

UNIDROIT PRINCIPLES OG BETYDNINGEN FOR NORSK KONTRAKTSRETT

Kandidatnummer: 322
Veileder: Ingen veileder
Leveringsfrist: 25.04.2006

Til sammen 16 050 ord

18.06.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Bakgrunn for oppgaven	1
1.2	Den videre fremstillingen	4
1.3	Avgrensning av oppgaven	4
1.4	Rettskilder	5
<u>2</u>	<u>UNIDROIT – HISTORIKK, OPPBYGNING OG BAKGRUNN FOR PRINCIPLES</u>	<u>6</u>
2.1	Historikk	6
2.2	UNIDROITs oppbygning	7
2.3	UNIDROITS arbeidsmåter	8
2.4	Bakgrunn for Principles	10
2.5	Andre internasjonale juridiske standarder:	12
<u>3</u>	<u>PRINCIPLES SOM RETTSKILDE FOR NORSK RETT</u>	<u>15</u>
<u>4</u>	<u>PRINCIPLES ANVENDT PÅ NORSKE KONTRAKTSRETTSLIGE SPØRSMÅL</u>	<u>18</u>
4.1	Lojalitetsplikt i forhandlinger	18
4.1.1	Innledning	18
4.1.2	Rettsstillingen etter norske rettskilder	19
4.1.3	UNIDROIT Principles og norsk rett:	20
4.1.4	Rettskildemessig vekt	24
4.1.5	Konklusjon	24

4.2	Lempning av erstatningsansvar i kontraktsforhold	25
4.2.1	Innledning	25
4.2.2	Generelt om erstatning i kontraktsforhold etter norsk rett	25
4.2.3	Den norske rettsutviklingen	27
4.2.4	Molodommen og prinsippet om lempning i kontraktsforhold	32
4.2.5	Kontraktslovene – uttrykk for at et generelt prinsipp eksisterer?	33
4.2.6	Reelle hensyn støtter prinsippet om lempning	35
4.2.7	UNIDROIT Principles og relevansen for norsk rett	36
4.2.8	Grense for lempning	38
4.2.9	Rettskildemessig vekt	39
4.2.10	Konklusjon	39
4.3	Hardship-klausuler	40
4.3.1	Innledning	40
4.3.2	Hva er hardship-klausuler?	40
4.3.3	Nærmere om rettsvirkningene	41
4.3.4	UNIDROIT Principles og betydningen for norsk rett	43
4.3.5	Rettskildemessig vekt	46
4.3.6	Konklusjon	47
4.4	Resultatforpliktelser og innsatsforpliktelser	48
4.4.1	Innledning	48
4.4.2	Betydningen av skillet etter norsk rett	48
4.4.3	UNIDROIT Principles og grensedragningen mellom typen forpliktelse	51
4.4.4	Rettskildemessig vekt	54
4.4.5	Oppsummering - konklusjon	55
5	<u>KONKLUSJON</u>	56
5.1	Oppsummering og konklusjon	56
5.2	Indikasjoner om Principles som fremtidig rettskildefaktor	56
6	<u>KILDER</u>	58

1 Innledning

1.1 Bakgrunn for oppgaven

Gjennom min interesse for obligasjonsrett og kontraktstolkning har jeg blitt nysgjerrig på hvordan dette området påvirkes av den internasjonale utvikling. Kontraktsretten utfordres av at verden knyttes stadig tettere sammen. Kjøp og salg av både varer og tjenester, arbeidskraft og kapital blir i stadig økende grad noe som skjer på tvers av landegrenser. Den tekniske utviklingen gjør at alt skjer raskere og enklere, avtaler kan relativt enkelt inngås uavhengig av hvor i verden man befinner seg. Norges handel overfor utlandet økte i årene 1990 til 1999 med 65 prosent¹. Samtidig har verdenshandelen med varer alene økt med 112 prosent i perioden 1994-2004, og er nå på over 10.000 milliarder dollar årlig². I tillegg kommer handel med tjenester samt rene kapitalstrømmer i forbindelse med investeringer mv. Mulighetene for fortjeneste finnes i hele verden og er nå tilgjengelige, avstand er ikke lenger en hindring. Gjennom utviklingen av banktjenester og børsvirksomhet, internasjonaliseringen av revisjonsfirmaer og advokatselskaper, og kommunikasjon via internett har markedet blitt globalt.

Når man så skal inngå kontrakter på tvers av landegrenser må man velge hvilket lands rett kontrakten skal gå etter. Dette kan være et problem i seg selv i forhandlingene, samt en kilde til frykt for å bli lurt. For de aller fleste vil det trolig være enklere å forholde seg til sitt eget lands rett, som man kjenner og er fortrolig med. For den av partene som taper kampen kan dette derfor være en ulempe.

¹ SSB: Statistisk årbok, 2000

² WTO: International Trade Statistics, 2005

Dette er trolig mye av grunnen til at svært mange aktører velger å la internasjonale kontrakter styres etter engelsk rett, ettersom der er partene fri til å avtale det de vil. Kontraktsteksten blir ikke overstyrt av preseptoriske lover, og det som ikke står i den skriftlige kontrakten er per definisjon ikke avtalt³. Slik får man oversikt over hva det er man har å forholde seg til, istedenfor en preseptorisk lovgivning man ikke kjenner og derfor kan få overraskelser i form av. Men kontrakter etter engelsk rett blir gjerne svært omfattende. Nettopp fordi man ikke har noen bakgrunnsrett å falle tilbake på så må absolutt avtales og tas inn i kontrakten. Alle eventualiteter og krisesituasjoner må både huskes på og løses i forhandlingene. Slikt medfører en stor mengde jobb, vanskelige forhandlinger og tunge dokumenter.

Verden har blitt internasjonal, og derfor trenger vi også en internasjonal kontraktsrett. Enighet om én felles rett for alle ville imidlertid være tilnærmet håpløst å få til. Mange land har svært ulike obligasjonsrettslige regler. Til tross for alle praktiske hensyn ville det være tilnærmet umulig å få til en kontraktsrettslig konvensjon som mange av verdens land ville ha sluttet seg til, nettopp fordi retten på dette området varierer svært fra land til land. I tillegg kommer det moment at alle land mener sitt system er det beste.

Slik kan man ikke se bort fra hvilken forenkling det ville vært for forretningsverden dersom man kunne inngå kontrakter med hvem som helst, basert på en rett som alle følte seg fortrolige med. Usikkerhet er en risikofaktor som må prises inn i alle avtaleforhold, og det sier seg selv at å kunne legge kjente rettsregler til grunn for et avtaleforhold er en klar fordel for den av partene dette gjelder.

Når et mye brukt område ikke er regulert av myndighetene, så utvikler bransjene selv gjerne standardvilkår, slik at de slipper å diskutere de samme problemstillingene for hver enkelt kontrakt. Utslag av dette internasjonalt har vi fått som for eksempel ISO-

³ Beatson, Jack: Anson's Law of Contract (2002) s. 4

standarderene,⁴ INCOTERMS⁵ mv, som også mange norske bedrifter i dag benytter seg av, både i norske og internasjonale kontraktsforhold.

Den internasjonale utviklingen har på området for kontraktsrett gitt oss en ny rettskilde. I 1994 ble The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts - heretter kalt Principles – utgitt av The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)⁶. Dette relativt omfattende avtaleverktøyet inneholder alminnelige kontraktsrettslige prinsipper for internasjonale avtaler. Dette er ikke en konvensjon, prinsippene er kun anbefalte løsninger som kontraktsparter kan velge å benytte seg av. Principles er en fremstilling av internasjonale, obligasjonsrettslige grunnprinsipper, som består av 185 artikler med tilhørende forklaringer og eksempler til å illustrere reglene. Artiklene, forklaringene og illustrasjonene skal vurderes som en helhet, der det er den samlede fremstillingen som danner det obligasjonsrettslige prinsippet.

På området for kontraktsretten inkluderer rettskildene både frivillige avtaleverktøy og utenlandsk rett. Av utenlandsk rett har vi for eksempel EU-retten, og av frivillige avtaleverktøy kan nevnes de ulike bransjestandardene Norsk Standard. Etter at Principles kom, har juridisk litteratur begynt å referere til disse prinsippene som en mulig rettskilde.⁷ Samtidig anfører kontraktsparter internasjonalt anerkjente normer som grunnlag for bransjepraksis også etter intern rett.⁸ Disse momentene gjør det interessant å vurdere hvilken betydning UNIDROIT Principles kan ha også i norsk obligasjonsrett. Hensikten med denne oppgaven er derfor å se på muligheten for å bruke Principles som en alminnelig rettskilde for kontraktsforhold etter intern norsk rett. Det er altså Principles som bakgrunnsrett jeg vil ta for meg, i motsetning til de situasjoner der partene har lagt prinsippene til grunn for avtalen.

⁴ ISO står for International Organization for Standardization, og er en verdensomspennende organisasjon for standardiseringsarbeid

⁵ INCOTERMS er internasjonalt aksepterte standardvilkår, utgitt av the International Chamber of Commerce

⁶ Unidroit er en forkortelse for “l’Institut international pour l’unification du droit privé”

⁷ Hagstrøm: *Den norske obligasjonsretts historie*. JV 2003 s. 161

⁸ Rt. 2004 s. 1887 i avsnitt nr. 13

1.2 Den videre fremstillingen

For å vurdere UNIDROIT Principles som en mulig rettskilde for norsk kontraktsrett, vil jeg først se på Principles' grunnlag for legitimitet ved i det følgende å gi en kort oversikt over UNIDROIT. Dette innebærer en gjennomgang av UNIDROITs historie, oppbygning og arbeidsmåte, samt arbeidet som ledet frem til Principles. Deretter vil jeg gå over til å drøfte Principles' rolle som rettskilde i norsk kontraktsrett. Samtidig er det viktig å vurdere hvilken vekt man i så fall kan legge på Principles i forhold til andre, mer tradisjonelle rettskilder. På bakgrunn av dette vil jeg så gjøre rede for fire uavklarte spørsmål innenfor kontraktsretten, for å undersøke om Principles kan hjelpe oss nærmere en avklaring. Disse fire er valgt ut fordi jeg mener de viser ulike situasjoner i norsk rett hvor Principles kan komme til anvendelse. Det første er å utdype det nærmere innholdet av lojalitetsplikten i forhandlingssituasjoner. Jeg vil deretter vurdere om det eksisterer en alminnelig obligasjonsrettslig regel om lempning av erstatningsansvar i kontraktsforhold etter norsk rett. Deretter vil jeg bruke Principles på spørsmålet om hardship-klausuler har juridisk bindende innhold etter norsk rett. Til slutt drøftes Principles som mulig rettsgrunnlag i spørsmålet om den nærmere avgrensning mellom innsatsforpliktelser og resultatforpliktelser.

1.3 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven avgrenses mot andre internasjonale rettskilder. Det er UNIDROIT Principles jeg her vil ta for meg. Andre prinsipper eller konvensjoner som Principles of European Contract Law (PECL) eller CISG⁹ vil jeg derfor ikke komme inn på særlig grad. Avgrensningen gjøres av hensyn til et ønske om å fokusere på Principles' betydning for norsk rett, snarere enn at det skulle bli en sammenligning mellom ulike internasjonale

⁹ CISG- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980

rettskilder. En avgrensning ble også nødvendig av hensyn til oppgavens omfang - sistnevnte er også grunnen til at jeg kun ser på et utvalg av spørsmål innenfor kontraktsretten.

1.4 Rettskilder

De rettskildene som er benyttet i fremstillingen er norske alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper, slik de fremgår av juridisk litteratur samt rettspraksis. I tillegg kommer norsk og dansk høyesterettspraksis, samt en prejudisiell uttalelse fra EF-domstolen. Både norsk og engelsk juridisk litteratur på området for kontrakts- og avtalerett er benyttet. Lovtekster og forarbeider er også anvendt i fremstillingen. Jeg har dessuten brukt en svensk artikkel av Christina Hultmark¹⁰ i vurderingen av Principles' legitimitet for anvendelse i intern rett. UNIDROIT Principles utgjør utgangspunktet for oppgaven.

¹⁰ Hultmark, Christina: *Internationaliseringen av svensk avtalsrett, Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. I: Juridisk Tidsskrift 1995-96 s. 655-669

2 UNIDROIT – historikk, oppbygning og bakgrunn for Principles

2.1 Historikk

Principles er som nevnt ikke en konvensjon, men kun en samling av anbefalte løsninger. Jeg velger derfor å gå relativt grundig inn på instituttet bak Principles, for å få et bedre inntrykk av prinsippenes tyngde som rettskilde. I vurderingen av Principles vil jeg begynne med å se på hva Principles er, samt hvordan deres historie kan være med på å gi disse prinsippene legitimitet.

UNIDROIT ble etablert i 1926 som et organ underlagt Folkeforbundet. Som en følge av Folkeforbundets stadig mer svekkede posisjon ble UNIDROIT reetablert som et uavhengig organ i 1940, basert på en multilateral avtale¹¹. Formålet med UNIDROIT er å fremme harmonisering og koordinering av privatretten mellom ulike rettssystemer og land, og målet er å oppnå en enhetlig privatrett internasjonalt¹². UNIDROIT har per i dag 60 medlemsland fra alle verdensdeler, og har hovedsete i Roma. Driften av organisasjonen blir finansiert delvis gjennom bidrag fra medlemsstatene, samt ved direkte tilskudd fra den italienske stat.¹³

UNIDROIT har bidratt til utformingen av flere konvensjoner og har også vært rådgiver for mange internasjonale organisasjoner.

Selv om UNIDROIT ikke lenger har noen formell tilknytning til FN, er UNIDROITs historiske tilknytning til Folkeforbundet, FNs forløper, regnet for å bidra til å gi

¹¹ The UNIDROIT Statute

¹² UNIDROIT Statute art 1

¹³ UNIDROIT: *About UNIDROIT*

UNIDROITs aktivitet en viss internasjonal legitimitet¹⁴ (R side 259). Det samme gjelder organisasjonens brede arbeidsfelt.

2.2 UNIDROITs oppbygning¹⁵

Det neste jeg vil ta for meg er om også måten organisasjonen er organisert på bidrar til å gi UNIDROITs arbeider anerkjennelse og utbredelse, og derigjennom legitimitet.

UNIDROIT som organisasjon er bygd opp i tre lag, der the Governing Council (heretter kalt Styringsrådet) har det overordnede ansvaret for UNIDROITs ledelse. Styringsrådet består av 25 medlemmer fra de ulike medlemslandene, valgt av generalforsamlingen for fem år av gangen. Styringsrådet ledes av Presidenten for UNIDROIT, som utnevnes for fem år av gangen av den italienske stat. De valgte representantene er ofte ledende teoretikere, dommere, advokater eller offentlige tjenestemenn i sitt hjemland. Styringsrådet fungerer som et styre slik vi kjenner det fra andre organisasjoner, og ser til at Sekretariatet utfører sine arbeidsoppgaver i samsvar med Arbeidsprogrammet.

