

# Illojal rekruttering<sup>+</sup>

Av Sølvi Veen\*

## Innholdsoversikt

<b>1. Innledning</b> .....	60
<b>2 God forretningsskikk-standarden som begrensning for rekrutteringshandlinger</b> .....	62
2.1 Introduksjon; noen rettskildespørsmål .....	62
2.2 Generelt om markedsføringsloven § 1 .....	63
2.21 "God forretningsskikk" .....	63
2.22 "Næringsdrivende" .....	65
2.3 Grensene for rekrutteringshandlinger etter mfl § 1 .....	66
2.31 Innledning .....	66
2.32 Utgangspunkt .....	66
2.33 Nærmere om grensene for rekrutteringshandlinger etter mfl § 1 .....	67
2.34 Oppsummering .....	75
2.4 Konsekvenser av opptreden i strid med god forretningsskikk .....	76
<b>3 Løjalitetsplikten i arbeidsforhold som begrensning for rekrutteringshandlinger</b> .....	77
3.1 Innledning .....	77
3.2 Generelt om løjalitetsplikten i arbeidsforhold .....	77
3.21 Den ulovfestede løjalitetsplikt .....	77
3.22 Løjalitetspliktens forhold til god forretningsskikk-standarden .....	78
3.3 Grensene for rekrutteringshandlinger i forhold til løjalitetsplikten i arbeidsforhold .....	79
3.31 Innledning .....	79
3.32 Nærmere om grensene for rekrutteringshandlinger .....	80
3.33 Oppsummering .....	85
3.4 Konsekvenser av opptreden i strid med løjalitetsplikten i arbeidsforhold .....	86
<b>Referanser</b> .....	87
Litteratur .....	87
Offentlige dokumenter .....	88
Retts- og utvalgspraksis .....	88

## 1. Innledning

Hvilke handlinger og virkemidler er tillatt i kampen for å rekruttere kvalifiserte arbeidstakere? Eller sagt med andre ord: Hvilke rettslige begrensninger finnes for hva man kan tillate seg i forbindelse med rekruttering av nye medarbeidere? Dette er et aktuelt spørsmål, ikke

---

\* Sølvi Veen (f. 1983) er Master i rettsvitenskap (UiO 2007). Hun er fra juli 2007 advokatfullmektig i Arntzen de Besche Advokatfirma AS.

<sup>+</sup> Fremstillingen er en bearbejdet utgave av min mastergradsavhandling. Takk til tingrettsdommer Audun Stornes for god veiledning under skriveprosessen.

minst i et opphetet arbeidsmarked slik vi har i dag, hvor næringsdrivende i større eller mindre grad konkurrerer om de samme arbeidstakerne. Problemene gjør seg gjeldende der næringsdrivende ønsker å skaffe seg kompetente arbeidstakere og disse allerede er ansatt i en annen virksomhet, eller hvor en ansatt i en bedrift selv planlegger å etablere eller ta ansettelse i en annen virksomhet og i den forbindelse forsøker å rekruttere sine arbeidskolleger.

Det klare utgangspunkt er at konkurranse om arbeidskraft er tillatt. Arbeidsgivere er som hovedregel ikke undergitt begrensninger i forhold til å rekruttere personer som er ansatt i en annen bedrift. Utgangspunktet er likeledes at en arbeidstaker fritt kan vurdere å starte egen konkurrerende virksomhet eller begynne hos en konkurrent, inngå leieavtale, søke om nødvendige offentlige tillatelser m.v., så lenge det ikke er tale om handlinger som er direkte til skade for den arbeidsgiver man er ansatt hos. Men disse utgangspunktene gjelder ikke uten grenser.

Rekrutteringshandlinger kan være regulert av såvel lover som avtaler og uskreven bakgrunnsrett. I denne artikkelen behandler jeg ikke avtalefestede rekrutteringsforbud og -metoder. Slik avtaleregulering reiser i all hovedsak spørsmål av avtalerettslig art som må løses med utgangspunkt i avtaleloven eller andre avtalerettslige regler og prinsipper. Temaet i det følgende er hvilke begrensninger som kan gjelde når partene ikke har avtalt noe.

I utgangspunktet vil to ulike regelsett ha betydning ved fastleggelse av grensene for rekrutteringsfremstøt.<sup>1</sup> For det første vil det være et spørsmål om hvilke skranker som kan utledes av markedsføringsloven av 16. juni 1972 (mfl) § 1 første ledd og forbudet mot å foreta ”handling som strider mot god forretningsskikk” (avsnitt 2). For det annet vil det være et spørsmål om rekrutteringsfremstøt fra en ansatt kan være i strid med den ulovfestede lojalitets- og troskapsplikt som gjelder mellom arbeidstaker og arbeidsgiver (avsnitt 3). I hvilken grad disse to regelsettene kan supplere hverandre og virke sammen, vil også bli drøftet. Siktemålet med artikkelen er således å analysere og kartlegge grensene for hva man lovlig kan tillate seg med tanke på rekruttering,

---

<sup>1</sup> Jfr. Rt. 1990 s. 607.

uten at det karakteriseres som illojalt eller stridende mot god forretningsskikk.

## **2 God forretningsskikk-standarden som begrensning for rekrutteringshandlinger**

### *2.1 Introduksjon; noen rettskildespørsmål*

I markedsføringsloven § 1 første ledd heter det: ”I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom ...”. Bestemmelsen er en *rettslig standard*. Det alminnelige utgangspunktet om at lovens tekst alltid vil være en viktig rettskildefaktor, gjør seg ikke like sterkt gjeldende når den rettslige normering er basert på en rettslig standard.<sup>2</sup> Selv om man har en lovtekst å forholde seg til, vil det nærmere materielle innhold i stor grad måtte hentes utenfra. Hva som vil være i strid med god forretningsskikk, vil avhenge av flere forhold, blant annet av den rådende samfunnsoppfatning.

Bestemmelsen gir videre ingen retningslinjer eller anvisning på momenter som skal tas i betraktning ved vurderingen av om et tilfelle strider mot god forretningsskikk. I utgangspunktet vil rettspraksis, annen praksis samt juridisk teori da være viktige rettskildefaktorer for fastleggningen av om et rekrutteringsfremstøt strider mot god forretningsskikk. Det finnes imidlertid kun i beskjeden grad juridisk teori som behandler denne problemstillingen. Videre er det sjelden at de ordinære domstoler prøver slike spørsmål. Dette gjelder særlig Høyesterett, men er også situasjonen i forhold til underrettspraksis. Det dreier seg ikke om mer enn omkring ti avgjørelser. Dertil er det slik at den praksis som finnes, ofte ikke omhandler rene rekrutterings-tilfeller, men snarere dreier seg om tilfeller der rekrutteringsfremstøt vurderes sammen med andre typer kritikkverdige handlemåter som eksempelvis misbruk av teknologi og know-how.

Problemstillinger i forbindelse med god forretningsskikk mellom næringsdrivende i rekrutteringssammenheng har vært oppe i Næringslivets Konkurranssutvalg (NKU). NKU er et privat organ som behandler tvister mellom næringsdrivende om anvendelsen av markeds-

---

<sup>2</sup> Jfr. Sæbø 1996 s. 320.

føringslovens §§ 1 – 9. Utvalget er etablert av flere næringslivsorganisasjoner og bedrifter og har til oppgave å avgi rådgivende *uttalelser* i saker som forelegges det.<sup>3</sup> Sammensetningen<sup>4</sup> av og kompetanseområdet til NKU, samt kvaliteten på organets uttalelser, gjør at NKU praksis vil være relevante argumenter også for de alminnelige domstoler.<sup>5</sup> Hvilken vekt uttalelsene tillegges, vil imidlertid variere og vil i stor grad avhenge av om det kan påvises en fast og langvarig praksis hvis innhold fremstår som velbegrunnet og riktig.<sup>6</sup>

Man har følgelig et forholdsvis begrenset rettskildemateriale i tradisjonell forstand å forholde seg til.

## 2.2 *Generelt om markedsføringsloven § 1*

### 2.21 ”God forretningsskikk”

Historisk sett har god forretningsskikk-standarden forankring i et ideal som stikkordsmessig har vært omtalt som forbud mot illojal konkurranse. Prinsippet kom til uttrykk alt i Pariskonvensjonen om industrielt rettsvern av 20. mars 1883 og har stor tilslutning internasjonalt.

Konkurranseloven av 7. juli 1922 nr. 11 som gjaldt inntil markedsføringsloven ble innført, forbød uten nærmere spesifikasjoner eller beskrivelser konkurransehandlinger ”som etter god forretningsskikk er utilbørlige”. Ifølge motivene til konkurranseloven ville spørsmålet om en handling etter god forretningsskikk var utilbørlig

”bli at bedømme efter den almindelige raadende opfatning blant hæderlige og rett-tænkende næringsdrivende i vedkommende forretningsgren. Maalestokken kan selvfølgelig ikke lægges efter de mest ideelle krav. Det er ikke en grade-ring efter de fineste fornemmelser det gjælder, men den alminnelige redelige opfatning; den som i konkurranseøiemed foretar en handling, som efter en saadan opfatning maa dømmes som utilbørlig, forgaar sig mot generalklausulen”.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Informasjon om NKU, dets vedtekter, m.v., finnes på NKUs nettsted [www.konkurranseutvalget.no](http://www.konkurranseutvalget.no). Utvalgets uttalelser er tilgjengelige via Lovdatas abonnementssider.

