

Geir Woxholth

Contract law

10th edition

(Free Translation; section 5 p. 30-31)

5.0 The principle of freedom of form

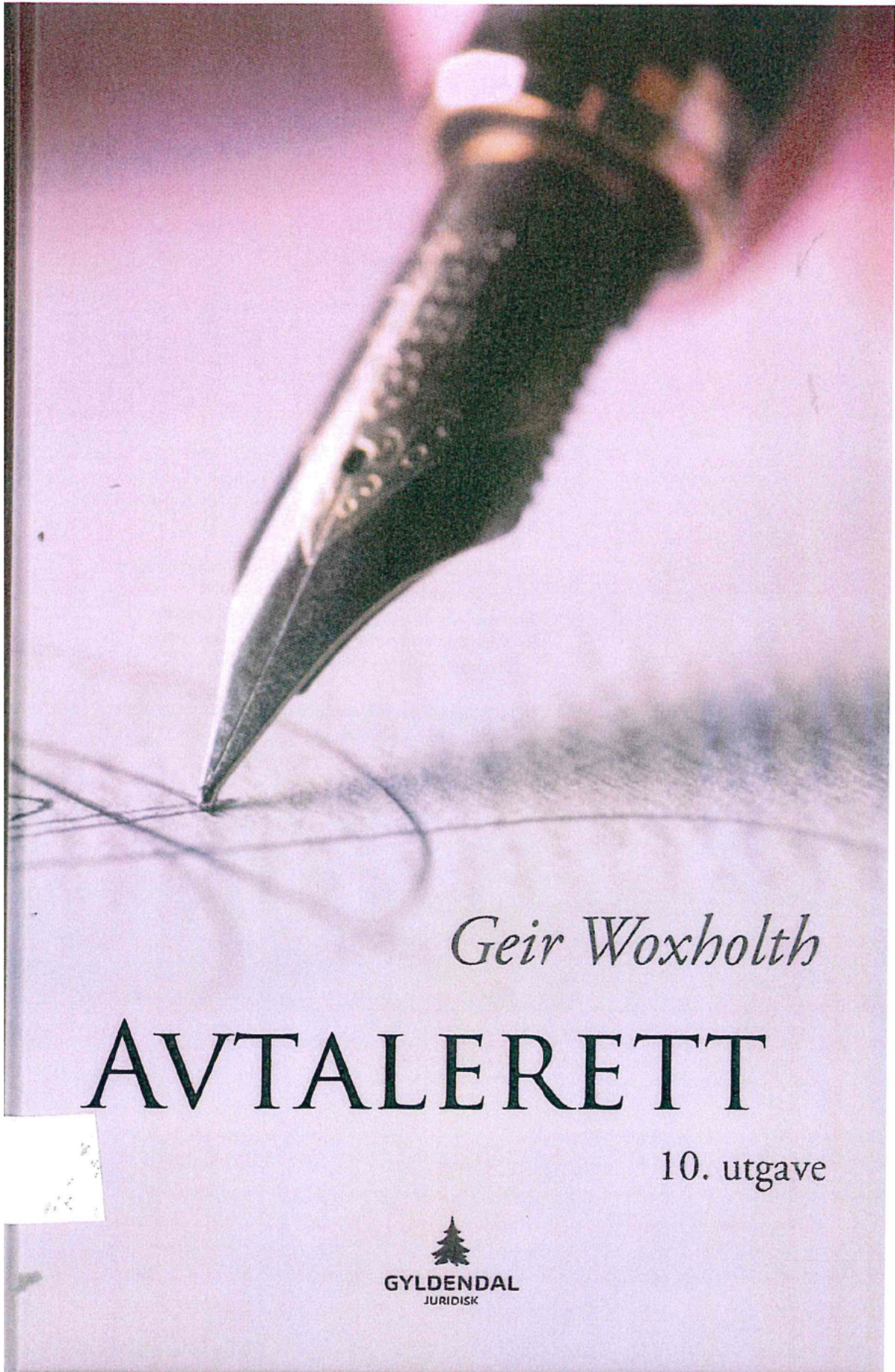
The principle of freedom of contract must be seen in connection with the fact that in Norwegian law there are normally formal requirements for speeches. The principle of freedom of form can be deduced from NL 5-1-1: "Everyone is obliged to comply with their hand with Mouth [oral vows], Hand and Seal [written vows] promised and entered into gardens" but falls regardless of certain law.

The principle of freedom of form means that in practice there are unlimited possibilities for how an agreement can be entered into - completely informally by a "confirmatory" nod or by a finger movement when a motorist waves to signal that a predecessor can pass safely across the road, or something more formally, yet astonishingly simple conditions taken into account, such as the sale of a supertanker by drawing on a napkin during a dinner at the Theatercafeen. The principle of freedom of form means that agreements entered into by e-mail, possibly over the Internet, by text messages (SMS) or other modem means of communication are in principle as binding as agreements entered into on the basis of more traditional communication.

It is the combination of freedom of contract and form that makes it easy and informal for agreements, and which together create the conditions for agreements to become important financial instruments, cf. above. That it is the combination of the principles, and not the principles more isolated, that justifies the agreements' function as economic instruments, can be illustrated by a simple example: Imagine that there was a requirement that all agreements must be entered into in writing, and that the parties were also referred to designing and accepting a comprehensive set of contract terms in order to be able to commit (formal requirements). If you connect this to such a simple contractual situation as buying sausages in a sausage stall on Holmenkollidagen, it does not require much empathy to imagine the queues that would arise in front of the sausage stall if the formal requirements had to be complied with, and the slender box of the sausage seller after the end of the ski run. In that case, it would be a "poor" consolation that we have freedom of contract.

The formal requirement that is primarily conceivable for agreements is in writing, but it is an indisputable starting point that an oral agreement is as binding as a written one. Another issue is that for evidentiary reasons it may be an advantage that an agreement is laid down in a written document. The legislation contains some examples of a statement having to be

in writing, ie that the formal requirement is a condition of validity. See, for example, the Financial Contracts Act 25 June 1999 no. 46 § 61 first paragraph, where writing is set as a validity requirement for surety agreements regulated by the Act. Where the formal requirement has been made a condition of validity and there is a lack of formalities, we are faced with a ground of invalidity under contract law, see Part III, Chapter 1, Section 5.0.



Geir Woxholth

AVTALERETT

10. utgave



GYLDENDAL
JURIDISK

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2017
10. utgave, 1. opplag 2017

ISBN 978-82-05-49774-0

Omslagsdesign: Gyldendal Juridisk
Sats: Laboremus Oslo AS
Papir: 90 g Amber graphic
Trykk: Opolgraf, Polen 2017

Alle henvendelser om boken kan rettes til
Gyldendal Juridisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/juridisk
juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Alle Gyldendals bøker er produsert i miljøsertifiserte trykkerier.
Se www.gyldendal.no/miljo

KAPITTEL 1

Grunnleggende synspunkter

1.0 Avtaler som økonomiske instrumenter

Alle og enhver inngår daglig avtaler. Disse kan gjelde alt fra mindre ting som enkeltpersoners kjøp av dagligvarer, hus og hytte og opprettelse av bankkonto til foretaks og offentlige myndigheters avtaler om entrepriser og lån mv i million- og milliardklassen. I et moderne samfunn kan mennesker knapt eksistere uten å utveksle sitt arbeid med penger og sine penger med varer og tjenester. Selv den enkleste lille ting som vi i dag handler i markedet, er et resultat av en prosess som har foregått i tallrike forutgående omsetningsledd:

Kjøp en blyant i en butikk, og tenk på hvem som plantet treet, hvordan det ble felt, fraktet til en havn, transportert på et skip, sendt til en lagringsplass for tømmer, skåret til plank, omgjort til en blyant, distribuert til detaljistforretningen og til slutt innkjøpt av forbrukeren.

Avtalene «institusjonaliserer» utvekslingen av *formuesgodene*. På denne måten blir de av uvurderlig betydning for utviklingen av *omsetningslivet* og dermed den økonomiske velstand i et markedsøkonomisk innrettet samfunn. De har fått status som «det dynamiske element» i det økonomiske liv.

Selv om rettigheter og plikter kan ha sin bakgrunn i andre rettsgrunnlag enn avtaler (kontrakt) – f.eks. arv, erstatning eller hevd – er det liten tvil om at avtaler (kontrakt) er det viktigste grunnlaget for stiftelse, endring, opphør og overføring (omsetning) av *formuerettigheter*.

I Norge har vi en egen lov om avtaler – lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 31 mai 1918 nr 4, med korttittel *avtaleloven*.

2.0 Avtaler skal holdes – «pacta sunt servanda»

Hva er årsakene til at avtalene har så sentrale funksjoner? Noe av svaret kan nok utledes av selve grunnpilaren i avtaleretten – prinsippet om at avtaler skal holdes

(«pacta sunt servanda»). Prinsippet er så grunnleggende at det hadde gjeldt i mange år før avtaleloven ble vedtatt i 1918, og lovgiveren fant ikke engang grunn til å lovfeste det der. Prinsippet fremgikk – og fremgår den dag i dag – av Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15 april 1687, artikkel 5-1-2, forkortet NL 5-1-2: «Alle Contracter som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige [...] være sig Kiøb, Sal, Gave, [...] og andet ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed», er bindende.

Prinsippet er internasjonalt anerkjent og gjelder i alle siviliserte samfunn, men har historisk uklare konturer. Helt siden Aristoteles har det foreligget ulike teorier om hvorfor og hvordan avtalebundethet oppstår. Begrunnelsesmessig har teoriene variert over et bredt spekter. Her skal bare nevnes noen typeeksempler som fri vilje, guds vilje, naturret, rettferdighet, formalisme, ekvivalens, moralisme, sannhetsideal, økonomisk effektivitet og lojalitet. Om det ikke skulle være nok at prinsippets teoretiske bakgrunn har en diffus forankring, kommer i tillegg at det innhold som gjennom tidene er lagt i prinsippet heller ikke er entydig. Det er blitt påvirket av ulike strømninger i tiden, herunder både av idéhistoriske utviklings-trekk og alminnelige samfunnshensyn. I det praktiske rettsliv tar man imidlertid prinsippet om at avtaler skal holdes for gitt, og det har hatt – og har – en betydning som vanskelig kan overbetones.

Hva innebærer prinsippet om at avtaler skal holdes fra en praktisk synsvinkel? Først kan nevnes at det gjelder for alle avtaler, helt uavhengig av hvordan avtalen er kommet i stand, eller hva slags type avtale det dreier seg om. (Se likevel like nedenfor om avtaler med sosiale forpliktelser og som etter sin art ikke er rettslig bindende.) Hvis vi tar en kjøpsavtale som eksempel, innebærer prinsippet at partene normalt ikke rettmessig kan angre seg ved å unnlate å oppfylle avtalen eller ved ensidig å endre avtalens innhold, f.eks. ved å kreve høyere pris.

En sentral side ved prinsippet om at en avtale skal holdes, er at den skal oppfylles nøyaktig i samsvar med det avtalte. I dette ligger at begge partene i utgangspunktet har krav på *naturaloppfyllelse*. Selv om kjøperen i og for seg kan heve avtalen ved selgerens uteblitte levering, jfr kjl § 25 første ledd, og eventuelt kan kombinere hevningskravet med et krav om supplerende erstatning, jfr § 27, står han fritt til å fastholde avtalen og kreve levering, jfr kjl § 23 første ledd første punktum, eventuelt kombinert med et supplerende erstatningskrav. Retten til å kreve naturaloppfyllelse går i nordisk rett lenger enn f.eks. i angloamerikansk rett, men er også hos oss underlagt visse begrensninger, jfr f.eks. kjl § 23 første ledd annet punktum.

I de tilfellene retten til å kreve naturaloppfyllelse er underlagt begrensninger, er kreditor – hvis vilkårene er oppfylt – henvist til å falle tilbake på de øvrige sanksjoner rettsordenen stiller til hans disposisjon. I praksis vil det gjerne være retten til å kreve *erstatning* for oppfyllelsesinteressen, dvs. at avtaleparten krever å bli stilt økonomisk som om avtalen ble riktig oppfylt, som er den viktigste kontraktsbruddssanksjonen. Denne retten er i realiteten et substitutt for naturaloppfyllelsen. Men avtaleparten kan velge om han vil påberope seg andre sanksjoner enn erstatning, f.eks. prisavslag, eller la sitt erstatningskrav ledsages av et krav om hevning av avtalen hvis vilkårene for dette er til stede.

Prinsippet skaper *tillit* til at avtaler i praksis blir oppfylt etter sitt innhold. Dette fører igjen til at aktørene i samfunnslivet kan bruke avtaler som økonomiske instrumenter – til å realisere produksjon, markedsføring og omsetning av formuesgoder.

Prinsippet gjelder likevel ikke *unntaksfritt*. Avtaler må ikke holdes ubetinget og under alle forhold («*pacta non sunt semper servanda*»).

Unntak må *for det første* oppstilles hvor avtalen er ugyldig – løftegiver er blitt tvunget, har vært utsatt for svik, falsk, forfalskning mv.

For det annet må det etter forholdene gjøres reservasjoner i tilfeller der det har blitt ekstraordinært kostbart, vanskelig eller farlig å oppfylle. I enkelte tilfeller kan således det forhold at det har inntruffet en «kontraktsforstyrrelse» i tiden mellom avtaleinngåelsen og oppfyllelsen, tilsi at avtalen anses endret eller opphørt med grunnlag i den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.

For det tredje kan det ut fra en helhetsvurdering tenkes at det alle forhold tatt i betraktning vil fremstå som «urimelig» å kreve oppfyllelse, jfr avtaleloven § 36, som på dette grunnlag gir hjemmel for å lempe avtalevilkår. Det kan også tenkes at en person med dårlige norskkunnskaper kjøper en vare i tillit til informasjon om varens bruksområde som han misforsto, og som det så viser seg at han ikke har behov for.

Under del III behandles reglene og prinsippene om ugyldige avtaler og lempning av avtaler med grunnlag i avtaleloven § 36. Forutsetningslæren fremstilles tradisjonelt i den alminnelige obligasjonsretten, men den har et grensesnitt mot avtaleloven § 36 fordi det ofte vil kunne være «urimelig» å oppfylle en avtale hvis det har inntruffet en bristende forutsetning mellom avtalens inngåelse og oppfyllelse, jfr del III, kapittel 5, pkt 5.84.

