



JOHAN GIERTSEN

AVTALER

4. UTGAVE

UNIVERSITETSFORLAGET

AVTALER

Johan Giertsen

AVTALER

4. utgave

Universitetsforlaget

© Universitetsforlaget 2021

1. utgave 2006
2. utgave 2012
3. utgave 2014

ISBN 978-82-15-03678-6

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Stian Hole

Sats: ottaBOK

Trykk: 07 Media – 07.no

Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS

Boken er satt med: Times LT Std 11/13,5

Papir: Amber Graphic 100g 1,25

Til Tone Lønning

Forord

Avtaler dreier seg om avtaleinngåelse, tolking, ugyldighet, lemping og representasjon. Et mål har vært å knytte fremstillingen så nær opp til den europeiske rettsutviklingen – slik den kommer til uttrykk i EU- og EØS-kilder – som mulig.

Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen og gode kolleger bidrar til et inspirerende arbeidsmiljø. En særlig takk til Jan-Ove Færstad.

Kollega Kåre Lilleholt har lest manuskriptet i utkast og har gitt innsiktsfulle merknader som har ført til en rekke endringer i teksten.

Vitenskapelig assistent Victoria Westrum har lest manuskriptet fra synsvinkelen til bokens viktigste målgruppe – studentene. Hun har gitt verdifulle merknader som ledet til justeringer i teksten, og har kontrollert kilder. Tone Lønning har samordnet korrekturen fra forlaget og undertegnede. Tusen takk til begge to.

Universitetsforlaget – ved forlagsredaktør Linn-Aurora Wengen og manuskoordinator Gunhild Eide – yter en førsteklasses service.

Boken er tilegnet min kone Tone Lønning.

Strek for å innarbeide nytt materiale ble med få unntak satt 1. juli 2021.

Dragefjellet, Bergen, 7. september 2021

Johan Giertsen

Om stensilutgaven 2005

Formålet med dette prosjektet har vært et læremiddel skreddersydd til studiet av avtalerett (kontraktsrett I) i masterstudiet i rettsvitenskap. Første versjon av «Avtaler» var stensilutgaven i 2005. Kollega Kåre Lilleholt var en viktig kilde til inspirasjon for at dette læremiddelet ble til. Takk til Sidsel Huse og Per Våland Mauritzen for kildekontroll, korrekturlesning og utarbeidelse av registre.

Om første utgave 2006

Første utgave bygget på stensilen, men ble på en rekke punkter endret. Takk til min far Ole Johan Giertsen, advokat Brynjar Østgård og Kåre Lilleholt for manuskriptkritikk til stensilen og spennende samtaler. Kolleger som i særlig grad ga inspirasjon til arbeidet med første utgave, var Kai Krüger, Hugo P. Matre, Ernst Nordtveit, Rune Sæbø og Filip Truyen. Biblioteket leverte førsteklases service – takk til Halvor Kongshavn, Kirsti Lothe Jacobsen, Jørn Wangensten Ruud, Liv Glasser og Marit Saksvik. Takk til vitenskapelig assistent Vibeke Sagvaag for kildekontroll, korrekturlesning og utarbeidelse av registre.

Om andre utgave 2012

Siktemålet var en kritisk gjennomgang av første utgave, bruk av flere internasjonale kilder, og at bokens omfang ikke skulle øke. Søkelyset på at Høyesterett har hatt en uforholdsmessig høy terskel for å anvende avtaleloven § 36 til fordel for parter med underlegen ressursstyrke, var skarpere enn i første utgave. Takk til gode kolleger – Halvard Haukeland Fredriksen, Hilde Hauge, Marte Eidsand Kjørven, Kåre Lilleholt og Erik Monsen for inspirasjon – til universitetsbibliotekar Jørn Wangensten Ruud for mange kildesøk, vitenskapelig assistent Ingse Fatnes for korrektur og kildekontroll, og til min kone Tone Lønning for korrektur.

Om tredje utgave 2014

Røeggen-dommen ble innarbeidet (Rt. 2013 s. 388), og de internasjonale kildene fikk en enda bredere plass. Tredje utgave var mer fullstendig enn andre når det gjaldt EU-domstolens praksis om forbrukeravtaledirektivet. Røeggen-dommen og EU-domstolens praksis førte til endringer i fremstillingen av avtaleloven § 36. Takk til gode kolleger for inspirasjon – ikke minst Kåre Lilleholt – og Halvard Haukeland Fredriksen for veiledning om det europeiske rettsstoffet. Universitetsbibliotekar Jørn Wangensten Ruud øste av sin kompetanse for å finne kilder. Vitenskapelig assistent Kjersti Løwehr kontrollerte med stor nøyaktig tekst og registre. Vitenskapelig assistent Mathilde Lund Meltvedt gransket manuskriptet

til andre og tredje utgave på vegne av bokens viktigste målgruppe – studentene. Hennes konstruktive kritikk førte til at mange problemer ble gjennomtenkt på nytt. Hun skrev med sin kompakte og presise form mange forslag til endret tekst. Jeg er Mathilde Lund Meltvedt stor takk skyldig for et inspirerende samarbeid og hennes verdifulle bidrag til andre og tredje utgave.

Innholdsoversikt

DEL I	EMNET	1
DEL II	BINDING	39
DEL III	AVTALENS INNHOLD	147
DEL IV	UGYLDIGHET	187
DEL V	AVTALELOVEN § 36 OG FORBRUKERAVTALEDIREKTIVET	259
DEL VI	REPRESENTASJON	347
DEL VII	AVTALERETTEN – HVA NÅ?	375
REGISTER	385