<sup>4</sup> Jfr. Konkurranseutvalgets vedtekter § 2.

<sup>5</sup> Jfr. Lunde 2001 s. 99.

<sup>6</sup> Dette samsvarer med alminnelige prinsipper om responsapraksis, jfr også Lunde 2001 s. 100.

<sup>7</sup> Jfr. Innst. 1919 s. 24.

I motsetning til den tidligere konkurranselov er ikke god forretningsskikk-standarden i markedsføringsloven knyttet til noe utilbørlichetskriterium. Endringen ble foretatt av administrasjonskomiteen i Stortinget uten noen nærmere kommentarer.<sup>8</sup> Vurderingen av rekrutteringshandlingen vil imidlertid bli den samme uavhengig av om man knytter god forretningsskikk-standarden opp mot et lojalitets-, utilbørlichets- eller urimelighetskriterium. Her kan det vises til Rt. 1982 s. 1062 vedrørende mfl § 3 som benytter begrepet ”urimelig”. Førstvoterende uttalte i saken:

”Jeg finner grunn til først å presisere at mellom lovens vilkår ”urimelig” og vilkåret ”utilbørilig” som proposisjonen brukte, er det bare spørsmål om gradforskjell. Også urimelig innebærer en negativ karakteristikk. Jeg viser til at urimelig-vilkåret i annen lovgivning som det i denne forbindelse kan være naturlig å se hen til, således prisloven § 18, i praksis er tolket ganske strengt. En pris må klart overstige den rimelige pris før man vil bruke karakteristikken urimelig. Jeg kan også vise til statsrådets uttalelse i Odelstinget om at det ikke ville ha så stor betydning om det ene eller annet av uttrykkene ble brukt” (s. 1065).

Høyesterett har i nyere praksis nøydt seg med å ta utgangspunkt i at god forretningsskikk-standarden viser til en lojalitetsvurdering. Senest i Rt. 1998 s. 1315 uttalte flertallet at standarden verner om lojaliteten i næringslivet og henviser til en alminnelig lojalitetsvurdering (jfr. s. 1322).

Uavhengig av begrepsbruk må man bygge på en interesseavveining der en ser på de motstående interesser. Den konkrete vurdering må ta utgangspunkt i at vilkåret skal bidra til å sikre sunn konkurranse og anvendelse av akseptable metoder i næringslivet.<sup>9</sup> Bestemmelsen bør ikke praktiseres så strengt at den virker hemmende på konkurransen, herunder konkurranse om arbeidskraft. Men ikke alle konkurransemetoder er ønskelige ut fra et konkurransepolitisk synspunkt. Det er fremfor alt konkurranse i pris og kvalitet man ønsker å fremme, ikke konkurranse som forsøker å hindre eller vanskeliggjøre andres næringsvirksomhet.

---

<sup>8</sup> Jfr. Innst. O. XIX (1971-72) s. 3.

<sup>9</sup> Jfr. Ot.prp. nr. 57 (1971-72) s. 8.

## 2.22 "Næringsdrivende"

God forretningsskikk-standarden i mfl § 1 retter seg mot "næringsdrivende". Konkurranselovkomiteen som forberedte markedsføringsloven, uttalte i sin innstilling at man med næringsvirksomhet må forstå "en virksomhet som drives vedvarende".<sup>10</sup> Noen klar avgrensing ligger det ikke i uttalelsen, men det er naturlig å forstå dette som et krav om økonomisk aktivitet som foregår over et visst tidsrom.

Problemstillingen har liten betydning i forhold til spørsmål om illojal rekruttering fra tredjemann. Tvilssomme rekrutteringsmetoder benyttes gjerne hvor en bedrift søker nøkkelpersoner eller andre personer som innehar spesialkompetanse på det aktuelle området. I slike tilfeller vil det som hovedregel være tale om rekruttering fra virksomheter som klart er å anse som "næringsdrivende". Spørsmålet har aldri vært problematisert i de saker om illojal rekruttering som har vært oppe for retten.

Mfl § 1 gjelder videre handlinger som er i strid med god forretningsskikk næringsdrivende *imellom*. Bestemmelsen får anvendelse på handlinger næringsdrivende foretar i sin næringsdrift som kan berøre andre næringsdrivendes interesser.<sup>11</sup> Følgelig får bestemmelsen ikke anvendelse i forholdet mellom en næringsdrivende og dennes ansatte. Dersom en ansatt starter opp konkurrerende virksomhet, vil imidlertid mfl § 1 kunne komme til anvendelse, og også virke sammen med prinsippet om lojalitetsplikt i arbeidsforhold. Høyesterett la dette til grunn i dommen i Rt. 1990 s. 607, hvor førstvoterende uttalte (s. 614):

"Slik jeg ser det, må markedsføringsloven § 1 kunne anvendes på arbeidstakere som tar sikte på å slutte i en bedrift for å begynne egen virksomhet, når de som her, i ansettelsestiden etablerer næringsvirksomhet som foretar konkurransehandling. Lojalitetsprinsippet i den nevnte lovbestemmelse 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."

Selv om mfl § 1 ikke gis selvstendig betydning her pga lojalitetsplikten, er dommen viktig fordi den slår fast at virkeområdet for mfl § 1 også omfatter ansatte så lenge de er ansatt hos opprinnelig arbeids-

<sup>10</sup> Jfr. Innst. 1966 s. 20.

<sup>11</sup> Jfr. Løchen/Grimstad 1997 s. 39.

giver. Dette er en viktig påpekning. Mfl § 1 gjelder bare mellom næringsdrivende, og ansatte er jo ikke næringsdrivende som sådanne. Det kan derfor se ut som Høyesterett har foretatt en identifikasjon mellom arbeidstakerne og den nye næringsvirksomhet som de var i ferd med å starte. Forholdet er derfor at mfl § 1 og lojalitetsprinsippet begge kan komme til anvendelse, men at tidspunktet for en handling vil være avgjørende for hvilken av reglene man benytter. Men i ethvert fall vil altså en ansatt kunne få plikter og ansvar for handlinger som næringsdrivende parallelt med at han står i et ansettelsesforhold til virksomheten. Både den nyetablerte virksomhet og den ansatte personlig kan da holdes ansvarlig for eventuelle illojale handlinger.

### *2.3 Grensene for rekrutteringshandlinger etter mfl § 1*

#### *2.31 Innledning*

Næringslivet har i stadig større grad utviklet seg i retning av å være kunnskapsvirksomheter, der egenskapene til arbeidstakerne har blitt en stadig viktigere konkurransefaktor. Tap av nøkkelpersoner vil dermed kunne medføre flere negative virkninger for en arbeidsgiver, som av denne grunn vil være interessert i å videreføre samt verne om ansettelsesforholdene.

#### *2.32 Utgangspunkt*

Det klare utgangspunkt er at konkurranse om arbeidskraft er tillatt. Bestemmelsen om god forretningsskikk har ikke til formål å begrense arbeidskraftens frie bevegelighet. Arbeidsgivere trenger derfor som hovedregel ikke å pålegge seg selv begrensninger i forhold til å rekruttere personer ansatt i en annen bedrift.

Det er blant annet på det rene at "headhunting" er en akseptert og mye anvendt metode for rekruttering. Det vil ikke regnes som illojalt om tredjemann kommer med et rent jobbtilbud til andre bedrifters ansatte. Videre vil virkemidler som sign-on fee, løfter om opsjoner eller eierandel i selskapet ikke stride mot god forretningsskikk.

Et illustrerende eksempel finner man i NKU sak nr. 11/1970. Problemstillingen i saken var om det forelå brudd på god forretningsskikk-standarden på grunn av påstått systematisk kapring av en bedrifts personale gjennom i alt seks enkeltepisoder. I løpet av en seks måneders periode sa tre ansatte hos Teknisk Presse opp sine

stillinger og tok ansettelse hos Ingeniørforlaget. Videre hadde det vært en viss kontakt fra Ingeniørforlaget med tre andre ansatte, men disse forlot ikke sine stillinger hos Teknisk Presse. NKU presiserte utgangspunktet om at arbeidskraft er fritt bevegelig, og fremhevet videre at ”det i praksis er akseptert at man må kunne rette henvendelse om ansettelse til en person i uoppsagt stilling hvis denne personen har spesielle kvalifikasjoner som man søker etter”. Det ble videre utalt at episodene i vesentlig grad skyldtes tilfeldigheter grunnet et begrenset fagpressemiljø. NKU fant dermed ikke grunnlag for å kritisere Ingeniørforlaget og det forelå følgelig ikke opptreden i strid med god forretningsskikk.