Hertil kommer den såkalte *umulighetslæren*, som har sitt utspring i romerretten: Ingen er forpliktet til å utføre det umulige. Det er ganske opplagt at ingen kan forpliktes til å naturaloppfylle når dette er umulig: Den unike Ferrarien fra 1974 som er solgt «privat» fra bilentusiast A til B, blir etter avtalens inngåelse, men før levering, totalvrak etter at A uforskyldt ble påkjørt. Prinsipielt er det ikke utenklig med et erstatningsansvar som et substitutt for naturalytelsen i et tilfelle som dette. Men en plikt til å betale erstatning i disse tilfellene kan fremstå som urimelig hard overfor den forpliktete, og i norsk rett er det derfor ikke mange eksempler på at det her kan inntre erstatningsplikt.

3.0 Rettslig bindende avtaler

Ikke alle avtaler som inngås, er *rettslig bindende*, men i avtaleretten er det bare de rettslig bindende avtalene som har interesse. Avtaleloven har ingen definisjon

av hva en rettslig bindende avtale er, eller noen regulering av hva som skal til for at en avtale kan sies å være rettslig bindende. Dette må fastsettes på grunnlag av rettspraksis, juridisk teori og tradisjon.

En rettslig bindende avtale foreligger først når to eller flere parter er blitt enige om å stifte eller endre et rettsforhold seg imellom, herunder at rettsforholdet bringes til opphør. Invitasjoner til kino, middag eller selskapeleg samvær faller derfor utenfor. Det er først når partene blir enige om at en av dem skal kjøpe billetter til kino eller leie middags- eller selskapslokalet at avtaleforholdet blir rettslig bindende.

Avtaler om vennetjenester og såkalte «gentlemen's agreements» hører også til kategorien avtaler som ikke er rettslig bindende. Intensjonsavtaler («hensikts-erklæringer») reiser særlige spørsmål, jfr del II, kapittel 7, pkt 3.0, men situasjonen vil ofte være den at slike avtaler heller ikke forplikter partene rettslig til å inngå en påtenkt avtale.

Det som særpreger en rettslig bindende avtale, er at den kan gjennomføres ved domstolenes hjelp – enten ved at det avsies dom for at parten skal oppfylle avtalen, eller ved at parten dømmes til å betale den annen part erstatning som tilsvarende hans økonomiske interesse i avtalen (positiv kontraktsinteresse). Rettsfilosofisk kan det diskuteres om det kan opereres med rettslig bindende avtaler som ikke kan håndheves av domstolene, men praktisk sett har spørsmålet liten betydning.

Brudd på avtaler som ikke er rettslig bindende, kan ikke håndheves av domstolene, men det betyr ikke at slike avtalebrudd er uten konsekvenser. Overholder man ikke en sosial forpliktelse, kan det få følger for vennskap og holdninger til en blant folk flest. Og en næringsdrivende som bryter en «gentleman's agreement», vil kunne oppleve at den part han har skuffet ved ikke å overholde avtalen, bryter samarbeidet. Blir det kjent at man ikke overholder «gentlemen's agreements», vil det også kunne få følger overfor andre potensielle medkontrahenter ved at man kan få dårlig renommé og gå glipp av fremtidige kontraktsmuligheter. (Jfr nærmere del I, kapittel 1, pkt 12.0.)

Selv om utgangspunktene er klare, kan det i praksis oppstå grensetilfeller mellom de rettslig forpliktende og uforpliktende avtalene: Et eksempel kan være en middagsinvitasjon, hvor den ene part legger «press» på den annen for å få ham til å delta under foregivende av at alt er gratis. Hvis den som har invitert, nekter å betale regningen etterpå, vil nok en domstol strekke seg langt for å komme den inviterte til hjelp.

Et annet eksempel kan være at en vennegjeng spiller eller tipper sammen, og avtaler at en av dem skal levere inn tipsene, hvorefter denne glemmer å levere inn en kupong som ville ha gitt gevinst. I et tilfelle som dette kan man ikke utelukke at den det gjelder kan bli erstatningsansvarlig for kontraktsbrudd overfor de andre, noe som forutsetter at det er inngått en rettslig forpliktende avtale dem imellom.

4.0 Kontraktsfrihetsprinsippet. Prinsippet om privat autonomi

Synspunktet om at avtaler fremmer økonomisk aktivitet, har selvsagt størst gjennomslagskraft i et samfunn der *kontraktsfriheten* er tilnærmet absolutt. I liberalismens glansperiode ble kontraktsfrihetens prinsipp nærmest oppfattet som en naturlov begrunnet i partenes frie viljer og handlingsvalg. I utgangspunktet omfattet – og omfatter – kontraktsfriheten *både* frihet til å inngå eller å unnlate å inngå kontrakter, frihet til å velge medkontrahent og frihet til sammen med den valgte medkontrahent å bestemme kontraktens innhold. Kontraktsfrihetsprinsippet er så grunnleggende at lovgiveren ikke har lovfestet det i sin rene form på noen uttrykkelig måte i avtaleloven eller annen lovgivning. Men prinsippets eksistens er forutsatt i Kong Christian Den Femtis Norske Lov fra 1687, NL 5-1-2.

Enda mer grunnleggende enn kontraktsfrihetsprinsippet er prinsippet om *privat autonomi* (privat selvbestemmelsesrett). Dette lar seg ikke begrunne ut fra rettsregler og er derfor ikke lovfestet noe sted, men må oppfattes som en grunnleggende forutsetning for hele rettssystemet. Privatautonomien innebærer i sin rene og opprinnelige form at den enkelte selv kan beslutte om han eller hun vil binde seg ved rettslige disposisjoner. Privat autonomi er derfor på en måte en forutsetning for kontraktsfrihetsprinsippet. Det er den evne den enkelte har til å beslutte om man vil benytte seg av kontraktsfrihetsprinsippet og derved binde eller unnlate å binde seg til en avtale eller til en annen rettslig disposisjon.

På området for den offentlige rett gjelder legalitetsprinsippet. Det innebærer kort og upresist at offentlige organer må ha hjemmel i lov for å pålegge borgerne plikter eller for å frata dem rettigheter. Hvis private bruker sin selvbestemmelsesrett – privat autonomi – til å binde seg ved avtale, er man utenfor området for legalitetsprinsippet. Det er også tilfellet når private inngår avtaler med det offentlige, f.eks. når politiet kjøper politibiler av Volvo Norge AS. Det er derfor vanligvis ikke nødvendig med lov hjemmel for at noen påtar seg plikter ved avtale.

Kontraktsfriheten er i dagens blandingsøkonomi underlagt vesentlige begrensninger, men den utgjør likevel fortsatt universelt et sentralt rettsprinsipp og en viktig forutsetning for at kontrakter har så viktige funksjoner i samfunnslivet. Det er særlig partenes *manglende jevnbyrdighet* når det gjelder muligheter for å ha oversikt over en avtales innhold og rekkevidde, som kan tale mot å opprettholde avtalefriheten ubeskåret (forbrukervern, vern om den «svake» kontraktspart mv). Lovgiveren har gjort bruk av flere virkemidler for å komme «svake» kontraktsparter til hjelp og lagt forholdene til rette for domstolskontroll med kontraktsvilkår. Det sentrale virkemiddel er *preseptorisk* (ufravikelig) lovgivning. En preseptorisk lov er en lov partene ikke har rett til å fravike ved avtale, jfr f.eks. forbrukerkjøpsloven 21 juni 2002 nr 34, som har til siktemål å sikre forbrukerne

visse minimumsrettigheter overfor en næringsdrivende selger. En preseptorisk lov vil derfor begrense kontraktsfriheten. Det fremgår av loven selv om den er preseptorisk, jfr f eks forbrukerkjøpsloven § 3 første ledd, der det heter: «Det kan ikke avtales eller gjøres gjeldende vilkår som er ugunstigere for forbrukeren enn det som følger av loven her.»

Lover som kan fravikes ved avtale partene imellom, er *deklaratoriske* (fravikelige). Som eksempel kan nevnes den alminnelige kjøpsloven 13 mai 1988 nr 27, som regulerer kjøp hvor selgeren ikke opptrer i næring og kjøperen ikke er forbruker, jfr lovens § 3, der fravikeligheten fremkommer: «Bestemmelsene i loven gjelder ikke for så vidt annet følger av avtalen, etablert praksis mellom partene, eller handelsbruk eller annen sedvane som må anses bindende mellom partene». Det kan f eks gjelde en avtale om salg av en bruktbil mellom to private eller salg der begge parter er næringsdrivende, f eks mellom en bilimportør og en bilforhandler. Denne sontringen mellom preseptoriske og deklarasjoniske lover er helt grunnleggende i avtaleretten og formueretten i det hele. Mens en deklarasjonisk lov åpner for bruk av kontraktsfriheten ved at det kan inngås avtaler som kan gi uttrykk for andre løsninger enn lovens eller som supplerer den, stenger altså en preseptorisk lov for slike avtaler.

Et annet virkemiddel i domstolskontrollen med kontraktsvilkår er *generelle sensurbestemmelser*, jfr den alminnelige formuerettslige lempningsregelen i avtaleloven § 36, som kort og upresist gir grunnlag for å sette til side «urimelige» avtaler og avtalevilkår som ugyldige. Denne bestemmelsen er også ufravikelig, slik at det ikke er mulig på forhånd å fraskrive seg det vern den gir. Også bestemmelsen i avtaleloven § 36 innebærer derfor en begrensning i kontraktsfriheten.

Lovgivningen inneholder begrensninger i avtalefriheten også av andre grunner enn hensynet til «svake» kontraktsparter, f eks av hensyn til *tredjeparter*. Et eksempel er reglene i dekningsloven kapittel 5 om omstøtelse. Hvis en næringsdrivende like før en konkurs f eks overfører huset til sin sønn, kan disposisjonen omstøtes (omgjøres) av hensyn til kreditorene.

Også *samfunnsmessige hensyn* kan tilsa en begrensning av kontraheringsfriheten, som f eks konkurranselovens regler som er til hinder for at f eks Norwegian og SAS inngår en avtale om prissamarbeid.

Foran er det nevnt at en del av kontraktsfriheten er friheten til å *unnlate* å inngå kontrakter. Kontraktsfriheten får på denne måten en negativ side. I *prinsippet* kan man derfor i atskillige tilfeller nekte en person å handle med en med en helt usaklig begrunnelse, f eks fordi han eller hun har rødt hår. En advokat vil – med jusen trygt på sin side – ha rett til å avvise en klient med en slik (eller en lignende) usaklig begrunnelse. Det følger av at advokaten har rett til å velge om han eller hun vil påta seg et klientforhold eller et oppdrag, uten at det avkreves noen begrunnelse. Når advokaten kan si nei til oppdraget uten å måtte gi en begrunnelse, må han eller hun også kunne si nei til oppdraget med en usaklig begrunnelse. For advokater må dette ses i sammenheng med de sterke hensyn som tilsier at han eller hun må kunne stå fritt når det gjelder å påta seg ethvert oppdrag.

Men heller ikke denne siden av kontraktsfriheten har ubetinget gyldighet. I en del forhold foreligger det uskrevne regler begrunnet i alminnelige avtalerettslige prinsipper som pålegger den ene part en plikt til å inngå en kontrakt når den annen part ønsker det. *Uskreven kontraheringsplikt* foreligger i første rekke for den som har en faktisk eller rettslig *monopolstilling*, f.eks. bygdens eneste landhandel, Posten, Vinmonopolet eller NSB. Dersom leverandøren i tillegg til å ha et monopol forhandler *nødvendighetsgoder*, kan det foreligge en *lovhjemlet*, ubetinget kontraheringsplikt, som f.eks. for apotek, jfr. apotekloven § 6-2 første ledd, jfr. § 5-3. Se også energiloven § 3-3, som gir forbrukere og andre en rett til å koble seg til elektrisitetsnett, og finansavtaleloven § 14, som gir en kunde krav på at en bank mottar innskudd og utfører betalingstjenester på vanlige vilkår, herunder lar en få åpne lønnskonto.

I praksis møter man daglig tilfeller der spørsmålet om kontraheringsplikt kommer på spissen: Kan en REMA 1000-forretning i nærheten av en skole nekte skoleungdom å handle i friminuttene? Kan eieren av et kjøpesenter nekte personer adgang til senteret? Svaret kan ikke gis generelt, men når det gjelder forbrukeres daglige innkjøp, må det antas at det langt på vei foreligger en kontraheringsplikt. Plikten må ses i sammenheng med at den næringsdrivende gjennom reklame, annonser osv. tilbyr sine varer for salg, noe som skaper forventninger hos forbrukerne om å få kontrahere. Dette gjelder selv om man ikke anser annonser o.l. som tilbud i egentlig forstand, jfr. del II, kapittel 2, pkt. 4.0. En eier av en REMA 1000-forretning kan derfor f.eks. ikke utestenge en kunde fordi han har rødt hår eller med en lignende usaklig begrunnelse, selv om en advokat kan nekte å påta seg et oppdrag med en slik begrunnelse, jfr. foran.

En mulig kontraheringsplikt på forbrukerområdet begrenses imidlertid av et ulovfestet prinsipp om at man kan nekte å kontrahere dersom det foreligger en *saklig grunn* til det. Dersom begrunnelsen for å nekte skoleelevene å handle i friminuttene i «REMA 1000-eksemplet» er at det erfaringsmessig oppstår tyverier o.l., vil det kunne utgjøre en saklig grunn. Det samme kan være tilfellet når det gjelder adgangsnekt til et kjøpesenter. Disse problemstillingene har foruten kontraheringspliktperspektivet også en side mot en eiers rådighet over sin eiendom, noe som i utgangspunktet vil kunne begrunne adgangsnekt. Men dette argumentet kan etter omstendighetene bli svekket ved at eieren kan sies å ha gitt avkall på noe av denne rådigheten, når han gjennom annonser og på annen måte inviterer allmennheten i forretningen/kjøpesenteret til å gjøre handel. Enkelte kjøpesentra er så store at man også nærmest kan stille spørsmålet om det er tale om et «offentlig sted».

