

KONTRAKTER

Johan Giertsen

KONTRAKTER

– *ytelse og pris*

Universitetsforlaget

© Universitetsforlaget 2019

2. opplag 2021

ISBN 978-82-15-02396-0

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: 100 g Amber Graphic

*Til jus-studentene
ved Universitetet i Bergen
1986–2019*

Forord

Kontrakter dreier seg om kjennetegn ved sentrale avtale typer, samspillet mellom avtaler og bakgrunnsretten, den europeiske kontraktsretten som binder Norge iht. EØS, og fastlegging av realytelsen og prisen. Et mål er å supplere fremstillingen senere, særlig med en behandling av kontraktsbrudd.

Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen og gode kolleger bidrar til et inspirerende arbeidsmiljø.

Vitenskapelig assistent Kristine Skorpen har lest manuskriptet i utkast og har gitt verdifulle merknader som ledet til justeringer i teksten. Hun har også lest korrektur. Min kone Tone Lønning har samordnet en omfattende korrektur fra forlaget, vit.ass. Skorpen og undertegnede. Tusen takk til begge to.

Universitetsforlaget – ved forlagsredaktør Sturla Torkildsen og manuskoordinator Gunhild Eide – yter en førsteklasses service.

Boken er tilegnet alle som har studert jus ved Universitetet i Bergen i perioden jeg har vært ansatt ved fakultetet, fra 1986. Studentenes spørsmål, kritiske merknader og humor er en evig kilde til arbeidsglede.

Dragefjellet, Bergen, 21. juni 2019

Johan Giertsen

I andre opplag av *Kontrakter* er noen forkortelser endret. Opplysning om at sanksjonsdirektivet ble vedtatt i november 2019 er inntatt på side 153. I note 489 er inntatt opplysning om at lovvedtaket 7. juni 2019 nr. 20 om «tryggere bolighandel» ikke var trådt i kraft da sluttstrek ble satt for å innarbeide rettelser i andre opplag. Ny revisorlov ble gitt ved lov 20. november 2020 nr. 128. Loven vil, med unntak av én av bestemmelsene, tre i kraft 1. januar 2021. Revisorloven av 2020 vil avløse loven av 1999. Forslag til ny finansavtalelov ble fremmet i Prop. 92 LS (2019–2020). Stortingets behandling av proposisjonen er i skrivende stund ikke avsluttet. Det har i andre opplag ikke vært mulig å ta hensyn til den nye revisorloven eller forslaget til ny finansavtalelov.

Ulriksdal, Bergen, 24. november 2020

Johan Giertsen

Innholdsoversikt

DEL I INTRODUKSJON	1
DEL II AVTALETYPER	11
DEL III SAMSPILLET MELLOM AVTALER OG BAKGRUNNSRETTEEN	93
DEL IV EUROPEISK SOSIAL KONTRAKTSRETT	123
DEL V REALYTELSEN – TOLKING OG UTFYLLING AV AVTALEN	155
DEL VI REALYTELSEN – YTERENS (UNNLATTE) INFORMASJON	199
DEL VII VEDERLAGET – PRISEN	251
REGISTER	321

Innhold

Forord	VII
DEL I INTRODUKSJON	1
Kapittel 1 Kontraktsrett: binding – yteplikt – kontraktsbrudd	3
Kapittel 2 Grunnprinsipper i kontraktsretten	6
2.1 Gjensidighet	6
2.2 Forutberegnelighet vs. fleksibilitet	7
2.3 Lojalitet	9
DEL II AVTALETYPER	11
Kapittel 3 Tolking vs. utfylling	13
Kapittel 4 Kjøp – allment	16
4.1 Hva kjennetegner et kjøp?	16
4.2 Gjenstanden for selgerens ytelse	17
4.3 Rettighetsposisjonen som overføres	19
4.4 Vederlaget – prisen	20
Kapittel 5 Kjøp – forbrukerkjøpsloven	22
5.1 Forbrukerkjøpsdirektivet og forbrukerkjøpsloven	22
5.2 Opptrer selgeren i «næringsvirksomhet»?	23
5.3 Hvilke salgsgjenstander omfattes?	24
5.4 Opptrer selgerens «representant» i næring?	25
5.5 Er kjøperen «forbruker»?	26
5.6 Forbrukerkjøpsdirektivet av 2019	27
Kapittel 6 Kommersielle kjøp vs. forbrukerkjøp	29
Kapittel 7 Internasjonale kommersielle kjøp	34
7.1 Rettsusikkerheten større enn i nasjonale kjøp	34

7.2	Avtalefrihet	36
7.2.1	Voldgift – UNCITRALs modellov, voldgiftsloven	36
7.2.2	Vernetng – Luganokonvensjonen, tvisteloven	37
7.2.3	Lovvalg – Haagkonvensjonen, kjøpslovvalgsloven, Rom I-forordningen	40
7.2.4	Anerkjennelse og fullbyrdelse – Lugano- og New York-konvensjonene	43
7.3	Lovvalgets virkninger	45
7.3.1	Bakgrunnsretten – norsk eller et fremmed lands kontraktsrett?.	45
7.3.2	Avtalefrihet – nasjonalt vs. internasjonalt.	46
7.3.3	Ufravikelighet – nasjonalt vs. internasjonalt.	47
7.3.4	Resultatkorreksjon – ordre public – Eco Swiss-dommen.	50
7.4	FNs internasjonale kjøpslovkonvensjon – CISG.	53
7.5	CISG er norsk lov – autonom tolking	54
7.6	CISG er norsk lov – har lovvalget betydning nå?	55
7.7	Før hvilke avtaler er CISG bakgrunnsrett?	57
Kapittel 8 Internasjonale forbrukerkjøp		60
8.1	Grenseoverskridende forbrukervern – netthandel	60
8.1.1	Avtalefrihet vs. preseptivitet	60
8.1.2	Voldgift – strenge krav	60
8.1.3	Vernetng – søksmål i forbrukerens land?.	61
8.1.4	Lovvalget – selgerens eller forbrukerens land?.	63
8.1.5	Avtalt lovvalg – internasjonal preseptivitet.	64
8.1.6	Avtalt lovvalg – avtalesensur, Amazon-dommen	65
8.2	CISG gjelder ikke	66
Kapittel 9 Eiendomskjøp		68
Kapittel 10 Håndverkertjenester		70
Kapittel 11 Bygge- og anleggskontrakter – entreprise		73
Kapittel 12 Tilvirking		77
12.1	Kjøp – fremstilling og levering	77
12.2	Kjøp eller tjeneste: Hvem skaffer materialene?	78
12.3	Tilvirking og entreprise – felles trekk	80
Kapittel 13 Digitale ytelser		82
13.1	Kjøp eller tjeneste – nedlasting og strømming	82
13.2	Digitalkjøpsdirektivet – digitalt forbrukervern	84

Kapittel 14	Agentur og megling	85
14.1	Bringer selgere og kjøpere sammen	85
14.2	Agenturdirektivet og agenturloven – internasjonal preseptivitet	86
14.3	Meglere nøytrale – agenter partsrepresentanter	88
Kapittel 15	Sammensatte avtaler	90
DEL III SAMSPILLET MELLOM AVTALER OG BAKGRUNNSRETTE		93
Kapittel 16	Ufravikelig bakgrunnsrett	95
16.1	(Lov)tolking med sikte på (u)fravikelighet	95
16.2	Hvorfor ufravikelighet?	97
16.2.1	Partsinteresser	97
16.2.2	Tredjepersoninteresser	99
16.2.3	Samfunnsinteresser	101
16.3	Motstrid mellom avtalen og loven?	102
16.3.1	Tolke avtalen – tolke loven – harmoniserende tolking?	102
16.3.2	Ikke avtale «vilkår» som er «ugunstigere» enn loven.	103
16.4	Virkningen av motstrid	105
16.5	Kan parten gi avkall på vernet?	107
Kapittel 17	Fravikelig bakgrunnsrett	109
17.1	Utfylling	109
17.2	Samspillet mellom avtalen og bakgrunnsretten.	110
17.3	Avtaletolking – i lys av bakgrunnsretten	112
17.4	Sensur – i lys av bakgrunnsretten	114
Kapittel 18	Kjøpslovene	116
18.1	Kjøpsloven av 1907 – fleksibilitet.	116
18.2	Kjøpsloven av 1988 – CISG gjennomføres.	118
18.2.1	Transformasjon	118
18.2.2	CISGs betydning – selgeransvaret ved kontraktsbrudd	119
18.2.3	Inkorporasjon – endret rettskildebilde	120
18.3	Kjøpslovens kjølvann	121