Sekretariatet er UNIDROITs administrasjon og utøvende organ i forhold til Arbeidsprogrammet. Sekretariatet ledes av en generalsekretær som velges av Styringsrådet etter nominasjon fra Presidenten.

Den øverste myndighet er Generalforsamlingen, som består av en representant fra hvert medlemsland. Generalforsamlingen fastsetter årlige budsjetter og regnskaper for UNIDROIT, velger nytt Arbeidsprogram hvert tredje år og nytt Styringsråd hvert femte år.

¹⁴ Heggberget, Lars Marius og Nyland, Espen: *Formuleringen av internasjonale kontraktsprinsipper og betydningen for norsk rett*. I: TfR 2000 s. 251-323

¹⁵ UNIDROIT: *About UNIDROIT*

Arbeidsprogrammet er altså en treårig plan der det fastsettes hvilke områder UNIDROIT skal konsentrere arbeidet rundt i den kommende perioden.

Generelt kan man på bakgrunn av dette si at UNIDROITs oppbygning med uavhengig akademisk representasjon gir arbeidene høy status og stor faglig tyngde. I tillegg må det fremheves at bredden av medlemsland sikrer impulser fra et stort antall ulike rettssystemer. Samtidig bidrar dette til utbredelsen og aksepten av UNIDROITs arbeider. Til sammen gir disse momentene organisasjonen UNIDROIT legitimitet som rettskildeskaper.

2.3 UNIDROITS arbeidsmåter

Jeg går nå over til å se på om UNIDROITs arbeidsmåter bygger opp under organisasjonens status og legitimitet.

Historisk sett har UNIDROITs arbeid gjerne foregått i form av konvensjoner, altså bindende avtaler mellom en gruppe land, og der innholdet av konvensjonen blir tatt inn som lov i hvert enkelt land etter den fremgangsmåte som landets lover krever. Viktige konvensjoner utarbeidet av UNIDROIT i de senere år er blant annet konvensjonene om internasjonal finansiell leasing og internasjonal factoring, begge vedtatt i 1988 samt konvensjonen om stjalne eller illegalt eksporterte kulturminner (1995).

Konvensjonsarbeidet har imidlertid vist seg å være svært tidkrevende og vanskelig i praksis.¹⁶ For det første kreves det mange kompromisser med tilsvarende tidsbruk og vanskelige forhandlinger før man kommer frem til en konvensjonstekst som medlemsstatene kan enes om. Enkelte ganger har uenighet om innholdet ført til at konvensjoner har fått en meget vag ordlyd på punkter der stridsspørsmål har vært forsøkt unngått. I slike tilfeller blir noe av poenget med felles lovgivning borte.

¹⁶ Heggberget og Nyland: TfR 2000 s. 260

For det annet kan selve ratifiseringsarbeidet i hvert enkelt land trekke ut, særlig dersom landet i realiteten ikke er særlig fornøyd med konvensjonsteksten og derfor ikke prioriterer arbeidet med implementeringen i særlig grad. Resultatet er uansett at det ofte går lang tid fra selve arbeidet med konvensjonen er ferdig til den trer i kraft.

Som en følge av dette, ser man at andre, ikke-bindende instrumenter ofte har blitt funnet mer hensiktsmessige å bruke på mange områder. Et eksempel på slike instrumenter er UNIDROIT Principles.

Fremgangsmåten for utarbeidelse av slike instrumenter følger likevel de samme grundige prosessene som for konvensjonarbeider.¹⁷ Dersom den teknologiske utviklingen, ny forretningspraksis eller andre faktorer bidrar til at man møter problemer ved utøvelse av forretningsvirksomhet over landegrensene eller ved handel mellom land, vil dette belyse et problem som teoretikere eller medlemsstater blir oppmerksomme på. På bakgrunn av dette kan man reise et forslag om at UNIDROIT tar det aktuelle temaet inn i sitt arbeidsprogram, for om mulig å utrede og komme med forslag til hvordan man lettere kan oppnå en felles regulering av praksis eller lovverk på området.

Når et tema er tatt inn i Arbeidsprogrammet, er første steg å utarbeide en mulighetsstudie eller en komparativ oversikt over fagfeltet med utgangspunkt i problemer og mulige løsninger sett fra ulike juridiske systemer. Denne rapporten legges så frem for Styringsrådet som, forutsatt at man finner å ville gå videre med arbeidet, ber Sekretariatet om å nedsette en arbeidsgruppe som kan lage et utkast til prinsipper. En slik arbeidsgruppe vil bestå av ledende eksperter på det aktuelle feltet. Når Sekretariatet setter ned en slik arbeidsgruppe tar man hensyn til at gruppens medlemmer bør komme fra land med ulike rettssystemer og fra forskjellige verdensdeler. Dette for å gi det ferdige resultatet den nødvendige legitimitet og brede forståelse som er nødvendig for å komme frem til en standard som kan oppnå global aksept og utbredelse.

¹⁷ UNIDROIT: About UNIDROIT

Det foreløpige utkastet som arbeidsgruppen har utarbeidet blir deretter lagt frem for Styringsrådet for godkjenning. Man kan også invitere andre land og organisasjoner til å bidra med representanter innenfor det berørte fagområdet. Et endelig utkast til prinsipper blir så lagt frem for Styringsrådet, som da må vurdere om utkastet representerer en tilstrekkelig grad av konsensus blant medlemslandene.

På bakgrunn av dette kan vi konkludere med at UNIDROITs arbeider gjennomgår en meget grundig behandling før et endelig resultat foreligger. Dette taler for at løsningene blir gode og veloverveide, noe som er svært viktig ettersom løsningene kun har vekt i form av sin egen overbevisningskraft. Slik bidrar også dette til å styrke UNIDROITs rettskildemessige betydning.

2.4 Bakgrunn for Principles

Jeg vil i det følgende se på om UNIDROITs arbeidsmåte også har gitt Principles en spesiell vekt som rettskilde til tross for dens status som frivillige anbefalinger.

Tanken om å utarbeide felles prinsipper for den internasjonale kontraktsretten kom på UNIDROITs arbeidsprogram i 1971, og en liten gruppe bestående av tre juridiske professorer ble nedsatt for å lage en mulighetsstudie på området.¹⁸ Gruppen la frem en foreløpig rapport i 1974, der rammene for prosjektet ble dratt opp. Arbeidet fikk imidlertid ikke umiddelbar prioritet internt i UNIDROIT, og det var ikke før i 1980 at en bredt sammensatt arbeidsgruppe ble nedsatt. Arbeidsgruppen bestod av ledende akademikere, statlige tjenestemenn og praktikere fra alle rettssystemer, og medlemmene satt i gruppen i kraft av sin kapasitet på områdene kontraktsrett og internasjonal kjøpsrett. Deltakerne

¹⁸ Professor René David fra Universitetet i Aix-en-Provence representerte sivillovbok-tradisjonen, Clive Schmitthoff fra City University of London representerte common law, og Tudor Popescu fra Universitetet i Bucuresti representerte de tidligere sosialistiske statene. Se Heggberget og Nyland, TfR 2000 s. 261

representerte således sine egne meninger, og var ikke bundet av synene i sine respektive medlemsland¹⁹. Fra arbeidsgruppen ble det utnevnt rapportører, som fikk tildelt hvert sitt arbeidsområde hvor de skulle gjøre komparative studier og deretter utarbeide et førsteutkast til prinsipper med tilhørende kommentarer.

Disse førsteutkastene ble deretter diskutert av arbeidsgruppen i plenum, på samlinger som ble avholdt over en uke to ganger i året. På bakgrunn av de endringer som det ble enighet om på disse samlingene, ble utkastet igjen omarbeidet av rapportørene. De reviderte utkastene ble så sendt på høring til en større gruppe av eksperter av så vel teoretikere som utøvende forretningsfolk over hele verden. I tillegg ble utkastene fremlagt for myndighetene i alle medlemsland. Basert på de momenter som fremkom under behandlingen i arbeidsgruppen og tilbakemeldingene fra ulike hold, ble de reviderte utkastene også lagt frem for Styringsrådet, som gav råd og tok beslutninger på områder der arbeidsgruppen hadde vanskelig for å komme frem til et omforent standpunkt.²⁰ Gruppens arbeid ble sluttført på en samling i februar 1994, og rapportørene for Principles formet deretter en redigeringskomitè sammen med generalsekretæren for UNIDROIT, dette for å sikre en enhetlig, sammenhengende fremstilling. Principles ble deretter vedtatt av Styringsrådet i mai samme år.²¹

Som et rent akademisk produkt representerer Principles en nyvinning, ettersom tidligere uniformeringsbestrebelse har hatt en tendens til å være mer sammenfatninger av allerede eksisterende regler.²² Selv om Principles naturligvis tar utgangspunkt i eksisterende regler innenfor ulike rettssystemer, er det udiskutabelt at Principles har en særegen og uavhengig tilblivelse, med en usedvanlig grundig behandling og utforming. Principles er derfor regnet for å representere det beste fra alle rettssystemer.

¹⁹ Bonell, Michael Joachim: *An International Restatement of Contract Law* (1994) s. 18

²⁰ Bonell (1994) s. 23

²¹ Bonell (1994) s. 24

²² Heggberget og Nyland, TfR 2000 s. 262

2.5 Andre internasjonale juridiske standarder:

Principles' vekt som rettskilde kan også vurderes ut ifra en sammenligning med andre internasjonalt utarbeidede standarder.

De amerikanske Restatements of the Law of Contracts ble utviklet av the American Law Institute i tiden etter første verdenskrig. Restatements skulle særlig forsøke å finne felles løsninger på kontraktsrettslige spørsmål som kunne oppstå i avtaler inngått mellom parter fra ulike delstater i USA (såkalte føderale kontrakter). Utformingen av UNIDROIT Principles er for en stor del inspirert av Restatements.²³

En annen internasjonal standard som har hentet sin inspirasjon helt tilbake til Restatements er PECL, eller the Principles of European Contract Law. Som navnet tilsier er PECL utformet med tanke på å få nedtegnet felles obligasjonsrettslige prinsipper for EU-landene, selv om utformingen har skjedd på initiativ av privatpersoner og ikke EU som organ. EU-kommisjonen har imidlertid uttrykt ambisjoner om at man må forsøke å få i gang en bred debatt om europeisk avtalerett, og mange ser for seg at PECL derfor kan danne grunnlaget for en fremtidig kodifikasjon av kontraktsretten innenfor EU.²⁴ På samme måte som UNIDROIT kan sies å ha en viss historisk tilknytning til FN, kan PECL således sies å være et EU-initiativ. Flere av de samme personene som er involvert i arbeidet med PECL var også aktive under utformingen av Principles. Resultatet har blitt at det materielle innholdet er temmelig likt.

Så kan det naturligvis hevdes at to ulike standarder på samme rettsområde er uheldig, da standardene kan bli konkurrenter til hverandre og således bidra til splittelse og forvirring i

²³ Heggberget og Nyland, TfR 2000 s. 271

²⁴ Hagstrøm, Viggo: Obligasjonsrett (2003) s. 63

stedet for samling. Mange hevder imidlertid at PECL og Principles utfyller hverandre.²⁵ For det første er prinsippene som stilles opp temmelig like i innhold, men likevel på en slik måte at man kan si at de utdyper hverandre. For det annet er det mye lettere for PECL å samle oppslutning i EU-land som tradisjonelt har vært skeptiske til internasjonale konvensjoner på kontraktrettens område, og som har vært redde for å miste nasjonal innflytelse til særlig det anglo-amerikanske rettssystemet. På den annen side er mange land, særlig i den tredje verden, meget skeptiske til rettsregler som kan assosieres med vestlig imperialisme. Her har således UNIDROIT Principles mye lettere for å få gjennomslag og aksept. Resultatet er altså at vi har fått to standarder med noenlunde samme innhold, og som til sammen får langt større gjennomslagskraft for det materielle innholdet av reglene enn det enkelte arbeid kunne oppnådd alene.

Mye av det samme tankegodset finner vi i FNs konvensjon om kontrakter for internasjonale løsørekjøp (CISG). Denne konvensjonen ble vedtatt i april 1980, og har i tiden etter vist seg å bli en formidabel suksess.²⁶ Som navnet viser, er CISG ment å regulere et langt snevrere rettsområde enn Principles, nemlig kjøpsretten i forhold til obligasjonsretten. Likevel er nok mange av prinsippene CISG bygger på fulgt opp i Principles. En viktig forskjell mellom CISG og Principles er imidlertid at der CISG er en bindende konvensjon som sier hvordan reglene i land som har vedtatt konvensjonen skal være, er Principles frivillige prinsipper som både land og private avtaleparter kan legge til grunn i enkeltkontrakter, og derfor i langt sterkere grad fokusert mot hvordan reglene burde være fra en akademisk synsvinkel.²⁷

En annen rettskilde som regnes for å høre til de alminnelige, internasjonale obligasjonsrettslige prinsippene er den såkalte Lex Mercatoria. Hva som er det nøyaktige innholdet av Lex Mercatoria er ikke avklart, men det er antatt at for eksempel allment

²⁵ Heggberget og Nyland, Tfr 2000 s. 269

²⁶ Heggberget og Nyland, Tfr 2000 s. 273

²⁷ Bonell (1994) s. 44

aksepterte rettssetninger som *pacta sunt servanda* inngår.²⁸ *Lex Mercatoria* blir ofte benyttet som påberopt rettskilde ved for eksempel internasjonal voldgift. Det er derfor interessant å merke seg at Principles er utformet med en ambisjon om å kunne ta over den rolle som *Lex Mercatoria* tidligere har spilt.²⁹

Jeg har i det foregående sett på Principles i forhold til andre internasjonale rettskilder. Det er fremtredende hvor like løsninger som stilles opp i de ulike arbeidene. Måten disse rettskildene gjensidig bygger opp rundt hverandres legitimitet og gjennomslagskraft på bidrar dermed til å styrke Principles som en rettskilde som kan påberopes.

²⁸ Heggberget og Nyland, TfR 2000 s. 278-279. Se også Eckhoff s. 299

²⁹ UNIDROIT Principles Preamble (tredje setning)

3 Principles som rettskilde for norsk rett

Etter å ha sett på i hvilken grad Principles generelt har legitimitet for å benyttes som rettskilde, vil jeg nå gå over til å se på om Principles kan ha en rolle som rettskilde i norsk kontraktsrett. Spørsmålet er om det finnes noen dekning for å anvende slike internasjonale prinsipper på intern norsk rett, samt om prinsippene har noe fornuftig anvendelsesområde.

