

KONTRAKTSPRAKSIS SOM RETTSKILDEFAKTOR

Et utsnitt av kontraktsrettens kildelære

Kandidatnummer: 544

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 18.259



Forord

Den här processen har varit spännande och lärorik, och särskild utmanade för att jag inte skrivit på mitt eget modersmål.

Jag vill tacka min handledare för hans förtroende till mig, hans akademiska duktighet och för inspirerande vägledning.

Jag vill också tacka min man och mina barn för att de inspirerar mig varje dag och har varit min störta hejarklack under arbetet med denna magisteruppsats.

Innholdsfortegnelse

1	HOVEDPROBLEMSTILLINGER	1
2	INNLEDNING	1
2.1	Kontraktsmessige rettskilder	2
2.2	Begrepsavklaringer i rettskildelæren	3
2.2.1	Rettskildeprinsipp	3
2.2.2	Generelt om prinsippene relevans, vekt og slutning	4
2.2.3	Rettskildefaktor	5
2.2.4	Rettsanvendelsesprosessen.....	6
2.3	Kontraktspraksis som støttemoment i tolkningen	7
2.4	Kontraktspraksis som kilde til utfylling av kontrakt	9
2.5	Kontraktspraksis som målestokk til rimelighet	12
2.5.1	Oppsummering	14
2.5.2	Hvem er rettsanvenderen?.....	14
2.6	Hensyn	16
2.6.1	Hvilke hensyn taler for at kontraktspraksis?	16
2.6.2	Hvilke hensyn taler imot kontraktspraksis?	17
2.6.3	Oppsummering	18
2.6.4	Metode.....	19
2.6.5	Videre framstilling	19
3	RELEVANS	20
3.1	Presentasjon av kontraktspraksis	20
3.1.1	Hva menes med kontraktspraksis?	20
3.1.2	Kontraktspraksis i forhold til kjøpslovens regelverk	21
3.1.3	Oppsummering	23
3.2	Hvor kan rettsanvenderen finne kontraktspraksis?.....	24
3.2.1	Begrensingene for kontraktspraksis	26

3.2.2	Oppsummering	27
3.2.3	Relevansproblem	28
3.3	Krav til bevis for selve praksisen	29
3.4	Høyesterett om relevant kontraktspraksis.....	32
4	VEKT	36
4.1	Generelt om vekt	36
4.2	Hvorfor legge vekt på kontraktspraksis.....	36
4.3	Konsekvens av å legge vekt på kontraktspraksis.....	37
4.4	Konsekvensen av ikke å legge vekt på kontraktspraksis	39
4.4.1	Oppsummering	40
4.5	Vektningssomgangen av kontraktspraksis i Høyesterett.....	40
4.6	Hvorfor legger Høyesterett vekt på kontraktspraksis?	49
4.6.1	Oppsummering	50
4.7	Hvilken vekt har kontraktspraksis?	50
4.8	Andre rettskildefaktorer som påvirker vekten	52
4.8.1	Lovtekst.....	52
4.8.2	Rettspraksis	52
4.8.3	Juridisk teori.....	53
4.8.4	Reelle hensyn	54
4.8.5	Sedvane	55
4.8.6	Internasjonale rettskilder	56
4.9	Oppsummering	56
5	KORT OM SLUTNINGSPROESSEN	57
5.1	Generelt utgangspunkt for slutningsprosessen	58
5.2	Slutningsprosessen for kontraktspraksis.....	58
5.2.1	Slutningsproblem for kontraktspraksis	59
5.2.2	Oppsummering.....	61
6	TEORETISK KONKLUSJON.....	62

6.1	Krav til rettskildefaktor	62
6.2	Kontraktens rettskildestatus i teorien	62
6.3	Oppsummering	65
7	SLUTELIG BEMERKNING OG OPPSUMMERING.....	66
7.1	Sluttelig konklusjon for kontraktspraksis som rettskildefaktor	68
8	LISTER OVER LITTERATUR.....	70

1 Hovedproblemstillinger

Formålet med oppgaven er å gi leseren et bilde av kontraktspraksis, og se på hvordan og hvorfor kontraktspraksis har status som rettskildefaktor. Jeg reiser to hovedproblemstillinger; Er kontraktspraksis en relevant rettskildefaktor når det skal tas stilling til hva som er gjeldende rett innenfor privatrettens område, og hvilken vekt skal kontraktspraksis tillegges i forhold til andre rettskildefaktorer?

2 Innledning

I norsk rett skiller rettskildebildet seg fra et rettsområde til et annet. Forskjellene mellom offentligrett og privatrettens områder kan være store. I den offentlige retten hører blant annet forvaltningsrett, statsrett og strafferett, og her er det legalitetsprinsippet som gjør seg gjeldende. Det innebærer at alle plikter eller inngrep i personlig integritet som pålegges ovenfor borgerne fra myndighetene krever hjemmel i lov. Den norske Grunnloven § 96 regulerer at ”Ingen kan dømmes uden efter Lov”.

På privatrettens område kan rettskildesituasjonen være en annen. Til privatretten hører blant annet obligasjonsrett, avtalerett, erstatningsrett og familierett. Store deler av familieretten er lovregulert, mens erstatningsretten bygger på rettspraksis. Kontraktsrettslige bestemmelser regulerer avtaler og inngåelser av avtaler, som i sin tur går inn under obligasjonsretten som regulerer innholdet i kontrakten og rettsvirkninger av den. En av de store hovedproblemstillingene i kontraktsretten er om partene er bundet av innholdet i kontrakten og hva virkningene av denne er.

Kontraktspraksis er en del av kontraktsretten. Kontraktsrettslige bestemmelser reguleres gjennom avtaler, kontraktsrettslige prinsipper og deklatorisk lov, men også pre-septoriske regelverk. Dette viser at rettskildesituasjonen skiller seg fra andre rettsområder.

2.1 Kontraktsmessige rettskilder

At kontrakts- og avtaleretten står i en særstilling i forhold til andre rettsområder skyldes at på disse områdene råder stor grad av avtalefrihet, og store deler av regelverket er regulert gjennom formell deklatorisk lovgivning. Med dette forstås at loven kan fravikes ved avtale.¹ Den viktigste loven innen avtale- og kontraktsretten er avtaleloven. Andre regelverk på området er blant annet, kjøpsloven, kjøpslovvalgsloven og forbrukerkjøpsloven.

I forbrukerkjøpsloven finnes det begrensninger for avtalefriheten. Videre kan handelsbruk og sedvane supplere der loven er dispositiv. Det vil si, om avtalepartene ikke har avtalt noe annet så gjelder den dispositive loven for respektive rettsområde.

På den alminnelige kontraktsrettens område finnes det tre grunnprinsipper. Den første er avtalefrihet. Utgangspunkt i norsk rett er at enhver står fritt til å inngå avtale med hvem man vil, i den form man ønsker, og om hva man vil, så lenge det ikke strider mot lov og ærbarhet. Dette kommer til uttrykk i Norsk Lov (NL) av 1687 NL 5-1-2, og er en del av prinsippet om partsautonomi.

Det andre prinsippet innebærer at avtalen skal holdes (Pacta sunt servanda). En avtale er kontraktsrettslig bindende med forankring i NL 5-1-2. Og det tredje prinsippet er lojalitetsprinsippet. Dette er et generelt prinsipp om at det råder et lojalitetskrav under hele kontraktsforholdet.

Allmenne kontraktsrettsprinsipper er ikke bindende rettsregler.

”Det er snarere tale om sammenfattende formuleringer av enkelt regler på en rekke områder, basert på sammenlignende drøftelse. Ved sammenligning av regler som gjelder for de ulike kontraktstypene, kan det påvises fellestrekk ikke

¹ Lov nr. 4/1918, Avtalelov §1

bare når det gjelder systematikk og begrepsbruk, men også med tanke på innholdet.”²

På kontraktsrettens område regulerer avtalepartene sine transaksjoner gjennom kontrakter. Partene opptrer i en kontraktsrettslig sammenheng, og skaper derigjennom et rettsforhold som binder dem gjennom plikter og rettigheter. Gjennom disse pliktene og rettighetene utøves rettsvirkninger.

Rettspraksis sine rettskildemessige betydninger for kontrakten er at retten avgjør hva som er de lege lata på området. Med dette forstås at retten legger til grunn retningslinjer for, hvordan man skal tolke uklare kontrakter og hvordan de skal forstås. Til sist, det som er relevant for denne oppgaven, det er retten som gjennom avtalen bestemmer hvilke argumenter som kan tas i betraktning ved løsning av et juridisk spørsmål.

Dette viser at rettskildesituasjonen skiller på hva som kan anses for å være rettslig relevant, hva som anses å ha status som rettskildefaktor, og hva som skiller seg fra rettsområde og rettsgrunnlag. Det er viktig at dette sees i sammenhengen fordi prinsippene sier noe om hva som kan være relevant, hvordan rettskildene skal tolkes og hvordan avveiningen mellom dem skal skje. Det er Høyesterett som avgjør dette, og den metode Høyesterett anvender er rettsanvendelsesprosessen. For å kunne belyse relevansen og rekkevidden av kontraktspraksis som rettskildefaktor vil jeg kort forklare noen begreper som er viktige i rettsanvendelsen.

2.2 Begrepsavklaringer i rettskildelæren

2.2.1 Rettskildeprinsipp

Som jeg har konstatert overfor styres rettsanvendelsesprosessen av rettskildeprinsipper. Disse prinsippene forstås her som retningslinjer og styrer de rettslige resonner-

² Knoph ved Hagstrøm (2004) s. 275.

menter om hva som er relevant, hvordan rettskildefaktorene skal tolkes og hvordan de skal veies mot hverandre.

"Rettskildeprinsippene.... kommer inn på alle stadier, både ved bedømmelsen av hvilke relevante rettskildefaktorer som foreligger, ved overveielser av hva rettsregelen går ut på, og ved anvendelsen av den på de foreliggende fakta."³

For virkelig å forstå hva som menes med prinsipp henviser jeg til Helge J. Thue sin klargjøring av begrepet.⁴ Prinsipp skal ikke anvendes og tolkes som skrevne regler. Prinsippene er utgangspunktet for resonnering og argumentasjon innenfor de rettsområder som er prinsippets begrunnelse.

Dette klargjør at rettskildeprinsippene er ukodifiserte, det vil si at de er forankret i rettspraksis og rettstradisjon innen de rammer av det som er prinsippets begrunnelse:

"Hos oss er størsteparten av rettskildeprinsippene uskrevne. Noen av de viktigste blir sjelden uttalt, f.eks. det prinsipp om at må ta hensyn til det som står i loven når man løser rettsspørsmål. Grunnen er vel at vi synes dette er for selvsagt til å nevnes."⁵

2.2.2 Generelt om prinsippene relevans, vekt og slutning

Gjennom relevansomgangen svarer rettsanvenderen på spørsmålet om hvilke argumenter det er tillatt å legge vekt på ved løsning av juridiske spørsmål. Som nevnt over er det Høyesterett som definerer hva som er rettslig relevant. Det betyr at det er der Høyesterett ser hen til en rettskilde; lovtekst, dom, reelle hensyn. Høyesterett sier hva som ikke er relevant. Grensen mellom det som er rettslig relevant og det som ikke er

³ Eckhoff ved Helgesen (2001) s. 32

⁴ Thue, (2002) Innledning side XLIV

⁵ Eckhoff ved Helgesen (2001) s. 20

det, er således ofte uklar. Gjennom relevansspørsmålet kommer rettsanvenderen frem til en liste med argumenter som er tillatt eller påkrevde å ta i betraktning. Med dette forstås de argumenter som er tillatt,⁶ å ta i betraktning på anførselen. Rettskildeprinsippene avgjør hva som inngår i denne.

Slutningsprosessen er den fasen som fører rettsanvenderen fra en rettskildefaktor til et argument. I slutningsprosessen tolkes den enkelte faktoren. Rettsanvenderen går inn og ser på den enkelte argumentskilden, og utleder, trekker eller slutter et argument fra denne. Rettskildeprinsippene avgjør hvilke slutninger vi kan treffe fra den enkelte argumentbærer.

Det er først når rettsanvenderen har tolket argumentbæreren (loven, eller dommen), at vi kan trekke ut et argument. Det er Høyesterett som bestemmer hvilke slutninger som kan treffes i form av tolkningsprinsipper. Vekting skjer gjennom at de ulike argumentene holdes opp mot hverandre. Høyesterett har angitt visse retningslinjer for hvordan vektingen skal foregå.

2.2.3 Rettskildefaktor

En rettskildefaktor er en argumentbærer⁷ som er et hjelpemiddel for å løse juridiske problem. En sådan faktor kan også kalles argumentskilde.⁸ Det er typer av argument som tillegges relevans i rettsanvendelsen. Gjennom disse utledes argument som kan anvendes på begrunnelsen for det juridiske problemet. I slutningsprosessen avgjøres hvilke argumenter som kan trekkes ut av den enkelte faktor. En relevant rettskildefaktor er derfor viktig gjennom hele rettsanvendelsesprosessen. I denne oppgaven er det spørsmål om kontraktspraksis er en rettskildefaktor.

⁶ Eckhoff ved Helgesen (2001) s. 25

⁷ Envy (1980) Tre rettskildeteoretiske arbeider s. 33

⁸ Eckhoff ved Helgesen, (2001) s. 19

De rettskildene, rettskildefaktorene og de rettslige argumentene som skal anføres på begrunnelsen finner rettsanvenderen gjennom rettsanvendelsesprosessen. Det er Høyesterett som definerer hva som er rettslig relevant materiale, jfr. Grl. § 88 Høyesterett dømmer i siste instans. Vi må derfor anvende den samme metoden som Høyesterett gjør i sine avgjørelser.

2.2.4 Rettsanvendelsesprosessen

Rettsanvendelsesprosessen er den framgangsmåte som rettsanvenderen anvender for å kunne ta stilling til gjeldene rett. Det vil si å komme frem til innholdet i en generell rettsregel. Rettsanvendelsesprosessen er en prosess for løsning av et rettsspørsmål. Med dette menes å finne de relevante argumentene, og fastslå gyldige rettskildefaktorer som kan anføres i begrunnelsen.

Videre trekkes slutninger fra de ulike rettskildefaktorene. Dette gjøres gjennom å klarlegge meningsinnholdet til den enkelte faktoren. Disse vil ofte trekke i ulike retninger, slik at det blir nødvendig å vekte eller avveie slutningene opp mot hverandre.

Det siste leddet i rettsanvendelsesprosessen er å anvende sluttproduktet, det vil si rettsregelen på det konkrete saksforhold. Prosessen er ulovfestet og utviklet av Høyesterett gjennom rettspraksis.

Rettsanvendelsen brukes gjennom å fastlegge innholdet av en generell rettsregel som kan brukes på en rekke hendelser. Den sier noe om hva som menes med for eksempel vesentlig mislighold. Videre brukes den gjennom løsning av en konkret juridisk problemstilling: Kan Peder Ås heve kontrakten i denne konkrete saken?

For å kunne ta stilling til et konkret spørsmål og se sammenhengen mellom disse, anvender man sluttproduktet, det vil si den generelle rettsregelen på aktuelle faktum. Subsumsjonen går ut på å bringe faktum inn under rettsregelen.

2.3 Kontraktspraksis som støttemoment i tolkningen

Med avtaletolkning siktes til den prosess som går ut på å fastlegge innholdet i en kontrakt eller avtale.⁹ Hensynet bak dette er behovet for at tolking oppstår om innholdet i avtalen er uklart slik at partene har lagt ulik mening i betydningen av kontraktsvilkårene. Det som utledes i denne prosessen er blant annet å finne ut om forståelsen av det partene har ment med kontrakten de har inngått, for derigjennom å fastlegge de rettsvirkninger som kontrakten mellom partene har etablert.

Regler for tolkning av avtaler og kontrakter finnes ikke i avtalelovens regler, men på utsprede steder i lovgivningen.¹⁰ Regler for kontrakt- og avtaletolkning er til stor del utviklet og forankret i rettspraksis og den juridiske teorien. Det betyr at det er domstolen som avgjør rettsvirkningene av en kontrakt, og på hvilken måte den skal tolkes.

Spørsmålet blir da, hva er det som kreves ved tolkingen for at en rettsanvender kan anvende kontraktspraksis som rettslig argumentasjon ved løsning av et juridisk problem?

Gjennom vurderinger utviklet i teori og rettspraksis, kan kontraktspraksis på flere måter få betydning når innholdet av kontraktsforpliktelse skal fastslås. Jeg skal gjøre rede for disse i det følgende.

Kan kontraktspraksis legges til grunn som støttemoment i tolkningen av kontrakten? Et utgangspunkt ved kontraktstolkning er at rettsanvenderen legger kontraktens innhold til grunn. Det betyr at kontraktspraksis ved tolkningen kan av en avtaleklausul anføres som støttemoment for valg av en løsning ved et juridisk problem.¹¹ Den kan

⁹ Haaskjold (2002) *Kontraktsforpliktelser* s. 94

¹⁰ Unntak fra dette finnes i avtl § 37 første ledd nr 3, Kjøpsloven § 89, jfr Haaskjold (2002) s. 96

¹¹ Haaskjold (2002) *Kontraktsforpliktelser* s. 28.

også fungere som bakgrunnsrett der rettsanvenderen skal tolke de deklarasjoniske kontraktsreglene.