DEL IV EUROPEISK SOSIAL KONTRAKTSRETT	123
Kapittel 19 Forbrukervernet «i centrum for den europæiske integrationsproces»	125
Kapittel 20 EU-konform tolking	127
Kapittel 21 EU styrer reformarbeidet	129
Kapittel 22 Europeisk forbrukerrett	132
22.1 Rettspolitisk grunnlag – asymmetri	132
22.2 Partsinteresser og allmenne interesser	133
22.3 Bredere og dypere harmonisering	135
22.4 Markedsintegrasjon og vekst ved forbrukerrettslige virkemidler	137
22.5 Prøvingsintensiteten	138
22.6 Prosessuell aktivitetsplikt	139
22.7 Tilblivelsen	142
22.7.1 Lojalitet ved informasjon og veiledning	142
22.7.2 Forhåndsinformasjon	143
22.7.3 Klarhet – gjennomsiktighet	144
22.7.4 Språk	145
22.7.5 Veiledning	146
22.7.6 Vurderingsplikt	147
22.8 Innholdet	148
22.8.1 Neste fase i EU – bredere innholdsharmonisering? ..	148
22.8.2 Kobling forhåndsinformasjon vs. avtalen	149
22.9 Angrerett – begrenser risikoen ved nettkjøp	150
22.10 Sanksjonene – strengere i nytt sanksjonsdirektiv	151
DEL V REALYTELSEN – TOLKING OG UTFYLLING AV AVTALEN	155
Kapittel 23 Hva skal ytes – regelstrukturen	157
Kapittel 24 Avtalen	159
24.1 Avtaletolking «i vidaste forstand»	159
24.1.1 Avtalefrihet om ytelsen – også hvis avtaletypen er ufravikelig regulert	159
24.1.2 Avhendingslova: «følger av avtala»	160
24.1.3 CISG: «required by the contract»	162
24.2 Høyesterett – allsidig og konkret	165

24.2.1 Sandvika Bil – avtaletekst og opplysningssvikt	165
24.2.2 Stormbull – brevveksling før avtaleinngåelsen	166
24.2.3 Hjullaster – annonse vs. kjøpekontrakt	166
24.2.4 Flerleddete prosesser – hva er avtalt?	167
24.2.5 Bodum – «grunnleggende forutsetninger»	167
24.2.6 Integrasjonsklausuler – bare avtalens tekst?	168
24.3 Resultat- vs. innsatsforpliktelser	170
24.4 Valgfrihet – genus- vs. specieytelser	172
24.5 Avtalen vs. utfyllende regler	173
Kapittel 25 Utfylling	175
25.1 Varsom med antiteser	175
25.2 Vanlig formål	176
25.3 Spesielt formål	177
25.4 Berettiget forventning	179
25.5 Holdbarhet	180
25.6 Rettsmangler	181
25.7 Offentligrettslige krav	183
25.7.1 Utførelse vs. resultat – parts- og tredjepersoninteresser	183
25.7.2 Kontraktsbrudd ved overtredelse?	183
25.7.3 Endringer i offentligrettslige krav	185
25.7.4 Kontraktsretten kan stille strengere krav enn den offentlige rett	186
25.8 Fagnormer	188
25.8.1 Ufravikelighet – tredjepersoninteresser	188
25.8.2 «God skikk» – utbredelse og kvalitet	190
Kapittel 26 Samarbeid og medvirkning	193
26.1 Samarbeid	193
26.2 Bestillerens medvirkning	195
26.2.1 Funksjonsdelingen	195
26.2.2 Ulik medvirkning: utførelses- vs. totalentreprise	197
 DEL VI REALYTELSEN – YTERENS (UNNLATTE) INFORMASJON	 199
Kapittel 27 (Unnlatt) informasjon skaper forventninger	201
Kapittel 28 Informasjon som lojalitetsplikt	203
28.1 Lovgiveren	203

28.2	Høyesterett	204
28.3	Europeisk rett	205
28.4	Reglene: fragmentert – indirekte – overlappende	206
28.5	(II)lojalitet som reelt hensyn	207
Kapittel 29 Direktivet om forbrukerrettigheter		
– avtale- og angrerettlovene		208
29.1	Informere om «viktigste egenskaper»	208
29.2	Prosessuell aktivitetsplikt	210
Kapittel 30 Mangelfull informasjon – forventningsavvik		212
30.1	Regelstrukturen	212
30.2	«Opplysning»	213
30.3	Mottakerens begrunnede forventning	216
30.4	Innvirkning	217
30.5	Subjektivt – «kjente eller måtte [burde] kjenne til»	218
Kapittel 31 Uriktig informasjon – beskrivelsesavvik		220
31.1	Regelstrukturen – objektiv opplysningsrisiko	220
31.2	Subjektive vs. objektive regler om opplysningssvikt	222
31.3	«ikke svarer til opplysninger»	222
31.4	Markedsføringsansvaret	224
31.5	Kvalifisert feil – utendørs arealsvikt	225
31.6	Innendørs arealsvikt	226
31.7	Rettelse	227
Kapittel 32 Hvem hefter parten for?		229
32.1	Prevensjon – risiko – forventning – forbrukervern	229
32.2	Identifikasjon	230
32.3	Heftelse for tidligere omsetningsledd?	231
Kapittel 33 Ulovfestet opplysningsplikt og avtaleloven § 36		234
Kapittel 34 Kontraktsbrudd – avtalen eller opplysningssvikt?		236
Kapittel 35 Kunnskap om mangelen		238
Kapittel 36 Forundersøkelse		241
36.1	Ingen undersøkelsesrett eller -plikt	241
36.2	«burde [mangelen] ha vært oppdaget»?	243
36.3	Oppfordring ikke etterkommet	244
36.4	Opplysnings- vs. undersøkelsesplikt	245
36.5	Avtalt undersøkelse	246
36.5.1	På ulike stadier: Før eller etter avtaleinngåelsen.	246

36.5.2 Foretakskjøp – «due diligence»	247
36.5.3 Tilvirking og reparasjon – bestillerens tilsyn	248
36.5.4 Entreprise – byggherrens kontroll.	248
DEL VII VEDERLAGET – PRISEN.	251
Kapittel 37 Avtalefrihet	253
37.1 Prismodellen som fordeling av risiko	253
37.2 Opplysningsplikt – direktivet om forbrukerrettigheter	254
37.3 Bakgrunnsrettens funksjon mht. prisen	256
Kapittel 38 Gjensidighet	258
38.1 Vederlagsforutsetningen er relevant	258
38.2 Vederlagskravet	258
38.3 Illustrasjon – brevandring og boretjenester	259
Kapittel 39 Fast pris.	261
Kapittel 40 Enhetspriser	263
40.1 Enhetene multiplisert med en sats	263
40.2 Forsvarlig fremdrift – god skikk	264
40.3 Fleksibilitet vs. forutsigbarhet	265
40.4 Kvantitet – tidspunktet for prisberegningen	265
Kapittel 41 Regningsarbeid.	267
41.1 Kostnadene – forutsigbarhet vs. fleksibilitet	267
41.2 Regningsarbeid som bakgrunnsrett – entreprise	268
41.3 «Nødvendige» kostnader – god skikk	269
41.4 «kostnader» og «påslag»	270
41.5 «rimeleg» eller «sedvanlig» påslag	271
41.6 Rapporteringsplikt?	271
Kapittel 42 Selgerens krav – kjøpsloven av 1907	273
Kapittel 43 Markedets nivå.	275
43.1 «gjengs» pris – kjøp, husleie	275
43.2 Ingen «gjengs» pris – «rimelig» pris	278
43.3 Likheter mellom regningsarbeid og gjengs / rimelig pris	279
Kapittel 44 Almennelig regel: gjengs eller rimelig pris	280

