

DET PASSIVITETSUTLØSTE RETTSTAP

En ny passivitetsdoktrine rører ved gamle sannheter?

Kandidatnr: 253

Veileder: Hans Jacob Bull

Leveringsfrist: 25.11.2004

Til sammen 11.358 ord

06.12.2004

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	2
1.1	<i>Tema og problemstilling for oppgaven</i>	2
1.2	<i>Ytterligere presiseringer</i>	3
1.3	<i>Rettskilder/metode</i>	4
2	RAVNKILDE: ”PASSIVITET” – EN NY PASSIVITETSDOKTRINE	5
2.1	<i>Innledning</i>	5
2.2	<i>Nærmere om forventningsteorien</i>	7
2.3	<i>godtroekvisittet</i>	9
2.4	<i>ondtro- og passivitetsrekvisittet</i>	9
2.5	<i>Kort om skillet mellom pliktstiftende og rettsfortapende passivitet</i>	10
2.6	<i>Nærmere om den rettsfortapende passivitet</i>	12
2.6.1.	<i>Fellestrekk ved rettsavgjørelser vedrørende rettsfortapende passivitet</i>	12
2.7	<i>Nærmere om den avtalerettslige oppfatning av den rettsfortapende passivitet</i>	13
2.8	<i>De reaksjonskrevende omstendigheter</i>	15
2.8.1	<i>Noen hovedgrupper av tilfeller</i>	16
2.9	<i>Kort om de argumenter som står til rådighet for den passive</i>	17
3	TREKK VED (TIDLIGERE) NORSK TEORI	18
3.1	<i>Arnholm</i>	18
3.2	<i>Knoph</i>	19
3.3	<i>Hagstrøm</i>	20
4	NOEN RETTSTEORETISKE BETRAKTNINGER	21
5	FORVENTNINGSTEORIEN ANVENDT PÅ NORSK RETT	23
5.1	<i>Noen typiske avgjørelser fra norsk rett</i>	23
5.2	<i>Foreløpige kommentarer</i>	27
5.3	<i>Forventningsteoriens anvendelse på noen utvalgte Høyesterettsdommer</i>	27
6	KONKLUSJON	34
7	LITTERATURLISTE OG DOMSREGISTER	37

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling for oppgaven

Teamet for denne oppgaven er det *passivitetsutløste rettstap*. Jeg fattet først interesse for passivitet som rettslig fenomen under et trainee-opphold ved et advokatkontor i Oslo, og da konkret i forbindelse med spørsmål om avtaleinngåelse. Jeg ble raskt oppmerksom på at passivitet kan utløse rettsvirkninger i mange ulike relasjoner og på de mest forskjelligartede livs- og rettsområder. Jeg ble også oppmerksom på at passivitet ofte med hell påberopes i rettsforhold hvor det eksisterer lovhjemlede foreldelses- og reklamasjonsfrister som ikke er oversittet, og således utgjør et *selvstendig rettsgrunnlag* i prosesser for domstolene. Allerede den omstendighet at passivitetsinstituttet er domstolskapt, gjør det etter min mening spesielt interessant¹.

Det sentrale utgangspunkt for oppgaven er en forholdsvis ny fremstilling om emnet. Dansken Jens Ravnkilde, advokat (H), Dr.phil., utga i 2002 verket ”Passivitet”², og det er dette verket det siktes til når det i oppgaven vises til Ravnkildes *fremstilling*. Ravnkildes fremstilling er rettsdogmatisk, og representerer en klar brytning med tidligere teori. Basert på en grundig gjennomgang av særlig dansk, men også norsk og svensk rettspraksis, mener han, som første teoretiker, å kunne formulere *den rettsregel som slår fast hva som er de nødvendige og tilstrekkelige betingelser for å utløse passivitetsbegrunnet fortapelse av uforeldede fordringer og rettidig fremførte innsigelser*. Ravnkilde understreker at de fremførte synspunkter gjelder dansk rett, men antyder i forordet at rettsstillingen i norsk rett på alle punkter av betydning svarer til den danske. Han understreker derimot at dette ikke er empirisk belagt i samme utstrekning.

Tidligere norske fremstillinger om emnet har forkastet at det over hodet lar seg gjøre å oppstille en slik regel, i alle fall med en slik presisjon at den kan sies å ha særlig høy rettsdogmatisk verdi.

¹ Nå og da benyttes betegnelsen passivitet også i forbindelse med anvendelsen av lovfestede regler, men dette er ikke i samsvar med verken rettspraksis eller teori, som forbeholder begrepets anvendelse for de tilfeller hvor lovfestede fristregler er overholdt eller ikke gjelder. Jf. pkt. 2.6

² C Forlaget Thomson A/S, København 2002

Det er med dette utgangspunkt at jeg oppstilte to målsetninger med oppgaven. Jeg ønsket for det første å forstå innholdet i Ravnkildes teori, herunder hvorledes den stred med ”tradisjonell lære”, og videre, ved å anvende den på et utvalg norske avgjørelser, kunne danne meg en oppfatning av dens *godhet*. Mer generelt har mitt ønske selvsagt vært å vinne en forståelse for passivitetsreglene i alminnelighet.

Underveis ble jeg oppmerksom på at oppgaven reiste noen svært interessante *rettsteoretiske* spørsmål vedrørende spenningsforholdet mellom rettsdogmatikk og gjeldende rett. Det ligger utenfor denne oppgavens rammer å behandle disse spørsmålene på en grundig måte, men jeg har forsøkt å reise de kort i kapittel fire, da jeg vil mene at de er viktige forutsetninger for vurderingen av Ravnkildes teori. Det er grunn til å understreke at besvarelsen generelt har en mer teoretisk enn praktisk profil, idet besvarelsen for en stor del jo svermer rundt en *hypotese om gjeldende rett*.

Opgaven består etter dette av følgende fem hovedelementer:

- Redegjørelse for innholdet i Ravnkildes ”Passivitet”, herunder især forventningsteorien
- Redegjørelse for fremstillinger om norsk rett
- Noen betraktninger av rettsteoretisk art
- Anvendelse av Ravnkildes teori på norske avgjørelser
- Konklusjon

En selvstendig redegjørelse for Ravnkildes verk i forkortet form har fått så vidt stor plass i oppgaven fordi verket dels må sies å klart avvike fra tidligere teori, og dels fordi teorien inneholder til dels kompliserte elementer. Det er min ubeskjedne målsetning at en praktiker som leser oppgaven *både* vil forstå hovedtrekkene i Ravnkildes teori (uten å lese hele boken), og dessuten har en klar oppfatning av hvorvidt den kan sies å representere et godt uttrykk for gjeldende norsk rett.

1.2 Ytterligere presiseringer

Det er som nevnt det passivitetsutløste *rettstap* som er oppgavens tema. En avgjørende forutsetning for Ravnkildes arbeid er det skillet som oppstilles mellom

pliktstiftende passivitet på den ene side, og den såkalte *rettsfortapende* passivitet på den annen. En viktig årsak til at teorien tidligere ikke har maktet å formulere mer presise teorier om passivitetsreglene, er i følge Ravnkilde nettopp dette manglende skille. Mer konkret er det det passivitetsutløste rettstaps *rettsfaktum* som er tema for herværende besvarelse. Forutsatt at det eksisterer en regel om passivitetsutløste rettstap; hva er det med andre ord som *utløser* anvendelsen av denne regel.

Oppgaven avgrenses for øvrig til å gjelde *privatretten*. Ravnkilde har ved enkelte anledninger vist til avgjørelser fra den offentlige rett, men tar alle forbehold med hensyn til hvorvidt de synspunkter som gjøres gjeldende, også har sin berettigede plass utenfor privatretten. Heller ikke gaveløfter, dødsdisposisjoner eller passivitet i forbindelse med regress eller vindikasjon er drøftet av Ravnkilde.

1.3 Rettskilder/metode

Oppgaven har som nevnt en utpreget teoretisk tilnærming. Jeg redegjør først for ulike teorier om rettstoffet, før jeg så lar den nye teori anvendes på rettspraksis. Det er med andre ord ikke tale om en klassisk juridisk problemstilling, løst ved alminnelig juridisk metode. Når oppgaven har en slik form, og omhandler ulovfestet rett, er den også sparsommelig utstyrt med henvisninger til formelle lovregler. Den kreative utfordring i besvarelsen består i å ved kritisk analyse av domspremisser, la ny teori anvendes, for å kunne ta stilling til hvorvidt den nye teori har rettsdogmatisk verdi.

Med hensyn til gjennomgangen av norsk rettspraksis, har jeg i en kort besvarelse som denne dessverre sett meg nødt til basere meg på et mindre utvalg avgjørelser. Mine funn vil dermed ingenlunde empirisk avteste Ravnkildes teori som sann eller usann. Jeg har derimot innfanget et knippe *intuisjoner* om teoriens anvendelse og godhet, som det redegjøres for i konklusjonen.

Hva gjelder de lovdatasøk jeg har utført, nevner jeg at jeg har basert meg på HR-avgjørelser, samt noen få LR-avgjørelser inntatt i Norsk rettsdende. I den grad det skulle ha praktisk betydning, nevner jeg også at (kombinasjoner av) søkeordene ”passivitet”, ”stilltiende samtykke” og ”berettiget forventning” er gode utgangspunkt for søk på rettspraksis om oppgavens tema.

2 RAVNKILDE: ”PASSIVITET” – EN NY PASSIVITETSDOKTRINE

2.1 Innledning

Ravnkilde lanserer i ”Passivitet” et syn på passivitetsinstituttet som bryter med tradisjonell norsk, og nordisk, lære. Det umiddelbart mest iøynefallende ved fremstillingen, er at Ravnkilde som første nordiske teoretiker har kommet frem til en samlende rettsregel om en nærmere avgrenset del av passivitetsinstituttet, nemlig om passivitetsutløste *rettstap*.

Utgangspunktet for fremstillingen er en observasjon av en forholdsvis rikholdig rettspraksis, hvor uforeldede fordringer og innsigelser fremsatt innen utløpet av eventuelle reklamasjonsfrister (likevel) tapes eller beskjæres av domstolene pga passivitet. Ravnkilde fremhever at allerede *utbredelsen* av slik rettspraksis synes å etterlate det inntrykk at det ikke skal meget til før passivitetsutløste rettstap inntreffer. Betingelsene synes derimot uklare. At en i slike saker kan bevare sin rettsposisjon ved å forholde seg aktivt, er på det rene. Men hvor raskt, under hvilke omstendigheter og på hvilken måte retten må gjøres gjeldende, fremsto for Ravnkilde som usikkert ved påbegynnelsen av boken.