Rekruttering av en bedrifts ansatte vil ikke i seg selv være i strid med god forretningsskikk. Men dette må veies mot hensynet til arbeidsgivers interesse i eller forventning om at arbeidsforholdet fortsetter som før. Det er rimelig å gi arbeidsgivere vern mot rekrutteringsfremstøt som skjer på illojal eller utilbørlig måte. I rettspraksis og juridisk teori er det derfor lagt til grunn at prinsippet om god forretningsskikk i mfl § 1 kan medføre begrensinger i en virksomhets adgang til å rekruttere fra andre.

2.33 Nærmere om grensene for rekrutteringshandlinger etter mfl § 1  
Som tidligere nevnt vil grensene for god forretningsskikk være overtrådt ved illojal opptreden. Spørsmålet er hva som skal til før man karakteriserer rekrutteringshandlinger som illojale og dermed stridende mot god forretningsskikk.

Dersom rekrutteringen retter seg mot arbeidstakere nylig utdannet eller opplært på arbeidsgivers bekostning, kan det oppstå spørsmål ved om denne handlingen må anses stridende mot god forretningsskikk. Ved rekruttering i slike tilfeller vil det foreligge en utnyttelse av den annen bedrifts innsats. Tredjemann vil kunne sikre seg nye medarbeidere uten å måtte bruke tid og ressurser på opplæring og utdanning.

I NKU sak nr. 11/1970 ble det som eksempel nevnt at det kan rammes som utilbørlig konkurranse ”hvis den spesielt kyndige person nettopp er ferdig utdannet på arbeidsgivers bekostning...”. Uttalelsen er ikke nærmere begrunnet og synes ikke uten videre treffende. Investering i en arbeidstakers utdanning bør ikke i seg selv medføre at



virksomheter ikke kan søke å rekruttere slike arbeidstakere. Det vil etter min mening medføre en urimelig begrensning i konkurransefriheten å konstatere brudd på mfl § 1 i slike tilfeller. Hensynet til handlefrihet taler for at man ikke er avskåret fra å rekruttere personer nylig opplært på arbeidsgivers bekostning. Dersom en arbeidsgiver har finansiert den ansattes utdanning bør han sikre det videre arbeidsforholdet ved klausuler i arbeidsavtalen. Man kan i arbeidsavtalen ta inn bestemmelser vedrørende pliktår og eventuelt restitusjon av kostnader til utdanning og opplæring dersom den ansatte skulle gå over til ny arbeidsgiver innen en gitt periode. På denne måten vil man til en viss grad kunne sikre seg mot rekruttering. Dersom rekruttering mot formodning skulle finne sted, vil det foreligge et brudd på arbeidsavtalen fra den ansattes side. Konsekvensen av slikt avtalebrudd vil som regel være regulert i selve arbeidsavtalen, men i mangel av sådan regulering vil den aktuelle sanksjon være erstatning. Å påvise adekvat årsakssammenheng, samt økonomisk tap, kan imidlertid bli en utfordring i den enkelte sak.

Det kan i denne sammenheng vises til NAD 1986 s.189 Asker og Bærum hvor det ble uttalt at det "ikke strider mot god forretningsskikk de næringsdrivende imellom å skaffe seg kvalifisert faglig personell, ved å "kjøpe opp" konkurrentens ansatte, når det ikke skjer på en slik måte at man *så å si systematisk overtar konkurrentenes folk etter hvert som de blir opplært*" (min uth.). Saken gjaldt et selskap som ansatte en nøkkelperson fra en konkurrerende virksomhet, og dermed skaffet seg innsikt på et aktuelt område som det ellers hadde tatt lengre tid å skaffe seg. Spørsmålet var blant annet om denne rekrutteringen var i strid med bestemmelsen om god forretningsskikk. Retten kom til at det ikke forelå brudd på mfl § 1. Det ble uttalt at man særlig i en konkurransepreget bransje i sterk utvikling må finne seg i slik form for konkurranse.

Utgangspunktet om at rekrutteringsfremstøt ikke i seg selv strider mot god forretningsskikk ble således lagt til grunn av retten. Videre fremgår det at rekruttering av personer nylig utdannet på arbeidsgivers bekostning i utgangspunktet er tillatt. Dette i motsetning til nevnte uttalelse fra NKU sak nr. 11/1970.

Betalt utdanning bør således ikke være et avgjørende moment i forhold til vurderingen av illojal rekruttering. I NAD 1986 s. 189 tok

retten imidlertid forbehold for de tilfeller en bedrift systematisk rekrutterer arbeidstakere etter hvert som disse er ferdig opplært. Slike handlinger ville etter rettens mening lettere finnes stridende mot god forretningsskikk. Men hva som ligger i begrepene "systematisk" og "opplæring" er ikke nærmere forklart eller avklart i dommen. Språklig sett synes det å innebære at man systematisk forsøker å rekruttere samtlige eller et større antall ansatte som er under opplæring straks de er ferdige med opplæringen.

Å føre bevis for at det har funnet sted en systematisk rekruttering, kan imidlertid være vanskelig. Videre kan det stilles spørsmål om dette er et forhold som bør rammes av god forretningsskikkstandarden i mfl § 1. I de tilfeller det er tale om generell opplæring alle ansatte må gjennom ved ansettelse og oppstart i et nytt firma, vil klausuler vedrørende pliktår eller ev. restitusjon av kostnader være mindre aktuelle. Det er urimelig å begrense en arbeidstakers handlefrihet på denne måten, og en slik klausul vil neppe være gyldig. Men også generell opplæring kan være ressurskrevende og gi den ansatte innsikt i mange av bedriftens hemmeligheter. For at rekruttering skal kunne anses illojal, bør det likevel være tale om kompetansehevende opplæring som er særlig kostbar eller ressurskrevende. Rekruttering av nylig ansatte personer som kun har gjennomgått en generell innføring og opplæring, vil ikke være i strid med mfl § 1, selv om det er brukt mye ressurser på opplæringen. Skal rekruttering av nylig opplærte personer anses utilbørlig, bør rekrutteringsfremstøtet fremstå som en klar og systematisk ansettelsesprosess som vil sikre den næringsdrivende kvalifiserte arbeidstakere mer eller mindre kostnadsfritt.

Et annet moment i vurderingen av om en rekrutteringshandling strider mot god forretningsskikk, er antallet som rekrutteres. Det kan vanskelig trekkes en grense ved et bestemt antall personer. Men om rekrutteringen omfatter alle ansatte innen en bestemt avdeling eller om den er spredt på flere ulike områder er klart et moment som må tas i betraktning. Man kan her trekke linjer til NAD 1986 s. 189 i den forstand at systematisk utnyttelse av en bedrifts ressurser generelt vil kunne være et skjerpene moment i retning av brudd på god forretningsskikk. Hvor rekrutteringen er rettet mot hele avdelinger eller et større antall personer som arbeider innen et begrenset fagområde, kan

det lettere påvises systematisk utnyttelse av det opplegg vedkommende bedrift har.

Videre vil arbeidsmarkedssituasjonen og tidspunktet rekrutteringen blir foretatt på være av betydning. Tidspunktet for rekrutteringen vil ha særlig betydning hvor den foretas i en tid hvor det for eksempel er stor indre uro i den utsatte bedrift. I slike tilfeller vil de ansatte lettere kunne tenkes å takke ja til et jobbtilbud. På denne måten utnyttes det forhold at en bedrift har problemer og i en periode er særlig sårbar i forhold til det å miste ansatte til konkurrenter. En direkte utnyttelse av en bedrifts svake posisjon kan lettere være kritikkverdig, og sammen med andre forhold ved rekrutteringen oppfattes som illojal. På samme måte som i NKU sak nr. 11/1970 vil det videre kunne være av betydning om man står overfor et begrenset eller omfattende fagmiljø. Hvor det er tale om et svært avgrenset fagmiljø, vil rekruttering nødvendigvis lettere føre til at konkurrentens arbeidstakere kommer i fokus når man har behov for flere ansatte. Uansett må de nevnte momenter holdes opp mot utgangspunktet om at konkurranse om arbeidskraft er tillatt og også ønskelig.

For at brudd på god forretningsskikk-standarden skal foreligge, må det følgelig komme noe mer graverende inn i bildet. Rekruttering av et større antall personer vil ikke i seg selv være avgjørende. Slik rekruttering vil imidlertid gjerne være tilfelle ved forsøk på utnyttelse av en bedrifts know-how.