Kapittel 45 Prisoverslag	283
45.1 Overslag binder (normalt) ikke	283
45.2 Overslag binder – håndverkertjenester og forbrukerentreprise	283
45.2.1 Rammen: overslaget pluss 15 prosent.	283
45.2.2 Grensene mot ubundethet og fast pris – Reitan-dommen	284
45.2.3 Tvil: Håndverkeren eller entreprenøren må «godtgjøre»	286
45.2.4 Overføringsverdi til andre avtaletyper?	288
45.3 Overslag og lojalitet – varsling	288
Kapittel 46 Pristillegg	291
46.1 Avtale – bransjepraksis som bakgrunnsrett?	291
46.2 Forundersøkelser	292
46.3 «Gebyrer»	293
46.4 Offentlige avgifter	294
46.5 Kostnadsstigning – indeksregulering	295
Kapittel 47 Omsetningsbasert vederlag – provisjon	297
47.1 Avtalefrihet	297
47.2 Inngåelsesrisikoen – resultatforpliktelse	298
47.3 Avtaler i oppdragstiden	299
47.3.1 Medvirkningskrav?	299
47.3.2 Oppfylleelsesrisiko?	302
47.4 Avtaler etter oppdragstiden – etterprovisjon	304
47.4.1 Tid fra innsats til resultat – oppsigelsesrett – risikofordeling	304
47.4.2 Eiendomsmegling	305
47.4.3 Handelsagentur	307
47.5 Avgangsvederlag	308
47.5.1 Tidsforskyvning mellom agentens innsats og agenturgiverens inntjening	308
47.5.2 Opphør – fortsatt inntjening – rimelighet – preseptivitet	310
(i) Agenturloven § 28 (agenturdirektivet art. 17 nr. 2)	310
(ii) Agenturavtalen «opphører»	310
(iii) (Lang)varig omsetningsmulighet.	311
(iv) Rimelighet	313
(v) Utmålingen – «skal ikke overstige et beløp som tilsvarer ett års vederlag»	315
(vi) Ufravikelighet	316
47.6 Overføringsverdi til ulovfestede avtaletyper?	317

REGISTER	321
Forkortelser for lover, forskrifter, traktater m.m.	323
Norske lover	323
Forskrifter	327
EU/EØS og andre internasjonale instrumenter	328
Standardavtaler	331
Offentlige dokumenter	332
Tidsskrifter, domssamlinger m.m.	337
Litteratur	338
Lover og konvensjoner m.m.	353
Rettspraksis og annen praksis	365
Sakregister.	370

Del I

INTRODUKSJON

Kontraktsrett: binding – yteplikt – kontraktsbrudd

Kontraktsretten dreier seg i korthet (i) om en part er avtalerettslig bundet, (ii) hvis ja, hva er innholdet i forpliktelsen, og (iii) partenes rettsstilling hvis det foreligger et kontraktsbrudd – at avtalen ikke oppfylles som forutsatt.

Kontraktsrettens første hovedspørsmål – om en part er bundet ved avtale – beror i hovedsak på ulovfestede regler, utviklet i rettspraksis og teori. Kjernen i spørsmålet om partene er bundet, er om de er enige om å inngå avtalen. 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 denne fremgangsmåten ble hyppig brukt av næringsdrivende i tiden før avtaleloven ble vedtatt i 1918. Når avtaler inngås i vår tid, skjer det som oftest på andre måter enn etter avtalelovens system. Om partene har bundet seg, beror da på ulovfestet rett.

Foruten enighet må tre forutsetninger innfris. For det første må partene ha kompetanse til å binde seg. Alle fysiske personer har som regel det, unntatt personer under 18 år og noen andre som mangler rettslig handleevne fordi de ikke er i stand til å vareta sine interesser, for eksempel på grunn av rusmiddelmissbruk (vergemålsloven §§ 20 flg.). Rettsordenen anerkjenner dessuten at visse sammenslutninger har slik kompetanse, blant annet 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 grunnleggende samfunnsinteresser, eller virker så urimelige for en part at de av den grunn må endres eller tilsidesettes. Disse spørsmålene er dels regulert i ulovfestet rett, og er dels lovfestet i avtl. §§ 28 flg.¹

Kontraktsrettens andre hovedspørsmål er innholdet i yteplikten som følger av avtalen, for eksempel plikten til en selger, utleier eller en annen som skal yte en vare eller tjeneste, eller til en kjøper, leier eller en annen som skal yte penger. Dette problemet reiser minst tre spørsmål – hva, når, hvor. Hvis avtalen er et kjøp, blir spørsmålene hva selgeren skal levere, hvilken pris kjøperen skal betale, og når og hvor levering og betaling skal skje. Svaret på disse spørsmålene

¹ Disse to avsnittene er i hovedsak hentet fra *Giertsen: Avtaler* s. 3–4.

beror normalt på en tolking av avtalen, fordi partene i kraft av avtalefriheten kan fastlegge sine rettigheter og plikter. Er et spørsmål ikke løst i avtalen, må bakgrunnsretten brukes. Bakgrunnsretten består av lov- eller ulovfestede regler som skal fylle ut avtaler på punkter som partene ikke har regulert. Kjøpslovens regler om tid og sted for levering av salgsgjenstanden danner for eksempel bakgrunnsretten hvis partene i et løsørekjøp ikke har avtalt dette.

Kontraksrettens tredje hovedspørsmål er partenes rettsstilling hvis en av partene ikke har oppfylt sine forpliktelser. Et kontraktsbrudd kan være en forsinkelse. Ved forsinkelse uteblir ytelsen helt – eller parten yter, men senere enn det som er fastsatt i avtalen. Et kontraktsbrudd kan også være en mangel, særlig at ytelsen ikke har den kvalitet som avtalen forutsetter. Et kontraktsbrudd kan aktualisere en rekke rettsvirkninger. En mulig virkning er at parten som ikke har brutt avtalen, fastholder at den må oppfylles etter sitt innhold. Selgerens leveringstid er for eksempel oversittet uten at levering er skjedd, og kjøperen krever salgsgjenstanden utlevert. En annen virkning er at partenes forpliktelser endres i lys av kontraktsbruddet. Misligholderen må for eksempel gi et prisavslag som svarer til mangelens betydning for ytelsens verdi, eller at kontraktsbruddet er så vesentlig at kontrakten heves slik at partene så vidt mulig stilles som om avtalen ikke hadde vært inngått. En tredje gruppe virkninger er at misligholderen må betale erstatning ved å dekke det økonomiske tapet som motparten er påført på grunn av kontraktsbruddet. Spørsmålet om hvilke virkninger som kan bli aktuelle som følge av et kontraktsbrudd, beror i utgangspunktet på en tolking av avtalen mellom partene, eller avtalen utfylt med lov- eller ulovfestet bakgrunnsrett.

Reguleringen av kontraktsbrudd er et område der lovgiveren har grepet tungt inn. Kontraksrettslig lovgivning har de siste tiårene i stor grad begrenset avtalefriheten for næringsdrivende som leverer varer og tjenester til forbrukerne, for eksempel ved forbrukerkjøpsloven av 2002. Dette lovverket er ufravikelig – preseptorisk – i favør av forbrukeren. Loven sperrer da for avtaler som stiller forbrukeren i en ugunstigere stilling enn lovens regler. Lovgiveren har særlig villet hindre avtaler som gir forbrukeren en underlegen rettsstilling ved den næringsdrivendes kontraktsbrudd, for eksempel avtaler om strengere vilkår for prisavslag og heving enn det som følger av bakgrunnsretten. Lovgiveren har sett at skjevhet i partenes ressurs- og forhandlingsstyrke kan gi en ubalanse i disfavør av forbrukerne, og at de næringsdrivendes avtalefrihet derfor må begrenses.

Basert på avtalers typiske innhold, kan de deles inn i forskjellige avtaletyper. I en avtale om kjøp skal en selger overføre eiendomsretten til en ting mot betaling fra kjøperen. En avtale om entrepris betyr at en entreprenør skal utføre et bygge- eller anleggsarbeid mot betaling fra byggherren. En avtale om husleie medfører at en utleier stiller en bolig eller andre lokaler til rådighet for leieren, mot betaling – etc. Reglene om avtaleinngåelse (binding), avtaletolking, ugyldighet og endring eller tilsidesettelse på grunn av urimelighet (avtl. § 36) er generelle, fordi disse reglene normalt er uavhengige av avtalens innhold og parter. Avtalelovens regler om ugyldighet på grunn av tvang og andre mangler ved tilbivelsen

(avtl. §§ 28 flg.) gjelder også uansett avtaletype, og uavhengig av om partene er forbrukere eller næringsdrivende. Bakgrunnsretten om avtalers innhold og virkninger, særlig kontraktsbrudd, er derimot gitt i lov- eller ulovfestet rett om de enkelte avtaletypene. En rekke avtale typer er ikke lovregulerte. Bakgrunnsretten blir da ulovfestet. Byggekontrakter mellom næringsdrivende og teletjenester til både næringsdrivende og forbrukere er to av mange ulovfestede avtale typer.

