojal påvirkning.

---

<sup>227</sup> RG. 1996 s. 1241 på side 1247

#### **4.3.4 Kan arbeidstakers kopiering av dokumenter og lignende medføre brudd på lojalitetsplikten?**

I dette punktet skal det vurderes hvilken betydning det har for lojalitetsbedømmelsen at arbeidstakeren har tatt med seg informasjon i form av dokumenter, brosjyrer, maler, kundelister eller lignende over til den nye virksomheten.

Agder lagmannsretts dom av 12. juni 2013 gjaldt spørsmålet om erstatning som følge av brudd på arbeidstakers lojalitetsplikt ved at arbeidstakeren hadde laste ned omfattende mengder data fra arbeidsgiverens server.<sup>228</sup> Arbeidstakeren erkjente at han hadde lastet ned en rekke dokumenter fra arbeidsgiverens server til datamaskinen han brukte på jobb, herunder mapper og filer med arbeidsgivers kundeinformasjon, bilder fra prosjekter og konsepter, symbolmapper, administrasjonsmapper med blant annet styrearbeid, organisasjon, økonomi, ledelse, marked, salg, drift samt informasjon om pågående aktiviteter. Det dreier seg om dokumenter i betydelig omfang - tilsvarende rundt 200 000 sider. Videre erkjente arbeidstakeren at han kopierte all den nedlastede data videre til en bærbar harddisk og deretter over på sin private datamaskin. Lagmannsretten viste i likhet med tingretten til at det ikke forelå noen legitim grunn fra arbeidsgivers side for å gjøre dette og betegnet adferden som illojal.

I LA-2006-71768, som tidligere redegjort for, hadde salgssjefen umiddelbart før han sluttet i selskapet vært inne på arbeidsgivers datasystemer utenfor ordinær arbeidstid og kopiert en rekke dokumenter vedrørende selskapets virksomhet og kunderelasjoner. Disse var sendt over til hans private datamaskin med e-post. Han forsøkte deretter å slette sporene og fjernet alle dokumentene på datamaskinen i strid med arbeidsavtalens forpliktelse om å tilbakelevere dokumenter tilhørende arbeidsgiveren etter endt arbeidsforhold. Lagmannsretten uttalte i forbindelse med dette at:

«Å gjøre slik informasjon tilgjengelig for et annet selskap mens man er ansatt, må regnes som en grov illojal handling i strid med Husebys taushetsplikt etter arbeidsavtalen og var i strid med hans generelle lojalitetsplikt overfor Superject

---

<sup>228</sup> LA-2012-56160

som arbeidsgiver. Dette gjelder særlig når Huseby ved informasjonsoverføringen synes å ha hatt til hensikt etter fratreden selv å benytte seg av informasjonen til skade for Superject.»

Det ble i RG. 1996 s. 1241, som tidligere redegjort for, betegnet som illojalt at arbeidstakeren tok kopi av en følgeseddel og overlot denne til en av arbeidsgivers konkurrenter.<sup>229</sup>

Jan Tormod Dege viser til at det er illojalt å kopiere kundelister, e-postadresser mv. Samt å slette opplysninger på egen datamaskin hvis disse kunne brukes av firmaet. Det er ofte omfattet av arbeidsavtalen at slik informasjon er arbeidsgivers eiendom, men at det der dette ikke er tilfellet vil være omfattet av lojalitetsplikten.<sup>230</sup>

Det kan således legges til grunn at det kan medføre brudd på lojalitetsplikten dersom arbeidstakeren misbruker arbeidsgivers dokumenter eller lignende.

#### **4.4 Konkurrerende virksomhet etter at arbeidsforholdet er avviklet**

Etter at arbeidsforholdet er avviklet vil arbeidstakeren som utgangspunkt kunne starte konkurrerende virksomhet uten begrensninger fra lojalitetsplikten. Det kan likevel foreligge begrensninger som følge av konkurranseklausuler, eller etter markedsføringsloven § 25 som stiller krav til god forretningsskikk mellom næringsdrivende. For arbeidstakere som ønsker å starte hos en konkurrerende virksomhet vil begrensninger, som utgangspunkt, kun følge av eventuelle karanteneavtaler, da det som tidligere redegjort for, kun er næringsdrivende som omfattes av markedsføringslovens bestemmelser.

Som redegjort for innledningsvis faller det utenfor avhandlingens tema å gå nærmere inn på de vurderingene som er følger av konkurranseklausuler og markedsføringsloven.

---

<sup>229</sup> RG. 1996 s. 1241 på side 1243

<sup>230</sup> Jan Tormod Dege, *Den individuelle Arbeidsrett*, del II, Oslo 2009 på side 952

Det som skal behandles i dette punkt er om den alminnelige lojalitetsplikten kan anvendes for forhold som oppstår etter avviklingen av arbeidsforholdet.

I RG. 1999 s. 427, som redegjort for tidligere, ble det av lagmannsretten uttalt at «[s]pørsmålet blir dernest om de ankende parter etter 1 januar 1996 overtrådte markedsføringsloven § 1 første ledd eller *den lojalitetsplikt som i noen grad består etter opphør av arbeidsforholdet.*» (min kursivering). Lagmannsretten legger således til grunn at lojalitetsplikten, i noen grad, kan anvendes som selvstendig rettsgrunnlag også etter at arbeidsforholdet har opphørt. Likevel i en noe begrenset form da «[d]et gjelder ikke noe generelt forbud mot å tilby sine tjenester i samme marked som tidligere arbeidsgiver. [...] Rettsstridsspørsmålet må vurderes på bakgrunn av den fremgangsmåte som ble benyttet og forholdene ellers.» Lagmannsretten legger således til grunn at det er fremgangsmåten og forholdene rundt den konkurrerende virksomheten som kan medføre brudd på lojalitetsplikten, og ikke konkurransen i seg selv.