I Rt-2003-134 finnes en illustrasjon på hvor domstolen anvender avtaletolkning på kontrakten, der det er spørsmål om kontraktspraksis, jfr avsnitt 33.¹² I saken vises det til at kontraktspraksis er en relevant rettskilde, og kontraktspraksis trekkes direkte eller indirekte inn i selve beslutningsgrunnlaget og brukes som en del av avtaletolkningen i dommen. Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper kunne også løst den juridiske problemstillingen.

Kan kontraktspraksis legges til grunn som støttemoment i tolkningen av kontrakten? Her spørres det altså om kontraktspraksis gjennom avtaletolkning kan løse et juridisk problem gjennom at den er en bidragende faktor til klargjøring av hva som egentlig er avtalt.

En god illustrasjon finnes fra Frostating lagmannsrett i LF-1995-410 om hva retten mente om partens kontraktspraksis:

”Det synes å ha sviktet mht profesjonalitet fra begge sider hva angår opplegg for og gjennomføring av denne byggesaken.”

Og om å bruke kontraktspraksis i tolkningen av kontrakten formulerte lagmannsretten det slik:

”Med et slikt utgangspunkt finner lagmannsretten det kunstig å løse den økonomiske tvist fullt og helt etter de ideelle prinsipper som er nedfelt i Norsk Standards bestemmelser for entreprenørkontrakter, – bestemmelser som under

¹² Se punkt 3

arbeidets gang har vært ignorert fra begge sider og som synes å ha stått begge parter like fjernt.”

Dommen fra Lagmannsretten viser at dersom kontraktspraksisen ikke svarer til det som skal legges til grunn, så legges den ikke til grunn.¹³ Saken viser at det stilles kvalitet på praksisen, og for at den skal legges til grunn i en konkret vurdering må den kontinuerlig praktiseres som den er ment.

På samme måte så sier den juridiske teorien seg enig i at en utbredt form for kontraktspraksis kan tjene som instrument til å tolke en avtale.¹⁴ Både rettspraksis og teori viser til at kontraktspraksis kan brukes som støttemoment ved tolkning av avtaler. Dette bør ikke være så unaturlig ettersom kontraktspraksis viser hva som er vanlig bruk og en avtale skal tolkes i samsvar med naturlig og vanlig språkbruk.¹⁵

Konklusjonen her blir at kontraktspraksis kan anvendes som støttemoment ved tolkning av avtaler

2.4 Kontraktspraksis som kilde til utfylling av kontrakt

Kan kontraktspraksis komme inn som en kilde til utfylling av en ufullstendig kontrakt?

Utfylling av en kontrakt anvendes i de tilfellene hvor kontrakten må kompletteres. En kontrakt kan da utfylles dersom den ikke gir noe svar, dvs at den fremstår som ufull-

¹³ Se Alf Johan Knag, (2010) s.104

¹⁴ Se Boe (2010) s. 331 og Nygaard (1999) s. 261

¹⁵ Se Andenæs (1989) *Kontraktsvilkår* s. 349

stendig,¹⁶ eller for å supplere kontraktens ordlyd.¹⁷ En annen god illustrasjon av Høyesteretts gang av å bruke bakgrunnsretten er inntatt i Rt-2006-1247 avsnitt 49:

“Dersom det ikke var blitt gitt lovregler om hvordan avgiftsregulering skal gjennomføres, måtte skjønnsretten i tilfelle den var blitt bedt om å foreta en avgiftsfastsettelse i henhold til festekontraktens punkt 4, ha tatt stilling til hva som skulle danne grunnlag for avgiftsfastsettelsen. Etter min oppfatning kunne imidlertid skjønnsretten i et slikt tilfelle ikke av uttrykksmåten «ved skjønn» ha utledet noen bestemt reguleringsmekanisme. Spørsmålet om hvordan avgiftsreguleringen skulle ha vært gjennomført, måtte i tilfelle ha vært løst ved en utfylling av avtaleklausulen på grunnlag av alminnelig avtaletolkingslære. En slik utfylling måtte blant annet ha skjedd ut fra deklatorisk rett, vanlig kontraktspraksis, partenes forutsetninger og opptreden i avtaleforholdet og hva som ut fra alminnelig samfunnsoppfatning fremstår som en rimelig løsning.”

I saken kom Høyesterett dog til at kontraktspraksis ikke trengtes som utfylling til avtalen ettersom det finnes regelverk på området. Kontraktspraksis kan altså anføres som en kilde til utfylling av en ufullstendig kontrakt. Dette kan være et argument for en praksis som ikke inneholder noen lovregulering på et konkret område.¹⁸ Andenæs mener også at kontraktspraksis kan utgjøre bakgrunnsrett ved utfylling av kontrakter.¹⁹ Dette er bekreftet i rettspraksis.

I Rt-1967-1248 oppstod det spørsmål omkring varslingskravet ved vanskelige grunnforhold og usikkerhetsmomenter ved oppføring av hus på dårlig grunn. Retten mente at dette var en uaktsom handling. Dissens 4-1.

¹⁶Se Haaskjold (2002) Kontraktsforpliktelser s.153

¹⁷Se Haaskjold (2002) Kontraktsforpliktelser s. 154

¹⁸Se Haaskjold (2002) Kontraktsforpliktelser s. 28

¹⁹ Se Andenæs (1989) Kontraktsvilkår s. 340.

Dommen illustrerer et eksempel på når rettspraksis ikke direkte legger kontraktspraksis til grunn ved utfylling av kontrakt. Retten ser på hvordan en regelmessig løsning blir lagt til grunn i andre kontraktsforhold og anvender praksisen som ett støttemoment. På side 1253 i dommen slutter Høyesterett seg til Lagmannsrettens begrunnelse for at en løsning støttes av Norsk Standard (NS).

I Rt-2006-1547 gjaldt kravet om oppregulering av festeavgiften ved feste av tomt til fritidshus. Spørsmålet dreide seg om festeavgifter skulle reguleres i samsvar med tomtefestelovens regelverk eller om festeavgifter skulle fastsettes til en rimelig avkastning av tomteverdien.²⁰ Høyesterett sa blant annet i avsnitt 60 at oppfatningen var at gjennom praksisen hadde man kunnet foretatt en utfylling av kontraktsbestemmelsene om det hadde dreid seg om et uregulert rettsområde.

Det spørsmålet som her blir interessant er hvorfor skal kontraktspraksis tåle å være egnet til utfylling når partene faktisk har avtalefrihet? En kontrakt trenger ikke å være ufullstendig bare for at alt ikke uttrykkelige står inkorporert som klausuler. Det kan være sånn at avtaleforholdets praksis hører naturlig sammen med den skriftlige avtalen og ikke trenger å inkorporeres uttrykkelig i kontrakten. I saken som illustrert ovenfor mener Høyesterett at gjennom praksisen hadde man kunnet foretatt en utfylling av kontrakten. Om det finnes en praksis som er god, enhetlig, har kvalitet og en beskrivelse av partenes vilje etter avtalefriheten, så skulle man kunne tro at det ikke trengtes en utfylling. Da kan poenget med avtalefriheten gå tapt.

På den andre siden er det vanskeligere å bevise en praksis som ikke er dokumentert gjennom klausuler i avtalen, men jeg tror at om man lar dommerens skjønn fylle ut de fraværende klausulene, så kan utfallet bli noe helt annet enn resultatet praksisen gir.

²⁰ Se nærmere dommen under punkt 3.

Under spørsmålet om kontraktspraksis kan anvendes som utfylling ved ufullstendige avtaler, må de klassiske dommerne i Rt-1973-967, Campingvogndommen og Rt-1966-857, Smågrisdommen nevnes. De gjelder rettsvern i forhold til tredjemann. Her ble bransjenes innarbeidede praksis lagt til grunn, selv om de ikke var en del av avtalesforholdet mellom partene i avtalen.

Det som kan sies er klassisk med disse to avgjørelsene i Høyesterett er at spørsmålet om kontraktspraksis som selvstendig grunnlag ble avklart. Det betyr at kontraktspraksis kan være en selvstendig og relevant rettskildefaktor. På den andre siden betyr det ikke at den har den samme myndighet som den norske lovteksten har.

Videre i en forlengelse om *naturalia negotii* og forholdet til tredjemann, det vil si det som indirekte kan berøre, eksempelvis en kreditor, kan konsekvensen bli stor. Tredjeman kan ikke beskytte sine interessen mot det som ikke er uttrykkelig vedtatt i avtalen og om denne ikke er kjent med praksis. Dette skaper ikke forutberegnelighet, ei heller lojalitet. Det betyr at uskyldige parter kan få sine interesser krenket. På den andre siden så har hver part et ansvar og en risiko for sine egne forpliktelser. Det betyr at parten selv må se opp med hvem man gjør affærer med.

Ovenstående illustrasjoner fra rettspraksis viser at kontraktspraksis kan være en kilde til utfylling av kontrakter.

2.5 Kontraktspraksis som målestokk til rimelighet

Den juridiske doktrinen viser til at kontraktspraksis kan komme inn ved en vurdering om hva som anses som rimelig eller hensiktsmessig.²¹ Viggo Hagstrøm²² mener at domstolene anvender kontraktspraksis som målestokk ved rimelighetsvurderingen

²¹ Haaskjold (2002) Kontraktsforpliktelser s. 28-29

²² Se Hagstrøm, *Urimelige avtalevilkår* (1994), s. 143

etter avtal § 36, slik at kontraktspraksis har en fremtredende plass i rettsanvendelsen og dette er fremhevet i plenumsdommen, jfr Rt-1988-276 på sidene 286 og 287 i dommen.

”En oppregulering i vår sak og tilsvarende saker om festeavgifter, vil bestå i at man bringer avtalen på linje med en avtalepraksis som har lovgiverens godkjenning.”

Rt-1988-276, den første av de to plenumsdommene (dissens 11-6) der avtalepraksis anses som selvstendig grunnlag, og retten avvek fra det nominalistiske prinsippet. Hvordan kontraktspraksis dannet mønster for dette synet utrykte flertallet slik på sidene 283-284:

”Partene i en rekke avtaleforhold er langt mer oppmerksomme på inflasjonsproblemet enn tidligere, og avtalebestemmelser knyttet til dette problem er etter hvert blitt vanlige. Denne utvikling må ha hatt betydning for rettsutviklingen og rettstilstanden generelt, blant annet fordi avtalepraksis kan ha betydning for tolkingen og for utfyllingen av avtaler som kan synes ufullstendige. Meget kan tale for at prinsippet i Madladommen hadde vært modent for revurdering uavhengig av den nye bestemmelse i avtaleloven § 36.”

Den rimelighet som kan vurderes ut ifra kontraktspraksis kan bero på kvaliteten av praksisen og avtaletypen.²³

Som et eksempel fra rettspraksis Rt-1997-1109 der utleieren påberopte kontraktspraksis som for grunnlag for forståelsen av en klausul om påkostninger under leietiden. Høyesterett kom til at kontraktspraksis i form av kontraktseksemplarene var flertydige og gav ikke et nyansert bilde.²⁴ Det betyr at det fantes praksis på området, men den

²³ Haaskjold (2002) *Kontraktsforpliktelser* s. 29

²⁴ Haaskjold (2002) *Kontraktsforpliktelser* s. 29

bidrog ikke til noen enhetlig oppfatning. Den påberopte kontraktspraksis ble ikke ansett som rimelig her.

Avslutningsvis kan det konstateres at kontraktspraksis kommer inn ved rimelighetsvurderingen i en sak.

2.5.1 Oppsummering

Den problematikken som oppstår ved disse typer av vurderinger er hvor mye som skal tillegges dommerens skjønn? Skjønnsmessige beslutninger skaper ikke forutberegnelighet, rettsenhet og hensyn for bakenforliggende lojalitet. Det som kontraktspraksis står for er nettopp lange, faste og innarbeidede prinsipper. For en avtale med underforstådd eller stilletiende kontraktspraksis kan; utfylling, supplering og rimeligheter føre til at praksisen bryts og fører til helt nye avtaler. Det er noe som ikke fører till rettsenhet, forutberegnelighet eller partsviljer. For problematiske tilfeller som disse bør lovgiver og/eller Høyesterett få i oppgave å fastsette faste kriterier om hva som skal stilles som rettingslinjer. Videre kan det bety at det også stilles krav på at rettsanvenderene har innsikt i bransjen eller er godt informert om praksisen.

2.5.2 Hvem er rettsanvenderen?

En rettsanvender er den som skal ta standpunkt til et juridisk problem og må alltid ta utgangspunkt i Høyesteretts rettskildebruk. Det er Høyesterett som definerer rettskilde læren, så dette er per definisjon den riktige måten. Om ikke annet er oppgitt, skal vi altså se på Høyesteretts rettskildebruk.²⁵ Ettersom høyesterett dømmer i siste instans.

²⁵ Eckhoff ved Helgesen (2001) s.12

For kontraktspraksis er Høyesterett den viktigste rettsanvenderen. Aksepterer Høyesterett den som faktor, og anvender den i vurderingene, så følger andre rettsanvendergrupper etter og gjør det samme.

Andre rettsanvendergrupper kan være advokater, Stortinget, domstolens underinstanser - som for eksempel ankeutvalget - studenter og juridiske teoretiker. Videre er domstolene og offentlig forvaltning rettsanvender.

Juridisk teori er kun en informasjonsbærer knyttet opp til de enkelte faktorer. Dette må holdes adskilt fra de enkelte forfatternes meninger. Formulering av rettslig argument indentifiseres av forfatteren.

Advokater som er praktiserende i retten, er også viktige rettsanvendere for kontraktspraksis. For at Høyesterett skal kunne anerkjenne kontraktspraksis som en naturlig rettskildedefaktor må den yrkespraktiserende jurist påberope den i retten. Derigjennom kan Høyesterett vurdere å referere til den i rettsanvendesessprosessen og i domspremissene. For at dette skal bli en realitet må juristene ha god bransjeinnsikt.

Rettsanvenderen i denne oppgaven er Høyesterett. Rettsanvenderen er pålagt i henhold til lov, at i en tvist blant annet gjennom reglene for rettens veiledningsplikt²⁶ og rettens ansvar for rettsanvendelsen,²⁷ å virke for å komme til mest mulig riktig avgjørelse og får saken klargjort for partene. Det forstås som at det stilles visse krav til rettsanvenderen og rettanvendelsen. Betyr dette kravet at det er forskjeller beroende på hvem rettsanvender er, og behandler de ulike instansene kontraktspraksis på forskjellige vis?

²⁶ Se tvisteloven av 17/6 2005 nr 90 § 11-5

²⁷ Se tvisteloven § 11-3

Ettersom kontraktspraksisen bærer et preg av særegenart og problemstillingene som ikke er av prinsipiell art aldri kommer til Høyesterett, har det viset seg at underrettspraksis løser problemet for enkelte sakstyper. Det må betyde at underinstansen i domstolen ofte finner en løsning, for eksempel gjennom standardløsninger. Det må i sin tur bety at de de typesaker som skal opp til vurdering i Høyesterett, som en underdomstol har tatt stilling til kan få betydning for vurdering i den høyeste instansen.

2.6 Hensyn

Et juridisk problem må ses og løses i en større sammenheng. Dette kan gjøres gjennom å vurdere de hensyn som gjør seg gjeldende på området og da kunne styrke kontraktspraksisens relevans som rettskildefaktor og dermed bli tatt i betraktning av rettsanvenderen. Det blir en avveining for og imot de ulike hensyn som gjør seg gjeldende.

2.6.1 Hvilke hensyn taler for at kontraktspraksis?

Partene har av fri vilje valgt et mønster i kontrakten som må ha en presumsjon å være hensiktsmessig i deres forretningsforhold. Det betyr at dersom en part ikke har medtatt en klausul i en individuell avtale, så kan kontraktspraksis komme inn og ha en funksjon som bakgrunnsrett. Til tross for at det på mange områder kan ses til en økt trend med standardiserte avtaler, så utformes alt flere avtaler med hensyn til detaljene i den enkelte avtaleforholdet. Dette bidrar til økt kvalitet i kontraktspraksisen, og som Andenæs sier i "Kontraktsvilkår" på siden 345 så gir kontraktspraksis forutsigbarhet og garanti for objektivitet. Dette minsker i sin tur konflikter, kostnader og gir mindre arbeidsbyrde for domstolen.

Det som også kan tale for at kontraktspraksis anvendes som tolkingsfaktor er hvor kontraktens ordlyd er uklar. Da kan praksisen komme inn som et tolkningsmoment og fortelle hva som er normalt på et rettsområde. Et illustrerende eksempel på dette finnes i Rt 2003 134 avsnitt 36, Høyesterett mener her at om en kontraktspart skal utføre

arbeidet gratis, så skulle det ha fremgått uttrykkelig av avtalen. Høyesterett formulerer seg om hva som er normal praksis på inkassoovervåkningsavtaleområdet slikt i avsnitt 37:

”Det standpunkt som banken her gjør gjeldende, har etter mitt syn heller ikke støtte i kontraktspraksis. Mitt hovedinntrykk av dokumentasjonen og forklaringene om denne praksis, er at inkassoselskapene i slike tilfeller har fått dekket sine utgifter og et mindre salær for arbeidet med de tilbakeleverte sakene”.

