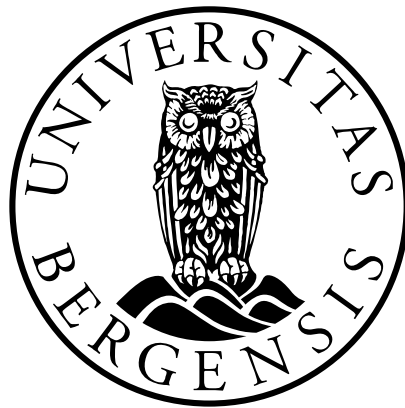


Rettsfølgene ved brudd på avtaleloven § 38 b

*Forholdet mellom avtalerettslig ugyldighet og
kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser,
herunder heving, ved brudd på opplysningsplikt i
forbrukerforhold*

Kandidatnummer: 10

Antall ord: 14 769



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1 juni 2017

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1 Tema og aktualitet	4
1.2 Avgrensning og begrepsavklaring	5
1.3 Rettslig problemstilling	10
1.4 Metode og rettskilder	11
1.5 Videre fremdrift	13
2. Avtaleloven § 38 b	15
2.1 Introduksjon til bestemmelsen og lovens ordlyd	15
2.2 Forarbeidene	16
2.2.1 Ugyldighet som rettsvirkning	18
2.2.2 Heving etter fkjl § 32 som rettsvirkning	21
2.2.3 Forarbeidene oppsummert	22
2.3 Forbrukerrettighetsdirektivet - Direktiv EU/2011/83	23
3. Rettspraksis	24
3.1 Mangel på rettspraksis	24
3.2 Annen relevant rettspraksis	24
3.2.1 Utgangspunktet fra rettspraksis	25
3.2.2 Rt. 2012 s. 1926 Fokus-Bank dommen	25
3.2.3 Rt 2013 s. 388 Røeggen-dommen	27
3.2.4 Rt. 2015 s. 321 Sandvika Bil-dommen	28
3.3 Linjene fra praksis	29
4. Juridisk teori	31
4.1 Valgfrihet som utgangspunkt	31
4.2 Et konsumpsjonsprinsipp?	33
5. Reelle hensyn	36
5.1 Rettssikkerhet og forutberegnelighet	36
5.2 Prosessøkonomiske hensyn	37
5.3 Forbrukerhensyn	37
5.4 Rimelighet	38
5.5 Reelle hensyn oppsummert	39
6. Fremmed rett	40
6.1 Internasjonale rettsharmoniseringsprosjekt	40
6.1.1 Principles of European Contract Law	41
6.1.2 UNIDROIT Principles	41
6.2 Tysk rett	43
6.2.1 Rettsvirkningene for brudd på opplysningsplikt etter tysk rett	43
7. Rettskildebildet for øvrig	46
7.1 Kjøplovgivningen	46
7.2 Konsekvenser av konsumpsjonsprinsippet	46
8. Avslutning og konklusjon	48
9. Litteraturliste	50

1. Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Temaet for denne masteroppgaven er forholdet mellom avtalerettslig ugyldighet og kontraktsrettslig heving ved brudd på opplysningsplikt i forbrukerforhold, særlig i tilfeller av brudd på informasjonsplikten etter avtaleloven § 38 b.

Ved gjennomføringen av direktiv 2011/83/EU om forbrukerrettigheter ble det, i tillegg til vedtagelse av ny angrerettlov¹, inntatt et nytt kapittel 4 i avtaleloven² om “særlige bestemmelser for forbrukeravtaler”.³ Virkeområdet for kapittelet er “avtaler som inngås mellom en næringsdrivende og en forbruker” og bestemmelsene er ufravikelige til ulempe for forbrukeren jf. avtl. § 38 a. Bestemmelsene i kapittelet gjelder dermed for alle forbrukeravtaler, uavhengig av hvilken spesiallov som ellers gjør seg gjeldende på avtaleforholdet. Plasseringen av bestemmelsene i avtaleloven er i forarbeidene begrunnet med at vi etter “norsk rett ikke har en generell sivilrettslig lov”⁴ som regulerer alle avtale typer mellom en næringsdrivende og en forbruker. Videre uttales det også at “avtaleloven er en generell lov som gjelder alle privatrettslige avtaler,”⁵ og da et av hovedformålene med forbrukerrettighetsdirektivet er totalharmonisering av forbrukervernet⁶, ville en lov som gjelder uavhengig av ytelsens art på forbrukerrettens område utgjøre den beste plasseringen.

Kapittelets sentrale bestemmelse er avtl. § 38 b om “informasjonskrav i forbrukeravtaler”. Bestemmelsens første ledd lyder: *“Før det blir inngått avtale skal den næringsdrivende gi forbrukeren følgende opplysninger på en klar og forståelig måte, såfremt opplysningene ikke allerede går frem av sammenhengen:”* etterfulgt av syv kumulative opplysningskrav. Paragraf 38 b oppstiller dermed en prekontraktuell plikt for en næringsdrivende til å gi forbrukeren

¹ Lov 20. juni. 2014 nr. 27 om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven)

² Lov 31. mai nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

³ Prop. 64 L (2013-2014) Lov om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven) (gjennomføring av direktiv 2011/83/EU om forbrukerrettigheter).

⁴ Prop. 64 L (2013-2014) s. 91

⁵ Prop. 64 L (2013-2014) s. 91

⁶ Direktiv 2011/83/EU artikkel 4

opplysninger og informasjon om ytelsen og forholdene rundt salget før en avtale kan lovlig inngås.

Om de lovfestede kravene til opplysning etter § 38 b ikke er overholdt, oppstår det spørsmål om hvilke rettsvirkninger dette får. En mulig forståelse av bestemmelsen kunne være at forbrukeren ikke er bundet til avtalen om opplysningskravene ikke er overholdt. Paragraf 38 b inneholder imidlertid ingen bestemmelse som regulerer virkningene av en eventuell overtredelse.

Plasseringen i avtaleloven kan i seg selv tale for at brudd på opplysningsplikten må angripes etter reglene om ugyldige avtaler i avtaleloven. Dette vil kunne begrunnes i den alminnelige rettskildeanvendelse hvor den naturlige søken etter rettsvirkninger vil være i samme lov som bruddet fant sted.

Dette kan derimot ikke legges til grunn som en selvfølge. Avtl. § 38 a gir bestemmelsen et vidt anvendelsesområde til å omfatte alle forbrukeravtaler, med mindre noe annet følger av lov. I forarbeidene til § 38 b er det også uttalt at *“brudd på de prekontraktuelle informasjonskravene vil også kunne få betydning for kontraktsrettslige mangelsregler og misligholdsbeføyelser”*.⁷ Dette blir videre eksemplifisert spesifikt med forbrukerkjøpsloven⁸ § 16 (1) bokstav b om opplysningsplikt i forbrukerforhold.

Bestemmelsens vide nedslagsfelt innebærer således at brudd på informasjonskravene etter § 38 b kan medføre ulike rettsvirkninger, både i form av ugyldighet og mislighold med tilhørende bestemmelser. Som Giertsen skriver vil direktivets informasjonskrav *“dermed indirekte – få betydning mellom det kontraktsmessige og kontaktstridige”*⁹ og også mellom gyldig og ugyldig stiftet avtale.

1.2 Avgrensning og begrepsavklaring

Avtaleloven § 38 b sitt kjerneområde er opplysningsplikt. *Opplysningsplikten* kan generelt forklares som et krav for selger til å gi kjøperen av en vare eller en tjeneste den nødvendige

⁷ Prop. nr 64 L (2013-2014) s. 96

⁸ Lov 21. Juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

⁹ Giertsen (2015) s. 337

informasjon om avtalens innhold, slik at de opplysninger kjøperen har tilsvarer ytelsen. Det vil kunne foreligge brudd på opplysningsplikt både dersom selgeren unnlater å gi opplysninger, altså holder informasjon om varen eller tjenesten tilbake, og dersom han gir feilaktige opplysninger slik at ytelsen ikke tilsvarer informasjonen kjøperen fikk.¹⁰ Hovedpoenget er at opplysningssvikt medfører et misforhold mellom ytelse og informasjon, og kontraktsinnholdet vil ikke svare til de forhåndsgitte eller fortiede opplysninger som la grunnlaget for avtaleinngåelsen.

Et særpreg med opplysningssvikt som gjelder både for reglene om heving og ugyldighet, er at det inntreffer før det er inngått en gyldig kontrakt.¹¹ At opplysningsplikten er *prekontraktuell* fremgår også av ordlyden i avtl. § 38 b som sier at opplysninger skal gis “før det blir inngått avtale”, og det uttrykkes også tydelig i forarbeidene.¹² I vurderingen av bruddet på avtl. § 38b legges det derfor til grunn av bruddet på opplysningsplikten forelå før avtalen ble stiftet.

I oppgaven avgrenses det til tilfeller av grovt brudd på opplysningsplikten. Oppgaven tar i første rekke for seg rettsvirkningene ved brudd på informasjonsplikten etter avtl § 38 b. Ved å forutsette at det foreligger grovt brudd på opplysningsplikten trekkes det dermed en klar avgrensning til vurderingen av ansvarsvilkårene for om opplysningssvikt er oppfylt.

For å definere hva som kan kategoriseres som et *grovt brudd på opplysningsplikt* må man likevel se hen til vilkårene for at ugyldighet og heving som rettfølge kan oppfylles.

For heving kreves det etter forbrukerkjøpsloven § 32 at “mangelen” ikke er “uvesentlig”.¹³ Opplysningssvikten oppfylder vilkår som “mangel” er etter fkjl. § 16 b dersom det forelå forhold ved tingen selgeren burde kjenne til, og som han forsømte å opplyse om, forutsatt at forbrukeren kunne regne med å få opplysningene om forholdet, og dersom “unnlåtelsen kan antas å ha virket inn på kjøpet”. Etter en naturlig språklig forståelse må det altså dreie seg om opplysninger om

¹⁰ Hov (2011) s. 105

¹¹ Nazarian, JV 2007, s. 201-202, se også Hagstrøm, Obligasjonsrett 2011 s. 149 hvor det legges til grunn at prinsippene for vurderingen av opplysningssvikt både etter ugyldighet og misligholdsbeføyelsene er lik da det er tale om samme forhold.

¹² Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 94 “Den næringsdrivende må etter lovforslaget gi opplysningene “før” forbrukeren blir bundet, dette i motsetning til å gi forbrukeren informasjonen i etterkant av at avtale er inngått”

¹³ Sml. med øvrig kjøpslovgivning kreves det for heving at mangelen er “vesentlig” jf. eks. kjl. § 39 (1), avhl. § 4-13 (1) og hvtjl. § 26 (1). Forbrukerkjøpsloven oppstiller gjennom ordlyden dermed en noe lavere terskel for heving. Dette er for å være i tråd med forbrukerkjøpsdirektivet. Se forarbeidene til forbrukerkjøpsloven i Ot. prp nr. 44 (2001-2002) s. 189.

helt avgjørende forhold ved tingen, som motiverte kjøpet og utgjorde forskjellen på et kjøp og et ikke kjøp.

For at opplysningssvikten skal være omfattet av ugyldighetsreglene krever avtl. § 33 at det forelå omstendigheter da løftet om kjøpet ble gitt som det må antas at selgeren kjente til, og at det vil stride mot "redelighet eller god tro" å gjøre avtalen gjeldende. At det må foreligge omstendigheter ved kjøpet som det må antas at selger kjente til er sammenfallende med vilkårene for å konstatere mangel etter fkl. § 16 (1) b. Redelighetskriteriet viser at ikke alle omstendigheter vil kunne kategoriseres som ugyldighet, men det må stride mot lojal og aktsom opptreden å ikke gi korrekt og fullstendig informasjon.¹⁴ Under dette vil det ligge en vurdering på lik linje med vesentlighetskriteriet etter fkl. § 32 til om kjøperen ville ha avgitt løftet dersom han hadde fått den riktige informasjonen.

Samlet kan man derfor si at det for grov opplysningssvikt må dreie seg om vesentlige forhold ved tingen som selgeren visste eller burde ha visst om, men unnlot å meddele kjøperen, i det meddelelsen av forholdene ville utgjort forskjellen mellom et kjøp og et ikke kjøp. Det er et slikt tilfelle av opplysningssvikt som legges til grunn i denne oppgavens vurdering av rettsvirkningene ved brudd på avtl. § 38 b. Eksempelvis vil det i tilfelle for et salg av en hest ikke være nok for å konstatere grov opplysningssvikt at helsekortet til hesten ikke var riktig utfylt, dersom kjøperen likevel er blitt opplyst om skadeomfanget til hesten.¹⁵ Derimot vil det kunne være nok dersom selgeren tilbakeholdt informasjon om skadene, og opplysningene i det feil-utfylte helsekortet ble da den avgjørende faktoren for salget.

Når det er grov opplysningssvikt som legges til grunn for vurderingen er det en naturlig konsekvens at de aktuelle rettsvirkningene § 38 b vurderes opp mot blir avtalerettslig ugyldighet og heving som kontraktrettslig misligholdsbeføyelse. Når opplysningssvikten er grov vil ikke ubalansen mellom partene opplysningssvikten gav kunne avhjelpes med lempeligere midler som prisavslag etter fkl. § 31 eller en avtalerevisjon etter avtl. § 36. Alternativene for kjøperen er dermed å heve kjøpet eller terminere avtaleforholdet gjennom ugyldighet.

¹⁴ Giertsen (2006) s. 172

¹⁵ Se eksempelvis LB-2014-81169. Dommen gjaldt krav om erstatning på grunnlag av påstått misligholdt opplysningsplikt fra selgeren. Retten fant at kjøperen var kjent med skadebildet til hesten før kjøpet. I dommen la retten også til grunn at vurderingstemaet om opplysningssvikten var i strid med redelighet og god tro etter avtl. § 33 "er sammenfallende med vurderingen av om det foreligger en kontraktrettslig mangel på grunnlag av misligholdt opplysningsplikt etter ... forbrukerkjøpsloven."

En avtale er *ugyldig* når det foreligger feil ved avtaleinngåelsen. Grov opplysningssvikt er en avtalerettslig tilblivelsesmangel da svikten medfører at det er urimelig eller uredelig å opprettholde avtalen jf. ordlyden i avtl §§ 33 og 36. Når avtalen er ugyldig termineres hele avtaleforholdet, og partene er ubundet slik at partene skal stilles som om avtalen aldri ble inngått.¹⁶ De ytelser som har funnet sted skal tilbakeføres og fremtidige ytelser kanselleres, da ingen av partene skal tjene på at den ene krever avtalen ugyldiggjort.