UNIDROIT Principles er som nevnt ikke en bindende konvensjon, men akademisk utformede anbefalinger for løsninger på problemer som kan oppstå i forbindelse med grenseoverskridende kontrakter. Principles bidrar til å peke på ulikheter mellom forskjellige lands rettssystemer, og kommer med anbefalte retningslinjer for å gi en balansert løsning på slike problemer. Principles har således ingen annen vekt enn den som ligger i deres overbevisningskraft.³⁰

Som vist i forrige avsnitt er UNIDROIT Principles likevel mer enn bare et "agreed document" som partene kan legge til grunn ved inngåelsen av kontraktsforholdet. Ambisjonen er som nevnt at Principles skal kunne gi et langt mer konkret innhold til begrepet *lex mercatoria* på sikt. Principles er utarbeidet av ledende akademikere som har lang erfaring fra blant annet internasjonal voldgift, og at Principles vil bli svært mye benyttet som rettskilde i slikt arbeid i fremtiden er nok hevet over enhver tvil. Spørsmålet blir etter dette om Principles også kan benyttes som rettskilde i nasjonal rett.

Ettersom Norge har inkorporert den internasjonale løsørekonvensjonen CISG i norsk rett, og med kjøpsloven laget en felles lov for så vel internasjonale som nasjonale kjøp, er det klart at norsk lovverk åpner for bruk av internasjonale rettskilder også i intern rett.³¹ Tilsvarende synspunkt har Christina Hultmark i en artikkel som omhandler den betydning Principles etter hennes oppfatning bør ha i svensk rett.³² Konklusjonen hennes er at

³⁰ Hagstrøm (2003) s. 61

³¹ Se om dette i Hagstrøm (1996)

³² Hultmark (1996) s. 669

dommere ikke trenger å bruke Principles som en rettskilde i intern svensk rett, men at man både har lov til og bør bruke de, selv om de altså ikke er påberopt av en part.

Også Heggberget og Nyland sier i sin artikkel at Principles' rolle i norsk rett må diversifiseres alt ettersom reglene samsvarer med de interne rettsreglene eller ikke.³³ Mest opplagt er løsningen der Principles angir løsninger som ikke samsvarer med festede norske rettsregler. Ett eksempel som nevnes er Principles art 7.4.2 som oppstiller en regel om at ikke-økonomisk skade omfattes av skadevolders kontraktuelle ansvar. En slik regel strider klart mot etablert norsk rett, og kan dermed ikke få gjennomslag i Norge. Hva så med de tilfeller der Principles oppstiller løsninger som tilsvarer de vi har i Norge allerede? Her kan Principles gi en forsterkende effekt til de norske reglene, en slags bekreftelse på at dette er en riktig og rettferdig løsning. Enda viktigere er nok Principles betydning som informasjonskilde i slike sammenhenger, ettersom Principles er en skrevet kilde med tilhørende fortolkningsregler og eksempler, mens den norske alminnelige obligasjonsretten først og fremst eksisterer på bakgrunn av rettspraksis og juridisk teori.

Mest nyttig mener imidlertid Heggberget og Nyland at Principles er på de områder der løsningen etter norsk rett er usikker, og uttaler at Principles i slike tilfeller "kan være det avgjørende argument i den ene eller andre retningen".³⁴ Hagstrøm sier seg enig i et slikt syn, og uttaler at "selv om UNIDROIT Principles først og fremst skal regulere grenseoverskridende kontrakter, kan anbefalingene ha betydning også for norsk rett, særlig i de ikke sjeldent forekommende tilfeller der løsningen etter norsk rett er usikker".³⁵

I en prejudisiell avgjørelse brukte også EF-domstolen Principles som rettsfaktor. Saken dreide seg om tolkning av en konvensjon som ikke inneholdt noen regler om lojalitetsplikt i

³³ Heggberget og Nyland, Tfr 2000 s. 299 flg

³⁴ Heggberget og Nyland, Tfr 2000 s. 302

³⁵ Hagstrøm (2003) s. 63

forhandlinger. Domstolen brukte dermed Principles som rettskildefaktor for å utfylle konvensjonsteksten.³⁶

Dette taler for at vi her i Norge burde begynne å legge sterkere vekt på UNIDROIT Principles som rettskildefaktor. Grunnen finnes i Norges forhold til EU. Gjennom EØS-samarbeidet blir vi influert av rettsutviklingen i EU. Når så EF-domstolen trekker frem Principles som en aktuell rettskilde, vil følgelig vår rett indirekte bli påvirket av dette.

Løsningene i Principles har vekt ut i fra sin egen overbevisningskraft. I tillegg kommer de synspunkter som har begynt å gjøre seg gjeldende innenfor juridisk litteratur, samt at Principles allerede blir benyttet som rettskilde av EF-domstolen. Til sammen mener jeg dette gir Principles en ikke ubetydelig rettskildemessig vekt også for intern norsk kontraktsrett.

³⁶ EF-domstolen, sak C-334/00

4 Principles anvendt på norske kontraktsrettslige spørsmål

Hvis vi så legger til grunn at Principles er en legitim rettskilde, blir det neste spørsmålet om Principles egner seg til å kaste et nytt lys over uavklarte områder i norsk kontraktsrett. Jeg vil derfor gjøre rede for fire uavklarte spørsmål innenfor kontraktsretten, for å undersøke om Principles i praksis kan hjelpe oss nærmere en avklaring. Den videre fremstillingen vil dermed konsentrere seg om ulike områder av norsk rett der dagens regler er usikre, eller områder der reglene i seg selv er klare men det nærmere innholdet av reglene uavklart.

4.1 Lojalitetsplikt i forhandlinger

4.1.1 Innledning

De alminnelige obligasjonsrettslige prinsippene har blitt til som en sammensmeltning av bakgrunnsretten. De kan således ha god forankring i norsk rett selv om reglenes presise innhold i visse tilfeller er noe uklart. I slike situasjoner kan Principles være en kilde til å kartlegge det nærmere innholdet i norske rettsregler. Et eksempel på et slikt område har vi i lojalitetsplikten mellom parter i forhandlinger.³⁷

At partene i et kontraktsforhold etter norsk rett har en gjensidig lojalitetsplikt overfor hverandre på bakgrunn av de alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper er ubestridt. Men jeg vil nå se på det spesialtilfelle av denne lojalitetsplikten som eksisterer også før kontrakten er inngått, altså lojalitetsplikten i forhandlinger. At det eksisterer en slik lojalitetsplikt også i forhandlingssituasjoner som et alminnelig, obligasjonsrettslig prinsipp etter norsk rett synes klart.³⁸ Høyesterett har blant annet uttalt i Rt 1988 side 1078 at ”Lojalitetsplikten stiller krav til aktsom og lojal opptreden. (...) Dette kravet til aktsomhet

³⁷ Hagstrøm (2003) s. 65

³⁸ Hov, Jo: Avtaleslutning og ugyldighet (1998) s. 41

og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen, men så lenge forpliktelsen består.”³⁹ Spørsmålet er så hvor langt denne lojalitetsplikten i forhandlinger strekker seg, og spørsmålet må til en viss grad sies å være uavklart.⁴⁰ Jeg vil i det følgende redegjøre for rettsstillingen i dag etter norske rettskilder, og se om Principles kan hjelpe oss med å avklare innholdet av lojalitetsplikten i forhandlinger nærmere.

4.1.2 Rettsstillingen etter norske rettskilder

Det nærmere innholdet av det prekontraktuelle ansvaret når det gjelder forhandlinger er som sagt vanskelig å avklare. Av ordet ”lojalitet” følger det av vanlig språkforståelse at man skal ta tilstrekkelig hensyn til motparten i avtaleforholdet. En slik lojalitetsplikt blir således begrenset av retten til å la egne hensyn gå foran, samt at motparten også vil måtte være forpliktet til å ivareta sine interesser på en forsvarlig måte.⁴¹

Rettspraksis viser også indirekte til et slikt prekontraktuelt ansvar, men er til begrenset hjelp når det gjelder å trekke opp konkrete linjer for lojalitetsplikten i forhandlinger. Den såkalte Stiansen-dommen, inntatt i Rt 1992 side 1110, omhandlet en tvist mellom boligbyggelaget OBOS og et entreprenørfirma (Stiansen) om oppføring av boligblokker. Forhandlingene var her kommet et godt stykke på vei, og det var oppnådd enighet på en rekke punkter. Enkelte momenter gjenstod imidlertid, blant annet var det ikke avtalt noen pris. Høyesterett kom dermed til at noen endelig avtale ikke var kommet i stand. Mer relevant i denne sammenheng er en uttalelse i dommen som sier at ”Oktoberavtalen må innebære en forutsetning om at OBOS lojalt vurderer de pristilbud som Stiansen fremsetter, og eventuelt gjennom forhandlinger medvirker til en løsning av uløste spørsmål. Et brudd på disse forutsetninger ville etter omstendighetene kunne ha medført at OBOS ble erstatningsansvarlig overfor Stiansen for tapte omkostninger til prosjektering m.v.”

³⁹ Rt. 1988 side 1078 (på side 1084)

⁴⁰ Hagstrøm (2003) s. 64

⁴¹ Hov (1998) s. 39

I Rt 1995 side 543 (Selsbakkhøgda borettslag) uttaler førstevoterende seg om eventuelle rettsvirkninger av intensjonsavtaler. Selv om det klare utgangspunktet etter norsk rett er at slike avtaler ikke får noen rettsvirkninger, er det her gitt signaler om at man ved langvarige og kompliserte forhandlinger kan få intensjonsavtaler som ikke er helt uten rettsvirkninger. Dette er imidlertid ikke hovedpoenget i dommen, og noen nærmere grensedracting i forbindelse med denne problemstillingen gis derfor ikke.

Til slutt vil jeg også trekke frem dommen mot "Kina-Hansen", inntatt i Rt 1998 side 761. Saken var her at banken ikke ville stille ytterligere kreditt til rådighet for Hansens importvirksomhet. Selv om dette var noe banken hadde forbeholdt seg retten til, følger det av premissene som ligger til grunn for dommen at banken hadde en lojalitetsplikt på bakgrunn av de samtaler som hadde vært holdt og de signaler som hadde vært gitt i den forbindelse. Retten kom til at nektelse av videre kreditt ikke stred mot lojalitetsplikten idet beslutningen var "saklig begrunnet" og "samsvarte godt med en vanlig bankmessig vurdering". Også i denne avgjørelsen ligger det således en implisitt forutsetning om lojal opptreden til grunn for avgjørelsen.

Selv om det altså er tydelig ut fra rettspraksis at det må eksistere en lojalitetsplikt i forhandlinger etter norsk rett, er det konkrete innholdet av lojalitetsbegrepet like fullt vanskelig å trekke opp på bakgrunn av den foreliggende rettspraksis.⁴²

4.1.3 UNIDROIT Principles og norsk rett:

Som tidligere nevnt kan Principles komme inn som en rettskilde man kan bruke for å analysere norske regler der det nærmere innholdet ikke er helt avklart.

Når vi skal se på UNIDROIT Principles for å forsøke å avklare innholdet av de norske reglene nærmere, er det nærliggende å ta utgangspunkt i Principles artikkel 1.7 som sier at

⁴² Hov (1998) s. 39

”good faith and fair dealing” er et prinsipp som alle parter må handle i samsvar med. Til å illustrere regelen er det også gitt ulike eksempler på handlinger som etter Principles artikkel 1.7 vil være i strid med ”good faith and fair dealing”. Alle disse illustrerer et lojalitetsforhold i selve avtalen. Forklaringen til artikkelen sier imidlertid eksplisitt at dette lojalitetsforholdet vil gjelde både ved forhandlingene og i kontraktens løpetid.

Dette stemmer godt overens med selve hovedregelen for forhandlinger, som er oppstilt i Principles art 2.1.15 (1). Her heter det at ”a party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.” Utgangspunktet om full forhandlingsfrihet er essensielt i en markedsøkonomi som baserer seg på fri konkurranse, og må derfor gjelde som utgangspunkt også i norsk rett. Principles oppstiller deretter et forbud mot illojal oppførsel i forhandlinger i artikkel 2.1.15 (2):

“However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party”.

“Bad faith” er definert i art 2.1.15 (3) som følger:

“It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to enter an agreement with the other party”.

I forhandlingssituasjoner er det således etter Principles spesielt illojalt overfor motparten å innlede forhandlinger dersom man på forhånd har bestemt seg for at man ikke har til hensikt å inngå noen avtale. Regelen vil få tilsvarende virkning etter norsk rett.⁴³

Illustrasjonene til artikkel 2.1.15 i Principles nevner blant annet et eksempel hvor A går i forhandlinger med B om kjøp av B’s virksomhet. Hensikten med forhandlingen fra A’s side er imidlertid bare å forhale tid i den hensikt å forhindre at virksomheten blir solgt til A’s konkurrent C. Simonsen nevner som et annet illojalt eksempel fra entrepriseretten en byggherre som har mottatt et tilbud som han ønsker å sjekke i forhold til markedsprisen.

⁴³ Hagstrøm (2003) s. 86

Han innbyr derfor i ettertid til en anbudskonkurranse, men uten å ha til reell hensikt å noen gang benytte seg av ett av disse tilbudene.⁴⁴

Andre eksempler på forhandlinger i ond tro som trekkes frem i Principles, er tilbakeholdelse av relevante opplysninger som, dersom de var kjent for motparten, klart ville ha innvirket på den annen parts vilje til å fortsette forhandlingene. Dette blir illustrert ved et eksempel der A ikke opplyser motparten B om at varen det forhandles om kjøp av ikke vil få eksporttillatelse fra A's myndigheter, men A unnlater likevel å gjøre B oppmerksom på dette. Konsekvensene av slike brudd på prinsippene om "good faith and fair dealing" er etter Principles et erstatningsansvar. Erstatningsansvaret kan også oppstå selv om den annen part ikke har vært i bevisst ond tro. Eksempel nr 3 til artikkel 2.1.15 tenker seg en situasjon hvor en banks avdelingskontor etter langvarige forhandlinger om å yte et lån, i siste øyeblikk oppdager at de har gått utenfor sine fullmakter. Lånet må dermed godkjennes av bankens hovedkontor, som bestemmer seg for at lånet skal avslås. Den potensielle låntaker har i forhandlingsperioden gått glipp av muligheten til å sikre seg finansiering fra en annen bank. Selv om avdelingskontoret i en slik situasjon ikke bevisst har prøvd å lure låntakeren inn i nyttesløse forhandlinger, oppstiller Principles like fullt et økonomisk erstatningsansvar både for de ekstra utgifter han er påført i forbindelse med forhandlingene, og den gevinst han har tapt som følge av forsinkelsene som har oppstått før han får ordnet lånet fra en annen bank.

