

Prekontraktuelt ansvar

Det prekontraktuelle erstatningsansvarets grunnlag og omfang

Kandidatnummer: 192

Antall ord: 11240



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[01.06.2017]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Bakgrunn og aktualitet.....	3
1.3 Avgrensning.....	4
1.4 Metodiske spørsmål.....	4
1.5 Videre fremstilling.....	5
2 Rettssystematisk plassering av ansvarsformen.....	7
3 Kort om ansvarsgrunnlaget.....	10
4 Innholdet i lojalitetsplikten.....	12
4.1 Rettspraksis.....	12
4.1.1 Underrettspraksis.....	17
4.1.2 Utenlandsk rettspraksis.....	18
4.2 Juridisk teori.....	20
4.3 Internasjonale kilder.....	24
4.4 Avslutning.....	26
5 Omfanget av ansvaret:.....	28
5.1 Den negativ kontraktsinteresse.....	29
5.1.1 Rettspraksis.....	29
5.1.2 Utenlandsk rettspraksis.....	31
5.1.3 Juridisk teori.....	32
5.1.4 Internasjonale kilder.....	34
5.2 Den positive kontraktsinteresse.....	35
5.3 Avslutning.....	37
Litteraturliste.....	38

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er det ulovfestede prekontraktuelle ansvaret. Det er en ansvarsform hvor den ansvarspådragende handlingen har forekommet *før* grensen for kontraktsbundethet er overskredet.¹ Prekontraktuelt ansvar er således en betegnelse på et erstatningsansvar som en part etter omstendighetene, vil kunne pådra seg i fasen forut for at en bindende avtale er inngått. Avbrytelse av forhandlinger er dog i seg selv ikke et selvstendig ansvarsgrunnlag, ettersom begge partene da ville hatt krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse, også den svikaktige part.

Sentralt i vurderingen av hvorvidt det foreligger et prekontraktuelt ansvar vil være den allmenne lojalitetsplikten, som går ut på at partene før kontraktsforholdet plikter å opptre lojalt i forhold til hverandre. At en lojalitetsplikt også eksisterer før kontraktinngåelse ble for første gang uttalt i Rt 1988 s. 1078 side 1084. For det prekontraktuelle ansvaret spesifikt, fremkommer dette av dommene Rt. 1992 s. 110, Rt. 1995 s. 543 og Rt. 1998 s. 761 jf. Rt. 2010 s. 1478, som alle vil bli redegjort for senere i oppgaven. Formålet med et slikt ansvar er dermed ikke å beskytte innholdet i en eventuell kontrakt, men partenes tillit til hverandres lojalitet og opptreden i forhandlingsfasen. Ansvar inntreer her dersom disse lojalitetsnormene er overtrådt.² Den erstatningsregel som det prekontraktuelle ansvaret gir uttrykk for, kan typisk beskrives som en lojalitetsnorm.³

Det som skal redegjøres for i oppgaven er det prekontraktuelle erstatningsansvarets grunnlag, særlig om lojalitetsplikten som ansvarsbetingende forhold og ansvarets omfang, da med fokus på hvilke tapsposter som er aktuelle.

1.2 Bakgrunn og aktualitet

Det prekontraktuelle ansvar er et tema det er skrevet lite om. Det er forholdsvis få rettsavgjørelser om ansvarsformen og med unntak av Lasse Simonsens doktoravhandling fra

¹ Simonsen (1997) s. 155

² Simonsen (1997) s. 156

³ Simonsen (1997) s. 160

20 år tilbake, er det få som har tatt et dypdykk i temaet. Ansvar har vært oppe til diskusjon både internasjonalt og nasjonalt, og i de senere år ser vi en økning i interessen rundt temaet. Det foreligger til dags dato ingen dom i Norge har dømt på grunnlag denne ansvarsformen. Det er likevel slik at man ser en utvikling på dette området. Den første dommen i Norge som er inne på temaet er Rt. 1967 s. 13 – Frionor-dommen. Her synes Høyesterett å være klart negative til spørsmålet om prekontraktuelle ansvar.⁴ I dag derimot, som vi skal se senere er det klart at et slikt ansvar eksisterer i Norge. Likevel er det fortsatt mye uklarhet rundt omfanget og innholdet av det prekontraktuelle ansvaret, noe som gjør temaet både spennende og aktuelt

1.3 Avgrensning

Oppgaven tar sikte på å klarlegge innholdet i lojalitetsplikten. Det vil da utelukkende være den prekontraktuelle lojalitetsplikten og det avgrenses mot lojalitetsplikt i og etter kontrakt. I utgangspunktet avgrenses det mot anbudsretten, likevel med unntak av kapittel 4, hvor anbudsretten trekkes kort inn under drøftelse av den positive kontraktsinteresse.

På det prekontraktuelle stadiet tar aktører i noen tilfeller i bruk ulike prekontraktuelle avtaler. Det vil i avhandlingen ikke redegjøres nærmere for disse.

I andre delen av problemstillingen avgrenses det mot utregning, i form av erstatningsbeløp.

Oppgaven deles grovt sagt inn i hva som skal til for å bli ansvarlig og hva man kan risikere å måtte erstatte dersom man blir det.

1.4 Metodiske spørsmål

Ettersom oppgavens formål er å forsøke å klarlegge hva som skal til for å bryte lojalitetsplikten, samt se på hvilke tapsposter som kan være aktuelle, vil jeg foreta en gjennomgang av ulike rettskilder. Ettersom det prekontraktuelle ansvar er ulovfestet, vil det være rettspraksis som blir det primære rettsgrunnlaget. Den metodiske utfordringen ved dette temaet er at det er forholdsvis lite rettspraksis og teori. Det er få rettsavgjørelser som omhandler ansvarsformen og de fleste er nokså kortfattet angående det prekontraktuelle ansvar. Derfor vil også utenlandsk rettspraksis bli anvendt, da henholdsvis fra Sverige og EU-domstolen. Disse har jeg valgt å se på ettersom fremmed rett er en legitim argumentkilde i

⁴ Se dommens s. 14

rettslig argumentasjon. Det kan være uheldig om den norske retten skiller seg markant fra retten i land som har samme rettskultur som Norge.⁵ Dermed er spesielt dommene fra Sverige av interesse.⁶ EU-domstolens avgjørelser vil også være av interesse ettersom de vil gi uttrykk for hvordan EU stiller seg til det prekontraktuelle ansvaret.

Jeg vil videre se på hva først og fremst norsk teori sier om lojalitetsplikten og utgiftspostene. Hovedfokuset vil her være på Lasse Simonsens doktoravhandling fra 1997. Begrunnelsen for dette er at denne doktorgraden er det eneste verket i norsk rett som såpass grundig tar for seg temaet. Andre som Hagstrøm, Woxholth mv. er kort innom ansvaret og vil bli nevnt underveis. Internasjonale kilder vil også bli anvendt her, det vil da bli lagt vekt på UNIDROIT, DCFR og PECL. Jeg har valgt å se på hva disse sier om det prekontraktuelle ansvar ettersom internasjonale kilder kan få rettskildemessig betydning særlig dersom de nasjonale kildene etterlater betydelig tvil eller uklarhet. UNIDROITs kvalitet og legitimitet som følger av å være et dokument vedtatt av medlemslandene, tilsier at den bør tillegges vekt.⁷ Hva gjelder DCFR er denne en videreføring av PECL. Anbefalinger som kommer frem her forventes å bli iakttatt av EU, styremaktene i de enkelte europeiske land, samt de kommersielle interesser som driver europeisk handel.⁸ Sammenholdt med EU-domstolens avgjørelser vil disse kunne være med på å tegne et bilde av om norsk rett samsvarer med EU-retten.

Min fremgangsmåte vil bestå i at jeg systematisk og kategorisk viser hva de ulike rettskildene gir uttrykk for i henhold til lojalitetsplikten og tapspostene.

Et særlig problem ved det prekontraktuelle ansvar er hvor det rettsystematisk skal plasseres. Denne problemstillingen vil derfor mer grundig gjennomgås og er på denne bakgrunn inntatt i eget kapittel, kapittel 2.

1.5 Videre fremstilling

Fremstillinger består av at jeg først vil ta opp problemstillingen angående den rettsystematisk plassering av ansvaret, deretter vil jeg kort redegjøre for ansvarsgrunnlaget. Deretter vil jeg gjennomgå hva de ulike rettskildene uttrykker om brudd på lojalitetsplikten som et

⁵ Monsen (2012) s. 45

⁶ Se i denne sammenheng f.eks. Rt. 1994 s.1585, s. 1587.

⁷ Hagstrøm (2011) s. 67

⁸ Woxholth (2014) s. 47

ansvarsbetingende forhold. Formålet er å forsøke å klarlegge hva som ligger i denne lojalitetsnormen, og hva som skal til for å overskride den. Første del av oppgaven går dermed ut på å klargjøre hva som skal til for å kunne dømmes på bakgrunn av prekontraktuelte ansvar.

For oppgavens andre del legges det til grunn at skadevolder har brutt lojalitetsplikten på en klanderverdig måte og at det foreligger økonomisk tap. Det skal da forsøkes å fastlegge omfanget av det prekontraktuelle ansvaret, herunder hvilke utgiftsposter som kan kreves erstattet. Årsaksvurderingen vil spille en sentral rolle ved bedømmelsen av hvilke utgiftsposter som er aktuelle.

2 Rettssystematisk plassering av ansvarsformen

Det har vært et problem ved det prekontraktuelle ansvaret om det skal forklares ut i fra kontraktrettes normsystem eller om ansvaret hører hjemme i deliktsretten.⁹ Lojalitetsplikten som ligger til grunn for ansvaret er en del av det kontraktsrettslige lojalitetsprinsipp. Likevel er vi utenfor kontrakt og deliktsretten vil således kunne være et naturlig utgangspunkt. Slik jeg ser det representerer det prekontraktuelle ansvaret et overgangsfenomen som har elementer fra både kontraktsretten og deliktsretten.

Likevel får den et særlig kontraktrettslig preg da det foreligger skrevne adferdsnormer.¹⁰ Ansvaret bygger på at de generelle normer for atferd i den prekontraktuelle fasen er krenket. Dette er normer som er utledet av den felles målsetningen om å nå frem til en kontrakt.¹¹ Den prekontraktuelle kontekst skaper visse forventninger om en fremtidig, formålsrettet atferd. Det er de skranker denne fellesmålsetning setter for handlingsfriheten, som berettiger bruken av betegnelsen prekontraktuelle normer.¹² I sin kjerne er ansvaret altså begrunnet i at det eksisterer visse skrevne og uskrevne normer partene må følge under forhandlingene. Dette begrunnes i det *kontraktsrettslige* lojalitetsprinsippet.¹³ Det er brudd på lojalitetsplikter i partsforholdet som skal begrunne ansvaret.

