

JO HOV
ALF PETTER HØGBERG

GENERAL CONTRACT LAW

PAPINIAN
Oslo

(Section 2.1.5 on p. 43.)

2.1.5. Form The principle of freedom

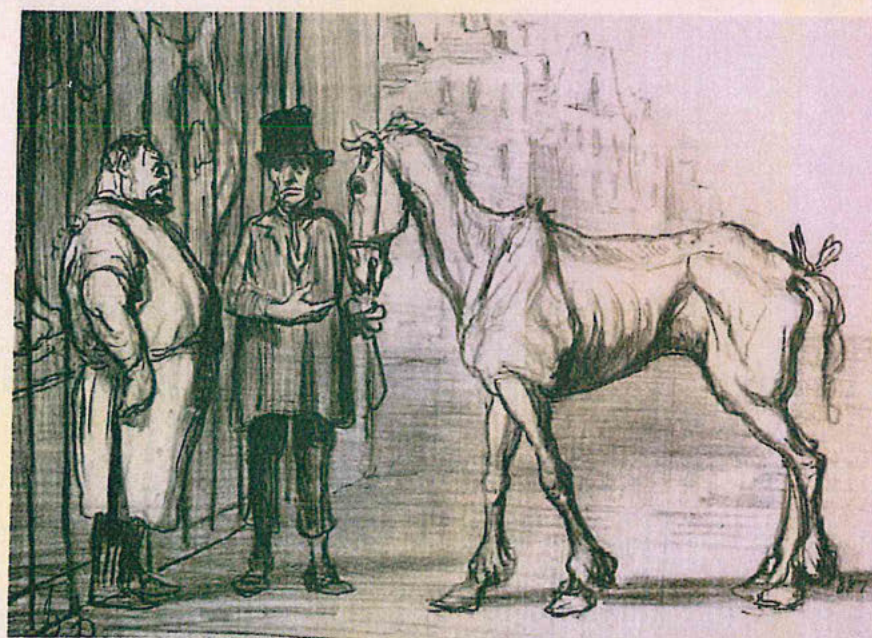
Freedom of form generally means that there is no requirement that the agreement be made in a specific form in order for it to be valid between the parties.

The principle of freedom of form has not been explicitly codified in its general form, but it is assumed in both legal texts and Supreme Court decisions.²⁸ The most explicit formulation of the principle of freedom of form is found in the first sentence of the Purchase Act § 91 (1) (which applies to international real estate purchases): "A purchase does not need to be concluded or confirmed in writing and is not subject to any other formal requirements." NL 5-1-1 states that everyone is obliged to comply with what he has promised with "Mouth, Hand and Seal", and in the Contracts Act § 3 second paragraph states a special acceptance deadline for oral agreements. The principle of freedom of form is also expressed in UNIDROIT's principles art. 1.2, PECL art 2: 101 and CISG art. 11. Freedom of form is also highlighted as an important principle in the field of contract law in legal theory. ²⁹

The fact that freedom of form implies as a starting point nothing more and more than that there are no specific formal requirements for the validity of an agreement. In that it concerns freedom of form with regard to the validity of an agreement, we have thus not said anything about it also applies to freedom of form in other relationships. One can talk about form as conditions for special material and procedural effects (section 3.2.8.3), form of right protection conditions (section 3.2.8.4), form as a means of control (section 3.2.8.5), etc. There is no principle of freedom of form in these relationships.

Jo Hov
Alf Petter Høgberg

Alminnelig avtalerett



JO HOV
ALF PETTER HØGBERG

ALMINNELIG
AVTALERETT

PAPINIAN
OSLO

© Jo Hov og Alf Petter Høgberg 2009
ISBN 978-82-91060-18-7

Omslagstegning: Honoré Daumier (1808-1879)
Selgeren sier: «Tro meg – den vil være mør som en kylling».

Illustrasjoner: © Ellen Wilhelmsen

Grafisk produksjon: 07 Gruppen AS

1. opplag 2009

2. opplag 2012

2 Avtalerettens kilder

2.1 KONTRAKTSRETTLIGE GRUNNPRINSIPPER

2.1.1 Hva mener vi med «grunnprinsipper»?

Når det snakkes om «grunnregler», «grunnprinsipper» o.l. på bestemte rettsområder, er språkbruken ofte verken helt gjennomtenkt eller helt konsekvent. Men brukes slike betegnelser, siktes det ikke sjelden til normer som har betydning for hele eller store deler av det aktuelle fagfelt. Det kan være noe som oppfattes som en grunnleggende hovedregel, f.eks. regelen om kontraktsfrihetens prinsipp eller prinsippet om beskyttelse av en parts berettigede forventninger. Ofte vil slike hovedregler eller utgangspunkter ha et så solid legislativt eller rettspolitisk fundament, at det er mer betegnede henvise til prinsippet direkte, ikke bare de spredte kodifiserte utslag av dette. Det kan videre være tale om normer som anses som så sentrale at de oppfattes som et nokså generelt supplement eller korrektiv til fagets øvrige regler. Derfor kan en kanskje kalle normene om lojalitet i kontraktsforhold for utslag av et grunnprinsipp.

