

Bokanmälan

Av Hans Petter Graver

Kontrakträttens utvecklingsperspektiv. Anmälan av
Thomas Wilhelmsson: *Standardavtal*, 127 s, Vammala 1984

1. Innledning

Kontraktsretten er i utvikling. De seneste ti-år har vi i Norden fått en rekke nye lover som gjenspeiler velferdsstatens utvikling også på dette området. Den materielle kontraktsrett er bl.a. endret for å bedre forbrukernes kontraktsrettslige stilling. Det er skjedd endringer av mer prosessuell art ved at det er innført særlige tvisteløsningsordninger for å lette forbrukernes tilgang til rettshåndhevelsen. Men enkelte sentrale lovendringer strekker seg videre enn til forbrukerbeskyttelsen. I alle de nordiske land har vi i løpet av de seneste år fått innført en ny § 36 i avtaleloven. Denne er en generalklausul som åpner adgang til å lempe kontraktsvilkår som det vil virke urimelig tyngende å gjøre gjeldende. Bestemmelsen gjelder rent generelt på det formuesrettslige område når det gjelder krav som er stiftet ved avtale.

Et område som er »nytt« i forhold til den tradisjonelle kontraktsretten, er standardavtaleretten. Emnet begynner for såvidt å bli velkjent i den kontraktsrettslige teori og praksis. Det er imidlertid et rettsområde hvor gamle utgangspunkter, så som bildet av to selvstendig, forhandlende parter, får sin utfordring. Standardkontrakter er meget utbredt bl.a. i forbrukerforhold, og vil ofte kunne virke slik at den generelle lempningsregelen i avtaleloven vil kunne bli aktuell. Området egner seg derfor godt som utgangspunkt for en fremstilling og vurdering av de utviklingstrekk som er på gang innen kontraktsretten i våre samfunn.

Thomas Wilhelmssons bok har nettopp standardavtalene som sitt tema, og gir en oversikt over mange av de rettslige spørsmål som reiser seg i forhold til disse i finsk rett. Siden den kontraktsrettslige tradisjon og mye av lovstoffet er ganske ens i de nordiske land, vil boken være til nytte også for lesere i Danmark, Sverige og Norge. Særlig gjelder dette måten de ulike problemene avgrensnes og tematiseres på, og de generelle retningslinjer som gis for deres vurdering og løsning.

Boken representerer seg i første rekke som en lærebok »angående de aktuelle kontraktsrettslige problemer med tilknytning til standardvilkår«. Som jeg

vil søke å vise nedenfor inneholder imidlertid boken adskillig av interesse også utenfor denne ramme.

2. Opplegget for fremstillingen

Som nevnt er boken skrevet som en lærebok. I tråd med dette innledes fremstillingen i kapitel 1 med en oversikt over noen utviklingslinjer i dagens kontraktsrett. I kapitel 2 presenteres standardavtalene som sosialt fenomen. Videre drøfter forfatteren om man bør operere med en særskilt »standardavtalerett«, eller om den bør ses som del av den alminnelige kontraktsretten. Wilhelmsson mener at standardavtalene prinsipielt bør behandles som del av den alminnelige kontraktsrett, bl.a. fordi lovgivningen stort sett ikke skiller ut standardavtalene til særbehandling. Den systematikken som Wilhelmsson anbefaler er den som er fremherskende i norsk rett, se *Selvig*, Kontraktsretten, i Knophs oversikt over Norges rett, Oslo 1981, s. 302 flg.

I kapitel 3 presenteres eksempler på en del områder hvor standardavtaler hyppig forekommer, bl.a. internasjonal handel og forbrukerforhold. Kapitel 4 tar opp de viktige problemene knyttet til når standardvilkår kan sies å være inkorporert i individuelle parters avtale. Han kommer her også inn på reglene om tolkning av standardvilkår. Reglene om når standardvilkår kan påberopes er i Finland som i Norge utviklet gjennom rettspraksis. De problemer som har dukket opp og de løsninger som er valgt, er i store trekk ganske like i de to land. Dette gjør at dette kapitlet kan leses med utbytte også av norske studenter. Fremstillingen her er oversiktlig og balansert.

