

ERLEND HAASKJOLD
OBLIGASJONSRETT

EN INNFORING



2. UTGAVE



Universitetsforlaget

Obligasjonsrett

Erlend Haaskjold

Obligasjonsrett

En innføring

2. utgave

Universitetsforlaget

© H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard) AS ved Universitetsforlaget 2023
1. utgave 2017

ISBN 978-82-15-05693-7

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
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Mette Gundersen
Sats: ottaBOK
Trykk: Aksell AS
Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS
Boken er satt med: Sabon LT Std 10,5/13
Papir: 90 g Amber Graphic 1,25



Forord til første utgave

Formålet med denne fremstillingen er å gi en grunnleggende innføring i faget obligasjonsrett. Som fagområde er obligasjonsretten både omfattende og kompleks. Det sier seg selv at det innenfor rammene av en innføringsbok ikke er mulig å gi en fullstendig analyse av alle enkeltregler og unntaksbestemmelser. Fremstillingen tar derfor sikte på en gjennomgang av hovedpunktene i obligasjonsretten og de sentrale hensynene som gjør seg gjeldende. Videre er det lagt vekt på å påvise sammenhenger i rettsstoffet, særlig ved fremhevelse av forbindelseslinjer på tvers av enkelttemaer. Et selvstendig formål er dessuten å forklare fagets begrepsbruk og metodelære.

Selv om det på obligasjonsrettens område er gitt en rekke lover, er store deler av faget basert på ulovfestet rett. Høyesteretts praksis står her naturlig nok i en særstilling. Et selvstendig studium av rettspraksis er ikke bare nødvendig når regler og prinsipper skal utledes. Rettspraksis kan også gi verdifull innsikt i reglenes praktiske virkemåte, ikke minst ved at rettspraksis ofte viser hvordan den rettslige reguleringen tilpasser seg stadig skiftende samfunnsforhold. Av hensyn til studentenes behov er de viktigste rettsavgjørelsene angitt ved sin populærbetegnelse («kortnavn»). Dette gjelder først og fremst de avgjørelsene som er inntatt i studentenes domssamling.

Jeg retter en særlig takk til professor Johan Giertsen, Universitetet i Bergen, som har lest gjennom hele manuskriptet og kommet med en rekke forslag til forenklinger og forbedringer. Hans innspill og bemerkninger har i betydelig grad bidratt til å løfte fremstillingen. Ansvar for gjenværende feil og mangler er selvsagt mitt eget.

Fremstillingen er à jour pr. 30. april 2017.

Oslo, den 23. mai 2017

Erlend Haaskjold

Forord til andre utgave

Den første utgaven av denne boken ble en umiddelbar suksess, og det er åpenbart at fremstillingen har dekket et behov. Jeg retter en stor takk til alle som har sendt meg innspill og tilbakemeldinger.

I denne utgaven er teksten først og fremst oppdatert med nødvendige tilpasninger som følge av ny lovgivning og rettspraksis. Siden utgivelsen i 2017 har det tilkommet mer enn 30 relevante avgjørelser fra Høyesterett, og disse er nå innarbeidet. På enkelte punkter er fremstillingen dessuten noe utvidet for bedre å få frem sentrale sammenhenger i rettsstoffet. Opplegg og struktur fra første utgave er ellers beholdt.

Fremstillingen er à jour pr. 30. april 2023.

Oslo, den 23. mai 2023

Erlend Haaskjold

Innhold

Forord til første utgave	V
Forord til andre utgave	VI
Kapittel 1	
Innledning til obligasjonsretten	1
1.1 Fagbeskrivelse	1
1.1.1 Obligasjonsrett som læren om skyldforhold	1
1.1.2 Fremstillingen begrenses til formuerettslige skyldforhold	2
1.1.3 Reglene om skyldforholdets innhold og opphør	3
1.1.4 Alminnelig og spesiell obligasjonsrett	4
1.2 Obligasjonsrettslige grunnbegreper	5
1.2.1 Forpliktelse – krav – fordring	5
1.2.2 Skyldforholdets parter	7
1.2.3 Skyldforholdets enhet og avgrensning	8
1.2.4 Ensidige og gjensidig bebyrdende skyldforhold	11
1.2.5 Obligatoriske rettsforhold	12
1.3 Debatten om fagets navn	15
1.4 Obligasjonsrettens kilder	16
1.4.1 Innledende bemerkninger	16
1.4.2 Kontrakten som utgangspunkt	17
1.4.3 Kontraktsrettslig lovgivning	19
1.4.4 Fra analogi til prinsipp	20
1.4.5 Særlig om direktivbasert lovgivning	22
1.4.6 Internasjonale instrumenter	24
1.4.7 Juridisk teori	27
1.5 Oversikt over den videre fremstillingen	29
Kapittel 2	
Obligasjonsrettslige forpliktelser	31
2.1 Innledende bemerkninger	31
2.2 Ulike typer kontraktsforpliktelser	31
2.2.1 Innledning	31
2.2.2 Penge- eller realforpliktelser	31
2.2.3 Resultat- eller innsatsforpliktelser	33

2.2.4	Individuelt eller generisk bestemte forpliktelser	39
2.2.5	Hoved- og sideforpliktelser	42
2.2.6	Engangsforpliktelser, rateforpliktelser og løpende forpliktelser	44
2.2.7	Positive og negative forpliktelser	45
2.3	Realforpliktelers innhold	47
2.3.1	Innledning	47
2.3.2	Språklig beskrivelse	47
2.3.3	Formålsangivelse	52
2.3.4	Alminnelige krav	55
2.3.5	Profesjonsforpliktelser	61
2.4	Særlig om opplysninger	71
2.4.1	Generelt om opplysningssvikt	71
2.4.2	Uriktige opplysninger	72
2.4.3	Opplysningsplikt	77
2.4.4	Kort om identifikasjon	87
2.4.5	Undersøkelsesplikt	89
2.5	Pengeforpliktelers innhold	93
2.5.1	Generelt om pengeforpliktelser	93
2.5.2	Særlig om lånegjeld	94
2.5.3	Særlig om vederlagskrav	95
2.5.4	Deklaratoriske regler for vederlagsberegning	99
2.5.5	Tiden for ytelsen	101
2.5.6	Stedet for ytelsen. Oppgjørsmåte	103
2.6	Oppsigelse	105
2.6.1	Problemstilling	105
2.6.2	Spørsmålet om et kontraktsforhold er oppsigelig	107
2.6.3	Vilkår for oppsigelse	108
2.6.4	Oppsigelsesfrist og fristberegning	111
2.6.5	Rettsvirkninger av oppsigelse	112
2.6.6	Erstatningsplikt ved uhjemlet oppsigelse	112
2.7	Avbestilling	113
2.7.1	Innledning	113
2.7.2	Noen viktige avgrensninger	114
2.7.3	Vilkår for avbestilling	116
2.7.4	Rettsvirkninger av avbestilling	122
2.7.5	Nærmere om erstatningsplikt ved avbestilling	123
2.7.6	Kort om uberettiget avbestilling	126

Kapittel 3

Oppfyllelse	127
3.1 Forholdet mellom forpliktelse og oppfyllelse	127
3.2 Oppfyllelshandlingen	127
3.2.1 Hovedformene for oppfyllelse	127
3.2.2 Delvis oppfyllelse	129
3.2.3 Irregulær oppfyllelse	129
3.3 Oppfyllelse fra debitor	130
3.4 Oppfyllelse til kreditor	131
3.5 Deponering	132
3.5.1 Innledning	132
3.5.2 Gjenstand for deponering	133
3.5.3 Vilkår for deponering	133
3.5.4 Gjennomføringen	135
3.5.5 Rettsvirkninger av deponering	135

Kapittel 4

Kontraktsbrudd	137
4.1 Generelt om kontraktsbrudd	137
4.1.1 Innledende bemerkninger	137
4.1.2 Begrepet kontraktsbrudd	138
4.1.3 Ulike typer kontraktsbrudd	139
4.1.4 Sanksjonskatalogen	140
4.1.5 Opplegget videre	143
4.2 Formelle vilkår	143
4.2.1 Innledning	143
4.2.2 Reklamasjon	144
4.2.3 Andre vilkår	153
4.3 Detensjonsrett	155
4.3.1 Innledning	155
4.3.2 Funksjon og begrunnelse	156
4.3.3 Rekkevidde og begrensninger	156
4.4 Naturaloppfyllelse	158
4.4.1 Rettslig utgangspunkt	158
4.4.2 Generelt om krav på naturaloppfyllelse	159
4.4.3 Unntak	160
4.4.4 Tvangsfullbyrdelse av oppfyllelseskrav	161
4.5 Retting og omlevering	162
4.5.1 Innledning	162
4.5.2 Retting	163
4.5.3 Omlevering	166

4.6	Prisavslag	167
4.6.1	Innledning	167
4.6.2	Vilkår for prisavslag	168
4.6.3	Beregningen av prisavslag	169
4.7	Heving	173
4.7.1	Innledende bemerkninger	173
4.7.2	Vilkår for heving	174
4.7.3	Rettsvirkninger av heving	178
4.7.4	Særlig om renter, avkastning og nyttevederlag	180
4.7.5	Tap av hevingsrett	182
4.8	Erstatning for kontraktsbrudd	183
4.8.1	Rettslig utgangspunkt	183
4.8.2	Alminnelig culpaansvar	184
4.8.3	Kontraktsmedhjelperansvar	187
4.8.4	Objektivt ansvar med fritaksmulighet	191
4.8.5	Rent objektivt ansvar	199
4.8.6	Økonomisk tap	204
4.8.7	Årsakssammenheng	209
4.8.8	Adekvansbegrensningen	214
4.8.9	Sanksjoner ved brudd på pengeforpliktelser	220
4.9	Antesipert kontraktsbrudd	222
4.9.1	Innledende bemerkninger	222
4.9.2	Kreditors tilbakeholdsrett	224
4.9.3	Kreditors hevingsrett	225
4.10	Avtalte kontraktsbruddsvirkninger	226
4.10.1	Innledning	226
4.10.2	Utvidet retteplikt	227
4.10.3	Ansvarsfraskrivelser	230
4.10.4	Ansvarsskjerpelser	235
4.10.5	Konvensjonalbot og dagmulkt	235

Kapittel 5

Kreditormora	239	
5.1	Innledning	239
5.2	Kreditormora og grensen mot kontraktsbrudd	240
5.3	Suspensjon eller opphør av debtors yteplikt	240
5.3.1	Suspensjon av debtors yteplikt	240
5.3.2	Kreditormora som opphørsgrunn	240
5.4	Kreditormora som grunnlag for subsidiære forpliktelser	241
5.4.1	Innledning	241
5.4.2	Debtors alminnelige aktsomhets- og omsorgsplikt	241
5.4.3	Debtors krav på kostnadsdekning	242

5.5	Kreditor mora som grunnlag for kontraktsbruddskrav	242
5.5.1	Innledning	242
5.5.2	Dom på plikten til å medvirke	243
5.5.3	Krav på heving	244
5.5.4	Erstatningsansvar ved kreditor mora	244
Kapittel 6		
Kontraksrevisjon	245
6.1	Innledning	245
6.2	Avtalebasert revisjon	246
6.3	Særlig om force majeure	250
6.3.1	Innledende bemerkninger	250
6.3.2	Vilkår for force majeure	251
6.3.3	Virkninger av force majeure	253
6.4	Læren om bristende forutsetninger	254
6.4.1	Innledende bemerkninger	254
6.4.2	Generelt om forutsetninger	255
6.4.3	Vilkår	256
6.4.4	Rettsvirkninger	259
6.5	Avtaleloven § 36	260
6.5.1	Innledende bemerkninger	260
6.5.2	Urimelighetskriteriet	261
6.5.3	Typiske momenter	262
6.5.4	Særlig om senere inntrådte forhold	267
6.5.5	Revisjonsvirkningen	270
6.6	Oppsummering	272
Kapittel 7		
Utvalgte obligasjonsrettslige emner	275
7.1	Oversikt	275
7.2	Overdragelse av krav	275
7.2.1	Innledning	275
7.2.2	Forholdet mellom cedent og cesjonar	277
7.2.3	Forholdet mellom cesjonar og debitor cessus	278
7.2.4	Forholdet mellom cedent og debitor cessus	280
7.3	Debitorskifte	280
7.3.1	Innledning	280
7.3.2	Forholdet mellom opprinnelig og ny debitor	282
7.3.3	Forholdet til kreditor	282
7.4	Condictio indebiti	284
7.4.1	Innledning	284
7.4.2	Rettsgrunnlag og rekkevidde	285

7.4.3	Vilkår for tilbakebetalingsplikt	286
7.4.4	Tilbakebetalingspliktens utstrekning	290
7.5	Samskyld og regress	291
7.5.1	Innledning	291
7.5.2	Solidarisk ansvar	292
7.5.3	Proratarisk ansvar	293
7.5.4	Alternativt ansvar	294
7.5.5	Regress	294
7.6	Motregning	296
7.6.1	Innledning	296
7.6.2	Alminnelige vilkår for motregning	297
7.6.3	Unntak og tilleggsvilkår	298
7.6.4	Virkninger av motregning	302
7.7	Foreldelse	303
7.7.1	Innledning	303
7.7.2	Gjenstand for foreldelse	304
7.7.3	Foreldelsesfristens utgangspunkt	305
7.7.4	Alminnelige og særskilte foreldelsesfrister	308
7.7.5	Tilleggsfrister	310
7.7.6	Fristavbrudd	312
7.7.7	Virkningen av fristavbrudd	314
7.7.8	Foreldelsens virkninger	315
7.8	Direktekrav	317
7.8.1	Innledning	317
7.8.2	Hensyn og begrunnelse	318
7.8.3	Enkelte grunnleggende utgangspunkter	319
7.8.4	Subrogasjon	320
7.8.5	Springende regress	322
7.8.6	Direktekrav basert på tredjemannsløfte	325
7.8.7	Mot en alminnelig direktekravsregel?	327
	Litteraturliste	330
	Lovregister	331
	Domsregister	340
	Stikkordregister	349

Kapittel 1

Innledning til obligasjonsretten

1.1 Fagbeskrivelse

1.1.1 Obligasjonsrett som læren om skyldforhold

Faget obligasjonsrett beskrives gjerne som *læren om skyldforhold*. Et skyldforhold foreligger når en person er forpliktet overfor en annen til å gjøre, tåle eller unnlate noe. Med en slik definisjon er spennvidden enorm i de forpliktelsene vi skal se på: Det kan være plikten til å levere en ting som er solgt, plikten til å utføre et oppdrag man har påtatt seg, eller plikten til å erlegge vederlag for en ytelse som er bestilt. Det sier seg selv at det vil være store forskjeller i forpliktelsens innhold avhengig av om den gjelder bestilling av et skip som skal bygges, eller tilbakebetaling av penger som er lånt. Slike forskjeller i forpliktelsenes innhold er imidlertid ikke til hinder for en samlet behandling av de reglene som gjelder for forpliktelser. I obligasjonsretten er vi først og fremst opptatt av de rettsreglene som oppstilles for forpliktelser som sådanne, og det er dermed selve skyldforholdet som er fellesnevneren.

