**FORMUERETT I: FORELESNING OVER AVTALERETT**

*Professor dr juris Geir Woxholth*

1. **FORMÅLET MED FORELESNINGEN**
* Etablere ”god forståelse” respektive ”kjennskap” når det gjelder emnene under læringskravene i avtaleretten i Formuerett I
1. **EMNENE**

Forelesningen omfatter følgende emner:

* Ugyldighet (herunder grunnbegrepene og reglene i avtaleloven §§ 33 og 36)
* Fullmakt
* Representasjon i upersonlige rettssubjekter (selskaper mv)
* Tredjemannsavtaler
* Samfunnskontroll med kontraktsvilkår

Forlesningen omfatter samtlige emner under læringskravene i avtalerett minus representasjonsrett for agenter, eiendomsmeglere og fondsmeglere (”kjennskap”) og enkeltstående ugyldighetsregler (”kjennskap”) (utenom avtl §§ 33 og 36 som behandles: ”God forståelse”).

Disposisjonen er omfattende og har av pedagogiske grunner noe overlapp. Se f eks pkt 6, 7 og 8 der visse problemstillinger som er behandlet på forskjellige steder gjennomgående også behandles mer samlet for sammenligningens skyld. (Ugyldighet og forholdet til mislighold, forutsetningssvikt og avtaleloven § 36).

1. **FULLMAKT** (”God forståelse”)
	1. ***Hva er fullmakt? Rettslig plassering. Praktisk betydning***
* Definisjon: A (fullmektigen) slutter en avtale på vegne av B (fullmaktsgiveren) med en tredjemann, C, mens A blir stående utenfor avtaleforholdet. Avtalen blir inngått med B og C som parter
* Fullmakt er en del av mellommannsretten
* Mellommannsretten omfatter også agentur/agentrett, jfr agenturloven 19 juni 1992 nr 56, kommisjon, jfr kommisjonsloven 30 juni 1916 nr 1, meglere, jfr ulovfestet rett og eiendomsmeglerloven 29 juni 2007 nr 73
* Mellommannsrettens karakteristika: Den som handler opptrer i fremmed regning, dvs at det er en annen enn den som opptrer som har de økonomiske konsekvenser (gevinst/tap) av avtalen
* Mellommannen kan opptre i eget eller fremmed navn. Den i hvis navn avtalen inngås blir avtalepart. For fullmakt og agentur handler den som opptrer i fremmed navn, dvs at det er en annen enn den som opptrer som blir avtalepart. Ved kommisjon handler den som opptrer i eget navn og blir selv avtalepart
* Praktisk bakgrunn for fullmakt: Partene er langt fra hverandre eller av andre grunner avskåret fra ”fysisk” kontakt, f eks sykdom, eller fullmektigen har en særlig sakkunnskap

 ***3.2 Sondringen fullmakt/organrepresentasjon***

- Fullmakt: Hjemmel i avtaleloven kapittel 2

- Organrepresentasjon: Den myndighet som organer i selskaper, stiftelser, foreninger og andre upersonlige rettssubjekter har til å binde rettssubjektet i avtaleforhold

- Felles problemstillinger, særlig vedrørende overskridelse av myndighet (legitimasjonsspørsmålet)

- Representasjon behandles nedenfor i pkt 4

***3.3 Lovens systematikk: ”Bakvendt lovgivning”***

- Lovens regler regulerer direkte bare tilbakekallelse av fullmakter, men den enkelte regel om hvordan tilbakekallelse skjer, sier indirekte og forutsetningsvis noe om hva slags fullmakt det dreier seg om

***3.4 Forskjellige fullmaktstyper***

*3.41 Selvstendig fullmakt*

- Fremtrer utad på en måte som gjør fullmakten synlig også for andre enn fullmaktsgiveren og fullmektigen – spesielt for medkontrahenten

- Ulike selvstendige fullmakter: Stillingsfullmakt, jfr avtl § 10 annet ledd, skriftlig fullmakt, jfr avtl §§ 13, 14 og 16

*3.42 Uselvstendig fullmakt*

- Er ikke synlig for andre enn fullmaktsgiver og fullmektig, jfr avtl § 18 (oppdragsfullmakt)

- Sondringen mellom selvstendig og uselvstendig fullmakt kan ha vesentlig betydning for rettsvirkningene, særlig for forholdet mellom rett og legitimasjon, jfr avtl § 11

*3.43 Sondringen stillingsfullmakt, frasagnsfullmakt og oppdragsfullmakt*

- På tvers av sondringen selvstendig og uselvstendig fullmakt:

Stillingsfullmakt og frasagnsfullmakt er selvstendige fullmakter, mens oppdragsfullmakt er uselvstendig fullmakt

* Andre fullmaktstyper utenfor avtaleloven: Toleransefullmakt og kombinasjonsfullmakt.

***3.5 Kort om hovedproblemet i fullmaktslæren (se nærmere pkt 3.62 nedenfor)***

- Utenfor fullmaktens ”grændse”, jfr avtl § 10 første ledd: Ingen binding for fullmaktsgiver i forhold til medkontrahenten. Aldri spørsmål om legitimasjon. Eksempler

- Det særlige problemet med instruksoverskridelse og legitimasjon, jfr avtl § 11.

***3.6 Forholdet fullmaktsgiveren-medkontrahenten (det ytre forholdet)***

*3.61 Stiftelse av fullmakt*

- Hvilke disposisjonskriterier gjelder?

- Lovens systematikk: Direkte regulering av tilbakekallelse.

*- Uselvstendig fullmakt:* Oppdragsfullmakt, jfr avtl § 18: ”Bare meddelt gjennom en erklæring”. Ingen krav til form. Kan være muntlig eller skriftlig. I praksis ofte muntlig. Hvis skriftlig, ikke tilsiktet at fullmakten skal vises frem for medkontrahenten og ikke egnet til det

- *Selvstendig fullmakt:*

Frasagnsfullmakt: Forutsetningen i avtl § 13, ved erklæring til tredjemann, altså til en bestemt tredjemann. Ikke formkrav

Offentlig kunngjøring: Jfr avtl § 14. Med andre ord ingen direkte erklæring til tredjemann

Skriftlig fullmakt, jfr avtl § 16: Et fullmaktsdokument som er tilsiktet og derfor egnet til å fremvises for tredjemann

Sondringen oppdragsfullmakt og skriftlig fullmakt får betydning ved instruksoverskridelse, jfr avtl § 11

Stillingsfullmakt, jfr avtl § 10 annet ledd: Begrepet ”stilling” er vidt, ikke krav om ansettelse. Stillingen må bero på ”avtale” (herunder stilltiende samtykke). Stillingen må etter ”lov” eller ”sedvane”, jfr lovteksten, gi en kompetanse til å binde fullmaktsgiver

Sedvane: Alminnelig oppfattelse av stillingens innhold sett fra en utenforstående

Andre selvstendige fullmakter: Fullmakt der viljeselementet ikke fremtrer utad, men der det sett fra medkontrahentens side har vært god grunn til å regne med at det forelå fullmakt? Beskyttelse av medkontrahentens berettigede forventninger? Ja, i følge rettspraksis. Element av culpasanksjon som begrunner fullmaktsforholdet

Toleransefullmakt: Typisk passivitet.