Ved *heving* krever en av partene kontraktens gjensidige rettigheter og plikter til opphør, slik at en blir fri fra de forpliktelser man stiftet gjennom avtalen.¹⁷ Heving er den strengeste formen for misligholdsbeføyelser og kan ramme motparten hardt. Dersom balanse i avtaleforholdet heller kan gjenopprettes via mildere misligholdsbeføyelser som prisavslag etter fkjl. § 31 eller omlevering etter fkjl. § 29, skal de benyttes på forholdet. Formålet med heving er at partene skal stilles som om avtalen ikke ble inngått, slik at den konkrete rettsvirkningen for partene blir å tilbakeføre de ytelser som er gitt og å avbryte fremtidige ytelser. Til forskjell fra ugyldighet blir likevel avtaleforholdet mellom partene ved heving stående, på den måten at partene fremdeles er pliktige ovenfor hverandre, eksempelvis i form av taushetsplikt.

En stor forskjell mellom ugyldighet og heving som rettsvirkning er reglene om å heve *ex tunc* og *ex nunc*. Heving *ex nunc* knytter seg til heving som bare virker fremover, mens heving *ex tunc* er heving med tilbakevirkende kraft. Hovedregelen er at det for ugyldighet skal gjennomføres en terminering av avtaleforholdet *ex tunc* slik at alle ytelser tilbakeføres og restitueres. For heving er det gjort store begrensninger i muligheten for å heve *ex tunc*, slik at hovedregelen i de aller fleste tilfeller for heving er *ex nunc*, foruten om kjøpsavtaler.¹⁸ Dette gjelder spesielt tjenesteavtaler hvor heving skjer "fra da av".

En ytterligere forskjell mellom ugyldighet og heving som rettsvirkning er erstatning for kontraktsinteressen. Ved ugyldighet kan den skadelidde part kreve erstatning for den *negative kontraktsinteressen*; han skal stilles økonomisk som om den ugyldige disposisjonen ikke var foretatt. Ved heving kan den skadelidde part som utgangspunkt velge å fastholde kontrakten og kreve erstatning for den *positive kontraktsinteresse*; vedkommende skal stilles økonomisk som

¹⁶ Giertsen (2006) s. 124

¹⁷ Hagstrøm (2011) s. 39

¹⁸ Begrepsavklaring i Hov (2011) s. 151 og Hauge (2009) s. 350

om riktig oppfyllelse hadde skjedd.¹⁹ I gjennomgåelsen av de konkrete rettsvirkningene for avtl. § 38 b vil det i det videre ikke bli sett til vilkårene om erstatning for avtalebruddet.

Da avtl. § 38 b er en spesialregel for forbrukeravtaler avgrenses det videre til nettopp forbrukerforhold. Det forutsettes derfor at "selgeren opptrer i næringsvirksomhet"²⁰ og at forbrukeren er en "fysisk person som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet" jf. fkjl. § 1 (2) og (3).

Den siste avgrensningen, sammen med henvisningen i forarbeidene til § 38 b hvor det er henvist til fkjl. § 16 om mangel som følge av opplysningssvikt²¹, medfører at reglene for heving som rettsfølge blir innskrenket til forbrukerkjøpsloven § 32 jf. § 26. Dette har gode grunner for seg. For det første er brudd på opplysningsplikten i forbrukerforhold hvor forbrukeren er i direkte kontakt med selgeren kjerneområdet til avtl. § 38, og fkjl. 32 gir en konkret regulering av rettsvirkningene ved et slikt kontraktsbrudd. For det andre er den norske kontraktslovgivningen ellers omfattende med ulike regler for ulike avtaleforhold, slik at en avgrensning er nødvendig.²² Når opplysningssvikten etter § 38 b vurderes opp mot fkjl. § 32 er det også opplysningssvikt i avtaler om salg av ting mellom en forbruker og en næringsdrivende som blir vurdert jf. fkjl. § 1. Forholdet som fkjl. § 32 regulerer er også omfattet av avtalelovens regler, da denne loven gjelder generelt på formuerettens område jf. avtl. § 41.

Det må likevel gjøres en reservasjon i avgrensningen til hevingsadgangen etter fkjl. § 32, ved at valget av rettsvirkning også vil bli eksemplifisert opp mot andre avtaletyper enn kjøp av ting. Dette gjelder særlig for tjenesteavtaler hvor restitusjonsproblematikken gjennom reglene om heving *ex tunc* og *ex nunc* er spesielt fremtredende.

En ytterligere reservasjon for vurderingen av hvilke rettsvirkninger man kan påberope seg etter avtl. § 38 b er at opplysningssvikten har fått betydning for selve kontraktsinnholdet. Det forutsettes derfor at bruddet etter avtl § 38 b har medført at den konsensusen som forelå mellom partene i avtalen er brutt ved at de opplysningene forbrukeren fikk var ukorrekte. Ved denne

¹⁹ Hauge (2009) s. 351

²⁰ Sml hvtjl § 1, buofl. § 2, angrl. § 5 a mfl.

²¹ Jf punkt 1.1 og Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 97

²² Håndverktjenesteloven, bustadoppføringslova, angrerettloven mv er også påvirket av det vide anvendelsesområdet til avtl. § 38 b, men regulerer særlige avtaletyper mellom en næringsdrivende og en forbruker og ikke salg av løsøre som legges til grunn for gjennomgangen av hevingsreglene i denne oppgaven.

avgrensningen får opplysningssvikten en direkte konsekvens for kontraktsinnholdet, og det blir i oppgaven derfor ikke fokusert i stor grad på tilfeller hvor opplysningssvikten har medført at fundamentet for avtaleinngåelsen bortfaller gjennom uriktige gjensidige forutsetninger.²³

1.3 Rettslig problemstilling

Etter dette blir den rettslige problemstillingen om en forbruker ved grovt brudd på opplysningsplikten etter informasjonskravene i avtl. § 38 b har en valgrett mellom å heve kontrakten etter de kontraktsrettslige reglene om misligholdsbeføyelser, og å kreve avtalen ugyldig etter avtaleloven.

For å eksemplifisere problemstillingen vil en valgrett mellom heving og ugyldighet for tjenesteavtaler, hvor hovedregelen er heving *ex nunc*, få store konsekvenser. Selv om gjennomgangen av rettsvirkningene er avgrenset til heving etter fkjl. § 32 om kjøp av ting, gjør det vide anvendelsesområdet til avtl. § 38 b at brudd på opplysningsplikten også vil få anvendelse ved brudd på håndverkertjenesteloven²⁴ jf. hvtjl. § 1. Dersom en forbruker inngår en tjenesteavtale om f.eks. et lengre oppdrag om ombygging og vedlikehold for sin bolig, og forbrukeren oppdager halvveis under oppdraget at den næringsdrivende har gitt villedende opplysninger om bruksanvendelsen til det som blir ombygget, vil forbrukeren kunne heve avtalen fra da av jf. hvtjl. § 26. Da vil hevingen innebære at det arbeid og den betaling som er utført ikke vil bli returnert fra noen av partene, men de fremtidige ytelser om betaling og arbeid vil oppheves. Dersom forbrukeren i stedet krever ugyldighet vil hele avtaleforholdet termineres slik at alle ytelser, både før og etter innsigelsestidspunktet skal refunderes etter reglene om heving *ex tunc*. Det får dermed store følger for den næringsdrivende om forbrukeren kan kreve avtalen ugyldig for samme forhold som også kunne blitt møtt med heving av avtalen.

Svaret på om det foreligger en valgrett mellom ugyldighet og heving etter avtl. § 38 b er i stor grad avhengig av om det etter norsk rett eksisterer et konsumpsjonsprinsipp. Etter læren om konsumpsjonsprinsippet vil reglene om misligholdsbeføyelser konsumere ugyldighetsinnsigelsene ved at muligheten for å påberope seg heving som grunnlag for brudd

²³ Se Hauge (2009) s. 340 for en grundigere forklaring av forskjellen mellom opplysningssvikt som tilblivelsesmangel og kontraktsrettslig mangel.

²⁴ Lov 16 juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven)

med informasjonskravene i avtl. § 38 b vil ekskludere en ugyldighetsinnsigelse for samme forhold.²⁵ Ved brudd på opplysningsplikten etter avtl. § 38 b vil dermed forbrukeren bli låst til å kreve avtalen hevet etter de kontraktsrettslige mangelsbeføyelsene, fremfor å terminere avtaleforholdet gjennom avtalelovens ugyldighetsregler.

1.4 Metode og rettskilder

Drøftelsen av rettsfølgene ved brudd på avtl. § 38 b vil ta utgangspunkt i den tradisjonelle juridiske metoden, basert på Eckhoffs rettskildelære.²⁶ Argumentasjonen vil derfor punktvis følge de norske rettskildefaktorene ved bestemmelsens ordlyd, forarbeidene, rettspraksis, juridisk teori, reelle hensyn og fremmed rett, ut fra den alminnelige forståelsen og vektingen av faktorene.

For gjennomgangen av de norske rettskildene er det avtaleloven og forbrukerkjøpsloven med deres forarbeider og praksis som gjennomgås. Øvrig lovgiving på forbrukerområdet vil noen steder komme inn, da lover som regulerer andre typer av forbrukerkjøpsavtaler har en lik tilnærming til kravene og vilkår for heving. Under den juridiske teoriens tilnærming til spørsmålet vil det bli vist til norske juridiske teoretikere.

Da vedtagelsen av bestemmelsen er en del av Norges plikt gjennom EØS avtalen er det naturlig at det vises tilbake til direktivets ordlyd og begrunnelse. Forståelsen av EU direktiv tar utgangspunkt i EF-domstolens tolkningslære.²⁷ Et av hovedkriteriene ved forståelsen av EU-direktivene er prinsippet om direktivkonform fortolkning som vil si at nasjonale domstoler skal bruke de muligheter de har til å tolke den nasjonale implementeringen i samsvar med direktivene.²⁸ Dette prinsippet gjør seg også gjeldende for norsk rett gjennom presumpsjonsprinsippet hvor det kreves at norske bestemmelser, så langt det er mulig skal gis et innhold som er i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.²⁹ Dette prinsippet gjelder

²⁵ Hagstrøm (2011) s. 149

²⁶ Eckhoff (2001), s. 23

²⁷ Seljersted, Arnesen, Rognstad, Foyn, Kolstad, (2004) s. 42-44 og sak 283/81, CILFIT mot Ministro della Sanità

²⁸ Seljersted, Arnesen, Rognstad, Foyn, Kolstad (2004) s. 242

²⁹ Det er en diskusjon om hvorvidt prinsippet om direktivkonform fortolkning strekker like langt i EØS retten som i EU retten jf. Franklin (2012) s. 305 flg. For denne oppgaven hvor EU-direktivet krever en totalharmonisering av regelverket kommer ikke ulikheten mellom presumpsjonsprinsippet og prinsippet om

også for EØS-avtalen, og særlig for direktiv 2011/83/EU hvor hovedformålet er å totalharmonisere forbrukerkjøpsretten på dette området.^{30 31}

Som en rettskildefaktor legges det også opp til å se hvordan fremmed rett og rettsharmoniseringsarbeid har løst det samme rettslige spørsmålet.

Både UNIDROIT Principles og Principles of European Contract Law (PECL) er store rettsharmoniseringsarbeid hvor formålet med dem begge er å formulere felleseuropeiske kontraktsrettslige prinsipper.³² Selv om ingen av rettsharmoniseringsarbeidene har bindende virkning for norsk rett, er det likevel relevant å se hen til deres regulering av sanksjoner for opplysningssvikt, da de gir uttrykk for internasjonale prinsipper på tvers av landegrensene. Opp mot den norske retten blir vekten av disse prinsippene lav, men de vil sammen med begrunnelsene gitt i kommentarene til de relevante bestemmelsene kunne gi veiledning til sanksjoneringen av avtl. § 38 b.

I tillegg til rettsharmoniseringsarbeider vil også andre lands rett kunne vektes inn i vurderingen av rettsfølgene for brudd på avtl. § 38 b. De aller fleste land i Europa gir samme mulighet til både heving og ugyldighet ved et slikt brudd.³³ Unntak fra denne valgfriheten finnes eksempelvis etter Italiensk og Tysk rett hvor rettsfølgen er gitt som en hevingsmulighet.³⁴ På grunn av tilgjengeligheten, da særlig litteratur og språkkunnskaper, vil det her kun bli vist til tysk rett.

Den tyske retten gjør seg godt for en sammenligning med norsk rett da den gir en alternativ løsning til spørsmålene om rettsvirkningene ved brudd på informasjonskravene som forbrukerrettighetsdirektivet oppstiller. Selv om Tysk rettskultur har klare ulikheter til den norske, særlig gjennom den føderale lovgivningen gitt i omfattende lov bøker som BGB³⁵, og det sterke fokuset på den materielt skrevne retten som gir de grunnleggende prinsippene for

direktivkonformfortolkning på spissen da enhver diversering fra kravene i nasjonal lovgivning vil være et brudd med direktivet jf. direktiv 2011/83/EU art. 4 og preambelet punkt 5.

³⁰ Seljersted, Arnesen, Rognstad, Foyn, Kolstad (2004) s. 242, også Finanger 1 i Rt. 2000 s. 1811 side 1830

³¹ Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 9

³² Gierstsen (2006) s. 26

³³ Nazarian (2007) s. 219 med videre henvisninger

³⁴ Kötz & Flessner (1998) s. 176

³⁵ Bürgerliches Gesetzbuch - den tyske retts sivillovbok

forståelsen av lovreglene³⁶, er den tyske lovgiveren på samme måte som den norske, forpliktet til å gjennomføre forbrukerrettighetsdirektivet. De rettslige sanksjonene det tyske lovverket oppstiller for brudd på informasjonskravene vil derfor kunne vektes inn for forståelsen av den norske retten på samme område, da det ikke er utenkelig at det forekommer like brudd på direktivets krav både på norsk og tysk jord. Den rettslige løsningen etter tysk rett vil ikke ha tung vekt til å påvirke den norske lovgivningen i særlig grad, men vil kunne brukes som argumentasjonsmoment for å forstå den rettslige løsningen etter norsk rett.

Ved henvisning til de tyske rettsreglene er bestemmelsene i BGB oversatt, men lovtolkningen av de aktuelle paragrafene blir gjort i tråd med den tyske juridiske metoden.^{37 38}

1.5 Videre fremdrift

I del 2 av oppgaven vil det drøftes om ordlyden og forarbeidene til avtaleloven § 38 b gir svar på rettsfølgene ved grovt brudd på opplysningsplikten. I forarbeidene er det gitt henvisninger til både reglene om ugyldighet etter avtaleloven og heving etter forbrukerkjøpsloven, slik at avtl. § 38 b vil bli vurdert opp mot disse regelsettene. Bakgrunnen for bestemmelsen gjennom forbrukerrettighetsdirektivet vil også bli gjennomgått for å vurdere om forbrukeren har en valgrett mellom ugyldighet og heving.

