

Sensorveiledning – H21 – JUS 3111 og 3112 (Formuerett I)

Del I

1.INNLEDNING

Oppgaven er en teorioppgave som legger opp til at kandidatene skal redegjøre for og analysere forholdet mellom de kontraktsrettslige begrepene positiv og negativ kontraktsinteresse. Begrepene er sentrale i kontrakts- og avtaleretten og må antas å være velkjente for studentene. Lilleholt bruker ikke begrepet positiv kontraktsinteresse men taler om «oppfyllingsinteressa», mens den negative kontraktsinteressen omtales som det eller som «tap ved å lite på kontrakten» eller «tillitsinteressa», jf. Lilleholt (2017) s. 471. Oppgaven presiserer uansett hva som ligger i begrepene, og viser uttrykkelig til de sentrale dommene Rt-2002-1110 (Bodum) og Rt-1938-602 (Blårev), så det bør heller ikke falle vanskelig for de studentene som primært har lest Lilleholt å få tak på hva som er temaet for oppgaven.

For de generelle læringskravene vises det til semestersidene, som det forventes at sensorene setter seg inn i:

<https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS3112/laringsutbytte/>

<https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS3111/laringsutbytte/>

Mer spesifikt kan det vises til at det på JUS 3112 kreves god forståelse av blant annet:

«Regler om mislighold og misligholdsbeføyelser, herunder særlig (...) erstatningsansvar.»

Videre følger det av læringskravene i avtalerett på JUS 3112 blant annet at:

«Det kreves kjennskap til de ulike grunnlag som kan gjøre en avtale ugyldig. Det kreves god forståelse av hva det innebærer at en avtale er ugyldig, og virkningene av at gyldig avtale ikke er kommet i stand.»

For JUS 3111 kreves tilsvarende god kunnskap om:

«Reglene om mislighold og misligholdsbeføyelser, - (...) erstatning.»

Læringskravene på JUS 3111 krever «god forståelse» av:

«Hva det innebærer at en avtale er ugyldig, og virkningene av at gyldig avtale ikke er kommet i stand. Ugyldighetsregelen i avtaleloven § 33. Den alminnelige formuerettslige lempningsregelen i avtaleloven § 36.»

For praktiske formål kan det legges til grunn at det neppe er noen særlig realitetsforskjell mellom kravet til god forståelse og god kunnskap. Videre kan det nok også legges til grunn at det med hensyn til denne oppgavens hovedtema ikke er vesentlig forskjell på læringskravene på ny og gammel ordning. Den viktigste forskjellen er nok at avtl. § 33 kun er kjennskapsstoff på JUS 3112, mens det på JUS 3111 kreves «god forståelse». Sensorene bør også være oppmerksomme på at det er visse forskjeller med hensyn til hva som er anbefalt pensum. Den viktigste forskjellen er at Hagstrøm, Obligasjonsrett (2. utg., 2011), er ett av de anbefalte pensumalternativene på JUS 3111 mens den på JUS 3112 kun er oppført som tilleggslitteratur. Også i

praksis kan det nok være slik at studentene på JUS 3111 har hatt noe mer tid til å fordype seg i kontrakts- og avtaleretten. Dette har sammenheng med at retts historie på ny ordning tar første del av semesteret, slik at studentene i praksis kommer noe senere i gang med JUS 3112. Dette er ment kompensert gjennom en reduksjon av omfanget av det obligatoriske kurset og at antall sider i pensum er redusert. Samtidig er undervisningsopplegget på JUS 3112 blitt mer fokusert og koordinert, og de ulike anbefalte pensumalternativer jevnere i omfang, slik at det ikke er opplagt at studentene på JUS 3112 kommer noe dårligere ut med hensyn til å tilegne seg god forståelse av kontrakts- og avtaleretten. Denne høsten har det ikke vært tilbudt undervisning på JUS 3111, slik at de studentene som har tatt eksamen her nok primært er gjentakstudenter eller studenter som har fulgt undervisningsopplegget på JUS 3111 i tidligere semestre uten å ta eksamen.

Skillet mellom den positive og negative kontraktsinteresse er sentralt i fakultetsoppgaven i kontraktsrett som studentene kan levere og få retting av i løpet av semesteret. Denne har også vært gjennomgått gjennom en egen forelesning.

Fakultetsoppgaven er ikke obligatorisk så det vil nok være en del studenter som ikke har gjort den. Åpenbart vil de studentene som har gjort den og fulgt oppgavegjennomgangen kunne ha en fordel. Utgangspunktet her er selvfølgelig at fakultetsoppgavene er en del av det sentrale læringsopplegget i faget. De studentene som velger å ikke benytte seg av dette (eller undervisningsopplegget for øvrig) må naturligvis forventes å skaffe seg tilsvarende kunnskap og innsikter på egen hånd. Fakultetsoppgaven er også en ren praktikumsoppgave, så noen direkte overlapp til eksamensoppgaven er det ikke.

For JUS 3112 dekkes de aktuelle læringskravene for denne oppgavens tema særlig av enten Lilleholt, Kontraktsrett og Obligasjonsrett (2017) s. 349-356 og 471-473, eller Hov og Høgberg, Obligasjonsrett (2. utg., 2017) s. 271-274 og 294-300. I Hagstrøm, Obligasjonsrett (2. utg., 2011) som ved siden av de to sistnevnte også er et av de anbefalte pensumalternativene på JUS 3111, men kun tilleggs litteratur på JUS 3112, er læringskravene særlig dekket på s. 537-545. For en god besvarelse vil det imidlertid ha betydning at kandidatene også er i stand til å trekke linjer til øvrige deler av pensum som omhandler reglene om erstatningsansvar, heving og ugyldighet. Her bør sensorene være oppmerksomme på at det kanskje ikke kan kreves like mye fra studentene på JUS 3112 med hensyn til avtl. § 33, siden dette kun er kjennskapsstoff.