Høyesterett forsetter videre i avsnitt 38:

”Det er etter mitt syn mer nærliggende å fastsette et vederlag for selve det arbeid som Case har hatt med de overvåknings sakene som er blitt tatt tilbake. I så fall må selskapet i tillegg få dekket de utleggene det har hatt med disse sakene. Dette er... også i samsvar med de bestemmelser som i dag ofte tas inn i overvåkingskontraktene for å regulere tilfeller hvor oppdraget trekkes tilbake. Det er som nevnt også en viss praksis i denne retning når spørsmålet ikke har vært regulert i avtalen.”

Et annet argument for kontraktspraksis er at den kan gi den forutberegnelighet i kontraktsforhold som en rimelighetsvurdering etter avtal § 36, ikke gir.²⁸ Det kan også tenkes at med dagens rettsutvikling forutsettes det at rettsanvender må ta hensyn til annet materiale enn de tradisjonelle rettskildene.

2.6.2 Hvilke hensyn taler imot kontraktspraksis?

I en sak der en av partene påberoper seg kontraktspraksis er det viktig å dokumentere (bevise) praksisen for retten, så de får kjennskap til den og gjennom dette få erkjen-

²⁸ Se Hagstrøm, *Urimelige avtalevilkår* (1994), s. 143

nelse som rettskildefaktor.²⁹ En illustrasjon av dette finnes i Rt-2003-134 der parten som påberopte seg kontraktspraksis la frem nye dokumenter i Høyesterett bare for å gi retten bedre dokumentasjon om at den praktiseres.³⁰

Dette viser at det er viktig for den part som påberoper seg kontraktspraksis å bevise at praksisen praktiseres og se til at retten får kjennskap til hvordan det konkrete spørsmålet løses i kontraktspraksis. Om partene ikke har likeverdige posisjoner i forholdet kan det også tale imot kontraktspraksis for at det kan oppstå skjevheter som ikke er rimelige eller går å praktisere etter en god rettslig standard. Et annet mothsyn er også at kontraktspraksis ikke har en anerkjent plass i rettskildeteorien.³¹

2.6.3 Oppsummering

Etter gjennomgang av rettspraksis kan jeg konkludere med at ingen av disse avgjørelsene drøfter betydningen og relevansen av kontraktspraksis som rettskildefaktor på et mer generelt og overordnet grunnlag. Saker hvor selve tolkningen og relevansen av kontraktspraksis er sentralt, en typesak som ofte ikke vil anses som særlig egnet for en prinsipiell saksbehandling i Høyesterett.³² Det blir for mye bevisbedømmelse og subsumsjon, uten at de rettslige utgangspunktene er særlig tvilsomme. Anker over denne type avgjørelser blir derfor ofte nektet fremmet av ankeutvalget.

Dette er kanskje ikke så rart etter som jeg tidligere har presiserte at kontrakten bare binder dem som har stiftet den. Det er dog av stor viktighet at de praktiserende advokatene presenterer kontraktspraksis for retten, så de kan anerkjenne den som relevant rettskildefaktor og som en naturlig del i rettsanvendelsen.

²⁹ Se Andenæs (1989) *Kontraktsvilkår* 342

³⁰ Se RT-2003-134 in fine avsnitt 13. og se mere om dommen, punktene 3.3 og 2.6

³¹ Se Andenæs (1989) *Kontraktsvilkår* s 345, og se punkt 4

³² Se tvistelov § 30-4 som regulerer hva skal til for at en sak blir tillatt fremmet til saksbehandling.

Kontraktspresis bidrar til detaljene i den enkelte avtalesituasjonen og til at praksisen får kvalitet av høy grad. Derfor er det viktig at den ikke kvelles gjennom diskusjonen i den juridiske teorien ettersom den er en stor bidragende faktor i lege de ferende utviklingen i norsk rett.

Rettskildelæren er en grunnpilar i jussen. Gjennom den forklares de lege lata og de lege frenda. Den juridiske teorien er en aktiv deltager i rettskildelæren. Det er dog Høyesterett som i den slutlige konklusjonen jfr den Norske Grunn Loven, § 88, om at Høyesterett dømmer i siste instans. Det er Høyesterett som er den faktiske rettsanvender, som avklarer rettskildefaktorenes status og relevans.

2.6.4 Metode

Som jeg presiserte ovenfor, løser Høyesterett en juridisk problemstilling gjennom rettsanvendelsesprosessen. Derfor kommer jeg til å bruke samme metode. Dette gjøres for å øke forståelsen av problematikken omkring kontraktspresis i det praktiske rettslivet. Jeg kommer derfor til å benytte illustrasjoner fra Høyesterett, og et og annet eksempel, for vise hvordan problematikken behandles. I denne sammenhengen betyr det at det er relevant å ta hensyn til det hierarki som dominerer i norsk rett mellom ulike rettskilder.

2.6.5 Videre framstilling

Oppgavens videre oppbygging er i to hoveddeler - punkt 3 handler om relevans og punkt 4 om vekt. I relevansdelen kommer jeg til å presentere kontraktspresis som er naturlig i forhold til oppgaven, og presisere hvor kontraktspresis er tilgjengelig for rettbrukeren, beviskrav, ulike elementer og hensyn i vurderingen av kontraktspresisens relevans. Til sist i punkt 3 belyses relevansvurderingen i rettspraksis.

Punkt 4 omhandler kontraktspresisens vekt. Her kommer jeg til å presisere hvorfor vi legger vekt på kontraktspresis, hvorfor Høyesterett legger vekt på kontraktspresis-

sis, samt hva som er konsekvensene av dette. Videre i punkt 4.4 vektet kontraktspraksis i Høyesterett opp mot andre rettskildefaktorer. I punkt 5 kommer en kort oppstilling om slutningsprosessen.

Jeg har valgt å skrive det slikt for at det er vanskelig å vite om det er ren avtaletolkning retten tolker, eller om det er kontraktspraksisen i avtalen som tolkes. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i slutningsprosessen.

I punkt 6 kommer jeg med en teoretisk konklusjon.

Til slutt presenterer jeg en beskrivelse av sammenstillingen i oppgaven, og en sluttelig konklusjon for hvorvidt kontraktspraksis har relevans og vekt som rettskildefaktor.

3 Relevans

Min første hovedproblemstilling knytter seg til spørsmålet om hvorvidt og hvorfor kontraktspraksis er en relevant rettskildefaktor. Relevansen avgjør om rettsanvender kan anvende kontraktspraksis som rettslig argumentasjon. Dette er et relevant spørsmål ettersom det stilles grunnkrav til rettskildefaktorer for at den skal kunne bli tillatt å ta i betraktning.

3.1 Presentasjon av kontraktspraksis

3.1.1 Hva menes med kontraktspraksis?

Med kontraktspraksis siktes til de vilkår som er utviklet til noe vanlig forekommende i et kontraktsforhold; de er en standard. Disse standardvilkårene er en innarbeidet praksis mellom de kontraherende parter eller i hele bransjer. Det betyr at de er varige og vanlig forekommende på sitt rettsområde. Videre kan disse standard-utviklede vilkå-

rene supplere avtaler som er inngått, selv om vilkårene ikke er uttrykkelig vedtatt som elementer av kontraktsforholdet.³³

Det viktigste kjennetegnet for kontraktspraksis er at det ofte gir uttrykk for hva aktørene som opptrer i forholdet oppfatter som rimelig og hensiktsmessig i rettsforholdet. Andenæs skriver at i et rettsforhold der praksis er etablert, skaper og følger partene et forhold gjennom sin opptreden.³⁴ Begrunnelsen til dette må være at fagfolk som legger en bestemt praksis til grunn, trolig er for at løsningen fremstår som hensiktsmessig og rasjonell for den aktuelle bransjen eller det aktuelle rettsområdet.

En kontrakt er et annet ord for avtale, og betyr at minst to parter har kommet til en konsensus om plikter og rettigheter. Kontraktene kan komme i ulike formtyper og ha ulik karakter. Praksis generelt er et uttrykk for alminnelig rettsoppfatning. Et eksempel på praksis kan helt enkelt være; vi tror at det er sånn – derfor gjør vi det slik. Med kontraktspraksis menes det partene har blitt enige om, Det vil si det som følger av standardvilkår som er særskilt uttrykt i kontrakten eller ligger underforstått mellom partene.

3.1.2 Kontraktspraksis i forhold til kjøpslovens regelverk

I Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13/5 1988 nr. 27 har lovgiver i § 3 gitt følgende uttrykk for dispositiv lovgivning (avtalen viker for lovens regler);

”Bestemmelsene i loven gjelder ikke for så vidt annet følger av... etablert praksis mellom partene... eller annen sedvane som må anses bindende mellom partene.”

³³ Se Woxholth (2012) *Avtalerett* s. 296

³⁴ Se Andenæs (2009) *Rettskildelære* s. 108

Det betyr at ”etablert praksis” og ”annen sedvane” som har blitt en naturlig del av et forhold, viker for kjøpslovens regelverk, akkurat som avtaler gjør. Hva er da forholdet mellom begrepene ”etablert praksis” og ”annen sedvane” som finnes i kjøpslovens regelverk, og begrepet kontraktspraksis som ikke står med i lovteksten?

Med etablert praksis mellom partene sikter jeg til en bestemt adferd som har festet seg over en viss tid i et forretningsforhold, og hvordan rettsvirkningene løses av de forutsetninger som tidligere er lagt til grunn. I ”etablert” ligger en konkret vurdering av hvor varig og fast den aktuelle praksisen må ha vært til for å få status som ”etablert praksis” i lovens forstand. Det forutsetter at partene er kjent med den aktuelle praksisen og at den er av et visst omfang.

Kontraktspraksis på sin side fremkommer på ulike måter i kontraktsretten, akkurat som etablert praksis og annen sedvane. Kontraktspraksis kan på samme sett forstås som løsninger som er vanlige mellom partene når kontrakt av en bestemt type skal gjennomføres.

Ved ”annen sedvane” kan være et uttrykk for ”generelt bruk,” det vil si den kan representere all praksis som ikke er rettspraksis. Det stilles vilkår til at sedvanen har kvalitet, det vil si at den er fast og entydig. Det stilles strenge beviskrav til sedvanen.³⁵

Høyesterett har krevd at bevisene som taler for kontraktspraksis skal være entydige.³⁶ Det kan forstås som at det stilles krav til at de er av en viss kvalitet. Videre kan det sies at rettsvirkningene av både annen sedvane, etablert praksis og kontraktspraksis er at om partene aksepterer praksisen som en del av forretningsforbindelsen, uten uttrykkelig henvisning i avtalen blir det vanskelig å få gjennomslagskraft for den. Dette

³⁵ Rt 1922-70 i saken om det forelå lokal kutyme uttalte Høyesterett at det måtte stilles strenge krav til bevis for slik kutyme. Til tross for at det fantes en uttalelse fra et fagutvalg jfr Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser* (2002) s. 84-85

³⁶ Se nærmere under punkt 3.3

beror dog på hvilket rettsområde partene befinner seg på.

Et annet spørsmål er om Høyesterett bør innta en restriktiv holdning i forhold til kontraktspraksis som rettskildefaktor inntil den blir anerkjent på lik linje med ”etablert praksis” og ”annen sedvane” kjl. § 3?

Som vi har sett tidligere stiller Høyesterett et grunnkrav om relevans for en rettskildefaktor. Det betyr at kravet ikke er så stort så lenge det kan bidra til en løsning for det juridiske problemet. Videre har vi sett at Høyesterett anvender ulike bevis for å vurdere relevansen og vekten uten at det er en klassisk form for hjemmel eller rettsgrunnlag. Svaret på spørsmålet er at Høyesterett ikke har holdt en restriktiv holdning, og ikke bør gjøre det heller.

3.1.3 Oppsummering

Skillet mellom etablert praksis, annen sedvane og kontraktspraksis er ikke stor. Det ser mer ut som om samme begrep brukes om hverandre, og i bunn og grunn betyr det samme. Det som skiller dem er at kontraktspraksis ikke har fått status som en uttrykkelig bestemmelse direkte i loven.

Ovenstående illustrasjon fra Kjøpsloven § 3 viser at kontraktspraksis savner hjemmel i et formelt regelverk. Problematikken som kan oppstå ved at kontraktspraksis ikke finnes uttrykkelig presisert i lovteksten, kjl §3, er at det blir vanskeligere for rettsanvenderen å ta den på alvor som en argumentbærer.

På den andre siden kan rettsgrunnlaget for kontraktspraksis finnes i kontrakter, partenes opptreden og i partsviljen. Dette leder til spørsmålet hvor rettsanvenderen kan finne praksisen sånn at den kan vurderes som relevant rettskildefaktor.

3.2 Hvor kan rettsanvenderen finne kontraktspraksis?

Kontraktspraksis fremkommer på ulike måter i kontraktsretten. Blant annet i selve kontrakten finner man vanligvis kontraktspraksis i form av klausuler, som avtalepartene inntar uttrykkelig i kontrakten.³⁷ Motsatsen til dette er at praksisen kan komme i form av at den er underforstått eller bare som en vane som følge av lang og varig handel mellom partene. Den kan ses i form av løsninger og standardvilkår.

Vanlig forekommende eksempel på kontraktspraksis i kontrakter er i standardformat såkalt "agreed documents". En standardkontrakt er vanligvis et forhåndstrykt formular som underskrives. Standardavtaler er et vanlig innslag i handel mellom parter i næringslivet. Disse kontraktene oppgave er først og fremst å minske kostnadene ved kommersielle avtaleforhold. Standardkontrakten har blant annet som formål å øke forutsigbarheten innenfor en viss bransje.

Det finnes kontraktspraksis i tariffavtaler også, og kontraktspraksis forekommer ofte i varige kontraktsforhold. Her kan partene ha funnet de beste løsningene, utviklet for å passe dessr formål. At akkurat kontraktspraksis kan gjenfinnes i varige kontrakter kan være så enkelt som at kvaliteten av praksisen er så god at den fungerer. Hvorfor skal de da avvike fra et vinnende konsept?

En praktisk illustrasjon på kontraktspraksis med historisk bakgrunn, og tilknytning til fast eiendom finnes i Rt-2005-1729 sak om et bondelag på Lillehammer i år 1826 som hadde utviklet standardkontrakt som ble dannet gjennom kontraktspraksis.³⁸ Det betyr at rettsanvenderen kan finne praksis i historiske dokumenter.

Ovenfor har jeg vist at kontraktspraksis fins uttrykkelig i kontrakter og avtaler, og illustrasjonen fra Lillehammer viser at kontraktspraksis kan danne mønster for avta-

³⁷ Andenæs (2009) Rettskildelære side 109.

³⁸ se under punkt 4.5

ler. Med påfølgende illustrasjoner fra blant annet rettspraksis, vil jeg vise hvilke områder og bransjer rettsanvenderen kan finne kontraktspraksis på.

Kanskje et av de vanligste områder for kontraktspraksis, som de fleste rettsanvenderne kan kjenne til må være på bygg- og entrepriseretten. Spesielt gjennom prinsipper som er nedfelt i Norsk Standards (NS) bestemmelser for bygg – og entrepenørkontrakter. Andre kjente standardkontrakter er NLM 02, Statens innkjøpsavtale og Orgalime. Standardavtaler finnes også innen arbeidsretten, kollektivavtaler og forbrukerkontrakter innen kjøp av elektronikk og teknologi.

I den internasjonale privatretten tas det hensyn til kontraktspraksis. Her beskyttes de kontraherende parters tradisjoner igjennom Luganolovent.³⁹ Artikkel 23 regulerer partenes muligheter til å inngå forumavtaler (verneting). Det er avtaler om hvilke domstoler som skal være kompetente i tvister som oppstår av deres kontrakt. I bokstav b nevnes kontrakter inngått i en form som er i samsvar med en praksis som disse parter har etablert seg imellom, og i bokstav c, nevnes internasjonal handel. Denne skal være i samsvar med en handelsbruk som partene kjente eller burde ha kjent, og som i slik handel er allment kjent og regelmessig fulgt av dem som har inngått slike kontrakter i tilsvarende type handelsforhold. Hensyn bak reglene er forutberegnelighet.