Innhold

Forord	VII
DEL I	
EMNET	1
Kapittel 1 Avtaler, avtalerett og kontraktsrett	3
Kapittel 2 Grunnprinsipper	6
2.1 Avtalefrihet: Frihet fra regulering – frihet gjennom regulering	6
2.2 Forutberegnelighet vs. fleksibilitet	8
2.3 Forventningen beskyttes	10
2.4 Lojalitet	11
2.5 Gjensidighet – balanse	12
Kapittel 3 Avtaleloven	13
3.1 Hvorfor ble en avtalelov gitt?	13
3.2 Avtaleretten er dels lovfestet, dels ulovfestet	14
3.3 Virkeområdet	15
3.4 En lov om partsutsagn	16
3.5 Fravikelig eller ufravikelig?	17
3.6 Avtalerettens internasjonale rekkevidde	18
Kapittel 4 Utviklingstrekk	20
4.1 Sosial vs. kommersiell rett – partenes status	20
4.2 Fra generalisering til spesialisering	22
4.3 Internasjonalisering	23
4.3.1 Fra nordisk samarbeid til europeisering og globalisering	23
4.3.2 Nordisk rettslikhet	24
4.3.3 Globalisering – CISG og UNIDROIT	25
4.3.4 EØS: forbrukervern – bredere harmonisering	26
4.3.5 European Principles	28
4.3.6 Draft Common Frame of Reference	28
4.3.7 Restatement of Nordic Contract Law	29
4.4 Menneskerettighetene i kontraktsretten	30

4.5	Internasjonale kilder	32
4.5.1	EØS – plikt til gjennomføring	32
4.5.2	EØS – homogenitet – EU-konform tolking	33
4.5.3	EU-domstolen – kilde i norsk rett	34
4.5.4	CISG – gjennomført ved lov	35
4.5.5	UNIDROIT, European Principles og DCFR – ikke gjennomført	36
DEL II		
BINDING 39		
Kapittel 5 Avtalefrihet vs. kontraheringsplikt 41		
Kapittel 6 Ensidig og gjensidig binding 44		
6.1	Ensidig binding – løfter og tilbud – «kunnskap»	44
6.2	Gjensidig binding – påbud og aksept	45
6.3	Avtale – begge må binde seg	46
6.4	Løfte- vs. kontraktsprinsippet – avtaleloven vs. CISG	47
Kapittel 7 Avtalefrihet om avtaleinngåelse 49		
7.1	Avtaleloven § 1	49
7.2	Partene definerer prosessen: Strømstad-dommen	50
7.3	Formfrihet	51
7.4	Formkrav – bevissikring, overveielse	51
7.5	Digital eller biometrisk bekreftelse – funksjonell ekvivalens	53
Kapittel 8 Binding – tolke utsagn og annen atferd 55		
8.1	«Rimelig grunn» – «berettiget forventning»	55
8.2	Ordlyden – konsis?	57
8.3	Det vesentlige må være klarlagt	59
8.4	Passivitet	61
8.5	Oppfordring – tilbud – passivitet – binding	62
Kapittel 9 Gjensidig binding – enighet 64		
Kapittel 10 Enighet ved å akseptere tilbud – avtalelovens modell 66		
10.1	Akseptens løftevirkning	66
10.2	Akseptens påbudsvirkning	66
10.3	Aksepten må stemme med tilbudet	68
10.4	Aksepten må komme frem innen fristen	69
10.5	Samsvarende aksept i rett tid – avtale inngått	71
10.6	Avslag	71
10.7	Forsinket eller uoverensstemmende aksept – nytt tilbud	71

10.8	Åpen vs. skjult dissens	73
10.9	Forsendelsesrisikoen	74
10.10	Avtale- eller ordrebekreftelse	75
Kapittel 11 Forhandlinger før avtaleinngåelsen		77
11.1	Grunnspørsmålet – har begge bundet seg?	77
11.2	Prosedyreavtale	77
11.3	Enighet om vesentlige punkter?	79
11.3.1	Graden av enighet og terskelen for binding	79
11.3.2	Realytelsen	80
11.3.3	Prisen	80
11.4	Manglende formalisering	81
11.4.1	Felles forutsetning?	81
11.4.2	Bundethet tross muntlighet – enighet og klarhet	82
11.5	Vinagent, Mæle, EY – binding uten signatur	83
11.5.1	Vinagentdommen – Rt. 1998 s. 946	83
11.5.2	Mæledommen – Rt. 2006 s. 1585	84
11.5.3	Ernst & Young-dommen – Rt. 2011 s. 410	85
11.5.4	Oppsummering – binding uten å vite det	86
11.6	Lojalitet – opplyse tidsnok om forbehold	88
11.7	Innrettelse	89
Kapittel 12 Standardavtaler		91
12.1	Fra individualisering til standardisering	91
12.2	Er standardvilkår vedtatt?	92
12.3	Ensidige eller forhandlede standardvilkår	94
12.4	Overraskende vilkår	95
12.5	Ubalanserte vilkår	96
12.6	Utbredelsen	97
12.7	Avveiningen – tilblivelse, innhold, utbredelse, status	98
12.8	Offentlige leverandører – lavere terskel?	99
12.9	Konkurrerende standardvilkår	100
12.10	Forbrukeravtaler – gjennomsiktighet	101
Kapittel 13 Anbud		104
13.1	Anbudskonkurranser vs. avtaleloven	104
13.2	EØS: markedsadgang – anbudsplikt	105
13.3	Avtalefrihet i privat sektor	106
13.4	God anbudsskikk	107
13.5	Anbudsprosessen	109
	(i) Anbudsgrunnlaget	109
	(ii) Anbudsinvtasjonen – oppfordring om å komme med tilbud	110
	(iii) Anbud – bindende tilbud	110