LA-2006-71768, som redegjort for tidligere, gjaldt handlinger som ble utført av arbeidstakeren under arbeidsforholdet. I forhold til lojalitetspliktens tidsmessige yttergrense ble det av lagmannsretten uttalt at:

«Lojalitetsplikten varer i utgangspunktet så lenge arbeidsforholdet varer. Når det ikke foreligger noen konkrete holdepunkter eller særlig lovhjemmel for noe annet, vil det tidligere arbeidsforholdet normalt ikke i seg selv legge noen begrensninger på den tidligere ansattes aktiviteter i tiden etter at ansettelsesforholdet har opphørt.»

Hva som ligger i *konkrete holdepunkter* går lagmannsretten ikke nærmere inn på. Lagmannsretten holder likevel mulighetene åpen for at det kan tenkes at lojalitetsplikten kan anvendes på forhold som oppstår etter at arbeidsforholdet er avsluttet, men at den normalt ikke i seg selv gjør det.

I den juridiske teorien blir det hevdet at arbeidsgiveren i helt spesielle situasjoner kan ha et så stort behov for vern at arbeidstaker må avstå fra konkurrerende virksomhet også etter at arbeidsforholdet har opphørt.<sup>231</sup>

For vurderingen av markedsføringsloven standard om god forretningsskikk viser Tore Lunde til at «[e]tter utløpet av tilsetjingsperioden er det formelle utgangspunktet at arbeidstakaren står fritt, med mindre arbeidsavtalene inneheld konkurransesklauslar.»<sup>232</sup> Bakgrunnen for dette er den alminnelige handlefriheten, næringsfriheten som kommer til uttrykk som en politisk prinsipperklæring i Grunnloven<sup>233</sup> § 110 og det effektivitetshensynet som kommer til uttrykk i konkurranseloven § 1.

Tore Lunde viser til at hensynet til samfunnsøkonomien og effektiv ressursbruk taler for at det både for samfunnets og for den enkelte arbeidstakers skyld ikke bør ilegges større innskrenkninger i adgangen til å drive næringsvirksomhet enn det som er nødvendig. Uavhengig av dette utgangspunktet «er det lite kontroversielt at ein av omsyn til vern mot illojal konkurranse må akseptere visse inngrep i fridomen, sjøl om det ikkje er avtalt noko uttrykkeleg konkurranseforbod.»<sup>234</sup> Og at dette må kunne gjøres for de «ekstraordinære situasjonane».<sup>235</sup> Han stiller likevel opp et utgangspunkt om at «ein tidligare tilsett alltid kan nytte sin faglege dugleik og generelle innsikt i bransjen og kjennskap til marknaden for dei aktuelle produkta eller tenestene som grunnlag for konkurranse med tidlegare arbeidsgjevar.»<sup>236</sup>

Alex Borch og Jan Fougner viser til et tilsvarende utgangspunkt når de skriver at «[d]et kan imidlertid ikke utelukkes at en tidligere arbeidstaker vil kunne opptre i strid med lojalitetsplikten etter fratredelse og at dette vil kunne medføre erstatningsansvar. Det klare utgangspunktet er likevel at en arbeidstaker etter et arbeidsforholds opphør står

---

<sup>231</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 525

<sup>232</sup> Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001 på side 377

<sup>233</sup> Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814

<sup>234</sup> Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001 på side 377

<sup>235</sup> Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001 på side 379

<sup>236</sup> Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001 på side 379

fritt til å drive konkurrerende virksomhet.»<sup>237</sup> Disse uttalelsene taler således for at det i ekstraordinære eller spesielle situasjoner kan stilles krav til en tidligere ansatts handlemåte i form av lojalitetsbetraktninger.

Den juridiske teorien er likevel ikke helt samstemte. Kristen Andersen viser til at der «intet er bestemt med hensyn til konkurrerende virksomhet etter arbeidstakerens fratreden, må antas at arbeidstakeren her står fritt. Det kan nemlig ikke av selve arbeidsavtaleforholdet utledes noen plikt for arbeidstakeren til å avstå fra slik virksomhet.»<sup>238</sup> Jan Tormod Dege uttaler at «[h]vis arbeidstaker ikke er bundet av konkurranseklausul eller opptrer i strid med taushetsplikt, er det ikke grunnlag for erstatning for arbeidstaker som har sluttet og betjener den tidligere arbeidsgivers kunder.»<sup>239</sup> Også Arne Fanebust viser til at utgangspunktet er at arbeidstakeren etter opphøret av arbeidsforholdet *står fritt* hvis ikke annet er avtalt.<sup>240</sup> Det disse forfatterne behandler kan karakteriseres som utgangspunkt om at arbeidstakeren står fritt. Dette er det ingen uenighet om. Jeg mener at det at de ikke stiller spørsmål om det finnes unntak fra hovedregelen ikke i seg selv taler for at de mener at slike unntak ikke eksisterer.

Det er verdt å bemerke at arbeidsgivers behov for beskyttelse etter at arbeidsforholdet har opphørt er vesentlig lavere enn arbeidstakers behov for å kunne anvende sine ferdigheter til å skaffe seg nytt inntektsgivende arbeid. Selv om arbeidstakeren innehar informasjon eller kunnskaper som har betydning for arbeidsgivers konkurranseevne. Informasjon er i mange næringer ferskvare, noe som bør medfører at beskyttelsesbehovet gradvis blir redusert etter hvert som tiden går. For næringer hvor de ansatte får tilgang til konkurransesensitiv informasjon som ikke mister sin verdi, vil det være mulig for arbeidsgiver å sikre seg mot misbruk av informasjon gjennom avtaler om taushetsplikt, konfidensialitetsplikt eller konkurranseklausuler. At slik sikring finner sted er det arbeidsgiveren som er nærmest å bære risikoen for. At misbruk av forretningshemmeligheter i enkelte tilfeller kan straffesanksjoneres vil bli behandlet nedenfor.