Støtte for dette synspunktet synes her å foreligge i Rt. 2010 s. 1478. Ser vi her på uttalelsene til førstvoterende er fokuset på lojalitetsplikten. Først slås det fast at lojalitetsplikten gjelder også før kontrakt er inngått. Videre fastslås at det her var ”adskillig som trakk i retning av illojal opptreden som strider mot *de rettslige normer som gjelder på forhandlingsstadiet...*”¹⁴ Dette synes å være en henvisning til de prekontraktuelle normene. Etter mitt syn synes Høyesterett her å benytte en kontraktrettslig argumentasjonsmåte.

Likevel er den sentrale rettsvirkningen ved brudd på prekontraktuelle plikter erstatning. Det ordinære ved brudd på kontraktrettslige plikter er at det ansvar som inntreffer omfatter oppfyllelsesinteressen. Ved prekontraktuelt ansvar derimot, med et visst forbehold for

⁹ Simonsen (1997) s. 165

¹⁰ Simonsen (1997) s. 166

¹¹ Simonsen (1997) s. 7

¹² Simonsen (1997) s. 41

¹³ Se Woxholth (2017) s. 87 samt Hagstrøm (2011) s. 96

¹⁴ Se dommens premiss 32 (Min utheving)

anbudsretten, må utmåling av erstatning skje i samsvar med reglene om den negative kontraktsinteresse.¹⁵ Ansvarsformen er dermed et overgangsfenomen, som kan henføres inn under både deliktsretten og kontraktsretten.

Både Simonsen¹⁶ og Woxholth¹⁷ fremhever at vi har dette overgangsphenomenet, Lødrup trekker også frem at det finnes erstatningsrettslige konflikter som ligger i grenseland mellom kontraktsretten og den alminnelige erstatningsrett og at resultatet kan bygge på elementer fra begge.¹⁸ Hagstrøm på sin side trekker frem at rettsvirkningene ved prekontraktuelt ansvar er forskjellige fra løftevirkninger, men at spørsmålet likevel behandles under kapitelet om kontrakter ettersom det er en ”nær sammenheng med konkludent adferd forøvrig”. Man må foreta en helhetsvurdering, hvor elementer fra både deliktsretten og kontraktsretten kan komme til anvendelse.

Det kan stilles spørsmål ved om dette volder noen særlige problemer i praksis. Hagstrøm peker på at det i overgangstilfeller kan være diskutabelt hvilket regelsett man tar subsumsjonen under. Likevel hevder han at klassifikasjonen ikke har materiell betydning ettersom ansvarsgrunnlagene i norsk rett i så liten grad er lovfestet.¹⁹ Erstatning etter det prekontraktuelle ansvar er som nevnt grenseland-preget. Simonsen påpeker at det vil kunne være aktuelt å ta i bruk mellomløsninger, med elementer både fra kontraktsretten og fra den alminnelige erstatningsretten.²⁰ Dette gjøres i Nucleus-dommen Rt. 2001 s. 1062.

Her viser førstvoterende til Simonsens drøftelser angående overgangsphenomenet, og nøyer seg med å si at ”anbudsretten har særdrag med element fra begge systema, og det er då ikkje grunn til å avgjere ansvarsspørsmålet ut i fra eit val mellom dei.” Denne diskusjonen rundt hvor ansvaret hører hjemme synes dermed ikke å by på de store utfordringene i praksis og har muligens ikke så stor betydning for resultatet. Likevel vil det i noen tilfeller kunne ha nokså stor betydning hvor man plasserer ansvaret, dette vil for eksempel gjelde for foreldelsesreglene som skiller skarpt mellom erstatning i og utenfor kontrakt.

¹⁵ Woxholth (2014) s. 159

¹⁶ Se Simonsen (1997) s. 359-361

¹⁷ Se Woxholth (2017) s. 87 og Woxholth (2014) s. 159

¹⁸ Lødrup (2009) s. 57

¹⁹ Hagstrøm (2011) s. 467

²⁰ Simonsen (1997) s. 359-361

Det er vanskelig å si noe generelt hvor det prekontraktuelle ansvar bør plasseres. Det rette må være å undersøke hver problemstilling separat og avgjøre spørsmålet om erstatning etter en helhetsvurdering der momenter fra både deliktsretten og kontraktsretten er relevante.

3 Kort om ansvarsgrunnlaget

Som vist ovenfor er det noe usikkert hvor det prekontraktuelle ansvar hører hjemme og det må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Det prekontraktuelle ansvaret er et erstatningsansvar. Erstatningsansvar er betinget av ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng både i deliktsretten og for kontraktsansvar.²¹ Selv om det prekontraktuelle ansvar ikke har noen historisk forankring i læren om culpa in contrahendo, har erstatning for prekontraktuell atferd sedvanlig vært forlent med culpa-konstruksjonen.²² Simonsen på sin side unngår fellestermen culpa in contrahendo og anvender kun “prekontraktuelt ansvar”. Selv om man går bort i fra denne termen er det fortsatt et krav om skyld under kontraktsforhandlingene for å kunne komme til ansvar.

Økonomiske disposisjoner i den prekontraktuelle fasen vil en normalt selv måtte ta konsekvensene av. Skal ansvaret veltes over på den annen part, må det derfor foreligge et særlig ansvarsfundament. Et slikt fundament utgjør den irregulære opptreden som en illojal og dermed culpøs atferd representerer. Som et alminnelig utgangspunkt fordres det derfor at skadevolder har opptrådt med skyld for at erstatningsansvar skal kunne ilegges.²³ I norsk rett gjelder et alminnelig culpaansvar som kommer til anvendelse dersom det ikke er hjemmel for strengere eller mildere ansvar.²⁴ Det er det ordinære aktsomhetskravet som kommer til anvendelse her. Det synes ikke grunnlag for å kreve kvalifisert skyld, dolus eller culpa lata.²⁵

At det kreves skyld fremkommer blant annet av Rt. 1998 s. 761 Kina-Hansen dommen: ”(D)et kreves en klanderverdig opptreden under kontraktsforhandlingene - illojalitet, uredelighet, forledelse eller liknende.”²⁶ Ser man på Høyesteretts argumentasjonsmåte trekkes illojalitet, uredelighet, forledelse eller liknende frem, altså ulike måter å bryte lojalitetsplikten på. Som vi ser brukes betegnelsen ”klanderverdig”, dette viser at det kreves skyld i form av en culpøs handlemåte. For å fastslå culpa må det for det første påvises overtredelse av en rettslig norm, såkalt rettsstridig eller urettmessig atferd. Den aktuelle rettslige normen vil her være den

²¹ Lødrup (2009) s. 55

²² Simonsen(1997) s. 155 og 741

²³ Simonsen (1997) s. 252

²⁴ Lødrup (2009) s. 51

²⁵ Simonsen (1997) s. 164

²⁶ Se dommens s. 772

alminnelige lojalitetsplikten, ettersom det er denne som ligger til grunn for ansvarsformen. Det avgjørende er dermed om *lojalitetsplikten* er brutt på en culpøs, klanderverdig måte.

4 Innholdet i lojalitetsplikten

Situasjonen ved prekontraktuelt ansvar kan beskrives slik: partene har satt seg i forbindelse med hverandre for å komme frem til en avtale, men kontraktsterskelen er ennå ikke overtrådt, hvorpå en av partene trekker seg fra forhandlingene.²⁷ I norsk rett er det enighet om at man som følge av dette kan bli erstatningsansvarlig på prekontraktuelt.²⁸ Hovedformålet med dette kapitlet er å vise at det er brudd på lojalitetsplikten som er det ansvarsbetingende forhold og redegjøre for innholdet i denne lojalitetsplikten. Jeg skal således se på hvor grensen går for hva som kan tillates i den prekontraktuelle fase.

4.1 Rettspraksis

Det er enighet i norsk teori og rettspraksis om at det foreligger en ulovfestet lojalitetsplikt i den prekontraktuelle fasen.²⁹ I dette delkapitlet skal jeg gå gjennom den rettspraksis som foreligger og forsøke å vise hva Høyesterett har lagt vekt på når det prekontraktuelle ansvar drøftes.

Høyesterett tok først opp temaet prekontraktuelt ansvar, på egen initiativ, i et obiter dictum i den såkalte Stiansen-dommen inntatt i Rt. 1992 s. 1110. Tvisten var her mellom OBOS og entreprenør Stiansen. Prisen var ikke avklart da de undertegnet avtalen, ettersom Stiansen skulle engasjere de nødvendige rådgivere, konsulenter og underentreprenører, for å så gi fast pris. Da Stiansen kom med pris på prosjektet hevet OBOS avtalen. Dette på grunnlag av at prisen var uakseptabel og uten mulighet for å bli godtatt av Husbanken. Høyesterett kom til at det ikke forelå noen bindende avtale hovedsakelig ettersom pris ikke var avklart. Domstolen uttalte videre at prisen vil være et av de viktigste momentene i en avtale, spesielt for OBOS som tar sikte på å skaffe medlemmene sine rimelige boliger. Dermed var saken tilsynelatende over, Stiansen vant ikke frem med sitt krav om at bindende avtale var inngått.

Likevel uttalte førstvoterende ”det jeg nå har sagt innebærer ikke at jeg mener OBOS sto helt fritt til å kunne avslå pristilbudet fra Stiansens side” Han peker så på at oktoberavtalen de hadde undertegnet måtte innebære en forutsetning om at OBOS ”lojalt” vurderte de pristilbud

²⁷ Simonsen (1997) s. 18

²⁸ Woxholth (2014) s. 162

²⁹ Se f.eks Simonsen (1997) s. 7, Woxholth (2014) s. 278, Hagstrøm (2011) s. 96

som Stiansen hadde fremsatt. Deretter kommer det frem at et brudd på disse forutsetningene ”kunne ha medført at OBOS ble erstatningsansvarlig ovenfor Stiansen...”³⁰

Førstvoterende tar her opp et prekontraktuelt ansvar uten at det er anført av partene. Høyesterett tar altså helt på eget initiativ opp et prekontraktuelt ansvar og sier at et slikt erstatningskrav er mulig. Videre trekkes lojalitet frem som det viktigste momentet, men dommen sier lite om hva som menes med at de lojalt skulle vurdert pristilbudet og hva som ligger i kravet om lojalitet. Førstvoterende uttaler at Stiansen har satt seg selv i en vanskelig posisjon ved at han startet byggingen før kontrakt var inngått. Stiansen hadde således noe skyld i tapene han har hatt, herunder en form for medvirkning. Vi ser dermed at skadelidtes egen opptreden vil kunne få konsekvenser for om erstatning skal bli tildelt.