Det mest naturlige vil vel være å disponere besvarelsene i samsvar med oppgavens egen inndeling som består av fire spørsmål. Imidlertid må også andre måter å disponere på godtas, så lenge spørsmålene som stilles i oppgaven adresseres på en adekvat måte. Oppgaven ber for det første om en kort redegjørelse for begrepene positiv og negativ kontraktsinteresse. For det andre etterspørres en nærmere redegjørelse for hva som kan utgjøre alternative rettsgrunnlag for å påberope henholdsvis den positive og negative kontraktsinteressen i situasjoner der kreditor har en valgrett. Deretter bes studentene for det tredje å peke på i hvilke situasjoner det vil være mest fordelaktig å påberope henholdsvis den positive og negative kontraktsinteressen, og for det fjerde om det finnes situasjoner der en part både kan gjøre krav på den negative og den positive kontraktsinteressen, eventuelt den negative

kontraktsinteressen ved gyldig kontrakt. I det følgende går jeg gjennom hvert av spørsmålene i samsvar med dette.

2.BEGREPENE NEGATIV OG POSITIV KONTRAKTSINTERESSE

Kandidatene bør få frem at begrepsparet negativ og positiv kontraktsinteresse konseptuelt knytter an til kravet om årsakssammenheng i kontraktserstatningsretten. De fleste kandidatene vil nok her få frem at det her er tre grunnleggende vilkår som må være oppfylt for å ha krav på erstatning, det må foreligge ansvarsgrunnlag, adekvat årsakssammenheng og økonomisk tap. Begrepene negativ og positiv kontraktsinteresse angir ulike årsaksperspektiver, avhengig av hva som anses som det relevante ansvarsgrunnlaget og hvilken økonomisk interesse som har erstatningsrettslig vern under det aktuelle ansvarsgrunnlaget. I dette ligger at begrepene ikke kan forstås uavhengig av ansvarsgrunnlaget og hvilke kategorier av økonomiske tap dette gir grunnlag for å kreve erstattet.

Begrepet positiv kontraktsinteresse er i utgangspunktet bare en annen måte å si at en av egenskapene ved en bindende kontraktsforpliktelse er at den gir den berettigete part et krav på beskyttelse av oppfylleles- eller forventningsinteressen. Utgangspunktet er at debitor har avgitt et bindende løfte om oppfyllelse, som gir den annen part en tilsvarende rettslig beskyttet forventning eller *forventningsinteresse*. Begrepet positiv kontraktsinteresse benevner altså den sentrale økonomiske interessen som er beskyttet av reglene om erstatning for kontraktsbrudd.

Som årsaksperspektiv ved erstatningsutmåling for kontraktsbrudd innebærer dette et krav på å bli stilt som om oppfyllelse hadde funnet sted. Etter den tradisjonelle differanselære betyr det at erstatningen skal utmåles som *differansen* mellom den økonomiske situasjon kreditor befinner seg i som følge av misligholdet, og den økonomiske situasjon han hadde befunnet seg i dersom oppfyllelse hadde funnet sted i henhold til kontrakten, jf. Hagstrøm (2011) s. 537. Gode kandidater kan imidlertid påpeke at rene differansebetraktninger ikke nødvendigvis fører så langt, og at hvilke tap som i det enkelte tilfelle kan anses å inngå i forventningsinteressen (den «berettigete forventning») i liten grad avhenger av rent mekaniske årsaksbetraktninger. Særlig når det gjelder spørsmålet om hvor langt (og i det hele tatt om) det skal gjøres berikelsesfradrag (*compensatio lucri cum damno*) rekker ikke differanselæren veldig langt som utgangspunkt. Her må det gjøres en mer konkret vurdering. Også når det gjelder rekkevidden av tapsbegrensningsplikten gir rene årsaks- eller differansebetraktninger liten veiledning.

Kandidatene kan gjerne også få frem at de ulike regler som finnes i lovgivningen om utmåling av erstatning for kontraktsbrudd, herunder reglene om direkte og indirekte tap, i realiteten handler om å fastlegge hva som nærmere skal anses å inngå i den positive kontraktsinteresse. Hvor langt en kontraktspart kan kreve erstatning for ulike tap som er en følge av et mislighold, og dermed for sin fulle, positive kontraktsinteresse, begrenses både av reglene om påregnelighet og adekvans, og ansvarsbegrensningen for indirekte tap knyttet til kontrollansvaret.

Begrepet negativ kontraktsinteresse benevner i motsetning til forventningsinteressen, tap som er en følge av å ha stolt på (eller blitt forledet til å tro) at gyldig kontrakt er eller vil bli inngått. Dette kan man gjerne også benevne tillits- eller innrettelsesinteressen.

Typisk vil det være tale om utgifter man har i tilknytning til kontraktsinngåelsen, disponeringstap ved at man unnlater å inngå andre kontrakter, eller bortkastede utgifter knyttet til å forberede egen ytelse eller å motta den annen parts ytelse. Utgangspunktet er at erstatning for den negative kontraktsinteresse forutsetter enten at det foreligger en ugyldig avtale, eller et grunnlag for såkalt pre-kontraktuelt ansvar (det vil si ansvar for at avtale ikke ble inngått i en situasjon hvor man hadde berettiget grunn til å tro noe annet). Ellers er jo disse utgifter man måtte påregne å ha som del av kontraktsforholdet, og som man påtar seg for å nyte godt av nettopp de fordelene som følger av kontrakten.

Mens erstatning for positiv kontraktsinteresse kan tenkes både på culpa- og mer objektivt grunnlag, er utgangspunktet at erstatning for den negative kontraktsinteresse forutsetter culpa. Her er jo utgangspunktet at det ikke foreligger noe bindende løfte om en bestemt oppfyllelse som kan begrunne et objektivt ansvar. Som regel vil grunnlaget for å kreve den negative kontraktsinteressen være culpa i forbindelse med kontraktsinngåelsen (*culpa in contrahendo*). Uaktsomhet etter kontraktsinngåelsen (*culpa in contractu*) vil derimot normalt ikke gi grunnlag for å kreve den negative interessen, fordi forutsetningen her vil være at kontrakten er gyldig. Unntak kan likevel tenkes der det er mulig å kreve negativ interesse selv ved gyldig kontrakt, se nærmere nedenfor. Det mest praktiske vil normalt være at det er den part som ugyldighetsinnsigelsen gjøres gjeldende mot som også vil kunne ha et erstatningsansvar for den andre partens tap ved å ha stolt på og innrettet seg i tillit til kontrakten, for eksempel den som har forledet en annen til å inngå en kontrakt på uriktige forutsetninger. Men også den parten som selv har en ugyldighetsinnsigelse vil etter omstendighetene kunne ha et erstatningsansvar, jf. for eksempel avtl. § 32, tredje ledd. Her vil erstatningsansvaret nærmest ha karakter av en mellomløsning mellom det å opprettholde avtalen av hensyn til den godtroende part og full ugyldighet, se nærmere Lilleholt (2017) s. 471-472.

