

Vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler

Kandidatnummer: 106

Antall ord: 36 759



JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni

«Berikelsesregler synes å spille en tilbaketrukket rolle ved økonomiske oppgjør i forbindelse med kontraktsmislighold.»

Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett* (1989), s. 818.

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	1
1.1 Emnet og problemstilling	1
1.2 Erstatningsreglernes manglende effektivitet	2
1.3 Vinningsavståelseskrav som en mulig misligholdssanksjon	4
1.4 Avgrensninger	8
1.5 Opplegget videre	9
2 Metodiske betraktninger	11
2.1 Rettskildebildet	11
2.2 Avhandlingens argumentasjonsmåte	13
2.2.1 Rettsdogmatisk fremstilling vinklet <i>de sententia ferenda</i>	13
2.2.2 Regeldanningsprosessen i avhandlingen	14
2.3 Formålet med bruk av komparative elementer i avhandlingen.....	16
3 Rettshistorisk bakteppe	18
3.1. Innledning	18
3.2 Berikelsesgrunnsetningens opphav og utvikling	18
4 Komparativt utsyn	24
4.1 Svensk og dansk rett	24
4.2 Engelsk rett	26
4.3 Amerikansk rett.....	31
4.4 Tysk rett	34
5 Legislative betraktninger	37
5.1 Betraktninger om korreksjonsrettferdighet	37
5.2 Betraktninger om prevensjonshensynet	42
5.3 Betraktninger om effektive kontraktsbrudd	46
5.4 Betraktninger om den ulovfestede lojalitetsplikt i kontraktsforhold	48
6 Rettsgrunnlaget for vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler	51
6.1 Formål og opplegg	51
6.2 To konkrete typetilfeller	52
6.3 Identifikasjon av et argumentasjonsmønster	55
6.3.1 Et argumentasjonsmønster i rettspraksis	55
6.3.2 Betydningen av fellestrekkene i tilgrensende lovgivning	67

6.3.3	Utslag av hensynet til likevekt i lovgivningen	68
6.3.4	Utslag av prevensjonshensynet i lovgivningen	71
6.3.5	Lovgivningens orientering mot vinning	74
6.4	Fra argumentasjonsmønster til primært rettsgrunnlag	76
7	Vilkår for vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler	79
7.1	Innledning	79
7.2	Vilkåret om at det foreligger et brudd på en avtalt konkurranseklausul	79
7.3	Vilkåret om at det er oppnådd en vinning	82
7.4	Vilkåret om skyld	86
7.5	Vilkåret om årsakssammenheng	90
7.5.1	Innledende bemerkninger	90
7.5.2	Faktisk årsakssammenheng	91
7.5.3	Rettslige begrensninger av årsakssammenheng	92
7.6	Vilkår om at vinningsavståelse vil være rimelig?	95
8	Avslutning.....	97
8.1	Formulering av regelen	97
8.2	Avsluttende refleksjoner	98
Referanseliste		100
	Litteraturliste	100
	Domsregister	109
	Lover	110
	Restatements of Law	111
	Soft Law	111
	Forarbeider	111
	Nettsider:	112

1 Innledning

1.1 Emnet og problemstilling

I en rekke ulike kontraktstyper er det vanlig å avtale såkalte konkurranseklausuler. Slike klausuler kan for eksempel forekomme i arbeidsavtaler, samarbeidsavtaler, tillitsmannsavtaler, ved ulike former for salgsoppdrag eller ved virksomhetsoverdragelse. Det sentrale ved slike klausuler er at de begrenser konkurransefriheten til den ene, begge eller flere parter i større grad enn de begrensninger som følger av lovregler og ulovfestet rett.¹ Et eksempel kan være arbeidsgiveren som pålegger virksomhetens daglige leder et forbud mot å gjøre forretninger med virksomhetens faste kunder i ett år etter lederens fratredelse (kunde-klausul), eller et annet eksempel kan være kjøperen av et aksjeselskap som forbyr selgeren å starte konkurrerende virksomhet de første seks månedene etter salget (konkurranseklausul).²

Årsaken til at slike avtaler inngås er at den berettigede har et eller annet *konkurransefortrinn* som vedkommende ønsker å beskytte. Med konkurransefortrinn menes her en egenskap eller kunnskap som setter den berettigede i en bedre markedsposisjon enn øvrige konkurrenter. Dette kan for eksempel være goodwill, spesiell bransjekunnskap, godt kontaktnettverk eller gode leverandøravtaler.³

Ettersom slike konkurransefortrinn innebærer en markedsfordel kan de som regel benyttes til å generere inntekter. Nettopp fordi slike konkurransefortrinn kan medføre økonomiske fordeler for den som står i en posisjon til å utnytte fortrinnet, hender det ikke så rent sjeldent at konkurranseklausuler brytes. Den forpliktete ser ofte sitt snitt til å utnytte konkurransefortrinnet for å oppnå egen vinning. Dette til tross for at vedkommende i avtalen med berettigede samtykket i å la være å utnytte konkurransefortrinnet.

Foreligger det først et slikt kontraktsbrudd blir spørsmålet hvilke krav den berettigede kan gjøre gjeldende mot forpliktete. Hvilke krav berettigede kan gjøre gjeldende kan være regulert i avtalen. Det kan for eksempel være en konvensjonalbot,

¹ Sml. Monsen 2006 s. 157.

² Slike klausuler kan ha ulik utforming avhengig av kontraktsforholdet, men her benytter jeg konkurranseklausul som en samlebetegnelse på avtaler som innebærer en innskrenkning av en annens konkurransefrihet. Partene i en slik avtale omtaler jeg som *berettigede* og *forpliktete*. Berettigede er den som i avtalen har fått beskyttet et konkurransefortrinn, mens forpliktete er den som skal avstå fra å foreta seg en eller annen form for konkurransehandling.

³ *Loc.cit.*

erstatning, et vederlag eller vinningsavståelse.⁴ Er sanksjonen regulert i avtalen er det i prinsippet uproblematisk for berettigede å gjøre gjeldende et krav mot forpliktete. I denne avhandlingen skal jeg kun se nærmere på tilfeller hvor berettigedes sanksjonsmuligheter ikke er regulert i avtalen. Kontrakten må derfor utfylles med kontraktsrettslig bakgrunnsrett.

Ofte vil den berettigede i slike tilfeller kreve erstatning for eventuelle tap kontraktsbruddet medfører. Men av grunner som jeg kommer tilbake til i punkt 1.2 er det ikke alltid så praktisk å gjøre gjeldende et erstatningskrav. Spørsmålet som da oppstår er om berettigede kan gjøre gjeldende andre krav mot kontraktsbruddet. Fordi konkurranseklausulen skulle beskytte et konkurransefortrinn som var egnet til å genere en økonomisk fordel for berettigede, kan det spørres om ikke det er praktisk at forpliktete må avstå de økonomiske fordelene oppbåret ved kontraktsbruddet, til nettopp berettigede. Med andre ord kan det spørres om berettigede kan gjøre gjeldende et vinningsavståelseskrav mot forpliktete. Det er dette spørsmålet som utgjør emnet for denne avhandlingen.

Vinningsavståelseskravenes stilling i norsk rett må kunne karakteriseres som usikker.⁵ Det er i det hele usikkert om det er grunnlag for et slikt krav i norsk rett. Denne avhandlingen analyserer kun om det er grunnlag for et slikt krav mot brudd på avtalte konkurranseklausuler. Det er ikke avhandlingens formål å avklare vinningsavståelseskrav mer generelt. Avhandlingens problemstilling blir dermed *om*, og eventuelt *på hvilke vilkår*, det kan gjøres gjeldende et vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler uten at avtalen i seg selv gir hjemmel for et slikt krav.

1.2 Erstatningsreglenes manglende effektivitet

Like over i punkt 1.1 skrev jeg at et erstatningskrav ikke alltid er like praktisk som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler. Her skal jeg begrunne dette nærmere.

For at et erstatningskrav skal kunne gjøres gjeldende kreves det at de tre erstatningsrettslige grunnvilkårene om ansvarsgrunnlag, økonomisk skade og årsakssammenheng er oppfylt. Disse tre grunnvilkårene gjelder uavhengig av om kravet blir

⁴ Berettigede kan også begjære midlertidig forføyning etter tvistelovens regler i kapittel 34, for å få den urettmessige utnyttelsen til å opphøre.

⁵ Se punkt 2.1.

ansett gjort gjeldende i kontrakt eller delikt. Jeg tar utgangspunkt i at kravet mot forpliktete blir gjort gjeldende i kontrakt.⁶

Ved brudd på konkurranseklausuler er det ikke alltid like lett å bevise at det foreligger et økonomisk tap, eller å bevise at det foreligger årsakssammenheng mellom kontraktsbruddet og for eksempel omsetningsnedgang eller et kundetap.⁷ Det er nok flere grunner til dette. En av grunnene kan være at det finnes andre konkurrenter som utøver legitim konkurranse. Det kan derfor ikke alltid utelukkes at omsetningsnedgangen eller kundetapet ikke ville skjedd dersom kontraktsbruddet blir tenkt borte. Enkelte ganger kan det også tenkes at bruddet på konkurranseklausulen ikke har noen økonomiske følger for berettigede i det hele tatt.⁸

En annen grunn jeg vil fremheve her er at en konkurranseklausul er en utpreget unnlattelsesplikt.⁹ Med dette mener jeg at det fremtredende elementet ved slike klausuler er at forpliktete har akseptert å innskrenke sin egen handlefrihet i større grad enn det som ellers ville vært vanlig. Videre er unnlattelsen individuelt bestemt til én eller flere *konkrete handlinger* som forpliktete skal la være å forta seg. På dette punkt får konkurranseklausulene likhetstrekk med såkalte specieytelser, som er individuelt bestemte gjenstander eller tjenester.¹⁰ Slike ytelser er etter sin natur ofte vanskelig å erstatte.¹¹ Selv om det konkurransefortrinnet som søkes beskyttet som regel har en økonomisk verdi, er det vanskelig å tallfeste verdien, og det er derfor også vanskelig å erstatte utnyttelse når den først har skjedd.¹²

Lignende problemer kan konstateres for andre unnlattelsesplikter. Ved negative servitutter er det for eksempel ofte vanskelig å påvise et økonomisk tap dersom en strøksservitutt brytes av en utbygger. I tillegg vil det kunne være slik at den negative servitutt har en verdi utover det rent økonomiske for den berettigede. Ved overtredelse av en slik servitutt vil det være anledning til å tilkjenne «ei høveleg

⁶ Monsen 2006 s. 159 påpeker at likt resultat vil bli nådd uavhengig av om kravet anses gjort gjeldende i kontrakt eller delikt. Bakgrunnen for at jeg tar utgangspunkt i kontrakt er fordi forpliktetes konkurransehandlinger innebærer et kontraktsbrudd.

⁷ Borch mfl. 2016 s. 358.

⁸ Jeg skisserer et eksempel på dette i punkt 6.2. En annen grunn kan som Monsen påpeker, være at erstatningsretten tradisjonelt har vært utviklet for å bøte for integritetskrenkelser uten at det alltid har blitt vurdert om de samme betraktninger gjør seg gjeldende for ikke-integritetskrenkelser jf. Monsen 2006 s. 160. Det er altså ikke sikkert at det erstatningsrettslige tankesettet alltid passer for ikke-integritetskrenkelser. Sml. Rognstad og Stenvik 2002 s. 511 flg., med betraktninger om enkelte svakheter ved erstatning på immaterialrettens område.

⁹ Om unnlattelsespliktene se Arnholm 1964 s. 86 flg.

¹⁰ Hagstrøm 2011 s. 130.

¹¹ Haaskjold 2013 s. 460.

¹² I juridisk teori er det en oppfatning om at erstatning ikke alltid er tilstrekkelig effektiv som sanksjon ved brudd på unnlattelsesplikter. Se blant annet Ehlers 1955 s. 121.

skadebot, endå pengeskade ikkje er valda» jf. servituttlova § 17 annet ledd. Dette var tilfellet i Naturbetong II-dommen (Rt. 2011 s. 228). Jeg kommer tilbake til denne avgjørelsen i punkt 5.2.

Enkelte ganger vil imidlertid slike problemer kunne løses under henvisning til at ytterammene for de erstatningsrettslige grunnvilkårene ikke er fast bestemt. Det er derfor tenkelig at disse rammene utvides noe for å få plass til nye typetilfeller. I så fall kan man som Nygaard, tale om «utvidande tolkning av ulovfestet rett».¹³ Dette er ikke et ukjent fenomen i norsk rett, noe som kan være påvirket av den *nordiske realisme*.¹⁴ De tidlige dommene om «farlig bedrift» på erstatningsrettens område kan ses som eksempler på denne fremgangsmåten.¹⁵ Både Rt. 1874 s. 145 og Rt. 1875 s. 330 ble løst etter skyldregelen (*culpa*). Dermed fremsto løsningene som forankret i gjeldende rett, men i realiteten innebar dommene en nyvinning i form av ulovfestet objektivt ansvar.

Ved en utvidende fortolkning kunne det for eksempel bli tale om å operere med presumsjoner om tap selv om et slikt tap ikke foreligger, eller det kan for eksempel bli tale om å presumerer at tapet samsvarer med vinningen oppnådd ved bruddet på konkurranseklausulen. Men på ett eller annet punkt når en slik utvidende fortolkning sin grense. Ytterligere kan det være prinsipielt uheldig å utvide grunnvilkårene i for stor grad ettersom dette vil kunne lede til svekket forutberegnelighet for borgerne.

Dermed står vi igjen med en gruppe typetilfeller hvor konkurranseklausuler ikke i tilstrekkelig grad blir ivaretatt av erstatningsreglene. Det er derfor mulig å legge til grunn at erstatningsreglene ikke alltid vil være tilstrekkelig effektive. Problemtillingen i denne avhandlingen ment å rette seg mot nettopp disse typetilfellene. I det følgende punkt 1.3 skal jeg, uten å foregripe drøftelsen i avhandlingens hoveddel, kort drøfte om et vinningsavståelseskrav vil kunne egne seg som en sanksjon mot brudd på konkurranseklausuler i de tilfeller hvor erstatningskravene ikke gjør det.

1.3 Vinningsavståelseskrav som en mulig misligholdssanksjon

I den kontraktsrettslige bakgrunnsretten finnes det en rekke ulike misligholdssanksjoner som kan gjøres gjeldende ved kontraktsbrudd.¹⁶ Overordnet sett skal disse ulike

¹³ Nygaard 2004 s. 304.

¹⁴ Jeg kommenterer hva jeg mener med nordisk realisme kort i punkt 3.2.

¹⁵ *Loc.cit.*

¹⁶ Det er ikke uvanlig at det systemet disse reglene utgjør omtales som «misligholdslæren», se blant annet Monsen 2007 s. 552.

beføyelsene ivareta partenes interesser i kontrakten til tross for misligholdet. I den juridiske litteraturen er det ofte fremhevet at disse beføyelsene har to sentrale formål: de skal virke *preventivt* for å forhindre kontraktsbrudd, og de skal virke *reparativt* når kontraktsbruddet først er et faktum.¹⁷ Ved spørsmålet om et vinningsavståelseskrav kan tilkjennes for å gjøre konkurranseklausuler effektive, vil det være sentralt om en slik sanksjon kan begrunnes ut fra disse to grunnleggende hensynene.

Et vinningsavståelseskrav knytter seg, som allerede nevnt, til avståelse av en økonomisk fordel. I motsetning til et erstatningskrav, som er avhengig av at den skadelidte kan bevise at vedkommende har lidt et økonomisk tap, knytter et vinningsavståelseskrav seg til økonomiske fordeler oppnådd som en følge av den krenkende handling.¹⁸ Det karakteristiske ved sistnevnte krav er altså at oppmerksomheten ikke ligger ved krenkedes formuesmasse, men ved krenkerens formuesmasse. I Rt. 2007 s. 817, en avgjørelse jeg skal analysere grundig nedenfor,¹⁹ uttales det at et berikelseskrav²⁰ «kjennetegnes ved at oppmerksomheten flyttes fra skadelidtes tap - som i erstatningsretten - til skadevolders gevinst ved den urettmessige handlingen».²¹ Et erstatningskrav er avhengig av at det er lidt et tap, uten at det kreves at skadevolder oppnår en fortjeneste. Motsetningsvis vil et vinningsavståelseskrav være avhengig av at krenkeren oppnår en økonomisk fordel, uten at det kreves at krenkede har lidt et økonomisk tap.²² Som et utgangspunkt må derfor også disse to ulike kravstypene holdes adskilt.

Situasjonen ved brudd på konkurranseklausuler er som regel den at forpliktete ser en mulighet til å oppnå egen vinning ved å bryte klausulen. Slike klausuler brytes derfor som oftest forsettlig.²³ Dersom det økonomiske incentivet ved slike brudd fjernes gjennom et vinningsavståelseskrav, må det antas å være mindre attraktivt å bryte

¹⁷ Simonsen 1999 s. 315–316. Sml. Krüger 1989 s. 737–738 som foretar en litt annen inndeling av beføyelsenes funksjoner.

¹⁸ Jeg unnlater bevisst å bruke «skadevoldende» handling når det er spørsmål om vinningsavståelse. Dette fordi begrepet etter vår erstatningsrettslige tradisjon er tett knyttet til tapsvilkåret.

¹⁹ Se punkt 6.3.1.

²⁰ Berikelseskrav må her regnes som en overordnet kategori som et vinningsavståelseskrav vil falle inn under, Mønsen 2007 s. 46.

²¹ Avsnitt 51.

²² Sml. Siems 2003 s. 50.

²³ Borch mfl. 2016 s. 370.

konkurransesklausuler. Det fremstår derfor som nokså åpenbart at et vinningsavståelseskrav har stor preventiv effekt akkurat ved disse kontraktsbruddene.²⁴

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om et vinningsavståelseskrav også er pønalt begrunnet, og at kravet dermed utgjøre et problematisk element på privatrettens område.²⁵ Jeg vil drøfte dette grundigere i punkt 5.2.

Det er kanskje ikke like åpenbart er det at et vinningsavståelseskrav vil ha en reparativ effekt. Den tradisjonelle forståelsen av reparasjonshensynet er at skadevolder skal gjenopprette situasjonen slik den var før skaden. Måten dette gjøres på er ved å betale erstatning til skadelidte.²⁶ Årsaken til at erstatning anses å være gjenopprettende er fordi vi etter erstatningsrettslig tradisjon utmåler skaden som en økonomisk størrelse. Når skadevolder betaler erstatning til skadelidte anser vi situasjonen som gjenopprettet.

Ved vinningsavståelseskrav er det som nevnt imidlertid ikke et vilkår at berettigede kan påvise et økonomisk tap. I tilfeller hvor et brudd på en konkurranseklausul ikke leder til et økonomisk tap kan det da synes vanskelig å anse et vinningsavståelseskrav som reparativt.²⁷

Som jeg skal komme tilbake til senere i punkt 5.1 kan det imidlertid være grunn til å forstå reparasjonshensynet videre enn at det kun innebærer at økonomiske tap skal erstattes. Reparasjonshensynet kan nemlig anses som utslag av en rettferdighetstanke ofte omtalt som tanken om korreksjonsrettferdighet.²⁸ I sin rene form går denne tanken ut på at «det gale skal gjøres godt igjen».²⁹ Dette innebærer at en negativ effekt skal forsøkes fjernet ved at den som påfører den negative effekten skal foreta seg noe positivt.³⁰ Korreksjonsrettferdighet kan derfor ses som å gi uttrykk for en likevektstankegang, idet det gale har blitt gjort godt igjen har likevekten gjenoppstått.³¹ Reelt sett skal dermed reparasjonshensynet, forstått i en videre forstand, sørge

²⁴ Monsen 2006 s. 165.

²⁵ Sml. Berg 2007 s. 174.

²⁶ Nygaard 2007 s. 19. Sml. Stang 1919 s. 48–49, som påpeker at erstatning egentlig bare innebærer en forflytning av skaden.

²⁷ Berg 2007 s. 171.

²⁸ Monsen 2006 s. 162.

²⁹ Eckhoff 1971 s. 38.

³⁰ *Loc.cit.*

³¹ Monsen 2007 s. 120

for at en ubalanse blir korrigert.³² Reparasjon kan altså også være aktuelt selv om den negative effekten ikke gir seg utslag i et økonomisk tap.

En slik tanke er overførbart til typetilfellene avhandlingens problemstilling retter seg mot. Som jeg skal vise kan nemlig en kontrakt anses å gi uttrykk for en likevekt mellom partene i kontraktsforholdet. Likevekten i kontraktsforhold kan anses å være kontraktens avtalte balanse. Så lenge kontraktspartene oppfyller sine forpliktelser slik disse kommer til uttrykk i kontrakten vil balansen i forholdet mellom dem bestå. Det er idet kontrakten ikke oppfylles som forutsatt det oppstår en ubalanse. I en kontrakt hvor det er inntatt en konkurranseklausul vil likevekten mellom partene bestå så lenge klausulen respekteres av partene. Dersom konkurranseklausulen brytes av forpliktete medfører dette at det oppstår en ubalanse – en likevektsforstyrrelse –³³ i kontraktsforholdet. For at reparasjonshensynet da skal ivaretas kreves det en gjenopprettende sanksjon.

For å kunne legge til grunn at vinningsavståelse kan korrigere for ubalansen må det undersøkes hvilken interesse konkurranseklausulen søker å beskytte.³⁴ Som nevnt skal slike klausuler beskytte et konkurransefortrinn. Et slikt fortrinn er egnet til å generere en økonomisk fordel. Når ubalansen består i at denne økonomiske fordelen oppstår på feil hånd, kan det tenkes at balansen gjenopprettes dersom den økonomiske fordelen overføres til riktig hånd. Ved første øyekast kan det altså se ut til at et vinningsavståelseskrav kan ha reparativ effekt.

Denne innledende drøftelsen viser at et vinningsavståelseskrav kan være egnet til å ivareta de grunnleggende hensyn øvrige misligholdssanksjoner vanligvis ivaretar. Ut fra en slik synsvinkel kan altså et vinningsavståelseskrav utgjøre en misligholdssanksjon i de tilfeller hvor det øvrige sanksjonsapparatet ikke ivaretar konkurranseklausuler tilstrekkelig effektivt. Grundigere drøftelser av legislative betraktninger knyttet til et slikt krav foretar jeg i punkt 5.

³² At vi ser slik korreksjon best oppnådd gjennom å betale et økonomisk beløp er egentlig kun utslag av et normativt valg om at dette er den mest effektive måten å gjenopprette en skade. Det er ingen logisk nødvendighet at erstatning er mest reparativt. Krenkede skulle vel aller helst ønske å skru tiden tilbake til før skaden. Sml. Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 487.

³³ Sml. *loc.cit.*

³⁴ Sml. Monsen 2007 s. 120.

1.4 Avgrensninger

Temaet som drøftes i denne avhandlingen er kun vinningsavståelse som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler. Dette innebærer at jeg ikke vil se nærmere på gyldighetsbetingelser for konkurranseklausuler. Det forutsettes derfor at konkurranseklausulene oppfyller avtalelovens gyldighetsregler,³⁵ og samme lovs §§ 36 og 38. For konkurranseklausuler i arbeidsforhold forutsettes det ytterligere at de krav som stilles i arbeidsmiljølovens bestemmelser i kapittel 14 A er innfridd.³⁶ Spørsmålet om slike klausulers legitimitet ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er heller ikke gjenstand for behandling her.³⁷

Selskapsforhold eller samarbeidsavtaler som faller inn under selskapsloven anvendelsesområde vil ikke bli analysert,³⁸ ettersom det da kun blir tale om direkte anvendelse av sel. § 2-23 (2).³⁹ Jeg avgrenser også mot vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på andre lovbestemt konkurransebegrensninger.

Det er, som nevnt, en forutsetning for drøftelsene at partene ikke har inntatt en regulering i kontrakten som fastslår hvilke sanksjoner som kan gjøres gjeldende mot et brudd på en avtalt konkurranseklausul. Spørsmålet relaterer seg med andre ord til en *utfylling* av kontrakten mellom berettigede og forpliktete med kontraktsrettslig bakgrunnsrett. Nærmere bestemt er spørsmålet *om* bakgrunnsretten gir grunnlag for en slik utfylling.

I avhandlingen kommer jeg ikke til å drøfte spørsmålet om det kan gjøres berikelsesfradrag ved heving av kontrakt, for eksempel i de tilfeller hvor en kontrakt heves urettmessig fordi det vil være økonomisk gunstig å gå fra kontrakten, eller i andre tilfeller hvor det skal tas stilling til erstatningens størrelse.⁴⁰

Jeg skal heller ikke her se på vinningsavståelseskrav som en mulig sanksjon ved brudd på såkalte rekrutteringsklausuler.⁴¹ Det er kun brudd på de mer rene formene for konkurranseklausuler som skal analyseres her.

³⁵ Også ulovfestede gyldighetsregler forutsettes oppfylt.

³⁶ Arbeidsmiljøloven kapittel 14 A stiller nå flere krav til slike betingelser. Se bant annet Borch (red.) mfl. 2016 og Lunde 2017 253–278 for gjennomgang av ulike betingelser.

³⁷ Se likevel korte merknader om dette i punkt 5.3.

³⁸ Det vil nemlig kunne tenkes at enkelte samarbeidsavtaler faller inn under selskapsloven § 1-2 (1) bokstav a), jf. § 1-1 (1).

³⁹ Jeg skal imidlertid se nærmere på den bestemmelsen i punkt 6.3.

⁴⁰ For mer om berikelsesfradrag ved erstatningsberegning se Skjefstad 2016, og ellers Krokeide 1982.

⁴¹ Se Borch mfl. 2016 s. 207–217 for en analyse av disse klausulene.

Jeg avgrenser også i denne avhandlingen mot å drøfte utmålingsprinsipper for et eventuelt vinningsavståelseskrav. I det følgende er det kun selve rettsgrunnlaget og eventuelle vilkår for regelen som skal drøftes.

Drøftelsene over viser at det er særlig for tilfellene hvor det er tvilsomt om et erstatningskrav kan tilkjennes det er naturlig å stille spørsmål ved om et vinningsavståelseskrav kan gjøres gjeldende. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor den berettigede utvilsomt kan kreve erstatning for bruddet på konkurranseklausulen, men hvor det også er klart at krenkeren har oppnådd en økonomisk fordel. Det vil da kunne stilles spørsmål ved om et vinningsavståelseskrav kan gjøres gjeldende i tillegg til et erstatningskrav.⁴² I denne avhandlingen skal jeg kun fokusere på de tilfeller hvor det er tvilsomt om et erstatningskrav kan føre frem, altså i de typetilfeller hvor det kan hevdes at et erstatningskrav ikke ivaretar konkurranseklausulens effektivitet tilstrekkelig. Det er to grunner til at jeg har valgt en slik avgrensning. For det første er det i disse tilfeller et spørsmål om vinningsavståelse nok er mest praktisk. For det annet vil en drøftelse av vinningsavståelseskravets forhold til erstatning sprengte rammene for denne avhandlingen.

Det vi da står igjen med er tilfellene hvor en konkurranseklausul har blitt brutt, og forpliktete har på bakgrunn av bruddet oppnådd en økonomisk fordel uten at det kan påvises at berettigede har lidt et erstatningsrettslig tap.

1.5 Opplegget videre

I det følgende skal jeg i punkt 2 gi en kort oversikt over rettskildebildet, og forklare hvordan dette påvirker den metodiske innfallsvinkelen jeg legger til grunn. Deretter skal jeg i punkt 3 foreta et kortfattet rettshistorisk tilbakeblikk. Det rettshistoriske tilbakeblikket vil vise tyngden til den rettferdighetstanken som ligger bak den såkalte berikelsesgrunnsetningen, og det kan spørres om denne rettferdighetstanken også er normerende i typetilfellene som jeg skal drøfte. I punkt 4 foretar jeg et *kortfattet*⁴³ komparativt utsyn til vinningsavståelseskravenes stilling i utenlandsk rett. Jeg ser der på svensk, dansk, engelsk, amerikansk og tysk rett. Gjennomgangen vil vise at mange

⁴² Det må her presiseres at jeg ikke mener at vinningen overstiger tapet. Som jeg skrev i punkt 1.3 krever ikke et erstatningskrav at skadevolder/krenker har hatt en vinning, kun at skadelidte har hatt et tap. Motsetningsvis krever ikke et vinningsavståelseskrav at krenkede har hatt et tap, kun at krenkeren har oppnådd en økonomisk fordel.

⁴³ Se punkt 2.3.

av de problemer vi møter i norsk rett ved spørsmålet om vinningsavståelse, også gjør seg gjeldende i utenlandsk rett. Deretter gjenstår de tre punktene som må kunne omtales som avhandlingens hoveddel. I punkt 5 skal jeg foreta en grundig drøftelse av viktig legislative betraktninger som gjør seg gjeldende i tilknytning til avhandlingens problemstilling. Jeg skal deretter, i punkt 6, analysere det rettsstoffet som sett i sammenheng kan utgjøre det primære rettsgrunnlaget for en regel om vinningsavståelse. I punkt 7 skal jeg drøfte de eventuelle vilkårene for en regel om vinningsavståelse. Drøftelsene i dette punktet henger tett sammen med punkt 5 og 6, ettersom slutningene derfra naturligvis påvirker vilkårene for en regel om vinningsavståelse. Avslutningsvis i punkt 8 oppstilles regelen for når et vinningsavståelseskrav kan tilkjennes. Jeg gjør meg avslutningsvis også opp noen refleksjoner knyttet til drøftelsene som nå følger.

2 Metodiske betraktninger

2.1 Rettskildebildet

Rettskildebildet for avhandlingens problemstilling kan karakteriseres som ufullstendig.⁴⁴ Det finnes ingen lovbestemmelse som hjemler et vinningsavståelseskrav som sanksjon mot avtalte konkurranseklausuler. Fra rettspraksis er materialet sparsomt, både i omfanget av materiale og i de konkrete uttalelsene. Med unntak av den noe omdiskuterte avgjørelsen inntatt i Rt. 1966 s. 305 og et forholdsvis uklart *obiter dictum* i Rt. 2007 s. 817, har heller ikke Høyesterett tatt stilling til spørsmålet om det kan tilkjennes vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler.

Fra Høyesteretts praksis finnes det enkelte mer generelle uttalelser hvor krav forankres i «alminnelige berikelses- restitusjonsprinsipper»,⁴⁵ og det har i juridisk teori vært drøftet om det gjelder en alminnelig «berikelseslære».⁴⁶ Som det vil fremgå i punkt 3.2 er det tvilsomt om materielle krav kan hjemles i en «berikelseslære». Det er derfor neppe mulig å løse avhandlingens problemstilling ved å utlede en ulovfestet regel gjennom deduksjon fra et overordnet prinsipp.⁴⁷ Spørsmålet har heller ikke blitt viet stor oppmerksomhet i juridisk teori.⁴⁸

Dette uklare rettskildebildet er ikke unikt for norsk rett. Problemstillingen må kunne karakteriseres som uavklart for en rekke andre jurisdiksjoner.⁴⁹ Fordi lignende problemstillinger kan identifiseres i utenlandsk rett har jeg valgt å ha mer oppmerksomhet mot utenlandsk rett enn det som gjerne er tradisjonelt for en avhandling som denne. Jeg kommer nærmere inn på bruken av komparative elementer i punkt 2.3.

I tillegg til at rettstilstanden ut fra det positive rettsstoffet er uklar, reiser avhandlingens problemstilling også vanskelige vurderinger av overordnede legislative hensyn. Det tradisjonelle kontraktsrettslige sanksjonsapparatet er i utgangspunktet kompensatorisk motivert når det først kommer til anvendelse,⁵⁰ mens et vinningsavståelseskrav er, som jeg drøftet kort i punkt 1.3, ikke kompensatorisk. Det er gjerne

⁴⁴ Likedan Monsen 2007 s. 143, i tilknytning til hans problemstilling.

⁴⁵ Jf. Rt. 1984 s. 497, Rt. 2000 s. 1089, Rt. 2011 s. 1168 og Rt. 2011 s. 1176.

⁴⁶ Jf. blant annet Thomle 1913, Vinding Kruse 1950, Hellner 1950 og Simonsen 1997 s. 378 flg.

⁴⁷ Sml. Monsen 2007 s. 142.

⁴⁸ Se likevel Monsen 2006, Monsen 2007 s. 366–380 og Berg 2007. For konkurranseklausuler i arbeidsforhold se Borch mfl. 2016 s. 358–380.

⁴⁹ Se drøftelsene i punkt 4.

⁵⁰ Jeg utdyper sontringen mellom sanksjoners ulike formål på ulike stadier i punkt 5.2.

mer naturlig å si at et vinningsavståelseskrav er korrigerende, enn kompenserende. Er det slik at et vinningsavståelseskrav ikke lar seg begrunne i formålet bak misligholds-sanksjoner vil det være vanskelig å se hvorfor et slikt krav skal kunne aksepteres. Avhandlingens problemstilling nødvendiggjør derfor en drøftelse av grunnleggende legislative hensyn.⁵¹

Til tross for rettskildebildet er uklart finnes det heller ingen kilder som klart slår fast at et vinningsavståelseskrav ikke kan tilkjennes som sanksjon mot brudd på konkurranseklausuler. Det er derfor ikke grunnlag for å tolke mangelen av, og utydelige kilder antitetisk slik at det på bakgrunn av antitesen må legges til grunn et benektende svar på problemstillingen.

Tilsynelatende skulle det for avhandlingens problemstilling bli tale om rettskil-denød. Det har imidlertid i teorien blitt uttalt at dette er «eit meiningslaust uttrykk så lenge rettsbrukaren har hovudet på plass».⁵² Å kapitulere på bakgrunn av få og uklare kilder er derfor ikke et alternativ. Temaet krever en grundig analyse av de kildene som finnes, og det må drøftes om de underliggende verdiene på kontraktsrettens område kan begrunne et vinningsavståelseskrav som sanksjon.

Drøftelsene av rettsstoffet må som ved annen rettslig argumentasjon holdes innenfor intervallet av legitim rettslig argumentasjon. Når det skal tas stilling til tvilsspørsmålet for avhandlingen må den løsning «som har *de beste rettskildemessige grunnene* for seg» legges til grunn.⁵³ Fordi avhandlingens problemstilling kan innplasseres under obligasjonsretten er nok intervallet for legitim rettslig argumentasjon videre enn på andre rettsområder.⁵⁴ Det er to viktige årsaker til dette. For det første er obligasjonsretten i stor grad basert på domstolsskapt rett.⁵⁵ Argumentasjonen har derfor i stor grad vært rettet mot praktiske og velfungerende løsninger av de individuelle spørsmål.⁵⁶ For det annet finnes det en aksept om at det ikke gjelder et alminnelig legalitetsprinsipp på obligasjonsrettens område.⁵⁷ Dette utgangspunktet er en naturlig

⁵¹ Se drøftelsene i punkt 5. Sml. Mæhle 2004 s. 338 flg., om dogmatikkens krav til diskursiv årvåkenhet.

⁵² Lilleholt 2000 s. 52.

⁵³ Mæhle 2004 s. 337, kursiv i original.

⁵⁴ Hagstrøm 2011 s. 42.

⁵⁵ Tørum 2002 s. 317.

⁵⁶ Historisk har rettsvitenskapen på området også blitt karakterisert som en «praktisk betonad, empirisk grundad bruksjuridik, innom vilken beaktandet av rättspraxis fick en allt större betydelse» jf. Björne 1998 s. 433. Det samme må vel kunne legges til grunn for rettsvitenskapen i dag.

⁵⁷ Se likevel Fleischer 1998 s. 163, som legger til grunn at legalitetsprinsippet «gjelder på alle *rettsområder*» (kursiv i original). Monsen 2007 s. 145–146 fremhever at Fleischer ser på dannelsen av ulov-

forlengelse av avtalefriheten, som ikke ville vært reell dersom krav i kontrakt behøvede forankring i lov. Det at partene kan skreddersy ulike løsninger i kontraktsforholdet gjør at det på rettsområdet kan oppstå en rekke ulike løsninger av lignende typetilfeller. Avtalefriheten skaper slik sett et rom for regeldanning på kontraktsrettens område.⁵⁸

Gjennomgangen viser at spørsmålet som stilles i denne avhandlingen er ufullstendig besvart i det positive rettsstoffet. Dette nødvendiggjør etter mitt syn en egen argumentasjonsmåte.⁵⁹ Jeg skal begrunne valget av argumentasjonsmåte i punkt 2.2.

2.2 Avhandlingens argumentasjonsmåte

2.2.1 Rettsdogmatisk fremstilling vinklet *de sententia ferenda*

Denne avhandlingen er en rettsdogmatisk fremstilling.⁶⁰ Som jeg har pekt på i punkt 2.1 er rettskildebildet uklart. Fordi drøftelsene av problemstillingen knytter seg til obligasjonsretten medfører dette at avhandlingens fremstillings- og argumentasjonsmåte må tilpasses særegenhetene på dette rettsområdet.