Kombinasjonsfullmakt: Typisk forskjellige forhold i samvirke, jfr Rt 2011 s 410 (Optimogården) og RG 1966 s 512.

*3.62 Fullmaktens ”grændse” eller om man vil: ramme, jfr avtl § 10 første ledd*

- Forutsetningen for at fullmaktsgiveren er bundet er at avtalen ligger innenfor fullmaktens ramme, jfr avtl § 10 første ledd. Eksempel

- Det må avgjøres med grunnlag i alminnelig avtaletolkning

- Unntak stillingsfullmakt: Hva som ligger i ”lov” eller ”sædvane”, jfr avtl § 10 annet ledd

- Særproblemet ved instruksoverskridelse. Sondringen rett/legitimasjon Sondringen får bare betydning ved selvstendige fullmakter der medkontrahenten er i aktsom god tro. Sondringen viser at det indre, underliggende forholdet må skilles fra det ytre

- Instruksoverskridelse:

Ved uselvstendig fullmakt (oppdragsfullmakt, jfr avtl § 18) er det ingen legitimasjon ut over retten etter det underliggende forhold, jfr avtl § 11 første ledd. Begrunnelse: Ingen faktisk legitimasjon ut over retten

Tredjemann har uansett bare fullmektigens ord å holde seg til

Ved selvstendig fullmakt: Legitimasjon ut over retten, jfr avtl § 11 første ledd. Forutsetningen for medkontrahentens rettserverv er at han har vært i aktsom god tro vedrørende instruksoverskridelsen

Må fullmakten ha vært vist frem? Antagelig nok at den er påberopt.

*3.63 Opphør av fullmakt*

- Tilbakekallelse: Fullmakt kan gjøres ugjenkallelig eller tidsmessig begrenset. I motsatt fall kan fullmakten fritt tilbakekalles. Lovens regler i §§ 12-20

Hovedregel: Tilbakekallelse skjer på samme måte som fullmakten er stiftet/gitt

Tilbakekallelse er påbud, jfr avtl § 7

- Annet opphør: Fullmaktsgiverens død, konkurs og plassering under vergemål, jfr avtl §§ 21-24

*3.64 Ugyldighet i fullmaktsforhold*

- Stiftelsen av fullmakten kan rammes av en ugyldighetsgrunn, f eks der fullmaktsgiveren er umyndig, sinnssyk eller er blitt lurt til å utstede fullmakten.

- Avtalen som fullmektigen inngår på vegne av fullmaktsgiveren kan være ugyldig, f eks der fullmektigen er blitt lurt eller tvunget av medkontrahenten.

- Hovedregel: Begge forhold må være gyldige for at bindende avtale er kommet i stand.

***3.7 Forholdet fullmaktsgiveren/fullmektigen (det indre forholdet)***

- Avtaleloven har ingen regler

- Arbeidsrettslige/oppdragsrettslige regler gjelder

- Fullmektigens vederlag: Avtale eller sedvane

- Kan fullmektigen selv tre inn i avtalen (selvinntrede)?

Hovedregel: Nei

Begrunnelse: Vil da kunne falle for fristelsen og ”mele sin egen kake” og dermed handle i strid med fullmaktsgiverens interesser

***3.8. Forholdet fullmektigen - medkontrahenten (tredjemann)***

- Fullmektigen ikke part.

- Hvis fullmaktsgiveren ikke bindes, kan fullmektigen da bli erstatningsansvarlig for tredjemanns tap?

- Ja, avtl § 25. Komplisert og gammelmodig utformet regel

- Kvintessensen: Ved manglende eller utilstrekkelig fullmakt svarer fullmektigen uten hensyn til skyld for tapet ved at den foretatte disposisjonen ikke kan gjøres gjeldende mot fullmaktsgiveren: Med andre ord i utgangspunktet et objektivt ansvar

- Unntak fra objektivt ansvar:

Fullmektigen har fraskrevet seg ansvar

Fullmaktsgiveren godkjenner avtalen

Tredjemann forsto eller burde ha forstått at avtalen ikke var i orden

Hvis det ut fra en helhetsvurdering ikke er rimelige å ilegge objektivt ansvar

- Tapet: Positivt kontraktsinteresse

**4. REPRESENTASJON: HVEM KAN FORPLIKTE JURIDISKE PERSONER AVTALERETTSLIG?** *(”God forståelse”)*

***4.1 Problemstilling***

- Juridiske personer (sammenslutninger) er papirkonstruksjoner

- De må ha fysiske personer til å representere seg

- De fysiske personene er (daglig leder) eller sitter i organer (styret mv) for den juridiske personen

- Det er med andre ord spørsmål om organets rett og legitimasjon til å binde den juridiske personen ved avtale

- Juridisk person: Selskap, forening, stiftelse, stat, kommune mv

- Så lenge det organ som handler er kompetent og holder seg innenfor de grenser som er satt for organets kompetanse, kan en medkontrahent selvsagt påberope at avtale er kommet i stand. Også i sammenslutningens egen interesse

 - Men det kan hende at medkontrahenten kontraherer med et organ som er uten kompetanse: En daglig leder i et selskap inngår f eks i strid med selskapsrettens regler (det hører under styret) en avtale om en stor investering som er av uvanlig art og omfang for selskapet.

- Det kan også hende at medkontrahenten inngår avtale med et organ som har kompetanse, men som har fått den begrenset. Generalforsamlingen har f eks gitt styret i et selskap instruks som begrenser styrets kompetanse til å foreta en gitt investering

- Spørsmålet blir om sammenslutningen kan si seg ubundet eller om medkontrahenten kan bli hørt med at organets avtaler kan bli bindende på grunnlag av legitimasjon

- For å ta stilling til spørsmålet om medkontrahenten vinner rett må det for det første avgjøres hvilken kompetanse (”rett”) det aktuelle organ har (internt). Dersom organet har handlet ut over grensene for kompetansen (”retten”), må det tas stilling til spørsmålet om tredjemann likevel kan påberope seg avtalen på grunnlag av legitimasjonserverv.

