

**Sensorveiledning hjemmeeksamen 3. avd. Master,
Det juridiske fakultet i Tromsø,
vår 2004**

Innledning – generelt om oppgaven

Denne sensorveiledning er en revisjon av utkastet datert 14. mai 2004 som sensorene allerede har mottatt. Jeg har nå lest gjennom 6 besvarelser og jeg har dannet meg et visst bilde av hvor nivået ligger. Oppgaven er todelt, og av oppgaveteksten fremkommer det at hver del skal telle like mye. Etter min oppfatning må imidlertid kandidatene gis spillerom i forhold til fordelingen mellom de to deler. I de besvarelser jeg har lest til nå varierer det noe hvilken del som er mest omfattende. Del fleste kandidater skriver imidlertid mest på del I.

Det er hovedsakelig kandidatenes kunnskaper og evner innenfor rettskildelæren som blir testet gjennom oppgaven. Del I reiser i tillegg pengekravsrettslige problemstillinger. Del II fordrer at kandidatene har god oversikt i faget obligasjonsrett. Vanskelighetsgraden må kunne sies å være høy. Ingen av oppgavens to deler er såkalte "kapitteloppgaver" hvor en samlet fremstilling i litteraturen kan "kopieres". Kandidatenes evne til selvstendig tanke og resonering settes derfor på prøve. Nærmere redegjørelse for hva som bør inngå i en besvarelse av oppgaven, følger straks nedenfor.

Del I

Generelt

Oppgaven lyder: "*Gi en analyse av dommen inntatt i Rt. 2002 s. 71 (Rentedommen). Ved analysen skal blant annet dette spørsmålet besvares: Hvordan vil du plassere dommen i forhold til den tradisjonelle lære om hjemmelskravet for renter?*"

Oppgaven reiser spørsmål innefor fagene obligasjonsrett (pengekravsrett) og rettskildelære. Pensum i obligasjonsrett er Hagstrøm/Aarbakke, *Obligasjonsrett* (Oslo 2003). For faget rettskildelære er pensum Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (Bergen 1999). Av øvrig relevant litteratur kan nevnes Krüger, *Pengekrav, Bergsåker, Pengekravsrett* (Oslo 1994) og Torvund, *Pengekravsrett* (Oslo 1997). Dommen inntatt i Rt. 2002 s. 71 har også vært kommentert av Bergsåker i en kort artikkel i et nummer av *Nytt i privatretten* for 2002. Denne artikkel har imidlertid ikke vært tilgjengelig for meg under utarbeidelsen av denne sensorveiledning.

Nærmere om oppgavens tema

Oppgaven spør etter en domsanalyse av Rt. 2002 s. 71. Videre skal dommen plasseres i forhold til den tradisjonelle lære om hjemmelskravet for renter. Når dommen skal "plasseres", oppfatter jeg det dithen at kandidatene skal redegjøre for hvorledes den eller de rettssetninger som kan utledes av dommen, harmonerer med den tradisjonelle lære. Dette kommer hjem nærmere tilbake til nedenfor. Ved analyse av dommen inntatt i Rt. 2002 s. 71, er det naturlig at kandidatene først redegjør helt kort for sakens faktum. Fra dommens sammendrag hitsettes:

"En advokat var i lagmannsretten dømt til å betale erstatning til oppdragsgiver etter å ha handlet uforsvarlig i forbindelse med innløsning av en festekontrakt, en dom som ble

rettskraftig da anken ble nektet fremmet. Ankesaken gjaldt nå spørsmål om plikt til å betale rente av erstatningsbeløpet for tiden før påkrav. Høyesterett kom til at tilfellet ikke kom inn under forsinkelsesrenteloven §3 tredje ledd, som kun gjelder erstatningskrav for perioden etter påkrav. Høyesterett fant ikke grunn til å opprettholde den tradisjonelle lære om at renter krevde særskilt hjemmel. I dette konkrete tilfellet var ikke bare de tapspostene lagmannsretten ga dom for, men også det rentetapet som fulgte med, å anse som påregnelige erstatningsposter.”