Kandidatene bør se at begrepene positiv og negativ kontraktsinteresse som utgangspunkt utgjør gjensidig utelukkende årsaksperspektiver. Enten har man en gyldig kontrakt og kan kreve å bli stilt som om kontrakten hadde blitt oppfylt. Eller så er utgangspunktet at noen gyldig kontrakt ikke foreligger. Hvis den ene part er å bebreide for dette bør den annen part kunne kreve erstatning for sine tap ved å ha stolt på kontrakten. Samtidig må forutsetningen også her normalt være at parten som krever erstatning hadde en grunn til å innrette seg etter kontrakten, altså at det foreligger en form for berettiget forventning. Normalt vil det jo ikke i ugyldighetstilfellene foreligge noen regulær skade eller annen direkte rettighetskrenkelse (unntaket er kanskje ugyldighet som følge av tvang mv). Tapet vil normalt bestå i at man selv har handlet og innrettet seg som om det forelå en gyldig kontrakt, altså et rent formuestap. Slik sett kan det trekkes en linje mellom reglene om ansvar for den negative kontraktsinteresse og den alminnelige erstatningsrettens regler om villednings- eller informasjonsansvar (også ofte benevnt som rene formuestap), som under gitte omstendigheter gir krav på erstatning for innrettelsesinteressen. Også i ugyldighetstilfellene vil begrunnelsen for ansvar oftest være at man er blitt forledet til å stole på avtalen. Kandidater som ser dette poenget bør gis et solid pluss, men det kan overhodet ikke forventes.

3.I HVILKE SITUASJONER VIL EN PART KUNNE VELGE MELLOM DEN POSITIVE OG NEGATIVE INTERESSE?

Den andre delen av oppgaven ber om en redegjørelse for hva som kan utgjøre alternative rettsgrunnlag for å påberope henholdsvis den positive og negative kontraktsinteressen i en situasjon der det må gjøres et valg mellom disse. Denne delen kan lett bli forholdsvis teoretisk, og de kandidatene som ikke får så mye ut å problematisere dette bør ikke straffes for hardt.

Et naturlig utgangspunkt er at valget vil stå mellom å fastholde kontrakten eller kreve den tilsidesatt som ugyldig. Her kreves det at kandidatene er i stand til å resonnerer. En prinsipiell inngang vil være å ta utgangspunkt i de rettslige forutsetningene for å kunne kreve negativ kontraktsinteresse, og spørre hvilke rettslige implikasjoner samme situasjon har dersom kontrakten i stedet fastholdes som gyldig. Utgangspunktet vil med andre ord være at det må foreligge et tilfelle av culpa ved kontraktsinngåelsen. I noen sammenhenger kan dette sammenfalle med en ugyldighetsgrunn, eventuelt utgjøre et «særlig ansvarsgrunnlag», jf nedenfor. Men alternativt kan man tenke seg at samme faktum også gir grunnlag for å påberope en berettiget forventning som element av en gyldig avtale.

Det mest praktiske tilfellet av slik valgrett vil være villfarelse, typisk ved misligholdt opplysningsplikt eventuelt også mer aktiv villedelse av den annen part gjennom å gi uriktige opplysninger. Etter kontraktslovgivningen og alminnelige prinsipper kan dette både gi grunnlag for ugyldighet og mislighold. Fellesnevneren er at den ene part ved kontraktsinngåelsen er i villfarelse om sentrale omstendigheter av betydning for avtalen, som følge av at den annen part enten har unnlatt å gi opplysninger om forhold som han kjente eller måtte kjenne til og derfor burde opplyst om, eller som følge av at han positivt har gitt uriktige opplysninger. Poenget er at dette gir grunnlag for ulike rettsvirkninger avhengig av hvilke regler som påberopes.

For det første kan parten i denne situasjonen påberope seg at det er inngått en gyldig avtale, og at han har fått bestemte berettigete forventninger til ytelsen av årsaker som den annen part må ha risikoen for på grunn av den misligholdte opplysningsplikten eller de uriktige opplysningene. (I tidligere kontinentaleuropeisk teori var det lenge antatt at *culpa in contrahendo* ikke kunne gi grunnlag for å kreve oppfyllelsesinteressen, og slik er vel fortsatt situasjonen under engelsk rett med hensyn til misligholdt opplysningsplikt, men dette kan det overhodet ikke forventes at kandidatene går inn på.)

Kontraktslovgivningen oppstiller gjennomgående visse felles og grunnleggende vilkår for opplysningsplikt. Typisk må det være tale om «vesentlige forhold» som parten kjente eller «måtte kjenne til» og som den annen part hadde «grunn til å få» opplysning om. Unnlattelsen av å gi opplysningene må også ha virket inn på avtalen. Regler om opplysningsplikt som grunnlag for mislighold følger av blant annet kjl. § 19 (1) b), fkl. § 16, første ledd b), avhl. § 3-7, hvtjl. § 19, buofl. § 26 og husll. § 2-4. Lovbestemmelsene om opplysningsplikt må nok også anses som utslag av et mer alminnelig prinsipp som både vil gjelde i andre kontraktstyper, og i relasjon til realkreditor dersom denne har kjennskap til vesentlige forhold av betydning for realdebitors oppfyllelse.