Den privatrettslige kontraktsfriheten og dennes unntak – reglene om kontraheringsplikt – må holdes adskilt fra straffelovens regler om *diskrimineringsforbud*,

jfr straffeloven § 186, som oppstiller straff for den som i ervervsmessig eller lignende virksomhet nekter en person varer eller tjenester. Denne straffehjemmelen gjelder imidlertid kun nektelser som er motivert av helt spesifikke årsaker:

- a) hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse
- b) religion og livssyn
- c) homofil orientering
- d) nedsatt funksjonsevne, såfremt nektelsen ikke skyldes manglende fysisk tilrettelegging

Dermed kan det utmerket godt foreligge kontraktsfrihet, herunder frihet til å nekte å kontrahere – uten at nektelsen kan sanksjoneres med straff. Et eksempel kan igjen være at en advokat nekter å ta imot en rødhåret person som klient. En slik nektelse kan ikke straffes fordi den ikke faller innenfor oppregningen i gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 186, og den kan heller ikke angripes privatrettslig fordi det ikke foreligger kontraheringsplikt i et slikt tilfelle, se foran.

Man kan også lett tenke seg tilfeller hvor det kan foreligge privatrettslig kontraheringsplikt, men der en nektelse ikke pådrar straffansvar. Som eksempel kan nevnes at bygdas eneste kolonialforretning nekter en å handle der, fordi man har rødt hår eller har røket uklar med innehaveren.

Endelig kan det foreligge en straffbar overtredelse av diskrimineringsforbudet i § 186, selv om det ikke foreligger (privatrettslig) kontraheringsplikt. Et eksempel kan være at en advokat nekter å ha en homofil eller en muslim som klient på grunn av dennes legning eller tro. Sistnevnte forutsetter riktignok praktisk sett at advokaten i en slik situasjon formidler at nektelsen er begrunnet i et forhold som er omfattet av straffehjemmelen i § 186, ellers vil det ikke være mulig å bevise at nektelsen er motivert på denne (straffbare) måten. En advokat kan jo med retten på sin side i utgangspunktet nekte enhver et klientforhold eller et oppdrag, jfr foran.

5.0 Formfrihetsprinsippet

Prinsippet om avtalefrihet må ses i sammenheng med at det i norsk rett normalt ikke gjelder *formkrav* for avtaler. *Formfrihetsprinsippet* kan utledes av NL 5-1-1: «En hver er pliktig at etterkomme hvis hand med Mund [muntlige løfter], Haand og Segl [skriftlige løfter] lovet og indgaaet haver», men følger uansett av sikker rett.

Prinsippet om formfrihet innebærer at det i praksis er ubegrensede muligheter for hvordan en avtale kan inngås – helt uformelt ved et «bekreftende» nikk eller ved en fingerbevegelse som når en bilist vinker for å signalisere at en forgjenger kan passere trygt over veien, eller noe mer formelt, men likevel forbausende

enkelt forholdene tatt i betraktning, som salg av en supertanker ved påtegning på en serviett under en middag på Theatercaféen. Formfrihetsprinsippet innebærer at avtaler inngått ved e-post, eventuelt over internett, ved tekstmeldinger (SMS) eller andre moderne kommunikasjonsmidler prinsipielt er like bindende som avtaler inngått på bakgrunn av mer tradisjonell kommunikasjon.

Det er *kombinasjonen* av avtale- og formfrihet som gjør det enkelt og uformelt å inngå avtaler, og som sammen legger forholdene til rette for at avtaler blir viktige økonomiske instrumenter, jfr foran. At det er kombinasjonen av prinsippene, og ikke prinsippene mer isolert, som begrunner avtalenes funksjon som økonomiske instrumenter, kan illustreres ved et enkelt eksempel: Tenk deg at det gjaldt et krav om at alle avtaler måtte inngås skriftlig, og at partene også var henvist til å utforme og vedkjenne seg et omfattende sett av kontraktsvilkår for å kunne forplikte seg (formkrav). Kobler du dette til en så enkel avtalesituasjon som det å kjøpe pølser i en pølsebod på Holmenkolliden, kreves det ikke mye innlevelse for å tenke seg de køene som ville oppstå foran pølseboden om formkravene måtte overholdes, og den slunkne kassen til pølsehandleren etter avslutningen av skirennet. I tilfelle ville det være en «fattig» trøst at vi har kontraktsfrihet.

Det formkrav som i første rekke kan tenkes for avtaler, er *skriftlighet*, men det er et uomtvistelig utgangspunkt at en muntlig avtale er like bindende som en skriftlig. En annen sak er at det av *bevismessige grunner* kan være en fordel at en avtale er nedfelt i et skriftlig dokument. Lovgivningen inneholder enkelte eksempler på at et utsagn skal være skriftlig, dvs at formkravet er en *gyldighetsbetingelse*. Se f.eks finansavtaleloven 25 juni 1999 nr 46 § 61 første ledd, der skriftlighet oppstilles som gyldighetskrav for kausjonsavtaler regulert av loven. Der formkravet er gjort til en gyldighetsbetingelse og det foreligger en formmangel, står vi avtalerettslig sett overfor en *ugyldighetsgrunn*, se del III, kapittel 1, pkt 5.0.

6.0 Forventningsprinsippet

I *formueretten*, som avtaleretten er en del av, handler det ofte om å etablere eller sikre *rettigheter* og *rettsposisjoner*. Når det er spørsmål om å etablere eller sikre en rettsposisjon, vil det være sentralt om den som mener å ha ervervet en rett eller en rettighet, kan sies å ha hatt *forventninger* om å bli tilordnet rettigheten eller rettsposisjonen. Dette må ses på bakgrunn av at formueretten for en stor del ikke er lovregulert, med den følge at ulike avveininger av partenes forventninger ofte vil stå sentralt i en vurdering av om rettigheten eller rettsposisjonen kan anses ervervet. Men selv der det er tale om lovfestet formuerett, som f.eks retten til en ting eller en fast eiendom etter en kjøpsavtale, jfr kjøpsloven og avhendingsloven, vil

lovgivningens regler undertiden være skjønsmessige, slik at det ved tolkningen av dem vil kunne være relevant å ta i betraktning partenes forventninger.

Forventninger kan være berettigede eller mindre berettigede, eventuelt uberettigede. I formueretten – herunder i avtaleretten – er det bare de *berettigede* forventningene man kan etablere rettigheter og rettsposisjoner på. Hva som kan sies å være en berettiget forventning, må avgjøres konkret med grunnlag i en helhetsbedømmelse. Dette lar seg best illustrere gjennom eksempelbruk. La oss først illustrere med et par eksempler vedrørende betydningen av berettigede forventninger ved *avtaleinngåelse*:

Det første er like enkelt som det er hverdagslig: En person som setter seg inn i en drosje og uttaler en adresse, forplikter seg til å betale for turen, og sjåføren forplikter seg til å kjøre passasjeren til adressen, selv om ingen av de to har sagt dette uttrykkelig. Det forhold at passasjeren setter seg inn i drosjen og uttaler en adresse, skaper imidlertid berettigede forventninger hos sjåføren om at det blir betalt for turen, og det forhold at det er en drosje med ledigskilt lysende på taket passasjeren setter seg inn i, skaper berettigede forventninger hos ham om at han vil bli fraktet til bestemmelsesstedet. Dersom passasjeren ikke betaler ved ankomsten til bestemmelsesstedet, kan han naturligvis ikke påberope seg at han er uforpliktet, fordi det ikke er inngått noen bindende avtale.

Det andre eksemplet er litt mer sofistikert og sammensatt: To parter forhandler muntlig om kjøp av et hotell, og det oppstår i ettertid uenighet om avtale er kommet i stand. Partene er muntlig enige om kjøpesummen og de fleste vesentlige forhold, men «selgeren» har, etter at «kjøperen» krevet eiendommen overført til seg, anført at forhandlingene aldri kom så langt som til at han ga sitt endelige samtykke. Her kan man tenke seg at «kjøperen» har fått noen forventninger om å få tilslaget på hotellet, men nødvendigvis ikke at disse er berettigede, fordi det gjenstår en del å forhandle om, slik at «kjøperen» burde ha forstått at «selgeren» ikke har tatt endelig standpunkt. Hvis «kjøperen» derimot går til det skritt å selge en annen eiendom for å reise kjøpesummen, og «selgeren» er klar over dette, uten å si fra om at han ennå ikke har bestemt seg endelig for å selge, kan det tilsi at «kjøperens» forventninger øker i berettigelse fordi «kjøperen» rimeligvis vil ha en *berettiget forventning* om at «selgeren» med slik kunnskap presiserer at han fortsatt anser seg ubundet. Hvis «kjøperen» i tillegg oppsøker «selgeren» og takker for handelen, uten at «selgeren» sørger for å avkrefte «kjøperens» forventninger om at kjøp er kommet i stand, vil berettigelsen av «kjøpers» forventninger bli ytterligere styrket. Eksemplet er bygget på dommen inntatt i Rt 1987 s 1205 (Hotelldommen), der Høyesterett ut fra en samlet bedømmelse av de berettigede forventninger som var etablert i partsforholdet, la til grunn at bindende avtale måtte anses som kommet i stand.

Eksemplet viser at *partenes berettigede forventninger* kan knytte seg til flere forhold; hva som er sagt i forhandlingene (ordlyd), partenes vilje og deres respektive kunnskap om hverandres vilje, partenes respektive forståelse av hva den annen part har sagt og gjort, hva partene rent faktisk har gjort og unnlatt å gjøre før og etter «kjøpet» mv. (Grunnen til at «kjøper» og «selger» er satt i anførselstegn, er for å holde det åpent innledningsvis i beskrivelsen av eksemplet om det ble inngått avtale.)

La oss også gi en illustrasjon som viser betydningen av *berettigede forventninger ved avtaletolkning*:

Hvis selgeren A f.eks. sier at han selger «biblioteket» sitt til kjøperen B, vil B ha en berettiget forventning om at han kjøper As bibliotek, ikke As vinkjeller. Hevder «vinelskeren» B at kjøpet gjelder vinkjelleren, er det ikke noen berettiget forventning knyttet til en slik anførsel, og avtale om salg av vinkjelleren er ikke kommet i stand (men derimot avtale om salg av biblioteket). En domstol vil i tilfelle avsi dom for at kjøpet gjelder biblioteket.

Hvis B derimot er klar over at A bruker å kalle vinkjelleren sin for «biblioteket» og A er klar over at B er kjent med denne språkbruken, vil B ha en berettiget forventning om at kjøpet gjelder vinkjelleren og ikke biblioteket, selv om ordet «biblioteket» er brukt. Om grunnen til at A omtaler vinkjelleren sin som biblioteket er humor eller for å kunne fortelle sin kone at han tar en tur ned i biblioteket, når intensjonene er noe helt annet enn å fordype seg i litteratur, er i denne sammenheng uten interesse. At B vil ha en berettiget forventning om at kjøpet gjelder vinkjelleren, gjelder selvfølgelig i enda større grad om partene er vinkjennere og B har inpisert og kanskje prøvesmakt noen av vinene i kjelleren før kjøpet. Har B fått flyttet innholdet i kjelleren til sin egen kjeller, er også det noe han vil kunne bygge berettigede forventninger på fordi A ikke umiddelbart har protestert og i stedet tilbudt ham boksamlingen. En domstol vil i tilfelle avsi dom for at kjøpet gjelder vinkjelleren.

I *praksis* vil problemstillingen ofte være den at løftegiveren anfører at han ikke *mente* å binde seg når han skrev, sa, gjorde eller unnlot å gjøre det som har etablert forventninger hos løftemottageren om at avtale er kommet i stand. Han har med andre ord, ifølge ham selv, ikke *villet* binde seg. Dersom tvisten ikke gjelder om avtale er kommet i stand, men tolkningen av en uomtvistelig inngått avtale, vil løftegiveren i praksis gjerne anføre at han ikke har *ment* at avtalen skal forstås på den måten løftemottageren har oppfattet den. Løftegiveren har altså ikke *villet* at avtalen skal få det innhold løftemottageren anfører at han har lagt i den. I begge relasjoner – både når det gjelder avtaleslutningsspørsmålet og avtaletolknings-spørsmålet – vil det altså være avgjørende om man skal legge utslagsgivende vekt

på hva løftegiveren anfører at han har *villet*, eller hva løftemottageren anfører er hans forventningsbaserte oppfatning.

Hva løftegiveren anfører om sin vilje og hva løftemottageren anfører om sin oppfatning, vil i praksis kunne være farget av at problemstillingen – både i relasjon til avtaleinngåelsesproblemet og avtaletolkningsproblemet – reiser seg i ettertid, dvs etter at den omtvistede avtalen eventuelt er inngått. Det kan ha skjedd ting som gjør at det for én av partene kan være opportunt å hevde at en inngått avtale likevel ikke er inngått, eller at en avtale som partene var enige om skulle tolkes på en bestemt måte, likevel, etter en av partenes oppfatning, skal tolkes på en annen måte. Markedsprisen på den tingen kjøpsavtalen angår, er f.eks steget eller sunket etter at avtalen ble inngått, noe som kan få den av partene det er fordelaktig for, av rene forretningsmessige grunner, å hevde en endret oppfatning av om han er bundet, eller hva han eventuelt er bundet til. Men det vil naturligvis også kunne være slik at det løftegiveren i ettertid anfører om sin vilje og det løftemottageren anfører om sin forståelse, er et sannferdig speilbilde av hvordan de oppfattet situasjonen på avtaleinngåelsestidspunktet.

Det avgjørende er i begge relasjoner situasjonen på avtaleinngåelsestidspunktet, jfr del I, kapittel 1, pkt 9.2. Dersom det for rettsanvenderen – typisk dommeren – er mulig i ettertid, dvs når saken skal avgjøres, å fastslå at partene har hatt en *felles* mening eller vilje på avtaleinngåelsestidspunktet, vil det være utslagsgivende for både om avtale kan sies å ha kommet i stand, og for hvilket tolkningsalternativ av flere mulige som er det «riktige», jfr for spørsmålet om avtaleinngåelse, del II, kapittel 5, pkt 3.0 og for spørsmålet om avtaletolkning, del IV, pkt 3.0. Se til illustrasjon eksemplet foran, der begge partene var klar over at selgeren kaller vinkjelleren sin for sitt «bibliotek».

