

KANDIDAT

XXXXXX

PRØVE

# JUS3112 1 Formuerett I

Emnekode	JUS3112
Vurderingsform	Hjemmeeksamen
Starttid	10.12.2021 08:45
Sluttid	10.12.2021 15:30
Sensurfrist	06.01.2022 23:59
PDF opprettet	10.01.2022 10:15

## Seksjon 1

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
1	Informasjonsdokument	Informasjon eller ressurser

## Seksjon 2

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
---------	--------	-------------



# JUS3112 - Eksamensoppgave - H21

EKSAMENSOPPGAVE

JUS3112 - Formuerett I

Dato: 10. desember 2021

Tid: 09:00-15:00

Del I (3 timer)

Forklar kort hva som menes med den positive kontraktsinteressen (oppfyllelsesinteressen eller forventningsinteressen) og den negative kontraktsinteressen (innrettelsesinteressen, tap ved å stole på kontrakten). Fra tid til annen kan en kontraktspart velge om vedkommende skal påberope et rettsgrunnlag som gir krav på det ene eller det andre. Gjør nærmere rede for hva som kan utgjøre alternative rettsgrunnlag for å påberope henholdsvis den positive og negative kontraktsinteressen i en slik situasjon. I hvilke situasjoner vil det være fordelaktig å påberope den positive kontraktsinteressen, og i hvilke situasjoner vil det være fordelaktig å påberope den negative kontraktsinteressen? Finnes det situasjoner der en part både kan gjøre krav på den negative og den positive kontraktsinteressen, eventuelt den negative kontraktsinteressen ved gyldig kontrakt? Besvarelsen bør behandle Rt-2002-1110 Bodum og Rt-1938-602 Blårev.

Del II (3 timer)

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

**<sup>1</sup> Svarfelt**

## Del 1

Grunnvilkårene for at det skal tilkjennes erstatning i et kontraktsforhold er: 1) Ansvarsgrunnlag. 2) Adekvat årsakssammenheng. 3) Økonomisk tap. Forutsetningen for erstatning *i et kontraktsforhold* er at det foreligger en avtale.

Dersom rettsanvenderen kommer frem til at vilkårene for erstatning er oppfylt, så er hovedregelen at den kontraktsparten som lider tap skal ha «full erstatning».

Når det gjelder vilkåret om at det må være en adekvat årsakssammenheng mellom misligholdet i kontrakten og det økonomiske tapet, så oppstår spørsmålet om det er den *positive* eller den *negative* kontraktsinteressen som skal danne grunnlaget for utmålingen av erstatningens størrelse. Begrepene om positiv- og negativ kontraktsinteresse kan betraktes som prinsipper for *utmåling av tapet*. Begrunnelsen for løsningene er forankret i en årsaksbetraktning; det som den tapslidende parten krever dekket må være i *årsakssammenheng* med kontraktsbruddet han er utsatt for. Sånn sett så kan uttrykkene betraktes som en kategorisering av resultatet for rettsanvendelsen. Men den negative kontraktsinteressen står i en særlig stilling fordi det tapet som kreves dekket springer ikke ut av den hovedforpliktelsen som avtalen (skulle) bygget på.

### **Avtalen som primært rettsgrunnlag.**

Det første rettsanvenderen må undersøke er om avtalen *som primært rettsgrunnlag* kan løse spørsmålet om utmåling av tapet. Sett i lys av den alminnelige kontraktsfriheten må det trolig være anledning for partene til å avtale på forhånd vilkår knyttet til erstatningens utmåling gitt at det ikke strider med ufravikelig bakgrunnsrett. Men dersom avtalen ikke løser spørsmålet kommer de alminnelige årsaksbetraktningene inn i vurderingen.