Der er på denne bakgrunn at Ravnkilde søker å formulere *den rettsregel som fastslår hva som etter gjeldende dansk rett er nødvendig og tilstrekkelig til å utløse passivitetsbegrunnede tap av uforeldede fordringer og rettidig fremsatte innsigelser*.

Etter en gjennomgang av rettspraksis (ca 1000 danske, 250 norske og 100 svenske rettsavgjørelser), identifiserer Ravnkilde to sentrale trekk ved de avgjørelser som behandler spørsmålet om rettstap for den passive:

- * det gis ingen lovhjemmel for resultatet
- * domstolene forfatter nesten alltid premissene under anvendelse av *avtalerettslig terminologi*

Den part som av domstolene anses for å ha utvist det Ravnkilde omtaler som ”retsfortabende passivitet” (en betegnelse som vil bli benyttet også av undertegnede), har ”frafalt” eller ”må antas å ha frafalt” sin rett, eller har gitt den annen part ”grunn til å tro” at han har frafalt sin rett. I andre sammenhenger tales det om oppgivelse, avfinnelse, ettergivelse og liknende. Da man som hovedregel skal ta domspremisser på ordet, utgjør denne avtalerettslige terminologi et holdepunkt for å anta at rettstapet utløses av et løfte om å ikke gjøre bruk av den aktuelle rett.

Ravnkilde finner imidlertid ikke støtte for en slik antakelse i den kontraktsrettslige litteratur. I stedet for å anlegge en avtalerettslig synsvinkel, fremhever heller skandinaviske forfattere at rettstapet utløses som følge av en tilsidesettelse av den alminnelig lojalitetsplikt, eller som følge av ulovfestet rimelighetsbasert foreldelse, eller annet (jf. kap. 2).

Etter en gjennomgang av rettspraksis står det imidlertid klart for Ravnkilde at den passive kan holde sin rettighet i live ved å påberope seg *avtalerettslige ugyldighetsgrunner*. Han fastholder derfor sitt avtalerettslige utgangspunkt, og legger til grunn at rettstapet utløses fordi den passive fastholdes på et løfte om å ikke gjøre bruk av sin rett.

Det er imidlertid tale om et *uforsettlig* løfte, og her støtter Ravnkilde igjen an mot tradisjonell skandinavisk teori. Den foreliggende avtaleteori anerkjenner riktignok at man kan forpliktes i fraværet av en viljeserklæring, for eksempel ved passivitet for en ordrebekreftelse. Ingen forklarer derimot hvorledes den utilsiktede bindingen inntreffer. Man rubriserer rettsfølgen som *kvasi-løfte* eller *fingeret løfte*, og standpunktet som inntas, er etter Ravnkildes syn at løfter utløses av viljeserklæringer, mens kvasi-løfter utløses av noe annet. Eksakt hva dette annet er, står det derimot lite om. Forholdet kan med Ravnkilde uttrykkes på den måte at tidligere fremstillinger inneholder en teori om rettsfaktum for forsettelige løfter men ikke for uforsettlige.

Ravnkilde konkluderer på denne bakgrunn med at man for å forstå det uforsettlige løfte om ikke-bruk av rett må oppstille en teori om betingelsene for å *avgi et løfte i alminnelighet*. Den etterlyste rettsregel kaller han disposisjonsregelen, som har

formen ”X avgir et løfte hvis og kun hvis..”. Teorien om innholdet i regelen Ravnkilde oppstiller, kaller han forventningsteorien³.

Ravnkildes hovedanliggende med fremstillingen er å dokumentere, ved en gjennomgang av rettspraksis om rettsfortapende passivitet, at det i dansk rett *eksisterer* en konkret og allmenngyldig rettsregel om slik passivitet.

Forventningsteorien forklarer for det første hvorfor rettighetshavere uten å ville og uten å endog vite det, lover den forpliktete ikke å forfølge sin rettighet, og for det annet at dette uforsettlige løftet er årsaken til at rettstapet inntreffer.

Forventningsteoriens grunntanke er at man avgir et løfte hvis og kun hvis man vet eller burde vite at andre, i fraværet av en presisering av at man ikke vil forpliktes, i god tro kan oppfatte ens adferd (herunder passivitet) som en viljeserklæring. Således avgir man et utilsiktet løfte om ikke-bruk av rett hvis man unnlater å gjøre det klart for den forpliktete at man har til hensikt å forfølge sin rett i en situasjon hvor man vet eller burde vite at den forpliktete har grunn til å oppfatte fraværet av en slik presisering som et uttrykk for at man frafaller, oppgir eller ettergir rettigheten. Ravnkilde anvender betegnelsen *reaksjonskrevende omstendigheter* om nettopp de situasjoner hvor den passive risikerer å tape sin rettsposisjon (jf. 2.8 nedenfor).

2.2 Nærmere om forventningsteorien

Forventningsteorien består grovt sett av tre sentrale elementer:

- den forpliktedes gode tro
- den berettigedes viten eller ”burdeviten” om de forhold som begrunner den forpliktedes gode tro
- den berettigedes (fortsatte) passivitet – unnlattelse av å presisere manglende hensikt til forpliktelse

Ravnkildes endelige formulering av forventningsteorien er som følger:

³ Ravnkildes fremstilling inneholder således to hovedteser: En om rettsfortapende passivitet, og én om avtalerettslig rettsstiftelse

G avgir til tidspunktet **t** et løfte med innholdet **i** overfor M hvis og kun hvis følgende tre betingelser er oppfylt:

- (1) M antar i god tro (eg. *med føye*) at G med sin adferd til **t** kommuniserer forsett til å avgis et løfte av innholdet **i** overfor ham
- (2) G vet eller burde vite at betingelse (1) er oppfylt
- (3) G unnlater å presisere at han ikke har til hensikt å gi M et løfte med innholdet **i**

Betingelsene kaller Ravnkilde henholdsvis godtrorekvisittet (1), ondtrorekvisittet (2) og passivitetsrekvisittet (3) (se pkt. 2.3 og 2.4 nedenfor).

Forventningsteorien er for så vidt "ukontroversiell" mht til løfter som utløses av viljeserklæringer: Når man forpliktes som løftegiver, er det som regel fordi man har kommunisert til løftemottakeren at man har til hensikt å påta seg den aktuelle plikt til å handle eller til å unnlate å handle. Man har altså avgitt en viljeserklæring med dette innhold. Uttrykt med forventningsteorien kan man si at M's berettigede forventning om rettsvilje hos G bygger på G's viljeserklæring.

Det som imidlertid bryter med tradisjonell lære er derimot at forventningsteorien umiddelbart medfører at løfter kan avgis uforsettlig. Dette vil være tilfelle hver gang G's adferd gir M en berettiget forventning om at den er et uttrykk for en viljeserklæring når den i realiteten ikke er det, og G burde forstå denne forventning, men unnlater å presisere at han ikke vil forpliktes. Med andre ord; løftemottakerens gode tro strider mot de faktiske forhold.

Forventningsteorien spesifiserer altså de nødvendige og tilstrekkelige betingelser for løfteavgivelse i de tilfeller hvor avgivelsen ikke involverer en viljeserklæring, og hvor det således er tale om det som den avtalerettslige teori kaller et "kvasi-løfte" eller "fingert" løfte.

Det er verdt å understreke at forventningsteorien er generell i sin form. Den gjelder enten løftet er avgitt forsettlig eller uforsettlig, stilltiende eller uttrykkelig, ved passivitet eller ved positive handlinger.

2.3 godtroekvisittet

Dette elementet i forventningsteorien har betydning i de tilfeller hvor M's antakelse om G's rettsvilje bygger på en villfarelse. Rekvisittet utgjør en begrensning i beskyttelsen av M i villfarelestilfellene, ved at det krever en begrunnet antakelse om at G's adferd er et uttrykk for kommunikasjon av et *forsett til å forpliktes*. Dette spesifiserer Ravnkilde i tre relasjoner:

- (1) Godtroekvisittet går ut på at løftemottaker i god tro forventer rettsviljens *eksistens*. Rekvisittet kan ikke formuleres som et krav om at løftemottaker er i godtroende villfarelse om løftegivers rettsvilje, villfarelsen skal spesifikt gjelde løftegivers *forpliktelsesvilje*.
- (2) Godtroekvisittet er ikke oppfylt ved løftemottakers berettigede forventning om at løftegiver *rent faktisk* vil handle på en bestemt måte. Løftevirkningen utløses først når løftemottakeren i god tro tolker løftegiverens adferd som et uttrykk for en viljeserklæring om å påta seg *en plikt* til å handle på en bestemt måte. Sagt på en annen måte; A har ikke gitt B et løfte av innholdet **i** bare fordi A ved sin adferd har gitt B en berettiget forventning om han rent faktisk vil gjøre **i**. Denne sammenblandingen er i følge Ravnkilde et uttrykk for en utbredt misforståelse av reglene om stilltiende disposisjoner.
- (3) Det er på løftemottakerens side tale om en forventning om *disposisjon* og ikke (nødvendigvis) oppfyllelse. Løftemottakeren må anta at løftegiverens adferd er et uttrykk for forsett til forpliktelse, og det er uten betydning for godtroekvisittet at løftemottakeren forventer at løftet vil holdes. Oppriktighet er da heller ikke en forutsetning for avtalemessig bundethet etter gjeldende rett, dansk som norsk.

2.4 ondetro- og passivitetsrekvisittet

Ondtroekvisittet oppstiller som krav til avtalemessig binding at løfteavgiver kjenner eller burde kjenne til løftemottakerens gode tro. Den nære sammenhengen mellom godtro- og ondtroekvisittet kan uttrykkes på den måten at løftemottakerens gode tro må bygge på omstendigheter som er eller burde være kjent for løfteavgiver.

G forpliktes som avtalepart overfor M dersom han burde forstå at M svever i den godtroende villfarelse at det foreligger en avtale, men likevel ikke foretar seg noe for å rive ham ut av villfarelsen. G's onde tro om M's villfarelse kan utløses av forskjelligartet adferd fra M, for eksempel fremsendelse av tilbud eller aksept. Men også *spørsmål* kan ha samme effekt. De meddelelser eller tilkjennevisninger det her er tale om er mønstereksempler på det som Ravnkilde har kalt *de reaksjonskrevende omstendigheter*.