I praksis vil det sjelden være mulig for en dommer eller annen rettsanvender å fastslå i ettertid om eller at partene har hatt en felles mening eller vilje på tidspunktet for avtaleinngåelse. Ofte vil det, bortsett fra selve den uklare avtalen, ikke foreligge andre beviser enn partenes egne forklaringer avgitt i ettertid. Det måtte implisere en «oversanselig» prestasjon fra dommerens side om han skulle ha muligheten til å se inn i hjernen på avtalepartene og dermed oppnå «innsyn» i deres subjektive vilje og motiver – vilje og motiver som endog kan ha endret seg etter avtaleinngåelsestidspunktet. Jus er realistiske fenomener, ikke parapsykologi, så noe slikt kan naturligvis ikke kreves. Dersom det ikke unntaksvis foreligger mer håndfaste «ytre» bevis for hva som har vært partenes mening, vil derfor dommeren måtte resignere i sin søken etter en mulig felles partsoppfatning. I tilfelle gjelder følgende:

Når det gjelder spørsmålet om *avtaleinngåelse*, er hovedregelen i norsk rett (for de tilfeller der det ikke er mulig å fastslå noen felles partsvilje) at det avgjørende er

hva løftemottageren med *rimelighet* kan legge i det løftegiveren skrev, sa, gjorde eller unnlot å gjøre når alle forhold tas i betraktning, jfr del II, kapittel 2, pkt 3.0 og 4.0 og del II, kapittel 5, pkt 3.0. Dette er imidlertid igjen et spørsmål om det – alle forhold tatt i betraktning – kan sies at løftemottageren har fått *berettigede* forventninger om at avtale har kommet i stand eller ikke. På denne måten får forventningsprinsippet sentral betydning når det gjelder spørsmålet om avtalebinding. Fra rettspraksis kan det vises til Høyesteretts dom inntatt i Rt 2001 s 1288 (Gate Gourmet) og Rt 1987 s 1205 (Hotelldommen, se foran), jfr del II, kapittel 4, pkt 5.0, der dommene er omtalt og kommentert.

Hva angår spørsmålet om *tolkning*, er utgangspunktet i norsk rett (for de tilfellene der det ikke er mulig å fastslå noen felles partsvilje) og det sentrale tolkningsmoment ordenes alminnelige mening etter vanlig norsk språkbruk, jfr del IV, pkt 3.3. Når partenes intensjoner skal fastsettes, er det relevante ikke bare hva partene har sagt og skrevet, men også det som måtte være fremkommet gjennom deres handlinger, unnlater og adferd i det hele. Dermed blir det avgjørende også når avtalens innhold skal fastsettes intensjonalt, hva som kan sies å ha vært partenes *berettigede* forventninger, se del IV, pkt 3.3 til 3.5. Fra rettspraksis kan det vises til Høyesteretts dom inntatt i Rt 1980 s 84 (Forsikringsforliksdommen), se Høgberg, Tolkingsstiler, Oslo 2005, s 122 og denne bokens del IV, pkt 3.5.

Fremstillingen foran viser at det er sentralt – og ofte avgjørende – både ved bedømmelsen av spørsmålet om avtale har kommet i stand og spørsmålet om hvordan en avtale (som uomtvistelig har kommet i stand) skal tolkes, hva som har vært partenes berettigede forventninger. Sett i et slikt perspektiv kan det sies at *forventningsprinsippet* har en grunnleggende betydning i avtaleretten. Det må kunne slås fast, selv om det må advares mot at prinsippet som sådant får status som et slags «mantra» i formueretten som løser alle «problemer».

At det har betydning også for andre spørsmål i formueretten enn spørsmålene om avtaleinngåelse og tolkning, er klart. Det kan f.eks. gjelde i forbindelse med fastsettelsen av innholdet i mangelsbegrepet i kjøp (jfr f.eks. Rt 2007 s 1274 – Mobiltelefondommen: «Spørsmålet er så hvilken forventning forbrukeren er berettiget til å ha med hensyn til mobiltelefonens normale tekniske levetid», se avsnitt 32), ved fastsettelsen av om et krav har erstatningsrettslig vern (jfr Rt 2007 s 425 om tap lidt fordi skadelidte ble avskåret fra å inngå et veddemål, se avsnittene 36 og 37), ved fastsettelsen av innholdet i forutsetningslæren, ved anvendelsen av lempningsregelen i avtaleloven § 36 (se f.eks. Rt 2003 s 1132: Selskapet kunne ikke ha «noen berettiget forventning om å få festet forlenget» (avsnitt 47)), eller ved vurderingen av legitimasjons- og godtroerverv i tredjepartskonflikter.

7.0 Avtalerettens plassering i rettssystemet

Tradisjonelt inndeles rettssystemet i to hovedkategorier – *offentlig rett* og *privatrett*. Til den offentlige rett hører statsforfatningsretten, forvaltningsretten, strafferetten og prosessretten samt enkelte andre rettsdisipliner. Privatretten omfatter personretten, familie- og arveretten og *formueretten*. Formueretten deles gjerne opp i obligasjonsrett, tingsrett og *avtalerett*. Avtaleretten er etter dette en klassisk formuerettslig disiplin, jfr avtaleloven § 41, der det fremgår at loven gjelder på formuerettens område. Avtaleloven gir imidlertid ingen nærmere redegjørelse for hva som er formuerett, eller hva som skiller denne delen av rettssystemet fra andre deler av privatretten eller fra den offentlige rett.

Det karakteristiske for formueretten er at den omfatter reglene om *formuerettigheter*. De fleste formuerettigheter har *økonomisk verdi*, og de er typisk *omsettelige*, men dette er ikke ufravikelige krav: En aksje som for tiden er verdiløs, og av denne grunn er uomsettelig, gir likevel grunnlag for formuerettigheter (møterett, stemmerett mv) og kan igjen oppnå reell økonomisk verdi og bli omsatt hvis kursen stiger.

Omsetningen av formuerettigheter kan foregå på forskjellige måter – ved kreditorbeslag, arv mv. Men den viktigste måten omsetningen av formuerettigheter foregår på, er ved at det inngås gjensidig berettigende og bebyrdende avtaler. Som påpekt foran i del I, kapittel 1, pkt 1.0 er *avtale* det viktigste rettsgrunnlag, ikke bare for overføring (omsetning) av formuerettigheter, men også for stiftelse, endring og opphør av formuerettigheter.

Fra en rettssystematisk synsvinkel er det eiendelenes karakter av å være *rettighetsobjekter* – sammenlign betegnelsen formuerettigheter – som er det sentrale. Det er f.eks viktig å betone at eiendomsrettsbegrepet er funksjonelt i den forstand at det omfatter en rekke rettigheter og beføyelser (retten til bruk, forbruk, nektelse av andres bruk, salg, pantsettelse, bortleie mv). Men i det praktiske livet er det likevel *formuesgodene* som interesserer mest. Det er de ting, tjenester eller verdier som rettighetene knytter seg til – den faste eiendom, tingen, fordringen eller aksjen.

8.0 Terminologi og rettssystematikk: Særlig om forholdet mellom avtaleretten og obligasjonsretten

I rettsvitenskapen er det vanlig å systematisere rettsstoffet. Hovedsiktemålet er å samle og å adskille rettsforholdene ettersom de er undergitt ensartede eller forskjelligartede regler. Imidlertid har det ingen betydning for rettsreglenes innhold hvordan de ordnes rettssystematisk gjennom kategorisering, begrepsbruk mv.

Ordningen av rettsreglene kan likevel ha betydning for læringen og forståelsen av rettsstoffet. Det er viktig å ha dette klart for seg når det i det følgende skal redegjøres for enkelte begreper og rettssystematiske spørsmål med referanse til avtaleretten og tilliggende rettsområder.

Reglene om avtalers *innhold* og *rettsvirkninger* er tradisjonelt fremstilt i *obligasjonsretten*, sammen med forpliktelser som ikke er stiftet ved avtale. Kort og upresist kan det sies at den alminnelige obligasjonsretten har to pilarer – reglene om naturalytelsen (f eks kravet på kjøpsgjensstanden i kjøp) og pengeytelsen (f eks kravet på pengeytelsen i kjøp). Disse to pilarene refererer seg altså til de to sidene av en gjensidig berettigende og bebyrdende avtale: Naturalytelsen og pengeytelsen. Mens reglene om naturalytelsene i større og mindre grad er ulike fra kontraktstype til kontraktstype (f eks kjøp, entreprise, håndverkertjeneste, transportavtaler på land, i sjø og luft), er reglene om pengeytelsen ganske så enhetlige uansett hva slags naturalytelse som utgjør «motytelsen». Dette har ført til at disse reglene tidligere ble fremstilt i en egen rettsdisiplin (pengekravsretten), men i dag er det vanlig å behandle dem i obligasjonsretten sammen med reglene om naturalytelsene (kontraktsretten). (Se f eks systematikken i Hagstrøm, Obligasjonsrett, annen utgave, Oslo 2011.)

Den delen av obligasjonsretten som omfatter avtalene, kontraktsretten, knytter seg i første rekke til avtalers skjebne etter at de er inngått – oppfyllelse, ikke-oppfyllelse (kontraktsbrudd), overdragelse, foreldelse mv. Reglene om *inngåelse* av avtaler, *avtaleslutning* ved *fullmakt*, *avtaletolkning* og *ugyldighet* er derimot tradisjonelt blitt fremstilt i en egen *avtalerett*. Det er denne som er emnet for denne boken. Avtaleretten er etter dette en egen juridisk disiplin innen formueretten, adskilt fra andre juridiske emner innen formueretten som f eks obligasjonsretten og reglene om tredjemannsvern (dynamisk tingsrett, panterett, konkursrett).

Ofte tales det om *avtale(r)* når emnet er reglene i avtaleretten og *kontrakt(er)* når emnet er reglene i obligasjonsretten. Enkelte bruker også ordet kontrakt når det er tale om skriftlige forpliktelsesforhold og avtale om muntlige. Det ligger imidlertid ingen realitet i at begrepsbruken er forskjellig: En avtale og en kontrakt er det samme. Begrepene kan utmerket brukes om hverandre og blir brukt om hverandre.

Selv om avtaleretten og obligasjonsretten er forskjellige formuerettslige disipliner, er det en indre sammenheng mellom emnene. Det gjelder særlig reglene og prinsippene i avtaleretten om inngåelsen av avtaler og reglene i obligasjonsretten (kontraktsretten) om oppfyllelse og ikke-oppfyllelse av avtaler (kontraktsbrudd mv). Dette kommer tydeligst til syne hvis vi retter fokus mot den spesielle obligasjonsretten, dvs obligasjonsrettens regler og prinsipper om de ulike kontrakts-typene (kjøp, håndverkertjenester, entreprise, sjøfartsavtaler, avtaler i petroleums-

virksomhet mv). Det er denne delen av obligasjonsretten som også ofte omtales som kontraktsretten.

Det er *for det første* grunnleggende at avtalerettens regler og prinsipper om inngåelsen av avtaler gjelder for *alle* typer avtaler: Det må ligge en avtale om at partene har villet binde seg til kontrakten «i bunn». Et kjøp forutsetter f.eks. en kjøpekontrakt. Både eksistensen av kjøpsretten og den praktiske anvendelsen av den forutsetter således eksistensen av en avtalerett og at det foreligger en bindende inngått avtale. Det samme er tilfellet for alle andre kontraktstyper, f.eks. en entreprise, håndverkertjeneste eller befraktning av gods med et skip.

Billedlig kan vi fremstille det slik at avtalerettens regler og prinsipper ligger i «rommet foran» reglene om kontraktens oppfyllelse eller eventuelt ikke-oppfyllelse (kontraktsbrudd mv). F.eks. gjelder kjøpsrettens regler oppfyllelsen, eventuelt ikke-oppfyllelsen av kjøpsavtaler (kontraktsbrudd mv) og forutsetter en bindende inngått avtale om kjøp. Kjøpet er rettslig bindende fordi det er inngått en avtale om kjøp som ifølge avtalerettens grunnprinsipp skal holdes («pacta sunt servanda»), se del I, kapittel 1, pkt 2.0 foran.

For det annet er det grunnleggende at det er *de samme* avtalerettslige reglene som gjelder for kjøp av en supertanker og for en avtale om kjøp av en blyant. Ja, det er ikke bare innenfor samme kategori kontraktstype, som f.eks. kjøp, at de avtalerettslige reglene og prinsippene er de samme – det er overveiende tilfellet for alle kontraktstyper: Det er de samme reglene og prinsippene for avtaleinngåelse som gjelder for kjøp som for entreprise, håndverkertjenester, befraktning av skip mv.

Slik sett er reglene og prinsippene om avtalebinding *felles* for alle kontrakter og kontraktstyper. Teoretisk kan kjøpet av supertankeren gjøres så enkelt at partene binder seg ved å undertegne med navn på en serviett under en middag på Theatercaféen, mens kjøpet av blyanten kan skje så komplisert at partene utveksler tilbud og aksept per brev. Praktiske realiteter innebærer imidlertid at fremgangsmåtene som oftest blir annerledes: Kjøpet av supertankeren skjer gjerne etter langvarige forhandlinger og nedfelles i et omfattende avtaledokument, mens kjøpet av blyanten skjer uformelt over disk i en Akademika-bokhandel. Likevel er det betegnende og prinsipielt viktig å holde fast ved at reglene og prinsippene om avtaleinngåelse overveiende er felles for alle kontrakter og kontraktstyper.

For det tredje er det grunnleggende at en avtale kan inngås på mange forskjellige måter: En avtale om kjøp kan inngås muntlig, skriftlig ved utveksling av tilbud og aksept, etter forhandlinger, ved passivitet mv. Slik sett er reglene og prinsippene om avtaleslutning *forskjellige* relatert til måten avtalen blir inngått på. Det eksisterer et *mangfold* av disposisjonskriterier som kan konstituere en avtale, se del II, kapittel 1 og del II, kapittel 4.

9.0 Rettskilder og rettssystematikk

9.1 Avtaleloven

Avtaleloven fra 1918 er et barn av sin tid. Den tok og tar fortsatt sikte på å regulere avtaler mellom næringsdrivende som ikke bodde på samme sted, og som utvekslet partsutsagn – tilbud og aksept – muntlig, ved brev eller telegram. Før avtaleloven var rettstilstanden i avtaleretten basert på ulovfestet rett, i første rekke rettspraksis, kutymen (handelsbruk) og annen praksis mellom næringsdrivende, rettsoppfatninger i andre land og i juridisk teori.

I forarbeidene ble behovet for en lov i det vesentlige begrunnet med at området for *ugyldighet* burde utvides, sammenlignet med den ulovfestede rett før loven (Utk 1914 s 18). Dette ble igjen ansett som en side mot vern av den «svake» part i avtaleforhold. Den «svake» part den gang var imidlertid ikke forbrukere. Forbrukerbegrepet, i den forstand vi oppfatter det i dag, var ennå ikke blitt en realitet. Den «svake» part var den gang «sivile», dvs ikke næringsdrivende, som bodde på forskjellige steder, og som inngikk enkle kjøp og salg muntlig eller ved brev eller telegram. I samsvar med lovkonsipistenes tanker utvider avtalelovens kapittel 3 om ugyldighet ugyldighetsreglens virkeområde, sammenlignet med rettstilstanden før loven. Men selv etter lovens vedtagelse (og den dag i dag) er flere ugyldighetsregler uskrevne, f eks reglene om sinnssykdom.

