

Tore Lunde

KONKURRANSERESTRIKSJONAR
I ARBEIDS- OG NÆRINGSFORHOLD



GYLDENDAL

TORE LUNDE

KONKURRANSERESTRIKSJONAR I ARBEIDS- OG NÆRINGSFORHOLD



GYLDENDAL

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2020
1. utgåve, 1. opplag 2020

ISBN 978-82-05-50639-8

Omslagsdesign: Kristin Berg Johnsen
Layout: Bøk Oslo AS
Sats: HAVE A BOOK
Brødtekst: Minion Pro 10,5/15 pkt

Forfatteren har tatt imot støtte frå Det faglitterære fond.

Alle spørsmål om det forlaget gir ut, kan du rette til
Gyldendal Akademisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/akademisk
akademisk@gyldendal.no

Materialet er verna etter åndsverklova. Utan uttrykkeleg samtykke er eksemplarframstilling, som utskrift og anna kopiering, berre tillate når det er heimla i lov (kopiering til privat bruk, sitat o.l.) eller avtale med Kopinor (www.kopinor.no). Utnytting i strid med lov eller avtale kan medføre erstatning- og straffeansvar.

Alle bøkene til Gyldendal er produserte i miljøsertifiserte trykkeri.
Sjå www.gyldendal.no/miljo

Forord

Denne boka er realisering av ein idé som dukka opp for mange år sidan, lenge før kapittel 14 A i arbeidsmiljølova såg dagens lys. Tanken om ei samla og brei framstilling av ulike konkurranserestriksjonar, både i arbeids- og næringsforhold, slapp aldri taket. Arbeidet har grodd fram i kortare og lengre bolkar over fleire år, innimellom alle andre gjeremål. Breidda i prosjektet inneber sjølvsagt grenser for kor djupt det har vore mogeleg å gå i dei ulike konkurranserestriksjonane. Ei samla og brei framstilling kan likevel ha ein eigenverdi, som eit bidrag til å få fram likskapar og skilnader mellom reglar som har mykje felles. Breidda kan også vere ei påminning om at konkurransefridomen har mange unntak.

Prosjektet hadde neppe blitt gjennomført utan grønt lys og god støtte frå dåverande redaktørar i Gyldendal, Anne Birgitte Songe og Ida Kyhring. Takk til dykk, ikkje minst for lån av forfatarleilegheita i Berlin sommaren 2018! Takk også til redaktør Ida Charlotte Grændsen for godt samarbeid i sluttfasen fram til ferdig bok!

Takk går også til Norsk faglitterær forfatter- og oversetterforening (NFFO) for finansieringsbidrag i form av prosjektstipend. Også takk til gode kollegaer i forskargruppa for EU-/EØS-konkurranserett og marknadsrett ved Det juridiske fakultet i Bergen, og til fakultetet for gode arbeidsvilkår.

Sist, men ikkje minst, må eg takke min dyktige vitskaplege assistent, Per Harald Vindenes, som grundig og effektivt har kontrollert manuskript og lest

korrektur, kontrollert kjelder og sitat, gitt kritiske merknader til innhald, og utarbeidd register.

Eventuelle feil og manglar er fullt ut mitt ansvar. Eg tek gjerne imot konstruktiv kritikk og kommentarar, helst på e-post til Tore.Lunde@uib.no.

Bergen, 20. august 2020

Innhald

DEL I INTRODUKSJON	15
KAPITTEL 1 INNLEIING	16
1.1 Emnet og rettskjeldene	16
1.2 Framstillinga vidare	22
KAPITTEL 2 INTERESSEMOTSETNADER, GRUNNLEGGANDE OMSYN OG ARBEIDSGIVAR- OG ARBEIDSTAKAROMGREPET	23
2.1 Interessemotsetnader og grunnleggande omsyn	23
2.2 Arbeidstakar og arbeidsgivar	25
2.3 Andre subjekt	28
DEL II KONKURRANSERESTRIKSJONAR I ARBEIDSFORHOLD	29
KAPITTEL 3 KONKURRANSEKLAUSULAR I ARBEIDSFORHOLD	30
3.1 Innleiing	30
3.2 Forholdet mellom konkurranseklausular og god forretningsskikk-standarden	31
3.3 Nokre merknader om tolking av konkurranseklausular	33
3.3.1 Innleiing	33
3.3.2 Allment om tolking av konkurranseklausular	34
3.3.3 Fastlegging av det geografiske området	37
3.3.4 Det må stillast opp eit krav om aktuell eller potensiell konkurranse	38
3.4 Definisjonen av «konkurranseklausul» i arbeidsmiljølova	40

