

Tore Lunde

KONKURRANSERESTRIKSJONAR
I ARBEIDS- OG NÆRINGSFORHOLD

KONKURRANSERESTRIKSJONAR
I ARBEIDS- OG NÆRINGSFORHOLD

TORE LUNDE

KONKURRANSERESTRIKSJONAR I ARBEIDS- OG NÆRINGSFORHOLD

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

ISBN 978-82-05-50638-1

Omslagsdesign: Kristin Berg Johnsen
Layout: Bøk Oslo AS
Sats: HAVE A BOOK
Brødtekst: Minion Pro 10,5/15 pkt
Papir: Amber Graphic 90 g
Trykk: Opolgraf, Polen 2020

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

6 FORORD

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 fråtredingsavtaler	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 Vilkår 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 Lovbrotsgbyr	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-standarden?	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 Nødvendigkriteriet	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 krrl. § 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	Konkurransesklausular ved <i>outsourcing</i> av produksjon	235
18.4	Marknadsføringsavtalar	236
18.5	Konkurransesklausular i teknologioverføringsavtalar	238
18.5.1	Innleiing	238
18.5.2	Konkurransesklausular i teknologilisensar	239
18.5.3	Mogelege negative verknader av konkurransesklausular 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	Konkurransesklausular utan tidsavgrensing eller som varer over fem år	244
19.3	Konkurransesklausular etter opphøyr av vertikale avtalar	246
19.4	Konkurransesklausular 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	Konkurransesklausular 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 valdgift	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