I punkt 2.1 la jeg til grunn en erkjennelse om at rettsanvenderen står friere innenfor obligasjonsrettens område enn på andre rettsområder til å foreta regeldanning. Ved å ta utgangspunkt i at denne avhandlingen er rettsdogmatisk medfører dette at fremstillingen *skal presentere* «de muligheter rettsstoffet inneholder».⁶¹ Dette betyr at også mulighetene for regeldanning må presenteres. Så lenge en rettsdogmatisk fremstilling ikke medfører et autoritativt standpunkt til tvilsspørsmålet, men kun en fremstilling av argumentasjonsmuligheter innenfor det juridiske legitimitetsintervall, er det lengste jeg kan gå i denne sammenheng å gi anbefalinger om hvordan spørsmålet kan løses. Det kan derfor ikke her bli tale om å foreta en konkret regeldanning, men kun en anbefaling om hvordan en regeldanning kan foretas.⁶² Det er på denne måten jeg forstår argumentasjon anført *de sententia ferenda*, altså en anbefaling om hvordan

festet rett som konstatering av rett, og at ulovfestet rett må anses stilltiende akseptert av lovgiver, se Fleischer 1998 s. 168 og s. 172.

⁵⁸ Lilleholt 2002 s. 73–74, Aasland 2000 s. 168–169 og Monsen 2012 s. 322.

⁵⁹ Sml. Sundes uttalelser om at ethvert rettsspørsmål krever en egen metode jf. Sunde 2009 s. 12.

⁶⁰ Med dette mener jeg at jeg skal presentere og systematisere det rettsstoffet og de argumenter som er relevante ved stillingtagen til avhandlingens problemstilling. Sml. Mæhle 2004 s. 329.

⁶¹ Graver 1998 s. 603.

⁶² Sml. Monsen 2007 s. 148, som også legger til grunn en *de sententia ferenda*-innfallsvinkel i sin avhandling.

et rettsspørsmål skal løses.⁶³ Den anbefalingen som blir gitt er den som, hele rettskildet tatt i betraktning, har de beste rettskildemessige grunnene for seg.

2.2.2 Regeldanningsprosessen i avhandlingen

Like over har jeg kort redegjort for hvorfor de konklusjoner jeg legger til grunn i denne avhandlingen kun kan anses som anbefalinger, og jeg har påpekt at dette dreier seg om eventuelle anbefalinger om en regeldanning. I dette punktet skal jeg kort forklare hvordan regeldanningsprosessen foretas i denne avhandlingen.

Spørsmålet som oppstilles i avhandlingen kan verken besvares bekreftende eller benektende på bakgrunn av én enkelt rettskilde. Jeg skal derfor se flere rettskildedefaktorer, og argumenter utledet fra disse, *i sammenheng*. Som jeg skal vise i punkt 6, er det ut fra denne sammenhengen i rettsstoffet mulig å identifisere et felles argumentasjonsmønster når det skal tas stilling til avhandlingens problemstilling. Ut fra dette felles argumentasjonsmønsteret er det mulig at det vil være anledning til å utlede et primært rettsgrunnlag som åpner for vinningsavståelse. Jeg skal altså undersøke om det vil være mulig å «finna generelle vilkår eller retningslinjer i domsmaterialet og øvrige rettskildedefaktorer som kan gi bidrag *til ein generell regel* for typetilfellet».⁶⁴ Den generelle regelen Nygaard her taler om forstår jeg som en henvisning til det primære rettsgrunnlaget ved løsningen av et typetilfelle.

Ved å se rettsstoffet i sammenheng, og fra dette eventuelt utlede et rettsgrunnlag er det imidlertid ikke her tale om en tradisjonell regeldanningsprosess som for eksempel analogi eller induksjon. Argumentasjonsprosessen ligner nok mest på en induksjon hvor rettsanvenderen undersøker «en rekke regler eller annet rettsstoff for å finne en fellesnevner».⁶⁵ Induksjon innebærer altså en abstrahering av rettsstoffet for å finne frem til en felles rettstanke,⁶⁶ og derfor blir induksjon ofte omtalt som en generalisering.⁶⁷ Argumentasjonsprosessen i denne avhandlingen innebærer også en slik abstrahering. En induksjon er imidlertid avhengig av «formelle argumentbærere», altså kilder som har «faktisk ytre eksistens [...] for eksempel en lovtekst eller dom».⁶⁸

⁶³ Bernt 2004 s. 66–67.

⁶⁴ Nygaard 2004 s. 331, min kursivering.

⁶⁵ Askeland 2004 s. 502.

⁶⁶ Fellesnevneren det søkes etter kan omtales som reglernes felles rettstanke jf. Monsen 2012 s. 339.

⁶⁷ Nygaard 2004 s. 253.

⁶⁸ Frøberg 2015 s. 46 sammenholdt med s. 175–178. Dette er nokså logisk ettersom for eksempel et reelt hensyn ikke er en fast størrelse. En induksjon fra slike *ikke-positiverte* kilder vil derfor teoretisk sett kunne variere uendelig avhengig av rettsanvenderens forståelse og fremstilling.

Fordi den eventuelle anbefalingen til regeldanning i stor grad vil avhenge av overordnede legislative betraktninger blir det derfor ikke helt treffende å omtale prosessen som induksjon. En aktiv bruk av utenlandsk rett gjør det heller ikke naturlig å omtale argumentasjonen som induksjon. Den mulige anbefalingen til regeldanning vil heller måtte anses som en «brobygging» mellom det positiverte rettsstoffet og de legislative betraktningene som ligger til grunn for spørsmålet.⁶⁹ Det er imidlertid viktig å understreke at brobyggingen ikke kan skje på fritt grunnlag ut fra eget skjønn, men må forholde seg tett til positivert rettsstoff.⁷⁰ Kan det *ut fra sammenheng* vises til et primært rettsgrunnlag vil dette da altså utgjøre en syntese fra det analyserte rettsstoffet. Dersom drøftelsene viser at det ikke er godt nok grunnlag for en brobygging, vil det heller ikke kunne fremsettes en slik syntese.

Fremgangsmåten jeg anlegger i avhandlingen skaper imidlertid et dilemma. Fordi det her blir tale om å se et vidt spenn av rettskilder i sammenheng, vil en samlet behandling av disse lett kunne bli uoversiktlig. Å identifisere og drøfte sammenhengene i ett enkelt punkt kan gjøre helheten vanskelig å gripe. På den annen side kan en inndeling av kildene for eksempel ut fra hvilke rettskildefaktor det er tale om, gjøre at viktige betraktninger om sammenhengene ikke kommer like tydelig frem. For å gjøre drøftelsene av det rettslige grunnlaget mest mulig oversiktlig er hoveddelen delt inn i tre punkter. Først drøfter jeg de grunnleggende legislative betraktningene som avhandlingens problemstilling aktualiserer i punkt 5. De slutninger som fremgår vil bli tatt med videre i punkt 6 hvor jeg skal drøfte om det kan påvises et felles argumentasjonsmønster i ulike relevante kilder som kan bidra til en regeldanning. Den siste delen utgjør en drøftelse av hvilke vilkår som eventuelt må gjelde for en regel om vinningsavståelse som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler. Jeg foretar denne drøftelsen i punkt 7. Alle disse delene henger tett sammen. Det er derfor viktig å påpeke at inndelingen ikke er tenkt å være et klart skille mellom ulike prosesser, men et pedagogisk virkemiddel for å gjøre det enklere å identifisere sammenhengene som eventuelt vil ligge til grunn for en regeldanning.

⁶⁹ Sml. Monsen 2012 s. 341–342.

⁷⁰ *Op.cit.* s. 345.

2.3 Formålet med bruk av komparative elementer i avhandlingen

Like over har jeg fremhevet at komparative elementer vil være viktige for analysen av spørsmålet om det kan foretas en regeldanningsprosess. Spørsmålet om det kan gjøres gjeldende et vinningsavståelseskrav ved kontraktsbrudd er et tema også i utenlandsk rett. Spørsmålet om slike krav kan tilkjennes må kunne karakteriseres som uklart også i den utenlandske retten jeg gjennomgår. På et overordnet plan vil derfor gjennomgangen og sammenligningen med utenlandsk rett ha to formål. For det første kan gjennomgangen i punkt 4 være egnet til å gi et perspektiv på hvordan de norske kildene kan forstås. Fremstillingen av utenlandsk rett vil dermed kunne gi en dypere forståelse av styrker og svakheter ved nasjonal rett.⁷¹ For det annet vil de observasjoner som blir gjort fra utenlandsk rett kunne anvendes som argumenter i analysen av norsk rett. Den norske rettskildelære åpner i stor grad for at det ved stillingtagen til et rettsspørsmål vil kunne legges vekt på reelle hensyn. Slik jeg ser det har et reelt hensyn ingen nasjonalitet, og da vil det ikke kunne innvendes mot et reelt hensyn at det for eksempel er inspirert av svensk rett. At det reelle hensynet kan ha ulik vekt i de ulike jurisdiksjonene er imidlertid selvsagt. Rettssystemet og konteksten vil kunne påvirke betydningen av et reelt hensyn. Ytterligere må det presiseres at jeg ikke mener at en løsning basert på reelle hensyn må velges i norsk rett *fordi* en slik løsning har blitt valgt i utenlandsk rett. Poenget her er at et argument fra utenlandsk rett også vil kunne være et argument i norsk rett. Forskjellene mellom de ulike rettssystemene kan imidlertid også innebære at et argument som taler til fordel for et vinningsavståelseskrav i utenlandsk rett er et motargument mot et slikt krav i norsk rett.

De komparative elementene vil ut fra dette derfor både kunne anvendes som støttemoment,⁷² altså slik at den nasjonale løsningen samsvarer med utenlandsk rett, men også som direkte bidrag til den konkrete løsningen for norsk rett.⁷³ Dermed får de komparative elementene i denne avhandlingen to formål.

Fremstillingen kan sies å inneholde både et element av såkalt Länderbericht, som er en fremstilling av hvert lands rett for seg,⁷⁴ og elementer av den analytiske

⁷¹ Zweigert & Kötz 1998 s. 15–16 og s. 21–22. Sml. Askeland 2013 s. 23.

⁷² Nygaard 2004 s. 110–111.

⁷³ *Op.cit.* s. 108.

⁷⁴ Sml. Tørum 2007 s. 44.

metode, som går ut på å finne like regler i utenlandsk rett uavhengig av hvilken betegnelse og systematisering disse reglene har.⁷⁵

Det må i denne sammenheng presiseres at avhandlingens omfang og tiden som har stått til rådighet begrenser grundigheten av de komparative analysene. Jeg har i denne avhandlingen rettet blikket mot svensk, dansk, engelsk, amerikansk og tysk rett. Tyngende av de komparative analysene ligger på den engelske retten. Bakgrunnen for dette valget er at det i engelsk praksis og juridisk teori i et stort omfang har blitt diskutert om vinningsavståelse kan gjøres gjeldende som sanksjon i kontraktsforhold. Det vil derfor være anledning til å hente en del inspirasjon fra dette rettssystemet.

⁷⁵ *Op.cit.* s. 44–45.

3 Rettshistorisk bakteppe

3.1. Innledning

Jeg nevnte i punkt 2.1 at det finnes enkelte eksempler på at Høyesterett forankrer obligasjonsrettslige krav i «alminnelige berikelses- og restitusjonsprinsipper». Derksom det gjelder et slikt alminnelig prinsipp i norsk rett vil det kunne tenkes at avhandlingens problemstilling finner sin løsning i dette prinsippet.⁷⁶ Ut fra et rettshistorisk perspektiv er det imidlertid vanskelig å se at det gjelder et slikt prinsipp på et generelt grunnlag, og særlig at et slikt prinsipp skal kunne anvendes på typetilfellene som behandles i denne avhandlingen. For å underbygge en slik påstand skal jeg i punkt 3.2 foreta en kortfattet rettshistorisk gjennomgang av berikelsesgrunnsetningen.

3.2 Berikelsesgrunnsetningens opphav og utvikling

Berikelseskrav har, som en rekke andre deler av obligasjonsretten, sitt opphav i romerretten. Romerne anerkjente tidlig at det for obligasjoner⁷⁷ kunne sondres mellom ufrivillige krav (delikt) og frivillige krav (kontrakt).⁷⁸ I Gaius' institusjoner utgjorde disse to kategoriene viktige elementer av de ulike obligasjoner sammen med den tredje kategorien *berikelse*. Denne tredje kategorien var tilfeller som verken kunne innpasses under delikt eller kontrakt.⁷⁹

I Justinians institusjoner ble inndelingen delvis videreført, men kravene ble delt inn i fire kategorier: kontrakt, delikt, kvasi-kontrakt og kvasi-delikt.⁸⁰ Berikelseskravene falt inn under kvasi-kontrakt, og viktige typetilfeller som vi kjenner godt til i dag var blant annet *condictio indebiti* og *negotiorum gestio*.⁸¹ Ettersom romerretten var kasuistisk anlagt, og typetilfellene under berikelse hadde et vidt spenn av ulikheter, var det vanskelig å konkretisere typetilfellenes positive fellestrekk.⁸²

⁷⁶ Sml. Monsen 2007 s. 142, for betraktninger om et slikt prinsipp og hans problemstilling.

⁷⁷ Zimmermann 1992 s. 1.

⁷⁸ *Op.cit.* s. 1–6.

⁷⁹ *Op.cit.* s. 14. Sml. Vinding Kruse 1950 s. 1 om det de har negativt til felles.

⁸⁰ *Loc.cit.*

⁸¹ *Op.cit.* s. 15.

⁸² Derfor er det egentlig usikkert om det i romerretten gjaldt en alminnelig berikelsesgrunnsetning jf. Vinding Kruse 1950 s. 7.

Det sentrale her er at selv om typetilfellene ikke kunne henføres under én alminnelig regel, hvilte de på en felles tanke. Denne tanken ble uttalt av Pomponius som at: «ingen skulle kunne berike seg selv på en annens bekostning».⁸³

Flere hundre år senere skulle setningen fra Pomponius få oppmerksomhet i den tyske rettsvitenskapen, og da særlig fra den tysk-historiske skole og andre retninger etter den.⁸⁴ Den tysk-historiske skole baserte seg på resepsjon av romerretten,⁸⁵ og Savigny regnes som denne vitenskapelige retningens grunnlegger og hovedteoretiker.⁸⁶ Med sin slagordsmessige form ble berikelsesgrunnsetningen, av blant annet Savigny, ansett for å være for generell til å kunne være en rettsregel i seg selv.⁸⁷ Det måtte derfor oppstilles et krav om at berikelsen var *ugrunnet*.⁸⁸ En begrensning som antageligvis også gjaldt i romerretten.⁸⁹

Å innta en alminnelig berikelsesregel basert på berikelsestanken skapte uenighet blant samtidige teoretikere,⁹⁰ men uenigheten fikk sin prinsipielle avslutning ved vedtagelsen av Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). I BGB § 812 ble det inntatt en alminnelig berikelsesregel.⁹¹ Bestemmelsen lyder:

«Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.»

Det er denne regelen og dens historiske bakgrunn som i nordisk rett har blitt omtalt som den romanistiske berikelsesgrunnsetning.

For den nordiske rettens del har Ørsted og Lassen hatt stor innflytelse på tankene om berikelsesgrunnsetningen.⁹² I motsetning til den tysk-historiske skole brukte

⁸³ Zimmermann 1992 s. 852 (min oversettelse av Zimmermanns engelske oversettelse). Sml. Hellner 1950 s. 9.

⁸⁴ Det bemerkes at berikelsessetningen fikk oppmerksomhet allerede av naturretsteoretikere jf. Thomle 1913 s. 286 med videre henvisning til Christian Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle 1754. Likedan Hellner 1950 s. 9.

⁸⁵ Det faller utenfor avhandling å se nærmere på den tysk-historiske skole. Jeg viser videre til Bjørne 2003 s. 54–84 og Stang 1935 s. 104–121.

⁸⁶ Bjørne 2003 s. 57.

⁸⁷ Hellner 1950 s. 9.

⁸⁸ Det fremgår av hans verker at en obligasjon kunne oppstå på bakgrunn av en grunnløs berikelse av en fremmeds formue jf. Savigny 1851 s. 26.

⁸⁹ Se Thomle 1913 s. 287 og Zimmermann 1992 s. 852.

⁹⁰ Thomle 1913 s. 287.

⁹¹ *Op.cit.* s. 288.

⁹² Hellner 1950 s. 125.

Ørsted rettspraksis som hovedkilde.⁹³ Ørsteds fremstilling av retten var dermed mer praktisk og livsnær enn blant annet Savignys fremstilling av retten.⁹⁴ Denne realistiske tradisjonen blir fulgt opp av Lassen, som også har hatt stor betydning for norsk obligasjonsrett.⁹⁵ Lassen var kritisk til berikelsesgrunnsetningen som en alminnelig regel. Kritikken mot berikelsesgrunnsetningen har ulike fasetter,⁹⁶ men hovedinnvendingen var at grunnsetningen ikke var operativ når konkrete typetilfeller skulle løses.⁹⁷

For norsk retts del forsvarte Thomle en alminnelig berikelsesgrunnsetning basert på den tyske regelen.⁹⁸ Andre norske teoretikere var nok, i likhet med de tidlige danske, negativt innstilt.⁹⁹ ¹⁰⁰ Årsaken kan være den danske obligasjonsrettslige litteraturens innflytelse i Norge. I tillegg kan det ha hatt betydning at det var færre jurister i Norge, enn det var i for eksempel Tyskland. Derfor kunne ikke ressursene legges til prinsipielle drøftelser av romerske kilder.¹⁰¹

For det nordiske synet på berikelsesgrunnsetningen har Hellner og Vinding Kruses monografier om berikelsesgrunnsetningen nok også hatt stor betydning.¹⁰² Begge gjennomfører en historisk og komparativ gjennomgang av grunnsetningen, og begge er grunnleggende skeptiske til å anse berikelsesgrunnsetningen som en regel for svensk og dansk rett.¹⁰³ Forfatterne kritiserte berikelsesgrunnsetning på flere punkter.¹⁰⁴ Det sentrale fra disse monografiene er at begge var åpne for at det vil kunne være anledning til å tilkjenne berikelseskrav i konkrete typetilfeller uten at det var nødvendig å forankre kravene i berikelsesgrunnsetningen.¹⁰⁵ Poenget var at grunnsetningen som et prinsipp «giver icke, lika litet som andre allmänt formulerade principer, med *en enkel formel en generell lösning av ett stort antal invecklade juridiska*

⁹³ Ørsted har hatt stor betydning for den nordiske obligasjonsretten jf. Hagstrøm 2011 s. 82 flg.

⁹⁴ *Op.cit.* s. 143.

⁹⁵ Hagstrøm 2011 s. 85.

⁹⁶ For mer utfyllende om kritikken se Ussing 1959 s. 216–219. Sml. Hellner 1950 s. 126–127.

⁹⁷ Monsen 2005 s. 165. Dette er en gjennomgående kritikk mot grunnsetningen. Savigny fremholdt også dette som en fare.

⁹⁸ Thomle 1913. Se også Simonsen 1997 s. 380, med videre henvisning til Francis Hagerup.

⁹⁹ Sml. Hallager-Aubert 1887 s. 168.

¹⁰⁰ Arnholm behandler riktignok *condictio indebiti* i *Streiftog* jf. Arnholm 1939 s. 125–235. Senere også Augdahl 1953 s. 484–495.

¹⁰¹ Sml. Tørum 2002 s. 316.

¹⁰² Se Vinding Kruse 1950 og Hellner 1950.

¹⁰³ Hellner 1950 s. 397–398 og Vinding Kruse 1950 s. 191–194.

¹⁰⁴ For en fremstilling av grunnsetningens ulike vilkår se: Vinding Kruse 1950 s. 151–194 og Hellner 1950 s. 137–186.

¹⁰⁵ Hellner 1950 s. 398 og Vinding Kruse 1950 s. 148 sammenholdt med s. 198.

problem».¹⁰⁶ Det er altså det samme *realistiske* synet som den tidlige nordiske obligasjonsretten var preget av, vi ser igjen her.

I nyere litteratur har grunnsetningen vært fremholdt som et «rettspolitisk argument for å begrunne restitusjonskrav».¹⁰⁷ Altså kan det være slik at det er den rettferdighetstanken uttrykt av Pomponius som er styrende for løsningen av typetilfeller, uten at det er nødvendig å anse tanken som uttrykk for en materiell regel.¹⁰⁸ Når Høyesterett da, i de ovennevnte avgjørelser, viser til «alminnelige berikelses- og restitusjonsprinsipper» er det derfor mer nærliggende at det er den underliggende rettferdighetstanken resultatet begrunnes i, enn at berikelsesgrunnsetningen legges til grunn som en alminnelig materiell regel.

Denne rettferdighetstanken vil imidlertid kunne ha tung vekt i konkrete typetilfeller. Rettspraksis omkring *condictio indebiti* er egnet til å illustrere dette. I de saker hvor dette regelsettet er aktuelt har det skjedd en utbetaling på bakgrunn av en feil, og slik sett har mottakeren av betalingen *blitt beriket på en ugrunnet måte*. Spørsmålet blir da om mottakeren må tilbakebetale beløpet. Ved slike tilfeller er det uttalt i praksis at «hvert tilfelle skal vurderes konkret og under hensyn til rimelighet» jf. blant annet Rt. 1985 s. 290, på s. 294. Selv om et tilbakebetalingskrav i et slikt tilfelle forankres etter læren om *condictio indebiti*, er det ikke berikelsesgrunnsetningens ulike vilkår det tas utgangspunkt i, men den underliggende rettferdighetstanken. Det er nok derfor det i juridisk teori blitt tatt til orde for at berikelseskrav i andre typetilfeller bør følge de samme retningslinjer som ved *condictio indebiti*.¹⁰⁹

En slik konkret rimelighetsvurdering kan imidlertid neppe anvendes ved løsningen av spørsmålet om et vinningsavståelseskrav kan tilkjennes som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler. For det første fordi et *condictio indebiti*-tilfelle prinsipielt sett faller utenfor kontrakt. Et slikt tilfelle kan riktignok oppstå i kontraktsforhold, men vil etter den romerrettslige inndelingen høre til kategorien *berikelse*. Motsetningsvis vil et eventuelt vinningsavståelseskrav i denne avhandlingens forstand oppstå som en sanksjon mot et kontraktsbrudd, altså oppstår kravet i *kontrakt*. For det annet er det nettopp fordi situasjonen oppstår i kontrakt viktig å ta hen-

¹⁰⁶ Hellner 1950 s. 398, min kursivering.

¹⁰⁷ Krokeide 1982 s. 415. Sml. Monsens drøftelser i Monsen 2005 s. 162–169.

¹⁰⁸ Sml. Hellner 2001 s. 134.

¹⁰⁹ Hagstrøm 2011 s. 687.

syn til forutberegnelighet.¹¹⁰ Parter i et kontraktsforhold er avhengig av en viss grad av forutberegnelighet. Dersom det oppstilles en regel om at brudd på konkurranseklausuler kan sanksjoneres med vinningsavståelse der hvor det er rimelig, vil dette kunne lede til at kontraktsparter på grunn av usikkerheten ikke inntar konkurranseklausuler. For det tredje vil et slikt utgangspunkt ikke harmonere godt med det øvrige relevante rettsstoffet som jeg skal komme nærmere tilbake til særlig i punkt 6.

Fra dette rettshistoriske tilbakeblikket må det derfor konkluderes med at avhandlingens problemstilling ikke kan løses med utgangspunkt i berikelsesgrunnsetningen, eller andre grunnleggende og generelle berikelsesprinsipper.

Ut fra drøftelsen kan det gjøres en interessant observasjon som faller utenfor denne avhandlingens formål. Gjennomgangen viser nemlig at det teoretisk sett kan sondres mellom «egentlige» og «uegentlige» berikelseskrav. Sondringen mellom delikt og kontrakt skjer på basis av at det ene kravet anses stiftet ufrivillig, mens det andre anses stiftet frivillig. Situasjonene hvor det var tale om berikelse ble imidlertid ikke innpasset under noen av disse. Likevel har berikelseskravene likheter med både delikt og kontrakt i den forstand at kravene oppstår ufrivillig (likt med delikt), men de kunne ofte like gjerne oppstått som en følge av enighet (likt med kontrakt). Et eksempel på dette er reglene om *negotiorum gestio*, regler som etter den romerrettslige tredelingen hører til berikelse. Et tilfelle av *negotiorum gestio* karakteriseres av at en gestor (en hjelper) handler på eget initiativ for å ivareta dominus (en annens) interesser. I slike tilfeller blir det spørsmål om hjelperen kan få betalt for den hjelpen han ga til dominus. Tanken bak å tilkjenne gestor et vederlag her er: dersom dominus hadde vært tilstede da hjelpen var nødvendig ville han akseptert den, og dermed også betalt for den. Et krav etter læren om *negotiorum gestio* får dermed et preg av å være kvasi-kontraktsrettslig. Slike regler er egnet til å illustrere at det kan oppstå grensedragningsproblematikk når et krav skal plasseres i en kategori.¹¹¹ Utslaget av dette er at like situasjoner behandles ulikt i ulike rettssystemer. For eksempel løses tvister knyttet til produktansvar i engelsk rett etter reglene om torts, mens slike krav blir henført under kontraktsrettslige regler i fransk rett.¹¹² I seg selv er det nok derfor ikke hensiktsmessig å holde et strengt skille mellom hvilke kategori et krav tilhører, men avhandlingens tema kan illustrere et lignende grensedragningsproblem. Et vinningsavståelseskrav retter seg mot den økonomiske fordel, altså berikelsen, men kravet oppstår i realiteten i kontrakt. I tillegg har disse typetilfellene klare likhetstrekk med tilfeller som henføres under delikt.¹¹³ Altså vil et vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler kunne inneha elementer fra alle de tre romerrettslige kategoriene. Så lenge kravet her anses som kontraktsrettslig vil det, etter den romerrettslige inndelingen, kunne omtales som et «uegentlig» berikelseskrav.

¹¹⁰ Sml. Borch mfl. 2016 s. 375.

¹¹¹ Zimmermann 1992 s. 11.

¹¹² *Loc.cit.* med videre henvisninger.

¹¹³ Sml. Monsen 2006 s. 159.

Når jeg her konkluderer med at berikelsesgrunnsetningen ikke vil kunne utgjøre et primært rettsgrunnlag blir det heller ikke nødvendig å se til Draft Common Frame of Reference (DCFR) hvor det i Book VII er inntatt regler om Unjustified Enrichment. Ettersom disse soft law-reglene i stor grad baserer seg på den kontinentale berikelsesgrunnsetning, vil ikke reglene gi bidrag til avhandlingens problemstilling.

4 Komparativt utsyn

4.1 Svensk og dansk rett

Gjennomgangen av svensk og dansk rett er forholdsvis kort, og jeg velger derfor å foreta en samlet gjennomgang av svensk og dansk rett i ett punkt.

I den senere tid har det i Sverige blitt diskutert om det gjelder en allmenn lære, eller et ulovfestet prinsipp,¹¹⁴ om at den som har oppnådd en «obehørig vinst» på en annens bekostning må avstå denne.¹¹⁵ Sett utenfra kan det synes som om de problemer Hellner drøftet i sin doktoravhandling igjen er gjenstand for debatt i svensk rett.¹¹⁶ Slik jeg oppfatter deler av diskusjonen, dreier det seg om man kan anse et rettslig resonnement basert på «obehørig vinst» som et utslag av en *regel*, eller som et rettspolitisk argument frem mot en konkret løsning.¹¹⁷ Altså synes drøftelsen i stor grad å sammenfalle med de tidligere drøftelsene av berikelsesgrunnsetningen. Men i likhet med situasjonen i norsk rett er det lite trolig at et vinningsavståelseskrav som en sanksjon mot brudd på avtalt konkurranseklausul kan ta utgangspunkt i et prinsipp om «obehørig vinst».¹¹⁸ Om et slikt prinsipp gjelder eller ikke er derfor av mindre interesse for de følgende drøftelsene.

Når det gjelder brudd på avtalte konkurranseklausuler er utgangspunktet i svensk rett at det kan kreves erstatning.¹¹⁹ Men ved slike avtaler er det, på grunn av vanskeligheter med å konstatere tap, vanlig at en «vitesklausul» (konvensjonalbot) blir inntatt i kontrakten.¹²⁰ Det oppstår med andre ord også her problemer med å verne berettigedes interesser tilstrekkelig. Inntrykket fra svensk rett er at problemet løses etter alminnelige regler om erstatning i kontrakt.¹²¹ Det er generelt sett vanskelig å finne spor av drøftelser av det konkrete spørsmålet for denne avhandlingen. Et slikt manglende funn kan utgjøre et funn i seg selv, ettersom det kan være en indikasjon på

¹¹⁴ Sml. Schultz 2009 s. 947 flg. Som fremhever behovet for en diskurs rundt «obehørig vinst», s. 959.

¹¹⁵ Kleineman 2013 s. 539 flg., med videre henvisning til teori.

¹¹⁶ Se punkt 3.2.

¹¹⁷ Sml. Schultz 2012 s. 381–383. Diskusjonen minner om Krokeides inndeling av berikelsesgrunnsetningens mulige funksjoner, se Krokeide 1982 s. 415.

¹¹⁸ Se punkt 3.2.

¹¹⁹ Adlercreutz og Flodgren 1992 s. 127.

¹²⁰ *Loc.cit.*

¹²¹ Hellner mfl. 2016 s. 228, hvor det uttales at «skadelidande har rätt till *ersättning ända upp till den vinst som han skulle ha gjort om avtalet blivit riktigt fullgjort*», kursiv i original. I tilfeller hvor det er vanskelig å slå fast en slik hypotetisk vinning kunne det ut fra retts tekniske hensyn blitt innvendt at vinningen må fastlegges på bakgrunn av debitors vinning. Jeg har ikke funnet støtte for et slikt synspunkt.

at spørsmålet ikke anses særlig praktisk i svensk rett. Dersom dette er tilfellet er det interessant å se hvor stor betydning Hellners analyser kan ha hatt for svensk rett. Hellner, i likhet med Vinding Kruse for dansk rett, konkluderte med at svenske domstoler ville kunne løse tilfeller ved å

«använda principen om obehörig vinst som stöd för avgöranden, men de äro då hänvisade att på vanligt sätt, med användande av samma juridiska metod som eljest väga skäl för och emot olika lösningar».¹²²

For dansk rett ser rettsstillingen ut til å være ganske lik. Inntrykket fra dansk rett er at det for domstolene vil være anledning til å tilkjenne berikelseskrav med henvisning til berikelsesgrunnsetningen,¹²³ men da snarere slik at grunnsetningen anvendes som et argument frem mot løsningen enn at den utgjør selve rettsgrunnlaget.¹²⁴

Utgangspunktet er dermed også i dansk rett at det er erstatningskrav som kan gjøres gjeldende mot brudd på konkurranseklausuler.¹²⁵ I den juridiske teorien er det også lagt til grunn at et eventuelt berikelseskrav ikke vil kunne gjøres gjeldende etter de erstatningsrettslige reglene.¹²⁶ Altså er utgangspunktet ganske likt som for norsk rett, hvor et berikelseskrav ikke regnes som en del av de erstatningsrettslige regler.

Det påpekes i teorien at et berikelseskrav kan avtales som en sanksjon. Videre pekes det på at domstolene vil være tilbakeholdne med å presumere at vinningen ved bruddet på en konkurranseklausul sammenfaller med tapet hos den berettigede.¹²⁷ Sannsynligheten for at et krav som ligner på et vinningsavståelseskrav, eller et krav som i realiteten er et vinningsavståelseskrav, fører frem fremstår derfor som liten.¹²⁸

Et eksempel på en avtalt berikelsesklausul kan leses ut av UfR 1988.1061H, hvor en revisor hadde akseptert en kundeklausul ved sin fratredelse fra et revisjons-selskap. I den samme avtalen var det fastsatt at dersom klausulen ble brutt, skulle

¹²² Hellner 1950 s. 398.

¹²³ Illustrerende er tidligere Høyesteretsdommer Peter Bloks uttalelse i debatten på det 38. nordiske Juristmøte 2008, hvor det uttales at «i dansk ret har berigelseskrav hjemmel i berigelsesgrundsætningen i den forstand, at det er anerkendt, at domstolene har en almindelig kompetence til at tilkende et krav i tilfælde, hvor der er opstået en ugrundet berigelse». Det uttales videre at det ikke er tale om egentlig regel, men en rettslig standard ettersom domstolene må avgjøre når en berikelse er ugrundet. Utdrag fra debatten finnes på: http://jura.ku.dk/njm/38/38_19_uberettiget_berigelse.pdf (sist sett 26.05.2017)

¹²⁴ Sml. Vinding Kruse 1950 s. 148.

¹²⁵ Langer og Ritter 2010 s. 256.

¹²⁶ *Op.cit.* s. 261.

¹²⁷ *Loc.cit.* Under henvisning til avgjørelsen fra SØ- og Handelsretten inntatt i UfR 1987.543SH.

¹²⁸ Sml. med eksemplene fra norsk rett som jeg viser til kort i punkt 6.3.1.

revisoren betale det dobbelte av det han mottok av kunden i erstatning til sin tidligere arbeidsgiver. Det konkrete spørsmålet for Høyesteret var om klausulen var gyldig.¹²⁹ Heller ikke for dansk rett har jeg gjort funn som tilsier at er anledning til å gjøre gjeldende et vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler. Skal et slikt krav tilkjennes fremstår det som å være en forutsetning at det er avtalt en slik klausul mellom partene, jf. den ovennevnte dom.¹³⁰ Gjennomgangen viser at det er lite trolig at et vinningsavståelseskrav vil føre frem som sanksjon mot brudd en avtalt konkurranseklausul i dansk rett.

4.2 Engelsk rett

I engelsk rett har det siden rundt midten av 1900-tallet vokst frem et eget institutt som på norsk best oversettes til *berikelsesrett*.¹³¹ I engelsk rett omtales det ofte som «unjustified enrichment» eller «law of restitution».¹³² Mye av æren for fremveksten av dette instituttet ligger nok hos de to forfatterne Robert Goff og Garath Jones (*Goff & Jones*) som utarbeidet standardverket *The Law of Restitution* i 1966. De engelske domstolene har anerkjent at krav etter dette instituttet er krav som utgjør en egen kategori ved siden av krav i kontrakt og delikt.¹³³ Inndelingen i engelsk rett samsvarer dermed med den romerrettslige inndelingen av obligasjoner.¹³⁴ Det er interessant å se at formuleringen av den grunnleggende normen for slike krav er tilnærmet likelydende den rettferdighetstanken som ligger bak berikelsesgrunnsetningen. Det er nemlig i de engelske domstoler uttalt at et krav i berikelsesretten ikke er: «[...] a claim for compensation for loss, but for recovery of a benefit unjustly gained [av krenkeren] at the expense of the claimant».¹³⁵

Til tross for at berikelsesrett har vokst frem i engelsk rett som et eget institutt, er rettsstilstanden nokså lik den norske når det gjelder vinningsavståelseskrav som sanksjon mot kontraktsbrudd. Det som i engelsk rett ofte omtales som «disgorgement

¹²⁹ Domstolen kommer til at klausulen var gyldig.

¹³⁰ UfR 1988.1061H.

¹³¹ Jeg avgrensner her mot å redegjøre nærmere for de historiske forløperne, krav etter «assumpsits» og såkalt «quasi-contract», til berikelsesretten. Se mer i Birks 1985 s. 34 flg.

¹³² Se Mitchell mfl. 2016 s. 3–5 for en drøftelse av betegnelsene.

¹³³ Se *Menelaou V Bank of Cyprus UK Ltd* [2015] UKSC 54; [2016] A.C. 176 på [49] som baserer seg på Lord Wrights uttalelser i *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* [1943] A.C. 32 s. 61.

¹³⁴ Se punkt 3.2.