Av og til vil regler på et bestemt rettsområde være utformet ut fra et bestemt grunnsyn, f.eks. et ønske om å ivareta bestemte interesser. Når slike hensyn setter sitt preg på utformingen av de enkelte normer, kan det være naturlig å kalle dem for «grunnprinsipper» e.l. Ønsket om å beskytte en godtroende parts forventninger i kontraktsforhold kan ses som et slikt grunnprinsipp.

Regler som har betydning for store deler av et fag

– hensyn som ligger bak sentrale regler

Fra tid til annen kritiseres prinsippterminologi ut fra den tanke at alle «prinsippene» alltid må ha et annet rettskildemessig grunnlag. Dette kan være rettspraksis, sedvane, reelle hensyn eller lignende. Selv om denne kritikk rammer enkelte av de såkalte generelle kontraktsrettslige prinsipper, vil det for mange av prinsippene ha en uklar genealogi, slik at det kan være vanskelig å peke på noe bestemt opphav. Ofte vil en falle tilbake på utsagn om at «prinsippet har fått et sedvanerettslig grunnlag». Det er således enkelt å peke på dommer der prinsipper fastslås og brukes, jf. Rt. 2000 s. 931, Rt. 1999 s. 408, Rt. 1998 s. 774, Rt. 1998 s. 656, Rt. 1984 s. 28, Rt. 1980 s. 1109, Rt. 1978 s. 1157, Rt. 1978 s. 702.²⁰ Spørsmålet om hva som er opphav til hva, er heller ikke endelig avklart ved en henvisning hva som er bærer av argumentet etter alminnelig rettsrealistisk systematikk og terminologi. En kan like

²⁰ Andre relativt nye dommer som bygger på prinsipper med uklar genealogi i forhold til de tradisjonelle rettskilder er Rt. 2003 s. 1601, Rt. 1999 s. 1797, Rt. 1998 s. 989, Rt. 1998 s. 398, Rt. 1997 s. 1929, Rt. 1997 s. 1029, Rt. 1997 s. 180, Rt. 1997 s. 58, Rt. 1996 s. 352, Rt. 1995 s. 1641, Rt. 1995 s. 209, Rt. 1993 s. 1018, Rt. 1992 s. 352, Rt. 1992 s. 295, Rt. 1986 s. 681, Rt. 1986 s. 381, Rt. 1985 s. 290, Rt. 1983 s. 850, Rt. 1983 s. 281 og Rt. 1970 s. 1176.

gjør anse prinsippet som et normativt forhold som ligger til grunn for det rettskildemessige materiale.²¹ I så fall snus den tradisjonelle rettsrealistiske modell på hodet, idet de underliggende verdier anses som mer grunnleggende enn det materielle fundament. I denne fremstillingen ser vi på de to størrelser som uatskillelige i den forstand at hensynene som kommer til uttrykk gjennom bærerne ikke kan løsrives fra bæreren, på samme måte som bæreren ikke kan løsrives fra sitt innhold, slik at en lovtekst ikke kan tenkes uten et særlig innhold av materiell lovs form. På samme måte som mer generelle prinsipper utgjør en premissleverandør når bakgrunnsrettens innhold skal fastlegges, vil også mer spesielle systembetraktninger spille en vesentlig rolle.²² Dette gjelder både ved fastleggelsen av den ulovfestede bakgrunnsrett og ved utfyllingen av den lovfestede bakgrunnsrett.

Vi skal i det følgende gjennomgå det som kan kalles sentrale grunnprinsipper på avtalerettens område.

2.1.2 Kontraktsfrihetens prinsipp

Som utgangspunkt frihet til å avtale hva en vil på formuerettens område

– men mange begrensninger

Det sies gjerne at norsk rett bygger på et prinsipp om kontraktsfrihet. Vanligvis blir dette prinsippet ansett for å innebære at partene står fritt i å regulere sine formuerettslige forhold gjennom bindende avtale, så fremt annet ikke følger av særlige regler.²³ En formulering av prinsippet finner vi i NL 5-1-2: «Alle Contracter ... som ikke er imod Loven eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgagne ere».

Men når en gjør den reservasjon av regelen om kontraktsfrihet bare gjelder «såfremt ikke annet følger av særlige regler», blir prinsippet på sett og vis nokså innholdsløst. Vi har en lang rekke regler som forbyr kontrakter med bestemt innhold – pristiltaksl. (1. 11. juni 1993 nr. 66) § 2 forbyr f.eks. avtaler som innebærer urimelige priser, og etter konkurransel. (1. 11. juni 1993 nr. 65) §§ 3-1 – 3-4 er det forbudt å inngå avtaler om prissamarbeid. Servitutloven (1. 29. nov. 1968) §§ 11–16 setter forbud mot å inngå visse avtaler om bruksrettigheter i skog, og etter arvel. (1. 3. mars 1972 nr. 5) § 44 er det for-

²¹ Se i denne retning Graver Alminnelig forvaltningsrett s. 34.