(iv) Forhandlinger?	111
(v) Tildeling	113
(vi) Karensperiode i offentlig sektor	113
(vii) Avtale inngås	114
Kapittel 14 Tilbakekall	115
14.1 Kunnskapsregelen	115
14.2 Angrerett	116
14.3 Re integra	118
14.3.1 Tilbakekall etter kunnskapstidspunktet?	118
14.3.2 Ikke «indrettet sig»	119
14.3.3 «særlige grunde» – da løftet kom til kunnskap	120
14.3.4 «særlige grunde» – etter at løftet kom til kunnskap	120
Kapittel 15 Digital avtaleinngåelse	123
15.1 Avtaleloven – teknologinøytral	123
15.2 Nettet som massekommunikasjon – binding?	124
15.3 Finansavtaler – avtaleretten møter det digitale	126
15.3.1 Finansavtaleloven 2020 – mønster for digital avtalerett	126
15.3.2 Digital avtaleinngåelse	127
15.3.3 Digitalt førstevalg	128
15.3.4 Forsvarlighet – «betryggende»	128
15.3.5 Bankene har forsendelsesrisikoen	129
15.4 Netthandel – «fjernsalg»	131
15.4.1 Digitalisering og europeisering	131
15.4.2 «organisert ordning ... fjernkommunikasjons- midler»	131
15.4.3 Forhåndsinformasjon	132
(i) Forbrukerrettighetsdirektivet	132
(ii) Gi grunnlag for en overveiet beslutning	133
(iii) Klarhet – gjennomsiktighet	134
(iv) Sanksjoner	134
15.4.4 Formidlingsregelen	135
15.4.5 Fjernsalgsavtalen	136
15.4.6 Tilliten til (grensekryssende) netthandel	137
15.4.7 «Åpent kjøp» – avtalt (lang) angrefrist	138
15.5 Forsvarlighet – tastefeil mv.	138
15.5.1 Fjernsalg – særlige krav for betalingsplikt	138
15.5.2 Annet enn fjernsalg – vern i henhold til alminnelige prinsipper?	141

Kapittel 16 Avtaleinngåelse – oppsummering	143
16.1 Begge partene må ha bundet seg	143
16.2 Avtalelovens modell	143
16.3 Prosessen – oppsummert	144
16.4 Europeisering – norsk rett, ikke «EU-rett»	145
DEL III	
AVTALENS INNHOOLD	147
Kapittel 17 Avtaletolking	149
17.1 Problemet	149
17.2 Når kan tolkingstvil oppstå?	149
17.3 Høyesterett skaper avtaletolkingsretten	150
17.4 Subjektiv vs. objektiv tolking – tekst og kontekst	151
17.5 Standardavtaler vs. forhandlede avtaler	152
17.6 Tolking vs. utfylling	152
Kapittel 18 Tolking i lys av parten(e)s mening – subjektiv tolking ..	154
18.1 Partene var enige da avtalen ble inngått	154
18.2 Parten kjente den andre partens mening	155
Kapittel 19 Objektiv tolking	157
19.1 En «fornuftig» persons forståelse	157
19.2 Teksten	158
19.2.1 Vanlig språkbruk	158
19.2.2 Tiden kan endre tolkingen	158
19.2.3 Bransje- og dialektuttrykk	159
19.2.4 Er teksten gjennomtenkt?	160
19.3 Konteksten	162
19.3.1 Annet partsnært materiale enn teksten	162
19.3.2 Kontekst-tolking som objektiv tolking	162
19.3.3 Avtalens system	163
19.3.4 Formålet	164
19.3.5 Forhandlingene	165
19.3.6 Etterfølgende atferd	165
19.4 Juridiske retningslinjer	166
19.4.1 Avtalerettens grunnprinsipper vs. tolkingsslæren	166
19.4.2 Balanse – forholdsmessighet	167
19.4.3 Bakgrunnsretten – balanse	167
19.4.4 Bakgrunnsretten – restriktiv tolking, skjult sensur ..	170
19.4.5 Uklarhetsregelen	171
19.4.6 Profesjonelle – forutberegnelighet	173
(i) Har avtaleteksten en særlig vekt?	173

	(ii) Felles partsforståelse eller objektiv tolking? ..	175
19.4.7	Forbrukere vs. profesjonelle – normalforventning ..	177
19.4.8	Forbrukeravtaledirektivet –	
	«mest gunstig» for forbrukeren	178
	(i) Tolkingsregelen i avtaleloven § 37	
	første ledd nr. 3	178
	(ii) Tolking til forbrukerens gunst som sanksjon	
	mot ugjennomsiktighet	179
	(iii) Gjelder tolkingsregelen bare hvis minst ett	
	tolkingsalternativ er urimelig?	180
19.4.9	Danica –	
	Høyesterett forholdt seg ikke til EØS-kilder	180
19.5	Avveiningen – resultatets godhet	182
19.5.1	«Godhet» – målestokken	182
19.5.2	KLP-dommen – ordlyden vs. bakgrunnsretten	182
19.5.3	OL-genseren –	
	uklarheten gikk ut over den ressurssterke	183
19.5.4	E-verksdommen –	
	ansvarsfraskrivelse, restriktiv tolking	184
DEL IV		
	UGYLDIGHET	187
	Kapittel 20 Avtalefrihetens grenser	189
20.1	Grensene for den private autonomi	189
20.2	Ubundethet – ugyldighet	190
20.3	Fra tilblivelses- til innholdskontroll	191
20.4	Hvem kan gjøre ugyldighet gjeldende?	192
	Kapittel 21 Habilitetsmanglene	195
21.1	Mindreårige	195
21.1.1	Under 18 år – sterk ugyldighetsgrunn	195
21.1.2	Vergens representasjonsrett	196
21.1.3	Mindreåriges rådighet	197
21.1.4	Statsforvalternes kompetanse	199
21.2	Vergemål for voksne	200
21.2.1	Umyndiggjøring – unyansert og stigmatiserende ...	200
21.2.2	Ordinært vergemål	201
21.2.3	Vergemål med fratakelse av handleevnen –	
	individtilpasset	201
21.3	Sinnslidelse som ugyldighetsgrunn	203