Det fremgår ikke direkte av lovteksten, men det ligger i saken at lovens regler om ugyldighet er *ufravikelige*. En eventuell avtale der parten(e) fraskriver seg det vern ugyldighetsreglene gir, ville den gang bli satt til side som stridende mot lovens ånd. I dag vil den, som den store hovedregel, bli satt til side som urimelig etter avtaleloven § 36. Dette er for øvrig en bestemmelse som ble vedtatt så sent som i 1983, men som i dag er den mest sentrale ugyldighetsregelen i avtaleloven. Den er faktisk også mer enn en ugyldighetsregel ettersom den ikke bare hjemler at «urimelige» avtalevilkår kan settes til side som ugyldige, men også hjemler en endring eller tilsidesettelse av urimelige avtalevilkår mer i sin alminnelighet. Derfor har bestemmelsen fått betegnelsen *den alminnelige formuerettslige lempningsregelen*, jfr nærmere del III, kapittel 5, pkt 5.0.

At avtaleloven ikke gir en fullstendig regulering av avtaleretten, viser seg ikke bare når det gjelder reglene om ugyldighet, men i enda større grad når det gjelder reglene om *tolkning*. Avtaleloven har *ingen* regler om tolkning (med unntak av § 37, se særlig første ledd nr 3, som ble tilføyet så sent som i 1995). Reglene og prinsippene om avtaletolkning er hjemlet i uskrevne rett, i første rekke rettspraksis, reelle hensyn og juridisk teori.

Heller ikke reglene og prinsippene om *inngåelsen* av avtaler i avtalelovens kapittel 1 er fullstendige. Disse omfatter bare avtaleinngåelse ved tilbud og

aksept, fortrinnsvis muntlig, ved brev eller telegram, som var datidens enkle, men naturlige modell, jfr foran om lovens anvendelsesområde. Lovens regler om avtaleinngåelse i kapittel 1 er *fravikelige*, jfr § 1. Siden avtaleloven ikke er blitt supplert med nye regler om hvordan nåtidens avtaler skal inngås, har lovens fravikelighet på dette punkt lagt forholdene til rette for og medført at moderne avtaleslutningsformer og teknikker har vokst frem i praksis. Disse utgjør et så stort mangfold at avtaleloven har fått et antikvarisk preg over seg. I dag kommer den bare til anvendelse på et fåtall av de avtaler som inngås både mellom forbrukere og næringsdrivende og mellom parter i forretningslivet. For forståelsen av moderne avtalerett er det derfor sentralt at det ikke nytter å lete etter normeringer i avtaleloven – reglene og prinsippene for avtalebinding (disposisjonskriteriene, jfr del II, kapittel 1), må i første rekke søkes i rettspraksis, avtalepraksis, reelle hensyn og juridisk teori.

Avtalelovens kapittel 2 gjelder *fullmakt*, dvs at en avtale kommer i stand ved at en person, fullmaktsgiveren, benytter seg av en annen, fullmektigen, til å inngå avtale med medkontrahtenten (tredjemann). Selv om det er fullmektigen som «inngår» avtalen på fullmaktsgiverens vegne, er det fullmaktsgiveren og medkontrahtenten (tredjemann) som blir partene i avtalen. Fullmektigen blir således stående utenfor avtaleforholdet. Spørsmålet om lovens regler om fullmakt er fravikelige eller ufravikelige, er ikke uttrykkelig regulert, men for å beskytte medkontrahtentenes interesser må bestemmelsene i det alt overveiende oppfattes som ufravikelige.

En svensk rettsvitenskapsmann, Kurt Grönfors, har beskrevet avtaleloven som en «ruin». Det er en god metafor for en gammel lov som på mange punkter har gått ut av tiden, og som derfor må suppleres med rettspraksis, kontraktspraksis, reelle hensyn og juridisk teori. Mange europeiske land har gjennomført omfattende revisjoner av sin avtalerettslige lovgivning, som f eks Nederland, Tyskland og de fleste østeuropeiske landene, og i flere andre pågår det reformasjonsarbeider. De nordiske avtalelovene har derimot nesten stått urørt siden vedtagelsen tidlig på 1900-tallet.

Det kan argumenteres for en grunnleggende lovrevisjon, først og fremst for å tilpasse loven til moderne kommunikasjonsformer (elektronisk kommunikasjon) og moderne avtaleslutningsmetoder. En oppdatert lov ville også – ideelt sett – kunne gi personer uten juridisk innsikt en lettere måte å orientere seg på for å få greie på sin rettsstilling. De fleste som arbeider med avtalerett i teori og praksis, er likevel av den oppfatning at de nordiske avtalelovene ikke trenger å reformeres. Tanken er den at en reform er ressurskrevende og vil kunne medføre flere problemer enn løsninger. Lovens styrke er – til tross for dens høye alder – at den har vist seg svært så tilpasningsdyktig målt mot utviklingen i tiden.

9.2 Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning

Denne boken har primært til formål å gjøre rede for reglene og prinsippene om *inngåelse av avtaler*, *ugyldige avtaler* og *tolkning av avtaler*. Dette er i utgangspunktet regler og prinsipper som gjelder *ulike* rettslige spørsmål. Pedagogisk sett kan det være hensiktsmessig å gjøre bruk av en kronologi som relaterer disse ulike rettslige spørsmålene til tre stadier for å forklare hva spørsmålene gjelder, samt forskjellene og likhetene mellom dem.

Stadium (1): Reglene og prinsippene om *inngåelse* av avtaler gjelder spørsmålet om og når partene er *bundet* av avtalen. At partene er bundet, innebærer at de ikke lenger kan forholde seg fritt til avtalen og hevde seg uforpliktet eller ensidig endre på rett- og pliktkonstellasjonene i avtaleforholdet, jfr prinsippet om at avtaler skal holdes, se foran under del I, kapittel 1, pkt 2.0. Hva som skal til for at det kan sies å være inngått en bindende avtale, omtales som *disposisjonsspørsmålet*, jfr del II, kapittel 1, og de kriterier som er bestemmende for om partene er bundet – for overgangen mellom (uforpliktende) forberedelse til (rettslig forpliktende) disposisjon, omtales som *disposisjonskriterier*, jfr del II, kapittel 1. Kort og upresist kan det sies at binding foreligger hvis partene har oppnådd *enighet* om å inngå en avtale.

Stadium (2): Reglene og prinsippene om *ugyldige* avtaler gjelder situasjonen der partene har disponert, og en bindende avtale derfor *tilsynelatende* anses for å ha kommet i stand, men hvor det foreligger en eller annen «svikt» ved avtalen på *inngåelsestidspunktet* som innebærer at den likevel *ikke* forplikter til oppfyllelse. Partene har med andre ord passert stadium (1) ved at de begge f.eks. har underskrevet et avtaledokument, men avtalen er likevel ikke bindende fordi avtaledokumentet f.eks. er forfalsket eller løftegiveren er blitt utsatt for tvang, svik, eller er brakt i villfarelse av løftemottageren eller en tredjemann. Se nærmere om ugyldighetsgrunnene i del III.

Når det her tales om stadium (1) og (2), er det som påpekt utelukkende av pedagogiske grunner: Det som på *disposisjonstidspunktet* tilsynelatende fremstår som en bindende avtale fordi partene har disponert, er likevel ikke bindende når det i *ettertid* blir avklart at det forelå en ugyldighetsgrunn. Den juridiske realiteten er likevel at det aldri har eksistert noen bindende avtale, selv om det ikke er noen tvil om at partene har disponert, fordi avtalen helt fra det øyeblikk den kom i stand har vært uforpliktende: Ugyldighetsgrunnen har i realiteten klebet ved avtalen hele tiden. Dersom den ene avtaleparten retter en pistol mot hodet på den annen i det øyeblikk den truede underskriver avtalen, har det aldri foreligget noen rettslig bindende avtale, selv om det først i ettertid blir avklart at det forelå en ugyldighetsgrunn (tvang).

Det forhold at både bindingsspørsmålet og ugyldighetsspørsmålet refererer seg til avtaleinngåelsestidspunktet, får også begrepsmessige konsekvenser. Når vi taler om at en avtale er bindende, innebærer det *både* at det er inngått en avtale etter reglene og prinsippene om avtaleinngåelse *og* at den ikke kan anfektes som ugyldig. Omvendt: En uforbindende avtale kan ha sin bakgrunn *enten* i at det ikke er kommet i stand en avtale etter reglene og prinsippene om avtaleinngåelse, *eller* at avtalen ikke er gyldig fordi den kan anfektes av en ugyldighetsgrunn (eller teoretisk sett begge deler).

Stadium (3): *Tolkning* gjelder reglene og prinsippene for å fastlegge avtalens *innhold*, eller mer presist – hvilke rettigheter og forpliktelser avtalen innebærer for partene og rettighetenes og forpliktelsesens innhold. Det pedagogiske ved å betone at dette er et stadium (3), er å synliggjøre at det å fastsette en avtales innhold for det første forutsetter at det er inngått en avtale ved at partene har disponert (1), og for det annet at avtalen ikke er beheftet med noen ugyldighetsgrunn (2). Reglene og prinsippene om tolkning er fremstilt i del IV. Dette pedagogiske elementet må likevel ikke få en til å se bort fra den realitet at også tolkningen i utgangspunktet refererer seg til avtaleinngåelsestidspunktet: Det avgjørende for avtalens innhold – for hvilke rettigheter og forpliktelser partene har og disses innhold – er hva partene ble enige om på det tidspunktet avtalen ble inngått.

Foran legges det langt på vei opp til at det er mulig å sondre mellom spørsmålene om når en avtale er bindende for partene, når den har fått sitt innhold, og når den kan sies å være ugyldig. Dette må være både det rettsteoretiske og praktiske utgangspunkt. En nærmere analyse vil likevel vise at det ikke alltid er så lett å trekke vanntette skott mellom disse problemstillingene. Dette er påpekt og forutsatt flere steder i denne boken.

9.3 Forholdet til tredjemann: Avtaleretten og reglene om tredjemannsvern

Det er et viktig utgangspunkt at avtaler prinsipielt bare har virkning mellom partene (inter partes). To parter kan ikke seg imellom bestemme at en tredjemann skal være bundet av deres avtale. En annen sak er at en avtale mellom to parter godt kan få faktiske virkninger for tredjemann: Selger A den attraktive hyttetomten til B, vil dette få betydning for C, som lenge har fattet interesse for tomten.

Fra utgangspunktet om at avtaler bare har rettsvirkninger mellom partene, gjelder det flere reservasjoner. *For det første* kan en avtale inngås av andre enn de egentlige kontraktspartene. Partene kan gjøre bruk av mellommenn som kan forplikte dem, jfr del II, kapittel 13.

For det annet kan partene A og B i en viss utstrekning bestemme tredjemanns rettsstilling ved at han blir begunstiget ved den avtale A og B inngår: B lover A å

sende en kasse vin til C. Her kommer reglene om tredjemannsavtaler inn i bildet. Disse er med få unntak uskrevne, og kjernespørsmålet er om C i disse tilfellene får en selvstendig rett – som eventuelt kan håndheves ved domstolenes hjelp – til å kreve B for vinen. Reglene om tredjemannsavtaler er fremstilt i del II, kapittel 11, pkt 2.0.

For det tredje reiser det seg særlige spørsmål knyttet til eiendomsrettens overgang når formuesgoder selges eller på annen måte omsettes. Her beveger vi oss bort fra avtaleretten og over i den dynamiske tingsretten (tredjemannsvern). Det karakteristiske for den dynamiske tingsretten er at den gjelder *rettighetsendringer* og forholdet til *tredjemann*: Løsøretingen som A har solgt til B, viser seg f.eks. også å være solgt til C (dobbeltsalg) eller å være beslaglagt av D (As kreditor). Spørsmålet blir om partenes avtale er tilstrekkelig til at retten til formuesgodet må anses gått over til B eller om det må kreves noe mer, som f.eks. overlevering (av tingen), tinglysning eller annen sikringsakt.

Utgangspunktet er som nevnt at avtalen mellom A og B ikke får betydning overfor tredjemann, slik at B må sikre seg *rettsvern* etter de særlige regler som gjelder om dette. De nærmere vilkår for Bs rettsvern er dels lovfestede og dels ulovfestede og vil blant annet avhenge av hva som er gjenstand for omsetning (fast eiendom, løsøre, fordringer mv), og hvem som er Bs «konkurrent» (hjemmelsmenn, kreditorer eller omsetningsserververe). Innholdet av disse reglene skal ikke behandles nærmere i det følgende, men se Falkanger/Falkanger, Tingsrett, åttende utgave, Oslo 2016, s 577 flg.

I en avtalerettslig fremstilling som denne er det som skal diskuteres, om Bs erverv er i orden. Hvor Bs erverv er gjort på grunnlag av *avtale*, vil *denne* konflikten måtte løses etter avtalerettens regler. Spørsmålene på dette nivået blir: Foreligger det en avtale mellom A og B? Er den i tilfelle gyldig? Og hvordan skal den tolkes?

10.0 Noen utviklingstrekk i avtaleretten

Avtalelovens modell for avtaleslutning er preget av datidens mønster for avtaleinngåelse: Jevnbyrdige «handlende» som bodde på forskjellige steder, inngikk avtaler per brev eller telegram og ble bundet gjennom utveksling av tilbud og aksept (konsensusavtale). Partenes sammenfallende utsagn kobles på denne måten sammen med avtalen som resultat.

Det er foran i kapitlet om avtaleloven (se del I, kapittel 1, pkt 9.2) påpekt at tiden har løpt fra loven. Samfunnsutviklingen har ført til at det i dag både er andre partsforhold og andre former for avtaleteknikker som dominerer.