¹³⁵ *Boake Allen Ltd v HMRC* [2006] EWCA Civ 25; [2006] S.T.C. 606 på [175], mine kursiveringer. Denne uttalelsen har blitt lagt til grunn i senere praksis, se Mitchell m.fl. 2016 s. 87 fotnote 1 for videre henvisninger.

of profits» eller «account of profits»¹³⁶ faller nemlig ikke inn under berikelsesretten,¹³⁷ men tilhører kategorien «contract» eller «civil wrongs».¹³⁸

Utgangspunktet på kontraktsrettens område at det ikke kan kreves vinningsavståelseskrav for brudd på kontraktsforpliktelser.¹³⁹ Men fra dette har det i praksis blitt gjort en del unntak,¹⁴⁰ og det viktigste i denne sammenheng er *Attorney General v Blake* [2001] 1 AC 268 (*Blake*-dommen).¹⁴¹ Saken springer ut av et faktum som kan minne om en 007-film: George Blake var en agent i den britiske etterretningstjenesten MI6 i perioden 1944–1961, og hadde signert en taushetserklæring med staten om ikke å offentliggjøre noe informasjon om hans arbeid i MI6.¹⁴² Blake ble i 1951 agent for Sovjetunionen og fungerte fra da av som dobbeltagent. I 1961 da forholdene ble oppdaget, ble Blake fengslet for å ha lekket informasjon til Sovjetunionen. Noen år senere i 1966 klarte han å rømme til Sovjetunionen, og skrev senere en bok om hendelsene. Blake fikk betalt av forlaget for boken, og hadde rett til mer betaling når boken kom i salg. Da boken ble publisert var informasjonen allerede offentlig tilgjengelig, men Blake hadde likevel brutt taushetsplikten i kontrakten. Idet staten ble klar over boken var den allerede publisert, og det var derfor for sent å få salget av den stanset. Spørsmålet for de engelske domstoler var derfor hvilken sanksjon som skulle kunne gjøres gjeldende mot kontraktsbruddet.

Da saken var til behandling i Court of Appeal ønsket ikke Attorney General å gjøre gjeldende et krav på «‘restitutionary damages for breach of contract’». Anke-domstolen oppstilte likevel noen generelle utgangspunkter for når et berikelseskrav kunne gjøres gjeldende mot kontraktsbrudd. Det første tilfellet var der hvor det hadde

¹³⁶ Sml. Edelman 2002 s. 72 som omtaler sanksjonen som «disgorgement damages».

¹³⁷ Watterson 2015 s. 30.

¹³⁸ Om det er det ene eller andre avhenger av om kravet blir gjort gjeldende i et kontraktsforhold eller utenfor et kontraktsforhold.

¹³⁹ Se Virgo 2016 s. 468 med henvisning til praksis.

¹⁴⁰ Det kan antageligvis derfor spørres om det ikke er teoretisk uenighet som danner grunnlag for ulik oppfatning av hvordan praksis skal forstås.

¹⁴¹ *Attorney General v Blake* [2001] 1 AC 268, (*Blake*-dommen). Jeg har ikke hatt tilgang til et trykket eksemplar av dommen, ettersom Westlaw UK og andre databaser gjengir dommene uten originale sidetall. Jeg viser derfor her til to nettsider hvor dommen er publisert uten originale sidetall. Jeg har lest avgjørelsen fra disse to sidene, og alle sitatene i det følgende er hentet fra disse sidene. Begge to er sist sjekket 30.05.2017. Side 1:

<https://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000727/blake-1.htm>

Side 2: [http://www.bailii.org/cgi-](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2000/45.html&query=(Attorney)+AND+(General)+AND+(v)+AND+(Blake))

[bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2000/45.html&query=\(Attorney\)+AND+\(General\)+AND+\(v\)+AND+\(Blake\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2000/45.html&query=(Attorney)+AND+(General)+AND+(v)+AND+(Blake))

¹⁴² Taushetsplikten Blake ble pålagt i kontrakten er ved siden av konkurranseklausuler en annen typisk unnlatesplikt.

blitt levert såkalt «skimped performance», som omfatter tilfellene hvor en kontraktspart leverer en dårligere ytelse en avtalt, og sparer penger på dette.¹⁴³ Det andre tilfellet var der hvor en kontraktspart «‘has obtained his profit by doing the very thing he contracted not to do’».¹⁴⁴

Da saken kom opp til House of Lords (nå: The Supreme Court of the United Kingdom) la ikke Lord Nicholls disse utgangspunktene til grunn, under henvisning til at de ble for generelt utformet. Mest interessant på dette punkt er hans uttalelser om tilfelle nummer to etter ankeinstansens inndeling, som:

«is defined too widely to assist. The category is apt to embrace all express negative obligations. But something more is required than mere breach of such an obligation before an account of profits will be the appropriate remedy.»

At det foreligger et brudd på en unnlattelsesplikt er altså ikke i seg selv tilstrekkelig til å tilkjenne et vinningsavståelseskrav. Ved drøftelsen om et vinningsavståelseskrav kunne tilkjennes i saken erkjenner Lord Nicholls at sanksjoner som kun tar utgangspunkt i krenkedes tap (kompensatoriske beføyelser) ikke alltid ivaretar krenkedes interesse tilstrekkelig. At det er tilfellet viser han ved en gjennomgang av rettspraksis hvor monetære sanksjoner basert på krenkerens besparelse eller fortjeneste, har blitt tilkjent. Lord Nicholls fremhever *Wrotham Park*-saken,¹⁴⁵ som dreide seg hvilke sanksjon som kunne gjøres gjeldende mot en utbyggers brudd på det som i norsk rett er negative servitutter,¹⁴⁶ og uttaler at den står som en «solitary beacon» for tilfeller der det ikke kun har blitt sett hen på krenkedes tap. Han uttaler at «there seems to be no reason, in principle, why the court must in all circumstances rule out an account of profits as a remedy for breach of contract». I drøftelsene videre legger Lord Nicholls til grunn at et vinningsavståelseskrav kan tilkjennes «in exceptional cases», og at dette først og fremst er hvor andre beføyelser fremstår som «inadequate», men at det ikke er grunn til å fastslå «fixed rules». Som et utgangspunkt for den helhetlige vurderingen som må gjøres uttaler han at en:

¹⁴³ Disse tilfellene kan sammenlignes med mangler som gir grunnlag for prisavslag i norsk rett.

¹⁴⁴ Sitatene er hentet fra *Blake*-dommen.

¹⁴⁵ *Wrotham Park Estate Co. Ltd. v. Parkside Homes Ltd.* [1974] 1 W.L.R. 798.

¹⁴⁶ Jeg kommer kort tilbake til saken i punkt 5.2.

«useful general guide, although not exhaustive, is whether the plaintiff had a legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity and, hence, in depriving him of his profit».

Sentralt for Lord Nicholls er at den krenkede har en legitim begrunnelse til å kreve avståelse av vinning. Ved å oppstille et dette som et viktig moment forsøker han muligens å komme unna kritikken i juridisk teori om et slikt krav innebærer en tilfeldig fordel («a windfall»)¹⁴⁷ Etter de generelle drøftelsene kommer Lord Nicholls til at Blake måtte avstå pengene han var berettiget til etter kontrakten med forlaget.

I etterkant av avgjørelsen har det både i rettspraksis og teori oppstått uenighet om hva som egentlig følger av *Blake*-dommen.¹⁴⁸ Noe av årsaken til dette er nok fordi faktum var såpass spesielt, og aktualiserte nasjonale sikkerhetshensyn, og fordi Lord Nicholls legger terskelen høyt («exceptional cases»). Et tydelig eksempel på dette er *One Step (Support) Ltd v Morris-garner* [2014] EWHC 2213 (QB). I saken hadde en direktør som skulle selge sine aksjer i selskapet akseptert at hun ikke skulle starte konkurrerende virksomhet de første tre årene etter salget av aksjene. Hun ble i tillegg pålagt en kundeklausul. Denne klausulen ble brutt, og det viste seg i ettertid direktøren allerede ved inngåelsen av konkurranseklausulen, hadde tenkt å bryte denne. High Court kommer likevel til at det ikke kunne tilkjennes vinningsavståelse,¹⁴⁹ fordi «the breaches were relatively straightforward and unremarkable. They cannot be regarded as exceptional so as to justify ordering an account of profits». Derfor kom domstolen til at det kun kunne tilkjennes «Wrotham Park damages». Resultatet blir også lagt til grunn av Court of Appeal, og det uttales at når konkurranseklausulen ble brutt uten tillatelse, måtte forpliktete «now pay the price they would have had to have paid if they had sought that consent».¹⁵⁰ Sanksjonen blir dermed det som i norsk rett regnes som et vederlagskrav, og den grunnleggende begrunnelsen er at den som bryter konkurranseklausulen må betale til den berettigede hva det ville kostet å få lempet klau-

¹⁴⁷ Se Weinrib 2000 s. 2 med videre henvisning.

¹⁴⁸ Cunnington 2008 s. 214–231 fremstiller på en meget oversiktlig måte de ulike tolkningene av *Blake*-dommen og *Wrotham Park*. Han argumenterer her overbevisende for at etterfølgende avgjørelser som tolker de to dommene som å basere seg på kompensatoriske betraktninger, ikke er riktig.

¹⁴⁹ Se også Virgos omtale av dommen i Virgo 2016 s. 478.

¹⁵⁰ *Karren Morris-Garner & Andrea Morris-Garner v One Step (Support) Ltd* [2016] EWCA Civ 180, avsnitt 113.

sulen.¹⁵¹ I engelsk rett ser det derfor altså ut til at det skal mye til før et vinningsavståelseskrav kan tilkjennes som sanksjon mot brudd på konkurranseklausuler.

Til tross for etterfølgende utvikling i praksis¹⁵² fremstår *Blake*-dommen fremdeles som det ledende prejudikat for når et vinningsavståelseskrav kan tilkjennes som sanksjon mot kontraktsbrudd.¹⁵³ Avgjørende for om et slikt krav kan tilkjennes er om øvrige sanksjoner ikke ivaretar kontraktspartenes interesse på en adekvat måte, og den som gjør krav på et vinningsavståelseskrav må ha en legitim interesse i å frata vinningen oppnådd ved kontraktsbruddet.¹⁵⁴ Ytterligere kan det kun tilkjennes i ekstraordinære saker.

Oppfatningene om hva som *bør* være regelen synes i juridisk teori å være delte. Virgo kommer i sin fremstilling av berikelsesretten til at det kun i saker som er like *Blake*-dommen, eller tilnærmet like, at det bør bli tilkjent vinningsavståelseskrav. Han uttaler videre at i alle andre saker «where compensatory damages are inadequate, the negotiation measure of damages will be available instead».¹⁵⁵ Utgangspunktet Virgo her tar til orde for minner om teorien om «lost opportunity to bargain».¹⁵⁶ Det samlede inntrykket av Edelman er at han er mer positivt innstilt.¹⁵⁷ Lignende kan også leses ut av Cunnington som kobler vinningsavståelseskravene til «specific relief» (kan sammenlignes med naturaloppfyllelse), og kommer til at vinningsavståelseskrav bør tilkjennes når «specific relief» ikke kan føre frem.¹⁵⁸

Fordi reglene for brudd på «fiduciary duties» står i sterk kontrast til det som nå har blitt gjennomgått velger jeg kort å knytte noen kommentarer til dette instituttet i engelsk rett.¹⁵⁹ En «fiduciary» har en streng lojalitetsplikt overfor sin oppdragsgiver:¹⁶⁰ vedkommende skal kun arbeide for å ivareta oppdragsgiverens interesse under oppdraget. Derfor er også «[p]rofit-stripping, via an account of profits, [...] the/a primary response where a fiduciary contravenes the ‘no conflict’ and ‘no profit’ rules [...]».¹⁶¹

¹⁵¹ Lignende betraktninger blir gjort gjeldende i *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc* [2003] EWCA Civ 323.

¹⁵² Se for eksempel *WWF World Wide Fund for Nature v World Wrestling Federation Entertainment Inc* [2006] EWHC 184.

¹⁵³ Sml. Watterson 2015 s. 55–56.

¹⁵⁴ Se Edelman 2002 s. 158 og Cunnington 2008 s. 233–235 for merknader til dette vilkåret.

¹⁵⁵ Virgo 2016 s. 485, etter en drøftelse av når et vinningsavståelseskrav bør tilkjennes. Se s. 481–485.

¹⁵⁶ Giglio 2001 kapittel to punkt 1 underpunkt (ii), som er kritisk til den fiksjonen teorien innebærer.

Sml. med Cunnington 2008 s. 220–222, som også er kritisk til teorien.

¹⁵⁷ Edelman 2002 s. 152–172, hvor han også drøfter innvendinger mot vinningsavståelseskrav.

¹⁵⁸ Cunnington 2008 s. 239–242.

¹⁵⁹ De såkalte «fiduciary duties» har vi ikke direkte i norsk rett, men det er noen regler som kan ses på som utslag av samme rettstanke. Se punkt 6.5.2.

¹⁶⁰ Dette i motsetningen til utgangspunktet i engelsk rett, hvor det som kjent ikke gjelder et prinsipp om lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Se Cordero-Moss 2016 s. 291–294, som drøfter senere utvikling i engelsk rett rundt spørsmålet om det gjelder et prinsipp om «good faith» i engelsk rett.

¹⁶¹ Watterson 2015 s. 45.

Dette utgangspunktet er begrunnet med prevensjonshensynet («deterrence»),¹⁶² men er enda strengere enn andre regler som er begrunnet preventivt, ettersom det ikke kreves skyld hos «fiduciary».¹⁶³ Interessant i denne sammenheng er «The No-Profit Duty»¹⁶⁴ og «Exploitation of Opportunities»,¹⁶⁵ som pålegger tillitsmannen ikke på noen måte motta eller opptjene en økonomisk fordel i kraft av sin stilling som «fiduciary», eller utnytte en forretningsmulighet i kraft av sin stilling. Disse reglene kan sies å ha likhetstrekk med konkurranseklausuler i samarbeidsforhold, hvor to eller flere parter skal arbeid for samarbeidets felles interesse. Dette viser at det i forhold hvor lojalitetsplikten er streng, vil vinningsavståelse kunne være en adekvat sanksjon som sørger for at tillitsmannen (forpliktete) ikke havner i en lojalitetskonflikt.

4.3 Amerikansk rett

Amerikansk rett består av en rekke ulike jurisdiksjoner og det er derfor ikke urimelig å anta at det vil kunne være nyanseforskjeller når det gjelder vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler. For å kunne holde oversikt kan det derfor være hensiktsmessig å forholde seg til såkalte Restatements of Law. Slike verk har som formål å gjøre det enklere særlig for praktikere å skaffe seg et oversiktsbilde over rettstilstanden. Jeg tar her utgangspunkt i en slik Restatement of Law.

I 2011 utga The American Law Institute *The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment*. Dette verket ble utgitt som en erstatte for *Restatement of Restitution: Quasi-Contracts and Constructive Trust* (fra 1937),¹⁶⁶ og er i teorien antatt å ville ha stor betydning for rettstilstanden i tiden fremover.¹⁶⁷ I 1937-utgaven ble det som et grunnleggende prinsipp lagt til grunn at «[a] person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other» jf. § 1. Dette utgangspunktet er fulgt opp i den nye utgaven i samme bestemmelse. Fra den første utgaven var det tenkt at dette prinsippet skulle danne utgangspunktet

¹⁶² Se blant annet *Novoship (UK) Ltd v Mikhaylyuk* [2014] EWCA Civ 908 avsnitt 76, hvor det siteres fra en annen avgjørelse.

¹⁶³ Edelman 2002 s. 212, med henvisning til rettspraksis. At det som oftest vil foreligge skyld er naturlig så lenge «fiduciary» er klar over hvilke handlinger han foretar seg, og hvilke konsekvenser dette medfører.

¹⁶⁴ Virgo 2016 s. 494–495.

¹⁶⁵ *Op.cit.* s. 497–500.

¹⁶⁶ For hvorfor det ikke er en annen utgave se McCamus 2011 s. 443, med videre henvisninger.

¹⁶⁷ *Op.cit.* s. 440.

for vinningsavståelse også i de tilfeller av såkalte «benefit-based liability» hvor den krenkede ikke hadde mulighet til å oppnå den samme vinning, altså til tross for at vilkåret «at the expense of another» etter ordlyden ikke var oppfylt.¹⁶⁸ Etter 2011-utgaven er det nå forutsatt at den ordlyden også vil kunne omfatte brudd på andre beskyttede rettigheter, og derfor følger det av § 3 at «[a] person is not permitted to profit from his own wrong». I kommentarene til bestemmelsen er det uttalt at dette kun

«identifies an outlook and an objective, not a cause of action. Working rules that authorize a claim to restitution of wrongful gain appear in other sections of this Restatement, describing more precisely the nature of the wrongdoing in a particular case.»¹⁶⁹

For spørsmålet om det kan tilkjennes et vinningsavståelseskrav for brudd på avtalte konkurranseklausuler må det derfor ses hen eventuelle spesialbestemmelser.¹⁷⁰

Når det gjelder avhandlingens konkrete problemstilling er det interessant å se at det i 2011-utgaven i § 39 er inntatt en bestemmelse som gir grunnlag for vinningsavståelse ved forsettlig kontraktsbrudd. At en slik bestemmelse er inntatt i denne fremstillingen av *berikelsesretten* gjør at amerikansk rett skiller seg fra engelsk rett, hvor gain-based (benefit-based liability) ikke tilhører berikelsesretten.¹⁷¹ Det følger av § 39 (1) at dersom en kontrakt er brutt «deliberate» og leder til en fortjeneste for den som bryter kontrakten, og det i tillegg er slik at

«the available damage remedy affords inadequate protection to the promisee's contractual entitlement, the promisee has a claim to restitution of the profit realized by the promisor as a result of the breach».

Bestemmelsen utgjør dermed et mulig rettsgrunnlag for vinningsavståelseskrav som sanksjon mot kontraktsbrudd. I annet punktum er det presisert at sanksjonen er et alternativ til «remedy in damages». Det oppstilles altså tre vilkår for vinningsavståel-

¹⁶⁸ *Op.cit.* s. 446.

¹⁶⁹ *The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* 2011 s. 22.

¹⁷⁰ Fra gjennomgangen kan det gjøres en interessant observasjon. Også i amerikansk rett finnes det klare spor av den rettferdighetstanken som ligger bak den romanistiske berikelsesgrunnsetning. At den ikke anses som en materiell regel underbygger for så vidt konklusjonen i 3.2 om at berikelsesgrunnsetningen først og fremst gir uttrykk for en rettferdighetstanke.

¹⁷¹ Se punkt 4.2.

se: 1) forsettlig kontraktsbrudd, 2) som leder til en fortjeneste, og 3) erstatning vil være en inadekvat sanksjon for å verne den annen part. Fordi kontraktsbrudd forholdsvis sjeldent leder til en fortjeneste for den misligholdende part, og det i tillegg kreves forsett vil disse kontraktsbruddene kunne karakteriseres som opportunistiske.¹⁷² I teorien er det påpekt at bestemmelsen særlig vil fange opp de tilfeller hvor den ene parten verdsetter en rettighet høyere enn markedet ellers, og den annen part utnytter dette med kunnskap om at erstatningskrav ikke vil være dekkende for å ivareta partenes rettigheter.¹⁷³ Slik sett vil bestemmelsen kunne være nyttig hvor et brudd på en konkurranseklausul leder til et tap av goodwill, uten at dette direkte gir utslag i tapt omsetning.

Som et eksempel på en kontrakt hvor det ikke var økonomiske betraktninger som lå til grunn for en unnlatesplikt kan det vises til *Snepp v United States*.¹⁷⁴ Saken ligner på *Blake*-dommen. Frank Snepp var en CIA-agent som hadde akseptert en konfidensialitetsplikt som gikk ut på at han ikke skulle offentliggjøre informasjon om sitt arbeidsforhold hos CIA. En slik klausul har ingen markedsverdi,¹⁷⁵ men søker å ivareta statlige interesser. Etter å ha sluttet i CIA skrev Snepp bok om CIAs aktivitet i Vietnam fra tiden han var ansatt. Da boken ble publisert var ikke informasjonen konfidensiell, men konfidensialitetsplikten hadde ikke falt bort. Staten saksøkte Snepp med krav om å avstå fortjenesten fra boksalg, og fikk medhold i dette av Supreme Court. Domstolen tilkjenner her et vinningsavståelseskrav under henvisning til at et erstatningskrav ikke ville ivareta statens kontraktsinteresse tilstrekkelig.¹⁷⁶

I en relativ fersk avgjørelse *Kansas v Nebraska and Colorado* 574 U.S. (2015) kommer flertallet i Supreme Court of United States (5-4) til at det for brudd på en kontrakt måtte kunne tilkjennes delvis vinningsavståelse. Saken dreide seg om en avtale mellom statene Kansas, Nebraska og Colorado som regulert de ulike statenes bruk av vannmengder fra en elv og vannbasseng i tilknytning til elven. Tvisten var et resultat av at Nebraska brukte mer vann enn avtalen tillot. Justice Kagan som representant for flertallet viser til § 39, og tilkjenner staten Kansas et vinningsavståelses-

¹⁷² Sml. Laycock 2012 s. 946.

¹⁷³ *Op.cit.* s. 948.

¹⁷⁴ 444 U.S. 507 (1980).

¹⁷⁵ Eisenberg 2006 s. 591.

¹⁷⁶ Sml. *loc.cit.*

krav. Flertallet blir kritisert av mindretallet ettersom regelen har liten støtte i case law. Justice Scalia, en av dommerne i mindretall, uttaler blant annet at

«[r]estatement sections such as that should be given no weight whatever as to the current state of the law, and no more weight regarding what the law ought to be than the recommendations of any respected lawyer or scholar.»¹⁷⁷

Mindretallet fremhever derfor særlig poenget om at Restatements of Law kun er å regne som juridisk teori, og at de derfor ikke er styrende for domstolens avgjørelser. Ut fra det forholdsvis beskjedne materialet, og den skarpe dissensen i *Kansas v Nebraska and Colorado* fremstår det som usikkert hvor vidtfavnende en regel om vinningsavståelse vil være i amerikansk rett. Regelen oppstilt i § 39 kan imidlertid være egnet til å gi en pekepinn for hvilke vilkår som vil kunne være sentrale for norsk rett.

4.4 Tysk rett

I tysk rett gjelder det, som nevnt, en generell regel i BGB § 812 som åpner for at den som beriker seg på en annens bekostning, uten rett til dette, må avstå berikelsen. Bestemmelsen er et utslag av den tredje kategorien av obligasjoner etter romerretten,¹⁷⁸ den utgjør altså *et eget grunnlag for krav*.¹⁷⁹ Følger vi den strenge sondringen mellom kontrakt og berikelse, skal det altså ikke være anledning til å anvende § 812 som rettsgrunnlag for vinningsavståelse ved brudd på avtalte konkurranseklausuler. Ordlyden stenger antageligvis også for en slik anvendelse ettersom det kreves at den økonomiske fordelingen skjer som en konsekvens av en formuesforskyvning jf. «sonstiger Weise auf dessen Kosten». En viktig forutsetning for typetilfellene i denne avhandlingen er at det nettopp ikke kan påvises en form for formuesforskyvning, og da faller også § 812 utenfor typetilfellene som drøftes her.

En mulig parallell til typetilfellene er å finne i dommer fra immaterialrettsområdet. Bundesgerichtshof kommer blant annet i BGH 16.12 1973, BGHZ 60, 206 til at en berettiget etter en immaterialrett kan kreve erstatning beregnet ut fra enten: a) tap, b) en rimelig lisensavgift eller c) erstatning basert på fortjenesten til krenkeren av rettigheten.¹⁸⁰ Det siste alternativet har klare likhetstrekk med et vinningsavståelses-

¹⁷⁷ Se Justice Scalias votum.

¹⁷⁸ Se punkt 3.2.

¹⁷⁹ Markesinis mfl. 1997 s. 711.

¹⁸⁰ Markesinis mfl. 1997 s. 715.

krav, og begrunnelsen er nettopp den at det er vanskelig å bevise et tap.¹⁸¹ Reglene er uttrykk for det som omtales som dreifachen Schadensberechnungsmethode,¹⁸² men er altså formelt sett måter å beregne *erstatning* på.¹⁸³ Derfor blir det ikke helt presist om å omtale det som et vinningsavståelseskrav. Om en slik beregningsmetode overføres til andre tilfeller hvor det er vanskelig å konstatere eller beregne et tap, har jeg ikke funnet eksempler på.

Mest nærliggende i denne sammenheng blir dermed reglene om såkalt *unechte negotiorum gestio*.¹⁸⁴ Det følger av BGB § 687 (2) at dersom noen

«Behandelt [...] ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, dass er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen».

Altså kan den som med vitende vilje utnytter en annens forretning/rettighet til å oppnå en fortjeneste for seg selv, måtte avstå denne fortjenesten til forretningshaveren. Regelen må antas å ha stor betydning for hovedmannen – «der Geschäftsherr» – som ikke kan påvise et økonomisk tap som en følge av den urettmessige utnyttelsen.¹⁸⁵ Bestemmelsen har dermed etter ordlyden likhetstrekk med situasjonen som er tema i denne avhandlingen: den forpliktete etter en konkurranseklausul utnytter berettigedes konkurransefortrinn – «Geschäft» – som sin egen, og profiterer på dette. Tilsynelatende skulle bestemmelsen kunne anvendes som et rettslig grunnlag for å tilkjenne et vinningsavståelseskrav som en sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler. Det er imidlertid en oppfatning i tysk teori og praksis om at bestemmelsen ikke kan komme til anvendelse ved forsettlig brudd på kontrakt.¹⁸⁶ Av enkelte teoretikere har det også blitt tatt til orde for at regelen er et unødvendig uryddig element i systemet, og at det vil være anledning til å anvende § 818 sammenholdt med § 816 til å komme til samme resultat som etter § 687 (2).¹⁸⁷

¹⁸¹ *Loc.cit.* Regelen minner om de norske sanksjonsreglene for brudd på immaterialretter, se punkt 6.3.3 flg.

¹⁸² Monsen 2007 s. 108, med videre henvisninger til tysk teori.

¹⁸³ Sml. *op.cit.* s. 345.

¹⁸⁴ Helms 2015 s. 220.

¹⁸⁵ Håstad 1973 s. 20.

¹⁸⁶ Helms 2015 s. 220 med videre henvisning til praksis.

¹⁸⁷ Dannemann 2009 s. 206.

I et tilfelle med en brutt avtalt konkurranseklausul er det dermed de kontraktsrettslige reglene som kommer til anvendelse på forholdet. Det vil da være BGB § 249 flg. som danner grunnlaget for en eventuell sanksjon, i form av erstatning.

Til tross for at det i tysk rettsvitenskap i lang tid har vært diskusjoner om berikelseskrav, og at det finnes en egen hjemmel for berikelseskrav jf. BGB § 812, fremstår det som å være få muligheter til å gjøre gjeldende et vinningsavståelseskrav som en sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler.

I juridisk teori har det blitt gjort gjeldende betraktninger *de lege ferenda* om at det bør utvikles klarere regler om vinningsavståelse. Avgjørende faktorer da bør være om krenkeren forsettlig har «ranet» til seg en annens rettighet, eller hvor krenkede har blitt fratatt muligheten til å oppnå en fortjeneste han egentlig hadde krav på.¹⁸⁸ En slik regel ville antageligvis passet på tilfeller hvor det er tale om brudd på avtalte konkurranseklausuler.

¹⁸⁸ Helms 2015 s. 222.

5 Legislative betraktninger

5.1 Betraktninger om korreksjonsrettferdighet

I punkt 1.3 var jeg inne på at et vinningsavståelseskrav kan tjene reparative formål. Bakgrunnen for dette er at reparasjonshensynet egentlig er utslag av en grunnleggende tanke om korreksjonsrettferdighet. I dette punktet skal jeg drøfte om et vinningsavståelseskrav kan begrunnes ut fra tanken om korreksjonsrettferdighet.

Å fremstille denne bakenforliggende rettferdighetstanken innebærer en viss abstrahering, og jeg velger derfor å fremstille rettferdighetstanken med utgangspunkt i erstatningsreglene. Deretter drøfter jeg om den samme rettferdighetstanken kan utgjøre en begrunnelse for vinningsavståelseskrav i kontrakt. Årsaken til dette er at tanken om korreksjonsrettferdighet tradisjonelt har vært drøftet på deliktsrettens område.¹⁸⁹ Dette valget innebærer et skritt til side fra avhandlingens problemstilling, men jeg finner det nødvendig av pedagogiske hensyn.

Et sentralt hensyn bak anerkjennelsen av erstatningskrav er det såkalte reparasjonshensynet, som går ut på at en skadevolder skal bøte for seg til skadelidte.¹⁹⁰ Tanken er at skadevolder skal gjenopprette den ubalansen han har skapt i sitt forhold til skadelidte,¹⁹¹ og erstatningskravet innebærer således en *korreksjon av de faktiske negative effekter*¹⁹² den klanderverdige opptreden medførte. Utgangspunktet om at en skadevolder kan måtte korrigere skaden ved å betale erstatning vil også kunne skape en frykt for å skade andre, og dermed medfører erstatning også en preventiv effekt.¹⁹³

Tanken om at erstatning skal reparere skaden kan hevdes å hvile på det grunnleggende prinsippet om korreksjonsrettferdighet.¹⁹⁴ Det er nok også derfor «corrective justice» i hovedsak har vært drøftet på deliktsrettens område. Denne grunnleggende rettferdighetstanken blir forstått ulikt i ulike sammenhenger. Slik jeg forstår den, bærer korreksjonsrettferdighet¹⁹⁵ i sin kjerne to elementer: korrelativitet («correlativi-

¹⁸⁹ Se Askeland 2006 s. 20 og Færstad 2015 s. 70–71, med videre henvisninger.

¹⁹⁰ Nygaard 2007 s. 19.

¹⁹¹ Lødrup 2012 s. 110.

¹⁹² Sml. Monsen 2010(a) s. 4.

¹⁹³ Stang 1919 s. 54–56 hvor dette anses som en bivirkning. Nygaard 2007 s. 20. Mer kritisk er Lødrup 2012 s. 112–116 og Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 19. Mer om prevensjonshensynet i punkt 5.2.

¹⁹⁴ Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 21.

¹⁹⁵ Monsen 2007 s. 119, omtaler det som «utvekslingsrettferdighet».

ty)), og det materielle innholdet av rettigheter og plikter («personality»)¹⁹⁶ Ideen stammer opprinnelig fra Aristoteles,¹⁹⁷ men har i senere tid særlig blitt fokusert på av Ernest J. Weinrib.¹⁹⁸

Korrelativitet går i korte trekk ut på at to parter er påfører og lidende av en *urettferdighet*. På deliktsrettens område er det den skadevoldende handling som utgjør urettferdigheten. Skadevolders påføring av skade på skadelidte skaper et bånd mellom de to. Dette båndet er grunnleggende for korrelativitet, ettersom det får frem at skadevolder er ansvarlig *overfor* skadelidte.¹⁹⁹ Korrelativitet er derfor en strukturell idé som ligger til grunn for ansvar mer generelt.²⁰⁰ Videre søker denne strukturelle ideen å få frem at det mellom *ansvaret* og *skaden* er en symmetri:²⁰¹ ansvaret kan ikke bli større enn skaden, og *vice versa*.²⁰² Det er når denne symmetrien er oppnådd vi kan si at rettferdigheten, eller likevekten, mellom de to partene har gjenoppstått.

Det andre elementet – «personality» – er enda mer abstrakt enn korrelativitet.²⁰³ Slik jeg forstår dette elementet, innebærer det samlingen av rettigheter og plikter i forholdet mellom A og B.²⁰⁴ I erstatningsrettslig teori anses dette som summen av rettigheter «institusjonalisert gjennom juridiske regler, juridiske institusjoner og ikke minst den erstatningsrettslige tenkemåte».²⁰⁵ Det andre elementet «personality» er derfor ment å omfatte vår idé om at skadelidte har et krav på å få skaden kompensert.²⁰⁶ Denne ideen kommer til uttrykk gjennom våre lovregler og ulovfestet rett som regulerer når skaden kan bli kompensert.

De to elementene kan tydeliggjøres med et konkret eksempel. Vi kan tenke oss at A og B er naboer, og videre at A er misunnelig på Bs fine hage. En dag A er ute på sykkel tur ser han tilfeldigvis B gående litt lengre fremme. A er så lei av at B får mye oppmerksomhet for den fine hagen, og finner derfor ut at han skal ødelegge litt for B. A trækker opp farten på sykkelen og sikter seg inn mot B. Det hele ender med et kraf-

¹⁹⁶ Se Weinrib 2012 s. 15–29 og Askeland 2006 s. 21–23.

¹⁹⁷ Askeland 2006 s. 21.

¹⁹⁸ Se blant annet Weinrib 2012.

¹⁹⁹ Weinrib 2012 s. 18.

²⁰⁰ *Loc.cit.*

²⁰¹ Askeland 2006 s. 22.

²⁰² Weinrib uttaler at «[t]he court's finding of liability is the response to an injustice that, accordingly, has the same correlative shape as liability itself.» jf. Weinrib 2012 s. 18. Slik jeg tolker dette kan det ses som uttrykk for en slik symmetri.

²⁰³ Lignende Færstad 2014 s. 74.

²⁰⁴ Sml. Weinrib 2012 s. 21–29 og Weinrib 2001 s. 119–126.

²⁰⁵ Askeland 2006 s. 22.

²⁰⁶ *Loc.cit.*

tig smell som leder til at B knekker begge armene. A gnir seg i hendene for at B ikke kan stelle i hagen før om lenge.

I en slik situasjon skaper den skadevoldende handling – A meier ned B med sykkel – for det første et bånd mellom de to partene. Dette båndet medfører at det er kun A som kan være ansvarlig for de to knekte armene, ikke for eksempel C. Båndet medfører og at A kun kan være ansvarlig for nettopp de to knekte armene. Han kan ikke holdes ansvarlig for at C i den etterfølgende uken slår fortennene ut på den uheldige mannen B. For det annet aktualiserer den skadevoldende handling de grunnleggende reglene som institusjonaliserer Bs rett til ikke å få sin integritet krenket. Disse reglene fastlegger As plikt til ikke å krenke Bs integritet, og *vice versa* fastlegger reglene Bs rett til ikke å få sin integritet krenket av A. Når disse reglene leder til at A må betale erstatning til B for de to knekte armene, er rettferdigheten – likevekten – mellom de to gjenopprettet.

Denne måten å utlede korreksjonsrettferdighet på kan etter mitt syn overføres til kontraktstilfeller. En kontrakt er imidlertid, i motsetning til delikt, en frivillig transaksjon og dermed blir forklaringen litt annerledes. Jeg skal utdype dette i det følgende.

Ser vi på korrelativitet først så skapes båndet mellom A og B gjennom enighet, og denne enigheten kommer til uttrykk i kontrakten. Det er A som skal levere en var til B, ikke for eksempel C. Ytterligere skaper dette båndet, i dette tilfellet varekontrakten, en symmetri. Denne symmetrien går ut på at A skal levere en konkret vare, og ikke noe annet. Videre går symmetrien ut på at B skal betale et vederlag for varen. Altså kan vi si at kontrakten og dens ulike vilkår skaper en likevekt mellom de to partene. Hvordan denne likevekten skal være i det konkrete kontraktsforholdet er det opp til partene å regulere.²⁰⁷ Denne likevekten kan også omtales som kontraktens avtalte balanse. Så lenge kontrakten avvikles på de vilkårene partene har blitt enige om vil balansen, eller likevekten, mellom de to bestå. Idet kontrakten ikke oppfylles som forutsatt, for eksempel fordi A ikke leverer varen, har det oppstått en ubalanse (en likevektsforstyrrelse).²⁰⁸

Fordi kontrakten er frivillig er det først og fremst partene som bestemmer rettighetene og pliktene overfor hverandre («personality»). Partene vil derfor også regulerer sanksjonsmulighetene dersom det oppstår en ubalanse. Men i tillegg gjelder det

²⁰⁷ Så lenge den ikke er i strid med rimelighetsstandarder som følger av avtalelovens § 36, har partene nokså fritt spillerom til å bli enige om avtalens balanse.

²⁰⁸ Sml. Monsen 2007 s. 120, som bruker «likevektsforstyrrelse».

også bakgrunnsrettslige regler som kan utfylle kontrakten dersom partene ikke har regulert rettighetene og pliktene tilstrekkelig. Lignende som det siterte fra Askeland kan det sies at rettighetene og pliktene her er institusjonalisert gjennom kontraktsrettslig tenkemåte. I punkt 1.3 skrev jeg at disse bakgrunnsrettslige reglene skal virke reparativt når kontraktsmislighold er et faktum. Legges det til grunn at reparasjonshensynet er begrunnet i tanken om korreksjonsrettferdighet betyr dette egentlig at ubalansen (misligholdet) skal korrigeres (repareres) med de bakgrunnsrettslige sanksjonsreglene.

Hvilke sanksjoner som skal komme til anvendelse ved en ubalanse i et kontraktsforhold må bestemmes ut fra hvilken ubalanse det er tale om, og hva som er formålet med kontrakten. At sanksjonen må bestemmes ut fra formålet med kontrakten følger av at det er kontrakten som gir uttrykk for likevekten.²⁰⁹ Den sanksjonen som er egnet til å ivareta formålet bak kontrakten vil kunne gjenopprette balansen, og dermed altså kunne begrunnes ut fra tanken om korreksjonsrettferdighet.

For å kunne slå fast om et vinningsavståelseskrav kan begrunnes ut fra tanken om korreksjonsrettferdighet som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler må det undersøkes hva som er formålet med slike klausuler.