Rentekravet refererte seg til tre ulike erstatningsposter. Fra dommen hitsettes:

”Den første tapsposten gjaldt differansen mellom eiendommens innløsningsverdi slik den ville ha blitt fastsatt etter festeavgiften pr. 1. november 1996 og den fastsatte innløsningsverdien på kr 360.600. Dette beløpet beregnet lagmannsretten til kr 95.878. B var videre ansvarlig for saksomkostninger som festeren var tilkjent i løsningssaken. Disse utgjorde kr 60.293. Endelig måtte B betale tilbake det salær han hadde mottatt, fratrukket de advokatomkostninger som lagmannsretten anså at A uansett ville hatt i forbindelse med oppdraget. Dette beløp satte lagmannsretten til kr 65.000.”

Det må forventes at kandidatene finner frem til sakens sentrale problemstilling: Har kreditor krav på renter når det ikke fines hjemmel for hans rentekrav i verken lov, avtale eller fast etablert sedvane? Noen kandidater vil kanskje også nevne Høyesteretts drøftelse av forsinkelsesrenteloven § 3. Det ble avvist at denne bestemmelse ga hjemmel for debtors rentekrav. Det er for så vidt ok at dette nevnes, så lenge det gjøres kort. Kandidatene bør også helt kort redegjøre for partenes anførsler.

Kandidatene bør så gå over til å redegjøre for hvorledes Høyesterett drøfter problemstillingen og hvilke kilder som vektlegges. Dette kan, rent oppgaveteknisk, mer eller mindre elegant. En ren avskrift av dommen, uten forsøk på presiseringer, bør ikke belønnes i særlig grad. Til orientering for sensorene, hitsettes imidlertid uten nærmere presiseringer:

”Spørsmålet om renter av erstatningskrav før påkrav må dermed løses på annet grunnlag enn forsinkelsesrentelovens bestemmelser. Tradisjonelt har oppfatningen i norsk rett vært at renteplikt bare foreligger dersom det er et særskilt grunnlag for det. Dette er uttrykt slik av Morarenteutvalget, som utgangspunkt for utvalgets fremstilling av gjeldende rett (side 10):

Men utvalget peker også på at det hadde vært en utvikling i retning av å åpne for flere tilfeller der renteplikt var aktuell. En mulighet for kreditor til å oppnå rente lå i

» ... de alminnelige regler om erstatningsplikt ved mislighold og skadeforvoldelse. Etter omstendighetene kan renten figurere som en tapspost i erstatningsoppgjør og således føre til at kreditor blir holdt skadesløs i forbindelse med konkrete rentetap påført ham i egenskap av skadelidt eller kontraktspart. »

De tilfeller der skadelidte uten særskilt lovhjemmel er blitt tilkjent rente av erstatningsbeløpet, har særlig vært der skadevolder har opptrådt kvalifisert klanderverdig, jf. Rt-1995-1641 som gjaldt forsikringsbedrageri, og Rt-1966-979, som gjaldt mislige forhold fra en bankkasserer. Men det er også eksempler på at renter har vært tilkjent uten at skadevolder har utvist noen grovere former for uaktsomhet, jf. Rt 1963-914, som gjaldt det offentliges

beslag av en betydelig formue, som over lengre tid ble innsatt på ikke rentebærende foliokonto. Her uttalte annenvoterende som representant for flertallet:

« ... jeg kan ikke se at det fra statens side er godtgjort at det var grunn til, som forholdene her lå an, å holde hele formuen på foliokonto i den lange tid forvaltningen varte. ... Når da det endelige resultat ble at tiltalen mot Ulf sjö ble frafalt og formuen ubeskåret ble levert tilbake til ham, må staten etter min oppfatning tilsvare de renter som kunne ha vært oppnådd.»

Når jeg på denne bakgrunn skal vurdere spørsmålet om renteplikt for erstatningsbeløpene i vår sak, peker jeg først på at det nok i dag er en allmen oppfatning - også utenfor kommersielle forhold - at rådighet over penger og annen likviditet har en pris, og at det derfor i økende grad både kreves renter av pengefordringer, og erkjennes at renter må betales. Morarenteutvalgets forslag, nedfelt i forsinkelsesrenteloven §2 første ledd, om at det gjelder renteplikt ved alle privatrettslige krav fra forfallstid så sant denne er avtalt, og ellers fra en måned etter påkrav, kan i seg selv sies å være et bidrag til denne utvikling. At det alminnelige rentenivået i Norge i perioder har vært høyt, har åpenbart også hatt betydning.