²² Et eksempel i denne forbindelse er Rt. 2000 s. 1049. DNB tegnet ansvarsforsikring hos Vesta for eventuelt ansvar banken pådro seg overfor kundene. DNB og Vesta ble sammen enige om at en konkret utbetalingssak knyttet til et feilslått investeringsråd skulle prøves for domstolene, noe som endte med tap for DNB, samt ileggelse av forsinkelsesrenter for utbetalingen. Det oppsto spørsmål om DNB ved siden av utbetaling av egenandel også skulle svare for renter knyttet til utbetaling av dette beløp. Spørsmålet var ikke direkte løst i forsikringsavtalens ordlyd. Annenvoterende, som i denne sak var talsmann for Høyesteretts flertall, uttalte: «De bestemmelser som der er inntatt og som er gjennomgått av førstvoterende, regulerer imidlertid ikke spørsmålet ... Etter mitt syn kan det foreliggende spørsmål heller ikke løses ut fra et synspunkt om at Vesta burde ha formulert vilkårene på en klarere måte. Jeg mener at løsningen må søkes i systembetraktninger og i bakgrunnsretten.»

²³ Se Woxholth, Avtalerett s. 27-29

budt å selge arv en har i vente. Dette er bare eksempler – en fullstendig liste ville vært lang som et vondt år.

Og selv om det tas utgangspunkt i et prinsipp om avtalefrihet, er det bare sine egne rettigheter og plikter partene kan regulere ved avtale. Partene kan selvsagt ikke ved avtale regulere sin skatteplikt på en måte som er i strid med reglene i skattelovgivningen.

Utenfor formueretten gjelder det ingen alminnelig regel om avtalefrihet. Mange ganger kan forhold av f.eks. familierettslig art reguleres ved avtale – foreldrene kan f.eks. inngå avtale om foreldremyndigheten over felles barn (barnel. (l. 8. april 1981 nr. 7) § 34 (2)). Også andre personlige forhold kan reguleres ved avtale – en lege kan f.eks. inngå avtale med en kommune om å slå seg ned i kommunen, eventuelt mot ulike former for støtte. Men for avtaler som regulerer slike personlige forhold, gjelder en god del særregler som gjør at de skiller seg fra de typiske formuerettslige avtaler. Det vil f.eks. ofte gjelde særlige regler om adgangen til å kreve dem revidert (se f.eks. barnel. § 39), og en må ofte legge til grunn at de ikke kan fullbyrdes på samme måte som vanlige formuerettslige avtaler. Legen som har inngått avtale om å slå seg ned i en kommune, kan f.eks. ikke dømmes til å flytte hvis han bryter avtalen, selv om han pådrar seg erstatningsansvar.

På andre områder kan personlige forhold ikke reguleres gjennom avtaler. En kan nok bli enige både om å gifte seg, og om å skille seg, men avtalen i seg selv skaper verken noe ekteskap eller noen skilsmisse. Ekteskap stiftes gjennom vigselen, og skilsmissen gjennom skilsmissebevillingen. Men partenes enighet er en *betingelse* for en gyldig vigsel (el. § 11).

Det en vanligvis kaller kontraktsfrihetens prinsipp, har likevel betydning som en *presumsjonsregel*.²⁴ Så lenge det er spørsmål om formuerettslige forhold, vil utgangspunktet være at partene *kan* regulere sine forhold gjennom avtale. Det er altså eventuelle begrensninger i avtalefriheten som må begrunnes. Utenfor formueretten er det ingen slik presumsjon for avtalefrihet – det er en eventuell *adgang* til å regulere rettsstillingen ved avtale som trenger en særskilt begrunnelse.

Forestillingen om at det fantes et prinsipp om avtalefrihet, har preget rettsutviklingen – på godt og vondt. På den ene siden har forestillingen om at det var begrensninger i avtalefriheten som måtte påvises og begrunnes, ført til at det er etablert ordninger det praktisk sett har vært behov for. Eckhoff nevner innføringen av selskaper med begrenset ansvar – altså først og fremst aksjeselskaper – som eksempel.

Utenfor formueretten:
Noen ganger kan en inngå avtale (barn), andre ganger ikke (skilsmisse)

Kontraktsfrihetsprinsippet er en presumsjonsregel

²⁴ Eckhoff, Rettskildelære s. 246: «[Avtalefrihetens prinsipp] fikk preg av et *rettskildesprinsipp* som innebar at begrunnelsesbyrden påhvile den som ville hevde at avtalefrihetens grenser var overskredet.»

Det var sikkert mange som ønsket å delta i forretningsvirksomhet uten å risikere å tape mer enn de hadde skutt inn i virksomheten. Og en la til grunn at en avtale mellom partene var tilstrekkelig til å etablere en slik ansvarsbegrensning – det var i og for seg ikke nødvendig med noen lovhjemmel. Derfor fikk vi de første aksjeselskaper en god stund før vi fikk noen lov om dem.²⁵

Men det er ikke sikkert at alle de avtaleformer som har vokst frem med utgangspunkt i kontraktsfrihetens prinsipp, bare har vært positive. Vi kan vel f.eks. også takke kontraktsfrihetens prinsipp for avbetalingskontrakter og husleieavtaler med utkastelsesklausul (tvfl. § 13-2 (2)). Og det er ikke sikkert at det bare er av det gode at folk kan skaffe seg forbruksvarer før de egentlig har penger nok, eller at de ved avtale skal kunne gi avkall på retten til å få en oppsigelse i husleieforhold rettslig prøvet.