Med know-how sikter man vanligvis til kunnskap og erfaring som er spesiell for den aktuelle bedrift. Slik kunnskap behøver ikke være hemmelig, men vil som oftest være det. Hemmelig know-how er i stor utstrekning å anse som bedriftshemmelighet i markedsføringslovens forstand, og nyter da vern etter lovens § 7 og § 8. Utnyttelse av slik kunnskap vil eventuelt også være straffbart etter straffeloven § 294 første ledd nr 2. Men begrepet dekker imidlertid et videre område enn det som karakteriseres som bedriftshemmeligheter. I Rt. 1964 s. 238 uttales følgende om begrepet (s. 243):

”Med ”know how” forstås vanligvis den samling av tekniske detaljer, kunnskaper og erfaringer som samlet kan være avgjørende for en bedrifts konkurransevne, men som hver for seg kan synes ubetydelige. Begrepet dekker således hovedsakelig området mellom bedriftshemmeligheter og almen teknisk viten. Det kan også overlape disse områdene og særlig da det siste. Inneholder ”know how” en bedriftshemmelighet må den behandles som sådan, men ellers ikke. - Selv om ”know how” ikke omfatter en bedriftshemmelighet

vil den sum av viten og erfaring som den representerer og som ofte ligger bak en sammensetning, metode eller prosess som regel være så verdifull for en bedrift at den naturlig vil forsøke å bevare disse opplysningene for seg selv.”

Det fremgår av uttalelsen at en bedrifts know-how er viktig, og at bedriftene ønsker å beskytte denne. Noe av grunntanken i rettsreglene om vernet av know-how og bedriftshemmeligheter er at man ikke skal kunne høste der andre har sådd. Ved vurderingen av om en handling er i strid med god forretningsskikk, vil det ha betydning om en virksomhet vederlagsfritt får tilegnet seg fruktene av en annens arbeid.

I NKU sak nr 11/1970 nevnes ansettelsestilbud som ledd i en systematisk utnyttelse av en konkurrents know-how som et eksempel på handling som kan rammes av god forretningsskikk-standarden. Uttalelsen ”systematisk utnyttelse” gir imidlertid liten konkret veiledning med tanke på fastleggelse av innholdet og de nærmere grenser for brudd på god forretningsskikk. For det første synes uttalelsen å innebære at man ansetter alle de nøkkelpersoner som er nødvendige for å få innsikt på det aktuelle området. Ved en slik ansettelsesprosess vil virksomheten få innsikt og tilgang til ny informasjon som vil være en stor fordel i konkurransesituasjonen. Hvor mange arbeidstakere det er tale om, kan ikke være avgjørende. Man kan få tilgang til den informasjon og teknologi man behøver ved ansettelse av et par nøkkelpersoner. Videre vil den kunnskap bedriften allerede innehar kunne være omfattende, slik at man ikke har behov for mange nyansatte for å bli ledende aktør på det aktuelle området. Det er særlig i de tilfeller en virksomhet nettopp har startet opp eller ønsker å satse på et nytt område, at det gjerne vil foreligge omfattende rekruttering. Virksomheten vil da måtte ansette flere høyt kvalifiserte arbeidstakere for å kunne komme inn på markedet. Det utilbørlige eller kritikkverdige i slike saker vil være det forhold at rekrutteringen er foretatt med det formål å få tilgang til en annen virksomhets bedriftshemmeligheter. Bedriften søker her å gjøre seg næring av sin illojale opptreden. Rekrutteringen vil være et virkemiddel som ikke samsvarer med hensynet til sunn konkurranse som ligger bak prinsippet om god forretningsskikk. Dermed rekrutteringsfremstøt skjer med den hensikt å skaffe seg tilgang til en bedrifts know-how, vil handlemåten derfor lettere karakteriseres som illojal.

Videre synes det å ligge en forutsetning i uttalelsen til NKU om at den systematiske rekrutteringen må være rettet mot en bestemt virk-

somhet for å være illojal. Det er klart at de negative konsekvenser for en bedrift vil være større ved systematisk rekruttering av dens ansatte, i forhold til ansettelse av et fåtall arbeidstakere. På den andre siden kan tredjemann i flere tilfeller oppnå samme resultat ved rekruttering av nøkkelpersoner fra flere virksomheter. Dette forutsetter imidlertid at det finnes flere bedrifter på markedet som innehar den aktuelle kompetansen man søker. Hvor dette er tilfelle, vil man kunne innhente den informasjon man trenger ved ansettelse av nøkkelpersoner fra flere bedrifter. Det bør derfor ikke være avgjørende om rekrutteringen er rettet mot en eller flere bedrifter. På den annen side er det vanskelig å tenke seg at rekruttering av et stort antall nøkkelpersoner fra flere ulike bedrifter oppfattes som stridende mot god forretningsskikk. I juridisk teori er det også hevdet at en rekrutteringshandling vil være mindre kritikkverdigg dersom fremstøtet blir gjort i større bredde i det aktuelle arbeidsmarkedet.<sup>12</sup> Rekrutteringen vil i slike tilfeller være rettet mot ansatte som har de kvalifikasjoner man søker, og noen systematisk utnyttelse av bedriftenes know-how vil kunne være vanskelig å bevise. Videre vil de utsatte bedrifter gjerne ikke reagere på den foretatte rekruttering da det kun er tale om et fåtall ansatte som sier opp og går over til en annen arbeidsgiver. Hvor det kun er en enkelt bedrift tredjemann retter seg mot, vil man lettere kunne påvise systematisk utnyttelse av bedriftens know-how. Men kan man påvise systematisk rekruttering rettet mot flere bedrifter i den hensikt å skaffe tilgang til know-how, vil det også her kunne foreligge brudd på god forretningsskikk.

Et annet moment som kan komme inn ved vurderingen av om det foreligger illojal rekruttering på grunn av systematisk utnyttelse av en bedrifts know-how, er om det personalet som rekrutteres relativt lett lar seg erstatte. Hvor en ansatt lett kan erstattes, vil virksomheten ikke få de problemer som oppstår ved rekruttering av nøkkelpersoner. Ved utnyttelse av en bedrifts know-how vil det imidlertid som oftest være tale om å foreta rekruttering av høyt kvalifiserte arbeidstakere samt ansatte i ledende stillinger, og det er klart at det ikke vil være like lett for bedriften å finne arbeidere som kan erstatte disse. Dersom tredje-

---

<sup>12</sup> Jfr. Lunde 2001 s. 450.

mann bevisst foretar rekruttering av arbeidstakere som er vanskelige å erstatte, vil dette kunne være et moment i retning av illojal opptreden.

Rettspraksis viser imidlertid at det å føre bevis for, samt nå frem med, en påstand om at konkurrenten har foretatt rekrutteringsfremstøt i den hensikt å skaffe seg tilgang til know-how, er tilnærmet umulig, jfr. LA-2004-60570 (*Simrad*).

Videre vil rekruttering rettet mot en virksomhet kunne være foretatt med det formål eller delmål å skade den aktuelle virksomheten. Særlig vil dette være tilfelle mellom konkurrenter. Ved å ansette en konkurrents nøkkelpersoner vil man i tillegg til å skade konkurrenten lettere kunne innta en ledende stilling i markedet.<sup>13</sup>

Handlinger som skader eller har til formål å skade konkurrenter, kan ikke anses forenlige med prinsippet om god forretningsskikk, da formålet med bestemmelsen som tidligere nevnt blant annet er å sikre sunn konkurranse. Dersom man kan bevise at en virksomhet har utført en rekrutteringshandling med et bakenforliggende ønske eller mål om å skade eller ramme en annen bedrift, vil grensen for god forretningsskikk etter min mening være overtrådt. Her kan man videre trekke linjer til den alminnelige culpanormen, slik at man muligens også kan nå frem på et slikt grunnlag, uavhengig av mfl § 1.

Rekrutteringshandlingene kan også forekomme fra en ansatt som har sluttet hos tidligere arbeidsgiver og etablert egen virksomhet eller tatt arbeid hos en konkurrent. Verving av tidligere kolleger vil ikke i seg selv være i strid med bestemmelsen om god forretningsskikk, forutsatt at det ikke foreligger avtalebegrensninger, jfr. i avsnitt 3 nedenfor. Dette gjelder uavhengig av om den tidligere ansatte selv har etablert egen virksomhet eller gått over til ny arbeidsgiver. Man vil her likestilles med utenforstående næringsdrivende, hvor tanken om fri konkurranse om arbeidskraft råder.<sup>14</sup>

Det kan her vises til NKU sak nr. 2/1988 som gjaldt påståtte illojale handlinger i forbindelse med og etter administrerende direktørs fratreden. Utvalget fant det bevist at administrerende direktør hadde forsøkt å påvirke nøkkelpersonell hos tidligere arbeidsgiver med tanke på å verve disse til sitt nye selskap, ved å distribuere et udatert dokument "Norsk Datasuksess søker markedets beste folk"

---

<sup>13</sup> Jfr. NAD 1986 s. 672.