Som jeg nevnte i innledningen er en konkurranseklausul som regel begrunnet i et ønske om å beskytte et konkurransefortrinn. Bakgrunnen for at den berettigede ønsker å beskytte dette konkurransefortrinnet er fordi det som regel vil være egnet til å generere inntekter. Når forpliktede i avtalen samtykker i ikke å utnytte dette konkurransefortrinnet på en bestemt måte, innebærer dette at forpliktede aksepterer at utnyttelsen av konkurransefortrinnet ligger eksklusivt hos berettigede. Med andre ord innebærer avtalen en aksept om at de økonomiske fordelene som kan følge av det beskyttede konkurransefortrinnet skal tilfalle berettigede. Derfor kan konkurranseklausuler sies å være utslag av et «belønningshensyn».²¹⁰ Belønningshensynet innebærer at den berettigede skal belønnes for den innsatsen som ligger bak oppnåelsen av det aktuelle konkurransefortrinnet.²¹¹

²⁰⁹ Sml. *op.cit.* s. 120–122.

²¹⁰ Monsen 2006 s. 163.

²¹¹ Tankemessig kan det her trekkes en parallell til avtaler om etterbetaling. Begrunnelsen bak slike avtaler er som regel at den som har et krav på etterbetaling har ytt en innsats som gir utslag i inntekter på et senere stadium enn da innsatsen ble ytt.

Dersom en konkurranseklausul brytes oppstår det altså en ubalanse i forholdet mellom berettigede og forpliktete. Ubalansen er et resultat av at det var berettigede, ikke forpliktete som skulle dra nytte av konkurransefortrinnet. En slik ubalanse kan gi utslag i et tap hos den berettigede, som for eksempel der hvor den forpliktete etter klausulen klart kan bevise at en avtale gikk tapt på grunn av konkurransehandlingen. Så lenge det er anledning til å påvise at det er kontraktsbruddet som er årsaken til tapet, følger det av kontraktsrettslige tenkemåte at likevekt mellom partene gjenopprettes ved å tilkjenne erstatning. I en slik situasjon vil erstatningskravet være egnet til å gjenopprette ubalansen fordi det kan knyttes direkte til belønningshensynet: tapet er en direkte konsekvens av den kontraktsstridige utnyttelsen av konkurransefortrinnet.

I andre tilfeller er det imidlertid ikke sikkert at bruddet på konkurranseklausulen leder til et tap hos berettigede.²¹² Det kan for eksempel være vanskelig å konstatere årsakssammenheng mellom bruddet på konkurranseklausulen og et kundetap. Selv om bruddet på konkurranseklausulen ikke gir utslag i et tap hos berettigede er det også her tale om en ubalanse i kontraktsforholdet. Ofte resulterer brudd på konkurranseklausuler at forpliktete oppnår en økonomisk fordel. Ser vi da tilbake til formålet med konkurranseklausulen så var nettopp dette å beskytte berettigedes rett til å oppnå økonomiske fordeler gjennom utnyttelse av konkurransefortrinnet. Motsetningsvis var formålet å forhindre at forpliktete kunne oppnå økonomiske fordeler gjennom urettmessig utnyttelse av konkurransefortrinnet. Konkurranseklausulen kan tolkes som at det er en forutsetning mellom partene at de økonomiske fordeler konkurransefortrinnet er egnet til å generere skal tilfalle berettigede. Dersom dette utledes som den avtalte likevekten mellom berettigede og forpliktete kan et vinningsavståelseskrav være egnet til å korrigere for den ubalansen forpliktetes kontraktsbrudd medfører. Da havner den økonomiske fordel hos den som etter kontrakten var berettiget til den. Vinningsavståelseskravet verner da belønningshensynet.

Utslag av en slik tenkemåte kan nok leses ut av enkelte avgjørelser fra Høyesteretts praksis. I Rt. 1966 s. 305 var det avtalt en kundeklausul mellom et skipsmeglerselskap og en skipsmegler.²¹³ Klausulen forpliktet megleren til ikke å gjøre forretninger med meglerselskapets faste forbindelser i løpet av året etter meglersens fratredelse. Tanken bak klausulen var altså at det mellom partene var meglerselskapet

²¹² Jeg skisserer to slike typetilfeller i punkt 6.2.

²¹³ Jeg kommer grundigere tilbake til denne avgjørelsen under punkt 6.3.1.

som skulle kunne gjøre forretninger med de faste forbindelsene, *ikke* megleren. Så lenge megleren respekterte klausulen ville likevekten bestå. Men dette gjorde han ikke, og han oppnådde dermed en økonomisk fordel. Uten å ta stilling til om meglerselskapet led et tap som en følge av kontraktsbruddet, kommer førstvoterende til at skipsmegleren måtte avstå de økonomiske fordelene han hadde oppnådd ved bruddet på kundeklausulen. Bakgrunnen for dette var at han

«ikke hadde rett til å utføre meglerforretninger for [kunden] i året 1956, og [måtte] under de foreliggende omstendigheter [...] ha plikt til å avstå til [meglerselskapet] den kommisjonen han [hadde] oppnådd».²¹⁴

Uttalelsen kan tolkes som at førstvoterende var av den oppfatning at balansen i kontraktsforholdet best ble gjenopprettet dersom vinningen ble avstått. Det siterte kan være egnet til å få frem at et vinningsavståelseskrav, særlig i tilfeller med brudd konkurranseklausuler, kan gjenopprette den avtalte likevekten. Forutsetningen i slike avtaler er at konkurransefortrinnet skal kunne utnyttes av den berettigede. Brytes denne forutsetningen vil et vinningsavståelseskrav kunne være gjenopprettende.

Drøftelsene viser at et vinningsavståelseskrav kan begrunnes ut fra reparative betraktninger. At et vinningsavståelseskrav kan sies å ivareta reparasjonshensynet er en viktig erkjennelse ettersom dette kan forklare hvorfor et slikt krav bør kunne gjøres gjeldende i de tilfeller hvor erstatningsvilkårene ikke er oppfylt. I tilfeller hvor en konkurranseklausul er brutt oppstår det en ubalanse, berettigede lider av en urettferdighet, og da krever tanken om korreksjonsrettferdighet at rettferdigheten mellom berettigede og forpliktete søkes gjenopprettet. Erkjennelsen om at et vinningsavståelseskrav kan ivareta berettigedes interesser utgjør et viktig argument til fordel for at vinningsavståelseskrav bør tilkjennes i visse tilfeller.

5.2 Betraktninger om prevensjonshensynet

Erstatningsansvar i kontrakt har «først og fremst til oppgave å skape et oppfyllellespress».²¹⁵ Det samme må kunne sies om de øvrige bakgrunnsrettslige misligholdsbeføyelsene,²¹⁶ og er et utslag av det grunnleggende prinsippet om *pacta sunt servan-*

²¹⁴ S. 311.

²¹⁵ Hagstrøm 2011 s. 466.

²¹⁶ Sml. Krüger 1989 s. 737.

da.²¹⁷ I kontraktslovgivningen finner vi en rekke eksempler på dette, og det klareste eksempelet er gjerne utgangspunktet om at realdebitor kan kreve naturaloppfyllelse jf. for eksempel kjøpsloven § 23.²¹⁸

Det er som nevnt et karakteristisk trekk ved unnlatesplikter at disse kan være vanskelig å håndheve for den berettigede. Særlig gjelder dette når den forpliktete ikke respekterer et pålegg om å stanse kontraktsstridig konkurranse. Dette gjelder også for andre former for unnlatesplikter, for eksempel negative servitutter.²¹⁹ Dersom den berettigede ikke kan kreve den kontraktsstridige adferden sanksjonert effektivt, er det i seg selv liten grunn til å la være å bryte konkurranseklausuler.²²⁰

Som regel vil forpliktete være kjent med sin plikt til å avstå fra å gjennomføre konkurransehandlingen.²²¹ At den forpliktete er kjent med klausulen er et poeng det kan være grunn til å understreke fordi kontraktsbruddet i så fall gjennomføres bevisst. Det er som nevnt ofte potensialet for økonomisk gevinst som motiverer bruddet.²²² Derfor er det i motsetning til situasjonen ved integritetskrenkelser ikke slik at de «stigmatiserende følgene eller sjelelige lidelsene»²²³ ved å skade andre som hindrer kontraktsbruddet,²²⁴ men sannsynligheten for å måtte betale et økonomisk krav. Brudd på konkurranseklausuler innebærer ofte kalkulert risiko for å måtte betale erstatning eller annet krav til krenkede. Derfor omtales derfor ofte slik kontraktsbrudd som «cynical breach» eller «opportunistic breach» i engelsk og amerikansk rett.²²⁵

Erkjennelsen av at brudd på konkurranseklausuler sjeldent kan anses som «uhell»,²²⁶ medfører at det i stor grad er de potensielle sanksjonenes avskrekkende effekt som ofte vil være styrende for om slike kontraktsbrudd begås eller ikke. Dersom den misligholdende part i slike tilfeller står i fare for å måtte avstå fortjenesten ved bruddet på konkurranseklausulen vil det være mindre attraktivt å bryte slike klausuler.²²⁷ Prevensjonshensynet, et av de viktigste hensynene for å beskytte private ret-

²¹⁷ Hellner 1986 s. 341.

²¹⁸ Hagstrøm 2011 s. 379.

²¹⁹ Se eksempelvis Naturbetong II-dommen (Rt. 2011 s. 228).

²²⁰ Sml. Rognstad og Stenvik 2002 s. 519, om reglene ikke bør være slik at overtredelser av immaterialrettigheter «oppmuntres».

²²¹ Borch mfl. 2016 s. 370.

²²² Sml. Monsen 2007 s. 117.

²²³ Rognstad og Stenvik 2002 s. 519.

²²⁴ Lødrup 2012 s. 113 fremhever at det ved integritetskrenkelser er frykten for å skade andre som virker preventivt, ikke de økonomiske konsekvensene.

²²⁵ Se likevel kritikken mot slik karakteristikk som «vilkår» jf. bl.a. Virgo 2016 s. 482.

²²⁶ Sml. Monsen 2007 s. 117.

²²⁷ Borch (red.) m.fl. 2016 s. 364.

tigheter,²²⁸ utgjør derfor et tungtveiende argument for anerkjennelsen av vinningsavståelseskrav.²²⁹

I den nevnte Rt. 1966 s. 305 er premissene ikke tydelig på hva som ligger i «foreliggende omstendigheter», men det er ikke urimelig å anta at prevensjonshensynet spiller en sentral rolle for resultatet, ettersom det fremheves at skipsmegleren A var «fullt oppmerksom på» at han ikke kunne gjøre forretninger med C i året 1956.²³⁰

Prevensjonshensnets rolle som viktig begrunnelse for tilkjenning av vinningsavståelseskrav kan nok også utledes av Naturbetong II-dommen. Kravet i saken hjemles riktignok i servituttloven § 17 annet ledd, men ved utmålingen ses det hen til utbyggerens (netto)fortjeneste ved krenkelsen av servituttten. Det uttales av førstvoterende at «erstatning [skal] virke preventivt», og når opptredenen til utbyggeren fremsto som en bevisst sjanse for å tjene penger, burde erstatningen «settes høyt nok til å motvirke en slik handlemåte» (avsnitt 58). Det ble derfor ansett naturlig at utbyggeren måtte «gi fra seg noe av gevinsten ved prosjektet» (avsnitt 59). Prevensjonshensynet trekkes dermed frem som en viktig begrunnelse bak utmålingen av kravet. I et lignende tilfelle fra engelsk rett kommer den engelske domstolen til at kravet måtte settes lik hva det ville kostet å få avviklet den negative servituttten. *Wrotham Park*-saken, danner derfor grunnlaget for det som omtales som «Wrotham Park-damages». Formålet er da et litt annet, ettersom det viktigste blir å kompensere krenkede for en tapt forhandlingsmulighet, mens formålet i Naturbetong II-dommen er å sette et eksempel for å unngå fremtidig lignende krenkelser.

Sett i et slikt perspektiv kan ønsket om best mulig preventiv effekt tilsi at den misligholdende part må betale mer enn den oppnådde vinning ved misligholdet. I så tilfelle er vi over i det vi kjenner fra engelsk og amerikansk rett som «exemplary damages» og «punitive damages».²³¹ En slik sanksjon anerkjennes ikke i kontrakt i engelsk rett,²³² og jeg har heller ikke funnet eksempler på at et slikt krav blir anerkjent i kontrakt i amerikansk rett.²³³ Det kan ikke med sikkerhet påvises at desto strengere sanksjonen er, desto større preventiv effekt vil den ha. Det kan imidlertid legges til grunn en antagelse om at et vinningsavståelseskrav vil være mer effektivt om kravet kan utmåles skjønnsmessig med hensikt om å straffe, altså slik at kravet kan overstige

²²⁸ Sml. Vinding Kruse 1950 s. 85 anser prevensjonshensynet som det viktigste for å sikre opprettholdelse av fred i samfunnet.

²²⁹ For hans problemstilling se Monsen 2007 s. 401.

²³⁰ Monsen 2006 s. 167.

²³¹ Sml. Berg 2007 s. 172.

²³² Peel 2011 s. 1000–1001. Se likevel artikkelen til Cunnington, Cunnington 2006 s. 369–393, hvor det rettes et kritisk søkelys mot oppfatningen om at «exemplary damages» ikke kan gjøres gjeldende i kontrakt. Se også Edelmans drøftelser i Edelman 2002 s. 9–22.

²³³ For amerikansk rett synes altså sanksjonen kun å kunne gjøres gjeldende ved «torts».

vinningen oppnådd ved kontraktsbruddet.²³⁴ Det er imidlertid usikkert om slike pønale betraktninger kan gjøres gjeldende på privatrettens område.²³⁵

Ved spørsmålet om et vinningsavståelseskrav er pønalt motivert kan det, slik jeg ser det, være hensiktsmessig å sondre mellom hovedformålet bak en sanksjon og eventuelle følger av en slik sanksjon. Begrunnelsen bak vinningsavståelseskravet er at det skal gjøre konkurranseklausuler effektive, og rette opp i den ubalansen kontraktsbruddet medfører. Selv om det for den som må avstå vinning kan føles som en straff, er det altså ikke dette som er hovedformålet bak sanksjonen. Hadde derimot vinningsavståelseskravet blitt utmålt helt uavhengig av vinningen med formål om at det skulle føles som et onde for den forpliktete ville sanksjonen vært pønalt motivert. Her kan det trekkes paralleller til saker fra deliktsretten. I Rt. 2007 s. 687 tilkjenner Høyesterett et par fra tv-serien Big Brother 160 000 kr i oppreisning fra Se og Hør som hadde skrevet tre artikler som krenket parets personvern. Beløpet var høyt sammenlignet med for eksempel voldssaker. Forskjellen ble imidlertid funnet rettfærdiggjort på bakgrunn av at krenkelsen var motivert av vinningsformål, og at det ikke burde være billigere å publisere krenkede artikler sammenlignet med å få tillatelse.²³⁶ Forskjellen fra «punitive damages» er at «slike [tilfeller] begrunnes som regel i prevensjonshensynet, ikke i pønale betraktninger».²³⁷

Også andre sanksjoner mot mislighold av kontrakt vil for den som må betale kunne føles som en straff. Kompensatoriske beføyelser som konvensjonalbøter og erstatning skal først og fremst gjenopprette de faktiske negative effekter misligholdet medfører når misligholdet er et faktum, men de vil også kunne hevdes å ha mindre pønale trekk.²³⁸

Ved drøftelsen av misligholdssanksjoners preventive og eventuelle pønale effekt kan det kanskje være hensiktsmessig å sondre mellom sanksjoners formål før og etter kontraktsbruddet. En sanksjons preventive effekt er kun reell i forkant av kon-

²³⁴ Strafferettens differensiering mellom straffens størrelse (bot), og lengde (fengsel) etter ulike straffebud hviler i stor grad på en slik antagelse.

²³⁵ Monsen 2007 s. 397. For deliktsretten se Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 488–489. Sml. Stang 1919 s. 57 om erstatningsrettens forhold til strafferetten.

²³⁶ Se avsnitt 93–95. Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 489 for en omtale av dommen.

²³⁷ *Loc.cit.*

²³⁸ Konvensjonalbøter anerkjennes antageligvis derfor ikke som et utgangspunkt i engelsk rett. I så fall må de klart være utformet som en forhåndsutmåling av et tap. Se Cordero-Moss 2016 s. 278 note 3.

traktsbruddet, ettersom det er da sanksjonen kan være handlingsdirigerende.²³⁹ Er det for eksempel i en kjøpekontrakt slik at selgeren står i fare for å levere for sent til kjøperen, vil et potensielt erstatningsansvar virke såpass avskrekkende på selgeren at vedkommende setter inn ekstra tiltak for å oppfylle overfor kjøperen. Foreligger det imidlertid en erstatningsbetingende forsinkelse vil ikke erstatningskravet virke preventivt, fordi kontraktsbruddet allerede er et faktum.²⁴⁰ Når kontraktsbruddet først er et faktum er formålet bak erstatningskravet et litt annet: det begrunnes da ut fra at det skal gjenopprette ubalansen kontraktsbruddet medførte.²⁴¹ Som jeg viste over i punkt 5.1 kan tanken om korreksjonsrettferdighet begrunne et vinningsavståelseskrav som sanksjon. Hadde det imidlertid vært slik at hovedformålet bak sanksjonen er å markere at et slikt kontraktsbrudd er uønsket, ville vinningsavståelseskravet vært en sanksjon motivert ut fra pønale betraktninger. Så lenge sanksjonen først og fremst er reparativ er det ikke tilstrekkelig å avvise kravet utelukkende under henvisning til at det er pønalt, og at det derfor hører til strafferetten.

Så lenge det er slik at brudd på avtalte konkurranseklausuler som regel skjer på bakgrunn av en avveining mellom en kalkulert risiko for å bli erstatningsansvarlig og mulighetene til å oppnå en økonomisk fordel, vil en sanksjons preventive effekt være avgjørende for om slike kontraktsbrudd begås eller ikke.²⁴² Ved å frata den forpliktete vinningen oppnådd ved kontraktsbruddet fjernes det økonomiske incentivet bak slike kontraktsbrudd.²⁴³ Dermed vil et vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler kunne ha stor preventiv effekt.

5.3 Betraktninger om effektive kontraktsbrudd

Det vil i denne sammenheng bære for langt å foreta en dyptpløyende analyse av den rettsøkonomiske teorien om «effektive kontraktsbrudd», men fordi denne samfunns-

²³⁹ Dette må for enkelte sanksjoner nyanseres, ettersom blant annet dagmulkt vil virke som et oppfyllelsespress også etter forsinkelsen er et faktum.

²⁴⁰ Prevensjonseffekten vil i så tilfelle være at selgeren prøver å levere så raskt som mulig for å unngå at erstatningskravet blir større.

²⁴¹ Jf. punkt 5.1.

²⁴² Sammenlignes det med deliktsretten er det grunn til å tro at et vinningsavståelseskrav vil ha større preventiv effekt ved brudd på avtalte konkurranseklausuler enn den preventive effekten et erstatningskrav har på deliktsrettens område, se blant annet Hagstrøm og Stenvik 2015 s. 19 som uttaler «ellers er det grunn til å tro at den preventive effekten er størst på områder hvor aktørene bevisst vurderer risikoen for erstatningsansvar før de handler».

²⁴³ Ytterligere er det som Monsen påpeker grunn til å tro at et vinningsavståelseskrav vil gjøre sanksjonssystemet mer effektivt ettersom et slikt krav danner et søksmålsincentiv for den berettigede jf. Monsen 2006 s. 165. Sml. Monsen 2007 s. 102–103.

økonomiske betraktningen står i kontrast til prevensjonshensynet vil jeg her gi noen korte kommentarer om den.²⁴⁴

Teorien går i korte trekk ut på at kontrakter bør tillates brutt i situasjoner hvor et kontraktsbrudd er så lønnsomt for den som bryter, at vedkommende etter å ha betalt erstatning til sin medkontrahent fremdeles sitter igjen med en fortjeneste. Grunn tanken er altså at slike brudd vil lede til en såkalt pareto-forbedring.²⁴⁵ Fra dette kan det utledes et samfunnsøkonomisk argument. Det samfunnsøkonomiske argumentet går ut på at kontrakter *bør* brytes hvor det leder til en pareto-forbedring. Dette fordi den berettigede etter kontrakten ikke kommer dårligere ut økonomisk enn om kontrakten hadde blitt avviklet kontraktmessig, og i tillegg vil den forpliktete være bedre økonomisk stilt enn om vedkommende overholder kontrakten. Tanken er altså at ingen er dårligere stilt økonomisk, men heller at den ene part er bedre stilt, og kan bruke den overskytende fortjenesten på nye investeringer. Flere investeringen vil være samfunnsøkonomisk gunstig.

Denne tanken om «effektive kontraktsbrudd» har ytt et visst press mot vinningsavståelseskrav, og har særlig vært diskutert i utenlandsk teori.²⁴⁶ Så lenge forutsetningen er at kompensasjon kan sidestilles med faktisk oppfyllelse, og at det aldri oppstår tvist om kompensasjonens størrelse, er den rettsøkonomiske teorien besnærende.

Problemet med teorien er imidlertid nettopp at det veldig sjeldent vil være likegyldig for kreditor om vedkommende mottar faktisk oppfyllelse eller erstatning. Derfor har teorien også blitt kritisert i juridisk teori.²⁴⁷ Som regel inngås avtaler med en forventning om å få levert en vare eller tjeneste i tide og i kontraktmessig stand, ikke med en forventning om å få utbetalt en sum penger. Dessuten ligger prinsippet om *pacta sunt servanda* så fundamentalt til grunn for samfunnets ulike funksjoner at det er uvisst hvilke konsekvenser en slik samfunnsøkonomisk betraktning vil ha dersom den implementeres fullt ut.²⁴⁸

²⁴⁴ Se også Monsen 2007 s. 395.

²⁴⁵ Friedmann 1989 s. 3. En pareto-forbedring innebærer en handling eller unnlattelse som er «karakterisert ved at minst ett individ får det bedre (i følge egne vurderinger) og ingen får det verre» jf. Eide og Stavang 2008 s. 35–36.

²⁴⁶ Edelman 2002 s. 162–164. Se likevel Monsen 2007 s. 394–395, og for så vidt Rognstad og Stenvik 2002 s. 520 om immaterialrettskrenkelser.

²⁴⁷ Se blant annet Friedmann 1989 s. 1–24, Edelman 2002 s. 163–164, Eisenberg 2006 s. 570–577.

²⁴⁸ Sml. Monsens dørfelser av kjøpsloven §§ 68 og 69 i Monsen 2007 s. 563–565, som kommer til at kjøpsloven § 69 kanskje kan ses som et utslag av teorien om effektive kontraktsbrudd.

For konkurranseklausulers del er det imidlertid ikke tale om levering av en vare eller tjeneste, men en plikt til å unnlate å yte en viss form for konkurransemessig adferd. Dersom det er slik at forpliktete er flinkere enn berettigede til å utnytte markedspotensialet, og dermed oppnår bedre fortjeneste, skulle teorien om effektive kontraktsbrudd tilsi at forpliktete burde tillates å utføre handlingene i strid med kontrakten. En slik samfunnsøkonomisk betraktning tilsier da altså at forpliktete ikke kan forpliktes til å avlegge oppnådd vinning.

Denne samfunnsøkonomiske betraktningen yter et visst press mot vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på konkurranseklausuler, men den yter vel heller et press mot konkurranseklausuler i seg selv. Rent økonomisk ville det i mange tilfeller være mest gunstig ikke å kunne hindre konkurranse i det hele tatt. Så lenge slike klausuler kan inntas i kontrakter, og den ene part har akseptert i å avstå fra konkurransemessig virksomhet, kan det nok ikke legges særlig tung vekt på teorien om effektive kontraktsbrudd.²⁴⁹

5.4 Betraktninger om den ulovfestede lojalitetsplikt i kontraktsforhold

Som en kontrast til den rettsøkonomiske teorien om effektive kontraktsbrudd står den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Lojalitetsplikten i kontraktsforhold har et godt feste i norsk kontraktsrett.²⁵⁰ Lojalitetsplikten har en rekke implikasjoner, og disse vil variere fra kontrakt til kontrakt. Det er for eksempel liten tvil knyttet til at det stilles et strengere krav til lojalitet i samarbeidsavtaler sammenlignet med rene kjøpsavtaler,²⁵¹ og i arbeidsforhold følger det av Rt. 1990 s. 607 at det må legges til grunn en «ulovfestet lojalitet- og troskapsplikt».²⁵² Det må antas at det foreligger en forholdsvis streng lojalitetsplikt i arbeidsforhold. Lojalitetsplikten kan dermed ses på som en *glideskala*, jo tettere samarbeid eller sterkere tilknytning det er mellom kontraktpartene desto mer lojal opptreden kreves.

I den juridiske teorien er det antatt at lojalitetsplikten gjelder særlig for «konkurranseforbud, opplysningsplikt, taushetsplikt og reforhandlingsplikt».²⁵³ Årsaken til

²⁴⁹ Sml. *op.cit* s. 395.

²⁵⁰ Christoffersen 2016 s. 153.

²⁵¹ Se for eksempel Askheim 1991 s. 664 der vises det til Rt. 1969 s. 878, hvor det fremgår forutsetningsvis at parter i et partnerskap skal handle til fellesskapets beste.

²⁵² Rt. 1990 s. 607, på s. 614.

²⁵³ Nazarian 2007 s. 83.

at det antas strengere lojalitetsplikt ved unnlatesplikter er trolig fordi berettigede har få handlingsalternativer som skal sørge for at plikten overholdes.²⁵⁴ Når det gjelder konkurranseklausuler må lojal opptreden i de tilfeller hvor det oppstår en fristende mulighet, antas å være at berettigede kontaktes for å diskutere mulighetene for å la konkurranseklausulen bortfalle, for eksempel mot et visst vederlag. Er den forpliktete part i tvil om muligheten som oppstår vil være i strid med konkurranseforbudet, bør berettigede kontaktes for å drøfte rekkevidden av konkurranseklausulen. Når det, som her, stilles spørsmål om berettigede kan tilkjennes et vinningsavståelseskrav kan det legges til grunn at slik lojal opptreden ikke har skjedd.

Bakgrunnen for at brudd på konkurranseklausuler ofte fremstår som særlig illojale er fordi det ofte er et tett forhold, eller har vært et tett forhold mellom berettigede og forpliktete. Videre er det i disse tilfellene slik at forpliktete bevisst gjør nettopp det han har lovet ikke å gjøre. Motivasjonen bak bruddet er ytterligere som regel et ønske om å berike seg selv, og derfor får tilsidesettelsen av berettigedes interesser gjerne et svikaktig preg over seg.

Som gjennomgangen av engelsk rett viste gjelder det for en fiduciary strenge regler om vinningsavståelse ved gjennomføringen av oppdrag for oppdragsgiver. Begrunnelsen bak disse strenge reglene er å forhindre at fiduciary kommer i en lojalitetskonflikt.²⁵⁵ Tillitsmannen skal utelukkende handle i prinsipalens interesse. For å unngå at tillitsmannen skal bli fristet til å utnytte sin posisjon til å oppnå en vinning for seg selv, fastslår de engelske reglene at all vinning tilfaller prinsipalen. Reglene er dermed begrunnet preventivt ut fra en tanke om at slik utnyttelse ellers lett vil kunne skje.

Regler med lignende begrunnelse kan vi finne spor av i norsk rett. I asl./asal. § 6-17, som jeg kommer tilbake til i punkt 6.3.2 flg., følger det at «[e]t styremedlem, daglig leder eller noen ansatt i selskapet» ikke kan ta imot «godtgjørelse» fra andre enn selskapet når det foretas disposisjoner på vegne av selskapet. Tanken bak bestemmelsen er at de opplistede personene står i en særlig posisjon som kan utnyttes til å berike seg selv. Det følger derfor av § 6-17 (3) at godtgjørelser som er tatt imot i strid med forbudet skal tilfalle selskapet. Regelens utforming kan være med på å forhindre at det oppstår lojalitetskonflikter mellom de opplistede personene og selskapet.

²⁵⁴ Det også sjeldent aktuelt å heve avtalen ettersom båndlegger har en interesse i at klausulen består og overholdes.

²⁵⁵ Se punkt 4.2.

Tilsvarende tanker kan antageligvis leses ut av førstvoterendes premisser i Rt. 1967 s. 1335.²⁵⁶ Saken knytter seg til brudd på kvoteklausuler i en samarbeidsavtale mellom en rekke sildeoljefabrikker.²⁵⁷ Her viser førstvoterende til at når det var inngått en samarbeidsavtale mellom fabrikkene som skulle lede til like muligheter til fortjeneste, ville det «stride mot plikten til lojalitet»²⁵⁸ om tre fabrikker kunne beholde mer fisk enn kvoten tillot, og så beholde fortjenesten. Er det derfor inngått en samarbeidsavtale hvor formålet er å oppnå størst mulig fortjeneste vil lojalitetsplikten tilsi at eventuelle økonomiske fordeler som oppnås i strid med det som er best for samarbeidet, må avstås. Tilfellene er egnet til å illustrere at desto lengre ut på glideskalaen et kontraktsforhold befinner seg, desto sterkere presumsjon er det for at den berettigede har en begrunnet interesse i vinningen.²⁵⁹

Sammenhengen viser at det ved avtalte konkurranseklausuler gjelder en strengere lojalitetsplikt sammenlignet med andre kontraktsforpliktelser. At brudd på slike klausuler fremstår som særlig illojalt henger sammen med denne strengere plikten, og at konkurransehandlingen som regel innebærer en tilsidesettelse av den berettigedes interesser, til fordel for egne interesser. Særlig i samarbeidsforhold vil lojalitetsplikten være et argument til fordel for at vinningen oppnådd ved kontraktsstridige handlinger skal fordeles mellom partene i samarbeidet.²⁶⁰

²⁵⁶ Jeg kommer tilbake til denne i punkt 6.3.1.

²⁵⁷ Faktum utdypes nærmere nedenfor.

²⁵⁸ S. 1344.

²⁵⁹ Om interesse i vinningen se punkt 7.2.

²⁶⁰ Sml. sel. § 2-23 (2), som jeg skal se nærmere på i punkt 6.3.2 flg.

6 Rettsgrunnlaget for vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler

6.1 Formål og opplegg

I punkt 5 har jeg drøftet sentrale legislative betraktninger som gjør seg gjeldende når det skal tas stilling til spørsmålet om det kan foretas en regeldanningsprosess som leder til en regel om vinningsavståelse. Etter min oppfatning er det mulig å finne utslag av slike betraktninger i både rettspraksis og tilgrensende lovgivning. Identifikasjonen av disse betraktningene gjør det mulig å identifisere et felles argumentasjonsmønster som ved løsningen av ulike typetilfeller leder til likt resultat. Dette mønsteret vil, slik jeg ser det, danne et grunnlag for en regeldanningsprosess som leder til et primært rettsgrunnlag for en regel om vinningsavståelse.²⁶¹

Formålet med punkt 6 er derfor i det følgende å identifisere og drøfte det argumentasjonsmønsteret som etter mitt syn kan leses ut av rettsstoffet jeg gjennomgår. Rettsstoffet jeg gjennomgår er relevant for problemstillingen min. Med dette mener jeg at rettsstoffet knytter seg til typetilfeller som er lik, eller tilnærmet lik typetilfellene som omfattes av avhandlingens problemstilling. Fordi jeg anser *sammenhengen* i rettsstoffet som sentralt for regeldanningsprosessen frem mot rettsgrunnlaget bør rettsstoffet analyseres samlet. Disse drøftelsene vil jeg foreta i punkt 6.3. Dette punktet blir da også nokså omfattende. Men det er mulig å skissere tre grunnstrukturer i gjennomgangen som kan skape en viss oversikt. Disse strukturene er: rettspraksis, tilgrensende lovgivning og sideblikk til utenlandsk rett. I punkt 6.4 foretar jeg så en harmonisering av de funn som har blitt gjort i punkt 6.3.

Før drøftelsen av det primære rettsgrunnlaget skal jeg imidlertid oppstille to typetilfeller hvor det kan bli aktuelt å stille spørsmål om et vinningsavståelseskrav kan gjøres gjeldende. Som nevnt i punkt 1.4 drøftes kun tilfeller hvor det er problematisk å tilkjenne et erstatningskrav som en følge av bruddet på konkurranseklausulen. Disse to typetilfellene er ment å illustrere to slike tilfeller, og er tenkt å danne et perspektiv for drøftelsene i punkt 6.3. Det første tilfellet skal markere de problemer som kan oppstå med å konstatere årsakssammenheng mellom et «tap» og bruddet på

²⁶¹ Se de metodiske betraktningene om dette i punkt 2.2.2.

konkurransesklausulen.²⁶² Det andre tilfellet skal markere en situasjon hvor det ikke kan påvises et «tap», men hvor det klart kan påvises en økonomisk fordel hos den forpliktete. At jeg oppstiller typetilfellene i denne rekkefølgen er ment å illustrere at vi beveger oss lengre og lengre bort fra tilfeller hvor det vil være anledning til å konstruere et erstatningskrav.

6.2 To konkrete typetilfeller

Det første typetilfellet kan markere et særtrekk ved mange konkurranseklausuler. Den berettigede kan på grunn av kontraktens relativitet kun binde sin kontraktsmotpart, den forpliktete. Aller helst skulle vel imidlertid berettigede også ønske å begrense handlingsalternativene til andre konkurrenter,²⁶³ og med dette oppnå best mulig konkurranseposisjon. Fordi det finnes andre konkurrenter på markedet som konkurrer legitimt er det ofte vanskelig å utelukke at det kundetapet, eller den omsetningsnedgangen berettigede opplever ikke ville inntruffet dersom kontraktsbruddet fra forpliktete tenkes borte.²⁶⁴ I arbeidsforhold vil det ytterligere være vanskelig å fastslå hvilke deler av en omsetningsnedgang eller fortjenestetap som skriver seg fra kontraktsbruddet, og hvilke fra det faktum at bedriften mister arbeidskapasitet som en følge av den forpliktetes fratredelse.²⁶⁵

I det første typetilfellet kan vi tenke oss en skipsmegler (A) som får i oppdrag av reder (B) å selge Bs skip. I kontrakten mellom A og B er det regulert at A ikke har anledning til å megle tilsvarende skip for andre potensielle oppdragsgivere så lenge oppdraget for B består. Begrunnelsen bak klausulen er at B ønsker færrest mulige skip av samme type i markedet, og i tillegg at A skal fokusere arbeidskapasiteten mot salg av Bs skip. B håper at prisen på skipet som skal selges blir høyest mulig. I en slik avtale kan det diskuteres hvor stort konkurransefortrinnet for B egentlig er, men et lite konkurransefortrinn vil B kunne tenkes å ha ved å forplikte A. Hva som i en slik avta-

²⁶² Jeg setter «tap» i anførselstegn fordi det etter de erstatningsrettslige grunnvilkårene ikke vil være et tap som kan kreves erstattet av skadevolder/den misligholdende part dersom det ikke foreligger årsakssammenheng.

²⁶³ Forutsatt at det finnes andre konkurrenter på markedet.

²⁶⁴ Borch mfl. 2016 s. 320–325, med henvisning til flere avgjørelser fra underrettspraksis som illustrerer problemet. LB-2011-90588 er illustrerende for problemet.

²⁶⁵ Rt. 1990 s. 607, er et eksempel på dette siste problemet. Her uttaler Høyesterett at vurderingen av hvilke tap som kan kreves erstattet «kompliseres blant annet av at man i utgangspunktet må se bort fra det tap som i alle tilfelle ville ha oppstått for Viking som en følge av at tre nøkkelpersoner sa opp sine stillinger» (s. 616). Sml. *op.cit.* s. 322.

le må regnes som et «tilsvarende skip» vil bero på en konkret vurdering i det aktuelle kontraktsforholdet.

Tenkes det så videre at megleren ikke klarer å selge Bs skip med det første. Salget tar lengre tid enn både A og B hadde regnet med. A påtar seg derfor et nytt oppdrag for rederen C som skal selge et tilsvarende skip som B. Det siste oppdraget går lettere, og A klarer å selge Cs skip innen en forholdsvis kort periode. En stund etter klarer A også å selge skipet til B, men til en lavere pris enn det både A og B hadde forventet ved avtaleinngåelse. B går så til søksmål mot A for bruddet på konkurranseklausulen, og spørsmålet blir da hvilken sanksjon B kan gjøre gjeldende mot A for bruddet på klausulen. Som hovedregel vil B i en slik sak ønske å få dekket det eventuelle fortjenestetapet han har lidt som en følge av kontraktsbruddet fra A.