2.1.3 Lojalitetsprinsippet

Både i juridiske fremstillinger og i rettsavgjørelser fremheves det ofte at det i kontraktsforhold gjelder et generelt prinsipp om gjensidig lojalitet mellom partene.

Mange lovregler er
begrunnet i lojalitets-
hensyn – reklamasjon,
omsorgsplikt m.v.

Svært mange av kontraktsrettens generelle regler kan ses som utslag av et alminnelig prinsipp om lojalitet. Det gjelder f.eks. kontraktslovgivningens regler om opplysningsplikt ved avtaleslutning (kjl. § 19 (1) b, hvtjl. § 19, avhl. § 3-7, bofl. § 26, husll. § 2-4, finavtl. §§ 15, 46 og 59 og fkjl. § 16 (1) b). Det samme kan sies om reglene om frarådingsplikt i hvtjl. §§ 7 og 8 og bofl. § 8. Likedan er kontraktslovgivningens regler om reklamasjon (kjl. §§ 23 (3) og 32, fkjl. §§ 21 (3) og 27, hvtjl. §§ 14 (2), 22, avhl. § 4-19, bofl. §§ 20, 30 og 63) begrunnet i lojalitetshensyn. Det samme gjelder reglene om omsorgsplikt i misligholdssituasjoner (kjl. § 72, avhl. § 2-7 (1) og hvtjl. § 47 (1)).

Nok et eksempel på at lojalitetshensyn har satt sitt preg på rettsreglene, har vi i avtl. §§ 4 (2) og 6 (2). Skjønner en tilbyder at adressaten tror han aksepterer det opprinnelige tilbudet, eller at han aksepterer tidsnok, har tilbyderen plikt til å gjøre ham oppmerksom på at han tar feil.

At det skal gjelde en regel om lojalitet i kontraktsforhold, er også kommet til uttrykk i konkurranselovens regler om prismerking og informasjonsplikt (l. 9. januar 2009 nr. 2) § 4-1 og i markedslovens (l. 16. juni 1972 nr. 47) regler om kontroll med markedsføring og avtalevilkår, f.eks. § 7 om forbud mot villedende forretningsmetoder, og § 22 om urimelige avtalevilkår.

²⁵ Eckhoff, Rettskildelære s. 247-248.

Men i tillegg til slike spesielle regler begrunnet i lojalitetshensyn antas det å gjelde et rent *generelt* prinsipp om lojalitet. Innholdet i en slik lojalitetsplikt er det imidlertid vanskelig å si noe om. «Lojalitet» innebærer at en skal ta visse hensyn til den annen part i avtaleforholdet. Samtidig har en i mange situasjoner en klar rett til å la hensynet til *egne* interesser gå foran andres interesser.

Rent generelt begrenses lojalitetsplikten også av den plikt den *annen* part i kontraktsforholdet har til selv å ivareta *sine* interesser.

Lojalitetsplikten begrenses av
– partens rett til å la egne interesser ha forrang
– motpartens plikt til å ivareta sine egne interesser

Det ble lagt til grunn i Rt. 1988 s. 1078. Kausjonisten – A/S Skipsgaranti – hevdet at selskapet var ubundet av en garantierklæring, fordi kreditor – A/S Låneinstituttet for skip – ikke hadde oppfylt sin opplysningsplikt ved å informere om at debitors økonomiske situasjon hadde forverret seg. Men Høyesterett la til grunn at også *kausjonisten* hadde aktsomhetsplikt. «Jeg legger til grunn at det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav om aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten.

Men det må i kausjonsforhold også stilles krav til kausjonisten. Han må utvise aktsomhet, og vil, etter forholdene, kunne måtte opptre aktivt for å ivareta sine interesser.» (s. 1084).

Dommen i Rt. 1995 s. 245 gir et annet eksempel på at lojalitetsplikten begrenses av motpartens plikt til selv å ivareta sine interesser. En kausjonist hadde undertegnet en kausjonserklæring uten å lese den, fordi debitor – dateterens samboer – hadde sagt at det dreiet seg om noen forsikringspapirer. Her hadde kausjonisten opptrådt grovt uaktsomt. Hun fikk derfor ikke medhold i at kreditor – som var et profesjonelt finansieringsselskap – hadde en selvstendig plikt til å orientere hver enkelt kausjonist om de rettslige følger av kausjonserklæringen.

Kravet til lojal opptreden gjør seg gjeldende med ulik styrke avhengig av hva slags kontraktsforhold det er tale om. Enkelte kontraktsforhold går rett og slett *ut på* at den ene part skal ivareta den annens interesser – det er f.eks. tilfelle ved avtaler om advokat-, arkitekt- eller konsulentoppdrag. I slike kontraktsforhold vil det selvsagt stilles strenge krav om lojal opptreden. Det samme gjelder samarbeidsavtaler.