Da bestemmelsen er helt ny finnes det ingen Høyesterettspraksis eller underrettspraksis hvor brudd på avtl. § 38 b er blitt vurdert. I del 3 vil jeg derfor se på hvordan praksis har vurdert lignende forhold før vedtakelsen av bestemmelsen.

I del 4 ses det til norske juridiske teoretikers tilnærming til spørsmålet om heving og ugyldighet for å vurdere sanksjonsmulighetene. Deretter ses det i punkt 5 til reelle hensyn, før det i punkt 6 vises til hvordan prinsipper gjennom rettsharmoniseringsarbeid og tysk rett vurderer rettsfølgene etter grovt brudd på opplysningsplikt. Da rettsharmoniseringsarbeidene

³⁶ Se Søren Koch sin artikkel *An introduction to German Legal Cultures* s. 172 i Koch, Skodvin, Sunde (2017)

³⁷ Zekoll and Reimann (2005) s. 24-25

³⁸ Helland and Koch (2014) s. 188-219, særlig punkt 5; Principles of Interpretation

og utenlandsk rett ikke er direkte bindende for norsk rett da de ikke er norske rettskildefaktorer, legger denne vurderingen opp til å være en de lege ferenda vurdering.

Sist vil det i punkt 7 blir trukket linjer til hvilke konsekvenser en eventuell valgrett mellom ugyldighet og heving ved brudd på opplysningsplikt har i rettskildebildet for øvrig, da særlig hvor selger går konkurs. I punkt 8 oppsummeres hovedtrekkene fra oppgaven og det blir gitt en de lege ferenda vurdering til hva rettfølgene ved grovt brudd på opplysningsplikten burde være, før det konkluderes på oppgavens problemstilling.

2. Avtaleloven § 38 b

2.1 Introduksjon til bestemmelsen og lovens ordlyd

Avtaleloven § 38 b gir som nevnt krav til selgeren om hvilken informasjon han plikter å gi til forbrukeren før det er inngått en avtale. Kravene er gitt i syv punkter hvor selgeren skal opplyse om varens viktigste egenskaper (1), den næringsdrivendes identitet (2), sluttprisen (3), betalingsform og reklamasjon (4), den rettslige forpliktelsen til å levere en kontraktmessig vare, ettersalgsservice og garantier (5), avtalens varighet (6) og funksjonalitet (7). Da informasjonskravene er prekontraktuelle, er en naturlig konsekvens av ordlyden at det vil få betydning for om det kan sies å ha blitt inngått en gyldig avtale dersom selger ikke overholder disse pliktene.

Videre skal informasjonen etter ordlyden gis på en "klar og forståelig måte" som betyr at opplysningsplikten omfatter både utelatt, villedende og feil informasjon da det ut fra en naturlig språklig forståelse må forstås som at det ikke skal være et misforhold mellom ytelsen og informasjonen i avtalen. At informasjonen må gis "såfremt opplysningene ikke allerede går frem av sammenhengen" må bety at hvor detaljert informasjonen fra selgeren skal være, vil variere med salgsvarens kompleksitet. Det er imidlertid ikke lagt opp til en ulik vektning mellom informasjonskravene, som følgelig får konsekvenser for ansvarsgrunnlaget som legges likt til alle informasjonskravene som stilles.

Det man så langt kan trekke ut fra ordlyden er at den klart pålegger en plikt for den næringsdrivende til å informere, men lovteksten er imidlertid helt taus om hvilken rettsfølge et brudd med plikten etter § 38 b skal etterfølges.

Gjennom henvisningene i avtl. § 38 a om virkeområdet for bestemmelsen kan man trekke en parallell til den øvrige kjøpslovgivingen, hvor det for forbrukeravtaler er henvist til annen kontraktlovgivning som forbrukerkjøpsloven, håndverkertjenesteloven, avhendingslova³⁹ og bustadsoppføringslova⁴⁰ mfl. Ut fra en lovteknisk sammenheng vil det da være naturlig å se

³⁹ Lov 3 juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

⁴⁰ Lov 13 juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)

opplysningskravene etter § 38 b i sammenheng og supplerende med de kravene som stilles for opplysningsplikt etter de henviste lovene. Grovt brudd på informasjonskravene etter § 38 b vil etter denne forståelsen da kunne heves som misligholdsbeføyelse etter eksempelvis forbrukerkjøpsloven.

Et motstykke til denne forståelsen er at bustadsoppføringslova sammen med finansavtaleloven⁴¹ og tidspartsloven⁴² både er henvist etter § 38 a og samtidig ekskludert etter § 38 b (2) punkt 2, 4 og 5. Dette kan tyde på at henvisningen etter § 38 a kun er ment til å definere hva en forbrukeravtale er, og ikke til aktuelle rettsvirkninger ved brudd. Til dette igjen består henvisningen til avhendingslova, håndverkertjenesteloven og forbrukerkjøpsloven, som sammen med det vide virkeområdet til bestemmelsen for «forbrukeravtaler», gjør at det kan legges til grunn at § 38 b åpner for at det ved brudd på informasjonsplikten kan kreves kontraktsrettslig heving, etter de lovene som ikke er ekskludert etter § 38 b annet ledd.

Likevel er bestemmelsen plassert i avtaleloven som tar for seg ugyldighet som rettsfølge for avtalebrudd. Det er derfor like naturlig, om ikke mer, at det ut fra en rettsansvenders ståsted heller ses til sammenhengen i loven og at det vil kreves avtalerettslig ugyldighet som rettsfølge ved grovt brudd på opplysningsplikten etter avtl. § 38 b.

Ordlyden gir dermed ikke svar på hvilken rettsvirkning som skal benyttes ved brudd på bestemmelsen, men åpner heller for at både kontraktsrettslig heving og avtalerettslig ugyldighet er aktuelle rettsvirkninger. For å få et tydeligere svar på hvilken rettsfølge som kan kreves er det da naturlig å se hen til forarbeidene til avtl. § 38 b.

2.2 Forarbeidene

I forarbeidene fremgår det at formålet med innføringen av avtl. § 38 b er å øke forbrukerens vern, gjennom å lovfeste at forbrukeren får relevant og nødvendig informasjon gjennom felles regler, slik at forbrukeren er i bedre stand til å ta rasjonelle valg i en avtalesituasjon.⁴³ Bestemmelsen er gitt for å sikre at forbrukervernet blir totalharmonisert etter forbrukerrettighetsdirektivet, som har et ytterligere formål om å sikre lettere handel over

⁴¹ Lov 25 juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag

⁴² Lov 25 mai 2012 nr. 27 om deltidsbruksrett og langtidsferieprodukter mv.

⁴³ Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 81

landegrensene.⁴⁴ Paragraf 38 b skal også være et supplement til den øvrige lovgivningen om opplysningsvikt.⁴⁵

For å sikre at regelverket er likt for alle forbrukeravtaler ble plasseringen av bestemmelsen om informasjonskrav for selgeren satt til avtaleloven som en generell privatrettslig lov for alle avtaletyper om kjøp.⁴⁶ I tillegg ble det vist til at "avtaleloven er en sentral lov som næringsdrivende må ha kunnskap om, og som kommer direkte til anvendelse ved alle forbrukeravtaler".⁴⁷

Bakgrunnen for at det ikke er gitt rettsvirkninger i bestemmelsen er derimot ikke velbegrunnet i forarbeidene. Det er gjort grundige vurderinger om å særskilt innta sanksjoner i konkrete bestemmelser i angrerettloven og markedsføringsloven^{48 49}, men forarbeidene gir ikke en forklaring til hvorfor § 38 b ikke gir rettsfølger ved brudd på informasjonskravene.

Det blir derimot gitt uttalelser om hvilke rettsfølger som vil kunne være anvendelige ved et brudd på bestemmelsen. I proposisjonen på side 96 om sanksjoner uttales det at:

*"Brudd på informasjonsforpliktelsene vil kunne medføre sanksjoner i henhold til alminnelige avtalerettslige regler og prinsipper, som avtaleloven § 33 om ugyldighet og § 36 om urimelige avtalevilkår eksempelvis gir anvisning på"*⁵⁰

Denne uttalelsen, i tillegg til at § 38 b er plassert i samme lov som reglene om ugyldighet og urimelige avtalevilkår, gir en klar indikasjon på at at grovt brudd på opplysningsplikten etter bestemmelsen må angripes etter ugyldighet som den alminnelige sanksjonen for avtalebrudd.

Når sanksjonsmulighetene derfor videre eksemplifiseres ved å kunne få betydning for kontraktsrettslige mangelsregler og misligholdsbeføyelser gjennom at "brudd på lovforslaget § 38 b første ledd nr. 7 (vil) kunne utgjøre en kontraktsrettslig mangel etter forbrukerkjøpsloven

⁴⁴ Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 7

⁴⁵ Høgberg (2014) note 165

⁴⁶ Jf. innledning punkt 1.1

⁴⁷ Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 96

⁴⁸ Lov 9 jan 2009 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

⁴⁹ Se punkt 3.17 i prop nr. 64 L (2013-2014) s. 75-77

⁵⁰ Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 96

§ 16 første ledd bokstav b ...”⁵¹ havner de aktuelle rettsfølgene for forbrukeren derimot midt i mellom svært ulike rettsgrunnlag.

Forarbeidene videre eksempler vil derfor bli kommentert opp mot nettopp heving og ugyldighet, forutsatt at det foreligger et grovt brudd på informasjonsplikten etter ordlyden i § 38 b. Målet med dette er å se om det reelt sett foreligger en slik valgfrihet som forarbeidene legger opp til.

2.2.1 Ugyldighet som rettsvirkning

Ugyldighetsinnsigelsene ved brudd på avtl § 38 b må deles opp i opplysningssvikt etter avtl. § 33 om brudd på redelighet og god tro, og urimelige kontraktsvilkår etter avtl § 36. Ugyldighet som rettsvirkning ved grovt brudd på opplysningsplikten er den samme, men vilkårene for at rettsvirkningen oppfylles stiller seg ulikt.

Forarbeidene viser til en generell ugyldighetsvurdering etter begge bestemmelsene og sier at:

“Hvorvidt en avtale kan settes til side som ugyldig fordi den næringsdrivende ikke har oppfylt et informasjonskrav, vil etter departementet syn måtte bero på de konkrete omstendighetene og hvor alvorlig bruddet anses for å være. Den konkrete avveiningen må det bli opp til tvisteløsningsorganene å ta stilling til – gitt de konkrete forholdene i den enkelte sak”⁵²

Min forståelse av dette utsagnet, sett sammen med ordlyden, er at informasjonskravene som er gitt i avtl. § 38 b skal komme inn som et supplement i en helhetsvurdering av avtaleforholdets gyldighet gjennom å lovfeste minimumskravene til opplysning. Dette kan også støttes opp med en uttalelse i forarbeidene til § 38 b ved at *“de prekontraktuelle opplysningskravene supplerer opplysningskrav som følger av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper ... og krav til opplysninger etter annet regelverk”*.⁵³ På denne måten blir en utelatelse eller en villedelse av de informasjonskravene som er oppstilt helt sentrale for vurderingen av forholdets grovhet og dermed også skjerpene opp mot ansvarsgrunnlaget for selgeren.

⁵¹ Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 96

⁵² Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 96

⁵³ Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 125

2.2.1.1 Ugyldighet etter avtaleloven § 33

Det sentrale vilkåret etter avtl. § 33 er at det vil "stride mot redelighet eller god tro" om avtalen kjennes gyldig. Som allerede nevnt viser dette vilkåret til en lojalitets-vurdering hvor det forventes at partene er ærlige i sin opptreden mot hverandre.⁵⁴

Det kan påpekes at dersom selgeren unnlater å gi eller gir villedende informasjon om "varens eller tjenestens viktigste egenskaper" jf. § 38 b (1) punkt 1 vil det i seg selv kunne være grunnlag for å konstatere uredelighet etter § 33, uten at det blir tatt en konkret vurdering opp mot § 38 b. Dette fordi det da klart vil være uredelig og i strid med lojal opptreden å holde slik informasjon om kontraktsinnholdet tilbake.

Videre kan man også sette spørsmålsteget ved hvor illojalt det faktisk kan være om selgeren unnlater å informere forbrukeren om "den rettslige forpliktelsen til å levere en kontraktmessig vare" jf. avtl. § 38 b (1) punkt 5, og at dette alene kan gi grunnlag for ugyldighet i tilfeller hvor all annen informasjon ble gitt. Da må en i så fall forutsette at bruddet på opplysningssvikten ligger på vippen mellom det redelige og det uredelige og at kravet etter § 38 b (1) punkt 5 da kommer inn som en avgjørende faktor i helhetsvurderingen jf. både forarbeidsuttalelsen og skal-kravet gjennom ordlyden. På denne måten vil man da kunne konstatere ugyldighet etter § 33 ved brudd på informasjonskravene etter § 38 b.

2.2.1.2 Ugyldighet etter avtaleloven § 36

For ugyldighet etter urimelighetskriteriet i avtl. § 36 er det sentrale vilkåret at opplysningssvikten medfører at det vil virke "urimelig" eller "i strid med god forretningsskikk" å gjøre avtalen gjeldende. Kriteriet legger opp til en helhetsvurdering på samme måte som etter § 33, men i § 36 annet ledd gis det konkrete vurderingsmomenter som skal tillegges vekt: "avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse".

Til forskjell fra en ugyldighetsinnsigelse etter § 33 favner § 36 videre og er ment som en sikkerhetsventil for den svake part i et avtaleforhold ved å beskytte mot misbruk av

⁵⁴ Jf innledning punkt 1.2

avtalefriheten.⁵⁵ Som utgangspunkt skulle derfor en ugyldighetsvurdering av grov opplysningssvikt bli vurdert etter avtl. § 33, hvor § 36 er en *lex generalis* for de tilfeller som ikke treffer under den snevrere ordlyden i § 33. Likevel trekkes § 36 ut som en særskilt begrunnelse for plasseringen av § 38 b i avtaleloven ved at:

“Sentral er også generalklausulen i avtaleloven § 36 som kan brukes mot urimelige avtalevilkår. Denne bestemmelsen er særlig relevant for forbrukeravtaler grunnet ubalansen i partsforholdet mellom en næringsdrivende og en forbruker.”⁵⁶

På grunn av vurderingskriteriet “partenes stilling” og formålet bak lovfestelsen av § 36 gir forarbeidene da et signal om at det er denne rettsfølgen som er aktuell ved brudd på § 38 b. Dette fordi § 36 har hatt en særlig baktanke om å felle urimelige avtaler som er til ugunst for den svake part, herunder forbrukeravtaler. Likevel må det legges stor vekt på at terskelen for at en avtale skal kunne kjennes ugyldig etter avtl § 36 er svært høy, så på samme måte som en ugyldighetsinnsigelse etter § 33 vil det for brudd på § 38 b måtte tas en helhetsvurdering hvor informasjonskravene er faktorer som kommer inn i vurderingen etter urimelighetskriteriet i § 36.