***4.2 Reglene om rett og legitimasjon for upersonlige rettssubjekter***

* Aksjeloven, selskapsloven og stiftelsesloven har egne regler både om den interne kompetansen (”retten”) og om legitimasjon utad. Det siste kalles vanligvis i sammenslutningsretten representasjonsrett
* I foreningsretten er disse reglene ulovfestede og følger av rettspraksis og juridisk teori
* Reglene for kommuner og fylkeskommuner er dels lovfestede i kommune- og fylkeskommuneloven (kompetansen internt), mens reglene om legitimasjonsvirkninger er ulovfestede. De førstnevnte er offentligrettslige, mens de sistnevnte er privatrettslige. Det er ikke avklart mer spesifikt om det gjelder legitimasjonsvirkninger der kommunen eller fylkeskommunen går ut over grensene for sin kompetanse (”rett”) i formuerettslige forhold (avtaler mv). Visse regler om stillingsfullmakt gjelder, men ut over dette er rettsstillingen uklar. Jfr de såkalte ”Terrasakene”
* For staten er reglene i all hovedsak ulovfestede. Som for kommuner og fylkeskommuner er det ikke endelig avklart mer spesifikt om det gjelder legitimasjonsregler for staten. Visse regler om stillingsfullmakt gjelder, men ut over det er rettsstillingen uklar
* For selskaper, foreninger og stiftelser der det gjelder legitimasjonsregler er det et grunnleggende vilkår for at legitimasjonsvirkninger skal inntre at medkontrahenten kan sies å ha vært i aktsom god tro, dvs at han verken forsto eller burde ha forstått at organet handler i strid med sin kompetanse, jfr asl §§ 6-31, 6-32 og 6-33 (for aksjeselskap), sel §§ 2-21 (for ansvarlig selskap), 2-22 (fellesregler for ansvarlig selskap og kommandittselskap) og 3-13 (for kommandittselskap)
* Modifikasjoner: Foretaksregisterloven §§ 10-1 første og annet ledd

Paragraf 10-1 første ledd: Det som er registrert i Foretaksregisteret f eks om begrensninger i et organs kompetanse til å inngå avtaler, kan alltid legges til grunn i forhold til tredjemann, dvs selv om han ikke har sjekket Foretaksregistret og for så vidt er i god tro. Eksempel: Hvis det er registrert at to styrerepresentanter må undertegne på vegne av selskapet for at det skal bli bundet, må dette respekteres av en medkontrahent som i god tro har undertegnet en avtale med en styrerepresentant, hvis selskapet erklærer seg ubundet.

Paragraf 10-1 annet ledd: Gjelder meldepliktige forhold som ikke er meldt til registret og som er i strid med det som faktisk er registrert. Dette kan ikke gjøres gjeldende i forhold til en tredjemann som i god tro legger til grunn det registrerte. Eksempel: En tredjemann som i god tro inngår avtale med en som er registrert som daglig leder, vil kunne påberope seg avtalen med selskapet, selv om den det gjelder hadde fratrådt sin stilling da avtalen var inngått uten at det var meldt

* Forholdet til reglene om fullmakt:

Mange felles trekk, men i fullmaktslæren gjelder ingen generelle regler om legitimasjon ut over retten (godtroerverv). Det hjelper ikke en medkontrahent i god tro, hvis han har inngått en avtale med en fullmektig uten fullmakt eller som har handlet i strid med fullmakten. Jfr avtl § 10 første ledd

Det er bare ved instruksoverskridelse, jfr avtl § 11, at det kan bli tale om legitimasjonserverv, og da bare for en godtroende medkontrahent i en selvstendig fullmakt

**5. UGYLDIGHET OG AVTALELOVEN § 36**

***5.1 Hva er ugyldighet? (”God forståelse”)***

* Definisjon
* Intet i avtaleloven
* Rettsfaktaindusert definisjon: En ”svikt” ved selve avtalen

contra en ”svikt” ved ytelsen (kontraktsbrudd). Ingen presis

definisjon, noe som særlig viser seg ved opplysningplikt/svikt

* Rettsvirkningsindusert definisjon: Ugyldighet foreligger når et løfte ikke har rettsvirkninger etter sitt innhold. Dette er en mer presis definisjon
* Gyldige avtaler er kjennetegnet ved følgende rettsvirkninger:
* Rett til dom for naturaloppfyllelse
* Rett til erstatning for positiv kontraktsinteresse (oppfyllelsesinteressen).
* Ved ugyldighet inntrer ingen av disse rettsvirkningene
* Men det betyr ikke at løftet er uten rettsvirkninger.
* Andre rettsvirkninger inntrer
* Hovedregel: Restitusjon
* Unntak fra restitusjonsplikten: Hvor dette er urimelig, jfr Nimbusdommen, Rt 1995 s 46.
* Erstatning der restitusjon ikke kan finne sted – formuesgodet er gått til grunne eller er beskadiget. Eksempel: En kjøper er blitt lurt til å kjøpe en bil, som blir skadet mens han bruker den.
* Fradrag for berikelse.
* Erstatning for negativ kontraktsinteresse (tillitsinteressen).
* Hva omfattes av den negative kontraktsinteressen?

**5.2 *Ugyldighetsbegrepet (”God forståelse”)***

* Rettslig karakteristikk/koblingslord
* Visse rettsfakta kobles/tilordnes mot visse rettsvirkninger
* Ugyldighetsgrunnene som rettsfakta
* Ugyldighetsvirkningene

**5.3 *Partsrelasjonen*: *Ugyldighetsreglene gjelder bare mellom partene***

* Ugyldighetsreglene gjelder utelukkende mellom avtalepartene
* Unntak: Avtaleloven § 34 - proforma
* Særlig om forholdet til reglene om tredjemannsvern – dynamisk tingsrett: I hvilken grad ugyldighetsinnsigelser fra forholdet mellom en hjemmelsmann (H) og en medkontrahent (A) kan gjøres gjeldende i forhold til en erverver (B) som tredjepart løses litt forskjelllig avhengig av om avtalen gjelder fordringer (gbl §§ 25 og 15 og 17), fast eiendom (tinglysningsloven § 27) eller løsøre (godtroloven §§ 1 og 2]. Dette omfattes av læren om dynamisk tingsrett og læren om pengekrav, ikke avtaleretten.

 ***5.4 Rettskildegrunnlaget for ugyldighetsreglene***

* Avtalelovens regulering
* Ulovfestet rett

 ***5.5 Begrunnelse for ugyldighetsreglene***

* Hensynet til å verne om medkontrahenten: Eksempel: Tilblivelsesmanglene, se nedenfor.
* Hensynet til å verne mot egen uforstand. Eksempel: Habilitetsmanglene, se nedenfor.
* Hensynet til å verne om samfunnsinteresser. Eksempel: NL 5-1-2, se nedenfor konsumerer hverandre altså ikke. Parten kan velge hvilket regelsett han/hun vil påberope.elvis.: En kjøper er blitt lurt til å k
* Kobling mellom rett og moral. En streben mot et sammenfall.
* Preventiv effekt
* Rimelige løsninger
* Avveininger, se f eks sondringen mellom sterk og svak ugyldighet, se nedenfor. ”Ugyldighetsinflasjon” er ikke ønskelig.