Fordi bakgrunnsretten ofte er avgjørende for avtaleparters rettsstilling, vil fremstillinger av kontraktsretten i stor grad dreie seg om kildebruk og argumentasjon når innholdet i lov- eller ulovfestet bakgrunnsrett skal fastlegges. Er bakgrunnsretten lovfestet, vil problemet bero på lovtolkning. Dersom bakgrunnsretten er ulovfestet, er rettskildebildet ofte mer sammensatt. Kjøpsloven står i en særstilling i det kontraktsrettslige lovverket, fordi kjøp har en særlig stor betydning i samfunnets økonomiske liv, og fordi mange av lovens regler gir uttrykk for bredere prinsipper som kan ha overføringsverdi til ulovfestede avtale typer.

Denne boken skal dreie seg om visse kontraktsrettslige problemer. Emnene som vil bli tatt opp, er (i) kjennetegn ved kjøp og noen andre sentrale avtale typer, (ii) samspillet mellom avtaler og bakgrunnsretten, (iii) den europeiske utviklingen initiert av EU vil bli presentert som en ramme for norsk rett, og (iv) bokens største del er spørsmål knyttet til innholdet av partenes yteplikter når det gjelder en ting eller en tjeneste (realytelsen) og betalingen (pengeytelsen) fra den annen part. Siktemålet er å supplere fremstillingen senere med andre spørsmål, særlig partenes stilling ved kontraktsbrudd.

Grunnprinsipper i kontraktsretten

2.1 Gjensidighet

Avtaler er gjensidig forpliktende. Begge partene er forpliktet, oftest slik at den ene parten skal yte en ting eller en tjeneste og den andre parten penger. Det gir hver part et krav på vederlag fra den andre. En selger skal yte salgsgjenstanden, og har krav på vederlag fra kjøperen – kjøpesummen. Kjøperens ytelse er å betale, men har samtidig et krav på vederlag fra selgeren – å motta salgsgjenstanden. Begge er i en debitor- og kreditorposisjon. Selgeren er debitor for leveringsplikten og kreditor for betalingskravet, mens det er motsatt for kjøperen.

Gjensidigheten betyr at yteplikt for en part forutsetter at også den andre parten yter. At yteplikt er betinget av vederlag, er en alminnelig og ulovfestet kontraktsrettslig regel – alminnelig fordi den trolig gjelder alle formuerettens avtaletyper. Dette blir ofte betegnet som vederlagsforventningen eller vederlagsforutsetningen – (den underforståtte) forutsetningen om at avtalens forpliktelser er innbyrdes avhengige, ved at egen yteplikt er betinget av at den andre yter. Regelen blir sjelden uttrykt i avtaler, men den er underforstått.

Regelverket om kontraktsbrudd er utformet i lys av avhengigheten mellom partenes ytelser. For det første kan en part normalt holde tilbake egen ytelse hvis den andre ikke oppfyller (kjl. § 51 første ledd: «Dersom kjøperen ikke betaler ... kan selgeren ... holde tilbake [sin] ytelse»). Retten til å holde tilbake egen ytelse er en følge av at egen yteplikt forutsetter at også den andre parten yter. For det andre kan et kontraktsbrudd gi rett til å endre egen yteplikt. Prisavslag er illustrerende: Hvis en vare eller tjeneste lider av en mangel, kan mottakeren ofte få et avslag i betalingsplikten, slik at mangelen balanseres av en lavere pris (kjl. § 38). For det tredje kan et kontraktsbrudd føre til bortfall av egen yteplikt ved heving, som i korthet betyr at partene stilles som om avtalen ikke hadde vært inngått. For at heving skal være aktuelt, må mangelen eller forsinkelsen normalt være så vesentlig at parten har en rimelig grunn til å si seg løs fra avtalen (kjl. § 39). Parten som har brutt kontrakten, vil i slike tilfeller også bli fritatt for sin yteplikt, på bakgrunn av den innbyrdes avhengigheten mellom ytelsene.

Disse virkningene av et kontraktsbrudd er eksempler på sanksjoner som ofte betegnes som gjensidighetsbeføyelser. Parten som ikke har brutt kontrakten, får en rett til å endre eller oppheve egen forpliktelse. Gjensidighetsbeføyelsene, for

eksempel retten til avslag i prisen, bidrar også til å opprettholde balansen mellom rettigheter og forpliktelser som partene forutsatte da avtalen ble inngått.

Gjensidigheten gjelder ikke bare innholdet av forpliktelsene, men har også en side mot tidspunktet for når partene skal utveksle ytelsene. Partene har som hovedregel krav på at egen ytelse og vederlaget fra den andre parten blir utvekslet samtidig. «Ytelse mot ytelse» blir ofte brukt for å betegne samtidighetsprinsippet. Kjøpsloven fastsetter samtidighet ved at selgeren ikke er forpliktet til å levere med mindre kjøperen betaler ved levering, se kjl. § 10 første ledd: «Har ikke selgeren gitt kreditt ... med betalingen, plikter han ikke ... å overgi tingen ... uten at kjøpesummen betales samtidig.» Kjøperen har tilsvarende ikke plikt til å betale med mindre selgeren leverer samtidig, se kjl. § 49 første ledd: «Følger ikke betalingstiden av avtalen, skal kjøperen betale når selgeren krever det, men ikke før tingen blir overlevert kjøperen ...» Fordi hovedregelen er samtidig utveksling av ytelsene, vil kreditt i kontraktsforhold kreve hjemmel i avtalen mellom partene. Kreditt betyr at en part yter først, mot at den andre parten yter senere. Sitatene fra kjl. §§ 10 og 49 viser at andre tidspunkter for betaling enn samtidig som salgsgjenstanden blir levert, må avtales. At kreditt forutsetter avtale, er en alminnelig regel som også gjelder for andre avtaletyper enn kjøp.

Samtidighetsprinsippet vil virke som et gjensidig oppfyllellespress fordi begge partene vet at medkontrahenten ikke vil yte vederlaget med mindre parten selv yter. En annen effekt av samtidigheten er at partene unngår en kredittrisiko hvis ikke parten påtar seg en slik ved avtale. Hvis selgeren skulle være forpliktet til å yte først, ville selgeren bære risikoen for at kjøperen ikke gjør opp for seg. Hvis kjøperen slås konkurs, vil selgeren lide et tap. Tapet vil svare til hele kjøpesummen hvis konkursboet mangler midler, noe som ofte er tilfellet. Dersom kjøperen gir selgeren kreditt ved å betale først, er situasjonen den motsatte. Da er det kjøperen som påtar seg en kredittrisiko hvis selgeren ikke leverer på det avtalte tidspunktet.²

2.2 Forutberegnelighet vs. fleksibilitet

En avtale er bindende for partene, og skal holdes slik den ble inngått. Det gir partene mulighet til å forutberegne sin rettsstilling i lys av rettighetene og pliktene som avtalen fører med seg, som vil føre til at avtaler blir et effektivt instrument i samfunnets økonomiske liv. Skulle en part ikke oppfylle som avtalt, kan den andre parten normalt kreve dom for sitt krav på ytelsen, og som regel bistand fra statens tvangsapparat – namsmyndighetene – hvis yteplikten i henhold til avtalen (og dommen) ikke etterlevs. Statens tvangsmakt vil da effektivisere forutberegneligheten i kontraktsforhold.

Kontraktsrettslige regler som bidrar til et oppfyllellespress, kan også effekti-

2 Denne fremstillingen av gjensidighetsprinsippet er særlig inspirert av *Selvig i Knoph 10. utg.* spesielt s. 324 flg. og *Selvig og Lilleholt: Kjøpsrett til studiebruk* s. 100 flg.

visere forutberegneligheten. Retten til å holde tilbake egen ytelse hvis ikke medkontrahtenten oppfyller i henhold til avtalen (kjl. §§ 10 og 49 for kjøp), har som ett av sine formål å etablere et oppfyllellespress. Erstatning som sanksjon for et kontraktsbrudd bidrar også til et oppfyllellespress fordi unnlatt eller kontraktstridig oppfyllelse kan pådra et erstatningsansvar for medkontrahtentens økonomiske tap som følge av kontraktsbruddet.

Hensynet til forutberegnelighet er ofte et argument når den lov- eller ulovfestete bakgrunnsretten skal fastlegges. Hvis en selger har oversittet leveringstiden, kan kjøperen som regel kreve dom for utlevering av salgsgjenstanden. Kjøperen kan likevel ikke kreve dette hvis «oppfyllelse vil medføre så stor ulempe eller kostnad for selgeren at det står i vesentlig misforhold til kjøperens interesse i at selgeren oppfyller» (kjl. § 23 første ledd andre pkt.). Kjøperens interesse i forutberegnelighet ved at avtalen oppfylles slik den ble inngått, har vekt i denne avveiningen. Hensynet til forutberegnelighet vil også ofte ha vekt ved tolking av avtaler. Høyesteretts praksis om objektiv tolking av avtaler mellom profesjonelle er illustrerende.³ Profesjonelle antas normalt å kunne ivareta sine interesser ved avtaler, fordi de som regel antas å være mer bevisste enn forbrukere på nyansene i teksten når avtaler utformes.