2.2.1.3 Ugyldighet en reell mulighet

Til vurderingstemaet om det er en reell mulighet å kreve en avtale ugyldig etter brudd på § 38 b må svaret både etter § 33 og § 36 bli ja. Likevel viser gjennomgangen at det kan diskuteres hvor stor betydning kravene som oppstilles etter § 38 b alene har opp mot de generelle ugyldighetsklausulene. Eksempelvis vil det klart være uredelig å gjøre en løyn fra selgeren gjeldende som gyldig avtale, selv om løggen er et brudd med ett eller flere av de konkrete pliktene etter avtl. § 38 b.

Her er det likevel viktig å påpeke at § 38 b er med på å utvide hva som skal anses for en ugyldig avtale i form av lovpålagte plikter. Om selgerne ikke følger disse pliktene vil forholdet etter vedtakelsen av § 38 b lettere kunne anses som en ugyldig avtaleinngåelse, og da ikke bare ut

⁵⁵ Giertsen (2006) s. 192-193

⁵⁶ Prop nr. 64 (2013-2014) s. 91

fra en helhetsvurdering etter generelle klausuler i avtaleloven, men også etter den selvstendige betydningen § 38 b har ved å lovfeste konkrete informasjonskrav i forbrukerforhold.

2.2.2 Heving etter fkjl § 32 som rettsvirkning

Ved siden av å kjenne en avtale ugyldig vil også § 38 b kunne gi grunnlag for å heve avtalen.⁵⁷ Brudd på § 38 b må da ses som en forbrukerkjøpsrettslig mangel. Etter forbrukerkjøpsloven § 32 kan forbrukeren i stedet for prisavslag heve avtalen, unntatt når "mangelen er uvesentlig". For grov opplysningssvikt etter § 38 b er mangelen vesentlig når bruddet på informasjonsplikten utgjør forskjellen mellom et kjøp og et ikke kjøp.⁵⁸

For det sistnevnte er ikke dette direkte uttalt i forarbeidene. Vurderingen av heving som rettslig sanksjon etter brudd på § 38 b er forklart opp mot mangelsvurderingen etter fkjl. § 16 b hvor det uttales at:

*"Innvirkningskriteriet (...) vil stå sentralt i vurderingen av hvorvidt brudd på opplysningskravene i avtaleloven kan sies å utgjøre en mangel (...)"*⁵⁹

Og videre:

*"Samtidig vil bestemmelsene i avtaleloven måtte sies å gi visse føringer på hvilke opplysninger forbrukeren "hadde grunn til å regne med å få".*⁶⁰

Etter disse uttalelsene vil de informasjonskravene § 38 b oppstiller dermed gi supplerende og mer spesifikke opplysningskrav til vurderingstemaet etter fkjl § 16 b. Slik uttalelsen er gitt vil avtl. § 38 b dermed være med på å kunne konstituere hva som skal utgjøre en kontraktsrettslig mangel ved opplysningssvikt.

⁵⁷ Se tidligere punkt 2.2 jf. Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 96

⁵⁸ Jf. innledningsvis punkt 1.2

⁵⁹ Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 96

⁶⁰ Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 96

En videre forståelse av uttalelsene er at brudd på § 38 b i seg selv ikke kan gi grunnlag for heving, men må sees i lys av de allerede lovfestede pliktene til opplysningsplikt i forbrukerkjøpsloven, og brukes som et supplement. I tillegg er gjennomgåelsen av sanksjoneringsmulighetene lagt opp mot fellesbetegnelsen «misligholdsbeføyelser», hvor heving er den mest ytterliggående. I seg selv kan dette tale for at brudd på avtl. § 38 b alene ikke gir grunnlag for heving.

På den andre siden tar avtl. § 38 b opp mange av de samme kravene for opplysningssvikt som er gitt etter fkjl. § 16 b. Eksempelvis er vilkåret “forhold med tingen” i fkjl. § 16 (1) b mye sammenfallende med “varens viktigste egenskaper” i avtl. § 38 b selv om ordlyden er forskjellig.⁶¹ Dette sett sammen med innvirkningskravet i § 16 (1) b som tilsier at det må være tale om opplysningssvikt om grunnleggende forhold ved tingen. I tillegg oppstiller avtl. § 38 b flere krav til opplysningsplikten enn det som er gjort i fkjl. § 16 (1) b. På samme måte som for gyldighet utvider dermed § 38 b opplysningsplikten og gjør det lettere å kunne påberope seg opplysningssvikt som grunnlag for heving. Brudd på § 38 b gir dermed en hevingsadgang etter fkjl. § 32.

2.2.3 Forarbeidene oppsummert

Forarbeidene sammenlignet med ordlyden til bestemmelsen og de aktuelle rettsfølgene gir både en adgang for å kreve heving og for å kjenne avtalen ugyldig. Men uttalelsene er likevel ikke klare til hvilken som er foretrukket for en forbruker, og hvilken som skal velges dersom bruddet både åpner for heving og ugyldighet. I forlengelsen av dette gir de heller ikke konkrete svar på hvorfor det ikke er inntatt en sanksjoneringsmulighet i selve bestemmelsen, bare at brudd på informasjonskravene skal sanksjoneres.

Videre vil det derfor ses til Forbrukerrettighetsdirektivet⁶² som opphavet til bestemmelsen.

⁶¹ Sammenlignet med ordlyden i fkjl. § 15 om “tingens egenskaper” hvor det trekkes frem at varen skal være i samsvar med ”de krav til art, mengde, kvalitet, andre egenskaper og innpakning som følger av avtalen”, som også vil være ”varens eller tjenestens viktigste egenskaper” etter avtl. § 38 b (1) første punkt. Kravene til tingens egenskaper etter fkjl. § 15 vil være opplysninger forbrukeren hadde grunn til å regne med å få etter fkjl. § 16 (1) b.

⁶² Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights

2.3 Forbrukerrettighetsdirektivet - Direktiv EU/2011/83

Avtaleloven § 38 b tilsvarer forbrukerrettighetsdirektivets artikkel 5 om "consumer information for contracts other than distance or off-premises contracts". I likhet med avtl § 38 b inneholder direktivets art. 5 kun plikter og gir ikke sanksjoner for brudd på informasjonskravene.

I direktivets art. 23 om "Enforcement" er det i punkt 1 stilt krav til medlemsstatene om at de skal "ensure that adequate and effective means exist to ensure compliance with this directive". Direktivet pålegger med dette medlemsstatene å sørge for at brudd på kravene direktivet oppstiller til informasjonsplikt, skal bli møtt med effektive midler. Artikkelen er imidlertid taus på hvilke sanksjoner som skal tas i bruk.

Videre fremgår det også av art. 3 nr. 5 at direktivet "shall not affect national general contract law". I preamblet til direktivets bestemmelser er det uttrykkelig nevnt i betraktning nr. 14 at direktivet ikke påvirker for eksempel "the conclusion or the validity of a contract", og heller ikke griper det inn "in relation to the general contractual legal remedies". Direktivet skal dermed ikke legge føringer på hva som konstituerer avtalerettslig ugyldighet eller hva som skal til for å kunne heve en avtale etter nasjonal lovgivning. Ut fra disse to artiklene sammen med preamblets betraktning nr. 14 gir direktivet dermed medlemsstatene en adgang til å selv fastsette sanksjoner for brudd på informasjonsplikten, så lenge de sørger for at brudd kan angripes.

I likhet med ordlyden og forarbeidene til § 38 b er direktivets artikler tause til hvilken sanksjoneringsmulighet som skal velges, men statuerer kun, på samme måte som forarbeidene til § 38 b, at brudd på opplysningskravene skal sanksjoneres. Når det etter den norske retten blir gitt valgfrihet mellom å kreve heving og ugyldighet for samme forhold opprettholder den norske retten sitt krav om å ha adekvate og effektive sanksjoneringsmidler, men spørsmålet om det faktisk er en valgfrihet for forbrukeren står fremdeles åpen etter direktivet.

3. Rettspraksis

3.1 Mangel på rettspraksis

Avtaleloven § 38 b er en forholdsvis ny bestemmelse som kun har hatt gjeldende virkning i tre år. Det er derfor naturlig at bestemmelsen har ikke vært påberopt og blitt vurdert av Høyesterett. I skrivende stund⁶³ er det heller ikke avsagt noen avgjørelser som omtaler bestemmelsen verken i de alminnelige domstolene eller etter forbrukerklageutvalget.⁶⁴

Det kan ikke spekuleres i hvordan domstolene kommer til å vurdere rettsfølgen av avtl. § 38 b gjennom å oppkonstruere et tilfelle. Det kan bare slås fast at gjennom forarbeidene er domstolene gitt adgang til å vurdere grensedragningen av informasjonsplikten opp mot ugyldighet og misligholdsbeføyelsene, ut fra forholdene i hver enkelt sak.⁶⁵

3.2 Annen relevant rettspraksis

Som drøftelsen av forarbeidene viste har informasjonskravene etter § 38 b en klar kobling til vurderingen av allerede lovfestet opplysningsplikt både etter avtaleloven og forbrukerkjøpsloven. Bestemmelsen gir supplerende og ytterligere informasjonskrav til selgeren, i tillegg til at forholdet ved grovt brudd på § 38 b ofte være slik at opplysningssvikten allerede vil være omfattet av reglene om ugyldighet og heving.⁶⁶ Hvordan tidligere praksis har vurdert forholdet mellom ugyldighet etter avtaleloven og heving etter forbrukerkjøpsloven for brudd på samme forhold vil derfor være relevant ved vurderingen av rettsfølgene til opplysningssvikt § 38 b.

I det følgende vil det derfor ses på tidligere dommer om opplysningssvikt i forbrukerforhold for å vurdere valgfriheten mellom ugyldighet og heving som rettsfølgene på grovt brudd på opplysningsplikt opp mot avtl § 33 og § 36 og fkjl. § 32.

⁶³ 31 mai 2017

⁶⁴ Tidligere forbrukertvistutvalget frem til endring 1 mars 2017

⁶⁵ Prop nr. 64 L (2013-2014) s. 96

⁶⁶ Se drøftelsen ovenfor under punkt 2.2.1.3 og 2.2.2

3.2.1 Utgangspunktet fra rettspraksis

Som gjennomgangen nedenfor vil vise har det i de nyere avsagte høyesterettsdommene for disse typetilfellene vært en tendens for at man i stedet for å stille spørsmål om heving og ugyldighet som konkrete rettsvirkninger opp mot hverandre, heller danner et annet utgangspunkt for vurderingen enn hva som fremgår av de konkrete lovreglene. Utgangspunktet har vært om tapet kan føres tilbake til mangelfull eller villedende informasjon fra selgerens side, ut fra prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold se eksempel Rt 2013 s. 388 avsnitt 150.

Etter tidligere praksis kan mye derfor tyde på at det ved grovt brudd på opplysningssvikt etter § 38 b at man vil søke å gjøre en konkret helhetsvurdering ut fra et generelt utgangspunkt, fremfor konkrete rettsregler. Som det vil påpekes er det en del problemer med denne fremgangsmåten, spesielt at man ikke får problematisert de enkelte hensyn som ligger bak de konkrete kravene til opplysning, da ved at vurderingstemaet stilles likt for alle tilfeller. I tillegg skaper det usikkerhet med tanke på hvilken rettsvirkning det generelle utgangspunktet medfører på hvert enkelt tilfelle.

3.2.2 Rt. 2012 s. 1926 Fokus-Bank dommen

Saken gjaldt spørsmål om heving og erstatning etter kjøp av finansielle produkter. Flere kunder, både næringsdrivende og forbrukere, investerte i noter etter tilbud fra banken. Notens løpetid var tre år og tre måneder med en utstedelseskurs på 100.

Etter finanskrisen i 2009 terminerte finansieringsselskapet noten før forfall, da med en kurs på 12,4. Etter termineringen gikk kjøperne av notene til søksmål mot Fokus-Bank og krevde heving og erstatning da de mente at banken hadde brutt sin opplysningsplikt ved å ikke informere dem om risikoen som var knyttet til noten.

Fokus Bank ble frifunnet da Høyesterett mente at banken i tilstrekkelig grad hadde informert om muligheten for at notene kunne bli terminert på grunn av verdifall i markedet.

Som man ser ved det korte saksammendraget gjelder saken ikke en forbrukeravtale om kjøp av en ting, men kjøp av finansielle produkter av både næringsdrivende og forbrukere. Som utgangspunkt skulle dommen dermed passe dårlig opp mot den rettslige problemstillingen til denne oppgaven. Avtl. § 38 b har likevel så et vidt nedslagsfelt ved å gjelde for alle forbrukeravtaler at dommen er retningsgivende i valget mellom ugyldighet og heving når det er spørsmål om opplysningssvikt ovenfor forbrukere.

I dommens premiss 44 til 47 går førstvoterende gjennom de aktuelle rettsgrunnlagene for bruddet på opplysningssvikten som var heving etter fkjl. § 32 jf. § 16 (1) bokstav b og c, heving etter kjøpsloven⁶⁷ § 39 (1) jf. § 19, ugyldighet etter avtaleloven § 36 og § 33, og til sist arbeidsgiveransvar etter skadeerstatningsloven § 2-1.

De ulike partsforholdene gjorde at ingen av rettsgrunnlagene var anvendelige for alle partene og avtalene. Selv om det ikke uttales direkte trakk førstvoterende derfor opp et helt generelt prinsipp som gjelder for brudd på opplysningssvikt:

“Selv om rettsgrunnlagene er forskjellige, er det grunnleggende spørsmålet altså det samme – nemlig om kundenes tap kan føres tilbake til mangelfull eller villedende informasjon fra bankens side”⁶⁸

Overført til vurderingen for rettsfølgene etter avtl. § 38 vil det derfor, etter utgangspunktet i denne dommen, oppstilles et generelt vurderingstema, uten at det springer direkte ut fra de konkrete sanksjonsbestemmelsene. Det blir med andre ord ikke tatt et konkret valg mellom heving og ugyldighet som rettsfølge ved grovt brudd på opplysningsplikten

At det legges opp til en generell vurdering for de tilfeller hvor flere rettsfølger gjør seg gjeldene skaper det problem at man da presumerer at det er et felles ansvarsvilkår for å både kreve heving, ugyldighet og erstatning uavhengig av det konkrete rettslige grunnlaget.⁶⁹ Sett opp mot ordlyden og forarbeidene til avtl. § 38 b gjør dette seg like gjeldende. I bestemmelsen er det kun gitt en plikt til å informere, og denne plikten må vurderes opp mot de aktuelle sanksjonene lovverket stiller til rådighet.