Gode kandidater vil videre kunne påpeke at det ikke egentlig er den misligholdte opplysningsplikten som utgjør misligholdet i kontraktsrettslig forstand. Det som påberopes er at den aktuelle ytelsen har en mangel i kraft av avviket mellom den berettigete forventning som er skapt eller opprettholdt gjennom

opplysningsforsømmelsen, og den faktiske situasjon som det burde vært opplyst om. Den misligholdte opplysningsplikten blir dermed konstituerende for en berettiget forventning, eller forventningsinteresse, som kan påberopes i kraft av avtalen. Der opplysningssvikten påberopes som grunnlag for mislighold innebærer det at parten fastholder avtalen. Ofte vil han da kunne velge mellom å beholde ytelsen og kreve prisavslag, eller heve med påfølgende restitusjon av ytelsene og samtidig påberope seg forventningsinteressen eller den positive kontraktsinteresse som grunnlag for et erstatningskrav.

Forskjellen på heving og ugyldighet vil i en slik situasjon normalt bare være hvilken oppfyllelsesinteresse et eventuelt erstatningskrav skal omfatte. I hevingssituasjonen vil den misligholdte opplysningsplikten regulært gi grunnlag for culpa-ansvar for oppfyllelsesinteressen, siden betingelsen for at den ene part må bære risikoen for den annens villfarelse er at opplysningssvikten var illojal eller uaktsom.

For det andre og alternativt kan parten i samme situasjon også etter omstendighetene velge å kreve avtalen tilsidesatt som ugyldig. Synspunktet vil i så fall være at opplysningssvikten og villfarelsen den har satt ham i innebærer en sviktende forutsetning for avtalen. Her vil utgangspunktet for ugyldighet gjerne være avtl. § 33, i noen grad også supplert med mer alminnelige lojalitetsbetraktninger, jf. Rt. 1995 s. 1460 (Haughom). Grunnlaget for ansvar vil også her være misligholdt opplysningsplikt. Her bør kandidatene se at uaktsomhet i praksis allerede følger av vilkårene for ugyldighet. Etter avtl. § 33 er kravet at det må være uredelig å tilbakeholde informasjonen. Hvis det foreligger ugyldighet vil det dermed også foreligge ansvarsgrunnlag (*culpa in contrahendo*).

I relativt stor utstrekning, selv om det ikke nødvendigvis er fullt samsvar, vil vilkårene for å statuere misligholdt opplysningsplikt som grunnlag for mislighold og ugyldighet være nokså sammenfallende. Sidene virkningene er forskjellige er det imidlertid ikke opplagt at det alltid vil være samsvar. En forskjell er at kunnskapskravet etter ordlyden i § 33 er faktisk kunnskap («som det maa antages, at han kjendte til»). Her er det flott om kandidatene problematiserer forholdet til kunnskapskravet under kontraktslovgivningen («måtte kjenne til»). En forskjell er videre at ugyldighet etter avtl. § 33 som utgangspunkt innebærer at avtalen fullt ut settes til side, mens opplysningsplikt som grunnlag for mislighold ikke nødvendigvis gir hevingsrett. Det viser god forståelse om kandidatene her ubesværet greier å turnere forholdet mellom misligholdt opplysningsplikt som grunnlag for mislighold og som grunnlag for ugyldighet i henhold til avtl. § 33. Noen vil sikkert kunne rote litt her, uten at det bør gi for mye trekk.

De fleste kandidatene vil nok fokusere på opplysningspliktilfellene og det må være greit. Men det kan også tenkes andre omstendigheter som vil kunne gi grunnlag for både mislighold og ugyldighet. Eksempelet med uriktige opplysninger er allerede nevnt. Til forskjell fra opplysningsplikt-tilfellene vil ikke vilkårene her i samme grad være sammenfallende. Etter kontraktslovgivningen er utgangspunktet at uriktige opplysninger gir grunnlag for mislighold, jf. kjl § 18, fkjl § 16, første ledd c), avhl § 3-8, hvtil § 18, buofl § 27 og husll § 2-3, mens uriktige opplysninger som ugyldighetsgrunn etter avtl. §§ 30 og 33 i utgangspunktet forutsetter at opplysningene gis i ond tro. Uriktige opplysninger som gis i uaktsom god tro kan nok gi grunnlag for uaktsomhetsansvar, men utgjør som utgangspunkt ikke et selvstendig grunnlag for ugyldighet. I alle fall er vi da utenfor

området for avtl. § 33, så i tilfelle må grunnlaget for ugyldighet være den alminnelige forutsetningslæren. Her er likevel vurderingstemaet et annet og objektivt. Selv om man tradisjonelt har lagt til grunn at forutsetningslæren gjelder etterfølgende forutsetningssvikt (bristende forutsetninger) er det flere eksempler i nyere rettspraksis på at forutsetningslæren også gis anvendelse på uriktige forutsetninger, jf. eksempelvis Rt. 2010 s. 1345 (Oslo vei). Her kan det ikke kreves mye av kandidatene, men de kandidatene som klarer å resonnerer noe fornuftig rundt dette må gis solid uttelling.

Det går også an å problematisere andre situasjoner enn villfarelsetilfellene. For eksempel kan en avtale som kommer i stand gjennom en tvangssituasjon eller utnyttelse i en eller annen form, i ettertid vise seg å bli så fordelaktig at det å fastholde avtalen kan fremstå som et reelt alternativ til å kreve den satt til side som ugyldig. Det må uten videre være klart at det normalt kun er parten som utsettes for en aktuell ugyldighetsgrunn som kan påberope den. Slik sett vil det i prinsippet alltid være et alternativ å fastholde avtalen. Også forstandige resonnerer rundt slike situasjoner må dermed både være greit og etter omstendighetene kunne gi en viss uttelling.

Det kan som allerede nevnt overhodet ikke forventes at selv gode besvarelser har med alle eller de fleste av poengene som er tatt opp her.

4. NÅR VIL DET VÆRE MEST FORDELAKTIG Å PÅBEROPE HENHOLDSVIS DEN POSITIVE OG NEGATIVE INTERESSE?

Denne delen av oppgaven bør kunne besvares ganske kort. Alternativene vil være å heve og kreve den positive kontraktsinteressen, altså at avtalen som økonomisk realitet fastholdes, eller å kreve at avtalen tilsidesettes som ugyldig og kreve den negative interessen. Noen ganger vil det også være mulig å kreve den negative interessen selv om avtalen heves, jf. mer om dette nedenfor.