Typetilfellet byr på utfordrende vurderinger av årsakssammenheng mellom bruddet på konkurranseklausulen og salget av Bs skip til en lavere pris enn forventet. Det er flere elementer som gjør et tilfelle som dette vanskelig å vurdere. Som en tungtveiende innvending mot årsakssammenheng kan det anføres at ikke er noen garanti for at markedet hadde vært villig til kjøpe Bs skip for den aktuelle prisen, uavhengig av om A også hadde solgt Cs skip samtidig. Det er altså ikke sikkert at Bs skip hadde blitt solgt selv om As mislighold tenkes borte. At skipet ikke ble solgt kan for eksempel være begrunnet i at prisen var for høy. Det kan også være at aktuelle kjøpere ikke var villige til å inngå kontrakt med B, men ikke hadde problemer med å kjøpe tilsvarende skip av C. Videre er det ikke utenkelig at salget av Cs skip vekket interessen for mulige kjøpere av Bs skip. Med andre ord kan As brudd på konkurranseklausulen være en viktig årsak til at Bs skip ble solgt like etter salget av Cs skip.

Som en ytterligere anførsel mot årsakssammenheng kan A anføre at skipet til C kunne blitt solgt av en annen megler, og slik sett ville Bs skip møtt den samme konkurransen i markedet. Det er som nevnt ofte slik at den samme konkurransen som den forpliktete utøver i strid med konkurranseklausulen, utøves legitimt av andre konkurrenter i det samme markedet.

I et tilfelle som det skisserte er det altså høyst problematisk å legge til grunn at bruddet på konkurranseklausulen er årsaken til at Bs skip blir solgt til en lavere pris enn det begge parter hadde grunn til å regne med. Det er derfor lite trolig at A vil bli holdt erstatningsansvarlig i en slik sak. Dermed illustrerer tilfellet godt at B har få muligheter til å ivareta konkurranseklausulens effektivitet. Ytterligere viser typetilfel-

let at A har brutt konkurranseklausulen forsettlig, med hensikt om å oppnå en økonomisk fordel i form av kommisjon fra rederen C. Altså har ikke et mulig erstatningskrav virket tilstrekkelig preventivt for å ivareta konkurranseklausulens effektivitet, og når kontraktsbruddet først er et faktum har det oppstått en ubalanse i kontraktsforholdet mellom A og B. Spørsmålet som skal drøftes i punkt 6.3 er om det er grunnlag for at det i slike tilfeller kan tilkjennes et vinningsavståelseskrav for å gjenopprette ubalansen i kontraktsforholdet, og for å sørge for at prevensjonshensynet i tilstrekkelig grad blir ivaretatt.

Det neste typetilfellet jeg oppstiller markerer på samme måte at erstatningsreglene ikke alltid er egnet til å ivareta konkurranseklausulers effektivitet. Dette typetilfellet skal illustrere at det kan oppstå situasjoner hvor bruddet på konkurranseklausulen ikke leder til et tap. Fordi tapsvilkåret ikke er oppfylt vil det ikke være anledning til å konstruere et erstatningskrav.

I det følgende tenker vi oss at B er eneforhandler av et svært populært produkt som leveres av D. Produktet B selger er forholdsvis nytt, og D er den eneste som foreløpig leverer produktet. For B er det umulig å klare å ta i mot nok varer til å mette den stadig økende etterspørselen. B har med andre ord inngått en lukrativ kontrakt med D.²⁶⁶ Derfor pålegger B lederen av selskapet A en konkurranseklausul som forplikter A til ikke å starte konkurrerende virksomhet før det har gått seks måneder etter As fratredelse.²⁶⁷ Tanken til B er altså at han skal ha klart å bygge opp virksomheten nok i løpet av disse månedene, og slik står bedre rustet til å møte økt konkurranse. Det er A som står for all kontakt med D. B sikrer seg med denne konkurranseklausulen en mulighet til å kunne utvide virksomheten nok til å mette etterspørselen, til tross for en eventuell konkurranse fra A.

For at en slik klausul skal brytes blir det en forutsetning at A bak Bs rygg tilnærmer seg D for å få i stand et samarbeid. Et slikt kontraktsbrudd vil også innebære at D bryter eneforhandlerkontrakten med B. Situasjonen er imidlertid ikke helt utenkelig ettersom D i utgangspunktet kanskje ikke burde hatt en eneforhandleravtale med B. Men fordi produktet er såpass populært som det er, har D heller ikke interesse av å avslutte samarbeidet med B, som antageligvis har en god posisjon i markedet. For D kan det slik sett være økonomisk fordelaktig å inngå avtale med A som han allerede

²⁶⁶ I en slik situasjon kan det stilles spørsmål til om avtalen er like lukrativ for D, som nok helst ikke burde inngått en eneforhandleravtale.

²⁶⁷ Klausulen må holde seg innenfor den spesielle ugyldighetsregelen i agenturloven § 34.

har kjennskap til. Han står heller ikke i fare for å miste B som forhandler, ettersom B har et åpenbart ønske om å la kontrakten løpe videre.²⁶⁸ Dersom A bryter konkurranseklausulen blir spørsmålet også her hvilke sanksjonsmuligheter B har. I typetilfellet kan B også gå til søksmål mot D for bruddet på eneforhandleravtalen, men for å unngå å skape et dårlig forhold til leverandøren velger B å saksøke A.²⁶⁹ Tenkes det at Bs salgstall fortsetter å stige selv om A har brutt og bryter konkurranseklausulen, blir det kunstig å legge til grunn at B lider et tap. Dette til tross for at det må antas at As kunder ville valgt B dersom A ikke hadde brutt konkurranseklausulen. Situasjonen er nettopp den at B ikke ville klart å levere mer av produktet selv om As mislighold tenkes borte. Likevel er det også her slik at A har gjort det han ikke skulle gjøre etter kontrakten med B, og ved dette oppnådd en vinning. Spørsmålet blir da også her om B kan kreve avstått den vinning A har oppnådd ved å bryte konkurranseklausulen.

6.3 Identifikasjon av et argumentasjonsmønster

6.3.1 Et argumentasjonsmønster i rettspraksis

Oppstillingen av de to typetilfellene viser at det ved brudd på avtalte konkurranseklausuler kan oppstå situasjoner hvor et erstatningskrav ikke ivaretar konkurranseklausuler tilstrekkelig effektivt. Drøftelsene i det følgende vil vise at lignende situasjoner har oppstått i praksis.

I den allerede nevnte Rt. 2007 s. 817 oppsto spørsmålet om årsakssammenheng mellom As brudd på en kundeklausul og Bs tap av kunden C. B drev med utforming og produksjon av trykksaker til andre bedrifter, og A var ansatt som kreativ leder i B. Det var i kontrakten mellom A og B avtalt at A ikke skulle kunne gjøre oppdrag for Bs kunder i en viss periode etter fratredelsen. A brøt denne klausulen og gjennomførte et oppdrag for C i karanteneperioden. I saken ble det anført at C anså A som nøkkelpersonell for sitt kundeforhold hos B. Derfor hevdet A at C uansett ikke ville benyttet seg av tjenestene til B dersom bruddet på konkurranseklausulen ble tenkt borte. Anførselen gikk med andre ord ut på at betingelseslærens ulovfestede vilkår ikke var

²⁶⁸ Typetilfellet har visse likhetstrekk med det som var oppe i Rt. 1990 s. 607.

²⁶⁹ Tilsvarende som situasjonen i Rt. 1966 s. 305, på s. 311 har B her en valgfrihet om B vil saksøke for brudd på eneforhandlerkontrakten eller for brudd på konkurranseklausulen.

oppfylt.²⁷⁰ Situasjonen i avgjørelsen ligner i stor grad på det første typetilfellet som har blitt skissert over.

For Høyesterett var det ene av to spørsmål om lagmannsretten, som ikke hadde funnet bevist tilstrekkelig årsakssammenheng mellom kontraktsbruddet og tapet av kunden,²⁷¹ hadde anvendt reglene om bevisbyrde riktig.²⁷² Førstvoterende kommer i saken til at lagmannsretten hadde anvendt disse reglene korrekt. Det ble derfor lagt til grunn at det ikke forelå årsakssammenheng mellom As brudd på konkurranseklausulen og Bs tap av kunden C.

Lagmannsretten hadde på grunn av manglende årsakssammenheng tilkjent et berikelseskrav til B, som en sanksjon mot As kontraktsbrudd. Det andre spørsmålet for Høyesterett var om lagmannsrettens rettsanvendelse i tilknytning til dette var riktig. Lagmannsretten kom «under betydelig tvil, [...] [til] at A bør pålegges å betale til [B] berikelsen han har hatt ved å opptre i strid med sine kontraktsforpliktelser». Lagmannsretten kom til at slike krav kunne tilkjennes under henvisning til Rt. 1985 s. 290, og den rimelighetsvurdering den avgjørelsen gir uttrykk for. Tilsynelatende legger altså lagmannsretten til grunn den løsningen som det har blitt tatt til orde for i deler av den juridiske teorien.²⁷³ Resultatet viser etter mitt syn hvor tungtveiende rettferdighetstanken som ligger bak berikelsesgrunnsetningen kan være i enkelte tilfeller.²⁷⁴

I motsetning til tingretten og lagmannsretten kommer førstvoterende til at et berikelseskrav ikke kunne tilkjennes i saken. Høyesterett ga i enda større grad enn lagmannsretten uttrykk for tvil når det gjaldt rettsgrunnlaget for et eventuelt berikelseskrav. I premissene vies det ett avsnitt til drøftelsen av berikelseskrav som sanksjon, og førstvoterende uttaler at han:

«ikke [ser] bort fra at det etter omstendighetene *kan være grunnlag* for slike berikelseskrav ved brudd på konkurranseklausuler. Rettspraksis gir ikke sikre holdepunkter, men enkelte avgjørelser *gir en viss støtte for en slik lære*, jf. særlig Rt-1966-305. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på hvilke vil-

²⁷⁰ P-pilledom II (Rt. 1992 s. 64), formulerer betingelseslæren. Jeg kommer tilbake til dette under punkt 7.5.

²⁷¹ LB-2005-117741.

²⁷² Avsnitt 34.

²⁷³ Hagstrøm 2011 s. 687.

²⁷⁴ Se punkt 3.2. Det må nevnes at også tingretten tilkjenner et berikelseskrav jf. TOSLO-2004-17814.

kår som eventuelt må være til stede for at et berikelseskrav skal føre frem. I denne sammenheng er det tilstrekkelig å gi uttrykk for at subjektive forhold hos den som krenker konkurranseklausulen, vil være av vesentlig betydning. Hvilken grad av skyld som må være til stede, finner jeg det imidlertid vanskelig på generelt grunnlag å ta standpunkt til. I den foreliggende sak er Høyeste rett - som nevnt - bundet av at lagmannsretten har lagt til grunn at [A] bare handlet uaktsomt. Etter min mening kan det under slike omstendigheter ikke være grunnlag for et berikelseskrav.»²⁷⁵

Uttalelsene er forsiktige og kan av den grunn ikke tolkes som at det åpnes for vinningsavståelseskrav som sanksjon mot mislighold av konkurranseklausul. På den annen side kan ikke uttalelsene tolkes som at et slikt krav er utelukket. Det vi imidlertid med sikkerhet kan utlede fra dommen er at skyldgraden hos den misligholdende part vil være av stor betydning, noe vi skal se mer på under punkt 7.4. Utover dette kan uttalelsene neppe anses å gi uttrykk for det ene eller det andre.²⁷⁶

I det første skisserte typetilfellet påtok skipsmegleren (A) seg bevisst et oppdrag for en annen reder (C), i strid med konkurranseklausulen. Det er derfor liten tvil om at skipsmegleren handlet forsettlig, i motsetning til den kreative lederen i 2007-saken som «bare handlet uaktsomt». Slik jeg tolker førstvoterendes premisser skal en slik forskjell i skyldgrad ha stor betydning. Hva en slik forskjell nærmere innebærer fremstår imidlertid som noe uklart. Førstvoterende finner ingen grunn til å gå nærmere inn på hvilke andre vilkår som må gjelde for et berikelseskrav. Det er derfor vanskelig å si hvor mye mer som må til for eventuelt å kunne tilkjenne et vinningsavståelseskrav.²⁷⁷ Førstvoterendes premisser gir imidlertid uttrykk for at Rt. 1966 s. 305 muligens kan åpne for en lære om berikelseskrav som sanksjon mot brudd på konkurranseklausuler.

Avgjørelsen inntatt i Rt. 1966 s. 305 dreier seg om en tvist mellom et skipsmeglerfirma (B) og en skipsmegler (A), for skipsmeglerens brudd på en kundeklausul pålagt av skipsmeglerfirmaet. I kontrakten mellom A og B var det avtalt at A ikke kunne gjøre forretninger med Bs «faste forretningsforbindelser» ett år etter As fratre-

²⁷⁵ Avsnitt 51, mine kursiveringer.

²⁷⁶ Se Monsen 2010(b) s. 4 og Berg 2007 s. 179 med to ulike oppfatninger om hva Høyesterett burde gjort i den aktuelle saken.

²⁷⁷ Uttalelsen er derfor noe selvmotsigende når det sies at det ikke skal uttales noe generelt om hvilke vilkår som må oppstilles. Et skyldkrav fremstår tilsynelatende å være et vilkår.

delse fra B. Det var også i kontrakten regulert at A hadde krav på etterbetaling av kommisjon som hadde blitt opparbeidet, men ikke utbetalt, i den perioden A hadde vært ansatt hos B. Kort tid etter fratredelsen hos B ble det klart at A har gjort forretninger med C. C var en av Bs faste forretningsforbindelser. Spørsmålet Høyesterett tok stilling til var hvilke konsekvenser dette kontraktsbruddet medførte.²⁷⁸

Skipsmegleren A anførte i saken at C ikke ville benytte seg av B etter As fratredelse ettersom det var A som hadde all kontakten med C. I likhet med 2007-saken ble det altså anført at det ikke forelå årsakssammenheng mellom bruddet på konkurranseklausulen og kundetapet. Høyesterett finner ikke grunn til å ta stilling til dette, og uttaler:

«Uansett hvordan dette forholder seg, må det i saken mellom [B] og [A] legges til grunn at [A] etter kontrakten av 20. desember 1955 ikke hadde rett til å utføre meglerforretninger for [C] i året 1956, og at han under de foreliggende omstendigheter må ha plikt til å avstå til [B] den kommisjon han har oppnådd. Dette må gjelde selv om det ikke kan påvises at [C] ville ha etterkommet en anmodning fra [A] om å la [B] formidle det nye certeparti.»²⁷⁹

Førstvoterende Ryssdal anså det altså som underordnet at det ikke forelå et tap, ettersom den aktuelle konsekvensen måtte være at A avsto den kommisjonen han hadde oppnådd i strid med kundeklausulen. En slik innfallsvinkel er interessant fordi det kan illustrere at den mest effektive måten å ivareta Bs rett etter kundeklausulen, var å tilkjenne vinningsavståelse.²⁸⁰ Lest på denne måten gir premissene uttrykk for at prevensjonshensynet best ivaretas dersom det økonomiske incentivet til å bryte kundeklausulen fjernes, og dette gjøres nettopp ved å frata skipsmegleren vinningen oppnådd ved kontraktsbruddet. Som jeg drøftet i punkt 5.2 er det ofte slik at konkurranseklausuler brytes med hensikt om å oppnå en fortjeneste. Slik var det også i 1966-saken. Høyesterett uttaler at A var «fullt oppmerksom» på at han ikke hadde rett til å gjøre forretninger med C det året (1956) karanteneperioden løp, og derfor

²⁷⁸ Som et kompliserende element i saken var det opprinnelig mellom B og C avtalt en såkalt eksklusivitetsklausul, som innebar at C kun skulle benytte B til å utføre meglertjenester. Denne klausulen mellom B og C var det imidlertid uenighet om gjaldt som avtalt. Førstvoterende Ryssdal tar imidlertid ikke eksplisitt standpunkt til betydningen av denne klausulen, se dommens s. 309–310. På dette punkt ligner typetilfelle nummer to på denne dommen.

²⁷⁹ S. 311, mine kursiveringer.

²⁸⁰ Dommen kan muligens også leses slik at førstvoterende forutsetter at Bs tap tilsvarte As vinning. Mer om dette straks nedenfor.

fremstod kontraktsbruddet også som kalkulert. Premissene kan altså her tolkes som at prevensjonshensynet vil ha stor betydning ved spørsmålet om hvilken sanksjon som kan gjøres gjeldende mot brudd på konkurranseklausuler. At bruddet på kundeklausulen fremstod som kalkulert gjør at As handling også fikk preg av å være særlig illojal, slik som ofte er tilfellet ved brudd på konkurranseklausuler.²⁸¹ Ytterligere kan uttalelsene tas til inntekt for indirekte å gi uttrykk for at sanksjonen må korrigere for ubalansen i kontraktsforholdet bruddet på kundeklausulen har medført.²⁸² Førstvoterendes uttalelser kan synes å gi uttrykk for at vinningsavståelseskravet gjenopprettet ubalansen i kontraktsforholdet. I kontrakten mellom A og B var det B som skulle ha prioritet til å opptjene kommisjon fra C, ikke A. Kontrakten baserte seg altså på det belønningshensyn at B skulle nyte godt av det forholdet han hadde bygget opp med C. Fra dette kan et mulig konstruert *ratio decidendi*²⁸³ være at så lenge den ene part har samtykket i å avstå fra å foreta seg konkurransehandlinger, følger det av både det videre reparasjonshensynet og prevensjonshensynet at økonomiske fordeler oppebåret ved illojalt mislighold av denne plikten, må avstås.

En alternativ forståelse av avgjørelsen kan være at Høyesterett anså A som en «kvasi-representant» for B så lenge karanteneperioden løp.²⁸⁴ En slik tolkning vil i så fall innebære at de oppdrag A påtok seg i strid med kundeklausulen egentlig ble gjort i Bs interesse, og derfor skulle fortjenesten tilfalle B. Særlig uttalelsen om at A i forholdet med B «måtte [...] ha plikt til å sørge for at [B] fikk vanlig kommisjon av certepartiet»²⁸⁵ kan tolkes som at A egentlig var en representant for B.²⁸⁶ Dersom dommen tolkes i et slikt lys får den likhetstrekk med reglene om fiduciary duties i engelsk rett, hvor all vinning anses oppnådd i hovedmannens interesse.²⁸⁷ Sterkest blir nok likevel parallellen til *unechte negotiorum gestio* i tysk rett, fordi skipsmegleren i ond tro utnyttet konkurransefortrinnet (sml. «Geschäft») til B for å oppnå egen vinning.²⁸⁸ Legges en slik tolkning til grunn får avgjørelsen også likhetstrekk med sel. § 2-23 og asl./asal. § 6-17. Disse reglene hviler på en rettstanke som ligner på den bak BGB § 687 (2). På et mer abstrakt plan er begrunnelsen til bestemmelsene at den som har en

²⁸¹ Se drøftelsene av lojalitetsplikten i punkt 5.4.

²⁸² Se drøftelsene av korreksjonsrettferdighet i punkt 5.1.

²⁸³ Om tolkningsvarianten se Nygaard 2004 s. 79–81.

²⁸⁴ Monsen 2007 s. 373.

²⁸⁵ S. 310.

²⁸⁶ Likedan *op.cit.* s. 372–373.

²⁸⁷ Se punkt 4.2.

²⁸⁸ Se punkt 4.2 og punkt 4.4.

form for forretningsmessig fordel skal nyte godt av denne selv. Andre som står i en posisjon hvor det vil være anledning til å utnytte fordelen til å oppnå egen vinning, skal ikke ha rett til dette.²⁸⁹ Bestemmelsene kan anses å være uttrykk for en lovgivervilje om at det ikke skal være adgang til å utnytte andres forretningsmuligheter som etter lov eller avtale tilligger den berettigede å utnytte. Konsekvensen av en illojal krenkelse av en slik rett er at den økonomiske fordelen tilfaller den berettigede. Bestemmelsene hviler dermed på preventive betraktninger.²⁹⁰ En slik tolkningsvariant vil åpne for brobygging mellom dommen og positivt rettsstoff. Med dette mener jeg at generaliseringen fra dommen og lovbestemmelsene leder til et likt resultat, og kan i et slikt lys ses på som uttrykk for en regel om vinningsavståelse dannet gjennom den nevnte brobygging.

Det er imidlertid usikkert om premissene gir grunnlag for en slik fintolkning. Uttalelsene er såpass konkret utformet at tolkningen står i fare for å være en spekulasjon. Særlig fordi de lovbestemmelsene som støtter en slik argumentasjon er nyere enn avgjørelsen. En slik konstruksjon er i tillegg neppe heldig. Å *skape* et representasjonsforhold som et ytre rammeverk for å kunne tilkjenne vinningsavståelse medfører en fare for å utlede materiell jus fra begreper.²⁹¹ Det er nok ikke slik at de nevnte bestemmelser åpner for vinningsavståelse på grunn av *selve representasjonsforholdet*, men heller fordi retten til den økonomiske fordel tillegges den berettigede. En slik tolkning støttes av selskapsloven hvor det formelt sett heller ikke er tale om representasjon, men arbeid i felles interesse. Altså vil det være konstruert å anse selskapsdeltakerne som representanter. Kildene tilsier heller at de legislative betraktningene som begrunner dommen og bestemmelsene sammenfaller med hverandre.

En annen innfallsvinkel er å anse dommen som uttrykk for erstatning i kontrakt, hvor erstatningen beregnes på basis av oppnådd vinning.²⁹² Særlig det faktum at det mellom B og C opprinnelig var avtalt en eksklusivitetsklausul gir støtte til en slik forståelse: hadde C respektert denne klausulen ville B oppnådd den kommisjonen som A fikk ved å bryte kundeklausulen.²⁹³ At et erstatningsbeløp samsvarer med vin-

²⁸⁹ Sml. Monsen 2006 s. 170–171.

²⁹⁰ Sml. Monsen 2007 s. 367.

²⁹¹ Sml. *op.cit.* s. 376–377.

²⁹² Berg 2007 s. 169. Likedan Aarbakke 1977 s. 471 note 115.

²⁹³ Berg 2007 s. 169. Jeg kan imidlertid ikke som Berg se at Høyesterett direkte i sine uttalelser omtaler kravet som «erstatning», eller «tap». Riktignok brukes merkelappen «tap» når det tas utgangspunkt i anførselene til A som dreier seg om tap.

ningen hos den som bryter konkurranseklausulen er ikke utenkelig, kanskje spesielt gjelder dette i tilfellene med kundeklausuler hvor den «tapte» kunden presumeres å samsvare med den økte inntekten hos debitor.

På den annen side vil en slik presumsjon kunne innebære en forenkling etter som det svært sjeldent vil være symmetri mellom inntektsnedgangen hos kreditor og inntektsøkningen hos debitor. Det må antas som sjeldent at fortjenestemarginen er nøyaktig den samme hos kreditor og debitor.²⁹⁴ Hadde for eksempel B hatt en fortjeneste på 100 ved å formidle oppdraget, mens A hadde en fortjeneste på 80 ville ikke As vinning dekket tapet hos B. På et prinsipielt plan er det derfor uheldig å legge til grunn at vinning automatisk samsvarer med tapet. En slik presumsjon forutsetter også at det foreligger årsakssammenheng mellom kontraktsbruddet og inntektsnedgangen. Dersom slik årsakssammenheng hadde vært funnet bevist, ville ikke en presumsjon om symmetri vært nødvendig. Så lenge førstvoterende ikke direkte tar stilling til spørsmålet om årsakssammenheng er det derfor ikke åpenbart at dommen er et eksempel på erstatning i kontrakt.

Eksempler på at vinningen blir ansett å svare til tapet finnes imidlertid i praksis.²⁹⁵ Et eksempel er Rt. 1954 s. 279. Saken dreide seg om to tillitsmenn som ble ansett å ha brutt sin lojalitetsplikt overfor hovedmannen (en reder). Rederen fikk et skip bygget på et verft, og byggerne av skipet hadde pant på førstprioritet i skipet for kjøpesummen. Rederen misligholdte sin betalingsforpliktelse overfor byggerne, og da tilbudte byggerne de to tillitsmennene å kjøpe skipet. De to tillitsmennene kjøpte skipet og solgte det så videre med gevinst. Høyesterett kommer til at lojalitetsplikten var brutt overfor rederen, og tilkjenner et erstatningskrav som svarte til «den gevinst som [de to] har ervervet, så får det iallfall bli [de to sin] sak å sannsynliggjøre at hans tap er mindre».²⁹⁶ Fordi tapet var såpass vanskelig å beregne ble altså erstatning fastsatt til vinningen.²⁹⁷

Et ytterligere moment mot å anse dommen som et utslag av erstatning i kontrakt er det faktum at B gikk til søksmål mot A for brudd på konkurranseklausulen, ikke C for et eventuelt brudd på eksklusivitetsklausulen. Å legge til grunn at megleroppdraget egentlig skulle vært hos B etter avtalen mellom B og C er i så fall utslag av et erstatningskrav mot C,²⁹⁸ ikke mot A. Dersom A skal svare for Cs kontraktsbrudd må dette

²⁹⁴ Monsen 2007 s. 80.

²⁹⁵ Monsen 2007 s. 73.

²⁹⁶ S. 288.

²⁹⁷ Avgjørelsen kan sammenlignes med Rt. 1970 s. 871, hvor det ved utmålingen av erstatning blir tatt hensyn til vinning hos den erstatningsansvarlige (s. 877). Se også Rt. 2005 s. 1560 (avsnitt 38), som omtales i petit nedenfor.

²⁹⁸ Sml. Berg 2007 s. 169.

i så tilfelle være gjennom et synspunkt om at han medvirket til Cs brudd på eksklusivitetsklausulen.²⁹⁹ Et slikt ansvar er imidlertid ikke Høyesterett inne på, det eneste som uttales er at «[B] måtte ha adgang til å gjøre sitt krav gjeldende overfor [A]».³⁰⁰ Ses det tilbake på det andre skisserte typetilfellet i punkt 6.2 er situasjonen nokså lik som den i dommen. B står i en posisjon hvor det fremstår som mest taktisk å saksøke for bruddet på konkurranseklausulen, ikke for brudd på en eventuell eksklusivitetsklausul. Så lenge Høyesterett legger til grunn at B har en valgtrett når det gjelder hvilket kontraktsbrudd det ønskes reaksjon mot, må de to kontraktsbruddene som et utgangspunkt ses som uavhengige av hverandre.

Drøftelsen av de ulike tolkningsvariantene av Rt. 1966 s. 305 viser at avgjørelsen ligger nærmere et vinningsavståelseskrav enn et erstatningskrav. Høyesterett tilkjenner, slik jeg ser det, i realiteten et vinningsavståelseskrav.³⁰¹ Problemet med premissene er at de er såpass konkret utformet at det er vanskelig å ta dommen til inntekt som en generell regel om vinningsavståelse som mulig sanksjon ved brudd på konkurranseklausuler.

En annen avgjørelse som i juridisk teori ofte trekkes frem i sammenheng med 66-avgjørelsen er dommen inntatt i Rt. 1967 s. 1335 (Sildekvote-dommen).³⁰² Saken dreide seg om et samarbeid mellom sildeoljefabrikker på strekningen Rogaland-Trøndelag. Fabrikkene hadde avtalt fastpris for islandssild, kvoteordning for hvor mye fisk som kunne mottas fra fiskere og opprettelsen av et felleskontor. Underveis i samarbeidet ble det klart at tre fabrikker tok imot mer fisk enn det kvoten tillot. De tre fabrikkenes overskridelse av kvoten kan ses på som et brudd på en konkurranseklausul: Kvoten dannet et tak for hvor mye fabrikkene kunne produsere, og dermed også selge på markedet. Å ta imot mer fisk enn tillatt ville slik sett innebære et konkurransefortrinn. De saksøkende fabrikkene krevde derfor at kontraktsbruddet måtte lede til en utjevning mellom de øvrige fabrikkene.

Høyesterett kommer i saken til at det måtte skje en slik utjevning, og legger til grunn at selv om en slik konsekvens ikke nødvendigvis var avtalt, måtte det ved kvoteordningen være en forutsetning at «denne ble lojalt fulgt». I dommen er det særlig

²⁹⁹ Kontraktens relativitet forhindrer at A skal svare for Cs kontraktsbrudd, og *vice versa*.

³⁰⁰ S. 311.

³⁰¹ Likedan Monsen 2006 s. 171.

³⁰² Se Monsen 2006 s. 167 flg., Monsen 2007 s. 369 flg., Borch mfl. 2016 s. 363 og Berg 2007 s. 169.

plikten til lojalitet i kontraktsforholdet som tillegges vekt, noe som fremgår av uttalelsen om at det ville

«stride mot *plikten til lojalitet* om en fabrikk, klar over at den hadde fått mer enn sin kvote, skulle kunne ta imot sild fra en fiskerfarkost istedenfor i samarbeid med Felleskontoret å vise den til en annen fabrikk i distriktet, *og så etter på beholde fortjenesten for seg selv*».³⁰³

Det legges derfor også i denne avgjørelsen stor vekt på at et forsettlig brudd på en unnlattelsesplikt med formål om å oppnå egen vinning fremstår som særlig illojalt. En slik illojal handling krevde en sanksjon som reverserte vinningen, uavhengig av om denne konsekvensen var eksplisitt avtalt eller ikke. Argumentasjonen til Høyesterett bærer derfor preg av å være en utfylling av kontrakten med en adekvat misligholds-sanksjon. Den sanksjonen Høyesterett lander på, en utjevning mellom fabrikkene, kan trolig både leses som et erstatningskrav, og som et vinningsavståelseskrav.³⁰⁴

Førstvoterende uttaler i avgjørelsen at de tre fabrikkene mottok og beholdt mer enn sin kvote «*på bekostning av andre* [fabrikker] som ikke har fylt sin kvote»,³⁰⁵ noe som tyder på at det regnes som et tap. Sagt med ordene til førstvoterende i 2007-saken kan det se ut som at «oppmerksomheten [er ved] skadelidtes tap», og ikke ved «skadepolders gevinst ved den urettmessige handlingen».³⁰⁶ I så tilfelle gir dommen kun støtte til at det ved beregningen av erstatning i kontrakt vil være anledning til å se hen til den misligholdende parts fortjeneste.

Som en mulig innvending mot dette synet kan det anføres at Høyesterett ved utjevningen faktisk kun ser på fortjenesten, og altså ikke de øvrige fabrikkenes driftskostnader som påløp for å oppnå fortjeneste. I saken var det klart at prisen på sild var den samme for alle fabrikkene på grunn av en prisavtale, men dette innebar ikke nødvendigvis at fabrikkene opererte med lik fortjenestemargin. Derfor er det altså ikke sikkert at den tapte fortjenesten tilsvarte den økte fortjenesten hos de misligholdende fabrikkene. Vurdert slik ligger dommen nærmere vinningsavståelse enn erstatning.

Innvendingen mister nok noe av sin vekt når den ses i lys av hvor mange fabrikker det eventuelt måtte foretas beregninger for. Rettstekniske hensyn talte helt klart

³⁰³ S. 1344, mine kursiveringer.

³⁰⁴ Sml. Berg 2007 s. 169 og Monsen 2006 s. 167–169.

³⁰⁵ S. 1344, min kursivering.

³⁰⁶ Rt. 2007 s. 817 avsnitt 51.

til fordel for den fremgangsmåten Høyesterett valgte. Som Monsen påpeker, kan dommen «ses som en understreking av det urimelige i å la krenkeren få beholde økonomiske fordeler som han har oppebåret ved å gjøre nettopp det han i henhold til avtale skal avstå fra å gjøre».³⁰⁷ Ved å lese dommen i et slikt lys kan den i det minste anses å gi *bidrag*³⁰⁸ til en regel om vinningsavståelse som sanksjon mot brudd på konkurranseklausuler, til tross for at dommen neppe i seg selv kan utgjøre primært rettsgrunnlag for en slik regel.

To tilgrensende avgjørelser som kan nevnes er Trollheim-dommen (Rt. 1981 s. 1215) og Rissekk-dommen (Rt. 2005 s. 1560). Den første gjaldt en reineier som urettmessig lot reinene sine beite på en annen grunneiers grunn. Høyesterett tilkjenner grunneieren et vederlagskrav for den urettmessige bruken av grunnen, og uttaler at i hvilken grad eieren kunne krevd et høyere beløp «basert på den økonomiske vinning som brukeren har hatt, tar jeg ikke standpunkt til, idet et slikt krav ikke er fremsatt».³⁰⁹ Uttalelsen kan tolkes som at førstvoterende holder det åpent at det vil kunne være anledning til å anerkjenne vinningsavståelseskrav i visse tilfeller. Den andre dommen gjaldt kompensasjon for etterligning av varekjennetegn for et risprodukt. Innehaveren av varekjennetegnet krevde atter, atter subsidiært fra erstatningskravet at berikelsen for inngrepet måtte avstås. Høyesterett tilkjenner her et krav og uttaler at den beregningsmåten som ble brukt «har prinsipielt tatt sikte på å erstatte Viet Thais tap, men i mangel av *andre gode holdepunkter er det altså tatt utgangspunktet i Hongs merfortjeneste*. Det ligger i dette at det subsidiære kravet om at Hong skal avgi sin berikelse, ikke gir et bedre resultat for Viet Thai enn denne erstatningsberegningen».³¹⁰ Altså finnes det avgjørelser fra praksis som kan se ut til å forutsette at det finnes regler om vinningsavståelse.

En siste avgjørelse fra Høyesterett som skal nevnes her er Rt. 1990 s. 607. Saken springer ut av at noen arbeidstakeres illojale opptreden overfor arbeidsgiver mens de var ansatt, og ved avviklingen av arbeidsforholdet. De ansatte planla oppstart av konkurrerende virksomhet. De inngikk en eneforhandlerkontrakt med arbeidsgiverens eneforhandler, og ga tilbud til arbeidsgiverens kunder fra det nye selskapet. De ulike manøvrene som ble gjort bak ryggen til arbeidsgiver muliggjorde en god start for selskapet.

Høyesterett kom i saken til at de ansatte hadde brutt den ulovfestede lojalitetsplikten som gjelder for arbeidstakere. Dette innebar at de ansatte kunne holdes erstatningsansvarlig for eventuelle tap arbeidsgiveren hadde blitt påført. Arbeidsgiveren krevde erstattet et beløp basert på omsetningsnedgang vurdert i lys av virksomhetens

³⁰⁷ Monsen 2006 s. 167.

³⁰⁸ Nygaard 2004 s. 320.

³⁰⁹ S. 1227.

³¹⁰ Avsnitt 38, min kursivering.

budsjetter. Høyesterett kommer i saken til at slik et slikt krav ikke kunne tilkjennes, men beregnet erstatningen skjønnsmessig med utgangspunkt i § 192 i dagjeldende tvistemålslov.

Bakgrunnen for at erstatningsbeløpet ble beregnet skjønnsmessig var fordi Høyesterett mente at arbeidsgiveren selv var skyld i deler av omsetningsnedgangen. Ytterligere hadde en stor internasjonal aktør på samme tidspunkt etablert seg i markedet. Synspunktet var altså at det var svært vanskelig å konstatere årsakssammenheng mellom de illojale handlingene og arbeidsgiverens omsetningsnedgang.³¹¹

Dommen kan kanskje tas til inntekt for at et erstatningskrav kan tilkjennes ved brudd på konkurranseklausuler, til tross for at det er vanskelig å slå fast om det er lidt et tap. I så tilfelle må erstatningskravet beregnes skjønnsmessig, og i en slik vurdering vil det være anledning til å ta hensyn til forpliktedes vinning ved kontraktsbruddet.³¹²

Det er usikkert om dommen kan tolkes antitetisk til å gi uttrykk for at et vinningsavståelseskrav ikke er aktuelt ved brudd på avtalte konkurranseklausuler. I saken ble det ikke prosedert på annet enn erstatningskrav.³¹³ At Høyesterett da skulle kommentere et slikt krav fremstår ikke som åpenbart. Å tolke dommen antitetisk slik at den utelukker vinningsavståelseskrav som sanksjon, harmonerer heller ikke godt med de allerede gjennomgåtte dommene.³¹⁴ Dommen må nok derfor snarere tolkes som at den gir uttrykk for at erstatningskrav i stor grad kan utmåles skjønnsmessig når det ikke er faste holdepunkter til å beregne et tap.³¹⁵

Gjennomgangen av rettspraksis viser at avgjørelsene åpner for ulike tolkningsvarianter. I den første saken, Rt. 2007 s. 817, uttrykker førstvoterende usikkerhet knyttet til rettsgrunnlaget for en regel om vinningsavståelse ved brudd på konkurranseklausuler. Ved henvisningen til 66-avgjørelsen synes førstvoterende, i likhet med Rt. 1981 s. 1215 og Rt. 2005 s. 1560, å være åpen for tanken om at vinningsavståelses-

³¹¹ S. 616.

³¹² Sml. den nevnte Rt. 2007 s. 687, hvor Høyesterett viser til preventive betraktninger ved utmålingen av erstatningsbeløpet i saken.