Det rettslige grunnlaget for forpliktelsen kan variere. I praksis er det nok oftest de forpliktelsene som har grunnlag i kontrakt, som spiller den mest fremtredende rollen. Kontraktsrett og obligasjonsrett benyttes derfor i enkelte sammenhenger nærmest som synonyme. Men forpliktelser kan oppstå også på annet grunnlag enn kontrakt. Fra erstatningsretten kjenner vi de forpliktelsene som oppstår ved delikt, typisk en eller annen form for rettsstridig, skadevoldende handling. I familieretten møter vi forpliktelser som oppstår som følge av status, slik som underholdsplikt for ektefelle og barn. Vi kan dessuten nevne de forpliktelsene som oppstår ved offentligrettslig dekret, for eksempel ulike krav på skatt og avgift.

En fremstilling av reglene om *skyldforhold i sin alminnelighet* vil klart nok sprengte enhver fornuftig ramme. Det må derfor foretas visse avgrensninger. Formålet med avgrensningene vil være å sikre en hensiktsmessig behandling av de reglene som systematisk og innholdsmessig hører sammen. Det kan nok være delte oppfatninger om hva som er mest hensiktsmessig. Et stykke på vei er rammene for obligasjonsretten dessuten tradisjonelt bestemt. Det er særlig to avgrensninger som er sentrale. For det første begrenses fremstillingen til formuerettslige skyldforhold (punkt 1.1.2). For det andre holdes reglene om stiftelsesgrunnlaget utenfor, slik at vi i obligasjonsretten bare ser på de reglene som angår skyldforholdets innhold og opphør (punkt 1.1.3). I det følgende skal

vi se litt nærmere på hva som ligger i disse avgrensningene. Dessuten skal vi presentere skillet mellom alminnelig og spesiell obligasjonsrett (punkt 1.1.4).

1.1.2 Fremstillingen begrenses til formuerettslige skyldforhold

Rettssystematisk er obligasjonsretten en del av formueretten. Det er derfor naturlig å begrense fremstillingen til *formuerettslige skyldforhold*. En tilsvarende avgrensning kjenner vi fra avtaleretten, ettersom avtaleloven bare gjelder på «formuerettens område» (avtaleloven § 41). Vi kan også nevne reglene i forsinkelsesrenteloven og i finansavtaleloven kapittel 5 som gjelder for «pengekrav på formuerettens område». I formueretten behandles rettsreglene for økonomiske rettigheter eller formuesgoder. Det sies gjerne at formueretten er de «ytre goders rett». Formuesgoder kjennetegnes typisk ved at de (i) har en økonomisk verdi, at de (ii) kan overføres fra en person til en annen, og at de (iii) er gjenstand for partenes disposisjonsfrihet. Formueretten er et utsnitt av privatretten og deles tradisjonelt inn i obligasjonsrett og tingsrett, med erstatningsrett, selskapsrett og immaterialrett som selvstendige fagdisipliner. En slik angivelse gir imidlertid bare et begrenset innblikk i spennvidden av de rettighetene som omfattes. Det kan derfor være mer instruktivt å undersøke hvilke skyldforhold som faller utenfor formueretten.

For det første faller *offentligrettslige skyldforhold* utenfor. Dette følger allerede av at formueretten er en del av privatretten. I offentligrettslige forhold kan det være særlige hensyn som gjør seg gjeldende, og som tilsier en separat behandling. Offentligrettslige skyldforhold omfatter typisk krav på innbetaling til eller utbetaling fra det offentlige. Det kan være myndighetenes krav på innbetaling av skatter og avgifter, eller borgernes krav på utbetaling av trygdeytelser og andre stønader. For slike krav gjelder det ofte egne regler, som avviker fra den alminnelige formuerettslige reguleringen. Derimot er det antatt at det offentliges krav på tilbakebetaling av penger skal regnes som pengekrav på formuerettens område, uavhengig av om den fordringen som pengene var ment å oppfylle, er offentligrettslig (Rt. 2012 s. 1444, avsnitt 45).

Selv om skillet mellom offentlig rett og privatrett i utgangspunktet er klart nok, forekommer det rettsforhold som ligger i grenselandet mellom offentlig rett og privatrett. Slike rettsforhold kan inneholde både kontraktsrettslige og forvaltningsrettslige elementer. En rent systematisk klassifikasjon av rettsforholdet er da sjelden tilstrekkelig. Løsningen vil i praksis måtte bero dels på en analyse av kravets karakter (Rt. 1987 s. 351), dels på en vurdering av hvor langt den enkelte regel rekker (Rt. 1991 s. 858). Den vanlige tilnærmingen er å se på hvilke elementer i rettsforholdet som er dominerende (Rt. 1994 s. 400). I HR-2021-2364-A ledet slike betraktninger til at reglene om bristende forutsetninger ble anvendt direkte på en utbyggingsavtale mellom en kommune og et privat foretak. I HR-2019-1662-A ble det vist til at ytelsene fra Statens

pensjonskasse har «trekk både av avtalerettslig og offentligrettslig regulering» (avsnitt 76), men i den saken viste det seg at sontringen var uten selvstendig betydning for resultatet.

For det andre må det avgrenses mot *privatrettslige skyldforhold* som ikke er av formuerettslig karakter. Dette følger av at formueretten rettssystematisk bare omfatter de delene av privatretten som ikke hører til personretten, familieretten og arveretten. Formueretten fremkommer da som en «restkategori», som består av de delene av privatretten som ikke faller inn under de nevnte rettsdisiplinene. Selve grensdragningen mellom de ulike privatrettslige fagfeltene er i prinsippet forholdsvis klar, og den byr i praksis sjelden på problemer. Eksempelvis vil avtaler om ektefellers formuesordning reguleres av familieretten, selv om avtalen i det ytre skulle være utformet som en alminnelig formuerettslig avtale (Rt. 2006 s. 168).

En annen sak er at obligasjonsrettslige regler og prinsipper i en del tilfeller allikevel vil kunne komme til anvendelse, særlig dersom det er tale om avtaler om økonomiske forhold (Rt. 1990 s. 1094). På familie- og arverettens område kan det imidlertid være særlige hensyn som tilsier at formuerettens regler ikke uten videre kan anvendes direkte og i umodifisert form (Rt. 1939 s. 365). Som eksempel ble det i Rt. 1999 s. 718 om ektefellers gjensidige lojalitetsplikt uttalt at «kravene til oppriktighet og lojalitet er strengere enn i vanlige formuerettslige forhold» (på s. 725). I Rt. 2011 s. 1168 ble det fremholdt at det «kreves noe større grad av urimelighet for at en oppgjørsavtale mellom tidligere samboere skal settes til side som stridende mot avtaleloven § 36, enn tilfellet er for lemping av skifteavtaler mellom ektefeller etter ekteskapsloven § 65» (avsnitt 19). Spørsmålet om det i en bestemt sak er grunnlag for analogisk anvendelse av formuerettslige regler, må alltid avgjøres konkret.

1.1.3 Reglene om skyldforholdets innhold og opphør

I obligasjonsretten er søkelyset rettet mot reglene om skyldforholdets *innhold og opphør*. Bare unntaksvis er vi opptatt av hvordan et skyldforhold oppstår. Dette behandles mer hensiktsmessig i andre fag, slik som avtaleretten, hvor vi ser på etablering av avtalebaserte skyldforhold, og erstatningsretten, hvor vi behandler vilkårene for erstatningsplikt. Tilsvarende finner vi også i flere andre fag regler for stiftelse av forpliktelser. I obligasjonsretten forutsetter vi derimot at skyldforholdet er etablert. Det vi da først og fremst er interessert i, er (i) forpliktelsenes innhold og (ii) oppfyllelse, (iii) virkningene av ikke-oppfyllelse, (iv) ulike forhold som kan påvirke forpliktelsen og oppfyllelsen av den, og (v) enkelte særlige spørsmål knyttet til forpliktelser i sin alminnelighet, slik som overdragelse, motregning og foreldelse.

Avgrensningen mot *stiftelsen av skyldforholdet* er ikke uproblematisk. At reglene om forpliktelsenes innhold og opphør behandles løst fra reglene om forpliktelsenes stiftelse, er kanskje en av de mest tungtveiende innvendingene

som har blitt fremsatt mot obligasjonsretten som en selvstendig fagdisiplin. Det hevdes at det kan være lett å gå glipp av viktige sammenhenger når man skiller reglene om stiftelsesgrunnlaget fra reglene om forpliktelsesens innhold og opphør. Det er en kjent sak at det som et element i vurderingen av hvilket innhold en forpliktelse har, ofte ses hen til hvordan forpliktelsen har oppstått. Dette gjelder særlig ved avtalebaserte forpliktelser, hvor både avtalesituasjonen og omstendigheter forut for avtaleslutningen er viktige tolkingsfaktorer. Noen vil derfor mene at en bedre systematikk ville ha vært å behandle reglene om stiftelse, innhold og opphør under ett i en enhetlig kontraktsrett, og de felles-spørsmålene som oppstår for pengeforpliktelsene, i en pengekravsrett. Dette skal vi se litt nærmere på i punkt 1.3 nedenfor.

1.1.4 Alminnelig og spesiell obligasjonsrett

Vi skiller gjerne mellom alminnelig og spesiell obligasjonsrett. Som med all rettslig inndeling og systematisering er det først og fremst et spørsmål om formålstjenlighet som ligger til grunn for dette skillet. I den spesielle kontraktsretten rettes søkelyset mot særreglene for enkelte kontraktstyper. Når reglene for kjøp, entreprise eller husleie behandles som frittstående fag, er formålet som regel å belyse de reglene som gjelder for vedkommende kontraktstype. I den alminnelige obligasjonsretten ser vi derimot på de reglene som gjelder for *skyldforhold i sin alminnelighet*. Siktemålet er å gi en mest mulig samlet fremstilling av de reglene som er felles for alle skyldforhold. Det er flere forhold som kan tilsa at en fremstilling av alminnelig obligasjonsrett er nyttig og nødvendig. Begrunnelsen for den alminnelige obligasjonsrett er imidlertid ikke bare at det er ønskelig med en samlet fremstilling av de reglene som er felles for alle skyldforhold. Faget har også et videre formål.

Et sentralt formål med den alminnelige obligasjonsretten er å påvise felles-trekk på tvers av kontraktstypene, typisk i form av *felles problemstillinger* for alle kontraktsforhold. Man slipper da å behandle generelle regler i tilknytning til hver enkelt kontraktstype, men kan i stedet henvisne til den alminnelige obligasjonsrett. En alminnelig obligasjonsrett muliggjør dessuten utviklingen av et *felles begrepsapparat*. Dette kan gjøre den rettslige argumentasjonen mer presis, og det åpner også for komparative studier. Videre kan en samlet fremstilling på tvers av kontraktstypene gi grunnlag for å finne frem til en *enhetlig obligasjonsrettslig metode*. I den alminnelige obligasjonsretten er det dessuten rom for en bredere analyse av de reelle hensyn, og det kan etableres *felles hensynssett* som inngår i mer grunnleggende argumentasjonsmønstre. På denne måten utvikles alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper, som vil kunne være retningsgivende når det skal tas stilling til spørsmål knyttet til ulovfestede kontraktstyper.

I den *spesielle obligasjonsretten* gis det en separat fremstilling av reglene for hver enkelt kontraktstype. Ofte er det rent praktiske hensyn som begrunner en

isolert behandling av bestemte kontraktstyper. Dersom man skal arbeide med entreprise, kan det virke perifert med parallellbehandling av en rekke andre kontraktstyper, slik som kjøp, leie og transportavtaler. Også andre hensyn kan tilsa en særskilt behandling. Det kan være særlige spørsmål som bare oppstår i enkelte kontraktsforhold. Som eksempler kan nevnes entrepriserettens regler om endringsordre og sluttoppgjør, eller arbeidsrettens regler om oppsigelsesvern. Det kan også være spesielle hensyn som gjør seg gjeldende i en bestemt kontraktstype på en slik måte at en avvikende regulering er påkrevet. Som eksempler kan nevnes hensynet til forbrukerbeskyttelse i forbrukerforhold, sosiale hensyn i kontrakter om husleie og feste, eller hensynet til tredjepart i panteretten.