 ***5.6 Forskjellige kategorier ugyldighetsregler***

* *Formmangler*: Regler som oppstiller form som gyldighetsbetingelse, jfr f eks finansavtaleloven § 61 første ledd, husleieloven § 9-7, arbeidsmiljøloven §§ 15-4 og 15-5.
* *Habilitetsmangler*: Løftegiveren mangler kompetanse til å binde seg rettslig.
* Umyndighet som ugyldighetsgrunn, jfr vergemålsloven 26 mars 2010 nr 9 § 9.
* Sinnssykdom som ugyldighetsgrunn – ulovfestede regler. Krever at sykdommen har vært motiverende for avtaleinngåelsen, jfr rettspraksis.
* *Innholdsmangler*: Avtalen er ugyldig på grunn av innholdet. Se avtaleloven § 36 (som dog omfatter mer enn innholdsmangler, men likevel typisk slike), NL 5-1-2 om avtaler mot lov og ærbarhet, pristiltaksloven § 2 og straffelovens ikrafttredelseslov § 12.
* *Tilblivelsesmangler*: Ugyldighet som følge av mangler ved tilblivelsen, jfr avtaleloven §§ 28-34. De ”klassiske” ugyldighetsreglene om tvang, svik, villfarelse (herunder avtl § 33), forvanskning, forfalskning og falsk. Avtaleloven § 36 omfatter også tilblivelsesmanglene, selv om bestemmelsen først og fremst rammer innholdsmangler, se foran.

 ***5.7 Ugyldighetsreglenes anvendelsesområde***

* Som påpekt foran: Partsrelasjonen
* Reglene gjelder helt uavhengig av hvordan avtalen er kommet i stand
* Ugyldighetsreglene knytter an mot tidspunktet for avtaleinngåelsen.
* Forholdet mellom reglene om avtalens inngåelse og ugyldighet
* Det som på disposisjonstidspunktet tilsynelatende fremstår som en bindende avtale, er likevel uforbindende når det i ettertid blir avklart at det forelå en ugyldighetsgrunn på avtaleinngåelsestidspunktet.
* Bindende avtale betyr etter dette både at avtalen er sluttet etter reglene om avtaleinngåelse og at det ikke foreligger en ugyldighetsgrunn
* Uforbindende avtale kan bety enten at det ikke er inngått en avtale etter reglene om inngåelse av avtaler, eller at det foreligger en ugyldighetsgrunn
* Det forhold at ugyldighetsreglene alltid knytter seg til inngåelsestidspunktet reiser avgrensningsspørsmål i forhold til kontraktsbruddslæren og læren om endring og opphør av avtaler (forutsetningslæren) og avtaleloven § 36, se nedenfor.

 ***5.8 Hel og delvis ugyldighet***

- *Hovedregelen* er at en avtale som rammes av ugyldighet er ugyldig i sin helhet

- *Unntak*: Delvis ugyldighet kan komme på tale der en avtale inneholder flere ytelser og ugyldighetsgrunnen bare ”kleber” ved en eller ved ugyldighet etter NL 5-1-2, der f eks lovstriden bare er delvis.

- Ugyldighet med grunnlag i avtaleloven § 36 innebærer også et unntak, ettersom denne bestemmelsen legger opp til fleksible rettsvirkninger (hel ugyldighet, delvis ugyldighet, tilsidesettelse av vilkår, endring av vilkår, kombinasjoner osv).

***5.9 Absolutte og relative ugyldighetsgrunner***

- Ugyldighetsreglene er preseptoriske av natur – en part kan ikke forplikte seg til at avtalen ikke skal settes til side som ugyldig

- I en del tilfelle kan en part likevel etter avtaleinngåelsen godkjenne (ratihabere) et løfte, med den følge at avtalen blir gyldig, jfr nedenfor. Den umyndige godkjenner f eks avtalen etter at han/hun er blitt myndig.

- Ugyldighetsgrunner som kan repareres ved etterfølgende godkjennelse benevnes relative ugyldighetsgrunner. Motsetningen er absolutte ugyldighetsgrunner. To parter som avtaler å banke opp en tredjepart, kan ikke seg imellom ”godkjenne” en slik avtale, som strider mot NL 5-1-2.

**5.10 *Sterke og svake ugyldighetsgrunner***

* Sondringen mellom sterk og svak ugyldighet går som en rød tråd gjennom ugyldighetslæren
* En sterk ugyldighetsgrunn kan gjøres gjeldende også overfor en løftemottager i aktsom god tro, dvs som ikke utviser noen uaktsomhet på løftetidspunktet. Eksempler er grov tvang, umyndighet, sinnssykdom, avtaleforhold i strid med NL 5-1-2, falsk, forfalskning og forvanskning.
* En svak ugyldighetsgrunn kan derimot bare påberopes i forhold til en løftemottager som er i ond tro eller uaktsom. Eksempler er svik, lett tvang og villfarelse, herunder avtl § 33.
* Hvilke av avtalelovens ugyldighetsgrunner som er sterke eller svake, fremgår av loven selv. Lovteksten bruker formuleringer som at løftemottageren ”har kjent til eller burde ha kjent til” ugyldighetsgrunnen. Hvis en slik formulering ikke er brukt, er ugyldighetsgrunnen sterk.
* Det er først og fremst i forhold til tilblivelsesmangler der det er en svikt ved løftegivers ”vilje” at sondringen har betydning.
* Begrunnelsen for sondringen er lovgivningspolitiske vurderinger om hvor grensen bør gå for å beskytte henholdsvis løftegiver og løftemottager.
* Generelt sagt, har lovgiver valgt å beskytte løftegiveren der det er tale om særlig grove ugyldighetsgrunner som løftegiveren ikke eller vanskelig kan ha verget seg mot: sterk ugyldighetsgrunn (eksempel: grov tvang: pistol mot hodet er en sterk ugyldighetsregel).
* Hvis ugyldighetsgrunnen ikke dekker over et så grovt forhold, og løftegiveren selv kunne ha innvirket på situasjonen og forstått at noe ”galt” var på ferde, og kanskje vegret seg mot det (eksempel: løftegiveren blir lurt, men ikke av løftemottageren selv, men en tredjeperson, og løftemottageren er i aktsom god tro). Avtl § 33 er derfor en svak ugyldighetsregel.