³¹³ Monsen 2007 s. 558.

³¹⁴ Sml. *loc.cit.*

³¹⁵ Sml. likevel Borch mfl. 2016 s. 360–361, som fremhever usikkerhet om denne dommens forhold til de siste endringer i markedsføringsloven. Det er der inn tatt regler om at vinning kan kreves avstått jf. markedsføringsloven § 48 b bokstav c). Det fremheves der at andre former for brudd på god forretningsskikk enn de som er regulert av nevnte bestemmelse etter forarbeidene er forutsatt å måtte forfølges med alminnelige erstatningsrettslige regler. Forfatterne lander på at forarbeidene taler mot en utvidende eller analogisk fortolkning av § 48 b bokstav c), men at bestemmelsen ikke utelukker berikelseskrav på ulovfestet grunnlag (s. 361).

krav kan tilkjennes.³¹⁶ Det er ut fra 66-avgjørelsen ikke så rart at det uttrykkes usikkerhet. Premissene i sistnevnte dom er svært konkret utformet, og poenget om at den i realiteten er en dom om vinningsavståelse havner derfor litt i bakgrunnen. Generell støtte får heller ikke førstvoterende av Rt. 1967 s. 1335. Dommen kan kanskje ses som et uttrykk for erstatning i kontrakt, men den er tydelig orientert mot vinningen som ble oppnådd ved kontraktsbruddet. Det er heller ikke til hjelp for førstvoterende at Høyesterett i Rt. 1990 s. 607 ikke er inne på et krav om vinningsavståelse. Sistnevnte må anses som velegnet for en drøftelse av et slikt krav.

Til tross for disse usikkerhetsmomentene er det flere fellestrekk som går igjen i argumentasjonen til Høyesterett. Disse fellestrekke er mer eller mindre synlige i de ulike avgjørelsene, men på et mer overordnet plan er det særlig tre fellestrekk som går igjen. *Det første* er fremhevingen av den urettferdigheten kontraktsbruddet medfører. Dette kan abstraheres til å være uttrykk for det videre reparasjonshensynet som jeg drøftet i punkt 5.1. Høyesterett er tydelige på å plassere vinningen der den hører hjemme etter kontrakten, altså en form for gjenoppretting av balansen i de ulike kontraktsforholdene. *Det andre* fellestrekket er argumentasjonens orientering mot prevensjonshensynet. Både i 66-avgjørelsen og 67-avgjørelsen er det tydelig at Høyesterett mener at de forpliktete burde handlet annerledes, og at resultatet av deres handlinger dermed ble at vinningene måtte avstås. Dermed fjerner Høyesterett incentivet for å bryte konkurranseklausuler. Særlig tydelig er dette i 66-avgjørelsen hvor Høyesterett fremhever at forpliktete var «fullt oppmerksom» på at han ikke kunne gjøre forretninger med berettigedes faste kunder. Denne fremhevingen av skyldmomentet gjør at handlingene fremstår som illojale. Høyesterett synes å legge stor vekt på lojalitetsplikten, særlig gjelder dette 67- og 90-avgjørelsen hvor begge kravene springer ut av brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten. For å forhindre slike illojale handlinger fremstår det som et effektivt virkemiddel å frata forpliktete vinningen.³¹⁷ *Det tredje* fellestrekket er dommenes fokus mot vinningen oppnådd ved kontraktsbruddet. Som jeg har lagt til grunn over er 66-avgjørelsen i realiteten en dom om vinningsavståelse, og selv om 67-avgjørelsen kan leses som en dom om erstatning er erstatningen lik vinningen oppnådd ved kontraktsbruddet. I 07-avgjørelsen tilkjennes

³¹⁶ Sml. Hagstrøm 2011 s. 686.

³¹⁷ Se punkt 5.2.

ikke et vinningsavståelseskrav, men førstvoterende fremhever i sitt *obiter dictum* hva som er særegent for disse kravene, og det er nettopp vinningen.³¹⁸

De tre fellestrekkene som jeg her har fremhevet kan etter mitt syn også leses ut av tilgrensende lovgivning hvor det åpnes for å tilkjenne vinningsavståelseskrav, eller andre krav som ligner på vinningsavståelseskrav. For å skape en oversikt drøfter jeg disse tre fellestrekkene i hvert sitt punkt i det følgende. Før jeg går over til drøftelsen av de tre strukturene vil jeg imidlertid knytte noen metodiske kommentarer til betydningen av tilgrensende lovgivning.

6.3.2 Betydningen av fellestrekkene i tilgrensende lovgivning

I punkt 2.2.2 fremhevet jeg at det ved drøftelsene av et eventuelt primært rettsgrunnlag kan foretas en regeldanningsprosess basert på sammenhengen i rettsstoffet. Jeg omtalte dette som en form for brobygging mellom ulike rettskilder, og ved en slik brobygging ble det fremhevet som viktig at drøftelsene graviterer mot positivt rettsstoff. Uten en slik gravitasjon er det en fare for at regeldanningen leder til en fremmed fugl på rettsområdet.³¹⁹ Å se hen til tilgrensende lovgivning vil være en slik gravitasjon mot positivt rettsstoff.

Når det finnes tilgrensende lovgivning som regulerer lignende typetilfeller kan det spørres om hvorfor ikke bestemmelsene kan anvendes analogisk på typetilfellene som er til behandling her? Analogi bæres av en tanke om at like tilfeller skal behandles likt,³²⁰ og dersom typetilfellene her er like med de som omfattes av lovbestemmelsene skulle det tilsi analogi. En analogisk anvendelse vil i så tilfelle også gjøre regelen mindre «nyskapende» ettersom løsningen da vil ha sterkere forankring i autoritative kilder.

Ved spørsmålet om analogisk anvendelse av en lovbestemmelse tas det som regel utgangspunkt i tre vurderingssteg: vurdering av faktisk likhet, vurdering av formålslikhet og vurdering av om analogien leder til en god regel.³²¹ Selv om det kanskje kan hevdes å være både faktisk og formålslikhet mellom typetilfellene som behandles her og de som reguleres av lovgivningen, er det vanskelig å se at en analogi vil lede til en god regel. I en slik godhetsvurdering må det nemlig kunne legges vekt

³¹⁸ På dette punkt utgjør riktignok 90-avgjørelsen et unntak.

³¹⁹ Sml. Monsen 2012 s. 344.

³²⁰ Askeland 2004 s. 500 med videre henvisninger.

³²¹ Rt. 1989 s. 852 illustrerer de tre vurderingsstegene. Se også Monsen 2012 s. 335–338.

på hensynet til sammenheng og konsekvens på rettsområdet. Ser vi tilbake til argumentasjonsmønsteret i praksis er skyldmomentet fremhevet som viktig for spørsmålet om vinningsavståelse. Dette finner vi ikke igjen i den tilgrensende selskapslovgivningen jeg nå skal se på. I både sel. § 2-23 og asl./asal. § 6-17 er ansvaret objektivt.³²² Videre er det i lovgivningen på immaterialrettsområdet kun krav om simpel uaktsomhet ved krenkelser av immaterielle rettigheter.³²³ I den gjennomgatte rettspraksis fremstår det som at Høyesterett krever mer enn simpel uaktsomhet.³²⁴ En analogisk anvendelse av disse bestemmelsene vil derfor stå i dårlig harmoni med Høyesteretts resonneringer. Derfor kan nok ikke den tilgrensende lovgivningen anvendes analogisk på typetilfellene her.³²⁵

Bruken av den tilgrensende lovgivningen vil derfor følge et mønster som ligner på det i punkt 6.3.1. Jeg skal her fremheve de likhetstrekk lovgivningen har med argumentasjonsmønsteret i praksis for å fremheve at det kan påvises en lovgivervilje som i stor grad sammenfaller med argumentasjonsmønsteret i rettspraksis. Dermed vil jeg bruke den tilgrensende lovgivningen som argumenter.³²⁶ I drøftelsene i det følgende vil jeg også vise at lignende fellestrekk finnes igjen i den utenlandske retten jeg har gjennomgått. Dette løpende utsynet til utenlandsk rett skaper dermed et perspektiv for drøftelsene av nasjonal rett.

6.3.3 Utslag av hensynet til likevekt i lovgivningen

Det første fellestrekket er at Høyesterett argumenterer ut fra at vinningen skal plasseres der den etter avtalen er forutsatt å høre hjemme. Et slikt syn kan abstraheres til å gi uttrykk for tanken om korreksjonsrettferdighet. Det samme synspunktet kan leses ut av den tilgrensende lovgivningen.

Starter vi med selskapsloven § 2-23 følger det av bestemmelsen at selskapsdeltakere ikke kan «utøve eller være personlig ansvarlig deltaker i konkurrerende virksomhet».³²⁷ Brytes dette konkurranseforbudet kan selskapet gjøre gjeldende et erstat-

³²² I forarbeidene til selskapsloven er ansvaret fremhevet som strengt, se Ot.prp. nr. 47 (1984–1985) s. 48–49. Ansvaret kan imidlertid lempes ved lavere grad av skyld jf. § 2-43 (2). Dette nyanserer synspunktet om at regelen er svært streng, og derfor ikke harmonerer med Høyesteretts argumentasjon.

³²³ Se for eksempel markedsføringsloven § 48 b første ledd.

³²⁴ Se punkt 7.4 for drøftelser av skyldmomentet.

³²⁵ Et ytterligere poeng er at selskapsloven § 2-23 kun gjelder så lenge selskapet består. Dermed blir parallellen til avsluttede arbeidsforhold mindre.

³²⁶ En kan kanskje si at argumentene her fremstilles som «*en tanke om analogi fra positiv rett*» jf. Monsen 2007 s. 151, kursiv i original.

³²⁷ Regelen er deklarasjonsrett jf. § 2-23 første ledd.

ningskrav etter § 2-43 første ledd, eller kreve vinningen oppnådd i strid med konkurranseforbudet avstått jf. § 2-23 annet ledd. Kravet om vinningsavståelse kan kun gjøres gjeldende ved brudd på konkurranseforbudet, noe som kan tilsi at lovgiver anser et slikt krav som velegnet for å gjenopprette balansen i selskapsforholdet dersom konkurranseforbudet brytes.³²⁸ Tanken bak bestemmelsen synes å være at når en selskapsdeltaker først har forpliktet seg i en selskapsavtale så skal innsatsen ytes til selskapets beste. Økonomiske fordeler som kunne vært oppnådd av selskapet må derfor avstås til selskapet, og dermed innebærer vinningsavståelsen en korreksjon av urettferdigheten.³²⁹

Et klarere uttrykk for korreksjonsrettferdighet, slik dette ble utledet i punkt 5.1, er regelen inntatt i asl./asal. § 6-17. Det følger av denne bestemmelsen at «styremedlem, daglig leder eller noen ansatt i selskapet må ikke i anledning av rettshandel for selskapet ta imot godtgjørelse fra andre enn selskapet». Dersom dette forbudet brytes følger det av tredje ledd at godtgjørelsene «tilfaller selskapet». Bestemmelsen må tolkes som å hvile på en betraktning om at de opplistede personene ikke skal kunne utnytte selskapets posisjon til å oppnå vinning for seg selv. Slik sett gir bestemmelsen uttrykk for den samme begrunnelsen som ligger bak avtalte konkurranseklausuler. Begrunnelsen bak konkurranseklausulene er at det i kontraktsforholdet mellom berettigede og forpliktete tilligger berettigede å utnytte det konkurransefortrinnet han har opparbeidet. Tilsvarende tilligger det selskapet å utnytte de muligheter som finnes for å oppnå økonomiske fordeler ved inngåelsen av rettshandler. Likevekten mellom selskapet og de opplistede personene ivaretas dermed dersom de økonomiske fordelene tilfaller selskapet.

Lignende betraktninger kan muligens også leses ut av de nye sanksjonsreglene på immaterialrettsområdet.³³⁰ Innehaveren av en immaterialrett kan nå som en følge av endringene velge mellom å gjøre gjeldende et erstatningskrav, vederlagskrav basert på en rimelig lisesensavgift for utnyttelsen eller vederlag som svarer til vinningen

³²⁸ Sml. Monsen 2007 s. 367.

³²⁹ Sel. § 2-23 markerer nok i enda større grad det illojale preget konkurrerende virksomhet har i slike tilfeller. Se punkt 6.3.4.

³³⁰ Endringene trådte i kraft i starten av juli 2013 som en følge av blant annet TRIPS-avtalen, EU-direktivet 2004/48/EF og Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), med formål om å styrke vernet av immaterielle rettigheter. Begrunnelsen bak endringene er at de nye sanksjonsreglene skal gjøre vernet av immaterialretter mer effektivt jf. Prop. 81 L (2012–2013) s. 6–14.

oppnådd ved krenkelsen av immaterialretten.³³¹ Men fordi det i slike tilfeller i utgangspunktet ikke foreligger et bånd mellom krenkede og krenkeren i form av en avtale eller ansettelse må det i så fall være på bakgrunn av den deliktsrettslige tilnærmingen til korreksjonsrettferdighet, nemlig at det den skadevoldende handling som skaper båndet mellom partene.³³² I forarbeidene til disse lovendringene fremstår det imidlertid som at det er preventive betraktninger som vært avgjørende bak reglene.³³³

Paralleller finnes i den utenlandske retten jeg har gjennomgått. Sterkest er parallellene til den tyske regelen inntatt i BGB § 687 (2) og til reglene om fiduciary duties i engelsk rett.³³⁴ Begrunnelsen bak disse reglene er at det tilligger forretningshaveren og prinsipalen å utnytte de forretningsmuligheter som er åpen for vedkommende. Balansen i forholdet mellom berettigede og forpliktete er dermed ivaretatt dersom økonomiske fordeler som berettigede kunne oppnådd, tilfaller ham.

Forutsetningene for drøftelsene i avhandlingen er som nevnt at det er tvilsomt om et erstatningskrav fører frem. Det har blitt lagt til grunn at reglene om erstatning ikke alltid ivaretar konkurranseklausulens effektivitet.³³⁵ Fra *Blake*-dommen, som vi så over, synes det å være et vilkår for vinningsavståelse at et erstatningskrav ikke ivaretar kontraktspartenes interesser tilstrekkelig effektivt.³³⁶ Dette kan ses som et uttrykk for at et vinningsavståelseskrav i enkelte tilfeller er bedre egnet til å ivareta likevekten mellom kontraktspartene enn andre sanksjoner. Støtte for et slikt syn kan muligens leses ut av juridisk teori. I teorien har vinningsavståelseskravene av enkelte blitt knyttet til tilfellene hvor det normalt ville vært anledning for en kontraktspart å kreve naturaloppfyllelse,³³⁷ men hvor dette ikke er mulig enten fordi kontraktsbruddet er umulig å reversere (slik som i *Blake*-dommen) eller fordi domstolene ikke vil reversere på grunn av for eksempel verdispillet det vil medføre.³³⁸ Det er uttalt at når tiden for oppfyllelse har passert og «specific relief [is] incapable of undoing the wrong» vil vinningsavståelse være aktuelt fordi «it [fulfils] the function of specific

³³¹ Bestemmelsene er utformet likt i kretsmønsterloven § 6, planteforedlerloven § 23, designloven § 40, varemerkeloven § 58, markedsføringsloven § 48 b og patentloven § 58.

³³² Se punkt 5.1.

³³³ Se punkt 6.3.4.

³³⁴ Tiden som har stått til rådighet har begrenset meg fra å undersøke de lignende reglene i amerikansk rett. Jeg kan derfor ikke utelukke at lignende regler gjelder også der.

³³⁵ Se punkt 1.2.

³³⁶ Likedan Edelman 2002 s. 154–155.

³³⁷ Jeg går ikke inn på hvilke tilfeller det kan kreves «specific performance/relief», men nevner at adgangen er snevrere enn for naturaloppfyllelse i norsk rett.

³³⁸ Cunnington 2008 s. 237–238.

relief by removing the benefits of breach». ³³⁹ I slike tilfeller vil altså vinningsavståelseskrav ivareta oppfyllelsesinteressen. ³⁴⁰

Gjennomgangen viser at det er mulig å finne spor av tanken om at vinningsavståelseskrav vil kunne være egnet til å gjenopprette likevekten i både tilgrensende lovgivning og i utenlandsk rett. Altså vil det være mulig å gravitere det første felles-trekket fra Høyesteretts argumentasjonsmønster mot annen positiv rett, og en slik gravitasjon kan synes å sammenfalle med utenlandsk rett.

6.3.4 Utslag av prevensjonshensynet i lovgivningen

Det andre fellestrekket fra Høyesteretts argumentasjonsmønster er fremhevingen av prevensjonshensynet. Som jeg drøftet i punkt 5.2 må det kunne legges til grunn at det vil ha stor preventiv effekt å fjerne det økonomiske incentivet som ofte motiverer brudd på konkurranseklausuler. De gjennomgåtte premissene tyder klart på at Høyesterett er av samme oppfatning. I den tilgrensende lovgivningen er det mulig å identifisere tilsvarende vektlegging av prevensjonshensynet.

Jeg nevnte i punkt 6.3.2 at ansvaret i selskapsloven § 2-23 er objektivt når det gjelder selskapsdeltakeres konkurrerende virksomhet med selskapet. Den reguleringsformen som er valgt i selskapsloven viser betydningen av lojalitetsplikten i tilfeller hvor det arbeides mot en *felles interesse*. Slike betraktninger vil i stor grad også gjøre seg gjeldende for de tilfeller hvor det er avtalt konkurransebegrensninger i samarbeidsavtaler. ³⁴¹ Sildekvote-dommen gir klart uttrykk for lojalitetspliktens betydning i samarbeidsforhold, og viser at prevensjonshensynet vil ivaretas dersom økonomiske fordeler oppnådd i strid med fellesskapets interesser må avstås til fellesskapet. Tilsvarende begrunnelse ligger bak § 2-23. ³⁴² Lojal etterlevelse av selskapsavtalen vil være letter å oppnå dersom økonomiske fordeler oppnådd ved illojal konkurranse må avstås til selskapet.

Dette er også synlig i asl./asal. § 6-17. At personer som står i posisjon til å utnytte selskapet for å oppnå en vinning for seg selv må avstå denne vinningen til selskapet, vil gjøre det mindre attraktivt å forsøke å utnytte rettshandler på vegne av selskapet til å oppnå økonomiske fordeler. I juridisk teori er det riktignok lagt til

³³⁹ *Op.cit.* s. 241–242.

³⁴⁰ *Op.cit.* s. 242.

³⁴¹ Se Nordtveit 1992 s. 285–290 for drøftelser om at § 2-23 må gjelde for samarbeidsforhold som faller utenfor selskapslovens anvendelsesområde.

³⁴² Monsen 2007 s. 367.

grunn at det antagelig ikke kan innfortolkes et krav om at godtgjørelsene må være illojale.³⁴³ De illojale godtgjørelsene vil vel uansett utvilsomt omfattes. Det særegne, og som bestemmelsen sikter å forhindre, er altså at en av selskapets tillitsmenn utnytter selskapets posisjon for å ivareta egne interesser.³⁴⁴ De selskapsrettslige bestemmelsene er dermed klare utslag av preventive betraktninger.

Prevensjonshensynets betydning er særlig fremtredende i den immaterialrettslige spesiallovgivningen. Endringene i disse lovene var i stor grad begrunnet i et synspunkt om at de tidligere sanksjonsbestemmelsene ikke virket tilstrekkelig effektivt til å ivareta interessene til innehaverne av immaterialretter. Før disse endringene var det en tilnærmet unison oppfatning om at sanksjonsreglene på dette området ikke virket tilstrekkelig preventivt mot krenkelser av slike rettigheter.³⁴⁵ Bakgrunnen for denne oppfatningen var at det ved krenkelser av immaterialretter sjeldent oppstod tap av betydning hos krenkede, eller at det var vanskelig å påvise et tap. Til gjengjeld oppnådde krenkeren ofte betydelig vinning som en følge av krenkelsen. De alminnelige erstatningsrettslige reglene hadde dermed ikke tilstrekkelig preventiv effekt. For å bøte på dette ble det derfor i juridisk teori tatt til orde for at domstolene hadde ansvar for:

«å utnytte og utvikle de alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, på en måte som gjør dem egnet til å *realisere de formål erstatningen* skal fylle. Enkelt sagt betyr dette at rettsanvendelsen i utpreget grad må skje under påvirkning av *de reelle hensyn* som gjør seg gjeldende, og med et åpent sinn for de muligheter som ligger i de nokså fleksible prinsipper den norske prosessordning og den alminnelige erstatningsrett er basert på.»³⁴⁶

Den juridiske teorien tok altså til orde for at domstolene i større eller mindre grad skulle foreta regeldanning for å ivareta prevensjonshensynet tilstrekkelig.³⁴⁷ Lignende synspunkt kan gjøres gjeldende i relasjon til avhandlingens problemstilling, men fordi typetilfellene i denne avhandlingen har nådd grensene for konstruksjon av erstatning, skjer regeldanningen gjennom brobygging mellom positivt rettsstoff.

³⁴³ Aarbakke mfl. 2004 s. 516.

³⁴⁴ Sml. Monsen 2007 s. 368–369.

³⁴⁵ Rognstad og Stenvik 2002 s. 511, med videre henvisninger.

³⁴⁶ *Op.cit.* s. 523, mine kursiveringer. Kanskje kan uttalelsene tolkes som en anbefaling til domstolene om å legge de erstatningsrettslige prinsippene i strekk slik som nevnt i punkt 1.2.

³⁴⁷ Sml. Mestad 2001 s. 615.

Sanksjonsbestemmelsene i den immaterialrettslige spesiallovgivningen kan sies å ha et lignende formål som et vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler. Reglene skal verne innehaveren av rettigheten (berettigede) mot at noen oppnår en *urettmessig konkurransefordel*. For eksempel vil innehaveren av et patent eller innehaveren av en uoppdaget nyvinning (bedriftshemmelighet) kunne ha et betydelig konkurransefortrinn på markedet, og dette fortrinnet ligger etter lovgivningen eksklusivt hos innehaveren. Parallellen for konkurranseklausulene blir da at det på bakgrunn av kontrakten ligger eksklusivt å utnytte det konkurransefortrinnet båndleggeren har opparbeidet seg. En slik likhet vil være et argument for at vinningsavståelseskrav også bør kunne tilkjennes ved brudd på avtalte konkurranseklausuler.

Når innehaveren av en immaterialrett gis en mulighet til å kreve avstått vinning som oppnås er dette ut fra en betraktning om at krenkelser av slike rettigheter skjer på bakgrunn av en kalkulert risiko om farene for å bli holdt erstatningsansvarlig. Dersom krenkede i slike tilfeller kan velge mellom å gjøre gjeldende et erstatningskrav eller vinningsavståelseskrav vil dette i stor grad kunne begrense slike kalkulerte krenkelser.³⁴⁸ De uaktsomme overtredelsene vil fremdeles kunne inntreffe, men det kan tenkes at aktsomheten på det aktuelle området økes som en følge av de nye sanksjonene.

Åndsverkloven utgjør et unntak fra den gjennomgatte lovgivningen på immaterialrettsområdet. I lovens § 55 annet ledd åpnes det for at vinningsavståelseskrav kan tilkjennes på objektivt grunnlag for krenkelser av åvl. §§ 54 og 49 første ledd. Bakgrunnen for at den samme sanksjonsmuligheten ikke ble tatt inn i åndsverkloven er i Prop. 81 L (2012–2013) s. 13 uttalt å være at Kulturdepartementet skulle vurdere om tilsvarende regulering burde inntas i åndsverkloven ved forslaget til revisjon av loven. I Prop. 104 L (2016–2017) s. 285 flg. legger Kulturdepartementet frem et forslag om å innta likelydende sanksjonsbestemmelser som de øvrige på immaterialrettsområdet.

Den avskrekkende effekten et vinningsavståelseskrav kan ha, er tydelig i deler av den utenlandske retten. Det tydeligste eksempelet på dette er § 39 i *The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment*, hvor det ved forsettlig brudd på kontrakter skal være anledning til å kunne gjøre gjeldende et vinningsavståelseskrav. Når skyldmomentet blir avgjørende tilsier dette at prevensjonshensynet er ansett som viktig bak regelen. Det samme kan også sies om BGB 687 (2) hvor det er et vilkår om at utnyttelsen av forretningen skjer forsettlig jf. «*obwohl er weiss*».

³⁴⁸ Sml. departementets merknader i Prop. 81 L (2012–2103) s. 41–45.

Tilsvarende oppfatninger har blitt gjort gjeldende i juridisk teori for vinningsavståelse etter engelsk rett. Av enkelte har det vært hevdet at kontraktsbruddet må ha fremstått som «cynical»,³⁴⁹ mens andre fremhever at det kan være et usikkerhetsmoment å anse dette som et vilkår.³⁵⁰ I *Blake*-dommen avviser Lord Nicholls at dette kan være det eneste vilkåret for vinningsavståelse,³⁵¹ men uttalelsene utelukker ikke at det kan vektlegges om kontraktsbruddet har vært «cynical».

Gjennomgangen viser at det er klare utslag av prevensjonshensynet i tilgrensende lovgivning som regulerer lignende typetilfeller som de som er tema i denne avhandlingen. Det samme er synlig i utenlandsk rett. Altså vil det være mulig å gravitere det andre fellestrekket fra Høyesteretts argumentasjonsmønster mot annen positiv rett, og en slik gravitasjon kan synes å sammenfalle med utenlandsk rett.

6.3.5 Lovgivningens orientering mot vinning

I en avhandling hvor problemstillingen stiller spørsmål ved om det kan tilkjennes et vinningsavståelseskrav fremstår det som åpenbart at kildene som analyseres må være orientert mot vinning. Poenget med å fremheve orienteringen mot vinning er at en slik orientering er et resultat av de to andre fellestrekkene. Med dette menes: *For det første* er den interessen lovgivningen skal beskytte egnet til å generere økonomiske fordeler. Dersom denne interessen utnyttes rettstridig for å oppnå en økonomisk fordel vil likevekten i forholdet mellom krenkede (berettigede) og krenkeren (forpliktete) gjenopprettes dersom den økonomiske fordel tilfaller den som etter lovens forutsetning skulle ha retten til å oppnå den.³⁵² Altså vil et vinningsavståelseskrav i mange av disse tilfellene være egnet til å ivareta tanken om korreksjonsrettferdighet. *For det annet* er som regel krenkelser av de beskyttede interessene motivert ut fra et ønske om å oppnå nettopp en økonomisk fordel.³⁵³ Dersom krenkeren står i fare for å måtte gi fra seg de økonomiske fordelene oppnådd ved krenkelsen blir det mindre attraktivt å krenke de beskyttede interessene. Altså vil et vinningsavståelseskrav i mange av disse tilfellene være godt egnet til å virke preventivt mot krenkelser.

³⁴⁹ Edelman 2002 s. 86.

³⁵⁰ Virgo 2016 s. 482.

³⁵¹ *Blake*-dommen. Som nevnt i punkt 4.2 er dommen tilgjengelig i sin helhet på de henviste nettsidene, uten at originale sidetall der er gjengitt.

³⁵² Det er den samme betraktning som ligger bak de avtalte konkurranseklausulene. Forskjellen da er at forutsetningen kommer til uttrykk i avtale, ikke i lov.

³⁵³ Sml. Monsen 2007 s. 367–368.

I selskapsloven må selskapsdeltakeren som bryter konkurranseforbudet betale selskapet «et beløp svarende til de fordeler han har oppebåret ved den urettmessige virksomheten» jf. § 2-23 (2) første punktum. Slik ordlyden er utformet synes den å omfatte både besparelser og fortjenester fra den rettstridige konkurransen. Mest praktisk er nok et beløp som svarer til fortjenesten, men begge deler omfattes av betegnelsen «økonomiske fordeler» som jeg har benyttet så langt i avhandlingen.³⁵⁴

Litt annerledes er ordlyden utformet i asl./asal. § 6-17 (3) første punktum, hvor det følger at «[g]odtgjørelse som er avtalt eller mottatt i strid med forbudet i første eller annet ledd, tilfaller selskapet.» Ordlyden synes her å sikte på betalinger selskapets tillitsmann har mottatt som en følge av rettshandelen, altså synes besparelser her utelukket. I samme bestemmelses annet punktum er det presisert at avkastning fra eiendeler som kommer i stedet for «godtgjørelse» også skal tilfalle selskapet. Dette underbygger tolkningen om at første punktum sikter til betalinger, men gjør også at bestemmelsen får et videre anvendelsesområde enn kun å omfatte pengeutbetalinger.

Bestemmelsene i spesiallovgivningen på immaterialrettsområdet skiller seg ut på dette punkt. Her har krenkede en valgtrett mellom tre ulike former for krav.³⁵⁵ Krenkede kan kreve erstatning, vederlag svarende til en rimelig lisensavgift eller vederlag svarende til vinningen oppnådd ved krenkelsen.³⁵⁶ I forarbeidene er det uttalt at et vinningsavståelseskrav vil kunne sørge for at sanksjonsreglene virker mest mulig preventivt.³⁵⁷ Altså er orienteringen mot vinningen i denne lovgivningen særlig et utslag av prevensjonshensynet.

Selv om den tilgrensende lovgivningen etter ordlyden ser ut til å sikte mot noe forskjellige former for økonomiske fordeler, er begrunnelsen bak sanksjonen den samme. For det første tilligger det den berettigede å utnytte den interessen som vernes. En krenkelse av denne interessen innebærer en ubalanse som må gjenopprettes. For det annet vil avståelse av den økonomiske fordelen som er oppnådd ved den rettstridige utnyttelsen/krenkelsen av interessen virker preventivt mot at slik utnyttelse eller krenkelse skjer igjen. Det samme mønsteret ser vi i Høyesteretts praksis. I for eksempel Rt. 1966 s. 305 viser fremhevingen av at kontraktsbruddet var forsettlig at den konkrete sanksjonen var egnet til å ivareta prevensjonshensynet. Videre kan utta-

³⁵⁴ Jeg kommer nærmere inn på vilkåret om «vinning» i punkt 7.3.

³⁵⁵ Se for eksempel patentloven § 58 første ledd.

³⁵⁶ Se Prop. 81 L (2012–2103) s. 41 for begrunnelsen bak valget av «vederlag».

³⁵⁷ *Op.cit.* s. 41–42.

lelsene om at A «måtte [...] ha plikt til å sørge for at [B] fikk vanlig kommisjon av certepartiet»,³⁵⁸ tyde på at sanksjonen ble ansett velegnet til å gjenopprette likevekten mellom partene.

Den samme orienteringen mot vinning er også tydelig i den utenlandske retten jeg har gjennomgått. Den tyske bestemmelsen i BGB § 687 (2) kan ses som et særlig utslag av betraktningen om at retten til oppnå økonomiske fordeler ved utnyttelse av forretningen³⁵⁹ skal ligge hos forretningshaveren. Dersom denne retten brytes vil balansen gjenopprettes dersom forretningshaveren tilkjennes de økonomiske fordelene oppnådd ved utnyttelsen. Den amerikanske regelen er nok mest rettet mot å ivareta prevensjonshensynet ettersom regelen gjelder generelt for ulike former for kontraktsbrudd, altså ikke kun en utnyttelse av en annens rett. I den engelske retten viser drøftelsene av vinningsavståelseskrav mulig kobling mot tilfeller hvor det kunne vært krevd naturaloppfyllelse at sanksjonen forutsettes å gjenopprette balansen mellom partene.³⁶⁰ Teoriens fremheving av at et slikt krav som regel kun er aktuelt ved kyniske brudd på kontrakter viser også at et vinningsavståelseskrav er tenkt å ha preventiv effekt.

Denne gjennomgangen av lovgivningens orientering mot vinning er særlig egnet til å fremheve sammenfallet mellom argumentasjonsmønster i rettspraksis og begrunnelsene bak lovgivningens utforming. I de tilfeller hvor en berettiget, enten gjennom lov eller avtale, har et konkurransefortrinn som kan bli utnyttet urettmessig av forpliktete vil et vinningsavståelseskrav både være egnet til å gjenopprette balansen mellom partene, og i tillegg vil kravet virke preventivt mot at slike krenkelser skjer igjen. Dermed er det også på dette punkt mulig å foreta en gravitasjon mot den tilgrensende retten.

6.4 Fra argumentasjonsmønster til primært rettsgrunnlag

Fra drøftelsene i punkt 6.3 har det blitt påvist at det finnes flere likhetstrekk i Høyesteretts argumentasjon omkring mulig sanksjoner mot brudd på konkurranseklausuler, eller lignende kontraktsforpliktelser. Disse fellestrekkene gjorde det mulig å identifisere et felles argumentasjonsmønster som knytter seg til en utvidet forståelse av repa-

³⁵⁸ S. 310.

³⁵⁹ Ordet «Geschäft» må nok forstås videre enn det norske «forretning». Det er en fare for at bruken av for eksempel «interesse» favner for vidt, og derfor bruker jeg her «forretning».

³⁶⁰ Se punkt 6.3.3.

rasjonshensynet³⁶¹ og særlig til ivaretagelsen av prevensjonshensynet. Her følger at Høyesterett gir uttrykk for at de konkrete kontraktsbruddene fremstår som illojale. Vektleggingen bruddene på lojalitetsplikten og fremhevingen skyldmomentet, særlig i Rt. 2007 s. 817 hvor simpel uaktsomhet ikke ble ansett tilstrekkelig for et vinningsavståelseskrav, kan tolkes som at Høyesterett mener terskelen for slike krav må ligge høyt. Sett med komparative briller fremstår ikke en slik slutning som overraskende. Spørsmålet er knapt drøftet i svensk og dansk rett, i tysk rett har jeg ikke funnet konkrete eksempler som illustrerer problemet, i amerikansk rett må kontraktsbruddene være forsettlige og andre beføyelser må være inadekvate. I engelsk rett er det uttalt at slike krav kun kan tilkjennes i «exceptional cases» hvor andre beføyelser er inadekvate det kan bli tale om vinningsavståelse. Høyesteretts premisser kan nok også leses som implisitt å gi uttrykk for at andre sanksjonsformer må være inadekvate til å ivareta formålet med kontrakten for at et vinningsavståelseskrav skal være aktuelt. Et eksempel på dette kan være uttalelsen «[u]ansett hvordan dette forholder seg» jf. Rt. 1966 s. 305, s. 311.

Gjennomgangen av den tilgrensende retten viser at lovgivningen baserer seg på de samme begrunnelser som fremgår av argumentasjonsmønster fra Høyesterett. Hovedbegrunnelsen bak endringene i spesiallovgivningen på immaterialrettsområdet var å gjøre vernet av rettighetene mer effektivt. Altså kan det utledes et synspunkt om at et erstatningskrav ikke alltid vil være en adekvat sanksjon mot krenkelser av immaterielle rettigheter. Som jeg har vist verner disse lovene lignende interesser som de en avtalt konkurranseklausul er ment å verne. Ytterligere viser poenget om at vinningsavståelse *kun* er tilgjengelig som sanksjon for brudd på konkurranseforbudet etter selskapsloven, at lovgiver anser dette som en særlig aktuell sanksjon nettopp for brudd på konkurransebegrensninger. Når den tilgrensende lovgivningen tar utgangspunkt i de samme betraktninger som kan leses ut av argumentasjonsmønsteret fra Høyesterett, tilsier dette at lovgivningen må kunne kobles med uttalelsene fra rettspraksis. Denne koblingen mellom lovgivningen og praksis gjør det mulig å legge til grunn en form for brobygging som nevnt i punkt 2.2.2. Det er altså mulig å påvise en overordnet sammenheng i rettsstoffet, og dette kan kobles sammen til å utgjøre et hele. Koblingen av rettsstoffet gjør det mulig å utlede en mer overordnet syntese om at det ved brudd på konkurranseklausuler kan tilkjennes vinningsavståelseskrav på

³⁶¹ Slik dette ble utledet i punkt 5.1.

bakgrunn av reparative og preventive betraktninger i de tilfeller hvor andre sanksjonsregler ikke ivaretar de interesser en konkurranseklausul skal beskytte. En slik syntese vil kunne anvendes som et primært rettsgrunnlag for et krav om vinningsavståelse.

Denne syntesen er svært abstrakt utformet, men det henger sammen med at jeg så langt ikke har sett nærmere på vilkårene for en slik regel. De vilkårene som oppstilles for en regel om vinningsavståelse må søke å oppfylle de grunnleggende hensynene som ligger til grunn for syntesen. I utgangspunktet er det vanskelig å vurdere rettsgrunnlaget uten å ta hensyn til vilkårene for regelen. Jeg oppstiller regelen avslutningsvis i punkt 8.1.

Konklusjonen på drøftelsene så langt blir at det i den kontraktsrettslige bakgrunnsretten kan påvises en sammenheng i rettsstoffet, en sammenheng som kan anses som en syntese, som kan legges til grunn som primært rettsgrunnlag for en regel om vinningsavståelse ved brudd på avtalte konkurranseklausuler.