Avtaler med *forbruker(e)* som part(er) er langt vanligere enn ved avtalelovens vedtagelse i 1918. Lovgiveren har i en del tilfeller ansett det som begrunnet å gi særlige kontraktsrettslige regler til beskyttelse av forbrukerne som «svake» avtaleparter. Enkelte lover bestemmer at lovens regler ikke kan fravikes til ugunst for en forbruker (preseptivitet), se f.eks finansavtaleloven 25 juni 1999 nr 46 § 2 og avhendingsloven 3 juli 1992 nr 93 § 1-2. Enkelte lover har utelukkende til formål å beskytte forbrukerparter, jfr f.eks håndverkertjenesteloven 16 juni 1989 nr 63, se § 1, og forbrukerkjøpsloven 21 juni 2002 nr 34. Slike lover er i sin helhet gjort ufravikelige i favør av forbrukeren, jfr begge lovenes § 3. I denne forbindelse kan det også vises til avtaleloven § 37, som har til formål å regulere enkelte sider av anvendelsen av avtaleloven § 36 på forbrukeravtaler med avtalevilkår som ikke er individuelt forhandlet (se nærmere del III, kapittel 5, pkt 6.0).

Utviklingen i retning av stadig flere lovregler som er ufravikelige i favør av forbrukeren, vedtagelsen av den alminnelige formuerettslige lempningsregelen i avtaleloven § 36 og rettspraksis, som gjennom lovtolkning støtter opp om et forbrukervern, gir sammen uttrykk for såpass markerte trekk at det gir mening å benytte seg av termen «sosial kontraktsrett» (se Wilhelmsson: Social civilrätt, Helsinki 1987). Som fremhevet av blant annet Giertsen må imidlertid begrepet «sosial» ikke strekkes for langt: Før avtaleinngåelsen har begge parter som hovedregel et ansvar for å skaffe seg informasjon med sikte på om avtale skal inngås. Dette gjelder også forbrukere. Etter avtaleinngåelsen er partene bundet. Utgangspunktet og hovedregelen er at ikke bare avtaler mellom kommersielle parter, men også avtaler der en forbruker er part, skal holdes. Dette selv om det medfører større oppofrelser enn forventet og utviklingen har tatt en annen retning enn antatt. Det er legitimt at partene ivaretar sine egne interesser – reaksjonene settes bare inn overfor misbruket (se Giertsen, *Avtaler*, tredje utgave, Bergen 2014, s 21).

Forbrukeravtaler er ofte «masseavtaler» (se del II, kapittel 7, pkt 9.0), som kjøp av billetter på trikk og buss, kjøp av sjokolade i automat eller parkering av bil på en privat parkeringsplass. Dette er avtaler som ikke har noe individuelt preg overhodet, og hvor det er vanskelig å spore noe tilbud og aksept i avtalelovens forstand. En avtale anses inngått når man går på trikken eller bussen, putter penger på automaten eller parkometeret.

Undertiden kan forbrukeravtalene være mer utførlige og gjelde mer kompliserte sider av livet, f.eks avtaler med bank om minibankkort, med en butikkjede om betalingskort som gir kreditt, eller med en selger av datamaskiner om garanti-vilkår og følger av mangler mv. Avtaler som dette inngås som regel på avtalevilkår som på forhånd er utformet av den profesjonelle part. Slike *standardavtaler* utgjør en stadig viktigere del av forbrukeravtalene, men har også fått stor betydning i

forholdet mellom to (eller flere) profesjonelle parter, f eks innenfor entreprisvirksomhet på land og i kontraktsvirksomheten offshore.

Det foreligger ingen legaldefinisjon av standardvilkår, men det dreier seg om avtaler som er «standardiserte», slik at samme avtaletekst kan anvendes i fremtiden i mange partsforhold. Bernitz har definert standardvilkår som

«sådana avtal, som helt eller delvis ingås enligt i förväg upprättade standardiserade villkor avsedda att tillämpas likartat i ett större antal konkreta avtalssituationer av viss art, i vilka åtminstone den ena avtalsparten växlar» (Bernitz, Standardsavtalsrätt, Stockholm 1993, s 12).

I UNIDROIT Principles omtales standardvilkår som «provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party».

Bruken av standardvilkår har åpenbare fordeler: Det kan være praktisk og tidsbesparende, og avtalevilkårene får en erfaringsmessig forankring som kan gjøre dem mer gjennomarbeidet. I tillegg vil de kunne innebære en likestilling i forholdet mellom medkontrahenter og gi mer fleksible og fornuftige løsninger enn den deklarasjonslovgivning som eventuelt gjelder på det aktuelle rettsområdet. På rettsområder uten deklarasjonslovgivning hvor kontraktsreglene ofte er ufullstendige, vil standardavtaler kunne ha en presiserende funksjon. Dersom standardvilkårene er forhandlet av organisasjoner eller andre representanter for begge (alle) de partsinteressene som vil være brukere, kan de også fremstå som rimelige og i partenes «gjennomsnittlige interesse».

Den mest fremtredende ulempen ved standardvilkår viser seg når vilkårene ensidig er forhandlet frem av en «sterk» kontraktspart eller av en organisasjon eller som representerer «sterke» parter. Dette settes på spissen der standardvilkår anvendes i forbrukeravtaler, jfr foran, men aktualiserer seg også i avtaler mellom næringsdrivende. Styrkeforholdet mellom oljeselskapet som skal ha bygget en produksjonsplattform for bruk i Nordsjøen og verkstedene som utfører entreprisene, innebærer ofte at sistnevnte må ta førstnevntes vilkår som gitte størrelser: Den som gjør innsigelser under forhandlingene, risikerer å tape kontrakten, og den som gjør innsigelser under oppfyllelsen, risikerer å ha inngått sin siste kontrakt med det aktuelle oljeselskapet.

Rettsordenen er likevel ikke maktesløs overfor urimelige standardvilkår. For det første kan urimelige standardvilkår som tilbys forbrukere, forbys brukt etter markedsføringsloven § 22 (se del III, kapittel 5, pkt 5.3 og del V, pkt 2.0 og 4.0). I en formuerettslig sammenheng er det viktigere at de som andre avtalevilkår kan bli underkastet sensur i medhold av avtaleloven § 36. Det gjelder i første rekke vilkår knyttet til forbrukeravtaler, men bestemmelsen er i prinsippet også anven-

delig der begge parter er næringsdrivende. En annen sak er at det som alminnelig regel skal adskillig mer til før domstolene bruker § 36 som grunnlag for sensur i næringsforhold enn i forbrukeravtaleforhold, se del III, kapittel 5, pkt 5.83.

Urimelige standardvilkår kan undertiden også bli tolket innskrenkende, slik at rettsvirkningene ikke blir urimelige, eller domstolene kan rett og slett komme til at vilkårene ikke kan anses vedtatt som en del av avtaleforholdet. Etter vedtagelsen av avtaleloven § 36 er det ikke lenger så vanlig at domstolene etter en vurdering kommer til at vilkår som «per definisjon» er urimelige ikke kan «anses vedtatt» likevel. Det er i tilfelle som regel mer nærliggende å anvende § 36 direkte og «operativt» og ved hjelp av denne sensurere eller, eventuelt som alternativ, tolke avtalen innskrenkende.

Når det i avsnittet foran sies at det ikke lenger er så vanlig at domstolene gjør *urimelige* avtalevilkår ineffektive ved at de etter en «teknisk» vurdering kommer til at avtalevilkåret ikke kan «anses vedtatt», er det tale om en skjult domstolssensur som det altså ikke lenger er behov for etter vedtagelsen av lempningsregelen i avtaleloven § 36, som hjemler en «åpen» sensur. Dette må ikke forveksles med spørsmålet om et sett med standardvilkår – en standardavtale som sådan – som (nødvendigvis) ikke inneholder urimelige vilkår – kan anses vedtatt som en del av avtaleforholdet: Dette er det alminnelige vedtagelsesspørsmålet i læren om standardavtaler, og det er (fortsatt) et meget praktisk og grunnleggende avtalerettslig spørsmål. Om dette har avtaleloven – som en tilårskommen lov – ingen regler. Vedtagelsesspørsmålet må derfor drøftes og løses etter andre regler og retningslinjer enn reguleringen i avtalelovens kapittel 1 (se del II, kapittel 7, pkt 10.0).

Enkelte rettsteoretikere har gått så langt som å si at det eksisterer en egen «standardavtalerett». Etter min mening er dette mer egnet til å tilsløre enn å oppklare. Standardavtalene reiser mange rettsspørsmål, jfr foran, som ikke kan løses av ett og samme sett rettsregler, heller ikke innenfor rammene av en standardavtalerett. Rettsanvendelsen vil være nyansert og avhengig av hva spørsmålet gjelder, hvem som er parter (forbrukere eller profesjonelle), rettsområdet, eksistensen eller fraværet av deklarasjonsrett mv. Løsningene må i det store og hele treffes med grunnlag i rettspraksis, alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og reelle hensyn.

I *kommersielle* avtaleforhold får det særlig betydning om avtalen slutes som ledd i forhandlinger (forhandlingsbaserte avtaler), eventuelt etter inngåelsen av en intensjonsavtale. I regelen er dette avtaler hvor vilkårene er «skreddersydde» resultater av partenes forhandlinger, og som dermed på mange måter utgjør en motsetning til (ferdigproduserte) standardvilkår.

Kommersielle avtaler kan også ha særlige formål, som f.eks et *letter of comfort* eller en *opsjon*: Et *letter of comfort* (også kalt komfort letter) er et garantilignende dokument, men ingen vanlig garanti, jfr del II, kapittel 7, pkt 5.0. Det stilles av et morselskap i et konsern overfor en bank i forbindelse med at datterselskapet

opptar lån i banken. En *opsjon* gir en part en mer eller mindre bestemt rett til å kreve at en annen skal inngå bindende avtale(r) med ham selv eller unntaksvis andre en gang i fremtiden, jfr del II, kapittel 7, pkt 6.0.

Også om disse avtaleformene er avtaleloven taus. Rettsanvenderen er derfor henvist til å bygge på andre rettskilder enn loven – i første rekke rettspraksis, alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, reelle hensyn og juridisk litteratur. Både for forbrukeravtaler og kommersielle avtaler har det på denne måten utviklet seg mer avanserte regler og prinsipper for avtaleslutning enn avtalelovens tilbud- og akseptmodell.

Denne boken tar sikte på å flytte mye av tyngdepunktet fra avtalelovens tradisjonelle modell for avtaleinngåelse til de moderne avtaleslutningsteknikker som i praksis gradvis har supplert konsensusavtalen. Det er likevel tatt sikte på å gi en så utførlig behandling av avtaleslutning etter avtalelovens modell at dette oppfyller de kravene som må stilles med tanke på bokens formål som lærebok i avtalerett.

11.0 Internasjonalisering av avtaleretten

Avtaleloven er et resultat av nordisk lovsamarbeid. Dette innebærer at både rettspraksis og teori fra de andre nordiske land vil ha relevans ved tolkning av den norske avtaleloven. I boken vil det ofte bli henvist til svenske og danske dommer. Selv om disse dommene prinsipielt har relevans ved tolkningen av den norske avtaleloven, har de selvsagt ikke like stor vekt som avgjørelser fra Høyesterett. Men de kan tjene som illustrasjonsmateriale på avtalerettslige problemstillinger fordi norsk praksis når det gjelder mange spørsmål, er sparsom sammenlignet med praksis særlig fra Danmark og Sverige. På områder hvor det er uklart hva som er gjeldende norsk rett, må det også antas at rettspraksis mv fra de andre nordiske land kan få betydning som rettskildefaktor – iallfall som et støtteargument.

De utviklingstrekkene det er redegjort for i del I, kapittel 1, pkt 10.0, er i noen grad resultater av en internrettslig prosess, men må i hovedsak tilskrives internasjonale strømninger. Mønstre for avtaleinngåelse og avtalepraksis utviklet i internasjonal samhandel og internt i andre stater er blitt etterlignet hos oss. Dette reiser spørsmålet om betydningen av annet internasjonalt rettskildemateriale enn rettspraksis mv fra de andre nordiske land.

Størst innflytelse får internasjonale normeringer hvis de transformeres til norsk rett. På dette punktet er det nærliggende å vise til EU-direktivet om urimelige kontraktsvilkår i forbrukeravtaler (93/13), slik som det hos oss har oppnådd innpass gjennom EØS-avtalen og vedtagelsen av avtaleloven § 37, jfr del III, kapittel 5, pkt 6.1. Se også del III, kapittel 5, pkt 5.23. Direktivet er inntatt som vedlegg 1

til boken. Foreløpig har det i EU-sammenheng ikke blitt vedtatt regler som stiller krav til selve avtaleinngåelsen i kontraktsforhold mellom likestilte parter (kommerielle avtaler). Men EU har vedtatt et eget direktiv om forbrukerrettigheter (2011/83) som er gjennomført i EU- og EØS-statenes lovgivning. I direktivets art 5 er det gitt regler om opplysningsplikt for næringsdrivende i avtaler med forbrukere. Reglene er inntatt i avtaleloven § 38 a flg. Se nærmere del III, kapittel 5, pkt 5.81.

EU har ellers vedtatt direktiver om offentlige innkjøp som er blitt inkorporert i norsk rett, jfr del II, kapittel 3, pkt 2.7. Hertil kommer en rekke direktiver om kontraktens innhold på forbrukerområdet – direktivene om villedende reklame (84/850), dørsalg (85/577), forbrukerkreditt (90/88), pakke-reiser (90/314), timeshare-avtaler (94/ 47), produktsikkerhet (92/59) og urimelige kontraktsvilkår i forbrukeravtaler (93/13).

FNs konvensjon om internasjonale kjøpsavtaler (CISG) er hos oss gjennomført ved kjøpsloven av 1988, men det ble opprinnelig gjort unntak for konvensjonens regler i del II om inngåelsen av kjøpsavtaler («Formation of Contracts»). De øvrige nordiske land inntok en tilsvarende reservasjon. Grunnen til dette er at CISG-reglene bygger på kontraktsprinsippet, mens reglene i de nordiske avtalelovene har sitt grunnlag i løfteprinsippet, jfr nærmere om disse prinsippene i del II, kapittel 2, pkt 5.21. Reservasjonen innebar at CISG-reglene om inngåelse av kjøpsavtaler ikke kunne få direkte anvendelse hos oss. Det nordiske standpunktet om å ta forbehold som nevnt ble – etter min mening med rette – kritisert, og reservasjonen er nå avviklet. I avtaleloven er endringen kommet til uttrykk ved innføring av en ny bestemmelse, § 9 a. Her fremgår det at avtalelovens regler i §§ 1 til 9 ikke får anvendelse på inngåelse av kjøpsavtaler som omfattes av kjøpsloven kapittel XV (internasjonale løsørekjøp). Siden avtaleloven bygger på løfteprinsippet, og fortsatt vil gjøre det, er det derfor bare i internasjonale løsørekjøp at avviklingen av forbeholdet har betydning. Betydningen er den at i slike kjøp kommer reglene i CISG del II direkte til anvendelse i stedet for reglene i avtaleloven §§ 1 til 9. Samtidig med den nevnte endringen i avtaleloven ble det vedtatt endringer i kjøpsloven, jfr §§ 5 og 87, der det nå fremgår at hele CISG (inkludert del II om avtaleinngåelse) gjelder direkte som norsk lov ved internasjonale løsørekjøp. CISG-reglene i FN-konvensjonens del II (Formation of Contracts) er inntatt som vedlegg 4 til boken.