---

<sup>237</sup> Alex Borch og Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett nr. 2 (2000) side 67-100 på side 77-78

<sup>238</sup> Kristen Andersen, *Fra arbeidslivets rett*, Oslo 1967 på side 148

<sup>239</sup> Jan Tormod Dege, *Den individuelle Arbeidsrett*, Del II, Oslo 2009 på side 968

<sup>240</sup> Arne Fanebust, *Innføring i arbeidsrett – den individuelle del*, 3. utgave, Bergen 2013 på side 148



Arbeidsgivers behov for beskyttelse kan også sikres gjennom bruk av sluttpakker der det avtales betaling av lønn til arbeidstakeren i en periode etter arbeidsforholdet har opphørt. Dette skjer som regel i kombinasjon med klausuler om at arbeidstakeren ikke kan ta inntektsgivende arbeid i konkurranse med den tidligere arbeidsgiveren i denne perioden. Arbeidsgivers motivasjon bak en slik avtaler vil nettopp være å beskytte seg mot at arbeidstakeren videreformidler sensitiv informasjon til en ny arbeidsgiver eller selv benytter den i oppstart av egen virksomhet.

Det klare utgangspunktet er at arbeidstakeren står fritt til å starte egen konkurrerende virksomhet, eller hos en annens konkurrerende virksomhet når arbeidsforholdet er opphørt, dersom det ikke foreligger en gyldige konkurranseklausul. Men at det på bakgrunn av rettspraksis, juridisk teori og de overnevnte hensyn mener er rom for å hevde at det kan oppstå situasjoner også etter avslutningen av et arbeidsforholdet hvor arbeidstakers lojalitetsplikt kan anvendes som skranke for spesielle eller ekstraordinære konkurransesituasjoner.

## **5. Konsekvenser av arbeidstakers illojale konkurranse**

### **5.1 Innledning**

Det skal i dette kapitlet redegjøres for hvilke beføyelser som er eller kan være aktuelle å iverksette overfor en konkurrerende virksomhet som er i strid med arbeidstakers lojalitetsplikt. Det er klart at bruken av sanksjoner vil avhenge av om arbeidstakeren fortsatt arbeider for virksomheten eller om han har avsluttet sitt arbeidsforhold og gått over i konkurrerende virksomhet. Det er for eksempel lite aktuelt å si opp en ansatt som i oppsigelsestiden har startet en konkurrerende virksomhet i strid med lojalitetsplikten.

Temaet for avhandlingen setter rammen for behandlingen av de ulike sanksjonene, og det vil dermed ikke bli foretatt en fullstendig gjennomgang av de prosessuelle vilkårene tilknyttet anvendelsen av sanksjonene. Det vil heller ikke være naturlig å gi en utfyllende gjennomgang av de ulike sanksjonene utenfor rammen av lojalitetsplikten.

Spørsmålet om det foreligger illojal konkurranse i strid med lojalitetsplikten og spørsmålet om det foreligger grunnlag for sanksjoner blir ofte behandlet uavhengig av hverandre i rettspraksis. Det vil likevel være momenter ved de ulike vurderingene som vi finner igjen i vurderingen av adferdens klanderverdighet som redegjort for i avhandlingens kapittel 3. For å unngå gjentakelser vises det i rettspraksis til at momentene også har hatt betydning for vurderingen av sanksjonen.

### **5.2 Oppsigelse**

For at det skal være aktuelt å benytte oppsigelse som sanksjon overfor illojal konkurranse forutsettes det at det foreligger et arbeidsforhold, og at arbeidstakeren ikke allerede befinner seg i en oppsigelsestid.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd at en arbeidstaker blant annet kan sies opp der det er saklig begrunnet i arbeidstakers forhold. Det er klart at brudd på

arbeidstakers lojalitetsplikt gjennom konkurrerende virksomhet kan gi slikt grunnlag. Det er likevel slik at ikke alle brudd på lojalitetsplikten gir grunnlag for oppsigelse. I RG. 1995 s. 887, som redegjort for tidligere, ble det uttalt at «[i]kke enhver form for illojalitet overfor arbeidsgiver kan gi grunnlag for oppsigelse.» Her fant rettens flertall at arbeidstakerens opptreden ikke overskred arbeidsmiljølovens slingringsmonn for uheldig opptreden fra en ansatt i hans alder og stilling. Retten fant dermed at oppsigelsen ikke var saklig begrunnet, selv om at arbeidstakeren hadde handlet illojalt ved å gi hjelp til en konkurrerende virksomhet. Det ble av retten lagt vekt på at arbeidsgiveren ikke hadde fulgt reglene om drøftelse før oppsigelsen, eller tilkalt tillitsmann.

Rt. 2011 s. 1674 gjald i likhet med RG. 1995 s. 887 en enkelthendelse. Her hadde en kabinansatt brutt flyselskapets rutine for vaktbytte ved å unnlate å informere arbeidsgiver om at hun hadde byttet vakt med en annen kabinansatt. I tillegg hadde hun benyttet seg av en tjenestebillett til å reise hjem for å ta en vakt for et annet flyselskap. Det var enighet mellom partene om at slikt bierverv var tillatt. Spørsmålet var om unnlatsen av å informere arbeidsgiver om vaktbytte kunne gi saklig grunn for oppsigelsen av henne. Høyesterett kom til at en «[s]kriftlig advarsel burde vært et tilstrekkelig virkemiddel fra selskapets side.»<sup>241</sup>

Rt. 2009 s. 685 gjaldt en fylkeskommune som ønsket å si opp en arbeidstaker som var dømt for seksuallovbrudd. Her fant Høyesterett at arbeidstakeren i tilstrekkelig grad hadde orientert sin arbeidsgiver om straffesaken og at fylkeskommunen hadde brukt for lang tid før mannen ble oppsagt. For vurderingen av oppsigelsens saklighet etter arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd uttalte Høyesterett at:

«Med utgangspunkt i oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsavtalen gir bestemmelsen anvisning på en konkret skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser. Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør.