⁶⁷ Lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)

⁶⁸ Dommens avsnitt 48

⁶⁹ Færstad (2013) s. 325

Når vurderingen av forholdets grovhet tar utgangspunkt i hva som anses som nødvendige opplysninger ut fra prinsippet om god forretningsskikk⁷⁰, uten å ta hensyn til de konkrete vilkårene for heving og ugyldighet får man heller ikke problematisert de enkelte forhold som gjør seg gjeldende under hver enkelt av bestemmelse. Herunder er det sentrale forbrukerhensynet. Avtl. § 38 b vil kunne gi en slik veiledning med forankring i forbrukerhensynet ved å oppstille hva man forventer som nødvendige opplysninger i nettopp slike forhold.

Da Høyesterett i denne saken kom til at banken ikke hadde brutt sin opplysningsplikt ble det ikke vurdert hvilken rettsfølge bruddet medførte. Det kan likevel påpekes at spørsmålet om rettlig vurdering var "heving og erstatning", noe som kan tyde på at det ved motsatt resultat, ville medført heving etter det generelle vurderingstemaet Høyesterett trakk ut. Dette kan også støttes opp med at Tingretten fant bakens informasjon så mangelfull at det brøt med kravet til god forretningsskikk og det var en mangel i henhold til kjøpsloven.⁷¹ I Røeggen-dommen, som gjennomgås nedenfor, ble det brukt samme utgangspunkt for den rettslige vurderingen, men i det tilfellet ble avtalen kjent fullt ut ugyldig. Et generelt vurderingstema ut fra kontraktsrettslige prinsipper vil derfor kunne medføre både avtalerettslig ugyldighet og kontraktsrettslig heving, men det fremgår ikke av dommene hva som er begrunnelsen for hvilken rettsvirkning Høyesterett faller ned på.

3.2.3 Rt 2013 s. 388 Røeggen-dommen

I denne dommen var spørsmålet om gyldigheten av en avtale mellom en bank og en kunde om investeringer i to aksjeindeksobligasjoner. På samme måte som for Fokus Bank-dommen går heller ikke denne saken direkte ut på brudd på opplysningsplikt for salg av ting i en forbrukeravtale. Dommen har likevel overføringsverdi til oppgavens problemstilling ved at den angir vurderingstema for brudd på opplysningssvikt opp mot ugyldighet etter avtl. § 36 som rettsfølge i et forbrukerforhold.

⁷⁰ Dommen avsnitt 48

⁷¹ Dommen avsnitt 12

I spørsmålet om avtalene mellom Røeggen (kunden) og banken – sett på bakgrunn av forholdene rundt avtaleinngåelsen og avtalens innhold – rammes av avtaleloven § 36⁷², svarte Høyesterett bekreftende og satte avtalen helt til side som ugyldig.⁷³

Risikoen ved investeringen og produktets egenskaper ble ikke i tilstrekkelig grad formidlet til kunden. Dette ble sett opp mot det samme vurderingstema som ble lagt til grunn i Fokus-Bank dommen; altså om kundens tap kan føres tilbake til mangelfull eller villedende informasjon ut fra lojalitetsplikten i kontraktsforhold.⁷⁴ I tillegg ble det særlig understreket at Røeggen var en privat kunde slik at forbrukerhensynet gjorde seg sterkt gjeldene, og på denne bakgrunn ble kravene til informasjon ble forsterket.

At banken ikke hadde gitt tilstrekkelig nøktern og korrekt informasjon og dette medførte ugyldighet⁷⁵, kan ses i sammenheng med ordlyden i avtl. § 38 b som krever at selgeren gir opplysninger på en “klar og forståelig måte”. Om informasjonen da ikke blir formidlet godt nok, og dette fører til forskjellen på et kjøp og et ikke kjøp, vil det være grunnlag for å konstatere at avtalen er ugyldig inngått etter avtl. § 36 ut fra prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold.

På samme måte som for Fokus-Bank dommen fremgår det ikke hvorfor rettsvirkningen her ble ugyldighet, fremfor heving. Ut fra dommen kan man derfor kun legge til grunn at det etter resonneret i Røeggen-dommen også kan overføres til tilfeller som rammes av § 38 b, slik at ugyldighet etter § 36 er en mulig rettsfølge.

3.2.4 Rt. 2015 s. 321 Sandvika Bil-dommen

I denne saken ble et kjøp av en ny bil hevet etter fkjl. § 32 på grunn av selgerens opplysningssvikt. Selgeren hadde opplyst kjøperen om at bilen var helt ny med en kilometerstand på 160 km. Når kjøperen fikk bilen levert var kilometerstanden 897 km, i tillegg til at bilen tidligere hadde vært registrert på en annen person i Tyskland.

⁷² Dommens avsnitt 122

⁷³ Dommens avsnitt 130

⁷⁴ Se ovenfor under punkt 3.2.1 jf. Rt. 2012 s. 1926 avsnitt 48

⁷⁵ Dommens avsnitt 130

De aktuelle mangelsgrunnlagene var fkjl § 16 (1) bokstav a jf. fkjl. § 15 og § 16 (1) bokstav b og c. Førstvoterende uttaler at "de aktuelle mangelsgrunnlagene (er) langt på vei overlappende"⁷⁶ og behandlet dem samlet opp mot om det forelå et avvik. Begrunnelsen for at ugyldighet ikke ble vurdert i denne saken var at forholdet konkret reguleres av forbrukerkjøpsloven da det var kjøp av en ting. Overført til avtl. § 38 b må rettsvirkningene for de tilfeller hvor opplysningssvikten er regulert etter spesiallovgivningen, bli vurdert opp mot de sanksjoner spesiallovgivningen fremsetter.⁷⁷

Når avviket skulle vurderes etter hevingsterskelen i fkjl. § 32 henvises det til Rt 1998 s. 1510 på side 1518 (Tromsø Sparebank); For heving må "kjøperen etter en helhetsvurdering (...) ha rimelig grunn for – etter at kjøpekontrakten er gjennomført fra begge sider – å si seg løs fra kontrakten, også hensett til hva som fremstår som en adekvat reaksjon for bruddet".⁷⁸

For brudd på opplysningssvikten etter avtl. § 38 b vil terskelen og vurderingstemaet for heving etter fkjl. § 32 ha samme grunnlag som det overnevnte. Dersom den grove opplysningssvikten etter § 38 b gir grunnlag for å si seg løs fra kontrakten ved heving, vil forholdet gis samme rettsvirkning som for brudd på fkjl. § 16 b.

3.3 Linjene fra praksis

Sandvika Bil-dommen gir konkret anvisning på heving som rettsgrunnlag ved brudd på opplysningsplikten etter fkjl. § 16 b. Parallelt vil brudd på avtl. § 38 b som etter forarbeidene skal gi supplerende opplysningskrav til forbrukerkjøpsloven § 16 (1) bokstav b også kunne heves i de tilfeller hvor avtaleforholdet faller inn under virkeområdet for forbrukerkjøpsloven.⁷⁹ Spørsmålet står likevel åpent for de tilfeller hvor avtaleforholdet ikke treffer inn under forbrukerkjøpsloven eller annen spesiallovgivning, eller i de tilfeller hvor flere rettsgrunnlag er aktuelle.

Til dette vil eksempelvis kjøp av tjenester for en forbruker falle utenfor virkeområdet til forbrukerkjøpsloven. Et alternativ for å løse dette kan da være å la forholdet angripes som

⁷⁶ Rt 2015 s. 321 avsnitt 35

⁷⁷ Sml forarbeidene til avtl. § 38 b i prop nr. 64 L (2013-2014) s. 125 hvor det også fremgår at opplysningsplikten i spesiallovgivningen vil ha forrang gjennom *lex specialis*.

⁷⁸ Rt. 2015 s. 321 avsnitt 54

⁷⁹ Forbrukerkjøpsloven § 1 virkeområde

urimelig etter avtaleloven § 36 slik som etter Røeggen-dommen. Avtaleloven § 36 har det videste anvendelsesområdet og vil treffe i de aller fleste tilfeller. Problemet med dette er at vilkårene for å sette en avtale til side etter urimelighetskriteriet i § 36 er høyere enn det er å kjenne en avtale ugyldig etter § 33, eller å heve avtalen etter fkl. § 32. Vilårene for de aktuelle rettsvirkningene vil derfor stille seg ulikt.

Alternativet til dette igjen er å gjøre som Fokus-Bank dommen, da å oppstille et generelt vurderingstema og gjøre en helhetsvurdering ut fra prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold. Ved å lse spørsmålet på denne måten stiller man dermed sakene likt og man unngår en forskjell i vurderingen av om det foreligger heving eller ugyldighet når alt vurderes under et felles vurderingstema. Problemet med dette igjen er, som allerede nevnt innledningsvis, at det ved et slikt vurderingstema for både avtalerettslig ugyldighet og heving at en ikke får problematisert de enkelte hensyn som ligger bak de konkrete kravene til opplysning, i tillegg til at den konkrete rettsvirkningen for bruddet fremdeles er usikker og vil kunne variere fra sak til sak.

Det kan argumenteres for at karakteren av grovheten for det konkrete bruddet vil være relevant ved valget mellom heving og ugyldighet dersom samme forhold kan rammes av begge rettsvirkninger. Ved denne argumentasjonslinjen vil avtl. § 33 kunne bli brukt i de mer sviklignende og klart illojale tilfeller, og avtl. § 36 for de tilfeller hvor forholdet bærer stort preg av å være i strid med prinsippet om god forretningsskikk. Illojaliteten i selg selv vil for disse tilfeller tale for total ugyldighet, ut fra de bestemmelser som rammer selgeren hardest. De foregående dommene som er gjengitt her gir lite til denne argumentasjonen, men utelukker det heller ikke. Hilde Hauge synes å ta dette standpunktet i sin vurdering av valget mellom ugyldighet og heving for samme brudd på opplysningsplikten, se nedenfor under juridisk teori.

Når rettspraksis etter de gjengitte dommene her har lagt opp til en vurdering ut fra prinsippet om lojalitetsplikten i kontraktsforhold må man likevel legge til grunn at man ved brudd på § 38 b vil kunne velge mellom heving og ugyldighet. For øvrig bringer ikke rettspraksis noe svar til spørsmålet, annet enn at man gjennom Sandvika Bil-dommen kan legge til grunn at i de tilfeller hvor forholdet blir regulert av en særlovgivning utenfor avtaleloven skal man se etter de rettsvirkningene denne loven gir anvisning til. I tråd med forarbeidene vil avtl. § 38 b dermed bli en supplerings til de allerede lovfestede reglene om opplysningsplikt, ut fra slik rettspraksis til nå har lst spørsmålet.

4. Juridisk teori

4.1 Valgfrihet som utgangspunkt

Det har blitt lagt til grunn av de aller fleste norske rettsteoretikere at man etter norsk rett har en valgfrihet til hvilken rettsvirkning man ønsker å forfølge ved brudd på opplysningsplikt.⁸⁰ Dette blir begrunnet med at vurderingstemaene for om det foreligger opplysningssvikt både etter reglene om ugyldighet og som grunnlag for misligholdsbeføyelser er tett knyttet til hverandre. Når måten rettsreglene er utformet på gir den avtalekrenkende part mulighet til å velge rettsgrunnlag, skriver eksempelvis Hov av det vil stride mot det sivilprosessuelle disposisjonsprinsippet å innskrenke denne valgfriheten, da det er opp til denne selv å velge hvilket rettsgrunnlag han vil påberope for bruddet.⁸¹ Dette følger han opp med, at når lovverket gir denne valgfriheten er det opp til parten å se hvilken rettsvirkning som er mest fordelaktig for ham.⁸² Giertsen argumenterer i samme linje med at man må se til hva som er mest gunstig for partene; om avtalen ønskes opprettholdt gjennom heving, eller om ugyldighet er det hensiktsmessige for å få tilbakeført ytelsene.⁸³ Ut fra denne argumentasjonen kan man legge til grunn at det for avtl. § 38 b vil gjelde den samme valgfriheten. Forbrukeren må selv vurdere hvilket rettsgrunnlag som for ham er mest lønnsomt.

Teorien oppstiller likevel ikke en hovedregel om valgfrihet uten en vurdering og drøftelse av sammenhengen mellom ugyldighet og heving. Den juridiske teorien behandler hvilket ansvarsgrunnlag som ligger til grunn for de ulike rettsvirkningene, og dets betydning for valg av rettsgrunnlag. Eksempelvis fremhever Nazarian at da ugyldighet innebærer et avvik fra det helt grunnleggende prinsippet om at avtaler skal holdes, taler dette i retning for en innskrenkning i muligheten for å påberope seg dette som rettsgrunnlag. Dette blir veid opp mot heving som misligholdsbeføyelse og mulighetene rettsvirkningene av dette gir til å opprettholde kontraktsforholdet.⁸⁴ Det burde ut fra dette prinsippet sluttes at det burde stilles strengere krav

⁸⁰ Eksempelvis Hov (2011) s. 179, Giertsen (2006) s. 179 jf s. 162-163, Hagstrøm (2011) s. 149, Woxholth (2014) s. 272 og 249, Nazarian, JV 2007 s. 214, Lilleholt (2015) s. 272.

⁸¹ Hov (2011) s. 179.

⁸² Jf note 57

⁸³ Giertsen (2006) s. 179-180

⁸⁴ Nazarian, (2007) s. 216, Hagstrøm (2011) s. 425.

Se også kjl. § 64 (4) og UNIDROIT Principles art 7.3.5 (1)-(3) og PECL art. 9: 305

for å kunne påberope seg ugyldighet for et forhold som også kan møtes med misligholdsbeføyelser.

Slik rettstilstanden er i dag vil det være i strid med disposisjonsprinsippet å innskrenke valgetten en kjøper har mellom ugyldighet og heving. Man kan derfor på denne bakgrunn sammen med argumentasjonen til Hov og Giertsen legge til grunn en valgett for forbrukeren. Men valgfriheten bærer klart problemer med seg. Et av dem ligger i at rettssystemet, slik reglene er oppstilt nå, ikke gir god nok veiledning. Dette gjelder særlig overfor forbrukere, og hva som skal til for å nå frem med sitt krav. Valgetten kan her medføre at forbrukeren velger et grunnlag for sitt krav som kan være bundet til strengere vilkår enn et annet, som faktisk vil gi ham medhold og også de samme rettigheter, men som er bundet til mindre strenge vilkår.