Kapitel 5 tar opp spørsmålet om lempning av avtalevilkår etter avtalelovens § 36. Her går forfatteren utenfor sitt egentlige tema. Dette begrunnes med at § 36 representerer en viktig nydannelse i finsk rett, som er lite behandlet i teorien. En slik utvidelse er vel dessuten i tråd med forfatterens prinsipielle standpunkt om ikke å skille ut standardavtaler til noe eget rettsområde, da mange av de problemstillinger som reiser seg i tilknytning til lempning fordrer vurderinger av lignende art som de som reiser seg i tilknytning til anvendelsen av mange typer av standardvilkår. Også her kan fremstillingen være til nytte for tilegnelsen og forståelsen av de spørsmål som reiser seg i norsk rett.

I kapitel 6 presenteres de offentligrettslige regler for regulering av avtalevilkår i Finland. Boken avsluttes med et kapitel om avtaler og rimelighet. Her oppsummeres en rekke av forfatterens hovedsynspunkter på vurderingstemaer som går igjen i den rettslige vurdering av de ulike problemstillinger som er reist. Disse er prinsippet om balanse i avtaleforholdet, hensynet til trygghet i sosiale og økonomiske forhold, selvstendighet, frihet, integritet, rettferdighet, ansvar og tilgang til rettshåndhevelsen.

Jeg synes boken er grei og oversiktlig som lærebok. Jeg har ikke påtatt meg å vurdere holdbarheten av forfatterens konklusjoner i forhold til finsk rett. Argumentasjonen virker imidlertid balansert og overbevisende.

3. Standardavtaler og rettsutviklingen

Som antydnet tar forfatteren opp problemstillinger som går utover rammene for en lærebok i gjeldende finsk standardavtalerett. Disse kan stikkordsmessig antydes som samfunnsgjøringen av praksis og rettstilstanden i forhold til utvekslingen av økonomiske ytelser mellom private. Med bakgrunn bl.a. i fremstillingen av standardavtalene og kontraktsretten, søker Wilhelmsson å vise hvordan kontraktspraksis og rettstilstand er blitt mer preget av kollektive forhold enn det man forestiller seg når man ser på kontrakter som avtaler mellom to, individuelle parter.

Dette kan bl.a. ses nettopp ved den økende bruk av standardavtaler, som innebærer en kollektivisering av avtaleprosessen. Avtalene utformes til bruk ikke bare i ett, men i en mengde forhold, så som ved f.eks. agreed documents og masseavtalene. Denne utviklingen kan også observeres i de vurderingstemaer som er utviklet gjennom rettspraksis. Domstolene er blitt stadig mer tilbøyelig til å se hen til partenes situasjon, i tillegg til, og dels til erstatning for hva som måtte ha vært partenes vilje ved avtaleslutningen. Situasjonen beskrives ved bruk av sosiale kategorier, som forbruker, »svak part«, særskilt behov (f.eks. leietaker og arbeidstaker), profesjonalitet etc. Endelig kan de samme utviklingstrekk avleses på lovgivningen. Beskyttelse av leietakere, arbeidstakere og forbrukere er del av den generelle velferdsmessige beskyttelse som har utviklet seg overfor samfunnsmedlemmene. Innføring av vurderingskriterier hvor rimelighetshensyn kommer inn, myker opp reglene og lar vurderingen av kontrakter følge den generelle moralske og politiske utvikling i samfunnet.

På bakgrunn av dette reiser forfatteren særlig to problemstillinger. Den første (s. 39) er i hvilken grad det fortsatt er treffende å fremheve partsviljen som det sentrale når avtalens bindende virkning skal undersøkes. Wilhelmsson vil snarere rette fokus mot de materielle forhold omkring i hvilken grad avtaleparter i ulike situasjoner har muligheter til å påvirke avtaleinnholdet. Dette kommer bl.a. til uttrykk i hans oppsummering av når man skal akseptere avvik fra deklarasjonsrett ved standardvilkår (s. 68). Snarere enn å bygge på »hypotetiske partsviljer« bør man her bygge på om det foreligger saklige, materielle grunner for et avvik. Som eksempel på slike nevnes behovet for å skape presise og formålstjenelige regler for angjeldende type forhold.

Den andre problemstillingen knytter seg til hvilken retning rettsvitenskapen bør ta (s. 28). Han antyder en omstrukturering av kontraktsrettens begreps-

verden slik at de almene prinsipper bearbejdes i lys av avtalepartenes faktiske og økonomiske situasjon. Jeg oppfatter oppsummeringen av vurderingstemaer i kapitel 7 i balanse-, trygghets-, selvstendighets-, frihets-, integritets-, rettferdighets-, ansvars- og rettshåndhevelsesprinsippene som et bidrag til en konkretisering av dette program.