### **Positiv kontraktsinteresse.**

*Den positive kontraktsinteressen* betyr at den tapslidende parten skal stilles økonomisk som om kontrakten ble oppfylt korrekt. Dette kan reise vanskelige spørsmål for rettsanvenderen. For spørsmålet er *hva* som er den økonomiske realiteten i avtalen, og det kan trolig tenkes at partene i avtalen har ulike syn på det spørsmålet. Etter min vurdering må i hvert fall *utgangspunktet* for fastleggingen av den økonomiske realiteten i avtalen være kontraktens ordlyd med henblikk på å fastlegge hva partene har blitt enige om. Men avtalen som primært rettsgrunnlag må også tåle utfylling fra lovfestet og/eller ulovfestet bakgrunnsrett dersom et spørsmål om den økonomiske realiteten i avtalen ikke kan løses *i avtalen*. Hva som er den økonomiske realiteten i avtalen må i mange tilfeller ha et perspektiv som ser fremover og vurderer den gjenstående avtaleperioden, og det kan være utfordrende å fastlegge fremtidig utvikling. Begrunnelsen for at den som lider tap kan kreve den positive kontraktsinteressen er fordi det skal reparere den forventningen kontraktsparten hadde til avtalens innhold.

### **Negativ kontraktsinteresse.**

*Den negative kontraktsinteressen er at den tapslidende parten skal ha dekket de kostnadene*

han har pådratt seg *i tillitt* til at kontrakten skulle komme i stand. Hovedregelen i norsk rett er at den negative kontraktsinteressen som prinsipp for tapsutmålingen knytter seg an til de tilfeller hvor det er snakk om en ugyldig avtale. Forutsetningen her er altså ikke at det foreligger en gyldig inngått avtale mellom partene, men at den tapslidende parten har pådratt seg kostnader før avtalen ble stiftet og det er disse kostnadene som kreves erstattet. Dette kan uttrykkes som at den tapslidende parten stilles som om kontrakten ikke var inngått. Forholdene tenkes bort og den som har lidd tapet kompenseres for tapet. Typisk utgifter som den tapslidende parten kan påberope seg dekket av den negative kontraktsinteressen utgifter vedkommende har pådratt seg i forbindelse med forhandlinger og forberedelser. Hvor store kostnader som pådras i perioden før avtalen stiftes vil naturligvis være ulikt, men det er ikke uvanlig i moderne anbudsprosesser at kontraktspartene pådrar seg ikke-ubetydelige kostnader i de innledende «rundene». Det kan også tenkes den situasjonen hvor den tapslidende parten har innrettet seg i tillitt til at avtalen skulle blitt inngått og foretatt *disponeringer*. Dette kan tenkes å være aktive disponeringer i form av investeringer eller innkjøp, men det kan også være passive disponeringer i form av unnløstelser; eksempelvis avstå fra å kontrahere en annen avtale som kunne vært økonomisk fordelaktig.

### **Valget mellom den positive- og negative kontraktsinteressen.**

Etter min vurdering så må hovedregelen for valget mellom den positive- og negative kontraktsinteressen være at de tapene som parten påberoper seg dekket av den *negative kontraktsinteressen* ikke samtidig kan dekkes av den positive kontraktsinteressen. Hvorfor? Dette begrunner jeg i det jeg innledet med; nemlig at tapsutmålingen er et spørsmål om årsakssammenheng. Den negative interessen knytter seg an til at den ene parten har innrettet seg i tillitt til at avtalen skulle inngås, mens den positive interessen knytter seg an til at hovedforpliktelsen i avtalen er misligholdt.

Motsatt så er resonnetet det samme. Det er min vurdering at dersom en part påberoper seg den positive interessen så er vedkommende utelukket fra å kreve den negative interessen. Hvorfor? Dette begrunner jeg hovedsakelig i at tapene som er påført etter den positive interessen er på bakgrunn av et kontraktsbrudd, mens den negative interessen er som nevnt knyttet til kostnader som er påløpt i tillitt til at kontrakten skulle inngås. Dette kan også betraktes som at den ene utelukker den andre.

### **Alternative rettsgrunnlag.**

Men det må jo kunne tenkes at det kan foreligge et kontraktsbrudd og en ugyldighet samtidig, som gjør at den tapslidende parten vil stå overfor et valg mellom den negative- og den positive kontraktsinteressen? En tenkt situasjon kan eksempelvis være at ytelsen har en vesentlig mangel som gir rett til erstatning, jf. kjl. § 39 (1) *samtidig* som dette forholdet strider med den svake ugyldighetsgrunnen i avtl. § 30.