Hva som vil være mest fordelaktig avhenger av om avtalen er økonomisk fordelaktig for kravshaveren eller ikke. Der avtalen er økonomisk fordelaktig vil det lønne seg å kreve heving og erstatning for den positive kontraktsinteresse. I motsatt fall vil det normalt lønne seg å påberope den negative interessen. Kravshaveren vil da kunne kreve erstatning for sine utgifter i forbindelse med avtaleslutningen mv som under den positive kontraktsinteressen er utgifter han uansett ville hatt. Grunner til at kravshaveren har interesse i å kreve den negative interessen kan være at markedsforholdene har endret seg, for eksempel at markedsprisen for den aktuelle ytelsen har falt etter at avtalen ble inngått. Eller så kan det tenkes at hovedmotivasjonen for avtalen ikke var av økonomisk art, men at ytelsen hadde en spesiell affeksjonsverdi eller annen subjektiv betydning for parten, som ikke lar seg beregne økonomisk. Også her vil det være mer gunstig å kreve erstatning for utgiftene ved å inngå avtalen, motta ytelsen osv enn å kreve å bli stilt økonomisk som om avtalen var blitt riktig oppfylt.

Det er ikke alltid det vil være så stor forskjell på den positive og negative interessen. Også under den negative interessen vil det ofte være anledning til å kreve disponeringstap erstattet, det vil si tapt fortjeneste under alternative kontrakter parten kunne og ville inngått istedenfor den aktuelle kontrakten. Mest markert blir dermed forskjellen på den positive og negative interessen i situasjonen der den uskyldige part ikke har noen disponeringstap, for eksempel fordi han ikke har noen kapasitetsbegrensninger, han er i stand til å møte enhver etterspørsel. I alle fall der

kontrakten ikke var økonomisk motivert vil det også kunne hevdes at tap parten hadde i forbindelse med inngåelse av kontrakten blir en del av den positive kontraktsinteressen når kontrakten heves. Utgiftene hadde jo et formål, nemlig å få ytelsen, som ikke blir oppfylt når kontrakten heves. Her går det an å hevde at utgiftene med det er bortkastet og dermed utgjør et tap.

Kandidater som får til å resonnerer fornuftig rundt forskjellen på negativ og positiv interesse i ulike situasjoner må få solid uttelling.

5.ADGANG TIL Å KREVE BÅDE POSITIV OG NEGATIV KONTRAKTSINTERESSE, EVENTUELT NEGATIV KONTRAKTSINTERESSE VED GYLDIG KONTRAKT

Svaret på første del av det siste spørsmålet må være klart, det går ikke an å kreve både den negative og den positive kontraktsinteressen samtidig. Grunnen er at vi her taler om gjensidig utelukkende årsaksperspektiver. Når man krever tapt fortjeneste, erstatning for dekningskjøp, reparasjonsomkostninger osv, kan man ikke samtidig kreve erstatning for slutningsutgifter og lignende som er utgifter man uansett ville hatt dersom kontrakten var blitt riktig oppfylt i utgangspunktet. Kandidater som kort og konsist slår fast dette må få god uttelling.

Andre del av spørsmålet forsøker å sette kandidatene på sporet av det som er slått fast i de to dommene oppgaven nevner, nemlig at det noen ganger kan være adgang til å kreve den negative interessen samtidig som kontrakten fastholdes. Forutsetningen, som ble fastslått i Bodum-dommen, er at det foreligger et særskilt ansvarsgrunnlag. Her ble avtalen hevet som følge av vesentlig mangel. Utgiftene knyttet til avtaleslutningen som ble krevd erstattet var ikke en følge av mangelen. Høyesterett fant likevel at det var grunnlag for et erstatningskrav fordi selgers representant i forhandlingene som han måtte identifiseres med hadde (s. 1121) «opptrådt klanderverdig ved å ha skapt inntrykk av at det var reell substansverdi i Kjøkkenpartneren og særlig ved å unnlate å opplyse om det irregulære mellomværendet med Eva Norge.» Synspunktet var altså at kjøper ble forledet til å inngå avtalen gjennom selgers representants klanderverdige forhold. Tilsvarende, i den gamle Blårev-dommen ble kjøper tilkjent erstatning for utgifter til frakt, karantene mv for et parti blårev som var infisert av lungeorm og dermed ble hevet. Grunnen var at selger kunne og burde ha undersøkt revene bedre før de ble fraktet til Europa slik at infeksjonen kunne ha blitt oppdaget. Hvis dette hadde blitt gjort ville kjøper ha spart utgiftene til frakt og karantene, og det ble dermed ansett å være årsakssammenheng. Her var forholdet at kjøper i realiteten tjente på at revene hadde mangel som ga hevingsrett, fordi markedet for blårev var falt dramatisk. Høyesterett kom imidlertid til at fordelene ved å komme ut av avtalen ikke kunne komme til fradrag i erstatningsberegningen. Også denne dommen er dermed et eksempel på at det forelå et særskilt ansvarsgrunnlag som ga adgang til å kreve den negative kontraktsinteressen selv om kontrakten som sådan var gyldig.

For å få god uttelling på denne delen bør kandidatene få frem at de to nevnte dommene er eksempler på at det noen ganger vil være grunnlag for å kreve den negative kontraktsinteressen *i stedet for* den positive ved en gyldig kontrakt. Forutsetningen er at det foreligger et særskilt ansvarsgrunnlag.

6.VURDERING

Oppgaven er forholdsvis omfattende, og det må tas hensyn til at kandidatene bare har tre (JUS 3112) eller fire (JUS 3111) timer på seg. Selv om oppgaven er en teorioppgave legger den opp til at kandidatene må tenke selv, analysere og dra linjer mellom ulike deler av pensum.

For å få A bør det være tilstrekkelig at kandidatene på en god måte får frem forskjellen på den positive og negative kontraktsinteressen og de ulike ansvarsvilkårene, herunder at krav på den negative interessen i praksis forutsetter culpa mens ansvar for den positive kontraktsinteressen kan og ofte vil være objektivt. For å få A bør kandidatene videre få frem at valgtrett forutsetter et særskilt ansvarsgrunnlag i tillegg eller som alternativ til mangel, i praksis at det foreligger en eller annen form for uaktsomhet, og kunne si noe om i hvilke situasjoner dette kan være aktuelt, for eksempel misligholdt opplysningsplikt. A-besvarelser bør også få frem at et krav på den negative interessen vil være mest fordelaktig ved kontrakter som viser seg å være økonomisk ugunstige for parten som har et krav, og at den positive og negative interessen er gjensidig utelukkende årsaksperspektiver som innebærer at det ikke går an å kreve begge samtidig.