Rt. 1995 s. 543 gjaldt et borettslag og et entreprenør selskap som hadde avtalt at entreprenørselskapet skulle utføre arbeid på en boligblokk. Høyesterett kom til at noen avtale ikke forelå og er kort innom det prekontraktuelle ansvaret. Førstvoterende peker på at man ikke alltid fritt kan trekke seg ut av forhandlingsforhold, men sier lite om lojalitetsplikten og hva som ligger i denne. Førstvoterende viser her til Stiansen-dommen og hvordan OBOS likevel kunne ha ”plikt til lojalt å vurdere de pristilbud som entreprenøren framsatte”

Det som likevel fremkommer av denne dommen er at forhandlingene må ha båret preg av en viss formalitet. ”Så uformelt og løst som dette har kommet til uttrykk her, viker jeg imidlertid tilbake for å legge til grunn at partene er bundet på en slik måte.” Her blir det vektlagt at avtalen var løs og uformell. Dette tilsier at det kreves noe mer enn helt løse utsagn om villighet til å inngå avtale. Det kan synes at det må oppstå en form for berettiget forventning om avtaleinngåelse hos skadelidte.

I Kina-Hansen dommen, Rt. 1998 s. 761 tar Høyesterett opp spørsmålet på ny, denne gangen er det et subsidiært krav fremsatt av Hansen. Her var det Hansen som gikk til sak mot banken. Hansen krevde erstatning ettersom bankens finansiering av et prosjekt ikke ble fulgt opp til fullfinansiering, men vant ikke frem. Banken hadde ikke bundet seg ved muntlige løfter eller

³⁰ Se dommens s. 1115

ved sin atferd ellers. Det subsidiære kravet som gjaldt erstatning på prekontraktuelt grunnlag ble deretter drøftet.

Førstvoterende peker på at det er uavklart i norsk rett hvilken rettslig norm dette hendelsesforløpet her skal vurderes opp mot, men utgangspunktet må være at “det kreves en klanderverdig opptreden under kontraktsforhandlingene - illojalitet, uredelighet og forledelse eller liknende.”³¹ Førstvoterende viser videre til at Simonsen i sin avhandling også drøfter urimelig eller usaklig avbruddsgrunn som et mulig ansvarsgrunnlag. Her nevnes illojalitet, uredelighet, forledelse som mulige måter å bryte lojalitetsplikten på. Som nevnt i kapitel 3, må den illojale, uredelige, eller forledende handlingen eller unnlatsen ha blitt utført på en klanderverdig og culpøs måte. Det fremkommer av dommen at det må foreligge en opptreden som avviker fra en forsvarlig handlemåte.

Også her ser vi at det er lojalitetsplikten som fremheves. De kom her til at erstatningsplikt ikke forelå og begrunnet dette blant annet med at bankens opptreden ikke kunne ”betegnes som illojal eller utilbørlig ovenfor Hansen”.³²

Det interessante med denne dommen er at de går mer inn på momenter av vurdering for om opptredenen var illojal på noen måte. Førstvoterende trekker frem at forholdet mellom partene er av betydning. Både når det gjelder styrkeforholdet, samt i hvilken grad de kan bebreides. Sistnevnte forhold ble også trukket frem av førstvoterende i Stiansen-dommen.

Videre trekkes frem at det var tale om en utpreget profesjonell part, her banken, men at også Hansen var en erfaren mann i næringslivet. Partenes styrkeforhold fikk derfor her mindre betydning. Førstvoterende peker på at opptredenen fra banken ikke kunne betegnes som illojal eller utilbørlig og at Hansen ikke hadde blitt forledet av banken til å satse penger. Dermed kommer domstolen til at det ikke foreligger ansvarsgrunnlag for banken.

Lojalitetsplikten og innholdet i den blir noe mer grundig gjennomgått i Rt. 2010 s. 1478. Saken gjaldt et garasjeleggsprosjekt hvor den ene deltakeren, Aadalen, sikret seg den aktuelle tomten til eget bruk for deretter å trekke seg fra prosjektet. Også her er det prekontraktuelle ansvar en subsidiær påstand. Førstvoterende kommer til at bindene avtale ikke foreligger og drøfter dermed det subsidiære kravet.

³¹ Se dommens s. 772

³² Se dommens s. 772

Førstvoterende trekker frem lojalitetsplikten og uttaler at ”det er i rettspraksis og teori lagt til grunn at den lojalitetsplikten som gjelder mellom partene i et kontraktsforhold, også kan komme inn før endelig avtale er inngått”. Han viser her til de dommer som er nevnt over, samt diverse teori.³³ Førstvoterende påpeker at “utgangspunktet må likevel være at det gjelder en stor grad av handlingsfrihet på forhandlingsstadiet, og at den alminnelige lojalitetsstandard gir uttrykk for en minimumsstandard”³⁴ Det som her fremkommer at en må avveie lojalitetsplikten som foreligger, med den store grad av handlingsfrihet vi har. Det prekontraktuelle ansvar må således ses på som et unntak fra denne handlingsfriheten. Dette tilsier at terskelen er høy, uten at det sies direkte.

I denne dommen går førstvoterende mer inn på hva som ligger i begrepet illojalt. Han påpeker at det i denne saken kan hevdes at ”atskillig trekker i retning av at det her forelå illojal opptreden”.³⁵ Det han her sikter til er at Aadalen gikk bak ryggen på de andre og skaffet seg tomten på egen hånd, og at dette var stikk i strid med de uttalelsene han hadde ovenfor de andre. Her hadde Aadalen sagt en ting og gjort noe annet, noe som samstemmer godt med Kina-Hansen dommens bruk av begrepet ”forledelse”. I dette tilfellet vil man kunne si at Aadalen hadde forledet de han var i forhandling med ved å skaffe seg tomten alene. Det trekkes også frem at partene har forhandlet en stund og kommet et stykke på vei mot realisering. Det synes dermed å være slik at det har betydning hvor langt en er kommet i forhandlingene. En nærliggende konklusjon er dermed at jo lenger man er kommet i forhandlingene, jo strengere er kravet til lojalitet, og desto lettere kan en pådra seg erstatningsansvar. Det har seg jo ofte slik at forventningen til binding normalt styrkes etter hvert som forhandlingene skrider frem.

Førstvoterende her trekker også frem partenes stilling som et moment av betydning. Det foreligger et skille mellom profesjonelle parter og private parter. Han peker på at forhandlinger mellom private parter typisk vil være mer ”uformelle”.³⁶ Også her trekkes det frem at det skal legges vekt om forhandlingene bærer preg av å være formelle. At det i denne sak var forhandlinger mellom private parter tilsier at terskelen ligger enda høyere, i motsetning til dersom begge partene hadde vært næringsdrivende. Førstvoterende uttaler

³³ Se dommens premiss 30

³⁴ Se dommens premiss 31

³⁵ Se dommens premiss 32

³⁶ Se dommens premiss 31

likevel at det her var adskillig som tydet på illojal opptreden, konkluderer aldri på dette punkt da kravet om naturaloppfyllelse uansett ikke kunne ført frem. Selv om denne dommen ikke fullfører drøftelsen, gir den likevel et inntrykk av hva som skal til for å karakterisere noe som illojalt. Samtidig som premissene trekker i retning av at det her forelå brudd på lojalitetsplikten.

Som vi ser er det klart at det er lojalitetsplikten som ligger til grunn for ansvaret. Det prekontraktuelle ansvar forutsetter at man har opptrådt på en måte som bryter med denne lojalitetsplikten, på en klanderverdig måte. Men hva som ligger i denne lojalitetsplikten sies det mindre om. Det drøftes konkret i hvert tilfelle. Det foreligger til nå ingen dom som idømmer erstatning på bakgrunn av det prekontraktuelle ansvaret. Dette kan som anført tidligere tilsi at terskelen er høy. Det samstemmer også med den norske tradisjonen for tilbakeholdenhet med å gi erstatning for rene formuestap, jf. for eksempel uttalelsen i Rt. 1991 s. 1335. ”Når det er tale om rene formuestap, kan det oppstå spørsmål om det overhodet er erstatningsrettslig vernet.”³⁷ Lojalitetsplikten må også, som nevnt, avveies mot handlingsfriheten som står sterkt i norsk rett. Dette tilsier at terskelen er høy.

Samtidig kan det ha betydning at ansvaret nesten utelukkende er oppe som en subsidiær påstand. Det er dermed sannsynlig at materialet som blir presentert for Høyesterett ikke er så utfyllende som det kunne vært dersom det var det prinsipale kravet. På den annen side, er ansvaret mer aktuelt jo nærmere man har kommet grensen for avtaleinngåelse. Det er dermed naturlig at første anførsel da blir at avtale er inngått. Terskelen for å konstatere culpa synes høy. Lojalitetsplikten i seg selv synes å tillate en del spillerom. Det kreves fortsatt kun alminnelig aktsomhet etter culpanormen, men det skal tilsynelatende mye til for å bryte lojalitetsplikten.

På tross av at ansvaret kun har vært oppe som en subsidiær påstand kan det i dag ikke være tvil om at et slikt ansvar eksisterer i norsk rett. Det synes også klart at ansvaret begrunnes i den ulovfestede lojalitetsplikten og det er den klanderverdige illojale opptreden som utløser kravet. Ut i fra dommene synes det slik at man må foreta en konkret helhetsvurdering basert på de fakta som foreligger i hvert enkelt tilfelle.

³⁷ Se dommens s. 1342

4.1.1 Underrettspraksis

Avgjørelser fra underordnede domstoler vil klart nok ikke ha samme vekt som Høyesterettsdommer og det har liten vekt for Høyesterett hvilket resultat en underordnet domstol har kommet til.³⁸ Likevel er det ikke tvil om at underrettspraksis er en legitim argumentkilde i rettslig argumentasjon³⁹ Da gjerne spesielt i tilfeller hvor det foreligger lite, eller ingen praksis fra Høyesterett.