3.5	Alminnelege avtalerettslege grunnspørsmål	42
3.6	Utløysing av verknadene av ein konkurranseklausul – klausulen blir gjort gjeldande	42
3.6.1	Bakgrunn	42
3.6.2	Kva skal til for at ein konkurranseklausul er gjort gjeldande, slik at han ikkje blir prekludert?	43
3.7	Nærare om grunnvilkåret «arbeidsgivers særlige behov for vern mot konkurranse»	46
3.7.1	Innleiing	46
3.7.2	Forretningsløyndomar og knowhow	47
3.7.3	Stillinga til arbeidstakaren og lengda på arbeidsforholdet	51
3.7.4	Den nye stillinga til arbeidstakaren	53
3.7.5	Nærare om kravet om aktuell eller potensiell konkurransesituasjon	55
3.8	Tidsgrense på eitt år etter avslutta arbeidsforhold	56
3.9	Kravet til skriftleg avtale	58
3.10	Stillinga til konkurranseklausular ved oppseiing av arbeidsforholdet	59
3.10.1	Oppseiing frå arbeidsgivar – krav til sakleg grunn knytt til forhold hos arbeidstakar	59
3.10.2	Oppseiing frå arbeidstakar grunna mishald av arbeidsgivar sine plikter i arbeidsforholdet	63
3.10.3	Konkurranseklausular under permittering av arbeidstakarar	67
3.11	Oppseiing av konkurranseklausular	67
3.11.1	Hovudregelen	67
3.11.2	Unntak for perioden arbeidsgivar er bunden av utgreiing	68
3.11.3	Endringsavtale etter avslutta arbeidsforhold	69
3.12	Krav til skriftleg utgreiing	69
3.12.1	Innleiing	69
3.12.2	Formålet med krav til skriftleg utgreiing	70
3.12.3	Det materielle innhaldet i utgreiinga	71
3.12.4	Tidspunktet for krav om skriftleg utgreiing	73
3.12.5	Fristen for å gi utgreiing	74
3.12.6	Krav til skriftleg utgreiing innan ei veke etter avskjed	75
3.12.7	Utgreiinga er bindande i tre månader eller ut oppseiingstida	76
3.12.8	Bortfall ved manglande oppfylling av kravet til skriftleg utgreiing	76
3.13	Krav på kompensasjon	77
3.13.1	Innleiing	77
3.13.2	Vilkåra for utløysing av krav på kompensasjon	78
3.13.3	Utrekningsgrunnlag og storleiken på kompensasjonen	80
3.13.4	Nærare om utrekningsgrunnlaget for kompensasjonen og andre spørsmål	83