Det vil alltid være en viss *vekselvirkning* mellom den alminnelige og den spesielle kontraktsretten. Det er bare ved et studium av de enkelte kontraktstypene man får et tilstrekkelig grunnlag for å fastslå hvilke regler som er så utbredt at de kan karakteriseres som fellesregler for alle skyldforhold. Dersom en bestemt løsning legges til grunn i en rekke ulike kontraktsforhold, vil det kunne være nærliggende å anta at en tilsvarende løsning må legges til grunn også i andre kontraktsforhold. I rettsteorien kalles det «induksjon» når man trekker slutninger fra individuelle observasjoner til generelle prinsipper. I rettspraksis inntar analogislutninger en vel så sentral plass. Spørsmålet blir da om den løsningen som legges til grunn ved et regulert tilfelle, også kan legges til grunn ved et uregulert tilfelle. Den reelle problemstillingen blir om det er særlige hensyn som gjør seg gjeldende for den spesielle kontraktstypen, eller om de alminnelige reglene kan gis anvendelse. Dette skal vi se litt nærmere på i punkt 1.4.4 nedenfor.

1.2 Obligasjonsrettslige grunnbegreper

1.2.1 Forpliktelse – krav – fordring

I alle skyldforhold inngår forpliktelsen som et grunnleggende element. Forpliktelsen angir hva skyldneren (debitor) er forpliktet til å prestere, samtidig som den angir hva fordringshaveren (kreditor) har krav på å motta. Forpliktelse og krav (fordring) er således to sider av samme sak, avhengig av om man ser det fra debtors eller kreditors ståsted. Den tekniske termen *obligasjon* benyttes noen ganger som en fellesbetegnelse på debtors forpliktelse og kreditors krav. Rent språklig betegner en obligasjon nettopp at partene gjennom skyldforholdet bindes til hverandre (lat. *ob*, til; *ligare*, binde). Obligasjonen oppfattes her som et rettslig bånd (lat. *vinculum juris*), som knytter partene sammen i et obligatorisk rettsforhold.

Obligasjon (lat. *obligatio*) = forpliktelse, krav, bindende rettsforhold

Et rettsforhold som reguleres av obligasjonsrettens regler, kaller man gjerne et obligatorisk rettsforhold. Når uttrykket «obligatorisk» benyttes i rettslig sammenheng, har det en noe annen betydning enn den vi ellers er vant til. Uttrykket «obligatorisk» er, som vi har sett, avledet av «obligasjon», som nettopp betegner et krav eller en forpliktelse. I alminnelig dagligtale impliserer obligatorisk derimot at noe er tvungent, i betydningen mangel av valgfrihet. Dersom det først foreligger en rettslig bindende forpliktelse, vil oppfyllelsen ofte kunne fremtvinges dersom den ikke skjer frivillig. Den parten som er forpliktet, kan derfor ikke velge om han vil oppfylle forpliktelsen eller ikke. Uttrykk som «obligatorisk krav» kan da fremstå som smør på flesk. Når det i rettslig sammenheng tales om obligatoriske krav eller rettsforhold, er poenget først og fremst å markere forskjellen fra såkalte tinglige krav eller rettsforhold (se punkt 1.2.5 nedenfor).

Spørsmålet om en forpliktelse er *rettslig bindende*, beror på reglene for stiftelsesgrunnlaget. Dersom en forpliktelse har avtalerettslig grunnlag, gjelder det som en hovedregel et prinsipp om formfrihet (HR-2017-971-A, avsnitt 36). Dette innebærer at det normalt ikke kreves at forpliktelsen skal komme til uttrykk skriftlig. I FN-konvensjonen om internasjonale løsørekjøp (CISG) artikkel 11 første punktum fastsettes på tilsvarende måte at en avtale om kjøp «need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form». I forlengelsen av dette heter det i annet punktum at avtalen «may be proved by any means, including witnesses». En muntlig avtale må imidlertid oppfylle visse grunnleggende innholdsmessige krav. Dersom et utsagn skal etablere en rettslig bindende forpliktelse, må det ha et innhold som er tilstrekkelig klart og bestemt. Dette er krav som oppstilles for at forpliktelsen skal kunne håndheves. Ved etablering av rettslige forpliktelser er muligheten for etterfølgende håndhevelse naturlig nok et viktig aspekt.

Det er derfor ikke uvanlig at partene formaliserer forpliktelsen. Slik formalisering av en forpliktelse har først og fremst bevisvirkninger. Den vanligste formen for formalisering er at det opprettes en skriftlig avtale. Partenes respektive forpliktelser må da som hovedregel utledes av kontraktsdokumentet. I noen avtale typer, slik som ved avhendelse av fast eiendom, er det så vanlig med skriftlig kontrakt, at beviskravene skjerpes dersom det påstås at en slik avtale er inngått muntlig. I Rt. 1980 s. 290 ble det således påpekt at «det etter rettspraksis stilles meget strenge krav til bevisene for at det er inngått en bindende muntlig avtale når det gjelder avhendelse av fast eiendom» (på s. 294). Det ble også fremholdt: «De hensyn som ligger bak dette strenge beviskrav, gjør seg med atskillig styrke gjeldende også når det gjelder et så viktig spørsmål som hvorvidt det muntlig er inngått en bindende avtale om pantsetting av fast eiendom» (l.c.). Tilsvarende uttalelser finnes blant annet i Rt. 1955 s. 719 og Rt. 1985 s. 1265.

Som et annet typisk eksempel på formalisering må nevnes at en pengeforpliktelse nedfelles i et gjeldsbrev. Gjeldsbrevet tjener da som dokumentasjon

for skyldforholdet. Men ulike former for formalisering kan i seg selv trekke med seg visse rettsvirkninger, både i forholdet mellom partene, og i forholdet til ulike tredjemenn. Selv om hovedprinsippet i gjeldsbrevloven § 1 er at utstedelse av et gjeldsbrev ikke medfører noen endringer i skyldforholdet, finnes det flere unntak fra dette. I forholdet mellom partene kan utstedelse av et gjeldsbrev eksempelvis lede til at foreldelsesfristen utvides fra tre til ti år (foreldelsesloven § 5). I et gjeldsbrev kan det dessuten inntas bestemmelser som forenkler en eventuell senere inndrivelse (tvangsloven § 7-2 første ledd bokstav a). I forholdet til tredjepart kan utstedelse av gjeldsbrev gi grunnlag for ulike legitimasjonsvirkninger som medfører bedre rett for tredjepart. Reglene om slike virkninger behandles primært som en del av dokumentlæren.

Endelig må nevnes at *uttrykket «obligasjon» i enkelte låne- og kredittforhold* ofte benyttes i en betydning som avviker fra den det er gjort rede for her. En «pantobligasjon» er den vanlige betegnelsen på et gjeldsbrev som er kombinert med en panterett. Vi må også nevne finansiering ved utstedelse av obligasjoner. Såkalte «obligasjonslån» er en særlig finansieringsform som stat, kommuner og større selskaper gjerne benytter som et alternativ til banklån. Det er i denne sammenhengen vi møter uttrykk som statsobligasjoner, ihendehaverobligasjoner, partialobligasjoner, osv. Obligasjoner ble tidligere utstedt som omsettelige verdipapirer, og de kunne selges eller pantsattes på samme måte som aksjer. Men utstedte obligasjoner er ikke lenger knyttet til et fysisk dokument, og de eksisterer nå kun som en elektronisk innføring i en verdipapirsentral, jf. verdipapirsentralloven kapittel 3. Til tross for at obligasjoner har mistet sin dokumenttilknytning, har man i stor utstrekning beholdt terminologien fra de papirbaserte obligasjoners tid. Uttrykket «kupongrente» er et eksempel på dette. Obligasjoner som gjeldsinstrument behandles i kredittretten, og til tross for navnet inntar de ingen sentral plass i obligasjonsretten.

1.2.2 Skyldforholdets parter

En obligasjonsrettslig forpliktelse eksisterer mellom to parter: I dette topartsforholdet kaller vi den parten som er forpliktet, debitor eller skyldner, mens den parten som er berettiget, kalles kreditor eller fordringshaver. I lovspråket forekommer dessuten betegnelsen «kravshaver», slik som i gjeldsbrevloven (1939). UNIDROIT PICC benytter gjennomgående partsbenevnelsene «obligor» og «obligee», jf. definisjonen i artikkel 2.11: «... ‘obligor’ refers to the party who is to perform an obligation and ‘obligee’ refers to the party who is entitled to performance of that obligation».

Det er viktig å merke seg at uttrykkene debitor og kreditor bare gir mening når de knyttes til forpliktelsen. Ett og samme skyldforhold vil som oftest inneholde en rekke ulike forpliktelser, og skyldforholdet fremkommer som summen av de enkelte forpliktelsene som eksisterer mellom partene. Dersom man ser på skyldforholdet under ett, kan man ikke utpeke en av partene som kreditor

og en som debitor, og det blir derfor temmelig meningsløst å tale om kreditor og debitor i kontraktsforholdet som sådant. I mange skyldforhold har man innarbeidede termer for partene. I kjøpsforhold taler man om kjøper og selger, i leieforhold er partene utleier og leietaker, i festeforhold har man bortfester og fester. Når det ikke foreligger slike betegnelser, benytter man noen ganger begrepsparene realkreditor/realdebitor og pengekreditor/pengedebitor for å markere hvem av partene i et kontraktsforhold det tales om.

Kreditorbegrepet i obligasjonsretten er meget videre enn det kreditorbegrepet vi møter i den dynamiske tingsrett. Reglene for løsning av tredjepartskonflikter bygger på et grunnleggende skille mellom avtaleervert og kreditorbeslag. Når en part betegnes som «kreditor» i den dynamiske tingsretten, siktes det til den *dekningsøkende kreditor*, det vil si en kreditor som tar beslag i skyldnerens formuesgoder for å få dekning for sitt krav. Hovedregelen om kreditorenes beslagsrett er dekningsloven § 2-2. Etter denne bestemmelsen har fordringshaverne «rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden». Dette gjelder både ved enkeltforfølgning (utlegg) og ved fellesforfølgning (konkurs). I gjeldsbrevloven er de forskjellige kreditorbegrepene markert ved en språklig nyanse som man bør være oppmerksom på: Kreditor for et obligasjonsrettslig krav betegnes gjennomgående som «kravshaver», mens de kreditorer som tar beslag, fortrinnsvis omtales som «kravsmennene» (gjeldsbrevloven §§ 29 og 32).

1.2.3 Skyldforholdets enhet og avgrensning

Forpliktelsen er grunnelementet i et hvert skyldforhold. Som regel vil et skyldforhold bestå av en rekke ulike forpliktelser. Selve skyldforholdet fremkommer som summen av de forpliktelsene partene har overfor hverandre. De enkelte forpliktelsene utgjør imidlertid en enhet, og samtlige forpliktelser må naturlig nok ses i sammenheng med hverandre. Dette viser seg på flere måter. Ulike aspekter ved enkelte forpliktelser kan bestemme skyldforholdets karakter, slik som ved klassifikasjon av ulike kontraktstyper. Forholdet mellom de enkelte forpliktelsene som inngår i et skyldforhold, vil også kunne ha betydning når forpliktelsens innhold skal fastlegges ved tolking. En god forståelse av en kontrakt forutsetter at man evner å se enkeltforpliktelsene som en del av et større hele. Når forholdet mellom de enkelte forpliktelsene skal beskrives og forklares, kan det være instruktivt å skille mellom parallelle, gjensidige og sekundære forpliktelser.

Med *parallelle forpliktelser* mener vi forpliktelser som eksisterer side om side med samme debitor og samme kreditor. I en kjøpekontrakt vil kjøperen ikke bare ha plikt til å betale kjøpesummen (hovedforpliktelsen), han vil også ha plikt til å medvirke til at selgeren kan oppfylle sin leveringsforpliktelse (kjøpsloven § 50). Tilsvarende kan det være at byggherren ikke bare skal betale for de arbeidene som utføres, men også utarbeide tegninger, beskrivelser

og beregninger. Noen slike forpliktelser er selvstendige, mens andre oppstår når den forpliktete er i kreditorposisjon. Det er vanlig å skille mellom hovedforpliktelser og sideforpliktelser (punkt 2.2.5 nedenfor). Hovedforpliktelsen fremtrer da som den mest dominerende forpliktelsen i kontraktsforholdet. Det er som regel hovedforpliktelsene i kontraktsforholdet som bestemmer kontraktstypen, og som blir avgjørende for hvilken bakgrunnsrett som eventuelt kommer til anvendelse.

Med *gjensidige forpliktelser* menes de forpliktelsene i et bestemt skyldforhold som står i et avhengighetsforhold til hverandre. I et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold er hver av partene berettiget og forpliktet til ulike ytelser. Selgeren er forpliktet til å levere tingen, mens kjøperen er forpliktet til å betale kjøpesummen. Betegnelsen «gjensidige» forpliktelser kan være hensiktsmessig når vi er ute etter forholdet mellom partenes respektive forpliktelser. Forholdet mellom partenes motstående forpliktelser viser seg på flere måter. Særlig sentralt er at hver av partenes forpliktelse bygger på en forutsetning om at den andre parten er forpliktet. Selgerens forpliktelse til å levere tingen bygger således på en forutsetning om at kjøperen er forpliktet til å betale kjøpesummen. Som en hovedregel er en kontraktspart i mangel av avtale om noe annet ikke forpliktet til å prestere sin yttelse uten at motytelsen presteres samtidig. Endelig er det i gjensidig bebyrdende kontraktsforhold en formodning for en viss balanse mellom ytelse og motytelse. Denne balansen fremkommer når vi ser partenes respektive forpliktelser i lys av hverandre. Dette skal vi se nærmere på i punkt 1.2.4.