Ondtroerekvisittet beskytter løftegiver mot å bli et viljeløst offer for løftemottakerens gode tro, ved at han kan bevare sin ubundethet ved å utfolde *rimelige anstrengelser* for å vinne kjennskap til eventuelle misforståelser omkring hans dispositive hensikter, og deretter korrigere disse. Den utilsiktede binding inntreffer bare om han ikke foretar disse anstrengelser, eller dersom han ikke på en adekvat måte korrigerer misforståelsene.

Korreksjonen må ha form av en *viljeserklæring*, en informativ meddelelse om manglende rettsvilje alene står seg ikke. Dette kravet er i overensstemmelse med de regler i den danske avtaleloven kapittel I som Ravnkilde omtaler som passivitetsgrunnsetninger (grunnsetninger om passivitetsutløst avtaleinngåelse). Korreksjonen må for eksempel inneholde en forkastelse av et tilbud, og ikke bare en meddelelse om at det ikke er avgitt aksept.

En sentral poeng ved forventningsteoriens dynamikk, er at løftegiveren, ved å forsømme sin plikt til å presisere sitt standpunkt, tilsidesetter løftemottakerens interesser. Rettsordenen reagerer da med å legge løftemottakerens villfarelse til grunn, slik at det er den passive part som lider skuffelse. Han dømmes av domstolene til å stå ved et løfte som han har avgitt uforsettlig.

2.5 Kort om skillet mellom pliktstiftende og rettsfortapende passivitet

Blant rettsvirkningene av passivitet kan det sondres mellom stiftelse av plikt, og tap av rett. Ravnkilde fremholder at en viktig årsak til at tidligere fremstillinger om

passivitet ikke har maktet å utpensele en allmenngyldig rettsregel, er at de ikke har forstått betydningen av skillet mellom pliktstiftende og rettsfortapende passivitet. En viktig forutsetning for Ravnkildes arbeid er nettopp denne avgrensningen.

Stiftelsen av en plikt for én part innebærer som oftest stiftelsen av en rett for en annen. Denne kjensgjerning kan likevel ikke begrunne en forkastelse av den overfor nevnte sonndring mellom passivitet som skaper plikt og beskjerer rett *for den passive* (annerledes Arnholm, jf. pkt. 3.1 nedenfor).

I relasjon til pliktstiftende passivitet, utløses rettsvirkningen fordi det utfoldes passivitet i en situasjon hvor handling er påkrevet for å unngå ifallelse av plikt. Et eksempel i kontrakt er selgeren som ikke leverer varen og pådrar seg erstatningsansvar. Prosessuelt er pliktstiftende passivitet en søksmålsgrunn rettet mot den passive.

I relasjon til rettsfortapende passivitet, utløses rettsvirkningen fordi det utfoldes passivitet i en situasjon hvor handling er påkrevet for å bevare en rettsposisjon. Et eksempel er kjøperen som reklamerer for sent og derved mister retten til å gjøre gjeldende sin mangelsinnsigelse. Prosessuelt er rettsfortapende passivitet en frifinnelsesgrunn i et søksmål anlagt av den passive.

I relasjon til avtaleinngåelse, har passivitet mer kompliserte rettsvirkninger. Har man ved passivitet blitt bundet ved avtale, har man for det første mistet en rettslig frihet, nemlig avtalemessig ubundethet. I denne sammenheng er passiviteten en søksmålsgrunn i et søksmål anlagt mot den passive. Hertil kommer stiftelsen av plikter og rettigheter for den passive.

Ravnkilde mener å påvise at den manglende sonndringen mellom pliktstiftende og rettsfortapende passivitet er en viktig årsak til at tidligere teori ikke har maktet å fremstille gjeldende rett på en presis måte. En lang rekke avgjørelser som tilsynelatende har resultert i rettstap, er i virkeligheten uttrykk for at passiviteten har stiftet *erstatningsansvar*. Denne manglende erkjennelse har i følge Ravnkilde gitt næring til synspunktet at det ikke eksisterer noen særskilt forskjell mellom pliktstiftende og rettsfortapende passivitet, noe som igjen har begrunnet en antakelse

om at passivitetsutløst rettsfortapelse forutsetter culpa. Antakelsen gjøres fordi pliktstiftende passivitet typisk er foranlediget av en overtredelse av den alminnelige culpanorm eller misligholdelse av kontrakt.

2.6 Nærmere om den rettsfortapende passivitet

Det er etter det foregående den rettsfortapende passivitet som er tema for Ravnkildes fremstilling. Dette må presiseres enn videre. Det finnes flere *tidsrelaterte* opphørsgrunner for fordringer og innsigelser mot fordringer. For fordringers vedkommende finnes foreldelse og preklusjon, og hva angår innsigelser mot fordringer, gjelder reklamasjonsplikt. En tidsrelatert opphørsgrunn for tinglige rettigheter er hevd, og prosessuell preklusjon er en tidsrelatert opphørsgrunn for retten til å gjøre gjeldende anførsler i en rettslig prosess.

Felles for alle de overfor nevnte tidsrelaterte opphørsgrunner er at den berettigede⁴ får sin rettighet beskåret fordi den fremføres for sent, altså ved passivitet. Blant juridiske praktikere synes likevel passivitet å anvendes som betegnelse på de tidsrelaterte opphørsgrunner som *ikke er hjemlet i lov*. En part som i en sak anfører at et krav er foreldet, vil som eksempel anses for å ha uttrykt seg uriktig dersom han påstår at kravet er bortfalt ved passivitet. Denne sontringen, som Ravnkilde mener står klart for domstolene, kommer ikke alltid like tydelig til uttrykk i rettsavgjørelsene. Ravnkilde understreker derfor betydningen av at anvendelsen av uttrykkene passivitet og rettsfortapende passivitet forbeholdes *de ulovfestede passivitetstilfellene*.

2.6.1. Fellestrekk ved rettsavgjørelser vedrørende rettsfortapende passivitet

Om lag 250 trykte danske rettsavgjørelser som statuerer rettstap, er karakterisert ved følgende fem trekk:

(1) Rettstapet inntreffer fordi rettigheten anses for å være fremført for sent

⁴ Denne termen benyttes i det følgende om den som ved passivitet risikerer å miste sin rettsposisjon, og tilsvarende anvendes termen *den forpliktete* om dennes motpart

- (2) Det gis ingen lovhjemmel til støtte for resultatet
- (3) For fordringers inntreter rettstapet selv om fordringen ikke er foreldet (ved lov)
- (4) For innsigelsers del inntreter rettstapet selv om relevante lovfestede reklamasjonsfrister er overholdt
- (5) Den forpliktete anses for å kjenne eller burde kjenne til rettighetens eksistens

Rettstapet inntreter altså på et tidsrelatert grunnlag (1). Men fordi foreldelse som kjent antas å kreve lovhjemmel, og fordi den forpliktete kjenner eller burde kjenne til rettigheten (5) og det derfor synes vanskelig å oppfatte rettstapet som en oversittelse av en ulovfestet reklamasjonsplikt, har det i teorien vært betydelig tvil om innholdet i de regler som ligger til grunn for disse avgjørelsene.

Det har blitt hevdet at rettstapet inntreffer fordi det anses for culpøst å ikke fremføre rettigheten tidligere, at passiviteten er et uttrykk for en tilsidesettelse av den alminnelige lojalitetsplikt, at det foreligger domstolskapt eller ulovfestet foreldelse eller reklamasjon, at avgjørelsene bygger på rimelighetsbetraktninger eller at det ikke kan utledes noe nærmere om betingelsene for rettstap i disse sakene⁵.

2.7 Nærmere om den avtalerettslige oppfatning av den rettsfortapende passivitet

Ravnkilde anlegger som nevnt en *avtalerettslig* synsvinkel på problemet.

Avgjørelsene med de fellestrekk som ble beskrevet i forrige avsnitt bygger således på følgende grunnleggende tanke: *Den berettigede har avgitt et stilltiende løfte om ikke-bruk av sin rettighet, og rettstapet inntreter fordi han fastholdes på sitt løfte.*

Når forventningsteorien anvendes på løftet om ikke-bruk av rett, kan man gjøre følgende spesifisering av rettsfaktum i regelen om rettsfortapende passivitet:

En rettighet fortapes ved utilsiktet stilltiende løfte om ikke-bruk hvis og kun hvis følgende tre betingelser er oppfylt:

⁵ Jf. kap. 3

- (1) Den forpliktede oppfatter i god tro rettighetens ikke-fremførelse som en viljeserklæring om avkall, avfinnelse, frafall, oppgivelse eller ettergivelse;
- (2) Den berettigede må forstå at denne godtrobetingelsen er oppfylt;
- (3) Den berettigede unnlater (fortsatt) å fremføre sin rettighet

De rettsavgjørelser med de fellestrekk som nevnt i forrige avsnitt, og som ender med *frifinnelse* bygger således på

- (a) *det faktiske premiss*, at saksøker unnlot å fremføre sin rettighet selv om han måtte forstå at den forpliktede (saksøkte) hadde grunn til å oppfatte passiviteten som et uttrykk for en viljeserklæring om avkall og tilsvarende, og
- (b) *den rettsregel*, at den berettigede dermed avga et stilltiende løfte om å ikke gjøre rettigheten gjeldende

På tilsvarende måte er avgjørelser som går ut på at rettigheten overlever, et uttrykk for at et slikt stilltiende løfte om ikke-bruk av rett ikke er avgitt.

Det er ikke opplagt hvorfor rettsfortapende passivitet skal oppfattes som en *tidsrelatert* opphørsgrunn for rett. Det faller som nevnt ikke naturlig å tale om oversittelse av en bestemt *frist*, som ved foreldelse. Den berettigede kan jo når som helst uttrykkelig avgi et løfte om å ikke gjøre en bestemt rettighet gjeldende, og rettstapet inntreder dermed uten noen relasjon til et tidsbestemt forhold. Hvorfor skulle det da stille seg annerledes bare fordi løftet avgis stilltiende og/eller utilsiktet?

Forklaringen er at rettigheten ikke fremføres på et nærmere angitt tidspunkt, nærmere bestemt på et tidspunkt hvor den forpliktede naturlig måtte forvente rettigheten fremført, dersom den berettigede aktet å gjøre den gjeldende. Rettigheten må nærmere bestemt gjøres gjeldende når det foreligger en av hva Ravnkilde betegner som *de reksjonskrevende omstendigheter*. Det er når en av disse omstendigheter foreligger at det (likevel) er naturlig å anse den berettigede for bundet av en frist til å fremføre sin rettighet.