Oslo, 20. desember 2021

Ivar Alvik

UTKAST TIL SENSORVEILEDNING: JUS 3112/JUS3111. EKSAMEN HØST 2021. DEL II.

Oppgavens ordlyd:

«Avtaleloven § 36 åpner for rimelighetssensur av avtaler. Drøft i hvilken grad forbrukere har et bedre vern mot urimelige avtalevilkår enn det avtaleloven § 36 gir».

Normert tid: 2 timer (3111). 3 timer (3112)

Hovedlitteratur JUS 3112:

Alternativ 1: Woxholth, Avtalerett, 10 utgave, Oslo 2027: Del II, kapittel 13 til og med punkt 3.7. Del III, kapittel 1 til og med kapittel 5 punkt 4.

Alternativ 1: Hov/Høgberg, Obligasjonsrett, annen utgave, Oslo 2017, kapittel 22.3.

Alternativ 2: Lilleholt, Kontraktsrett og obligasjonsrett, Oslo 2017, kapittel 4.1, 4.2, 5.3 og 6. Kapittel 27 til og med kapittel 32.

Alternativ 1 og 2: Giertsen, Avtaler, tredje utgave, Oslo 2014, kapittel 25 (10 sider).

Alternativ 3: Woxholth, Avtalerett, 11 utgave, Oslo 2021: Del II, kapittel 14 til og med punkt 3.7. Del III, kapittel 1, 2 og kapittel 5 punkt 5.0.

Alternativ 3: Hov/Høgberg, Obligasjonsrett, annen utgave, Oslo 2017, kapittel 22.3.

Alternativ 3: Lilleholt mfl, Knophs Oversikt over Norges rett, 15 utgave, Oslo 2019: § 48 V og VII og § 52.

Hovedlitteratur JUS 3111 (Høst 2020):

Woxholth, Avtalerett, 10 utgave, Oslo 2017: Del II, kapittel 10, kapittel 11, kapittel 12, kapittel 13. Del III: Kapittel 1 til og med kapittel 6. Del V.

eller

Lilleholt, Kontraktsrett og obligasjonsrett, Oslo 2017, kapittel 4, 5.3 og 6, kapittel 27 til og med kapittel 32. Kapittel 36.

Hagstrøm, Obligasjonsrett, annen utgave, Oslo 2011, s 287-323 – alternativ til Woxholths avtalerett hva angår avtaleloven § 36.

Oppgaven prøver kandidatene i sentralt stoff om avtalesensur (urimelig avtalevilkår) og forbrukerrett. De fleste kandidatene må antas å forstå den slik at det de skal fremstille er hvorvidt EUs forbrukeravtaledirektiv (1993/13/EØF), jf avtaleloven § 37, gir forbrukere et bedre vern enn det avtaleloven § 36 gir.

Direktivet er et minimumsdirektiv. Det betyr at landene i EU og EØS kan gi forbrukerne et bedre vern enn direktivet krever gjennom lovgivningen, hos oss typisk gjennom avtaleloven § 36, som på enkelte punkter gir forbrukeren et bedre vern enn direktivet, jf nedenfor. Siden direktivet ikke har direkte virkning i norsk rett, kan det heller ikke i seg selv innskrenke avtaleloven § 36. I den grad det er tale om å gi forbrukerne en bedre rettsstilling enn etter § 36, må det derfor primært være gjennom en anvendelse av avtaleloven § 37 eller gjennom en tolkning av § 36 med direktivet som retningslinje. Sistnevnte er da også oppgavens kjerneområde. Men siden verken forbrukeravtaledirektivet eller avtaleloven § 37 er nevnt i teksten, er den forenlig med å angripe oppgaven noe videre. Det vil av den grunn antagelig være kandidater som påpeker at det ikke bare er generalklausulene, men også preseptorisk normallovgivning (enkeltstående preseptoriske lover som f eks forbrukerkjøpslov, håndverkertjenestelov mv) som gir forbrukerne beskyttelse, og at denne beskyttelsen etter forholdene kan gi «et bedre vern mot urimelige avtalevilkår enn det avtaleloven § 36 gir». Disse kandidatene vil ha betonet et sentralt poeng og bør honoreres for det. At vernet kan være bedre skyldes at mens generalklausuler er standarder som kan by på utfordringer å tolke, så vil preseptorisk normallovgivning som regel være utformet med mer presise regler om forbrukerbeskyttelse. Imidlertid vil vernet kun foreligge innenfor den aktuelle preseptoriske lovs virkeområde, mens generalklausulene har et (mye) bredere virkeområde.

Det er ikke nærliggende å bruke stor plass på preseptorisk normallovgivning i denne oppgaven, ettersom det er forbrukeravtaledirektivet og avtaleloven § 37 som er det sentrale, jf foran. De kandidater som ikke er inne på betydningen av preseptorisk normallovgivning skal ikke trekkes – dette vil som nevnt bare kunne gi et pluss. En bred behandling av preseptorisk normallovgivning, som går ut over behandlingen av forbrukeravtaledirektivet/avtaleloven § 37, må føre til trekk.