---

<sup>241</sup> Rt. 2011 s. 1674 i avsnitt 60

Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner.»<sup>242</sup>

Høyesterett fant at det ikke var saklig grunn for å si opp den ansatte. Dersom grunnlaget for oppsigelsen av arbeidstaker er brudd på arbeidstakers lojalitetsplikt vil minstekravene, som redegjort for i avhandlingens punkt 3, være relevante.<sup>243</sup> Det vil ha betydning hvor grovt arbeidstakeren har overtrådt sine plikter i forhold til arbeidsgiveren. Relevante momenter i vurderingen vil blant annet være hvor store negative virkninger arbeidstakerens lojalitetsbrudd har fått eller kan få for arbeidsgiveren, hvilken stilling arbeidstakeren har, om arbeidstakeren har handlet forsettlig eller uaktsomt og om arbeidsgiveren har blitt informert om den konkurrerende virksomheten.<sup>244</sup>

RG. 1984 s. 1019, som redegjort for ovenfor, gjaldt krav om erstatning for urettmessig avskjed. Det lagmannsretten her fant illojalt var at arbeidstakeren hadde tegnet seks til syv polygonoversikter for en konkurrerende virksomhet, noe som arbeidstakeren hadde mottatt kr. 2000,- i betaling for. Det ble her uttalt at det ikke var adgang til å avskjedige den ansatte, men at det etter rettens vurdering ville ha vært saklig grunn for oppsigelse. Dommen viser således at også forholdsvis beskjedne forhold kan bli ansett for å gi saklig grunn for oppsigelse av den ansatte. Som redegjort for ovenfor så ble det av lagmannsretten også lagt vekt på at arbeidstakeren ikke informerte arbeidsgiveren når han burde ha forstått at arbeidsgiveren ville ha motsatt seg at han utførte arbeidet.

Henriette Nazarian viser i sin redegjørelse for lojalitetsplikt i kontraktsforhold til at «[e]thvert tilfelle av illojal konkurranse må som utgangspunkt gi saklig grunn for oppsigelse, med mindre arbeidsgivers fremgangsmåte anses som usaklig.»<sup>245</sup> Likevel med en snever unntaksregel om at arbeidsgiveren ikke kan si opp arbeidstakeren dersom den illojale konkurransen er av et svært beskjedent omfang.<sup>246</sup>

---

<sup>242</sup> Rt. 2009 s. 685 i avsnitt 52

<sup>243</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 205

<sup>244</sup> Alex Borch og Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett, nr. 2 (2000) side 67-100 på side 93-94

<sup>245</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 527

<sup>246</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 527

Der det foreligger grove brudd på lojalitetsplikten kan det tenkes at oppsigelsen blir opprettholdt selv om det foreligger feil ved saksbehandlingen, noe som Rt. 1996. 1401, som redegjort for tidligere, er et eksempel på. Her opprettholdte Høyesterett oppsigelsen da det forelå et såpass grovt brudd på lojalitetsplikten at arbeidsgivers oppsigelse måtte anses som saklig til tross for at arbeidstakeren ikke hadde fått særlig mulighet til å forklare seg.<sup>247</sup>

### 5.3 Avskjed

Det kan ved gjennomgangen av rettspraksis fremstå som at avskjedigelse er den vanligste sanksjonen der arbeidstaker driver konkurrerende virksomhet i strid med lojalitetsplikten. Om dette er fordi avskjedigelse er den vanligste sanksjonen, eller om det er fordi avskjedigelse oftere leder til prosess er vanskelig å si noe sikkert om. Det er likevel klart at det foreligger betydelig med rettspraksis der arbeidstakeren er avskjediget som følge av konkurrerende virksomhet. Den generelle tendensen er at domstolene har bedømt arbeidstakere som driver konkurrerende virksomhet forholdsvis strengt.<sup>248</sup>

Det rettslige grunnlaget for å avskjedige arbeidstakeren følger av arbeidsmiljøloven § 15-14 første ledd. For at avskjedigelsen skal være berettiget kreves det at arbeidstakeren har gjort seg skyldig i «grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen». Konsekvensen av avskjedigelsen er at arbeidsforholdet heves og umiddelbart opphører som følge av avskjedsbeslutningen blir meddelt arbeidstakeren. Både ordlyden og de betydelige konsekvensene taler for at det er en høy terskel for at arbeidsgiveren skal kunne avslutte arbeidsforholdet på denne måten.

I Rt. 1983 s. 1481, som redegjort for tidligere, var spørsmålet om avskjedigelsen av en renovasjonsarbeider som hadde drevet privat renovasjon utenfor eget ruteområde innenfor ordinær arbeidstid var rettmessig. Høyesterett kom til at avskjedigelsen var gyldig og at arbeidstakerens krav om erstatning som følge av usaklig avskjedigelse ikke

---

<sup>247</sup> Rt. 1996 s. 1401 på side 1408

<sup>248</sup> Alex Borch og Jan Fougner, *Konkurransen med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett, nr. 2 (2000) side 67-100 på side 95

ble tatt til følge. Arbeidstakeren hadde gjort seg skyldig i grove pliktbrudd og vesentlig mislighold av arbeidsavtalen. Dersom retten kommer til at det ikke foreligger brudd på lojalitetsplikten vil avskjedigelsen være urettmessig. I Rt. 1960 s. 371 kom Høyesterett, som redegjort for tidligere, til at sivilingeniøren ikke hadde brutt lojalitetsplikten. Avskjedigelsen var dermed urettmessig og arbeidsgiveren ble dømt til å betale arbeidstakeren erstatning.

For vurderingen av om arbeidstakeren har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen ved å drive konkurrerende virksomhet vil momentene som gjennomgått i avhandlingens del 3 være relevante. Det sentrale kriteriet er at forholdet etter en konkret vurdering må bedømmes som et grovt pliktbrudd, noe som illojal konkurranse ofte vil medføre. Retten tar ofte utgangspunkt i hvor store negative konsekvenser forholdet har fått, eller kan få, for arbeidsgiveren. Hvilken stilling arbeidstakeren har, og om han har informert arbeidsgiveren. I Rt. 1993 s. 300, som redegjort for tidligere, ble det lagt vekt på at arbeidstakeren, som var daglig leder i selskapet, ikke hadde informert arbeidsgiveren om at han hadde tilbudt seg å kjøpe firmaet som arbeidsgiveren hadde forretningsforbindelse med, og som arbeidsgiveren tidligere hadde forhandlet om å overta. Dette ble ansett for å være grovt illojalt og avskjedigelsen ble ansett for å være berettiget.