***5.11 Godkjennelse (ratihabisjon) av ugyldige disposisjoner (”Kjennskap”)***

* Ugyldighetsreglene innskrenker avtalefriheten (preseptivitet): To personer kan ikke avtale at avtalen dem i mellom ikke skal kunne rammes av en ugyldighetsregel
* Men en avtalepart (løftegiveren) kan i ganske stor grad etter at avtalen er inngått gi avkall på den beskyttelse ugyldighetsreglene gir
* Likevel har avtaleparten (løftegiveren) ikke helt generelt en frihet til å gi avkall på vernet
* Begrunnelse: Dels samfunnsmessige hensyn. To parter som avtaler å banke opp en tredjepart kan ikke seg i mellom bestemme at en slik avtale skal være gyldig, jfr NL 5-1-2- Dels hensyn til parten selv: Den som er umyndig ”godkjenner” at den avtalen han har inngått som umyndig skal være gyldig. Dels hensyn til medkontrahenten: Medkontrahenten er i aktsom god tro, det er en tredjemann som har ”lurt” løftegiveren til å inngå avtalen og medkontrahenten vil tape på avtalen om den blir godkjent ensidig av løftegiveren.
* Reglene om godkjennelse er i all hovedsak ulovfestede
* *Habilitetsmangler*: Prinsipielt adgang til å godkjenne ensidig, når den umyndige er blitt myndig. Vergen kan også godkjenne.
* *Tilblivelsesmangler*: Prinsipielt adgang til å godkjenne ensidig, ettersom reglene stort sett har til formål å beskytte løftegiveren selv. Ønsker han ikke beskyttelsen, kan han frasi seg den. Men det forhold som har bevirket ugyldighet, må selvsagt ikke fortsatt klebe ved løftet (pistolen fortsatt mot hodet).
* *Innholdsmangler*: Må sondre avhengig av reglenes begrunnelse
* NL 5-1-2: Avtaler mot ærbarhet, se foran
* NL 5-1-2: Avtaler mot ”loven”. Særlig relevant for avtaler i strid med preseptorisk lov, f eks forbrukerkjøp. Kan ikke fraskrive seg ugyldighetsreglene på forhånd, men kan gi avkall på vernet konkret etter at en tvist har oppstått.
* *Generelt unntak:* Medkontrahentens rett til å motsette seg godkjennelse: Medkontrahenten er i aktsom god tro. En slik medkontrahent bør ikke kunne utsettes for at løftegiveren spekulerer ved å godta de avtalen som likevel viser seg å være fordelaktige for ham, men tapsbringende for den godtroende medkontrahenten.

***5.12 Avtaleloven § 33 (”god forståelse”)***

 *5.121 Regelen i et nøtteskall*

- En svikt ved løftegivers ”vilje” som gjør det uredelig av løftemottager å gjøre gjeldende løftet etter sitt innhold

- Svak ugyldighetsgrunn. ”Som det må antas at han (løftemottager) kjente til”

- Retter seg ikke mot spesifikke forhold som viljessvikten knytter seg til, jfr ordet ”omstændigheter”

- Omstendighetene må være til stede ”da den anden part fikk kundskap om erklæringen”, med andre ord på avtaleinngåelsestidspunktet

- Det må stride mot ”redelighet og god tro” å gjøre løftet (avtalen) gjeldende

*5.122 Nærmere om de enkelte vilkår*

 - *Omstendigheter*: Hva som helst. Ikke noe vilkår om at løftemottageren har foretatt seg noe aktivt for å fremkalle løftet, eller at det i det hele tatt er løftemottageren som har ”gjort noe uredelig”. Men det vil i praksis ofte være situasjonen. Typisk område: Villfarelsestilfellene. Opplysningssvikt. Videre: Omfatter lettere former for tvang og svikslignende forhold, samt mental svekkelse som ikke er sinnssykdom.

- Når må omstendighetene foreligge? På avtaletidspunktet (”da den anden part fikk kundskap om erklæringen”): Uriktige forutsetninger/motivvillfarelse, i motsetning til bristende forutsetninger som ikke omfattes.

- Kravet til *ond tro:* ”Maa antages” å ha ”kjent til”. Etter ordlyden ikke ”kjendte eller burde ha kjendt til”. Særlig svak ugyldighetsgrunn etter motivene. Viktig modifikasjon: I dag omfattes etter rettspraksis og teori også *uaktsomhet*, jfr Rt 1984 s 28 (Tromsø Sparebank)

- Når må den onde tro (uaktsomheten) foreligge? Intet i avtl § 33 om det, men i lovsamlingen gjøres henvisning i note til avtl § 39 første punktum: Uaktsomheten må foreligge på det tidspunkt løftemottageren får kunnskap om løftet, dvs senest på avtaletidspunktet. Senere ervervet kunnskap fører ikke til ugyldighet. Begrunnelse. Unntak: Avtl § 39 annet punktum: (1) Må ikke foreligge innrettelse. (2) Må forligge særlige grunner. Snever unntaksregel.

*5.123 Særlig om opplysningsplikt*

* Praktisk område for § 33, i praksis en villfarelse hos løftegiver
* Som løftemottager kan ha fremkalt forsettelig eller uaktsomt, eller:
* Hvor løftemottager uten selv å ha fremkalt villfarelsen har kjent til eller burde ha kjent til den
* Grensen er i praksis vanskelig å trekke: Det avgjørende er om det vil være mot redelighet (og god tro som egentlig er et nokså inneholdsløst begrep) å gjøre løftet gjeldende etter sitt innhold

Forholdet mellom avtl § 33 og reglene i obligasjonsretten om mislighold av opplysningsplikt og avtl § 36. I hovedtrekk er prinsippene for når rettsvirkninger inntrer sammenfallende – reglene konsumerer hverandre altså ikke. Parten kan velge hvilket regelsett han/hun vil påberope.

***5.13 Avtaleloven § 36 (”god forståelse”)***

*5.131 Det tradisjonelle ”ugyldighetsbildet”*

* Saksbehandlingsregler/tilblivelsesmangler.

Ellers: Kontraktsfrihetens prinsipp. Markedskreftenes frie spill: ”Må den beste vinne”!

*5.132 Det nyere ”ugyldighetsbildet” – lempningsperspektivet*

* Fokus henimot avtalevilkårenes innhold (innholdsmangler)

Sosial kontraktsrett?

*5.133 Lovformål og forarbeider*

* Ulikevektige kontraktsforhold, typisk innholdsmangler
* Typisk: Standardvilkår i *forbrukerforhold.*
* Typisk: Rettsområder som ikke er regulert av ufravikelig kontraktslovgivning, jfr Rt 2013 s 388 (Røeggen).
* I dag også andre kontraktsforhold med ulikevektige parter.
* Ennå ikke for å lempe avtaler mellom likevektige, profesjonelle parter.
* Forarbeidene som rettskilde. Rt 2012 s 355 (Lognvik).

*5.134 EUs Forbrukeravtaledirektiv, 1993/13*

**-** Direktivet gjennomført i norsk rett ved vedtagelsen av avtaleloven § 37 i 1995

- Retter seg mot urimelige kontraktsvilkår i forbrukerforhold.

- Krav om ”betydelig skjevhet” mellom partenes rettigheter og plikter

- Snevrere virkeområde enn § 36:

(a) Direktivet gjelder bare forbrukeravtaler

(b) Direktivet gjelder bare avtalevilkår som ikke er ”individuelt forhandlet”, typisk standardavtalevilkår

(c) Direktivet gjelder i prinsippet bare innholdsmangler

(d) Direktivet gjelder ikke alle former for innholdsmangler. Det unntar avtalevilkår knyttet til hovedytelsene, f eks om prisen er urimelig.

- Norske domstoler har en veiledningsplikt om at parten kan påberope seg § 36, og f eks ikke bare § 33.

- Høyesterett har vært tilbakeholden med å fatte avgjørelsen direkte på grunnlag av direktivet. Tanken har vært at direktivets vern rekker kortere enn avtaleloven § 36.

