

No-waiver-klausuler og bortfall av misligholdsbeføyelser

Spesialoppgave (20 vekttall)
Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo
Våren 2005

Kandidat: Fredrik Skribeland

Veileder: Professor Giuditta Cordero Moss

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Rammen for avhandlingen – prosjekttilknytning	1
1.2	Introduksjon til avhandlingens tema	3
1.3	No-waiver-klausuler	4
1.3.1	No-waiver-klausuler som definerer rettsvirkninger av waiver	6
1.3.2	No-waiver-klausuler som definerer rettsfakta for waiver	7
1.3.3	Sammensatte no-waiver-klausuler	9
1.3.4	Oppsummering – særlig om no-waiver-klausulers formål	9
1.4	Problemstilling og avgrensninger	10
1.4.1	Innledning til problemstillingen	10
1.4.2	Problemstillingen	13
1.4.3	Nærmere avgrensninger og forutsetninger	14
1.5	Beskrivelse av metode og opplegg for den videre fremstillingen	14
2	ENGELSK RETT – NO-WAIVER-KLAUSULERS BAKTEPPE	17
2.1	Innledning	17
2.1.1	Metode	17
2.1.2	Om fremstillingen videre	18
2.2	Introduksjon til engelsk rett	19
2.3	Grunnleggende kontraktsrett – avtalefrihet og good faith	21
2.4	Misligholdsbeføyelser	25
2.5	Bortfallsgrunner for misligholdsbeføyelser	26
2.5.1	Limitation of actions	26
2.5.2	Waiver	27
2.5.3	Laches og acquiescence	35
2.5.4	Oppsummering	37
2.6	No-waiver-klausuler i kontrakter underlagt engelsk rett	38
3	NORSK RETT – MED ET KOMPARATIVT PERSPEKTIV	40
3.1	Innledning	40
3.1.1	Metode	40
3.2	Avtalefrihet, avtalebinding og hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet	42
3.3	Lojalitetsplikt	42

3.4	Rimelighet	48
3.5	Misligholdsbeføyelser	49
3.6	Bortfall av misligholdsbeføyelser	50
3.6.1	Bortfall ved foreldelse.....	50
3.6.2	Bortfall ved disposisjon (avkall)	50
3.6.3	Bortfall ved overtredelse av reklamasjonsplikt	52
3.6.4	Bortfall etter det alminnelige passivitetsprinsipp	55
3.6.5	Oppsummering.....	60
4	NO-WAIVER-KLAUSULER I KONTRAKTER UNDERLAGT NORSK RETT	61
4.1	Innledning	61
4.2	Tolkning av no-waiver-klausuler	63
4.2.1	Utgangspunktet for tolkningen – kort om tolkningsprinsipper	65
4.2.2	Klausulens ordlyd	67
4.2.3	Formålshensynet	69
4.2.4	Operasjonshensynet.....	70
4.2.5	Hensynet til lojalitet og hensynet til bakgrunnsretten	71
4.2.6	Betydningen av klausulens kontekst	72
4.2.7	Oppsummering – avveining av tolkningsmomentene	73
4.2.8	Særskilt om korrigerende tolkning.....	75
4.3	Sensur av no-waiver-klausuler	77
4.3.1	Hjemmel for lojalitetsbasert avtalesensur	78
4.3.2	Subsumsjon – lojalitetsbasert sensur av nw-klausuler	84
5	KONKLUSJONER	95
6	LITTERATURLISTE	100

1 Innledning

1.1 Rammen for avhandlingen – prosjekttilknytning

Denne avhandlingen er skrevet innenfor rammen av prosjektet Anglo-American Contract Models and Norwegian or Other Civil Law Governing Law (heretter Anglo-amerikanske kontraktsmodeller).¹ Prosjektet har som formål å studere de rettslige konsekvensene av at kontraktsmodeller med anglo-amerikansk opphav benyttes som forbilde for kommersielle kontrakter som reguleres av norsk rett (eller av et annet "civil law"-rettssystem).²

Anglo-amerikansk terminologi og kontraktsbestemmelser

Slik bruk av anglo-amerikanske kontraktsmodeller har allerede i lang tid vært utbredt, og mye tyder på at utbredelsen bare vil øke i årene fremover. At mange norske bedrifter etterhvert har innført engelsk som internt arbeidsspråk, er symptomatisk for internasjonaliseringstrenden, og dette kan gi grobunn for ytterligere økning i bruken av engelskspråklige kontrakter også når begge de kontraherende parter er norske. Å harmonisere anglo-amerikansk juridisk terminologi med norsk bakgrunnsrett er i seg selv en stor utfordring, som ligger innenfor prosjektets forskningsfelt. En ytterligere utfordring oppstår imidlertid siden ikke bare språket, men også selve kontraktsbestemmelsene har sitt utspring i anglo-amerikansk rett.³ Det er denne problemstillingen jeg skal si litt mer om i det følgende. Først er det imidlertid på sin

¹ Se nærmere om prosjektet på dets hjemmeside: http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/index.html

² For en drøftelse av om norsk rett overhodet kan sies å være et "civil law"-system, se Zweigert/Kötz, Comparative Law s. 277 flg. Det konkluderes der med at de nordiske lands rettssystemer bør kategoriseres som "civil law", men at de samtidig må sies å utgjøre en egen rettsfamilie innenfor denne overordnede kategorien.

³ Andenæs betegner fenomenet (under overskriften "Den moderne resepsjon: Anglo-amerikanske kontraktsvilkårs internasjonale innflytelse") som en "reell uniforming" til forskjell fra "den formelle uniformering som finner sted på grunnlag av internasjonalt uniforme kontraktsdokumenter" (Andenæs, Kontraktsvilkår s. 214).

plass å si noen få ord om en grunnleggende forskjell mellom norsk og anglo-amerikansk kontraktsrett.

Norsk og anglo-amerikansk kontraktsrett – ulik vekt på forutberegnelighetshensyn

Et svært tungtveiende hensyn i anglo-amerikansk kontraktsrett og kontraktstradisjon er hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet. Partene skal kunne vite nøyaktig hvilke rettigheter og plikter de har å forholde seg til. Dette er absolutt et relevant hensyn også i norsk kontraktsrett – og det tillegges betydelig vekt i kommersielle forhold – men konkurrerende hensyn spiller likevel en langt mer sentral rolle i norsk rett enn i anglo-amerikansk rett. Dette gjelder særlig rimelighets- og lojalitetshensyn. Denne grunnleggende forskjellen vil jeg komme tilbake til.

Forholdet mellom kontraktsbestemmelser og bakgrunnsretten

Ideelt sett burde alle kontrakter skreddersys for det rettssystemet som skal regulere kontraktsforholdet, slik at forholdene legges til rette for et gunstig samspill mellom kontrakten og den aktuelle bakgrunnsretten. Når en kontraktsbestemmelse – eller en hel kontraktsmodell – tas ut av sine ”naturlige omgivelser” og settes inn i rammen av et annet rettssystem, oppnås ikke det opprinnelig tiltenkte samspillet. I slike tilfeller kan det være uklart hvilke rettsvirkninger de aktuelle kontraktsbestemmelsene vil bli tillagt. Dette gjelder ikke minst når kontrakten skal reguleres av et rettssystem som det norske (eller et annet civil law-system), som har en omfattende bakgrunnsrett med stor gjennomslagskraft i kontraktsforholdet.

Motsetningsforholdet mellom klarhet og forutberegnelighet

Uklarheten rundt rettsvirkningene av slik fremmedartet kontraktsregulering står i et direkte motsetningsforhold til hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet. Dette er særlig ironisk med tanke på at mange av de aktuelle anglo-amerikanske kontraktsbestemmelsene opprinnelig er utarbeidet nettopp for å fremme forutberegneligheten i kontraktsforholdet.

Prosjektets formål og metode

Prosjektet Anglo-amerikanske kontraktsmodeller har som formål om å avhjelpe de uklarheter som bruken av anglo-amerikanske kontraktsbestemmelser medfører. Dette

formålet fremmes blant annet gjennom bevisstgjøring om relevante forskjeller mellom norsk og anglo-amerikansk rett, og gjennom analyse av kontraktsbestemmelsene for å avdekke såvel konkret som mer generell og systematisk friksjon med norsk rett. Hvordan jeg har valgt å tillempes prosjektets metode i denne avhandlingen, kommer jeg tilbake til i punkt 1.5.

1.2 Introduksjon til avhandlingens tema

Boilerplate-klausuler

Temaet for denne avhandlingen er en klausul som inkluderes i sekkebetegnelsen ”boilerplate-klausuler”. ”Boilerplate” kan defineres som ”[r]eady-made or all-purpose language that will fit in a variety of documents” eller ”[f]ixed or standardized contractual language that the proposing party views as relatively nonnegotiable”.⁴ Begrepet brukes særlig om klausuler som påvirker den grunnleggende ”driften” av kontrakten, i motsetning til kontraktens transaksjonsspesifikke materielle innhold.⁵ Typiske boilerplate-klausuler går altså igjen i svært mange kontrakter, gjerne uten at utformingen av klausulen særskilt tilpasses den enkelte kontrakt eller kontraktstype – de ”klippes og limes”. Dette medfører at boilerplate-klausuler kan egne seg som selvstendige studieobjekter, altså at det kan gi utbytte å studere dem løsrevet fra et konkret kontraktsforhold.

Formålet med boilerplate-klausuler: Sikkerhet og forutberegnelighet

Formålet med å bruke boilerplate-klausuler til å regulere ”driften” av kontrakten er at partene skal kunne forutberegne sin rettsstilling på grunnlag av avtalen, og dermed unngå at en domstol isteden må falle tilbake på bakgrunnsrettens generelle kontraktsregler, med den usikkerheten dette medfører.⁶ Bruken av slike klausuler er dermed et utslag av det overordnede ønsket om å fremme sikkerhet og

⁴ Black’s Law Dictionary. Samme sted fremgår det at begrepet opprinnelig ble brukt om skriftlig materiale som ble distribuert til aviser i form av trykkplater. Denne distribusjonsformen gjorde at det ikke kunne gjøres endringer.

⁵ Jf. Anderson, A-Z Guide to Boilerplate s. 42; Christou, Boilerplate s. 1

⁶ Jf. Christou, Boilerplate s. 1

forutberegnelighet i kontraktsforhold. Som nevnt står dette hensynet svært sterkt i anglo-amerikansk kontraktsrett og kontraktspraksis.

Boilerplate-klausulen som er tema for denne avhandlingen

Den typen boilerplate-klausuler jeg vil behandle i denne avhandlingen, kalles ”no-waiver-klausuler”.⁷ I tråd med prosjektets formål er avhandlingens tema samspillet – og særlig den eventuelle friksjonen – som oppstår mellom en no-waiver-klausul og bakgrunnsretten, når klausulen er inntatt i en kommersiell kontrakt som reguleres av norsk rett. I punkt 1.4 vil jeg konkretisere dette generelle temaet i en spesifikk problemstilling. Før jeg kan gjøre det, er det imidlertid nødvendig å se nærmere på hva no-waiver-klausuler er.

1.3 No-waiver-klausuler

Begrepet ”waiver”

Begrepet ”waiver”, slik det brukes i engelsk rett, vil bli nærmere presentert under gjennomgåelsen av engelsk bakgrunnsrett i kapittel 2. Som det der vil fremgå, kan ”waiver” oversettes som ”avkall” på eller ”frafallelse” av rettigheter. Alle klausuler som på en eller annen måte regulerer frafallelse av rettigheter kan dermed sies å være ”waiver-klausuler”. Innenfor en slik vid forståelse av begrepet faller klausuler som i seg selv gir uttrykk for en ”waiver”, altså at den ene eller begge parter gjennom klausulen gir avkall på visse rettigheter som de normalt ville ha i kontraktsforholdet.

Begrepet ”no-waiver-klausuler”

”No-waiver-klausuler” er et snevrere begrep, selv om også dette favner om mange ulike varianter av klausuler. Slike klausuler gir ikke i seg selv uttrykk for en ”waiver”, men regulerer eventuelle *fremtidige* situasjoner i løpet av kontraktsforholdet, hvor en ”waiver” forekommer eller påstås forekommet. Nærmere bestemt søker slike klausuler

⁷ ”No-waiver-klausuler” er en delvis oversettelse av den engelske betegnelsen ”no-waiver clauses” (som også kan staves ”no waiver clauses”). Den språklige hybrid ”no-waiver-klausuler” er ikke spesielt elegant. Jeg anser imidlertid alternativene for å være dårligere, for eksempel å beholde den engelske betegnelsen i en ellers norsk tekst eller å konstruere en fullstendig norsk oversettelse.

på ulike måter å avgrense – og dermed begrense – slike fremtidige ”waiver”, derav den negative betegnelsen ”no-waiver-klausuler”.

”No-waiver-klausul” er *ikke* det man på engelsk kaller ”a legal term of art”, altså et begrep med et klart definert rettslig innhold. Dette understrekes av at begrepsbruken omkring denne kategorien klausuler ikke er konsekvent: Uttrykk som ”anti-waiver-klausuler” og ”nonwaiver-klausuler” benyttes som alternative betegnelser, og også den noe misvisende kortformen ”waiver-klausuler” forekommer i denne betydningen.⁸ De ulike betegnelse på klausulen har antagelig oppstått på samme måte som klausulen selv – i det praktiske rettsliv – og er adoptert i kontraktsrettslitteraturen, særlig i arbeider med praktisk tilsnitt.

Det ligger utenfor denne avhandlingen å forsøke å gi en uttømmende definisjon og avgrensning av hvilke klausuler som kan betegnes som no-waiver-klausuler (heretter nw-klausuler). I det følgende vil jeg nøye meg med å gi en grunnleggende oversikt over typiske klausuler som gjerne inkluderes i denne kategorien. Dette vil jeg gjøre ved å presentere ulike varianter av nw-klausuler, som jeg kategoriserer etter hvilken spesifikk *funksjon* hver av dem er ment å fylle i et avtaleforhold, altså hva som er hensikten med å innta den enkelte type nw-klausul i en kontrakt. En slik systematisk oversikt over forskjellige varianter av nw-klausuler gir forhåpentlig grunnlag for en god forståelse av den spesifikke varianten som er relevant i denne avhandlingen, og dermed et solid utgangspunkt for selve drøftelsen av denne klausultypens samspill med norsk rett.

Om kategoriseringen av klausulene

Ved kategoriseringen benytter jeg regelmodellen som er kjent fra rettskildelæren.⁹ Etter denne modellen kan regler uttrykkes på formen ”hvis X, så Y”. Innholdet i ”hvis-leddet” kalles rettsfakta eller betingelser; innholdet i ”så-leddet” kalles rettsfølge eller

⁸ Overskriften på no-waiver-klausulen er i mange kontrakter bare ”Waiver”, og da er betegnelsen ”waiver-klausul” nærliggende.

⁹ Jeg finner det ikke dermed nødvendig å ta stilling til spørsmålet om avtaler skal klassifiseres som ”rettskilder” eller ”rettskildefaktorer”, som er omstridt i juridisk teori. Det er tilstrekkelig å slå fast at avtalebestemmelser har en form og en funksjon inter partes som gjør rettsregelmodellen anvendelig som et hjelpemiddel for systematikken.

rettsvirkning.¹⁰ Nw-klausuler gir som nevnt reguleringer for fremtidige situasjoner i kontraktsforholdet, nærmere bestemt situasjoner hvor en ”waiver” forekommer eller påstås forekommet. Klausulens regulering av disse situasjonene kan være knyttet til rettsfakta (ved at klausulen oppstiller vilkår for at en waiver skal anses å foreligge) eller til rettsfølger (ved at klausulen angir virkninger av at en waiver faktisk foreligger). Dette skillet tar jeg utgangspunkt i ved kategoriseringen.