Det oppstilles også et krav om at arbeidsgiver må ha reagert hurtig dersom en avskjedigelse skal være berettiget. Dette kom på spissen i Rt. 2005 s. 518 som gjaldt gyldigheten av en avskjed som var begrunnet i at arbeidstakeren urettmessig hadde benyttet arbeidsgivers dataanlegg til nedlasting av pornografisk materiale. Her kom retten til at avskjeden fremsto som en uforholdsmessig reaksjon. Det ble lagt vekt på at bedriften i lang tid hadde kjent til at pornografisk materiale ble lastet ned, uten å reagere. Det forelå dermed ikke et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen som ga grunnlag for avskjedigelse av arbeidstakeren. Også for avskjedigelser som er begrunnet i at arbeidstakeren illojalt har drevet konkurrerende virksomhet må det legges vekt på hvor lenge arbeidsgiveren har kjent til forholdet.

Selv om retten skulle komme til at avskjedigelsen ikke var berettiget kan det forhold at arbeidstakeren har drevet illojal konkurranse få betydning for erstatningsutmålingen

tilknyttet den urettmessige avskjedigelsen. Det ble både i NAD 1987 s. 218 og i NAD 1987 s. 629, begge redegjort for tidligere, lagt vekt på at arbeidstakeren selv var å bebreide for å ha blitt avskjediget.

Da avskjedigelse innebærer at arbeidsforholdet øyeblikkelig opphører kan sanksjonen være aktuell å benytte for forhold som oppstår under oppsigelsestiden. At arbeidstakeren blir avskjediget i oppsigelsestiden ble av Oslo byrett i NAD 1987 s. 218 karakterisert som en «ren demonstrasjon». Byretten kunne vanskelig se at det ville påføre arbeidsgiveren noe særlig ulempe å la arbeidsforholdet løpe ut de siste 14 dagene av oppsigelsestiden. Det ble ytterligere vektlagt at avskjedigelsen virket som forhastet da arbeidsgiveren ikke hadde tatt seg tiden til å konferere med den tillitsvalgte. I RG. 1989 s. 313, som redegjort for tidligere, ble det av lagmannsretten lagt lite vekt på at avskjedigelsen kom fire dager før utløpet av oppsigelsesfristen.

#### **5.4 Suspensjon**

Det følger av arbeidsmiljøloven § 15-13 at arbeidsgiver kan suspendere en arbeidstaker dersom han har grunn til å anta at han har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre avskjed. Dette kan være særlig aktuelt der arbeidsgiveren oppdager forhold som gir han grunn til å tro at arbeidstakeren utøver konkurrerende virksomhet, men trenger mer tid til å foreta nærmere undersøkelser av forholdet.

Ordlyden «grunn til å anta» tilsier at det ikke skal veldig mye til før en arbeidsgiver har rett til å suspendere den ansatte. Det må likevel kreves at arbeidsgiveren så langt det er praktisk mulig drøfter med arbeidstakeren og med arbeidstakerens tillitsvalgte, jf. arbeidsmiljøloven §§ 15-1 og 15-14 annet ledd, før det tas beslutning om suspensjon. Formkravene for suspensjon vil ikke bli behandlet.

Adgangen til å suspendere arbeidstakeren er behovsprøvd, og dersom arbeidsgiveren kan finne mindre drastisk løsninger så vil det ikke foreligge suspensjonsadgang. Slik løsning kan eksempelvis være at arbeidstakeren midlertidig omplasseres til en annen stilling eller arbeidsoppgave mens undersøkelsene foretas.

Et eksempel på at suspensjonsadgangen i arbeidsmiljøloven § 15-13 er benyttet er LB-2007-137797, som redegjort for tidligere. Her kom lagmannsretten til at det verken forelå adgang til avskjedigelse eller suspensjon av den ansatte da den ansatte ikke hadde brutt lojalitetsplikten overfor arbeidsgiver. Opplysningene den ansatte hadde kommet med i suspensjonsmøtet falt innenfor det som arbeidstaker hadde anledning til å opplyse kundene om. Det forelå verken forsøk på illojal markedsføring eller verving av kunder, og det var dermed ikke adgang til å suspendere den ansatte da det ikke forelå grunn til å anta at det forelå forhold som berettiget avskjedigelsen av den ansatte.

Som alternativ til suspensjon kan det tenkes at arbeidsgiveren innenfor sin styringsrett har anledning til å omplassere arbeidstakeren. Omplassering vil også kunne være aktuelt der arbeidstakeren er i en oppsigelsesfrist og det ikke er grunnlag for avskjedigelse, og det heller ikke oppnås enighet om umiddelbar fratredelse.<sup>249</sup> NAD 1988 s. 380 gjaldt avskjedigelsen av en distriktssjef i oppsigelsestiden. Byretten fant at det ikke var grunnlag for avskjedigelse og nevnte uttrykkelig at arbeidstakeren «kunne ha blitt satt til annet arbeid i firmaet».

Alex Borch og Jan Fougner viser videre til at arbeidsgiver etter deres syn bør ha en videre adgang til omplassering enn det som følger av den alminnelige styringsretten dersom arbeidstakeren driver eller planlegger konkurrerende virksomhet. Tore Lunde gjør lignende betraktninger når han skriver om kollektive oppsigelser og oppretting av konkurrerende virksomhet, og at det som alternativ til oppsigelse eller avskjedigelse av de ansatte kan «vere spørsmål om arbeidsgjevar – av omsyn til å verne seg mot risikoen for skadelege, illojale konkurransehandlingar – kan nekte dei tilsette tilgang til arbeidsstaden i oppseiingsperioden, eventuelt gå til det mindre inngripande tiltaket å endre arbeidsoppgåvene til den tilsette.»<sup>250</sup> Spørsmålet om rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett og adgangen til omplassering vil ikke bli nærmere behandlet.