- Men direktivets rettskildemessige betydning fremkommer ved at det tillegges betydning i den konkrete (u)rimelighetsvurderingen, jfr Rt 2013 s 388 (Røeggen), se premiss 61.

*5.135 Forholdet til offentligrettslige forbrukervernregler*

- Markedsføringsloven § 22:

Myndighetenes urimelighetskontroll på eget initiativ

Først forhandle, så eventuelt forbud

Ikke sivilrettslig ugyldighet, men overtredelsesgebyr og straff

- Avtaleloven § 36:

Domstolskontroll

Disposisjonsprinsippet

Konkret bedømmelse

*5.136 Karakteristika*

* Bestemmelsen retter seg dels mot tilblivelsen qua ugyldighetsregel og dels mot oppfyllelsen qua lempningsregel. Derfor er den plassert med ett ben i avtaleretten og ett ben i obligasjonsretten, jfr særlig siden mot etterfølgende forutsetningssvikt.
* Hovedsakelige virkeområde etter lovgivers motivasjon: Innholdsmangler.
* Men i rettspraksis er det ikke lett å finne rene eksempler på at § 36 er anvendt på innholdsmangler, heller ikke i forbrukerforhold, jfr nedenfor. Derimot er den i forbrukerforhold anvendt på tilblivelsesmangler, jfr f eks Rt 2013 s 388 (Røeggen), jfr nedenfor. Det er heller ikke mange eksempler på at Høyesterett de senere årene har anvendt bestemmelsen for å regulere etterfølgende forutsetningssvikt, jfr nedenfor.
* Fleksible rettsvirkninger (som nettopp markerer forskjellen mellom tradisjonelle ugyldighetsregler og § 36 som alminnelig formuerettslig lempningsregel)

*5.137 Hvilke rettslige disposisjoner?*

* ”Avtale”: Partene må ha forpliktet seg. Hvordan er uten betydning.
* ”Ensidig bindende disposisjoner”: Gaveløfter. Kausjonsløfter
* Selskaps- og foreningsforhold: Kanskje ikke direkte, men sikkert analogisk
* Kutyme: Lite praktisk

*5.138 Rettsområde*

* Formueretten: Offentlige avtaler? Ja. Offentlig servicevirksomhet? Ja. Offentlig myndighetsutøvelse? Nei

*5.139 Forholdet til andre ugyldighetsregler*

* Overlapper, se f eks avtl §§ 29, 31, 32, 33, ptl § 2 og NL 5-1-2
* Rammer enkelte tilfelle av mindre ”alvorlige” tilblivelsesmangler, f eks rus, depresjon, press
* Omfatter prinsipielt også de sterke ugyldighetsgrunnene, men er lite praktisk her fordi disse ikke forutsetter et skjønn i samme grad (slik § 36 gjør) og rammer uavhengig av god tro (som kan være et element i vurderingen etter § 36, selv om § 36 ikke oppstiller det som et vilkår)

*5.140 Urimelighetsvurderingen. Målestokken*

*Urimelighetsvurderingen*:

* Konkret og relativ rimelighetsstandard. Rimeligheten av den enkelte, konkrete avtale skal bedømmes. Standarden er relativ i den forstand at terskelen er variabel, f eks er den høyre der begge avtalepartene er kommersielle og innsiktsfulle enn der den ene parten er den annen underlegen, f eks i forholdet mellom en privatperson og en bank.

*Målestokken*:

* Intet i loven om denne
* Forarbeidene utpeker:

1) Lovgivning

2) Avtalepraksis

3) Rene rimelighetsbetraktninger

 - Restriktivt eller ”slapt” urimelighetsbegrep?

- Generell og konkret terskel. Eksempler: Rt 2012 s 355 (Lognvik) og Rt 2013 s 388 (Røeggen).

*5.141 ”Forhold ved avtalens inngåelse”*

- Tilblivelsesmangler. Villfarelse. Forsømt opplysningsplikt.

- Særlig om finansielle instrumenter: Rt 2012 s 1926 (Fokus bank)- forbrukerne var ”velstående privatkunder”, Rt 2012 s 355 (Lognvik) og Rt 2013 s 388 (Røeggen). Forskjellene mellom Lognvik og Røeggendommen. Kan dommene eksistere side ved side eller har Høyesterett gjennom Røeggendommen fraveket Lognvikdommen? Svar: Intet prejudikatsavvik. Røeggensaken lå annerledes an enn Lognviksaken.

- Ikke krav om ond tro hos løftemottager, jfr f eks Rt 2013 s 388 (Røeggen), DNB ble ikke bebreidet for uaktsomhet. Ga uriktige opplysninger i god tro.

- Ikke krav om at avtalen strider mot redelighet og god tro. Det kan ikke generelt stilles krav om at opplysningssvikten må være kvalifisert.

- Ikke krav til forholdets art – også rene subjektive forhold kan være relevant.

- Det gjelder et grunnleggende krav om årsakssammenheng mellom løftegivers beslutning om å inngå avtalen og opplysningssvikten, jfr Lognvik- og Røeggen, slik situasjonen også er ved tilblivelsesmanglene.

*5.142 ”Avtalens innhold”*

* Urimelig fordeling av rettigheter og plikter
* Urimelig ubalanse mellom ytelsene. I Rt 2013 s 388 (Røeggen) kom et element av innholdsmangel inn som tillegg til tilblivelsesmanglen (villfarelse) ved at retten tilla den usikre avkastningsmuligheten var lånefinansiert av banken han hadde inngått avtale om kjøp av investeringsproduktet med.
* Vilkår som gir urimelige pressmuligheter
* Sanksjonsregler som stiller en part svakt
* Vilkår som forskjellsbehandler medkontrahenter
* Kombinasjon av punktene foran
* Kontraktsforholdets egenart:

1) Avtalt risikofordeling

2) Spekulasjon. Taler contra lempning. Jfr Rt 2012 s 1926 (Fokus Bank). Jfr også Lognvik- og Røeggendommene, der spekulasjonsmomentet ikke fikk avgjørende betydning.

3) Samarbeidsforhold (Rt 1991 s 220: ”Fjernvarme”, Rt 2008 s 1365 (”Munch”)

4) Særlig om ”fallskjermavtaler” (Rt 2000 s 610: ”Breivik”)

5) Sosiale hensyn blir sjelden tillagt noen vekt i avtale- og kontraktsretten. Rt 2013 s 769 (IF) gjelder avtl § 36 og er et unntak.

*5.143 ”Partenes stilling”*

- Forbrukerforhold: Ja. Det klareste eksempel: Rt 2013 s 388 (Røeggen).

- Betydningen av graden av underlegenhet. Ikke et formelt forbrukerbegrep. Røeggen vs Lognvik. Relativisering i forhold til vernebehov og risikoens ”åpenbarhet”.