Lojalitetsplikten varierer
– med kontraktsforholdets art

Dette er bl.a. kommet til uttrykk i Rt. 1995 s. 1460 (1469) (Haughom-dommen). Her ble det sagt: «Ved den nærmere vurdering av Haughoms opplysningsplikt må legges vesentlig vekt på samarbeidet mellom partene og Haughoms posisjon som hovedaksjonær og styremedlem i Temco Engineering.

Samarbeidet gjaldt utvikling av nye produkter til bruk i offshore og forutsatte en høy grad av gjensidig informasjon om bedriftsinterne forhold knyttet til produktområdet. Samarbeidene parter i slike avtaleforhold stiller til annens parts rådighet ideer, tegninger, beregninger og annen know-how med det formål å få fram et nytt produkt som kan framstilles og selges. Partene vil i denne forbindelse regelmessig enten avtale eller forutsette en gjensidig bruk

av resultatet av utviklingsarbeidet. Kravet til aktsom og lojal oppptreden må være strengt for å beskytte partene mot at bedriftsinterne forhold og resultatet av utviklingsarbeidet kommer utenforstående i hende eller urettmessig utnyttes av en av partene».

At det besto et særlig tillitsforhold mellom partene, ble også tillagt vekt i Rt. 1935 s. 122 (Falconbridge-dommen), Rt. 1936 s. 909 (Ordbok-dommen) og Rt. 1951 s. 371 (Vedbolags-dommen). (Disse dommene kommer vi tilbake til umiddelbart nedenfor.)

Omvendt vil en antakelig legge kravene til lojalitet noe lavere i rent forretningsmessige forhold – i slike forhold oppfattes den enkelte parts ansvar for å ta vare på sine egne interesser som nokså fundamentalt.

– med styrkeforholdet mellom partene

Likedan vil styrkeforholdet mellom partene ha betydning. Jo mer overlegen den ene part er i f.eks. kunnskap, økonomisk styrke osv., jo mer vil en vente av lojalitet mot den svakere part – noblesse oblige. Er partene derimot jevnbyrdige, får den enkelte et øket ansvar for å ivareta sine egne interesser.

Illojalitet under kontraktsforhandlinger kan føre til

Hvor grensen går mellom illojalitet og berettiget hensyntagen til egne interesser, kan egentlig bare besvares ved en henvisning til de forestillinger som faktisk finnes hos domstolene, og i samfunnet generelt, om hva slags oppførsel som i en gitt situasjon kan regnes som lojal eller illojal. Plikt til å behandle motparten lojalt vil en part ha både under inngåelsen og under avviklingen av en kontrakt. Men virkningene av brudd på lojalitetsplikten kan være ulike.

For det første har partene plikt til å vise lojalitet under kontraktsforhandlingene. Illojalitet under forhandlinger kan f.eks. gi seg utslag i at en part innlater seg på forhandlinger som han regner med å bryte før noen avtale er kommet i stand – det kan f.eks. tenkes at hovedformålet med forhandlingene er å «myke opp» en annen mulig avtalepart, eller å presse opp verdien av aksjene i ens eget selskap. (En bedrift begynner f.eks. forhandlinger om en stor kontrakt. Allerede *muligheten* for at bedriften kan hale i land en gunstig kontrakt, kan gjøre at kursen på aksjene stiger.)

– ugyldighet

I prinsippet må slik illojalitet under kontraktsforhandlingene gi motparten rett til erstatning for det tap han er blitt påført – arbeid med å legge frem og beregne tilbud osv. Vi har foreløpig riktignok ingen norske rettsavgjørelser som har tatt et slikt krav til følge, men det betyr ikke at slikt ansvar er prinsipielt utelukket. Illojalitet vil kunne bedømmes som erstatningsbetingende uaktsomhet utenfor kontraktsforhold.

– erstatningsansvar

Dessuten kan illojal oppptreden under kontraktsforhandlinger føre til at en avtale blir ugyldig. Illojal oppptreden vil ofte rammes av avtalelovens ugyldighetsregler, først og fremst avtl. § 33 og § 36. Det er

mulig at tilsidesettelse av lojalitetsplikten kan virke som en selvstendig ugyldighetsgrunn, selv om vilkårene for ugyldighet etter avtalelovens regler ikke er oppfylt. Dette skal vi se nærmere på i forbindelse med ugyldighetsreglene.

For det andre kan lojalitetsprinsippet få betydning for tolkningen av en avtale. Hvis en avtale kan tolkes på ulike måter, vil det være grunn til å velge bort et tolkningsalternativ som f.eks. ville føre til at en kontrakt fikk en slagside i den ene partens favør. At en velger det tolkningsalternativ som best ivaretar hensynet til gjensidig lojalitet, er altså en særvariant av det tolkningsmoment at en skal prøve å finne fram til det som er «rimelig og rettferdig».