Før drøftelsene av vilkårene for regelen kan det tilføyes et mer overordnet metodisk poeng. Det faktum at rettsgrunnlaget fremgår av en syntese tilsier i seg selv at terskelen antageligvis må legges høyt for når vinningsavståelseskrav kan tilkjennes.

7 Vilkår for vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler

7.1 Innledning

I punkt 6 har jeg drøftet om det er mulig å identifisere et felles argumentasjonsmønster i rettspraksis og tilgrensende lovgivning. Drøftelsen viste at det er en del felles trekk som går igjen i tilfeller hvor en konkurranseklausul, eller en forpliktelse med lignende formål, er brutt. Disse fellestrekkene, sett i lys av de overordnede legislative betraktningene, viser at det kan utledes en syntese fra det samlede rettsstoffet. Den syntesen som ble utledet kan utgjøre et primært rettsgrunnlag i tilfeller hvor det blir stilt spørsmål om et vinningsavståelseskrav kan tilkjennes. For å kunne avgjøre hvilke tilfeller dette er, må også vilkårene for en slik regel analyseres og drøftes. Hvilke vilkår som oppstilles henger sammen med de grunnleggende hensyn som vil ligge bak en slik regel (punkt 5).³⁶² Her i punkt 7 skal jeg nærmere analysere hvilke vilkår som følger av det samlede rettsstoffet.

7.2 Vilkåret om at det foreligger et brudd på en avtalt konkurranseklausul

Så langt i avhandlingen har problemstillingen vært drøftet under en forutsetning om at det foreligger et brudd på en gyldig avtalt konkurranseklausul. Dette er et selvsagt vilkår for at det skal kunne stilles spørsmål om det kan kreves vinningsavståelse – den forpliktete skal ikke måtte avstå vinning oppnådd på en kontraktmessig måte. Er det for eksempel slik at den forpliktete A i det andre typetilfellet i punkt 6.2 starter en virksomhet som selger noe helt annet enn det konkurranseklausulen er ment å ramme, skal ikke A måtte avstå til B eventuell fortjeneste ved den nye virksomheten.

Hva som innebærer et brudd på en avtalt konkurranseklausul beror derfor på en tolkning av avtalen. I denne sammenheng finner jeg det ikke nødvendig å si noe generelt om hvilke utgangspunkter som gjelder for tolkningen av en slik klausul, ettersom dette faller utenfor avhandlingens problemstilling.

Det kan likevel her være grunn til å påpeke de særlige gyldighetsreglene som gjelder for konkurranseklausuler, både i arbeidsforhold og andre kontraktsforhold. Er ikke klausulen gyldig er det heller ikke tale om et kontraktsbrudd.

³⁶² Berg 2007 s. 173.

Fordi en konkurranseklausul fratår den forpliktete muligheter til å skaffe seg inntekter, og i arbeidsforhold kan gjøre livsgrunnlaget for den forpliktete vanskeligere, følger det av avtaleloven § 38 første punktum at klausulen ikke er bindende i den grad «den urimelig innskrenker vedkommendes adgang til erverv eller må anses for å strekke seg lenger enn nødvendig for å verne mot konkurranse».³⁶³ Ved rimelighetsvurderingen følger det av annet punktum at det skal tas «hensyn til den betydning det har for den annen part at forpliktelsen opprettholdes».³⁶⁴ Bestemmelsen gjelder selv sagt ved siden av avtalelovens revisjonsbestemmelse § 36, og de øvrige ugyldighetsreglene. Det er også mulig det er et visst overlapp mellom §§ 36 og 38.

Det vil i tillegg for konkurranseklausuler i arbeidsforhold gjelde egne regler etter arbeidsmiljøloven kapittel 14 A. I Prop. 85 L (2014–2015) s. 7–9 fremheves de motstående interessene som særlig kommer på spissen ved slike klausuler, og det uttales at arbeidsgiver bør ha anledning til å pålegge slike klausuler «i den utstrekning dette er nødvendig for å sikre arbeidsgivers interesser».

Forarbeidene forutsetter altså at konkurranseklausuler kun gjøres gjeldende dersom berettigede har en legitim interesse i å beskytte konkurransefortrinnet sitt mot utnyttelse fra forpliktete. Forutsetningene i forarbeidene har klare likhetstrekk med det ene vurderingsmomentet oppstilt av Lord Nicholls i *Blake*-dommen. Han uttaler der at en verdifull retningslinje ved spørsmålet om vinningsavståelse vil være om berettigede hadde en «legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity and, hence, in depriving him of his profit».³⁶⁵ Altså vil den retningslinjen som Lord Nicholls oppstiller være en del av vurderingen om en konkurranseklausul er gyldig i norsk rett.

Hvordan en slik interessevurdering skal foretas vil nok variere fra kontraktsforhold til kontraktsforhold, men et sentralt element vil kunne være om konkurransefortrinnet har utsikter til å generere økonomiske fordeler for berettigede. Dersom konkurransefortrinnet er egnet til å genere økonomiske fordeler for berettigede vil vedkommende ha en klar interesse av å beskytte dette fortrinnet mot utnyttelse. Ut fra

³⁶³ Lovregelen ble språklig modernisert i forbindelse med endringene i arbeidsmiljøloven, men innholdet er ment å videreføres jf. Prop. 85. L. (2014–2015) s. 56. Bestemmelsen annet og tredje ledd fra tidligere ble erstattet med tilføyelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 14 A.

³⁶⁴ Den norske lovgivningen legger her opp til et lignende vilkår som det som følger av *Blake*-dommen, hvor det som nevnt er fastslått at den berettigede må ha en legitim interesse i å ville frata forpliktete vinningen.

³⁶⁵ Se punkt 4.2 for henvisning til nettsidene hvor dommen er tilgjengelig i fulltekst uten originale sidetall.

dette kan det hevdes å være en sammenheng mellom ugyldighetsreglene og et eventuelt vinningsavståelseskrav. Har ikke berettigede en legitim interesse i å pålegge den forpliktete en konkurranseklausul har heller ikke vedkommende en interesse i å kreve avstått vinningen oppnådd ved kontraktsbruddet.

Kravet om at berettigede må ha hatt en legitim interesse i å pålegge forpliktete en konkurranseklausul kan være egnet til å illustrere et problem som har vært drøftet i juridisk teori. I juridiske teori har det blitt tatt til orde for at berettigede må ha hatt en mulighet til selv å oppnå vinningen dersom kontraktsbruddet ble tenkt borte.³⁶⁶ Altså blir det tatt til orde for at det må kreves en formuesforskyvning.³⁶⁷ Begrunnelsen bak et slikt vilkår er at uten formuesforskyvningen så har ikke berettigede en legitim interesse i vinningen.³⁶⁸ Slik jeg oppfatter formålet med konkurranseklausuler og sammenhengen av rettsstoffet kan det ikke kreves at berettigede må ha kunnet oppnå *akkurat den samme vinningen* som forpliktete. En konkurranseklausul skal beskytte et konkurransefortrinn, og et slikt konkurransefortrinn vil som regel være egnet til å generere økonomiske fordeler. Hva disse økonomiske fordelene består i er imidlertid ikke alltid like lett å konkretisere. Et godt eksempel er goodwill. Derfor er det også ofte vanskelig å tallfeste de økonomiske fordelene konkurransefortrinnet innebærer. Likevel vil berettigede ha en legitim interesse i å beskytte dette konkurransefortrinnet.

De to typetilfellene oppstilt i punkt 6.2 kan være egnet til å illustrere problemet med å begrense interessevurderingen til et spørsmål om berettigede hadde hatt en mulighet til å oppnå *akkurat den vinningen*. I det første tilfellet består vinningen av en kommisjon betalt av rederen C. Hadde kontraktsbruddet til megleren A blitt tenkt borte ville ikke B oppnådd den vinningen A fikk ved å bryte konkurranseklausulen. Begrunnelsen bak konkurranseklausulen var i det tilfellet at B ønsket at arbeidskapasiteten til A ble brukt til salget av hans skip, og at det var færre lignende skip på markedet. I et slikt tilfelle vil den økonomiske fordelene som generes av konkurransefortrinnet være høyere pris for skipet, ikke kommisjon. Enda mer konstruert blir det å oppstille et slikt krav i det andre typetilfellet. I tilfellet ville ikke virksomheten B kunne oppnådd samme vinning som A fordi salgskapasiteten var utnyttet maksimalt. Konkurransfortrinnet i et slikt tilfelle er både goodwill i markedet og gode leveran-

³⁶⁶ Berg 2007 s. 176.

³⁶⁷ Som jeg kommer tilbake til i punkt 7.5.2 innebærer et slikt krav i realiteten et tapsvilkår dersom det oppstilles.

³⁶⁸ *Op.cit.* s. 176–177.

døravtaler. Tanken bak klausulen var at B skulle kunne bygge opp virksomheten så lenge konkurranseklausulen var bindene for A, slik at B ville være godt rustet til å kunne møte en eventuell konkurranse mot A. I begge tilfellene kan konkurransefortrinnet være egnet til å genere en økonomisk fordel for berettigede, og slik sett vil nok berettigede ha en legitim interesse i å begrense utnyttelse fra forpliktete. Tilfellene viser imidlertid også at den økonomiske fordelten ikke samsvarer med den vinningen forpliktete oppnår ved å bryte konkurranseklausulen.

Drøftelsene viser at interessekravet nok er oppfylt dersom berettigede har en markedsmessig begrunnelse bak konkurranseklausulen.³⁶⁹ Ved spørsmålet om et vinningsavståelseskrav kan gjøres gjeldende kan det ut fra drøftelsene ikke legges til grunn at den berettigede må ha kunnet oppnådd den samme vinningen som forpliktete, men at berettigede har hatt en interesse av å beskytte konkurransefortrinnet mot utnyttelse fra forpliktete.³⁷⁰

7.3 Vilkåret om at det er oppnådd en vinning

Som Berg treffende poengterer må det for at det skal kunne oppstilles en regel om vinningsavståelse «krevjast at [forpliktete] har hatt ei vinning».³⁷¹ At dette er et krav følger av alle de tre sentrale høyesterettsdommene knyttet til vinningsavståelseskrav.

Et vinningsavståelseskrav relaterer seg til *økonomiske fordeler* på den forpliktetes side.³⁷² I Rt. 2007 s. 817 uttales det at berikelseskravene knytter seg til «gevinst» oppnådd på urettmessig måte. Det skal generelt utvises forsiktighet med å foreta en ordlydsfortolkning av Høyesteretts premisser, men det kan innvendes at økonomiske fordeler ville vært en mer hensiktsmessig betegnelse. En gevinst kan rent språklig oppfattes som en tilfeldig økonomisk fordel, for eksempel i et lotteri. Videre vil vederlagskravene³⁷³ kunne fastsettes ut fra besparelser, eller vanlig leiepris i markedet,³⁷⁴ og da passer det dårlig å omtale kravet som en gevinst. For vinningsavståelseskravene vil det være naturlig å rette oppmerksomheten mot formuesforøkelser hos

³⁶⁹ Det er imidlertid viktig å presisere at også andre krav kan følge av ugyldighetsreglene.

³⁷⁰ Det kan kanskje være veiledende å stille spørsmål om konkurranseklausulen skal verne belønningshensynet.

³⁷¹ Berg 2007 s. 174.

³⁷² Se punkt 1.3.

³⁷³ Se Monsen 2007 s. 48–49, for en definisjon av vederlagskrav.

³⁷⁴ Sml. tilfellet i RG 2013 s. 1490.

den forpliktete.³⁷⁵ Kort og upresist vil vilkåret om det er oppnådd en vinning altså innebære at forpliktete har oppnådd en formuesforøkelse som en følge av bruddet på konkurranseklausulen.

I punkt 1.4 fremhevet jeg at det avgrenses mot eventuelle utmålingsprinsipper for eventuelle vinningsavståelseskrav. I dette punktet skal jeg likevel drøfte om formuesforøkelsen som eventuelt må avstås er en brutto- eller nettovinning, og jeg skal se kort på spørsmålet om det kan kreves at vinningen har vært vesentlig.

Tas det utgangspunkt i rettspraksis er det nokså naturlig at det i Rt. 2007 s. 817 ikke avgjøres hva det vil si at det må være oppnådd en vinning, ettersom Høyesterett kommer til at et vinningsavståelseskrav ikke kunne tilkjennes. I Rt. 1966 s. 305 kommer Høyesterett til at det var kommisjonen oppnådd i strid med kundeklausulen som måtte avstås. Resultatet i Sildekvote-dommen var at det var fortjenesten fra kvoteoverskridelsen som måtte fordeles til resten av samarbeidet.

I Rt. 1966 s. 305 gjøres det ikke fradrag for kostnader som var nødvendig for å oppebære vinningen, og det kan derfor tales om avståelse av «bruttovinning».³⁷⁶ At det ikke gjøres fradrag for kostnader knyttet til inntjeningen av kommisjonen kan være et argument mot at Høyesterett mener å tilkjenne et vinningsavståelseskrav.³⁷⁷ På den annen side tilsier vel ikke løsningen som ble valgt at det var tale om et erstatningskrav, ettersom det da prinsipielt sett skulle vært gjort et såkalt berikelsesfradrag for de kostnader B sparte ved ikke å utføre oppdraget selv. Det er derfor vanskelig å si hvor mye vekt Høyesteretts løsning kan tillegges på dette punkt. Samlet fremstår det som at retten har vært mest opptatt av å reversere ubalansen bruddet på konkurranseklausulen medførte.³⁷⁸

Motsetningsvis blir det i Rt. 1967 s. 1335 lagt til grunn at det er «fortjenesten» som skal være gjenstand for utjevning, og det tas derfor utgangspunkt i en «nettovinning». Begrunnelsen bak et krav om et det kun er nettovinning som kan kreves avstått

³⁷⁵ Slik jeg oppfatter rettstilstanden vil eventuelle innsparinger måtte kreves avstått etter et vederlagskrav. Rt. 1981 s. 1215 er illustrerende. I saken tar Høyesterett ikke stilling til om grunneieren kan kreve avstått eventuell vinning fra reieneieren, men kommer til at de innsparingene reieneieren hadde måtte avstås etter vederlagskravet. Se likevel Prop. 81 L (2012–2013) s. 43, hvor departementet tar til orde for at besparelser skal kunne regnes med ved utmålingen av vinning ved krenkelser av immaterialretter.

³⁷⁶ Likedan Monsen 2006 s. 175.

³⁷⁷ Sml. Berg 2007 s. 175.

³⁷⁸ Sml. Monsen 2006 s. 175–176, som påpeker at årsaken til at det ikke ble gjort fradrag for kostnader var fordi forpliktete hadde startet for seg selv og fordi han i karanteneperioden fikk utbetalt en tredjedel av overskuddet til berettigede (etterbetaling).

er at berettigede også som oftest ville hatt kostnader ved å inntjene den økonomiske fordel. Konkurransesfordelen var egnet til å genere. For å unngå at berettigede motar en tilfeldig fordel er nettovinning derfor antagelig det mest riktige.³⁷⁹

Tilsvarende følger av den tilgrensende lovgivningen som jeg gjennomgikk i punktene 6.3.2 flg. I den immaterialrettslige spesiallovgivningen er det ikke konkretisert hva «vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved inngrepet» innebærer, men det er antatt i juridisk teori at det er nettovinning som menes.³⁸⁰ Dersom den forpliktete ikke sitter igjen med en fortjeneste etter bruddet på konkurranseklausulen vil det derfor antageligvis ikke være anledning til å kreve vinningsavståelse.

I teorien har det også blitt tatt til orde for at denne nettovinningen må være vesentlig for at det skal bli aktuelt å tilkjenne et vinningsavståelseskrav.³⁸¹ Dette utledes av fra uttalelser i tingretts- og lagmannsrettsdommen som Rt. 2007 s. 817 sprang ut av.³⁸² I begge underinstansene ble B tilkjent et vinningsavståelseskrav, og det ble i lagmannsrettsdommen uttalt at det ble sett bort fra As vinning fordi denne måtte anses som «beskjeden». Hvorfor det ble sett bort fra denne nettofordelen begrunnes ikke ytterligere, men det må antas at det for resultatet ligger til grunn en rimelighetsvurdering. Videre viser Berg til Rt. 1984 s. 497 som gjaldt en tidligere samboers krav på vederlag for økonomiske bidrag til den andre samboers bygging av et hus. I saken var det spørsmål om det kunne kreves restitusjon av bidragene. Som et moment for ikke å tilkjenne restitusjonskravet uttaler førstvoterende at beløpet ikke kunne «anses som noe vesentlig tilskudd».³⁸³ Lignende blir fulgt opp i Rt. 2000 s. 1089 hvor en samboer ble tilkjent et vederlagskrav for stell og pleie av den annen samboer. Høyesterett tar her utgangspunkt i 84-avgjørelsen og uttaler at det normalt bare kunne tilkjennes vederlag «i de tilfeller hvor den økonomiske fordel ikke er uvesentlig».³⁸⁴ Uttalelsene har blitt fulgt opp i Rt. 2011 s. 1168, hvor det oppstilles som vilkår for å tilkjenne et vederlagskrav at «den ene samboeren under samlivet har tilført den andre *en betydelig økonomisk fordel, i form av berikelse eller besparelse*».³⁸⁵ I disse rettsforholdene må det derfor være liten tvil knyttet til at det oppstilles et vesentlighetskrav. Denne prak-

³⁷⁹ Berg 2007 s. 175 og Monsen 2006 s. 175.

³⁸⁰ Lunde mfl. 2015 s. 351.

³⁸¹ Berg 2007 s. 175–176.

³⁸² *Loc.cit.*

³⁸³ S. 504.

³⁸⁴ S. 1095.

³⁸⁵ Avsnitt 29, kursiv i original.

sisen kan tilsi at det for å kunne tilkjenne krav etter alminnelige berikelses- og restitujonsprinsipper må det kreves at beløpet som kreves ikke er uvesentlig.

Et krav om at vinningen må være vesentlig kan være egnet til å ivareta prosess-økonomiske hensyn. Dersom det oppstilles et vilkår om at vinningen må være vesentlig kan det antas at søksmål om de mer bagatellmessige beløpene unngås.

På den annen side må det fremheves som usikkert om et slikt krav kan gjelde for vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalt konkurranseklausul. For det første fordi det er usikkert hvilket innhold et eventuelt berikelsesprinsipp har. Videre må det påpekes at Høyesterett i dommene behandler spørsmålet om restitujon, og at det derfor kan være andre hensyn som gjør seg gjeldende enn ved spørsmålet om vinningsavståelse.³⁸⁶ For det annet legges et slikt vilkår til grunn i tilknytning til vederlagskrav i samboerforhold. I et samboerforhold er nok ideelle interesser mer fremtredende enn økonomiske. I slike forhold er det ofte en sammenblanding av økonomien, og når det ytes økonomiske tilskudd er ofte tanken at begge skal nyte godt av det i fellesskap. Dette er ikke tilfellet ved avtalte konkurranseklausuler, som utelukkende skal ivareta berettigedes konkurransefortrinn. At en økonomisk fordel i en slik situasjon er stor eller liten fremstår derfor som mer eller mindre tilfeldig. Ytterligere er det ingen indikasjoner fra verken 66-avgjørelsen eller Sildekvote-dommen at det ble oppstilt et krav om vesentlig vinning. Et krav om vesentlighet er heller ikke oppstilt i den tilgrensende lovgivningen. Samlet sett må det derfor anses som usikkert om det gjelder et krav om at vinningen må være vesentlig for at den skal kunne tilkjennes som sanksjon.

De lege ferenda er det på det prinsipielle plan vanskelig å se hvorfor det skal gjelde et tilleggsvilkår om vesentlighet ved spørsmålet om det kan tilkjennes et vinningsavståelseskrav. I typetilfellene hvor det har blitt inntatt en konkurranseklausul er formålet som nevnt å beskytte et konkurransefortrinn. Dersom en slik konkurranseklausul misligholdes har konkurransefortrinn blitt utnyttet i strid med partenes forutsetninger, og det foreligger da en ubalanse i kontraktsforholdet. Om dette kontraktsbruddet leder til en vesentlig vinning eller ikke vil i stor grad avhenge av forpliktedes dyktighet og fortjenestemargin. Oppstilles det et krav om vesentlighet oppstår det også et nytt problem, nemlig: vesentlig i forhold til hva?³⁸⁷ Skal for ek-

³⁸⁶ Sml. Monsen 2005 s. 168.

³⁸⁷ Berg 2007 s. 176.

sempel kommisjonen til skipsmegleren A i det første typetilfellet sammenlignes med rederen Bs antatte «tap»? Er det da tale om et skip til flere hundre millioner er det vel lite sannsynlig at vinningen blir ansett som vesentlig.

Å oppstille et krav om at vinningen må være vesentlig vil kunne være egnet til å svekke vinningsavståelskravenes preventive effekt. For å styrke vinningsavståelskravenes preventive effekt bør ikke et krav om vesentlighet oppstilles. Dersom det for vinningsavståelskravene oppstilles et vilkår om at kravet ut fra en sammensatt helhetsvurdering må fremstå som rimelig,³⁸⁸ vil det selvsagt være anledning til å legge vekt på vinningens størrelse i denne helhetsvurderingen.

I praksis vil vel et slikt problem løses av prosessrisiko og prosessøkonomiske grunner. Konkurransesklausuler inntas som regel i kommersielle avtaler av en viss størrelse, særlig gjelder dette for samarbeidsforholdene. Da er det også lite trolig at det vil bli tatt ut søksmål for bagatellmessige beløp.

Drøftelsene i punkt 7.3 viser dermed at kravet om at det er oppnådd en vinning knytter seg til formuesforøkelse hos forpliktete. Rettsstoffet viser også at det er nettovinningen oppnådd ved kontraktsbruddet som kan kreves avstått. Om det gjelder et vilkår om vesentlighet fremstår som usikkert. Jeg legger til grunn at et slikt vilkår ikke gjelder. Konklusjonen er dermed at det er den økonomiske fordelingen i form av en nettovinning som kan kreves avstått.

7.4 Vilkåret om skyld

Ett av de poengene som har blitt sterkt fremhevet i drøftelsene av det primære rettsgrunnlaget for en regel om vinningsavståelse er tanken om at en slik sanksjon skal ha preventiv effekt. Som jeg drøftet i punkt 5.2 er det som regel slik at brudd på konkurransesklausuler gjøres forsettlig med hensikt om å oppnå en økonomisk fordel. At dette som regel er tilfellet kan ha betydning for hvordan spørsmålet om skyld har blitt håndtert i praksis. Gjennomgangen av argumentasjonsmønsteret i punkt 6.3.1 tilsier at det kreves enten et forsettlig eller grovt uaktsomt kontraktsbrudd for at et vinningsavståelskrav skal kunne tilkjennes.

Høyesterett kommer i Rt. 2007 s. 817 til at et berikelseskrav ikke kunne tilkjennes, og fra premissene fremstår det som avgjørende at den forpliktete i saken kun hadde utvist uaktsomhet. Førstvoterendes vektlegging av skyldgraden er antagelig

³⁸⁸ Se punkt 7.6.

basert på uttalelsene i Rt. 1966 s. 305, hvor Høyesterett fremhever at skipsmegleren var «fullt oppmerksom» på at han etter kundeklausulen ikke kunne utføre forretninger for kunden til B. Selv om premissene i 66-avgjørelsen er knappe, og det i 2007-avgjørelsen egentlig ikke tas generelt standpunkt til hvilke vilkår som må gjelde, fremstår det som at et vinningsavståelseskrav ikke kan tilkjennes med mindre kontraktsbruddet kan karakteriseres som utført forsettlig eller grovt uaktsomt.³⁸⁹ Et slikt standpunkt samsvarer med erkjennelsen om at et slikt brudd sjeldent skjer som et «uhell», men som et ledd i en avveining mellom risikoen for å bli holdt ansvarlig og muligheten til å oppnå en økonomisk fordel jf. punkt 5.2.

Spørsmålet er imidlertid om det i disse tilfeller må kreves forsett, eller om det også er tilstrekkelig at den forpliktete ved bruddet på konkurranseklausulen har utvist grov uaktsomhet.³⁹⁰ I Sildekvote-dommen kan det se ut til at skyldgraden ikke ble ansett som like grov som i 66-avgjørelsen, blant annet ut fra at det dersom det skulle oppstå vesentlige skjevheter «*måtte det fremstille seg som nærliggende* at det burde bli spørsmål om en form for utjevning». ³⁹¹ Videre ble det lagt vekt på den manglende aktiviteten til de tre fabrikkene og hva som i situasjonen «burde gjøres». ³⁹² Selv om dette er synspunkter som også kan gjøres gjeldende ved forsettlig kontraktsbrudd, minner de normative vurderingene om de vurderinger som foretas ved spørsmålet om en handling kan karakteriseres som uaktsom.

I teorien har det av Monsen blitt tatt til orde for at det på ulovfestet område bør gjelde en mellomløsning mellom et rent objektivt ansvar og et krav om kvalifisert skyld. ³⁹³ Det kan altså se ut til at han legger til grunn at det ikke bør gjelde et strengere krav enn simpel uaktsomhet. Motsatt legger Berg til grunn at det må gjelde et vilkår om at kontraktsbruddet har vært forsettlig. ³⁹⁴ Bakgrunnen for dette er et synspunkt om at et vinningsavståelseskrav må anses å være basert på en tanke om straff, og at derfor ikke bør gjelde et mindre strengt skyldkrav enn på strafferettens område. ³⁹⁵ Som jeg var inne på i punkt 5.2, vil det ved vinningsavståelseskravene kunne være hensiktsmessig å sondre mellom sanksjonens hovedformål og eventuelle sideef-

³⁸⁹ Borch mfl. 2016 s. 369.

³⁹⁰ Sml. *loc.cit.*

³⁹¹ S. 1344, min kursivering.

³⁹² S. 1345. Sml. Borch mfl. 2016 s. 370.

³⁹³ Monsen 2010(b) s. 3.

³⁹⁴ Berg 2007 s. 173–174.

³⁹⁵ *Op.cit.* s. 174.

fekter. Et vinningsavståelseskrav er primært begrunnet ut fra tanken om å gjenopprette balansen i avtaleforholdet, og ut fra et preventivt siktemål. Det er nok ikke tilstrekkelig til å kreve forsettlig kontraktsbrudd at sanksjonen føles som en straff, så lenge den ikke er motivert ut fra et ønske om å påføre den forpliktete et onde. Det er derfor usikkert om analogien til strafferettens skyldvilkår alene kan være bærende for å oppstille et krav om forsettlig kontraktsbrudd. Borch mfl. fremholder det som usikkert om det stilles krav til forsett, eller om også grov uaktsomhet vil være tilstrekkelig.³⁹⁶

I *The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* blir det som nevnt i § 39 oppstilt en regel som fastslår at det ved «deliberate breach of contract» kan tilkjennes et vinningsavståelseskrav. En forutsetning for at et slikt krav skal kunne tilkjennes er altså at kontraktsbruddet er forsettlig.³⁹⁷ Tilsvarende har det i engelsk litteratur blitt tatt til orde for at det bør kunne tilkjennes vinningsavståelse der hvor kontraktsbruddet fremstår som «cynical».³⁹⁸ I utenlandsk rett ser det ut til å være et krav om forsett for å kunne tilkjennes et vinningsavståelseskrav.³⁹⁹

Trekkes det her paralleller til den tilgrensende lovgivningen som ble gjennomgått i punkt 6.3.2 flg. gjelder det der ikke et krav om kvalifisert skyld. Reglene i selskapslovgivningen må regnes som de strengeste,⁴⁰⁰ ettersom det der gjelder et rent objektivt ansvar. Ansvarer kan riktignok lempes i selskapsforhold dersom skyldgraden har vært liten jf. sel.§ 2-23 (2) annet punktum jf. § 2-43 (2). Årsaken til det strenge ansvaret i disse reglene er nok den særlige posisjonen den forpliktete står i overfor berettigede. I selskapsforholdene må det kreves en høy grad av lojalitet, og derfor vil fortjeneste oppnådd på urettmessig måte falle inn til fellesskapet (selskapet). Reglene bygger her på et representasjonssynspunkt,⁴⁰¹ som går ut på å anse krenkeren som en representant for selskapet, og som derfor har oppnådd den økonomiske fordelen i selskapets interesse.⁴⁰² Disse reglene ligner på reglene som gjelder etter instituttet «fiduciary duties», hvor det heller ikke oppstilles et vilkår om skyld.⁴⁰³

³⁹⁶ Borch mfl. 2016 s. 369.

³⁹⁷ Laycock 2012 s. 946.

³⁹⁸ Edelman 2002 s. 86. Det blir i teorien også manet til forsiktighet med å anse dette som det eneste vilkåret for vinningsavståelseskrav, se Virgo 2016 s. 482.

³⁹⁹ I BGB § 687 (2) er det også et krav om forsett jf. «obwohl er weiss».

⁴⁰⁰ Inntil åndsverkloven § 55 blir endret må også denne anses som en meget streng regel.

⁴⁰¹ Sml. Monsen 2006 s. 175–176.

⁴⁰² Det ligger en tankemessig konstruksjon til grunn for dette synspunktet, ettersom vinningen jo reelt sett ble forsøkt oppnådd for å tjene egne interesser.

⁴⁰³ Reglene avviker her fra BGB 687 (2) hvor det som nevnt kreves forsett. Se punkt 5.4.

I immaterialrettens spesiallovgivning er det tilstrekkelig for å ilegge ansvar at det ved krenkelsen har vært utvist simpel uaktsomhet jf. for eksempel markedsføringsloven § 48 b første ledd, hvor det følger at ansvar kan ilegges ved «forsettlig eller uaktsom» overtredelse av de angitte bestemmelsene. Situasjonen er imidlertid en litt annen ved krenkelse av immaterielle rettigheter o.l. enn ved brudd på konkurranseklausuler. En forpliktet etter en konkurranseklausul må regnes å være kjent med forpliktelsen vedkommende er underlagt, og slik sett vil det som oftest foreligge forsettlig brudd.⁴⁰⁴ Mens det ved en patentkrenkelse ikke alltid er like enkelt å vite om en oppfinnelse er patentert eller ikke. Derfor må det gjerne kreves en større grad av aktsomhet på området for immaterielle rettigheter sammenlignet med avtalte konkurranseklausuler. Selv om det i stor grad er lignende hensyn som ligger bak sanksjonsreglene i immaterialrettslovgivningen som ved avtalte konkurranseklausuler⁴⁰⁵ er det usikkert hvor stor vekt det kan legges på denne likheten når Høyesterett har lagt tydelig vekt på mer kvalifiserte former for skyld ved konkurranseklausuler.

Det er mulig bevis tekniske hensyn kan spille en rolle ved spørsmålet om det må kreves forsettlig brudd på avtalte konkurranseklausuler for å kunne tilkjenne vinningsavståelseskrav. Selv om det som regel kan legges til grunn at slike brudd skjer forsettlig med hensikt om å oppnå en økonomisk fordel, vil det kunne være vanskelig å bevise *kunnskapen* hos den forpliktete. Beviskravet er riktignok ikke like strengt som på strafferettens område, men vansker med å bevise forsett kan kanskje avhjelpest av at ansvar også ilegges ved grov uaktsomhet. Det er tross alt ganske strenge vilkår for at en handling skal kunne karakteriseres som grovt uaktsom. Høyesterett har blant annet i Rt. 1989 s. 1318 uttalt at det for å kunne konstatere grov uaktsomhet må «dreie seg om en opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet».⁴⁰⁶ At det stilles forholdsvis strenge vilkår for å kunne konstatere grov uaktsomhet gjør at et vinningsavståelseskrav ikke vil få et for vidt anvendelsesområde, dersom det legges til grunn at også grov uaktsomhet er tilstrekkelig.

Et poeng som er fremhevet i teorien er at dersom kravet om forsett sammenfaller med den strafferettslige definisjonen av forsett, så vil også de tilfeller hvor forpliktete anser det som mulig at konkurransehandlingen vil være i strid med konkurranse-

⁴⁰⁴ Sml. Borch mfl. 2016 s. 370.

⁴⁰⁵ Se punkt 6.3.4.

⁴⁰⁶ S. 1322.

klausulen, men velger å handle selv om det skulle vise seg at handlingen var i strid med klausulen,⁴⁰⁷ også anses som forsettlig brudd på konkurranseklausulen.⁴⁰⁸ Slik sett vil gjerne tilfeller som grenser mot grovt uaktsom i praksis kunne anses som forsettlig brudd på konkurranseklausulen.

Samlet sett må det legges vekt på at bruddene på konkurranseklausuler som regel er motivert av et ønske om å oppnå en økonomisk fordel. Det vil derfor tilnærmet alltid foreligge forsett i disse tilfellene.⁴⁰⁹ Høyesterett er tydelige på at simpel uaktsomhet ikke vil være tilstrekkelig for å kunne ilegge ansvar ved spørsmålet om vinningsavståelse. Uttalelsene i Rt. 1967 s. 1335 kan tolkes som at grov uaktsomhet vil være tilstrekkelig. Bevistekniske hensyn tilsier at grov uaktsomhet er tilstrekkelig skyldgrad hos forpliktede. Som et tungtveiende argument følger det også at den preventive effekten vil være størst dersom skyldkravet ikke er strengere en grov uaktsomhet.⁴¹⁰ Så lenge prevensjonshensynet er et av de bærende hensyn bak en regel om vinningsavståelse må dette få avgjørende vekt. Konklusjonen blir dermed at det er et vilkår at forpliktede bryter konkurranseklausulen forsettlig eller grovt uaktsomt for at vinningsavståelseskrav skal kunne tilkjennes.

7.5 Vilkåret om årsakssammenheng

7.5.1 Innledende bemerkninger

Det fremstår som nokså åpenbart at det må kreves årsakssammenheng mellom bruddet på konkurranseklausulen og inntjeningen av en økonomisk fordel for at denne fordelten skal kunne kreves avstått.⁴¹¹ Spørsmålet er imidlertid hvordan denne årsakssammenhengen skal fastlegges. På erstatningsrettens område har det blitt utviklet en rekke regler i rettspraksis og juridisk teori, men dette mangler i stor grad for vinningsavståelseskrav.⁴¹² I de sentrale avgjørelsene gjennomgått i punkt 6.3 blir det ikke av Høyesterett gitt noen bemerkninger om årsakssammenhengen mellom kontraktsbruddene og den oppståtte vinningen. Det kan derfor ikke utledes mye fra disse

⁴⁰⁷ Sml. straffeloven § 22 første ledd bokstav c).

⁴⁰⁸ Borch mfl. 2016 s. 370.

⁴⁰⁹ Se punkt 5.2.

⁴¹⁰ *De lege feranda* kunne det ut fra prevensjonshensynet vært argumentert for at skyldkravet ikke bør være strengere en simpel uaktsomhet. En slik løsning vil også samsvare med den tilgrensende lovgivningen. Høyesteretts uttalelser er imidlertid såpass klare på at det kreves mer enn simpel uaktsomhet. *De lege lata* er derfor kravet strengere enn simpel uaktsomhet.

⁴¹¹ Sml. Monsen 2006 s. 173.

⁴¹² *Loc.cit.*

avgjørelsene. Fordi reglene er såpass godt utviklet på erstatningsrettens område er det mulig at disse vil kunne gi veiledning.

7.5.2 Faktisk årsakssammenheng

På erstatningsrettens område er utgangspunktet for vurdering av årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlag og skade et spørsmål om «skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlattelsen tenkes borte. Handlingen eller unnlattelsen er da en nødvendig betingelse for at skaden inntreffer» jf. P-pilledom II (Rt. 1992 s. 64, s. 69). Utgangspunktet omtales ofte som *betingelselæren*.⁴¹³

Legges et tilsvarende utgangspunkt til grunn for vinningsavståelseskravene blir spørsmålet: er As brudd på konkurranseklausulen pålagt av B en nødvendig betingelse for at As vinning ble oppebåret? Tenkes kontraktsbruddet borte ville ikke *akkurat den vinningen* vært oppnådd. Etter den tankemessige testen som Høyesterett oppstiller vil det da etter betingelselæren være faktisk årsakssammenheng mellom kontraktsbruddet og vinningen. Spørsmålet er imidlertid om dette er tilstrekkelig for å konstatere faktisk årsakssammenheng.