Kapittel 22 Tilblivelsesmanglene	206
22.1 «Viljeserklæringer» gjenstand for ugyldighet	206
22.2 Digitaliseringen øker risikoen for svindel	207
22.3 Sterke og svake ugyldighetsgrunner	208
22.4 Svake ugyldighetsgrunner	208
22.4.1 «Burde» løftemottakeren kjenne mangelen ved løftet?	208
22.4.2 Aktsomhetsterskelen – «burde» visst	210
22.4.3 Aktsom god tro	210
22.4.4 Tidspunktet for den gode tro	211
22.5 Typer av tilblivelsesmangler	212
22.5.1 Grov tvang	212
(i) «grundet frygt for nogens liv eller helbred»	212
(ii) Reklamere for å forbli ubundet	213
22.5.2 Simpel tvang	215
22.5.3 Svik	216
22.5.4 Utnyttelse	217
22.5.5 Skrivefeil og lignende	218
22.5.6 Forvanskning – elektroniske overføringer	220
22.5.7 Falsk og andre ulovfestede tilblivelsesmangler	221
22.5.8 Identitetstyveri – grov tvang eller falsk	223
22.6 Innvirkning	224
Kapittel 23 Avtaleloven § 33	227
23.1 Redelighet – rettsoppfatningen til enhver tid	227
23.2 En vurdering i seks ledd	228
23.3 Koblingen mellom vilkårene i § 33	230
23.4 Redelighet	231
23.4.1 Sykdom	231
23.4.2 Press, utnyttelse	232
23.4.3 Opplysningssvikt – uriktige opplysninger	233
23.4.4 Opplysningssvikt – mangelfulle opplysninger	234
(i) Grad av sikkerhet	234
(ii) Vesentlighet	235
(iii) Ressursstyrke	235
(iv) Avtaletypen	235
(v) Rettsutviklingen	236
23.5 Tilgrensende grunnlag for ubundethet	237
23.5.1 Opplysningssvikt i god tro	237
23.5.2 Uriktige forutsetninger	239
23.5.3 Gjensidig uriktige forutsetninger	240
23.5.4 Illojalitet	241
23.6 Opplysningssvikt – valg mellom sanksjoner	242

Kapittel 24 Innholdsmangler – avtaler vs. ufravikelig rett	243
24.1 Partsinteresser	243
24.2 Samfunnsinteresser	244
24.2.1 Ufravikelig rett – avtale- vs. tvistetidspunktet	244
24.2.2 Parts- vs. samfunnsinteresser	245
24.2.3 Avtaler i strid med lov – ugyldighet?	247
24.2.4 Ærbarhet – avtalefrihetens etiske grenser	247
24.2.5 Kommersialisering av privatsfæren?	249
(i) Betaling for å ta abort	250
(ii) Betaling til tredjepart hvis ekteskap fortsetter	251
(iii) Samboers løfte om troskap	252
(iv) Prostituertes pengekrav på kunden	253
(v) Avtalefriheten begrenset av hensyn til tredjeperson	254
24.2.6 Urimelige priser og forretningsvilkår	255
DEL V	
AVTALELOVEN § 36 OG FORBRUKERAVTALEDIREKTIVET	259
Kapittel 25 Lemping	261
25.1 Forutberegnelighet vs. lojalitet	261
25.2 «beskytte den svake»	262
25.3 EU: asymmetri premiss for forbrukervernet	263
25.4 «mindre strenge krav» i direktivet enn i § 36?	265
Kapittel 26 Direktivet – urimelige vilkår binder ikke	267
26.1 Forbrukervern og fri bevegelighet	267
26.2 «bringe anvendelsen af urimelige ... vilkår ... til ophør»	268
26.3 Europeisering vs. nasjonal råderett	268
26.4 Direktivets virkeområde	270
26.4.1 Næringsdrivende vs. forbrukere	270
26.4.2 Forbrukeren uten innflytelse på innholdet	271
26.4.3 Prisen og «hovedgjenstanden» unntatt	272
Kapittel 27 Direktivet – skjevhet, illojalitet, ugjennomsiktighet	274
27.1 Skjevhet vs. illojalitet	274
27.2 Skjevhetstesten – avtalen vs. bakgrunnsretten	275
27.3 Lojalitetstesten – en hypotetisk forhandling	277
27.4 Gjennomsiktighet	278
27.5 Aktivitetsplikt – håndheving av eget tiltak	279
27.6 EU-domstolen tolker – subsumerer ikke	281
27.7 Har Høyesterett brukt aktivitetsplikten?	283

Kapittel 28 Hva kan lempes etter avtaleloven § 36?	288
28.1 «avtaler» – fra inngåelse til lemping	288
28.2 Formueretten	289
28.3 «ensidig bindende disposisjoner»	290
28.4 «handelsbruk eller annen ... sedvane»	290
28.5 Alternativer – skjult sensur	291
28.5.1 Vedtakelse vs. avtaleloven § 36	291
28.5.2 Tolking vs. avtaleloven § 36	292
Kapittel 29 «Urimelig» eller «i strid med god forretningsskikk» ...	293
29.1 Kildene	293
29.1.1 Lovteksten – liten veiledning	293
29.1.2 Forarbeidene – tvetydige	294
29.1.3 Forutberegnelighet eller fleksibilitet	295
29.1.4 Avtaleeksterne hensyn	295
29.2 Vilkårene enkeltvis – eller helheten?	296
29.2.1 Avtaler dekket av forbrukeravtaledirektivet	296
29.2.2 Andre avtaler	297
Kapittel 30 Partenes stilling – asymmetri?	298
30.1 Profesjonelle vs. ikke-profesjonelle	298
30.1.1 Profesjonelle krever lemping	298
30.1.2 Ikke-profesjonelle krever lemping	299
30.1.3 Direktivkonform tolking	299
30.2 Profesjonelle vs. profesjonelle	300
30.2.1 Høyesterett – streng praksis	300
30.2.2 Er praksis for streng og unyansert?	303
30.3 Private vs. private	304
Kapittel 31 Tilblivelsen	306
31.1 Kvaliteten på avtaleinngåelsen	306
31.1.1 Argument for å opprettholde avtalen	306
31.1.2 Argument for lemping	307
31.2 § 36 gir større fleksibilitet enn §§ 28–33	307
31.3 Gjennomsiktighet – opplysningsplikt	309
31.4 Taktskiftet i Høyesterett – Røeggen vs. DNB	310
31.4.1 Skjevhet og illojalitet	310
31.4.2 Krav om «riktig, nøktern og realistisk» informasjon	311
31.5 Betalingsproblemer – sosial sivilrett	313
Kapittel 32 Urimelig innhold ved avtaleinngåelsen?	316
32.1 Målestokk – bakgrunnsretten	316
32.2 Skjevhet – saklig grunn eller illojalitet?	316