Principles har imidlertid også eksempler på at en part som urettmessig blir forbigått i de videre forhandlinger kan kreve at motparten fortsetter forhandlingene "in good faith", jfr artikkel 2.1.15 eksempel nr 4. Dette viser at Principles åpner for at også løftevirkninger opprettholdes som en sanksjon mot illojalitet, og ikke bare erstatning. Regelen må også i slike tilfeller forstås likelydende etter norsk rett.⁴⁵

⁴⁴ Simonsen side 195 jfr s. 571

⁴⁵ Hagstrøm (2003) s. 85-86

Principles oppstiller som hovedregel et økonomisk ansvar ved illojalt brudd på forhandlinger i tillegg til at løftevirkninger også kan tenkes å oppstå som nevnt. I følge veiledningen til artikkel 2.1.15 kan avbrudd av forhandlinger som utgangspunkt bare skje under forutsetning av at vilkåret om ”good faith and fair dealing” etter Principles art 1.17 er oppfylt. Som illustrasjon oppstiller man et eksempel der A gir B forventninger om at B får inngå en franchiseavtale med A dersom B skaffer seg en viss erfaring og i tillegg kan investere 150 000 dollar. Når B har gjort sine forberedelser er investeringssummen som A krever likevel økt merkbart, noe B ikke kan gå med på. B har dermed krav på erstatning fra A. Forhold som må sies å være avklart på et tidligere tidspunkt i forhandlingene kan man ikke gå tilbake på, selv om den endelige avtale ikke har kommet i stand. Både ordlyden ”good faith and fair dealing” og illustrasjonen synes å oppstille et generelt prinsipp som samsvarer med den - riktignok sparsommelige - rettspraksis vi har når det gjelder lojalitet ved brudd av forhandlinger etter norsk rett, se dommene jeg har omtalt ovenfor.

Et siste problem som reguleres uttømmende med bakgrunn i Principles, er forholdet til konfidensiell informasjon utlevert i forhandlings situasjoner. Vi kan tenke oss en situasjon der A inngår forhandlinger med B kun for å få innsyn i B’s forretningsmetoder andre forretningshemmeligheter. Etter Principles er forholdet regulert i artikkel 2.1.16, som sier:

”Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded.”

Forklaringen til regelen slår fast at ingen part er forpliktet til å behandle informasjonen han har mottatt konfidensielt i utgangspunktet, på samme måte som det jo faktisk ikke eksisterer noen obligatorisk plikt for partene til å gi fra seg informasjon i det hele tatt under forhandlingene. Det er således helt og holdent opp til den enkelte part å bestemme seg for hvilken informasjon han velger å gi fra seg, men han må da ta med i beregningen at informasjonen samtidig blir ”offentliggjort” til fritt bruk for den annen part.

Ofte er det likevel helt nødvendig at partene gir fra seg informasjon de helst hadde ønsket å holde for seg selv for å kunne bringe forhandlingene over et vanskelig punkt eller over i en mer konkret fase. Blir slik informasjon gitt til motparten på betingelse av at informasjonen skal behandles konfidensielt, stiller saken seg annerledes med tanke på hvordan mottakeren kan bruke informasjonen. Det ville stride mot prinsippene om ”good faith and fair dealing” å bruke slike opplysninger til annet enn den konkrete forhandlingssituasjonen, for eksempel om mottaker brukte slik informasjon til å oppnå fordeler i sin egen produksjon eller brukte konfidensielle opplysninger i sine forhandlinger med andre parter. Mottaker av konfidensiell informasjon bryter således lojalitetsplikten dersom informasjonen benyttes på områder som ligger utenfor den situasjonen den er avgitt til, og kan følgelig ikke benyttes til andre formål. Dette vil naturligvis også gjelde etter at forhandlingene med den som har gitt informasjonen eventuelt måtte ha brutt sammen.

4.1.4 Rettskildemessig vekt

Principles oppstiller detaljerte og fornuftige regler på dette området. Norsk rett har lite lovfestet rett her, men har noe praksis kombinert med juridisk teori. På bakgrunn av dette ser det ut til å være samsvar mellom Principles og de norske lojalitetsreglene, og kan nok således ha en veiledende funksjon i detaljspørsmål.

4.1.5 Konklusjon

Som en oppsummering ser vi altså at det både etter norsk rett og Principles eksisterer en lojalitetsplikt i forhandlingssituasjoner. Der norsk rett er lite gjennomregulert og dermed vanskelig tilgjengelig med tanke på lojalitetspliktens konkrete regler, ser vi altså at Principles kan brukes til å gi norsk rett et tydeligere innhold i forhandlingssituasjoner.

4.2 Lempning av erstatningsansvar i kontraktsforhold

4.2.1 Innledning

Principles kan som tidligere nevnt også gi oss grunnlag for å videreutvikle prinsipper som er usikre etter norsk rett. Særlig er dette aktuelt når vårt norske rettskildemateriale indikerer et prinsipp og gir dette prinsippet en viss forankring, men det norske materialet er for spinkelt til å i seg selv gi sikre slutninger. Et slikt tilfelle kan være lempning av erstatningsansvar i kontraktsforhold. Jeg vil her se på hvor langt de norske rettskildene går i å indikere et slikt prinsipp, og om Principles eventuelt kan benyttes til å videreutvikle prinsippet.

Det klare utgangspunktet etter norsk rett er at alt økonomisk tap skal erstattes etter reglene om ansvar i kontraktsforhold.⁴⁶ Dette kan ofte bli svært dyrt for den misligholdende part. I en relativt ny Høyesterettsdom – Rt. 2004 s. 1887 – behandles spørsmålet om det finnes noen hjemmel for lempning av erstatningsansvar i kontraktsforhold. Jeg vil her se på hvor vi nå (etter dommen) står i dette spørsmålet, hvilke uløste problemer eller åpne spørsmål vi fortsatt finner på området etter norsk rett, og til slutt se på om Principles kan hjelpe oss på veien mot en videre avklaring. Spørsmålet blir altså om utviklingen i de forskjellige rettskildene til sammen kan skape grunnlag for et nytt obligasjonsrettslig prinsipp.

4.2.2 Generelt om erstatning i kontraktsforhold etter norsk rett

Erstatning i kontraktsforhold kan i stor grad sees på som en regulering av risikoen tilknyttet brudd på en avtale. Erstatningsretten skaper et oppfyllelespress på partene for å levere naturalytelsen gjennom sin preventive virkning, samtidig som den uansett sannsynliggjør en oppfyllelse av kontraktens økonomiske formål gjennom sin direktevirkning. Kontraktsansvaret er gjerne regulert mellom partene gjennom egne klausuler i avtalen. Dersom avtalen ikke overholdes, tilsier rettferdighetsbetraktninger at de økonomiske

⁴⁶ Hagstrøm (2003) s. 533, se også Lødrup (1999) s. 28

konsekvenser som oppstår som en følge av kontraktsbruddet må bæres av den part som er skyld i misligholdet av kontrakten.

Hensynet til rettferdighet gjenspeiles i de norske kontraktserstatningsreglene.

Erstatningsretten ser på kontrakter som et gjensidig økonomisk gunstig forhold, der begge parter får en økonomisk fordel av kontrakten. Når man inngår en avtale, har man således lovet å levere en bestemt ytelse til motparten. Hvis man ikke oppfyller avtalen, blir den andre parten stående uten den ytelsen han etter kontrakten har krav på, og vil da ikke lenger kunne oppnå den økonomiske fordelen kontrakten skulle ha gitt ham. Kontrakten skal derfor - økonomisk sett - oppfylles på den ene eller andre måten. Kan en realytelse ikke leveres, må den isteden leveres økonomisk gjennom en overføring av penger mellom partene. Derfor har vi altså regelen om at det kun er det økonomisk tap som skal erstattes, slik at den ellers skadelidte part stilles økonomisk som om avtalen var korrekt gjennomført. Man skal ikke komme bedre ut ved erstatning enn ved naturaloppfyllelse, men heller ikke verre. Heri ligger således det grunnleggende prinsippet i norsk obligasjonsrettslig erstatningsrett – alt økonomisk tap skal erstattes.

Om vi så ser på avtaler mellom næringsdrivende, oppstår det selvfølgelig situasjoner der den misligholdende parten ikke ønsker å betale full erstatning. Egne økonomiske vanskeligheter med å bære erstatningsansvaret, delt skyld mellom partene og relativt sett høye erstatningsbeløp kan være noen slike årsaker. Dersom erstatningsmessige forhold er regulert i kontrakten mellom partene, må adgangen til lemping av erstatningsansvaret naturligvis ta utgangspunkt i avtalen. Ofte er det avtalt en ansvarsbegrensning for avtalen, og denne ansvarsbegrensningen kan for eksempel bestå av et avtalt beløp som skal danne tak for eventuelle erstatningskrav. Et annet alternativ er at man kan la ansvarsbegrensningen stå i forhold til størrelsen på honoraret. Men av og til kommer det naturligvis opp tilfeller der slik begrensning ikke er avtalt, eller der avtalen er inngått såpass uformelt at hele kontrakten bare må sies å bestå i et oppdrag, og vilkårene ellers må antas å følge av alminnelige obligasjonsrettslige regler. I slike saker oppstår da gjerne

spørsmålet om det finnes en generell hjemmel for lempning av erstatningsansvar i kontraktsforhold etter norsk rett, og dette vil jeg se på i det følgende.

4.2.3 Den norske rettsutviklingen

Norge har svært lenge hatt lempningsregler på spesialområder, og de første slike reglene fikk vi i sjøfartsloven av 1893. Når det gjelder skadeerstatningsretten, ble visstnok slike regler for første gang omtalt i en komiteutredning som skulle gjøre rede for statens og kommunenes erstatningsansvar i 1958. Det kan her være verdt å merke seg at komiteen pekte spesielt på behovet for begrensning av erstatningsansvar av helt ekstraordinær størrelsesorden. En slik ordning ble da også foreslått i de to innstillingene fra Erstatningslovkomiteen i 1964.⁴⁷

Da vi fikk Skadeerstatningsloven i 1969, omhandlet den i motsetning til i dag kun arbeidsgiveres ansvar for arbeidstakers handlinger, samt regler om barns skadeforvoldelse og foreldrenes ansvar. På begge områder fikk vi da eksplisitte regler som muliggjorde lemping av ansvaret. Arbeidsgiveransvaret kunne for eksempel lempes dersom det "ville virke urimelig tyngende", eller når hensynet til skadens størrelse, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter og forholdene ellers gjorde at det i særlig tilfelle ble funnet rimelig at skadelidte selv helt eller delvis bar skaden, jfr. lovens § 2-2 nr. 1. Nå kunne dette kanskje vært fristende å forsøke å bruke disse reglene analogisk utenfor arbeidsgiveransvar og foreldres ansvar for barn, slik at også parter i en kontrakt hadde en mulig utvei i særdeles tyngende erstatningstilfeller. Slik analogisk bruk var imidlertid ikke mulig etter lovens egen ordlyd. Etter § 3-1 gjorde nemlig loven det uttrykkelig klart at den ikke gjorde noen innskrenkning i ansvar som fulgt av kontrakt. Loven ble utvidet til å gjelde også personskader og tap av forsørger i 1973, men det påvirket ikke den delen vi her er interessert i, nemlig kontraktsansvaret. Unntaket ble etter revideringen stående med samme ordlyd, kun flyttet til en ny paragraf.

⁴⁷ Se Rt. 2004 s. 1887

Likevel vedtok Høyesterett å lempet erstatningen i et kontraktsforhold i 1980. Dette skjedde i Heimdalmotorsaken.⁴⁸ En båt som stod på verksted for bytte av motor ble skadet i en brann på grunn av uaktsomhet hos en av de ansatte i firmaet som skulle bytte motoren. Det er imidlertid her relevant å merke seg at selv om det var erstatningsutmålingen for skaden på båten som ble lempet, og partene var i et kontraktsforhold angående båten, så var selve erstatningen for brannskadene for båten vesentlig erstatningsrettslig fundert. Retten bygget således ikke hovedsakelig på at skaden hadde oppstått som en følge av selve avtaleforholdet. Skadeerstatningslovens § 4-1 ble ikke nevnt i denne dommen, og retten har heller ikke drøftet problemstillingen rundt det faktum at skaden skjedde under utførelsen av et kontraktsoppdrag. Erstatningen ble lempet med hjemmel i skadeerstatningslovens § 2-2, nå § 5-2.

Høyesterett viste til at erstatningsbeløpet var høyt i forhold til vederlaget for det arbeid som skadeforvoldende firma skulle utføre på fartøyet. Tilbudet fra Heimdalmotor hadde vært på kroner 213.000 for ny motor og deler, i tillegg kom 400 arbeidstimer à kroner 65 pluss frakt og leie av slipp på verkstedet. For skader på båten samt fangsttap som følge av forsinkelse i fisket, krevde rederiet og rederiets forsikringsselskap omtrent kroner 292.000 i erstatning, altså mer enn Heimdalmotor skulle få i vederlag for hele jobben.

Etter at kravet ble noe nedjustert av Høyesterett, ble det videre slått fast at lemping kunne vurderes i denne saken, da erstatningsansvaret hadde blitt meget høyt sett i forhold til hva Heimdalmotor i utgangspunktet skulle få betalt for jobben. Vesentlig vekt ble i imidlertid lagt på momentet om at skaden fikk et stort omfang på grunn av omstendigheter som måtte sies å være svært upåregnelige for skadevolderen. Det var mange uheldige omstendigheter som hadde inntruffet til samme tid, og samlet førte dette til et skadeomfang som var lite tenkelig i utgangspunktet. Resultatet ble derfor at Høyesterett lempet erstatningsansvaret med 25 %.

⁴⁸ se Rt. 1980 s. 1498

Bruken av skadeerstatningsloven i denne saken er imidlertid første gang man får inntrykk av at denne loven kanskje vil kunne brukes også for skader som oppstår i et kontraktsforhold, selv om avgjørelsen i den konkrete saken ble mer erstatningsrettslig enn kontraktsrettslig fundert.

I 1985 ble erstatningsloven igjen utvidet, denne gang til å inkludere tingsskade og annen formuesskade. Samtidig kom det inn en generell lempningsregel, § 5-2. Denne regelen hadde samme ordlyd som tidligere, bortsett fra at den ansvarliges økonomiske bæreevne ble lagt til som et moment man måtte ta hensyn til i vurderingen. Samtidig forsvant det tidligere generelle unntaket for kontraktsansvar. Det er her lovverket står i dag.