Lojalitet som tolkningsfaktor

Et eksempel på at lojalitetshensyn ble tillagt vekt ved tolkningen, har vi i «Vedbolags-dommen» (voldgiftsdom fra 1941, tatt inn i Rt. 1951 s. 371). Det var inngått avtale om levering av kull til en del statsinstitusjoner, blant annet til NSB. Så brøt den annen verdenskrig ut, og prisene på brensel steg til det femdobbelte. I denne saken besto det et så nært samarbeid mellom selger og kjøper at det ville være urimelig å velte alt tap over på selgeren. Vedbolaget hadde beregnet seg en meget lav fortjeneste – så lav at kontrakten ikke kunne anses som en vanlig forretningsmessig kontrakt, men at Vedbolaget nærmest hadde påtatt seg en formidlerrolle overfor NSB. På denne bakgrunn løste voldgiftsretten spørsmålet ut fra en tolkning av avtalen: Vedbolaget kunne kreve prisene endret.

For det tredje vil lojalitetsprinsippet kunne legge plikter på partene i et kontraktsforhold. Dette innebærer at illojal opptreden etter omstendighetene kan innebære et avtalebrudd – mislighold – som kan gi den annen part rett til å heve avtalen – eller til å kreve erstatning.

Lojalitetshensyn kan skape plikter i et kontraktsforhold

En kan altså si at lojalitetsplikten er en del av «bakgrunnsretten» som utfyller partenes avtale – på samme måte som en kjøpsavtale utfylles av kjøpsloven, en husleieavtale utfylles av husleieloven osv.

Et eksempel på at illojal opptreden kan innebære et mislighold, har vi i Rt. 1956 s. 909 (Ordbok-dommen). Gyldendal hadde vært forlegger for lektor Gleditsch' omfattende engelsk-norske ordbok. Senere hadde forlaget også kjøpt retten til å utgi en mindre «blå» ordbok, som ville være en sterk konkurrent til Gleditsch' bok. Noe varsel til Gleditsch om at en ny ordbok var på trappene, ble ikke gitt, enda partene tidligere var blitt enige om at spørsmålet om revisjon av Gleditsch' bok skulle tas opp når beholdningen begynte å nærme seg slutten.

Det ble ikke ansett som illojalt å utgi en konkurrerende ordbok, men Gyldendal burde ha varslet Gleditsch, slik at han hadde fått mulighet til å ivareta sine interesser. På dette grunnlag ble Gyldendal dømt til å betale erstatning. Førstvoterende understreket at forlagsavtalen på mange måter var et spesielt kontraktsforhold – en forlagsavtale gir forleggeren enerett til å stå for utgivelse og distribusjon av forfatterens åndsverk, uten at forfatteren selv har noe

særlig han skulle ha sagt. På denne bakgrunn måtte det etter førstvoterendes oppfatning (s. 911) «være ganske klart at Gyldendal var uberettiget til til egen fordel og til Gleditschs skade at hemmeligholde dette for ham saa overordentlig viktige forhold [planene om å utgi «den blå ordboken»]».²⁶

– og begrense rettigheter

Lojalitetshensyn kan ikke bare pålegge en part plikter – slike hensyn kan også *begrense* en parts rettigheter i en misligholdssituasjon.

Et eksempel har vi i Falconbridge-dommen i Rt. 1935 s. 122. Saken gjaldt en kontrakt om levering av nikkel til fast pris fra Falconbridge til Raffineringsverket. Så opphevet Storbritannia plikten til å innløse pund med gull, og dette førte – av en eller annen grunn – til at prisene på nikkel steg kraftig. Derfor ville Raffineringsverket få en formidabel fortjeneste ved videresalg av nikkel. Men Raffineringsverket kunne ikke kreve de avtalte vilkårene opprettholdt. Falconbridge var altså ikke lenger forpliktet til å levere til de priser som var avtalt. Dette ble bl.a. begrunnet i at avtalen med Falconbridge ikke var noen rendyrket forretningsavtale, men at det besto et særlig tillitsforhold mellom partene.

Adressatens forventninger beskyttes
– ved at svake ugyldighetsgrunner ikke kan gjøres gjeldende hvis god tro

2.1.4 Prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger

Et gjennomgående trekk, ikke bare ved kontraktsretten, men ved ganske store deler av formueretten, er at mange regler er utformet ut fra et ønske om å beskytte en godtroende parts forventninger. Avtalelovens ugyldighetsgrunner kan f.eks. som hovedregel ikke gjøres gjeldende overfor en godtroende adressat – det er det bare de groveste ugyldighetsgrunner som kan (avtl. § 28). På samme måte kan begrensninger i en fullmektigs kompetanse som hovedregel ikke gjøres gjeldende overfor en adressat i god tro (avtl. § 11 (1)).

– ved regelen om objektiv tolkning

Prinsippet om at kontrakter skal tolkes «objektivt», kan ses som et tredje utslag av det samme prinsippet – det anses som viktig å beskytte de forventninger som utsagnet skaper hos adressaten.

Ble ofte begrunnet i «hensynet til omsetningens sikkerhet»

Denne beskyttelsen av en godtroende adressats forventninger ble vanligvis begrunnet ut fra det en kalte «hensynet til omsetningens sikkerhet». Tanken var altså at hvis en kontraktspart ikke visste om han kunne stole på de tilbud han mottok, ville han ikke tørre å inngå avtaler, med det til følge at forretningslivet ville stagnere.²⁷

Overvurdering?