2.8 De reaksjonskrevende omstendigheter

Spørsmålet om når den forpliktete svever i god tro mht den berettigedes løfte om ikke-bruk av rett, er behandlet i en omfattende rettspraksis. Det kan med Ravnkilde omformuleres som et spørsmål om hva som karakteriserer de reaksjonskrevende omstendigheter, med andre ord de omstendigheter under hvilke ikke-fremførelsen av rettigheten ”med føye” kan oppfattes som en viljeserklæring om ikke-bruk. Ravnkilde fremholder at dette utgjør selve nerven i passivitetsinstituttets rettsfaktum.

En gjennomgang av de reaksjonskrevende omstendigheter begynner med en grunnleggende iakttakelse av negativ art; passiviteten alene kan ikke føre til at rettigheten tapes. Den må utfoldes i en *kvalifisert sammenheng*. At den berettigede ikke lar høre fra seg, gir ikke i seg selv den forpliktete grunn til å mene at den berettigede akter å frafalle sin rett. Det blotte forhold at en rettighet ikke fremføres kan aldri føre til at den fortapes innenfor de lovhjemlede rammer som oppstilles av foreldelsesfristene og reglene om reklamasjonsplikt. Ravnkilde fremhever spesielt at det i dansk rett ikke er hjemmel for å la en rettighet bortfalle fordi den gjøres gjeldende *urimelig sent*, eller så sent at fremførelsetidspunktet er et uttrykk for illojalitet overfor den forpliktete.

Ravnkilde anvender betegnelsen reaksjonskrevende omstendigheter om alle de saksforhold hvor en rettighet fortapes ved passivitet med mindre den fremføres innenfor en kortere frist (”passivitetsfristen”) etter at den berettigede har fått eller burde ha fått kjennskap til omstendighetenes inntreden. En mer positiv karakteristikk av de pågjeldende omstendigheter som for domstolene kan begrunne en antakelse om forsett til ikke-bruk av rett, begynner med den iakttakelse, at den gode tro foreligger dersom rettigheten ikke fremføres under omstendigheter hvor man etter en alminnelig *common sense-vurdering* måtte forvente den fremført, om den berettigede aktet å gjøre bruk av den.

Det er som antydning et krav at løftemottakeren vet, og at den berettigede vet eller burde vite, at reaksjonskrevende omstendigheter har inntrådt, for at passiv adferd skal kunne utløse løftevirkning. Tar man forbeholdsløs betaling som eksempel, utløses således ikke et løfte om ikke-bruk av rett dersom den forpliktete er *uvitende*

om at den berettigede har betalt hans faktura uten innsigelser. Det foreligger altså ikke en omstendighet hvoretter den forpliktete kan innlese en rettsvilje til å gi avkall på beføyelser vedrørende mangler ved det leverte. Godtroekvisittet som oppstilles med forventningsteorien er dermed ikke oppfylt.

På samme måte er ikke ondetroekvisittet oppfylt dersom den berettigede ikke har viten eller ”burdeviten” om omstendigheter som kunne gi den forpliktete den gode tro.

2.8.1 Noen hovedgrupper av tilfeller

Ved en nærmere gjennomgang av de reaksjonskrevende omstendigheter, peker det seg ut noen praktisk viktige hovedtyper:

- tilkjennegivelser fra den forpliktete om partenes rettsforhold om at rettigheten ikke består
- betalinger fra eller til den berettigede
- utarbeidelse av oppgaver over samlet mellomværende mellom partene
- drøftelser av partenes mellomværende
- partenes veier skilles
- gjentatte mislighold av den forpliktete som ikke påtales

Ravnkilde gir ved en gjennomgang av rettspraksis en omfattende redegjørelse for når disse situasjonene utgjør slike reaksjonskrevende omstendigheter som kan utløse løftevirkninger for den passive (jf. kap. 3). Det er ikke rom i denne oppgaven for en grundig gjennomgang av disse omstendigheter, men det er verdt å fremheve at deres eksistens utgjør *utgangspunktet for vurderingen av hvorvidt betingelsene i forventningsteorien er oppfylt på en slik at måte at den berettigede taper sin rettsposisjon som en løftevirkning.*

2.9 Kort om de argumenter som står til rådighet for den passive

Når den passive, altså den som risikerer rettstap ved egen passivitet, skal beskytte sin rett, står flere mulige argumenter til hans disposisjon. Disse argumentene kan inndeles i tre hovedgrupper.

For det første kan han påberope seg at vilkårene som oppstilles i forventningsteorien ikke er oppfylt. I så tilfelle har han ikke avgitt et løfte om ikke-bruk av sin rett, og kan dermed ikke fastholdes på et slikt løfte. Mht godtrorekvisittet, viser det seg i praksis at den passive først og fremst støtter sin posisjon på en anførsel om at det er tatt *forbehold*. Mht ondtrorekvisittet, viser det seg å ha praktisk størst betydning at den passive har vært i *utilregnelig uvitenhet* om sin rettsposisjon (villfarelser vedrørende faktiske forhold av betydning for rettigheten viser seg her å beskytte den passive, mens rettsvillfarelse som hovedregel ikke gjør det). Hva gjelder passivitetsrekvisittet, vil den passive kunne beskytte sin rett ved å godtgjøre at han på en adekvat måte har korrigert den forpliktedes godtroende villfarelse innenfor *passivitetsfristen*, hvilket vil si uten ugrunnet opphold etter at han forsto eller burde ha forstått at det forelå en reaksjonskrevende omstendighet.

For det annet kan den passive påberope seg *avtalerettslige ugyldighetsgrunner*, med andre ord at løftet er uforpliktende grunnet ugyldighet, fordi det er tilbakekalt eller ikke kommet til løftemottakerens kunnskap. I denne forbindelse står alle de ugyldighetsgrunner som ikke forutsetter skriftlighet, og dermed uttrykkelighet, til rådighet for den passive.

En tredje undergruppe av anførsler går ut på at et gyldig løfte ikke er forpliktende for avgiveren av *særlige grunner*. Eksempler på dette er anførsler om at den forpliktede ved *stilltiende frafall* har tapt retten til å gjøre gjeldende at den passives rett er opphørt, og anførsler som bygger på at partene har *avtalt* at passivitet ikke skal ha betydning.

Det er i nærværende fremstilling ikke plass til en grundigere redegjørelse for de her nevnte argumenters gjennomslagskraft i rettspraksis, for en utførlig gjennomgang, vises til kap. 4 i Ravnkildes fremstilling.

3 TREKK VED (TIDLIGERE) NORSK TEORI

Ravnkildes fremstilling innebærer som nevnt en klar rettsdogmatisk brytning med både tidligere norsk og nordisk teori. Før jeg går over til å studere nærmere resultatene i fremstillingen i lys av noen nyere norske høyesterettsdommer, for derved å kunne si noe om fremstillingens godhet i norsk rett, er det derfor på sin plass å redegjøre kort for de fremstillinger om passivitet som har rådet grunnen i Norge.

3.1 Arnholm

Rettspraksis om passivitet har, som fremhevet av Ravnkilde, vært gjenstand for omfattende drøftelser i nordisk teori. I Norge har særlig Carl Jacob Arnholm (1899-1976) vært en fremtredende skikkelse på privatrettens område. Han utga i 1932 et grunnleggende verk om passivitet; "Passivitetsvirkninger", og var den første teoretiker som omtalte passivitet som en alminnelig opphørsgrunn for fordringer og innsigelser. Det er mitt inntrykk at Arnholms fremstillinger om emnet fortsatt vises til hyppig blant norske jurister.

Arnholm påviste at passivitetsvirkninger som rettslig fenomen er svært utbredt, og gjør seg gjeldende på høyst forskjelligartede rettsfelt. Passivitetsvirkninger inntreer selv i situasjoner hvor de ikke engang i videste forstand kan begrunnes i fortolkninger av partenes viljeserklæringer. Det er i følge Arnholm "overflødig" å forklare rettsvirkningen ved å vise til stilltiende oppgivelse eller liknende disposisjoner, fordi det er tale om "...krefter som virker uavhengig av partenes vilje og utsagn; det er den *objektive rettsorden* (min utheving) som må avgjøre hvorvidt en part skal kunne holde på sine rettigheter uten å verge dem i kritiske situasjoner" (s. 109-110). Hensynet til hva partene kan ha ment, er underordnet hva hensynet til livet krever av regler. Arnholm forkaster under enhver omstendighet henvisningen til stilltiende rettshandler, som både mangler forklaringskraft og som endog kan være skadelig fordi det gjør et enkelt spørsmål "unødig komplisert" (s. 110). Fordi passiviteten virker på tvers av partenes ønsker og hensikter, vil det være galt å gjøre noe sekundært, partsviljen, til det avgjørende.

Arnholm avviser at det lar seg gjøre å oppstille en enkelt positiv regel som om hva som kreves for å utløse passivitetsvirkning. Dels gir ikke rettskildene noe entydig og festnet svar, dels ville en slik regel, for å fange opp de mange reservasjoner som må gjøres med hensyn til de enkelte situasjoners særlige beskaffenhet, bli så vag at den ikke ville ha verdifull mening. Arnholm oppstiller derimot hvilke forhold som synes å ha betydning, herunder forretningsinnsikt, lojalitetsforhold, spekulasjonsmulighet og fare for betydelig skade. Forholdene søkes imidlertid ikke ordnet i et samlende prinsipp eller en positiv rettsregel, det er snarere tale om en avdekking av en *tendens*; navnlig at en rettighetshaver ofte risikerer at hans rett forsvinner dersom ikke foretar det som man kan kalle en ”rettsbevarende handling”.

Arnholm konkluderer med at det ikke kan utledes noe mer konkret om betingelsene for rettstap ved passivitet. Fordi løftevirkning krever en viljeserklæring, og fordi det ikke skilles mellom rettsfortapende og pliktstiftende passivitet, er det bare culpa som gjenstår som et mulig felles grunnlag for rettsfortapelse og pliktstiftelse, og dette forkaster Arnholm som uholdbart.

I sin fremstilling fra 1975 (Tre utsnitt av den almindelige privatrett) fremholder Arnholm at passivitetsreglene bygger på flere rettstanker, og at rettsområdet er i stadig utvikling. Passivitetsinstituttet lar seg (fortsatt) ikke innfanges av én rettssetning, og det lar seg (fortsatt) ikke gjøre å skille mellom de ulike typer passivitet. Han fremholder dessuten denne gang at det avgjørende for rettstapet må være passivitet overfor en krenkelse under omstendigheter hvor det ville være til betydelig ulempe for krenkeren, dersom den berettigede ikke sier fra i tide.