Med *sekundære forpliktelser* mener vi forpliktelser som ligger latent i skyldforholdet, og som bare blir aktuelle i bestemte tilfeller. Særlig gjelder dette dersom en primærforpliktelse ikke oppfylles etter sitt innhold, eller dersom det oppstår hindringer som påvirker mulighetene for oppfyllelse. Dersom selgeren ikke oppfylder kontraktsmessig, vil kjøperens krav på retting, prisavslag eller erstatning aktualiseres. Slike kontraktsbruddskrav er sekundære, ettersom de bare kan gjøres gjeldende dersom det foreligger mislighold av den primære forpliktelsen. Dersom det skulle oppstå hindringer, vil debitor ut fra alminnelige lojalitetshensyn dessuten være forpliktet til å varsle om vanskeligheter med oppfyllelsen (kjøpsloven § 28). Sideforpliktelser har ofte som funksjon å sikre en smidig oppfyllelse og avvikling av skyldforholdet. Også andre lojalitetsbaserte forpliktelser kan henføres til denne kategorien.

Selve *avgrensningen av skyldforholdet* byr i praksis sjelden på problemer. Det er i utgangspunktet reglene om stiftelsesgrunnlaget som bestemmer skyldforholdets rammer. Ved erstatningskrav er det avgjørende hvilke krav som springer ut av den skadevoldende handlingen. Tilsvarende er det ved kontraktsforpliktelser spørsmål om hvilke krav som oppstår i et bestemt kontraktsforhold. Men unntaksvis kan avgrensningen by på problemer. Krav som springer ut av samme rettsforhold, kaller vi konnekse. Behovet for grensdragning viser seg når det mellom de samme partene eksisterer flere skyldforhold. Det rettslige

spørsmålet som da kan oppstå, er om det er vanntette skott mellom de enkelte skyldforholdene, eller om det som skjer i ett skyldforhold, kan påvirke eller utløse rettsvirkninger i et annet skyldforhold. Klassifikasjonen av krav som konnekse har særlig betydning for reglene om detensjonsrett, tilbakeholdsrett og motregningsrett. Det avgjørende er om det foreligger tilknytningsforhold mellom kravene på tvers av stiftelsesgrunnlaget.

I Rt. 1992 s. 504 var det spørsmål om krav som oppsto i to ulike tilvirkningskontrakter mellom samme parter, kunne sies å springe ut av samme rettsforhold. Førstvoterende bemerket her på generelt grunnlag: «Når det foreligger flere avtaler, mener jeg det må påvises et tilknytningsforhold mellom dem som gjør det rimelig å si at krav etter avtalene er oppstått i samme rettsforhold» (på s. 507). Det var imidlertid ikke tilfellet i den foreliggende saken. Det ble særlig vist til at det var tale om krav knyttet til avtaler inngått på forskjellige tidspunkter, om ulike leveranser til to separate byggeprosjekter, og uten at det forelå noe løpende forretningsforhold mellom partene. I HR-2019-1662-A ble dette supplert med en bemerkning om at det ikke er «holdepunkter for at tilknytningskravet hviler på en forutsetning om at de utløsende faktiske forhold eller vilkår må være like, selv om slike forhold kan være relevante» (avsnitt 53).

Konneksitet (lat. *conexus*) = sammenbinding, forbindelse, krav som springer ut av samme rettsforhold

Den rettslige betydningen av å avgrense skyldforholdet kan dessuten vise seg på andre måter. Dersom det mellom samme parter består flere skyldforhold, må man som en alminnelig regel gå ut fra at mislighold i ett skyldforhold ikke gir grunnlag for kontraktsbruddsvirkninger i et annet. Men fra dette utgangspunktet må det oppstilles enkelte unntak. For det første kan mislighold i ett kontraktsforhold gi grunnlag for *antesipert* mislighold i et annet (punkt 4.9 nedenfor). For det andre er det et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp at mangel ved en kjøps-gjenstand etter omstendighetene kan gi rett til å gå fra kjøpet av en annen gjenstand kjøpt ved samme kontrakt (Rt. 2005 s. 257, avsnitt 45). Dette gjelder særlig dersom sammenhengen mellom to ytelser medfører at den ene ytelsen ikke kan benyttes som forutsatt på grunn av mangel ved den andre ytelsen. Det kan bero på tilfældigheter om partenes respektive forpliktelser er formalisert i en eller flere avtaler. I så fall er det den reelle tilknytningen mellom forpliktelsene som må være avgjørende. Det forekommer også at partene avtaler at mislighold i ett kontraktsforhold skal regnes som mislighold også i andre kontraktsforhold. Denne typen bestemmelser, som gjerne går under betegnelsen «cross default», er særlig vanlige i visse låneforhold. Etter finansavtaleloven § 3-46 fjerde ledd annet punktum kan tjenesteyteren «ikke overfor kunden betinge seg rett til å heve eller si opp avtalen eller til å anse et pengekrav etter

avtalen som forfalt på grunn av at kunden har misligholdt en annen avtale eller et annet pengekrav». En annen sak er at en kunde som overfor institusjonen har handlet i strid med redelighet og god tro, kan bli møtt med avtalerettslige ugyldighetsregler, slik som avtaleloven § 33, jf. finansavtaleloven § 3-46 femte ledd første punktum.

1.2.4 Ensidige og gjensidig bebyrdende skyldforhold

Et viktig skille går mellom ensidige og gjensidig bebyrdende skyldforhold. I et *ensidig skyldforhold* er det bare en av partene som er forpliktet. Eksempler på slike skyldforhold kan være forpliktelsen til å yte i henhold til et gaveløfte eller en kausjonserklæring. Når en person påtar seg en ensidig forpliktelse, er dette normalt begrunnet i særlige forhold. Det kan være giveren som ønsker å begunstige en slektning eller annen nærstående med en gave, eller kausjonisten som stiller opp for en gammel forretningsforbindelse som en «vennetjeneste». De aller fleste skyldforhold er gjensidig bebyrdende. Et *gjensidig bebyrdende skyldforhold* kjennetegnes dels ved at begge parter er forpliktet overfor hverandre, dels ved at partens respektive forpliktelser hviler på en forutsetning om oppfyllelse av den motstående forpliktelsen. Det sies da at forpliktelsene er «gjensidige». Dette viser seg på flere måter.

Den såkalte *gjensidighetsforutsetningen* står sentralt i alle gjensidig bebyrdende kontraktsforhold. Den grunnleggende betraktningen er her at hver av partenes forpliktelse bygger på en forventning om den annen parts motytelse som vederlag for egen prestasjon. I Rt. 2014 s. 351 fremhevet Høyesterett dette «sentrale prinsippet i kontraktsretten» særskilt (avsnitt 46). Prinsippet har stor betydning for det rettslige samspillet mellom partenes respektive forpliktelser, og forståelsen av dette samspillet er grunnleggende. I gjensidig bebyrdende kontraktsforhold er det ikke bare tale om selvstendige forpliktelser som eksisterer side om side: Forpliktelsene står i et gjensidig avhengighetsforhold til hverandre. Dette viser seg i ulike relasjoner. Klarest er de tilfellene hvor en parts forpliktelse simpelthen bortfaller fordi medkontrahenten ikke kan eller vil oppfylle sin del av kontrakten.

Sammenkoblingen av partenes respektive forpliktelser leder dessuten til at kravene til ytelse og motytelse må fastlegges i lys av hverandre. Noen ganger skjer dette direkte, andre ganger indirekte, for eksempel der størrelsen på vederlaget får betydning ved tolking av kontrakter. I Rt. 1988 s. 519 ble det ved tolkingen av en gjenkjøpsrett i en kjøpsavtale vist til at «balanseforholdet mellom ytelsene på begge sider tilsier at det dreier seg om en rettighet av forholdsvis begrenset varighet» (på s. 526). Gjensidighetsforutsetningen har også klare linjer til reglene om kontraktsbrudd. Flere av kontraktsbruddsvirkningene er såkalte gjensidighetsvirkninger. Dersom motytelsen uteblir, kan parten holde sin egen ytelse tilbake (punkt 4.3) eller heve avtalen (punkt 4.7). Dessuten har flere av de sanksjonene som kan gjøres gjeldende ved kontraktsbrudd, som funksjon å gjen-

opprette balansen i kontraktsforholdet. Denne balansen kan gjenopprettes enten ved kontraktsbruddskrav som retter seg mot debitors forpliktelse, slik som ved krav på retting eller omlevering (punkt 4.5), eller ved kontraktsbruddskrav som retter seg mot kreditors forpliktelse, slik som ved krav på prisavslag (punkt 4.6). Det sentrale i begge disse tilfellene er at partenes forpliktelser modifiseres for å kompensere for den misligholdende parts kontraktsbrudd.

Prinsippet om *ytelse mot ytelse* eller samtidighetsprinsippet betraktes som et annet viktig utslag av gjensidighetsforutsetningen. Dette prinsippet går ut på at partenes respektive forpliktelser skal oppfylles samtidig. En part har som hovedregel ikke plikt til å prestere sin egen ytelse uten at han samtidig får motpartens ytelse. Et uttrykk for dette prinsippet finner vi i kjøpsloven § 10, som fastsetter at selgeren ikke plikter å overgi tingen «uten at kjøpesummen betales samtidig». Det samme gjelder som hovedregel i andre kontraktsforhold som går ut på gjensidig utveksling av ytelser. I UNIDROIT PICC artikkel 6.1.4 første ledd uttrykkes regelen i generell form: «To the extent that the performances of the parties can be rendered simultaneously, the parties are bound to render them simultaneously unless the circumstances indicate otherwise.» Prinsippet om ytelse mot ytelse lar seg imidlertid ikke alltid gjennomføre fullt ut. Det kan derfor være påkrevet med enkelte modifikasjoner. I Rt. 2013 s. 1476 uttalte førstvoterende følgende (avsnitt 36):

«Om det ikke er avtalt annet, gjelder i kontraktsretten et prinsipp om ytelse mot ytelse. Det innebærer at den som skal prestere realytelsen, kan kreve vederlaget betalt straks realytelsen er erlagt. Er realytelsen slik at den tar tid å gjennomføre, er utgangspunktet at vederlaget først kan kreves utbetalt når ytelsen er fullført, jf. Haaskjold, Kontraktsforpliktelser, side 587–588.»

Den samme løsningen oppstilles i UNIDROIT PICC artikkel 6.1.4 annet ledd: «To the extent that the performance of only one party requires a period of time, that party is bound to render its performance first, unless the circumstances indicate otherwise.» Dersom prinsippet om ytelse mot ytelse skal fravikes, må dette være avtalt. En slik avtale kan være uttrykkelig eller implisitt. Det kan også være at ytelsene er av en slik art at samtidig utveksling ikke kan finne sted. I så fall vil bakgrunnsretten ofte inneholde regler for hvem som er forpliktet til å yte først.

1.2.5 Obligatoriske rettsforhold

I obligasjonsretten står såkalte obligatoriske rettsforhold sentralt. Vi bruker noen ganger den tekniske termen «obligatoriske krav» for å markere at et krav er regulert av obligasjonsrettens regler. Som vi allerede har sett, avviker denne språkbruken noe fra det som er vanlig (punkt 1.2.1 ovenfor). Det sentrale i denne sammenhengen er imidlertid å markere avgrensningen mot rettsforhold

som ikke er obligatoriske. Her er det først og fremst grensen mot tinglige rettsforhold som har praktisk betydning.

Selve skillet mellom *obligatoriske* og *tinglige rettsforhold* er vanskelig. Generasjoner av jurister har forsøkt å finne frem til en hensiktsmessig grensdragning, uten at dette kan sies å ha vært særlig vellykket. Mange av de definisjonene som har blitt oppstilt, er dessuten sirkulære, ved at de forutsetter det som skal bevises. Problemet er at løsningen ikke lar seg sammenfatte i en enkelt formel. Det er heller ikke slik at vi kan utlede rettsvirkninger av klassifikasjonen av et rettsforhold som obligatorisk eller tinglig. Det er mer tale om etiketter som vi setter på et sluttprodukt for å forklare det resultatet vi har kommet frem til. Løsningen må derfor alltid bero på en tolking av de reglene vi anvender. Selv om skillet mellom obligatoriske og tinglige krav for alle praktiske formål er forlatt som rettslig inndeling, er det i visse sammenhenger like fullt nyttig som begrepsforklarende karakteristikk.

Det sies gjerne at en tinglig rett kjennetegnes ved at den kan gjøres gjeldende mot alle, mens et obligatorisk krav bare kan gjøres gjeldende mot medkontrahenten. Et stykke på vei kan dette være dekkende. Men ved klassifikasjonen av krav er det nok mer treffende å ta utgangspunkt i det rettslige grunnlaget for kravet. Et krav er typisk *obligatorisk* dersom det har rettslig grunnlag i avtale. En avtale binder som en hovedregel bare partene, og det sier seg da selv at krav som bygger på avtalen, normalt ikke kan gjøres gjeldende mot andre enn medkontrahenten. Helt klart er dette for så vidt gjelder partenes respektive krav på ytelse og motytelse. Men også eventuelle krav som følge av kontraktsbrudd bygger på kontrakten. Vi klassifiserer derfor kontraktsbruddskravene som obligatoriske. Det kan også nevnes at krav som bygger på delikt, er obligatoriske. I mangel av holdepunkter for noe annet kan skadelidte som en hovedregel bare kreve erstatning av skadevolder.