Det må understrekes at den kategoriseringen jeg benytter, kun er ment for å lette oversikten, altså som et pedagogisk og systematisk hjelpemiddel. Den kunne vært foretatt på alternative måter og etter andre kriterier, og er ikke ment å ha selvstendig rettslig betydning.

Litt om terminologi

Som nevnt kan ”waiver” oversettes med ”avkall” på eller ”fracfallelse” av rettigheter. Av hensyn til flyten i språket vil jeg i den følgende presentasjonen av nw-klausuler benytte det norske ordet ”avkall” fremfor det engelske ”waiver”, uten at jeg med det mener å sette likhetstegn mellom norske regler om ”avkall” og regler om ”waiver” i anglo-amerikanske rettssystemer.

1.3.1 No-waiver-klausuler som definerer rettsvirkninger av waiver

Nw-klausuler som regulerer regelens rettsvirkningsside, vil skjematisk kunne formuleres etter følgende mønster: ”Hvis det foreligger et avkall, så [rettsvirkninger]”. Nw-klausuler i denne kategorien tar altså utgangspunkt i en situasjon hvor det allerede er på det rene at et avkall foreligger. Som nevnt har nw-klausuler generelt en avgrensende funksjon. Avgrensning av rettsvirkningene kan skje på mange måter, og jeg skal her bare gi noen typiske eksempler.

Utelukkelse av rettsvirkninger for andre tilfeller og andre rettigheter

¹⁰ Jf. Eckhoff, Rettskildelære s. 46. Bryde Andersen har formulert det slik: ”Som *retsregel betragtet* kan en *aftale* – og enhver selvstendig retsregel, der fremtræder i den (f.eks. et *løfte*) – præsenteres i en regelmodel, der udskiller et *retsfaktum* (et sæt ”betingede kendsgerninger”) fra en *retsfølge*.” (Bryde Andersen, Praktisk aftaleret s. 21 (uth. i originalen))

Nw-klausuler blir ofte benyttet til å presisere at et avkall bare skal ha rettsvirkninger med hensyn til den spesifikke rettigheten som det er gitt avkall på, og bare med hensyn til den aktuelle forekomsten av denne rettigheten. Med slike klausuler søker man ikke minst å unngå at et avkall i ett eller flere tilfeller skal påvirke fremtidige rettigheter. Normalt avgrenses rettsvirkningene negativt. Her er noen eksempler:¹¹

“A waiver by a party hereto of any particular provision hereof shall not be deemed to be a waiver in the future of the same or any other provision of this Agreement.”

“No waiver of any breach of any term hereof shall be deemed a waiver of any preceding or succeeding breach of the same or any other term.”

Begrensning av rettsvirkningene i det aktuelle tilfellet

En nw-klausul kan også søke å begrense rettsvirkningene med hensyn til den rettigheten det faktisk gis avkall på. En typisk regulering av denne art er at et avkall på en rettighet ikke skal være bindende, men skal kunne trekkes tilbake:

“Any waiver (whether effected by a positive waiver or by a delay or failure in enforcement) by any party hereto of its right, in any instance, to require compliance with any of the provisions of this Agreement by the other party shall not prevent that party (subject to reasonable notice where a positive waiver has been given) subsequently requiring such compliance in respect of that instance by the other party.”

1.3.2 No-waiver-klausuler som definerer rettsfakta for waiver

Nw-klausuler som regulerer regelens rettsfaktaside, vil skjematisk kunne formuleres etter følgende mønster: ”Hvis [rettsfakta], så foreligger det et avkall”. Også innenfor denne kategorien nw-klausuler finnes det store variasjoner. Jeg vil gjennomgå to typiske klausultyper, nemlig nw-klausuler som avgrenser relevante rettsfakta *positivt* gjennom å oppstille skriftlighetskrav, og nw-klausuler som avgrenser relevante rettsfakta *negativt* gjennom å ekskludere passivitet som relevant rettsfaktum.

Positiv avgrensning av relevante rettsfakta – skriftlighetskrav

¹¹ Klausuleksemplene jeg bruker i avhandlingen, er (i god boilerplate-ånd) ”klippet og limt” fra diverse kilder, herunder Fosbrook/Laing, A-Z of Contract Clauses; Anderson, A-Z Guide to Boilerplate; Christou, Boilerplate.

En nw-klausul kan angi hvilke vilkår som må være oppfylt for at et avkall skal anses å foreligge, og dermed gi en positiv avgrensning av hva som er relevante rettsfakta. En svært utbredt kategori nw-klausuler fastslår at et avkall kun er gyldig dersom det er avgitt skriftlig:

“No waiver shall be binding or effectual for any purpose unless set out in writing and signed by the party giving such waiver.”

Slike nw-klausuler benyttes gjerne i sammenheng med to andre typer boilerplate-klausuler, nemlig ”whole-agreement clauses” og ”variation clauses”.¹² En ”whole-agreement-klausul” (som på norsk gjerne kalles ”integrasjonsklausul”¹³) avgrenser avtalen til å omfatte de vilkår som kommer skriftlig til uttrykk i ett eller flere nærmere angitte avtaledokumenter. Klausulen søker altså å avskjære øvrig dokumentasjon – skriftlig, muntlig eller i enhver annen form – fra å påvirke innholdet av avtalen.¹⁴ En typisk ”variation-klausul” regulerer blant annet hvilken fremgangsmåte som må benyttes hvis avtalen skal endres etter inngåelsen, og krav om skriftlighet er vanlig.¹⁵ Skjematisk uttrykt vil formålet med ”whole-agreement-klausulen” i en slik kontrakt være å avskjære at muntlige utsagn (og annet som ikke tilfredsstillers klausulens formkrav) *forut for* (eller samtidig med) kontraktsinngåelsen blir en del av den opprinnelige avtalen, mens formålet med de to andre klausulene vil være å forhindre at *etterfølgende* muntlige utsagn (og annet som ikke tilfredsstillers klausulenes formkrav) fører til bindende endring av kontrakten (”variation”) eller avkall på rettigheter (”waiver”). Anvendt slik vil de tre klausulene, ved å øke kravene til formalitet, virke sammen mot målet om størst mulig grad av forutberegnelighet i kontraktsforholdet. Det er ikke uvanlig at funksjonene fra alle disse tre klausulene samles i én klausul:

“This Agreement contains the full understanding of the parties with respect to the subject matter hereof and supersedes any previous agreements between the parties regarding such subject matter. This Agreement may not be amended nor

¹² ”Whole-agreement clause” kalles også blant annet ”entire-agreement clause”, ”merger clause” og ”integration clause”, mens ”variation clause” også går under betegnelser som ”amendment clause”, ”no-oral-amendments clause”, ”no-oral-modification clause” og ”written-modification clause”, noe avhengig av klausulens nærmere innhold.

¹³ Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 63-64 og 127-128; Rt. 1992 s. 796

¹⁴ Jf. Christou, Boilerplate s. 181; Anderson, A-Z Guide to Boilerplate s. 88

¹⁵ Jf. Christou, Boilerplate s. 183-184; Anderson, A-Z Guide to Boilerplate s. 13

any of its provisions waived except in writing executed by the party against which such amendment or waiver is sought to be enforced.”

Negativ avgrensning av relevante rettsfakta – avskjæring av passivitetsvirkninger

Vi har sett at rettsfaktasiden av avkallsspørsmålet kan søkes regulert gjennom en positiv avgrensning av hva som skal til for at et avkall skal anses avgitt. Avgrensningen kan imidlertid også skje negativt. En svært utbredt variant av nw-klausuler fastslår at passivitet ikke skal være et relevant rettsfaktum:

“No failure or delay by either party in exercising any of its rights under the Contract shall be deemed to be a waiver of that right.”

Det er nw-klausuler i denne kategorien som er tema i avhandlingens hoveddel, og jeg vil derfor gi en grundigere presentasjon av slike klausuler når jeg i punkt 1.4 gjennomgår avhandlingens problemstilling nærmere.

1.3.3 Sammensatte no-waiver-klausuler

En slik skjematisk fremstilling som jeg har gitt i det foregående, kan gi et skjevt bilde av hvordan nw-klausuler i praksis ser ut. Man bør være klar over at nw-klausuler kan inneholde elementer fra flere av kategoriene vi har drøftet i det foregående. Ikke minst er det praktisk at en nw-klausul regulerer både rettsfakta og rettsvirkninger. På rettsfaktasiden oppstiller den en terskel for å statuere et avkall, og på rettsvirkningssiden avgrensner den rettsvirkningene av et eventuelt avkall, for eksempel slik:

“No failure or delay by either party in exercising any of its rights under the Contract shall be deemed to be a waiver of that right, and no waiver by either party of any breach of the Contract by the other shall be considered as a waiver of any subsequent breach of the same or any other provision.”

“No waiver shall be binding or effectual for any purpose unless set out in writing and signed by the party giving such waiver, and such waiver shall only be effective in that specific case and for the purpose for which it is stated that the waiver is provided.”

1.3.4 Oppsummering – særlig om no-waiver-klausulers formål

Nw-klausuler søker altså å regulere ulike aspekter ved fremtidige situasjoner som kan oppstå i kontraktsforholdet. Dette kan være situasjoner hvor det er spørsmål om hvorvidt det *foreligger* en ”waiver” (rettsfakta), eller situasjoner hvor det er spørsmål

om hvilke *virksomheter* en "waiver" som faktisk foreligger, skal tillegges (rettsfølge). Klausulens regulering av disse situasjonene er gjerne "firkantet", i motsetning til bakgrunnsrettens ofte "runder" – mer skjønnsmessige – regler. Formålet med klausulen er å gi partene økt sikkerhet i kontraktsforholdet ved at de kan forutberegne sin rettsstilling med utgangspunkt i klausulens regulering fremfor å måtte forholde seg til bakgrunnsrettens generelle regler. Det overordnede formålet med klausulen er altså å fremme forutberegneligheten i kontraktsforholdet. Dette er i tråd med formålet bak boilerplate-klausuler generelt, og det hensynet som fremmes, står svært sterkt i anglo-amerikansk kontraktstradisjon.

1.4 Problemstilling og avgrensninger

1.4.1 Innledning til problemstillingen

Bakgrunn for valget av problemstilling

De ulike variantene av nw-klausuler gir grunnlag for en rekke interessante drøftelser av potensiell friksjon i samspillet mellom nw-klausulen og norsk bakgrunnsrett. Jeg har valgt å legge opp min drøftelse med utgangspunkt i en typisk konfliktsituasjon mellom kontraktsparter, hvor et grunnleggende spenningsforhold mellom nw-klausulen og norsk rett etter mitt skjønn kommer på spissen. Spenningen oppstår mellom på den ene siden nw-klausulens formål – å fremme forutberegneligheten i kontraktsforhold – og på den andre siden et sentralt hensyn i norsk kontraktsrett, nemlig hensynet til lojalitet mellom kontraktspartene.

Beskrivelse av den relevante konfliktsituasjonen mellom kontraktspartene

Konfliktsituasjonen jeg tar utgangspunkt i, kan beskrives slik: En kontraktspart (debitor) har misligholdt sine kontraktsforpliktelser slik at det har oppstått en rett for medkontrahenten (kreditor) til å utøve en eller flere misligholdsbeføyelser.¹⁶ Etter misligholdet har imidlertid kreditor forholdt seg passiv overfor debitor. Når kreditor etter en tid krever å få utøve en eller flere av de misligholdsbeføyelsene som debtors

¹⁶ Dette kan uttrykkes som at jeg opererer med et "funksjonelt misligholdsbegrep", altså at bruken av begrepet mislighold avgjøres av de rettsvirkninger som oppstår, snarere enn av hvilke rettsfakta som foreligger ("formelt misligholdsbegrep"), jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 323.

mislighold berettiget ham til, hevder debitor at denne retten er bortfalt, og at grunnlaget for bortfallet er kreditors inaktivitet i etterkant av misligholdet.

Konfliktsituasjonen og spenningsforholdet mellom lojalitet og forutberegnelighet

Som vi vil se i kapittel 3, utgjør den norske lojalitetsplikten i kontraktsforhold en grunnleggende forskjell fra engelsk rett. I samsvar med den alminnelige lojalitetsplikten finnes det i norsk kontraktsrett "lojalitetsbaserte bortfallsgrunner" for misligholdsbeføyelser, nemlig reklamasjonsfrister og det alminnelige passivitetsprinsippet. Det finnes ikke noe generelt motsvar til disse reglene i engelsk rett, og i vår konfliktsituasjon vil det derfor gjelde forskjellige regler i de to rettssystemene. De norske lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene er svært skjønsmessige, og de står derfor i et motsetningsforhold til hensynet til forutberegnelighet, som ligger til grunn for nw-klausulen. I møtet mellom nw-klausulen og de norske lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene vil dermed spenningsforholdet mellom forutberegnelighet og lojalitet settes på spissen.

Relevant nw-klausul for konfliktsituasjonen

Den beskrevne konflikten dreier seg om hvorvidt kreditors passivitet skal tillegges rettsvirkning i form av bortfall av misligholdsbeføyelser, altså hvorvidt passivitet i dette tilfellet kan være rettsfaktum for en relevant bortfallsregel. Vi har allerede sett at det finnes nw-klausuler som regulerer slike spørsmål, nemlig den siste kategorien klausuler som ble presentert i punkt 1.3.2. Det er imidlertid nødvendig med noen ytterligere presiseringer.

I den kortfattede presentasjonen av nw-klausuler unnlot jeg å problematisere begrepet "rettigheter", altså selve objektet i en slik klausul. Det fremgår imidlertid av eksempelklausulene at de aktuelle rettighetene kan defineres og avgrenses på ulike måter. Objektet for de nw-klausulene som er relevante for vår drøftelse, er retten til å utøve misligholdsbeføyelser.¹⁷ Slike nw-klausuler betegnes gjerne som "no-waiver-of-

¹⁷ Drøftelsen har selvsagt også relevans for klausuler som ikke retter seg spesifikt mot misligholdsbeføyelser, men som må anses å inkludere misligholdsbeføyelser innenfor en videre formulert angivelse av virkeområdet.

breach-klausuler” eller ”no-waiver-of-remedies-klausuler”. Her er noen eksempler på hvordan slike klausuler kan være utformet:

“No delay in acting with regard to any breach of any provision shall be construed to be a waiver of such breach.”

“No delay or omission in exercising any right or remedy hereunder shall operate as a waiver hereof.”

“No delay or omission to exercise any right or remedy accruing to either party upon any breach or default of the other party shall impair any such right or remedy or be construed to be a waiver of any such breach or default.”

“Preservation of Remedies: No delay or omission to exercise any right, power or remedy accruing to either party upon breach or default by either party under this Agreement shall impair any such right, power or remedy of either party; nor shall such delay or omission be construed as a waiver of any such breach or default.”

Nærmere om klausulens formål

I likhet med formålet med øvrige nw-klausuler er formålet med denne underkategorien å fremme forutberegneligheten i kontraktsforholdet. Mer spesifikt er formålet å gi kreditor sikkerhet for at en rett som har oppstått på hans hånd til å utøve misligholdsbeføyelser, ikke faller bort fordi mer eller mindre skjønnsmessige regler i bakgrunnsretten tillegger hans passivitet rettsvirkninger. At dette er formålet, fremgår også av omtalen av denne typen klausuler i praktisk orientert kontraktsrettslitteratur:

“If [the innocent party] ... does nothing about the breach, or takes a long time to react to it, he may lose his right to take action in respect of that breach. ... A waiver clause generally seeks to assert that if a party fails to take action in respect of a breach, he does not lose his rights to take action in respect of ... the instant breach”.¹⁸

“Many systems of law state that failure to enforce rights under an agreement may in some circumstances amount to a waiver of those rights. Since parties often, either deliberately or through an oversight, fail to enforce their rights under an agreement to the full, it is advisable to provide for this situation under express clauses.”¹⁹

“[No waiver clauses] are useful ways of protecting the rights of parties who fail to take action immediately over alleged breaches of contract. They may delay

¹⁸ Anderson, A-Z Guide to Boilerplate s. 191

¹⁹ Christou, Boilerplate s. 203

taking action because they have not yet been able to examine the goods, or because the defect is hidden, or other such reasons. If they delay long enough they might make it appear that they are satisfied with the performance of the contract, and so might risk losing their rights to complain.”²⁰

1.4.2 Problemstillingen

Den overordnede problemstillingen som vil være utgangspunkt for min hoveddrøftelse, kan formuleres slik: Hvilken innvirkning vil en nw-klausul ha på spørsmålet om bortfall av retten til å utøve misligholdsbeføyelser i norsk rett?