Jeg nevner at Høyesterett i noen tilfeller har tilkjent rentekompensasjon uten å ha hatt noen klar hjemmel å holde seg til. Ett område er ekspropriasjonssaker der det utviklet seg en praksis med å tilkjenne rente av ekspropriasjonserstatningen fra det tidspunkt da eksproprianten hadde tiltrådt eiendommen, jf. eksempelvis Rt-1970-192. Prinsippet er nedfelt i ekspropriasjonserstatningsloven 6. april 1984 nr. 17 §10. Fra senere tid kan vises til praksis der Høyesterett tilkjenner en part saksomkostninger for de tidligere retter, mens dette opprinnelig ikke var tilkjent. Her er det blitt tilkjent et beløp i « avsavnsrente », fordi beløpet i disse tilfeller ikke kan anses forfalt - og forsinkelsesrente dermed ikke påløper - før oppfyllelsesfristen for Høyesteretts dom er utløpt. I den første sak der denne problemstilling ble nærmere omtalt, Rt-1983-127, uttalte førstvoterende:

«Når Høyesterett tilkjenner saksomkostninger for alle retter, antar jeg imidlertid at omkostningene bør settes til et samlet beløp, men at det ved beregningen av omkostningene for byretten og lagmannsretten bør legges til grunn at den ankende part bare får dekket sine utgifter fullt ut når det tas hensyn til den tid som er gått etter at de tidligere retters dommer ble avsagt. »

Ut fra de forhold jeg nå har nevnt, er det slik jeg ser det ikke grunnlag for å opprettholde den tradisjonelle lære om at renter krever særskilt hjemmel. Det tap skadelidte påføres ved å oppnå erstatning lenge etter at skaden er påført ham, kan ikke lenger avfeies med at rentekrav ikke er hjemlet, men må vurderes som en mulig erstatningsberettiget tapspost. Hvorvidt en erstatning skal omfatte et rentetap, må avgjøres utfra en vurdering av den konkrete situasjon og på bakgrunn av vanlige erstatningsrettslige regler.”

Etter disse generelle betraktninger, går Høyesterett over til å vurdere grunnlaget for rentekravene i den foreliggende sak spesielt. Fra domspremissene hitsettes:

”Ankemotparten har fremholdt at forsinkelsesrenteloven har redusert behovet for å kreve rente fra før det er fremsatt krav på et konkret erstatningsbeløp. Etter loven kan skadelidte utløse plikten for skadevolder til å svare forsinkelsesrente ved å fremsette påkrav, under forutsetning av at erstatningskravet anses forfalt. Fordi forsinkelsesrenten stort sett har ligget

betydelig høyere enn markedsrenten, er den i særlig grad egnet til å fungere som normalerstatning.

Jeg skal ikke utelukke at dette moment bør vektlegges i enkelte saker. Særlig kan det være grunn til å tillegge det betydning der skadelidte har utvist passivitet overfor skadevolder, og ganske spesielt dersom skadevolder var uvitende om det oppståtte tap.

I vårt tilfelle finner jeg imidlertid at argumentene for å tilkjenne erstatning for rentetap er sterke. Jeg peker på at A henvendte seg til B for å få hjelp til å få avviklet festeforholdet på gunstigst mulig måte. At A deretter stolte på B også når det oppsto en rettslig konflikt, er meget forståelig. For A konkretiserte tapet seg først da rettssaken mot festeren var endelig avgjort. Tapet da besto ikke bare i at innløsningssummen ble for lav, men også i at pengene ble betalt to år for sent. Dette rentetapet ser jeg som en påregnelig tapspost i erstatningsoppgjøret. På samme måte stiller det seg med saksomkostninger som ble ilagt A. Fra han betalte beløpet og til forsinkelsesrente begynte å løpe i forhold til B, gikk han glipp av en renteinntekt, og dette var en følge av Bs uforsvarlige utførelse av oppdraget. As betaling av Bs honorar i anledning løsningssaken må ses på tilsvarende måte, slik at A har hevet advokatoppdraget, og krevd sin ytelse refundert, og dessuten erstatning for det tap han har lidt ved å gå glipp av rentefordelen i mellomtiden.