Men dette er i beste fall en sterk overdrivelse. Selv om vi tenkte oss reglene utformet slik at en godtroende kontraktspart av og til ble utsatt for skuffelser – f.eks. fordi en ugyldighetsgrunn kunne gjøres gjeldende mot ham – er det alt for pessimistisk å regne med at dette også ville virke som noen særlig bremse på omsetningslivet. For de

²⁶ Dommen er kommentert av Knoph, Tfr 1937 s. 63.

²⁷ Dette synet kommer særlig klart frem hos Stang, Innledning til formueretten s. 250-252.

aller fleste henvendelser en avtalepart mottok, ville det jo *ikke* være noe i veien med. Og det ville i sin tur bety at han i *de aller fleste situasjoner* ville få den stilling han regnet med. De færreste slutter å kjøpe epler bare fordi det finnes ett og annet skjemt eple innimellom. Hensynet til omsetningslivets effektivitet kan også begrunne beskyttelse av den godtroende løftegiver som lover mer enn han forstod: Argumentet om at løfter kan fortolkes videre enn løfteavgiver mente, medfører selvsagt ikke at forretningslivet stagnerer, men argumentet har samme form som det tradisjonelle argument gjengitt foran.

2.1.5 Formfrihetens prinsipp

Med formfrihet menes i alminnelighet at det ikke er noe krav at avtalen gjøres i en bestemt form for at den skal være gyldig mellom partene.

Ikke noe krav at avtalen gjøres i en bestemt form

Formfrihetens prinsipp har ikke blitt uttrykkelig kodifisert i sin alminnelige form, men det er forutsatt i så vel lovtekster som høyesterettsavgjørelser.²⁸ Den mest eksplisitte formulering av formfrihetens prinsipp, finner vi i kjøpsloven § 91 (1) første punktum (som gjelder for internasjonale løsørekjøp): «Et kjøp behøver ikke å sluttes eller bekreftes skriftlig og er ikke undergitt noe annet formkrav.» I NL 5-1-1 heter det at enhver er pliktig til å etterkomme det han har lovet med «Mund, Haand og Segl», og i avtaleloven § 3 annet ledd angis en særlig akseptfrist for muntlige avtaler. Formfrihetens prinsipp kommer dessuten til uttrykk i UNIDROITS principles art. 1.2, PECLart 2:101 og CISG art. 11. Formfriheten løftes også frem som et viktig prinsipp på avtalerettens område i den juridiske teori.²⁹

Både ulovfestet prinsipp og kodifiserte enkeltregler

Det faktum at det formfrihet innebærer som utgangspunkt ikke noe annet og mer enn at det ikke foreligger bestemte formkrav for en avtales gyldighet. Ved at det gjelder formfrihet med hensyn til en avtales gyldighet, har vi således ikke sagt noe om det også gjelder formfrihet i andre relasjoner. En kan snakke om form som vilkår for særlige materielle og prosessuelle virkninger (punkt 3.2.8.3), form for rettsvernsvilkår (punkt 3.2.8.4), form som kontrollmiddel (punkt 3.2.8.5), osv. Det gjelder ikke noe formfrihetens prinsipp i disse relasjoner.

Prinsippet har referanse til gyldighetsspørsmålet

²⁸ Fra de siste år nevnes eksempelvis Rt. 2007 s. 817, Rt. 2007 s. 129, Rt. 2006 s. 1585, Rt. 2006 s. 1547, Rt. 2006 s. 776, Rt. 2006 s. 678, Rt. 2004 s. 1582, Rt. 2004 s. 53, Rt. 2004 s. 41, Rt. 2003 s. 1501 og Rt. 2003 s. 158.

²⁹ Se Woxholth, Avtalerett s. 29-31.

2.1.6 Særlig om «Alminnelige kontraktsregler» o.l.

I rettspraksis og juridisk teori møter vi også rett som det er uttrykk som «alminnelige kontraktsregler», «ulovfestede kontraktsgrunnsetninger», o.l.³⁰ Dette er uttrykk uten entydig og skarpt meningsinnhold, og kan referere både til regler med et helt konkret innhold, og til mer generelle prinsipper.

– generaliseringer på grunnlag av regler med begrenset anvendelsesområde

Til dels brukes uttrykket om regler som oppfattes som generaliseringer på grunnlag av tilsvarende regler som gjelder på mer avgrensede områder. De lover vi har om enkelte avtale typer (kjøpsloven, håndverkertjenesteloven osv.), gir alle en part rett til å heve en avtale på grunn av vesentlig mislighold. På denne bakgrunn må en kunne gå ut fra at retten til å heve en avtale på grunn av vesentlig mislighold, er en regel som gjelder helt generelt i norsk rett, også for kontrakter som ikke er lovregulert. En leasingavtale eller en konsulentavtale kan f.eks. heves hvis det foreligger vesentlig mislighold.

I Rt. 1951 s. 371 (Vedbolags-dommen) ble uttrykket «alminnelige kontraktsregler» brukt om regelen om ansvarsfrihet ved force majeure, og i Rt. 1978 s. 1157 ble det antatt at en entreprenørs rett til å stanse arbeidet ved mislighold fulgte av «alminnelige kontraktsregler».