3.2 Knoph

I 1939 utkom verket *Rettslige standarder*, forfattet av Ragnar Knoph (1894-1938). Knoph hevdet at passivitet hadde blitt til en ”alminnelig rettsgrunnsetning” (s. 268), og at instituttet har sin rettmessige plassering i *den alminnelige lære om misbruk av rett*. I likhet med Arnholm forkaster også Knoph løftefiguren som nøkkelen til en forståelse av rettsfortapende passivitet, fordi teorien om stilltiende viljeserklæringer møter vanskeligheter når rettstapet inntreffer til tross for at den berettigede ikke var klar over at han hadde en rett.

Den avgjørende årsak til at rettstap inntreffer ved passivitet, er for Knoph at rettighetshaveren kan *bebreides* at han ikke har gjort sin rettighet gjeldende i tide, idet passiviteten etter omstendighetene er *illojal* mot den som har innrettet seg etter at den ikke bestod (s. 235-236). Knoph formulerer den alminnelige passivitetsstandard slik: Rettighetshaveren må finne seg i at retten fortapes eller svekkes dersom (A) en god og aktsom mann med utviklet sosial ansvarsfølelse ikke ville unnlate å bruke retten i tide, eller (B) ikke finner det forsvarlig å kreve den gjennomført i streng og uavkortet skikkelse i den forandrede situasjon som tiden og forholdene har lagt til rette (s. 240). (A) gjelder den culpøse passivitet, mens (B) innbyr til en interesseavveining mellom partenes ulike interesser alle omstendigheter tatt i betraktning.

Knoph fremholder (som Ravnkilde) at den blotte passivitet ikke er nok til å utløse rettstap, passiviteten må utfoldes til tross for en *særlig grunn* til å handle. Avgjørende for om en slik særlig grunn foreligger, er skade og risiko for skade på andres beskyttelsesverdige interesser. Knoph anlegger således en culpabasert synsmåte, hvoretter passivitetsinstituttets rettsfaktum består av en generell culpanorm, som gjelder for den berettigedes omgang med kravet og dennes adressat. For øvrig svarer Knophs liste over relevante forhold under normens anvendelse i store trekk til Arnholms.

3.3 Hagstrøm

Professor Viggo Hagstrøm, hvis nærmere presentasjon skulle være overflødig, omtaler det passivitetsutløste rettstap kort i sitt omfattende verk "Obligasjonsrett" (2003) på s. 776-779. Hagstrøm begrenser seg etter egen målsetning til bare å beskrive en del typetilfelle der rettstap ved passivitet kan være særlig aktuelt. Eksempelvis nevnes at tilkjennegivelser om partenes rettsforhold som strider med mottakerens ofte utløser rettstap dersom de møtes med passivitet. Hagstrøm legger videre til grunn at passivitet (les: ulovfestede passivitetsregler) bare i beskjeden utstrekning kan tenkes å supplere foreldelsesreglene for de fordringers vedkommende som er uomtvistet. I samme bane hevder han at fordringer som har et *særlig klart grunnlag* (min utheving) bare unntaksvis vil fortapes ved passivitet. Mer

generelt uttaler han at det utenfor de spesielt nevnte tilfelle kan være grunn til etter omstendighetene å anse en rett som forspilt dersom dens innehaver har utvist passivitet under forhold som måtte gi den annen part *rimelig grunn* til å gå ut fra at retten ikke ville bli gjort gjeldende, og dersom det – om retten fremdeles skulle bestå – måtte betegnes som *utilbørlig* at den ikke er gjort gjeldende på et tidligere tidspunkt.

Det er uklart om henvisningene til culpa på s. 777-778 bare gjelder for fordringer, eller om de også gjelder innsigelser mot fordringer. Hagstrøm later uansett til å legge til grunn at culpa er et moment av betydning for det passivitetsutløste rettstaps rettsfaktum, *ad modum* Knoph. Han tar likevel avstand fra Knophs alminnelige passivitetsstandard, som han antyder er en ”karikatur av en rettsregel”⁶.

Hagstrøm har også så vidt rukket å kommentere Ravnkildes ”Passivitet”. Foruten å gi en kort gjengivelse av forventningsteorien, uttaler han at den nok kan ”(...)sammenfatte en rekke passivitetstilfelle der passiviteten er beslektet med et dispositivt utsagn. Men det er vanskelig å se at den kan løse de ikke helt upraktiske tilfelle at det vesentlig er tidsforløpet som tilsier rettstap.”

4 NOEN RETTSTEORETISKE BETRAKTNINGER

En rettsdogmatisk fremstilling som bryter med tidligere teori, reiser umiddelbart en del grunnleggende rettsteoretiske spørsmål. Det kunne være nærliggende å begynne med å spørre hvilken *betydning* fremstillingen kan tenkes å ha, men dette synes å kunne lede tanken på en avsporing fra et klart og ufravikelig utgangspunkt, nemlig at det er de rettsdogmatiske hypoteser som kaster lys over rettspraksis, og ikke omvendt. Sagt med andre ord; rettsdogmatikken skaper ikke rett, men teoretiserer over hvilke rettsregler som anvendes, tolkes og skapes av domstolene, altså hva jurister betegner som gjeldende rett. En annen rettsteoretisk diskusjon er hvorvidt det overhodet eksisterer noe som innfanges av begrepet gjeldende rett, men dette lar jeg betimelig ligge i denne korte besvarelsen.

⁶ Hagstrøm har derimot ikke gjengitt Knophs passivitetsstandard korrekt; ”Rettighetshaveren *må finne seg i* (min utheving) at retten fortales eller svekkes dersom(...)” har med Hagstrøm simpelthen blitt til ”(...)en rett tapes eller svekkes dersom(...).

Dette klare utgangspunkt bør imidlertid nyanseres. Fra den allmenne rettsteori er den nære og dynamiske sammenheng mellom gjeldende rett på den ene side, og juristers *antakelse* om hva som er gjeldende rett på den annen side, velkjent⁷. Intuisjonen går ut på at når tilstrekkelig mange jurister legger til grunn et nytt syn på hvorledes gjeldende rett er å forstå, vil dette over tid kunne påvirke domstolenes argumentasjon og endog resultater. Moderne rettshistorie er full av eksempler på nettopp hvorledes ny teori vinner frem og danner grunnlaget for en utvikling av retten. Et utmerket eksempel i så måte er den for lengst etablerte liberale og åpne rettskildemetode, hvoretter den rettsrealistiske metode har måttet vike til fordel for en rettskildemetode hvor anvendelsen av reelle hensyn er utbredt. Det overfor nevnte må selvsagt også sees i sammenheng med domstolenes rettskapende virksomhet.

Med dette modifiserte utgangspunkt synes det likevel å være betimelig å reise spørsmålet om hvilken betydning Ravnkildes fremstilling *kan tenkes* å ha. Fremstillingen kan i den ene ytterkant tenkes å forkastes helt av alle jurister som en dekkende beskrivelse av gjeldende rett, og således ikke få verken noen betydning eller verdi. I den andre ytterkant kan den tenkes å aksepteres av en samlet profesjon som et (bedre) uttrykk for gjeldende rett, på en slik måte at den sågar påvirker domstolenes rettsanvendelse. Man kunne forestille seg at passivitetsutløste rettstaps *avtalerettslige forankring* vinner feste slik at domstolene oftere statuerer uforsettlig løftevirkning i saker der man tidligere støttet resultatene på andre teorem, som for eksempel culpaoppfatningen.

Mellom disse ytterpunktene kan man forestille seg at forventningsteoriens anvendelse på det passivitetsutløste rettstap *i en større eller mindre utstrekning* aksepteres som et holdbart uttrykk for gjeldende rett, men at den likevel ikke etter en tid kan sies å på synlig måte ha påvirket domstolenes eller andre rettsanvenderes rettsanvendelse. På ulovfestede områder som det angjeldende, vil domstolene formodentlig alltid formulere sine premisser på en ”runderere” måte enn på lovfestede, og/eller begrunne sine resultat konkret. I så måte kan det tenkes at Ravnkildes bidrag til instituttet forblir en rettsdogmatisk hypotese i en vedvarende teoretisk diskurs. Det

⁷ Jf. Eng, Svein. U/enighetsanalyse – med særlig med sikte på jus og allmenn rettsteori. Oslo, 1998, s. 315 flg.

gjenstår selvsagt fortsatt å se hvorledes Ravnkildes nå snart to år gamle fremstilling blir mottatt.

Et mer praktisk spørsmål synes derimot å være hvorvidt domstolene, ved å ikke å anlegge Ravnkildes avtalerettslige synsmåte mht rettsfortapende passivitet, ser seg nødt til å formulere premisser for sine resultat som ikke harmonerer godt med de aktuelle saksforhold. Legges det til grunn at passivitet fra en part utløser rettstap fordi den anses for å være i strid med en culpanorm eller en lojalitetsplikt, og dette ikke er en treffende beskrivelse/dom av den passives adferd, kan det tenkes at forventningsteorien på en bedre måte fanger inn det rettsfaktum som domstolene må bygge på. Som Ravnkilde fremholder, vil det nettopp ofte være lite treffende å betegne passivitet mht ivaretagelsen av egen rettsposisjon som klandreverdigg eller illojal, med mindre det går en viss tid fra det tidspunkt hvor rettigheten først kunne fremføres.

Forventningsteorien *kan* på denne bakgrunn tenkes å gjøre domstolenes hverdag enklere, idet det må anses for å være blant domstolenes mindre kontroversielle oppgaver å fastholde noen (den berettigede) på et løfte.

Det er med en presumpsjon om at forventningsteorien på en god måte innfanger det passivitetsutløste rettstaps rettsfaktum (Eng: Disposisjonskriterium), at jeg nå vil forsøke å anvende den på noen norske rettsavgjørelser. Intensjonen er å kunne si noe om dens godhet, dens verdi som rettsdogmatisk hypotese.

5 FORVENTNINGSTEORIEN ANVENDT PÅ NORSK RETT

5.1 Noen typiske avgjørelser fra norsk rett

Før jeg foretar en grundigere analyse av noen spesielt utvalgte høyesterettsavgjørelser om rettsfortapende passivitet, vil jeg nedenfor først gi ganske korte eksempler på hvorledes forventningsteorien *umiddelbart* lar seg anvende på noen norske avgjørelser med de kjennetegn som har vært gjenstand for Ravnkildes analyser (jf. pkt. 2.6.1).