Det gjenstår å ta standpunkt til utmålingen av erstatningen for As rentetap. I utgangspunktet er hans eget tap avgjørende. Meget taler imidlertid for en standardisering ut fra det man etter forholdene i saken kunne kalle en « normalpris » på penger. I vår sak mener jeg denne må fastsettes med utgangspunkt i bankenes innskuddsrente for beløp i den størrelsesorden det dreier seg om, her rundt en halv million kroner. Erstatning tilsvarende utlånsrenten, som den ankende part har krevd, mener jeg forutsetter at han hadde behov enten for å betale gjeld eller oppta lån. Dette er ikke hevdet.

Jeg finner ikke noen veiledning i den ankende parts henvisning til festeavgiftens størrelse som mål på rentetapet, idet det nettopp er festeretten som er avløst. Heller ikke finner jeg grunnlag for ankemotpartens syn om at « overskudd » på forsinkelsesrenten skal tjene som fradragspost i As tap. De to postene dekker hver sin periode, og har delvis ulik begrunnelse.

Spørsmålet om rentenivået ved innskudd for de aktuelle år er meget lite opplyst for Høyesterett, og jeg må derfor foreta en skjønsmessig fastsettelse. Med utgangspunkt i beløpene og en årlig rente mellom tre og fire prosent, fastsettes det totale rentetap til kr 40.000. Det er da foretatt et visst fratrekk fordi A i en periode rådet over innbetalt festeavgift, som deretter ble motregnet i innløsningssummen.”

Kandidatene bør her få frem at Høyesterett tilkjenner renter med hjemmel i ”alminnelige erstatningsrettslige regler”. Jeg kommer noe tilbake til detaljene i Høyesteretts resonnement omkring dette straks nedenfor. Det må imidlertid kunne hevdes at Høyesteretts bruk av de alminnelige erstatningsregler, til dels fremkommer implisitt. De beste kandidatene vil imidlertid make å fremheve detaljene i dette. Gjennomlesningen så langt, viser at ikke alle kandidater får med seg dette poenget. Det må medføre trekk.

Kandidatene bør så gå over til spørsmålet om hvorledes dommen forholder seg til den tradisjonelle lære om hjemmelskravet for renter. Hvorledes dette løses disposisjonsmessig, må være opp til den enkelte kandidat. Enkelte vil muligens analysere dommen og besvare spørsmålet parallelt. Så lenge teksten blir oversiktlig, må det være greit.

Den tradisjonelle lære er Høyesterett selv innom i dommen gjennom sin henvisning til Morarenteutvalgets innstilling: Dersom kreditor skal ha krav på renter, fordres hjemmel i lov

avtale eller fast etablert sedvane, jf. også Krüger, Pengekrav s. 205 flg., Bergsåker, Pengekravsrett 1994 s. 49 flg. og Torvund, Pengekravsrett s. 46 flg. Kandidatene må få frem at Høyesterett eksplisitt fraviker denne lære ("*[u]t fra de forhold jeg nå har nevnt, er det slik jeg ser det ikke grunnlag for å opprettholde den tradisjonelle lære om at renter krever særskilt hjemmel*"). Dommen kan imidlertid ikke forstås dit hen at det *ikke lengre kreves hjemmel* for krav på renter. De kandidater som eventuelt legger en slik forståelse til grunn, har etter min oppfatning ikke forstått Høyesteretts resonnement. Et rentekrav kommer som et tillegg til det underliggende pengekrav. Dersom rettsgrunnlaget for det underliggende krav ikke hjemler et rentekrav, avtalen er for eksempel taus, må det finnes en særskilt hjemmel dersom debitor skal ha krav på renter. Høyesteretts begrunnelse i Rt. 2002 s. 71, innebærer imidlertid at det nok ikke lengre kreves en hjemmel av en bestemt *kvalitet*. Som ellers i privatretten vil altså et krav på renter nå kunne ha sitt primære grunnlag i andre rettskildefaktorer enn lov, avtale eller sedvane. Som Høyesterett selv uttaler, har nok dette også *reelt sett* vært rettsstilstanden også tidligere, sml. bla. Bergsåker, Pengekravsrett 1994 på s. 73 flg. Rt. 2002 s. 71 må imidlertid kunne sies å være første gang Høyesterett eksplisitt uttaler dette. Dommen representerer således det definitive bruddet med den tradisjonelle lære, jf. Hagstrøm/Aarbakke, Obligasjonsrett s. 584-585. De beste kandidater bør kunne gjøre seg de betraktninger som her er nevnt.