Erstatningsloven er nå dreiet mer i retning av også å omfatte erstatningsansvar som vanlig kan tenkes vil oppstå i forbindelse med kontrakter gjennom sitt tillegg for tings- og formuesskade. Samtidig er det tidligere forbudet mot å benytte den i kontraktsansvar altså opphevet.

Det er likevel usikkert om skadeserstatningsloven § 5-2 faktisk kan anvendes for å lempe erstatningsansvar i kontraktsforhold. I juridisk teori finner vi blant annet Hagstrøm, som mener at den relativt frie lempningsadgang som følger av skadeerstatningslovens § 5-2 er av et annet innhold enn den regelen som følger av kjøpsloven. Han sier derfor at det på dette området ”foreligger systematiske forskjeller det er vanskelig å begrunne”.⁴⁹

Det kan til en viss grad være oppklarende å se på forarbeidene til endringen av skadeerstatningsloven i 1985. Erstatningslovutvalget mente at en lempingsregel i kontraktansvar kunne være uheldig, fordi partene i en avtale selv har avtalt risikofordelingen seg imellom.⁵⁰ Utvalget foreslo blant annet derfor at man fjernet det generelle unntaket for kontraktsansvar, og erstattet det med en ny regel som muliggjorde tilsidesettelse av kontraktsbestemmelser som ”ville virke urimelig”. Departementet fulgte anbefalingen kun halvveis. Forbudet ble fjernet, men man satte ikke inn noen slik ny

⁴⁹ Hagstrøm (2003) side 570

⁵⁰ Jfr. Ot.prp.nr.75 (1983-1984) s. 18

urimelighetsparagraf, fordi man mente det var overflødig siden en generell formuerettslig lempingsregel hadde kommet inn i avtaleloven to år tidligere.

Dette tyder på at det må utvises en viss forsiktighet i benyttelsen av erstatningsloven i kontraktsansvarssaker, ettersom forarbeidene peker i retning av at slike forhold kun bør justeres etter avtalelovens § 36. Men dette kan neppe sies å være i samsvar med dagens rettsoppfatning, da avtalelovens § 36 er meget restriktivt brukt, og omtrent ikke-eksisterende i næringsavtaler inngått mellom to profesjonelle og nogenlunde jevnbyrdige parter. Høyesterett har uttalt at ”avtaleloven § 36 gir domstolene myndighet til helt eller delvis å sette til side en avtale når den på grunn av endrede forhold er blitt urimelig for en part og til å endre avtalen for å avbøte fortsatt urimelighet. Det kreves imidlertid svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter”.⁵¹

Departementet fremholdt også at betegnelsen ”erstatningsansvar i kontraktsforhold” i virkeligheten inneholder to forskjellige situasjoner. Den ene situasjonen får vi når den ene parten ikke oppfyller det han skal etter kontrakten. Da oppstår en erstatningssituasjon som går ut på å oppfylle kontraktens økonomiske ytelser på en eller annen måte, dvs med penger dersom naturaloppfyllelsen misligholdes. Slike forpliktelser reguleres av kontraktsrettslige og obligasjonsrettslige prinsipper, og det ville her ikke være grunnlag for å bruke lempningsreglene i skadeerstatningsloven etter departementets syn. Begrunnelsen for dette er at slike tilfeller ikke er en ren skadeerstatningssak, men en sak vedrørende oppfyllelse av kontraktsforpliktelser.

Den andre erstatningssituasjonen som kan oppstå, er når det skjer en skade som ligger utenfor det som er det egentlige innholdet av kontrakten. Skaden kunne like gjerne ha blitt forvoldt av en tredjepart, men det var tilfeldigvis kontraktsmotparten som påførte

⁵¹ Jfr. Rt. 2003 s. 1132, se også Hagstrøm (2003) s. 568

skadelidte skaden. Da er erstatningen etter departementets syn en tradisjonell erstatning etter vanlige, erstatningsrettslige regler utenfor kontrakt.

Et slikt syn vil klart tale for at det ikke eksisterer en alminnelig obligasjonsrettslig regel om lempning av erstatning i kontrakt. Slik departementet ser på saken, kan altså den rene kontrakterstatningen ikke lempes etter skadeerstatningsloven. Når det gjelder skade som i utgangspunktet kunne vært voldt av en tredjepart vil "[d]en omstendighet at det foreligger et kontraktsforhold mellom partene, (...) være et moment som vil bli tatt i betraktning i vurderingen" av om lempningsreglene kan anvendes. Departementet har altså et relativt restriktivt syn på om lempningsreglene kan benyttes under kontraktsansvar. På den andre siden nevner også departementet, i forbindelse med eksempler på skade voldt av produkter, at "grensen vil for øvrig være flytende og kan best trekkes av rettspraksis".⁵²

Lovens ordlyd må imidlertid tillegges sterk vekt selv om forarbeidene tilsier en viss forsiktighet. Skadeerstatningslovens § 5-2 lyder slik:

"Erstatningsansvaret kan lempes når retten under hensyn til skadens størrelse, den ansvarliges økonomiske bæreevne, foreliggende forsikringer og forsikringsmuligheter, skyldforhold og forholdene ellers finner at ansvaret virker urimelig tyngende for den ansvarlige. Det samme gjelder når det i særlige tilfelle er rimelig at den skadelidte helt eller delvis bærer skaden."

Som vi ser har denne bestemmelsen etter sin ordlyd generell anvendelse. Den inneholder ikke noen begrensninger, og da heller ikke i forhold til anvendelse i kontraktsansvar, jfr. Rt. 2004 side 1887 (Molodommen). Jeg vil nå ta for meg denne Høyesterettsdommen, for å se om momenter herifra kan hjelpe oss videre.

⁵² Se Ot.prp.nr.75 (1983-1984) s. 18

4.2.4 Molodommen og prinsippet om lempning i kontraktsforhold

Molodommen dreide seg om et rådgivende ingeniørselskap sin mangelfulle prosjektering av en molo for en kommune. Erstatningsansvaret ble lempet på grunn av tapets helt ekstraordinære størrelse på kr 40 millioner, og at dette tapet hadde blitt forårsaket av en oppdragssum som totalt kom på kr 100.000. Andre momenter som spilte inn var at det fantes en viss grad av skyld for uklarheter særlig rundt kontraktsinngåelsen, og at disse uklarheter hadde medført mange av de senere kostnader.

Høyesterett nevner også "forholdene ellers" som et moment i lempingsvurderingen. Høyesterett legger i denne dommen samtidig vekt på at "konsekvensene av skillet mellom selve kontraktsforpliktelsen og et erstatningsrettslig ansvar etter hvert er blitt betydelig utvisket gjennom lovgivning". Som begrunnelse nevnes at det i tillegg til avtalelovens § 36 har kommet "lempingsbestemmelser i en rekke kontraktsrettslige særlover". Den skadevoldende parten i saken, det rådgivende ingeniørselskapet, anførte at disse "[b]estemmelsene må (...) sees som utslag av et generelt kontraktsrettslig prinsipp". Dette valgte Høyesteretts flertall å ikke ta stilling til, under henvisning til at skadeerstatningsloven gav den nødvendige hjemmel i en sak som den der aktuelle. Mindretallet mente at man på bakgrunn av de siste års utvikling i kontraktslovene måtte kunne si at det eksisterer en generell adgang til lempning av kontraktsansvar. Blant annet uttalte annenvoterende: "Det er noe tilfeldig hvilke områder av kontraktsretten som har blitt lovregulert, og dersom misligholdsansvar bare skal kunne lempes i tilfeller hvor det foreligger uttrykkelig lovhjemmel for det, vil det virke vilkårlig. På bakgrunn av den lovgivningsmessige utvikling som har funnet sted, må det etter min oppfatning i dag legges til grunn som en generell regel at også ansvar i kontraktsforhold kan lempes." Flertallet nøyde seg imidlertid med å slå fast at man ikke trengte å ta stilling til det prinsipielle spørsmålet i denne saken (dissens 3-2). Det kan her synes som om Høyesteretts flertall strekker skadeerstatningsloven noe for å unngå å måtte ta stilling til dette uavklarte spørsmålet i norsk rett.

Konklusjonen vi kan trekke etter molodommen er altså at Høyesterett i alle fall åpner for at et slikt prinsipp eksisterer, selv om spørsmålet ikke har blitt tatt endelig stilling til. Flertallets bruk av skadeerstatningslovens § 5-2 kan i alle fall ikke sies å være helt på linje med forarbeidene, som nettopp forutsatte en forsiktig bruk av skadeerstatningsloven i kontraktsforhold. I dommens avsnitt 37 mener imidlertid førstevoterende, som altså fikk tilslutning fra flertallet, at § 5-2 får generell anvendelse. Denne uttalelsen gir etter mitt syn regelen i § 5-2 et videre bruksområde enn tidligere forståelse la til grunn. Dette ser jeg på som et utslag av at rettstilstanden på området har endret seg merkbart de senere år, ved at lempningsregler er tatt inn i flere kontraktslover.

4.2.5 Kontraktslovene – uttrykk for at et generelt prinsipp eksisterer?

Den første av kontraktslovene som fikk inn en generell lempingsbestemmelse var avtaleloven da § 36 ble tatt inn i 1983. Avtalelovens § 36 (1) 1. punktum sier

”En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende.”

Denne bestemmelsen er allmenngyldig og uten unntak for noen kontrakter, selv om noe annet skulle vært uttrykkelig avtalt. Likevel vil den ikke kunne brukes i mange situasjoner, fordi erstatningsansvar ofte gjelder nettopp uforutsette ting som ikke er avtalefestet. Som nevnt er den også meget restriktivt brukt, særlig i næringsforhold.

Senere har lempingsbestemmelser blitt tatt inn i en rekke kontraktsrettslige særlover.

Denne utviklingen begynte med kjøpsloven i 1988. Kjøpsloven § 70, 2. ledd bestemmer at

”Erstatning kan settes ned dersom den vil virke urimelig for den ansvarlige part ut fra tapets størrelse i forhold til det tap som vanligvis oppstår i liknende tilfelle, og tilhøva ellers.”

Deretter fikk vi lempingsbestemmelser i fem andre kontraktslover som alle er laget med utgangspunkt i kjøpslovens system. Håndverkertjenesteloven har for eksempel en bestemmelse om lempning i § 30, 3. ledd:

”Ansvaret kan settes ned dersom det vil virke urimelig for tjenesteyteren ut fra størrelsen av tapet i forhold til det tap som vanligvis oppstår i liknende tilfelle, og ut fra tilhøva ellers.”

Avhendingsloven § 7-2, 2. ledd lyder:

”Skadebota kan setjast ned dersom ho vil verke urimeleg for den ansvarlege parten ut frå omfanget av tapet samanlikna med tap som til vanleg oppstår i liknande tilfelle, og ut frå tilhøva elles.”

Likedan finner vi en bestemmelse om lempning i bustadoppføringslova § 36, 3. ledd:

”Ansvaret kan setjast ned dersom det vil verke urimeleg for entreprenøren. Ved vurderinga legg ein vekt på storleiken av tapet samanlikna med tap som til vanleg oppstår i liknande tilfelle, og tilhøva elles.

Vi har også husleieloven § 2-14, 5. ledd, som sier

”Ansvaret kan settes ned dersom det vil virke urimelig for utleieren ut fra størrelsen på tapet i forhold til det tap som vanligvis oppstår i liknende tilfelle, og ut fra forholdene ellers.”

Endelig har vi forbrukerkjøpsloven § 54, 2. ledd, som sier at

”Erstatningen kan settes ned dersom den vil virke urimelig for den ansvarlige parten ut fra tapets størrelse i forhold til det tap som vanligvis oppstår i lignende tilfeller, og forholdene ellers.”

Lovtekstene er svært like i ordlyd. De fremhever alle at erstatning kan lempes i de tilfeller hvor tapet er større enn det som vanligvis oppstår i lignende tilfeller. Dette samsvarer til

dels med Høyesteretts anvendelse av Skadeerstatningsloven § 5-2, hvor de fremholder ekstraordinær størrelse på tapet som avgjørende for lempingsadgangen.

Felles for disse lovene er at de hovedsakelig er begrunnet i generelle hensyn som gjør seg gjeldende på alle kontraktsområder. Selv om både kjøpsloven og spesiallovene er tenkt å dekke hvert sitt område av obligasjonsretten, taler nok den samsvarende utformingen og konsekvente bruken av lempningsklausulen i så vidt ulike lover som f.eks. forbrukerkjøp og husleie, for at det her kan være snakk om at det har utviklet seg et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp som gjelder lemping av erstatningsansvar i kontraktsforhold.

Et prinsipp som således støttes av både lovgivningen og rettspraksis blir dermed at ”erstatningsansvar kan lempes i kontraktsforhold i tilfeller hvor tapet er ekstraordinært stort”. Terskelen for lempning bør etter mitt syn settes lik rettspraksis etter erstatningsloven, da kravet om ”ekstraordinært” må sies å være noe strengere enn ”tap som vanligvis oppstår”.

4.2.6 Reelle hensyn støtter prinsippet om lempning

Jeg finner også vesentlig støtte for at et slikt prinsipp må eksistere dersom vi ser på reelle hensyn. Andre bransjer, som ikke har fått sin virksomhet regulert gjennom en særlovgivning, trenger erstatningsmessig beskyttelse like mye som de bransjer som nå er regulerte. Med reelle hensyn mener jeg her betraktninger omkring resultatets godhet.⁵³ Rettferdighetsbetraktninger og hensynet til næringsnøytral lovgivning mellom bransjer er momenter som etter mitt skjønn absolutt taler for å anse lempningsregelen som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp.

Videre i samme retning trekker hensynet til omsetningslivets tarv. Dersom man ikke ved avtaleinngåelsestidspunktet kan vite noe om rammene for et eventuelt tap, vil dette kunne skade villigheten til å inngå avtaler. En slik mangel på forutberegnlighet gjør at avtaler kan få enorme konsekvenser dersom noe går galt, og dette kan skade næringslivet. Samtidig

⁵³ jfr Eckhoff side 366 flg

kan det argumenteres med at regelen om full erstatning kan påvirke domstolene til å unnlate å pålegge ansvar, fordi det i noen tilfeller ville fått svært store konsekvenser for en part. Prinsippet i de ovenfor nevnte kontraktslovene ivaretar hensynet til næringslivet ved å ta utgangspunkt i det som er normalforventningen til mulig erstatning ved tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Slik unngår man at omsetningslivet skades av redselen for enorme erstatningskrav.