### **Sideforpliktelser.**

Som nevnt så knytter den positive kontraktsinteressen seg an til et brudd på avtalens *hovedforpliktelse* og utgangspunktet for vurderingen er at den som påberoper positiv kontraktsinteresse er utelukket fra å kreve den negative interessen. Spørsmålet er om den tapslidende også kan kreve erstattet den negative kontraktsinteressen som følge brudd på *sideforpliktelser*. Dette kan også betraktes som et spørsmål om den tapslidende også kan påberope den negative kontraktsinteressen når det er inngått en gyldig avtale.

Debitors/selgers hovedforpliktelse er å prestere rett ytelse til korrekt tid. Sideforpliktelser er de forpliktelsene debitor/selger har i *tilllegg* til hovedforpliktelsen. Sideforpliktelsene springer ut av det alminnelige lojalitetsprinsippet som består mellom kontraktspartene.

Spørsmålet er behandlet i Rt. 1938 s. 602 (Blårev). Saken dreide seg om erstatning for mangelfull leveranse av blårev og andre dyr fra USA. Høyesterett fant det «på det rene» at blårevene hadde en sykdom da de ble sendt fra selger og da de ankom. Høyesterett sier at «selgeren ved å sende de 50 syke blårever har handlet uaktsomt». Kjøperen ble av denne grunnen belastet kostnader som ville vært unngått dersom selgeren ikke hadde opptrådd uaktsomt. Kjøperen hadde altså innrettet seg *i tillitt til avtalen*. Høyesterett sier også at når det var uaktsomt av selgeren å prestere syke dyr, så er selgeren «forpliktet til å erstatte kjøperen de direkte utgifter denne har hatt med frakten fra Amerika, karanteneutgifter og foring ...» Høyesterett sier også at selgeren har påført kjøperen «omkostninger» som selgeren burde forstått at kjøperen ikke fikk dekket på grunn av de mangelfulle dyrene.





Det som kan sluttet ut i fra denne dommen er at det er muligheter for en kontraktspart å kreve den negative kontraktsinteressen dekket når den andre parten bryter sine sideforpliktelser; altså at en kombinasjon av den positive- og negative kontraktsinteressen *ikke er fullstendig avskåret*. Som nevnt innledningsvis så springer sideforpliktelsene ut av en betraktning om et alminnelig lojalitetsprinsipp mellom partene, og i *Blårev* kom Høyesterett frem til at det var uaktsomt å sende dyrene og påføre medkontrahenten disse kostnadene, slik at det kan sees på som et brudd på sideforpliktelser.

*Rt. 2002 s. 1110 (Bodum)*

Spørsmålet om dekning av den negative kontraktsinteressen i et kontraktsforhold er også behandlet i *Rt. 2002 s. 1110 (Bodum)*. Saken dreide seg om heving p.g.a mangler ved kjøp av et aksjeselskap, og det interessante spørsmålet sett i lys av oppgaveteksten er om det kan kreves erstattet utgifter *forut* for kontraktsinngåelsen. Konkret var det snakk om utgifter til advokater og revisorer forut for avtalen om erverv av aksjer. Det sentrale i *Bodum* er at det økonomiske tapet ikke skyldes en mangel ved «tingen» [aksjeselskapet], jf. kjl. § 40 (1), så spørsmålet er om den negative kontraktsinteressen kan komme til anvendelse. Høyesterett uttaler med tydelighet at «Blyverket» opptrådte *klanderverdig* i forhandlingene med det overdragende selskapet. Det trekkes frem av Høyesterett at det er unnlatt å opplyse om sentrale opplysninger for det overdragende selskapet. Dette kan forstås som en henvisning til brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten mellom partene.

Det som kan sluttet etter gjennomgangen av *Blårev* og *Bodum* er at det er rom for utmåling av den negative kontraktsinteressen samtidig med den positive kontraktsinteressen. Det er altså ikke utelukket å kreve både den positive og negative kontraktsinteressen samtidig slik som det ble antatt innledningsvis i oppgaven her. Men etter både *Blårev* og *Bodum*, så ligger terskelen for å kreve den negative kontraktsinteressen forholdsvis høyt. Det er også *subjektive forhold* som er relevant i vurderingen. Høyesterett krever at den andre parten har handlet uaktsomt eller klanderverdig, så det vil ikke være helt kurant å kreve den negative kontraktsinteressen.