<sup>14</sup> Jfr. Borch/Fougner 2000 s. 82.

direkte til flere av tidligere arbeidsgivers ansatte. Rekrutteringshandlingen ble imidlertid ikke funnet stridende mot god forretningsskikk. Utvalget uttalte at:

”Det er vesentlig at påvirkningen først er søkt gjennomført etterat innklagede var sluttet hos klager og etterat han hadde stiftet eget selskap. At innklagede så snart han hadde anledning til det, ønsket å fortsette i sin gamle bransje og der- ved hadde behov for nøkkelpersonell, er lett å forstå. Om han med dette for øye også gjør henvendelse til ansatte hos sin tidligere arbeidsgiver, behøver i og for seg ikke være klanderverdig. Den form henvendelsen fikk synes heller ikke kritikkverdig, idet den er ganske generell i sin utforming.”

I saken ble det lagt stor vekt på at rekrutteringen fant sted etter at administrende direktør hadde fratrudd sin stilling hos arbeidsgiver. Han var da å regne som utenforstående næringsdrivende, som i stor utstrekning står fritt til å rekrut- tere ansatte i andre bedrifter, herunder hos tidligere arbeidsgiver.

Forholdet til tidligere arbeidsgiver kan imidlertid komme inn som et skjerpene moment ved vurderingen av god forretningsskikk- standarden. De medarbeiderne som fremdeles er i arbeid hos tidligere arbeidsgiver vil gjerne ha god kjennskap til den tidligere ansatte som nå forsøker å få dem over i det nye firmaet. Denne kjennskapen kan gi invitasjonen større tyngde og gjennomslagskraft, slik at medarbei- derne lettere takker ja til et jobbtilbud. Tilknytningen til tidligere arbeidsgiver og hans arbeidstakere tilsier derfor at listen for rettsstri- dige handlinger bør ligge noe lavere enn for andre næringsdrivende.

Eksempel på slik rekruttering finner man i NAD 1986 s. 672 Kristiansand namsrett. Daglig leder og markedssjef i Elkem sa opp sine stillinger og stiftet et konkurrerende selskap, Newmatec. Straks etter stiftelsen sa Elkems markedsdirektør, betongteknolog, labora- toriesjef, teknisk laboratorieassistent, skipningsleder og materiell- og administrasjonssjef opp sine stillinger hos Elkem etter å ha takket ja til jobbtilbud fra Newmatec. Alle de nevnte var nøkkelpersoner hos Elkem og var derfor av stor betydning for selskapet. Begjæring om midlertidig forføyning ble tatt til følge idet det ble ansett å foreligge tilstrekkelig sikringsgrunn samt sannsynliggjort et materielt krav om at det var handlet i strid med mfl § 1. Namsretten uttalte at ”kravene til god forretningsskikk næringsdrivende imellom er overtrådt nettopp ved at Newmatec som beskrevet foran planmessig skar ut en bestemt gruppe, og som firmaet visste kjente sterk lojalitet med Terje Bogen [daglig leder]”.

Selv om dette var et klart tilfelle av brudd på lojal opptreden, fremgår det av kjennelsen at tilknytningsforholdet mellom tidligere arbeidssaker og tidligere arbeidsgiver/arbeidskolleger kan komme inn som et skjerpene moment ved vurderingen. Tilsvarende vil gjelde i de tilfeller arbeidsgiver bruker eller utnytter sine ansatte til å foreta rekruttering av personer som de har et tilknytningsforhold til. Tilknytningsforholdet vil imidlertid få mindre betydning etter hvert som tiden går, og på et visst punkt må tidligere ansatte likestiles med utenforstående tredjemenn. Hvordan og på hvilket tidspunkt denne grensen skal trekkes, må bero på en helhetsvurdering. Forhold som den tidligere ansattes stilling hos arbeidsgiver, antall år vedkommende var ansatt, lojalitets- og tilknytningsforholdet mellom den ansatte og hans tidligere arbeidskollegaer vil alle komme inn som relevante momenter.

### 2.34 Oppsummering

Som det fremgår av drøftelsen ovenfor foreligger det grenser for hva bedrifter lovlig kan tillate seg med tanke på rekruttering, men disse er langt fra klare. Analysen viser at næringsdrivende i utgangspunktet har stor frihet idet mfl § 1 ikke kan sies å representere noen streng skranke for rekrutteringshandlinger.

Dersom rekruttering skal finnes stridende mot mfl § 1 synes den nærmest å måtte skje på en svært illojal eller utilbørlig måte. Først når det er tale om rekruttering i kombinasjon med flere andre kritikkverdige forhold, vil det være grunnlag for å konstatere rettsstrid. Avgjørende synes å være om det kan påvises elementer av systematisk og planmessig rekruttering. Flere forhold må tas i betraktning i en skjønsmessig helhetsvurdering ved avgjørelsen av om det foreligger brudd på god forretningsskikk. Jo flere kritikkverdige forhold man finner ved fremgangsmåten ved rekrutteringen, dess mer taler for å karakterisere handlingen i strid med mfl § 1. Som tidligere nevnt skal det imidlertid mye til for å nå frem med en anførsel om brudd på mfl § 1 i rekrutteringstilfeller. Det finnes nærmest ingen saker hvor retten har gitt saksøker medhold i en slik anførsel.

Uansett bør arbeidsgiver gjøre det han kan for å sikre seg mot illojal rekruttering. I forhold til rekrutteringsforsøk fra tidligere ansatte kan man benytte såkalte konkurranse- eller karensklausuler, jfr. oven-



for. Et bedre virkemiddel er "non solicitation"-avtaler,<sup>15</sup> eventuelt med konvensjonalbot som avtalt sanksjon. Videre bør arbeidsgiver gjennomføre juridiske og praktiske tiltak for å beskytte immaterielle verdier så som forretningshemmeligheter og know-how. I de tilfeller en ansatt går over til en konkurrent av arbeidsgiver, kan man også avtale "clean room procedure". En slik avtale gjelder mellom ny og gammel arbeidsgiver og sikrer en "ren" overtakelse av den ansatte.

#### *2.4 Konsekvenser av opptreden i strid med god forretningsskikk*

Den mest aktuelle sanksjonen ved illojal rekruttering vil være krav om erstatning. Spørsmål om erstatning ved overtredelse av markedsføringslovens bestemmelser er ikke løst i loven selv, men det fremgår av forarbeidene og rettspraksis at erstatning kan kreves som reaksjon mot illojale handlinger.<sup>16</sup>

Utmåling av erstatning forutsetter imidlertid et påviselig tap hos den utsatte virksomheten. At virksomheten har hatt et økonomisk tap i forbindelse med den illojale rekrutteringen, kan være vanskelig å bevise, og selv om et tap lar seg påvise, vil ofte den næringsdrivende ikke klare å dokumentere sitt fulle økonomiske tap. I praksis ble gjerne tvistemålsloven § 192 benyttet i slike saker.<sup>17</sup> Bestemmelsen ga retten adgang til etter eget skjønn å avgjøre omfanget på erstatningen i de tilfeller bevis for erstatningsbeløpet ikke lar seg føre eller er forbundet med uforholdsmessig vanskelighet. Det må imidlertid bemerkes at bestemmelsen bare gjaldt i forhold til bevisførsel vedrørende omfanget av det allerede påviste krav og således ikke bevisførsel for selve kravets rettmessighet.

Konsekvensene ved rekrutteringshandlinger i strid med mfl § 1 fra arbeidsgivers tidligere ansatte vil i all hovedsak sammenfalle med hva som gjelder for utenforstående næringsdrivende. Men i disse tilfeller vil det oppstå spørsmål om ansvar for den ansatte som har foretatt den illojale rekrutteringshandlingen og identifikasjon mellom

---

<sup>15</sup> Jfr. om slike avtaler i 3.31 nedenfor.

<sup>16</sup> Jfr. bl.a. Innst. 1966 s. 7 og Rt. 1990 s. 607.

<sup>17</sup> Jfr. bl.a. Rt. 1990 s. 607, LG-2004-14258. Bestemmelsen er ikke videreført i ny tvistelov, men prinsippet følger av de generelle regler i lovens kapittel 17 hvoretter retten vil ha en selvstendig plikt til å vurdere det økonomiske tapet.

firmaet og den ansatte. I de tilfeller en eller flere tidligere ansatte etablerer egen virksomhet, vil disse som oftest utgjøre selskapets ledelse. Selskapet vil her identifiseres med ledelsens opptreden og kan således holdes erstatningsansvarlig etter mfl § 1, jfr. NAD 1986 s. 672.

Hvor den tidligere ansatte har gått over til ny stilling i et annet selskap stiller dette seg annerledes. Det skal i utgangspunktet mye til før et selskap holdes ansvarlig for rekrutteringsfremstøt foretatt av den ansatte overfor tidligere arbeidsgiver. Det fremgår av skadeserstatningsloven av 13. juni 1969 § 2-1 nr. 1 annet punktum at arbeidsgiver ikke er ansvarlig for ”skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet”. Dersom en ansatt på egen hånd foretar illojal rekruttering rettet mot tidligere arbeidsskolleger kan arbeidsgiver trolig ikke holdes ansvarlig. Motsatt gjelder hvor selskapet bevisst har utnyttet den ansattes tilknytningsforhold til de personer som forsøkes rekruttert. Videre oppstår grensetilfeller hvor for eksempel arbeidsgiver vet om eller i ettertid får vite om den illojale rekrutteringen, og allikevel ansetter de aktuelle personene.