4.2.7 UNIDROIT Principles og relevansen for norsk rett

Selv om reelle hensyn på denne måten taler for å anse lempingsreglene som et generelt prinsipp, kan vi ikke bare tilsidesette hjemmelskravet av den grunn. Når domsmaterialet blir for spinkelt til alene å kunne gi grunnlag for en slutning, kan reelle hensyn bare være et argument som antyder en sannsynlig retning for avgjørelsen, og ikke et endelig argument. Synet om at lempningsregelen må være et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp underbygges imidlertid også av at det eksisterer et internasjonalt prinsipp med samme innhold. Det er min intensjon i det følgende å se på hvilke regler Principles oppstiller, for på den måten å avklare om spørsmålet må anses avklart i internasjonal rett. Som jeg tidligere har vært inne på, kan Principles være en meget relevant rettskilde dersom de internasjonale prinsippene gir grunnlag for å videreutvikle eller avklare spørsmål som er usikre eller som allerede har en viss forankring i norsk rett.

UNIDROIT Principles har ingen artikler som direkte omhandler lempning. Også i Principles er utgangspunktet, som i norsk rett, at den skadelidende part har rett på full erstatning, se Principles art. 7.4.2 jfr. art. 7.4.1. Erstatningsansvar i kontraktsforhold begrenses imidlertid i Principles blant annet via artikkel 7.4.4 som heter "Foreseeability of harm":

Article 7.4.4 (Foreseeability of harm)

"The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance."

Etter denne bestemmelsen er den av partene som misligholder kontrakten kun ansvarlig for det tapet som denne parten forutså, eller kunne ha forutsett, på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Slik blir erstatningsansvaret begrenset til det som den misligholdende parten rimeligvis måtte forstå at kunne bli resultatet av kontraktsbruddet. I kommentaren til artikkelen begrunnes dette valget med at slik er kontraktens natur. Ikke alle fordeler som den skadelidte part mister faller innenfor rekkevidden av kontrakten. Det ville derfor ikke være riktig å bebyrde den misligholdende parten med å erstatte skade som denne ikke kunne forutsett ved kontraktinngåelsen, og dermed heller ikke tatt ut forsikring mot.

Samtidig påpeker kommentaren at Principles ikke har unntak for grov uaktsomhet eller forsett hos misligholder. Kravet om at erstatningsansvaret må kunne forutsees gjelder uansett. Dette gjør at unntaket fra hovedregelen om full erstatning må tolkes snevert.

Kommentaren sier videre at adekvanskravet "foreseeability" kun dreier seg om typen av tap, ikke størrelsen av tapet. Unntatt fra dette er de tilfeller hvor "the extent is such as to transform the harm into one of a different kind". Dette betyr at når tapet blir stort nok i forhold til hva som kunne påregnes, gjør dette at tapet som sådan blir til en annen form for tap. Tapets størrelse i seg selv gjør at tapet skifter karakter, blir til en annen tapsform, og dermed upåregnelig.

Spørsmålet blir så hva dette betyr for den norske erstatningsavgrensningen. Etter Principles kan tapet lempes ved uforutsebarhet. Spørsmålet blir da om tap som er ekstraordinært store kan være påregnelige? Etter en alminnelig språklig forståelse av ordet "ekstraordinært" må svaret på dette spørsmålet være nei. I det at noe er ekstraordinært ligger det at noe er utenom det vanlige, og er noe man vanskelig vil kunne regne med. Per definisjon av uttrykket "ekstraordinært stort" må dette kunne sies å være noe man ikke rimeligvis kunne forutse. Denne forståelsen av hva som er ekstraordinært kommer også til uttrykk i

Molodommen⁵⁴, der Høyesterett legger vekt på at tapet ble ekstraordinært grunnet omstendigheter som ”i særlig grad var upåregnelig for skadevolder” på tidspunktet for kontraktsinngåelsen.

Et ytterligere moment som støtter dette synet er at etter Principles skjer vurderingen av hva som er ”foreseeable” på tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Dersom man kunne ha regnet med ekstraordinært store tap ville man neppe ha inngått noen avtale, eller beregnet et så stort vederlag som kompensasjon for risikoen at tapet ikke lenger kunne karakteriseres som ekstraordinært. Dermed blir ekstraordinære tap i kontraktsforhold til dels utelukket som påregnelige gjennom sin egen natur.

Samtidig gir Principles som nevnt ytterligere veiledning i kommentaren. Tapets størrelse er som utgangspunkt ikke noe som kan gjøre erstatningen upåregnelig. Unntatt er situasjoner der tapet blir så stort at det endrer karakter. Dette må etter min mening kunne sies å gjelde når erstatningssummen blir ekstraordinært stor.⁵⁵

4.2.8 Grense for lempning

Grensen for hva som skal til for at et tap er ekstraordinært, er etter norsk rett usikker. Det er ikke nok at det er misforhold mellom kontraktsvederlaget og erstatningsansvaret. Dette har vi et eksempel på i Rt.1972 s. 449. Her ble ansvar opprettholdt til tross for et forholdstall på 60 til 440.

Formuleringen i Principles setter faktisk også grensen for mulig erstatningsansvar, ikke som forholdstall, men som en form for en bonus pater familias betraktning. Maks grensen blir det upåregnelige.

⁵⁴ Avsnitt 52 i dommen

⁵⁵ Se om dette også Hov (2002): Avtalebrudd og partsskifte s. 220

På denne måten ser vi at ansvarsbegrensningen i Principles kan anvendes direkte til å videreutvikle det norske materialet. Dette internasjonale prinsippet støtter opp under et prinsipp om at ”erstatningsansvar kan lempes i kontraktsforhold i tilfeller hvor tapet er ekstraordinært stort”. Principles bidrar også til å trekke opp retningslinjer for hva som kan være innholdet i ”ekstraordinært”, nemlig det som man ikke rimeligvis kan forutse på kontraktsinngåelsestidspunktet. Slik bidrar Principles til å utvikle et prinsipp som allerede har blitt antydnet av norsk rett, men hvor det norske rettskildematerialet kun indikerer at et prinsipp finnes og ikke alene gir sterkt nok grunnlag for å si at det finnes et slikt prinsipp med generelt anvendelsesområde.

Som ytterligere forsterkning av Principles sin vekt og legitimitet til bruk på dette området, er løsningene i denne artikkelen i Principles de samme som gjelder etter artikkel 74 i CISG. Dette momentet forsterker den rettskildemessige vekten av Principles, ettersom et stort antall land, inkludert Norge, per i dag har ratifisert denne konvensjonen.

4.2.9 Rettskildemessig vekt

Det norske rettskildematerialet indikerer at en generell obligasjonsrettslig lempningsregel kan eksistere, men uten å presisere det nærmere innholdet. Dette taler for at Principles kan være med på å bestemme den nærmere avgrensningen av en slik regel. På den andre siden finner jeg ikke støtte for et slikt syn verken i juridisk litteratur eller høyesterettspraksis. Jeg mener på dette grunnlag at Principles kan tillegges en viss vekt som rettskilde også her, men at man bør utvise forsiktighet på dette området inntil en nærmere avklaring har funnet sted.

4.2.10 Konklusjon

På grunnlag av fremstillingen ovenfor, er det mitt syn at det de lege lata trolig finnes et generelt obligasjonsrettslig prinsipp som gjør at ”erstatningsansvar kan lempes i kontraktsforhold i tilfeller hvor tapet er ekstraordinært stort”. Subsidiært mener jeg at et slikt prinsipp bør eksistere de lege ferenda, da dette spørsmålet ennå ikke er avklart.

4.3 Hardship-klausuler

4.3.1 Innledning

UNIDROIT Principles vil også kunne brukes som et moment i vurderingen av om eldre norske rettsoppfatninger bør revurderes. Dette er spesielt aktuelt der hvor vi har gamle oppfatninger som er tynt fundert samtidig som de er i dårlig samsvar med utviklingen i andre områder av norsk rett.⁵⁶

En slik situasjon har vi for de såkalte hardship-klausulene. Slike klausuler benyttes relativt ofte i kontrakter. Samtidig utgjør slike klausuler et område i obligasjonsretten som har til dels spinkelt rettsgrunnlag med få rettskilder. Den eldre rettsoppfatningen⁵⁷ om at hardship-klausuler ikke betyr noe mer enn ”vær snill” stemmer dessuten dårlig overens med den videre utviklingen i norsk rett. Særlig gjelder dette etter at § 36 ble tatt inn i avtaleloven i 1983. Det er dermed nødvendig først å kartlegge de ulike momentene i intern norsk rett, ettersom det er et uavklart spørsmål om hardship-klausuler har noe rettslig innhold, og hva innholdet eventuelt består i. Dernest kommer således Principles inn som en aktuell rettskilde i vurderingen av hva som vil være gjeldende norsk rett.

4.3.2 Hva er hardship-klausuler?

Kontraktsforhold er ofte kompliserte, og det kan være vanskelig å ha oversikt over alle typer av situasjoner som kan oppstå. Forhold man ikke er klar over får man heller ikke kontraktsfestet. Samtidig er den norske kontraktstradisjonene svært forskjellig fra for eksempel de engelske. Kontraktsformen hos oss er relativt kortfattet og konsis, og baserer seg i stor grad på å utfylles av preseptorisk lovgivning. Slik oppstår det relativt ofte

⁵⁶ Hagstrøm (2003) s. 63

⁵⁷ Hagstrøm (2003) s. 311

omstendigheter som ikke er omfattet av avtalen. Partene inkluderer ofte bare de aktuelle forholdene i kontrakten, slik at løsningen på uventede problemer ikke er avtalefestet.

Mange ønsker å kontraktsbestemme hva som skal skje når uforutsette situasjoner oppstår, men uten å detaljregulere avtaleforholdet i kontrakten. Dette gjøres blant annet gjennom de såkalte hardship-klausulene. En slik klausul er ment å pålegge partene en plikt til å reforhandle kontrakten slik at de kan gjenopprette likevekten i kontraktsforholdet. Det særegne for hardship-klausuler blir dermed rettsvirkningene, i og med at uforutsette situasjoner ikke løses gjennom kontraktstolkning men gjennom reforhandling. Hvilke forhold som utløser avtalerevisjon avhenger av innholdet i kontrakten. Unntatt fra hovedregelen er forhold som rammes av avtalelovens § 36, ettersom denne er preseptorisk.

Hardship er dårlig definert i både norsk og annen nordisk rett. Praksis og teori⁵⁸ tilsier at hardshipklausuler inneholder både mer presist formulerte omstendigheter som nødvendiggjør reforhandlinger, men også mer rene oppsamlingsklausuler under betegnelsen hardship eller lignende. Det vanskelige med slike hardship-klausuler er likevel at de ofte er relativt vage. Mange avtaler tvisteløsning i situasjoner der forhandlinger ikke fører frem. Spørsmålet blir så hva klausulene egentlig betyr i kontraktsforholdet når slik tvisteløsning ikke er avtalt.

4.3.3 Nærmere om rettsvirkningene

Ofte er det som nevnt avtalt tvisteløsning ved en tredjepart dersom enighet ikke oppnås.⁵⁹ Problemet oppstår imidlertid når slike løsninger ikke er avtalt. Da må de rettslige konsekvensene av hardship-klausulen tas stilling til. Fordi hardship-klausuler ofte kun hjemler plikt til å reforhandle, har det vært hevdet at slike klausuler i realiteten ikke har noen rettsvirkninger. Slik blir de karakterisert som ”vær-snille” klausuler fordi de kun fremstår som løfter om gode intensjoner. Klausulen pålegger partene å reforhandle, men

⁵⁸ Se Hagstrøm (2003) s. 310 flg.

⁵⁹ Jfr Rt 1998 s 1683

sier ikke noe om at de må komme frem til en løsning. Uten sanksjoner ved forhandlingsbrudd får dermed klausulene lite rettslig innhold. Som Ole Lund referer at Arnholm skal ha uttalt, medfører en hardship-klausul ”neppe mer enn at man ikke kan bli kastet ut av motpartens kontor første gang man kommer og ber om en endring av kontrakten”.⁶⁰

Det aktuelle spørsmålet blir altså om hardship-klausuler har noe rettslig innhold. For å kartlegge dette vil jeg først se på interne norske rettskilder, og deretter hvordan Principles kan belyse dette spørsmålet ytterligere.

Det er flere forhold som tilsier at innholdet i klausulen går videre enn en ren ”vær-snill” bestemmelse, og at den tradisjonelle oppfatning derfor må revurderes. For det første må det antas at partene, i de tilfeller hvor de har blitt enige om å ta en hardship-klausul inn i kontrakten, faktisk har hatt en tanke bak en slik risikofordeling. Det faktum at klausulen står i avtalen sannsynliggjør at partene har tillagt den et innhold, og man bør derfor ikke se bort i fra en slik klausul som en ren intensjon. Begge parter må på avtaletidspunktet ha vært enige om at betingelsene skulle kunne reforhandles i visse tilfeller. At en part på et senere tidspunkt ikke ønsker å avbryte en avtale fordi den er gunstig for ham, bør således ikke sette til side hardship-klausulen dersom den annen part er kommet svært dårlig ut.

For det annet fikk avtaleloven i 1983 tillegg av § 36, der det heter at avtaler som er ”urimelige” eller ”i strid med god forretningsskikk” kan settes til side eller endres. Ved avgjørelsen av hva som er urimelig skal det etter denne paragrafen tas hensyn til blant annet ”forholdene ved avtalens inngåelse” samt ”senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig”. Vedtagelsen av § 36 medfører at kravet til lojalitet har økt, ikke bare før inngåelsen av kontrakten, men også i de etterfølgende forhold. Når en hardship-klausul aktiveres, taler § 36 for at den må etterleves på en lojal måte. Et slikt synspunkt støttes også av uttalelser i rettspraksis.⁶¹

⁶⁰ Hagstrøm (2003) s. 311

⁶¹ Se f eks Rt. 1990 s. 284 og U 1981 s 300 H.

Det er kontraktens eget innhold som bestemmer i hvilken grad den kan revideres og endres.⁶² På samme måte som § 36 tilsier lojalitet mot kontraktspartneren i de eventuelle reforhandlinger, bestemmer generelle avtalerettslige prinsipper at kontraktens ordlyd er et vesentlig tolkningsmoment. Hardship-klausulens selve eksistens taler for at partene mente å senke terskelen for at kontrakten kunne revideres i forhold til det som følger av avtalelovens § 36. Dersom terskelen ikke skulle legges under denne, ville det ikke vært behov for å inkludere en hardship-klausul i kontraktsteksten. Avtalelovens § 36 er preseptorisk og kontrakten ville kunne bli krevd endret dersom hendelser forskjøvet den opprinnelige kontraktlikevekten til en slik grad av urimelighet.⁶³

Jeg mener således at både reelle hensyn og fornuftsbetraktninger, samt avtalelovens § 36 tilsier at hardship-klausuler nå bør ha rettsvirkninger i kontraktsforhold. Rettsgrunlaget er imidlertid noe tynt til alene å gi hjemmel for å revidere den eldre rettsoppfatning om at slike klausuler er tomme løfter.