Etter min vurdering gir det god mening at terskelen ligger høyt for å kreve den negative interessen i kombinasjon med den positive interessen. Hvorfor? Dersom det var en vid adgang til å kreve erstattet utgifter forut for avtaleinngåelsen kunne det skapt en frykt for avtaleparter til å delta i forhandlinger. En slik rettstilstand ville etter min vurdering skapt en situasjon hvor parter kunne være tilbakeholdne med å bruke sin autonome forhandlingskompetanse til å forhandle frem sine interesser. Det er ikke ulovlig å være «hard» i forhandlingene, men når en part opptrer klanderverdig er grensen krysset.

Det finnes altså situasjoner hvor en part både kan gjøre krav på den negative og den positive kontraktsinteressen.

### **I hvilke situasjoner er det fordelaktig å påberope den positive- eller den negative kontraktsinteressen?**

Sett fra perspektivet til den tapslidende parten er min analyse at det *overordnet* må være mest fordelaktige er å påberope det gir størst dekning. Hva som gir størst dekning må avgjøres konkret.

Dersom jeg tar utgangspunkt i den positive kontraktsinteressen, så vil det være fordelaktig for

den tapslidende å påberope seg den i de tilfeller hvor han har *utsikt* til å bli stilt i den mest økonomisk fordelaktige situasjonen. Analysen er at dersom den positive interessen har utsikt til best dekning, så vil det være mest fordelaktig å velge. Men det er jo ikke alle kontrakter som går «bra», i den betydning at kontrakten i seg selv bringer hjem et økonomisk overskudd. Det finnes kontrakter som er *tapsbringende*. Det vil ikke gi god mening å påberope seg den positive kontraktsinteressen i en situasjon hvor det ikke er utsikt til å få dekning, altså de tilfellene hvor kontrakten er tapsbringende.

Derimot kan det tenkes å være fordelaktig å påberope seg den negative kontraktsinteressen i en situasjon hvor kontrakten er tapsbringende. Hvorfor? For da vil den tapslidende parten kunne få dekket utgifter som er påløpt forut for kontraktsinngåelsen.

## Del 2

For å vurdere i hvilken grad en forbruker har et «bedre vern mot urimelige avtalevilkår enn det avtaleloven § 36 gir» så skal jeg undersøke avtaleloven § 37 som et alternativt rettsgrunnlag og foreta en sammenligning. Jeg skal også vurdere de to rettsgrunnlagene i lys av Rt. 2013 s. 388 (Røeggen).

### Avtaleloven § 37.

Avtaleloven § 37 gjennomfører forbrukeravtaledirektivet (93/13/EØF). Direktivet er en minimumsharmonisering. Det betyr at Norge har anledning til å gi forbrukerne *et mer omfattende vern* enn det som følger direkte av direktivets bestemmelser dersom det er ønskelig fra lovgivers side.

Etter avtl. § 37 (1) første punktum så følger det av ordlyden at bestemmelsens anvendelsesområde er for «vilkår som ikke er individuelt forhandlet» mellom en forbruker og næringsdrivende, jf. avtl. § 37 (2). Det betyr at bestemmelsen gjelder kun for avtalevilkår som omtales som «standardvilkår» og kun mellom forbrukere og næringsdrivende («forbrukeravtaler»). Standardvilkår er vilkår som en forbruker blir eksponert for som kommer *i tillegg* til eventuelt vilkår som er gjenstand for individuell forhandling. Standardvilkår kan være *generelle kjøpsbetingelser* som en forbruker må akseptere eksempelvis ved kjøp av en mobiltelefon på Elkjøp eller ved bestilling av bøker fra Akademika.no. Avtaleloven § 36 på sin side har ikke dette begrensede anvendelsesområdet. Så etter den første vurderingen kan det se ut som et avtl. § 36 kanskje gir forbrukere et bedre vern ettersom avtl. § 37 kun omfatter «standardvilkår» i forbrukeravtaler.

Men på den andre siden så presiseres det i avtl. § 37 (1) nr. 1 at avtl. § 36 også kommer til anvendelse, noe som betyr at standardvilkårene skal vurderes etter de rettslige standardene i avtl. § 36 som er: «urimelige» eller «være i strid med god forretningsskikk». Det betyr etter min vurdering at rettsanvenderen må ta i betraktning de samme momentene som følger av avtl. § 36 (2) når rettsanvenderen vurderer et standardvilkår etter avtl. § 37.