En god analyse av Rt. 2002 s. 71, sammenlignet med den tradisjonelle lære, inneholder etter min oppfatning en nærmere gjennomgang av grunnlaget som Høyesterett faktisk tilkjente renter på i den nevnte sak. Som nevnt ovenfor ble renter tilkjent med grunnlag i "alminnelige erstatningsrettslige regler". Fordi det var tale om et advokat – klient forhold, innebærer det trolig at det trolig var det alminnelige kontraktsrettslige erstatningsregler som ble benyttet av Høyesterett. De beste kandidatene vil trolig reise spørsmål ved om saken vil stille seg annerledes dersom et tilsvarende forhold skal bedømmes etter erstatningsreglene utenfor kontrakt (deliktsansvaret). Trolig må det svares nei på dette, men gode kandidater kan få noe ut av en slik drøftelse. Det kan videre drøftes hvorvidt det har betydning for krav på renter hvilket ansvarsgrunnlag som foreligger. I dommen var det rettskraftig avgjort at advokaten hadde opptrådt culpøst. Men hva med de tilfeller hvor det foreligger et kontrollansvar eller et rent objektivt ansvar? Dette spørsmålet har nær sammenheng med kravet til årsakssammenheng. Som Nygaard nevner i Skade og ansvar, 5. utgave på s. 348 flg., vil årsaksspørsmålet til en viss grad kunne avhenge av hvilket ansvarsgrunnlag som foreligger. Forenklet kan dette beskrives som at ansvaret kan strekke seg lengre dersom det foreligger culpa, enn dersom ansvarsgrunnlaget er objektivt. Når det gjelder selve utmålingen, bør kandidatene få frem at Høyesterett tar utgangspunkt i den alminnelige lære om at det er den skadelidtes individuelle tap som er avgjørende. Dersom skadelidte sannsynliggjør et konkret rentetap, for eksempel at han har måttet ta opp en dyr kreditt pga. manglende rådighet over det aktuelle pengebeløp, skal dette legges til grunn. Dersom et slikt tap ikke sannsynliggjøres, innebærer dommen at et såkalt *normaltap* skal legges til grunn. I dommen fastslår Høyesterett at normaltaket skal beregnes ut i fra alminnelig innskuddsrente i bank. Kandidatene bør få frem at dette avviker noe fra de alminnelige utmålingsreglene. De flinke kandidatene vil imidlertid se at innskuddsrenten må fastlegges konkret for den aktuelle tapsperiode. Enkelte kandidater vil også trolig påpeke at Høyesterett er inne på at skadelidtes medvirkning kan ha betydning for rentekravet. Av de besvarelser jeg har gjennomgått til nå, er det få som inneholder særlige drøftelser av de poenger jeg her har nevnt.

Dersom det ikke finnes hjemmel i lov, avtale, fast etablert sedvane eller erstatningsregler i eller utenfor kontrakt, oppstår spørsmålet om hva som er tilstrekkelig hjemmel for et rentekrav. Dette er et vanskelig spørsmål som det ikke kan forventes at kandidatene behandler særlig grundig. De som reiser problemstillingen og forsøker å si noe fornuftig om denne, bør

honoreres. Trolig er Hagstrøm inne på noe når han på side 586 i Obligasjonsrett uttaler at dommen neppe "åpner for rentekrav på rent berikelsesgrunnlag". Men for rentekrav som for øvrige privat- eller formuerettslige krav, er det nok likevel rom for at det primære rettsgrunnlag kan søkes i reelle hensyn, jf. for eksempel Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt kapittel 9. Hvilke hensyn eller omstendigheter som kan være relevante i denne sammenheng, kan det være vanskelig å gi et eksakt svar på. En viss veiledning finnes imidlertid slik jeg ser det i Bergsåker, Pengekravsrett 1994 på s. 64 følgende. Her nevnes stikkordsmessig: Renter kan motvirke utilsiktede likviditetstap/gevinster. Foreligger det tilsiktet eller utilsiktet kreditt? Sikkerhetshensynet ved akontobetaling kan også nevnes. Ingen av de besvarelser jeg til nå har gjennomgått, inneholder en drøftelse av dette poenget. Et par kandidater tangerer imidlertid problemstillingen og dette har jeg belønnet.