Videre kan rettsanvenderen gjennom rettspraksis konstatere at på området for vern i forhold til tredjemann finnes etablert kontraktspraksis i blant annet Smågrisdommen, Rt-1966-857. Et annet eksempel finnes i Rt-1973-967, Campingvogndommen. Se mer om dommene under punkt 3.4 Høyesterett om relevant kontraktspraksis

Fra opphavsrettens område finnes det eksempel på kontraktspraksis hvor bestillingsverk har enerett som går utover førstefremførelsen og eneretten går frem

³⁹ Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, vedtatt i Lugano 30 okt 2007. Artikkel 23 b og c. Konvensjonen trådte i kraft 1 jan. 2010 med virkning for Norge, Luganokonvensjonen er inkorporert som norsk lov.

til selve fremførelsen. Denne eneretten gjelder ikke i senere fremførelser i samsvar med kontraktspraksis. I artikkelen ”Opphavsrett i oppdragsforhold” gir Torvund et praktisk eksempel på kontraktspraksis i opphavsretten:

”I NRKs avtaler med de forskjellige opphavsmannsorganisasjonene heter det gjerne at bestilte verk ikke kan utnyttes til andre formål før de er brukt i NRK. Tilsvarende gir Norsk Komponistforbunds standardavtale for komposisjonsbestilling oppdragsgiver rett til urfremføring, men ingen enerett utover dette.”

Domsavgjørelsene til nå viser at kontraktspraksis finnes i kontrakter, som forståelse mellom parter, i hele bransjer og over flere rettsområder. Spørsmålet er nå om hvor begrensingene for kontraktspraksis er?

3.2.1 Begrensingene for kontraktspraksis

En begrensing rettsanvenderen kan stå ovenfor, er de områdene der legalitetsprinsippets begrensninger gjør seg gjeldende. Det forstås som at på disse områdene finnes det ikke rom for partsviljer eller dispositive regler. Til tross for legalitetsprinsippet så har det utviklet seg rom for kontraktspraksis på området. I skattesak inntatt i Rt-1987-269, ble kontraktspraksis om prisfastsettelse grunnlag for kraftverksinntekt. Skatteretten er et område preget av regler som pålegger plikter ovenfor borgene.

Videre kan jeg vise til at kontraktspraksisens betydning svikter på lovregulerte områder til tross for deklarasjonslovgivning. I Rt-2006-1547 gjaldt saken krav om oppregulering av festeavgiften ved feste av tomt til fritidshus. Høyesteretts flertall konkluderte med at avgiften måtte reguleres på grunnlag av konsumprisindeksen i tomtefesteloven. Dissens 3-2. Her fastlegger Høyesterett at kontraktspraksis kan være relevant faktor å ta i betraktning. Retten la dog vekten på det regelverk som finnes på tomtefestesområdet.

”Etter min oppfatning ville slike betraktninger kunne ha vært relevante dersom man skulle ha foretatt en av reguleringsbestemmelse i festekontrakten i et lovtomt rom.”

I samme dom (pkt 60) begrenser Høyesterett relevans for kontraktspraksis og belyser loven slik:

”Men når lovgiverne har foretatt et bevisst valg og bestemt at regulering skal skje på grunnlag av konsumprisindeksen dersom det ikke utvilsomt er avtalt noe annet, kan lovens hovedregel etter mitt syn ikke fravikes ved en kontrakts utfylling som ikke har grunnlag i partsdisposisjoner.”

Dommen er en illustrasjon på hvor uttrykkelig kontraktspraksisen må være i partenes disposisjoner. Det finnes altså et grunnkrav for at praksisen må være uttrykt i avtalen for at man skal kunne fravike lovens ordlyd. Kontraktspraksis som er presisert i en kontrakt, kan sees på som å ha et kvalitetsstempel.

3.2.2 Oppsummering

Hvor rettsanvenderen kan finne kontraktspraksis knytter seg opp til problemstillingen om hvorvidt kontraktspraksis er en relevant rettskildefaktor. Dette er viktig for at rettsanvenderen skal vite hvor han eller hun skal lete for å finne praksisen og dermed kunne påberope seg den eller motbevise dens realitet. Dette viser også at den praktiserende advokaten må ha kunnskap og innsikt i bransjen.

Rettsanvenderen kan finne kontraktspraksis rent konkret i vitneuttalelser, informasjon fra bransjeorganisasjoner eller andre fagkunnige kontrakter og avtaler, kontorsmaterialer samt ved å søke svar i skrevne dommer. Igjennom den informasjonen kan rettsanvenderen videre se hvor aktuell den eksisterende praksisen er, hvor utbrett den er, og til sist de begrensningene kontraktspraksisens område gir der loven krever at partene har grunnlag for at loven skal fravikes ved dispositiv lovgivning.

Hvilke problemer står rettsanvenderen ovenfor når relevansen av kontraktspraksis skal vurderes?

3.2.3 Relevansproblem

Det som skiller kontraktspraksis som rettskildefaktor fra de tradisjonelle rettskilder er at kontraktspraksis knyttes opp mot en kontrakt eller en underforstått praksis mellom partene. De tradisjonelle kildene er vedtatte av autoritær institusjoner som lovgiver eller Høyesterett, mens kontraktspraksis kan være transaksjoner med lang og fast praksis mellom en VVS Grossist og Rørlegger Dahl På Hjørnet. Videre er det også at rettskildefaktorer i klassisk tradisjon er mer generelle, mens avtalen er en rettslig disposisjon og hovedregelen i kontraktsretten er at den binder bare partene som har vedtatt den.

Relevansproblemet avhenger av selve kontrakten.⁴⁰ I en forlengelse av dette oppstår det også problem ved ankeadgangen ved norske alminnelige domstoler. Ettersom praksisen står for noe som bare binder de partene som praktiserer den, innebærer det at retten ser på dette som en typesak. Dette bidrar til at den ikke gjør seg egnet for Høyesterett som avgjør saker av prinsipiell art.

Et annet relevansproblem kan oppstå når partene i en forhandlingssituasjon kan ha gitt etter for visse punkter i avtalen bare for å få igjennom sin interesse i en annen klausul i avtalen. Partene i et kontraktsforhold binder seg til alle punkter i kontrakten, så med andre ord har de kommet til konsensus. Det betyr at ved en eventuell tvist når en avtale skal tolkes, så skal retten tolke alle avtalens punkter og klausuler, og lese dem i sammenheng.

⁴⁰ Se også punkt 4.2

Det underforståtte mellom partene, eller det ikke inkorporerte, kan dermed gå tapt. Her er ikke selve det rettslige utgangspunktet et problem, men det kan bli det for subsumsjonen. Med dette mener jeg at fra et forretnings-økonomisk perspektiv kan man finne en rimelig avveining mellom tradisjonelle rettskildefaktorer og det behov aktørene har.

Hvilke krav stilles så på kontraktspraksis for at relevansproblemene eller skillet til andre rettskildefaktorer blir mindre?

3.3 Krav til bevis for selve praksisen

Et annet relevansproblem for kontraktspraksis som rettskildefaktor er bevisspørsmålet. Det er et krav til bevis for at kontraktspraksis faktisk eksisterer, praktiseres og er kjent for både retten og partene.

En utmerket illustrasjon på kravet til relevant kontraktspraksis finnes i Rt-2005-1729,⁴¹ med henvisning til Rt-1994-425, Katnosa saken. I saken tar Høyesterett opp spørsmålet hvordan praksis skal tolkes.

Avsnitt 48 i Rt-2005-1729:

”Spørsmålet om huseierne er eiere av tomtene må avgjøres i samsvar med de prinsipper Høyesterett ga anvisning på i Rt-1999-425 (Katnosa), både med hensyn til at det skal foretas en samlet vurdering og hvilke elementer som er relevante, som for eksempel kontraktens formål, innhold, bakgrunnsretten og praktiseringen.”

Og videre legger Høyesterett til grunn i avsnitt 50:

⁴¹ Om Rt-2005-1729 se punkt 4.5

”...vil slik varighet etter min mening være et tungtveiende argument i den totalvurderingen som skal foretas... Men varigheten av avtalen anses ikke avgjørende... Jeg kan ikke se at Katnosadommen egentlig endrer dette rettskildebildet”

Høyesterett avslutter med å si at i slike typesaker (feste), når det er tvil om eiendomsovergangen, så vil varigheten ved eldre kontrakter føre til at det foreligger en slik overgang. (avsnitt 50) Denne sak viser at man i en samlet vurdering skal se på detaljer som er relevante i praksisen.

I Rt-2003-134 var parten en inkassovirksomhet som påberopte seg kontraktspraksis, og la frem nye dokumenter i Høyesterett for å gi retten opplysning og bedre dokumentasjon om den. Spørsmålet var om langvarige oppdragsavtaler som gjelder overvåkning kan bringes til opphør for det pågående oppdraget mellom partene. Høyesterett mente at det fulgte av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, men også i kontraktspraksis.⁴²

Dommen illustrerer hvor viktig det er å kunne bevise kontraktspraksisen. I Rt-2003-134 tillegger Høyesterett kontraktspraksisens relevans, og anvender den som en del av tolkningen av avtalen.⁴³

Rt-1997-1109, saken gjaldt forståelsen av en klausul i leiekontrakt i et forretningsforhold. Partene søkte å bevise eksisterende og ikke eksisterende kontraktspraksis. Høyesterett aksepterte her bevisene om at kontraktspraksis ikke skal tas hensyn til ved leietakerens påkostninger. Bevisformen var her kontraktspraksis i form av kontormaterial hentet fra andre forretningsleieforhold i sentrale strøk i Oslo, og vitneut-

⁴² Rt-2003-134, in fine i avsnitt 13 og mer om dommen under punktene 3.3 og 2.6

⁴³ Mer om dette se punktene 2.3 og 2.4

talelser fra fagfolk med praktisk erfaring fra slike forhold.⁴⁴

Dommen viser at Høyesterett krever at praksisen eksisterer, det vil si er praktisert og den skal være entydig for at de skal ta den i betraktning for å løse det konkrete juridiske spørsmålet. Se mer om dommen under punkt 4.5 vektomgangen av kontraktspraksis i Høyesterett.

Jeg mener at dommen også viser til de praktiske problemene med beviskravene. Spørsmålet blir hvordan oppdager man noe som ikke er nedfelt i avtalen. Den praktiserende advokatens arbeid med å legge frem bevis skjer gjennom å få opplysninger fra sin klient om bransjepraksis og ikke-inkorporerte overenskommelser i avalen for å kunne begynne å undersøke dem, for siden å kunne legges frem som bevis i retten. Dette stiller høye krav ikke bare på bevisene, men også på den praktiserende advokaten som bør skaffe seg en innsikt i en bransje.

Konsekvensen av dette kan bli, som tidligere har blitt presisert, at de som har ressursene og kan betale for de beste advokatene, undersøkelsene eller sakkyndige vinner.

3.3.1.1 Oppsummering

En god praksis er, når den har nådd en viss spredning, varighet og er anerkjent i sin bransje. Det kan altså forstås som at kvalitativ kontraktspraksis her betyr at den er relevant, og oppfattes forpliktende, er begripelige og inngir fortrolighet for aktørene. Om disse kvaliteter ikke er oppfylt kan det bli vanskelig for kontraktspraksis å sees på som en rettskildefaktor av betydning.

En forutsetning for dette er at det kan være vanskelig å bevise at praksisen mellom partene er av kvalitet. Da oppstår følgende spørsmål; hvem måler kvaliteten av prak-

⁴⁴ Rt-1997-1109 s. 1113

sisen, hvordan måles kvaliteten, hva er det som tilsier hva en bransjeorganisasjon er, og hvor kompetent er denne bransjeorganisasjonen?

Altså om kontraktspraksis er forenlig med god kvalitet, hvordan kan den da måles? I utgangspunktet skulle kontraktspraksis kunne måles i faste kvalitetsmessige prinsipper av Høyesterett eller i rammer som bransjeorganisasjoner stiller opp. Per idag finnes det ikke noen slike målinger.

Kvaliteten kan måles gjennom parametere som; geografisk spredning, det vil si hvor godt den er utbredt, hvor lang tid den er brukt, hvor mye den er brukt og avvik fra bruken. Bransjeorganisasjonene skulle i utgangspunkt kunne være de som måler kvaliteten av kontraktspraksis og bransjens interessegrupper skulle kunne føre statistikk på anvendelse.

Det er sentralt i Høyesterett at kontraktspraksis må være entydig, det er et kvalitetsstempel. Derfor blir terskelen for å ta den i bruk også høy. Det må bety at målestokken for kvalitet når vi ser på kontraktspraksis må være høy.

På grunn av de relevansproblemene som oppstår i rettsanvendelse stilles det altså krav til kontraktspraksis for å få status som rettskildedefaktor blant annet gjennom beviskrav og en samlet vurdering av praksisen. Det kan forstås som at det skal noe mer til for at skillet mellom faktorene skal minske og at det minimerer relevansproblemet som kontraktspraksis kan ha. Spørsmålet blir da, hva er det som rettsanvender krever for å anvende kontraktspraksis som rettslig argumentasjon ved løsning av et juridisk problem?

3.4 Høyesterett om relevant kontraktspraksis

I det følgende kommer her en kort gjennomgang av relevant Høyesterettspraksis fra ulike rettsområder. Her kan de vurderinger som ble omhandlet i punktene 2.3, 2.4 og

2.5 sees opp i mot hvordan de brukes i rettsanvendelsen og hva Høyesterett selv sier om kravet til relevant kontraktspraksis som rettskildefaktor.

I Rt-2003-134⁴⁵ gjaldt saken et spørsmål om et inkassoselskap hadde krav mot en bank som hadde tatt tilbake en inkassoportefølje som selskapet hadde hatt til behandling. Dette var i henhold til en overvåkningsavtale for uerholdelige krav. Høyesterett kom til at banken hadde rett til å ta tilbake de tildelte overvåkningssakene uten å måtte erstatte oppfylleelsesinteressen. Videre kom Høyesterett til at inkassoselskapet kunne kreve vederlag for utført arbeid og utlegg med de sakene som ble tilbakelevert banken. Det var dissens angående utmålingen av vederlaget.

Det som er relevant for denne oppgaven er hvorvidt Høyesterett mener at kontraktspraksis er en relevant rettskilde, og om kontraktspraksis trekkes direkte eller indirekte inn i selve beslutningsgrunnlaget/avtaletolkningen i dommens avsnitt 33. Det formuleres slikt:

”Jeg finner det imidlertid også klart at overvåkingsavtalen måtte kunne bringes til opphør for de fordringer som var overført til overvåking. Det følger etter mitt syn av generelle kontraktsrettslige prinsipper at langvarige oppdragsavtaler av denne karakter kan bringes til opphør for pågående oppdrag. Dette er også entydig lagt til grunn i kontraktspraksis. Jeg mener at oppdragsgiveren i et tilfelle som det foreliggende må ha en generell adgang til å bringe avtaleforholdet til opphør, og at det må kreves en særskilt begrunnelse for at en slik adgang ikke foreligger.”

Høyesterett forsetter i avsnitt 34:

⁴⁵ Se også om dommen under punkt 2.6

”Når banken hadde en rettmessig adgang til å trekke tilbake oppdraget for de tildelte sakene, kan jeg – hensett til kontraktsforholdets egenart – imidlertid heller ikke se at Case kan kreve oppfyllelsesinteressen etter kontrakten erstattet av banken. Kravet har etter mitt syn ikke støtte i alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. En slik løsning er heller ikke lagt til grunn i den kontraktspraksis som er fremlagt.”

Høyesterett la tilslutt vekt på forståelsen av avtalen, og løste de spørsmål som saken reiser ut fra en tolking og utfylling av overvåkingsavtalen. Relevansen av kontraktspraksis ble altså tatt i betraktning på grunnlag av dokumentasjon og forklaringer (avsnitt 37) om kontraktspraksis på området. Denne gikk ikke i den retning som parten påberopte.

Jeg syns det er bra at kontraktspraksis, akkurat som all annen praksis, må gå igjennom en kvalitetskontroll som foretas av Høyesterett. Konsekvensen av å bruke rettsfaktorer som ikke er relevante, er som å bruke feil lovregulering på en konkret sak. På den andre siden kan konsekvensen av å utfylle avtalen bli at utfallet blir noe helt annet enn det praksisen gikk ut på. Det blir da en skranke for forutsigbarheten og avtalefriheten.

I Rt-1966-857, smågrissaken anfører kreditor at den praksis som foreligger vedkommende kontrakter om eiendomsforbehold i smågriser innen slakt, står seg overfor kjøperens konkursbo.

Høyesterett aksepterte dette enstemmig og mente at dette var relevant avtalepraksis:

”...står overfor en fast praksis i vårt land, innarbeidet gjennom decennier og markert ved trykte, for tiden omtrent enslydende formularer. Denne praksis, som domstolene etter det jeg vet aldri har underkjent, har alle i bransjen vært vel kjent med, blant dem griseoppdretternes øvrige kreditorer, så som kraftforleverandørene. Disse har derfor måttet regne med som sannsynlig at beset-

ninger av smågris er beheftet med eiendomsforbehold fra selger. Det er også grunn til å fremheve at selgerne selv, blant dem Dønnum, har inngått kontraktene i tillit til at forbeholdet var bindende for kjøperens kreditorer. Diskonterende banker har bygget på samme forutsetning. Jeg finner det unødvendig å ta standpunkt til om man kan sette etiketten sedvanerettsdannelse på forholdet. Jeg er enig med lagmannsretten i at det iallfall foreligger en fast innarbeidet ordning, som domstolene får respektere.”⁴⁶

Rt-1973-967, Campingvogndommen gjaldt en speditørs retensjonsrett overfor eiernes konkursbo i noen allerede utleverte campingvogner. Spørsmålet var om det forelå tilbakeholdsrett for krav som ikke er konnekse. Høyesterett aksepterte dette blant annet på bakgrunn av at det på et generelt grunnlag i mer varige og sammenhengende kontraktsforhold må dskje gjennom en konkret vurdering av det enkelte kontraktsforhold.⁴⁷

Relevansen i de to klassiske Høyesteretts dommene som er tatt i betraktning er realiteten av transaksjonene som kontraktspraksis kommer med. Motsatt løsning, om ikke å ta med relevant praksis her, skulle innebære at man måtte legge vekt på en helt ny rettsordning på området. Det kan forstås som noe ukjent for partene og som kan bli en feilaktig løsning på subsumsjonen.