32.3	Målestokk – avtalepraksis	318
32.4	Målestokk – markedsprisen	319
32.5	Grålisten	320
32.6	Innholdssensur en sjeldenhet	323
32.7	Avtaleloven § 36 vs. spesialregler	324
32.8	«Høy terskel» – tilblivelsen vs. innholdet	325
Kapittel 33	Urimelig på grunn av «senere inntrådte forhold»?	327
33.1	Hvem skal avviket gå ut over?	327
33.2	Tolking og utfylling er det primære	328
33.3	Pandemien	329
33.4	Vurderingstidspunktet: doms- eller kravstiden?	332
33.5	Forutsetningslæren vs. avtaleloven § 36	333
33.6	Resultatforpliktelse?	335
33.7	Avtalt erstatning – endrete forhold – sensur?	337
33.7.1	Asymmetri og sosiale hensyn vs. forutberegnelighet	337
33.7.2	If I – sensur	338
33.7.3	If II – avtalen 1:8 av tapet – ikke sensur	338
33.8	Pengeverdiendringer	339
33.8.1	Festeavgifter – Røstad og Skjelsvik	339
33.8.2	Periscopus – profesjonell krevde lemping	340
Kapittel 34	Virkingen: «helt eller delvis settes til side eller endres»	342
34.1	Fleksibilitet	342
34.2	Forbrukeravtaledirektivet	343
34.2.1	Avtalen består uten urimelige vilkår	343
34.2.2	Avtalen kan ikke opprettholdes uten det urimelige vilkåret	344
DEL VI		
REPRESENTASJON		
Kapittel 35	Beslutningsevne og representasjonsevne	349
35.1	Fysiske personer	349
35.2	Aksjeselskaper	349
35.3	Staten	350
35.4	Representanter med og uten slutningsevne	351
35.5	Rettskildene ved representasjon	352
Kapittel 36	Prinsipper for binding ved representasjon	354

Kapittel 37 Lovfestet representasjonsevne – fullmakt	357
37.1 I fullmaktsgiverens navn og innenfor fullmaktens grense . . .	357
37.1.1 I fullmaktsgiverens navn	357
37.1.2 Innenfor fullmaktens grense	358
37.2 Stillingsfullmakt	358
37.2.1 Grunnlag i lov eller sedvane	358
37.2.2 Stillingsfullmakt basert på lov	359
37.2.3 Stillingsfullmakt basert på sedvane	360
37.3 Frasagnsfullmakt	361
37.4 Oppdragsfullmakt	363
37.5 Instruksbrudd	363
37.5.1 Selvstendige fullmakter:	
Er fullmaktsgiveren bundet?	363
37.5.2 Rett og legitimasjon ved selvstendige fullmakter . . .	365
37.5.3 Tilbakekall av selvstendig fullmakt	366
37.5.4 Instruksbrudd ved oppdragsfullmakt	367
 Kapittel 38 Tillitsfullmakt	 369
38.1 Tredjepersons tillit	369
38.2 EY- og Bremanger-dommene	370
38.3 Tredjepersons kunnskap	372
 DEL VII	
AVTALERETTEN – HVA NÅ?	375
 Kapittel 39 Blindsonen – Norge vs. Europa	 377
 Kapittel 40 Avtalelovens styrke – fleksibilitet	 381
 Kapittel 41 Avtaleloven i skyggen – avtaleretten livskraftig	 382
 REGISTER	 385
Forkortelser for lover og konvensjoner m.m.	387
Offentlige dokumenter	395
Tidsskrifter og domssamlinger	398
Litteratur	400
Lover og konvensjoner m.m.	419
Norske lover	419
Norske forskrifter	427
Danmarks, Finlands og Sveriges avtalelover	428
Traktater, rettsakter fra EU/EØS	428

Rettspraksis og annen praksis	431
Høyesterett	431
Rettens Gang	436
Lagmannsrettene	436
Tingrettene	436
Nordiske Domme i Sjøfartsanliggende	436
Dommer av EU-domstolen	436
Generaladvokaten	438
Finansklagenemnda Bank	438
Likestillings- og diskrimineringsnemnda (Diskrimineringsnemnda fra 2018)	438
Danmark og Sverige – Högsta Domstolen og Højesteret	438
Sakregister	439

Del I

EMNET

Avtaler, avtalerett og kontraktsrett

Enhver kan i kraft av sin selvbestemmelsesrett binde seg til å betale penger, levere en vare eller yte en tjeneste. Bindingen innebærer at forpliktelsen en part påtar seg, om nødvendig kan håndheves av rettsapparatet.

Bindingen kan være ubetinget. Den som binder seg stiller da ingen betingelser, for eksempel en gave til en humanitær organisasjon. Bindingen kan alternativt være betinget. Den som binder seg, forplikter seg da på vilkår av at også den andre parten binder seg. En vanlig betingelse er at den andre parten må yte et vederlag. Plikt til å yte en vare eller en tjeneste kan gjøres betinget av at mottakeren yter et vederlag i penger, og omvendt.

Lovverket definerer ikke hva en «avtale» eller synonymet «kontrakt» er. Gjensidige disposisjoner er et kjennetegn ved de fleste avtaler. Det er rettsforhold der begge partene har bundet seg. Bindingen er som oftest betinget av at den andre parten yter et vederlag. For at en enighet mellom to parter skal anses som en avtale i rettslig forstand, må den regulere et «rettsforhold», i motsetning til ikke-rettslige forhold, som «avtaler» om å gå på kino.¹

Hovedproblemstillingene i kontraktsretten er om partene er bundet – og hvis ja, innholdet og virkninger av slik binding.

Avtaleloven gir regler om avtaleinngåelse ved at en tilbyder sender et tilbud til en mottaker, som deretter aksepterer dette. Bakgrunnen for at loven regulerer denne formen for avtaleinngåelse, er at dette var en metode som ble hyppig brukt av næringsdrivende i tiden før avtaleloven ble gitt i 1918. Når avtaler inngås i vår tid, skjer dette ofte på andre måter enn etter avtaleloven. Om partene har bundet seg ved å inngå en avtale, beror da på ulovfestete regler. Kjernen i spørsmålet om begge partene er bundet, er om de er enige om sine rettigheter og plikter.