En praktisk problemstilling noen kandidater muligens vil nevne, er prisavslagstilfellene. Ved for eksempel kjøp av fast eiendom, er det antatt at et prisavslagskrav oppstår ved overlevering av huset. Det kan imidlertid ta noe tid før kravet fremmes og eventuelle forsinkelsesrenter starter å løpe. Prisavslagskravet er objektivt og fordrer ikke at det foreligger noe ansvarsgrunnlag, jf. avhl. § 4-12. Vil debitor ha krav på renter av prisavslagskravet for perioden før forsinkelsesrentene begynner å løpe? Dersom noen kandidater ser denne problemstillingen, bør det honoreres. Problemstillingen er ikke nevnt i noen av de besvarelser jeg til nå har gjennomgått.

Spørsmålet om rentersrenter drøftes ikke i dommen. Trolig må det samme som ovenfor er sagt om den tradisjonelle læra i forhold til renter, også gjelde for renters renter, se nærmere Bergsåker 1994 s. 87 flg.

Selve karakterbedømmelsen kommer jeg tilbake til nedenfor.

Del II

Generelt

Oppgaven lyder: "*Hvilken rettskildemessig betydning har det attidligere ulovfestede prinsipper i kontraktsrettens blir lovfestet?*"

Denne delen av oppgaven er klart vanskeligere enn del I. Det settes store krav til kandidatenes kunnskaper. God oversikt og kreativitet er nødvendig for å kunne besvare oppgaven tilfredsstillende. Som allerede nevnt, vil omfanget av del II trolig være mindre enn del I for de fleste kandidater. Også denne delen av oppgaven kan plasseres innenfor fagdisiplinene obligasjonsrett og rettskildelære. Pensum er det redegjort for ovenfor. Det må påregnes at oppgaven vil skille kandidatene relativt godt. Mer om karakterfastsettelsen straks nedenfor.

Nærmere om oppgavens tema

Det kan være naturlig å ta utgangspunkt i en kort redegjørelse for prosessen fra et rettslig spørsmål til en rettslig løsning av spørsmålet. Denne prosessen styres av rettskildeprinsippene. Nygaard deler rettskildeprinsippene i tre deler. Den første gruppen gir retningslinjer for hvilke kilder rettsanvenderen kan hente argumenter fra ved løsning av rettsspørsmål (de såkalte relevansprinsippene). Dette formulerer Nygaard som et spørsmål om hva som skal til for å bli rettskildedefaktor, jf. Rettsgrunnlag og standpunkt s. 35. Den andre gruppen gir retningslinjer for om og eventuelt hvilket bidrag de ulike rettskildedefaktorer kan gi for det aktuelle rettsspørsmål (de såkalte slutningsprinsippene), jf. Rettsgrunnlag og standpunkt s. 35. Den

tredje gruppen prinsipper gir retningslinjer for hvorledes de ulike bidrag fra de ulike rettskildefaktorer skal samordnes til ett standpunkt (den såkalte harmoniseringsfasen), jf. Rettsgrunnlag og standpunkt s. 36. Når oppgaven spør om hvilken rettskildemessig betydning lovfesting av tidligere ulovfestede prinsipper har, vil den her skisserte rettsanvendelsesprosessen danne rammeverket for oppgaven: Hvordan påvirkes prosessen ved en lovfesting av ulovfestede prinsipper. De kandidater som tar dette utgangspunktet, er etter min mening et godt stykke på vei mot en vellykket besvarelse. De fleste av de besvarelser jeg har gjennomgått til nå, har valgt en tilnærmingssmåte som minner om den jeg har beskrevet. En kandidat valgte imidlertid å definere problemstillingen til bare å gjelde hvilken vekt de tidligere ulovfestede prinsippene ville få etter lovfestingen. Dette er etter min oppfatning et for snevert syn på oppgaven.

Innledningsvis vil det også kunne være fruktbart å gi en liten oversikt over tidligere ulovfestede områder innenfor kontraktsretten som er lovfestet de senere år. Her nevner jeg blant annet overdragelse av fast eiendom, jf. avhendingslova av 1992, finansavtaleloven av 1999 og bustadoppføringsloven av 1997. Enkelte av de besvarelser jeg har gjennomgått, gjør nettopp dette.