Når det fremholdes at et *tinglig* krav kan gjøres gjeldende mot alle, innebærer dette at det må foreligge et annet rettslig grunnlag for kravet enn et avtaleforhold til den kravet rettes mot. Det rettslige grunnlaget for tinglige krav er som oftest en eiendomsrett eller en begrenset rettighet. Eiendomsretten regnes som det ultimate eksemplet på en tinglig rett. Eksempler på begrensede rettigheter kan være bruksretter og panteretter. Dersom eieren eller rettighets-haveren fremsetter et krav med rettslig forankring i selve rettigheten, vil kravet måtte klassifiseres som tinglig. Kravet kan da betraktes som et uttrykk for den «rådighet» som ligger i vedkommende rettighet. Når eiendomsretten gjøres gjeldende ved at eieren krever tingen sin tilbake fra den som har tatt den fra ham, er kravet på tilbakelevering et tinglig krav. Det er i denne sammenhengen uten betydning hvem som har tatt tingen. Krav som bygger på eiendomsretten, kan gjøres gjeldende mot alle og enhver. Det samme gjelder når panthaveren på grunnlag av panteretten fremsetter krav på dekning av pantet.

Grensen mellom obligatoriske og tinglige krav er ikke alltid like klar. Særlig gjelder dette når det kan være uklart om et krav bygger på avtale eller annet

grunnlag. Problemstillingen kan illustreres ved hjelp av noen praktiske type-tilfeller. Når kjøperen av en fast eiendom krever eiendommen overført til seg, er det kontrakten som er det rettslige grunnlaget for kravet. Kravet på overføring er da obligatorisk (Rt. 1985 s. 503). Først når kjøperen har blitt eier, kan han med grunnlag i sin eiendomsrett fremsette tinglige krav. Når eieren ved utløpet av avtaletiden krever en ting tilbake fra en låntaker eller en leietaker, er det eiendomsretten som er det rettslige grunnlaget for kravet. Kravet på tilbakelevering begrunnes her ikke i kontrakten, og det må da klassifiseres som tinglig. Dette gjelder selv om avtalen skulle inneholde en bestemmelse om tilbakeleveringsplikt ved opphør av kontraktsforholdet.

Dersom en avtale om overføring av eiendomsretten til en fast eiendom er ugyldig, er eierens krav på tilbakeføring av eiendommen (vindikasjonskravet) et tinglig krav. Det er her eiendomsretten som er det rettslige grunnlaget for kravet. Når avtalen på grunn av ugyldighet ikke er bindende, foreligger det intet avtalerettslig grunnlag for kravet. En kontraktsparts krav på tilbakelevering av egen ytelse som følge av heving bygger derimot på avtalen mellom partene. Kravet på tilbakelevering er rettslig sett begrunnet i avtalen, og kravet er dermed obligatorisk. Dette innebærer at et krav på tilbakeføring som følge av ugyldighet er et tinglig krav, mens et krav på tilbakeføring som ledd i et hevingsoppgjør er obligatorisk. En praktisk viktig konsekvens av denne forskjellen viser seg ved anvendelse av foreldelsesreglene. Etter foreldelsesloven (1979) § 1 er det bare fordring på penger eller andre ytelser som er gjenstand for foreldelse. En tinglig rett foreldes ikke, men den kan selvsagt falle bort på annet grunnlag, slik som ved hevd.

Dommen i Rt. 2012 s. 506 er sentral. En mann hadde ved avtale solgt en fast eiendom til et selskap. Det ble utstedt skjøte, og grunnbokshjemmelen ble overført til kjøperen. Etter mannens død tok arvingene ut søksmål med krav på tilbakeføring av eiendommen (vindikasjon). Det ble anført at avtalen var ugyldig, blant annet fordi mannen på grunn av aldersdemens manglet rettslig handleevne på avtaletiden. Da tilbakeføringskravet ble fremsatt, var den alminnelige foreldelsesfristen for lengst utløpt. For Høyesterett var det spørsmål om kravet på tilbakeføring var en «fordring» som var gjenstand for foreldelse. Førstvoterende fremholdt som et «utvilsomt» utgangspunkt at en eiers vindikasjonskrav ikke foreldes (avsnitt 21). Spørsmålet i saken var om dette utgangspunktet kunne opprettholdes når kravet på tilbakeføring begrunnes i avtalerettslig ugyldighet. Dette måtte bero på en tolking av fordringsbegrepet i foreldelsesloven. Etter en gjennomgang av lovens forarbeider og juridisk teori ble det lagt til grunn at overdragers restitusjonskrav overfor den som har ervervet gjenstanden ved en avtale som ikke er bindende for overdrageren, ikke foreldes.

1.3 Debatten om fagets navn

En fremstilling av rettsreglene kan avgrensnes på forskjellige måter. Noen faginndelinger bygger på en tradisjonell systematikk, slik som skillet mellom offentlig rett og privatrett. Andre inndelinger bryter med etablerte rettsystematiske inndelingskriterier. Dette er tilfellet med de fagene som tar sikte på en samlet fremstilling av de reglene som gjelder på et bestemt livsområde, slik som sjøretten og landbruksretten. Avgjørelsen av hvilke rettsregler som skal behandles i hvilke fag, må som regel bero på hva som er formålstjenlig. Regler som saklig og funksjonelt hører sammen, bør i størst mulig grad undergis felles behandling, samtidig som fremstillingen bør avgrensnes slik at de enkelte fag får naturlige rammer og ikke blir for omfattende. Ulike inndelinger kan dessuten være egnet til å betone bestemte aspekter ved de rettsreglene som behandles. Hensynet til beskyttelse av forbrukere kan nevnes som eksempel på et slikt aspekt.

Avgrensningen av de klassiske rettsområdene er langt på vei tradisjonelt bestemt. Fra tid til annen blir det imidlertid stilt spørsmål om de tradisjonelle skillelinjene mellom juridiske fag er hensiktsmessige eller ikke. Nesten like viktig som kunnskap om innholdet i ulike rettsdisipliner og fagområder er innsikt i og forståelse for *sammenhengen mellom rettsreglene*. I den utstrekning fagområdene kan inndeles og avgrensnes på en måte som gjør at sentrale sammenhenger kommer frem, vil dette være å foretrekke. Tilsvarende bør man være forsiktig med avgrensninger og inndelinger som leder til at viktige sammenhenger og forbindelseslinjer i rettsstoffet går tapt. Det skal derfor sies litt om obligasjonsrett som selvstendig rettsdisiplin og noen alternative inndelingsmåter.

En konsekvens av at reglene om stiftelsesgrunnlaget holdes utenfor fremstillingen av den alminnelige obligasjonsrett, er at reglene om stiftelse av forpliktelser nødvendigvis må behandles i andre fag. Det fremstår uten videre som naturlig at reglene om erstatningsplikt behandles separat i erstatningsretten. De forpliktelsene som bygger på kontrakt, står derimot i en særstilling. Det er en nær indre sammenheng mellom reglene om avtalers inngåelse (*avtaleretten*) og reglene om avtalers innhold og opphør (*obligasjonsretten*). Det er dessuten flere aspekter ved avtaleforholdets tilblivelse som kan påvirke avtalens innhold. En separat behandling i to ulike fagområder kan lett lede til at viktige forbindelseslinjer mellom de to fagene går tapt. Det har derfor vært hevdet at en slik inndeling kan være uheldig, og det kan reises innvendinger mot at reglene om stiftelse av kontraktsforpliktelser behandles for seg i avtaleretten.

En alternativ systematikk er en tverrgående behandling av alle spørsmål som gjelder kontraktsforpliktelser. En fremstilling av «kontraktsretten» vil da omfatte reglene om stiftelse, innhold og opphør av de forpliktelsene som bygger på kontrakt. Men når det er reglene om kontrakter som skal fremstilles, kan det være naturlig å skille ut til særskilt behandling en del av de alminnelige reglene

for pengeforpliktelse som ellers omfattes av obligasjonsretten. I kontraktsretten begrenses derfor fremstillingen til pengeforpliktelse i form av vederlagskrav, slik at pengekrav som oppstår på annet grunnlag holdes utenfor. Man ender da opp med et fag som ser på reglene for kontrakter (*kontraktsretten*) og et eget fag som ser på pengeforpliktelsene i sin alminnelighet (*pengekravsretten*). I pengekravsretten foretar man en fellesbehandling av pengekravene, uten hensyn til om de har grunnlag i kontrakt eller annet enn kontrakt. På denne måten får man en enhetlig behandling av rettsreglene for pengeforpliktelsene.

På samme måte som obligasjonsretten deles kontraktsretten inn i en *alminnelig og en spesiell del*. I den alminnelige kontraktsretten ser vi på de reglene som er felles for alle kontraktsforhold. I den spesielle kontraktsretten behandles de reglene som gjelder for den enkelte kontraktstypen. Her tar man også med de særreglene som måtte gjelde for inngåelse av avtaler av den aktuelle typen.

Det er grunn til å minne om at rettsreglene i utgangspunktet er de samme uavhengig av hvilken systematikk som velges når reglene skal fremstilles. Men valg av systematikk kan nok i en viss utstrekning ha en indirekte påvirkning på rettsutviklingen. Det er en kjent sak at det innenfor de enkelte fagområdene er en tendens til at rettsoppfatninger fester seg. Det kan være ulike hensyn som fremheves eller betones i ulik grad, eller det kan være prinsipper og hensyn som vektlegges på ulik måte avhengig av hvilket materiale som benyttes som empirisk grunnlag. I en fremstilling av den alminnelige obligasjonsretten vil bredden i det materialet som behandles, effektivt utelukke risikoen for at visse hensyn fremheves til fortrensel for andre.

1.4 Obligasjonsrettens kilder

1.4.1 Innledende bemerkninger

Et av hovedformålene i rettskildelæren er å gi en beskrivelse av rettsanvendelsesprosessen. Med dette mener vi den fremgangsmåten som vanligvis følges når det skal tas stilling til retts spørsmål etter gjeldende rett. Beskrivelsen av rettsanvendelsesprosessen tar gjerne utgangspunkt i tre hovedkomponenter, som sammenfattes med stikkordene relevans, slutning og vekt. Med relevans mener vi hvilke faktorer rettsanvenderen kan eller skal ta i betraktning ved avgjørelsen av rettslige spørsmål. Som et spørsmål om slutning behandler vi hvilke argumenter som kan trekkes ut av den enkelte faktor. Endelig er det et spørsmål om vekt når de ulike argumentene skal holdes opp mot og avveies mot hverandre. Sluttproduktet av rettsanvendelsesprosessen er en rettsregel, som kan anvendes på et gitt faktum.

I den alminnelige rettskildelæren behandles metodespørsmålene på tvers av inndelingen mellom de ulike fagområdene. Siktemålet er å gi en mest mulig allmenngyldig fremstilling av de metodespørsmålene som antas å være felles for alle eller de fleste rettsområder. Samtidig er det slik at de enkelte fagdisiplinene

kan ha sin egen rettskildelære. Når vi drøfter spørsmålet om *obligasjonsrettens kilder*, bygger dette på en forutsetning om at obligasjonsrettens kildelære avviker fra det som gjelder på andre rettsområder. Det kan dels dreie seg om kildefaktorer som vi ikke møter i andre fag, slik som kontraktspraksis, og dels kan det være tale om særskilte hensynssett som må tillegges særlig betydning. I obligasjonsretten er det først og fremst hensynet til partenes behov for forutberegnelighet og hensynet til en rimelig løsning i det enkelte tilfellet som står mot hverandre.

I det følgende skal det gis en kortfattet oversikt over rettskildene i obligasjonsretten. Selve kontrakten danner her et naturlig utgangspunkt (punkt 1.4.2). Kontraktsrettslig lovgivning spiller også en sentral rolle, ikke bare når det er spørsmål om lovfestede kontraktstyper, men også når det skal tas stilling til innholdet i kontraktstyper uten lovregulering (punkt 1.4.3). Ved analogier fra de løsningene som oppstilles i lovgivningen, etableres alminnelige regler. Der som disse reglene får en allmenn utbredelse, vil det kunne være nærliggende å tale om prinsipper (punkt 1.4.4). Direktivbasert lovgivning inntar en stadig viktigere posisjon på obligasjonsrettens område, i alle fall i forbrukerforhold, og vi skal derfor se på noen av de særlige spørsmålene som her kan oppstå (punkt 1.4.5). Avslutningsvis skal vi se på enkelte internasjonale prinsipper som synes å få en økende betydning (punkt 1.4.6), og det skal gis en oversikt over juridisk teori (punkt 1.4.7).

1.4.2 Kontrakten som utgangspunkt

Vi har allerede sett at *de forpliktelsene som springer ut av kontrakt*, inntar en dominerende plass i obligasjonsretten. Når obligasjonsrettslige spørsmål skal løses, står kontrakten derfor i en særstilling. Det rettslige utgangspunktet er prinsippet om avtalefrihet: Det er enigheten mellom kontraktens parter som binder dem, og partene blir som hovedregel bare bundet så langt enigheten rekker. I teorien er dette uproblematisk. Problemstillingen i praksis knytter seg ofte til å fastlegge hva partene har blitt enige om. Dette må i utgangspunktet bero på en tolking av den avtalen partene har inngått. De alminnelige prinsippene for avtaletolking behandles primært i avtaleretten. Men ettersom det ofte er partenes avtalerregulering som ligger til grunn for de skyldforholdene vi skal se på, kan det være på sin plass med en kort oversikt over noen av hovedprinsippene.