4.3.4 UNIDROIT Principles og betydningen for norsk rett

Jeg går nå over til å se på om Principles kan være en rettskilde som kan bidra til å avklare spørsmålet om hardship-klausuler har noe rettslig innhold. Definisjonen av hardship finner vi i Principles artikkel 6.2.2:

Article 6.2.2 (Definition of hardship)

“There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged after the conclusion of the contract;

⁶² Hov (1998) s. 165-166

⁶³ Hagstrøm s 310, jfr Krüger (1989): Kontraktsrett s 708

- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;*
- (c) the events are beyond control of the disadvantaged party; and*
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.*

Hardship defineres således som tilfeller hvor hendelser gjør at fordelingen av de økonomiske fordelene i kontrakten endres fundamentalt. Vilkårene for at hardship skal foreligge er at hendelsene ikke var kjent eller rimeligvis kunne forutsees på kontraktsinngåelsestidspunktet. I tillegg må omstendighetene ligge utenfor den rammede parts kontroll, og ikke være noe denne har påtatt seg risikoen for.

Dette tilsvarer i stor grad norsk rett på området.⁶⁴ Tidspunktet for hendelsen som utløser reforhandlingen fremgår ikke like eksplisitt i den norske teorien, men innholdet må likevel kunne sies å være det samme. Selve uttrykket reforhandle indikerer at situasjonen er ny. På samme måte ville det vært meningsløst å snakke om gjenopprettelse av en tidligere likevekt dersom det ikke hadde inntruffet senere begivenheter som hadde forskjøvet denne. Etter norsk rett vil det heller ikke være nødvendig å problematisere hendelser parten har kontroll over eller har påtatt seg risikoen for, da dette uansett reguleres av kontrakten og alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.

Selve definisjonen på hardship er svært lik den vi finner i norsk juridisk teori, nemlig at det oppstår en hendelse som endrer likevekten i kontrakten. Dette representerer heller ikke noe av spesiell interesse i forhold til om den norske rettsoppfatning bør revurderes, ettersom det ikke er betydningen av hardship, men konsekvensene som det er tvil i forhold til. Jeg går derfor over til å se nærmere på disse etter Principles.

⁶⁴ Hagstrøm (2003) s. 310-312

Article 6.2.3 (Effects of hardship)

- (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.*
- (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.*
- (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.*
- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,*
 - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or*
 - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.*

Artikkelen slår for det første fast at den rammede part har krav på forhandlinger. Et krav om forhandlinger må imidlertid fremsettes uten unødig opphold, samt si noe om grunnlaget for kravet. Det er likevel viktig å merke seg at selv om det er satt frem krav om reforhandling, gir ikke dette noen rett til sanksjoner i form av tilbakeholdelse av egen ytelse. Dersom partene ikke blir enige innen rimelig tid, kan hver av dem bringe saken inn for domstolene. Retten kan, dersom den finner at det foreligger hardship, enten bringe kontrakten til opphør på nærmere angitte vilkår, eller den kan revidere kontrakten for å gjenopprette balansen i avtaleforholdet.

Med tanke på vår her aktuelle problemstilling fra norsk rett, er det svært interessant å merke seg at begge parter etter Principles kan kreve spørsmålet avgjort i retten. Slik unngår man at hardship-klausulen blir et tomt løfte om å gjenåpne forhandlinger. En slik mulighet for domstolsbehandling vil trolig først og fremst redusere sannsynligheten for at løftet om reforhandling misligholdes. Av hensyn til egne interesser vil nok begge parter forsøke å selv finne frem til en løsning før de gir fra seg kontrollen over utfallet til en tredjepart.

Mest interessant er kanskje likevel kommentarens punkt 5 – *renegotiations in good faith*. For selv om artikkelens ordlyd ikke sier noe om at partene må gjennomføre

reforhandlingene på en lojal måte, fremholder kommentaren at dette er et krav til forhandlingene. Det generelle prinsippet som står i artikkel 1.7 om "*good faith and fair dealing*" er et grunnleggende prinsipp for hele Principles, og da også for reforhandlingssituasjoner. Partene må opptre på en ærlig og redelig måte med en reell intensjon om å reforhandle kontrakten. Plikten de har til å samarbeide med hverandre om å finne en løsning fremgår også av artikkel 5.1.3 – *cooperation between the parties*. Denne paragrafen har generell ordlyd og gjelder også for reforhandlingssituasjoner. I tillegg legger dette punktet i kommentaren vekt på at når reforhandlinger først er åpnet, må begge parter bidra på en konstruktiv måte, jfr. "*constructive manner*". Særlig må motarbeidelse unngås, og all nødvendig informasjon må utleveres. Slik ser vi av Principles at begge parter er forpliktet til å forsøke å komme frem til en løsning.

Brukt på den norske rettsstilstanden gir Principles støtte for ideen om at hardship-klausulene har et juridisk innhold. Aksepterer vi Principles som rettskilde på dette området vil resultatet for det første bli at de norske reglene får tillegg av sanksjoner. Hovedgrunnen til at hardship-klausuler ikke har blitt tatt hensyn til er at brudd på slike klausuler har blitt antatt ikke å ha konsekvenser. Med disse prinsippene som ny rettskilde forsvinner denne årsaken. Når begge parter kan velg å ta saken inn for retten er det ikke lenger mulig for den ene parten å nekte reforhandling. Den flyttes da bare til domstolen. Dette gir grunn til å tro at klausulen får et langt større faktisk og rettslig innhold. Samtidig må partene gjennomføre reforhandlingene på en lojal og konstruktiv måte. Dermed stiger kravet til lojalitetsplikten ytterligere enn det vi kan utlede fra intern norsk rett.

4.3.5 Rettskildemessig vekt

Som tidligere nevnt er det antatt at Principles kan brukes som en rettskilde i de tilfeller hvor løsningen etter norsk rett er usikker. Det må likevel vurderes hvilken vekt Principles kan ha som rettskilde i de konkrete spørsmål.

Rettsutviklingen i Norge har i de senere år gått i retning av et øket krav til lojalitet i kontraktsforhold. Utviklingen startet med avtalelovens § 36 og har senere fortsatt i

rettspraksis.⁶⁵ Denne trenden taler for at også hardship-klausulene bør revurderes, og det er derfor grunn til å legge vekt på reguleringen av dette spørsmålet i Principles.⁶⁶

Principles vekt forsterkes av at samme løsning som vi finner i Principles indikeres av dansk rett, se U 1981 s 300 H. Her var saken at leietakeren av en eiendom hadde gitt et lån til huseier mot pantesikkerhet i eiendommen. Det oppstod tvist om leieforholdet. Huseier hadde planer om å omregulere eiendommen, men da stod pantesikkerheten i veien. Han tilbød derfor å bytte pantesikkerheten med en bankgaranti, noe som ble nektet av leietaker. Leietaker ble imidlertid dømt i Høyesteret, da man mente at kreditor i dette tilfellet kun nektet å godta ombyttingen for å sette press på debitor i forbindelse med tvisten angående leieavtalen. Dommen kan tolkes som en reaksjon mot partens manglende vilje til å finne en forhandlingsløsning.⁶⁷

Oppsummert finner jeg derfor at Principles bør kunne tillegges betydelig vekt i det foreliggende rettsspørsmålet.

4.3.6 Konklusjon

Basert på utviklingen i norsk rett og Principles' momenter mener jeg det er riktig at den tidligere norske rettsoppfatning på dette området bør endres, i hvert fall til en viss grad. Principles bør her tillegges atskillig vekt som rettskildefaktor.

En hardship-klausul er en reforhandlingsklausul, og partene må derfor som minimum forsøke å reforhandle. I dette ligger det at man må gjøre en ærlig innsats og komme med konstruktive forslag til løsninger. Manglende vilje til medvirkning vil kunne utgjøre mislighold av den opprinnelige kontrakten, og dessuten være illojal opptreden med de rettsvirkninger det kan medføre.

⁶⁵ Rt. 1988 s. 1078

⁶⁶ Hagstrøm (2003) s. 66

⁶⁷ Hagstrøm (2003) s. 294

4.4 Resultatforpliktelser og innsatsforpliktelser

4.4.1 Innledning

Som jeg har vært inne på tidligere, kan Principles være en meget relevant rettskilde i de tilfeller der de internasjonale prinsippene oppstiller regler som også har solid forankring i norsk rett, men der det nærmere innhold og den nærmere utforming kan være usikker.⁶⁸ I slike tilfeller kan de internasjonale prinsippene bidra til å avklare den nærmere grensedragning. Et eksempel på et slikt tilfelle er spørsmålet om når partene har avtalt en innsatsforpliktelse og når kontrakten innebærer en resultatforpliktelse. Skillet mellom resultat- og innsatsforpliktelse er solid forankret i norsk rett, og har meget vidtrekkende konsekvenser for hva den skadelidte part har krav på. Den nærmere avklaringen av grensen mellom de ulike tilfellene i situasjoner der det er usikkert hva partene har avtalt, er imidlertid ikke klart lovregulert i norsk rett. En slik grensedragning må avgjøres konkret i hver enkelt sak, og det er sparsommelig med veiledning å hente i lover og rettspraksis. Norsk rett har derfor et behov for en nærmere avklaring av det konkrete innholdet i skillet mellom innsatsforpliktelser og resultatforpliktelser på generelt grunnlag.

Jeg vil først ta for meg skillet mellom innsats- og resultatforpliktelser etter norsk kontraktsrett slik det har vært fremstilt etter juridisk teori, lovgivningen og rettspraksis. Jeg vil deretter ta for meg UNIDROIT Principles, og se på hvilke uløste spørsmål og uavklarte grensedragninger etter norsk rett kan bli løst dersom man legger Principles til grunn.

4.4.2 Betydningen av skillet etter norsk rett

Vi har som sagt et grunnleggende skille mellom innsats- og resultatforpliktelser etter norsk rett. Resultatforpliktelser er, som navnet tilsier, avtaler der den ene parten forplikter seg til å levere et ferdig produkt eller resultat. Innsatsforpliktelser blir også kalt omsorgsforpliktelser, og det grunnleggende skillet er at realdebitor i slike tilfeller ikke har

⁶⁸ Hagstrøm (2003) s. 64, Hov (2002) s. 55-56.

noen plikt til å levere et bestemt resultat. Han har imidlertid fortsatt en plikt til å gjøre en faglig god innsats. I de tilfeller hvor det kun dreier seg om en innsatsforpliktelse vil han derfor vanligvis ha krav på betaling selv om et konkret resultat ikke er oppnådd.

Det avgjørende spørsmål i mange avtaler blir således om realdebitor etter kontrakten er forpliktet til å levere et konkret resultat, eller kun et faglig akseptabelt forsøk.

Det kan likevel også være slik at det finnes både innsatsforpliktelser og resultatforpliktelser i en og samme kontrakt. Et eksempel på det finnes i Rt. 1926 s. 728. En selger av ved skulle levere veden ”utover høsten og vinteren”. Når det gjaldt denne leveringstiden uttalte Høyesterett at selgeren kunne ”indrette sig slik, som de vanlige forhold i branchen - herunder føreforholdene – førte med sig”.⁶⁹ Slik fikk selgeren en innsatsforpliktelse når det gjaldt leveringstiden, i og med at han kunne hensynta føreforholdene. Han fikk ikke en absolutt leveringsplikt, der kontrakten ikke ville vært oppfylt før veden var kommet frem.

Avgjørelsen om at en kontraktsbestemmelse er en resultat- eller innsatsforpliktelse vil som vi ser få avgjørende innvirkning for når mislighold inntreffer, og dermed på kreditors stilling for å kunne kreve misligholdsbeføyelser. Jeg vil nå ta for meg de ulike norske kontraktslovene, for å se på om det kan være momenter som avklarer det nærmere innholdet av hva som ligger i begrepene innsatsforpliktelse og resultatforpliktelse her:

Jeg vil først se på kjøpsloven, som stiller opp krav til det som skal leveres i § 17 (1) og (3):

”Tingen skal være i samsvar med de krav (...) som følger av avtalen.” ”Tingen har mangel dersom den ikke er i samsvar med kravene i paragrafen her.”

Rettspraksis har slått fast at kjøper etter kjøpsloven har krav på vanlig god vare, og har drøftet hva som ligger i dette begrepet for eksempel i videospillerdommen.⁷⁰ Varen har en

⁶⁹ Rt. 1926 s. 728 på side 729

⁷⁰ jfr. Rt 1998 side 774

mangel hvis den ikke har de riktige funksjoner og attributter man normalt må forvente at en vare har, og slike eventuelle svakheter fremgår av avtalen. Hovedregelen etter kjøpsloven blir således at den oppstiller en resultatforpliktelse med tanke på de egenskaper mv den solgte gjenstanden skal ha.

Jeg går så over til å se på avhendingslova, som i § 3-1 sier følgende om de egenskapene eiendommen må ha:

”Eigedomen har mangel dersom han ikkje er i samsvar med dei krav (...) som følgjer av avtala.”

Også dette må kunne sies å være en lovfesting av en resultatforpliktelse som hovedregel. Likelydende regel finner vi i bustadoppføringslova § 25:

”Det ligg føre mangel dersom resultatet ikkje er i samsvar med dei krava som følgjer av avtalen (...)”

Dette er en resultatforpliktelse, og man kan som kjøper forvente at boligen som er oppført er egnet som bolig, og kan som et minimum forvente at boligen oppfyller de offentligrettslige krav som en bolig må møte.

Annerledes blir løsningen etter håndverkertjenesteloven § 17, jfr. § 5. Det følger av § 17 og § 5 at tjenesteyteren i utgangspunktet kun har en innsatsforpliktelse for å utføre arbeidet på en fagmessig måte. Dersom resultatet likevel ikke nås er dette ikke mislighold av kontrakten med mindre resultatforpliktelse er avtalt særskilt, jfr. § 17, 1. ledd, 1. setning if *”eller som ellers er avtalt”*. I den utstrekning intet sluttprodukt er spesifikt avtalt, eller arbeidet ikke møter kravene i 5, 6 og 9(3) er håndverkertjenesteloven derfor ikke en resultatforpliktelse.⁷¹

⁷¹ Hov (2002) s. 64

Det er et alminnelig kontraktrettslig prinsipp at innsatsforpliktelser uansett må møte faglige minstestandarder for at man skal kunne snakke om korrekt oppfyllelse. En advokat vil vanligvis ikke garantere et spesifikt resultat til sin klient i en kommende rettssak. Advokaten må likevel yte klienten faglig forsvarlig bistand, og kan komme i en ansvarsposisjon dersom det er begått helt elementære feil i utførelsen av arbeidet. Fra rettspraksis har vi et eksempel på at en byggekontrollør ikke innestår for enhver feil entreprenøren måtte ha forårsaket, men må uansett gjennomføre byggekontrollen på et profesjonelt nivå.⁷²

4.4.3 UNIDROIT Principles og grensedragningen mellom typen forpliktelse

Klassifikasjonen av om en kontrakt innebærer resultatforpliktelse eller innsatsforpliktelse kan, som jeg har vært inne på, undertiden være usikker ut fra avtalens ordlyd.