Spørsmålet om hvilken vekt hensynet til forutberegnelighet i kontraktsretten vil ha i konflikt med andre hensyn, kan ikke besvares generelt. Høyesteretts praksis om objektiv tolking av avtaler mellom profesjonelle viser at dette hensynet ofte vil ha større vekt mellom profesjonelle, enn om dette hensynet anføres av en profesjonell overfor en forbruker. Skulle derimot hensynet til forutberegnelighet gå i forbrukernes favør i en tvist med en næringsdrivende, kan det få betydelig vekt.

Forutberegnelighet må ofte avveies mot fleksibilitet. Er det inntrådt en forutsetningssvikt, og en part av den grunn krever en endring etter for eksempel avtl. § 36, vil hensynet til forutberegnelighet gå i retning av å opprettholde avtalen slik den ble inngått. Åpnes det for fleksibilitet, kan det derimot gis rom for å endre partenes plikter. Et rom for endringer kan muliggjøre tilpasninger som bidrar til at partene kan få en plattform for sitt fremtidige samarbeid innenfor avtalens ramme, i større grad enn den stramme forutberegnelighet om å videreføre avtalen uendret. Fleksibilitetshensyn kan slik få større vekt i langvarige avtaler.

Høyesteretts dom i Rt. 1935 s. 122 Falconbridge er illustrerende. Sakens parter var to samarbeidende nikkilverk, Falconbridge i Canada og Raffineringsverket i Norge. Falconbridge solgte nikkell til Raffineringsverket, som videresolgte dette til Russland. Da England opphevet gullinnløsningen, steg nikkellprisene på verdensmarkedet. Raffineringsverket fikk som følge av prisstigningen en langt høyere fortjeneste på avtalen med Falconbridge enn partene forutså da avtalen ble inngått. En slik endring er normalt ikke tilstrekkelig for å endre en avtale etter forutsetningslæren eller nå avtl. § 36, men Høyesterett tolket avtalen slik at

3 Se f.eks. Rt. 2002 s. 1155 Hansa på s. 1159: «At prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer.»

den høyere fortjenesten ved videresalget måtte komme begge partene til gode. Å opprettholde avtalen uendret ville stå i strid med dens formål. Det «vilde borteliminere det som er hele kontraktsforholdets hovedgrunnlag: plikten for Raffineringsverket til i Russlands-forretningene at handle paa begge parters vegne og til felles fordel og interesse». Dette var reelt en endring av avtalen begrunnet med tolking. Selv om Høyesterett ikke viste til et fleksibilitetshensyn, er dommen – som er fra 1935 – illustrerende for at avveiningen mellom forutberegnelighet og fleksibilitet ikke er ny i kontraktsretten.

Både i lovverket og avtalepraksis er det eksempler på et formalisert system for å endre inngåtte avtaler. Etter bustadoppføringslova, som gjelder oppføring av bolig, kan en forbruker «krevje endringer i arbeidet og påleggje entreprenøren å utføre tilleggsarbeid som står i samheng med den ytinga som er avtalt, og som ikkje i omfang eller karakter skil seg vesentleg frå denne ytinga» (buofl. § 9 første ledd). Standard byggekontrakter mellom kommersielle parter gir en viss rett til å endre oppdraget etter at avtalen er inngått.⁴ Adgangen til endring skyldes at det kan gå lang tid fra avtaleinngåelsen til et byggverk eller skip er klart til levering. I denne perioden kan det inntreffe endringer i byggherrens eller rederens behov som kan gjøre det nødvendig å justere utformingen av bygget eller skipet, mot et normalt høyere vederlag.

Både Falconbridge-dommen, bustadoppføringslova og disse standardavtalene viser at forutberegnelighet i sin strenge form – at avtalen skal bestå uendret slik den ble inngått – i noen tilfeller er uhensiktsmessig. En viss adgang til å endre langvarige avtaler kan gjøre avtalen til et mer effektivt instrument for både samfunnet og partene. Avveiningen mellom å fastholde avtaler slik de ble inngått, mot hensynet til fleksibilitet der forholdene har endret seg, er blant kontraktsrettens mest konfliktfylte vurderinger.

2.3 Lojalitet

Egeninteressen er normalt styrende for om en part vil inngå en avtale, hvem som er medkontrahent, og hvilke forpliktelser som partene påtar seg.

På den andre siden vil lov- og ulovfestet rett sette grenser for hvor langt en part kan prioritere egeninteressen på bekostning av den annen part. Innholdet i forventningen om lojalitet har grodd frem i et samvirke mellom særlig lovgiveren og Høyesterett, og kan ikke beskrives entydig, men favner om tilfeller som har til felles at en part i en viss grad forventes å ivareta også medkontrahentens interesser.⁵ Før avtaleinngåelsen forventes partene å gi relevant informasjon,

⁴ Hagstrøm og Bruserud: *Entrepriserett* s. 281 flg.

⁵ Lilleholt i Knoph 15. utg. s. 278, Selvig i Knoph 10. utg. s. 329 flg., Christoffersen i *Ugyldighet* s. 153 flg. og Andersen, Mads Bryde og Lookofsky: *Lærebog i obligationsret* s. 69–71. Nazarian: *Lojalitetsplikt* s. 167 flg. peker som begrunnelse på hensyn til verdibevaring, kostnadsbesparelse, konfliktavverging eller –demping, partenes ulike ressursstyrke, vern av beskyttelsesverdige forventninger og forutberegnelighet.

særlig om mulige svakheter ved egen ytelse. Etter avtaleinngåelsen kan partene ha plikt til å varsle hvis kontraktsforholdet ikke utvikler seg som forutsatt, blant annet hvis parten blir hindret i å oppfylle. Lojalitetshensyn kan også pålegge plikter etter at avtalen er gjennomført, særlig å bevare taushet om motpartens forretningshemmeligheter hvis en part har fått kunnskap om slike forhold.

Spørsmålet om en part har plikt til å opplyse, varsle eller ivareta medkontra-hentens interesser på andre måter, vil ofte bli reist i tilknytning til tolking av vage kriterier i avtaler eller bakgrunnsrett. Eksempler er plikt til å opptre «redelig» (avtl. § 33), varsle «innen rimelig tid» hvis en part blir hindret i å oppfylle til rett tid (kjl. § 28), selgeren må dra «omsorg» for tingen hvis kjøperen er forsinket med å hente denne (kjl. § 72), en byggmester som skal oppføre en bolig, må «vareta forbrukarens interesser» (buofl. § 7), banker og andre finansinstitusjoner skal «veilede» kundene (finansavtl. § 15). Partenes (u)like ressursstyrke og dermed (u)like evne til å ivareta egne interesser, om avtalen er langsiktig, om den involverer større verdier og en tapsrisiko for parten med minst ressursstyrke, vil ha vekt i forventningen om lojalitet. Høyesteretts dom i Rt. 2013 s. 388 er illustrerende. En forbruker, Røeggen, inngikk i år 2000 en seksårig avtale med DNB om å investere i et komplisert spareprodukt. DNB ble pålagt en omfattende informasjonsplikt i lys av at kunden var «en ikke-profesjonell investor». Banken hadde ikke oppfylt denne plikten. Høyesterett satte avtalen til side etter avtl. § 36.

Familierettslige avtaler kan også illustrere avveiningene. Høyesterett har presisert at ektefeller som parter i slike avtaler «har en gjensidig lojalitetsplikt, og at kravene til oppriktighet og lojalitet er strengere enn i vanlige formuerettslige forhold».⁶ Familieavtaler gjelder ofte store verdier (skifteavtaler som fordeler ektefellenes formue), er ofte langsiktige (ektepakter om formuesordningen), og kan involvere tunge ikke-økonomiske verdier (avtaler om foreldreansvar og samværsrett). Ektefellene må vise åpenhet om sin inntekt og formue hvis ektepakter og skifteavtaler skal ha et forsvarlig grunnlag. Fordi partene i familieavtaler ofte har en nær relasjon, er det en særlig risiko for at en part utnytter den andre partens uerfarenhet eller avhengighetsforhold.