Det sies gjerne at kontrakten er *den viktigste rettskilden* på kontraktsrettens område. Dette kan være korrekt nok for så vidt som alle kontraktsforhold bygger på en eller annen form for avtalerettslig regulering. Når skyldforholdets nærmere innhold skal fastlegges, vil partenes regulering være det naturlige utgangspunktet. I noen sammenhenger drøftes det om kontrakten er en rettskilde. En slik debatt er egentlig temmelig meningsløs. Svaret avhenger åpenbart av hva man mener med en rettskilde. En rekke misforståelser har oppstått fordi

ulike teoretikere drøfter spørsmålet om avtalen er en rettskilde, uten at man har klart for seg hva man mener med en «rettskilde». Den avtalen partene har inngått, vil alltid være den primære kilden i det skyldforholdet som etableres ved avtalen. En annen sak er at partenes avtale ofte må suppleres med andre faktorer, slik som kontraktsrettslig lovgivning, kontraktspraksis og alminnelige prinsipper.

Et grunnleggende utgangspunkt er at partene er bundet til det de har blitt enige om. Dette gjelder uavhengig av om partenes enighet har kommet til uttrykk i kontrakten. Dersom det kan påvises at partene har vært enige om en bestemt løsning, må denne legges til grunn, selv om noe annet måtte følge av kontrakten. I Rt. 1960 s. 26 ble det uttalt at «en transaksjon av denne spesielle art ikke uten videre kan tas på ordet, men må tolkes slik at man så vidt mulig finner frem til partenes virkelige vilje» (på s. 28). Tilsvarende fremhevet førstvoterende i Rt. 1993 s. 564 at det «primære formål ved all kontraktstolkning er å finne ut hva partene har ment» (på s. 569). Dette formålet oppnås dersom partenes felles forståelse legges til grunn. Men den som hevder en forståelse i strid med kontraktens ord, har naturlig nok bevisbyrden for at dette var partenes felles forståelse på avtaletiden (Rt. 2002 s. 1155, på s. 1159). I Rt. 2012 s. 1729 (Mika) ble det gitt følgende sammenfatning (avsnitt 57):

«Høyesterett uttaler i Rt. 2002 s. 1155 at kontrakter i næring mellom profesjonelle parter som utgangspunkt må fortolkes objektivt, det vil si at kontraktens ordlyd må tillegges stor vekt. Under henvisning til Haaskjold: Kontraktsforpliktelser, Oslo 2002 side 102, heter det at utgangspunktet om en objektiv fortolkning med basis i kontrakten også kan uttrykkes slik at ‘den som hevder en forståelse i strid med kontraktens ord, har bevisbyrden for at dette var partenes felles forståelse på avtaletiden’.»

Det er ikke bare den uttrykkelige enigheten som binder. I mange kontraktsforhold er en rekke forutsetninger så selvsagte at de ikke nedfelles i kontrakten. Her er det rettslige utgangspunktet at man ikke behøver å uttale det selvsagte: Et vilkår som er underforstått, vil uten videre være en del av avtalen. Det kan dels være tale om løsninger som vanligvis legges til grunn i kontraktsforhold av vedkommende art, dels kan det være løsninger som følger direkte av bakgrunnsretten. Når partene ikke uttrykkelig har vedtatt en avvikende regulering, legges normalløsningen ofte til grunn som «stilltiende» avtalt. I rettspraksis ser man også at det fra tid til annen vises til at en bestemt løsning «følger av kontraktsforholdet», eller at den «må anses avtalt».

Ellers må det på vanlig måte foretas en *objektiv fortolkning* med basis i kontrakten. At avtaler skal tolkes objektivt, begrunnes med at de ord og uttrykk som er benyttet, antas å reflektere det partene har ment. De formuleringene som er valgt, betraktes som partenes uttrykk for den enigheten de har oppnådd. Særlig i kommersielle forhold tilsier hensynet til forutberegnelighet

at det legges stor vekt på kontraktens ordlyd. I andre kontraktsforhold vil hensynet til et rimelig resultat i det enkelte tilfellet kunne gjøre seg gjeldende i større grad. Domstolene vil derfor strekke seg langt for å finne frem til en løsning som sikrer at avtalens formål i størst mulig utstrekning lar seg realisere. Samtidig er det slik at partenes respektive forpliktelser ikke kan utledes alene av den avtalen de har inngått. Både kontraktsrettslig lovgivning (punkt 1.4.3) og kontraktsrettslige prinsipper (punkt 1.4.4) spiller i praksis en vesentlig rolle når innholdet i partenes forpliktelser skal fastlegges.

1.4.3 Kontraktsrettslig lovgivning

På kontraktsrettens område står kjøpsloven av 1988 i en særstilling. De løsningene som oppstilles i kjøpsloven, anses i mange tilfeller som uttrykk for generelle kontraktsrettslige prinsipper. Kjøpsloven spiller derfor en viktig rolle også utenfor sitt egentlige virkefelt. Langt på vei har kjøpsloven dessuten fungert som et slags mønster for senere kontraktsrettslig lovgivning. De siste tiårene har stadig flere kontraktstyper blitt gjenstand for lovregulering. Som eksempler på slike lover kan nevnes lovene om håndverkertjenester (1989), avhending av fast eiendom (1992), bustadoppføring (1997), husleie (1999), forbrukerkjøp (2002), pakkereiser (2018), finansavtaler (2020) og levering av digitale ytelser (2022). Et fellestrekk ved denne lovgivningen synes å ha vært lovgivers ønske om å styrke forbrukernes rettsstilling. Avhengig av om partene ved avtale kan fravike lovens løsninger eller ikke, skiller vi mellom deklarasjonelle (fravikelige) og preseptoriske (ufravikelige) lovbestemmelser.

Preseptoriske regler kan ikke rettsgyldig fravikes ved avtale. En avtalebestemmelse som strider mot loven, er derfor i utgangspunktet uten rettsvirkning. Preseptoriske regler leder til en begrensnings av prinsippet om avtalefrihet. Det kan tenkes ulike årsaker til at lovgiver ønsker å begrense partenes avtalefrihet. Ofte har preseptoriske regler et *beskyttelsesformål*. Når lovens regler gjøres ufravikelige, oppnår man at den svakere part i kontraktsforholdet beskyttes mot misbruk av avtalefriheten. Behovet for slik beskyttelse viser seg særlig klart i forbrukerforhold. Dette er begrunnelsen for at en rekke lover ikke kan fravikes til ugunst for en forbruker. Hensynet til beskyttelse av den presumptivt svakere parten i et kontraktsforhold gjør seg dessuten gjeldende med styrke blant annet i avtaler om husleie, tomtefeste og arbeidsforhold. I noen få tilfeller er det gitt preseptoriske regler av hensyn til tredjemann. Et eksempel på en slik bestemmelse er dekningsloven § 7-3 annet ledd annet punktum.

Deklaratoriske regler kan fravikes ved avtale. Dette innebærer dels at partene står fritt til å avtale en annen løsning enn den som følger av loven, dels at en deklarasjonell bestemmelse bare kommer til anvendelse dersom partene ikke har avtalt noe annet. Deklaratoriske regler har først og fremst en utfyllende funksjon: Deklaratorisk lovgivning bidrar til å komplettere ufullstendige avtaler, og lovgivningen vil da dekke et regelbehov. For avtalepartene er

dette en klar fordel, ettersom man ikke uttrykkelig behøver å ta stilling til alle tenkelige spørsmål som kan oppstå i kontraktsforholdet. Vi sier gjerne at lovgivningen fungerer som «bakgrunnsrett». Lovens løsning er ofte balansert og kan betraktes som en slags normalstandard. Dermed har deklarasjoniske regler også en normdannende funksjon. Lovens løsninger benyttes ikke bare som tolkingsmoment, men også som målestokk ved vurderingen av om en avtale fremstår som rimelig. Endelig kan deklarasjonisk lovgivning bidra til ensartethet innenfor den kontraktstypen som reguleres.

Spørsmålet om en lov er preseptorisk eller deklarasjonisk, må bero på en tolking av vedkommende lovbestemmelse. Som regel er det i loven klart angitt om lovens regler er ufravikelige, eller om partene står fritt til å inngå en avvikende avtale. Som et alminnelig utgangspunkt er en lov fravikelig dersom den ikke er gjort preseptorisk. På grunn av avtalefrihetsprinsippet er domstolene generelt skeptiske til å statuere preseptivitet uten at det er holdepunkter for dette i loven eller lovens forarbeider. Men dersom loven må være ufravikelig for at dens formål skal la seg realisere, vil dette kunne tilsi at det foreligger preseptivitet.

1.4.4 Fra analogi til prinsipp

Når en bestemt kontraktstype er lovregulert, vil partenes avtale kunne utfylles med de løsningene som følger av loven. Det primære formålet med kontraktsrettslig lovgivning er jo nettopp at lovens bestemmelser skal benyttes til utfylling innenfor lovens virkeområde. Men ikke alle kontraktstyper er lovregulert. Når man har å gjøre med kontraktstyper som ikke er undergitt lovregulering, kan det bli spørsmål om de løsningene som legges til grunn i kontraktslovgivningen ellers, kan gis tilsvarende anvendelse utenfor lovens direkte virkefelt. En gjennomgang av rettspraksis viser at domstolene ofte finner støtte for en bestemt løsning i lovgivningen, selv om den kontraktstypen det er tale om, ikke er lovregulert. Når kontraktslovene benyttes utenfor sitt direkte virkefelt, kan løsningen begrunnes på ulike måter. I det følgende skal vi se litt nærmere på analogi, induksjon og deduksjon.

Ved *analogisk anvendelse av en lovbestemmelse* er det spørsmål om de hensyn lovens regel bygger på, gjør seg gjeldende på tilsvarende måte også utenfor lovens direkte virkeområde. Analogisk anvendelse kan være forutsatt i lovens forarbeider. Et eksempel på dette er Rt. 1957 s. 778 (Sirkustelt): Høyesterett kom her til at bestemmelsen i gjeldsbrevloven § 29 annet ledd, som etter ordlyden bare gjelder for enkle gjeldsbrev, kunne gis analogisk anvendelse på enkle krav. Et viktig element i begrunnelsen for dette resultatet var at analogisk anvendelse av bestemmelsen var forutsatt i lovens forarbeider. Det forekommer også at en nærmere analyse av reelle hensyn kan åpne for analogisk anvendelse av en bestemmelse (Rt. 1992 s. 504).

Men den løsningen som følger av loven, kan også betraktes som uttrykk for et ellers gjeldende prinsipp. Når loven gir uttrykk for den reguleringen som

ellers ville ha fulgt av alminnelige kontraktsrettslige regler, behøver man ikke gå veien om en analogi for å begrunne hvorfor loven skal anvendes utenfor sitt virkeområde. Dommen i Rt. 1998 s. 1510 (Ekte hussopp) kan tjene som eksempel på at lovfestede regler anses som uttrykk for en generell regulering: Saken gjaldt krav på heving av en avtale om kjøp av en leilighet. Selv om avhendingsloven ikke kom direkte til anvendelse, ble det lagt til grunn at det allikevel kunne ses hen til avhendingslovens bestemmelser, som langt på vei «lovfester alminnelige rettsgrunnsetninger» (på s. 1517). På tilsvarende måte var det i Rt. 1999 s. 408 (Garasje) spørsmål om kjøpsloven kunne anvendes på en avtale om overdragelse av en borettslagsleilighet. Førstvoterende bemerket her (på s. 420):

«Jeg tilføyer at det ikke har så stor praktisk betydning at kjøpsloven ikke kommer direkte til anvendelse, da de sentrale bestemmelser i loven i stor grad er uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. Således vil bestemmelsene i kjøpsloven om mislighetsbeføyelser ved mangler ved salgsgjenstanden langt på vei få tilsvarende anvendelse for slike overdragelser som denne saken gjelder.»

Selv om en rekke av bestemmelsene i kontraktslovgivningen kan betraktes som uttrykk for eller utslag av alminnelige kontraktsrettslige regler, finnes det også bestemmelser som ikke kan anvendes utenfor sitt egentlige virkeområde. Dette gjelder først og fremst regler av utpreget positivrettslig karakter. Reglene om absolutte reklamasjonsfrister er et eksempel som ofte trekkes frem. Dette er regler med et så positivrettslig tilsnitt, at de ikke gir grunnlag for analogi, selv ikke til nært beslektede kontraktstyper. I Rt. 1981 s. 445 (Davanger) ble det lagt til grunn at den dagjeldende kjøpslovens regler om reklamasjonsfrist ikke kunne komme analogisk til anvendelse på en avtale om kjøp av fast eiendom (på s. 450). Dette er et standpunkt som har blitt fulgt siden. I Rt. 2013 s. 865 ble det uttalt at «slike absolutte frister vel etter omstendighetene kan avtales, men vanskelig kan oppstilles av domstolene på fritt grunnlag» (avsnitt 43).

I HR-2020-2401-A var det spørsmål om det for krav på standarderstatning etter forsinkede flyreiser kunne oppstilles en reklamasjonsplikt på ulovfestet grunnlag. Førstvoterende fremholdt at man «utenfor de lovregulerte områdene må løse spørsmålet om reklamasjonsplikt ut fra de hensyn som knytter seg til det enkelte typetilfelle» (avsnitt 52). Ettersom et sentralt formål med flypassasjerforordningen (261/2004/EF) er forbrukervern, talte dette generelt for «tilbakeholdenhet med å oppstille krav til reklamasjon i vår sammenheng» (avsnitt 53). Dette viser at de hensyn som gjør seg gjeldende for en bestemt kontraktstype, kan tilsi at det for denne kontraktstypen oppstilles en annen løsning enn den som ellers legges til grunn i lovgivningen på andre områder.