### **3 Lojalitetsplikten i arbeidsforhold som begrensning for rekrutteringshandlinger**

#### *3.1 Innledning*

Tidligere har vi sett på rekrutteringsfremstøt fra næringsdrivende, herunder arbeidstakers tidligere ansatte. Problemstillingen i det følgende er i hvilken utstrekning lojalitetsplikten i arbeidsforhold setter begrensninger for rekrutteringshandlinger fra en ansatt overfor sine arbeidsskolleger. Problemstillingen er særlig aktuell hvor den ansatte i oppsigelsesperioden forsøker å rekruttere kolleger over til sin nye arbeidsgiver eller over til eget planlagt eller nystiftet firma.

#### *3.2 Generelt om lojalitetsplikten i arbeidsforhold*

##### **3.21 Den ulovfestede lojalitetsplikt**

Høyesterett har i Rt. 1990 s. 607 uttalt at ”det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold”. Uttalelsen er fulgt opp i en rekke senere saker, blant annet Rt. 1996 s. 1401

hvor det sies at ”det rettslige utgangspunkt er at det gjelder en alminnelig, ulovfestet lojalitetsplikt i arbeidsforhold”. I lojalitetsplikten ligger et krav om at partene i en viss utstrekning må ta hensyn til hverandres interesser, selv om en slik plikt ikke er regulert i selve arbeidsavtalen.

Flere generelle hensyn ligger bak prinsippet om gjensidig lojalitet i arbeidsforhold. Prinsippet gir et vern til begge parter og har generelt til formål å sikre lojal opptreden under ansettelsesforholdet. Generelt sikrer lojalitetsplikten et godt arbeidsforhold, som igjen bidrar til at den enkelte bedrift kan fungere i næringslivet. Med lojalitetsreglene kan man føle seg mer trygg på at de ansatte fremmer bedriftens interesser, selv om disse skulle være i konflikt med de ansattes egne oppfatninger. Og ved eventuelt brudd vil arbeidsgiver blant annet kunne benytte seg av reglene om oppsigelse og avskjed, idet brudd på lojalitetsplikten kan anses som gyldig oppsigelses- eller avskjedsgrunn.<sup>18</sup>

### 3.22 Lojalitetspliktens forhold til god forretningsskikk-standarden

Lojalitetsplikten gjelder under hele ansettelsesperioden, herunder også under oppsigelsesperioden. Imidlertid vil også mfl § 1 til en viss grad komme til anvendelse overfor arbeidstakere som foretar illojal rekruttering under ansettelsesperioden (jfr. i 2.22 foran). I Rt. 1990 s. 607 ble det som nevnt uttalt at bestemmelsen må kunne anvendes på arbeidstakere når de ”i ansettelsestiden etablerer næringsvirksomhet som foretar konkurransehandlinger”. Videre vil bestemmelsen komme til anvendelse dersom arbeidstakere som tar sikte på å slutte i en bedrift for å etablere egen virksomhet, foretar handlinger som fremmer egne næringsinteresser i strid med arbeidsgivers interesser.<sup>19</sup> Prinsippet om god forretningsskikk i mfl § 1 vil imidlertid sjelden få selvstendig betydning for forhold i ansettelsestiden, idet arbeidstakerens handlefrihet i denne perioden uansett vil være sterkt begrenset av den ulovfestede lojalitetsplikt. Bestemmelsen om god forretningsskikk kan imidlertid benyttes overfor den ansattes nyetablerte firma, slik at også firmaet holdes ansvarlig for den illojale handling. I slike tilfeller vurderes det om det foreligger brudd på mfl

---

<sup>18</sup> Jfr. Fougner 1999 s. 209.

<sup>19</sup> Jfr. LA-2006-71768.

§ 1 ved at det er utnyttet en konkurransefordel som skyldtes illojal opptreden overfor arbeidsgiver fra den ansattes side.

Ved illojal opptreden fra den ansatte *etter* oppsigelsesperioden er det bestemmelsen om god forretningsskikk i mfl § 1 som vil være aktuell. I disse tilfellene vil det bli spørsmål om en ny arbeidsgiver kan identifiseres med den ansattes handlinger overfor tidligere arbeidsgiver.

### 3.3 Grensene for rekrutteringshandlinger i forhold til lojalitetsplikten i arbeidsforhold

#### 3.31 Innledning

I en situasjon hvor de ansattes kunnskap er det vesentlige aktivum i virksomheten, vil det at den ansatte "tar med seg hodet og går", kunne svekke eller i enkelte situasjoner også praktisk talt fjerne grunnlaget for virksomheten. Dels har det sammenheng med at kompetansen i virksomheten reduseres, dels at relasjoner mellom kunder og virksomhet ofte kan være tett knyttet til spesifikke personer slik at kunden ønsker å følge den ansatte over i ny virksomhet. Virksomhetene har av denne grunn sterk interesse i å verne seg mot for nærgående konkurranse fra tidligere ansatte. Et virkemiddel for å forsøke å beskytte seg er såkalte karensklausuler/ konkurranseklausuler. Slike konkurranseklausuler reiser i all hovedsak spørsmål av avtalerettslig art som må løses med utgangspunkt i avtalelovens § 38 eller andre avtalerettslige regler og prinsipper. Videre er såkalte non solicitation-avtaler blitt mer og mer vanlige. Slike avtaler forbyr i hovedsak tidligere arbeidstakere å rekruttere ansatte fra forrige arbeidsgiver i en gitt periode, og rekruttering i strid med avtalen vil følgelig innebære et avtalebrudd. Videre må det merkes at slike avtaler ikke reguleres av avtalelovens § 38, men av § 36, og risikoen for avtalesensur er derfor mindre. I praksis kan slike avtaler således være svært viktige, særlig sett hen til at avtalen, i motsetning til det som vil være tilfelle ved en konkurranseklausul, ikke forutsetter at vederlag må betales til den ansatte for avstått arbeid i en gitt periode.

Dersom det ikke foreligger noen restriksjoner i arbeidsavtalen, kan den ansatte etablere konkurrerende virksomhet forutsatt at etableringen skjer etter ansettelsesforholdets opphør. Etableres konkurrerende virksomhet i ansettelsesperioden, vil det stride mot arbeids-

givers interesser, og dersom det foretas handlinger som fremmer den ansattes næringsinteresser fremfor arbeidsgivers, vil den ansattes handling videre kunne representere en illojal handling.<sup>20</sup> Dette innebærer imidlertid ikke at planlegging og forberedelser til oppstart av egen virksomhet under arbeidsforholdet uten videre er illojalt overfor arbeidsgiver. En arbeidstaker kan fritt vurdere å starte konkurrerende virksomhet eller begynne hos en konkurrent, inngå leieavtale, søke om nødvendige offentlige tillatelser, m.v., så lenge det ikke er tale om handlinger som er direkte til skade for arbeidsgiver. Hensynet til mobilitet på arbeidsmarkedet og inntektsmuligheter for den ansatte taler for at forberedende handlinger er tillatt.<sup>21</sup>

Arbeidstakere som planlegger å etablere eller gå over til konkurrerende virksomheter vil imidlertid kunne tenkes å foreta handlinger som er illojale i forhold til arbeidsgiver. Verving av medansatte med tanke på å få dem med over til den nye virksomheten vil klart være en handling som ikke er forenlig med arbeidsgivers interesser. Dersom slik verving finner sted mens arbeidsforholdet består, vil dette kunne være i strid med den ulovfestede lojalitetsplikt.

### 3.32 Nærmere om grensene for rekrutteringshandling

Hvor en ansatt skal slutte hos eksisterende arbeidsgiver for å etablere egen virksomhet eller gå over til en konkurrent, vil forholdet lett kunne komme opp som samtaleemne med andre medansatte. Det bør legges til grunn at ansatte løselig kan nevne spørsmålet om overgang til ny virksomhet for de medansatte, uten at det karakteriseres illojalt, så lenge den ansatte ikke går aktivt ut for å få folk til å slutte hos arbeidsgiveren. Det kan her vises til NAD 1987 s. 629 Oslo byrett, hvor det sentrale spørsmålet var om daglig leder hadde opptrådt illojalt ved å forsøke å få medansatte til å slutte hos arbeidsgiver og i stedet ta ansettelse i hans planlagte virksomhet. Spørsmålet om ansettelse var kun relativt løselig nevnt for noen få av arbeiderne på et tidspunkt da daglig leder planla, men ennå ikke hadde etablert noen virksomhet. Videre var det uklart for retten om muligheten for arbeid i hans nye virksomhet først var nevnt av ham, eller om det var med-

---

<sup>20</sup> Se eksempelvis Rt. 1990 s. 607.

<sup>21</sup> Jfr. Nazarian 2007 s. 508 flg.

arbeiderne selv som spurte om jobb. Retten la til grunn at den avskjed som hadde funnet sted av daglig leder i hans oppsigelsestid var urettmessig, og han ble tilkjent erstatning.