3.13.5	Frådrag i kompensasjonen	89
3.13.6	Bortfall av retten til kompensasjon	91
3.14	Konkurrans- og kundeklausular avtalt i fråtrappingsavtalar	92
KAPITTEL 4	KUNDEKLAUSULAR	93
4.1	Innleiing	93
4.2	Kundeklausular etter arbeidsmiljølova § 14 A-4	94
4.2.1	Innleiing	94
4.2.2	Kundeomgrepet	95
4.2.3	Handlingar som blir dekkja av kundeklausular	99
4.3	Tidsgrense på eitt år etter opphøyr av arbeidsforholdet	100
4.4	Krav til skriftleg utgreiing	101
4.5	Stillinga til kundeklausular ved oppseiing av arbeidsforholdet	102
4.5.1	Oppseiing frå arbeidstakar	102
4.5.2	Oppseiing frå arbeidsgivar – krav til sakleg grunn i forhold hos arbeidstakar	103
4.6	Oppseiing av kundeklausul	103
KAPITTEL 5	UNNTAKET FOR «VIRKSOMHETENS ØVERSTE LEDER»	104
5.1	Oversyn	104
5.2	Nærare om innhaldet i unntaket	105
5.3	Avtale om etterløn	106
KAPITTEL 6	REKRUTTERINGSKLAUSULAR	108
6.1	Innleiing	108
6.2	Rekrutteringsklausular mellom verksemder	110
6.2.1	«avtale mellom arbeidsgiver og andre virksomheter som hindrer eller begrenser arbeidstakers muligheter til å ta ansettelse i annen virksomhet»	110
6.2.2	Hovudregelen: «Arbeidsgiver kan ikke inngå rekrutteringsklausul.»	111
6.2.3	Unntak: tingingar om og/eller overføring av verksemd	112
6.2.4	Krav til skriftleg informasjon til alle berørte arbeidstakarar	115
6.2.5	Rekrutteringsklausular mellom verksemder og tilsette	115
KAPITTEL 7	BORTFALL ELLER REVISJON AV KONKURRANSE-, KUNDE- OG REKRUTTERINGSKLAUSULAR	117
7.1	Innleiing	117
7.2	Bortfall på grunn av brestande føresetnader	118
7.3	Revisjon eller tilsidesetjing av konkurranseklausular etter avtalelova § 36?	119

KAPITTEL 8 AVTALAR OM BINDINGSTID I ARBEIDSFORHOLD	121
8.1 Innleiing	121
8.2 Retten til å avtale bindingstid – Rt. 2006 s. 420 A (Sem & Johnsen)	122
8.3 Krav til faktisk avtale om bindingstid	124
8.4 Oppseiing i bindingstida	125
8.5 Oppseiing i bindingstid ved tvingande grunnar	125
8.6 Revisjon av bindingstidsklausular etter avtalelova § 36	127
KAPITTEL 9 KARANTENELOVA	128
9.1 Innleiing	128
9.2 Embete, stillingar og situasjonar som er omfatta av karantene-lova	129
9.3 Karantene	131
9.3.1 Innhaldet i vedtak om karantene	131
9.3.2 Kompensasjon	131
9.4 Saksforbod	132
9.4.1 Innhaldet i vedtak om saksforbod	132
9.4.2 Kompensasjon	132
9.5 Vilkåra for å ilegge karantene og/eller saksforbod	132
9.5.1 Innleiing	132
9.5.2 Karantene og/eller saksforbod for politikarar som går over til stilling mv. utanfor statsforvaltninga	133
9.5.3 Karantene og/eller saksforbod for politikarar som går over til embete eller stillingar i departementa	139
9.5.4 Karantene og/eller saksforbod for embetsmenn og statstilsette som går over til stilling eller verv utanfor statsforvaltninga	141
9.6 Sanksjonar ved brot på reglane om karantene og saksforbod	147
9.6.1 Tvangsmulkt	147
9.6.2 Administrativ inndraging	148
9.6.3 Lovbrotsgebyr	149
DEL III KONKURRANSERESTRIKSJONAR I NÆRINGSFORHOLD	151
KAPITTEL 10 KONKURRANSEKLAUSULAR UTANFOR ARBEIDSFORHOLD – AVTALELOVA § 38	152
10.1 Innleiing	152
10.2 Avtalelova § 38 første ledd	154
10.2.1 Ordlyden med verknad frå 1. januar 2016	154
10.2.2 «på grunn av konkurransehensyn»	155
10.3 Nærare om vurderingstema i avtalelova § 38	156
10.3.1 Oversyn	156
10.3.2 «urimelig innskrenker vedkommendes adgang til erverv»	156