Utgangspunktet i spesiallovene kan gi en viss veiledning i enkelte typer oppdrag, jfr drøftelse av dette foran. I mange tilfeller kan imidlertid heller ikke dette løse problemet, og som nevnt er det i slike tilfeller heller vanskelig å finne klare retningslinjer for en generell løsning på problemet etter norsk rett. UNIDROIT Principles oppstiller på sin side veiledende retningslinjer for grensedragningen mellom de to forpliktelsestypene, og jeg vil i det følgende se på disse.

I Principles art 5.1.4 og 5.1.5 finner vi alminnelige prinsipper som er utformet for å avgjøre innholdet i de to typene forpliktelser (5.1.4), samt for hvordan man skal avgjøre hvilken forpliktelse kontrakten anviser (5.1.5).

Principles artikkel 5.1.4 lyder slik:

(Duty to achieve a specific result. Duty of best efforts.)

(1) To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result.

⁷² jfr. Rt. 1997 s. 825

(2) To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.

Denne regelen slår altså fast at dersom en part er forpliktet til å oppnå et spesifisert resultat, er parten bundet til å faktisk levere dette resultatet. Videre slås det fast at dersom en part bare er forpliktet til å levere sin beste innsats, skal kriteriet for å bedømme innsatsen være objektivt. Det er således ikke den aktuelle personens beste innsats som skal kreves, men en slik innsats som ville blitt utført av en vanlig, fornuftig person av samme type under de samme forholdene. Dette må også forstås dit hen at man kan forvente mer av tjenester levert av en spesialist på fagområdet. Har man for eksempel et intrikat regnskapsmessig problem som ønskes belyst, vil det gjelde strengere krav til faglig kvalitet i rådet fra en statsautorisert revisor enn fra en vanlig regnskapsfører etter Principles.

Kommentarene til artikkelen slår fast at inndelingen i resultatforpliktelse eller innsatsforpliktelse er typiske og mye brukte kontraktsvilkår. Imidlertid kan det tenkes avtaler der en finner begge typer forpliktelser, som eksempel nevnes et tilfelle der et firma har tatt på seg å reparere en ødelagt maskin. For kvaliteten på reparasjonen kan det tenkes at firmaet kun er under en innsatsforpliktelse, og bare er forpliktet til å sørge for at reparasjonen blir gjort så godt som kan forventes av fagfolk. Det kan likevel tenkes at firmaet er under en resultatforpliktelse når det gjelder å bytte spesielle reservedeler på samme maskin. Denne regelen må sies å samsvare godt med det som er uttalt i Rt. 1926 s. 728, jfr ovenfor.

Når det gjelder eksemplene som er oppstilt i Principles, nevnes til illustrasjon en avtale der en part påtar seg å gjøre 15 000 salg årlig i sitt område. Parten makter imidlertid bare å selge 13 000 objekter. Ettersom han har tatt på seg en klar resultatforpliktelse, er han dermed i mislighold av kontrakten.

Som eksempel på innsatsforpliktelse nevnes en annen distributør som i stedet for å love et bestemt minimumskvantum i salg, lover ”å gjøre sitt beste for å øke salget”. Han er etter dette forpliktet til å gjøre en slik innsats som en vanlig, fornuftig person ville ha gjort for å oppnå økt salg i et tilsvarende område og med et tilsvarende produkt, hensyntatt konkurransesituasjonen i markedet, firmaets størrelse osv. Eksempler på innsats som forventes vil da inkludere at det blir nedlagt en slik arbeidsinnsats som normalt må kunne kreves, at det blir satset et fornuftig beløp på reklame eller fremvisning av produktet, at det blir bygget opp nødvendige utstillinger for å vise potensielle kunder produktet osv. Er slike vanlige, fornuftige tiltak iverksatt, kan noe bestemt resultat ikke kreves oppnådd.

Jeg går nå over til å se på spørsmålet om hvordan Principles bestemmer hvordan man skal kunne avgjøre om det foreligger en innsatsforpliktelse eller en resultatforpliktelse i tilfeller hvor dette ikke går uttrykkelig frem av kontrakten. Reglene er oppstilt i Principles artikkel 5.1.5:

(Determination of kind of duty involved)

In determining the extent to which an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity or a duty to achieve a specific result, regard shall be had, among other factors, to

(a) the way in which the obligation is expressed in the contract;

(b) the contractual price and other terms of the contract;

(c) the degree of risk normally involved in achieving the expected result;

(d) the ability of the other party to influence the performance of the obligation.

Det naturlige utgangspunktet er ordlyden i avtalen, eller ”the way in which the obligation is expressed in the contract.” Eksemplene i Principles nevner en avtale der en entreprenør får spørsmål om å sette opp en bygning uvanlig raskt. Dersom kontrakten sier at ”arbeidet vil være ferdig” innen en dato, må dette forstås som en resultatforpliktelse. Sier avtalen derimot at man skal ”forsøke å bli ferdig” innen samme dato, er entreprenøren forpliktet til

å gjøre sitt beste for å nå denne fristen. Han har likevel ikke forpliktet seg til at han greier denne fristen.

Det neste momentet knytter seg til kontraktssummen eller til andre vilkår i avtalen. En spesielt høy pris kan indikere at man tar på seg risiko for å oppnå et spesifikt resultat. Spesielle klausuler i kontrakten som kan gi indikasjoner er også betingelser som linker betalingens størrelse til at det oppnås et bestemt resultat, eller som foreskriver tilbakeholdelse av vederlag dersom resultatet ikke oppnås. I tilknytning til dette punktet må også den normale risikoen som må påregnes for å oppnå det bestemte resultatet tas i betraktning. Er det stor fare for at utfallet ikke blir vellykket, trekker dette formodningen bort fra at vi snakker om en resultatforpliktelse i den aktuelle bransjen. Et godt eksempel i så måte er jo advokatbransjen. Går man til søksmål, er det gitt at utfallet vil bli negativt for den ene. Advokatens forpliktelse blir da å anse som en innsatsforpliktelse, så lenge han ikke har garantert for et bestemt utfall. Slike ”no cure, no pay”-klausuler er mye brukt i utlandet, men tilsier i slike tilfeller et betydelig høyere honorar for å kompensere for den økte risiko man tar på seg.

Til sist trekker Principles frem den graden av påvirkningskraft en part kan ha over det ferdige resultatet som et tolkningsmoment. Et eksempel som trekkes frem er hvor en part A har tatt på seg å lære opp en annen part Bs personell i en ny, kjemisk prosess. A kan ikke i slike tilfeller forplikte seg til at de nye ferdighetene vil bli mestret av personellet i løpet av opplæringsperioden, siden dette til en viss grad vil avhenge av personellet kompetanse, oppmøte og årvåkenhet i opplæringen.

4.4.4 Rettskildemessig vekt

Skillet mellom innsats- og resultatforpliktelser er sentralt innenfor norsk kontraktsrett, men rettskildematerialet gir lite veiledning utover det som finnes i juridisk teori.⁷³ Samtidig er de regler som fremgår av Principles både detaljerte, logiske og anvendelige, slik at

⁷³ Hagstrøm (2003) s. 64

prinsippene får rettskildemessig tyngde gjennom sin egnethet. De retningslinjer som er oppstilt i Principles må derfor dette kunne tillegges ganske stor vekt på dette området. Støtte for dette synet finnes også i juridisk teori.⁷⁴

4.4.5 Oppsummering - konklusjon

De retningslinjene som her fremkommer stemmer godt overens med den sparsommelige rettspraksis vi har fra norsk rett. I Rt. 1925 side 551, Brønnboringsdommen, hadde et brønnboringselskap i kontrakten kun garantert for at brønnen skulle yte et visst kvantum vann. Ettersom det ikke kunne utledes noen bindende forutsetninger ut ifra kontrakten om vannets kvalitet, så fikk boringsselskapet krav på full betaling selv om vannet ikke kunne benyttes som drikkevann.

Ettersom skillet mellom resultat- og innsatsforpliktelser er meget sentralt i kontraktsretten, og den rettspraksis som finnes på området ser ut til å samsvare godt overens med de retningslinjer vi finner oppstilt i Principles, taler mye for at Principles her kan gi en nærmere presisering av skillet mellom de to typene forpliktelser.

⁷⁴ Hagstrøm (2003) s. 64

5 Konklusjon

5.1 Oppsummering og konklusjon

Hensikten med denne fremstillingen har vært å se på muligheten for å bruke Principles som en alminnelig rettskilde for kontraktsforhold etter intern norsk rett.

Jeg har kommet frem til at Principles har stor legitimitet som rettskildefaktor til tross for at den ikke er en konvensjon men kun er et frivillig anvendbart regelsett. Både historikk, oppbygning og arbeidsmåter samt de nærmere forhold rundt tilblivelsen av Principles støtter opp om dette. I tillegg kommer den styrkning av vekt som Principles får gjennom at andre internasjonale juridiske standarder til dels har sammenfallende løsninger med Principles.

Samtidig mener jeg å ha funnet gode holdepunkter både i juridisk litteratur og i rettspraksis for at Principles er en anvendbar rettskilde i kontraktsretten. Et ytterligere moment i denne retning finnes i reelle hensyn, prinsippene må tillegges vekt ut i fra sin egen godhet. Brukt på de fire utvalgte uavklarte spørsmålene i norsk rett viser da også Principles sin egnethet. Prinsippene bidrar til en nærmere avklaring av retten.

Til sammen mener jeg dette gir Principles en ikke ubetydelig rettskildemessig vekt også for intern norsk kontraktsrett.

5.2 Indikasjoner om Principles som fremtidig rettskildefaktor

En slik konklusjon som jeg her har kommet frem til later til å ha en viss støtte i juridisk litteratur. Hagstrøm⁷⁵ gir uttrykk for at Principles til en viss grad kan benyttes som rettskilde der den norske rettsstilstanden er usikker. På samme måte fremhever Hultmark⁷⁶

⁷⁵ Hagstrøm (2003) s. 63 flg.

⁷⁶ Hultmark (1996) s. 669

at Principles bør få betydning i svensk rett. Hun mener det ikke er en feil å la være å benytte Principles i intern rett, men at prinsippene kan og bør brukes i langt større grad enn det som hittil har vært tilfelle.

Slik kan det synes som om legitimiteten for å benytte Principles får stadig sterkere støtte i juridisk litteratur. Sammenholdt med at EF-domstolen har begynt å benytte Principles som rettskildefaktor taler dette for at Principles vil bli stadig viktigere som fremtidig rettskilde også på området for norsk kontraktsrett.

6 Kilder

Litteratur:

- Beatson, Jack: *Anson's Law of Contract*. 28th edition Oxford, 2002
- Bonell, Michael Joachim: *An International Restatement of Contract Law*. 1st edition New York, 1994
- Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo 2001
- Hagstrøm, Viggo: *Den norske obligasjonsretts historie*. I: JV 2003 s. 161
- Hagstrøm, Viggo: *Obligasjonsrett*. 2. utgave. Oslo 2003. Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke.
- Heggberget, Lars Marius og Nyland, Espen: *Formuleringen av internasjonale kontraktsprinsipper og betydningen for norsk rett*. I: TfR 2000 s. 251-323
- Hov, Jo: *Avtaleslutning og ugyldighet*. 1. utg. Oslo, 1998
- Hov, Jo: *Avtalebrudd og partsskifte*. 2. utg. Oslo, 2002
- Hultmark, Christina: *Internationaliseringen av svensk avtalsrätt, Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. I: Juridisk Tidsskrift 1995-96 s. 655-669
- Lødrup, Peter: *Lærebok i erstatningsrett*. 4. utg. Oslo, 1999
- Simonsen, Lasse: *Prekontraktuel ansvar*. 1. utg. Oslo, 1997
- Statistisk Sentralbyrå: *Statistisk årbok, 2000*. Tilgang: <http://www.ssb.no/histstat/aarbok/ht-0901-356.html> [sitert: 10.4.2006]

UNIDROIT: *About UNIDROIT*. Tilgang:
<http://www.unidroit.org/english/presentation/main.htm>
[siteret: 10.4.2006]

WTO: *International Trade Statistics, 2005*. Tilgang:
http://www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2005_e/its05_by_subject_e.htm [siteret: 10.4.2006]

Forarbeider:

Ot.prp.nr.75 (1983-1984): Om lov om endringer i ansvarslovgivningen (ansvar for dyr, regress, lemping m m og endringer i bilansvarlova)

Internasjonale rettskilder:

CISG - FN`s konvensjon av 1980 for internasjonale løsekjøp
(*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980*)
INCOTERMS 2000 (*The International Commercial Terms, 2000*)
ISO standarder - ISO står for International Organization for Standardization.
PECL – Principles of European Contract Law, 2003
Principles - UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1994)
Restatements of the Law of Contracts - the American Law Institute
UNIDROITs konvensjon av 1988 om finansiell leasing
UNIDROITs konvensjon av 1988 om internasjonal factoring
UNIDROITs konvensjon av 1995 om stjalne eller illegalt eksporterte kulturminner

Rettspraksis:

EF-domstolen sak C-334/00 Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA

mot Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (anmodning om
prejudisiell avgjørelse inngitt av Corte suprema di cassazione
(Italia))

U 1981 s 300 H Ugeskrift for Rætsvæsen (dom fra dansk høyesterett).

Rt. 1925 s. 551 (Brønnboringsdommen)

Rt. 1926 s. 728

Rt. 1972 s. 449

Rt. 1980 s. 1498 (Heimdalmotor-dommen)

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1990 s. 284

Rt. 1992 s. 1110 (Stiansen-dommen)

Rt. 1995 s. 543 (Selsbakkhøgda borettslag)

Rt. 1997 s. 825

Rt. 1998 s. 761 ("Kina-Hansen")

Rt. 1998 s. 774

Rt. 1998 s. 1683

Rt. 2003 s. 1132 (Norrønafly)

Rt. 2004 s. 1887 (Moloddommen)