Men det følger en begrensning i avtl. § 37 (1) nr. 1 annet punktum som sier at senere inntrådte forhold ikke skal skade forbrukeren i den forstand at et vilkår som eller var urimelig blir betraktet som rimelig.

Etter avtl. § 37 (1) nr. 2 så kan forbrukeren *kreve* at avtalen består «med uforandret innhold» dersom ett eller flere vilkår «medfører en betydelig skjevhet til skade for forbrukeren..». Jeg forstår bestemmelsen slik at hovedregelen er at forbrukeren på sin hånd kan kreve at avtalen blir stående uendret foruten for det/de urimelige avtalevilkårene. Begrunnelsen for dette tenker jeg må være forankret i en presumsjon om et skjevt styrkeforhold mellom forbrukeren og den næringsdrivende.

Avtl. § 37 (1) nr. 3 oppstiller en tolkningspresumsjon. Dersom det er tvil i tolkningen så skal rettsanvenderen bruke det alternativet som er til fordel for forbrukeren.

Avtl. § 37 (1) nr. 4 oppstiller en bevisbyrderegel. Bestemmelsen sier at dersom den

næringsdrivende påstår at et vilkår er individuelt forhandlet, altså at avtl. § 37 ikke kommer til anvendelse, så er det den næringsdrivende som må «godtgjøre dette». Når det gjelder begrunnelsen for denne regelen så viser jeg til begrunnelsen i avtl. § 37 (1) nr. 2 overfor.

### **Forbrukeravtaledirektivet.**

Det følger av direktivets artikkel 3 nr. 1 at standardvilkår «skal anses som urimelig dersom det til tross for kravet om god tro, medfører en betydelig skjevhet i de rettigheter og plikter partene har i henhold til avtalen, til skade for forbrukeren.» Etter ordlyden er altså vurderingen for rettsanvenderen om standardvilkåret medfører en «betydelig skjevhet» mellom forbrukerens rettigheter og plikter på den ene siden og den næringsdrivendes rettigheter og plikter på den annen side. Dette må vurderes konkret med utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av standardvilkårets meningsinnhold. Begrunnelsen for å gi forbrukeren en særlig beskyttelse kan trolig forankres i forhandlingsposisjonen til forbrukeren. Forbrukeren har en svak forhandlingsposisjon. Den næringsdrivende på sin side har utførlig med tid og ressurser til å utforme standardvilkårene forut i tid for å ivareta sine interesser på en best mulig måte.

Ved den nærmere vurderingen av om et vilkår er urimelig så gir direktivets artikkel 4 nr. 2 en retningslinje for rettsanvenderen. Bestemmelsen sier at rettsanvenderen ikke skal ta i betraktning forholdet mellom prisen og «verdien» av ytelsen. Bestemmelsen kan sees i sammenheng med avtalefriheten og den omstendighet at det er lovlig for en forbruker å inngå dårlige avtaler hvis vedkommende ønsker det. Dessuten *kan* også forholdet mellom pris på den ene siden og ytelsen på den andre siden være en utpreget skjønnsmessig vurdering.

### **«Grålisten».**

Direktivets artikkel 3 nr. 3 henviser til «grålisten» som er en «ikke uttømmende liste over vilkår som kan anses som urimelige.». Etter min vurdering med forankring i ordlyden kan ikke denne listen tolkes motsetningsvis. Altså, det som *ikke* er nevnt i «grålisten» *ikke* skal betraktes automatisk som rimelig. På den andre siden er det en presumsjon om at det som er omtalt i listen er urimelig, men likevel slik at rettsanvenderen må foreta en konkret vurdering i hvert tilfelle. Etter min vurdering må rettsanvenderen være oppmerksom på anvendelse av standardeksemplene som følger av grålisten. Hvorfor? For det første så kan en slik liste gi en falsk trygghet for rettsanvenderen i det at rettsanvenderen fort kan hoppe over tolkningen og gå rett på subsumsjonen. Sett i fra perspektivet til den næringsdrivende i et tilfelle hvor forbrukeren påberoper seg et urimelig avtalevilkår med forankring i grålisten, ville jeg anført for den næringsdrivende at det første som må gjøres er å fastlegge meningsinnholdet i eksempelet fra grålisten som påberopes. Dessuten må det omstridte vilkåret i standardavtalen også tolkes og deretter må vilkåret og direktivet holdes opp mot hverandre for å fastlegge om det strider med bestemmelsene i direktivet.