6 Rt. 1999 s. 718 på s. 725, jf. også Rt. 2000 s. 716 på s. 723.

Del II

AVTALETYPER

Tolking vs. utfylling

Kontraktsforhold kan inndeles i ulike avtaletyper, fordi bakgrunnsretten varierer avhengig av avtaletypen.⁷ Kjøpsloven gjelder for avtaler om kjøp, husleieloven for avtaler om husleie mv. I det følgende vil særtrekk ved kjøp og noen andre avtaletyper bli fremstilt. Avtaletypene som blir fremstilt, er valgt for å vise bredden i kontraktsretten, og for å finne eksempler som kan være illustrerende for drøftelsene senere i boken.

Norge har en omfattende utenrikshandel. Når norske foretak eller forbrukere inngår avtaler på tvers av landegrenser, vil kontraktsforholdet ha tilknytning til forskjellige land. Dette kan reise spesielle spørsmål, særlig om kontrakten skal reguleres av norsk eller et fremmed lands rett. Disse spørsmålene beror i noen grad på avtaletypen, og vil i det følgende bli knyttet til kjøpsavtalen som er det sentrale rettslige instrumentet for handel mellom landene.

Rettighetene og pliktene til partene vil først og fremst bero på en tolking av avtalen. Kildene er avtalens tekst, formål og andre omstendigheter knyttet til avtalen. Avtalen gir sjelden svar på spørsmålet partene er uenige om, fordi en rekke avtaler har ingen eller bare en knapp tekst, blant annet mange av dagliglivets avtaler. Avtalen kan også være utførlig, men tvisten gjelder et spørsmål partene ikke så for seg da avtalen ble inngått.

Hvis problemet ikke er regulert i avtalen, må den fylles ut med bakgrunnsretten, som er lov- eller ulovfestete regler som gjelder når partene ikke har avtalt noe annet. Hvis partene i en avtale om husleie ikke har fastlagt kravene til boligen eller forretningslokalene som skal leies ut, må avtalen fylles ut med bakgrunnsretten, som i dette tilfellet er at «husrommet med tilbehør ved overleveringen [skal] være ryddet, rengjort og i vanlig god stand» (husll. § 2-2 første ledd andre pkt.).

Det er et vanlig rettskildespørsmål å fastlegge innholdet i bakgrunnsretten. Hvis den er fastsatt i kjøpsloven eller annet lovverk, vil lovens ordlyd, forarbeider og formål, foruten Høyesteretts praksis og reelle hensyn, være sentrale kilder. Hvis bakgrunnsretten er ulovfestet, er kildetilfanget ofte mindre entydig, men kan være retts- og bransjepraksis, overføringsverdi fra kjøpsloven eller annen lovgivning, og prinsipper som kan utledes fra tradisjonen for avtaletypen

⁷ *Andenæs: Kontraktvilkår* s. 10: «En kontraktstype i rettslig forstand kan defineres som et sett av rettsregler som gjelder for en viss gruppe av kontrakter.» Se også *Ramberg: Kontraktstyper*.

eller et større antall avtaletyper. Det siste kan være hevdvunne prinsipper som at heving normalt krever et «vesentlig» kontraktsbrudd, eller at en mangel normalt er tilstrekkelig for å kreve prisavslag.

Bakgrunnsretten kan supplere eller korrigere avtalen.⁸ Supplering vil skje når bakgrunnsretten er fravikelig, blant annet kjøpsavtaler mellom næringsdrivende som har sin bakgrunnsrett i kjøpsloven. Skulle det da være motstrid mellom loven og avtalen, vil avtalen gå foran. Korrigerende vil skje når bakgrunnsretten er ufravikelig, som kjøpsavtaler mellom en næringsdrivende selger og en forbrukerkjøper som er regulert i den ufravikelige forbrukerkjøpsloven. Hvis avtalen gir forbrukeren en svakere stilling enn lovens regel, vil loven gå foran.

I spørsmålet om hvordan en avtale skal kategoriseres med hensyn til avtale-type, står realytelsen sentralt. En realytelse vil oftest bestå i å levere en ting eller yte en tjeneste. Innenfor disse kategoriene er det et stort antall forpliktelser – kjøp, leie, byggekontrakter, håndverkertjenester, transport, arbeidsavtaler, teletjenester, bank- og forsikringstjenester etc. Selvbestemmelsesretten gir også adgang til å binde seg til å tåle noe, som at en annen bruker veien over ens egen eiendom; eller unnlate noe, som ikke å etablere en konkurrerende virksomhet. Realytelsen er som regel den av partenes forpliktelser som i størst grad er karakteristisk for de ulike kontraktsforhold. En transportør skal frakte passasjerer eller varer fra sted A til B, en arbeidstaker «utfører arbeid i annens tjeneste» (aml. § 1-8 første ledd), banker og andre finansinstitusjoner tilbyr kundene «finansielle tjenester» (finansavtl. § 1 første ledd) mv.

Når det gjelder hvordan partene i avtaler skal betegnes, er det som regel hensiktsmessig å bruke betegnelser spesifikke for avtaletypen – selger vs. kjøper, utleier vs. leier, entreprenør vs. byggherre, arbeidsgiver vs. arbeidstaker, transportør vs. vareeier eller passasjer, mv.

Hvis en drøftelse er på det generelle planet, er det ingen enhetlig terminologi for å betegne partene. En betegnelse som realdebitor vs. realkreditor har den fordel at den er generell, dvs. at den kan favne om et stort antall avtaletyper, men er språklig tung. Realdebitor eller naturaldebitor er en selger, utleier, transportør eller en annen som skal stå for realytelsen – parten som skal yte annet enn penger. En annen betegnelse er oppdragsgiver vs. oppdragstaker, typisk ved tjenester. Oppdragsgiveren er den som tildeler oppdraget – huseieren som engasjerer en håndverker, byggherren som engasjerer en entreprenør, klienten som engasjerer en advokat, etc. – og oppdragstakeren utfører oppdraget.

Et alternativ er (real)yteren eller leverandøren vs. bestilleren. (Real)yteren eller leverandøren er en selger eller en annen som yter en ting eller en tjeneste (utleier, entreprenør, transportør etc.). Bestilleren er en kjøper eller annen som skal motta tingen eller tjenesten, og i hovedsak yte vederlag i penger. Fordelen med disse betegnelse er at de er generelle, de kan favne om mer enn kjøp, de er

8 Stikkordene «supplere og korrigere» er fra *Hov: Avtaleslutning* s. 24. Se også *Høgberg: Kontrakts-tolkning* s. 173–174 med videre henvisninger.

i noen grad selvforklarende, og de er språklig enklere enn å bruke betegnelse debitor og kreditor.

Hvordan partene bør betegnes, er et spørsmål om hensiktsmessighet. De fleste betegnelse som er nevnt, vil bli brukt i denne fremstillingen, avhengig av hva som passer best i det enkelte tilfellet, men – inspirert av *Krüger* – med en prioritering av (real)ysteren eller leverandøren vs. bestilleren.⁹

⁹ *Krüger: Kontraksrett* s. 14–15.

KAPITTEL 4

Kjøp – allment

4.1 Hva kjennetegner et kjøp?

Både kjøpsloven fra 1988 og forbrukerkjøpsloven fra 2002 regulerer avtaler om «kjøp» (kjl. og forbrkjl. begge § 1). Forbrukerkjøpsloven er ufravikelig, og gjelder hvis kjøperen er forbruker og selgeren er næringsdrivende. Kjøpsloven gjelder andre kjøp, blant annet hvis begge partene er næringsdrivende. Både kjøpsloven og forbrukerkjøpsloven beskriver kjennetegn ved kjøpsavtaler, men ingen av lovene inneholder en definisjon. Hvilke avtaler som dekkes av disse lovene, beror derfor i hovedsak på alminnelige prinsipper med utgangspunkt i hva som tradisjonelt har vært ansett som «kjøp».¹⁰

EØS-avtalen binder Norge til å harmonisere sitt lovverk med EUs forbrukerkjøpsdirektiv (1999/44). Direktivet definerer ikke hvilke avtaler som dekkes. Det nye forbrukerkjøpsdirektivet 2019 har denne definisjonen:¹¹

En «sales contract» i henhold til dette direktivet er «any contract under which the seller transfers or undertakes to transfer ownership of goods to a consumer, and the consumer pays or undertakes to pay the price thereof», se art. 2 (1). EU-landene skal innen 1. juli 2021 ha vedtatt og offentliggjort nasjonale bestemmelser som er nødvendige for å gjennomføre direktivet. Direktivet vil gjelde for avtaler inngått fra 1. januar 2022 (art. 24). Tidspunktet for gjennomføring i Norge som EØS-land var ikke klart i juni 2019.