Som sett ovenfor foreligger ingen Høyesterettsdom som har dømt på grunnlag av det prekontraktuelle ansvar. Fra Borgarting lagmannsrett derimot har man en sak hvor det ble idømt erstatning med sikte på å dekke tap parten hadde lidt, fordi han stolte på at det skulle komme i stand et avtaleforhold. Dette var tilfellet i LB 2003 s. 8482. Saken var her mellom Easy Park og Norbit AS. Easy Park ønsket å benytte ny teknologi, som var utviklet av selskapet Q-Free. Selskapet tok først kontakt med Q-Free, men det lyktes ikke å få til avtale. Easy Park kontaktet deretter Norbit AS. Det ble avholdt møte hvor det var enighet om at Norbit skulle utarbeide et tilbud på slik leveranse. Easy Parks hadde noen forbehold som Norbit aksepterte. I tiden som fulgte hadde partene flere telefonsamtaler. Norbit inngikk deretter kontrakt om leie av en konsulent og kjøpte også utstyr.

Styret besluttet etter en stund at prisen fra Norbit måtte vurderes opp mot hva andre leverandører ville ta for tilsvarende leveranse. I en god stund forsøkte Norbit forgjeves å komme i kontakt med Easy Park. Deretter mottok Norbit en telefax fra Easy Park der det ble meddelt at Easy Park hadde besluttet å inngå leveranseavtale med Q-Free.

Prinsipalt var spørsmålet om avtale om kjøp av teknisk utstyr var inngått, subsidiært prekontraktuelle ansvar. Lagmannsretten påpekte at de to var selvstendige grunnlag for samme erstatningskrav. Dermed mente lagmannsretten at det ikke var nødvendig å ta stilling til om det forelå bindende avtale, idet de fant at Easy Park måtte være ansvarlige for å dekke den negative kontraktsinteresse. I dommen uttales det at: ”ansvar kan bygges på illojal eller culpøs opptreden under kontraktsforhandlingsperioden dersom en annen part er blitt påført unødige utgifter.” Det ble her ansett illojalt av selskapet å ikke varsle selger tidligere dersom det var meningen at leveransen skulle gå til andre. Det ble her lagt vekt på at en unnlot å opplyse motparten om endret intensjon. Igjen ser vi at det er lojalitet som drøftes og her ble det som

³⁸ Mestad (2014) s. 14.

³⁹ Monsen (2012) s. 38

domstolen anså som klanderverdig illojal opptreden straffet med erstatningsansvar. Her var det altså unnløst ansvar.

4.1.2 Utenlandsk rettspraksis

Det er ikke uvanlig at man ser til domstoler fra andre land, spesielt til de andre skandinaviske land. Utenlandsk rett kan være en inspirasjonskilde ved den nærmere fastleggelsen av usikker norsk rett.⁴⁰ At utenlandsk rett har interesse fremkommer blant annet av LEGO-dommen, Rt. 1994 s. 1584 hvor førstvoterende uttalte ”...rettsavgjørelser fra andre land hvor rettsgrunnlaget er tilnærmet det samme som i Norge, har atskillig interesse”⁴¹

I motsetning til i Norge har man i Sverige dømt på grunnlag av denne ansvarsformen. Faktisk så tidlig som i 1963 kom den første dommen om ansvaret i Sverige, som også er den første i skandinavisk rett.

I NJA 1963 s. 105 – Colombia-dommen var saken mellom E og G. E drev virksomhet i Venezuela og flyttet til Colombia for å tiltre som daglig leder i et colombiansk selskap. Ansettelsen ble ikke godkjent av generalforsamlingen og etter Colombiansk rett var godkjennelse nødvendig. G som var en av hovedaksjonærene og hadde vært i forhandlingen med E, var sterkt i tvil om generalforsamlingen ville godkjenne ansettelsen, men ba likevel E flytte til Colombia for å tiltre stillingen. Högsta Domstolen (HD) kom til at G hadde villedet E. Dermed fikk han sine utgifter dekket. Her kan man si at det var mangel på informasjon som utløste ansvar. Her ble det ikke gitt informasjon om noe som hadde stor og direkte betydning for om avtale ville komme i stand. Etter denne dommen synes HD å legge til grunn at man har en informasjonsplikt i den prekontraktuelle fasen, og brudd på denne vil kunne være klanderverdig/illojalt.

NJA 1990 s. 745 Super V-pumpen saken gjaldt retten til eneforhandling av en vakuumpumpe. Avtalen gikk ut på at firmaet SMR hadde til årets utgang å beslutte om de skulle kjøpe rettighetene, gjennom en lisensavtale. Firmaet inngikk avtale med B.L om at han skulle markedsføre og selge pumpen i opsjonsperioden. Firmaet inngikk etter en stund lisensavtalen, men besluttet at eneforhandlingsretten ikke skulle overlates til B.L. Dette på grunn av dårlige salgsresultater. Beslutning ble tatt februar, men han fikk beskjed om dette før mars. Prinsipalt

⁴⁰ Mestad (2014) s. 19

⁴¹ Se dommens s. 1587

hevdet B.L at det forelå bindende avtale, subsidiært gjorde han gjeldene et prekontraktuelt ansvar. HD la vekt på at forhandlingene var kommet så langt at firmaet hadde ansvar for å ta hensyn til B.Ls interesser: ”Det får derfor anses att det vid denna tid hade uppkommit viss förpliktelse för bolaget att ta hänsyn till B.L:s intressen.”

HD kom til at det var illojalt av firmaet å ikke underrette B.L om at eneforhandlingsretten ikke skulle overlates til han før mars. De hadde således brutt lojalitetsplikten, men ettersom B.L ikke hadde noen utgifter i den aktuelle perioden, ble det ingen erstatningsansvar. Likevel fremkommer det at en må ivareta motpartens interesser og når ønsket om å inngå kontrakt faller bort oppstår en opplysningsplikt ovenfor motparten.

EU-domstolen har slått fast at unionen selv kan bli ansvarlig på prekontraktuelt grunnlag. En sak hvor dette ble tilfellet er Case T-271/04 - Citymo v Commission.

Saksøkeren var her et belgisk aksjeselskap som drev med fast eiendom. I begynnelsen av 2003 innledet Parlamentet forhandlinger med saksøkeren om leie av deres City Centers bygning. Senere meddelte Parlamentet imidlertid at det hadde besluttet å ikke leie eiendommen, men opplyste samtidig at Kommisjonen ønsket å fortsette forhandlingene på egne vegne. Etter flere møter valgte Kommisjonen å trekke seg fra forhandlingene, uten å opplyse til aksjeselskapet om beslutningen før to måneder senere. Aksjeselskapet hevdet prinsipalt at avtale var bindende inngått. Subsidiært krevde de at unionen måtte bli ansvarlig på prekontraktuelt grunnlag. De fikk medhold i at de tapte utgifter oppstod ettersom Kommisjonen ikke underrettet dem om sin beslutning. Som følge av kommisjonen ikke opplyste om sin beslutning mistet aksjeselskapet mulighet til å leie ut eiendommen til tredjemann i to måneder.

Det subsidiære kravet til saksøkeren var formulert slik:

”... the Commission committed an act of *non-contractual negligence* by breaking off the negotiations. It claims in that regard that the defendant acted in *bad faith* by disappointing Citymo's *legitimate expectations* acquired during the contract negotiations and by *leading it to believe* that the contract would be concluded, but then withdrawing from it and *failing to act in good faith by informing the applicant of its changed intentions.*” (Min utheving)

Som vi ser her trekker saksøker frem at de hadde en berettiget forventning om at avtale skulle finne sted. Det hevdes at Kommisjonen under forhandlingene har forledet dem til å tro at avtale skulle signeres for så å trekke seg uten å ha fortalt om deres endrede intensjoner.

Domstolen fremhever følgende vilkår for ansvar:

”the institutions’ conduct must be unlawful, actual damage must have been suffered and there must be a causal link between the conduct and the damage pleaded”

Institusjonens handling må være ulovlig, det må ha forekommet skade og det må foreligge årsakssammenheng mellom den ulovlige handlingen og skaden. Disse vilkårene fremkommer av Case 26/81 *Oleifici Mediterranei v EEC* [1982] se 3057, premiss 16; Case T-175/94 *International Procurement Services v Commission* [1996] se II-729, premiss 44; Case T-336/94 *Efisol v Commission* [1996] se II-1343, premiss 30; and Case T-267/94 *Oleifici Italiani v Commission* [1997] se II-1239, premiss 20.⁴²

I dommen medførte det at Kommisjonen ikke opplyste om sin intensjon til å trekke seg fra forhandlingene erstatningsplikt. Ettersom det var årsakssammenheng mellom tapet som oppstod og denne unnlåtelsen ble det erstatningsansvar. Dette har mange likheter med den tidligere omtalte lagmannsrettsdommen, samt Super V-pumpen dommen, hvor det også var unnlåtelse, mangel på opplysning, som medførte ansvar. Domstolen synes også her å mene at unnlåtelse av å opplyse motparten om endrede intensjoner er brudd på lojalitetsplikten. Ser vi på saksøkers krav ser vi at de nevner at forhandlingene ikke ble gjort på en redelig måte. Det at de ikke ble underrettet med gang var uredelig, i tillegg mente de at forhandlingsavbruddet stred med deres berettigede forventning. Typisk vil jo lojalitet nettopp være å ta hensyn til motpartenes interesser og opptre redelig.⁴³ Som i norsk rett synes det å være culpøse brudd på lojalitetsplikten som utløser ansvar, både i Sverige og i EU-domstolen. I tillegg ser vi likhetstrekk hva gjelder innholdet i denne lojalitetsplikten.