I denne boken er det gjort tallrike henvisninger til UNIDROITS Principles of European Commercial Contracts, Principles of European Contract Law (PECL) og Draft Common Frame of Reference (DCFR). I disse arbeidene er det forsøkt å kodifisere en del felles og grunnleggende kontraktrettslige reguleringer.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, som er utgitt av The International Institute for Unification of Private Law (UNIDROIT), er inter-

nasjonale kontraktsrettslige prinsipper. De gjelder primært ikke forbrukeravtaler, men internasjonale kommersielle kontrakter. Og de gjelder ikke bare for kjøp, men for alle avtaletyper. Principles tilsikter å regulere en rekke forskjellige kontraktsrettslige spørsmål, herunder om kontraktsinngåelsen (Formation, jfr kapittel 2). Det har ikke vært meningen at Principles skal gi grunnlag for en konvensjon som binder opp statenes lovgivningsmyndighet, men snarere at avtalepartene skal ha mulighet til å henvise til Principles i sine avtaler, slik at Principles derved får rettsvirkninger som partsvedtatte regler, samt som nevnt at rettsanvenderne – herunder domstolene – skal kunne bygge på dem som et støtteargument der gjeldende intern rett er uklar. Dermed har prinsippene ikke lovskarakter, men retningslinjekarakter. Retningslinjer som dette – som i det ytre kan fremtre som rettsregler, men som mangler formell gyldighet og tilhørende sanksjoner – omtales gjerne som «soft law». UNIDROIT Principles kapittel 1 til 4 er inntatt som vedlegg 3 til boken. (Jfr www.unilex.info, som er et nettsted som inneholder materiale både om CISG og UNIDROIT Principles.)

Videre må det nevnes at the *Commission on European Contract Law* – den såkalte «Lando-kommisjonen» (etter lederen, dansken Ole Lando) – har utført et arbeid med å analysere og samordne europeisk kontraktsrett. I kommisjonen, som opprinnelig hadde et relativt uformelt grunnlag, sitter det representanter fra EUs medlemsland. Kommisjonen har utviklet et sett retningslinjer – Principles of European Contract Law (European Principles), forkortet *PECL*, om blant annet avtaleinngåelse, representasjon (fullmakt) og visse ugyldighetsgrunner. Disse Principles er ikke bindende regler, men anbefalinger, som likevel vil kunne få rettslig betydning, f.eks. hvis partene i en avtale har henvist til dem, eller nasjonal rett ikke gir en sikker løsning. Kommisjonen har etter hvert fått en formell forankring etter at EU-organene har engasjert seg mer direkte i dens arbeid.

En forskjell mellom CISG og UNIDROIT Principles på den ene siden og PECL på den andre siden er at mens førstnevnte har som siktemål å regulere internasjonale kontrakter – kontrakter med parter i ulike land – har sistnevnte også som siktemål å regulere nasjonale kontrakter. Mens CISG og UNIDROIT Principles bare er ment å få anvendelse mellom næringsdrivende, tar PECL også sikte på å omfatte forbrukeravtaler.

I meddelelse fra EU-kommisjonen til Rådet og Europaparlamentet 11 juli 2001 inviterte EU-kommisjonen til en bredere diskusjon om kontraktsretten, der det også ble åpnet for en større kodifikasjon av europeisk kontraktsrett. Arbeidet med en større kodifikasjon av europeisk kontraktsrett ble deretter igangsatt av en Study Group on the European Civil Code, under ledelse av professor Christian von Bar, som ledd i en videreføring av arbeidet til Lando-kommisjonen. Arbeidet munnet ut i et fellesverk mellom Study Group on an European Civil Code og Rese-

arch Group on EC Private Law i seks store bind, som forelå høsten 2009. Det er benevnt «Draft Common Frame of Reference» (DCFR). DCFR går langt utover både avtaleretten og kontraktsretten og må ses i lys av bestrebelsene på å etablere en felles, europeisk sivillovbok som harmoniserer den europeiske privatretten.

Det har vært og er uenighet internasjonalt i spørsmålet om Europa er moden for å realisere en visjon om en europeisk sivillovbok innenfor kontraktsretten – veien frem dit er fortsatt lang. Helt uavhengig av om de initiativer som er igangsatt ender opp i formelle lovgivningstiltak eller ikke, må det imidlertid forventes at de anbefalinger som er kommet og måtte komme vil bli iakt tatt av EU, styresmaktene i de enkelte europeiske land og de kommersielle interesser som driver europeisk handel.

(Se om UNIDROIT Principles, PECL og DCFR, Hagstrøm, Obligasjonsrett, annen utgave, Oslo 2011, s 61 flg.)

12.0 Avtalerettens betydning

Siden avtaler er viktige som økonomiske instrumenter, jfr del I, kapittel 1, pkt 1.0, er det nærliggende å tro at *avtaleretten* har stor praktisk betydning. De fleste – både jurister og legfolk – vil antagelig gi sin tilslutning til en påstand om dette. Synspunktet om at rettsreglene om avtaler har stor praktisk betydning, har, som vi snart skal se, en sann kjerne. Det er likevel ingen grunn til å unnså at også annet enn rettsreglene kan spille inn når en person har valget mellom å oppfylle en avtale etter sin ordlyd eller helt eller delvis å se bort fra den.

Stewart Macaulay har i en undersøkelse funnet at hoveddelen av avtaler innen næringslivet i USA inngås uformelt, og at uoverensstemmelser bare sjelden løses ved at partene påberoper seg inngåtte avtaler. (Macaulay: Non-contractual Relations in Business: A preliminary Study, 1963. Se også Beale/Dugdale, Contracts between businessmen, British Journal of Law and Society 1975, s 45 flg.)

Macaulay peker på at mens rettsreglene baserer seg på at hver avtale skal bedømmes isolert, så inngår partene i næringslivet i praksis avtaler i håp om at det skal bli tale om flere forretninger. Det innebærer at den part som blir utsatt for at den annen ikke oppfyller avtalen på riktig måte (kontraktsbrudd), ikke nødvendigvis vil trekke ham for retten og påberope seg sine juridiske rettigheter. Det vil ofte være viktigere ikke å tape en forretningsforbindelse enn å få «rett» i det enkelte tilfellet. På denne måten blir jusen i det praktiske forretningsliv til en viss grad satt ut av spill.

Staters låneopptak er et annet eksempel på at det viktigste motivet for å oppfylle kontraktsmessig kan være behovet for å kunne inngå nye kontrakter. Tenk på

hvor sjelden regjeringer som låner enorme pengebeløp i verdens finansmarkeder, unnlater å foreta tilbakebetaling av statsgjeld selv om det ikke er noe juridisk tvangsfullbyrdelsesapparat som kan gjennomtvinge oppfyllelsen av slike avtaler. Årsaken til at betaling skjer punktlig, er i disse tilfellene rett og slett at statene er avhengige av slik tillit for at de ved senere anledninger kan ha muligheter til å låne på nytt.

Også på «mikroplanet» kan det spores tendenser til at partene ugjerne tyr til rettslige sanksjoner for å løse kontraktsrettslige tvister. Illustrerende i så måte er den tankegang som ligger bak ordspråket «kunden har alltid rett», slik det har fått «status» på forbrukeravtalenes område. Det kan være i den profesjonelle selgers interesse ikke å kreve avtalen gjennomført etter sin ordlyd, men tvert om å være lydhør overfor forbrukerens klage og gi ham en mer generøs behandling enn det rettsreglene legger opp til. De kortsiktige utgiftene forbundet med dette vil mer enn bli oppveiet av det økede salg som den gode behandlingen må forventes å føre til på lengre sikt. Jo viktigere det er for den profesjonelle selger å inngå fremtidige avtaler med nettopp denne kunden og jo lettere informasjon om behandlingen antas å bli spredd blant andre kunder, desto mer generøst kan det være grunn til å behandle ham.

Rettsøkonomene har også forklaringer på at avtaleretten ikke alltid får den betydning i praksis som juristene ofte tror. Rettsøkonomi («law-and-economics») kan defineres som «det å vinne større innsikt i jusen ved å bruke begreper og teorier som vanligvis behandles i sosialøkonomien, til å forklare jus, anslå virkninger av jus, samt å vurdere jus ut fra generelle målsettinger knyttet til allokering (effektiv ressursbruk), fordeling, stabilisering og vekst». (Se nærmere Eide/Stavang, *Rettsøkonomi*, Oslo 2008, s 24 flg.) Rettsøkonomiske analyser bygger som regel på at aktørene er rasjonelle, dvs at de velger det best oppnåelige resultat ut fra egne normer og behov. Rasjonelle aktører vil i et marked med fri konkurranse innrette seg mot et såkalt «Pareto-effektivt» resultat, dvs et resultat hvor ressursene utnyttes uten noen form for sløsing, og på en måte som gjør at ingen endring kan foretas uten at situasjonen blir forverret for minst ett individ (jfr velferdsteoriens fundamentalteorem). Et samfunn som har minimert mulighetene for risikoer og tap, sies i rettsøkonomisk terminologi å være effektivt. Dette uttrykkes gjerne slik at *transaksjonsomkostningene* er redusert til et minimum.

Det mest kjente synspunktet fra rettsøkonomien er «Coase-teoremet» (oppkalt etter opphavsmannen Ronald Coase). Det går ut på at det kan være økonomisk fordelaktig for partene i et avtaleforhold å handle på en annen måte enn det rettsreglene legger opp til. På den måten kan begge dra fordel av en bestemt bruk og fordeling av de økonomiske ressurser med minimale transaksjonsomkostninger

(Se Coase, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics 1960, og Eide/Stavang, Rettsøkonomi, Oslo 2008, s 37–38.)

Har rettsøkonomiske vurderinger (de lege ferenda) noen plass i avtaleretten? For jurister vil en rettsøkonomisk tankegang ofte virke noe fremmed. De vil kanskje hevde at det ikke er grunnlag for å operere med et effektivitetsideal av den type rettsøkonomene viser til: Det finnes i praksis ikke mennesker som innretter seg 100 % etter idealet, og dette gjør det lite naturlig å utforme rettsregler på rettsøkonomisk grunnlag. Synspunkter som dette kan ha ført til at rettsøkonomiske betraktninger hittil i forholdsvis liten grad er blitt anført i norsk juridisk litteratur, jfr likevel nedenfor.

Hertil kommer at juridiske vurderinger ofte er svært sammensatte. De kan inkludere momenter som ikke er «målbare» med de parametre rettsøkonomien stiller til rådighet. På denne måten ligger det en fare i å benytte rettsøkonomien som et verktøy i stedet for jusen. En annen sak er at en kritisk bruk av rettsøkonomiske betraktninger kan utfylle synsmåter som preger juristene og vurderinger de foretar seg.

Rettsøkonomene på sin side vil gjøre gjeldende at rettsøkonomien kan gi grunnlag for en dypere forståelse av visse sentrale problemer i avtaleretten, f eks når de hevder at det samfunnsmessig sett største overskudd av inngåtte avtaler oppnås under forutsetning om avtalefrihet og minst mulige omkostninger knyttet til avtaleinngåelsen. Spørsmålet er om dette innebærer noen reell nyvinning – om tankene gir et *selvstendig* bidrag til avtaleretten, eller om det er «gammel vin på nye flasker»? (Se Bryde Andersen, Praktisk Aftaleret, anden udgave, s 40.)

For jurister er det nok nærliggende å ty til det svar at det ikke trengs en egen vitenskap for å forklare hvorfor ulønnsomme kontrakter holdes, eller hvorfor kontraktsbrudd ikke alltid sanksjoneres. Dette er nok likevel en lite reflektert innstilling til spørsmål som i innhold kan variere over et bredt spekter. Iallfall når det gjelder mer kompliserte problemer, som f eks om en gitt avtalerettslig regel bidrar til økonomisk effektive løsninger, er det rimelig klart at rettsøkonomien har noe å tilføre som et analyseverktøy for rettsforskeren, lovgiveren og også for jurister i andre funksjoner.

Rettsøkonomien må imidlertid ikke utlegges eller brukes for «mer» enn det den er verdt. I denne sammenheng er det spesielt grunn til å betone de begrensninger som ligger i de forutsetninger man opererer med i en rettsøkonomisk analyse, jfr foran. I rettsøkonomiens begrensninger ligger også at fagets premisser må avveies mot de avtalerettslige normer som kan bygge på et helt annet verdisyn og ha andre formål. Det kommer f eks ikke på tale å erstatte grunnleggende avtalerettslige begreper og synspunkter med rettsøkonomiske effektivitetsidealer, f eks at man som lovgiver skal preferere avtaler som er økonomisk effektive, mens avtaler som

ikke er i samsvar med økonomiske effektivitetsprinsipper, skal motarbeides. Det er mer realistisk å si at når forholdene ligger til rette for det, bør lovgiveren ved utformingen av regelverket *også* ta et visst hensyn til hva som er samfunnsøkonomisk effektivt.

Har rettsøkonomien (de lege lata) noen betydning for avtaleretten? Høyesterett har hittil ikke gjort åpenlys og direkte bruk av rettsøkonomisk inspirerte betraktninger på avtalerettens område. Men siden rettsanvendelsen ikke alltid er bundet opp til formelle rettskilder som lov, rettspraksis mv, kan det ikke utelukkes at rettsøkonomiske betraktninger kan bli tillagt en viss betydning av en domstol (reelle hensyn). Dette kan tenkes i situasjoner hvor det er «rettskildenød» – lovgivningen, avtalen mv gir ingen klar løsning. Det samme kan være tilfelle der de rettsøkonomiske argumentene trekker i samme retning som mer tradisjonelle formuerettslige rettskilder (støtteargument). Hvor de mer formelle rettskildefaktorene gir grunnlag for en bestemt løsning i en annen retning enn det rettsøkonomiske argumentet, er det derimot liten tvil om at dette må vike.