Oppsummering

Høyesterett har ikke helt klart uttrykt hvilke krav det er som gjelder for at kontraktspraksis skal få relevans som rettskildefaktor. Men det kommer frem at det er et bevisspørsmål som knytter seg til fasthet, varighet og entydighet av selve praksisens relevans. Den må ha en viss kvalitet.

⁴⁶ Se Rt-1966 857 s. 860

⁴⁷ Se Rt-1973-967 sidene 970 og 972

4 Vekt

Den andre problemstillingen er interessant da en relevant rettskildefaktor ikke er nok i denne sammenhengen for å løse det konkrete juridiske problemet. Relevansen sier ikke noe om hvilken vekt rettskildefaktoren har. Denne delen av prosessen styres av vektprinsippet, hvor de relevante argumentene veies mot hverandre.

4.1 Generelt om vekt

Med vekt i rettsanvendelsesprosessen menes den slutning fra rettskildefaktoren som utleder argumentet og veier de mot hverandre. Det betyr i denne oppgaven at rettskildefaktoren kontraktspraksis holdes opp mot andre rettskildefaktorer. En god illustrasjon på vekting opp mot andre rettskildefaktorer finnes inntatt i Rt-1997-1109⁴⁸ på side 1115:

”Det er innvendt at lagmannsretten, som hørte både Holmsen og Christensen forklare seg som vitner, ikke synes å ha lagt større vekt på deres forklaringer; dette gjelder også mindretallet. Til dette bemerker jeg at forklaringene slik de nå foreligger, iallfall har den bevisverdi som ligger i at de faller sammen med den avtaleforståelse som jeg anser som den naturlige.”

Det førstevoterende vektlegger her er kontraktspraksis i den ene vektskålen, mot forståelse av avtalen i den andre. Dette leder til spørsmålet; hvorfor legges vekt på kontraktspraksis som argument for å løse et konkret juridisk problem?

4.2 Hvorfor legges vekt på kontraktspraksis

Ettersom avtaler er det rettsgrunnlag for løsning av en tvist mellom partene i en konkret sak, bør den primære vekten legges på den. Derigjennom legges også vekt på

⁴⁸ Se Rt-1997-1109 og punktene 3.3 og 4.5

kontraktspraksis som er utarbeidet av personer med fagkunnskap og spisskompetanse innen sitt område. Disse parter har erfaring og vet hvordan de skal løse problemene ettersom det finnes tradisjon for handel, der interesse, innsats og praktisk sunt fornuft er lagt til grunn. Legger man vekt på kontraktspraksis så legger man også vekt på partsviljen og detaljert kontraktsregulering,

Å legge vekt på innarbeidet kontraktspraksis innenfor forretningslivet er viktig, den forutsettes kjent mellom partene, den sikrer, gir rettsenhet og forutberegnelighet. Gjennom at rettsanvenderen legger vekt på kontraktspraksis i en juridisk argumentasjon skapes rettsenhet, det skapes lojalitet i de forventningene som skapes gjennom lang og varig praksis som også bidrar til aktsom opptreden. Videre bidrar vekten av kontraktspraksis til å redusere mulighetene for misforståelser, og bidrar til fortsatt lojalitet gjennom hele kontraktsforholdet.

Med dagens rettsutvikling, og det faktum at verden blir mindre gjennom globalisering, forutsettes det at rettsanvender må legge vekt på annet materiale en de klassiske rettskildene.

Videre kan domstolen bidra til å skape rettsenhet på et rettsområde gjennom vektlagt kontraktspraksis. Ettersom Høyesterett legger vekt på kontraktspraksis som argument kan denne være med på å bekrefte at rettsenhet råder på et konkret område, jfr eksempelvis Smågrisdommen. Dette bidrar i sin tur til at kontraktsparter til forutberegnelighet, oppfyller sine kontraktsforpliktelser, oppmuntrer til økte transaksjoner og der igjennom økt økonomisk vekst.

4.3 Konsekvens av å legge vekt på kontraktspraksis

En konsekvens av ikke-inkorporert praksis eller uklar praksis kan lede til at en kontraktspart stilles i et dårligere utgangspunkt om denne ikke er kjent med kontraktspraksis på området.

Sett fra en annen side har lovgiver gitt regler som kan beskytte en svakere part, blant annet gjennom avtl § 36 og for forbrukere i forbrukerkjøpsloven jfr § 3. Det er dog et ulovfestet kontraktsrettslig prinsipp at en part på egen risiko slutter en avtale med en annen kontraktspart. Men, som kommer å bli presisert under punkt 4.5 rekker avtalelovens § 36 ikke alltid til.

En grunn til at kontraktspraksis kan ha en svak rettskildestatus er at det er vanskelig å vite hvor ofte kontraktspraksis blir lagt til grunn uten at retten finner grunn til å nevne det.⁴⁹ Like så om de forkaster praksisen.

Omtrent det samme sier Ola Fredriksen om ligningspraksis i sin artikkel ”Høyesteretts anvendelse av ligningspraksis som rettskilde” på sidene 227-228:

”Når dommerne i Høyesterett skal begrunne sine avgjørelser, kan det tenkes at de unnlater å nevne ligningspraksis som en av rettskildene selv om det har vært anført av partene og vurdert av retten. De dommer som omhandler ligningspraksis gir derfor kanskje ikke et fullstendig bilde av Høyesteretts anvendelse av ligningspraksis som rettskilde. I 1974 trakk Harboe samme slutning og antok at svakere rettskilder som ligningspraksis ikke nevnes i domspremissene hvis dommerne i Høyesterett kan begrunne resultatet i mer tungtveiende rettskilder.”

De samme konsekvensene kan påvirke når retten skal motivere sine avgjørelser når det kommer til saker med kontraktspraksis som rettskilde. Det kan som i sitatet over tenkes at retten ikke nevner kontraktspraksis sånn at en rettsanvender ikke vet at det faktisk har blitt vurdert i en prosess med rettskildefaktorer av annen karakter eller valør. Dette er et moment som i så fall kan påvirke alle prinsippene om relevans, vekt og slutning av en rettskildefaktor.

⁴⁹ Andenæs (1989) *Kontraktsvilkår* s. 342

Det som taler imot å legge for mye vekt på kontraktspraksis er at den som ”har mest penger vinner.” Her sikter jeg til de store grupper med makt, som for eksempel bransjeorganisasjoner. Parten som har ressursmuligheter kan ta inn de beste advokatene, eller de som legger frem de beste bevisene. På den andre siden kan konsekvensen av ikke å legge vekt på kontraktspraksis fra bransjeorganisasjoner være uheldig, ettersom det finnes mye bra kunnskap å hente der.

4.4 Konsekvensen av ikke å legge vekt på kontraktspraksis

En konsekvens av ikke å legge vekt på kontraktspraksis kan være at vi lever i et moderne samfunn som i høy grad trenger regulering blant annet på grunn av økt globalisering. Det betyr at det ikke blir harmonisering og balanse gjennom det som skjer i det praktiske rettslivet og i rettsordningen.

Domstolens tradisjonelle uvilje til å behandle typsaker er ikke av så stor vekt for kontraktspraksis i det praktiserende rettslivet, det vil si kontrakten. Det kan bidra til at partene benytter seg av voldgiftsforfaret. Voldgiftsdomstolen agerer utfra den oppgave partene har stilt opp.

En voldgift er en privat og standardisert domstol som løser konflikter.⁵⁰ Som den alminnelige domstolen er den bærer av rettslige argumenter. Domspremissene utformes generelt og kan være opplysende for rettsanvender på samme områder når det kommer til tolkning. Akkurat som i alminnelig praksis blir det her spørsmål om verdi og kompetanse for voldgift som rettskildedefaktor.

Begrunnelsen for at jeg tar opp voldgift her er for at det kan tenkes at kontraktspraksisens parter velger å bruke voldgift som konfliktløsning ettersom typesaker ikke

⁵⁰ Se Voldgiftsloven av 14/5 2004 nr. 25

egner seg i Høyesterett. Formålet om materielt riktig resultat blir da kanskje ikke ivaretatt. En voldgiftsnemnd avgjør tvistene i henhold til gjeldende rett, om ikke partene har en annen overenskommelse. En konsekvens av dette er at voldgiftsdommer ikke publiseres, og rettsanvenderen har vanskelig for å referere til relevant og vektlagt kontraktspraksis.

4.4.1 Oppsummering

Ovenstående drøftelse viser at det som taler for å legge vekt på kontraktspraksis som rettskildefaktor kan bidra til å øke rettsikkerheten og demokratihensynets formål gjennom at den ivaretar avtalefriheten som partene har fått av lovgiver. Et annet sentralt punkt som taler for kontraktspraksis i vektomgangen er at det er oftest svaret på en god løsning som har vært praktisert kontinuerlig. Videre er det som taler for kontraktspraksis at den går igjennom en kvalitetskontroll i Høyesterett, hvilket må lede til en form for kvalitetsstempel.

Med ulovfestet lovgivning og ikke inkorporerte avtaleklausuler kan det alltid finnes en risiko rettsikkerhetsmessig ved å praktisere disse. Akkurat så som, kontraktspraksis har relevansproblem blir det samme her med vekt, at typesaker ikke egner seg for Høyesterett på grunn av at bevissspørsmålene er av betydning. Det innebærer at rettsikkerheten ikke kan komme til sitt formål ettersom typesaker ofte er nektet for anke, eller fordi rettskildefaktoren har en svak status. Som presisert tidligere er det Høyesterett som er den faktiske rettsanvender og bestemmer hva de skal legge vekt på. Det er dette som er av betydning.

4.5 Vektningsomgangen av kontraktspraksis i Høyesterett

Her stilles rettsanvenderen med de argument kontraktspraksis har, imot de andre rettskildefaktorer som har argument i den konkrete sak. Jeg har her valgt noen utvalgte dommer fra Høyesterett som illustrasjon for vektomgangen.

Den første er en skattesak inntatt i Rt-1987-269 der Høyesterett legger vekt på kontraktspraksis. Saken dreier seg om Hydros kraftverksinntekt som legges til grunn ved inntektsfastsettelse og fordeling av inntekten fra skatten mellom to kommuner. Den ankende kommunen tapte saken. Det var ikke uenighet i skattelovens forståelse, eller dens lovforarbeider. Uenigheten var i hvordan ”antatte salgsverdi” praktisertes. Høyesterett la vekt på den kontraktspraksis om prisfastsettelse som fantes i bransjen. I dommen tales det blant annet om fast og langvarig praksis, det betyr at Høyesterett legger vekt på innrettelsen av praksisen på området. Kontraktspraksisen hentes fra vitneuttalelser og kontorsmaterial.

Saken gjelder prinsippspørsmål med betydelig økonomisk rekkevidde og Høyesterett legger vekten på kontinuitet og innrettelse. Det er kanskje ikke så rart ettersom saken gjelder forhold på skatterettens område. På dette området kreves hjemmel for å pålegge plikter ovenfor borgene og dennes selskaper. Hensynet bak dette forutsetter forubergenlighet.

Et problem for kontraktspraksis kan være om det er ”kjent av alle” for virkelig å kunne fungere som praksis. I saken var praksisen kjent, men partene var uenige i hvordan den virkelig fungerte i praksis. Det er et moment som taler for ikke å gi kontraktspraksis vekt.

På den andre siden, problematikken som eventuelt skulle kunne oppstå her, og som egentlig oppstår ved alle vurderinger av kontraktspraksis, er hvorvidt den er en god løsning og en løsning av kvalitet. På dette området er forutberegnelighet et nøkkelord, og det er kanskje ekstra viktig med en kvalitetskontroll.

I saken er det konstatert at bevisgrunnet for kontraktspraksis er av god kvalitet, slik som slutningen fra Riksskattestyrets kjennelser som Høyesterett har lagt vekt på. Det fantes bevis i langvarige kontrakter og vitneuttalelser. Dessuten var bevisførselen

omfattende. Disse momentene taler for kontraktspraksis. I saken ble kontraktspraksis en god løsning vedrørende prisfastsettelse i bransjen.

I sak inntatt i Rt-2005-1112 ble kontraktspraksis tillagt en viss vekt, men ble ikke avgjørende. Saken gjaldt ansvar etter gruppelivsforsikring og spørsmål om varslingsplikt, opphørs og lempningsfrister og om avtaleloven §36 kunne få anvendelse på disse typer av avtaler. Høyesterett kom frem til at avtl § 36 ikke kunne anvendes på grunn av at bestemmelser om lempning lå i yttergrensen av bestemmelsens anvendelsesområde og avtalens art som er en masseavtale.

Den ankende part, forsikringsselskapet, påberopte blant annet deklarasjonsregulering og omfattende kontraktspraksis på området. I avsnitt 55 og 56 aksepterer Høyesterett dette påstående på følgende måte:

”Avtalevilkårene er videre i samsvar med omfattende kontraktspraksis på området – de andre store forsikringsselskapene benytter tilsvarende vilkår. Særreglene om retten til å tegne fortsettelsesforsikring ved opphør av gruppelivsforsikring sikrer at den forsikrede kan tegne fortsatt forsikring uten at han må fremskaffe nye helseopplysninger. Dermed kan han fortsatt være forsikret selv om han skulle være alvorlig syk når gruppelivsforsikringen opphører. Dette fratrar imidlertid ikke den enkelte ansvaret for at fortsettelsesforsikring blir tegnet.”

Her mener Høyesterett at forbrukerparten har et selvstendig ansvar for å sørge for og ta vare på sine egne interesser, og at forsikringsselskapet på sin side tar sitt ansvar for at forsikringstakeren kan tegne ny forsikring uten å få problemer.

Kontraktspraksis fikk her en viss vekt, dog ikke en avgjørende vekt. I saken la Høyesterett avgjørende vekt på at kontrakten var en masseavtale, med begrunnelse i at resultatet ikke bare har betydning for sakens parter, men også alle andre. Retten la

også vekt på at gjennom masseavtalen skapes forutsigbarhet i bransjen og ovenfor forsikringstakerne.

Dommen er viktig for praksis i kontrakter på forsikringsområdet. Den forteller at problemer som disse blant annet løses igjennom kontraktspraksis. For å se problematikken i den konkrete saken fra kontraktspraksis sin synsvinkel, er det kravet som ligger bak varslingsplikten som stilles på spissen. Varslingsplikten i loven kan i henhold til Høyesterett tolkes av at den må være i form av en skriftlig melding, men at det i spesielle tilfeller ikke heller er nok (avsnitt 69). Dette er i høy grad et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp om varslingsplikten. Det betyr at saken befinner seg på ulovfestet grunn, og det skal mye til for å gå ut over lovtekstens ordlyd. Det som blir problemet her, er hensynet til forbrukeren. Det er et tungtveiende hensyn.

For folk flest betyr en standard-forsikringsavtale mange små bokstaver trykt på et ark, på et språk som for den gjennomsnittlige nordmann kan fremstå som uskjønnsomt. Det kan allerede fra begynnelsen skape en problematikk. Folk flest som ikke er jurister i arbeid, leser ikke finstilen i en fortrykt avtale. Det kan bety at forsikrings-selskapene må ta sitt ansvar for å forenkle lesing av avtalevilkårene.

Ligger forsikringstakeren innfor døden kan det være en type force majeure situasjon for forbrukerparten og de nærmeste berørte. Da gjelder ikke spesielle unntaksregler på dette rettsområde. På den andre siden, gjelder det spesielle regler om for eksempel force majeure på kontraktsrettens område.

En annen vurdering rundt selskapenes varslingskrav, utover den som er pålagt av lovgiver, er at det ved en masseavtale skjer for mye standardisering i det praktiske forretningslivet. Det kan slå negativt ut på det enkelte individet. Det betyr at forsikrings-selskapet bør gjøre spesifikke vurdering av hver enkelt forsikringstaker som trenger spesiell tilrettelegging. Dette bør ikke utgjøre noe større problemer å få til. Forsikrings-selskapet kan få all informasjon og tilgang de trenger, ettersom en forsik-

ringstaker er ”tvunget” til å gi forsikringsselskapet friheter til å gå inn og få legejournaler og liknende. Dette skjer for i det hele tatt å få forsikringen.

Hvem hviler ansvaret på når noe er for mye standardisert? Da mener jeg som i saken ovenfor, der en standard kanskje viste seg ikke å være så god likevel? Det finnes et anerkjent prinsipp, også forankret i rettspraksis om så kalt ”god skikk standard”. Den sier at om det finnes en standard og alle følger den, så kan man ikke hvile på at alle andre gjør det samme, det vil si følger standarden. Spesielt dersom standarden ikke er tilstrekkelig eller god nok. Med dette kan forstås som om at det ikke er noen unnskyldning å følge den om det ikke er en bra standard.