4.2 Juridisk teori

Hovedverket om det prekontraktuelle ansvar er Simonsens doktoravhandling av 1997. Det er denne avhandlingen Høyesterett viser mye til, det samme gjelder pensumbøkene som tar opp temaet. Simonsen trekker frem lojalitetsplikten som bakgrunnen for ansvaret. Når man tar

⁴² Se dommen premiss 86

⁴³ Gisle (2007) s. 196

sikte på å komme til enighet, inngår forhandlinger, oppstår en forventning om ”lojal og redelig atferd...”⁴⁴. Lojalitetsplikten har først og fremst grunnlag i partenes forventninger.⁴⁵ Når personer samhandler med sikte på å inngå en kontrakt, stilles det strengere krav til lojal opptreden enn det som generelt gjelder i mellommenneskelige forhold. Opplysningsplikten vil strekke seg lenger innenfor de prekontraktuelle relasjoner enn utenfor.⁴⁶ Det er altså opptredenen i den prekontraktuelle fasen som avgjør om man kan bli erstatningspliktig eller ikke. Simonsen peker på at det sentrale ved lojalitetsplikten i den prekontraktuelle fasen er at den er rotfestet i partenes forventninger om en adferd som i rimelig grad reflekterer ønsket om kontraktsslutning.⁴⁷

Woxholth peker på at det prekontraktuelle ansvaret fungerer som en ”sikkerhetsventil” og mener på sin side at de beste grunner taler for å operere med en slik sikkerhetsventil.⁴⁸ Også han peker på den lojale adferden og viser til det kontraktsrettslige lojalitetsprinsippet.⁴⁹ Videre hevder han at det prekontraktuelle ansvaret er i samsvar med reelle hensyn. Han trekker frem at dersom det skulle gjelde en regel som opererte med erstatning der avtale inngås og misligholdes, men ikke der det erstatningsbetingede forhold blir oppdaget før avtale inngås, vil fremstå som ubegrunnet og tilfeldig.⁵⁰

Når det gjelder hva som skal til for å bryte denne lojalitetsplikten trekker Simonsen, i sin avhandling, frem 5 ulike tillitstemaer.

Pålitelighetskravet:

Aktørene må kunne stole på at det gis sannferdig informasjon. Man må her kunne stille krav om at informasjonen må være fremlagt på en måte som gjør at skadelidte stoler på den. Typisk at den fremstår som sikker og at den har vært motiverende for skadelidtes handlinger.⁵¹ Ser man på dommene som er gjennomgått over synes Rt. 2010 s. 1478 å egne seg som eksempel. Aadalen fortalte ikke sannferdig informasjon, men villedet de andre til tro han skulle være med i prosjektet for så å skaffe seg tomten på egenhånd.

⁴⁴ Simonsen (1997) s. 6

⁴⁵ Simonsen (1997) s. 7

⁴⁶ Simonsen (1997) s. 18

⁴⁷ Simonsen (1997) s. 41

⁴⁸ Woxholth (2014) s. 158

⁴⁹ Woxholth (2014) s. 162

⁵⁰ Woxholth (2017) s. 86

⁵¹ Simonsen (1997) s. 183

Opplysningsplikten:

At det foreligger en reell mulighet for kontraktsslutning. Dersom intensjonen endres underveis, slik at kontraheringsmuligheten forsvinner, oppstår en opplysningsplikt. Det kan skje i form av interne forhold, hvor en part ikke lenger ønsker avtale. Dette så vi eksempler på over både i Super V-Pumpen dommen, LB-2003-8482, samt Case T-271/04. Videre gjelder dette de tilfeller der en part aldri har hatt seriøse intensjoner.⁵² Det kan også oppstå motvilje i beslutningsorganene, som den annen part ikke kjenner til⁵³. Opplysningsplikten kommer også inn dersom det foreligger omstendigheter som gjør at det er en reell mulighet for at avtale ikke vil bli inngått. Colombia-dommen synes her å tjene som eksempel til de to sistnevnte. G opplyste ikke E om at det var en reell mulighet for at kontraktsslutning ikke ville gjennomføres, ettersom det forelå motvilje i beslutningsorganet. Mangel på opplysninger om dette medførte her erstatningsplikt for G.

Medvirkningsplikten:

At motparten i rimelig grad medvirker til å nå den felles målsetning. Denne plikten innebærer først og fremst at partene skal gi forsøket en sjanse.⁵⁴ Her kan Stiansen-dommen tjene som et eksempel.

”Oktoberavtalen må innebære en forutsetning om at OBOS lojalt vurderer de pristilbud som Stiansens fremsetter, og eventuelt gjennom forhandlinger *medvirker* til en løsning av uløste spørsmål.”⁵⁵

I dette tilfellet forelå en såkalt intensjonsavtale, men Simonsen hevder at en slik medvirkningsplikt uansett vil kunne utledes av det alminnelige lojalitetskravet.⁵⁶ Desto mer ressurser som brukes under forhandlingene, desto større vil forventningen om en lojal og saklig opptreden være.⁵⁷

⁵² Simonsen (1997) s. 195, se også Hagstrøm (2011) s. 96

⁵³ Simonsen (1997) s. 197

⁵⁴ Simonsen (1997) s. 207

⁵⁵ Se dommens s. 1115 (Min utheving)

⁵⁶ Simonsen (1997) s. 207

⁵⁷ Simonsen (1997) s. 208

Saklighetskravet:

At avgjørelsen av kontraheringsspørsmålet bestemmes ut fra forretningsmessige og saklige motiver.⁵⁸ At urimelig eller usaklig avbruddsgrunn kan være et mulig ansvar grunnlag nevnes i Kina-Hansen dommen.⁵⁹

Taushetsplikten:

Normalt vil det være til stede en forventningen om diskresjon.⁶⁰ Under forhandlinger i den prekontraktuelle fase vil ofte partene gi hverandre informasjon som man ellers vil holde skjult for omverden.⁶¹ Situasjoner der forhandlinger tenkes igangsatt for å få tilgang til sensitiv informasjon hos den annen vil også kunne rammes av ansvaret.⁶²

Disse vil naturlig nok kun være eksempler på hva som kan føre til brudd på denne lojalitetsplikten. En uttømmende liste vil klart nok ikke være mulig.

Forankringen av lojalitetsstandarder i partsforventningene gjør den elastisk og konkret. Omstendighetene i hver enkelt sak vil kunne få betydning. En rekke momenter spiller inn når grensen for partenes manøvreringsfrihet skal fastlegges. Hvilket stadium i kontraheringsprosessen man befinner seg i, ressursbruken til partene og hva slags signaler som er gitt underveis, er forhold av betydning. Den alminnelig lojalitetsstandard gir i utpreget grad uttrykk for en minimumsstandard.⁶³

Hvor grensen skal trekkes må vurderes konkret.⁶⁴ Videre må det oppstilles et vilkår om at skadevolderen burde innsett at handlingene eller mangel på dem, kunne føre til at den annen part ble påført et tap.⁶⁵

Woxholth peker på at det tvilsomme spørsmålet er nivået for partenes gjensidige lojalitetsplikter i den prekontraktuelle fasen. Utgangspunktet er at ansvaret baseres på en vurdering av de forretningsetiske retningslinjer og prinsipper som kan sies å gjelde for

⁵⁸ Simonsen (1997) s. 7

⁵⁹ Se dommens s. 772.

⁶⁰ Simonsen (1997) s. 7

⁶¹ Simonsen (1997) s. 184

⁶² Hagstrøm (2011) s. 97

⁶³ Simonsen (1997) s. 7

⁶⁴ Woxholth (2017) s. 87

⁶⁵ Woxholth (2017) s. 88

kommersielle forhandlinger av den typen det gjelder.⁶⁶ Man må dermed vurdere hvert tilfelle konkret og se på hva som er normen innenfor det konkrete feltet.

4.3 Internasjonale kilder

I det internasjonale miljøet ser man også at lojalitet blir trukket frem i forhandlingssituasjoner. Internasjonale rettskilder vil i noen tilfeller fungere som støttemoment der hvor vår nasjonale rett er uklar, eller som er tilfellet hos oss hvor domsmaterialet indikerer at det eksisterer et prinsipp av et bestemt innhold, men materialet gjerne ikke er tilstrekkelig klart eller entydig.⁶⁷ Der hvor norsk internrett er usikker kan en harmonisering med en internasjonal regel være å foretrekke. Det synes å være et ønske om å harmonisere norsk rett med internasjonal kontraktsrett.⁶⁸

Norge er medlem av UNIDROIT - International Institute for the Unification of Private Law. UNIDROIT er en internasjonal organisasjon som har som formål å arbeide for harmonisering og koordinere privatrettslige regler i forskjellige stater.⁶⁹ De er med andre ord internasjonale kontraktsrettslige prinsipper. Selv om det ikke har vært meningen at disse skal gi grunnlag for en konvensjon som binder opp statens lovgivningsmyndighet, har avtalepartene mulighet til å henvise til Principles i sine avtaler. Slik vil Principles få rettsvirkninger som partsvedtatte regler. Videre har tanken vært at rettsanvenderne – her domstolene – skal kunne bygge på dem som et støtteargument der gjeldene intern rett er uklar.⁷⁰ Dens kvalitet og legitimitet, som følger av å være et dokument vedtatt av medlemslandene, tilsier at den bør tillegges vekt.⁷¹

UNIDROITs artikkel 2.1.15 omhandler ”negotiations in bad faith” og lyder som følger:

- ”(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
- (2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.
- (3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.”

⁶⁶ Woxholth (2014) s. 162

⁶⁷ Hagstrøm (2011) s. 68

⁶⁸ Hagstrøm (2011) s. 67

⁶⁹ Gisle (2007) s. 157

⁷⁰ Woxholth (2014) s. 46

⁷¹ Hagstrøm (2011) s. 67

Her ser man at denne artikkelen langt på vei samstemmer med norsk rett. Utgangspunktet er at man står fritt til å trekke seg fra forhandlinger uten at det skal føre til ansvar. Likevel vil man etter annet ledd kunne pådra seg ansvar for tap motparten har pådratt seg dersom man forhandler, eller bryter forhandlingene i det som her kalles ”bad faith”. Som i norsk rett er det dermed klanderverdig illojal opptreden som rammes.

Ser man på tredje ledd ser man et eksempel på hva som kan stemples som illojalt. Her fremkommer det at å gå inn i en forhandling, eller fortsette en forhandling når man vet at de ikke vil føre frem, vil rammes av denne bestemmelsen.

Kommentaren til UNIDROITs artikkel 2.1.15 annet ledd trekker frem at:

”A party’s right freely to enter into negotiations and to decide on the terms to be negotiated is, however, not unlimited, and must not conflict with the principle of good faith and fair dealing laid down in Article 1.7”

Handlingsfriheten på forhandlingsstadiet må altså avveies mot den lojalitetsplikten som foreligger. Tilsynelatende akkurat slik det er i norsk rett. Videre hitsettes det at:

”Other instances are where one party has *deliberately or by negligence misled the other party* as to the nature or terms of the proposed contract, either by actually misrepresenting facts, or by not disclosing facts which, given the nature of the parties and/or the contract, *should have been disclosed.*” (Min utheving)

Her ser man at man har en opplysningsplikt, som går ut på at en sannferdig må opplyse om omstendigheter som er av betydning. En tilsvarende regulering som i UNIDROITs art. 2.1.15 finner man i PECL artikkel 2:301: Negotiations Contrary to Good Faith. Samt DCFR artikkel II. – 3:301, gir også uttrykk for det samme som PECLs artikkel 2:301 og UNIDROITs 2.1.15.