Begrepene *induksjon* og *deduksjon* benyttes gjerne for å forklare hvordan kontraktsrettslige prinsipper og regler oppstår. Induksjon betyr at man slutter fra det individuelle til det allmenne. Dersom det i lovgivningen gjennomgående

fastsettes at vesentlig kontraktsbrudd gir hevingsrett, kan man ut fra dette trekke den slutningen at det gjelder en alminnelig regel om at vesentlig mislighold gir hevingsrett. Med deduksjon menes at det trekkes slutninger fra det allmenne til det individuelle. Dersom man går ut fra at vesentlig mislighold i alminnelighet gir hevingsrett, vil dette kunne forklare at det også i et uregulert tilfelle gjelder en slik regel. Som oftest vil deduksjon være aktuelt når lovgrunnlaget er for spinkelt til å foreta en induksjon. Man kan si at en enkeltstående lovbestemmelse er uttrykk for et generelt prinsipp. Dette prinsippet kan da benyttes som grunnlag for deduksjon til enkelttilfellet. Et eksempel på en regel som benyttes på denne måten, er bestemmelsen i vegfraktloven § 6. Etter denne bestemmelsen svarer fraktføreren for «handling eller unnlatelse i tjenesten av hans ansatte eller andre han bruker til utføring av befordringen, som om handlingen eller unnlatelsen var hans egen». Det vises her til fremstillingen i punkt 4.8.3 nedenfor.

1.4.5 Særlig om direktivbasert lovgivning

Vi har allerede sett at et viktig utviklingstrekk i moderne obligasjonsrett er at stadig flere kontraktstyper blir undergitt lovregulering. Et kanskje vel så viktig utviklingstrekk i nyere tid er at en betydelig del av denne lovgivningen er direktivbasert. Med *direktivbasert lovgivning* mener vi lovbestemmelser som gjennomfører et EU-direktiv i norsk rett. Ved gjennomføringsloven blir den reguleringen som følger av direktivet, gjort til del av den norske internretten. Direktivene sikter mot en ensartet rettslig regulering innenfor det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS). På kontraktsrettens område er det særlig to viktige hensyn som ligger til grunn for den reguleringen vi hittil har fått: markedshensynet og forbrukerhensynet. Markedshensynet tilsier at reglene skal bidra til realiseringen av det indre marked ved å skape like vilkår for de næringsdrivende som tilbyr sine varer og tjenester til forbrukere på tvers av landegrensene. Forbrukerhensynet tilsier at reglene skal skape et sterkere forbrukervern gjennom utvidet beskyttelse av den presumptivt svake parten i kontraktsforholdet. Disse hensynene må tillegges stor vekt ved tolkingen av direktivene og den lovgivningen som baseres på dem.

En rekke lover på kontraktsrettens område er gitt som ledd i gjennomføringen av et direktiv. Som eksempler på direktivbaserte lover kan nevnes forbrukerkjøpsloven (lov nr. 34/2002), tidspartloven (lov nr. 27/2012), angrerettloven (lov nr. 27/2014), pakkereiseloven (lov nr. 32/2018), finansavtaleloven (lov nr. 146/2020) og loven om levering av digitale ytelser til forbrukere (lov nr. 56/2022). Hertil kommer at enkelte direktiver har blitt gjennomført i norsk rett ved endringer av eller tilføyelser til eksisterende lovgivning. Som eksempler kan nevnes direktivet om urimelige kontraktsvilkår i forbrukeravtaler (93/13/EØF), som ledet til vedtakelsen av den nye bestemmelsen i avtaleloven § 37 (1995), og direktivet om forbrukerrettigheter (2011/83/EU), som medførte tilføyselsen av bestemmelsene i avtaleloven §§ 38a og 38b (2014).

Reguleringen på direktivnivå skiller seg på mange måter vesentlig fra den lovgivningsteknikken vi ellers er kjent med fra internretten. Dersom vi ser bort fra de åpenbare forskjellene som ligger i redaksjonell oppbygging og språklig utforming, er det kanskje den tematiske avgrensningen som er mest fremtredende. Mens norske lover tradisjonelt har tatt sikte på regulering av en systematisk avgrenset del av et rettsområde, har direktivene ofte et sektorspesifikt og fragmentert preg. Særlig de første direktivene gikk i stor grad ut på positiv regulering av utvalgte spørsmål innenfor begrensede felt. Som eksempler på slike direktiver kan nevnes de nå opphevede direktivene om dørsalg (85/577/EØF) og fjernsalg (97/7/EF). Selv om utviklingen stadig har gått i retning av en bredere regulering, er direktivene fremdeles preget av at det bare er visse spørsmål som reguleres. Dette leder til at direktivbaserte regler vanskelig kan danne grunnlag for analogi til tilstøtende rettsområder. Hertil kommer at direktivene ofte gir anvisning på en såkalt minimumsregulering, slik at det ikke er noe i veien for at det gis sterkere vern enn det som følger av direktivet. På obligasjonsrettens område må direktivene derfor ofte suppleres med regulering forankret i nasjonal rett. Det er derfor påkrevet med god forståelse for det intrikate samspillet mellom direktiver og nasjonale regler.

En konsekvens av at stadig større deler av lovgivningen på kontraktsrettens område er direktivbasert, er at lovgivningsmyndighet i realiteten flyttes over til EUs lovgivende organer. Den nasjonale lovgivers oppgave begrenses da til å sørge for gjennomføring av de reglene som er vedtatt. I juridisk teori har uttrykket «denasjonalisering» blitt benyttet som betegnelse på dette utviklingstrekket. Den nasjonale lovgiveren har ikke bare gitt fra seg muligheten til selv å bestemme hvordan reglene skal utformes. Også muligheten for initiativ til ny lovregulering har i praksis blitt begrenset. Det er i så måte illustrerende at vi de siste årene ikke finner ett eksempel på kontraktsrettslig lovgivning som springer ut av et norsk lovgivningsinitiativ. Videre har betydningen av det nordiske lovsamarbeidet på obligasjonsrettens område blitt betydelig redusert.

Fra et forbrukerperspektiv har imidlertid den reguleringen som har sprunget ut av EØS-samarbeidet, vært både nyttig og nødvendig. Ved gjennomføringen av direktivbasert lovgivning har hensynet til beskyttelse av forbrukere blitt løftet frem, og forbrukerhensyn inngår i dag som et selvsagt element i rettanvendelsesprosessen. Dommen i Rt. 2013 s. 388 (Røeggen) er et særlig klart eksempel på dette. Førstvoterende bemerket her at direktivet om urimelige vilkår i forbrukeravtaler (93/13/EØF) måtte «ses som uttrykk for et generelt syn om at forbrukere i møte med profesjonelle aktører har et særlig vern», og at den «betydelige tyngde forbrukerperspektivet har fått, må reflekteres i den konkrete rimelighetsvurderingen» etter avtaleloven § 36 (avsnitt 61). En slik uttalelse må antas å legge viktige føringer på tolkingen i fremtidige saker. En annen sak er at det på selvstendig grunnlag må tas stilling til både om forbrukerhensyn tilsier en bestemt løsning (HR-2022-1980-A, særlig avsnitt 68), og hvilken vekt som skal legges på slike hensyn i avveiningen mot eventuelle kryssende hensynssett.

Direktivbasert lovgivning reiser ellers enkelte særlige rettskildemessige problemstillinger. Ved tolking av direktivbaserte lover kan det direktivet som loven tar sikte på å gjennomføre, være en viktig tolkingsfaktor. Det må derfor legges stor vekt på det bakenforliggende direktivet. Hertil kommer at opplysninger i direktivets fortale ofte vil kunne kaste verdifullt lys over hvilken forståelse som skal legges til grunn. Fra et rettskildemessig ståsted kan man nærmest betrakte fortalen som en form for «forarbeider» til direktivteksten. I Rt. 2006 s. 179 (Støvlethæl) ble det ved tolkingen av bestemmelsen i forbrukerkjøpsloven § 29 vist både til ordlyden i forbrukerkjøpsdirektivet (99/44/EF) og til direktivets fortale med henvisning til de hensynene som direktivet bygger på. En tilsvarende metode er benyttet i flere senere avgjørelser.

1.4.6 Internasjonale instrumenter

Den økte internasjonaliseringen som har funnet sted de siste tiårene, har på ny rettet søkelyset mot behovet for en mer enhetlig regulering av kontraktsretten, og da særlig i internasjonale forhold. Med internasjonale instrumenter sikter vi her til en samling rettsregler eller rettslige prinsipper som er formulert på samme måte som alminnelige lovtekster, men som ikke er rettslig bindende, verken på nasjonalt eller på internasjonalt plan. Et typisk trekk ved slike instrumenter er at de ikke er utarbeidet av noen sentral lovgivningsmyndighet, men av ulike internasjonale organer eller organisasjoner med interesse i uniformering av regelverket. Enkelte internasjonale instrumenter har fått en viktig plass i obligasjonsretten, til tross for at de reglene og prinsippene som uttrykkes, mangler den nasjonale lovgivers autoritative sanksjon. Det er særlig tre instrumenter som må nevnes: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Principles of European Contract Law (PECL) og utkastet til en felles referanseramme (DCFR). Vi skal i dette punktet gi en kort presentasjon av disse instrumentene og undersøke hvilken betydning de tillegges i norsk rett.

UNIDROIT PICC er et sett prinsipper utarbeidet av *The International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT), et internasjonalt, politisk uavhengig organ med sete i Roma. Instituttet ble først etablert som et hjelpeorgan under Folkeforbundet i 1926, men ble reorganisert i 1940 og bygger nå på en multilateral internasjonal avtale (*the Unidroit Statute*). Instituttet har i overkant av 60 medlemsstater fra hele verden og finansieres gjennom bidrag fra medlemsstatene og den italienske regjering. Instituttets overordnede formål er å bidra til uniformering av privatretten på tvers av landegrensene, med en målsetting om en enhetlig privatrett internasjonalt. I løpet av sin virketid har instituttet forestått utarbeidelsen av mer enn 70 ulike dokumenter, typisk i form av konvensjoner og modellover, samt formulerte prinsipper og retningslinjer. Om UNIDROITs prinsipper for internasjonale kommersielle kontrakter (PICC), uttales følgende i fortalen (*Purpose of the Principles*):

«These Principles set forth general rules for international commercial contracts. They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them.

They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria*, or the like.

They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract.

They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments.

They may be used to interpret or supplement domestic law.

They may serve as a model for national and international legislators.»

Den første utgaven av PICC kom i 1994: Denne besto i tillegg til fortalet av syv kapitler, som omhandlet emner som avtaleinngåelse (kapittel 2), gyldighet (kapittel 3), tolking (kapittel 4), vilkår (kapittel 5), oppfyllelse (kapittel 6) og mislighold (kapittel 7). Den andre utgaven av PICC kom i 2004. Her ble tidligere kapitler videreført, samtidig som det ble inntatt bestemmelser om motregning (kapittel 8), overdragelse (kapittel 9) og foreldelse (kapittel 10). Den tredje utgaven kom i 2010 og tilføyet blant annet regler for samskyld (kapittel 11). I tillegg til at nye temaer har blitt inkludert, har det dessuten blitt foretatt enkelte spredte endringer og tilføyelser. Den fjerde – og hittil siste – utgaven kom i 2016. Denne utgaven var ikke ment som en revisjon, men snarere som en tilpasning av prinsippene til de særlige hensynene som kan gjøre seg gjeldende i langsiktige kontraktsforhold (såkalte *long-term contracts*). Den samlede reguleringen har blitt mer omfattende og detaljert: Mens den første utgaven besto av 120 artikler, inneholder 2010-utgaven hele 211 artikler. Den enkelte artikkel er dessuten ledsaget av kommentarer og eksempler, som tar sikte på å illustrere den praktiske anvendelsen av reglene.

PECL er en forkortelse for *Principles of European Contract Law*. Disse prinsippene er utarbeidet av The Commission on European Contract Law, en selvoppevnt gruppe av eksperter på kontraktsrettens område, også kalt Lando-kommisjonen, etter formannen, professor Ole Lando (1922–2019). Kommisjonen startet sitt arbeid allerede i 1982 og satte seg som mål å utarbeide et grunnlag for arbeidet mot en *felles europeisk kontraktsrett*, med sikte på ytterligere integrering av EU-landene. Arbeidet ble delvis finansiert av midler fra EU. PECL har til sammen utkommet i tre etapper: Den første delen (part I) kom i 1995, den andre (part II) i 1999, og den tredje delen (part III) kom i 2003. Kommisjonen avsluttet sitt arbeid i 2003. Mens UNIDROIT PICC har et internasjonalt nedslagsfelt, var siktemålet med PECL å komme frem til felleseuropeiske kontraktsrettslige regler. Til tross for denne forskjellen er det allikevel klare likhetstrekk mellom de to instrumentene. Dette fremgår tydelig av bestemmelsen i PECL art. 1:101 som angir prinsippenes anvendelsesområde:

- «1. These Principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Communities.
2. These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them.
3. These Principles may be applied when the parties:
 - (a) have agreed that their contract is to be governed by ‘general principles of law’, the ‘lex mercatoria’ or the like; or
 - (b) have not chosen any system or rules of law to govern their contract.
4. These Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so.»

Også innholdsmessig er det *store likheter mellom UNIDROIT PICC og PECL*. Selv om det med letthet kan påvises enkelte forskjeller med hensyn til så vel formuleringer som hvilke spørsmål som omhandles, er de to arbeidene påfallende unisone. Det er god grunn til å anta at det på punkter hvor prinsippene er samstemmige, vil kunne oppstå en kumulativ effekt ved at de løsninger som oppstilles i begge regelsett, dermed oppnår større gjennomslagskraft.