I saken tok forbrukeren sitt ansvar og gikk til sak for resultatet av en dårlig praksis. Høyesterett tok ikke ansvaret for å bryte den dårlige praksisen. I Høyesteretts domspremisser finnes dog et budskap til lovgivere om at rettstilstanden på området bør endres. Det problem som oppstår i disse situasjoner er at Høyesterett da legger tilbake ansvaret om frist og varslingsregler på området som uavklarte for fremtidige problemstillinger av samme art.

Det betyr at ansvaret ligger på forsikringsområdets praksis for å endre vilkårene slik at forsikringsselskapene påtar seg mer ansvar for de svakeste partene - de med en alvorlig diagnose. I dette ansvaret skulle det kunne inngå en klargjøring av de muligheter som finnes, som i denne saken - å tegne en ny avtale. Videre skulle ansvaret kunne omfatte og informere om hvilke rettigheter og plikter forsikringstakeren faktisk har. Dette er en praksis som kan innføres i forsikringsselskapets kontrakter. Det trenger ikke å koste mye penger, men vil kunne gi en goodwill og økt fortrolighet mellom kundene og bransjen.

I Rt-1997-1109 ble kontraktspraksis ikke tillagt vekt, saken innfor Høyesterett gjaldt forståelsen av en husleiereguleringsklausul i leiekontor i et forretningsforhold. Høyesterett la til grunn at reguleringene ikke tar hensyn til leietagerens påkostninger.

Utleieren i saken mente at opplysningene som er fremlagt om kontraktspraksis ved utleie av forretningslokaler, viser at praksis er sterkt varierende og ikke kan tillegges noen vekt. Høyesterett aksepterte dette og la ikke noen vekt på den kontraktspraksis som blev presentert. Den praksis som ble påberopt var dokumentert i form av kontraktseksempler hentet fra andre forretningsleieforhold i sentrale strøk i Oslo, og det ble vist til vitneuttalelser avgitt av folk med praktisk erfaring fra slike leieforhold.

Høyesterett mente at kontraktseksemplarene gir et (s. 1113):

”temmelig uensartet bilde og er langt fra entydig” og videre at ”vitneuttalelser går entydig i favør av den ene eller den annen løsning”. [Min kursivering]

Begrunnelse for dette uttaltes slikt (s. 1113):

”Jeg finner ikke dette forbausende. Vi befinner oss på et rettsområde hvor det er stor avtalefrihet, og hvor markedssituasjonen til enhver tid ventelig vil måtte påvirke både utformingen av de enkelte leieavtaler og måten leieregulering gjennomføres på. Det må antas at partene i forretningsleieforhold langt på vei selv vil vite og ivareta sine interesser i denne og andre henseender.”

Det betyr at Høyesterett ikke fant noen avgjørende vekt av påberopt kontraktspraksis. Kontraktspraksisen var ikke entydig. Retten gikk videre i sin vurdering og la avgjørende vekt på forståelse av kontrakten og en rimelighets vurdering. Med den begrunnelse:

”Jeg ser det derfor slik at hva som måtte være avtalt eller godtatt i andre leieforhold, vanskelig kan få noen stor tyngde ved tolkningen av den leiereguleringsklausul vi har for oss.” (s. 1113)

Den kontraktspraksis partene påberopte var ikke uttrykkelig presisert i avtaleklausulen. De forsøkte å bevise den ved hjelp av blant annet vitneuttalelser og brev, men førstevoterende valgte å legge vekt på forståelse av avtalen jfr punkt 4.1.

De bevisene som pekte til fordel for kontraktspraksis var ikke tilstrekkelig, og Høyesterett la tilslutt vekten på avtalens forståelse sammen med reelle hensyn. Det som blir problemet her er dog at Høyesterett legger vekt på økonomiske betraktninger bak avtalen. Hva skjer med den økonomiske konsekvens av at utleieren ikke trenger å betale for noe han faktisk ikke eier. Det er samme sak som å arbeide gratis.

Dette minner om inkasso-overvåkingsavtale saken inntatt i Rt-2003-134, der Høyesterett mener at standpunktet banken gjør gjeldende i saken om at inkassoselskapet skulle arbeide gratis, må være uttrykt og fremgå av avtalen med støtte i kontraktsrettslige prinsipp.⁵¹ Om vurderingen av dette er en økonomisk betraktning kan det også spørres om dette er en god regel⁵² som inngår i vurderingsgrunnlaget.

At praksisen ikke er entydig på dette område, kan være en pekepinn på at det ikke er en balanse på området og at partene gjennom praksis forsøker å skape nye løsninger som passer dem bedre.

I sak Rt-2005-1729, ble kontraktspraksis ikke tillagt vekt (dissens 3-2). Det prinsipielle spørsmålet i saken gjaldt om eiendommer på Lillehammer var festet eller kjøpt, og kravet gjaldt om avløsning av årlige avgifter. Flertallet i Høyesterett kom til at rettsforholdet var eiendomsoverdragelse med grunnbyrde.

”Språkbruken i kommunens regler er ikke helt klar, men viser etter min mening at kommunen må ha ment at den som fikk utvist tomt i samsvar med bykontrak-

⁵¹ Jfr Rt-2003-134, avsnitt 36 I saken løste Høyesterett spørsmålet ut ifra blant annet kontraktspraksis og kontraktsrettslige prinsipper. Men her var praksisen entydig. Om saksforholdet se punkt 3.3

⁵² Se punkt 4.8.4

tens vilkår, hadde en annen rettsstilling enn den som festet tomten, og det taler for at man på Lillehammer den gangen mente at kontrakter som bygget på tradisjonen fra bykontrakten, ga huseieren mer enn alminnelig festerett. For min vurdering av saken har dette momentet ganske sterk vekt.” (avsnitt 63)

Andrevoterende som representerte mindretallet mente at de grunnleiekontrakter saken gjelder, må anses som festekontrakter: (avsnitt 93):

“Spørsmålet om en evigvarende kontrakt om grunnleie skal anses som en feste-kontrakt eller en kontrakt som overfører eiendomsretten til brukeren, beror på en totalvurdering av kontraktsforholdets innhold og formål. Ved fastleggelsen av kontraktsforholdets innhold kan det ikke bare legges vekt på de ord og uttrykk som er benyttet, men også på kontraktens bakgrunn, partenes opptreden og hvordan kontraktsforholdet har vært behandlet i forhold til regler som gjelder fast eiendom, jf. Rt–1999–425 (Katnosa) på side 433–435.”

Høyesterett forsetter videre i avsnitt 94:

”Den historiske bakgrunn for grunnleiekontraktene på Lillehammer er bykontrakten av 1826 og den senere lovgivning om Lillehammer. Selv om de grunnleiekontrakter som vår sak gjelder, er inngått ved frivillige overenskomster mellom grunneierne og tomtebrukerne – hvorav den eldste er fra 1903 og den yngste fra 1975 – har innholdet av utvisningsreglene i bykontrakten og senere lovgivning i stor grad dannet mønster for kontraktspraksis.”

Andrevoterende forsetter i avsnitt 101

”.....er hovedinntrykket av den kontraktspraksis som foreligger, at rettsforholdet mellom den avgiftsberettigede og tomtebrukeren har vært betraktet som et feste-forhold.....Dette er imidlertid ikke det dominerende bildet. Dersom man ser kontraktspraksis under ett, er den fremherskende ordbruk at den avgiftsberettigede

blir kalt «grundeier» eller «bortfester», tomtebrukeren blir kalt «leier» eller «fester», disposisjonen blir kalt «bortfeste» og avgiften blir kalt «grundleie», «årlig leie» eller «festeavgift»... Den ordbruk som har vært fremherskende i de kontrakter som er inngått, taler således for å klassifisere disse som festekontrakter.”

Han avslutter med ikke å legge vekt på kontraktspraksis i avsnitt 109:

”Førstvoterende har lagt vekt på at panteobjektet for grunnavgiftene i kontraktspraksis i stor grad har vært angitt å være «tomten» med påstående bygninger. På samme måte som ved tolkingen av tomteutvisningsreglene av 1920 finner jeg ikke grunn til å legge vekt på denne formuleringen når begrepsbruken i kontraktene for øvrig hovedsakelig peker i retning av at rettsforholdet mellom de avgiftsberettigede og tomtebrukerne har karakter av festeforhold.”

Det som det her ble lagt vekt på var de kommuneregler fra 1920 som antydte at huseierne hadde rett til tomtene. På den andre siden ble det ikke tillagt vekt på den tinglysningspraksis som sorenskriveren hadde hatt. Videre la Høyesterett vekt på det som var gitt i pant for tomten, og like så ble de lagt vekt på delingsforretninger som hadde funnet sted. Det er et tungtveiende argument for vurdering om det foreligger eiendomsrett, om kontrakten er av evigvarende rett, og videre om grunneierne har blitt kompensert for endringer i pengeverdien.

Det betyr at Høyesterett legger vekt på alminnelige kontraktsrettslige prinsipper innen kontraktsretten. De kan ikke legge avgjørende vekt på kun kontraktens ordlyd. Dette for at tolkingen skal skje på grunnlag av bakgrunn for kontrakten, partenes etterfølgende opptreden, og hvordan kontraktsforholdet har blitt praktisert. Høyesterett legger altså betydelig vekt på tidligere rettspraksis.

Flertallet (3-2) kom under tvil til at partene var huseiere. Det er kanskje ikke så rart ettersom eiendomsretten står sterkt i norsk rett. Det betyr at det må være en konkret

vurdering som legges til grunn, jfr Rt-1999-425, Katnosa-saken.

Dommen er et godt eksempel på hvordan kvalitetsbedømmelsen av praksis går i Høyesterett.

Jeg tror at kontraktspraksis i dommen er av en større betydning enn hva den uttrykkelig får anerkjennelse for. En fast, kontinuerlig praksis som i saken har nok en betydning for det skjønn som rettsanvenderen utøver i den konkrete saken. Med andre ord ville nok resultatet for Høyesterett vært avsagt under mindre tvil uten denne faste praksisen. De hadde nok kjent seg ”friere” for å avsi resultatet med mindre forsiktighet.

4.6 Hvorfor legger Høyesterett vekt på kontraktspraksis?

Høyesterett kan legge vekt på kontraktspraksis på grunn av de alminnelige kontraktsrettslige prinsippene. Det er en lojalitetsplikt som kommer av det mandatet Høyesterett har fått fra lovgiver. Den vekt som Høyesterett tillegger på kontraktspraksis kan bero på forskjell i partenes styrkeforhold og avtaletid som for eksempel kan veie mer enn lovens ordlyd.

Kontraktstypene standardkontrakter på forbrukerområder, ansettelseskontrakter og kollektivavtale mot individuelle jevnbyrdige kontraktparter legger Høyesterett vekt på med begrunnelse på innrettelse og forutberegnelighet.

Kontraktspraksis kan være en pekepinn til Høyesterett for å se hvordan en rettslig standard forandres med nye impulser etterhvert som rettsordning og samfunnet forandres. Konsekvensen av å uttrykkelig kodifisere praksisen kan bli at den da stanser opp, og ikke utvikles etter den rettsordning som råder på det konkrete område.

4.6.1 Oppsummering

Ovenstående illustrasjoner fra vektomgangen i Høyesterett, viser hvordan uttalelser kan, eller bør påvirke lovgiver og uttalelsene kan være normerende innen sitt område. Det betyr at kontraktspraksis igjennom Høyesteretts uttalelser kan være gjeldende rett innen kontraktsretten. Videre viser illustrasjonene at kontraktspraksis kan ses på som en rettslig standard, det vil si en ”god skikk” guide, om hva den beste løsningen er i en langsiktig avtale. Videre vises det til at kontraktspraksis gjennomgår en kvalitetssikring og til sist en vurdering om hvor rimelig, sterk og balansert den er.

Dette kan skape problemer for Høyesteretts bedømmelse ettersom de må ta inn sånn kontraktspraksis som er sterk, kontinuerlig og innarbeidet i sin bedømmelse. Da kan Høyesterett kjenne seg mer bundet av at kontraktspraksis kan ha betydning for resultatet i en sak enn hva de ellers hadde gjort uten den. Det kan forstås som at Høyesterett sitt resultat skulle være klart og ikke komme med et resultat under tvil. For at Høyesterett skal legge vekt på kontraktspraksis må faktoren vurderes gjennom hvilken styrke kontraktspraksisen kommer med i den aktuelle saken, og dette blir i vurderingen avhengig av godt dokumentert praksis.

Høyesterett legger vekt på kontraktspraksis for å komme fra avtalefriheten som transaksjonene hviler på. Disse transaksjoner har personer med spisskompetanse og lang erfaring utarbeidet. Dette kan forstås som at kvaliteten av praksisen er den som gir den vekt i en saksbehandling hos Høyesterett.

4.7 Hvilken vekt har kontraktspraksis?

Jeg har ovenfor konkludert med at kontraktspraksis kan være en relevant rettskildfaktor. Dette er ikke nok. Spørsmålet her er hva det er som skal til for at kontraktspraksis har tilstrekkelig vekt. Denne prosessen minner om når rettsanvenderen ser på vekten av rettspraksis, på dommens alder, prejudikatsvirkning, dommens rekkevidde og domstols hierarki.

I ovenstående dommer jeg har gjennomgått viser Høyesterett at de blant annet legger vekt på hvor lang og varig praksisen er, hvor utbredt den er, hvor aktuell den er, og om partene har kjennskap til den. Videre har Høyesterett også lagt vekt på avtaletypen, som i ovenstående eksempel et kollektivt-forsikringsavtale. Der Høyesterett ikke har lagt vekt på kontraktspraksisen har vært i tilfeller der det finnes regelverk på området, eller der praksisen har vært eller ikke fulgt av partene.

Ovenstående gjennomgang viser og at Høyesterett legger vekt på praksis når praksisen følger tidens utvikling, og avtalen ikke gjør det. Videre viser Høyesterett at den legger vekt på kontraktspraksis utenfor avtaleforholdets grenser, nemlig i forhold til tredjemann. Det dreier seg da om en praksis som er godt innarbeidet og kjent av "alle" i bransjen.

Høyesterett legger vekt på realiteten av transaksjonene som kontraktspraksis kommer med. Dette er noe som Høyesterett og den juridiske doktrinen kommer tilbake til i sin referering. De kaller det for at den har bredde og entydighet.

Til sist vil jeg bemerke: for at kontraktspraksis kan oppnå den vektstatus den fortjener må praktiserende jurister og advokater begynne å anvende og respektere den som en rettskildefaktor. Illustrasjoner fra rettspraksis viser at kontraktspraksis er relevant for at de praktiserende advokatene påberoper praksisen i sin rettslige argumentasjon. Brukes argumentasjonen i det praktiske rettslivet, så kan Høyesterett tolke den og legge avgjørende vekt på denne rettspraksisen. Der igjennom kan kontraktspraksis få en respektert status som rettskildefaktor slik at andre rettsanvender grupper kan anvende den i sin juridiske argumentasjon.

Det som vi dog har sett av eksemplene fra rettspraksis er at andre rettskildefaktorer kan ha relevans i samme konkrete sak. Det betyr at kontraktspraksisens tyngde beror på hvilke argument som bæres av andre relevante faktorer.

4.8 Andre rettskildefaktorer som påvirker vekten

I det følgende skal jeg redegjøre for andre faktorer som påvirker den generelle vekten av kontraktspraksis som rettskildefaktor. I vektomgangen skal rettsanvenderen finne ut om kontraktspraksis har tilstrekkelig vekt, det gjør man gjennom å finne ut hvilke argumenter som følger av andre rettskildefaktorer som er relevante i den konkrete problemstillingen.⁵³ Jo færre relevante rettskilder som finnes på området, jo større vekt har kontraktspraksis.

4.8.1 Lovtekst

Med lovtekst menes i utgangspunktet de formelle lover som vedtas av Stortinget i henhold til reglene i Grunnloven, § 76 flg. Det betyr at lovteksten må være vedtatt av rett organ som har rett kompetanse til å gjøre det. Loven er den grunnleggende bærer av demokratihensyn, lovgivers vilje og lovteksten har en sentral plass på lovregulert område. Lovteksten gjengir den ytrende lovviljen. Bak viljen finnes et demokratihensyn, forutberegnelighet og lojalitet. Lovgiver har blant annet gjennom partsautonomien gitt partene avtalefrihet på kontraktspraksisens område. Det betyr at det gir lovteksten mindre tyngde i forhold til kontraktspraksis. En klar og tydelig lovtekst som er et argument for en konkret løsning kan generelt ha en mindre vekt enn kontraktspraksis.