Til det siste er den store gjengangeren i begrunnelsen til hvorfor valgfriheten består at ansvarsgrunnlagene for å oppnå ugyldighet og heving er like. Både ugyldighet etter avtl § 33 og heving etter fkjl § 32 jf. § 16 (1) b krever kun at det er utvist uaktsomhet hos selgeren. Teorien har derfor foretatt en omfattende behandling for å se etter forskjeller og be om en bedre regulering av hvilke forhold som hører inn under hvilke rettsregler og rettsgrunnlag.⁸⁵ Teorien har likevel ikke viet like stor plass til konsekvensene og rettsvirkningene ved valget av rettsgrunnlag.

Woxholth har i sin siste utgave av *Avtalerett* tatt til orde for at brudd på avtl. § 38 b skal løses etter avtalelovens regler om ugyldighet.⁸⁶ Ved bokens utgivelse var ikke § 38 b trådt i kraft, men Woxholth fremhever at det ikke er lagt opp til spesielle sanksjonsregler for brudd på opplysningsplikten, men "tanken er derimot nettopp at brudd på opplysningsplikten skal kunne føre til ugyldighet eller avtalerevisjon jf. avtl. § 33 og § 36".⁸⁷ Hvor tung vekt dette kan ha sett sammen med den tilknytningen opplysningsplikten har til kontraktsrettslig heving er usikkert. Woxholth viser heller ikke til forarbeidene som åpner for at § 38 b skal kunne supplere øvrig regelverk.

⁸⁵ Se som eksempel Nazarian (2007) hvor inngrepsterskelen for de ulike rettsgrunnlagene drøftes grundig.

⁸⁶ Woxholth (2014) s. 319

⁸⁷ Woxholth (2014) s. 319

Lilleholt skriver på sin side at “spørsmåla kring verknader av brot på plikter til å gje informasjon før kontraktsinngåing (er) eit område som ventar på systematisk utgreiing.”⁸⁸ Dette tar han opp i forbindelse med at de fleste kravene til opplysningsplikt som gjelder etter norsk lov har kommet inn som pålegg fra EU gjennom EØS-avtalen, og at det typiske for pliktene direktivene stiller opp, er at brudd ikke innebærer direkte virkninger.⁸⁹ Konsekvensene av dette er at det blir mye forvirring og lite systematikk i den norske kontraktslovgivningen. Avtl § 38 b er enda et eksempel på en bestemmelse som springer ut fra et direktiv uten å gi klare rettsvirkninger, annet enn at den må kunne angripes etter adekvate, effektive og tjenlige midler. Teorien er derfor ikke helt enig når det gjelder statueringen av hvilke rettsfølger bruddet på bestemmelsen skal ha.

4.2 Et konsumpsjonsprinsipp?

Hagstrøm har antydnet i sin argumentasjon at en ikke skal kunne ha valgfrihet mellom ugyldighet og heving ved brudd på opplysningsplikten, og taler med det for en lære om konsumpsjonsprinsippet.⁹⁰ Etter denne læren vil hevingsreglene konsumere ugyldighetsinnsigelser ved at dersom forholdet er anvendelig på begge regelsett skal man kunne påberope seg hevingsretten. Ved grovt brudd på opplysningsplikten som får betydning for kontraktsinnholdet låses man dermed etter læren om konsumpsjonsprinsippet til å kreve heving.

Aktualiteten til denne læren finner man som nevnt innledningsvis ved å se til forskjellen mellom å heve en avtale *ex nunc* og *ex tunc*. Når man har mulighet til å påberope seg begge rettsgrunnlag vil det for avtaler hvor heving bare har virkning for fremtiden, men man påberoper seg ugyldighet, medføre at man ikke bare betaler for det som allerede er levert, men man vil få full restitusjon. Som Hagstrøm formulerer det:

*“ ... rettsvirkningene blir som om heving hadde funnet sted med retroaktiv virkning. Det er ikke gitt at dette skal være mulig, bl.a fordi resultatet blir at den beskyttelse som ligger i at heving bare kan erklæres *ex nunc*, da kan bli illusorisk”.*⁹¹

⁸⁸ Lilleholt (2015) s. 272

⁸⁹ Lilleholt (2015) s. 271

⁹⁰ Hagstrøm (2011) s. 149

⁹¹ Hagstrøm (2011) s. 150

Som eksempelet med et tjenestekjøp etter håndverkertjenesteloven innledningsvis viste kan en valgfrihet til å enten velge ugyldighet eller heving som rettsvirkning ved brudd på avtl. § 38 få store konsekvenser.⁹² Dersom forbrukeren velger å kreve avtalen ugyldig vil hele avtaleforholdet termineres slik at alle ytelser, både før og etter innsigelsestidspunktet skal refunderes. Dette vil ikke være rimelig ved tjenestearbeid for den næringsdrivende, da det ofte vil være vanskelig og ved flere tilfeller umulig å tilbakeføre de ytelsene for arbeid som er gjort. Det strider også mot berikelsesreglene om at ingen av partene skal tjene på heve avtalen og går på tvers av formålet med misligholdsbeføyelsene som er å gjenopprette balansen i avtaleforholdet.

Grunnen til at det innledningsvis ble gjort en reservasjon for at opplysningssvikten må få en konsekvens for selve kontraktsinnholdet og ikke være så alvorlig at kontrakten ikke bare er mangelfull, men bærer tydelige krav av tilblivelsessvikt, slik at avtalen aldri burde vært inngått, kommer klart frem av Hilde Hauge sin argumentasjon for konsumpsjonsprinsippet. Hauge legger til grunn at “de kontraktsrettslige regler, *med unntak for de svikslignende tilfeller*, konsumerer avtl. §§ 33 og 36 i relasjon til opplysningssvikt.”⁹³ (min kursivering). Begrunnelsen for dette er at misligholdsreglene gir et mer nyansert reaksjonsapparat, at reglene i stor grad allerede kan harmoniseres gjennom de alternative lovverket oppstiller⁹⁴, og det vil for de mindre svikslignende tilfellene være vanskelig å se reelle grunner for at ugyldighetsreglene skal ha betydning som alternativt grunnlag.⁹⁵ De svikslignende tilfellene holdes utenfor da avtl. § fremstår som den mest nærliggende hjemmel “for å markere løftemottakers rettsstridige forhold”, da med en total tilsidesettelse.⁹⁶ Ugyldighetsreglene vil da kunne være mest hensiktsmessige å anvende fordi de klanderverdige forholdene ved avtaleinngåelsen «ikke tåler dagens lys». I tilfeller hvor selve kontrakten er mangelfull fordi den utelatte eller villedede informasjonen har blitt en del av selve avtalen vil heving og misligholdsbeføyelsene vil være den mest hensiktsmessige rettsfølgen, ut fra denne argumentasjonen.

⁹² Se innledning punkt 1.3

⁹³ Hauge (2009) s. 375

⁹⁴ Total ugyldighet etter eks avtl § 33 vil kunne være utelukket etter rettsmisbruksbetraktninger eller en forholdsmessighetsvurdering, da karakteren av bruddet ikke uten videre danner grunnlag for heving. Se Hauge, (2009) s. 374-375 og punkt 6.1.7.4.

⁹⁵ Hauge (2009) s. 374-376

⁹⁶ Hauge (2009) s. 374

Konsumpsjonsprinsippet har dermed gode grunner for seg for å tette de hullene som lovverket nå har. Dette må likevel holdes opp mot at man ikke kan innskrenke partenes valgfrihet til valg av rettsgrunnlag når lovverket, slik det er utformet i dag, åpner for både ugyldighet og heving. Om konsumpsjonsprinsippet skulle hatt gjeldende virkning må dette i såfall fastsettes som en materiell regel som ekskluderer muligheten for ugyldighet i tilfelle reglene om heving gjennom misligholdsbeføyelsene er anvendelige.⁹⁷

⁹⁷ Hov (2011) s. 179

5. Reelle hensyn

Den siste rettskildefaktoren som gjør seg gjeldende er reelle hensyn. De reelle hensyn knytter seg til vurderinger av resultatets godhet.⁹⁸ Gjennomgangen av de hensyn som er aktuelle for forholdet mellom ugyldighet og heving som rettsvirkning etter avtl. § 38 vil bli vurdert opp mot den valgfriheten som ordlyden, forarbeidene og praksis angir, opp mot konsumpsjonsprinsippet.

5.1 Rettssikkerhet og forutberegnelighet

Det første argumentet som taler mot valgfriheten den norske kontraktslovgivningen legger opp til ved brudd på opplysningsplikt etter avtl. § 38 b er forutberegneligheten for partene. Slik rettstilstanden er nå beror det veldig på tilfeldighetene om en part prinsipalt påstår avtalen hevet eller avtaleinngåelsen for ugyldig. Dette gjelder både med hensyn til forbrukeren som må ta et bevisst valg av rettsvirkning ved brudd på opplysningsplikt, og det gjelder med hensyn til den næringsdrivende. Det kan ikke forventes at en forbruker forstår de konkrete rettsvirkningene av ugyldighet og heving, og hvor store konsekvenser det kan få for den næringsdrivende.

Om man derfor innfører en regel eller et prinsipp om at det ved brudd på opplysningssvikt må søkes avhjelp gjennom misligholdsbeføyelsene i forbrukerkjøpsloven, eller annen særlovgivning for forbrukeravtaler, unngår man at forholdsvis like saker ender ulikt ved heving eller ugyldighet. Man unngår også vanskelige grensdragninger mellom typetilfeller for hvor når et forhold skal anses som ugyldig eller når det skal falle inn under misligholdsbeføyelsene. Rettssikkerheten for begge parter økes derfor om man innskrenker valgfriheten ved å gi klare regler om at det er misligholdsbeføyelsene som skal favne om forholdet ved brudd på prekontraktuell opplysningsplikt.

Som motargument for at rettssikkerheten økes kan det trekkes frem at misligholdsbeføyelsene gir fristregler for når kravet må settes frem gjennom reklamasjonsreglene. Ugyldighet på sin side gir ikke slike fristregler, men foreldes etter de alminnelige foreldelsesreglene som gjør at

⁹⁸ Eckhoff (2001) s. 371

forbrukeren kan sette frem kravet i en lengre periode enn etter misligholdsbeføyelsene. Ved å låse forbrukeren til misligholdsbeføyelsene setter man dermed skranker for forbrukeren som vil kunne miste rettskravet sitt ved brudd på avtalen. Vekten av dette motargumenter er etter min mening lav. Foreldelsesfristene for mangelsbeføyelsene er lange⁹⁹, og forutberegneligheten ved å ha klare rettsvirkninger veier klart tyngre med hensyn til begge partene. Til dette kan det også tilføyes at det særlig i saker som gjelder opplysningssvikt ofte vil være en vanskelig bevissituasjon, og i tillegg er forbrukeren beskyttet ved at foreldelsesfristen ikke begynner å løpe før forbrukeren får kunnskap om opplysningssvikten jf fkjl § 27 (1). Fristreglene vil også gi et insentiv for forbrukeren til å sette frem kravet sitt så tidlig som mulig som igjen øker rettssikkerheten.

Et underliggende spørsmål for å sikre forutberegneligheten for forbrukeren er om det er domstolenes eller lovgivers oppgave å sikre at forbrukeren velger det rettsgrunnlaget som gir best vern og er mest hensiktsmessig for både forbrukeren og selgeren. Veid opp mot disposisjonsprinsippet må det i første rekke være lovgiveren, men domstolene må kunne veilede og påpeke uheldige konsekvenser av forbrukerens valg.

5.2 Prosessøkonomiske hensyn

Slik rettstilstanden er nå vil det være uklart om en forbruker bør kreve heving eller ugyldighet. Ved å innføre konsumsjonsprinsippet vil det for forbrukeren bli gitt klare regler om rettsfølgen, som igjen vil kunne lette saksgangen. Dette taler klart mot å opprettholde valgfriheten for rettsvirkninger da klare regler og følger er noe man bør strebe etter for å minske kostandene og prosessen for å angripe brudd på opplysningsplikten.

5.3 Forbrukerhensyn

Å opprettholde valgfriheten vil gi forbrukeren best vern. Forbrukeren vil da kunne ut fra situasjonen vurdere hvilken rettsvirkning som er mest tjenlig for ham å påberope seg.¹⁰⁰ Avtl. § 38 b har som nevnt anvendelse utover forbrukerkjøpsavtaler om kjøp av ting, og gjelder også

⁹⁹ 2 og 5 år jf. fkjl. § 27 (2), i tillegg til at den kan utvides etter § 27 (4) dersom selgeren har opptrådd grovt uaktsomt eller i strid med redelighet og god tro etter avtl. § 33

¹⁰⁰ Giertsen (2006) s. 163

for tjenester hvor det ofte ikke vil være hensiktsmessig for forbrukeren å bli låst til heving som bare virker fremover.¹⁰¹ Dette kan avveies til hensynet for forutberegnelige rettsregler, som kanskje i enda større grad ivaretar hensynet for forbrukeren. Regelverket skal være tilgjengelig, og det vil øke vernet for forbrukeren å ha klare sanksjoner for brudd på opplysningssvikten, fremfor den usikkerheten som knytter seg til valget mellom ugyldighet og heving. Grunnen for at de nye kravene til opplysningsplikten er stilt er for å sørge for en harmonisering av rettsreglene både nasjonalt og over landegrensene. Da kan det fort gå galt dersom ved det samme forhold ved brudd på opplysningsplikt gis rom for ulike sanksjoner.

5.4 Rimelighet

Som det vil bli påpekt under gjennomgåelsen av løsningen etter UNIDROIT Principles og den tyske retten er bakgrunnen for å låse kjøperen til misligholdsbeføyelsene det at de reglene er mer fleksible sett opp mot graden av den konkrete opplysningssvikten. Det samme gjelder for de norske misligholdsbeføyelsene sml. også Hauges tilnærming til konsumpsjonsprinsippet.¹⁰² Etter de norske reglene er misligholdsbeføyelsene gradert slik at dersom retting eller omlevering er mulig, kan man ikke heve. Det kan fort bli urimelig dersom forbrukeren for samme forhold kan kreve avtalen ugyldig fremfor å få prisavslag. Selvsagt kan det ved grovt brudd på opplysningssvikten etter § 38 b være rimelig å kjenne avtalen ugyldig ut fra de konkrete forholdene, men ikke alltid. Når lovgivningen åpner for denne valgfriheten er det mulig at det blir fremsatt urimelige krav for selgeren, for eksempel i tilfeller hvor det for begge parter vil være mest hensiktsmessig å kreve avtalen hevet, men opplysningssvikten blir angrepet med total ugyldighet.