10.3.3 «må anses for å strekke seg lenger enn nødvendig for å verne mot konkurranse»	159
10.3.4 «den betydning det har for den annen part at forpliktelsen opprettholdes»	159
KAPITTEL 11 KONKURRANSEFORBOD I SELSKAPSFORHOLD	160
11.1 Selskapslova § 2-23	160
11.2 Aksjelova og allmennaksjelova § 5-21	161
KAPITTEL 12 KONKURRANSEKLAUSULAR I AGENTURAVTALAR – AGENTURLOVA § 34	164
12.1 Innleiing	164
12.2 Revisjon etter avtalelova §§ 36 eller 38	168
KAPITTEL 13 KONFIDENSIALITETS- ELLER TEIEPLIKTKLAUSULAR	169
13.1 Innleiing	169
13.2 Nærare om teiepliktklausular	170
13.3 Ulike formål	171
13.4 Plikt til konfidensialitet utan særskilt avtale	172
KAPITTEL 14 «NATURLEGE» KONKURRANSEKLAUSULAR?	173
14.1 Innleiing	173
14.2 «Naturlege» konkurranseklausular på grunnlag av avtaletolking eller på grunnlag av god forretningsskikk-standard?	174
KAPITTEL 15 NÆRINGSSERVITUTTAR OG LIKNANDE KLAUSULAR	177
15.1 Innleiing	177
15.2 Tolking av næringssservituttar	178
15.3 Forholdet mellom næringssservituttar og konkurranselova	180
15.4 Tinglysing av næringssservituttar	183
15.5 «Naturlege» næringssservituttar	183
15.6 Bortfall av næringssservituttar	184
15.6.1 Oversyn	184
15.6.2 «Kollisjon» mellom næringssservituttar og reguleringsplanar	185
15.6.3 Bortfall ved avskipping etter servituttlova	186
15.6.4 Bortfall ved passivitet	190
15.7 Erstatningsrettsleg vern for næringssservituttar	191

DEL IV KONKURRANSEKLAUSULAR I KONKURRANSERETTEN 193**KAPITTEL 16 INNLEIING TIL DEL IV** 194**KAPITTEL 17 KONKURRANSEKLAUSULAR****I FØRETAKSSAMANSLUTNINGAR** 197

17.1 Oversyn 197

17.2 Rettsgrunnlag 198

17.3 Direkte knytt til 201

17.4 Nødvendighetskriteriet 201

17.4.1 Grunnleggande prinsipp 201

17.4.2 Nødvendig for å verne verdien av overførte aktiva? 203

17.4.3 Nødvendig for å sikre framhald av levering etter oppløysing av tidlegare verksemd? 204

17.4.4 Nødvendig for å gi grunnlag for å starte ny verksemd? 205

17.4.5 Tidsperioden for konkurranseklausular 207

17.4.6 Sakleg avgrensing ut frå produktmarknad og geografisk område 208

17.5 Ulike konkurranseklausular som kan vere aktuelle i samband med føretakssamanslutningar 209

17.5.1 Oversyn 209

17.5.2 Konkurranseklausular – goodwill og knowhow 210

17.5.3 Transaksjonar som berre gjeld overføring av fast eigedom, bygningar, maskiner m.m. eller eksklusive immaterialrettar 211