I juridisk teori har det blitt gjort gjeldende ulike oppfatninger. Et forslag som har vært fremstilt er at det må kreves at den berettigede kunne ha oppnådd vinningen selv,⁴¹⁴ og at vinningsavståelseskravet ikke må være tilfeldig, men må ha «oppstått på ‘bekostning’ av den krenka».⁴¹⁵ Uttalelsen baseres på den allerede nevnte Rt. 1984 s. 497 hvor det var spørsmål om den tidligere samboeren kunne tilkjennes vederlag for arbeidsinnsatsen ved oppføringen det aktuelle huset. Førstvoterende uttaler her at det ikke kunne tilkjennes et vederlagskrav ettersom den annen samboer «må antas å ville ha utført arbeidet selv, dersom han ikke hadde fått bistand».⁴¹⁶ Begrunnelsen til Høyesterett er vel da snarere at det ikke forelå en berikelse, enn at det manglet årsakssammenheng.⁴¹⁷ Det største problemet med å oppstille et krav om at vinningen må ha skjedd på *bekostning* av den berettigede er likevel at dette egentlig ikke er et spørsmål om årsakssammenheng, men et spørsmål om det kan oppstilles et tapsvilkår for vinningsavståelseskravene.⁴¹⁸ Dersom det oppstilles et slikt tapsvilkår for vinningsavstå-

⁴¹³ Se Hagstrøm og Stenvik 2015, s. 352–363, for kritikk mot læren.

⁴¹⁴ Se punkt 7.2.

⁴¹⁵ Berg 2007 s. 176.

⁴¹⁶ S. 504.

⁴¹⁷ Sml. Borch mfl. 2016 s. 374, som også er kritiske til Bergs innfallsvinkel på dette punkt.

⁴¹⁸ Sml. Vinding Kruse 1950 s. 158–159 og Hellner 1950 s. 170–172

elseskravene blir det egentlig tale om et erstatningskrav, ikke et vinningsavståelseskrav. Forutsetningene for drøftelsene i denne avhandlingen er nettopp at det ikke kan kreves erstatning for bruddet på konkurranseklausulen. Kreves det at vinningen må ha oppstått på bekostning av berettigede oppfyller ikke et slikt krav formålet om å gjøre konkurranseklausuler mer effektive.

I annen teori fremstilles betingelseslæren som tilstrekkelig for å kunne påvise årsakssammenheng,⁴¹⁹ men det også har vært stilt spørsmål til om det må gjelde rettslige begrensninger.⁴²⁰ Jeg kommer tilbake til eventuelle rettslige begrensninger i punkt 7.5.3.

De oppstilte typetilfellene kan muligens vise hvorfor betingelseslæren må være tilstrekkelig for å kunne påvise faktisk årsakssammenheng. Dersom skipsmeglerens kontraktsstridige handling tenkes borte ville ikke *akkurat den vinningen* vært oppnådd. Megleren kunne likevel oppnådd kommisjon ved å påta seg oppdrag om salg av andre typer skip enn det B skulle selge. Tilsvarende ville den tidligere daglige lederen kunne oppnådd en fortjeneste ved å selge andre produkter enn akkurat det som B hadde pålagt ham ikke å selge, men når han først solgte det aktuelle produktet er det dette som er årsaken til at vinningen ble opptjent. En henvisning til at legitime handlingsalternativer ville ledet til samme vinning, spiller derfor ikke inn på den faktiske vurderingen.

I denne sammenheng kan det kort vises tilbake til den tilgrensende lovgivningen hvor det heller ikke gjelder *egne* krav til faktisk årsakssammenheng utover betingelseslæren. Ordlyden i de ulike bestemmelsene forutsetter kun at krenkelsen av rettigheten eller den urettmessige konkurransen er årsaken til vinningen.

Samlet må det derfor legges til grunn at det foreligger faktisk årsakssammenheng mellom kontraktsbruddet og den oppnådde vinningen dersom den konkrete vinningen ikke ville blitt oppnådd dersom kontraktsbruddet blir tenkt borte.

7.5.3 Rettslige begrensninger av årsakssammenheng

Under dette punktet skal jeg drøfte om det gjelder rettslige begrensninger av årsakssammenhengen ved brudd på avtalte konkurranseklausuler. Heller ikke dette spørsmål-

⁴¹⁹ Borch mfl. 2016 s. 374.

⁴²⁰ Monsen 2006 s. 174 og Berg 2007 s. 177.

let blir uttrykkelig behandlet i den sentrale praksisen fra Høyesterett. Spørsmålet blir da om de erstatningsrettslige utgangspunktene også her kan gi veiledning.

Det har i juridisk teori blitt tatt til orde for det ikke bør ilegges ansvar i de tilfeller hvor misligholdet av en konkurranseklausul kun er bagatellmessig for inntjeningen av vinningen, altså at kontraktsbruddet «utgjør en såpass vesentlig årsaksfaktor at det er naturlig å stille opp vinningsavståelsesplikt».⁴²¹ Et krav som vil samsvare med vilkåret etter vesentlighetslæren jf. Rt. 1992 s. 64.⁴²² Å oppstille et krav om «ikke uvesentlighet» ved vinningsavståelseskrav som sanksjon, kan imidlertid skape et problem. Et spesielt trekk ved spørsmålet om årsakssammenheng mellom en brutt konkurranseklausul og en oppnådd vinning er at kontraktsbruddet og den opptjente vinningen går ut på det samme. Det er kontraktsbruddet som muliggjør *akkurat den vinningen*, og i tillegg er det kontraktsbruddet som gjør at vinningen blir oppnådd. Videre består handlingen i et legitimt element overfor en tredjeperson, mens den også er illegitim overfor den berettigede etter konkurranseklausulen. Fordi innsatsen bak opptjeningen av vinningen er det legitime elementet overfor tredjepersonen vil det kunne fremstå som lite naturlig å tilkjenne vinningen til den berettigede.⁴²³ Den berettigede har i et slikt tilfelle ikke ytt en innsats for å opptjene den konkrete vinningen.⁴²⁴

Det kan her være et pedagogisk virkemiddel å sammenligne spørsmålet om et vinningsavståelseskrav som en sanksjon mot misligholdte *handleplikter* i en kontrakt med misligholdte *unnlatesplikter* i en kontrakt.

Forskjellen kan illustreres med en entreprisekontrakt. Entreprenøren A inngår avtale med byggherren B om å oppføre et kontorbygg innen en viss frist. Underveis i arbeidet blir A tilbudt en langt mer gunstig kontrakt av C. A har ikke kapasitet til å fullføre både kontrakten med B og C samtidig. A velger derfor å prioritere kontrakten med C fremfor kontrakten med B, og oppnår en vinning ved å gjøre dette.⁴²⁵ Dersom B går til søksmål mot A og krever avståelse av As vinning, blir spørsmålet om kontraktsbruddet er en ikke uvesentlig årsaksfaktor bak inntjeningen av vinningen. Så

⁴²¹ Monsen 2006 s. 174.

⁴²² Berg 2007 s. 177.

⁴²³ Sml. *loc.cit.*

⁴²⁴ Her blir det såkalte belønningshensynet tydelig: den berettigede har ikke ytt en innsats for å oppnå den konkrete vinningen, men han har gjort dette tidligere når han opparbeidet konkurransefortrinnet.

⁴²⁵ I et slikt tilfelle kan teorien om effektive kontraktsbrudd muligens gjøres gjeldende av A, se punkt 5.3.

lenge A kun hadde kapasitet til å fullføre en kontrakt om gangen er det liten tvil knyttet til at han måtte bryte kontrakten med B for å kunne oppfylle overfor C, altså er dette kontraktsbruddet en betingelse for at vinningen ble oppnådd. Men utover det at bruddet er en betingelse for inntjeningen av vinningen, er det arbeidsinnsatsens overfor C som fremstår som det åpenbart viktigste for at vinningen ble muliggjort.⁴²⁶ Kanskje kan det derfor stilles spørsmål til om kontraktsbruddet i det hele tatt er en årsaksfaktor bak vinningen.⁴²⁷

Slik vil det imidlertid ikke være ved konkurranseklausuler. For skipsmegleren A som i ansettelseskontrakten med B forplikter seg til ikke å påta seg oppdrag for den faste kunden C ett år etter fratredelse vil et eventuelt brudd på kundeklausulen både muliggjøre vinningen og innebære den innsatsen som gjør at vinningen blir inntjent. I en slik situasjon er det naturlig å si at kontraktsbruddet er en ikke uvesentlig årsaksfaktor bak inntjeningen av vinningen, og da vil vilkåret etter vesentlighetslæren være oppfylt.

På grunn av dette særtrekket ved konkurranseklausuler kan det trolig ikke legges til grunn et krav om «ikke uvesentlighet» med samme innhold som ved erstatning. Det andre typetilfellet i punkt 6.2 kan imidlertid illustrere hva et slikt vilkår kan være ment å forhindre. Dersom det legges til grunn at A, den tidligere daglige lederen, i den nye virksomheten selger en lang rekke produkter i tillegg til det spesielle produktet, vil ikke disse salgene være i strid med konkurranseklausulen. Det er kun salgene av det spesielle produktet som er i strid med klausulen. I et slikt tilfelle kan det tenkes at salget av det spesielle produktet er med på å øke salget av de andre produktene. Er det slik at A i all hovedsak oppnår sin fortjeneste ved salg av de andre produktene kunne det kanskje blitt stilt spørsmål om ikke kontraktsbruddet var en uvesentlig årsaksfaktor, og at derfor ikke kunne kreves vinningsavståelse. På den annen side er det kun vinningen som er et direkte resultat av kontraktsbruddet som må kreves avstått, derfor vil As salgsinntekter fra de øvrige produktene prinsipielt sett ikke kunne anses som en del av vinningen som kan kreves avstått.

Samlet viser drøftelsene at et krav om ikke uvesentlighet kan tenkes i visse typetilfeller, men at det ikke alltid vil være praktisk ettersom årsaksfaktoren bak vin-

⁴²⁶ Sml. Monsen 2007 s. 566.

⁴²⁷ *Loc.cit.*

ningen og kontraktsbruddet går ut på det samme: utnyttelsen av konkurransefortrinnet.

7.6 Vilkår om at vinningsavståelse vil være rimelig?

Det siste eventuelle vilkåret for et vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på konkurranseklausuler er et krav om at det må fremstå som rimelig å tilkjenne et slikt krav.

I rettspraksis er det ingen klare indikasjoner på at det må foretas en slik helhetsvurdering før et vinningsavståelseskrav kan tilkjennes i tilfellene som her er til behandling. Kanskje kan det i henvisningen til «foreliggende omstendigheter» i Rt. 1966 s. 305, s. 311 legges til grunn at det er foretatt en rimelighetsvurdering av vinningsavståelseskravet. Uttalelsene er imidlertid såpass kortfattede at det er vanskelig å tolke premissene i denne retning uten å stå i fare for å foreta spekulasjoner. Det samme må kunne legges til grunn for de andre avgjørelsene.

Som nevnt har det i juridisk teori av enkelte forfattere blitt tatt til orde for at det ved spørsmålet om et berikelseskrav kan tilkjennes bør tas utgangspunkt i vurderingstemaet for reglene om *condictio indebiti*.⁴²⁸ Men disse drøftelsene knytter seg til berikelseskrav på et mer generelt grunnlag, altså i de tilfeller hvor den rettsstiftende hendelsen ikke er kontrakt eller delikt. Ved slike tilfeller foreligger det i utgangspunktet da verken enighet eller skyld,⁴²⁹ og for å unngå at berikelsen fremstår som en tilfeldig fordel foretas det da en slik helhetsvurdering. Som jeg var inne på i punkt 3.2 kan imidlertid spørsmålet for denne avhandlingen neppe løses med utgangspunkt i berikelsesgrunnsetningen, og siden *condictio indebiti* hører til et av de klassiske tilfellene av *berikelse*, er det usikkert hvor stor overføringsverdi vurderingstemaene fra læren har for avhandlingens problemstilling.

Et hensyn som nok må tillegges stor vekt ved dette spørsmålet er hensynet til forutberegnelighet.⁴³⁰ En konkurranseklausul inngås som regel mellom profesjonelle parter og i slike avtaler vektlegges forutberegnelighet tungt. Derfor kan det nok ikke oppstilles som et ytterligere vilkår at vinningsavståelseskravet kun kan tilkjennes etter

⁴²⁸ Hagstrøm 2011 s. 687. Berg 2007 s. 177–178 legger til grunn at dersom ikke de vilkår han oppstiller for en regel om vinningsavståelse, så må disse være momenter i en bredere helhetsvurdering.

⁴²⁹ Dersom det for eksempel foreligger skyld ved spørsmålet om *condictio indebiti* vil dette selvsagt kunne vektlegges i helhetsvurderingen jf. Hagstrøm 2011 s. 705–706, med videre henvisning til praksis.

⁴³⁰ Borch mfl. 2016 s. 375.

en rimelighetskontroll. Rent praktisk er det imidlertid lite tenkelig at et vinningsavståelseskrav vil fremstå som urimelig dersom de oppstilte vilkårene er oppfylte for typetilfellet. Den generelle rimelighetsstandarden i avtalelovens § 36 vil uansett kunne spille inn dersom det er tale om vinningsavståelseskrav som fremstår som helt åpenbart urimelige til tross for de strenge vilkårene for et slikt krav.

Konklusjonen er dermed at det ikke gjelder et vilkår om at det må foretas en samlet helhetsvurdering av om vinningsavståelseskravet fremstår som rimelig i det konkrete typetilfellet.

8 Avslutning

8.1 Formulering av regelen

I punkt 1.1 oppstilte jeg problemstillingen for denne avhandlingen som et spørsmål *om*, og eventuelt *på hvilke vilkår*, det kan gjøres gjeldende et vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler uten at avtalen i seg selv gir hjemmel for et slikt krav.

Drøftelsene i punkt 5-7 har vist at det i visse tilfeller vil kunne gjøres gjeldende et vinningsavståelseskrav som en sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler. Både reparasjonshensynet og prevensjonshensynet tilsier, som vi har sett, at slike krav bør kunne gjøres gjeldende i tilfeller hvor et erstatningskrav ikke ivaretar formålet med konkurranseklausulen. Jeg viste i punkt 6.3.1 at det i Høyesteretts praksis er mulig å identifisere et argumentasjonsmønster med utgangspunkt i disse hensynene når det er spørsmål om hvilke sanksjoner som kan gjøres gjeldende ved brudd på konkurranseklausuler. De samme fellestrekkene finner vi igjen i tilgrensende lovgivning som regulerer sanksjoner mot lovbestemte konkurranseforbud, eller andre handlingsbegrensninger med lignende formål. Konsekvensen ved brudd på disse lovbestemte handlingsbegrensningene er at vinningen oppnådd ved overtredelsen, må avstås til den som lovgivningen skal beskytte. Særlig prevensjonshensynet er viktig for den tilgrensende lovgivningen. De seneste endringene i spesiallovgivningen på immaterialrettsområdet viser tydelig hvor tung vekt prevensjonshensynet kan ha i tilfeller hvor et erstatningskrav ikke virker tilstrekkelig preventivt. Drøftelsene har vist at tilsvarende betraktninger kan gjøres gjeldende for brudd på avtalte konkurranseklausuler. De fellestrekkene som ble identifisert gjorde det mulig å legge til grunn at det kan dannes et primært rettsgrunnlag ved å se rettsstoffet i sammenheng, og denne sammenhengen utgjør som nevnt en syntese (punkt 6.4).

I hvilke tilfeller det kan bli aktuelt å anvende en regel om vinningsavståelse avgjøres av hvilke vilkår som oppstilles for en slik regel. Drøftelsene i punkt 7 tok sikte på å utlede hvilke vilkår som følger av syntesen. Konklusjonene der ble at det må oppstilles fire vilkår for en regel om vinningsavståelse. Disse fire vilkårene innebærer at det må ha blitt *oppnådd en nettovinning* som *en følge av et forsettlig eller grovt uaktsomt brudd* på en *avtalt konkurranseklausul*. Rettsstoffet gir ikke grunnlag for å oppstille et krav om at det må foretas en samlet rimelighetsvurdering av vin-

ningsavståelseskravet, men dersom de fire nevnte vilkår er oppfylt, vil kravet sjeldent fremstå som urimelig.

Etter avhandlingens drøftelser kan dermed regelen formuleres på denne måten: Den som forsettlig eller grovt uaktsomt bryter en avtalt konkurranseklausul, plikter å avstå vinning oppnådd som en følge av kontraktsbruddet til den som etter konkurranseklausulen var berettiget til å utnytte konkurransefortrinnet.

8.2 Avsluttende refleksjoner

Drøftelsene viser altså at det i enkelte tilfeller kan gjøres gjeldende et vinningsavståelseskrav som sanksjon mot brudd på avtalte konkurranseklausuler. De drøftelser som har blitt gjort viser imidlertid etter mitt syn at det skal en del til før et slikt krav kan gjøres gjeldende etter norsk rett.

Det kan være flere grunner til dette. En av grunnene kan være at vi aldri har implementert den romerrettslige tredelingen av obligasjonsrettslige krav. Vi har derfor aldri blitt helt vant til å håndtere krav hvor oppmerksomheten ligger på krenkerens formuesmasse, og ikke på krenkedes. Historiske grunner og vår realistiske tradisjon har altså gjort at vi ikke har hatt et bevisst forhold til berikelseskravene, og at vi derfor aldri har ansett vinningsavståelseskrav som et nødvendig element i norsk rett. Den norske obligasjonsretten er, som jeg har nevnt, orientert mot rimelige løsninger i konkrete tilfeller.⁴³¹ Derfor vil det i de konkrete sakene være anledning til å legge til grunn presumsjoner om tap som samsvarer med vinningen. Den nevnte Rt. 1954 s. 279 er et godt eksempel på dette. Det kan derfor tenkes at det aldri har vært nødvendig å ta et prinsipielt standpunkt om slike krav skal kunne tilkjennes.

Samtidig viser det komparative utsynet etter mitt skjønn at dette ikke blir en helt holdbar konklusjon. I Tyskland, hvor det finnes en alminnelig hjemmel for berikelseskrav, har jeg ikke funnet eksempler på vinningsavståelseskrav ved brudd på avtalte konkurranseklausuler. Illustrerende er det at det for krenkelser av immaterialrettigheter ble utviklet en lære om dreifachen Schadensberechnungsmethode hvor et *erstatningskrav* ble utmålt til vinningen, og altså ikke som et eget vinningsavståelseskrav. Ytterligere er det et poeng at det i juridisk teori har blitt tatt til orde for at BGB

⁴³¹ Hagstrøm 2011 s. 42.

§ 687 (2), den bestemmelsen som etter ordlyden treffer best på typetilfellene som har blitt behandlet her, bør fjernes fra sivillovboken.⁴³²

Også utsynet til engelsk rett kan gi støtte for at det ikke er mangelen av oppmerksomhet på berikelseskravene som gjør at vi ikke kjenner så godt til vinningsavståelseskravene. I engelsk rett legger, som nevnt i punkt 4.2, domstolene til grunn at et vinningsavståelseskrav som sanksjon mot kontraktsbrudd ikke hører til berikelsesretten. Selv om det i engelsk rett har skjedd en rivende utvikling av en egen disiplin som kan oversettes til berikelsesrett, skal det mye til før et vinningsavståelseskrav kan gjøres gjeldende som sanksjon mot kontraktsbrudd. I den amerikanske retten må det også, til tross for den veldig generelle regelen i *The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* § 39, regnes som usikkert når et vinningsavståelseskrav kan gjøres gjeldende mot kontraktsbrudd.

Kanskje kan en viktig grunn for hvorfor vinningsavståelseskrav ikke har vært særlig utbredt være en erkjennelse om at vår samfunnsstruktur baserer seg på økonomisk vekst gjennom konkurranse. Formålet med et vinningsavståelseskrav er, som nevnt, å frata forpliktete vinning oppnådd gjennom handlinger som overfor tredjeparterne er legitime. Da oppstår det en dikotomi mellom samfunnsstrukturen og den grunnleggende rettferdighetstanken om at ingen skal tjene på eget rettsbrudd. Samtidig er det imidlertid slik at vi i norsk rett aksepterer at konkurranseklausuler gyldig kan avtales. Samfunnsøkonomiske betraktninger kan derfor ikke være avgjørende for spørsmålet om vinningsavståelseskrav skal kunne tilkjennes.

En sentral erkjennelse blir da at både reparasjonshensynet og prevensjonshensynet tilsier at vinningsavståelseskrav skal kunne tilkjennes i de tilfeller som her har blitt drøftet. Drøftelsene viser at det har blitt tilkjent vinningsavståelseskrav i tidligere praksis, og det er ingenting i den etterfølgende rettsutvikling som tilsier at resultatet bør bli et annet i dag. Snarere tvert imot gir utviklingen på immaterialrettsområdet støtte til at vinningsavståelseskrav skal kunne tilkjennes ved brudd på avtalte konkurranseklausuler. En mer overordnet anbefaling til domstolene kan derfor være: I de tilfeller hvor et erstatningskrav ikke i tilstrekkelig grad ivaretar avtalte konkurranseklausulers effektivitet, bør et vinningsavståelseskrav tilkjennes så lenge de oppstilte vilkårene for et slikt krav er oppfylt.

⁴³² Dannemann 2009 s. 206.

Referanseliste

Litteraturliste

- Adlercreutz og Flodgren 1992 Axel Adlercreutz og Boel Flodgren, *Om konkurrensklausuler i anstillingsavtal och vid företagsöverlåtelse*, Lund 1992.
- Arnholm 1939 Carl Jacob Arnholm, *Streiftog i obligasjonsretten*, Oslo 1939.
- Arnholm 1964 Carl Jacob Arnholm, *Privatrett I – Almindelig privatrett*, Oslo 1964.
- Askeland 2002 Bjarte Askeland, *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Oslo 2002.
- Askeland 2004 Bjarte Askeland, «Om analogi og abduksjon», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004 s. 499–547.
- Askeland 2006 Bjarte Askeland, *Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør*, Bergen 2006.
- Askeland 2013 Bjarte Askeland, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning», i: *Undring og erkjennelse. Festkrift til Jan Fridthjof Bernt*, Bergen 2013.
- Askheim mfl. 1991 Lars Olav Askheim mfl., *Skipsfart og samarbeid – Maritime joint ventures i rettslig belysning*, Oslo 1991.
- Augdahl 1953 Per Augdahl, *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, Oslo 1953.
- Berg 2007 Borgar Høgtveit Berg, «Frålegging av vinning – eit alternativ til erstatning for brot på konkurranseklausular? Replikk til Erik Monsen etter Rt-2007-817», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2007 s. 167–179.
- Bernt 2004 Jan Fridthjof Bernt, «Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen», *Jussens Venner*, 2004 s. 61–73.

- Birks 1985 Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford 1985.
- Björne 1998 Lars Björne, *Brytningstiden. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del II 1815–1870*, Lund 1998.
- Björne 2003 Lars Björne, *Rättssystemets utveckling*, Helsingfors 2003.
- Borch m.fl. 2016 Alex Borch (red.) m.fl., *Konkurransbegrensninger i arbeidsforhold*, Oslo 2016.
- Christoffersen 2016 Margrethe Buskerud Christoffersen, «Lojalitetsplikens utvikling i nyere norsk rettspraksis», i *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm*, Bergen 2016.
- Cordero-Moss 2016 Giuditta Cordero-Moss, «Ulike trekk ved norsk og engelsk kontraktsrett og deres betydning for kontraktens virkninger - noen komparativrettslige betraktninger», *Jussens Venner*, 2016 s. 276–302.
- Cunnington 2006 Ralph Cunnington, «Should punitive damages be part of the judicial arsenal in contract cases?», *Legal Studies*, 2006 s. 369–393.
- Cunnington 2008 Ralph Cunnington, «Gain-based Damages for Breach of Contract», i *Contract Damages – Domestic and International Perspectives*, Oxford og Portland, Oregon 2008, s. 207–242.
- Dannemann 2009 Gerhard Dannemann, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution*, Oxford 2009.
- Eckhoff 1971 Torstein Eckhoff, *Rettferdighet ved utveksling og fordeling av verdier*, Oslo 1971.
- Edelman 2002 James Edelman, *Gain-Based Damages – Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford – Portland Oregon 2002.
- Ehlers 1955 Knud Ehlers, *Håndhævelse af undladelsespligter*, København 1955.

- Eide og Stav-
ang 2008 Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, Oslo 2008.
- Eisenberg
2006 Melvin A. Eisenberg, «The Disgorgement Interest in Contract Law», *Michigan Law Review*, 2006 s. 559–602.
- Fleischer 1998 Carl August Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998.
- Friedmann
1989 Daniel Friedmann, «The Efficient Breach Fallacy», *The Journal of Legal Studies*, 1989 s. 1–24.
- Frøberg 2014 Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014.
- Færstad 2014 Jan-Ove Færstad, *Erstatningsansvar for villedende informasjon*, Oslo 2014.
- Giglio 2001 Francesco Giglio, «Restitution for Wrongs: a Comparative Perspective», *Oxford U Comparative L Forum*, Artikkel nr. 6 2001.
- Graver 1998 Hans Petter Graver, «Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap», *Lov og Rett*, 1998 s. 579–603.
- Hagstrøm
2011 Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. Utgave, Oslo 2011.
- Hagstrøm og
Stenvik 2015 Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Oslo 2015.
- Hallager-
Aubert 1887 Fr. Hallager, *Den norske Obligationsrets almindelige Del.*, ved L.M.B Aubert, Christiania 1887.
- Hellner 1950 Jan Hellner, *Om obehörig vinst – Särskilt utanför kontraktsförhållanden – Et civilrättslig problem i komparativ belysning*, Uppsala 1950.
- Hellner 1986 Jan Hellner, «Pacta sunt servanda», i: *Samfunn Rett Rettferdighet – Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Oslo 1986.

- Hellner 2001 Jan Hellner, *Metodproblem i rettsvetenskapen – Studier i förmögensrett*, Stockholm 2001.
- Hellner 2016 Jan Hellner, Richard Hager og Annina H. Persson, *Spesiell avtalsrett II – Kontraktsrett*, 6. Utgave, Stockholm 2016.
- Helms 2015 Tobias Helms, «Disgorgement of Profits in German Law», i: *Disgorgement of Profits – Gain-Based Remedies throughout the World*, Cham – Heidelberg – New York – Dordrecht – London 2015, s. 219–230.
- Håstad 1973 Torgny Håstad, *Tjänster utan oppdrag*, Stockholm 1973.
- Haaskjold 2013 Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelse*, 2. Utgave, Oslo 2013.
- Kleienman 2013 Jan Kleineman, «Obehørig vinst och frågan om vårt behov av rettslige tvångströjor», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2013 s. 531–549.
- Krokeide 1982 Kjetil Krokeide, «Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1982 s. 353–533.
- Krüger 1989 Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989.
- Langer og Ritter 2010 Morten Langer og Morten Phister Ritter, *Konkurrance- og kundeklausuler*, 4. Utgave, København 2010.
- Laycock 2012 Douglas Laycock, «Restoring Restitution to the Canon», *110 Michigan Law Review*, 2012 s. 929–952.
- Lilleholt 2000 Kåre Lilleholt, «Bruk av reelle omsyn i formueretten», *Jussens Venner*, 2000 s. 49–60.
- Lilleholt 2002 Kåre Lilleholt, «Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2002 s. 62–75.
- Lunde mfl. Tore Lunde, Ingvild Mestad og Terje Lundby Michaelsen, *Markeds-*

- 2015 *føringsloven med kommentarer*, 2. utgave, Oslo 2015.
- Lunde 2017 Tore Lunde, «Arbeidsgivar sitt 'særlige behov for vern mot konkurranse'», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2017 s. 252–278.
- Lødrup 2012 Peter Lødrup, med bistand av Morten Kjelland, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. Utgave, Oslo 2012.
- Markesinis mfl. 1997 Basil S. Markesinis, Werner Lorenz, Gerhard Dannemann, *The German Law of Obligations – Volume I: The Law of Contracts and Restitution*, Oxford 1997.
- McCamus 2011 John D. McCamus, «The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment», *Canadian Bar Review* 90.2, 2011 s. 439–467.
- Mestad 2001 Ingvild Mestad, «Erstatning ved krenkelse av markedsføringslovens bestemmelser til vern om immaterielle verdier», *Lov og rett*, 2001 s. 610–623.
- Mitchell mfl. 2016 Charles Mitchell, Paul Mitchell og Stephen Watterson, *Goff & Jones – The Law of Unjust Enrichment*, 9. Utgave, London 2016.
- Monsen 2005 Erik Monsen, «Om restitusjonskrav på ulovfestet grunnlag», *Jussens Venner*, 2005 s. 157–197.
- Monsen 2006 Erik Monsen, «Vinningsavståelseskrav – et alternativ til erstatningskrav ved overtredelse av konkurransebegrensningsavtale», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2006 s. 157–176.
- Monsen 2007 Erik Monsen, *Berikelseskrav – Vederlagskrav og vinningsavståelseskrav ved urettmessig utnyttelse av ting og rettighet*, Oslo 2007.
- Monsen 2010(a) Erik Monsen, «Om rekkevidden av erstatningsrettslig vern for tap og ulempe som følge av formuesskade», *Jussens Venner*, 2010 s. 1–67.
- Monsen 2010(b) Erik Monsen, «Erstatningskrav, vederlagskrav og vinningsavståelseskrav – noen utviklingstrekk», *Tidsskrift for erstatningsrett, for-*

sikringsrett og velferdsrett, 2010 s. 1–4.

- Monsen 2012 Erik Monsen, «Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten», *Jussens Venner*, 2012 s. 319–345.
- Mæhle 2004 Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene», *Jussens Venner*, 2004 s. 329–342.
- Nazarian 2007 Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007.
- Nordtveit 1992 Ernst Nordtveit, *Oppdragssamarbeid*, Bergen 1992.
- Nygaard 2004 Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. Utgave, Oslo 2004.
- Nygaard 2007 Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. Utgave, Oslo 2007.
- Peel 2011 Edwin Peel, *Treitel – The Law of Contract*, 13. Utgave, London 2011.
- Rognstad og Stenvik 2002 Ole-Andreas Rognstad og Are Stenvik, «Hva er immaterialretten verd?», *Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup*, 2002 s. 511–548.
- Savigny 1851 Friedrich Carl von Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts – Obligationenrecht I*, Berlin 1851.
Tekst tilgjengelig på: http://dlib-pr.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22199210_0000001.gif%22, via: <http://dlib-pr.mpg.de/index.htm>. (Sist besøkt 03.04.2017).
- Schultz 2009 Mårten Schultz, «Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten – Obehörig vinst rediviva», *Svensk Juristtidning*, 2009 s. 946–959.
- Schultz 2012 Mårten Schultz, «Obehörig vinst-motiveringar», *Svensk Juristtidning*, 2012 s. 372–383.

- Siems 2003 Mattias Siems, «Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis», *Edinburgh Law Review*, 2003 s. 27–59.
- Simonsen 1997 Lasse Simonsen, *Prekontraktuellet ansvar*, Oslo 1997.
- Simonsen 1999 Lasse Simonsen, «Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene», *Jussens Venner*, 1999 s. 305–398.
- Skjefstad 2016 Arnt E. Skjefstad, *Erstatningsberegning – særlig om fradrag for fordeler*, Oslo 2016.
- Stang 1919 Fredrik Stang, *Erstatningsansvar*, Kristiania 1919.
- Stang 1935 Fredrik Stang, *Innledning til formueretten*, 3. Utgave, Oslo 1935.
- Sunde 2009 Jørn Øyrehagen Sunde, «Frå læring til rettsbruk – metoderefleksjoner i høve skriving av juridiske mastergradsoppgåver», *Jussens Venner*, 2009 s. 1–24.
- Thomle 1913 C.S. Thomle, «Hovedpunkter i Læren om ugrundet Berigelse efter norsk Ret.», *Tidsskrift for Rettsvidenskab*, 1913 s. 285–351.
- Tørum 2002 Amund Bjøranger Tørum, «Konsekvens i formueretten», *Jussens Venner*, 2002 s. 314–339.
- Tørum 2007 Amund Bjøranger Tørum, *Direktekrav – Særlig om direktekrav ved kjøp, tilvirkning og entrepriser. Formuerettslige analyser i en komparativ belysning.*, Oslo 2007.
- Ussing 1959 Henry Ussing, *Erstatningsret*, 5. Opplag, København 1959.
- Vinding Kruse 1950 Anders Vinding Kruse, *Restitutioner – Et bidrag til undersøgelsen af berigelsesgrundsætningen i dansk og fremmed ret*, København 1950.
- Virgo 2016 Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, 3. Utgave, Oxford 2016.

- Watterson
2015 Stephen Watterson, «Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales», i: *Disgorgement of Profits – Gain-Based Remedies throughout the World*, Cham – Heidelberg – New York – Dordrecht – London 2015, s. 29–69.
- Weinrib 2000 Ernest J. Weinrib, «Restitutionary Damages as Corrective Justice», *Theoretical Inquiries in Law*, 2000 s. 1–37.
- Weinrib 2001 Ernest J. Weinrib, «Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice», 2 *Theoretical Inquiries in Law*, 2001 s. 107–159.
- Weinrib 2012 Ernest J. Weinrib, *Corrective justice*, Oxford 2012.
- Zimmermann
1992 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 2. Utgave, Cape Town – Wetton – Johannesburg 1992.
- Zweigert &
Kötz 1998 Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3. Utgave, Oxford 1998.
- Aarbakke
1977 Magnus Aarbakke, «Mislighold i ansvarlige selskaper», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1977 s. 438–471.
- Aarbakke mfl.
2004 Magnus Aarbakke, Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Tone Ofstad og Jan Skåre, *Aksjeloven og allmennaksjeloven – Kommentartutgave*, 2. Utgave, Oslo 2004.
- Aasland 2000 Gunnar Aasland, «Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesteretts praksis», *Jussens Venner*, 2000 s. 157–179.

Domsregister

Rettstidende:

Rt. 1874 s. 145

Rt. 1875 s. 330

Rt. 1954 s. 279

Rt. 1966 s. 305

Rt. 1967 s. 1335

Rt. 1969 s. 878

Rt. 1970 s. 871

Rt. 1981 s.1215

Rt. 1984 s. 497

Rt. 1985 s. 290

Rt. 1989 s. 852

Rt. 1989 s. 1318

Rt. 1990 s. 607

Rt. 1992 s. 64

Rt. 2000 s. 1089

Rt. 2005 s. 1560

Rt. 2007 s. 687

Rt. 2007 s. 817

Rt. 2011 s. 228

Rt. 2011 s. 1168

Rt. 2011 s. 1176

Underrettspraksis:

LB-2005-117741

LB-2011-90588

RG 2013 s. 1490

TOSLO-2004-17814

Utenlandsk rettspraksis:

Engelsk rett:

Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd [1943] A.C. 32.
Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd [1974] 1 WLR 798.
Attorney General v Blake [2001] 1 AC 268.
Experience Hendrix LLC v PPX Entreprises Inc [2003] EWCA Civ 323.
Boake Allen Ltd v HMRC [2006] EWCA Civ 25; [2006] S.T.C. 606.
WWF World Wide Fund for Nature v World Wrestling Federation Entertainment Inc [2006] EWHC 184.
Novoship (UK) Ltd v Mikhaylyuk [2014] EWCA Civ 908.
One Step (Support) Ltd v Morris-garner [2014] EWHC 2213 (QB).
Karren Morris-Garner & Andrea Morris-Garner v One Step (Support) Ltd [2016] EWCA Civ 180.
Menelaou v Bank of Cyprus UK Ltd [2015] UKSC 54; [2016] A.C.

Amerikansk rett:

Snepp v United States 444 U.S. 507 (1980).
Kansas v Nebraska and Colorado 574 U.S. (2015).

Dansk rett:

UfR 1987.543SH.
UfR 1988.1061H.

Tysk rett:

BGH 16.12 1973, BGHZ 60, 206

Lover

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven).

Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven).

Lov 29. november 1968 um særlege råderettar over framand eigedom (servituttløva).

Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven).

Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven).

Lov 15. juni 1990 nr. 27 om vern av kretsmønstre for integrerte kretser (kretsmønsterloven).

Lov 19. juni 1992 nr. 56 om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven).

Lov 12. mars 1993 nr. 32 om planteforedlerrett (planteforedlerloven).

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

Lov 14. mars 2003 nr. 15 om beskyttelse av design (designloven).

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven).

Lov 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven).

Opphevede lover:

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmanen for tvistemål (tvistemålsloven).

Tysk lov:

BGB Bürgerliches Gesetzbuch (18.8.1896).

Restatements of Law

The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment, St Paul, Minn: American Law Institute Publishers, 2011.

Soft Law

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

Forarbeider

NOU 1980:19 Lov om selskaper m.v.

Ot.prp. nr. 47 (1984–1985) Om lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper

Prop. 81 L (2012–2013) Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene).

Prop. 85. L. (2014–2015) Endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurranseregulerende avtaler i arbeidsforhold).

Prop. 104 L (2016-2017) Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven).

Nettsider:

http://jura.ku.dk/njm/38/38_19_uberettiget_berigelse.pdf (sist sett 26.05.2017).

[http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2000/45.html&query=\(Attorney\)+AND+\(General\)+AND+\(v\)+AND+\(Blake\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKHL/2000/45.html&query=(Attorney)+AND+(General)+AND+(v)+AND+(Blake)) (sist sett 30.05.2017)

<https://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000727/blake-1.htm>
(sist sett 30.05.2017)