Retten utalte at den var tilbøyelig til å mene at forsøk på å ta med seg arbeidere fra tidligere arbeidsgiver ved etablering av egen virksomhet, som hovedregel ville innebære et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen. Dette utgangspunktet ville videre gjelde uavhengig av om arbeidsavtalen innholdt noe forbud mot etablering av egen virksomhet eller ikke. Da det blant annet var tvil om graden av aktivitet fra daglig leders side, ble hans opptreden ikke ansett som et grovt pliktbrudd i forhold til aml 1977 § 66.<sup>22</sup>

Som nevnt bør det ikke anses illojalt å nevne overfor medarbeidere at man skal slutte hos arbeidsgiver for å etablere eller gå over til annen virksomhet. En slik begrensing vil lett anses å være i strid med den alminnelige yringsfriheten. Medarbeidere bør videre vite om eventuelle oppsigelser slik at de kan være forsiktige i sin omgang med opplysninger overfor den som skal slutte.<sup>23</sup> Til en viss grad bør man også kunne nevne muligheten for ansettelse i det nye firmaet, særlig der hvor det er arbeidskollegaer som tar opp spørsmålet. Ansatte bør innrømmes et visst spillerom før grensen for illojal opptreden anses overtrådt. Så lenge den ansatte ikke foretar noen direkte henvendelse eller annen aktivitet i retning av å få medansatte til å slutte hos arbeidsgiver, bør man ikke karakterisere opptreden som illojal. Om det har funnet sted aktiv rekruttering eller om det kun er tale om en eller flere enkeltstående oppsigelser uten illojal påvirkning, kan være uklart og også vanskelig å bevise. Foreligger det tvil på dette punkt, må tvilen komme den ansatte til gode, jfr. de alminnelige bevisbyrde-reglene.

Problemet i forhold til lojalitetsplikten oppstår hvor den ansatte forhører seg om eller går mer aktivt inn for å få medarbeiderne til å slutte hos eksisterende arbeidsgiver.

---

<sup>22</sup> Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.; jfr. nå lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) (aml) § 15-14.

<sup>23</sup> Jfr. Dege 1997, Bind III s. 137.

Det kan her vises til Oslo tingretts dom av 1. mars 2007<sup>24</sup> hvor spørsmålet var om avskjed begrunnet i påstått illojalitet fra en ansatt, var gyldig. Den ansatte var eiendomsmegler og stod for 40 % av firmaets omsetning. Vedkommende ble kontaktet av et annet meglerfirma med forespørsel om å gå over til dette med sikte på å etablere et nytt meglerkontor. Den ansatte viste stor interesse for firmaet, da han blant annet ble forespeilet en meget bra provisjon og eierandel i selskapet. Det var på det rene at den ansatte fortalte en dyktig arbeidskollega om det fristende tilbudet, og kollegaen uttalte for retten at den ansatte etter hvert utøvte et betydelig press på ham for å få ham til å bli med over i den nye virksomheten. Videre ble en styreleder, meglerassistent og oppgjørsmedarbeider i firmaet kontaktet av den ansatte med informasjon om tilbudet fra den nye virksomheten. Retten kom til at den aktuelle avskjedigelsen var rettmessig etter arbeidsmiljøloven § 15-14.

Retten uttalte at ”en arbeidstaker som planlegger å starte eller gå over i konkurrerende virksomhet, og som forsøker å få andre arbeidstakere med seg til den nye virksomheten, vil i utgangspunktet opptre i strid med lojalitetsplikten”. Videre ble det uttalt at den ansatte opptrådte altfor aktivt overfor enkelte av sine medarbeidere for å få med seg disse over i den nye bedriften, noe som ga grunnlag for avskjed

Overtredelse av den alminnelige lojalitetsplikt i arbeidsforhold ble videre konstatert i Stavanger tingretts dom 21. januar 2005 (sak nr. 04-0336). To av de ansatte i et reklamefirma startet med planlegging av konkurrerende selskap mens de fremdeles var ansatt i reklamefirmaet. De to hadde sentrale posisjoner i firmaet og sto for en vesentlig del av omsetningen. Under planleggingen innkalte de tre nøkkelpersoner i firmaet til et møte hvor de informerte om sine planer vedrørende oppstart av et konkurrerende selskap. De ga videre uttrykk for at det nye selskapet ville trenge medarbeidere og at de tre sto fritt til å søke. I tillegg ble det gitt informasjon om lønn og andre betingelser.

Selv om de to ansatte hadde uttrykt seg forsiktig, fant retten det etter en konkret helhetsvurdering sannsynlig at ”hensikten, formålet og også resultatet av møtet delvis var rekrutteringsrettet”. Av denne

---

<sup>24</sup> TOSLO-2006-98872.

grunn fastslo retten at de ansattes opptreden var i strid med den alminnelige lojalitetsplikt i arbeidsforhold.

Det skal i utgangspunktet svært lite til før rekrutteringsfremstøt fra ansatte anses stridende mot den lojalitetsplikt som foreligger i arbeidsforhold. Dersom en arbeidstaker ønsker å starte egen eller gå over til ny virksomhet, er det begrenset hva vedkommende kan foreta av aktivitet i retning av å få med seg kollegaer. Illojal opptreden vil for eksempel foreligge hvor en ansatt retter flere henvendelser til arbeidskollegaer for å få disse til å si opp sine stillinger hos arbeidsgiver. Selv forespørsel til én arbeidskollega kan anses illojalt overfor arbeidsgiver. Et sentralt moment vil være i hvilken grad den ansatte forsøker å overtale de aktuelle medarbeiderne til å si opp sin stilling hos arbeidsgiver. Forhold som gjentatte henvendelser, separate informasjonsmøter samt utøvelse av press eller bruk av lokkemidler vil blant annet være momenter som taler for at den ansatte har utøvd for stor grad av aktivitet i retning av å overtale de medansatte til å slutte. Jo mer pågående den ansatte er, dess lettere vil det forelligge brudd på lojalitetsplikten.<sup>25</sup>

I mange tilfeller vil det gjerne foreligge flere kritikkverdige handlinger fra den ansattes side overfor arbeidsgiver. Rekrutteringen vil her være ett av flere momenter som inngår i vurderingen av om man karakteriserer forholdet som illojalt. Det kan hende at handlingene isolert sett ikke representerer noe brudd på lojalitetsplikten, men at det samlet sett foreligger en rekke grove handlinger som i sum finnes illojale. Også slike saker er relevante idet de gir en pekepinn på hvor grensene går.

Agder lagmannsretts dom LA-2004-14258 dreier seg om to ledende ansatte i et reklamebyrå som sluttet og startet et konkurrerende byrå. De hadde begge i ansettelsesavtalen en klausul som begrenset adgangen til å drive konkurrerende virksomhet mens arbeidsforholdet besto, samt begrenset adgangen til å arbeide mot bedriftens kunder etter arbeidsforholdets opphør. De to ansatte gikk blant annet aktivt ut overfor sine kolleger og avholdt et møte hvorefter det ble

---

<sup>25</sup> Det må imidlertid skilles mellom tilfeller av aktiv rekruttering og tilfeller hvor flere ansatte, uten illojal påvirkning, bestemmer seg for å si opp mer eller mindre samtidig, jfr. for eksempel RG 1999 s. 427 Borgarting.



enighet om at de sammen med to av sine kolleger skulle si opp sine stillinger og gå over til det nystiftede selskapet. Lagmannsretten fant at de to ansatte ved å stifte et konkurrerende selskap og samtidig aktivt rekruttere ansatte fra sin arbeidsgiver, hadde brutt den alminnelige lojalitets- og troskapsplikt som forelå i arbeidsforholdet. Videre fant retten at de to også hadde brutt både konkurransereguleringsklausulen i avtalen og mfl § 1 på en erstatningsbetingende måte ved å arbeide mot arbeidsgivers kunder i tiden etter arbeidsforholdets opphør. Det nye selskapet, samt et selskap som bidro til stiftelsen av det nye selskap og eide 51 % av aksjene, ble funnet solidarisk ansvarlige med de to ansatte.

Videre kan det vises til NAD 1988 s. 1227 Bergen byrett, hvor problemstillingen for retten var om avskjedigelse av administrerende direktør var rettmessig etter arbeidsmiljøloven. Adm. direktør sa opp sin stilling i selskapet med en seks måneders oppsigelsesfrist. Under oppsigelsesperioden hadde han foretatt flere påståtte illojale handlinger, deriblant deltatt i planlegging og stiftelse av et konkurrerende selskap sammen med flere andre personer i selskapets ledelse. Videre forsøkte direktøren å trekke arbeidstakere ut av firmaet og over til den nye virksomheten. Det forelå således flere kritikkverdige handlinger. Retten fant disse så graverende at de iallfall samlet måtte anses som et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen den ansatte hadde med sin arbeidsgiver.