I innledningen til selve hoveddrøftelsen, punkt 4.1, vil jeg redegjøre nærmere for hvordan jeg vil angripe problemstillingen. Jeg vil imidlertid allerede nevne at et mål for drøftelsene er at de skal legge grunnlaget for å besvare noen praktisk orienterte spørsmål som er relevante for alle klausuler som transplanteres fra sine ”naturlige omgivelser” i et anglo-amerikansk rettssystem til norsk rett. Spørsmålene dreier seg om hvordan klausulen passer sammen med norsk bakgrunnsrett, og fokuserer særlig på forholdet mellom *formålet* bak klausulen og klausulens *faktiske* rettsvirkninger når den står i en kontrakt som er underlagt norsk rett. Gjennom å besvare disse spørsmålene håper jeg å trekke den rent praktiske essensen ut av drøftelsene. Jeg vil stille følgende spørsmål:²¹

- Er kontraktsregulering *nødvendig* i norsk rett for å oppnå nw-klausulens ønskede rettsvirkninger? (Eller gjør innholdet av norsk bakgrunnsrett slik kontraktsregulering overflødig?)
- I hvilken utstrekning er nw-klausulens ønskede rettsvirkninger *mulig å oppnå* i norsk rett?
- Er nw-klausulen *tilstrekkelig* i norsk rett? (Oppnås, slik klausulen er utformet, de ønskede rettsvirkninger – i den utstrekning det er mulig å oppnå dem?)

²⁰ Whincup, Contract Law and Practice s. 120

²¹ Spørsmålene er basert på en ”mal” for prosjektet Anglo-amerikanske kontraktsmodeller utarbeidet av prosjektleder Giuditta Cordero Moss. Den konkrete utformingen av spørsmålene er min egen.

- Hvordan bør nw-klausulen utformes for å få *størst mulig effekt* i norsk rett? (Hvilken utforming gir størst grad av samsvar mellom ønskede rettsvirkninger og faktiske rettsvirkninger?)

1.4.3 Nærmere avgrensninger og forutsetninger

I drøftelsene tar jeg utgangspunkt i de grunnleggende regler som gjelder for kontrakter generelt, såkalt alminnelig kontraktsrett (eller obligasjonsrett).

Jeg forutsetter at no-waiver-klausulen er tatt inn i en gyldig, individuelt forhandlet, skriftlig kontrakt. Jeg avgrenser altså både mot avtalerettslige spørsmål knyttet til den opprinnelige avtaleinngåelsen og mot særlige spørsmål som kan oppstå hvis nw-klausulen er inkorporert i avtalen gjennom en henvisning til den ene partens standardvilkår.²² Jeg problematiserer heller ikke representasjons- og identifikasjonsspørsmål. Videre legger jeg til grunn at kontrakten inneholder en håndhevbar lovvalgsklausul, og avgrenser således mot fagområdet internasjonal privatrett (lovvalgsrett). Jeg forutsetter også at kontrakten er inngått i næringsforhold mellom jevnbyrdige parter uten særskilt beskyttelsesbehov.

1.5 Beskrivelse av metode og opplegg for den videre fremstillingen

Før jeg går løs på avhandlingens hoveddel, vil jeg presentere opplegget for den videre fremstillingen og redegjøre litt nærmere for valget av dette opplegget. Valget har nær sammenheng med avhandlingens tilhørighet til prosjektet Anglo-amerikanske kontraktsmodeller, og det er derfor hensiktsmessig å forklare det i lys av prosjektet.

Kapittel 2

²² Boilerplate-klausuler, herunder nw-klausuler, kan sies å være ”standardiserte vilkår”, siden utformingen ofte varierer lite fra kontrakt til kontrakt. I typisk kommersielle avtaleforhold vil likevel boilerplate-klausulene ikke være ”standardvilkår”, men inngå som et element i den individuelt forhandlede avtalen. For en gjennomgåelse av forholdet mellom boilerplate-klausuler og standardvilkår, se McKendrick, Contract Law s. 420.

Innenfor prosjektets ramme har kunnskap om anglo-amerikansk kontraktsrett selvstendig interesse, både på grunnleggende nivå og på detaljnivå. Slik kunnskap gir grunnlag for å forstå innholdet og utformingen av kontraktsreguleringer som er basert på disse rettssystemene. I kapittel 2 gjennomgår jeg derfor relevante elementer av ett av de aktuelle rettssystemene, nemlig engelsk rett.²³

Kapittel 3

Økt forståelse har selvsagt en egenverdi, men forståelse av kontraktsreguleringens anglo-amerikanske opphav gir også en god innfallsvinkel til å identifisere potensielle problemstillinger i møtet mellom den aktuelle kontraktsreguleringen og norsk rett. En nærliggende fremgangsmåte for å identifisere slike mulige problemstillinger er å sammenligne de relevante reglene i engelsk rett med motsvarende regler i norsk rett, med vekt på de forskjeller som kan ha betydning for klausulens rettsvirkninger.

Avhandlingen har derfor et komparativt element, i kapittel 3, hvor den relevante norske bakgrunnsretten presenteres og holdes opp mot de engelske reglene som allerede er gjennomgått. Dette inngår altså som et naturlig ledd i arbeidet med å belyse hovedproblemstillingen, men en slik sammenligning har også selvstendig interesse i tråd med prosjektets overordnede tema.

Kapittel 4

I kapittel 4 kommer selve hoveddrøftelsen. Der er det altså nw-klausulens samspill med norsk rett som står i fokus. Jeg tar utgangspunkt i de relevante forskjeller mellom engelsk og norsk rett som jeg har identifisert i det foregående kapittelet, og lar dette danne et bakteppe for selve drøftelsene av nw-klausulens innvirkning på spørsmålet om bortfall av retten til å utøve misligholdsbeføyelser i norsk rett. Et grunnleggende trekk ved avhandlingens metode setter et særlig sterkt preg på dette kapittelet: Avhandlingen tar utgangspunkt i en *type* klausul, uten at klausulen er satt inn i rammen av et bestemt

²³ Valget av rettssystem kunne i prinsippet like gjerne falt på amerikansk rett. Mitt valg av engelsk rett er i overensstemmelse med prosjektets hovedfokus på dette rettssystemet, som blant annet skyldes at engelsk rett på enkelte punkter er et mer "fundamentalistisk" common law-system enn amerikansk rett, og dermed understrekes kontrastene til civil law bedre. Videre er to fremtredende eksperter på engelsk kontraktsrett tilknyttet prosjektet, hvilket muliggjør kvalitetssikring av de norske prosjektdeltagernes forståelse av relevant engelsk rett.

avtaleforhold. Dette medfører at utgangspunktet for drøftelsene adskiller seg markert fra det utgangspunkt en domstol vil ha når den skal ta stilling til en tvist. En domstol vil som grunnlag for sin drøftelse ha store mengder informasjon om den konkrete avtalen, avtalepartene og hendelsesforløpet som har gitt opphav til tvisten. Slike omstendigheter ved det enkelte avtaleforhold vil spille en viktig rolle ved fastleggelsen av en avtales rettsvirkninger, og med det generelle utgangspunktet er det følgelig umulig å komme ”til bunns” i drøftelsene. Jeg mener imidlertid at denne ulempen mer enn oppveies av den store *fordelen* som ligger i å ha et generelt utgangspunkt, nemlig at drøftelsene kan gjøres mer overordnede og prinsipielle, med større allmenngyldighet og overføringsverdi.

Kapittel 5

I kapittel 5 avrunder jeg avhandlingen med å besvare de grunnleggende spørsmålene jeg stilte i punkt 1.4.2 om forholdet mellom nw-klausulen og norsk rett.

2 Engelsk rett – no-waiver-klausulers bakteppe

2.1 Innledning

Som nevnt i innledningskapittelet er en presentasjon av nw-klausulens ”naturlige omgivelser” et viktig element i denne avhandlingen. Dette skyldes ikke at engelsk rett nødvendigvis vil spille noen viktig rolle ved drøftelsen av nw-klausulens virkninger i norsk rett. Vel så viktig er den selvstendige verdi som ligger i å få innsikt i tenkemåten som ligger til grunn for utformingen av klausulen, og den økte forståelse og bevisstgjøring denne innsikten legger grunnlaget for. Den følgende presentasjonen av relevante elementer av engelsk rett vil forhåpentlig bidra til dette. Videre fungerer denne presentasjonen som grunnlag for den korte komparative gjennomgåelsen av de norske og engelske reglene, som igjen utgjør en innfallspurt til hoveddrøftelsen i avhandlingen.

2.1.1 Metode

Engelsk rett er i stor grad domstolsskapt, og en grundig analyse fordrer dyptpløyende gjennomgåelse av store mengder rettspraksis, som kan danne grunnlag for induksjon av generelle regler. En selvstendig analyse av gjeldende engelsk rett ville sprengte rammene for avhandlingen, og dessuten forutsette langt mer omfattende kunnskaper om engelsk rett og engelsk juridisk metode enn jeg som norsk jusstudent besitter. Det ville også flytte fokus bort fra avhandlingens hovedtema, da gjennomgåelsen av engelsk rett først og fremst er ment som et informativt bakteppe for analysen av no-waiver-klausulens virkninger i norsk rett. Min presentasjon av engelsk rett vil derfor basere seg på en sammenfatning av sentral juridisk litteratur på de relevante rettsområdene. Disse teoretiske fremstillingene av engelsk rett er basert nettopp på den metoden jeg har skissert over: Gjennomgåelse av enorme mengder rettspraksis og induksjon fra dette materialet. Jeg har et omfattende noteapparat med fortløpende henvisninger til de teoretiske fremstillingene jeg baserer min gjennomgåelse på, og ved å følge disse vil man finne videre henvisninger til primærkilder, som altså i stor grad er rettspraksis.

To engelske kontraktsrettsekspertter som er tilknyttet prosjektet Anglo-amerikanske kontraktsmodeller, Edwin Peel og Jim Percival, har bidratt med ettertidig kvalitetssikring av min forståelse av engelsk rett.²⁴ De har dessuten kommet med innspill når det gjelder nw-klausulens rettsvirkninger, og dette vil jeg komme tilbake til i punkt 2.6.

Særlig om språklige utfordringer

Siden denne avhandlingen i stor utstrekning omtaler engelsk rett, er det nødvendig å si litt om de språklige utfordringer dette medfører. Å fremstille et rettssystem på et annet språk enn rettssystemets eget vil alltid være problematisk.²⁵ Den enkleste og mest presise løsningen på – for ikke å si omgåelsen av – problemet er å beholde originalspråkets terminologi. Jeg har derfor i stor utstrekning valgt å beholde engelske begreper når engelsk rett er tema. En slik språkblanding går imidlertid på bekostning av lesbarheten, og det er av den grunn grenser for hvor mye denne metoden kan og bør benyttes. Det må derfor tas forbehold om at norske ord og begreper som benyttes i delene av avhandlingen hvor engelsk rett beskrives, ikke skal forstås med samme innhold som de har i norsk rett. I enkelte tilfeller har jeg valgt å sette det originale engelske begrepet i parentes ved første gangs bruk av et norsk begrep. Meningen er da at det norske begrepet deretter skal anses som definert i samsvar med det engelske, så lenge det benyttes i omtale av engelsk rett.

2.1.2 Om fremstillingen videre

De elementene av engelsk rett som er relevante for denne avhandlingen, ligger skjematisk uttrykt på to nivåer. For det første har vi enkelte generelle, overordnede prinsipper og regler innen kontraktsretten, som sier noe om hvilket ”kontraktsklima” klausulen er blitt til i. Disse vil jeg presentere i punkt 2.3. For det annet har vi de helt konkrete rettsregler som nw-klausulen støter an mot, nemlig reglene om bortfall av

²⁴ En nærmere presentasjon av Peel og Percival er tilgjengelig på følgende nettside:

http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/persons_englishlaw.html

²⁵ Jf. Sacco, Legal Formants s. 10-20

retten til å utøve misligholdsbeføyelser. For at ikke fremstillingen av bortfallsgrunnene skal bli hengende i løse luften, er det også nødvendig å si litt om selve misligholdsbeføyelsene som kan bortfalle. Misligholdsbeføyelser gjennomgås kort i punkt 2.4, mens bortfallsgrunner behandles langt mer inngående i punkt 2.5. En generell innføring i engelsk rett ligger utenfor denne avhandlingens rammer, men for at en jurist med bakgrunn fra norsk rett (eller et annet civil law-system) skal få sammenheng i en fremstilling av selv et avgrenset rettsområde i engelsk rett, er det likevel nødvendig med kjennskap til visse grunnleggende trekk ved rettssystemet. Dette behovet forsøker jeg å tilfredsstille gjennom en kort redegjørelse i punkt 2.2. Til slutt i kapittelet, i punkt 2.6, trekker jeg nw-klausulen inn i drøftelsen og ser kort på dens samspill med engelsk bakgrunnsrett.

2.2 Introduksjon til engelsk rett

I denne korte introduksjonen har jeg valgt å ta utgangspunkt i begrepet ”common law” og redegjøre for tre distinkte betydninger av dette begrepet. Bakgrunnen for dette valget av innfallsvinkel er først og fremst at alle de tre betydningene hver for seg er sentrale for den grunnleggende forståelsen av engelsk rett. Skal man forstå den grunnleggende oppbygningen av engelsk rett, er det vanskelig å komme utenom den historiske utvikling.²⁶ Fremstillingen i det følgende vil derfor inneholde historiske elementer, selv om siktemålet er å formidle en forståelse for systemet slik det er i dag.

Første betydning – rettsfamilie

For en norsk jurist vil antagelig den mest kjente bruken av begrepet ”common law” være som betegnelse på den rettsfamilien som omfatter alle de tidligere britiske koloniene som fortsatt har rettssystemer som springer ut av det engelske (herunder USA, Canada og Australia). Begrepet brukes da særlig som motstykke til ”civil law”, som er en betegnelse på de rettssystemene som tilhører den kontinentaleuropeiske tradisjonen, og som også norsk rett anses å tilhøre. Det er dette skillet mellom ”common

²⁶ Jf. Zweigert/Kötz, Comparative Law s. 181: ”More than any other legal system now in force, English law demands a study of its historical origins. ... some legal systems are more consciously tied to their past than others, more attached to traditional forms of legal thinking despite social and economic change, and none more than England.”

law” og ”civil law” som har gitt grunnlag for prosjektet Anglo-amerikanske kontraktsmodeller.