Foruten kravet om enighet for å inngå en avtale, må tre forutsetninger innfris dersom en part skal bli bundet. For det første må parten ha evne til å binde seg. Enhver fysisk person har som regel dette, med unntak av personer under 18 år og enkelte andre som kontraktsrettslig er inhabile. Rettsordenen anerkjenner dess-

1 Se om avtalebegrepet i *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) II.–1:101 (1): «A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship.» Teksten peker på viktige kjennetegn – (i) avtaler hviler på enighet («agreement») mellom partene, (ii) avtaler er bindende («binding»), og (iii) avtaler regulerer rettslige forhold («legal relationship»). DCFR var et prosjekt støttet av EU hvor akademikere i mange land søkte å formulere felleseuropeiske kontraktsrettslige prinsipper (kap. 4.3.6). Se også *Lilleholt: Allmenn formuerett* s. 125 og *Woxholth: Avtalerett* s. 136–140 om avtalebegrepet.

uten at visse organisasjoner og institusjoner har slik evne, særlig staten, kommunene, selskaper, foreninger og stiftelser. Dette er juridiske personer. For det andre må avtalen ha blitt til på en måte som rettsordenen anerkjenner. Hvis en part har tvunget eller bedratt den andre, er sistnevnte ikke bundet. For det tredje må avtalen ha et innhold som rettsordenen anerkjenner. Visse avtaler strider mot samfunnsinteresser, eller virker så urimelig for en part, at de av den grunn må endres eller tilsidesettes. Er en part kontraktsrettslig inhabil, eller er en avtale inngått på en måte eller med et innhold som rettsordenen ikke anerkjenner, er avtalen ofte ugyldig. Partene er i så fall ubundet. Disse spørsmålene er dels regulert i ulovfestet rett, og er dels lovfestet i blant annet avtl. §§ 28 flg.

Fysiske personer, særlig næringsdrivende, kan ha representanter som inngår avtaler på deres vegne. Eiere av forretninger har ofte ekspeditører og andre ansatte som inngår avtaler med kundene. Juridiske personer, som selskaper, staten og kommunene, må ha fysiske personer som kan disponere på vegne av organisasjonen eller institusjonen. Hovedspørsmålet er da på hvilke betingelser representanten kan binde den fysiske eller juridiske personen som representeres.

Spørsmålet om parten(e) er bundet, har sammenheng med hvilken betydning ordene og uttrykkene som er brukt i avtalen har. Hvis den som skal leie et bygg etter avtalen skal utføre «alt ut- og innvendig vedlikehold», gir ikke teksten et klart svar på om leietakeren må bære kostnadene med å reparere taket på grunn av lekkasjer.² Problemet må løses ved å tolke avtalen. Målet ved tolkingen er å fastlegge avtalepartenes rettigheter og forpliktelser, og dermed klargjøre hva partene har bundet seg til.

Avtaleloven § 36 retter seg mot avtaler som det «ville virke urimelig ... å gjøre ... gjeldende». Vurderingstemaet «urimelig» er vidt, og viser at avtl. § 36 er en generalklausul. Generalklausuler gir større rom for skjønn enn rettsregler med presise kriterier. Urimelighet etter avtl. § 36 kan medføre at avtalen «helt eller delvis settes til side eller endres». Bestemmelsen har derfor også en side mot spørsmålet om partene er bundet. Settes en avtale helt til side på grunn av urimelighet, er partene ubundet. Bestemmelsen har dernest en side mot fastleggingen av partenes rettigheter og plikter. Hvis avtalen ikke settes til side på grunn av urimeligheten, men endres, vil partenes rettsstilling bli tilsvarende endret, for eksempel ved at prisen blir redusert. Avtaleloven § 36 gir dermed domstolene mer varierte sanksjonsmuligheter enn ved ugyldighet, der partene normalt er henvist til enten å slå en strek over avtalen (ugyldighet), eller å opprettholde den (gyldighet). Det har skapt et behov for en annen betegnelse på følgene av urimelighet etter avtl. § 36 enn ugyldighet. En slik betegnelse er «lemping».³

Hvis parten(e) er bundet, oppstår kontraktsrettens andre hovedproblem. Dette er hvilket innhold og hvilke virkninger avtalen har. Både lovgivning og ulovfestet rett vil på dette punktet ofte supplere avtalen. Håndverkertjenesteloven § 5

2 Eksempelet er fra Rt. 1989 s. 122 Rørmateriell.

3 Forarbeidene karakteriserte avtl. § 36 som en lempingsregel, NOU 1979: 32 og Ot.prp. 5 (1982–83). Se også Hauge: *Ugyldighet* s. 279 flg. og Wilhelmsson: *Standardavtal* s. 109 flg. om terminologien.

krever for eksempel at arbeidet skal utføres «fagmessig». Lov- og ulovfestete regler vil ofte også supplere avtalen hvis det blir spørsmål om hvilke rettigheter en avtalepart kan gjøre gjeldende om den andre parten ikke oppfyller i samsvar med sine forpliktelser (kontraktsbrudd), blant annet hvis en selger leverer salgsgjenstanden forsinket.

Basert på avtalers typiske innhold, kan de deles inn i avtaletyper. En avtale om kjøp innebærer at selgeren skal overføre eiendomsretten til en ting mot betaling fra kjøperen. En avtale om husleie medfører at en utleier skal stille en bolig eller forretningslokaler til rådighet for leietakeren, mot betaling. En transportavtale innebærer at transportøren skal sørge for at en vare eller en passasjer transporteres fra A til B, mot betaling fra vareeieren eller passasjereren. Ved et advokatoppdrag skal advokaten utføre en tjeneste mot betaling fra klienten. Arbeidsavtaler går ut på at en arbeidstaker stiller sin arbeidskraft til rådighet for arbeidsgiveren, mot lønn fra sistnevnte.