Noen eksempler på at passiviteten utløste rettstap finner vi i følgende avgjørelser:

Rt. 1973 821 Høyesterett – dom

A fikk under dissens (4-1) medhold i at han etter sin ansettelseskontrakt hadde krav på å få sin pensjon oppregulert fra 1969 som følge av at kronens verdi var vesentlig redusert. Krav for tidligere år (1963-1966) måtte derimot anses bortfalt ved A's passivitet. Direktøren var fra 1963 medlem av selskapets styre, samtidig som han oppbevarer direktørpensjon. Kravet om oppregulering for perioden for perioden 1963-1966 ble først reist i 1969, og Høyesterett uttaler om dette at ” Det måtte kunne ventes av ham at han tok et personlig initiativ dersom han ønsket pensjonen oppjustert”. Retten anså det som lite tvilsomt at han ved slik passivitet hadde ”(...) fraskrevet seg retten til å kreve pensjonen regulert med tilbakevirkende kraft”.

Med forventningsteorien kan man uttrykke det slik at direktøren under omstendighetene måtte forstå at arbeidsgiveren i god tro ville oppfatte hans passivitet som en viljeserklæring om å ikke gjøre gjeldende sin rett (til å kreve oppjustering). Den reaksjonskrevende omstendighet, som direktøren forholdt seg passiv til og derved utstyrte arbeidsgiveren med god tro, var i dette tilfelle de løpende utbetalinger av pensjon. Eksakt når passiviteten fikk løftevirkning, trengte retten ikke å ta stilling til, fordi passivitetsfristen under enhver omstendighet var oversittet seks år etter den aktuelle periodens begynnelse.

Rt. 1947 587 Frostating lagmannsrett - dom

A fikk i 1935 kjennskap til at B var i ferd med å bygge en garasje på et areal tilhørende C, som A mente å ha ervervet forkjøpsrett til i 1921. A ble i 1938 klar over at arealet hadde blitt solgt til B i 1934. I årene som fulgte ble det av B foretatt omfattende byggearbeider på parsellen og på flere tilstøtende parseller som B også hadde kjøpt. A tok ut stevning mot C i 1942, med påstand om å få gjøre forkjøpsretten gjeldende. Lagmannsrettens flertall frikjente C, med den begrunnelse at A ikke i tillit til at han hadde påstått å ha en forkjøpsrett, rolig kunne se på at

arbeidet ble utført og først gjøre sin forkjøpsrett gjeldende rettslig etter at dette arbeidet var vidt fremskredet.

A aktet ved sin passivitet ikke å gi uttrykk for et avkall på sin forkjøpsrett. Omstendighetene var derimot slike, at C hadde grunn til å oppfatte A's passivitet som en viljeserklæring om avkall. Premissene i dommen sier ingenting om det ganske selvfølgelige, nemlig at A måtte forstå at C i god tro ville tolke A's passivitet på denne måte, og at A således var i ond tro vedrørende C's godtroende villfarelse. Den reaksjonskrevende omstendighet som underbygget C's gode tro og A's onde tro var her den omfattende og vedvarende bygging på parsellen, som utgjorde en tilkjennegivelse fra C om at rettigheten ikke (lenger) bestod. Lagmannsretten formulerer dette slik: *"Under disse omstendigheter må man anta at Sæther hadde plikt til innen rimelig tid å skaffe seg sikkert kjennskap til forholdet fra Ragnhild O. Ljøen, og i tilfelle gjøre sin forkjøpsrett gjeldende."* A hadde selvsagt ingen reell plikt til å gjøre sin rett gjeldende, rettens uttalelse på dette punkt bør heller tolkes som et uttrykk for at han ved ikke å handle hadde påtatt seg en plikt til *ikke* å gjøre den gjeldende. Dommen nærmer seg etter mitt syn en avtalerettslig forankring av det passivitetsutløste rettstap *ad modum* Ravnkilde.

Rt. 1949 620 Gulating lagmannsrett - dom

Et handelshus ble oppført ulovlig i 1916. En grunneier iakttok oppføringen, men protesterte først i 1944. Ved denne passivitet hadde han forlagt retten til å kreve eiendommen revet. Når det ikke fremkom innsigelser mens oppføringen stod på, måtte byggherren ha rett til å oppfatte dette "(..) som en godkjennelse, et stilltiende samtykke (...)"

Rettstapet springer her ut fra det forhold at samtykket er ensbetydende med et avkall på en innsigelse. Grunneieren måtte her forstå at han ved sin passivitet utstyrte byggherren med god tro mht grunneierens forpliktelsesvilje til ikke å opponere mot byggingen. Den reaksjonskrevende omstendighet inntrådte her allerede ved oppføringen, som grunneieren "(..) hadde under øynene dag for dag (...)". Det bemerkes for øvrig at passiviteten i denne saken var en subsidiær anførsel til hevd, hvis vilkår retten ikke fant å foreligge.

Følgende avgjørelse er med Ravnkilde et eksempel på at betingelsene i forventningsteorien *ikke* var oppfylt:

Rt. 2004 41 Høyesterett - dom

Spørsmålet i saken var om retten til å kreve offentlig skifte av et felleseiebo var falt bort ved passivitet. Etter at et ektepar var blitt skilt, fikk hustruen bruksrett til den felles leilighet. Mannen krevde offentlig skifte først ca 16 år etter skilsmissen, men hadde før den tid nevnt saken for sin tidligere hustru. Høyesterett uttalte at tap av rett til å kreve offentlig skifte grunnet passivitet, bare ville være aktuelt der det var skapt en berettiget forventning hos den annen ektefelle om at det ikke ville bli krevd skifteoppgjør. Etter en konkret vurdering fant Høyesterett at de strenge krav dette vilkåret forutsatte, ikke var oppfylt.

Høyesterett la særlig vekt på at partene i separasjonssøknadene hadde opplyst at hustruen skulle ha *bruksrett* til leiligheten, og at mannen hadde gode grunner til ikke å gjøre kreve skifteoppgjør så lenge ektefellenes barn bodde hos moren. Mannens *aktivitetsplikt* ble imidlertid skjerpet da den yngste datteren fylte atten i 1996, men han formidlet da både muntlig og skriftlig til hustruen at han mente å ha krav på skifteoppgjør. At det fortsatt gikk tre år før mannen tok rettslige skritt, var dels begrunnet av at hustruens flytteplaner ble skrinlagt, og dels av hensynet til barna. Den siste korrespondanse i 1996 var dessuten skrevet av mannen, og ble ikke besvart av hustruen.

Høyesterett fremholder altså at det ikke var skapt en *berettiget forventning* hos hustruen om at det ikke ville bli krevd skifteoppgjør. Hun var med Ravnkilde derved ikke i *god tro* mht at mannens passivitet var et uttrykk for en viljeserklæring om ikke-bruk av sin rett til å kreve offentlig skifte. Mannen hadde dermed ikke avgitt noe utilsiktet løfte som han måtte holdes på. Det blir etter dette overflødig å tilføye at mannen *ipso facto* heller ikke burde ha tolket omstendighetene slik at hustruen var i god tro.

Når Høyesterett legger til grunn at det må stilles *strengt krav* til hustruens gode tro, vil jeg for øvrig mene at dette er et godt uttrykk for at passiviteten må utfoldes i en *kvalifisert sammenheng* – passiviteten alene vil ikke kunne begrunne rettstap.

5.2 Foreløpige kommentarer

Dommene som kort er gjennomgått overfor, kan selvsagt ingenlunde bekrefte at forventningsteorien er *sann*, eller at den er et riktig uttrykk for gjeldende rett. Det synes derimot nærliggende å fastslå at den med rimelig letthet lar seg anvende på et utvalg norske avgjørelser, og jeg har under arbeidet med oppgaven ikke funnet *noen* avgjørelse den står i direkte opposisjon med⁸.

For så vidt man kan godta at domstolene ikke *eksplisitt* forankrer rettstapet avtalerettslig, med andre ord at den passive bindes på et *løfte om ikke-bruk*, synes forventningsteorien umiddelbart å på en god måte innfange det passivitetsutløste rettstaps rettsfaktum. Godtro-, ondtro- og passivitetsrekvisittene, slik disse er utledet av Ravnkilde, synes med andre ord å innfange det rettsfaktum domstolene bygger på når det tas stilling til hvorvidt passiviteten skal føre til rettstap for den passive. Når domstolene vegrer seg for å formulere rettstapet som en løftevirkning, kan dette ha sammenheng med at konstruksjonen om det utilsiktede løfte om ikke-bruk både er uvant og utpreget teoretisk, men også fordi de her opererer på ulovfestet grunn, og dermed utviser særskilt varsomhet mht utformingen av premissene.

5.3 Forventningsteoriens anvendelse på noen utvalgte Høyesterettsdommer

Dommene jeg i det følgende vil undergi en nærmere analyse, er dommer som reiser ulike spesielle spørsmål. Dommene har det til felles, foruten de kjennetegn som ble nevnt under pkt 2.6.1, at de inneholder premisser som etter mitt syn fremstår som spesielt godt egnet som utgangspunkt for en vurdering av forventningsteoriens anvendelse og godhet, eller som reiser spesielt interessante spørsmål i relasjon til Ravnkildes fremstilling, og dermed til oppgavens tema.

⁸ Se likevel dommen inntatt i Rt. 1976 s. 210 behandlet nedenfor.

Rt. 1992 295 Høyesterett – dom (Custos-dommen)

En mindre maskinentreprenør inngikk avtale med et maskinfirma om leie av en dumper for en måned om gangen. Dumperen skulle brukes til noen avsluttende arbeider. Maskinfirmaet foranlediget kort tid etter at et finansieringsselskap inngikk leasingkontrakt med entreprenøren om dumperen, men uten at maskinfirmaet nevnte noe om sin avtale med entreprenøren overfor finansieringsselskapet. Maskinfirmaet som opptrådte som mellomledd ved opprettelsen av leasingkontrakten, hadde overfor entreprenøren fremholdt at leasingkontrakten var uten betydning for hans forpliktelser. Entreprenøren ble frifunnet for leasingselskapets krav. To dommere la vekt på at finansieringsselskapet ved den valgte fremgangsmåte ved kontraktsopprettelsen var nærmest til å bære risikoen for at det inntraff uregelmessigheter. Tre dommere bygget avgjørelsen på at finansieringsselskapet hadde tapt sin rett gjennom den passivitet selskapet utviste etter at det ble kjent med entreprenørens syn på kontraktsforholdet.