Andre betydning – rettspraksis

Engelsk rett har utviklet seg gjennom århundrelang rettspraksis, styrt av en lære om prejudikaters bindende kraft.²⁷ Gjeldende rett slik den er utviklet i rettspraksis, kalles ofte ”the common law”, som et motstykke til lovgivning, ”statutory law”.²⁸ Tradisjonelt er også statutory law i stor grad spesifikk og kasuistisk, og bærer preg av at den ikke er ment å fylle rollen som rettssystemets skjelett, som i mange andre rettssystemer, men kun er tiltenkt å utfylle eller modifisere det primære common law-systemet på klart avgrensede punkter.²⁹ På dette grunnlag kan man si at det engelske rettssystemet som helhet er preget av kasuistikk snarere enn overordnede og generelle regler og doktriner;³⁰ det er preget av induksjon heller enn deduksjon.³¹

Tredje betydning – motsetning til ”equity”

Den tredje og siste betydningen av ”common law” foreligger når begrepet brukes som motsetning til ”equity”.³² Equity er et system som ble utviklet parallelt med common

²⁷ Denne prejudikatslæren omfatter ikke bare avgjørelser i den øverste domstolen, House of Lords. En domstol anses bundet av enhver avgjørelse avsagt av en hvilken som helst domstol høyere i hierarkiet. Prejudikatslæren innebar tidligere også at House of Lords anså seg bundet av sine egne avgjørelser, men i 1966 erklærte House of Lords at selv om de som hovedregel ville fortsette å følge sine egne avgjørelser, ville de i fremtiden avvike fra dem når de anså det riktig. (Se James’ Introduction s. 15-16)

²⁸ James’ Introduction s. 23

²⁹ I likhet med i de fleste andre europeiske land har imidlertid lovproduksjonen økt ekstremt i nyere tid, og på stadig flere områder er det kommet lovgivning av mer overordnet og systematisk karakter. Dette har imidlertid ikke skjedd på viktige felter som bl.a. familierett, erstatningsrett og – vesentlig for vår fremstilling – alminnelig kontraktsrett, jf. Zweigert/Kötz, Comparative Law s. 200-201.

³⁰ Jf. Zweigert/Kötz, Comparative Law s. 181: ”... England ... [was not] affected in practice by the idea ... that the disorderly and patchy historical growth of law could be pruned and planed into a generally comprehensible form as a result of deliberate and planned legislation based on a rational system.” Se også Dalhuisen, International Commercial Law s. 73 om det engelske rettssystem: “... it is not intellectual or systematic, but rather practical and the result of gradual development ...”.

³¹ Jf. James’ Introduction s. 15

³² Brukt i denne sammenhengen forekommer det også at ”the common law” forkortes til bare ”the law”, slik at man får begrepsparet ”at law and in equity”.

law. Systemet oppsto allerede i middelalderen som en klageordning for dem som hevdet seg urettferdig behandlet av domstolene under det særdeles rigide common law-systemet. Disse klagene ble behandlet av rikets øverste embedsmann, the Chancellor (senere the Lord Chancellor). The Chancellor avgjorde klagene etter rimelighetsprinsipper, i tråd med sin samvittighet.³³ Gjennom avgjørelsene i slike saker utviklet det seg gradvis et mer rigid regelsett, som etter mønster av utviklingen av common law etterhvert ble ansett å utgjøre et eget system, administrert av en egen equity-domstol (the Court of Chancery).³⁴ Equity-systemet har imidlertid hele tiden inntatt en subsidiær posisjon. Dets rolle har ikke vært å utvikle et nytt rettssystem i *konkurrans*e med common law, men å *utfylle* det rigide common law-systemet.³⁵

I vår sammenheng er det særlig interessant at det innen equity ble utviklet egne beføyelser ("remedies") som supplerte det begrensede utvalget beføyelser i common law.³⁶ Innen kontraktsretten er naturaloppfyllelse ("specific performance") det viktigste eksempelet, og dette vil jeg komme tilbake til. Til forskjell fra rettigheter med utspring i common law (eller statutory law) vil man formelt sett aldri ha en ubetinget rett til "equitable relief". Hvorvidt dette skal innvilges, er i prinsippet underlagt domstolens frie skjønn. I moderne tid styres riktignok også equity i praksis av ganske rigide normer basert på rettspraksis, men det gjenstår fortsatt et lite element av rimelighetsskjønn.³⁷

2.3 Grunnleggende kontraktsrett – avtalefrihet og good faith

Avtalefrihet og avtalers bindende kraft

³³ "Equity" betyr nettopp rimelighet og rettferdighet.

³⁴ Etter omfattende domstolsreformer mot slutten av 1800-tallet administreres common law og equity av de samme domstoler, men håndhevelsen av reglene skjer etter de prinsipper som er utviklet i de respektive systemene.

³⁵ Jf. James' Introduction s. 28: "... equity *assumes the law*: it did not come to defeat the common law but to supplement it and to '*fulfil*' it. It is not a rival, but an ancillary system of rules ..." (uth. i originalen); se også Zweigert/Kötz, Comparative Law s. 190.

³⁶ Jf. James' Introduction s. 27

³⁷ Hvor lite dette resterende elementet av konkret rimelighetsskjønn er, synes noe uklart. Se for eksempel Dalhuisen, International Commercial Law s. 264, som fremstiller det som nærmest ikke-eksisterende, sml. James' Introduction s. 28, som er mer åpen for at skjønn fortsatt forekommer.

Prinsippet om avtalefrihet ("freedom of contract") er rotfestet i engelsk kontraktsrett, særlig når det er snakk om kommersielle forhold.³⁸ Prinsippet har måttet tåle enkelte innskrenkninger i nyere tid,³⁹ men så sent som i 2003 ble følgende uttalt av den øverste domstolen, House of Lords: "Commercial men must be given the utmost liberty of contracting".⁴⁰ Nært beslektet og like rotfestet er prinsippet om avtalers bindende kraft, "the binding force of contracts".⁴¹ Sammen utgjør disse prinsippene det ideologiske grunnlaget for et klart rettslig utgangspunkt i engelsk rett, nemlig at man kan forplikte seg til hva man vil, og at det man først har forpliktet seg til, må man overholde.

Sikkerhet og forutberegnelighet

Hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet i kontraktsforhold har en meget sterk stilling, særlig i kommersielle forhold.⁴² Dette har nær sammenheng med den store vekten på avtalefrihet og avtalers bindende kraft. Partene skal ved kontraktsinngåelsen kunne forutberegne sin rettsstilling, uten å måtte innkalkulere noen risiko for at en domstol senere setter til side eller modifierer det som er avtalt, for eksempel fordi den mener avtalen allerede i utgangspunktet var urimelig, eller på grunn av en uventet etterfølgende utvikling. Engelske domstoler er generelt villige til å holde partene til deres løfter – slik disse er kommet til uttrykk i den opprinnelige avtalen – selv i tilfeller hvor dette kan synes svært urettferdig på det tidspunkt avtalen gjøres gjeldende. Videre skal partene kunne regulere sitt forhold uttømmende, uten at det er fare for at domstolen pålegger ytterligere plikter og tilkjenner ytterligere rettigheter etter skjønn. Disse grunnholdningene regnes for å være en viktig delforklaring på den utbredelse engelsk rett har i internasjonale kommersielle forhold.⁴³

³⁸ Jf. Chitty on Contracts s. 11

³⁹ For et raskt overblikk over slike innskrenkninger, se Chitty on Contracts s. 12-14

⁴⁰ Lord Bingham of Cornhill i *Homburg Houtimport B.V. v. Agrosin Private Ltd* ("The Starsin") [2003] UKHL 12

⁴¹ Jf. Chitty on Contracts s. 14-16

⁴² Jf. Anson's Law of Contract s. 3: "The importance accorded by English law to the planning function is shown by its preference for rules that provide certainty, particularly in commercial contracts where speed and certainty have been said to be of paramount importance."

⁴³ Jf. Goode, Good Faith s. 6-7: "One reason for the rigorous approach adopted by English law towards the observance of contractual undertakings is our view that in what we like to think – perhaps wrongly –

Good faith

En kontraktspart har etter engelsk rett ingen generell plikt til å ta hensyn til sin medkontrahents interesser, hverken i kontraheringsfasen eller under gjennomføringen av avtalen. Spørsmålet om slike generelle plikter drøftes gjerne under merkelappen ”good faith”. Good faith-plikter er innført på begrensede områder, ofte gjennom lovgivning, ikke minst i forbrukerforhold.⁴⁴ Good faith har dessuten i større grad vunnet innpass i enkelte andre common law-land, herunder USA.⁴⁵ Dette har ført til debatt om anerkjennelse av et slikt overordnet prinsipp også i engelsk rett, men en slik anerkjennelse har hittil ikke funnet sted.⁴⁶ Et utslag av at det ikke finnes noen slike generelle regler om good faith, er at man kan forfølge sine egne interesser fullt ut i kontraheringsfasen – det er for eksempel ingen opplysningsplikt eller plikt til å forhandle i god tro.⁴⁷ Tilsvarende er det i oppfylleelsesfasen kun en plikt til å oppfylle kontraktens vilkår rent objektivt; det er ingen subjektiv standard som setter grenser for utøvelsen av kontraktsmessige rettigheter.⁴⁸

is the world's leading financial center, the predictability of the legal outcome of a case is more important than absolute justice. It is necessary in a commercial setting that businessmen at least should know where they stand. The law may be hard, but foreigners who come to litigate in London – and many foreigners actually do so even where their contract is not governed by English law and has no contact with England – will at least know where they stand. We are worried that if our courts become too ready to disturb contractual transactions, then commercial men will not know how to plan their businesslife. ... The last thing that we want to do is to drive business away by vague concepts of fairness which make judicial decisions unpredictable, and if that means that the outcome of disputes is sometimes hard on a party we regard that as an acceptable price to pay in the interest of the great majority of business litigants.”

⁴⁴ Jf. Chitty on Contracts s. 16-17. Utviklingen i retning av ”good faith” i forbrukerforhold er fremskyndet av EU-direktiver.

⁴⁵ Jf. Chitty on Contracts s. 20

⁴⁶ Jf. Chitty on Contracts s. 17-20; Furmston, Law of Contract s. 28; Zimmermann/Whittaker, Good faith s. 39-41

⁴⁷ En berømt uttalelse fra House of Lords lyder slik: “However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations.” (Lord Ackner i Walford v. Miles [1992] 2 AC 128)

⁴⁸ Jf. Zimmermann/Whittaker, Good faith s. 40

Det er verdt å bemerke enkelte eksempler på at det tross alt er et visst rom for rimelighetsbetraktninger også i engelsk rett.⁴⁹ Et slikt eksempel er tolkningsprosessen: Det vil kreve klar tale å overbevise en domstol om at det faktisk har vært partenes intensjon at et avtalevilkår skal tillegges en mening som fører til et urimelig resultat.⁵⁰ Videre kan det etter læren om ”implied terms” i begrenset utstrekning innfortolkes enkelte vilkår i avtalen som tilsvarer det som i andre systemer anses som utslag av et overordnet prinsipp om good faith.⁵¹ Denne læren innebærer vel å merke *ikke* at det innfortolkes et *generelt* vilkår om at kontraktsforpliktelser skal gjennomføres i overensstemmelse med good faith.⁵² Det må også understrekes at det kun dreier seg om *tolkningsspørsmål*, ikke preseptoriske grenser for avtalefriheten. Dersom avtalen er klar nok, vil dens ordlyd gjennomføres.⁵³ Et annet eksempel på at rimelighetsbetraktninger har en viss plass i det engelske rettssystemet, er equity-systemet, som jeg allerede har omtalt. Det må imidlertid igjen understrekes at selv om systemet er *grunnlagt* på rimelighetsbetraktninger, er dagens equity-system i praksis styrt av rigide normer, som etterlater et begrenset rom for konkret rimelighetsskjønn.

⁴⁹ Se også Zimmermann/Whittaker, Good faith s. 44-48

⁵⁰ Jf. Chitty on Contracts s. 22-23. I en kjent dom fra House of Lords, som riktignok går svært langt sammenlignet med det meste av engelsk rettspraksis, er dette poenget oppsummert på følgende måte: “The fact that a particular construction leads to a very unreasonable result must be a relevant consideration. The more unreasonable the result the more unlikely it is that the parties can have intended it, and if they do intend it the more necessary it is that they shall make that intention abundantly clear.” (Lord Reid i L Schuler AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd, [1974] AC 235)

⁵¹ Jf. Chitty on Contracts s. 23-24

⁵² Jf. Atiyah, Law of Contract s. 212-213

⁵³ I kommentaren til PECL art. 1:201 (“Good Faith and Fair Dealing”) drøftes den engelske (og irske) rettstilstanden på dette punkt. Selv om det der argumenteres kraftfullt for at engelsk rett har mange enkelttrekk som sammenfaller med rettstilstanden i land med generelle prinsipper om ”good faith”, innrømmes det at ”the English approach based on construction of the agreement is a weak one as it cannot prevail against clear contrary provisions in the agreement” (PECL s. 117-118 (note 3)). Det konkluderes samme sted med at art. 1:201 ”represents an advance on English and Irish law”.

2.4 Misligholdsbeføyelser

Siden avhandlingens hovedproblemstilling er knyttet til bortfall av misligholdsbeføyelser, er det naturlig med en kort presentasjon av slike beføyelser i engelsk rett – ”remedies for breach of contract”. Det ville imidlertid ligge langt utenfor denne avhandlingens rekkevidde å gjennomgå vilkår for og rettsvirkninger av de ulike beføyselsene. Hensikten med det følgende er å gi en kort presentasjon av hvilke beføyelser som finnes, som et grunnlag for bortfallsdrøftelsen.

Den primære misligholdsbeføyelsen i common law⁵⁴ er erstatning (”damages”), og den uskyldige part vil *alltid* kunne kreve dette.⁵⁵ Erstatningen skal tilsvare partens tap som følge av misligholdet.⁵⁶ I tillegg til erstatning, åpner common law for at mislighold på nærmere vilkår kan gi rett til hevning (”termination for breach”).⁵⁷ De nærmere vilkårene kan være fastsatt i partenes kontrakt eller følge av ulike regelsett i bakgrunnsretten.⁵⁸

⁵⁴ Her brukt som motsetning til equity og statutory law.

⁵⁵ Jf. Anson’s Law of Contract s. 590. Selv uten at den uskyldige part har lidt et tap, vil han tilkjennes en symbolsk erstatning, normalt £2. Den historiske årsaken til at erstatning er den primære beføyelsen, er at ”a claim for breach of contract” har sitt utspring i ”the tort remedy of trespass”, en form for erstatning *utenfor* kontrakt, jf. Zweigert/Kötz, Comparative Law s. 479.

⁵⁶ Jf. Anson’s Law of Contract s. 592, 624. Erstatningen skal ikke være pønalt, og utmålingen er derfor uavhengig av skyld.

⁵⁷ Terminologien rundt de beføyelsene i engelsk rett som er beslektet med det norske hevningensinstituttet, er ekstremt inkonsekvent og omdiskutert. Begreper som ”termination”, ”discharge”, ”rescission” og ”repudiation” brukes om hverandre, og enkelte forfattere har klare oppfatninger om at en bestemt begrepsbruk er mer korrekt eller mer hensiktsmessig enn alternativene. Det virker som begrepet ”termination for breach” er utbredt, og jeg har derfor valgt å benytte dette. Også denne terminologien er imidlertid kritisert, fordi den kan virke villedende forsåvidt gjelder rettsvirkninger, jf. Treitel, Law of Contract s. 849.

⁵⁸ *Virkingen* av hevning er opphør av hver av partenes plikt til å oppfylle sine ikke-forfalte primærforpliktelser; det skjer altså ingen tilbakeføring av ytelser. Unntak fra dette gjelder i kjøpsforhold (”sale of goods”), hvor den aktuelle hevningensbeføyelsen kalles ”rejection”, altså ”avvisning” av kjøpsobjektet, jf. Atiyah, Law of Contract s. 410. For en nærmere gjennomgåelse av vilkår for og virkninger av hevning, se for eksempel Anson’s Law of Contract s. 565-582.

Common law har imidlertid ingen beføyelser som går ut på at en part kan dømmes til å oppfylle sine kontraktsforpliktelser, bortsett fra pengeytelser.⁵⁹ Slike beføyelser finnes derimot i equity; særlig viktig er naturaloppfyllelse ("specific performance").⁶⁰ Denne beføyelsen er imidlertid alltid blitt ansett som subsidiær til erstatning. En nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for å innvilge den, er at de tilgjengelige common law-beføyselsene (i praksis erstatning) bedømmes som utilstrekkelige.⁶¹

2.5 Bortfallsgrunner for misligholdsbeføyelser

I det følgende vil jeg gjennomgå bortfallsgrunner for retten til å utøve misligholdsbeføyelser. I tråd med problemstillingen i avhandlingen vil fokus ligge på hvordan denne retten kan gå tapt på grunn av kreditors passivitet i etterkant av misligholdet.