Et helt sentralt argument er at avtaler skal holdes. Dette er den klare hovedregelen etter norsk rett. Å kjenne en avtale ugyldig bryter med dette prinsippet, noe som taler for at man bør innføre en konsumpsjonsregel hvor man heller må søke å gjenopprette balansen i avtaleforholdet etter reglene om misligholdsbeføyelsene. Selv om heving medfører at ytelsene tilbakeføres er det helt sentralt at avtaleforholdet fremdeles består mellom partene. Prinsipielt sett er dermed heving som misligholdsbeføyelse mindre inngripende da formålet med det er å reparere avtaleforholdet¹⁰³, fremfor ugyldighet hvor hele avtalen annulleres.

¹⁰¹ Se under punkt 4.2

¹⁰² Jf. oppgaven punkt 4.2

¹⁰³ Nazarian, JV 2007 s. 218

5.5 Reelle hensyn oppsummert

Selv om valgfriheten mellom ugyldighet og heving ved brudd på § 38 b vil gi forbrukeren best vern til å selv velge rettsgrunnlag ut fra hva som er mest fordelaktig for ham, taler de aller fleste hensyn for et konsumpsjonsprinsipp. Ved å bli låst til misligholdsbeføyelsene øker man forutberegneligheten og rettssikkerheten for begge parter, i tillegg til at det er i tråd med prinsippet om at avtaler skal holdes.

Videre vil det ses til hvordan fremmed rett gar løst det samme rettslige spørsmålet.

6. Fremmed rett

6.1 Internasjonale rettsharmoniseringsprosjekt

Å samordne og harmonisere kontraktsretten har lenge vært et mål gjennom internasjonale samarbeid. Vi har allerede sett at EU retten i den forstand har gitt direktiver med utfyllende harmoniseringskrav for medlemsstatene til å gi et sterkt vern for forbrukere, eksempelvis EU/2011/83 som avtl. § 38 b nettopp springer ut fra. EU-direktivene skiller seg ut fra de følgende regler fra rettsharmoniseringsprosjektene gjennom at den lovgivningen er bindende for norsk rett, men da direktivet selv bevisst ekskluderte behovet for å regulere rettsfølgene, bidrar ikke direktivet til spørsmålet om rettsfølgene etter norsk rett. Spørsmålet for vurderingen under dette punktet er om løsningene som følger av fremmed rett vil kunne bidra til forståelsen av den norske retten.

PECL og UNIDROIT er ikke gjeldende som overnasjonal lovgivning, men er verker utarbeidet gjennom internasjonale juridiske samarbeid, hvor man har forsøkt å oppstille det man mener er de mest sentrale og gjennomgående kontraktsrettslige prinsipper basert på de ulike nasjonale rettssystemene. Prinsippene som er utarbeidet er ment til å kunne være retningsgivende ved internasjonale kjøpsavtaler hvor partene ikke klarer å bli enige om hvilke lands lov som skal gjelde, eller som en felles referanse i avtaler.¹⁰⁴ Den rettskildemessige vekten for norsk rett er liten, men den illustrerer ulike løsninger som alternativ til den norske retten.

Forbrukerrettighetsdirektivet legger det over på statene å regulere rettsvirkningene ved brudd på artiklene jf. art 23. Dette betyr at man innenfor Europas grenser får ulike løsninger for brudd på samme forhold alt ettersom hvilket rettssystem som regulerer kontraktsforholdet. Hvordan samme spørsmål er regulert i samlingene av det som anerkjennes som felles europeiske kontraktsrettslige prinsipper og regler kan derfor være interessant, og særlig i de tilfeller hvor det oppstår tvist om rettsvirkningene av et forbrukerkjøp over landegrenser.

¹⁰⁴ Giertsen, (2006) s. 24-25

6.1.1 Principles of European Contract Law

PECL sitt hovedformål er å utvikle en felles europeisk kontraktsrett. Gruppen som arbeider med prosjektet har støtte fra EU kommisjonen, men er ikke en del av EU-systemet.¹⁰⁵ PECL tar for seg kontrakter generelt, og regulerer derfor også forhold for forbrukerkjøpsavtaler jf. PECL art. 1:101 om at prinsippene er “intended to be applied as general rules of contract law in the European Communities”.

Rettsvirkningene for mislighold er regulert i PECL art 4:119. Etter denne artikkelen kan parten som mottar en vare i ikke avtalemessig stand på grunn av en mangel “pursue either remedy” fra dette kapittelet. Bestemmelsen gir da kjøperen en valgrett mellom å kreve ugyldighet eller misligholdsbeføyelser, herunder heving.

I kommentarene til art. 4:119 er det uttalt at “there seems no good reason to prevent the aggrieved party from choosing which set of remedies to pursue”.¹⁰⁶ I tilfeller hvor mangelen, herunder opplysningssvikt i form av avvik mellom informasjon og ytelse, både gir grunnlag for “non-performance” (misligholdsbeføyelser) og “avoidance” (ugyldighet) står kjøperen fritt til å velge.

PECL gir dermed i likhet med den norske retten, også en valgrett for forbrukeren hvor opplysningssvikten kan medføre både heving og ugyldighet.

6.1.2 UNIDROIT Principles

UNIDROIT Principles har som hovedformål å formulere prinsipper som er anvendelige for internasjonale kommersielle kontrakter.¹⁰⁷ Da prinsippene fokuserer på de kommersielle avtalene vil den rettskildemessige vekten for å kunne anvende prinsippene opp mot forbrukeravtaler være ganske lav. Bestemmelsen som UNIDROIT setter for rettsvirkningene av mislighold er likevel interessante da den gir et alternativ til valgfriheten som ordlyden og forarbeidene til avtl. § 38 b gir.

¹⁰⁵ Giertsen (2006) s. 24

¹⁰⁶ Lando & Bale (2000) s. 285-286

¹⁰⁷ Giertsen (2006) s. 25

Etter UNIDROIT art 3.2.4 om "Remedies for Non-Performance" sies det uttrykkelig at parten "is not entitled to avoid the contract" ved en mangelfull vare, dersom parten kan søke "remedy for non-performance".¹⁰⁸ Her blir det gitt forrang for misligholdsbeføyelsene, noe som uttrykkelig fremgår av kommentaren til artikkelen: "Remedies for non-performance is preferred".

Begrunnelsen for dette er etter kommentarene fordi misligholdsbeføyelsene "are better suited and are more flexible than the radical solution of avoidance".¹⁰⁹ Man skal dermed søke etter mildeste middel til målet. Holdt opp mot norsk rett er det også slik at misligholdsbeføyelsene gir flere alternativ for å avhjelpe mangelen eks gjennom retting etter fkjl. § 29 eller prisavslag etter fkjl. § 31. Når opplysningssvikten har fått betydning for kontraktsinnholdet vil man etter reglene om misligholdsbeføyelser kunne gradere rettsfølgen til å passe proporsjonalt med alvorligheten av bruddet, fremfor ugyldighet hvor man terminerer hele avtalen.

Videre er det også i kommentarene henvist til ulempen med å velge de kontraktsrettslige misligholdsbeføyelsene. Eksempelvis vil et krav om prisavslag eller erstatning kunne bli foreldet gjennom kortere tidsfrister, på samme måte som et hevingskrav vil ha kortere reklamasjonsfrist etter norsk rett. Selv om dette skulle skje bestemmes det likevel at parten ikke vil ha mulighet til å søke gjenopprettelse av balanse i avtaleforholdet gjennom ugyldighet. Det begrunnes ikke noe mer hvorfor, men det er naturlig å se hen til at de aller fleste nasjonale rettssystemer gir ganske lange foreldelsesfrister for misligholdsbeføyelser og erstatningskrav. Når tiden løper vil et fremsatt krav langt fra misligholdstidspunktet være en stor påkjenning for parten kravet blir fremsatt mot. Å sette en gitt tidsfrist gjennom foreldelsesregler vil også gi en kjøper det misligholdes ovenfor et insentiv til å fremsette kravet så snart som mulig, og på den måten unngår man urimelige påkjenninger for selgeren.

Etter prinsippene fra UNIDROIT vil dermed et brudd med avtl. § 38 b måtte angripes etter de mer fleksible reglene om misligholdsbeføyelser, selv om det innskrenker tidsfristen for å påberope kravet.

¹⁰⁸<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> s. 104-105

6.2 Tysk rett

Den tyske retten gir også en annen løsning enn den vi finner etter norsk rett når det gjelder forholdet mellom ugyldighet og heving. For heving og ugyldighet skiller ikke tysk rett mellom ulike lovverk basert på forskjellige avtaletyper. Den tyske kontraktsretten er nedfelt i en sivillovbok, Bürgerlichen Gesetzbuch, som omhandler all privatrett. Sivillovboken er inndelt i fem bøker, hvor de relevante lovbestemmelsene for denne problemstillingen ligger i bok 1 om alminnelige bestemmelser og bok 2 om obligasjoner. I bok 2 er det gitt både alminnelige regler om kjøp og spesialregler som f.eks. forbrukerkjøp. Hvilke regler som kommer til anvendelse på den konkrete sak bestemmes ut fra prinsippet om *lex specialis*¹¹⁰. For denne illustrasjonen kommer ikke spesialreglene om forbrukerkjøp til å bli gjennomgått, da tysk kontraktsrett ikke skiller mellom en forbruker og en vanlig kjøper etter opplysningssvikt ved de generelle misligholdsbeføyelsene og reglene om ugyldighet.

Allerede ved å statuere at den tyske kontraktsretten er nedfelt i en sivillovbok ser man at den rettskildemessige vekten inspirasjon fra tysk rett vil gi til norsk rett er begrenset. Hovedpoenget med å trekke frem den tyske retten er at måten den løser spørsmål om ugyldighet og heving vil kunne inspirere til en diskusjon om spørsmålet for de samme rettsfølgene etter norsk rett. Det blir derfor ikke et direkte spørsmål om man etter norsk rett skal utforme retten slik det er gjort i Tyskland, men heller om den tyske reguleringen av spørsmålet kan være med å underbygge de hensyn som gjør seg gjeldende etter konsumpsjonsprinsippet.

6.2.1 Rettsvirkningene for brudd på opplysningsplikt etter tysk rett

Før det vises til de generelle kjøpsrettslige reglene må det aller først påpekes at det i den alminnelige delen finnes bestemmelser om ugyldighet ved opplysningssvikt. Etter BGB § 123 er en avtale ugyldig dersom en person har blitt utsatt for bedrag eller trussel¹¹¹, og etter BGB § 119 er en avtale ugyldig dersom en person ved avgivelsen av viljeserklæringen fikk feil informasjon om vesentlige deler av innholdet av kontrakten.¹¹² På samme måte som for de

¹¹⁰ Zekoll & Reimann (2005) s. 11

¹¹¹ BGB § 123 "Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung"

¹¹² BGB § 119 "Anfechtbarkeit wegen Irrtums"

norske ugyldighetsregler foreligger det dermed en tilblivelsesmangel som gjør at avtalen må anses som aldri inngått og hele avtaleforholdet annulleres jf. BGB § 142.¹¹³

At det aldri kan sies å ha vært inngått en avtale ved ugyldighet etter avtl. § 33 stemmer også etter norsk rett. Dersom selgeren ikke gir korrekte opplysninger kan man ikke bygge på viljeserklæringen til forbrukeren og det vil aldri ha vært inngått en avtale.

Bedrag (*Täuschung*) etter BGB § 123 skal forsås som en bevisst feilaktig fremstilling av fakta med den intensjonen å skape eller å opprettholde en feil.¹¹⁴ For å kunne påberope seg ugyldighet etter BGB § 123 må man dermed påvise forsett hos den andre parten. BGB § 119 oppstiller derimot ikke et subjektivt vilkår om forsett eller skyld hos den andre parten, men krever kun at det foreligger en uoverensstemmelse mellom de avgitte viljeserklæringer som har fått betydning for kontraktsinnholdet.¹¹⁵ Videre kommer BGB § 119 kun til anvendelse i klart begrensede typetilfeller, f.eks dersom en part refererte til euro, mens den andre parten forstod det som norske kroner. Informasjonssvikt i forbrukerforhold som er underlagt Direktiv EU/2011/83 vil som hovedregel ikke falle inn under denne bestemmelsens anvendelsesområde.

Til sammenligning med de aktuelle ugyldighetsinnsigelser for brudd på avtl. § 38 b oppstiller BGB § 123 et mye strengere subjektivt vilkår, som det for de aller fleste forbrukerkjøpsavtaler vil være vanskelig å bevise. Selv om en ugyldighetsinnsigelse etter BGB § 119 kun krever at det objektivt sett foreligger en feil da viljeserklæringen ble avsagt er de bevismessige problemene her det samme, det at personen ikke ville ha avgitt viljeserklæringen om han hadde hatt den korrekte informasjonen.

For de konkrete kjøpsreglene etter BGB vil forbrukeren, forutsatt at opplysningssvikten utgjør en mangel ved brudd på den implementerte artikkelen etter EU/2011/83, kunne heve kontrakten etter BGB § 437 punkt 2. Heving forutsetter at kravene etter BGB §§ 440, 326 (5) og 323 er oppfylt. Etter sistnevnte bestemmelse vil man ha rett til å heve når selgeren ikke oppfylder i tråd med kontrakten, herunder at opplysningene ikke tilsvarer ytelsen. I tillegg til å heve etter BGB § 437 gir bestemmelsen også henvisninger til at kjøperen kan kreve blant flere rettsvirkninger,

¹¹³ Markesinis, Unberath, Johnston (2005) s. 419, og BGB § 142 "Wirkung der Anfechtung"

¹¹⁴ Oversatt definisjon "deliberate misrepresentation of facts with the intention to arouse or sustain an error" etter Markesinis, Unberath (2005) på s. 303

¹¹⁵ Markesinis, Unberath, Johnston (2005) s 289 og Palandt BGB InfoV Einf Randnummer 5.

konkret prisavslag i punkt 2 og erstatning etter punkt 3. Fellesnevneren for disse rettsvirkningene er at alle er misligholdsbeføyelser.

Selv om man, dersom vilkårene etter enten BGB §§ 119 og 123 er oppfylt kan velge å kjenne avtalen ugyldig, er det sjelden at det etter vilkårene i BGB foreligger både grunnlag for å heve og kjenne avtalen ugyldig som følge av samme mangel samtidig. I tillegg er BGB § 119 *lex generalis* til kjøpsavtaler om kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser etter BGB §§ 437 følgende jf. oppdelingen av generelle og spesielle bestemmelser etter sivilboken. Etter tysk rett må man i tilfeller det foreligger en mangel på grunn av informasjonssvikt etter direktiver velge å kreve avtalen hevet. Misligholdsbeføyelsene sluker dermed delvis opp muligheten for å kjenne en avtale ugyldig. Heving ved kontraktsrettslig mangel er derfor hovedregelen etter den tyske kontraktsretten.