4.8.2 Rettspraksis

Rettspraksis genereres av de alminnelige domstoler og i utgangspunktet kan en domstolsavgjørelse kun binde tvistens parter gjennom rettskraftsvirkningen⁵⁴. Dette utgangspunktet gjelder dog ikke når det finnes en prejudikatsvirkning det vil si at av-

⁵³Se Ekckoff (2001) *Rettskildelære* s. 28

⁵⁴ Se tvisteloven §§ 19-14 og 19-15

gjørelsen binder flere enn tvistens parter. Det som avgjør vekten for rettspraksis kan være de prinsipielle avgjørelsene, dommens alder, prejudikatvirkning gjennom for eksempel ratio decidende uttalelser eller om det er obiter dictum.

Dommer som rettskildefaktor har en viktig plass i rettsanvendelsesprosessen i forhold til spørsmål om hvilke argumenter som er relevante ved en avveining. Rettspraksis kan være mer tungtveiende en kontraktspraksis, men ettersom kontraktspraksisen oftest gjelder en type saker, så er tidligere rettspraksis av mindre vekt.

Et argument for å legge vekt på underrettspraksis er at enkelte sakstyper ofte finner sin løsning i underinstansen i domstolen ettersom visse saker aldri kommer til Høyesterett. Et eksempel på dette kan være standardløsninger som løses av tingretten. Kontraktspraksis inngår ofte i standardkontraktene.

Den klare hovedregelen må være at rettspraksis går foran kontraktspraksis, fordi domstolene er de som avgjør saken. Om rettspraksis finner en god praksis som de kan akseptere så vil en få en selvforsterkende effekt. På den andre siden kan rettspraksis underkjenne en kontraktspraksis fordi det ikke er ført bevis eller de sensurerer sedvanen gjennom avtl § 36 og satt til side hvis den er urimelig. Jeg har tidligere vist til dommen innatt i Rt-2005-1729 der Høyesterett la betydelig vekt på tidligere rettspraksis i sin vurdering.

4.8.3 Juridisk teori

Den vekt som juridisk teori har som rettkildefaktor avhenger av hvilket rettsområde man befinner seg på, og på hvilken kompetanse og anseelse forfatteren har. Juridiske teoretikere kan mangle en praktisk tilnærming da løsning utpeker rimelighet og hensiktsmessighet i en kontraktspraksis. Det vil si at teoriens korridorer er for langt i fra den praksisen som anvendes på det konkrete området. Et unntak fra dette kan være voldgifts dommere. Flere juridiske professorer er høyt erkjente voldgifts dommere.

Juridisk teori er den rettskildefaktor som kan påvirke oppfatninger om de lege lata, gjeldende rett, og som skape de lege ferenda. Med dette mener jeg at en vurdering av den juridiske teorien kan gi en veiledning som bidrag til løsning av et juridisk problem

Det som taler for kontraktspraksis er den varige og sammenhengende praksis partene selv har valgt gjennom partsautonomien. Det som taler imot å anvende juridisk teori som rettskildefaktor, er der det finnes ulike viljer til hvordan et juridiske problem skal løses. Norsk juridisk teori representerer dog et fagfelt av stor ekspertise og kunnskap, hvilket taler for den juridiske teorien.

Haaskjold mener i *Kontraktsforpliktelser*, på side 28, at vekten på kontraktspraksis beror på kontraktstypen, hvor utbredt den aktuelle praksisen er, og om den framstår som kjent for motparten. Haaskjold henviser her til de kvalitetskrav som stilles på kontraktspraksis.

Huser diskuterer vekten av en kontraktspraksis på et generelt grunnlag da vekten kan ha en betydning for omstendigheter eller svakheter som avtalen kan være beheftet med. Hen mener også at vekten kan ha med kontraktens alder og representativitet, og flere antall transaksjoner.⁵⁵

4.8.4 Reelle hensyn

Med reelle hensyn som rettskildefaktor siktes det til det som er rettsanvenderens egne verdioppfatninger, generelle verdinormer.⁵⁶ Det vil si oppfatninger og vurderinger av det som kan ses som rimelig eller formålstjenlig om samfunnsforhold.⁵⁷ Disse skal det legges vekt på. Reelle hensyn som rettskildefaktor kommer ikke til uttrykk på samme måte som andre rettskildefaktorer. De er ofte ikke nedfelt, mens andre ganger

⁵⁵ Se Huser, *Kontraktspraksis som rettskilde* s 35

⁵⁶ Se Evju *Tre rettskildeteorietiske arbeider* s. 42

⁵⁷ Se Eckhoff (2001) *Rettskildelære* s. 17

er de relevante hensyn som man finner igjen i forarbeidene og de blir definert i rettspraksis. De kommer inn i avveiningen av kryssende interesser. Reelle hensyn identifiserer hva som inngår i denne vurderingen. Eksempel på dette kan være konsekvensbetraktninger, harmoni, prosess betraktninger og økonomiske betraktninger.

Ovenfor, under punkt 2.5 har jeg vist til at kontraktspraksis kan være en støtte til en rimelighets- og helhetsvurdering. En lang og entydig kontraktspraksis kan nok i en konkret sammenheng være av tyngre vekt enn rettskildefaktoren reelle hensyn. Jeg har tidligere vist til sak inntatt i Rt-2005-1112 der Høyesterett la en avgjørende vekt på reelle hensyn tilsammen med forståelse av avtalen.

Om kontraktspraksis på sin side kommer til en løsning som er en for streng praksis, og det skal veies opp mot hva rimelighetshensynet av reelle hensyn tilsier, blir spørsmålet om man legger vekt på klarhet og forutberegnelighet, eller ønsker en god og klar regel?

4.8.5 Sedvane

Sedvane kan sammenfattes som all praksis som ikke er rettspraksis. Kutymen er "handelsbruk eller annen sedvane" jfr definisjon i Kjøpsloven § 3 Lov nr 27 13. mai 1988. Kan kontraktspraksis anses som kutyme eller handelsbruk?⁵⁸ Kutyme er en uskreven norm godt innarbeidet i praksis. Boe skriver at den private praksis som brukes i næringslivet kalles kutymen eller kontraktspraksis.⁵⁹

Kristian Huser mener i sitt foredrag "Kontraktspraksis som rettskilde"⁶⁰ at sedvane, handelsbruk og kutyme her forstås som ulovfestede og ikke kontraktsfestede normer som etterleves i praksis uten å være direkte avtalt.

⁵⁸Se punkt 3.2

⁵⁹ Boe (2010) s. 331

⁶⁰ Se Huser, *Kontraktspraksis som rettskilde* s. 34 (1991)

Andenæs skriver i sin bok Rettskildelære på side 112, at kontraktspraksis må gjennomgående være lettere å dokumentere enn kutyme som bygger på en uskreven sedvane. Det betyr at kontraktspraksis bør ha større gjennomslagskraft enn kutyme i en rettsak.

Når sedvane skal vurderes opp mot kontraktspraksis, kan man si at ved en ”normal-løsning” av et juridisk spørsmål så har sedvane samme betydning som deklarasjonslov, jfr Kjøpsloven §3. Det betyr at det er unntaket som skal begrunnes.

4.8.6 Internasjonale rettskilder

Ved landsoverskridende samarbeid ved for eksempel inngåelse av avtale kan UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts og Principles of European contract law være av interesse i den norske kontraktsretten og for kontraktspraksis. I CISG artikkel 9 i første og andre ledd finnes ”usage” (kontraktspraksis) regulert. Den slår blant annet fast at ”usage” binder avtalepartene som finnes mellom dem, med mindre noe annet er avtalt.

Det er en kodifisering av internasjonale regler som er grunnleggende og felles på aktørenes marked. Her kan aktørene gjøre seg selv bundet av disse regler gjennom avtalen. Reglene kan binde aktørene innen den bransje hvor handelsbruken er erkjent. Tanken bak reglene er at de skal styrke en partsoppfatning, og hva som skal gjelde i en situasjon som ikke behandles i avtaleloven.

Disse regler er ikke bindende for norske aktører.

4.9 Oppsummering

Det som er avgjørende for hvordan en annen rettskildefaktor kan påvirke vekten av kontraktspraksis er hvordan den praktiserende advokaten behandler dem. Argument-

kilder som påberopes av en advokat i retten, som støtte for sitt rettslige argumentasjon bidrar til at rettsanvenderen begynner å vurdere de ulike faktorene med rettskildestatus, for siden refererer til dem og legge vekt på dem. Det kan som sagt tidligere være vanskelig å vite hvor ofte Høyesterett ikke refererer til kontraktspraksis i domspremissene, når de påberopes.

Det er et faktum at domstolen ikke er formelt bundet av andre rettskilder enn lovteksten. Det praktiske rettslivet, så som rettsordningen kan anses å ligge i dens natur er å tilpasse seg etter den norske og globale samfunnsutvikling. Når de klassiske rettskildefaktorer ikke er tilstrekkelige som ”verktøy” i rettsanvendelsen, kan man si at rettskildefaktorenes vekt forandres fra rettsområde til rettsområde og situasjoner de stilles ovenfor.

5 Kort om slutningsprosessen

I slutningsprosessen blir oppgaven å finne meningsinnhold i den enkelte rettskildefaktoren, uten at det tas hensyn til de øvrige rettskildefaktorene som også kan være relevante for den juridiske problemstillingen rettsanvenderen står ovenfor. Slutningsprinsippene bidrar til å finne det rette innholdet i en rettskildefaktor. Rettsanvenderen ser isolert på hvilket tolkningsresultat rettskildefaktoren tilsier.

Med andre ord avgjøres hvilke argumenter som kan trekkes ut av argumentbæreren. For å illustrere hvordan tankegangen er, kommer jeg blant annet til å bruke rettspraksis og andre eksempler.

Spørsmålet i slutningsprosessen er; hvilke argumenter kan utledes av foreliggende kontraktspraksis? Hvilket innhold har kontraktspraksis? Har den noen rekkevidde? Og hva sier bevisene partene har lagt frem?

Det er først når vi har tolket argumentbæreren (kontraktspraksis), at vi kan trekke ut et argument. Det er Høyesterett som bestemmer hvilke slutninger som kan treffes i form av tolkningsprinsipper.

Når en avtale skal tolkes, så anvender man den tekst som finnes i en avtale. Det er en juridisk tekst og den skal tolkes opp mot gjeldene kontraktsrett. Det betyr at prosessen er styrt av rettsregler. Disse rettsreglene bestemmer hvordan vi går frem.

5.1 Generelt utgangspunkt for slutningsprosessen

Utgangspunktet for tolkning skjer på samme tolkingsmåte for alle rettskildefaktorer.⁶¹ Tolkningen av argumentbæreren skjer kontekstuellet og må skje ut fra holdbare premisser.⁶² Det betyr at dette er utgangspunktet for tolking av kontraktspraksis. Det sentrale er altså, hvilket argument rettsanvenderen kan utlede av den aktuelle praksis. Det beror bokstavelig talt på en tolkning av praksis. Utgangspunktet her er den naturlige språklige forståelse, alminnelig språkbruk.

Det betyr at det ikke er tilstrekkelig at partene har fulgt et mønster.

5.2 Slutningsprosessen for kontraktspraksis

Hvordan gjennomføres slutningsprosessen for kontraktspraksis?

En god illustrasjon på slutningsprosessen finnes inntatt i Rt -1997-1109.⁶³ Saken gjaldt blant annet om påkostninger skal gå inn i reguleringsgrunnlaget.

Her tar Høyesterett utgangspunktet i kontraktsklausulen og konstaterer at denne ikke gir noe klart svar på problemstillingen. Dernest søkte Høyesterett i ulovfestet bak-

⁶¹ Se Boe, (2010) s. 193

⁶² Se Boe, (2010) s. 193

⁶³ Se under punkt 3 og 4.5

grunnsrett, det vil si den kontraktspraksis partene påberopt for sin sak. Som det har blitt klargjort i relevansdelen under punkt 3, mente Høyesterett at kontormaterialet ikke gav noe entydig bilde. Dermed kunne man ikke se en ensartet kontraktspraksis. Høyesterett så også bort fra dansk og norsk husleielov fordi den ikke var praktisk anvendbar. Høyesterett dro tilslutt slutninger fra kontraktens utgangspunkt, ordlyden og de økonomiske betraktninger bak kontrakten.

5.2.1 Slutningsproblem for kontraktspraksis

De problem som her kan oppstå er språk. Den språkføringen kontrakten benytter kan ha endret seg i forhold med dagens språkbruk. Det er da datidens språkbruk som legges til grunn.⁶⁴ Det betyr at kontraktspråket trenger å utvikles med dagens språkbruk og det ikke spiller noen rolle hvor mye samfunnsforholdene kan ha endret seg.

Et eksempel fra rettspraksis er Rt-2005-1729⁶⁵ der et bondelag på Lillehammer i år 1826 utviklet bykontrakten (en standardkontrakt) som dannet mønster for kontraktspraksis. I saken gjaldt spørsmål om det var et feste eller eieforhold.

I avsnitt 60 tolker førstvoterende kommunens regler og får en klarhet i dem med hjelp av kontraktspraksis:

”Språkbruken i kommunens regler er ikke helt klar, men viser etter min mening at kommunen må ha ment at den som fikk utvist tomt i samsvar med bykontraktens vilkår, hadde en annen rettsstilling enn den som festet tomten, og det taler for at man på Lillehammer den gangen mente at kontrakter som bygget på tradisjonen fra bykontrakten, ga huseieren mer enn alminnelig festerett. For min vurdering av saken har dette momentet ganske sterk vekt.”

⁶⁴ Se Boe, (2010) s. 195

⁶⁵ Se punkt 4.5

Ovenstående sitat er et eksempel på hvordan rettsanvenderen trekker en slutning med hjelp av kontraktspraksis. Saken ble ikke avgjort på grunnlag av kontraktspraksis. Høyesterett la avgjørende vekt på bakgrunnsrett for å løse det juridiske spørsmålet.

Videre i samme sak kommer et eksempel på hvordan dommen diskuterer om ordbruken i rettspråket, men som i praksis er uttrykt på flere måter. Dette på grunn av det lange tidsrommet kontraktene gjelder.

”I de grunnleiekontrakter som har vært inngått, har språkbruken variert noe. Men selv om begrepsbruken i kontraktene ikke har vært like konsekvent som i tomteutvisningsreglene av 1920, er hovedinntrykket av den kontraktspraksis som foreligger, at rettsforholdet mellom den avgiftsberettigede og tomtebrukeren har vært betraktet som et festeforhold..... Dersom man ser kontraktspraksis under ett, er den fremherskende ordbruk at den avgiftsberettigede blir kalt «grundeier» eller «bortfester», tomtebrukeren blir kalt «leier» eller «fester», disposisjonen blir kalt «bortfeste» og avgiften blir kalt «grundleie», «årlig leie» eller «festeavgift». Særlig fra et stykke ut på 1920-tallet har denne ordbruken vært klart dominerende. Den ordbruk som har vært fremherskende i de kontrakter som er inngått, taler således for å klassifisere disse som festekontrakter.”
(avsnitt 101)

Med hjelp av ovenstående eksempel fra rettspraksis og juridisk teori har jeg forsøkt å illustrere hvordan kontraktspraksis kan anvendes i rettsanvendelsen, særlig i forhold til slutningsomgangen.

Som jeg har skrevet under punkt 2.6, hensyn for og imot kontraktspraksis, er det viktig at domstolene kjenner til kontraktspraksisen og hvordan konkrete spørsmål av

denne typen løses i praksis,⁶⁶ Det gjøres blant annet med god dokumentering og god bevisning.

Som illustrasjon på dette, kommer jeg her med et skoleeksempel som kanskje er mer dags aktuelt. Det oppstår en konflikt mellom en bilimportør og bilforhandler om hva ”kontant betaling” betyr i partenes kontraktsforhold. I handelslivet er det vanligst at kontant betaling betyr at man har en frist på 30 dager på å betale fakturaen. Spørsmålet blir hvor man finner slutningen av dette argumentet. Bilimportørens advokat fører bevis for hva partenes kontraktspraksis er. Slutningen for å bestemme innholdet er i de bevis regnskapsføreren kan legge frem. Altså, hvordan transaksjonene mellom partene har blitt ført.

Om det finnes relevant rettspraksis på området så kan den bli en rettskildefaktor domstolen drar slutninger fra.

5.2.2 Oppsummering

Det kan være vanskelig å vite når Høyesterett trekker slutning fra en argumentbærer som kontraktspraksis. Når Høyesterett ikke presiserer at de tolker en praksis kan det se ut som en alminnelig avtaletolkning. Som eksemplene viser trekkes slutningene for kontraktspraksis ut fra de bevisene som finnes for den aktuelle praksisen. Det betyr som tidligere presisert at det er viktigst at den praktiserende advokaten påberoper kontraktspraksis ovenfor retten, sånn at dommeren kan trekke slutning fra den.

De slutninger som kommer frem i den juridiske teorien påvirker rettsanvenderene i sine konklusjoner. Deres jobb er å utvikle rettskildelæren. Som siste punkt i denne oppgaven har jeg i det følgende gjort en sammenstilling over teoriens syn på kontraktspraksis som rettskildefaktor i en teoretisk konklusjon.

⁶⁶ Se Andenæs (1989) Kontraktsvilkår s. 342.

6 Teoretisk konklusjon

6.1 Krav til rettskildefaktor

For å kunne belyse problemstillingen om hvorvidt kontraktspraksis er en relevant rettskildefaktor, må det spørres om hva som er grunnkravene til rettskildefaktoren?