Også innenfor det rammeverk jeg ovenfor har skissert, tror jeg vi må påregne en stor variasjonsbredde i hvorledes kandidatene velger å besvare oppgaven. Jeg vil nedenfor under punktene a) – e) gi en kortfattet oversikt over problemstillinger som etter min mening hører hjemme i en besvarelse av denne oppgaven. Denne oversikten må på ingen måte oppfattes som uttømmende. Jeg vil også presisere at kandidater som ikke berører samtlige av de problemstillinger som nevnes selvfølgelig kan gis bestått, jf. nedenfor. Rekkefølge og struktur på oppgaven må det være opp til kandidatene å avgjøre. Her bør det etter min oppfatning vises romslighet i forhold til hva som aksepteres.

a)

Det mest iøynefallende rettskildemessige poeng ved lovfesting av tidligere ulovfestede prinsipper, er at lovteksten overtar som det Nygaard kaller det primære rettsgrunnlaget, jf. Rettsgrunnlag og standpunkt kap.7. Dette påvirker rettsanvendelsen på flere måter. For det første blir rettsanvendelsen mer konkret *vilkårstyrt*. Der de ulovfestede prinsipper tidligere var mer vage og skjønnsmessige, kan en lovtekst tilsynelatende inneholde mer fastslåtte vilkår. Et eksempel som muligens kan nevnes i denne sammenheng er innføringen av kontrollansvaret, sammenlignet med det tidligere objektive ansvar med unntak for force majeure. Et annet eksempel er lovfestingen av finansinstitusjoners opplysningsplikt ved kausjonsstillelse, jf. finansavtl. § 59. Men en lovfesting trenger nødvendigvis ikke ha denne effekten. For eksempel er culpaansvaret lovfestet i avhl. § 4-5, men denne bestemmelsen fremstår imidlertid som en ren henvisning til de ulovfestede prinsipper.

For det andre har en lovtekst stor såkalt *egenvekt*. En lovfesting kan således legge sterkere føringer på rettsandvenderen enn for eksempel en tidligere noe uklar rettspraksis.

For det tredje kan de tidligere ulovfestede prinsippers *legitimitet* styrkes, sml. Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt s. 42. Selve innholdet i den tidligere ulovfestede norm endres ikke, men den gis ekstra tyngde gjennom lovgivers legitimering. For eksempel kan kravet til "god meglerkikk" i emgll. § 3-1 (1) sees i dette lys.

b)

Ved lovfesting av tidligere ulovfestede prinsipper, oppstår spørsmålet om lovtekstens forhold til den eldre lære. Lovens forarbeider kan her virke som en forbindelse mellom de tidligere ulovfestede prinsipper og den nye lovtekst. Særlig kan dette poenget være sentralt dersom den ulovfestede lære hadde sitt grunnlag i en omfattende rettspraksis. Forarbeidene inneholder som regel en gjennomgang av gjeldende rett. Som regel uttales også noe om lovfestingen representerer et brudd eller en videreføring av den tidligere lære. Tidvis er lovforarbeidene noe uklar i forhold til dette spørsmålet. Igjen kan lovfestingen av visse spørsmål omkring kausjonsstillelse i finansavtl. kap. 4 nevnes som eksempel.

c)

Betydningen av eldre rettspraksis kan svekkes. Dette vil naturligvis være konsekvensen dersom lovgiver eksplisitt har tatt avstand fra hele eller deler av den tidligere ulovfestede lære. Dersom dette fremkommer klart i forarbeidene, skulle saken være grei. Ellers kan spørsmålet by på større utfordringer. Et eksempel her er den såkalte Røstad dommen, Rt. 1988 s. 276 hvor forholdet mellom den da nye avtalelovens § 36 og Rt. 1958 s. 529 (Madladommen) ble grundig drøftet av Høyesterett.

d)

En praktisk rettskildemessig konsekvens av lovfesting, kan være at forutberegneligheten for personer som berøres av de ulike bestemmelser øker. Særlig har dette betydning på såkalte forbrukerområder. Ofte vil ny forbrukerlovgivning omtales i media. Dette var for eksempel tilfellet da finansavtl. ble vedtatt. Lovfesting på kontraktsrettens område vil også kunne skape forutberegnelighet for de personer som pålegges plikter etter den nye lovgivning.

e)