I Rt. 1995 s. 46 (Nimbus-dommen) ble det antatt at retten til å kreve tilbakeført ytelse på grunn av en ugyldig avtale, hvor en selv bar hovedansvaret for ugyldigheten, kunne være avskåret etter «alminnelige obligasjonsrettslige regler».

I Rt. 1984 s. 785 (Prisstopp) ble det sett bort fra kontraktens tilsynelatende prisstoppsklausul da denne ville forrykke balansen mellom partenes ytelser vesentlig. Det rettslige grunnlag for tilsidesettelsen ble angitt å være «alminnelige kontraktsregler», nærmere bestemt de alminnelige regler for risikofordeling i kontrakt. Disse regler gjør seg gjeldende både ved fortolkning av kontrakter og ved fastlegging av partenes ytelser etter bakgrunnsrettens materielle regler, og ved omlegging av partenes ytelser etter forutsetningslæren og avtaleloven § 36.³¹

– hensyn det kan eller bør legges vekt på

Men med «alminnelige kontraktsregler» o.l. mener en undertiden også hensyn som det *skal*, *bør* eller *kan* legges vekt på, men hvor en ikke har noen klar anvisning på hva som blir resultatet dersom dette ikke gjøres. At det helst skal være likevekt i et kontraktsforhold, at partenes avtale ikke må være i strid med samfunnsmessige hensyn, at det er viktig å beskytte en godtroende avtaleparts forventninger osv., er forhold som alle vil betraktes som relevante argumenter i en juridisk drøftelse. I slike tilfeller brukes uttrykkene snarere som navn på

³⁰ Se eksempelvis Rt. 1986 s. 1386, Rt. 1984 s. 785, Rt. 1978 s. 1157, Rt. 1961 s. 590, Rt. 1955 s. 536, Rt. 1951 s. 371, Rt. 1948 s. 339 og Rt. 1940 s. 169.

³¹ Dommene er nærmere omtalt hos Høgberg, Kontraktstolkning s. 256.

2.2 LOVGIVNINGEN

typer av reelle hensyn som kan gjøre seg gjeldende enn på regler i materiell forstand. En konsekvens av dette er at normen ikke gir klare svar på hva som blir resultatet hvis en tar – eller ikke tar – hensyn til slike forhold.

Grensen mellom kontraktsregler som gir anvisning på en rettsfølge (f.eks. ugyldighet eller erstatning) og regler som bare gir anvisning på hva slags momenter en bør ta hensyn til, er imidlertid ikke skarp. Prinsippet om «lojalitet i kontraktsforhold» kan for så vidt være et eksempel her. At en part bør være lojal, vil være et relevant argument ved f.eks. tolkningen av en avtale. Samtidig kan brudd på lojalitetsplikter også ha rettsvirkninger – illojalitet kan bl.a. utløse misligholds- og ugyldighetsvirkninger.

Det er derimot ikke bør gjøre, er å bruke uttrykket «alminnelige kontraktsregler» som *kamufasje* for andre begrunnelser. Hvis en f.eks. mener at reelle hensyn taler for en bestemt løsning, bør en heller si hva det er en legger vekt på, fremfor å late som om en anvender allerede eksisterende regler, som en selv på mer eller mindre mystisk vis har fått kjennskap til. Enda verre er det å bruke uttrykk som «alminnelige kontraktsgrunnsetninger» e.l. som kamufasje for at en egentlig ikke har noen begrunnelse i det hele tatt. Å kamuflere manglende innhold med store ord og pompøse vendinger, er en allmennmenneskelig svakhet. Og den er i alle fall ikke *mindre* utbredt hos jurister enn hos andre.

2.2 LOVGIVNINGEN

De viktigste lovbestemmelser om inngåelse og ugyldighet av avtaler finnes i avtaleloven av 31. mai 1918. Meningen var opprinnelig å lage et innledningskapittel til kjøpsloven.

Men avtaleloven er langt fra uttømmende. Den er også nokså sterkt preget av den tid da den ble til. Det loven først og fremst gir regler om er det vi kan kalle «det typiske handelskjøp omkring begynnelsen av forrige århundre», dvs. avtaler mellom forretningsdrivende som ikke bodde på samme sted og derfor var henvist til å slutte avtaler ved hjelp av brev eller telegram. Andre – og i og for seg like viktige avtalerettslige problemer – som f.eks. regler om forbrukerkjøpsavtaler, avtaler om kjøp på avbetaling, standardkontrakters gyldighet osv. – ble ikke ofret særskilt oppmerksomhet da loven ble til. Dagens store kontrakter blir dessuten gjerne til etter langvarige kontraktsforhandlinger, og den avtalelovens regulering av avtaleslutningsprosessen passer mindre godt for denne type avtaler.

Reglene om avtaleinngåelse i avtl. kap. 1 er imidlertid fravikelige. Det innebærer at partene selv har frihet til å bestemme hvordan, og

Avtaleloven er et barn av sin tid – regulerer «det typiske handelskjøp ved århundreskiftet»