- Kommersielle forhold med likevektige parter: Som hovedregel nei, men ikke prinsipielt unntatt. Rt 2012 s 1537: ”terskelen for lempning er høy – det er de helt klare urimeligheter som rammes”. Er anvendt i helt spesielle tilfelle i avtaler mellom likevektige, kommersielle parter, jfr Rt 2008 s 1365 (Munch) og Rt 2012 s 393 (Ugland). Kan meget godt tenkes anvendt i mer almene forhold mellom profesjonelle, dersom urimeligheten er påtagelig nok. Venter på den første dommen fra HR.

- Ulikevektige parter i kommersielle forhold: Ja. Franchising. Leasing. Bensinstasjonskontrakter.

*5.144 ”Senere inntrådte forhold”*

- Utviklingen mellom avtaleslutningen og oppfyllelsen og under oppfyllelsen

*Typetilfelle*:

- Fysisk farlig å oppfylle

- Fysisk vanskelig eller umulig å oppfylle

- Ulovlig å oppfylle

- Økonomisk mer byrdefullt å oppfylle.

* Vi har forlatt avtalerettens ugyldighetsregler og er over i obligasjonsrettens regler og prinsipper om endring og opphør av avtaler på grunn av etterfølgende forhold.
* Avtaler skal holdes.
* Forutsetningslæren. Krav om 1) motivasjon, 2) synbarhet og 3) risikoavveining.
* Enklere og ”mykere” kriterier for lempning etter avtl § 36 – ”urimelig”.
* Høyesterett har de siste årene svært sjeldent anvendt avtl § 36 som grunnlag for lempning på grunn av ”senere inntrådte forhold”. Så også når det gjelder forutsetningslæren.
* Forholdet mellom avtl § 36 og forutsetningslæren: Ikke noe hokus pokus, men vanskelig å finne klare retningslinjer for valget mellom rettsgrunnlagene.
* Rt 1999 s 922 (Salhus Flytebro)
* Rt 2010 s 1345 (Oslo Vei).
* I begge sakene avgjorde Høyesterett tvistene på grunnlag av forutsetningslæren, men kravet om revisjon nådde ikke frem i noen av dem.
* Rt 2011 s 1641: Det skal gjennomgående mer til for å lempe eller å sette til side en avtale på grunn av senere inntrådte forhold enn på grunn av omstendigheter som forelå ved avtaleinngåelsen.

*5.145 ”Omstendighetene for øvrig”*

- En angivelse av at oppregningen i annet ledd ikke er uttømmende. Forhold som ikke er partsspesfikke

- Slike forhold kan være relevante, men har vanligvis liten vekt

*5.146 Rettsvirkningene*

- Fleksible rettsvirkninger, mer enn ugyldighetsregel og tradisjonelle ugyldighetsvirkninger (hel ugyldighet eller intet)

- Urimelige vilkår endres (Jfr dog nedenfor, Camino-dommen, EU domstolen, C-618/10)

- Urimelige vilkår tilsidesettes

- Urimelige vilkår endres sammen med endring/tilsidesettelse av andre vilkår

- Urimelige vilkår opprettholdes, andre vilkår endres eller tilsidesettes

- Hele avtalen tilsidesettes

- Domstolen skal etter forarbeidene ikke anvende sterkere virkemidler enn det som er nødvendig for å unngå urimeligheten

- Normalt bare ved tilblivelsesmangler at hele avtalen vil bli tilsidesatt (ordinær ugyldighetsvirkning). Eksempel: Rt 2013 s 388 (Røeggen).

- Særskilt om EUs forbrukeravtaledirektiv. Camino-dommen. EU-domstolen, C-618/10. Direktivet etter sin ordlyd, og EU-domstolen, utelukker at avtalevilkåret endres. Krav om tilsidesettelse av vilkåret, med mindre hele avtale må settes til side fordi det urimelige vilkåret er det helt sentrale avtalevilkåret. Vilkår om forsinkelsesrente på 29% p a ble satt til side, og ikke justert ned til rimelig nivå. (Det var ikke aktuelt at hele låneavtalen ble satt til side). Lånet ble opprettholdt uten rente.

- Caminodommen må få konsekvenser også for norsk rett. Innenfor Direktivets virkeområde, er det ikke aktuelt kun med en endring av vilkåret.

**6. UGYLDIGHET I FORHOLD TIL MISLIGHOLD/KONTRAKTSBRUDD**

* En ugyldig avtale fritar parten fra å oppfylle
* En misligholdt avtale er i prinsippet gyldig, og det påligger løftegiveren en rettsplikt til oppfyllelse. Oppfyller han ikke, foreligger det mislighold/kontraktsbrudd
* Ugyldighet og mislighold kan foreligge samtidig: Tingen som er kjøpt er
* beheftet med en vesentlig mangel som begrunner hevning, jfr kjl § 39, noe selgeren svikaktig har fortiet ved avtaleslutningen, jfr avtl § 32.
* Ugyldighetsreglene og reglene om mislighold/kontraktsbrudd konsumerer hverandre ikke: Kjøperen kan velge hvilket regelsett han/hun vil påberope seg – her hevning eller ugyldighet
* Kjøperen komme best ut ved å kreve hevning hvis han ville ha tjent på avtalen og vilkårene for å kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse er til stede
* Hvis kontrakten ville ha vært tapsbringende, kan han/hun ha fordel av å påberope seg ugyldighet og eventuelt kreve dekket påløpte utgifter etter reglene om erstatning for negativ kontraktsinteresse
* Selv om både hevning ved kontraktsbrudd og restitusjon ved ugyldighet i prinsippet har samme rettsvirkninger (tilbakeføring av ytelsene om det er ytet), vil hevning som kontraktsbruddssanksjon kunne kombineres med erstatning for positiv kontraktsinteresse, noe som er begrepsumulig ved ugyldighet, se foran.
* Forskjell ellers ugyldighet/mislighold: Ugyldighet knytter seg til kontraktsinngåelsen. Kontraktsbrudd vanligvis til et noe senere tidspunkt – risikoovergang/levering, jfr kjøpsloven og øvrige kontraktslover.

**7. UGYLDIGHET I FORHOLD TIL FORUTSETNINGSSVIKT**

* Sviktende forutsetninger: Uriktige og bristende forutsetninger.
* Uriktige forutsetninger: Den uriktige forutsetningen forelå allerede på kontraktsinngåelsestidspunktet: Eksempel: Det uforsikrede skipet som er kjøpt ligger på havets bunn på det tidspunkt avtalen ble inngått, uten at kjøperen kjente til eller burde ha kjent til dette. Den uriktige forutsetningen består i en villfarelse. Forholdet reguleres av avtl § 33: Ugyldighet
* Bristende forutsetninger: Forutsetningssvikten relaterer seg til et tidspunkt etter avtalens inngåelse.
* Etter avtalens inngåelse har det inntrådt en ”forstyrrelse” i kontraktsforholdet: Det uforsikrede skipet synker etter at avtalen er inngått, men før ”overleveringstidspunktet” og betalingstidspunktet.
* Forstyrrelsen gjør f eks at

(1) det har blitt fysisk mer farlig å oppfylle

(2) det er blitt økonomisk mer byrdefullt å oppfylle

(3) det har oppstått rettslige eller fysiske hindringer for normal oppfyllelse

(4) Andre former for svikt

- Bristende forutsetninger reguleres av ulovfestet rett basert på rettspraksis og juridisk teori

- Bristende forutsetninger kan føre til suspensjon av plikten til å oppfylle, endring av avtalen eller opphør av en gyldig inngått avtale

- Avtalen er i alle tilfelle gyldig inngått – her skiller bristende forutsetninger seg fra ugyldighet/uriktige forutsetninger

- Vilkårene for at en bristende forutsetning er relevant, dvs at den tillegge rettslig betydning:

- Utgangspunktet: Enhver svarer for sine forutsetninger

- Motivasjon (kausalitet)

- Synbarhet

- Om det alle forhold tatt i betraktning er rimelig å flytte risikoen over på medkontrahenten.