Et kjøp har etter forbrukerkjøpsdirektivet 2019 tre kjennetegn: (i) Selgeren yter «goods» – en vare. (ii) Selgeren overfører eiendomsrett eller påtar seg å gjøre det. Alternativet «transfers ... ownership» peker på at avtalen og leveringen skjer samtidig, som kjøp over disk. Alternativet «undertakes to transfer ownership» peker på at avtalen inngås først og leveringen senere. Selgeren påtar seg for eksempel å skaffe en ting fra en underleverandør som leveres når selgeren har mottatt den. (iii) Kjøperen skal betale (kontant) eller påta seg det (kreditt).

10 Tore Almén var sekretær for den svenske Obligationsrättskomiteén som ledet frem til den svenske kjøpsloven i 1905 (som ledd i et nordisk samarbeid som også omfattet den danske kjøpsloven fra 1906 og den norske fra 1907). Alméns kommentar til den svenske kjøpsloven «tillhör den svenska juridikens klassiker och har haft stor auktoritet i praxis» (sitat *Håstad: Köprätt* s. 22). Almén I s. 6 fremholdt at når det gjaldt grensen mellom kjøp og nærstående avtaler, var man den gang (som nå) henvist til å bygge på «allmänna rättsgrundsatser», fordi en «fullständig utredning av detta vanskliga ämne kan naturligen icke ifrågakomma», men «[N]ågra antydningar» ble gitt i loven (den gang, slik også i gjeldende lov).

11 Direktivet ble vedtatt 15. april 2019, ble publisert i EU-tidende 22. mai 2019 og fikk nr. 2019/771.

Denne tredelingen – knyttet til (i) gjenstanden for selgerens ytelse, (ii) selgeren overfører eiendomsrett, (iii) kjøperen skal yte et vederlag – finner vi i norske, nordiske og internasjonale kilder om kjennetegn ved kjøp, men det er nyanser i hvordan de ulike elementene skal forstås.

Krüger beskriver kjøpsavtalen slik: «Ved kjøp overfører en selger eiendomsrett til et formuesgode mot betaling i penger».¹² *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) sier dette:

«A contract for the ‘sale’ of goods is a contract under which one party, the seller, undertakes to another party, the buyer, to transfer the ownership of the goods to the buyer ... either immediately on conclusion of the contract or at some future time, and the buyer undertakes to pay the price.»¹³

Vi ser tredelingen i både forbrukerkjøpsdirektivet 2019, *Krüger* og DCFR – (i) gjenstanden, et «formuesgode» eller «goods» – (ii) rettighetsposisjonen, overføre «eiendomsrett» eller «transfer the ownership» – (iii) vederlaget. DCFR var et prosjekt støttet av EU hvor akademikere i mange land tok sikte på å formulere felleseuropeiske kontraktsrettslige prinsipper. Et siktemål var å gi EU et bedre grunnlag for nye initiativer i kontraktsretten, gi landene en mulighet til å legge større vekt på det felleseuropeiske i sin utforming av ny lovgivning, og gi domstoler og forfattere av (standard)avtaler en inspirasjonskilde. Den som søker etter kjernen i det felleseuropeiske i kontraktsretten, har i DCFR fått et omfattende materiale.¹⁴

4.2 Gjenstanden for selgerens ytelse

Gjenstanden for selgerens ytelse er i både kjøpsloven og forbrukerkjøpsloven beskrevet som en «ting» (kjl. og forbrkjl. begge § 1 andre ledd). Begge lovene inneholder en negativ avgrensing: Kjøp av «fast eiendom» faller utenfor (kjl. § 1 første ledd tredje pkt. og forbrkjl. § 2 andre ledd bokstav a). Bakgrunnsretten for avtaler om kjøp av fast eiendom fremgår av avhendingslova. Det betyr at kjøps- og forbrukerkjøpslovens kjerneområde er kjøp av løsøre.¹⁵ Det kan gjelde en eller flere løsøreting. Et salg av et foretak vil som regel omfatte et stort antall ting (maskiner, varelager, inventar mv.). Kjøpsloven gjelder også for et slikt salg.¹⁶

Løsørekjøp dekker et stort spenn av kontrakter. Det kan mellom profesjonelle dreie seg om kjøp av skip og fly, maskiner til industrien, inventar i kontorbygg,

12 *Krüger: Kjøpsrett* s. 1.

13 DCFR IV.–1:202 (Volume 2 s. 1220). DCFR: «Draft Common Frame of Reference».

14 Litteraturen om DCFR er omfattende. Se f.eks. *Beale i Juridica International 2008 XIV* s. 10 flg., *Ramberg og Herre: Allmän köprätt* s. 26–28 og *Grönfors og Dotevall: Avtalslagen* s. 29.

15 Dette går tilbake til vår første kjøpslov, som var fra 1907. Mandatet for utredningen som lå til grunn for lovproposisjonen, var primært å utarbeide et lovutkast om kjøp av løsøre. Se Udkast til lov om kjøb 1903 s. 3.

16 *Christoffersen: Kjøp og salg av virksomhet* s. 75 flg.

varekjøp mv. Forbrukerkjøp kan dreie seg om biler, forbruksgjenstander, møbler, klær, dagligvarer mv. Et trekk ved selgerens ytelse i kjøpsavtaler er at dette er flyttbare ting (i motsetning til fast eiendom), og at oppfyllelse skjer ved en leveringshandling – kjøperen henter tingen eller selgeren bringer tingen til kjøperen. Så langt er det i hovedsak et sammenfall med forbrukerkjøpsdirektivet, som både i 1999-versjonen og det nye fra 2019 gjelder kjøp av «varer» («goods» i den engelske teksten, art. 1).

Kjøpslovene presiserer at en type tjenester faller utenfor dette lovverket – «oppføring av bygning eller annet anlegg på fast eiendom» (kjl. § 2 første ledd andre pkt. og forbrkjl. § 2 andre ledd bokstav b). At byggekontraktene ikke dekkes, ville uansett fulgt av kjøpsbegrepet fordi ytelse av tjenester ikke er kjøp. I dagligtale brukes ofte «kjøp» om tjenester («kjøp av et mobilabonnement»), men rettslig sett er det en tjeneste og ikke et kjøp. Enkelte tjenester er lovfestet, som håndverkertjenester og oppføring av boliger for forbrukere (håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova), bank- og forsikringstjenester (finansavtaleloven og forsikringsavtaleloven), transport (vegfraktloven, sjøloven mfl.). Tjenestene er en uensartet gruppe, som det er lettest å definere negativt. Det karakteristiske er at realtelsen ikke består i å levere en løsøreting eller fast eiendom.

Kjøpslovenes beskrivelse av gjenstanden – «ting» – brukes i en videre betydning enn i dagligtalen.¹⁷ Foruten løsøre dekkes blant annet kjøp av aksjer, verdipapirer, pengekrav og andre fordringer.¹⁸ Forbrukerkjøpsloven taler også om «ting», men sier uttrykkelig at den dekker kjøp av «fordringer eller rettigheter» (forbrkjl. § 2 første ledd bokstav c).

Overdragelse av rettigheter som anses som «ting» etter kjøps- og forbrukerkjøpsloven, kan gjelde totale bruksrettigheter (typisk leie), begrensede rettigheter (typisk servitutter) og immaterielle rettigheter (typisk en forfatters opphavsrett).¹⁹ Overtas en slik rettighet mot betaling, er det et kjøp. Erververen av retten trer inn i posisjonen som avhenderen hadde, særlig å bruke tingen slik avhenderen hadde rett til. Rettsforholdet mellom tidligere leier (avhenderen) og ny leier (erhververen) ved overdragelse av en husleierett mot vederlag er et kjøp, men tilknytningen til en fast eiendom gjør at kjøpsloven ikke alltid passer på slike transaksjoner.²⁰ Forholdet mellom eieren (utleieren, eieren av den tjenende eiendommen ved servitutter) og kjøperen, særlig om eieren kan hindre at retten overdras, blir regulert av husleieloven og servituttloven mv. Et eksempel på et forbrukerkjøp av en rettighet er kjøp av en bolig eller hytte, kombinert med at

17 Ot.prp. 80 (1986–1987) s. 48. Det gjelder bl.a. levering av vann og avtale med et nettselskap om overføring av elektrisk energi, som dekkes av forbrukerkjøpsloven, jf. § 2 første ledd bokstavene b) og d). Se Ot.prp. 44 (2001–2002) s. 62 flg. (elektrisk energi) og s. 71 (vann). Se også *Bergem, Konow og Rognlien: Kjøpsloven* s. 42 flg. og *Krüger: Kjøpsrett* s. 5 flg. om tingsbegrepet samt *Tverberg: Forbrukerkjøpsloven* s. 117 flg.