---

<sup>249</sup> Alex Borch og Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett, nr. 2 (2000) side 67-100 på side 97

<sup>250</sup> Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen 2001 på side 373



## 5.5 Erstatning

Arbeidsgiver kan ha krav på erstatning i tillegg til at han gjør gjeldende andre sanksjoner som oppsigelse eller avskjedigelse av arbeidstakeren. Erstatning kan kreves for brudd på lojalitetsplikten for både nåværende eller tidligere arbeidstakere som har utøvd illojale konkurransehandlinger.

Det kan være problematisk å bevise årsakssammenhengen mellom den urettmessige konkurransen og den inntrufne skaden.<sup>251</sup> Og det vil ofte være vanskelig å beregne det faktiske tapet som den illojale konkurrerende virksomheten har påført arbeidsgiver. Noe som medfører at erstatningen dermed må fastsettes skjønnsmessig, noe som Rt. 1990 s. 607, som redegjort for tidligere, er et eksempel på. Her ble arbeidsgiveren tilkjent kr. 600 000,- i erstatning på grunn av at to arbeidstakere i ledende stillinger hadde deltatt i planleggingen og etableringen av konkurrerende virksomhet. Her mistet arbeidsgiveren sin markedsposisjon som eneforhandler av TeleVideo maskiner da arbeidstakerne opprettet det konkurrerende selskapet og fikk rett av leverandøren til å omsette maskinene. I forbindelse med erstatningsutmålingen ble det av førstvoterende uttalt at:

«Jeg er etter dette kommet til at Gruer og Fongaard har opptrådt illojalt overfor sin arbeidsgiver og på denne måte krenket de plikter de hadde som arbeidstakere hos Viking. Den aktivitet Gruer og Fongaard har utvist i denne sak og deres fortelser, har slik jeg ser det, klart gått ut over den ramme som her må gjelde for en arbeidstakers adgang til å forberede overgang til annen virksomhet etter sin fratreden. De har opptrådt på en objektivt sett rettsstridig måte overfor sin arbeidsgiver, og jeg finner at også det subjektive grunnlag for erstatningsplikt foreligger.

[...]

---

<sup>251</sup> Alex Borch og Jan Fougner, *Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og Rett, nr. 2 (2000) side 67-100 på side 98

Jeg finner at det må anses overveiende sannsynlig at Viking er påført et tap. Tapets omfang er det imidlertid vanskelig å fastslå. Vurderingen kompliseres blant annet av at man i utgangspunktet må se bort fra det tap som i alle tilfelle ville ha oppstått for Viking som følge av at tre nøkkelpersoner sa opp sine stillinger.»<sup>252</sup>

Henriette Nazarian viser til at dersom det foreligger brudd på lojalitetsplikten så vil det innebære at det foreligger ansvarsgrunnlag.<sup>253</sup> Lasse Simonsen viser til at siden lojalitetskravet forutsetter skyld hos skadevolderen, så faller det sammen med den alminnelige culpanormen i norsk erstatningsrett, og at brudd på normen direkte vil kunne utløse et erstatningskrav.<sup>254</sup>

## **5.6 Krav om at den illojale konkurransen må opphøre**

En arbeidsgiver som måtte mene at en nåværende eller tidligere arbeidstaker er involvert i konkurrerende virksomhet i strid med lojalitetsplikten vil kunne reise søksmål for å få fastslått om konkurransen er urettmessig og at den må stanse. Det er mest aktuelt å fremme slikt krav dersom arbeidsforholdet er ment å fortsette, men også der det foreligger brudd på markedsføringsloven § 25 om god forretningskikk eller ekstraordinært brudd på den alminnelige lojalitetsplikten for tiden etter at arbeidsforholdet har opphørt.

Det kan også stilles krav om at den konkurrerende virksomheten må opphøre øyeblikkelig gjennom reglene om midlertidig forføyning. Kjennelsen i RG. 2012 s. 374, som redegjort for tidligere, er et eksempel på dette. Her gjaldt saken krav om midlertidig forføyning for at arbeidstakeren hadde rett til å ta alt annet arbeid i den del av stillingen som han var permittert fra. Lagmannsretten kom til at arbeidstakeren som var 50 % permittert var berettiget til å ta arbeid for en konkurrerende virksomhet i denne perioden.

---

<sup>252</sup> Rt. 1990 s. 607 på side 616

<sup>253</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 på side 203

<sup>254</sup> Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997 side 164

NAD 1986 s. 672 gjaldt begjæring om midlertidig forføyning for at tidligere arbeidstakere av arbeidsgiveren ikke skulle kunne utføre arbeid for en konkurrerende virksomhet. Bakgrunnen for at begjæringen om midlertidig forføyning ble tatt til følge var at de ansatte satt inne med en betydelig mengde bedriftshemmelig innsikt og kunnskaper fra arbeidsgiveren. Begjæring om midlertidig forføyning frem til dom ble avsagt ble tatt til følge.

## 5.7 Straff

At det foreligger brudd på arbeidstakers lojalitetsplikt er ikke i seg selv straffbart. Det kan likevel tenkes at det ved den illojale konkurransen er foretatt handlinger som har medført brudd på straffeloven §§ 275, 276 eller 294 nr. 2. I det følgende skal det redegjøres for hvordan arbeidstakers illojale adferd kan falle inn under gjerningsbeskrivelsen i straffebudene. Det vil ikke bli foretatt en gjennomgang av de øvrige vilkårene for at arbeidstakeren skal kunne straffes for forholdet.

Den som i hensikt å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning eller å skade, forsømmer en annens anliggender som han styrer eller har tilsyn med, eller handler mot den annens tarv kan straffes for økonomisk utroskap etter straffeloven § 275.