Commission on European Contract Law også kalt ”Lando-kommisjonen” har utviklet et sett med retningslinjer – Principles of European Contract Law, forkortet PECL. Disse er i likhet med UNIDROIT ikke bindende regler, men anbefalinger. Også disse kan partene henviser til eller nasjonale domstoler kan bruke dem som støttemoment der nasjonal rett ikke gir en sikker

løsning. PECL har også som siktemål å regulere nasjonale kontrakter og tar også sikte på å omfatte forbrukeravtaler.⁷²

Hva gjelder DCFR: Draft Common Frame of Reference begynte EU arbeidet med harmonisering av kontraktsretten i 2001, sterkt påvirket av PECL. Flere arbeidsgrupper ble dannet i regi av EU siden 2001, og arbeidet munnet først ut i den så kalte akademiske Draft Common Frame of Reference (DCFR), som var ment som forslag for en samling av felles definisjoner, prinsipper og regler, først og fremst til bruk for lovgiverne.⁷³

Mens UNIDROIT og PECL retter seg mot aktørene i markedet, retter DCFR seg særlig mot beslutningstakerne i EU.⁷⁴ DCFR kan sies å være et ledd i en videreføring av arbeidet til Lando-kommisjonen. DCFR er et fellesverk mellom Study Group on European Civil Code og Research Group on EC Private Law.⁷⁵ Både PECL og DCFR er sterkt inspirert av den kontinentale tradisjonen med utstrakt lojalitetsplikt og klare innslag av rimelighet ved så vel tolkning som anvendelse av misligholdsbeføyelser⁷⁶ Anbefalinger som kommer frem her, forventes å bli iaktatt av EU, styremaktene i de enkelte europeiske land, samt de kommersielle interesser som driver europeisk handel.⁷⁷

Det synes dermed å være samsvar mellom norsk rett og de internasjonale kildene vi har sett på. Iallfall på øverste regelnivået, som dreier seg om regelformulering. Faktisk kan en si at disse internasjonale kildene var med på styrke de indikasjonene som kom frem av dommene vi har sett over. Sett i sammenheng med disse, kunne man sammenfatte prinsippet om at forhandlingsfriheten har sine grenser.⁷⁸ Som vi ser har lojalitetsplikten også en viktig rolle i internasjonale kontraktsforhandlinger.

4.4 Avslutning

Når det gjelder det prekontraktuelle ansvaret, er det enighet både i rettspraksis og teori om at det foreligger en lojalitetsplikt og at det er brudd på *denne* som kan medføre ansvar. Hva som skal til for å bryte denne ulovfestede lojalitetsplikten er ikke like klart. Det som derimot

⁷² Woxholth (2014) s. 46 og 47

⁷³ Moss (2012) s. 1-2

⁷⁴ Hagstrøm (2011) s. 63

⁷⁵ Woxholth (2014) s. 47

⁷⁶ Moss (2012) s. 1-2

⁷⁷ Woxholth (2014) s. 47

⁷⁸ Se Hagstrøm (2011) s. 68

fremkommer er at man må se på hvert enkelt tilfelle spesifikt og vurdere ut i fra de konkrete fakta i hver sak. Det er således ikke mulig å trekke opp noen form for klar grense for hva som er tillatt i den prekontraktuelle fase. Hva som er illojalt i en sak, vil ikke nødvendigvis være illojalt i en annen. Likevel er det noen momenter som går igjen i de ulike rettskildene, slik som partenes stilling, hvor langt forhandlingene er kommet, partenes forventning og skadelidtes medvirkning.

Selv om man enda ikke har en rettsavgjørelse her i Norge som idømmer etter denne ansvarsformen er det klart at klanderverdig illojal opptreden i den prekontraktuelle fasen vil kunne føre til erstatningsansvar. Etter min oppfatning er det på sin plass med et prekontraktuelt ansvar i norsk rett. Jeg må si meg enig i Woxholth beskrivelse av dette som et sikkerhetsnett. Ansvarer skal ikke ødelegge for avtalefriheten vi har her i Norge, men som vi har sett synes terskelen for å konstatere brudd på lojalitetsplikten å være høy, noe som synes å være begrunnet nettopp i dette hensynet. Det å straffe noen for illojal opptreden, synes for min del rett og rimelig. Ser man det fra andre siden, synes det rett og rimelig at en person som har blitt lurt, villedet og dermed blitt påført et tap, skal kompenseres for dette tapet. Ettersom det er klanderverdig illojal opptreden som rammes, og ikke er slik at enhver som trekker seg fra forhandlingene straffes, ser jeg heller ingen grunn til å frykte at ansvaret vil gjøre at noen kvier seg fra å inngå forhandlinger. Det er fortsatt fullt mulig å trekke seg fra forhandlinger, så lenge det gjøres på en redelig måte.

5 Omfanget av ansvaret:

Andre delen av problemstilling dreier seg om hvor langt ansvaret rekker, herunder dets omfang. Det legges da til grunn at det foreligger en klanderverdig illojal opptreden, slik at kravet om ansvar grunnlag er oppfylt. Både i den delikts- og i kontraktserstatningsretten er det krav om årsakssammenheng, adekvans og er økonomisk tap. Hvilke tapsposter som kan kreves erstattet, beror på årsaksvurderinger, slik at det kun er tapet som står i faktisk og rettslig årsakssammenheng med den ansvarsbetingende handlingen som kan kreves erstattet. Årsakskravet trekker rammen for de følger som skal erstattes etter en ansvarshendelse.⁷⁹ I norsk rettspraksis tar drøftelsen av det erstatningsrettslige årsakskravet utgangspunkt i betingelseslæren: A er årsak til tapet dersom A er en nødvendig betingelse for tapets inntreden.⁸⁰

Spørsmålet er etter hvilke kriterier ansvaret skal avgrenses. Det har i erstatningsretten typisk blitt formulert slik at bare adekvate følger av den skadevoldende handlingen eller unnlåtelsen utløser ansvar for skadevolder. Følger av en handling eller unnlåtelse som er upåregnelige skal holdes utenfor erstatningsansvarets rammer. Denne vurderingen blir nødvendigvis skjønnsmessig hvor også rimelighetsbetraktninger kan trekkes inn, og hvor skyldgraden og skadens omfang er blant vurderingstemaene. Det må med andre ord være en viss nærhet mellom handling, eller unnlåtelsen og tapet som har oppstått.⁸¹

Følgende eksempel kan tjene som illustrasjon: To aktører A og B møtes for å forhandle frem en kontrakt. A og B har tidligere inngått lignende avtaler og A regner med å få også denne kontrakten i orden. De forhandler om pris, mengde, tidsskjema osv. B er også i forhandlinger med C og har allerede besluttet at det er C som kommer til å få kontrakten. B unnlater å opplyse A om dette og fortsetter forhandlingene, selv om han vet de ikke vil føre frem. B synes her å bryte det tillitstemaet Simonsen beskriver som opplysningsplikt. Han utviser en klanderverdig opptreden som bærer preg av illojalitet og forledelse.

Gitt at vi i denne saken da kommer til at B blir erstatningsansvarlig, blir neste spørsmål hva A har krav på. Det er dette jeg vil forsøke å se nærmere på. Kan A rett få erstattet utgifter i forbindelse med forhandlingen? La oss si at A, som holder til i Tromsø, har reist til Oslo for å

⁷⁹ Lødrup (2009) s. 52

⁸⁰ Lødrup (2009) s. 329

⁸¹ Lødrup og Asland (2013) s. 98

forhandle, kan A få dekket utgifter til fly, hotell osv? Hva hvis A takket nei til kontrakt med en tredjemann, ettersom han regnet med å få denne med B, kan dette tapet dekkes? La oss ta det enda lenger å si at A hadde tjent 5 millioner kroner på kontrakten med B, kan dette tap dekkes? Og kan A kreve at kontrakten inngås?

5.1 Den negativ kontraktsinteresse

Kravet om årsakssammenheng blir i kontraktserstatningsretten gjerne konsentrert om sondringen mellom den positive og den negative kontraktsinteresse.⁸² Som nevnt, og som vi nå skal se er det den negative kontraktsinteresse som først og fremst er aktuell ved det prekontraktuelle ansvar. Den negative kontraktsinteresse omfatter forhandlingsutgifter, slutningsutgifter, oppfyllelsesutgifter og disponeringstap.⁸³

5.1.1 Rettspraksis

Når det gjelder høyesterettspraksis på dette området er det ikke mye å ta av, i noen dommer berører ikke Høyesterett problemstillingen om omfanget i det hele tatt. Når de gjør det er det for det meste korte og forholdsvis uklare uttalelser. Dette har nok sammenheng med at man enda ikke har kommet til ansvar på det prekontraktuelle grunnlag i norsk Høyesterett. Dermed har de heller ikke nøye drøftet hvilke tapsposter som er aktuelle.

I Stiansen-dommen trekker førstvoterende frem at OBOS kan bli erstatningsansvarlig for “tapte omkostninger til prosjektering m.v.”⁸⁴ Med andre ord utgifter som er pådratt i forbindelse med forhandlingene. Dette er alt som sies om omfanget av ansvaret i denne dommen. Det vi kan ta med oss fra denne dommen er likevel at hvilke tapsposter som er aktuelle kan avhenge av opptreden til skadelidte selv. Som nevnt over hadde Stiansen her satt seg selv i en vanskelig posisjon ved han at påbegynte arbeidet, før avtale var endelig inngått. Dette tapet hadde således ikke adekvat årsakssammenheng med handlingen, eller unnlåtelsen til OBOS, ettersom Stiansen selv måtte være noe skyld i tapet som oppstod.

⁸² Hagstrøm (2011) s. 539

⁸³ Hagstrøm (2011) s. 540-541

⁸⁴ Se dommens s. 1115

Selv om Høyesteretts uttalelser er kortfattet angående omfanget av ansvaret, er det kommet tydelig frem at det er den negative kontraktsinteresse som er vernet.

Rt. 1995 s. 543 viser kort til Stiansen-dommen og trekker frem det samme synspunktet, nemlig at en kan bli erstatningsansvarlig for tapte omkostninger og legger til ”og annet etter synspunktene om negativ kontraktsinteresse”.