Grunnkrav for en rettskildefaktor er at den må være relevant. Med en relevant rettskildefaktor i denne oppgaven mener jeg en kilde til gyldig rettslig argumentasjon. Med relevant argument forstås de som er tillatt å legge vekt på som begrunnelse for en løsning. Relevansen avhenger altså av en vurdering.

Hva er det som kjennetegner kontraktspraksis som rettskildefaktor? Jeg har ovenfor konstatert at kravet for en rettskildefaktor er at den er relevant. Relevansen krever en begrunnelse. Begrunnelse for relevansen for kontraktspraksis finnes i de vilkår og uttrykk som skapes og utvikles i kontraktsforholdet. Det viktigste kjennetegnet er det som partene gjennom sin opptreden honorerer, det vil si det gjeldende rettsstiftende forhold.

Neste spørsmål blir da; hva er det som skiller kontraktspraksis fra tradisjonelle rettskilder? Det som skiller kontraktspraksis som rettskildefaktor fra de tradisjonelle rettskilder er at kontraktspraksis kan ha en særegenhet som knyttes opp mot en avtale eller det som ligger underforstått i transaksjonene. Dette har den juridiske teorien snakket en del om.

6.2 Kontraktens rettskildestatus i teorien

I den juridiske litteraturen så går meningene i ulike retninger blant teoretikerne vedrørende status for selve kontrakten som rettskilde. Boe skriver at avtaler ikke er rettskil-

defaktorer. Han mener at rettskildefaktorer skaper grunnlag for rettsregler om rettigheter og plikter, mens avtaler løser individuelle spørsmål.⁶⁷

En som på den andre siden har etterlyst kontrakten som en rettskilde er blant annet, Stein Evju som mener at dette trengs ettersom en rettsstiftende viljeserklæring har adskillig generell betydning, og vil være sentralet argumentkilder om de har aktualitet for et konkret problem.⁶⁸ Evju refererer til Rt-1968-540 på sidene 542 førstvoterende og 543 andrevoterende. Saken gjelder testators viljeserklæring og det presiseres at testamenter må undergis konkret tolkning, at man skal komme frem til testators vilje med ordlyden i testamentet som utgangspunkt for tolkingen.⁶⁹ Avgjørelsene viser at partene i kontraktsretten og i andre rettsstiftende erklæringer har fått partsautonomi og kompetanse fra Stortinget til å ta hånd om sine mellomhavende.

Huser har også etterlyst en bedre status for kontrakten og formulerer blant annet dette slik:

”...at kontraktspraksis etter min mening klart etter omstendighetene vil kunne være et relevant argument ved en generell utledning av gjeldende rett på et område.”⁷⁰

Om å anerkjenne kontrakten som en annen rettskildestatus svarer Helgensen/Eckoff på etterlysningen slik:

"Min begrunnelse for å anse individuelle avtaler for fakta, og ikke for rettskildefaktorer, er at de normalt ikke har betydning for bedømmelsen av generelle

⁶⁷ Se Boe (2010) s 184.

⁶⁸ Se Stein Evju i *Jussens Venner* 1980 s 33-34.

⁶⁹ Se Evju refererer også til Rt-1968-156 og Rt-1968-1043.

⁷⁰ Se Huser, *Kontraktspraksis som rettskilde* s 35.

rettsspørsmål. De har betydning for rettsforholdet mellom partene, men det kan også andre fakta ha. Avtalepraksis kan imidlertid ha generell betydning...⁷¹

Woxholt mener at kontraktsretten ikke har så mye å vinne på at kontrakten får rettskildestatus⁷² og skriver vedrørende kontraktspraksis:

”For egen del mener jeg også at kontraktspraksis har rettskildedefunksjoner, jeg understreker at jeg *ikke* sier at kontraktspraksis er en rettskilde.”⁷³

Avslutningsvis skriver Andenæs at kontraktspraksis kan ha status som rettskildedefaktor.⁷⁴ Og videre at:

”Kontrakten har egne bestemmelser som er noe annet enn rettsreglene. Det må skilles mellom kontraktsvilkår og rettsregler om kontrakter.”⁷⁵

Kontrakten regulerer partenes begrensede sfære, mens rettsregler er generelle regler. Videre tolkes kontrakter etter prinsipper for kontraktstolkning.⁷⁶ Gjennom prinsippene for tolkning av kontrakter klarlegges innholdet partene har blitt enige om. De klarlegges ikke av gjeldende rett. Rettsreglene er de som gir evne til å binde seg ved kontrakt, sette den till side eller få den revidert.⁷⁷

I boken Rettskildelære⁷⁸ som er pensum for det juridiske fakultetet i Oslo finnes en liste⁷⁹ over rettskildedefaktorer; Lovtekst, lovforarbeider, rettspraksis fra Høyesterett,

⁷¹Se Eckhoff ved Helgesen, Oslo (2001) s 25.

⁷²Se Woxholth (2007).

⁷³Se Woxholth (2007).

⁷⁴Se Andenæs (2009) *Rettskildelære* s. 109.

⁷⁵Se Andenæs (1997) *Rettskildelære* s. 135.

⁷⁶Se Andenæs (1997) *Rettskildelære* s. 135.

⁷⁷Boe (2010) s. 77.

⁷⁸Se Eckhoff ved Helgesen, Oslo (2001).

⁷⁹Se Eckhoff ved Helgesen, Oslo (2001) s. 23.

myndighetspraksis, privates praksis, juridisk teori og reelle hensyn. Denne listen er ikke uttømmende.

Andre eksempler på rettskilder kan være utenlandske og internasjonale rettskildefaktorer, EU/Eøs rett, folkerett, etterlovarbeider,⁸⁰ forskrifter og Sivilombudsmannens uttalelser. Sivilombudsmannen er Stortingets tillitsmann i forvaltningen. I denne oppgaven hører kontraktspraksis under rettskildefaktoren privates praksis. Privates praksis er også standard kontrakter og samiske sedvaner.⁸¹

Boe har på den andre siden en oppdatert versjon fra sin bok ”Innføring i juss” kontraktspraksis som et alternativ på sin liste over relevante rettskildefaktorer.⁸² Derimot tar ikke Boe opp hvordan relevansen, slutningen eller vekten av kontraktspraksis går til. Det Boe tar opp er generelt hvordan en kan dra slutninger fra en rettskildefaktor. Det finnes flere forfattere som tar opp problemstillingen, men de sier ikke så mye annet enn det som jeg tatt opp her.

6.3 Oppsummering

Jeg tror at uenigheten som sammenstillingen over viser, og det som egentlig drøftes, er den dynamiske karakter. Avtaler og kontrakter er en rettskilde som kan sees fra to ulike perspektiv; rettskildelærens og kontraktsrettens perspektiv. Rettsregler og rettskilder har en mer generell karakter av hva som er relevant og hva som kan legges vekt på. Kontrakten er et rettsgrunnlag og bindende for dem som har vedtatt den og reguler et mer konkret rettsforhold.

Med ander ord, det kommer an på hvem som betrakter rettsområdet og fra hvilket rettsperspektiv rettsanvenderen betrakter den fra.

⁸⁰ Se Andenæs (2009) *Rettskildelære* s. 123.

⁸¹ Se Samiske sedvaner i Ot prp nr 53 2002-2003 kapittel 3.1.6.

⁸² Se Boe, (2010) s 180.

Videre så består rettsanvendelsen mer av prinsipper enn av regler, og derfor bygger en rettskildedefaktors relevans og vekt på en konkret prosess som skifter form ved løsning av et juridisk problem. Kontraktspraksis er en rettskildedefaktor som skifter betydning, form og vekt på ikke-regulerte områder, den endrer form til å være støttemoment ved utfylling og tolkning eller en målestokk for urimeligheter. Partene tilegner seg den, og følger de regler for bruk som gjelder for det rettsområde de befinner seg på. En rettskilde er altså, et argument for å bestemme rettslig gyldig argumentasjon. Det er dette som er relevant og gir status.

En annen årsak som bidrar til uenighetene i rettskildelærens teori kan være fordi Høyesterett sin praksis har lagt vekt på ulike faktorer som påviser praksisen, men ikke har presisert hvordan disse har blitt veid opp mot hverandre. Da er det vanskelig å lese seg til, og å trekke klare og konkrete slutninger for å kunne forutberegne fremtidige situasjoner. Den mangelen på presisering som kan ha blitt brukt på kontraktspraksis, kan ha vært en medvirkende årsak til at kontraktspraksis har blitt kritisert i teorien.

Den kritikken mot kontraktspraksis som jeg kan forstå er den trend som vi kan se i norsk rett og det kontinentale Europa som er på vei til å lovfeste viktige regelverk, og harmonisere de forpliktelser Norge har forpliktet seg til. Dette skal skje på en så ensartet måte som mulig, og man må unngå det som bygger på særegne tradisjoner. Her kan det da oppstå spørsmål rundt kontraktspraksis.

7 Slutelig bemerkning og oppsummering

Det ligger i rettstradisjonens natur å tilpasse seg etter samfunnsutviklingen. Akkurat nå påvirkes den norske rettsordningen av Europa og annen globalisering. Ovenstående sammenstilling for kontraktspraksisens vekt og relevans som faktor viser at de klassiske rettskildefaktorene ikke alltid er tilstrekkelige som ”tolknings verktøy” innen de områder der de ellers tradisjonelt dominerer. Det er en naturlig del når retten

utvikles og påvirkes av samfunnet og borgenes handlinger, det kan altså forandre rettskildebildet og nye faktorer aktualiseres. Rettskildefaktorene påvirkes av forandring ettersom de er bidragsyttere i å tolke den gjeldende rett og andre forpliktelser som påvirker vår nasjonale rett.

Når rettsutviklingen går for langsomt og globaliseringen og samfunnsutviklingen går for raskt frem, som for områdene der man kan tenkes at kontraktspraksisens kan ha status som rettskildefaktor, kan det bli opp til partene som har kunnskap og kompetanse å forme regler og løsninger på sitt rettsområde. Dette er positivt og negativt. Aktørene finner de løsninger som er passende for dem. De trenger ikke og byrde domstolsvesenet.

De juridiske problemer i saker vedrørende kontraktspraksis kan ikke alltid de private aktørene selv løse, og ofte vil de ikke anses som særlig egnet for behandling i Høyesterett. Dette kan føre til at de tar sine saker, og løser disse i voldgift. Konsekvensen av voldgift er ikke bare at det er kostbart for partene, men en voldgiftsdom har ikke noe annet formål enn å være veiledende for andre rettsanvendere i de alminnelige domstolene. Spørsmålet om voldgift som rettskildefaktor overlater jeg til en annen kandidat.

Videre skulle en statusendring av kontraktspraksis kunne innebære flere mulige mest riktige resultat i domstolene som er et formål i tvistelovens regelverk. Det må da gjøres i samsvar med at retten blir så opplyst som mulig for å kunne avgjøre verdi, kvalitet av kontraktspraksis og øvrig material som påberopes. Som tidligere bemerket er det vanskelig å bedømme hvor ofte retten refererer til kontraktspraksis i premissene. Like så i upubliserte dommer, som for eksempel voldgift.

Det kan dog sies at kontraktspraksis forekommer, noe som kan gi en antydning på at den er mer akseptert som rettskildefaktor enn hva som fremkommer i den juridiske doktrinen. Vi har for øvrig også der sett en aksept smyge seg frem. I denne sammen-

heng kommer jeg også inn på det som jeg tidligere har hvert inne på for at kontraktspraksis skal kunne utgjøre en relevant rettskilde så må den være tilgjengelige for rettsanvenderen.

Den uenighet i den juridiske teorien vedrørende den formelle relevanslisten over rettskildefaktorer, sammenholdt med domstolens tradisjonelle uvilje til å behandle typesaker trenger ikke å ha så stor vekt på det praktiske rettsområdet for kontraktspraksis. Det jeg tenker på er at det kan lede til at aktørenes kontraktspraksis får hvile på en karakter av ”tilstrekkelig god kvalitet” som de ”nøyer seg med”, og at relevans og vekt holder i en rettsak.

7.1 Sluttelig konklusjon for kontraktspraksis som rettskildefaktor

I dagens rettsordning har kontraktspraksis ikke en status som rettskildefaktor som hviler på et generelt grunnlag. Den er en rettskildefaktor på sine konkrete rettsområder med både relevans og vekt. En rettskildefaktor kan sammenfattes som det relevante material rettsanvenderen refererer til, og tar i betraktning i sitt rettslige argument det legges vekt på for at kunne løse et juridisk spørsmål. Det kan absolutt antas at retten tar disse i betraktning når de påberopes, og retten kan akseptere kontraktspraksis.

Vanskeligheten ved å bevise kontraktspraksis er et tungt argument imot endret status, mens det som på den andre siden taler for er partenes innarbeidede kvalitet. Det er dog Høyesterett som beslutter om tillemplingen av praksisen og kontraktspraksis kan ses som et positivt bidrag til de områdene der det savnes regulering.

Videre kan det konstateres at kontraktspraksis har en betydning for vekten som rettskildefaktor i en vektomgang i Høyesterett. Særlig når kontraktspraksis kommer med en viss styrke, kvalitet og innarbeidet faktor. Kontraktspraksis kan nok ha en tyngde i henhold til påvirke resultatet gjennom det skjønn som dommeren utøver.

For at kontraktspraksis skal kunne være forenlig med kvalitet og kunne bedømmes deretter må bransjeorganisasjon innarbeide referanserammer eller Høyesterett forankre prinsipper og retningslinjer.

Fra et rettskildelære perspektiv, bør kontraktspraksisen gis betydeligere juridisk vekt og relevans enn andre rettskildefaktorer ut ifra praksisens dynamiske karakter og utvikles i takt med rettsområdene der de dominerer. På den andre siden finnes de andre rettskildene som ikke henger med i denne utvikling, og derfor bør man se hen til kontraktspraksis.

Det kan forstås som at til en forandring skjer på dette området må, som jeg presiserte tidligere, ansvaret ligge på de praktiserende advokatene som påberoper seg kontraktspraksis i retten. Således kan Høyesterett siden vurdere dennes relevans, dra slutninger fra den og vektlegge den.

Her har lovgiver det slutlige ansvaret for på områder av ytterst viktighet, der kontraktspraksis er dårlig, til å endre på dette. Men de har også ansvar der den er tyngre enn andre tradisjonelle rettskildefaktorer.

8 Lister over Litteratur

- Andenæs, Mads Henry *Kontraktsvilkår* Oslo 1989 Sjørettsfondet
- Andenæs, Mads Henry *Rettskildelære*, Oslo 2009, 2. utgave
- Andenæs, Mads Henry *Rettskildelære*, Oslo 1997
- Boe, Erik Magnus *Innføring i Juss*, Oslo 2010 Universitetsforlaget
- Eckhoff, Torstein ved Helgesen Jan E. *Rettskildelære*, Oslo 2001 Universitetsforlaget 5. utgave
- Haaskjold, Erlend *Kontraktsforpliktelser*, Oslo 2002, Cappelen Akademisk Forlag
- Hagstrøm, Viggo *Alminnelig obligasjonsrett*, Knophs oversikt over Norges rett 12. utgave Oslo 2004 s. 275-330
- Helge J. Thue *Internasjonal privatrett*, Oslo 2002, Gyldendal akademisk
- Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* Bergen, 1999 Universitetsforlaget
- Woxholth, Geir *Avtalerett* 2012 Oslo, Gyldendal akademisk, 8. utgave

Hefte

- Huser, Kristian *Rettskildebruk i juridisk forskning – 3 foredrag*, Bergens juridiske fakultets skriftserie 1991 nr 33
- Evju, Stein *Tre rettskildeteorietiske arbeider*, Jussens Venner 1980 BIND XV s. 33-48, Hefte 1

Linker

- Woxholth, Geir (2007)
<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR3000/h07/JUR3000-2-1/undervisningsmateriale/Kontraktens%20rettskilde.doc>
Lest 2012-06-27
- <http://www.regjeringen.no/Rpub/OTP/20022003/053/PDFS/OTP200220030053000D/DDPDFS.pdf>
lest 2012-10-05

Artikler

- Lovdata; Knag, Alf Johan, 2010, *Hvordan skrive kontrakt? En sann historie om ønsketenkning, ukyndighet og annen konfliktskapende virksomhet*

Lovdata; Hagstrøm, Viggo 1994, *Urimelige avtalevilkår*, Lov og Rett 1994 s. 131

Lovdata; Torvund, Olav 1999, *Opphavsrett i oppdragsforhold* (Kunngjort 2009-05-20)

Lovdata; Ola Fredriksens 2008, *Høyesteretts anvendelse av ligningspraksis som rettskilde*

Rettspraksis

Rt-1997-269

Rt-2005-1729

Rt-2005-1112

Rt-1966-857

Rt-1968-540

Rt-1973-967

Rt-1987-269

Rt-2006-1547

Rt-1994-425

Rt-2003-134

Rt-1997-1109

Rt-1988-276

Rt-1968-156

Rt-1968-1043

LF-1995-410