17.5.4 Vervings- og ikkje-rekrutteringsklausular 212

17.5.5 Lisensavtalar 215

17.5.6 Konfidensialitetsklausular 215

17.5.7 Restriksjonar i retten til erverv av føretak 217

17.5.8 Kjøps- og leveringsplikter 218

KAPITTEL 18 KONKURRANSEKLAUSULAR I HORISONTALE AVTALAR**UTANFOR FØRETAKSSAMANSLUTNINGAR** 219

18.1 Innleiing 219

18.2 Forskings- og utviklingsavtalar 220

18.2.1 Innleiing 220

18.2.2 Nokre hovudprinsipp for spørsmålet om FoU-avtalar er omfatta av krfl. § 10 221

18.2.3 Avgrensa tilgang til det endelege resultatet frå forskning og utvikling 223

18.2.4 FoU-avtalar som ikkje omfattar utnytting av resultat 224

18.2.5 Unntaka for særleg alvorlege restriksjonar 225

18.3 Produksjonsavtalar 227

18.3.1 Innleiing 227

18.3.2	Grunnleggande prinsipp	227
18.3.3	Særleg om avtalar om prosjektsamarbeid	229
18.3.4	Konkurranseklausular ved <i>outsourcing</i> av produksjon	235
18.4	Marknadsføringsavtalar	236
18.5	Konkurranseklausular i teknologioverføringsavtalar	238
18.5.1	Innleiing	238
18.5.2	Konkurranseklausular i teknologilisensar	239
18.5.3	Mogelege negative verknader av konkurranseklausular i teknologioverføringsavtalar	239
18.5.4	Mogelege positive effektar på konkurransen	241
KAPITTEL 19	KONKURRANSEKLAUSULAR I VERTIKALE AVTALAR	242
19.1	Innleiing	242
19.2	Konkurranseklausular utan tidsavgrensing eller som varer over fem år	244
19.3	Konkurranseklausular etter opphør av vertikale avtalar	246
19.4	Konkurranseklausular i selektive distribusjonssystem	247
19.5	Eksklusiv kjøpsplikt	249
19.5.1	Innleiing	249
19.5.2	Avtalar om eksklusiv kjøpsplikt utanfor gruppeunntaket	250
19.6	Franchiseavtalar	253
19.7	Konkurranseklausular i næringsleigekontraktar, kjøpesenterklausular og liknande	256
DEL V	HANDHEVING OG SANKSJONAR	261
KAPITTEL 20	INNLEIING TIL DEL V	262
KAPITTEL 21	BEVISSIKRING OG BEVISFØRING	264
KAPITTEL 22	ARBEIDSRETTSLEGE REAKSJONAR	268
22.1	Innleiing	268
22.2	Avskjed	268
22.3	Oppseiing	270
22.4	Suspensjon	270
22.5	Åtvaring og krav om endring	272
KAPITTEL 23	FORBOD OG MELLOMBELS ÅTGJERD	274
23.1	Innleiing	274
23.2	Mellombels åtgjerd	275
23.2.1	Innleiing	275

23.2.2	Partskonstellasjonen	276
23.2.3	Sannsynleggjering av hovudkravet – «krav som går ut på annet enn penger»	278
23.2.4	Sikringsgrunn	280
23.2.5	Kravet til proporsjonalitet mellom kravet frå saksøklar og skaden eller ulempa for saksøkte	284
KAPITTEL 24 MONETÆRE SANKSJONAR – KONVENSJONALBOT, SKADEBOT, VEDERLAGSKRAV ELLER FRÅLEGGING AV VINNING		286
24.1	Innleiing	286
24.2	Avtalt konvensjonalbot	287
24.2.1	Retten til å avtale konvensjonalbot	287
24.2.2	Utforming av avtalar om konvensjonalbot	288
24.2.3	Konvensjonalbot og valgift	290
24.3	Skadebot	291
24.3.1	Innleiing	291
24.3.2	Ansvarsgrunnlag	291
24.3.3	Krav til årsakssamanheng	294
24.3.4	Økonomisk tap	296
24.4	Krav om vederlag og frålegging av vinning («berikelse»)	302
FORKORTINGAR		308
LITTERATUR		309
LOVFORARBEID, OFFENTLEGE UTGREIINGAR OG RAPPORTAR		313
LOVER, FORSKRIFTER OG TRAKTATAR M.M.		315
RETTSPRAKSIS, FORVALTNINGSPRAKSIS M.M.		321
STIKKORD		327

DEL I

Introduksjon

Innleiing

1.1 Emnet og rettskjeldene

Emnet for denne boka er konkurranseavgrensande avtalar i arbeids- og næringsforhold. Emnet femner vidt og omfattar ei rad ulike typar konkurranserestriksjonar, som skal dekke ei rad ulike behov og situasjonar.

Spennvidda i emnet skaper utfordringar for kva for tema og konflikttypar som skal eller bør inkluderast i eit slikt arbeid. Ambisjonen for dette prosjektet var opphavleg å sjå nærare på konkurranseklausular i arbeidsforhold. Etter kvart utvikla det seg ein tanke om eit meir omfattande prosjekt, som inkluderer også andre typar restriksjonar som set grenser for konkurransen. Det vil derfor ikkje vere mogeleg å gå i djupna i alle temaa. Eg trur likevel at verdien av ei samla og brei framstilling av konkurranserestriksjonar på ulike område kan ha ein eigenverdi. Behovet for djupare analysar på dei einskilde områda kan og må dekkast gjennom supplement frå andre kjelder.