I Kina-Hansen dommen uttales følgende:

”Min konkursjon er etter dette at det heller ikke for den negative kontraktsinteressen foreligger ansvarsgrunnlag for banken. Jeg går da ikke inn på de øvrige erstatningsvilkår eller tapsberegningen”⁸⁵

Som vi nå har sett er det ikke mye utfyllende uttalelser fra Høyesteretts side om omfanget av det prekontraktuelle ansvaret. Det som går igjen er at det er den negative kontraktsinteresse som er akutell, uten at det sies noe særlig om hva dette innebærer. Typisk vil den negative kontraktsinteresse omfatte utgifter skadelidte har pådratt seg som følge av forhandlingene. Typisk tapte omkostninger til prosjektering. I eksempelet over synes dermed A å kunne få dekket utgiftene han har hatt under forhandlingene. Flybillettene og hotell i vårt tilfelle. A synes ikke å ha krav på at kontrakten skal inngås, eller det han tjent på kontrakten, da dette ikke omfattes av den negative kontraktsinteresse.

Som nevnt kom lagmannsretten i RG. 2005 s. 1103 til at erstatningsansvar forelå på bakgrunn av prekontraktuell ansvar. Angående omfanget uttalte førstvoterende følgende:

”Det kan bemerkes at det heller ikke dreier seg om utgifter som normalt inngår under begrepet prekontraktuell ansvar så som utgifter til kontraktsforhandlinger og lignende, men det dreier seg om *utgifter forbundet med selve oppfyllelsen av leveransen.*”(Min utheving)

Ifølge lagmannsretten er det normalt utgifter til kontraktsforhandlinger som dekkes, men her mener de altså at også utgifter som er forbundet med selve oppfyllelsen kan dekkes. Såkalt

⁸⁵ Se dommens s. 773

oppfyllelsesutgifter. Dommerne synes her å hevde at en vil kunne få erstattet det tap en part har hatt fordi han har stolt på at avtale skulle komme i stand. Slik at utgifter som oppstår som følge av dette vil bli dekket, da disse har årsakssammenheng med skadevolders handling.

Videre hitsettes det at:

” Det må uansett anses illojalt ikke tidligere å varsle uttrykkelig Norbit, hvis planen var at leveransen skulle gå til andre. De kostnader som i den forbindelse er påløpt for Norbit må derfor dekkes av Easy Park”.

Det var her for sen varsling som førte til erstatningsplikt. Dermed måtte de erstatte kostnadene som Norbit hadde som følge av dette. Her ble det derimot ikke erstatningsplikt for utgifter til kontraktsforhandlinger. Dette fordi det illojale forhold ikke knyttet seg til selve forhandlingene, eller avgjørelsen om å ikke inngå avtale med Norbit, men til det faktum at Easy Park ikke opplyste Norbit da avgjørelsen ble tatt. Avslutningsvis fremkommer det at:

“Etter lagmannsrettens syn må omkostningene til utarbeidelse av tilbud og det som står i forbindelse med det dekkes av Norbit selv. Videre må utgifter påløpt etter at Norbit i mai var blitt kjent med at en annen leverandør var blitt valgt, bli å dekke av Norbit selv.”

Når opplysningen er kommet frem, ser vi at det er Norbit selv som må bære utgiftene de pådrar seg. Sistnevnte har likheter med Stiansen-dommen hvor skadelidte satte seg selv i en vanskelig posisjon og dermed måtte ta konsekvensene. Her blir altså utgiftene som kommer etter at Norbit var blitt kjent med forholdet, ikke regnet med.

Etter denne rettsavgjørelsen synes A å kunne få dekket utgiftene til flybillettene og hotell ettersom dette er utgifter som oppstod i forbindelse med kontraktsforhandlingene. Videre åpner dette for at A kan få dekket andre utgifter, dersom det tapet kan knyttes til at A har stolt på at avtale skulle komme i stand. Det kan synes at det som skal vernes er skadelidtes berettigede forventning.

5.1.2 Utenlandsk rettspraksis

Som vi så i NJA 1963 s. 105 fikk svensken E dekket utgiftene han hadde i forbindelse med flyttingen til Colombia. Det økonomiske tapet han fikk erstattet var utgiftene han hadde hatt, reise og flyttekostnader. Det ble her lagt vekt på at G både oppfordret han til å flytte, samt at

han unnlot å opplyse om at generalforsamlingen måtte godkjenne. Det var således årsakssammenheng mellom utgiftene til E og handlingen/unnlåtelsen til G. I lavere instans ville de også gi erstatning for lønn som han ville hatt krav på dersom han hadde fått jobben som daglig leder. Dette går HD bort fra og han fikk altså kun erstattet det tapet han hadde hatt, de utgiftene han hadde, ikke for lønnen han kunne fått.

I den ovenfor nevnte dommen fra EU-domstolen, Case T-271/04 - Citymo v Commission, fastslo domstolen at en mistet mulighet kan utgjøre et tap, som kan erstattes. Det fremheves at dette er slått fast i dom av 27.10.1994, Case T-47/93, C v Commission, se I-A, s. 233, og II, s. 743, premiss 54.⁸⁶ Aksjeselskapet fikk her dekket det tapet de hadde, som var manglende utleie for to måneder. Domstolen kom som nevnt til at det var klanderverdig av Kommisjonen å ikke opplyse om at de ville trekke seg ut av forhandlingene. Dermed gikk selskapet glipp av muligheten til leieinntekter i to måneder. Ettersom dette var et økonomisk tap og det var adekvat årsakssammenheng mellom kommisjonens unnlåtelse og tapet ble det erstatningsansvar.

Etter dette vil A også kunne få dekket tapet han har hatt i forbindelse med kontrakten med tredjemann.

5.1.3 Juridisk teori

Simonsen deler tapsutmålingen i to, prekontraktuelle utgifter og kontraktsrelaterte utgifter. Skadelidte kan for det første ha blitt påført utgifter han ellers ikke ville hatt. Dette vil være prekontraktuelle utgifter. Eller skadelidte har gått glipp av fortjenestemuligheter. Dette vil være kontraktsrelaterte utgifter.⁸⁷

Simonsen mener en bør få kompensasjon “for bruk av *egen tid og egne krefter*” og at dette skal kunne kreves dekket på lik linje med andre kostnader.⁸⁸ Med dette menes at skadelidte forgjeves har benyttet sin arbeidskraft.⁸⁹ I prinsippet kan jeg være enig i dette, man har forgjeves arbeidet med noe man ikke får uttelling av, som følge av klanderverdig illojal opptreden fra motparten. Rent praktisk synes dette derimot svært vanskelig. Hvordan vil en

⁸⁶ Se dommens premiss 176

⁸⁷ Simonsen (1997) s. 338

⁸⁸ Simonsen (1997) s. 339

⁸⁹ Simonsen (1997) s. 340

slik utmåling bli? Skal man regne ut en ”lønn” for arbeidet som har blitt gjennomført? Skal man da ta utgangspunkt i den lønnen skadelidte har eller skal det bære mer preg av å være en symbolsk kompensasjon fra skadevolder? Det er også problemer ved dette som Simonsen selv trekker frem, nemlig at en må kunne bevise at en ville ha utført annet inntektsgivende arbeid i samme tidsperiode⁹⁰. Da synes det for min del mer aktuelt å se på hvilket tap man har lidt som følge av at en ikke utførte dette arbeidet, enn å kompenseres for det arbeidet en har utført. Med dette mener jeg for eksempel at A sier nei til en kontrakt som følge av at en regner med å få kontrakt med skadevolder, B. A leier derfor ikke ut hytten sin til tredjemann, C, ettersom A regner med at B skal leie den. Det er da ikke vanskelig å regne ut tapet. Leier A ut hytten for 5000 kr i måneden og går glipp av to måneder med leieinntekter som følge av B sine handlinger, er tapet på 10 000 kr.

Utgifter i forbindelse med forhandling av kontrakten, herunder reiser, opphold, ol., kan dekkes, disse utgiftene vil ha et typisk prekontraktuelt siktemål. Dette vil da være det Simonsen beskriver som prekontraktuelle utgifter.⁹¹ Man vil da få erstattet det faktiske tapet man har hatt, prisen for flybilletten, for hotellrommet mv. Kravet må da være at utgiftene, tapet, har årsakssammenheng med skadevolders handling eller unnlattelse.

Når det gjelder det han beskriver som kontraktsrelaterte utgifter hevder Simonsen at dersom skadelidte har handlet i tillitt til det antesipert kontraheringsresultatet vil dette ”utvilsomt kunne stå i årsakssammenheng med et prekontraktuelt rettsbrudd”. Kriteriet synes å være at dersom den skadelidte hadde fått kjennskap til rettsbruddet, ville han avholdt seg fra omkostningsøkningen. Det må også tas stilling til om ressursdisponeringen fremstod som ”rimelig og fornuftig”. Dette må vurderes konkret ut i fra den posisjon skadelidte befant seg i.⁹² Dekningsadgangen må altså bero på om ressursdisponeringen fremstod som rimelig og fornuftig i den posisjon skadelidte befant seg i.

Dette så vi et eksempel på i Stiansen-dommen hvor førstvoterende legger vekt på Stiansens egen opptreden. Det at han valgte å påbegynne arbeidet før kontrakt var inngått var således ikke rimelig og fornuftig. Man kan dermed si at det økonomiske tapet ikke hadde adekvat årsakssammenheng med OBOS sine handlinger. Dermed kunne de heller ikke bli

⁹⁰ Simonsen (1997) s. 340

⁹¹ Simonsen (1997) s. 339

⁹² Simonsen (1997) s. 342

erstatningsansvarlige. Erstatningsbeskyttelsen som det prekontraktuelle ansvar gir, er generelt knyttet til en vurdering av skadelidtes forventninger, og hvorvidt disse var berettigede.⁹³ Som nevnt tidligere synes formålet med ansvaret å være at en skal beskytte skadelidtes *berettigede* forventning.

Etter det teorien gir uttrykk for synes dermed A å få dekket utgiftene til flybillettene og hotell ettersom dette er utgifter som oppstod i forbindelse med forhandlingene. Videre synes A også å kunne få kompensasjon for tapet av kontrakten med tredjemann. Kravet er da at disse utgiftene var påregnelige for skadevolder.

5.1.4 Internasjonale kilder

Når det gjelder de internasjonale kildene som jeg presenterte ovenfor, er det få av dem som har noe særlig å si om omfanget. Det virker som om dette i hovedsak vil være opp til de som skal anvende bestemmelsene. Unntaket er her UNIDROIT som også er innom hvilke tapsposter som er aktuelle.