Retten la til grunn at administrerende direktør i oppsigelsesperioden hadde prøvd å overtale produksjefen i firmaet til å si opp sin stilling og bli med over i det nye firmaet. Produksjefen hadde opprinnelig bestemt seg for å gå sammen med de øvrige inn i det nye firmaet, men reagerte på den fremgangsmåten som ble benyttet og bestemte seg for å bli værende hos tidligere arbeidsgiver. Direktøren ringte da til produksjefen og prøvde å få ham til å ombestemme seg. Retten kom til at det forelå en direkte pågang om overgang til den nye virksomheten fra direktørens side og at dette i seg selv representerte en illojal opptreden overfor arbeidsgiver.

I denne saken ser man tydelig at graden av aktivitet/overtalelse vil være av avgjørende betydning for om rekrutteringshandlinger anses illojale. Ved de gjentatte henvendelser opptrådte direktøren for aktivt i forhold til det man lovlig kan tillate seg ved overgang til nytt

firma. Det faktum at det var direktøren i selskapet som foretok de aktuelle rekrutteringshandlingene var også et moment av betydning i saken.

Flere kritikkverdige forhold kan foreligge ved en ansatts handlemåte, i tillegg til et rekrutteringsfremstøt. Det kan her være tale om nedsettende og/eller usann omtale av arbeidsgiver i forbindelse med rekrutteringsforsøket. Videre kan det være tale om kontakt med arbeidsgivers samarbeidsparter eller kunder og eventuelt avtaleinngåelse med disse. Brudd på lojalitetsplikten i arbeidsforhold konstateres da gjerne ut fra en helhetsvurdering av de foretatte handlingene.

Det er tydelig at man lettere konstaterer brudd på lojalitetsplikten ved ansattes rekruttering av kolleger enn der det er tale om næringsdrivende som rekrutterer arbeidstakere fra en annen næringsdrivende (jf i pkt 2.3 ovenfor). Utenforstående tredjemenn kan fremlegge tilbud og ta kontakt med personer som allerede innehar en stilling i et firma uten at dette i seg selv anses illojalt. Hvor ansatte foretar tilsvarende handlinger, vil det som oftest karakteriseres som illojalt på grunn av den strenge lojalitetsplikt man har overfor arbeidsgiver så lenge arbeidsforholdet består.

### 3.33 Oppsummering

Det fremgår av drøftelsen at det skal svært lite til for å karakterisere rekruttering og forsøk på rekruttering av medarbeidere som illojalt i de tilfeller der den ansatte fremdeles er i et ansettelsesforhold. Lojalitetsplikten tilsier en begrenset handlefrihet for de ansatte med hensyn til handlinger som kan slå negativt ut for arbeidsgiver. Det er derfor naturlig at handlinger i form av rekrutteringsfremstøt representerer et brudd på lojalitetsplikten i arbeidsforhold.

Avgjørende for om det foreligger opptreden i strid med lojalitetsplikten vil være hvor aktivt den ansatte går ut med tanke på å få medarbeidere til å bli med over til den nye virksomheten. Det må foretas en helhetsvurdering hvor momenter av betydning blant annet vil være den ansattes stilling i virksomheten, hvem og hvor mange som forsøkes rekruttert, og særlig om rekrutteringshandlingen innebærer et direkte forsøk på overtalelse eller inneholder elementer av press. Hvor den ansatte i tillegg til rekrutteringshandlingen har benyttet lokkemidler, kommet med usanne opplysninger om for eksempel arbeids-

givers økonomiske situasjon eller foretatt andre kritikkverdige handlinger, vil det lett konstateres brudd på lojalitetsplikten. For å være på den sikre siden, bør arbeidsgiver som tidligere nevnt regulere spørsmål om rekruttering i avtalene med de ansatte, jfr. pkt 2.34 ovenfor.

### *3.4 Konsekvenser av opptreden i strid med lojalitetsplikten i arbeidsforhold*

Opptreden i strid med lojalitetsplikten vil etter omstendighetene kunne medføre advarsel eller oppsigelse. I de tilfeller arbeidsgiver har lidt økonomisk tap kan også erstatning kreves. Mest aktuelt er imidlertid avskjed. Og i de tilfeller ansatte foretar illojal rekruttering av medansatte, vil det gjerne foreligge grovt pliktbrudd eller mislighold som tilsier en slik reaksjon etter aml § 15-14.

Et eksempel på illojal rekruttering som ga grunnlag for avskjed, finner man i NAD 1988 s. 365 Oslo byrett. Den ansatte hadde her søkt å overtale medarbeidere til å begynne i hans nye firma. Retten fant at han på denne måten hadde gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd overfor arbeidsgiveren, og den avskjed som ble meddelt den ansatte var å anse som rettmessig. Illojal opptreden innebærer imidlertid ikke at det automatisk foreligger grunnlag for avskjedigelse, jfr. NAD 1987 s. 629 Oslo byrett. Arbeidsgiver må derfor være varsom med å gå til avskjed hvor det er tvil om vilkårene i aml § 15-14 er oppfylt. Ved urettmessig avskjed kan den ansatte kreve avskjeden kjent ugyldig. Videre kan den ansatte kreve erstatning for det økonomiske tap han har lidt, samt oppreisning etter aml § 15-12.

Hvor den ansatte har etablert egen konkurrerende virksomhet, skal det gjøres oppmerksom på at virksomheten vil kunne holdes erstatningsansvarlig for de illojale handlinger den ansatte har foretatt under ansettelsesforholdet.<sup>26</sup> Forutsetningen for å kunne gå på begge parter, er at selskapet i det minste har vært klar over de illojale handlinger fra den ansattes side og i ettertid utnytter fordelene oppstått ved handlingen. Hvor den ansatte har etablert konkurrerende virksomhet, vil han som regel være daglig leder eller inneha annen høytstående stilling i selskapet. Av denne grunn vil det foreligge identifikasjon mellom selskapet og privatpersonen, slik at de begge anses ansvarlige

---

<sup>26</sup> Om identifikasjon, se Nazarian 2007 s. 216 flg.

for de foretatte handlinger. Som eksempel kan nevnes Rt. 1990 s. 607 hvor et firma ble funnet solidarisk ansvarlig med enkeltpersoner på grunn av utnyttelse av konkurransefordel som skyldtes illojal opptreden overfor tidligere arbeidsgiver fra firmaets majoritetsaksjonærer. Se eksempelvis også LG-2004-14258, hvor lagmannsretten fant at det nystiftede selskap i strid med mfl § 1 hadde utnyttet en konkurransefordel som skyldtes illojal opptreden fra de ansattes side overfor tidligere arbeidsgiver. De ansatte hadde begge sentrale stillinger i det nystiftede selskap, og selskapet måtte derfor anses erstatningsansvarlig på lik linje med de ansatte.

## Referanser

### Litteratur

- Borch, Alex, og Jan Fougner 2000 "Konkurranse med nåværende eller tidligere arbeidsgiver", *Lov og Rett* 2000 s. 67-
- Dege, Jan T. 1997 *Arbeidsgivers styringsrett*. Bind I – III. Oslo: Minerva AS og Dege & Co. Advokatfirma ANS
- Fougner, Jan 1999 *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*. Oslo: Tano Aschehoug,
- Lunde, Tore 2001 *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*. Bergen: Fagbokforlaget
- Løchen, Thorvald, og Amund Grimstad 1997 *Markedsføringsloven*. 6. utg. Oslo: Tano Aschehoug
- Nazarian, Henriette 2007 *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Oslo: J.W. Cappelens Forlag
- Særbø, Rune 1996 "Generalklausulene i formuerettslovgivningen i et rettskildeperspektiv". *Jussens Venner* 1996 s. 313-325

*Offentlige dokumenter*

- Innst. 1919 Indstilling til lov mot utilbørlig konkurranse fra komiteen av 10. december 1915, Kristiania 1919
- Innst. 1966 Indstilling fra Konkurranselovkomiteen, Otta 1966
- Innst. O. XIX (1971-72) Indstilling fra administrasjonskomiteen om lov om kontroll med markedsføring
- Ot.prp. nr. 57 (1971-72) Lov om markedsmissbruk

*Retts- og utvalgspraksis*

Rt 1964 s. 238

Rt 1982 s. 1062

Rt 1990 s. 607

Rt 1996 s. 1401

Rt 1998 s. 1315

RG 1999 s. 427 Borgarting

NAD 1986 s. 189 Asker og Bærum herredsrett

NAD 1986 s. 672 Kristiansand namsrett

NAD 1987 s. 629 Oslo byrett

NAD 1988 s. 365 Oslo byrett

NAD 1988 s. 1227 Bergen byrett

LG-2004-14258

LA-2004-60570

LA-2006-71768

Stavanger tingretts dom av 21. januar 2005 (sak nr. 04-0336)

Oslo tingretts dom av 1. mars 2007 (TOSLO-2006-98872)

NKU sak nr. 11/1970

NKU sak nr. 2/1988