Det er store og viktige problemstillinger Wilhelmsson her reiser, med rekkevidde langt utover finsk rett. Fremstillingsteknisk kan det dog innvendes at det er en svakhet at problemstillingene ikke kommer så lett frem. Når boken leses med det for øye, ser man at det er snakk om gjennomgående temaer. De hadde derfor fortjent en samlet presentasjon og nærmere drøftelse. Dette hadde kanskje gjort boken mer avskrekkende for studentene, og gjort den mindre egnet til sitt egentlige formål. På den annen side ville det vært lettere å få tak i betydningen og rekkeviden av disse rettsteoretiske og rettspolitiske problemstillinger.

Den skisse Wilhelmsson gir om utviklingslinjer i kontraktsbruk og kontraktsrett, og de problemstillinger han på denne bakgrunn reiser, er interessant. Jeg har imidlertid noen innvendinger mot fremstillingen. Det er vanskelig å få tak på det program Wilhelmsson stiller opp for rettsanvendelsen og rettsvitenskapen. Forfatteren gir anvisning på endringer i de vurderingstemaer som bør ligge til grunn for de rettslige og rettspolitiske vurderinger, f.eks. fra hypotetisk partsvilje til saklige grunner for avvikelse fra deklarasjon og til partenes materielle muligheter for å påvirke avtalens innhold. Det fremstår imidlertid ikke som klart hvorfor en slik omlegging er nødvendig eller ønskelig – er det f.eks. for å komme nærmere »sannheten« eller for å fremme rettspolitisk mer ønskelige løsninger. Noen antydninger om forfatterens program ligger i avslutningskapitlet, hvor de ulike vurderingstemaer oppsummeres i balansehensynet, trygghetshensynet etc. Men det kan neppe være kontraktsrettens eller rettsvitenskapens oppgave å skape balanse, trygghet etc. i abstrakt forstand.

Vurderinger av hvilke hensyn som bør ligge til grunn for den kontraktsrettslige doktrine og rettspolitikk, bør ta sitt utgangspunkt i de oppgaver man mener kontrakter og kontraktsrett har eller bør ha i samfunnet. Det er her nærliggende å ta utgangspunkt i at kontraktsretten og kontraktsbruk er en samfunnsmessig mekanisme for utveksling og fordeling av verdier mellom medlemmene av samfunnet. Andre slike utvekslings- og fordelingsmekanismer har vi f.eks. i ordninger for privat og offentlig forsørgelse, og i offentlig planlegging og tildeling av bl.a. konsesjoner og bevilgninger. Den fordelingsmekanisme som baserer seg på kontrakter er idealtypisk knyttet til utveksling av verdi på et marked, dvs. ved formelt frivillige bytter mellom to parter. Med dette som utgangspunkt, kan man stille opp ulike grunnlag for vurdering av kontraktsretten og kontraktsrettsdoktrinen.

En mulighet er å ta utgangspunkt i at kontraktsretten bør bidra til å fremme og opprettholde at verdier kan utveksles på et formelt fritt marked. En annen mulighet er ut fra et standpunkt om at det formelt frie marked innebærer samfunnsmessige problemer, å se på i hvilken grad kontraktsretten kan bidra til å bøte på disse. Man vet f.eks. at markedet fungerer imperfekt ved at det bygges opp store maktkonsentrasjoner. En måte å møte dette faktum på, er f.eks. ved å tillate rimelighetshensyn tatt i betraktning ved bedømmelsen av det rettslige forholdet mellom to parter.

Man kan også gå mer drastisk til verks ved å gå til grunnlaget for de ulike fordelingsmekanismer i samfunnet, og søke å stille opp de rettslige betingelser for at de hensyn som ligger til grunn skal kunne bli ivaretatt på best mulig måte. På denne måte ville man rettspolitisk kunne utforme et program for hvordan rammeverket burde se ut for en helt ny måte å utveksle og fordele verdier i samfunnet. Her går vi utenfor rammene av den foreliggende bok. Det kan likevel være fruktbart å søke å antyde visse utgangspunkter.