UNIDROITs artikler inneholder alle kommentarer som følger direkte etter de aktuelle artiklene. Går vi tilbake til artikkel 2.1.15 og ser i kommentaren, står følgende:

”A party’s liability for negotiating in bad faith is limited to the losses caused to the other party (paragraph (2)). In other words, the aggrieved party may recover the *expenses incurred in the negotiations* and may also be compensated for *the lost opportunity to conclude another contract with a third person* (so-called reliance or negative interest” (Min utheving)

Her ser vi at en part vil kunne få dekket sine utgifter i forbindelse med forhandlingene. Samt vil skadelidte kunne få erstatning for tapet av muligheten til å inngå kontrakt med en tredjeperson. Etter denne artikkelen synes altså A, dersom B kan sies å ha forhandlet ”in bad faith”, å få dekket utgiftene til flybillettene og hotell ettersom dette er utgifter som oppstod i forbindelse med forhandlingene. Videre synes A også å kunne få kompensasjon for tapet av

⁹³ Simonsen (1997) s. 342

den andre kontrakten. Tilsynelatende det samme som norsk rettspraksis og teori gir uttrykk for.

5.2 Den positive kontraktsinteresse

Den positive kontraktsinteresse innebærer at skadelidte stilles økonomisk som om han hadde fått riktig oppfyllelse.⁹⁴ Spørsmålet om den positive kontraktinteresse nyter et erstatningsrettslig vern i den prekontraktuelle fasen har vært behandlet av Høyesterett. Nucleus-dommen Rt. 2001 s. 1062 er en av dommene som tar opp denne problemstillingen. Den gjaldt en anbudskonkurranse hvor en av anbyderne følte seg forbigått. Her ble fylkeskommunen pålagt å erstatte anbyders positive kontraktsinteresse. Det ble funnet sannsynliggjort at oppdraget ville gått til vedkommende anbyder. Førstvoterende trekker i denne dommen frem noe interessant angående årsakskravet. Det uttales:

“Den positive kontraktsinteressa byggjer på at anbydaren skal stillast som om han hadde fått anbudet. Generelt kan det nok seiast at eit slikt krav - som har utgangspunkt i forventning om eit oppdrag - naturleg kan ha eit *meir avgrensa vern enn eit krav bygd på spilte utgifter.*”⁹⁵

Førstvoterende trekker her frem at den positive kontraktsinteresse muligens ikke har det samme vernet som den negative kontraktsinteresse. Videre hitsettes det at:

“Etter mitt syn bør det også skje ei tilstramming av beviskravet for årsakssamanheng samanhalde med det vanlege beviskravet. Ofte vil det vere vanskeleg å seie om ein feil har spela inn ved avgjerda. Det må krevjast at anbydar med *klar sannsynlegovervekt viser at oppdraget skulle gått til vedkomande anbydar.*”⁹⁶

Etter denne dommen kreves det altså klar sannsynlighetsovervekt. Domstolen foretok en årsaksvurdering og kom til at kravet om adekvat årsakssammenheng var oppfylt, da ettersom det var mest sannsynlig at oppdraget ville gått til skadelidte.

Det må likevel trekkes en grense mot anbudsretten og som tatt opp av Høyesterett i Rt. 2007 s. 425 åpner ikke denne dommen for et erstatningsrettslig vern av oppfyllelsesinteressen på

⁹⁴ Hagstrøm (2011) s. 539

⁹⁵ Se dommens s. 1079 (Min utheving)

⁹⁶ Se dommens s. 1079 (Min utheving)

generelt grunnlag.⁹⁷ Saken gjaldt krav på å få erstattet en spillegevinst fra travløp. Skadelidte var blitt forhindret i å inngå veddemål på grunn av uriktig opplysning om hvordan bongene skulle merkes, hvilket gjorde at bongene ble avvist.

Førstvoterende peker på at oppfyllelsesinteressen i en prekontraktuelle fase ikke tradisjonelt har blitt ansett for å ha erstatningsrettslig vern. Et nødvendig vilkår for et slikt vern er at den som krever erstatning, hadde krav på å få inngått avtale. Videre fremheves at det i Nucleus-dommen var ønskeligheten av å effektivisere den tvingende anbudslovgivningen som førte til at oppfyllelsesinteressen i den saken ble ansett å ha et erstatningsrettslig vern⁹⁸. Det forelå således sterke beskyttelsesverdige interesser som tilsa dette. Slike beskyttelsesverdige interesser forelå etter førstvoterendes syn ikke i denne saken.

Dette synet følges opp i Rt. 2010 s. 1478. Dommen gir uttrykk for at et krav på naturaloppfyllelse ikke vil kunne føre frem, med mindre bindende avtale foreligger.

Førstvoterende begrunner dette blant annet i uttalelsene fra Rt. 2007 s. 425. Ettersom det ikke var grunnlag for erstatning av oppfyllelsesinteressen må det samme ”desto mer” gjelde for naturaloppfyllelse. Han foretar således en ”fra det mer til mindre” drøftelse og kommer til at krav om naturaloppfyllelse ikke hører hjemme i den prekontraktuelle fasen.⁹⁹

Som sett ut i fra disse dommene kan den positive kontraktsinteresse i utgangspunktet ikke kreves erstattet i den prekontraktuelle fasen. Dette fordi den skadelidte normalt ikke kan sies å ha krav på å inngå avtale, før noen avtale er inngått. Det kan ikke foreligge noe kontraktsbrudd uten en kontrakt. Likevel har vi sett at det i anbudsretten kan gis medhold i krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse. Da anbudsretten ikke er tema for denne oppgaven går jeg ikke nærmere inn på dette.

At den positive kontraktsinteressen ikke i utgangspunktet kan kreves i den prekontraktuelle fasen synes også å være den rådende oppfatning i teorien.¹⁰⁰ Selv om en kan pådra seg ansvar dersom man fortsetter forhandlingene uten at man ser for seg mulighet for kontraktsinngåelse fører ikke det til at kontrakt er inngått. Ansvar knytter seg til tap oppstått på grunn av forhandlingene, ikke tapet av fortjenester på den kontrakten som motparten hadde håpet på.¹⁰¹

⁹⁷ Se dommens premiss 34

⁹⁸ Se dommens premiss 35

⁹⁹ Se dommens premiss 33

¹⁰⁰ Se Woxholth (2014) s. 158, Simonsen (1997) s. 9, s. 49

¹⁰¹ Lilleholt (2014) s. 221

Kommentarene til UNIDROITs art 2.1.15 gir uttrykk for det samme hva angår den positive kontraktsinteresse: "...but may generally not recover the profit which would have resulted had the original contract been concluded (so-called expectation or positive interest)."

Her trekkes grensen ved at en ikke kan få dekket det en ville ha tjent på den aktuelle kontrakten.

Det synes dermed slik at selv om skadelidte har en berettiget forventning om at avtale skal inngås, har han som hovedregel ikke krav på å "tvinge" gjennom avtalen. En vil da heller ikke ha krav på en eventuell fortjeneste. A vil således ikke ha krav på å få oppfylt avtalen, eller få erstattet den fortjenesten han kunne hatt.

5.3 Avslutning

Etter en gjennomgang av norske og internasjonale rettskilder er det iallfall tilsynelatende harmoni når det gjelder omfanget av ansvaret. Ved mangel på klare uttalelser fra Høyesterett er det gjerne mer riktig å si at det iallfall ikke synes å være motstrid. Samtidig tillater jeg meg å si at det etter disse funn er fullt mulig å danne seg et noenlunde klart bilde av hvilke tapposter som er aktuelle. Det synes relativt klart at det i utgangspunktet kun er den negative kontraktsinteresse som er vernet.

Det som fremkommer er at omfanget av ansvaret omfatter kontraktsrelaterte utgifter. Samt at det er åpnet for at tapte muligheter til å inngå kontrakt med tredjeperson også er omfattet. Med unntak av anbudsretten synes da grensen å trekkes ved såkalt positiv kontraktsinteresse. Dette omfatter mulig fortjeneste på kontrakten, samt oppfyllelse av aktuell kontrakt. Dette skillet er etter min oppfatning hensiktsmessig. At en skal få dekket det tap en har hatt synes for min del rett og rimelig. Derimot synes det å dra ting for langt om man skulle "fått i pose og sekk" ved at man i tillegg fikk erstatning for potensielle fortjenester e.l. Det vil nok også kunne ha en uheldig effekt på avtalefriheten dersom man kunne risikere å bli "tvunget" inn i en avtale. Dette sammenholdt med at en potensiell erstatningssummen vil kunne bli meget høy, dersom man må erstatte motpartenes eventuelle fortjeneste, ville nok medført at folk kviet seg for å inngå forhandlinger.

Litteraturliste

Gisle, Jon, Jusleksikon, 3 utgave, 2007

Hagstrøm, Viggo, Obligasjonsrett, 2 utgave, 2011

Lilleholt, Kåre, ”Kontraktsrett og obligasjonsrett” I: Knophs oversikt over norsk rett, 14 utgave, Kåre Lilleholt (red.), 2014

Lødrup, Petter, Lærebok i erstatningsrett, 6 utgave, 2009

Lødrup, Petter og Asland, John, Oversikt over erstatningsretten, 8 utgave, 2013

Mestad, Ola, ”Rettens kilder og anvendelse” I: Knophs oversikt over norsk rett, 14 utgave, Kåre Lilleholt (red.), 2014

Monsen, Erik, Innføring i juridisk metode og oppgaveskriving, 2012

Moss, Giuditta, ”Europeisk og norsk kontraktsrett i utakt?”, Lov og rett, 2012, s. 1-2.

Simonsen, Lasse, Prekontraktuelt ansvar, 1997

Woxholth, Geir, Avtalerett, 9 utgave, 2014

Woxholth, Geir, Avtalerett i et nøtteskall, 3 utgave, 2017

Rettsavgjørelser:

Rt. 1967 s. 13

Rt. 1992 s. 1110

Rt. 1994 s. 1584

Rt. 1995 s. 543

Rt. 1998 s. 761

Rt. 2007 s. 425

Rt. 2010 s. 1478

Annen rettspraksis:

LB 2003 s. 8482

NJA 1963 s. 105

NJA 1990 s. 745

Case T-271/04 - Citymo v Commission

Internasjonale regelsett

DCFR - Draft Common Frame of Reference, 2009

PECL - Principles of European Contract Law, 2003

UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law, 2010

Nettsider:

<https://lovdata.no/>

<http://juridik.karnovgroup.se/>

<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

<https://www.trans-lex.org/>

<http://curia.europa.eu/>