Reglene om avtaleinngåelse (binding), avtaletolking, ugyldighet og lemping er generelle regler, i den forstand at de normalt er uavhengig av avtalens innhold og parter. Både avtalelovens regler om ugyldighet på grunn av tvang mv. (avtl. §§ 28 flg.) og de ulovfestete reglene om avtaletolking gjelder enten man skal leie en leilighet eller kjøpe en oljeplattform, og enten partene er privatpersoner eller selskaper med milliardomsetning.

Reglene om avtalers innhold og virkninger, som partenes rettigheter og plikter ved kontraktsbrudd, er på den andre siden gitt i lov- eller ulovfestet rett om de enkelte avtaletypene. Kjøperens og selgerens rettsstilling er regulert i kjøpsloven, eller i forbrukerkjøpsloven hvis selgeren er næringsdrivende og kjøperen er forbruker. Utleierens og leietakerens rettigheter og forpliktelser er regulert i husleieloven, avtaler om sjøtransport er regulert i sjøloven, arbeidsavtaler i arbeidsmiljøloven, avtaler om foreldreansvar og samværsrett i barneloven etc. Advokatoppdrag er en av mange ulovfestete avtaletyper. I kontraktslovgivningen har kjøpsloven en særlig posisjon fordi den på flere punkter gir uttrykk for alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, som ofte har overføringsverdi til ulovfestete avtaletyper.

Betegnelsene «avtalerett» og «kontraktsrett» er ikke entydige. «Avtalerett» (eller «avtaleinngåelsesrett») peker på den delen av kontraktsretten som dreier seg om avtalers inngåelse, tolking, ugyldighet, lemping og representasjon. Betegnelsen «kontraktsrett» dekker i tillegg også regelverket om avtalers innhold og virkninger.

Grunnprinsipper

2.1 Avtalefrihet: Frihet fra regulering – frihet gjennom regulering

Avtalefriheten er en følge av selvbestemmelsesretten. Den er ikke lovfestet, men er forutsatt i en av de få gjenværende lover fra dansketiden før 1814, Kong Christian Den Femtis Norske Lov fra 1687 – NL 5-1-2.⁴ Avtalefriheten har tre sider. Enhver kan avgjøre (i) om hun eller han vil inngå avtale, og hvis ja, (ii) hvem hun eller han vil inngå avtale med, og (iii) hva avtalens innhold skal være. Privatpersoner kan med grunnlag i avtalefriheten inngå avtaler for å skaffe seg bolig, arbeid, mat, klær og andre varer og tjenester. Bedrifter kan i lys av avtalefriheten kjøpe eller leie lokaler, ansette medarbeidere, anskaffe maskiner og annet utstyr, og selge varer og tjenester.⁵

Legalitetsprinsippet krever at offentlige organer må ha hjemmel i lov for å pålegge borgerne plikter. Bruker private sin selvbestemmelsesrett til å binde seg ved avtale, er vi utenfor legalitetsprinsippet. Det gjelder også avtaler med det offentlige, blant annet når private selger varer som det offentlige bruker i sin virksomhet. Lovhjemmel er derfor som regel ikke nødvendig for å påta seg plikter ved avtale.

Staten, kommunene og andre offentlige organer trenger normalt heller ikke lovhjemmel for å inngå avtaler. En kommune som skal etablere en skole, må inngå avtale med en entreprenør som skal utføre byggearbeidene og med leverandører av møbler og annet utstyr, og må inngå arbeidsavtaler med lærere og andre ansatte. Disse avtalene inngås i lys av avtalefriheten, og faller utenfor legalitetsprinsippet.

4 NL 5-1-2: «*Alle Contracter som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige ... være sig Kiøb, Sal, ... som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere*» (min kursivering).

5 I art. 1.1 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016) heter det at «The parties are free to enter into a contract and to determine its content». I kommentarene er dette begrunnet slik: «The principle of freedom of contract is of paramount importance in the context of international trade. The right of business people to decide freely to whom they will offer their goods or services and by whom they wish to be supplied, as well as the possibility for them freely to agree on the terms of individual transactions, are the cornerstones of an open, market-oriented and competitive international economic order.» UNIDROIT er en organisasjon i Roma, som har engasjert akademikere fra mange land til å formulere retningslinjer for kontraktsforhold når næringsdrivende i ulike land inngår avtaler med hverandre (kap. 4.3.3 og 4.5.5).

Enhver kan som nevnt velge om hun eller han ønsker å inngå avtale. Partenes vilje til å binde seg er grunnleggende – «ingen vilje, ingen kontrakt».⁶ Når to parter forhandler ut fra sin frie vilje og med så å si samme erfaring fra forretningslivet, kan partenes jevnbyrdighet i ressurser og forhandlingsstyrke bidra til at avtalen blir balansert. Frihet fra regulering – ved at lovverket setter få begrensninger for avtalers innhold – gir partene mulighet til å skreddersy avtaler på en måte som ivaretar begge interesser.

Partene er i mange tilfeller ikke jevnbyrdige. Den ene parten kan ha erfaring fra forretningslivet, mens den andre kan være uerfaren med større transaksjoner. Et annet eksempel er at den ene parten tilbyr et gode som den andre har et sterkt behov for, som bolig i et pressområde. I slike situasjoner er det større risiko for misbruk av avtalefriheten enn der partene er jevnbyrdige i ressurser og forhandlingsstyrke.

Det er særlig to måter avtalefriheten typisk blir misbrukt på. For det første kan en part unnlate å gi relevant informasjon: En bank som tilbyr investeringstjenester gir for eksempel uriktig eller mangelfull informasjon om sannsynligheten for avkastning. Kunden ønsket å investere, men ville ikke ha investert i henhold til bankens anbefaling hvis hun eller han hadde vært korrekt informert om risikoen for tap. For det andre kan parten som tilbyr godet tenkes å kreve en pris eller andre avtalevilkår som stiller vedkommende i en særlig gunstig stilling. Selv om partene formelt inngår avtalen ut fra sin frie vilje, kan det reelt være slik at parten som etterspør godet har et så sterkt behov for det at hun eller han strekker seg lenger med hensyn til pris og andre avtalevilkår enn man ellers ville gjort.