Flertallet la her til grunn at entreprenøren var forpliktet overfor finansieringsselskapet, men at selskapet hadde tapt sin rett etter kontrakten gjennom passivitet. Flertallet la avgjørende vekt på en telefonsamtale partene imellom, hvor den forpliktete tilkjennegjorde en annen oppfatning av kontraktsforholdet enn den berettigede. Selskapet hadde dermed "(...) en klar oppfordring til å undersøke saken nærmere". Det gikk derimot nær ett år før selskapet tok kontakt med entreprenøren om oppgjør under kontrakten, og dermed "(...) måtte han [entreprenøren] med god grunn kunne innrette seg på at selskapet hadde avfunnet seg med hans standpunkt.

Med forventningsteorien kan man her si at retten bygget på det *faktiske premiss* at den berettigede (selskapet) måtte forstå at den forpliktete (entreprenøren) under omstendighetene i god tro oppfattet rettighetens ikke-fremførelse som en viljeserklæring om ikke-bruk, og på *den rettsregel* at den berettigede dermed avga et utilsiktet løfte om ikke-bruk av sin rett. Den aktuelle reaksjonskrevende omstendighet var her den forpliktedes telefoniske tilkjennegivelse av en oppfatning hvoretter den aktuelle rett ikke besto.

Dommens premisser kan tilsynelatende virke motsigende. Rettens flertall la til grunn at entreprenøren måtte forstå at han var bundet av (skriftlig) avtale. Det måtte etter omstendighetene likevel "(...) godtas at han selv trodde han ikke var det".

Entreprenøren ble altså ansett for å ha måttet forstått at han var bundet av kontrakten, men blir likevel ansett for å være i god tro. Disse to premisser er likevel ikke motsigende. Den gode tro gjelder *eksistensen av rettsvilje til å forpliktes til ikke-bruk av rettigheten basert på passivitet*, og ikke rettigheten selv. Selve den omstendighet at den forpliktete kjenner eller burde kjenne til rettigheten som sådan, er jo et av kjennetegnene ved de dommer som er gjenstand for Ravnkildes fremstilling (og herværende besvarelse), og som er forutsatt i forventningsteorien.

Rettens mindretall tok for øvrig ikke stilling til spørsmålet om passivitet, da det kom til at entreprenøren ikke var bundet til kontrakten.

Rt. 1976 210 Høyesterett – dom

Leder av avdeling i agenturforretning, som hadde vært lønnet på provisjonsbasis, gikk 1. januar 1970 over på fast lønn. Han mente at han ved siden av denne lønn hadde krav på provisjon for bestillinger innkommet 1969, men ikke effektuert før 1. januar 1970. Firmaet, som for Høyesterett ikke bestred provisjonskravets eksistens, hevdet at kravet var bortfalt ved passivitet, men fikk ikke medhold i dette.

Den ansatte fratrådte, etter egen oppsigelse, sin stilling 30. juni 1971, men reiste krav om etterbetaling av provisjon først i november 1971, ved advokat. At han ikke hadde reist kravet mens han fortsatt stod i stilling, ble av Høyesterett ansett for å ha sin forklaring i det betente forholdet som etter hvert hadde oppstått mellom arbeidsgiver og ansatt, og som til slutt resulterte i hans fratredelse. Passivitetsvirkning var ikke aktuelt å statuere for denne perioden.

Høyesterett fant det derimot mer påfallende at kravet ikke ble reist ved fratredelsen, men først 3-4 mnd senere. Heller ikke dette ble ansett for være et forhold som kunne nedføre rettstap. I en ganske kort redegjørelse for hvorfor passiviteten ikke i det konkrete tilfelle utløste rettstap, fremholder Høyesteretts som som et viktig moment "(...)at det ikke er forsøkt påvist eller sannsynliggjort at Rosenberg er blitt påført

nevneverdige vanskeligheter eller uleilighet ved forholdet. Og det er her tale en funksjonærs krav mot sin arbeidsgiver på arbeidsvederlag – et krav hvis riktighet for øvrig er erkjent – og da må det overføres Laugen et mer klandreverdige forhold enn her dersom Rosenberg skulle bli fri fra sitt ansvar overfor ham.”

Det er grunn til først å fremholde at dommens premisser synes å harmonere godt med Knophs fremstilling. Fire forhold bør i denne sammenheng nevnes:

- Dommen synes for det første tydelig å bygge på at passivitetsutløste rettstap forutsetter *culpa*, og at passiviteten i dette konkrete tilfelle ikke var klandreverdige nok i så måte.
- Videre later retten til legge vekt på lojalitetsbetraktninger, idet det fremheves særskilt at det er tale om et ansettelsesforhold.
- Dernest legges det vekt på at kravet er *erkjent* av den forpliktede, og at det dermed lempes på aktsomhetskravet i den berettigedes favør.
- Til slutt synes spørsmålet om skade eller risiko for skade (vanskeligheter/uleilighet) å være av betydning, noe som både kan forstås som et uttrykk for at culpatanken står sentral, og som et uttrykk for at retten ser seg invitert til en interesseavveining.

Dommen er svært interessant i denne oppgaves henseende av flere grunner. Hva gjelder spørsmålet om culpa, utgjør dommen et av flere eksempler på avgjørelser hvor det antas at det passivitetsutløste rettstap nettopp forutsetter culpa. Dette er etter mitt syn en gal antakelse. For det første finnes det i norsk rettspraksis svært mange eksempler på dommer som statuerer rettstap selv om passiviteten verken direkte eller indirekte har blitt ansett for å ha vært culpøs⁹. Således kan dommen sies å stride med gjeldende rett.

Enn videre synes culpatanken etter mitt syn å være forfeilet simpelthen fordi den i dette tilfellet, som i en rekke andre, ikke synes å harmonere godt med de faktiske forhold. Som fremhevet av Ravnkilde, vil det sjelden være klandreverdige eller illojalt i seg selv å ivareta *sin egen rett* på et senere tidspunkt enn når det først kan forventes at man faktisk gjør det. Når den berettigede taper sin rett ved passivitet, enten dette

⁹ Jf. således særlig Sigdal-dommen inntatt i Rt. 1992 s. 352 som kommenteres nedenfor, og videre Rt. 1997 s. 1929 og Rt. 1949 s. 620.

skjer som en løftevirkning eller ved en anvendelse av konkrete rimelighetsbetraktninger i en avveining av partenes interesser, synes det å være mer treffende å legge til grunn at den forpliktete hadde en berettiget forventning om at passiviteten var et uttrykk for en viljeserklæring om å ikke gjøre sin rett gjeldende, og at den berettigede forsto eller måtte forstå at så var tilfelle, men likevel ikke foretok seg noe.

Det synes i denne sammenheng også betimelig å minne om at lovgiver har gitt en alminnelig foreldelsesfrist på tre år¹⁰, en regulering som i seg selv kan sies å underbygge det standpunkt at passivitet *alene* mht ivaretagelse av egen rett ikke er klanderverdig eller illojalt.

Høyesterett legger videre *isolert* vekt på at fordringen er *erkjent*, og at dette får betydning for den aktsomhetsnorm retten mener skal anvendes. Dette er for så vidt ikke overraskende, når det legges til grunn en culpaoppfatning som nevnt. At fordringen eller innsigelsen er kjent, eller burde være kjent for den forpliktete, er derimot som tidligere nevnt et *kjennetegn* ved de ca 250 avgjørelser hvor passivitet *faktisk* utløser rettstap som er gjenstand for Ravnkildes fremstilling, og at rettigheten er kjent, eller burde være kjent, for den forpliktete er heller ingen hindring for rettstap i et tyvetalls norske avgjørelser jeg har gjennomgått for denne besvarelse¹¹.

Etter mitt syn ville det derfor være både riktigere og lettere å la rettighetens klare eller mindre klare grunnlag utgjøre et moment i vurderingen av hvorvidt godtro- og ondtrorekvisittene i forventningsteorien er oppfylt.

At Høyesterett videre legger vekt på at den forpliktete ikke hadde blitt påført nevneverdige vanskeligheter eller uleilighet, bør vel også forstås som et uttrykk for at culpatanken står sentral, og/eller at det skal foretas en slags interesseavveining, hvoretter en rettighet må fremføres med rimelig omsyn til den annen part for ikke å fortapes. Dette høres umiddelbart ikke helt urimelig ut, men det er verdt å påpeke det selvfølgeligelige i at enhver dom som unnlater å statuere rettstap ved passivitet, selvsagt alltid vil rippe opp i et bestående forhold slik at den forpliktete lider ”uleilighet”.

¹⁰ Jf. Lov 1979-05-18 nr 18 (foreldelsesloven) § 2

¹¹ Se således som eksempel Rt. 1949 620 kommentert overfor

Hva som gjør dommen særskilt interessant i herværende besvarelse, er at anvendelsen av forventningsteorien antakelig fører til et annet resultat enn hva som ble utkommet i dommen. Som Høyesterett selv legger til grunn, hadde den ansatte en særskilt grunn til å gjøre sitt krav gjeldende ved fratredelsen. Som fremhevet av Ravnkilde i kap. 3.7¹², er den omstendighet at partenes veier skilles en særlig reaksjonskrevende omstendighet, under hvilken den berettigedes ikke-fremførelse av retten med føye kan oppfattes som en viljeserklæring om at han ikke har til hensikt å fremføre den, og under hvilken den berettigede må forstå at den forpliktete er i slik godtroende villfarelse.

Til illustrasjon kan nevnes Rt. 1924 s. 128 vedrørende tap av et erstatningskrav for mangler i et leieforhold. Leietakeren ble her ansett for å stilltiende oppgitt kravet, fordi han ikke gjorde det gjeldende senest ved fraflyttingen.

Den kort passivetsfrist som begynte å løpe ved fratredelsestidspunktet må under enhver omstendighet anses for å være oversittet 3-4 måneder senere, og passiviteten skulle med forventningsteorien således ha medført rettstap for den ansatte.

Av dette kunne man slutte at forventningsteorien ikke ”holder stikk”, at den ikke samsvarer med gjeldende norsk rett. Som det fremgår av drøftelsen overfor, er jeg imidlertid av den oppfatning at det er *dommen* som ikke er i samsvar med gjeldende rett når det for det første forutsettes culpa for det passivitetsutløste rettstap, og videre legges avgjørende vekt på den forpliktedes kjennskap til den aktuelle rett.