Når det gjelder fremstillingen av forbrukeravtaledirektivet/avtaleloven § 37, er rettsstillingen den at det kun er i begrenset grad at direktivet/§ 37 kan gi en forbruker en bedre beskyttelse enn avtaleloven § 36. Dette gjelder primært rettsvirkningene av overtredelsen av henholdsvis direktivet, hvor direktivet innenfor sitt område krever at en norsk domstol – ved anvendelsen av § 36 – ikke står fritt til å endre et avtalevilkår, men i utgangspunktet er henvist til å tilsidesette vilkåret, med den følge at avtalen fortsetter å gjelde uten det urimelige vilkåret, jf direktivets artikkel 6 nr 1. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor. Det kan ikke utelukkes at enkelte kandidater går rett på sak i den forstand at de kun (eller i all hovedsak) behandler denne forskjellen, fordi det er den de har festet seg ved som den mest sentrale ulikheten i virkeområdet når § 36 og direktivet skal sammenlignes. De kandidater som på denne måten bare gir en fremstilling av de punktene hvor direktivet/§ 37 kan gi forbrukeren en bedre rettsstilling enn etter § 36, må kunne sies å ha besvart oppgaven, forutsatt at det de skriver er holdbart. Noen kandidater vil antagelig i tillegg til dette nevne at avtaleloven § 37 inneholder en regulering, hvoretter forbrukeren kan bli stilt gunstigere enn etter § 36, eller hvor forbrukerens rettigheter er presisert klarere enn etter § 36, jf § 37 nr 1, 2 og 3. (Jeg kommer tilbake til dette nedenfor).

Opgaven kan likevel forstås som mer analytisk enn det nevnte og det er mest nærliggende. Det innebærer at kandidatene anlegger en bredere innfallsvinkel og forsøker å gi en analyse/drøftelse av direktivet/§ 37, ved å sammenligne virkeområdet med virkeområdet for § 36. En slik drøftelse/analyse må forventes å ha det utgangspunkt at det generelle virkeområdet for § 36 er videre/mer omfattende enn direktivets (og dermed virkeområdet for § 37). Dette var jo grunnen til at den norske lovgiveren forutsatte at direktivet ikke krevet noen endringer i norsk rett, ut over vedtagelsen av § 37. (§ 36 ble som kjent vedtatt 10 år før vedtagelsen og ikraftsettelsen av EØS-avtalen/direktivet). En slik bredere innfallsvinkel til oppgaven vil innebære at kandidaten forholder seg mer detaljert til direktivet, typisk ved å påpeke at det kun gjelder kontraktsvilkår som ikke er forhandlet individuelt (typisk standardkontraktvilkår), at det i utgangspunktet kun omfatter innholdsmangler, og at det krever at det foreligger en «betydelig skjevhet». Samtidig vil kandidater som velger denne innfallsvinkelen antagelig få frem at avtaleloven § 36 har et videre virkeområde enn direktivet på disse punktene, og derfor kan gi en bedre beskyttelse, også for forbrukere, enn direktivet. En slik redegjørelse/analyse vil altså lede frem til et «negativt» resultat, i den forstand at forbrukere etter direktivet nettopp *ikke* har et bedre vern enn det vernet § 36 gir. Hvis man forutsetter at oppgaven har som sitt hovedsakelige formål å få frem på hvilke (få) områder direktivet kan gi et *bedre* vern enn § 36, jf foran om den angrepsvinkelen, vil man kunne komme i skade for ikke å verdsette tilnærmingen til de kandidater som velger den «bredere vei», det vil si gjennom en analyse av direktivet (som leder frem til at det altså på en del punkter rekker kortere enn § 36). Dette vil i så fall være en uheldig måte fra sensors side å foreta bedømmelsen på. Når oppgaven bruker formuleringen «*i hvilken grad forbrukere har et bedre vern*», så stilles det et åpent spørsmål som legger opp til en problematisering, hvor det så absolutt vil være relevant med en bredere tilnærming der kandidaten går inn i direktivet (og § 36). Mye kan tale for at den optimale besvarelsen er den mer analytiske, som legger opp til å sammenligne direktivet med § 36. Dette skyldes at kandidaten gjennom en analyse/redegjørelse får vist at han/hun

kjenner direktivet og dets virkeområde og virkeområdet for § 36, og dette er naturligvis sentralt for forståelsen av begge regelverkene.

Uansett hvilken tilnæringsmåte kandidatene velger, *må* det kreves at kandidatene forstår at direktivet/avtaleloven § 36 har ulikt virkeområde, i motsatt fall er det ikke mulig å gi noen meningsfylt drøftelse av oppgaven.

Det *bør* videre kreves at kandidatene er innforstått med at den norske lovgiveren ved gjennomføringen av direktivet la til grunn at avtaleloven § 36 ga en minst like god beskyttelse for forbrukere som direktivet, med den følge at man kunne nøye seg med å vedta de presiserende reglene i § 37. Forutsetningen var altså at norsk rett (folkerettslig) oppfylte direktivets krav (i kraft av å være et minimumsdirektiv).

Kandidatene *bør* også få frem at norske domstoler etter EØS-avtalen er forpliktet til å sørge for at forbrukerne får det vern direktivet påbyr, og at domstolene derfor plikter å tolke avtaleloven i tråd med direktivet. I dette ligger også at domstolene skal håndheve direktivet av eget tiltak, ved å veilede forbrukeren slik at han eller hun f eks ikke bare påberoper seg avtaleloven § 33, men også §§ 36 og 37.

Videre *bør* kandidatene få frem at norske domstoler så langt har vært tilbakeholdne med å bygge sin argumentasjon mer direkte på direktivet, noe som har en direkte sammenheng med lovgivers forutsetning om at det som utgangspunkt må legges til grunn at direktivet (generelt) antas å stille mindre strenge krav til avtalers innhold enn § 36. Dette kan ses i lys av Høyesteretts uttalelse i Røeggen-saken, Rt 2013 s 388:

«Når lovgiver tilføyde § 37 som følge av direktivet, var hensikten altså ikke å gi anvisning på en annen rimelighetsstandard enn den som følger av § 36». (Avsnitt 60).

Dette er naturligvis ikke det samme som at direktivet, innenfor sitt virkeområde, ikke har noen betydning ved fastsettelsen av urimelighetsterskelen etter § 36, snarere tvert imot. Høyesterett fremhever dette i Røeggen-dommen, ved at førstvoterende presiserer:

«Jeg vil imidlertid føye til at direktivet må ses som uttrykk for et generelt syn om at forbrukerne i møte med profesjonelle aktører har et særlig vern. Den betydelige tyngde forbrukerperspektivet har fått, må reflekteres i den konkrete rimelighetsvurderingen».