Med «konkurranse» meiner eg rivaliserande handlingar mellom aktuelle eller potensielle konkurrentar som på kort eller lang sikt kjempar om det same målet eller dei same ressursane.¹

Med «konkurranseavgrensande avtalar» meiner eg i første rekke *konkurranseklausular*, *kundeklausular* og *rekrutteringsklausular*, i den tydinga som ligg til

1 Sjå nærare om konkurranseomgrepet i Lunde, *God forretningsskikk* s. 46–50. Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold*, definerer konkurranse i relasjon til boka sitt tema som «handlingar som i utgangspunktet er lovlege, men som har eller kan få negative økonomiske konsekvenser for nåværende eller tidligere arbeidsgiver» (s. 21).

grunn i det nye kapittel 14 A i arbeidsmiljølova.² Med verknad frå 1. januar 2016 gjeld det nye reglar om konkurranseavgrensande avtalar i arbeidsforhold, nærare bestemt konkurranseklausular, kundeklausular og rekrutteringsklausular.³ Dei nye reglane stiller opp ei rad formelle og materielle vilkår for slike klausular og inneber ei vesentleg innsnevring av avtale- og handlefridomen på dette området.

Lovendringa er eit resultat av ein lang prosess, som starta med at det dåverande Arbeids- og inkluderingsdepartementet engasjerte Advokatfirmaet Hjort DA til å utarbeide ei utgreiing om den rettslege situasjonen for konkurranseklausular og ikkje-rekrutteringsklausular, vurdere behovet for ny regulering og utarbeide framlegg til ny regulering.⁴ Initiativet bak utgreiinga hadde bakgrunn i meldingar frå fleire arbeidstakarorganisasjonar om at det var eit aukande problem at arbeidsgivarar gjennom ulike typar konkurranseklausular forsøkte å avgrense konkurransen om arbeidskrafta.⁵ Utgreiinga konkluderte med at det var behov for nye reglar om konkurranse-, kunde- og rekrutteringsklausular. Sjølv om det mangla statistikk eller andre opplysningar om kor mange personar som er underlagt konkurranseavgrensande avtalar, tyder informasjon frå arbeidstakar- og arbeidsgivarorganisasjonane på at det er ein «utstrakt bruk av slike avtaler».⁶

Også andre avtalte eller implisitte restriksjonar på handlefridomen, som kan omtalast som konkurranseklausular i vid forstand, vil som nemnt bli inkludert i framstillinga. Konkurranserestriksjonar kan til dømes utleiast frå den alminnelege, ulovfesta lojalitetsplikta i arbeidsforhold, men arbeidet går ikkje særskilt

2 Sjø nærare Prop. 85 L (2014–2015) s. 5 flg.

3 Lov 18. desember 2015 nr. 104 om endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurransebegrensende avtaler i arbeidsforhold), i kraft frå 1. januar 2016, jf. kgl.res. 18. desember 2015 nr. 1578. Forarbeida er Prop. 85 L (2014–2015), Innst. 75 L (2015–2016), forhandlingar i Stortinget 7. og 11. desember 2015, høyringsnotat frå Arbeidsdepartementet 18. juni 2010 («høyringsnotatet»), Ot.prp. nr. 54 (2008–2009) s. 13 samt «Konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikkje-rekrutteringsklausuler. Utredning fra Advokatfirmaet Hjort DA, avgitt til Arbeids- og inkluderingsdepartementet 29. september 2008» («utgreiinga»).

4 Brev 31. mars 2008 frå Arbeids- og inkluderingsdepartementet til Advokatfirmaet Hjort DA og avtale om utgreiingsoppdraget inngått i mai 2008.

5 Utgreiinga s. 7.

6 Innst. 75 L (2015–2016) s. 14 (vedlegg).

inn på dette rettsgrunnlaget.⁷ Avtalte konkurranserestriksjonar kan gjerne sjåast som presiseringar og konkretiseringar av den ulovfesta lojalitetsplikta.

Terminologien på området er varierende, også innan juristkrinsar, noko som truleg kan forklarast med at den rettslege reguleringa ikkje har vore knytt til spesifikke rettslege termar. Vi har sett at til dømes nemninga «konkurranseklausul» ofte har vore nytta i vid tyding, som ei nemning meint å dekke ulike typar konkurranseavgrensande avtalar. I denne vide tydinga omfattar nemninga konkurranseklausul både avtalar mellom næringsdrivande og avtalar mellom arbeidsgivar og arbeidstakar, som har til formål eller som verknad å avgrense avtaleparten eller -partane sin rett til å drive konkurrerende aktivitet i strid med medkontrahenten sine interesser.