2.5.1 Limitation of actions

Under common law har tidsforløp ingen innvirkning på rettigheter i kontraktsforhold.⁶² Regler om at tidsforløp medfører bortfall av krav, er imidlertid innført gjennom lovgivning om foreldelse ("limitation of actions").⁶³ Gjennom Limitation Act 1980 går

⁵⁹ Oppfyllelse av pengeytelse er et selvstendig krav adskilt fra erstatning, så pengekreditor trenger ikke å påvise at erstatningsvilkårene er til stede, jf. Anson's Law of Contract s. 630.

⁶⁰ I tillegg har equity beføyelser som "prohibitory injunction" for fullbyrdelse av negative kontraktsforpliktelser (f.eks. konkurranseklausuler eller byggeforbud) og "mandatory injunction" for gjenopprettelse av situasjonen før et kontraktsbrudd (f.eks. etter en uhjemlet utkastelse i et leieforhold), jf. Anson's Law of Contract s. 638-640.

⁶¹ Ved bedømmelsen av om beføyelsen skal innvilges, ser domstolene blant annet hen til ytelsens karakter. Ytelser som innebærer personlig tjenesteytelse, er utelukket fra beføyelsen, og det samme kan gjelde ytelser som skal oppfylles over tid, eller ytelser som er uklart definert. Se nærmere Anson's Law of Contract s. 632-637.

⁶² Jf. Anson's Law of Contract s. 656. "Common law" er her brukt i betydningen "ikke equity eller statutory law".

⁶³ Den engelske foreldelseslovgivningen ("the Limitation Acts") omfatter Limitation Act 1980, Foreign Limitation Periods Act 1984 og foreldelsesbestemmelser spredt rundt i annen lovgivning, jf. Arbitration Act 1996 section 13(4). Denne lovgivningen gjelder også krav som reises ved voldgiftsdomstoler, jf.

muligheten til å forfølge rettslig en rettighet som bygger på ordinær kontrakt, tappt dersom søksmål ikke blir reist innen seks år etter at grunnlaget for søksmålet oppsto.⁶⁴ Partene kan ikke ved forhåndsavtale fastsette lengre tidsfrister enn foreskrevet i Limitation Act 1980, men kortere frister er tillatt, og ikke uvanlig i kommersielle avtaler.⁶⁵ Foreldelsesreglene i Limitation Act 1980 gjelder kun for søksmål i common law, ikke søksmål i equity, men kan likevel i en viss utstrekning anvendes analogisk.⁶⁶ Det er antatt at en slik analogisk anvendelse kan skje når det aktuelle kravet er naturaloppfyllelse,⁶⁷ og dette er det eneste equity-kravet som er relevant i denne avhandlingen.

2.5.2 Waiver

Terminologiske utfordringer

En utfordring i fremstillingen av de spesifikke engelske rettsreglene som direkte utgjør nw-klausulens bakteppe, er at terminologien er uklar og inkonsekvent, og at grensene mellom de ulike rettsreglene og kategoriene er vage og flytende. Dette gjelder ikke minst begrepet ”waiver”, som i engelsk rett benyttes i en rekke ulike betydninger.⁶⁸

Consideration-doktrinen

Arbitration Act 1996 section 13(1). For en oversikt over spesielle foreldelsesregler som er relevante for kontraktsbaserte rettigheter, se Chitty on Contracts s. 1578-1582.

⁶⁴ Jf. Limitation Act 1980 section 5. En nærmere drøftelse av bestemmelsen faller utenfor denne avhandlingen, men det kan være verdt å bemerke at grunnlaget for et søksmål basert på kontrakt som hovedregel oppstår når kontrakten misligholdes, altså ikke på et eventuelt senere tidspunkt når skade som skyldes misligholdet inntreffer, jf. Chitty on Contracts s. 1583-1584; Furmston, Law of Contract s. 706-708. Kreditors aktsomme uvitenhet om sitt krav er ikke til hinder for foreldelse, jf. Anson’s Law of Contract s. 657.

⁶⁵ Jf. Chitty on Contracts s. 1612

⁶⁶ Både lovens uanvendelighet på ”equitable relief” og muligheten til analogisk anvendelse fremgår eksplisitt av section 36 (1).

⁶⁷ Jf. Chitty on Contracts s. 1622

⁶⁸ Jf. Wilken, Law of Waiver s. 35 (fotnoter utelatt): “... commentators and the Courts have found giving a precise meaning to the term [waiver] difficult concluding that it is ‘vague’, ‘imprecise’, ‘not a term of art’, ‘flexible’ and covers ‘a variety of situations’ or ‘a multitude of sins’”. Tilsvarende Treitel, Law of Contract s. 811; Chitty on Contracts s. 261; Anson’s Law of Contract s. 523.

For å forstå hva som ligger bak de doktriner som i varierende grad henføres under samlebetegnelsen "waiver", er det nødvendig å kjenne til den såkalte "consideration-doktrinen" i engelsk kontraktsrett. Denne går ut på at et løfte kun er bindende dersom løftemottager gir en motytelse (eller avgir et *løfte* om en motytelse). Det er denne motytelsen som kalles "consideration".⁶⁹ Kravet om consideration gjelder ikke bare for de opprinnelige løfter som danner grunnlaget for en kontrakt, men også for "variation", som betyr kontraktsendring, altså en gjensidig enighet om å endre partenes avtalte rettigheter og plikter.

Avgrensning mot variation

Det er utbredt å bruke "waiver" som et synonym til "variation"; for eksempel har Oxford Law Dictionary "[v]ariation of a contract" som den siste av tre betydninger under oppslagsordet "waiver". Denne bruken er imidlertid også sterkt kritisert.⁷⁰ I vår sammenheng kan vi umiddelbart avgrense mot denne betydningen. Vi er interessert i "waiver" i den første betydningen i Oxford Law Dictionary: "The act of abandoning or refraining from asserting a legal right".⁷¹ Felles for alle de aktuelle waiver-doktrinene, er for det første at en kontraktspart anses å ha avgitt et uttrykkelig eller underforstått løfte om ikke å utøve en rettighet (i vår sammenheng et løfte om ikke å utøve misligholdsbeføyelser), og for det annet at dette løftet gis rettsvirkninger uten motytelse fra medkontrahenten. På grunn av dette siste punktet utgjør de ulike waiver-doktrinene unntak fra consideration-doktrinen.

⁶⁹ Doktrinen har sin bakgrunn i at kontrakter anses å kunne inngås i gjensidighet, og at forventningen om å motta vederlagsfrie ytelser anses mindre beskyttelsesverdig enn forventningen om å motta noe man har gitt eller lovet å gi vederlag for, jf. Treitel, *Law of Contract* s. 67. Jf. også Anson's *Law of Contract* s. 125, hvor det henvises til argumentasjon for at engelsk rett har valgt å håndheve "byttehandler" ("bargains in the sense of exchanges") fremfor løfter. Consideration-doktrinen er i nyere tid blitt sterkt kritisert, se f.eks. Anson's *Law of Contract* s. 124-126 med videre henvisninger. Det er imidlertid ingen tvil om at den fortsatt er gjeldende rett, jf. følgende relativt ferske uttalelse i House of Lords: "The doctrine of consideration may not be very popular nowadays; but although its progeny, the doctrine of privity, has recently been abolished by statute, the doctrine of consideration still exists as part of our law." (Lord Goff i *Johnson v. Gore Wood & Co*, [2001] 2 WLR 72).

⁷⁰ For kritikk av denne bruken av "waiver" og en avgrensning mellom "waiver" og "variation", se Wilken, *Law of Waiver* bl.a. på s. 15-16 og 39-40.

⁷¹ Betydning nummer to i Oxford Law Dictionary er: "The instrument that declares the act of waiving".

Fremstillingen videre

En generell gjennomgåelse av de ulike waiver-doktrinene, selv med avgrensning til den første betydningen i Oxford Law Dictionary, ligger utenfor denne avhandlingens rammer.⁷² Vi er kun interessert i de tilfellene hvor den aktuelle "legal right" er utøvelse av misligholdsbeføyelser. Waiver-doktriner som kan medføre tap av misligholdsbeføyelser, kan deles i tre kategorier: "Waiver by election", "waiver by estoppel" og "total waiver".⁷³

2.5.2.1 Waiver by election

Når en kontraktspart befinner seg i en situasjon hvor han har valgt mellom gjensidig utelukkende rettigheter, sies han å stå overfor en "election". Når han har valgt å utøve en av rettighetene, har han samtidig valgt bort utøvelsen av de øvrige. Man sier da gjerne at den eller de rettighetene han har valgt bort, er "waived".⁷⁴ Denne prosessen omtales derfor ofte som "waiver by election".⁷⁵ Et typisk tilfelle av at en part står overfor en election, foreligger når medkontrahenten har begått et kontraktsbrudd som gir hevningsrett. Et slikt kontraktsbrudd, som kalles "a repudiatory breach",⁷⁶ berettiger den uskyldige part til å velge mellom å fastholde kontrakten ("affirm the contract") eller heve ("accept the repudiation").⁷⁷ Det interessante spørsmålet i vår sammenheng er hva som skal til for at den uskyldige part skal anses å ha foretatt et bindende valg om å fastholde kontrakten. At den uskyldige part blir bundet til å fastholde kontrakten, vil jo

⁷² En grundig og bred gjennomgåelse av emnet gis i Wilken, Law of Waiver, som jeg i stor utstrekning vil hen vise til i min langt mindre omfattende redegjørelse.

⁷³ Som all annen terminologi på dette feltet varierer betegnelsene på disse doktrinene svært mye. Dette vil jeg komme tilbake til under hvert enkelt punkt. Jeg har med hensikt valgt betegnelser som inkluderer ordet "waiver", for å understreke sammenhengen mellom dem, i tråd med denne avhandlingens tema. Betegnelsene jeg har brukt, er hentet fra Chitty on Contracts s. 1371-1373.

⁷⁴ Jf. Anson's Law of Contract s. 526

⁷⁵ Jf. Chitty on Contracts s. 1371-1372; Wilken, Law of Waiver bl.a. på s. 45-60

⁷⁶ Begrepet "repudiatory breach" brukes her i en vid betydning, jf. terminologidiskusjonen i Treitel, Law of Contract s. 853-854.

⁷⁷ Jf. Chitty on Contracts s. 1366

nettopp innebære at en hevningsrett som på et tidspunkt har foreligget, vil være bortfalt på grunn av etterfølgende omstendigheter.

Vilkår

For at en part skal anses å ha foretatt en slik ”affirmation”, må to hovedvilkår være oppfylt: For det første må parten kjenne til de faktiske forhold som innebærer at motparten har misligholdt kontrakten, og antagelig også til selve retten til å velge mellom fastholdelse og hevning.⁷⁸ Dette vilkåret skyldes at læren om ”waiver by election” er basert på at kreditor faktisk foretar et reelt valg, noe han ikke kan sies å kunne gjøre uten relevant kunnskap. For det annet kreves det at valget av fastholdelse må komme til uttrykk gjennom ”a clear and unequivocal representation”. Dette siste kravet vil jeg gjennomgå i det følgende.

Nærmere om vilkåret ”clear and unequivocal representation”

Det er ingen tvil om at valget av fastholdelse både kan skje uttrykkelig (muntlig eller skriftlig) eller gjennom konkludent adferd. Spørsmålet som er relevant for oss, er om ren passivitet overfor medkontrahentens mislighold kan oppfylle dette kriteriet. Dette er et omstridt og uavklart spørsmål i engelsk kontraktsrett. En gjennomgåelse av vurderingene i relevant juridisk litteratur gir grunnlag for følgende oppsummering: Det synes å være et rom for at ”mere silence and inactivity” kan utgjøre en ”clear and unequivocal representation” – og dermed et tilstrekkelig grunnlag for en ”waiver by election” – men terskelen synes å være svært høy.⁷⁹

⁷⁸ Jf. Wilken, Law of Waiver s. 52-59; Chitty on Contracts s. 1367-1368; Treitel, Law of Contract s. 815-816; Anson’s Law of Contract s. 567-568.

⁷⁹ I Chitty on Contracts uttrykkes det på den ene side at ”[t]he period [given to the innocent party in order to make up his mind] may not be a long one because a party who does nothing for too long may be held to have affirmed the contract” (s. 1367). På den annen side sies det i samme bok at: ”Mere inactivity after breach does not itself amount to affirmation” (s. 1368). Treitel, Law of Contract har følgende å si om spørsmålet: ”Nor is the right [to rescind] lost by mere failure to exercise it: such failure is not normally a sufficiently clear indication that the right will not be exercised. But where, as a matter of business, it is reasonable to expect the injured party to act promptly, unreasonable delay in exercising the right to rescind may give rise to the inference that the contract has been affirmed.” (s. 813-814). Også andre steder i samme bok forutsettes det at inaktivitet kan være tilstrekkelig, op. cit. s. 848 og 855. (Bemerk at Treitel, Law of Contract konsekvent bruker ”to rescind” om det jeg har valgt å omtale som ”to terminate”,

Rettsvirkning av "waiver by election"

Fastholdelse av kontrakten ("affirmation") er bindende straks den er kommunisert til den annen part gjennom en slik "clear and unequivocal representation".⁸⁰ Selv om hevningsretten dermed er tapt, er retten til å kreve erstatning i behold.⁸¹

2.5.2.2 Waiver by estoppel

Vi har sett at "waiver by election" går ut på at kreditor foretar et reelt valg om å fastholde kontrakten, og at dette valget blir bindende straks det er formidlet til debitor gjennom "a clear and unequivocal representation". Fordi "waiver by election" bygger på at et valg faktisk foretas, er det et vilkår at kreditor har relevant kunnskap om kontraktsbruddet som gir hevningsrett. Ved dette regelsettet ligger dermed fokus på kreditor – nærmere bestemt på hans kunnskap og hans opptreden. Som vi skal se nærmere på i det følgende, ligger fokus ved "waiver by estoppel" i større grad på debitor.⁸²

Forholdet til "promissory estoppel"

jf. terminologidiskusjonen op. cit. s. 760.) Også i Furmston, Law of Contract holdes muligheten for at valget kan tilkjennegis "even by silence" åpen (s. 601). Mest negativ synes Wilken, Law of Waiver å være. Der fremholdes det at den rettspraksis som tas til inntekt for at "silence, delay or a failure to act" kan være tilstrekkelig, heller bør sees som et utslag av "estoppel principles" (s. 50-51). ("Estoppel" behandler jeg i punkt 2.5.2.2.) Det konkluderes derfor der med at "... the better view is that silence, delay or a failure to act cannot form an unequivocal representation such that X will be held to have waived its rights" (op. cit. s. 51), selv om muligheten likevel holdes åpen "... in the extreme case in which the silence, inaction, failure to act or lapse of time amounts to a clear and unequivocal representation that X was aware of the facts and chose to do nothing about them ..." (op. cit. s. 75).

⁸⁰ Jf. Chitty on Contracts s. 1369; Treitel, Law of Contract s. 856.

⁸¹ Jf. Chitty on Contracts s. 1373; Anson's Law of Contract s. 526. Sml. punkt 2.5.2.3 om "total waiver".

⁸² For en kortfattet sammenligning av "waiver by estoppel" og "waiver by election", se Chitty on Contracts s. 1372-1373.