Rt. 1992 352 Høyesterett – dom (Sigdal-dommen)

En enke etterlot seg i 1938 et lite småbruk. Boet var insolvent, da boets eneste aktivum var den faste eiendom som var overbeheftet. Av enkens 5 barn var 3 sønner reist til USA, mens en datter, A, og en psykisk utviklingshemmet sønn bodde på småbruket. Det ble ikke foretatt noe skifte, men A fortsatte å bo på eiendommen med sine to barn og broren. Hun avverget en tvangsauksjon og betalte etter hvert hele

¹² Se s. 95-96

pantegjelden. A døde i 1965. Først i 1977, etter at alle A's brødre var døde, fremmet deres barn krav på medeiendomsrett. Høyesterett ga under dissens (4-1) A's barn medhold i at de var eneeiere av eiendommen. Flertallet fant at A's overtagelse av den faktiske rådighet over eiendommen og ordningen av pantegjelden kombinert med medarvingenes langvarige passivitet, medførte at deres arvekrav var gått tapt.

Dommen, som for øvrig antas for å være et prejudikat for ekstinksjon på ulovfestet grunnlag, er interessant i denne relasjon fordi rettens flertall (3) klart og tydelig legger til grunn at det passivitetsutløste rettstap *ikke* forutsetter bebreidelse av den passive, når "(...) saksforholdet likevel er slik at det kan være grunn til å tillegge rette eiers unnløstelse av å foreta seg noe, rettsvirkninger.

Dommen faller for øvrig utenfor Ravnkildes forventningsteori, simpelthen fordi den forpliktete, i dette tilfelle hytteeierne, *ikke kjente til rettighetens eksistens*. Ravnkilde stiller på side 138 i sin fremstilling det betimelige spørsmål om man kan frafalle en rettighet, som den forpliktete ikke kjenner til. Ravnkilde har ikke funnet dansk rettspraksis hvor dette settes på spissen, men antar på logisk grunnlag at svaret på dette er nei. A kan ikke anta at B frafaller en rett med mindre A vet eller tror at B har en slik rett. Forventningsteorien får således kun anvendelse på dommer med de kjennetegn som er gjengitt under pkt. 2.6.1.

Rt. 1983 850 Høyesterett – dom

En enke etterlot seg i 1938 et lite småbruk. Boet var insolvent, da boets eneste aktivum var den faste eiendom som var overbeheftet. Av enkens 5 barn var 3 sønner reist til USA, mens en datter, A, og en psykisk utviklingshemmet sønn bodde på småbruket. Det ble ikke foretatt noe skifte, men A fortsatte å bo på eiendommen med sine to barn og broren. Hun avverget en tvangsauksjon og betalte etter hvert hele pantegjelden. A døde i 1965. Først i 1977, etter at alle A's brødre var døde, fremmet deres barn krav på medeiendomsrett. Høyesterett ga under dissens (4-1) A's barn medhold i at de var eneeiere av eiendommen. Flertallet fant at A's overtagelse av den faktiske rådighet over eiendommen og ordningen av pantegjelden kombinert med medarvingenes langvarige passivitet, medførte at deres arvekrav var gått tapt.

En interessant implikasjon ved anvendelsen av forventningsteorien på denne dommen, er at den innfanger de øvrige premisser rettens flertall bygger sin avgjørelse på. Således kan man si at både den faktiske overtakelsen av eiendommen, og istandbringelsen av den gjeldsordningen A alene stod for, utgjorde slike kvalifiserte, reaksjonskrevende omstendigheter under hvilke den forpliktede i god tro kunne legge til grunn at de berettigedes passivitet var et uttrykk for en viljeserklæring om ikke-bruk. De momenter avgjørelsen bygger på, vil med forventningsteorien dermed innkapsles i én rettsregel.

Forventningsteorien synes dermed å ha den egenskap at den *konsumerer* de moment som av domstolene blir ansett for å være av betydning.

6 KONKLUSJON

Besvarelsen har den åpenbare svakhet at studiet av forventningsteorien i norsk rett er basert på et meget snevert utvalg av avgjørelser. Som understreket i oppgavens innledning, vil en empirisk avtesting av forventningsteorien i norsk rett fordre en *atskillig* bredere gjennomgang av rettspraksis enn den foregående. Funnene jeg har gjort, vil derfor først og fremst ha form av *intuisjoner* om teoriens anvendelse og godhet. Det er disse intuisjoner jeg her vil gjøre rede for. Jeg vil likevel understreke at funnene ikke bare er basert på de avgjørelser som har fått plass i gjennomgangen overfor, men også på en rekke øvrige avgjørelser som jeg har lest under arbeidet med oppgaven, men som ikke er behandlet særskilt.

Ravnkildes forventningsteori synes etter mitt syn å på en god måte innfange det *rettsfaktum* domstolene bygger på når de tar stilling til spørsmål om passivitetsutløste rettstap. Teorien har latt seg lett anvende på de avgjørelser jeg har sett nærmere på. En rekke av dommene inneholder sågar premisser som minner meget om elementene i Ravnkildes forventningsteori, jf. således dommen kommentert overfor inntatt i Rt. 2004 s. 41, hvor Høyesterett uttalte at tap av rett til å kreve offentlig skifte grunnet passivitet, bare ville være aktuelt der det var skapt en *berettiget forventning hos den annen ektefelle om at det ikke ville bli krevd skifteoppgjør*.

Ved forventningsteoriens anvendelse legges ikke lenger så stor vekt på *tidens gang*, altså den blotte passivitet, som tidligere teori¹³ har fremholdt. I stedet er det de reaksjonskrevende omstendigheter som står sentralt. Som fremholdt tidligere, kreves det etter gjeldende rett noe mer enn passivitet alene for å statuere rettstap, den må utfoldes i en *kvalifisert sammenheng*. Således synes forventningsteorien å gi en god anvisning på hvor drøftelsen de facto begynner.

En mulig svakhet ved forventningsteorien er at *det utilsiktede løfte om ikke-bruk av rett* umiddelbart synes å utgjøre en vel teoretisk konstruksjon som det tar ”noe tid å fordøye”. At man for domstolene blir holdt på et løfte man ikke engang vet at man har avgitt, er en uvant tanke, og domstolene synes å være svært varsomme med å formulere løftevirkningen eksplisitt.

Når jeg likevel er av den oppfatning at teorien harmonerer godt med rettspraksis, er det først og fremst fordi avgjørelsene faktisk i stor grad anvender avtalerettslig terminologi, og spranget er etter mitt syn ikke stort fra det ”stilltiende samtykke” til det utilsiktede løfte om ikke-bruk. Løftevirkningen er etter mitt syn ikke så fjern når den forpliktete i god tro kunne oppfatte passiviteten som en viljeserklæring om ikke-bruk, og den berettigede måtte forstå dette, men unnlot å presisere sitt manglende forsett til forpliktelse. Hvorvidt domstolene, om forventningsteorien skulle vinne feste blant teoretikere og praktikere, i større grad vil forankre det passivitetsutløste rettstap avtalerettslig, gjenstår selvsagt å se. Rettsinstituttets særlige karakter av å være domstolskapt, preget av stor grad av konkret forankring og generell premissutforming, tilsier kan hende at man uansett ikke bør regne med en revolusjon over natten.

Jeg vil uansett mene at forventningsteorien har stor verdi for en praktiker, fordi betingelsene den oppstiller synes å *konsumere* de forhold som i rettspraksis blir ansett for være av betydning for passivitetsspørsmålet¹⁴. Således synes rettighetens klare eller mindre klare grunnlag, som av Hagstrøm lanseres som et selvstendig forhold av betydning ved vurderingen av passiviteten, eksempelvis å bli konsumert av godtroekvisittet. Med andre ord kreves det mer av den forpliktedes gode tro med

¹³ Men også Hagstrøm, jf. overfor, legger til grunn at det gjerne *vesentlig er tidsforløpet som tilsier rettstap*.

¹⁴ Jf. Rt. 1983 s. 850 omtalt overfor

hensyn til den berettigedes rettsvilje når den aktuelle rett har et særskilt klart grunnlag. Det samme synes for øvrig å gjelde for Hagstrøms poeng om at terskelen for rettstap synes høyere for fordringer enn for innsigelser.

En viktig intuisjon er dessuten den, at culpaoppfatningen faktisk ikke synes å være i samsvar med gjeldende rett, hvor det ofte statueres rettstap til tross for at den berettigedes passivitet ikke anses for å være klanderverdig. Som fremholdt tidligere, er det sjelden culpøst å forholde seg passiv mht ivaretagelsen av egen rettsposisjon, selv om den forpliktete derved kan oppfatte dette som et uttrykk for rettsvilje til frafall av retten. Culpaoppfatningen er etter sitt innhold grunnleggende ulik den avtalerettslige. Å vurdere om den berettigede har handlet culpøst er å ta stilling til hvorvidt han har tilsidesatt en plikt til å ta hensyn til den annen part, med andre ord hva man i forfølgelsen av egen rettsposisjon kan tillate seg overfor den annen. Når man med forventningsteorien i stedet spør hva den forpliktete under omstendighetene hadde grunn til å innrette seg på, harmonerer dette langt bedre med de dommer jeg overfor har latt forventningsteorien få anvendelse på.

Som en oppsummering vil jeg mene at Ravnkildes forventningsteori på en god måte synes å innfange det passivitetsutløste rettstaps rettsfaktum, og enn videre inviterer til en kritisk gjennomgang av mindre godt funderte culpadoctriner og fremstillinger som utelukker formuleringen av mer presise rettsregler. Lanseringen av forventningsteorien bør foranledige en diskurs omkring passivitetsinstituttet i alminnelighet, men det gjenstår særlig å se hvorvidt man vil akseptere det utilsiktede løfte om ikke-bruk av rett. Jeg har som det fremgår utviklet et entusiastisk forhold til Ravnkildes nye lære.

7 LITTERATURLISTE OG DOMSREGISTER

Ravnkilde, Jens. *Passivitet*. København, 2002.

Arnholt, Carl Jacob. *Passivitetsvirkninger*. Oslo, 1932.

Arnholt, Carl Jacob. *Tre utsnitt av den almindelige privatrett*. Oslo, 1975.

Knoph, Ragnar. *Rettslige standarder, Særlig grunnlovens § 97*. Oslo, 1939.

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003.

Eng, Svein. *U/enighetsanalyse – med særlig med sikte på jus og allmenn rettsteori*. Oslo, 1998.

Rt. 1973 821 Høyesterett – dom

Rt. 1947 587 Frostating lagmannsrett – dom

Rt. 1949 620 Gulating lagmannsrett – dom

Rt. 2004 41 Høyesterett – dom

Rt. 1992 295 Høyesterett – dom

Rt. 1976 210 Høyesterett – dom

Rt. 1992 352 Høyesterett – dom

Rt. 1983 850 Høyesterett – dom