En grundig og realistisk studie som viser at norske domstoler i praksis foretar vurderinger som samsvarer med rettsøkonomiske effektivitetsidealer, er Wilhelmsen, TfR nr 1/1995, s 1 flg: Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet. Wilhelmsen konkluderer med at 80 % av undersøkte høyesterettsdommer om avtaleloven § 36 har et resultat som harmonerer med økonomiske effektivitetsprinsipper. I bare 20 % av dommene er resultatet av lempningsvurderingen i strid med kriterier for økonomisk effektivitet. Herfra til å si at verdiskapningshensyn uten videre er relevante som rettskildefaktorer, er imidlertid en slutning som det neppe er dekning for, noe som Wilhelmsen vel heller ikke sier eller mener. Dommerne har neppe vært seg bevisste at de har tillagt økonomiske effektivitetsidealer relevans i disse sakene. Det kan derfor kanskje hevdes at dommene ikke viser mer og annet enn at jurister tenker konsekvensorientert. Og dette er i seg selv ikke spesielt oppsiktsvekkende.

Uansett hvilken holdning rettsanvenderen har til rettsøkonomi, er det rimelig klart at avtalepartene – på områder der handlefriheten er stor – ofte søker å innrette seg i tråd med et effektivitetsprinsipp som ikke nødvendigvis behøver å samsvare med deklarasjonslov. Det gjelder for det første ved utformingen av avtalevilkår for kommersielle avtaler, f eks der vederlaget skal beregnes etter kompliserte prisdannelsesmekanismer. For det annet er denne tendensen også synlig ved oppfølgingen av kommersielle avtaleforhold gjennom forhandlinger. Hellner har søkt å illustrere bruken av Coase-teoremet på et spesielt område – avbestilling av tilvirkningsavtaler. Han påpeker at en kjøper som har bestilt en ting som selgeren skal produsere, men som senere finner ut at han ikke får en nytte av tingen som er like stor som prisen, kan *forhandle* med selgeren om at denne ikke skal utføre arbeidet, mot en erstatning som fastsettes på et nivå som begge parter kan «leve med» (Hellner, Kommersiell avtalsrett, Stockholm 1993, s 12).

Forhandlinger kan også ellers være en måte å avgjøre en tvist på uten at den bringes inn for domstolene. Det kan tenkes at den som nekter å oppfylle avtalen,

kan få overbevist den annen om at de begge har mindre å risikere ved at avtalen oppfylles «delvis». For fire dager i retten i en sivil sak kan omkostningene bare til egen advokat komme opp i kr 100 000. Taper man med saksomkostninger, kan beløpet lett bli det dobbelte. Hvis kravet f.eks. er kr 300 000, kan det derfor være mer rasjonelt å forhandle seg frem til en «løsning» (forlik) der begge parter «firer» på sine krav, fremfor å risikere å tape med saksomkostninger. Dette skyldes at dommeren i motsetning til forhandlerne er avskåret fra å fatte «salomoniske avgjørelser» – han er som regel henvist til å la én av partenes krav få medhold. Noen reservasjoner må likevel gjøres fra dette utgangspunktet, jfr f.eks. avtaleloven § 36, men dette anfekter i liten grad det illustrerte poenget.

Twisteløsning gjennom forhandlinger bidrar til at partene unngår den publisitet som behandlingen av en tvist for statens domstoler vil kunne føre med seg. I kommersielle forhold er partene meget opptatt av at deres renommé ikke skal komme i fare som følge av offentlig omtale av konflikten. Partenes ønske om å unngå publisitet kan undertiden føre til at tvisten blir avgjort ved voldgift. Dette innebærer at tvisten løses etter gjeldende rettsregler, men av en «privat» domstol, som ikke offentliggjør dommen uten begge parters samtykke. Dermed tapes den fleksibilitet som ligger i forhandlingsløsningen.

Hittil er forhandlinger omtalt som et virkemiddel som med endelig virkning kan løse en tvist, med den implisitte følge at avtaleforholdet *opphører*. Det hender imidlertid at forhandlinger nettopp er det som skal til for at avtaleforholdet skal kunne *fortsette*. Vi sier i disse tilfellene at avtalen *omforhandles* eller *reforhandles*.

Det vil i praksis særlig være i langsiktige kontraktsforhold at omforhandling kan være hensiktsmessig. Det er f.eks. inngått en tiårig kontrakt om levering av elektrisk kraft til en industribedrift, hvor det etter seks år viser seg at markedet for kraft har endret seg så betydelig at den ene part i strid med avtaleforutsetningene lider et merkbart økonomisk tap ved å måtte fortsette kontraktsmessig oppfyllelse. I langsiktige avtaleforhold kan partene for å gardere seg mot en slik utvikling innta klausuler i kontrakten som på visse vilkår hjemler omforhandling («hardshipklausuler»), men det er heller ikke uvanlig at partene uten et slikt grunnlag i avtalen møtes til forhandlinger og omforhandler avtalen.

Mye taler for at det i kommersiell avtalepraksis i de senere årene har pågått en utvikling fra rigiditet til elasticitet. Dette er særpreget ved at partene velger omforhandling, fremfor at den tapslidende part trekker seg fra avtaleforholdet eller oppfyller med tap og aldri mer inngår avtale med den aktuelle medkontrahenten (se Grönfors, *Avtal och omförhandling*, Stockholm 1995, s 93). Denne utviklingen har nok i noen grad også vært initiert og hjulpet frem av domstolene, som gjennom bruk av avtaleloven § 36 og andre sensurbestemmelser har signalisert at urimelige avtalevilkår ikke blir opprettholdt. For partene kan det således være mer rasjonelt å omforhandle urimelige vilkår enn å søke domstolenes hjelp for

å oppnå det samme: En løsning basert på partenes forhandlinger vil regelmessig være raskere, billigere, mindre konfliktorientert og mer forutsigelig enn en dom.

Utviklingen i retning av omforhandling av avtalevilkår reiser flere spørsmål – blant annet om den svekker prinsippet om at avtaler skal holdes («pacta sunt servanda»). Svaret er antagelig nei: Omforhandling vil være motivert av et felles ønske om at avtaleforholdet skal kunne fortsette tiden ut på vilkår som begge parter kan «leve med», og kan derfor på mange måter mer anses å underbygge prinsippet enn å svekke det (se Grönfors, *Avtal och omförhandling*, Stockholm 1995, s 9).

Et annet forhold som må nevnes når det gjelder en parts motiver for å oppfylle en avtale, er at disse ofte har sin bakgrunn i de *sosiale normer* som gjelder i forretnings- og andre livsforhold: Forretningsadvokaten som ikke følger opp sitt oppdrag med klienten, taper anseelse – både blant klienter og internt i advokatstanden. Advokaten vil derfor gjøre sitt ytterste for å være servicevennlig og følge opp klientforholdet. Det vil selvsagt også ligge økonomiske motiver bak en slik servicevennlighet – firmaet vil tape penger om klienten trekker seg. For advokaten vil det på denne bakgrunn være helt underordnet om han eventuelt kan sies å ha en *avtalerettslig plikt* til å følge opp klientforholdet.

En annen grunn til at en avtalepart ikke bringer en tvist inn for domstolen, men søker andre alternativer, kan være at han er mer opptatt av de *mulighetene* avtalen faktisk gir, enn de «manglene» som knytter seg til den. De Bono gir et illustrerende eksempel i boken *Opportunities*, London 1978, jfr også referatet i Bryde Andersen, *Praktisk aftaleret*, anden udgave, København 2003, s 44: Etter kjøpet av en vakthund finner kjøper ut at den ikke kan gjøre. Hva skal han gjøre – heve kjøpet, avlive hunden, sende den til dyrlege eller bruke den som skjødehund? De Bono peker på at alle disse forslagene ignorerer de muligheter som knytter seg til det som tilsynelatende er en mangel: Man kunne i stedet anse den manglende evne til å gjøre som en særlig kvalifikasjon, f eks ved å plassere hunden under et skilt som gjør oppmerksom på at hunden ikke gir lyd fra seg før den går til angrep! Mangelen blir da en kvalitet.

Det er også andre årsaker til at rettsregler blir fulgt i praksis. Hellner nevner som eksempel hvordan de strenge og ytterst formelle reglene i vekselloven, og ganske særlig den praksis som knytter seg til disse, gjør det mulig for personer med svak økonomi å få kreditt gjennom å undertegne en veksell (Hellner, *Kommersiell avtalsrett*, s 16). Det sentrale poeng her er at publisiteten omkring en vekselprosess utgjør et sterkt insitament til å betale rettidig – også for personer med svak økonomi. Regler som fra rettsordenens side er utformet strengt formelt, betegnes gjerne «rigor commercialis» (forretningsmessig strenghet, jfr Hellner, l c).

Til nå har det vært et vesentlig anliggende å vise at annet enn avtaleretten og mulighetene for en håndhevelse av avtalerettslige regler kan motivere medkon-

trahentens oppfyllelse. Nå er det på tide å stille spørsmålet om hvilken betydning avtaleretten har i denne sammenheng.

Vi har allerede sett at det er en nær forbindelse mellom markedsøkonomiske prinsipper og synspunkter om avtalefrihet og avtalebundethet. Mulighetene for utveksling av økonomiske goder er likevel ikke i seg selv tilstrekkelig til å skape velstand i et samfunn. Det er bare de enkleste utvekslinger av varer og tjenester som kan gjennomføres ved at partene yter samtidig, eksempelvis hvor en kunde i et supermarked plasserer varene i handlekurven og betaler i kassen. De fleste mer kompliserte avtaler er særpreget ved at den ene part i tid må yte før den andre. Dette gjelder både for avtaler som innbefatter enorme beløp, f.eks. låneopptak til utbygging av et svært vei- og broprosjekt, og for dagliglivets små avtaler som innkjøp av en CD-spiller ved bruk av kredittkort.

For at det skal være mulig å gjennomføre slike transaksjoner, må den av avtalepartene som yter først, ha *tillit* til at den annen part vil prestere sin ytelser på et senere tidspunkt. Som Roscoe Pound har sagt det: «Wealth, in a commercial age, is made up largely of promises» (Introduction to the Philosophy of Law, New Haven 1961, s. 236. Se også Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Sixth Edition, Oxford 2005, s. 5). Dette gjelder ikke bare i enklere forhold hvor det utveksles to ytelser – den ene før den annen – men også hvor avtaleforholdet er varig og forutsetter et lojalt samarbeid mellom partene, med fortløpende utveksling av ytelser (entrepriseavtaler, leieavtaler, lisensavtaler, fraktavtaler, sponsoravtaler mv).

I en del tilfeller viser det seg at medkontrahenten ikke har vært tilliten verdig: Han oppfyller ikke kontraktsmessig, enten fordi han ikke vil eller fordi han ikke maktet. Det er på dette punkt avtalerettens regler kommer inn. De oppstiller visse garantier for at en part som forplikter seg til å prestere sin ytelser før medkontrahenten eller som forplikter seg til et varig kontraktsforhold, hvor utvekslingen av ytelser skjer asymmetrisk, kan få gjennomført sine rettigheter etter kontrakten. Sammen med reglene om sivilprosess og tvangsfullbyrdelse sikrer avtaleretten at den som ikke oppfyller en inngått avtale, kan bli innstevnet for retten og dømt til å oppfylle avtaleforholdet, samt at oppfyllelsen kan tvinges gjennom mot vedkommendes vilje.

Et så grunnleggende element i verdenshandelen som muligheten til å handle på kreditt er avhengig av at kredittyteren har noe å falle tilbake på hvis og når skyldnerne ikke betaler. Statistisk er det gitt at en andel av det kredittsøkende publikum ikke ville ha oppfylt sine forpliktelser hvis avtalene som berettiger dem til «utskutt» oppfyllelse, ikke hadde vært rettslig bindende. Antagelig ville andelen av misligholdte forpliktelser i tilfelle ha vært så stor at kreditthandelen ikke ville ha hatt noen plass i verdenshandelen. Avtaleretten får på denne måten betydning

på «makro-planet» ved at prinsippet om at avtaler skal holdes, medvirker til at omsetningen i verdenshandelen kan foregå raskt, sikkert og effektivt. Noe tilsvarende er selvsagt også tilfellet på mikroplanet: for den enkelte kredittavtale som inngås næringsdrivende imellom, eller mellom næringsdrivende og forbrukere.

Avtalerettens regler og prinsipper bidrar også til å sikre at hensynet til «svake» kontraktparter blir ivaretatt. Et effektivt forbrukervern forutsetter at det ligger et ulfravikelig (preseptorisk) avtalerettslig regelverk «i bunnen» som kan sanksjoneres. Disse reglene kan også ha en oppdragende effekt overfor elementer i markedet som ellers lar seg friste av mulighetene for en «rask» fortjeneste (bilopprettingsfirmaer som selger opprettede «vrak» som tilnærmet nye biler, postordrefirmaer som selger armbåndsur med påmalte visere mv).

For juridiske studenter og jurister mer generelt vil avtaleretten ha en betydning som rekker ut over det som er nevnt foran. Reglene om oppfyllelsen av forskjellige slags kontrakter som kjøpekontrakter, forsikringskontrakter, transportkontrakter og immaterialrettslige kontrakter kan variere etter kontraktsforholdets art. Noen regler er lovfestede, mens andre er uskrevne. Det kan også innholdsmessig være forskjeller i reglene, alt etter hvilken kontraktstype det gjelder. Men for de fleste kontraktstyper er reglene om avtaleinngåelsen, dvs vilkårene for partenes binding til avtaleforholdet, felles. I prinsippet gjelder de samme regler om avtalebinding for kjøp av en løsøregegenstand som for kjøp av aksjene i et selskap eller for leie av et skip. Skal dette illustreres, kan det sies at den alminnelige avtaleretten på en måte ligger i «rommet foran» reglene om (den spesielle) kontraktsretten. Det må også tillegges at det ved oppfyllelsen av mange kontraktstyper vil ha betydning hva som er avtalt. I spørsmålet om det foreligger en kjøpsrettslig mangel, er det f.eks sentralt hva som direkte eller indirekte er avtalt om salgstingens egenskaper mv (kjl § 17).

Fremstillingen foran viser *på den ene side* at jurister ikke bør ha for høye forestillinger om rettsreglenes – her avtalerettens – betydning. Den viser likevel *på den annen side* at avtaleretten tjener praktiske funksjoner, og at samfunnet vanskelig kan være den foruten. *Det* er tilstrekkelig til at rettsområdet bør ha og har den sentrale plass i formueretten som tilfellet er i dag.