”Waiver by estoppel” er ikke en selvstendig doktrine, men et utslag av den overordnede læren som kalles ”promissory estoppel” eller ”equitable estoppel”.⁸³ Det ligger utenfor denne avhandlingens rammer å gjennomgå denne læren generelt, men en rask oversikt er likevel på sin plass.⁸⁴ Læren om promissory estoppel er utviklet i equity.⁸⁵ Dens formål er å mildne konsekvensene for løftemottager av de strenge reglene i common law vedrørende løfters bindende kraft, jf. det som er sagt i det foregående om consideration-doktrinen. Løfter som ikke er bindende i common law, kan likevel ha rettsvirkninger etter læren om promissory estoppel. Siden læren som sagt er utviklet i equity, vil det prinsipielle grunnlaget for å tillegge slike rettsvirkninger være rimelighetsbetraktninger.⁸⁶ Dette formuleres gjerne negativt: Et grunnvilkår for promissory estoppel er at situasjonen er slik at det ville være urimelig (”inequitable”) å tillate løftegiveren å benytte seg av sin rettighet etter common law til å gå fra sitt løfte. Viktige begrensninger i læren om promissory estoppel er at den bare gjelder i tilfeller hvor det allerede foreligger et rettsforhold mellom løftemottager og løftegiver, og at den bare virker defensivt. Dette siste innebærer at læren kun kommer løftemottager til hjelp som et forsvar mot et krav fra løftegiver, altså når det aktuelle løftet går ut på å ikke utøve en rettighet. Løftemottager kan derimot ikke bruke promissory estoppel offensivt; han kan ikke basere et selvstendig krav mot løftegiver på læren.

⁸³ Jf. Chitty on Contracts s. 1372: ”This type of waiver [waiver by estoppel] does not exist as a separate principle ... but is in fact an application of the principle of equitable estoppel ...”. I Wilken, Law of Waiver på s. 110-111 argumenteres det for begrepet ”equitable forbearance” (istedenfor for ”promissory/equitable estoppel”), og det hevdes at det dreier seg om en særegen doktrine som ”fills a lacuna between variation, waiver and estoppel” (s. 111). Denne terminologien har imidlertid ikke fått gjennomslag i annen litteratur og i rettspraksis, og jeg har derfor valgt å ikke benytte den.

⁸⁴ For en mer utførlig gjennomgåelse, se for eksempel Wilken, Law of Waiver s. 109-150 og Chitty on Contracts s. 263-282, som dette avsnittet er basert på. Se også Furmston, Law of Contract s. 107-116; Atiyah, Law of Contract s. 145-149; Treitel, Law of Contract s. 105-119. Mye av drøftelsen av ”promissory estoppel”-doktrinen dreier seg om tilfeller som er beslektet med ”variation”, altså kontraktsendring. Dette er vesentlig i mange sammenhenger, men har ikke relevans når temaet er bortfall av misligholdsbeføyelser.

⁸⁵ Se nærmere om equity i punkt 2.2.

⁸⁶ Det må imidlertid igjen understrekes at equity i dag utgjør et forholdsvis rigid sett regler. Det er derfor snakk om ”rimelighetsbetraktninger” innenfor svært trange rammer.

Vilkår for "waiver by estoppel"

Svært skjematisk kan det sies å foreligge tre vilkår for "waiver by estoppel". For det første må kreditor gjennom "a clear and unequivocal representation" ha gitt debitor inntrykk av at han vil fastholde kontrakten, og dermed gi avkall på sin rett til å heve.⁸⁷ For det annet må debitor ha innrettet seg etter dette avkallet.⁸⁸ For det tredje må situasjonen være slik at det på grunn av debtors innrettelse vil være urimelig ("inequitable") å tillate kreditor å utøve den opprinnelige hevningsretten.⁸⁹ I motsetning til "waiver by election" er læren om "waiver by estoppel" altså ikke basert på at kreditor faktisk foretar et informert valg, og det er derfor ikke noe vilkår om at kreditor har hatt kunnskap om debtors kontraktsbrudd.⁹⁰

Nærmere om vilkåret "clear and unequivocal representation"

Vilkåret om hvordan kreditors waiver må komme til uttrykk, er altså likt formulert ved "waiver by election" og "waiver by estoppel", nemlig som "a clear and unequivocal representation". Også ved "waiver by estoppel" synes det uklart og omstridt i hvilken grad ren passivitet fra kreditors side kan være tilstrekkelig til å oppfylle dette vilkåret. Selv om enkelte mulige nyanser kan utledes av litteraturen, blir oppsummeringen for vårt formål den samme for "waiver by election" og "waiver by estoppel": Det synes å være et rom for at "mere silence and inactivity" kan utgjøre en "clear and unequivocal representation", men terskelen synes å være svært høy.⁹¹

⁸⁷ Jf. Wilken, Law of Waiver s. 115-121 (hvor det riktignok anbefales å bruke "promise" fremfor "representation"); Chitty on Contracts s. 1372

⁸⁸ Jf. Wilken, Law of Waiver s. 126-129; Chitty on Contracts s. 1373. Slik innrettelse trenger ikke å bestå i en aktiv handling; det kan også være en unnlattelse av å foreta en handling som ellers ville blitt foretatt.

⁸⁹ Jf. Wilken, Law of Waiver s. 129-138; Chitty on Contracts s. 1373

⁹⁰ Jf. Wilken, Law of Waiver s. 123-126; Chitty on Contracts s. 1372

⁹¹ Chitty on Contracts synes på dette punkt å sette likhetstegn mellom de to doktrinene: "Both waiver by election and waiver by estoppel share some common elements. The principal similarity is that both would appear to require that the party seeking to rely on it (*i.e.* the party in default) must show a clear and unequivocal representation, by words or conduct, by the other party that he will not exercise his strict legal rights to treat the contract as repudiated." (Chitty s. 1372). Det samme gjelder Treitel, Law of Contract: "The *effects* of such an estoppel are the same as those of a waiver in the sense of election, and both require an unequivocal representation" (s. 816, uth. i originalen). Wilken, Law of Waiver tar utgangspunkt i at "... silence or inactivity may be a relevant but not determinative factor in ascertaining

Rettsvirkninger

Den overordnede doktrinen promissory estoppel vil ofte ha kun midlertidig virkning, i den forstand at løftegiverens rettigheter blir suspendert inntil han trekker tilbake løftet om å avstå fra å utøve dem.⁹² Et slikt tilbakekall må skje med rimelig varsel ("on reasonable notice").⁹³ Dette kan begrunnes med at det ikke anses urimelig ("inequitable") at løftemottageren må rette seg etter et slikt forvarslet tilbakekall. I vår mer spesifikke sammenheng, hvor situasjonen er at løftemottager har innrettet seg etter at kontrakten ikke vil bli hevet, vil det imidlertid ofte være slik at ethvert tilbakekall, uavhengig av varsel, vil virke urimelig. "Waiver by estoppel" vil da ha permanent virkning.⁹⁴ Effekten blir dermed den samme som ved "waiver by election": Hevningsretten er gått tapt, men retten til erstatning er i behold.

2.5.2.3 Total waiver

Når det i engelsk rett er snakk om kreditors waiver etter debtors kontraktsbrudd, er det først og fremst i forbindelse med hevningsretten, slik vi har sett i de foregående punktene om "waiver by election" og "waiver by estoppel". I slike tilfeller er retten til erstatning i behold. Det antas imidlertid i litteraturen at det også er mulig for kreditor å gi avkall på retten til å påberope kontraktsbruddet som sådan, slik at han heller ikke kan kreve erstatning.⁹⁵ Det fastslås imidlertid videre at et slikt avkall på retten til å kreve

whether there has been a clear and unequivocal promise" og legger til at "... pure inactivity will almost always be equivocal" (s. 118-119). Det legges imidlertid til at "... a failure to act when under a commercial duty so to do may in extreme circumstances suffice" (l.c).

⁹² Jf. Chitty on Contracts s. 270-271; Wilken, Law of Waiver s. 138-143

⁹³ Jf. Wilken, Law of Waiver s. 143; Chitty on Contracts s. 270

⁹⁴ Jf. Chitty on Contracts s. 1372-1373

⁹⁵ Jf. Chitty on Contracts s. 1373; Wilken, Law of Waiver s. 61-63; Benjamin's Sale of Goods s. 547-549.

Denne antagelsen knyttes i stor utstrekning til en formulering i Sale of Goods Act 1979 section 11(2): "Where a contract of sale is subject to a condition to be fulfilled by the seller, the buyer may waive the condition, or may elect to treat the breach of the condition as a breach of warranty and not as a ground for treating the contract as repudiated." Det sistnevnte alternativet er "waiver by election", mens det førstnevnte antas å henvise til "total waiver". Det er ikke generelt rom for å anvende Sale of Goods Act analogisk, men bestemmelsen i section 11(2) "... does not appear to be introducing any unusual or new

erstatning vil være svært uvanlig.⁹⁶ Jeg vil derfor bare svært kort gjennomgå doktrinen om ”total waiver”.

Vilkår og rettsvirkninger

Når det gjelder vilkårene for en ”total waiver”, er det noe uenighet i litteraturen. Det synes å være allmenn enighet om at ”total waiver” kan bygges på de samme prinsipper som ”waiver by estoppel”, og de samme vilkårene vil dermed gjelde, jf. punkt 2.5.2.2 ovenfor.⁹⁷ Hvorvidt ”total waiver” har permanent effekt, vil avhenge av om det vil være urimelig (”inequitable”) å gjøre beføyelser gjeldende selv etter rimelig varsel (”reasonable notice”).⁹⁸

2.5.3 Laches og acquiescence

Krav i equity er, i motsetning til common law-krav, underlagt doktrinene ”laches” og ”acquiescence”. I vår sammenheng gjelder dette den subsidiære misligholdsbeføyelsen naturaloppfyllelse (”specific performance”). Laches og acquiescence springer ut av en av maksimene i equity-systemet: ”vigilantibus, non dormientibus, aequitas subvenit” (equity hjelper den aktsomme, ikke den sovende).⁹⁹ I likhet med mange andre doktriner i engelsk rett som er gradvis utviklet gjennom rettspraksis, er det vanskelig å gi en presis definisjon og avgrensning. Ulike dommere har anvendt begrepene laches og acquiescence tilpasset de særlige omstendigheter i den enkelte sak.¹⁰⁰

principle in English law in and by its reference to the possibility of total waiver” (Wilken, Law of Waiver s. 63).

⁹⁶ Jf. Wilken, Law of Waiver s. 63; Benjamin’s Sale of Goods s. 547, hvor det legges til at det oftere vil forekomme ved forsinkelse enn ved mangel.

⁹⁷ Jf. Benjamin’s Sale of Goods s. 547-549, som Chitty on Contracts s. 1373 henviser til. Også Wilken, Law of Waiver s. 63 forutsetter at ”equitable forbearance” (som er denne bokens betegnelse på ”promissory estoppel”) kan komme til anvendelse, men mener også at det kan være grunnlag for ”total waiver” som en common law-beføyelse. Dette vil imidlertid kreve ”the clearest unequivocal conduct on the part of X”, og er dermed lite relevant for vår sammenheng, altså at den aktuelle adferden er ren passivitet.

⁹⁸ Se nærmere Benjamin’s Sale of Goods s. 547-549

⁹⁹ Jf. Oughton et al., Limitation of Actions s. 17

¹⁰⁰ Jf. Oughton et al., Limitation of Actions s. 18

Acquiescence

“Acquiescence” kan defineres som ”express or implied consent”.¹⁰¹ Kjerneområdet for acquiescence-doktrinen er hvor saksøkeren har overvært saksøktes handlinger i strid med saksøkerens rettigheter og opptrådt på en slik måte at han har gitt saksøkte grunn til å tro at han har samtykket i handlingene.¹⁰² Acquiescence i denne betydningen medfører derfor ikke ettertidig *bortfall* av misligholdsbeføyelser, men forhindrer at retten til misligholdsbeføyelser overhodet oppstår. Acquiescence i denne betydningen er blitt beskrevet som en ”estoppel by words or conduct”.¹⁰³ Begrepet acquiescence brukes imidlertid også i en annen betydning, nemlig når det er snakk om bortfall av misligholdsbeføyelser på grunn av den uskyldige parts opptreden *i etterkant av* misligholdet. Brukt i en slik sammenheng blir overgangen til laches-doktrinen svært flytende, og det fremstår som hensiktsmessig å behandle doktrinene under ett.

Laches

“Laches” kan defineres som ”neglect and unreasonable delay in enforcing an equitable right”.¹⁰⁴ Kjerneområdet for laches-doktrinen er hvor saksøkeren ikke har vært rimelig aktsom (“reasonably diligent”) i forfølgelsen av sitt krav, og dette har innvirket negativt på saksøktes stilling (“the position of the defendant has been prejudiced”), eller det forøvrig ville være urettferdig eller urimelig å ta kravet til følge.¹⁰⁵ For at laches skal komme til anvendelse, må saksøkeren kjenne til de relevante fakta som ligger til grunn for hans krav.¹⁰⁶ Acquiescence i den sekundære betydningen ovenfor – altså i etterkant av, ikke samtidig med medkontrahentens mislighold – er av enkelte blitt fremholdt som grunnlaget for hele laches-doktrinen. Tidsforløpet, som står sentralt i laches-doktrinen,

¹⁰¹ Oxford Law Dictionary

¹⁰² Jf. Chitty on Contracts s. 1622

¹⁰³ Jf. Oughton et al., Limitation of Actions s. 19

¹⁰⁴ Oxford Law Dictionary. Om opprinnelsen opplyses følgende: ”from Norman French *lasches*, slackness, negligence” (uth. i originalen).

¹⁰⁵ Jf. Chitty on Contracts s. 1623. Typiske eksempler på negativ innvirkning er at tidsforløpet har svekket beviser i saksøktes favør, eller at saksøkte har pådratt seg forpliktelser overfor tredjemann, jf. Oughton et al., Limitation of Actions s. 222.

¹⁰⁶ Jf. Chitty on Contracts s. 1624

anses da som et bevis for at den uskyldige part har samtykket i tingenes tilstand etter den annen parts mislighold.¹⁰⁷ Uavhengig av om dette synet legges til grunn, kan ihvertfall acquiescence i den sekundære betydningen inngå i vurderingsgrunnlaget for laches, slik at faren for rettstap på grunnlag av sen utøvelse øker dersom inaktiviteten oppfattes som samtykke.¹⁰⁸ Når det gjelder beføyelsen naturaloppfyllelse, som er den aktuelle i vår sammenheng, antas det at kreditor uansett må handle raskt, blant annet fordi han alltid vil ha mulighet til å kreve erstatning isteden. Mer enn noen få måneders uforklarlig inaktivitet vil derfor normalt medføre at kravet bortfaller.¹⁰⁹

2.5.4 Oppsummering

Yttergrensen for bortfall av retten til å utøve misligholdsbeføyelser, utgjøres av lovbestemt foreldelse (naturaloppfyllelse omfattes ikke direkte av foreldelsesreglene, men det antas at disse får analogisk anvendelse). Før utløpet av foreldelsesfristen kan misligholdskrav bortfalle gjennom ulike doktriner som er dispositivt baserte, altså slik at bortfallet sees under den synsvinkel at kreditor har avgitt et løfte om ikke-utøvelse. Det skal mye til før erstatningsbeføyelsen anses å ha bortfalt på denne måten; det er mest aktuelt for hevningsrett. Det er bare rent unntaksvis at ren inaktivitet fra kreditors side kan gi grunnlag for slikt dispositivt bortfall. Doktrinen laches synes å være et unntak fra den rent dispositive synsvinkelen, men laches gjelder kun for den subsidiære

¹⁰⁷ Jf. f.eks. en uttalelse av Poole J i *Glasson v. Fuller* [1922] SASR 148: "The lapse of time without proceedings being taken by A is evident of ... assent, and upon acquiescence of this latter kind the doctrine of laches is based." Uttalelsen er sitert i *Oughton et al., Limitation of Actions* (s. 19 (i note 12)), hvor de to doktrinene forøvrig fellesbehandles i stor grad (op. cit. s. 17-22), jf. for eksempel følgende: "The secondary sense ascribed to the term "acquiescence" for the purposes of the doctrine of laches is where the plaintiff, with knowledge that some right is being or has been violated by the defendant, fails to initiate proceedings against him to vindicate the infringement of that right, so that the plaintiff's inactivity can be regarded as *acquiescence* in the state of affairs created by the defendant" (op. cit. s. 19-20, uth. i originalen). Se også *Furmston, Law of Contract* s. 714: "A plaintiff who has been dilatory in the prosecution of his equitable claim and has acquiesced in the wrong done to him is said to be guilty of *laches* and is barred from relief" (uth. i originalen).