Etter straffebudet er gjerningsmannen den som styrer eller har tilsyn med en annens anliggender. For at gjerningsmannen skal *styre eller ha tilsyn med* den annens anliggender stilles det krav til at stillingen har en selvstendig karakter. I den juridiske teorien vises det til at et «regningsbud, en hushjelp eller en vanlig arbeider eller kontorist går ikke inn under bestemmelsen. Grensen her er nokså flytende».<sup>255</sup> Høyesterett har i Rt. 1992 s. 1463 benyttet straffebudet mot ansatte utenfor en ledende stilling. Her hadde en vekter i et vaktelskap stjålet for ca. 100 000 kroner fra en rekke bedrifter han hadde vaktoppdrag for. Vekteren ble i tillegg til tyveri, dømt for utroskap overfor vaktelskapet. Andrevoterende for rettens flertall uttalte for vurderingen av kravet til selvstendighet at:

---

<sup>255</sup> Johs, Andenæs, *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, 3. opplag, Oslo 2011 på side 413

«Utroskapsbestemmelsen rammer bare den som "styrer eller har tilsyn med" en annens anliggender. Det er vanlig å oppfatte den slik at den bare tar sikte på den som har en stilling med en viss selvstendig karakter, jf førstvoterendes bemerkninger. En slik oppfatning er åpenbart treffende når det gjelder den som "styrer" en annens anliggender. Derimot bør det neppe stilles krav om noen høy grad av selvstendighet for den som har i oppdrag å føre tilsyn med en annens anliggender, og som herunder forgår seg som beskrevet i § 275.»<sup>256</sup>

Det kan således ikke legges til grunn at straffebudet aldri vil kunne komme til anvendelse for arbeidstakere i underordnede stillinger. Det vil måtte bero på en konkret vurdering av stillingens selvstendige karakter. For ansatte i ledende stillinger og særlig selvstendige stillinger vil vilkåret være enklere å oppfylle.

Den straffbare handlingen er beskrevet med to alternativer, det straffbare er både å forsømme den annens anliggender, og å handle mot hans tarv. For spørsmålet om illojal konkurranse vil det være aktive handlinger etter det andre alternativet som er aktuelt å benytte. Det er klart at en form for utroskap er å åpenbare forretnings- og driftshemmeligheter slik som også rammes av den mildere bestemmelsen i straffeloven § 294 nr. 2. Det er klart at straffeloven § 275 kan anvendes selv om vilkårene i § 294 nr. 2 er oppfylt.<sup>257</sup>

I LA-1996-1529 ble en tidligere seniorforsker ved forskningssenteret til Norsk Hydro dømt til fengsel i 3 år for grov utroskap og en del andre vinningsforbrytelser mot arbeidsgiver. Han hadde i strid med sin taushetsplikt gitt i fra seg bedriftsinterne opplysninger til sin bror og et selskap han var engasjert i. I forbindelse med dette uttalte lagmannsretten at:

«Ettersom brot på teieplikta kan føra til ein så inngripande reaksjon som straff, må det krevjast at det er tale om opplysningar som arbeidsgjevaren har eit klart sakleg behov for å verna om ved pålegg til dei tilsette om hemmelegholding. Ut frå omgrepsbruken ovanfor vil det vera såkalla "bedriftshemmeligheter" og dels

---

<sup>256</sup> Rt. 1992 s. 1463 på side 1465

<sup>257</sup> Johs. Andenæs, *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, 3. opplag, Oslo 2011 på side 414

know-how som det kan knytast ei slik teieplikt til, derimot ikkje allment kjende kunnskapar. I praksis er det avgrensinga av kva slag know-how som kan krevjast hemmelegalden som kan reisa tvil. Lagmannsretten vil ikkje nytta omgrepet "proprietary knowledge", men er - ut frå definisjonane som er attgjevne ovanfor - samd med byretten i at dette omgrepet langt på veg dekkjer det same som know-how. Ein viser særskilt til at kombinasjonar av einskildelement som kvar for seg er allment kjende, vil kunna reknast både som know-how og "proprietary knowledge". Slik lagmannsretten ser det, vil det òg til slike bedriftsinterne opplysningar kunna knytast teieplikt på ein slik måte at ein tilsett etter omstenda kan straffast for utruskap dersom han openberr opplysningane.»<sup>258</sup>

Det er klart at avsløring av forretningshemmeligheter faller innanfor straffebestemmelsen. Men også den ansattes egen misbruk av hemmelige opplysninger i oppstart av egen konkurrerende virksomhet må falle inn under gjerningsbeskrivelsen. Et minstekrav for at den objektive gjerningsbeskrivelsen skal være overtrådt må være at arbeidstakeren har handlet i strid med arbeidsgivers interesser. Noe som vil være typisk for brudd på lojalitetsplikten. Ordlyden i bestemmelsen stiller ikke krav om at det må foreligge økonomisk tap, så også fare for tap vil være omfattet.

For at et økonomisk utroskap skal være grovt og omfattes av den økte strafferammen i straffeloven § 276, følger det av bestemmelsens andre ledd at det skal legges særlig vekt på blant annet om handlingen har voldt betydelig økonomisk skade, om den er forøvd av offentlig tjenestemann eller noen annen ved brudd på den særlige tillit som følger med hans stilling eller virksomhet og om han har tilintetgjort, ubrukbargjort eller skjult bøker eller andre dokumenter. Bestemmelsen legger således opp til en totalvurdering der flere forhold rundt den konkurrerende virksomheten kan få betydning. Her vil spesielt stor negativ økonomisk effekt og arbeidstakere i ledende eller særlig betrodde stillinger kunne omfattes av den økte strafferammen som grovt økonomisk utroskap innebærer.

---

<sup>258</sup> LA-1996-1529

Som nevnt ovenfor er det i straffeloven § 294 nr. 2 inntatt en spesialbestemmelse om misbruk av forretnings- eller bedriftshemmeligheter med en lavere strafferamme enn straffeloven §§ 275 og 276 ved økonomisk utroskap. Etter straffeloven § 294 nr. 2 straffes den som enten selv, eller muliggjør for andre å uberettiget gjøre bruk av, spre eller utnytte forretnings- eller driftshemmeligheter i to år etter at han har fratrett stillingen. For vurderingen av om opplysningene er omfattet av forretnings- eller driftshemmeligheter vises det til sitatet fra LA-1996-1529 ovenfor. Tvil rundt dette spørsmålet beror som regel på om opplysningene kan anses for å være allment kjent.