Kommisjonens arbeid har siden 2005 blitt videreført av den såkalte *Study Group on a European Civil Code*, etablert i 1998 og ledet av den tyske professor Christian von Bar. I samarbeid med en annen ekspertgruppe, kalt *Acquis Group* (etablert i 2002), har den videre bearbeidelse ledet frem mot et utkast til en felles referanseramme, *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Utkastet ble publisert i 2009 med tittelen «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law». Tanken er at denne referanserammen skal kunne tjene som grunnlag dersom det skulle bli aktuelt med en felles europeisk sivillovbok (*European Civil Code*). Mens UNIDROIT PICC og PECL primært er ment som standardiserte vilkår som kan inkorporeres i partenes avtale, eller for øvrig benyttes i konkrete kontraktsforhold, bærer DCFR mer preg av en modellov som kan tjene som grunnlag for lovgivers arbeid med kodifisering av kontraktsretten. DCFR omfatter ikke bare alminnelig obligasjonsrett, men inneholder også regler for enkelte kontraktstyper, erstatning utenfor kontraktsforhold, ugrunnet berikelse mv.

De prinsippene som er nevnt ovenfor, har ikke lovs kraft, og de kan derfor ikke uten videre gis anvendelse på et kontraktsforhold. Dersom norsk rett gir anvisning på en bestemt løsning, vil denne som hovedregel måtte legges til grunn. Dommen i Rt. 2008 s. 969 (Marine Harvest) er et klart eksempel på at norske domstoler ikke uten videre gir gjennomslag for den løsningen som følger av et internasjonalt prinsippsett. Spørsmålet i saken var om en gjeldsovertakelse kunne gjøres gjeldende overfor kreditor. Det var anført at overføring av leveringsplikten til en ny debitor med bindende virkning for kreditor er avhengig av en direkte skylderklæring fra den nye debitor overfor kreditor. Som grunnlag for dette var det blant annet vist til UNIDROIT PICC og PECL. Høyesterett fremholdt at dette internasjonale materialet ikke var

«bindende for norsk rett», og førstvoterende kunne heller ikke se at det ga «grunnlag for å fravike det som i lang tid har vært ansett som gjeldende hos oss» (avsnitt 27). Dette spørsmålet behandles nærmere i gjennomgangen av reglene om debitorskifte i punkt 7.3 nedenfor.

Det prinsippene mangler i form av demokratisk legitimasjon, veies imidlertid ofte opp av faglig kvalitet. Det kan derfor tenkes at prinsippene får betydning på andre måter. For det første kan det være at partene selv har *vedtatt det aktuelle regelsettet*. Virkningen blir da noenlunde den samme som om man skulle ha inkorporert en standardkontrakt. For det andre kan de løsningene som legges til grunn i et regelsett, representere eller gi uttrykk for *alminnelige kontraktsrettslige prinsipper*. Særlig gjelder dette hvor det fremstår som usikkert hva som ellers skal gjelde i nasjonal rett. Det er også mulig at domstolene i økende grad vil se hen til de løsninger ulike modellover oppstiller, og da som et *støttemoment for å legitimere* valget av en bestemt løsning. I Rt. 2014 s. 100 ble det i en sak om rekkevidden av et signeringsforbehold vist til UNIDROIT PICC artikkel 2.1.13 for å underbygge at «et forbehold av denne karakter ikke er spesielt for Norge» (avsnitt 37). Endelig kan prinsippene ha en *pedagogisk funksjon*, som informasjonskilde til det rettsområdet de omhandler. Dette viser seg særlig på kontraktsrettens område, hvor store deler av rettsreglene lenge har vært ulovfestet. Modellovene vil da kunne lette tilgjengeligheten, idet regelen allerede er formulert.

1.4.7 Juridisk teori

Den juridiske teori inntar en særstilling i obligasjonsretten. Denne særstillingen forklares først og fremst med fagets omfattende nedslagsfelt og spennvidden i de forskjelligartede forholdene som er gjenstand for regulering. Obligasjonsrettens metode ligger i sammenstillingen av enkeltstående regler, som kan danne grunnlag for induksjon av generelle regler for alle kontraktstyper. Samtidig vil de særlige hensyn som kan gjøre seg gjeldende i bestemte kontraktsforhold, kunne lede til at det oppstilles unntak eller modifikasjoner. Det er i første rekke teoriens analyse av det foreliggende rettskildematerialet som muliggjør en slik systematisering og forklaring av rettsreglene. En fellesbehandling av likeartede regler på forskjellige livsområder og med ulike hensynssett gjør det særlig påkrevet med utvikling av et hensiktsmessig begrepsapparat og en dekkende analysemodell. Den juridiske teori har også en viktig funksjon for så vidt gjelder utvikling av rettsreglene.

En av hovedoppgavene for den juridiske teori er *systematisering av rettsstoffet*. Behovet for systematisering er særlig stort når man som i obligasjonsretten beveger seg på tvers av en rekke forskjellige kontraktstyper, med til dels ulike hensynssett og varierende reguleringsmønstre. Systematiseringen går ut på at enkeltregler og avgjørelser sammenstilles og grupperes på en hensiktsmessig måte, slik at hovedlinjene i materien trer frem. De enkelte regelfragmenter

og enkeltavgjørelser kan på denne måten settes inn i en større ramme, som bidrar til oversikt og forståelse. Dette er av særlig betydning når rettsreglene skal forklares og utvikles.

Å bidra til *forklaring av rettsreglene* er en annen hovedoppgave for den juridiske teori. Kunnskap om enkeltbestemmelser kan i og for seg være nyttig nok, men forståelse for den rettslige reguleringen får vi først når den kan begrunnes og settes inn i en større sammenheng. Når rettsreglene skal forklares, vil det måtte tas stilling til hvilke hensyn som er relevante. En god forståelse for de grunnleggende hensynene er ikke bare av betydning ved tolking og anvendelse av enkeltbestemmelser, men er særlig viktig når det skal tas stilling til spørsmål på ulovfestede områder. Vi må da kunne identifisere og analysere de hensynene som gjør seg gjeldende, og vi må vurdere i hvilken utstrekning en bestemt løsning bygger på og reflekterer en fornuftig avveining av kryssende hensynssett. Når det i teorien undersøkes om bestemte løsninger i tilstrekkelig grad ivaretar de relevante hensyn, vil teoriens analyser også kunne legge til rette for anbefaling om en bedre løsning enn den som ellers ville ha blitt lagt til grunn.

Også *utforming av et hensiktsmessig begrepsapparat* er en viktig oppgave for den juridiske teori. Med dette sikter vi ikke bare til selve fagterminologien. Begrepene fungerer som bindeledd mellom likeartede vilkår og likeartede rettsvirkninger. Uttrykket «koblingsord» benyttes ofte i denne sammenhengen. Begrepene muliggjør en samlet fremstilling på tvers av kontraktstypene, og det er på dette grunnlaget man har utviklet en enhetlig obligasjonsrettslig metode og alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. God begrepsbruk bidrar dessuten til å gjøre den rettslige argumentasjonen mer presis. Det er derfor avgjørende at vi utvikler og benytter begreper som gjør det entydig hva vi sikter til, og som reduserer risikoen for misforståelser. Et hensiktsmessig begrepsapparat har endelig en viktig pedagogisk funksjon ved at fremstillingen av generelle regler kan forenkles.

Videre står *etablering av en analysemodell* sentralt. Med dette siktes til en beskrivelse av de argumentasjonsmønstre som følges – eller bør følges – når det skal tas stilling til obligasjonsrettslige spørsmål. Ved å se på den fremgangsmåten domstolene benytter i enkeltsaker, vil det avtegne seg et bilde av en metodisk tilnærming som kan tjene som mønster til etterfølgelse. Her er det først og fremst Høyesteretts praksis som vil være retningsgivende. En slik analysemodell er ikke begrenset til formuleringen av de spørsmålene som stilles som ledd i rettsanvendelsesprosessen, men omfatter også de hensynssett som vektlegges i forskjellige sammenhenger, og som avveies mot hverandre. Dersom det forekommer avvik fra de etablerte mønstre, vil dette kunne gi grunnlag for kritikk eller revurdering av modellen.

Endelig må den juridiske teoris bidrag til *utvikling av rettsreglene* trekkes frem. Dette viser seg på flere måter. I obligasjonsretten er det ikke uvanlig med regeldannelse ved induksjon fra enkeltstående regelfragmenter. Det forekommer

også at enkeltregler oppfattes som uttrykk for en alminnelig regel, som dermed får et videre nedslagsfelt. Når det i den juridiske teori fremsettes forslag til rettslig løsning av et bestemt spørsmål, vil det være opp til det praktiske rettsliv om denne løsningen skal godtas eller forkastes. Rettsteoriens bidrag vil normalt være mer indirekte, typisk i form av anbefalinger til lovgiver om behov for regelendringer eller ny lovgivning, eller til domstolene i form av vurdering og kritikk av enkeltavgjørelser. Teorien kan påvise inkonsistenser i de løsningene som oppstilles, eller det kan argumenteres for at en bestemt løsning som følge av samfunnsutviklingen ikke lenger lar seg forsvare.

De mest oppdaterte fremstillingene av alminnelig obligasjonsrett er Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (3. utgave 2021), Hov & Høgberg, *Obligasjonsrett* (2017), Lilleholt, *Kontraksrett og obligasjonsrett* (2017) og Hallsteinsen, *Alminnelig obligasjonsrett* (2018). I tillegg behandles enkelte sentrale obligasjonsrettslige emner i Giertsen, *Kontrakter – ytelse og pris* (2019) og Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser* (2. utgave 2013). Vi må også nevne Krüger, *Norsk kontraktsrett* (1989), selv om denne nå på flere punkter er foreldet. Av eldre fremstillinger er det særlig grunn til å fremheve Augdahl, *Den norske obligasjonsretts almindelige del* (5. utgave 1978) og Arnholm, *Privatrett III. Almindelig obligasjonsrett* (2. utgave 1974). Også Stang, *Indledning til formueretten* (3. utgave 1935) inneholder materiale av interesse.

Ettersom den alminnelige obligasjonsretten fremdeles regnes som et fellesnordisk fag, vil også dansk og svensk litteratur være av betydelig verdi. I dansk rett er den klassiske fremstillingen Ussing, *Obligationsretten. Almindelig del* (4. utgave ved A. Vinding Kruse 1961). Moderne fremstillinger er Torsten Iversen, *Obligationsret*, 1. til 4. del (2017–2019), som viderefører Bernhard Gomards velkjente firebindsverk med samme tittel, Mads Bryde Andersen, *Lærebog i obligationsret I* (5. utgave 2021), og Bo von Eyben & Peter Mortensen, *Lærebog i obligationsret II* (5. utgave 2022). I svensk rett står Rodhe, *Obligationsrätt* (1956) fremdeles sentralt, sammen med den kortfattede *Lärobok i obligationsrätt* (1986), som i praksis nok fikk større betydning enn håndboken. Ellers må særlig fremheves Hellner, Hager & Persson, *Speziell avtalsrätt II*, som i første hefte (7. utgave 2019) behandler særskilte avtaler, og som i annet hefte (7. utgave 2020) gir en oversikt over allmenne emner.

1.5 Oversikt over den videre fremstillingen

I den fremstillingen som følger, skal det gis en oversikt over de sentrale problemstillingene i obligasjonsretten. De mest grunnleggende spørsmålene i faget knytter seg til fastleggelsen av innholdet i obligasjonsrettslige forpliktelser (punkt 2) og til oppfyllelsen av slike forpliktelser (punkt 3). Ikke alle forpliktelser blir oppfylt etter sitt innhold: Avhengig av årsaken til at forpliktelsen ikke blir oppfylt, skilles det mellom regler for kontraktsbrudd (punkt 4) og

kreditormora (punkt 5). En særlig problemstilling oppstår dersom kontraktsforholdet forstyrres av hindringer, eller dersom andre former for irregulær utvikling påvirker mulighetene for kontraktsmessig oppfyllelse. Dette behandles særskilt som et spørsmål om kontraktsrevisjon (punkt 6). Til slutt skal vi se på enkelte utvalgte obligasjonsrettslige emner (punkt 7).

Denne boken er en grunnleggende innføring i faget obligasjonsrett. Fagets begrepsbruk og metodelære forklares på en instruktiv måte, og det er lagt vekt på å fremheve de sentrale hensynene som gjør seg gjeldende. På en pedagogisk måte fremstiller forfatteren hovedpunktene i reglene om skyldforholdets innhold og oppfyllelse. Videre behandles reglene om kontraktsbrudd, kreditormora og kontraktsrevisjon, i tillegg til enkelte særlige obligasjonsrettslige emner, slik som overdragelse av krav, motregning og foreldelse. Ved aktiv bruk av kryssreferanser fremheves viktige sammenhenger i rettsstoffet og forbindelseslinjer på tvers av enkelttemaer. I denne utgaven er fremstillingen oppdatert med lovendringer og nyere rettspraksis. Enkelte temaer er dessuten behandlet noe mer inngående enn i første utgave.

Boken er først og fremst beregnet på juridiske studenter og andre som ønsker en innføring i faget obligasjonsrett. Med sin utførlige gjennomgang av sentral rettspraksis og reelle hensyn vil imidlertid boken også være nyttig for praktiserende jurister, som advokater, dommere og kontraktsrådgivere.

ERLEND HAASKJOLD er advokat og partner i advokatfirmaet Schjødt. Han fikk møterett for Høyesterett i 2003 og arbeider særlig med prosedyre og tvisteløsning. Haaskjold har i en årrekke undervist i sentrale formuerettslige emner ved Det juridiske fakultet i Oslo, og han har tidligere blant annet skrevet boken *Kontraktsforpliktelser* (2. utg. 2013). I tillegg har han bred erfaring som voldgiftsdommer i kommersielle og internasjonale tvister.

 Universitetsforlaget

ISBN 978-82-15-05693-7