¹⁰⁸ Jf. *Chitty on Contracts* s. 1625

¹⁰⁹ Jf. *Chitty on Contracts* s. 1625

beføyelsen naturaloppfyllelse og er således en svært marginal doktrine i engelsk kontraktsrett.

2.6 No-waiver-klausuler i kontrakter underlagt engelsk rett

Det er svært vanskelig å finne materiale om nw-klausulers faktiske virkninger i engelsk rett. Det foreligger ingen rettspraksis. I akademisk kontraktsrettslitteratur er spørsmålet om kontraktsregulering av opphørsgrunner for misligholdsbeføyelser nesten ikke omtalt. I mer praktisk rettet kontraktsrettslitteratur antydes det hva som er *formålet* med denne typen nw-klausuler (jf. punkt 1.4.1), men *rettsvirkningene*, altså spørsmålet om formålet i praksis oppnås, problematiseres ikke. En mulig årsak til dette er at den typen nw-klausuler som er tema for denne oppgaven, kun vil være en slags ”sikkerhetsventil” i engelsk rett, siden det i utgangspunktet er omstridt om det overhodet er rom for at ren passivitet kan være grunnlag for bortfall av misligholdsbeføyelser.

Når det gjelder drøftelse av rettsvirkningene, har jeg derfor søkt råd hos de tidligere omtalte engelske kontraktsrettseksperter som er tilknyttet prosjektet Anglo-amerikanske kontraktsmodeller. De bekrefter at det er kildetørke på dette feltet, og at rettsvirkningene er usikre. De skisserer to mulige argumentasjonsmønstre. Jeg nøyer meg i det følgende med å gjengi disse; som nevnt vil jeg ikke begi meg inn på noe forsøk på selvstendig analyse av tvilsomme engelske rettsspørsmål.

På den ene side kan det argumenteres med at klausulen medfører at den misligholdende part ikke vil kunne påberope seg at han har tolket den uskyldiges parts opptreden dispositivt – klausulen medfører at opptreden ikke vil kunne være ”a clear and unequivocal promise”.¹¹⁰ Dette er altså en argumentasjonsrekke som tilsier at klausulen vil være effektiv.

¹¹⁰ En slik argumentasjon antydes i Wilken, Law of Waiver s. 116.

På den annen side kan det argumenteres med at domstolene vil forbeholde seg retten til å tolke partens opptreden dispositivt på tross av klausulen.¹¹¹ Dersom domstolen etter en ordinær bevisbedømmelse kommer til at opptreden har vært av en slik karakter at den kan subsumeres under en av waiver-doktrinene, vil domstolen kunne konkludere med at man ved opptreden har gitt avkall både på retten til misligholdsbeføyelse og retten til å påberope seg klausulen. Siden det i utgangspunktet skal svært mye til at ren inaktivitet gir grunnlag for ”waiver”, vil det nok imidlertid være vanskelig å bli hørt med denne argumentasjonen i passivitetstilfeller. Argumentet vil nok ha større gjennomslagskraft i andre tilfeller, for eksempel ved muntlig disposisjon til tross for et kontraktsfestet skriftlighetskrav.

¹¹¹ En slik argumentasjon antydes i Wilken, Law of Waiver s. 458-459, som vel å merke gjelder en særegen type avtaler, nemlig ”non-waiver agreements” i *forsikringsforhold*. Jf. også drøftelsen i Wilken, Law of Waiver s. 51-52 av ”reservation of rights”, hvor det riktignok presiseres (i note 39) at ”non-waiver agreements” ikke inngår direkte i drøftelsen.

3 Norsk rett – med et komparativt perspektiv

3.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg presentere enkelte utdrag av norsk rett som er relevante for selve hoveddrøftelsen i neste kapittel. Samtidig vil jeg foreta en kortfattet sammenligning med de engelske reglene, ved fortløpende å trekke linjer tilbake til det som allerede er sagt om disse i kapittel 2. Som nevnt i innledningen til avhandlingen har et slikt komparativt element en egenverdi. Kapittelets hovedfunksjon er imidlertid å gi et utgangspunkt for analysen av nw-klausulens virkninger i norsk rett. Ved å fokusere særskilt på forskjellene mellom norsk og engelsk rett håper jeg å øke forståelsen av hvilke regelsett og prinsipper i norsk rett som nw-klausulen kan tenkes å støte an mot, og som det derfor vil være vesentlig å konsentrere seg om i analysen i kapittel 4. Sammenligningen i dette kapittelet skraper kun i overflaten av stoffet; hensikten er å *påpeke* forskjeller, ikke å foreta en komparativ *analyse*.

3.1.1 Metode

En generell gjennomgåelse av norsk rettskildelære hører ikke hjemme i denne avhandlingen. Jeg vil imidlertid kort fremheve noen særlige poenger med relevans for den følgende fremstillingen av norsk rett.

Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper

Som nevnt i innledningen tar jeg ved drøftelsen utgangspunkt i det som betegnes som alminnelige kontraktsrettslige eller obligasjonsrettslige prinsipper, det vil si prinsipper som gjelder for kontraktsforhold generelt. Jeg behandler derfor ikke spørsmål fra den spesielle kontraktsrett, altså regler knyttet til bestemte kontraktstyper. Kjøpsloven av 1988 (og påfølgende kontraktslovgivning som bygger på denne) antas i stor grad å være

uttrykk for slike alminnelige prinsipper.¹¹² Mange elementer av denne kontraktslovgivningen er en ren kodifisering av allerede eksisterende og anerkjente alminnelige prinsipper, mens andre elementer i lovgivningen har gitt grunnlag for å konstatere en rettsutvikling også når det gjelder de alminnelige prinsippene.¹¹³

Relevans av svensk og dansk rett

De nordiske land har i stor grad en felles kontraktsrettstradisjon. Dette skyldes flere forhold, blant annet at det har vært et utstrakt lovsamarbeid på kontraktsrettens område, og at juridisk teori er blitt benyttet på tvers av landegrensene.¹¹⁴ Videre er de nordiske samfunnene økonomisk og sosialt ganske like, og grunnholdninger, slik som synet på hva som er rimelig, må antas å avvike lite mellom landene.¹¹⁵ Det er derfor god grunn til å se hen til våre naboland ved løsningen av norske rettsspørsmål på kontraktsrettens område, og jeg vil derfor i en viss utstrekning henviser til svenske og danske kilder i min drøftelse.

Relevans av UNIDROIT Principles og PECL

Jeg finner også grunn til å si litt om betydningen av to sett av internasjonale kontraktsrettsprinsipper, nemlig UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts og Principles of European Contract Law (PECL).¹¹⁶ Disse prinsippene har ingen formell status; de gir et sett anbefalte løsninger på kontraktsrettens område. Det er likevel grunn til å tillegge dem en viss vekt ved fastleggelsen av innholdet av norsk rett, ihvertfall hvor mer autoritative kilder ikke gir tilstrekkelige holdepunkter. Prinsippene må i stor grad antas å overensstemme med norsk kontraktsrettstradisjon; blant annet er betydelige deler av UNIDROIT Principles en generalisering av reglene i FN-

¹¹² Jf. f.eks. følgende uttalelse i Rt.1999 s. 408 (på s. 420): "Jeg tilføyer at det ikke har så stor praktisk betydning at kjøpsloven ikke kommer direkte til anvendelse, da de sentrale bestemmelser i loven i stor grad er uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper."

¹¹³ For en mer utførlig drøftelse, se Hagstrøm, *Obligasjonsrett* s. 66-72.

¹¹⁴ Jf. Hagstrøm, *Obligasjonsrett* s. 77-78

¹¹⁵ Jf. Hagstrøm, *Obligasjonsrett* s. 640

¹¹⁶ For en mer utfyllende argumentasjon for å tillegge UNIDROIT Principles og PECL vekt, og en gjennomgåelse av ulike måter prinsippene kan få betydning på i norsk rett, se Hagstrøm, *Obligasjonsrett* s. 61-66. Jf. også Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser* s. 89-93.

konvensjonen om internasjonale løssørekjøp av 1980 (CISG), som den norske kjøpsloven av 1988 bygger på. Som nevnt antas denne loven i stor grad å være uttrykk for alminnelige kontraktsrettslige prinsipper i norsk rett. Også hensynet til internasjonal harmonisering på kontraktsrettens område taler for å legge vekt på de internasjonale prinsippene ved løsningen av tvilsomme rettsspørsmål. I min drøftelse vil jeg henviser til UNIDROIT Principles og PECL særlig ved drøftelsen av lojalitetsplikten i norsk rett. Hagstrøm trekker lojalitetsplikten frem som et tilfelle hvor det kan være god grunn til å se hen til de internasjonale kildene, fordi den er eksempel på et prinsipp ”*som allerede har solid forankring i norsk rett*, men der det *nærmere innhold og utforming* kan være usikker”, og hvor derfor ”de internasjonale prinsippene [kan] bidra til den nærmere grensedragning”.¹¹⁷

3.2 Avtalefrihet, avtalebinding og hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet

Som vi har sett, står prinsippene om avtalefrihet og avtalers bindende kraft svært sterkt i engelsk rett, og hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet i kontraktsforhold veier meget tungt. Også i norsk rett er avtalefrihet og avtalebinding grunnleggende prinsipper i kontraktsretten, og sikkerhets- og forutberegnelighetshensyn tillegges vekt, særlig i kommersielle forhold. I norsk rett begrenses likevel disse prinsippenes og hensynenes rekkevidde av skjønsmessige prinsipper om rimelighet og lojalitet, som vi skal se nærmere på i det følgende.¹¹⁸

3.3 Lojalitetsplikt

Kort sammenligning av engelsk og norsk rett

¹¹⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 64 (uth. i originalen), jf. s. 65

¹¹⁸ Om forskjeller mellom rettssystemene på dette området, se Moss, Comparative Law of Contracts blant annet på s. 41 og 44-45. Hagstrøm har følgende kommentar om engelsk og norsk rett: ”Det har vært sagt at mens engelsk rett er tilpasset høyt profesjonelle forretningsmenn som fullt ut vet å ivareta sine egne interesser, er fransk rett en juss for bønder. I en grovsortering av befolkingskulturer etter disse linjer, er det neppe særlig tvil om hvor ihvertfall nordmenn må plasseres. Og den paternalisme som preger fransk rett, har mange fellestrekk med nordisk kontraktsrett.” (Hagstrøm, Due diligence s. 395).

I norsk rett er det antatt at det i kontraktsforhold gjelder en alminnelig, gjensidig lojalitetsplikt mellom partene. Lojalitetsplikten tilsvarer i stor grad det man i engelsk rett omtaler som ”good faith”. Som nevnt er tanken om at et overordnet prinsipp om ”good faith” skulle eksistere i engelsk rett, uttrykkelig forkastet av House of Lords. Den norske lojalitetsplikten representerer dermed en grunnleggende forskjell fra engelsk rett. Som jeg har redegjort for i innledningen til avhandlingen, er denne forskjellen svært vesentlig når det gjelder vår problemstilling. Derfor vil jeg i det følgende behandle de norske reglene om lojalitetsplikt forholdsvis grundig.

Lojalitetsplikten i norsk rett – kort bakgrunn

Et krav om lojalitet i kontraktsforhold har lenge vært anerkjent i norsk rett.¹¹⁹ Stang beskriver i 1935 en rettsutvikling som for alvor skjøt fart fra midten av 1800-tallet, og som tidlig førte frem til ”regler som forlanger hensynsfullhet og opriktighet partene imellem under oppfyllelsen av en avtale”.¹²⁰ Om kontraktsslutningsfasen sier han videre at ”man skal ikke fange hinannen i ord, men optre lojalt overfor hverandre”.¹²¹ Arnholm omtaler tredivye år senere lojalitetskravet som et ”viktig drag i våre dagers avtalerett”.¹²² Selv om lojalitetsplikten i kontraktsforhold altså ikke er et nytt fenomen, er det antatt at kravene til lojalitet er skjerpet i de senere år.¹²³

Formulering av lojalitetsplikten

Førstvoterende i en enstemmig Høyesterett i Rt. 1988 s. 1078 kom med følgende grunnleggende uttalelse om lojalitetsplikt i kontraktsforhold:

”Jeg legger til grunn at det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten. Dette kravet til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen av kausjonsforpliktelsen, men så lenge forpliktelsen består ...” (s. 1084).

¹¹⁹ For en utførlig gjennomgåelse av lojalitetspliktens historie, særlig i Skandinavia, se Evald, Retsmisbrug s. 269-273.

¹²⁰ Stang, Innledning til formueretten s. 514, som her refererer til regler om reklamasjonsplikt og undersøkelsesplikt

¹²¹ Stang, Innledning til formueretten s. 514

¹²² Arnholm, Avtaler s. 7

¹²³ Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 73; Haaskjold, Kontraktsforpliktelse s. 34; Rt. 2003 s. 1252 (avsnitt 29): ”... ei auka vektlegging reint allment av lojalitet og samarbeid mellom kontraktspartar.”

En vanlig måte å formulere dette kravet til lojalitet på er som en plikt som påligger hver av kontraktspartene, til å ta rimelig hensyn til medkontrahentens interesser.¹²⁴

Lojalitetsplikten og "good faith"

Det er alminnelig antatt at det vi i Skandinavia drøfter under betegnelsen "lojalitetsplikt", i stor grad tilsvarende det som i andre systemer betegnes som "bona fides", "bonne foi" og – som nevnt – "good faith".¹²⁵ Som nevnt i punktet om metode er det for vårt formål interessant å studere hvordan prinsippet er kommet til uttrykk i UNIDROIT Principles og PECL. UNIDROIT Principles art. 1.7 (1) og PECL 1:201 (1) bestemmer at hver av partene "must act in accordance with good faith and fair dealing". Av kommentarene til hver av bestemmelsene fremgår det at "good faith and fair dealing" er en av de grunnleggende ideer som ligger til grunn for utformingen av henholdsvis UNIDROIT Principles og PECL.¹²⁶ Det listes opp en rekke eksempler på enkeltbestemmelser som er utslag av denne grunnleggende ideen, og det fastslås videre at hensikten med art. 1.7 og art. 1:201 er å gjøre det klart at partenes opptreden, selv i mangel av eksplisitte bestemmelser, må være i overensstemmelse med "good faith and fair dealing" gjennom hele kontraktens liv. I kommentaren til PECL art. 1:201 om "good faith and fair dealing" fremgår det at formuleringen er ment å innbefatte et krav om å ha "due regard for the interests of the other party"¹²⁷ – en formulering som ligger svært nær den formuleringen av lojalitetsplikten som er utbredt i skandinavisk rettsteori.

Lojalitetsplikten på ulike kontraktsstadier

¹²⁴ Jf. Selvig/Hagstrøm, Kontraktsrett 1 s. 14; Hov, Kontraktsrett I s. 41; Gomard, Obligationsret 1 s. 46; Taxell, Avtalsrätt s. 65

¹²⁵ Jf. Bryde Andersen, Grunnleggende aftaleret s. 473; Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 73-74. Riktignok varierer de aktuelle regelsettenes virkeområde og styrke mellom rettssystemene; et godt eksempel på at prinsippet har fått en bred formulering, er den tyske § 242 BGB, som lovfester kravet om "Treu und Glauben". For en nærmere sammenligning av de ulike systemer, se Zimmermann/Whittaker, Good faith, som blant annet inneholder en omfattende samling case-studier. Norsk bidragsyter til boken (rapportør for norsk og dansk rett) er Viggo Hagstrøm.