En særlig problemstilling er hvorvidt lovfesting av tidligere ulovfestede prinsipper kan få betydning utover virkeområde til den nye loven. Denne problemstillingen ligger muligens noe utenfor en streng forståelse av oppgaveteksten, men den er spennende og kan likevel drøftes. En ting er at lovfesting på ett område av kontraktsretten kan få betydning ved senere lovfesting på et annet kontraktsområde. Dette kan ha noe for seg, dersom de samme hensyn gjør seg gjeldende. Men slik trenger det ikke å være. Et eksempel her er kontrollansvaret. Dette ble lovfestet i kjøpsloven av 1988. Ansvarsgrunnlaget ble videreført i avhendingsloven av 1992. Kontrollansvaret er godt legislativt begrunnet i forholdet mellom forbruker og næringsseiger, slik tilfellet ofte er etter kjøpsloven. Ansvarer kan imidlertid virke for strengt i forholdet mellom forbrukere. Et slikt partsforhold har man ofte i konflikter som reguleres av avhendingsloven.

Et annet spørsmål som oppstår, er hvorvidt lovfesting innebærer endring av rettstilstanden på områder av kontraktsretten som fremdeles er ulovfestet. Igjen er kontrollansvaret et godt eksempel. Er dette ansvarsgrunnlaget etter hvert så befestet i kontraktsretten at det har overtatt rollen som det alminnelige ansvarsgrunnlag? Trolig må dette spørsmålet besvares med nei, sml. Hagstrøm/Aarbakke, Obligasjonsrett s. 450 flg.

Oppsummert kan det altså kort og utpresist sies: Dersom det er tale om en *ren* kodifisering, vil det rent normativ ha liten betydning rent rettskildemessig at tidligere ulovfestede prinsipper lovfestes. Praktisk og deskriptivt stiller det seg imidlertid annerledes.

Karakterbedømmelsen

Som nevnt har jeg i skrivende stund gjennomgått seks besvarelser. Kommentarene vedrørende karakterbedømmelsen, blir imidlertid fremdeles noe omtrentlige. Detaljene må sensorene diskutere i fellesskap etter gjennomgang av samtlige besvarelser.

Dor å bestå del I, må kandidatene redegjøre for faktum i dommen på en ryddig måte. Likeså bør det fremkomme hvilke argumenter som inngår i Høyesterettsbegrunnelse. Når det gjelder forholdet til den tradisjonelle lære, bør kandidater som hevder at det ikke lengre kreves hjemmel for renter ikke bestå. For å bevege seg opp på karakterskalaen, bør kandidatene redegjøre nærmere for forholdet mellom de rettssetninger som kan utledes av dommen og den tradisjonelle lære, se nærmere ovenfor. A-kandidatene evner å problematisere Høyesteretts uttalelser å makter også å si noe om hvilket hjemmelskrav som nå må oppstilles de lege lata. Karakteren vil selvsagt også avhenge av kandidatens evne til fremstilling og disponering av stoffet.

Del II er, som nevnt, betydelig mer vanskelig enn del I. Etter min oppfatning bør kandidatene gis stort spillerom i forhold til hvorledes de velger å besvare oppgaven. De kandidater som makter å si noe om hvorledes en lovfesting påvirker rettsanvendelseprosessen, bør etter min mening bestå. Kandidater som tar opp flere problemstillinger og som i tillegg makter å gi eksempler, må slik jeg ser det honoreres kraftig. A-kandidatene er innom flere av de problemstillinger som er nevnt i min korte gjennomgang ovenfor (kanskje flere), gir gode eksempler og viser evne til kreativ bruk av sine kunnskaper innefor obligasjonsretten og rettskildelæren. Også ved besvarelsen av denne oppgaven vil kandidatens evne til fremstilling av stoffet telle med i vurderingen.

Helt upraktisk vil det kanskje ikke bli at enkelte kandidater består del I, men stryker på del II. Hvorvidt det innebærer at kandidatene skal bestå totalt, beror på en helhetsvurdering av besvarelsen. En tommelfingerregel kan imidlertid være at en kandidat som stryker på del II, bør oppnå karakteren B på del I for å bestå totalt. Konkrete omstendigheter kan imidlertid lede til at dette utgangspunkt må fravikes.

Da denne veiledning er skrevet før gjennomlesning av besvarelsene, mottar jeg gjerne innspill og kommentarer både i forhold til oppgavens materiell innhold og karakterbedømmelsen.

Nord-Troms tingrett, 3. juni 2004,

Petter Bjørkly Høiseth