For at bruken skal falle inn under bestemmelsen må den være uberettiget. Dersom det foreligger samtykke fra arbeidsgiveren vil bruken være berettiget. Straffebudet stiller ikke krav til hvordan hemmelighetene har tilkommet gjerningspersonen og det er således også straffbart å røpe hemmeligheter som han har blitt kjent med etter at arbeidsforholdet er avsluttet. Etter bestemmelsens ordlyd er det ikke krav om at gjerningspersonen selv gjør nytte av hemmelighetene. Det er også straffbart å åpenbare hemmelighetene i den hensikt å sette en annen i stand til å gjøre det.

Brudd på lojalitetsplikten i form av konkurrerende virksomhet er således ikke i seg selv straffbart, men slik overgang til konkurrerende virksomhet kan lede til at det utøves handlinger som kan medføre brudd på straffeloven §§ 294 eller 275 og 276.

## 6. Kildehenvisninger

### 6.1 Lovregister

Grunnloven – Lov 17 mai 1814

Agenturloven – Lov 19 juni 1992 nr. 56 om handelsagenter og handelsreisende

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

Avhendingslova - Lov 3 juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom

Avtaleloven – Lov 31 mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer

Bustadoppføringslova – Lov 13 juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.

Foreldelsesloven – Lov 18 mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer

Husleieloven – Lov 26 mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler

Håndverkertjenesteloven – Lov 16 juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere

Kjøpsloven – Lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp

Konkurranseloven – Lov 5 mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

Markedsføringsloven - Lov 9 jan 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.

Selskapsloven – Lov 21 juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper

Straffeloven – Almindelig borgerlig Straffelov 22 mai 1902 nr. 10

Tvangsfullbyrdsloven – Lov 26 juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse

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

## **6.2 Lovforarbeider**

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)

NOU 1980: 19 Lov om selskaper m.v.

## **6.3 Rettspraksis**

### **6.3.1 Høyesterettspraksis**

Rt. 1918 s. 575

Rt. 1924 s. 107

Rt. 1929 s. 963

Rt. 1939 s. 860

Rt. 1949 s. 747

Rt. 1954 s. 980

Rt. 1959 s. 900

Rt. 1960 s. 371



Rt. 1969 s. 901  
Rt. 1970 s. 561  
Rt. 1973 s. 375  
Rt. 1983 s. 205  
Rt. 1983 s. 1481  
Rt. 1984 s. 28  
Rt. 1984 s. 1019  
Rt. 1986 s. 1386  
Rt. 1989 s. 689  
Rt. 1990 s. 607  
Rt. 1992 s. 1463  
Rt. 1993 s. 300  
Rt. 1994 s. 775  
Rt. 1994 s. 1617  
Rt. 1995 s. 1460  
Rt. 1996 s. 1401  
Rt. 1997 s. 1128  
Rt. 1998 s. 761  
Rt. 1999 s. 718  
Rt. 2001 s. 716  
Rt. 2001 s. 1589  
Rt. 2003 s. 1252  
Rt. 2003 s. 1614  
Rt. 2005 s. 268  
Rt. 2005 s. 518  
Rt. 2006 s. 372  
HR-2007-6-U  
Rt. 2009 s. 685  
Rt. 2011 s. 65  
Rt. 2011 s. 1674  
Rt. 2013 s. 342

### 6.3.2 Underrettspraksis

NAD 1981 s. 105

NAD 1984 s. 134

RG. 1984 s. 1019

NAD 1987 s. 218

NAD 1987 s. 269

NAD 1987 s. 282

NAD 1987 s. 629

NAD 1988 s. 202

NAD 1988 s. 367

NAD 1988 s. 380

NAD 1988 s. 755

NAD 1988 s. 1007

RG. 1988 s. 313

Inderøy herredsretts dom av 12.01.93 (sak nr. 92-358 A)

RG. 1995 s. 887

RG. 1996 s. 1241

RG. 1999 s. 427

LG-2000-1483

LE-2003-26

LB-2005-96635

LA-2006-71768

LB-2007-137797

RG. 2012 s. 374

LA-2012-56160

LB-2014-55459

TTRES-2014-120627

Saksnr. 15-038412TVI-OTIR/02

## 6.4 Litteratur

Andenæs, Johs., *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*, 3. utgave (Oslo 2011)

Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett* (Oslo 1967)

Dege, Jan Tormod, *Den individuelle Arbeidsrett Del I og II*, (Oslo 2009)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. Utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001)

Eskeland, Bjarte, *Erstatningsrettslig identifikasjon* (Oslo 2002)

Evju, Stein, *Arbeidsrettslige emner* (Oslo 1979)

Evju, Stein, *Arbeidsrett* (Oslo 2010)

Falkanger, Aage Thor, *God tro* (Oslo 1999)

Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett den individuelle del*, 3. utgave (Bergen 2013)

Fougner, Jan, *Arbeidsavtalen – utvalgte emner* (Oslo 1999)

Giertsen, Johan, *Avtaler* (Bergen 2006)

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011)

Heum, Per mfl., *Arbeidsliv i omstilling* (Bergen 2006)

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2006)

Lunde, Tore, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom* (Bergen 2001)

Løderup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. Utgave (Oslo 2009)

Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (Oslo 2007)

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2004)

Seljelid, Terje, *Lojalitet i stat og kommune*, (Hamar 1996)

Storeng, Nils H., Beck, Tom H. og Lund, Arve Due *Arbeidslivets spilleregler*, 3. utgave (Oslo 2014)

Simonsen, Lasse, *Prekontraktuelte ansvar*, (Oslo 1997)

Sæbø, Rune, *Innsidehandel med verdipapir* (Bergen 1995)

## 6.5 Andre kilder

Christina Ramberg, *Lojalitet i engelsk och svensk avtalsrätt*, Tidsskrift of Rettsvitenskap 04-05 (2013) side 521-530

UNIDROIT Principles (2010)

Borch, Alex og Fougner, Jan, *Konkurransen med nåværende eller tidligere arbeidsgiver*, Lov og rett nr. 2, (2000) side 67-100

Thorsen, Arne Falkanger, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Jussens Venner (1993) side 36-54

<http://www.dn.no/nyheter/finans/2015/03/24/2153/Arbeidsliv/-en-helt-absurd-sak>  
(april 2015)