Med *konkurranseklausular* i snever tyding siktar eg til avtalar mellom arbeidsgivar og arbeidstakar som set grenser for arbeidstakaren sin rett til å ta ny stilling hos ein annan arbeidsgivar, eller som innskrenkar fridomen til å etablere, drive eller delta i anna verksemd etter opphøyr av arbeidsforholdet, jf. aml. § 14 A-1 (1).

Nemninga *kundeklausular* dekker avtalar mellom arbeidsgivar og arbeidstakar som set grenser for å kontakte arbeidsgivar sine kundar etter opphøyr av arbeidsforholdet, jf. aml. § 14 A-4 (1).

Med *rekrutteringsklausular* – eller *meir presist: ikkje-rekrutteringsklausular* – forstår vi klausular som hindrar eller set grenser for arbeidstakarar sitt høve til å ta stilling i anna verksemd, jf. aml. § 14 A-6 (1).

I arbeidsforhold er reglane i arbeidsmiljølova preseptoriske, og dei kan ikkje ved avtale fråvikast til ugunst for arbeidstakar, jf. aml. § 1-9. Klausular som går lenger enn det som kapittel 14 A opnar for, vil ikkje kunne gjerast gjeldande overfor arbeidstakaren. Nemningane konkurranseklausul, kundeklausul og rekrutteringsklausul kan også nyttast om tilsvarande restriksjonar *utanfor arbeidsforhold*, typisk i relasjonen mellom ein oppdragsgivar og ein oppdrags-takar. Men i slike næringsforhold vil ikkje reglane i aml. kap. 14 A kome til bruk.

Fram til no har slike konkurranserestriksjonar i arbeids- eller næringsforhold i hovudsak vore regulert i avtl. § 38. Vedtakinga av eit nytt kapittel 14 A i arbeidsmiljølova er på mange måtar ein liten revolusjon innanfor dette

7 Sjå nærare om dette i Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold* kapittel 5.

rettsområdet. Endringane vil definitivt skape mange utfordringar for både eksisterande og framtidige arbeidsavtalar. Balansegangen mellom å verne seg mot potensielt illojal konkurranse frå eksisterande og tidlegare tilsette, og å sikre ein mest mogeleg fri konkurranse, er utfordrande. Framtida vil vise korleis dei nye reglane vil kunne vere til hjelp i så måte. I mellomtida skal vi i dette arbeidet både sjå framover og vurdere korleis regelverket bør tolkast og praktiserast, samstundes som det vil vere behov for å sjå tilbake på korleis slike konflikhtar har vore handtert tidlegare.

Problemstillingane som blir drøfta i dette arbeidet, har tidlegare vore handsama i anna norsk og skandinavisk litteratur. Frå skandinavisk litteratur må nemnast Bengt Domeij, *Från anställd till konkurrent: Lojalitetsplikt, företagshemligheter och konkurrensklausuler* (Wolters Kluwer 2016). Domeij har som særskilt mål for sitt arbeid å illustrere samspelet mellom lojalitetsplikten, vernet for forretningsløyndomar og konkurranseklausular i arbeidsavtalar. I norsk rett er det særleg grunn til å trekke fram det nyaste og mest omfattande arbeidet på området: Alex Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold*. Boka gir ei samla framstilling av problemstillingane som kan oppstå når ein noverande eller tidlegare arbeidstakar planlegg og eventuelt går over i eller startar konkurrerende verksemd. Boka omfattar derfor også den ulovfesta lojalitetsplikta samt andre lovføresegner, særleg i marknadsføringslova og straffelova. Boka omhandlar også handheving av konkurranseavgrensande avtalar, medrekna spørsmål om bevilgang, vernet og lovval, samt konsekvensane av å bryte reglane. Fire av dei same forfattarane står også bak utgreiinga «Konkurranseklausuler, kundeklausuler og ikke-rekrutteringsklausuler» til Arbeids- og inkluderingsdepartementet i 2008.