At den tyske retten angir misligholdsbeføyelser som rettsvirkning ved kontraktsrettslige mangler har den samme begrunnelsen som UNIDROIT Principles, nemlig at disse rettsvirkningene er mer fleksible i vurderingen av hvilken sanksjon som skal gis til graden av mislighold. I forlengelsen av dette er bakgrunnen for at man etter tysk rett binder kjøperen til misligholdsbeføyelsene begrunnet i at kjøperen skal ha muligheten til å søke andre krav for å gjenopprette balansen i avtaleforholdet.¹¹⁶ Dette vil ikke forbrukeren ha dersom han må søke avtalen angrepet for ugyldighet, da kontraktsrettslig erstatningskrav også forutsetter som det gjør for misligholdsbeføyelsene at det ligger en brutt avtale i bunn jf BGB § 281 jf. § 280. Heving utelukker ikke erstatning dersom vilkårene for begge er oppfylt.¹¹⁷

Selv om det sistnevnte argumentet om å delvis låse en kjøper til misligholdsbeføyelser for at kjøperen skal ha mulighet til å søke erstatning ikke gjør seg gjeldende for norsk rett, da ugyldighet etter avtaleloven ikke utelukker erstatning¹¹⁸, har den tyske retten en kobling til konsumpsjonsprinsippet. Misligholdsbeføyelsene er mer fleksible til graden av mangelen (opplysningssvikten), og den tyske retten trekker skarpere skiller mellom de ulike rettsgrunnlagene, da særlig ansvarsvilkårene.

¹¹⁶ Zekoll and Reimann (2005) s. 191-195

¹¹⁷ Zekoll and Reimann, (2005) s. 195

¹¹⁸ Hagstrøm (2011) s. 540

7. Rettskildebildet for øvrig

7.1 Kjøplovgevingen

Kjøpslovgevingen gir den samme muligheten til å velge rettsvirkning ved brudd på opplysningssvikten. Til forskjell fra forbrukerkjøpsloven stiller kjøpslovgevingen for øvrig strengere ansvarsvilkår. For ugyldighet etter § 33 er ansvargrunnlaget om culpa det samme, men når man ser til kravene for heving kreves det at mangelen er "vesentlig" jf. eks kjl. § 39. Etter dette kriteriet stilles det krav om forsett eller grov uaktsomhet.¹¹⁹ Mot forbrukerkjøpslovens krav om at mangelen ikke er "uvesentlig" som bare krever uaktsomhet, vil det for brudd på opplysningssvikt utenfor forbrukerforhold etter kunnskapskravet være lettere å vinne frem med ugyldighet enn heving. For kjøpslovgevingen utenfor forbrukerforhold er det dermed en større trang til å innføre et konsumpsjonsprinsipp, da det basert på ansvargrunnlaget kan være lettere å vinne frem med en ugyldighetsinnsigelse, enn et krav om heving.

7.2 Konsekvenser av konsumpsjonsprinsippet

Det avgjørende argumentet for at valgfriheten må stå seg på tross av hensynet til forutberegneligheten og klare regler, er om man ser til følgene ved valget av rettsgrunnlag. Om man ser til konkursretten vil en ved en ugyldig avtale som hovedregel ha et separatistkrav i boet, mot et misligholdskrav som kun gir dividende på lik linje med de øvrige kreditorene.¹²⁰ Dette er fordi ugyldighet slik, lovverket er lagt opp, er en tilblivelsesmangel etter avtl. § 33 og § 36 som gjør at avtalen aldri kan anses inngått. Om man da tillater et konsumpsjonsprinsipp bryter man dermed med retten til vindikasjon i formueretten.

For forbrukerkjøpsavtaler betyr det at selgeren aldri har vært eier av vederlaget forbrukeren betaler for ytelsen. Forbrukeren vil da ha separatistrett i boet til vederlaget og vil vindisere i tilfeller hvor selgeren går konkurs jf. dekl. § 2-2. Ved dette vil forbrukeren sikre seg full

¹¹⁹ Nazarian (2007) s. 208

¹²⁰ Sæbø, LoR (1996) s. 127

refusjon, sammenlignet med heving da det for misligholdsbeføyelser forutsettes at gyldig avtale er inngått. På motsatt side vil det om man innfører et konsumpsjonsprinsipp etter norsk rett medføre at alle kjøpere må informere seg bedre om selgers solvens på avtaletidspunktet. Å innføre konsumpsjonsprinsippet vil derfor gi et insentiv til å forsikre seg om at motparten kan levere varen eller tjenesten.

Til sammenligning med tysk rett hvor kjøperen blir låst opererer den tyske kontraktsretten med et abstraksjonsprinsipp.¹²¹ Etter dette prinsippet skal man ved vurderingen av om det forelå feil ved avtalen eller en mangel ved ytelsen dele avtaleforholdet opp i biter. Eksempelvis vil en kontrakt om bilkjøp bli sett på som to ulike avtaleforhold. Det første er selve avtaleinngåelsen av bilkjøpet, det andre er leveringen av bilen. Dersom feilen ligger ved avtaleinngåelsen vil ikke dette automatisk føre til at kjøperen må levere fra seg bilen. Det at overleveringen blir sett på som en egen del gjør kjøperen til eier, selv om det foreligger feil ved avtaleinngåelsen. For konkursretten betyr det at man gjennom abstraksjonsprinsippet likevel kan sikre seg full refusjon ved misligholdsbeføyersene i konkurs da eierskapet er beskyttet på en annen måte enn etter norsk rett. Dette svekker også vekten av inspirasjonen man kan hente ut fra den tyske løsningen ved de retts tekniske forskjellene som foreligger.

En siste konsekvens ved et konsumpsjonsprinsipp er innskrenkningen det medfører for foreldelsesreglene. Et hevingskrav vil være bundet av kontraktslovgivningens absolutte reklamasjonsfrister, mens et ugyldighetskrav som er en tilblivelsesmangel vil foreldes etter de alminnelige reglene om foreldelse. Som allerede nevnt under reelle hensyn vil dette etter min mening kun øke rettssikkerheten, og gi et insentiv om å fremsette kravet så snart som mulig.

¹²¹ Markesinis, Unberath, Johnston (2005) punkt 1.5 c særlig s. 27-29

8. Avslutning og konklusjon

Konklusjonen på den rettslige problemstillingen om en forbruker ved grovt brudd på opplysningsplikt etter informasjonskravene i avtl. § 38 b har en valgrett til å heve kontrakten eller kreve avtalen erklært ugyldig er at det er en valgfrihet etter dagens rettstilstand i Norge.

Valgfriheten begrunnes i ordlyden, forarbeidene, direktivet og praksis, i tillegg til følgekonskvensene ved å innskrenke valgfriheten til misligholdsbeføyelsene.

Lilleholt sin uttalelse om at spørsmålene om virkningene ved brudd på plikter til å gi informasjon før kontraktsinngåelsen er et område som venter på systematisk utgreiing, skal likevel bemerkes.¹²² Slik det norske lovverket gir definisjonen av opplysningsplikt til å både være en tilblivelsesmangel som kan medføre ugyldighet og en kontraktsrettslig mangel som kan forfølges etter reglene om misligholdsbeføyelser skaper det usikkerhet med hvilket rettsgrunnlag man benytte på forholdet. Et alternativ kan være å sette et skarpere skille mellom hva som skal karakteriseres som en tilblivelsesmangel og hva som er et brudd på en allerede inngått avtale og på den måten sette opp et skarpere skille mellom rettsgrunnlagene. Et annet alternativ er å reservere ugyldighet etter avtl. § 33 for de klart sviklignende tilfellene ved å akseptere et konsumpsjonsprinsipp, eller oppstille et strengere ansvarskrav. Dette vil gi bedre proporsjonalitet ut fra karakteren av bruddet som da vil kunne graderes fra de mildeste misligholdsbeføyelsene til en annullering av avtaleforholdet gjennom ugyldighet.

En annen mulighet er å gjøre en lovendring i § 38 b hvor det kan vises direkte til de kontraktsrettslige hevingsreglene. Dette vil ivareta hensynet til at forbrukeren skal kunne gjøre seg kjent med de aktuelle rettsvirkningene. Her vil man igjen få problemet med at informasjonskravene er plassert inn i avtaleloven som gjør at valget om rettsfølge likevel blir stående.

At man ikke har inntatt en regulering av sanksjonene etter avtl. § 38 b kan også argumenteres for da, slik den står nå, kan komme inn som supplement til enten heving eller ugyldighet, ut fra karakteren av bruddet på opplysningssvikten.

¹²² Gjengitt ovenfor, Lilleholt (2015) s. 272

Slik lovverket er regulert i dag, og da særlig med tanke på at avtl. § 38 omfatter alle forbrukeravtaler må det fremdeles være en valgfrihet. Man blir derfor stående med at informasjonskravene etter avtl. § 38 vil få betydning mellom det kontraktsmessige og det kontaktstridige mellom gyldig og ugyldig stiftet avtale.

9. Litteraturliste

Bøker

Forkortelse i teksten

Fullstendig henvisning

Andenæs (2015)

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 5. utgave, (Oslo 2015)

Eckhoff (2001)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave, ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001)

Hagstrøm (2011)

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011)

Hauge (2009)

Hauge, Hilde, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner: Analyser av begrepsbruk, strukturer og argumentasjonslinjer i den avtalerettslige ugyldighetslære* (Oslo 2009)

Helleand & Koch (2014)

Ingvill Helland and Sören Koch, *Nordic and Germanic Legal Methods*, (Tübingen 2014)

Hov (2011)

Hov, Jo, *Avtalebrudd og partsskifte: Kontraktsrett 2*, 4. utgave (Oslo 2011)

Giertsen (2006)

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 2 opplag (Bergen 2006)

Koch, Skodvin og Sunde (2017)

Søren Koch, Knut Einar Skodvin, Jørn Øyrehagen Sunde (eds.), *Comparing Legal Cultures* (Bergen 2017)

Kötz & Flessner (1998)

Hein Kötz and Axel Flessner, *European Contract Law: Volume 1: Formation, Validity, and Content of Contract; Contract and Third Parties* – translated by Tony Weir (Oxford 1998)

Lando & Beale (2000)

Ole Lando and Hugh Beale (eds), *Principles of European Contract Law parts 1 and 2*, prepared by the Commission of European Contract Law (The Hague, the Netherlands 2000)

- Markesinis, Unberath & Johnston (2006) Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2. edition (Oxford and Portland, Oregon 2006)
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og Standpunkt* (Bergen 2004)
- Reimann and Zekoll (2005) Mathias Reimann and Joachim Zekoll (eds), *Introduction to German Law*, 2. Edition (The Hague 2005)
- Seljersted, Arnesen, Rognstad, Foyn, Kolstad (2004) Fredrik Seljersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rignstad, Sten Foyn, Olav Kolstad, *EØS-rett*, 2. utgave (Oslo 2004)
- Sæbø (1994) Sæbø, Rune, *Innsidehandel med verdipapir*, (Bergen 1994)
- Tuseth og Winge (2014) Bård Sverre Tuseth og Nikolai K. Winge, *Masteroppgaven i Juss* (Oslo 2014)
- Woxholth (2014) Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 9 utgave (Oslo 2014)

Artikler og tidsskrifter

- Franklin (2012) Franklin, Christian N. K, Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning, *Jussens Venner*, 2012 s. 269-317
- Færstad (2013) Færstad, Jan Ove, En Kommentar til Høyesteretts avgjørelse i Fokus Bank-saken, Rt 2012 s. 1926, *Lov og Rett vol 52* s. 323-336
- Giertsen (2015) Giertsen, Johan, Avtalelovene - hva nå?, *Aftaleloven 100 år kapittel 15* s. 331-348 2015 DJØF Publishing
- Høgberg (2014) Høgberg, Alf Petter, «Kommentar til avtaleloven» *Norsk Lovkommentar*, sist revidert 9 september 2014
- Lilleholt (2013) Lilleholt, Kåre, Revitalisering av generalklausulen? Litt om opplysningssvikt

	og avtalelova § 36, <i>Tidsskrift for rettsvitenskap</i> 2013 s. 550-566
Lilleholt (2015)	Lilleholt, Kåre, Grenser for kontraktsfridommen, <i>Aftaleloven 100 år s. 259-278</i> , 2015 DJØF Publishing
Nazarian (2007)	Nazarian, Henriette, Opplysningssvikt som grunnlag for ugyldighet, mislighold eller lemping, <i>Jussens venner</i> 2007 s 201-220
Sæbø (1996)	Sæbø, Rune, Ugyldighet og krav om avtalerevisjon som grunnlag for separatistrett i konkurs, <i>Lov og Rett</i> 1996 s 123-141

Norges lover

Avtaleloven (avtl.)	Lov 31 mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer
Foreldelsesloven (fl.)	Lov 18 mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer
Dekningsloven (deknl.)	Lov 8 juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett
Kjøpsloven (kjl.)	Lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp
Håndverkertjenesteloven (hvtjl.)	Lov 16 juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m. m for forbrukere
Avhendingslova (avhl.)	Lov 3 juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom
Pakkereiseloven (pakrl.)	Lov 25 aug 1995 nr. 57 om pakkereiser og reisegaranti
Bustadoppføringslova	Lov 13 juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m
Verdipapirhandelloven (vphl.) (opphevet)	Lov 19 juni 1997 nr. 79 om verdipapirhandel (opphevet)
Forbrukerkjøpsloven (fkjl.)	Lov 21 juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp

Verdipapirhandeloven (vphl.)	Lov 29 juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel
Markedsføringsloven (mfl.)	Lov 9 jan 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.
Angrerettloven (angrl.)	Lov 20. juni 2014 nr. 27 om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler

Norske forarbeider

Ot. prp nr. 44 (2001-2002)	Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)
Prop. 64 L (2013-2014)	Lov om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven) (gjennomføring av direktiv 2011/83/EU om forbrukerrettigheter)

Norsk rettspraksis

Rt. 1984 s. 28 (Tromsø Sparebank)
 Rt. 2000 s. 1811 (Finanger 1)
 Rt. 2012 s. 1926 (Fokus Bank)
 Rt. 2013 s. 388 (Røeggen)
 LB-2014-81169

Utenlandske og internasjonale rettskilder

Case 283/81 Judgment of the Court of 6 October 1982. - Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health (EF-domstolen)

Principles of European Contract Law 2000 (PECL)

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010

EU Forbrukerkjøpsdirektivet – Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees

EU Forbrukerrettighetsdirektivet – Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

BGB engelsk oversatt i Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2. edition (Oxford and Portland, Oregon 2006) Appendix 2 s. 865 flg.

Internettkilder (URL)

PECL: https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/ (Sist sjekket 1 juni 2017)

UNIDROIT Principles:

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (Sist sjekket 1 juni 2017)

BGB: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (Sist sjekket 1 juni 2017)