### **Sammenligning.**

Spørsmålet er altså om en forbruker har et bedre vern mot urimelige avtalevilkår enn det som

følger av avtl. § 36. Som jeg redegjorde for innledningsvis så er anvendelsesområdet til avtl. § 37 snevrere enn avtl. § 36 fordi avtl. § 37 kun gjelder for standardvilkår. Etter dette er det fristende å hoppe til konklusjonen at avtl. § 37 gir svakere vern fordi anvendelsesområdet er snevrere, men det første spørsmålet som oppstår er om et svakere vern innebærer at bestemmelsens virkeområde skal tas inn i betraktningen eller om det kun er de materielle innholdet som skal vurderes. Eller begge to? Dersom virkeområdet undersøkes først, så oppstår det et interessant spørsmål; i hvor stor grad foretar en forbruker individuelle forhandlinger? Tankegangen er at dersom en forbruker i stor utstrekning foretar individuelle forhandlinger i møtet med en næringsdrivende så kan det trekke i retning av avtl. § 36 gir et bedre vern fordi den kan omfatte flere tilfeller. Men etter min vurdering så må utgangspunktet være at en forbruker ikke i stor utstrekning forhandler individuelle avtalevilkår. Denne påstanden forankrer jeg i forhandlingsposisjonen mellom en forbruker og en næringsdrivende. Utgangspunktet etter min vurdering er altså at forbrukeren underkaster seg vilkår som er utformet forut i tid av den næringsdrivende. Så når virkeområdet til avtl. §§ 36 og 37 vurderes opp mot hverandre så er det etter min vurdering ikke grunnlag for å si at avtl. § 36 gir et bedre vern.

Det neste spørsmålet er om avtl. § 37 gir et bedre vern mot urimelig vilkår når det materielle innholdet vurderes.

Som jeg har redegjort for, så viser avtl. § 37 tilbake til de rettslige standardene i avtl. § 36. Det betyr også at «partenes stilling» skal være ett av momentene i vurderingen. Partenes stilling vil jo være av sentral betydning i et forhold med forbrukeren på den ene siden og næringsdrivende på den andre siden. Sann sett kan det argumenteres for at forbrukerens vern er likt når rettsgrunnlagene sammenlignes. Men med to rettsgrunnlag som tilsynelatende er så like kan by på utfordringer i den praktiske rettsanvendelsen.

Denne problemstillingen ble tatt opp i ett av forarbeidene til avtl. § 37. Det følger av Ot.prp.nr.89 (1993-1994) at: «avtaleloven § 36 fortsatt skal være den sentrale bestemmelsen på dette området, også i forbrukerforhold. Utkastet til § 37 inneholder utelukkende supplerende bestemmelser for enkelte bestemt angitte tilfeller.»

Det fremgår altså at avtl. § 37 kun skal *supplere* og dermed forstår jeg det slik at rettsanvenderen skal starte løsningen av et rettsspørsmål i avtl. § 36. Men selv om rettsanvenderen starter i avtl. § 36 så er det vel ikke *gitt* at det gir forbrukeren det beste vernet mot urimelige avtalevilkår? Etter min vurdering er det ikke tilfellet. Etter min vurdering så må avtl. § 37 forstås som en *spesialbestemmelse* for standardavtaler i et forbrukerforhold. I konflikt med avtl. § 36 må rettsanvenderen bruke avtl. § 37 fordi den er *lex specialis*. Dette forankrer jeg hovedsakelig i ordlyden og den omstendighet at bestemmelsen er laget *spesielt* for å verne forbrukere.