18 Se forarbeidene til kjøpsloven, Ot.prp. 80 (1986–1987) s. 70–71.

19 Reservasjonen «normalt» i teksten viser til at avhendelse av sameiepart, eierseksjon og tomtefesterett dekkes av avhendingslova, ikke kjøps- eller forbrukerkjøpsloven (avhl. § 1-1 første ledd tredje pkt.).

20 Se nærmere *Lilleholt: Personskifte* s. 253–261, særlig s. 255 om at kjøpsloven ikke alltid passer.

selgeren av eiendommen også overdrar en servitutt som er til nytte for eieren av (fritids)boligen – som en veirett, brønnrett eller båtfesterett.

Overdras et pengekrav, er rettsforholdet mellom avhenderen (cedenten, selgeren) og erververen (cesjonaren, kjøperen) normalt et kjøp. Overdragelsen betyr at erververen trer inn i kreditorposisjonen, som i første rekke er retten til å motta betaling fra skyldneren (debitor cessus). Spørsmålet om hva cesjonaren skal betale for å kjøpe kravet, vil bero på avtalen med cedenten, og er ofte avhengig av kravets størrelse, skyldnerens betalingsevne, og – hvis betalingsevnen er svak – om kravet er sikret med pant eller kausjon. Bakgrunnsretten for slike avtaler er kjøpslovene, supplert med regler om at selgeren/cedenten som regel har et objektivt ansvar overfor kjøperen/cesjonaren for kravets eksistens (veritas, gbl. § 9), men ikke for skyldnerens betalingsevne (bonitas, gbl. § 10). Ved salg av aksjer og andre selskapsandeler vil forholdet mellom kjøperen og selgeren være et kjøp. Forholdet mellom selskapet og kjøperen, særlig om selskapet kan hindre overdragelsen, fremgår av regelverket for sammenslutningen – aksjeloven, selskapsloven mv.

Oppsummeringsvis vil stiftelse av tingsrettslige, selskapsrettslige og immaterielle rettigheter bero på reglene for rettighetstypen (servituttloven, aksjeloven, åndsverkloven etc.). Overdragelse av en eksisterende rettighet mot vederlag er normalt et kjøp. Samme prinsipp gjelder for grensen mot tjenester. Byggekontrakter faller utenfor kjøps- og forbrukerkjøpsloven, men i den grad entreprenøren eller byggherren kan overdra sine rettigheter etter kontrakten, vil rettsforholdet mellom partene i overdragelsen være et kjøp.

4.3 Rettighetsposisjonen som overføres

Et kjennetegn ved et kjøp er at selgeren overdrar tingens eiendomsrett til kjøperen. Økonomisk sett er kjøpsavtalen det viktigste grunnlaget for å bli eier av en ting.

Hvis avtalen gir mottakeren en annen rettighetsposisjon enn å bli eier, er det ikke et kjøp. Så fremt avtalen gir mottakeren en bruksrett, foreligger en leierett eller annen begrenset rettighet. Bakgrunnsretten for leie av løsøre er ulovfestet. I DCFR ble det utarbeidet prinsipper for reguleringen av leie av løsøre som – i likhet med DCFR for øvrig – har formen av lovttekster med kommentarer.²¹ DCFR er en internasjonal kilde som kan ha relevans når norsk ulovfestet bakgrunnsrett skal fastlegges, men den er ikke bindende for domstoler og andre rettsanvendere slik som lovgivning ville vært.

Leie av fast eiendom dekkes av husleieloven hvis avtalen gir bruksrett til et «husrom». Det kan være en bolig eller en næringsseiendom (husll. § 1-1). Tomtefesteloven regulerer en annen type leieforhold – at grunnen er bebygget eller skal bebygges, slik at leietakeren (festeren) eier bygget, mens utleieren (bortfesteren)

²¹ «Lease of goods», DCFR Volume 2, s. 1427–1597.

eier grunnen (tfl. § 1). Ved husleie eier utleieren både bygget og grunnen.²² Leie av ubebygd grunn er en ulovfestet avtaletype hvis leieren ikke skal føre opp et bygg på eiendommen.

Rettighetshavere etter en tingsrettslig rettighet (leietakere, servitutthavere mv.) eller en fordring (kreditor) blir sjelden karakterisert som «eier». Terminologien overføring av «eiendomsrett» som kjennetegn på et kjøp, treffer derfor ikke godt der fordringer og rettigheter blir overdratt. Et eierskifte som kjennetegn ved et kjøp treffer kjernen (salg av løsøre), men hvor langt kjøpslovene rekker utenfor denne kjernen, beror på lovteksten og tilknyttete kilder, ikke på en gransking av begreper som «eiendomsrett» eller «eier».

4.4 Vederlaget – prisen

Foruten realytelsen som typisk er løsøre, og at selgeren overfører eiendomsrett, er et kjøp karakterisert ved at kjøperen yter et vederlag, som i de fleste tilfeller er i penger. Verken kjøpsloven, forbrukerkjøpsloven eller forbrukerkjøpsdirektivet stiller eksplisitte krav til vederlagets størrelse, men kjøpsbegrepet slik det er forstått i praksis og teori, må avgrenses mot gaver og gavesalg, som er helt eller delvis vederlagsfrie. Kjernen i et kjøp er derfor en overdragelse mot et vederlag som svarer til markedsprisen – der kjøpesummen utgjør et beløp som en tenkt økonomisk rasjonell person med relevant informasjon om tingen kan forventes å tilby. For gaver og gavesalg vil gjensidigheten som (ofte) tilsier balanse mellom rettigheter og forpliktelser, ikke gjøre seg gjeldende i samme grad som der det ytes fullt vederlag. Det tilsier at tolkingslæren og bakgrunnsretten, som for gaver og gavesalg i hovedsak er ulovfestet, ofte legger vekt på giverens interesser.²³

Donasjoner til veldedige formål er vederlagsfrie. Generasjonsskifter der foreldre overdrar gårdsbruk eller annen næringsvirksomhet til barn, skjer ofte ved gavesalg for at barna ikke skal få en tung finansieringsbyrde. Gaver og gavesalg spiller ellers en liten rolle i det økonomiske livet. Tilbys varer billig på «salg», er det overveiende forretningsmessig begrunnet slik at det dreier seg om gjensidige disposisjoner som dekkes av kjøps- eller forbrukerkjøpsloven.

Når det gjelder gavebegrepet i familieretten, legger Høyesterett vekt på om det har skjedd en formuesforskyvning i gavehensikt.²⁴ Det er lite praksis om grensen mellom kjøp som dekkes av kjøps- eller forbrukerkjøpsloven, og gavesalg som faller utenfor. Gavebegrepet er relativt, og må fastlegges i lys av de reelle hensyn på de ulike områdene. I forbrukerretten er det for grensen mellom kjøp (der kjøperen er beskyttet ved den ufravelige forbrukerkjøpsloven) og gaver og gavesalg (avtalefrihet) grunn til å legge vekt på om mottakeren har behov for vernet som det ufravelige lovverket vil gi, eller om gavepreget tilsier at giveren må ha avtalefrihet.

²² Se nærmere *Falkanger: Tomtefesteloven* s. 17 flg.

²³ *Augdahl: Obligasjonsrett* s. 149, 234, 276, *Krüger: Kontraktsrett* s. 527 og 533, *Huser: Avtaletolkning* s. 567.

²⁴ Se Rt. 2014 s. 1248 avsnitt 36 flg. om gavebegrepet i ekteskapsloven § 59 om skjevdeling.

Kjøps- og forbrukerkjøpsloven gjelder også for bytte (kjl. § 1 andre ledd, forbrkjl. § 1 femte ledd). Begge lovtekstene viser til bytte av «ting». Disse avtalene dekkes derfor av kjøpslovene hvis ytelsene fra begge sider er løsøre eller annet som dekkes av tingsbegrepet i dette lovverket.²⁵ Hvis en part yter løsøre og den annen en arbeidsytelse eller annen tjeneste, foreligger det ikke et kjøp, men en tjenesteytelse. Kjøps- og forbrukerkjøpsloven dekker også kombinerte kjøp og bytte, som kjøp av ny bil mot innbytte av en brukt bil og resten av kjøpesummen i penger. Både kjøps- og forbrukerkjøpsloven har en reservasjon i spørsmålet om lovverket gjelder for bytte ved at begge lovtekstene sier at loven gjelder «så langt den passer». Et eksempel er bestemmelsene om prisen som sjelden vil «passe» på bytte.²⁶

25 *Almén I* s. 43.

26 Nærmere *Almén I* s. 43–44.