Disse risikofaktorene er forsøkt avhjulpet i lovverket. Lovgiveren krever at partene skal opptre redelig ved inngåelsen av avtaler, særlig ved å gi relevant informasjon (avtl. § 33). Lovgiveren har også begrenset mulighetene til å betinge seg uforholdsmessige fordeler. Det mest generelle uttrykket for dette er avtl. § 36, som fastsetter at avtaler med et urimelig innhold kan kreves endret eller tilsidesatt.

For næringsdrivende som tilbyr varer eller tjenester, kan lovgivning som begrenser partenes frihet til å fastsette avtalers innhold anses som et inngrep i avtalefriheten. Ser man den samme lovgivningen med øynene til ressursvake parter, vil dette lovverket bidra til å begrense ressurssterke parters muligheter for å misbruke avtalefriheten. Lovgivning som for noen oppfattes som et inngrep i avtalefriheten, kan dermed for andre bidra til frihet gjennom regulering, ved å sikre balanse i avtaleforhold.⁷

Utviklingen som kan knyttes til stikkordet «frihet gjennom regulering», går langt tilbake i tid. Ser vi på det siste hundreåret, fikk avbetalingskjøpere et særlig vern i 1916. Forsikringsavtaleloven av 1930 (ny lov 1989) og husleieloven av

6 Om sitatet, se *Platou: Forelesninger 1895–1897* s. 248.

7 Begrepsparet «frihet fra regulering» og «frihet gjennom regulering» er fra *Schovsbo: Immaterialrettsaftaler* s. 14: «Frihed gennem regulering og ikke fra regulering er det karakteristiske for nutidens aftalefrihed.» Sitatet peker på at ressursvake parters frihet øker på grunn av reguleringene.

1939 (ny lov 1999) ivaretok i større grad enn før interessene til forsikringstakere og husleietakere. Et vern for forbrukere er senere gitt i et omfattende lovverk, blant annet avtaler om kjøp (nå forbrukerkjøpsloven av 2002). Dette er ufravikelig – preceptorisk – lovgivning, som betyr at partene ikke kan avtale vilkår som stiller forbrukeren i en mindre gunstig stilling enn lovens regel. Motsetningen er fravikelig – deklarasjonslovgivning, som partene kan fravike ved avtale.

2.2 Forutberegnelighet vs. fleksibilitet

Kong Christian Den Femtis Norske Lov fra 1687 (NL) er nå den eldste i det norske lovverket, og sier i 5-1-2 at «Contracter ... skulle holdis». Denne bestemmelsen gir uttrykk for det som ved siden av avtalefriheten er fundamentet i kontraktsretten – avtaler skal holdes.⁸ En avtale er bindende. Partene skal, med få unntak, oppfylle avtaler slik de er inngått. En effektiv håndhevelse av regelen om at avtaler skal holdes, bidrar til at partene kan forutsi – forutberegne – sin rettsstilling, og gjør avtaler til et effektivt instrument for å utveksle varer og tjenester.

At en avtale skal holdes som den er inngått, gjelder selv om oppfyllelse blir mer krevende enn parten antok da avtalen ble inngått, og selv om en av partene ikke lenger har interesse i eller ønske om å gjennomføre avtalen. Eskedommen i Rt. 1933 s. 207 er illustrerende. En kjøper som drev en sølvvarefabrikk hadde bestilt 90 000 esker, som skulle leveres over tid. Etter å ha mottatt 18 000 esker, sa fabrikkens at det ikke var behov for de øvrige 72 000. Fabrikkens ville trekke seg fra kjøpet for disse 72 000 eskene, men vant ikke frem, og ble dømt til å betale den resterende delen av kjøpesummen mot å overta disse eskene.

Hvis en avtalepart ikke oppfylder, eller oppfylder for sent eller mangelfullt, kan den andre parten komme til å lide et tap. Spørsmålet om parten som har lidt tap kan kreve at misligholderen, den som ikke har etterlevd sine plikter, erstatter tapet, kan på visse vilkår besvares bekreftende. Det er lovfestet for enkelte avtaletyper, men er ellers et ulovfestet prinsipp. En grunnpilar i kontraktsretten blir dermed at enten oppfylles avtalen slik den er inngått, eller så må misligholderen erstatte den annens tap. Erstatning ved kontraktsbrudd skal normalt sette den krenkede parten i samme økonomiske stilling som hun eller han ville ha vært i dersom den annen hadde oppfylt kontraktsmessig.

En part som vil få håndhevet en bindende avtale, og som mener at den andre parten ikke har etterlevd sine plikter, må normalt reise søksmål og få fastslått sine rettigheter ved dom. Hvis forpliktelsene som fremgår av dommen ikke oppfylles frivillig, kan parten normalt kreve at samfunnet bruker tvangsmidler. Hvis en avtalepart skal betale penger, er tvangsmiddelet som regel at eiendeler blir tvangssolgt, og at kjøpesummen brukes til å dekke kravet. Ettersom statens tvangsmakt normalt står til rådighet for en avtalepart som vil håndheve en avtale,

⁸ Se videre Lando, Holle, Håstad, Konow, Møgelvang-Hansen, Nystén-Haarala, Ólafsdóttir, Zackariasson (Editors): *Restatement of Nordic Contract Law* s. 69–70.



JOHAN GIERTSEN er professor ved Universitetet i Bergen. I tillegg til fire utgaver av *Avtaler*, har han utgitt *Kontrakter* (2019), *Gransking* (2008), *Fusjon og fisjon* (1999), *Selskapsfinansierte aksjeerverv* (1996), *Pliktmessig avhold* (1996) og *Generasjonsskifte* (1995).

AVTALER 4. UTGAVE behandler avtaleinngåelse, tolking, ugyldighet, lemping og representasjon. Forbrukeravtaledirektivet og digital avtaleinngåelse har fått bred plass.

OMSLAG: STIAN HOLE

ISBN: 978-82-15-03678-6



9 788215 036786

UNIVERSITETSFORLAGET.NO