### **Innhold- og tilblivelsesmangler.**

Slik som jeg vurderer forbrukeravtaledirektivet så omfatter det kun *innholdsmangler*, altså de feil som kan knyttes til innholdet i vilkårene. På den andre siden så vurderer jeg at avtl. § 36 gjøres gjeldende på innhold og tilblivelsesmangler. Det kan derfor argumenteres for at avtl. § 36 gir et sterkere vern mot urimelige vilkår i et forbrukerforhold, fordi avtl. § 36 også kan favne tilblivelsesmangler. Tilblivelsesmangler er de feil/grunner som kan knyttes til måten avtalen kom i stand på, eksempelvis tvang og svik. Vi har riktig nok spesialbestemmelser om dette i avtaleloven, men etter min vurdering så kan også avtl. § 36 favne dette. Jeg begrunner det blant annet i ordlyden: «i strid med god forretningsskikk». Men spørsmålet som oppstår i den sammenhengen er hvor praktisk det er å snakke om tilblivelsesmangler i et forbrukerforhold. Det er trolig grunn til å påstå at de fleste transaksjoner mellom forbruker og næringsdrivende kan karakteriseres som standardtransaksjoner hvor forbrukeren velger en ferdigprodusert vare fra den næringsdrivende. I et slik tilfelle vil det være lit rom for å diskutere tilblivelsesmangler.



Men det kan på den andre siden ikke utelukkes at en avtale mellom forbruker og næringsdrivende kan være beheftet med tilblivelsesmangler.

Etter det som her er gjennomgått så må spørsmålet om hvilket rettsgrunnlag som gir forbrukeren *best vern* i møtet med urimelige vilkår nyanseres. For det første så er det min vurdering at avtl. § 37 gir det beste vernet for forbrukeren når det gjelder innholdsmangler. Spørsmålet som oppstår i den sammenhengen er hvorfor norske domstoler ser ut til å være tilbakeholdne med å anvende bestemmelsen. Det er tema for neste avsnitt. For det andre så gir trolig avtl. § 36 et bedre vern når det er snakk om tilblivelsesmangler.

### **Rt. 2013 s. 388 (Røeggen).**

Et interessant spørsmål som oppstår for rettsanvenderen er om en sak skal løses med grunnlag i avtl. §§ 36 eller 37. I Rt. 2013 s. 388 (Røeggen) ble begge rettsgrunnlagene anført av Røeggen, men Høyesterett løste saken på bakgrunn av avtl. § 36. Spørsmålet er *hvorfor*.

Hovedspørsmålet i saken var gyldigheten av en avtale om investeringsprodukter mellom en forbruker og en bank. Røeggen påberopte seg prinsipalt avtaleloven § 36 men også avtaleloven § 37.

Høyesterett starter med å peke på at avtl. § 36 gir anledning til å sette til side en avtale helt eller delvis. I avsnitt 60 peker Høyesterett på problemstillingen jeg tok opp tidligere i oppgaven; hvordan rettsanvenderen skal forholde seg til de to parallelle rettsgrunnlagene. Høyesterett sier: «[Da] lovgiver tilføyde § 37 som følge av direktivet, var hensikten altså ikke å gi anvisning på en annen rimelighetsstandard enn den som følger av § 36.» Etter hvordan jeg forstår Høyesterett er altså vurderingen *lik*. Men i neste avsnitt sier Høyesterett at direktivet «må ses som uttrykk for et generelt syn om at forbrukere i møte med profesjonelle aktører har et **særlig vern**». Etter hvordan jeg forstår Høyesterett her, så har forbrukere et enda bedre vern med direktivet som rettsgrunnlag. Men etter dette forlater Høyesterett direktivet i rettsanvendelsen. Etter min vurdering er det vanskelig å trekke en konklusjon på spørsmålet om *hvorfor* saken løses etter avtl. § 36 og ikke § 37. På den ene siden så heter det fra justisdepartementet i 1994 at det «skal mer til» for å sensurere etter direktivet enn ved avtl. § 36, på den andre siden – sett fra et rettssystematisk perspektiv, så gir det ikke god mening å ha en lovbestemmelse som skal ivareta de svake forbrukernes interesser som har en høyere terskel for sensur enn det som følger av loven fra før.

Etter min vurdering er lite tvilsomt at dagens rettstilstand beskytter forbrukere i stor utstrekning. Hvorfor Høyesterett griper etter avtl. § 36 i stedet for § 37 er kanskje et mest interessant teoretisk spørsmål, fordi forbrukerne er uansett godt beskyttet etter både avtl. §§ 36 og 37.