Det som i første rekke kjennetegner markedet i forhold til andre fordelingsmekanismer i samfunnet, er at den fordeling som finner sted skjer på bakgrunn av tilfeldige, desentrale avgjørelser under fravær av avhengighetsforhold mellom bestemte personer. Monopolsituasjonen innebærer et unntak fra dette, men ellers har man en gradvis overgang fra de tilfelle der markedet mer eller mindre fullstendig beherskes av noen få aktører, og til de tilfelle hvor man ikke kan se at noen enkelt aktør har kontroll over markedet. Det er imidlertid ikke noe kjennetegn ved markedet at det motvirker maktkonsentrasjoner, selv om dette ofte hevdes i den politiske debatt. Det hevdes også ofte at markedet er effektivt i den forstand at det fremmer produksjonen av de goder det er behov for, og en fordeling av produksjonsresultatet til der det er behov for det. Dette er en grunnpremiss i mye av den rettsøkonomiske forskning, se f.eks. *Posner, Economic Analysis of Law, Boston 1972 s. 10-13*. Erfaringen viser imidlertid at dette i høyden er riktig under en helt bestemt betydning av »effektivitet« knyttet til snevre økonomiske betraktninger. Kollektive goder som veier og ren luft fremskaffes vanskelig gjennom markedet. Det samme er tilfelle for ikke-økonomiske verdier som trygghet, trivsel og selvrealisering.

Andre fordelingsystemer kan fremme verdier som markedet ikke fremmer, men på bekostning av de verdier som ligger i å overlate ting til tilfeldigheter (fremmer kreativitet og nyskapning), til desentrale avgjørelser (bringer avgjørelser nærmere dem de angår) og på bekostning av fravær av avhengighet mellom bestemte personer. Planlegging og regulering kan fremme de kollektive goder, men er ofte lite tilfeldig og nyskapende og skjer ofte sentralt. Forsørgelse kan fremme trygghet, men innebærer ofte at personer kommer i et avhengighetsforhold til andre.

En utfordring for den kritiske kontraktsrettstenkning kan ligge i å søke å finne kombinasjoner mellom slike fordelingsmekanismer for å fremme de målsettinger man på politisk grunnlag vil søke ivarettatt. Som alternativ til en rimelighetssensur av standardvilkår på rettslig eller administrativt grunnlag kunne man tenke seg å bygge inn elementer av administrativ regulering og forsørgelse ved å selge »rettigheter« til å tilby produkter eller tjenester på vilkår som avviker fra de generelt gjeldende regler. Inntektene fra salget av slike rettigheter kunne etter klage og klagebehandling kanaliseres tilbake til de som lider tap ved at de i misligholdssituasjoner ikke kan påberope seg de vanlige regler. Dette ville fordre en fleksibel beregning og periodevis endring av »prisen« for de ulike avvik. Dette kan kanskje høres komplisert ut, men i prinsippet adskiller vel ikke et slikt system seg fra det som forsikringselskap idag benytter ved fastsettelse av premier på grunnlag av skadeutbetalinger. En slik ordning vil opprettholde det tilfeldige og desentrale, ved at den enkelte selv vil kunne bestemme om han ønsker å kjøpe slike avviksrettigheter til den gjeldende pris. Så lenge det er forskjellige tilbydere på markedet, vil forbrukeren også kunne velge mellom å kjøpe på vilkår som avviker fra det normale, eller om han vil holde seg til tilbydere som følger de generelle rettsreglene i sine vilkår. Samtidig vil man ved bedømmelsen av de rettigheter som gjelder mellom de to partene direkte kunne holde seg til kontrakten, og i mindre grad sjele til rimelighetshensyn. Dette vil kunne fremme forutberegnelighet og oppfyllelse i kontraktsforhold.

Det finnes eksempler på slike kombinasjoner fra andre forhold. I forurensningstilsynet i USA har man f.eks. innført kontraktsrettslige elementer i reguleringen, ved at man »priser« ulike forurensningsnivåer, og selger »rettigheter« til å forurense, se *Mitnick, The Political Economy of Regulation*, New York 1980 s. 365-366. Mer avansert kan slike løsninger bygges ut om man trekker inn »selgergruppen«, det lokalmiljø hvor en forurensende bedrift ligger eller kan etableres, og lar et sentralt forurensningstilsyn stå som en formidlings- og kontrollinstans.

Det er ingen kritikk mot Wilhelmssons bok at han ikke går inn på slike problemstillinger som jeg har skissert avslutningsvis. Boken er fruktbar som innbyr til slike tanker, og de innvendinger jeg har er bagatellmessige. Jeg har ingen problemer med å anbefale den for en nordisk leserkrets.