**8. UGYLDIGHET I FORHOLD TIL AVTALELOVEN § 36**

* Avtaleloven § 36 har to sider: En side som gjør den til en ugyldighetsregel der det er urimelig å oppfylle, jfr særlig annet ledd ”avtalens innhold”, ”forholdene ved avtalens inngåelse” og en side som gjør at den fanger opp tilfelle der avtalen er gyldig inngått, men der det skjer en etterfølgende forstyrrelse som medfører at det av den grunn blir urimelig å oppfylle, jfr formuleringen i annet ledd: ”senere inntrådte forhold”.
* Som ugyldighetsregel ”sluker” den så å si alle andre ugyldighetsregler.
* Som lempningsregel er den er ”konkurrent” til forutsetningslæren
* På sett og vis sluker § 36 også forutsetningslæren, men Høyesterett har lagt til grunn at forutsetningslæren fortsatt er ved liv etter vedtagelsen av avtl § 36, jfr Rt 1999 s 922 (Salhus Flytebro).

**9. TREDJEMANNSAVTALER** *(”kjennskap”)*

***9.1 Hovedregel***

- Hovedregelen er at en som ikke er avtalepart (tredjemann) ikke har rettigheter eller plikter etter avtalen

- Hovedregelen gjelder ubetinget i forhold til plikter – uten rettsgrunnlag kan man ikke pålegge en annen plikt og en avtale mellom to parter utgjør ikke noe rettsgrunnlag for å pålegge en tredjemann en plikt etter avtalen

***9.2 Unntak***

- Læren om tredjemannsavtaler. En tredjemannsavtale er en avtale mellom to parter som gir en tredjemann en selvstendig rett. Eksempel

***9.3 Avgrensning***

- Mot den situasjon at en tredjemann får en faktisk fordel av en avtale mellom to andre parter

- Mot den situasjon at tredjemann får en rettighet etter en avtale der to andre er parter, men er avhengig av at løftemottageren i den avtalen krever at løftegiveren oppfyller overfor løftemottageren. Tredjemann får da rettigheten, men kan ikke gjøre krav om den direkte mot løftegiveren. Dette er en tredjemannsavtale uten selvstendig rett

- Det som er interessant i det følgende er ”reelle” tredjemannsavtaler, der tredjemann har en selvstendig rett til å gjøre krav gjeldende direkte mot løftegiveren

***9.4 Vilkår***

- Ikke løst i avtaleloven. Beror på en tolkning av avtalen

- Spørsmålet er om det har vært partenes felles mening at tredjemann skal ha en selvstendig rett

- Ellers finnes det enkelte lover som hjemler avtale med selvstendig rett, jfr FAL §§ 7-1, 7-2, 7-5 og 7-6. Se også deponeringsloven § 4

- Ikke selvstendig rett: Der løftet fra A til B innebærer en gave til tredjemann, C. Gjeldsovertakelse.

***9.5. Tredjemanns rettsstilling***

- Selv om selvstendig rett, kan partene omgjøre avtalen etter forgodtbefinnende

- Er avtalen mellom partene ugyldig, bortfaller også tredjemanns rett

***9.6 Ugjenkallelig rett?***

- Unntak: Når har tredjemann ervervet en ugjenkallelig rett?

- Hovedregel: Gjenkallelig, se foran.

- Tolkningsspørsmål. Lovgivningen: FAL § 15-2 annet ledd. Ugjenkallelig rett etter livsforsikring

**10.** **SAMFUNNSKONTROLL MED KONTRAKTSVILKÅR** *(”kjennskap”)*

***10.1 Behovet***

* Kontraktsfrihetens prinsipp prefererer ikke bare de rike og mektige, men også de med mest erfaring, kunnskap og innsikt
* Svake kontraktsparters behov for vern
* To måter å utøve samfunnskontroll med kontraktsvilkår på: Domstolskontroll og forvaltningskontroll

**10.2 *Domstolskontroll***

* Domstolskontrollen er konkret og forutsetter at en sak er bragt inn for domstolene gjennom en stevning. Dommen får først og fremst betydning i partsforholdet, jfr rettskraftsvirkningen
* Lovgiverens to måter å hjemle og gi regler om domstolskontroll: Preseptoriske normalregler vs generalklausuler
* Grunnlaget for domstolskontroll er hovedsakelig avtl § 36 (generalklausul) og kontraktslovgivningens ufravikelige regler (preseptoriske normalregler)
* Rettsvirkninger ved preseptoriske normalregler: Avtale i strid med loven settes til side
* Generalklausuler som avtl § 36 retter seg mot ubalanse og urimelighet i kontraktsvilkår mer generelt, eller innenfor en bransje eller rettsområde, og hjemler domstolssensur av vilkårene. Rettsvirkningene gjerne mer sofistikerte enn ordinære ugyldighetsvirkninger.
* I dag hovedsakelig to generalklausuler: Ptl § 2 og avtl § 36
* Preseptoriske normalregler og generalklausuler må ses sammen når man vurderer de virkemidler lovgiveren gir for domstolskontrollen

***10.3 Forvaltningskontroll***

* Med urimelige avtalevilkår, jfr mfl § 22
* Med bruk av garantier og krav til garantivilkår for forbrukere, jfr mfl § 23
* Hvem utfører forvaltningskontrollen? Forbrukerombud og Markedsråd etter hjemler i mfl
* Hva forvaltningskontrollen innebærer:
* Markedsmyndighetene skal føre tilsyn med at lovgivningen overholdes
* Markedsmyndighetene skal forhandle med den næringsdrivende med henblikk på at vilkårene endres eller ikke anvendes
* Markedsmyndighetene kan eventuelt treffe vedtak som forbyr bruken av vilkårene
* Vedtaket retter seg ikke bare mot en bestemt part, men mot at enhver bruker vilkåret.
* Ikke gitt at en avtale er sivilrettslig ugyldig bare fordi den er forbudt etter mfl
* Sanksjoner etter mfl er nemlig offentligrettslige: Tvangsgebyr om vedtaket brytes og evt straff i form av bot.
* Urimelighetsskjønnet etter mfl § 22. Forholdet til urimelighetsskjønnet i avtl § 36

 Januar 2015 GW