Perspektivet for boka er i hovudsak norsk nærings- og arbeidsliv og norsk retts-tradisjon. Men auka globalisering gjer seg gjeldande også på arbeidsmarkna-den, og mange arbeidstakarar er tilsette i føretak som opererer globalt. Norske arbeidstakarar som har arbeidsavtale med arbeidsgivarar etablert i andre land, vil som utgangspunkt vere underlagt kontrakt- og arbeidsmiljølovgivinga i etableringslandet, dersom anna ikkje er avtalt.

For såkalla *utsende* arbeidstakarar, jf. aml. § 1-7, kan departementet i med-hald av § 1-7 (4) gi forskrift om kva for føresegner i lova som skal gjelde. Dette gjeld begge vegar – både for norske arbeidstakarar som i samband med teneste-ying blir sendt til eit anna land innanfor EØS-området, jf. aml. § 1-7 (3), og når utanlandske verksemdar i samband med tenesteyting sender arbeidstakarar til Norge, jf. aml. § 1-7 (2). Forskriftsheimelen er så langt ikkje nytta. Konkur-ranseklausular i slike arbeidsforhold vil derfor falle utanfor aml. kap. 14 A, så lenge det i forskrift ikkje er fastsett at desse reglane skal gjelde også for utsende arbeidstakarar.

Eit særskilt metodisk spørsmål er kva relevans og vekt tidlegare praksis om konkurranseklausular har eller bør ha under dei nye reglane i aml. kap. 14 A. I nyare teori er det hevda at tidlegare avgjerder der arbeidstakaren har fått medhald i krav om tilsidesetting, framleis vil kunne ha innverknad på spørsmålet om ein arbeidsgivar har eit særleg behov for vern mot konkurranse.⁸ Synspunktet kviler på at eit av formåla med dei nye reglane har vore å stramme inn retten til å avtale konkurranseklausular. Standpunktet synest velgrunna, så langt tilsidesettinga knyter seg til manglande behov for vern. Ein må likevel ikkje tape av syne at det er tale om utprega konkrete avgjerder, som det bør visast atterhald med å trekke for vidtrekkande slutningar frå. Det må også vere klart at vi ikkje kan trekke den motsette slutninga når det gjeld avgjerder som ikkje har teke til følge krav om tilsidesetting av konkurranseklausular. Vurderingstemaet etter § 14 A-1 gir, i samsvar med formålet om innstramming, eit snevrare område for vern av arbeidsgivar. Det bør derfor visast stort atterhald med å trekke slutningar frå eldre praksis om at vilkåret om særleg behov for vern mot konkurranse er oppfylt i liknande situasjonar.

Eit anna metodisk spørsmål er i kva grad utanlandsk rettspraksis er relevant for tolkinga av reglane i aml. kap. 14 A. På grunn av det fellesnordiske samarbeidet som ligg til grunn for avtalelova, kan det, for så vidt gjeld avtl. § 38, vere relevant å trekke inn praksis frå våre naboland. Sidan arbeidsmiljølova, og dei nye reglane i kapittel 14 A, ikkje er eit resultat av nordisk lovsamarbeid, vil praksis frå desse landa ha avgrensa vekt for tolkinga av desse reglane.⁹ Praksis frå våre naboland blir derfor ikkje gitt nemneverdig merksemd i dette arbeidet.

Framstillinga vil for nokre tema aktualisere EU- og EØS-rettslege kjelder, særleg når det gjeld den alminnelege konkurransen retten. Men også andre rettsområde er påverka av EU- og EØS-retten, som til dømes konkurranse-restriksjonar i agenturforhold. Her kan det også nemnast at reglane om vern av forretningsløyndomar kan innebere visse restriksjonar på mobiliteten for arbeidstakarar. Forretningsløyndomsdirektivet seier likevel uttrykkeleg at direktivet ikkje skal medføre restriksjonar på arbeidstakarar sin rett til fri rørsle og mobilitet.¹⁰ Ei viss innskrenking ligg det likevel i at direktivet ikkje

8 Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold* s. 138.

9 Borch (red.), *Konkurransebegrensninger i arbeidsforhold* s. 29.

10 Direktiv 2016/943/EU om forretningsløyndomar punkt 13.