Foran er det fremholdt at det primært er på *rettsvirkningssiden* at direktivet kan gi forbrukeren en bedre beskyttelse enn § 36, jf artikkel 6 nr 1. Det sentrale innholdet i bestemmelsen er at nasjonale domstoler ikke har kompetanse til å endre kontraktsvilkårets innhold. Hovedregelen er at avtalen skal opprettholdes, uten noen annen endring enn at det urimelige kontraktsvilkåret skal settes til side. Dersom en nasjonal domstol f eks kommer til at et vilkår i en kontrakt som pålegger forbrukeren å betale en pengesum er urimelig, har den ikke myndighet til å redusere summen til et rimelig nivå, men er henvist til å tilsidesette vilkåret i sin helhet.

Hovedregelen ble som kjent slått fast i sak C-618/10, Banco Espanol de Credito. Bare hvis en tilsidesettelse av vilkåret ikke er mulig etter reglene i den nasjonale rett, kan det være aktuelt med andre rettsvirkninger. I så fall er forutsetningen at rettsvirkningen blir at hele avtalen settes til side, jf bemerkninger i sak C-618/10. Direktivets regulering gir dermed mindre fleksibilitet enn avtaleloven § 36, som legger opp til at valg av rettsvirkning i utgangspunktet er opp til domstolene, med den følge at også en endring kan være legitimt. I praksis vil direktivets krav, jf foran, som utelukker en endring, i en

del tilfelle fremstå som et bedre vern for forbrukeren. (I Banco Espanol de Credito førte det f eks til at avtalen forbrukeren hadde inngått med banken ble opprettholdt, uten noe vilkår om forsinkelsesrente i det hele tatt). Det er ikke tvilsomt at hvis man først befinner seg innenfor direktivets område, plikter norske domstoler å anvende de rettsvirkninger direktivet gir grunnlag for, ikke de videre som avtaleloven § 36 gir grunnlag for, med den følge at forbrukeren nettopp vil kunne få et bedre vern mot urimelige avtalevilkår enn § 36 gir.

Artikkel 6 nr 1 inneholder et unntak, dersom avtalen kan fortsette å gjelde uten det urimelige vilkåret. Hva dette innebærer, skal ikke utdypes her, og det kan ikke forventes at kandidatene tar dette opp eller går mer detaljert inn på unntaket, begrunnelsen for dette og dets anvendelsesområde. Det kan heller ikke forventes at kandidatene tar opp spørsmålet om avtaleloven § 36 som generalklausul er i samsvar med direktivet på det punkt som her diskuteres (men svaret er ja).

Selv om det nettopp er på rettsvirkningssiden at direktivt vil kunne gi en forbruker en bedre beskyttelse enn avtaleloven § 36, er det ikke å forvente at alle kandidatene nevner eller problematiserer dette. Antagelig vil de fleste nøye seg med å vise til § 37 og si noe om at denne bestemmelsen kan føre til at forbrukeren kan få en gunstigere rettsstilling eller i det minste kan få presisert sine rettigheter bedre enn etter § 36, samtidig som de sier noe om lovgivers forutsetning om at § 36 i utgangspunktet har et videre anvendelsesområde enn direktivet. Slik jeg bedømmer det uten å ha lest noen oppgaver, bør det ikke være et krav for bestått (på denne oppgaven isolert) at dette med ulikheter på rettsvirkningssiden presiseres, og i alle fall ikke at det utdypes. Men det er samtidig klart at hvis dette ikke nevnes, og det som sies om § 37 blir vagt og lite presist, vil denne del av besvarelsen fort komme i faresonen. Dette har sammenheng med at § 37 nok har størst betydning ved tolkningen av § 36, ved at § 37 derved presiserer innholdet av § 36 (innenfor direktivets virkeområde). Å fastslå mer reservasjonsløst at § 37 gir forbrukeren bedre rettigheter eller gunstigere rettsposisjoner enn § 36, kan fort bli skjævt og/eller uriktig. Hvis kandidaten både er helt generell og hevder noe slikt, og samtidig ikke sier noe om forskjellen på rettsvirkningssiden mellom direktivet og § 36, jf foran, er det mye som taler for at besvarelsen (isolert sett) ikke kan gis bestått. Men det må selvsagt foretas en bredere bedømmelse, hvor det f eks kan ha betydning om kandidaten sier noe fornuftig om virkeområdene til henholdsvis § 36 og direktivet, slik at det fremgår at kandidaten likevel har forståelse på dette punkt.

I bedømmelsen må det også tas hensyn til at JUS 3111 har normert tid på 2 timer, mens JUS 3112 har normert tid på tre timer. Det kan derfor ikke kreves like mye verken for bestått eller for en rimelig god karakter når den normerte tid er så kort som to timer.

I det hele er det grunn til å anta at besvarelsene gjennomgående vil være relativt korte, og fremstå mer konstaterende enn analyserende. Jeg nevner dette, slik at det ikke skal stilles for høye krav på dette punkt. I så måte kan nok det som er sagt foran om analyse av forholdet mellom § 36 og direktivet/§ 37 bare være noen man kan forvente å se i de beste besvarelsene.

Jeg vil også påpeke at pensumdekningen er nokså ulik når det gjelder direktivet/§ 37. Den knappeste fremstillingen er antagelig Woxholth, Avtalerett, 10 utgave 2017. Dette er grunnen til at den og Lilleholts fremstilling begge er supplert med de 10 sidene fra

Giertsens fremstilling. Samtidig gir Woxholth, Avtalerett, 11 utgave 2021, den klart mest omfattende fremstillingen av direktivet/§ 37. Den sistnevnte fremstillingen er bare hovedlitteratur for JUS 3112 (ikke JUS 3111), og siden den er nyutkommet høst 2021, er det ikke å forvente at så mange som leser JUS 3112 kan ha valgt den som alternativ.

Når det ellers gjelder karaktersetting, må denne delen (del II) vektes mot del I. Siden begge delene er normert til 3 timer under JUS 3112, er et rimelig utgangspunkt at de relativt sett tillegges lik vekt. Siden denne delen (del II) bare er normert til 2 timer under JUS 3111, mens del I er normert til 4 timer, innebærer det at del II under JUS 3111 må tillegges relativt sett mindre vekt enn del I.

Oslo, 13 oktober 2021

Geir Woxholth