¹²⁶ UNIDROIT Principles s. 17-21; PECL s. 113-116

¹²⁷ PECL s. 115

Som det fremgår av utdraget ovenfor fra Rt. 1988 s. 1078, gjelder lojalitetsplikten allerede i den prekontraktuelle fase, det vil si før bindende avtale er inngått. I denne fasen er opplysningsplikt et sentralt utslag av lojalitetsplikten.¹²⁸ Etter avtaleinngåelsen, i oppfyllelsesfasen, er det alminnelig antatt at kravene til lojalitet skjerpes.¹²⁹ Lojalitetsplikt kan dessuten innebære visse plikter for partene etter at kontraktsforholdet er opphørt, i det som kan kalles den postkontraktuelle fase. Eksempler på slike plikter er taushetsplikt og plikt til å opplyse den annen part om etterfølgende forhold av betydning.¹³⁰ Lojalitetsbetraktninger kan også inngå som et element i *tolkningen* av avtalen, noe jeg vil komme inn på i punkt 4.2. I denne avhandlingen er det særlig spørsmålet om partenes lojalitetsplikt i *oppfyllelsesfasen* som er sentralt, og jeg vil i det følgende konsentrere meg om dette.

Lojalitetsplikten i oppfyllelsesfasen – innhold

Lojalitetsplikten kan som nevnt generelt formuleres som en plikt til å ta rimelig hensyn til medkontrahentens interesser. I oppfyllelsesfasen kan lojalitetsplikten gi seg utslag i at partene pålegges konkrete forpliktelser, som dermed kan anses som partikulære utslag av den generelle lojalitetsplikten.¹³¹ Ofte vil disse være spesifisert i avtalen eller i relevant lovgivning, men gjennom den alminnelige lojalitetsplikt kan slike plikter pålegges også hvor de ikke har slik eksplisitt hjemmel.¹³² Man kan da anse lojalitetsplikten som en del av bakgrunnsretten som utfyller avtalen.¹³³

De spesifikke pliktene kan gå ut på å unnlate å opptre på en måte som skader medkontrahentens interesser (negative forpliktelser), eller de kan kreve aktiv handling

¹²⁸ Jf. Simonsen, Prekontraktuell ansvar s. 19 flg.; Lyng Andersen/Madsen, Aftaler s. 425

¹²⁹ Jf. Haaskjold, Kontraktsforpliktelser s. 35; Lyng Andersen/Madsen, Aftaler s. 426

¹³⁰ Jf. Simonsen, Prekontraktuell ansvar s. 39-40. Avgjørende for pliktene i denne fasen er arten, omfanget og varigheten av kontraktsforholdet. Det er antatt at lojalitetsbåndene svekkes proporsjonalt med tidsforløpet etter kontraktens opphør.

¹³¹ Simonsen, Prekontraktuell ansvar s. 157: "Lojalitetsreglene gir uttrykk for subjektivt baserte pliktnormer, med det formål å ivareta en annens (motpartens) interesser. Slik sett uttrykker de omsorgsforpliktelser."

¹³² Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 113

¹³³ Jf. Hov, Kontraktsrett I s. 44

til medkontrahentens fordel (positive forpliktelser).¹³⁴ Et eksempel på det førstnevnte er forbud mot å forfølge konkurrerende interesser (interessekonflikt), mens sistnevnte for eksempel kan innebære en plikt for debitor til å varsle kreditor om at oppfyllelse ikke vil skje til avtalt tid, selv i tilfeller hvor debitor ikke kan holdes ansvarlig for den manglende oppfyllelsen.¹³⁵ Slike plikter omtales gjerne som biforpliktelser.¹³⁶ Ved overtredelse av denne typen biforpliktelser vil erstatningsansvar være den vanligste misligholdsbeføyelsen, men unntaksvis kan det være grunnlag for hevningsrett.¹³⁷

En ytterligere kategori av spesifikke plikter som anses som utslag av den alminnelige lojalitetsplikt, er slike som undersøkelsesplikt, reklamasjonsplikt og tapsbegrensningsplikt.¹³⁸ Disse er ikke ”plikter” i ordinær forstand – overtredelse av dem medfører kun at den forpliktedes rettsstilling forringes (ved at han går glipp av visse rettslige fordeler), ikke at han selv kan bli holdt ansvarlig for plikt overtredelse.¹³⁹ Brudd på slike plikter vil altså ikke innebære mislighold av avtalen i den forstand at de gir grunnlag for erstatningsansvar og andre misligholdsbeføyelser. De kan derfor snarere karakteriseres som vilkår eller betingelser for å utøve rettigheter i avtaleforholdet.¹⁴⁰ Forsømmelse av ulike former for undersøkelsesplikt kan resultere i at man senere er avskåret fra å gjøre gjeldende mangelsbeføyelser overfor et avvik som man burde ha oppdaget ved undersøkelsen, eller at en relativ reklamasjonsfrist begynner å løpe.¹⁴¹ Unnlattelse av å begrense sitt tap kan medføre at man ikke kan kreve

¹³⁴ Jf. f.eks. Selvig/Hagstrøm, Kontraktsrett 1 s. 17

¹³⁵ Jf. Rt. 1970 s. 1059. For kjøpsforhold er dette nå lovfestet i kjøpsloven § 28.

¹³⁶ Om sontringen mellom hovedforpliktelser og biforpliktelser, se Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 111-114, hvor det understrekes at skillet i utgangspunktet har systematisk/pedagogisk, ikke rettslig betydning

¹³⁷ Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 114

¹³⁸ Også disse kan kategoriseres som biforpliktelser, men som det vil fremgå av det følgende, er det relevante forskjeller som kan gjøre det hensiktsmessig å skille dem ut som en egen kategori.

¹³⁹ Jf. Ross, Ret og retfærdighet s. 191. På grunn av dette tar Ross til orde for å holde denne betydningen av ”plikt” utenfor pliktbegrepet (op. cit. s. 198). Dette forslaget om endring av terminologi har ikke slått igjennom, og også jeg vil derfor inkludere de aktuelle tilfellene i begrepet ”plikt”, men distinksjonen er verdt å merke seg.

¹⁴⁰ Jf. Krüger, Kontraktsrett s. 131

¹⁴¹ For førstnevnte type, se kjl. § 20 (2); avhl. § 3-10 (2). For sistnevnte type, se kjl. § 31 (1); avhl. § 4-9.

erstatning for det tapet som kunne vært unngått.¹⁴² Reklamasjonsplikt behandles nærmere i punkt 3.6.3.

Det synes altså uomstridt at partene gjennom den alminnelige lojalitetsplikten kan pålegges visse mer spesifikke plikter i avtaleforholdet når avtalen ikke regulerer disse pliktenes eksistens. Spørsmålet som imidlertid er særlig interessant i vår sammenheng, er om man kan gå ett skritt videre, og pålegge partene slike plikter *i strid med* avtalen. Med andre ord: Kan partene kontrahere seg bort fra slike plikter? Dette spørsmålet kommer på spissen ved problemstillingen i punkt 4.3 og blir drøftet nærmere der.

Lojalitetspliktens styrke i ulike typer avtaleforhold

Lojalitetsplikten er særlig sterk i avtaler som etter sin art fordrer et tillitsforhold mellom partene, slik som samarbeidsavtaler og avtaler som går ut på at den ene part skal ivareta den annen parts interesser, for eksempel konsulentoppdrag.¹⁴³ Også i langvarige avtaler er lojalitetspliktens gjennomslagskraft stor. I motsatt ende av skalaen finnes typiske spekulasjonsavtaler som skal oppfylles umiddelbart.¹⁴⁴ Også styrkeforholdet mellom partene vil ha betydning. Kravet til en parts lojalitet er sterkere hvis medkontrahtenten er underlegen enn hvis partene er jevnbyrdige.¹⁴⁵

Lojalitetspliktens styrke i ulike situasjoner

For vår sammenheng er det imidlertid mer interessant at ikke bare det *generelle* styrkeforholdet mellom partene, men også den *konkrete situasjonen* de befinner seg i, spiller en viktig rolle. Hva som er et ”rimelig hensyn” til *medkontrahtentens* interesser, begrenses av en parts helt grunnleggende rett til å ta hensyn til *egne* interesser i kontraktsforholdet.¹⁴⁶ Det begrenses også av kravet om at *medkontrahtenten selv*

¹⁴² Jf. kjl. § 70 (1); avhl. § 7-2 (1)

¹⁴³ Jf. Hov, Kontraktsrett I s. 42; Selvig/Hagstrøm, Kontraktsrett 1 s. 18; Lyng Andersen/Madsen, Aftaler s. 424.

¹⁴⁴ Jf. Selvig/Hagstrøm, Kontraktsrett 1 s. 18

¹⁴⁵ Jf. Hov, Kontraktsrett I s. 42-43

¹⁴⁶ Jf. Hov, Kontraktsrett I s. 41

ivaretar *sine egne* interesser.¹⁴⁷ Dersom medkontrahtenten ikke har slik mulighet, kommer den sistnevnte begrensningen nødvendigvis ikke til anvendelse. I tråd med dette står lojalitetsplikten særlig sterkt i tilfeller hvor en part selv er ute av stand til å ivareta sine egne interesser, mens den annen part har slik mulighet.¹⁴⁸ Et typisk eksempel på en slik plikt er en parts omsorgsplikt når han har den annen parts eiendeler i sin besittelse.¹⁴⁹ Også reklamasjonsplikt, særlig i tilfeller hvor den annen part er ukjent med sitt eget kontraktsbrudd, må kunne sies å tilhøre denne kategorien

3.4 Rimelighet

I norsk kontraktsrett har rimelighetsbetraktninger stor gjennomslagskraft, og det legges i rettssystemet betydelig vekt på å komme frem til rimelige løsninger i det enkelte kontraktsforhold. Dette står i skarp kontrast til engelsk rett, hvor prinsippene om absolutt kontraktsfrihet og kontraktsbundethet står sterkere, og hvor det særlig i kommersielle forhold legges avgjørende vekt på sikkerhet og forutberegnelighet. Denne forskjellen i grunnholdning er såpass markant at Selvig skriver: ”Generelt sett har nok de fleste ulikheter [mellom engelsk og norsk kontraktsrett] sammenheng med at norske domstoler legger større vekt på å nå et *konkret rimelig resultat i det enkelte kontraktsforhold* enn de engelske domstoler”.¹⁵⁰

Ønsket om å nå rimelige resultater påvirker den norske tolkningslæren i større grad enn den engelske, og forskjellene kommer på spissen når urimeligheten gjenstår etter at avtalen er ferdigtolket. I norsk rett kan nemlig rimelighetsvurderinger i ytterste

¹⁴⁷ Se for eksempel Rt. 1988 s. 1078 (på s. 1084), hvor Høyesterett etter å ha fastslått at det ”i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side over kausjonisten”, legger til: ”Men det må i kausjonsforhold også stilles krav til kausjonisten. Han må utvise aktsomhet og vil, etter forholdene, kunne måtte opptre aktivt for å ivareta sine interesser. ... Kravene til kreditors opptreden må nettopp ses i lys av hva det er rimelig å forvente av kausjonisten.”

¹⁴⁸ Taxell omtaler dette som ”lojalitetens aktivitetsrekvisit”, og knytter slike tilfeller til et alminnelig beskyttelsesprinsipp, som han også anser rimelighetsprinsippet som et utslag av (Taxell, *Avtalsrätt* s. 65-66, jf. s. 40-42).

¹⁴⁹ Jf. Kjl. §§ 72, 73; avhl. § 2-7

¹⁵⁰ Selvig, *Tolking* s. 2 (uth. i originalen); se også Falkanger, *Kontraktsfortolkning* s. 566

konsekvens føre til at avtalen ikke tillegges rettsvirkninger etter sitt innhold – at den blir sensurert: Avtaleloven § 36 gir norske domstoler en helt generell hjemmel til å sette til side eller endre avtaler som det ville virke ”urimelig eller i strid med god forretningsskikk” å gjøre gjeldende. En slik adgang til rimelighetsensur ligger fjernt fra den engelske kontraktrettstradisjonen.

Rimelighet og lojalitet

Prinsippene om rimelighet og lojalitet er nært beslektet, og i stor grad overlappende. Simonsen har påpekt at siden ”begge prinsippene [lojalitetsprinsippet og rimelighetsprinsippet] baseres på rimelighetsvurderinger i vid forstand, kunne man søke å skille bedømmelsestemaene fra hverandre ved å snakke om atferdsurimelighet og resultatrimelighet”.¹⁵¹ Jeg vil komme tilbake til forholdet mellom disse prinsippene ved drøftelsen av nw-klausulen i norsk rett.

3.5 Misligholdsbeføyelser

I norsk rett er det vanlig å dele misligholdsbeføyelsene inn i kategoriene naturaloppfyllelse, avhjelp (retting/omlevering), prisavslag, hevning og erstatning.¹⁵² Dersom man klassifiserer prisavslag som en variant av erstatning, og avhjelp som en variant av naturaloppfyllelse, ser man at norsk rett grovt sett har de samme kategorier av misligholdsbeføyelser som engelsk rett.¹⁵³ Vilkårene for og rettsvirkningene av de ulike beføyelsene varierer mellom de to systemene. En nærmere gjennomgåelse av disse variasjonene ligger utenfor denne avhandlingen.

¹⁵¹ Simonsen, Prekontraktuell ansvar s. 158

¹⁵² I tillegg kommer tilbakeholdsrett, som må anses irrelevant for avhandlingens problemstilling.

¹⁵³ Prisavslag har en reell funksjon som objektivt ansvar begrenset til det verdiminus en mangel utgjør, jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 397. Et krav om avhjelp er reelt et krav om oppfyllelse av avtalen etter sitt innhold i *mangelstilfeller*, selv om betegnelsen ”oppfyllelse” særlig forbindes med *forsinkelsestilfellene*, jf. f.eks. kjl. § 23, sml. § 34.

3.6 Bortfall av misligholdsbeføyelser

3.6.1 Bortfall ved foreldelse

Yttergrensen for bortfall av retten til å utøve misligholdsbeføyelser utgjøres i norsk rett av reglene om foreldelse, som finnes i foreldelsesloven (fl.). For misligholdskrav løper foreldelsesfristen fra den dag misligholdet inntreffer, jf. fl. § 3 nr. 2. Den alminnelige foreldelsesfrist er tre år, jf. fl. § 2.¹⁵⁴ Foreldelsesfristen kan ikke forlenges ved forhåndsavtale, jf. fl. § 28 nr. 1 første punktum.

Foreldelsesreglene i de to rettssystemene som vi sammenligner, har dermed sterke likhetstrekk, jf. punkt 2.5.1 foran. Den vesentligste forskjellen er fristens lengde, som er seks år i engelsk rett og tre år i norsk rett. I vår sammenheng er foreldelse kun interessant fordi det som nevnt utgjør en yttergrense for bortfall, og jeg vil derfor ikke gjennomgå foreldelsesreglene nærmere.¹⁵⁵

3.6.2 Bortfall ved disposisjon (avkall)

Retten til å utøve misligholdsbeføyelser kan i begge rettssystemer gå tapt gjennom avtalerettslig disposisjon, altså ved at en part anses å ha gitt et løfte om å avstå fra slik utøvelse. I norsk rett kalles dette avkall.¹⁵⁶

Ikke krav om "consideration"

I norsk rett er løfter bindende uten motytelse. Det finnes altså ikke regler som tilsvarende det engelske kravet om "consideration". Når et ensidig avkall på en rettighet tillegges rettsvirkninger i norsk rett, er altså ikke dette et unntak (slik det er i engelsk rett), men

¹⁵⁴ Ved aktsom mangel på relevant kunnskap i tilknytning til kravet forlenges fristen, slik at foreldelse først inntreffer tidligst ett år etter at kreditor fikk eller burde skaffet seg slik kunnskap, jf. fl. § 10 nr. 1. Slik fristforlengelse er imidlertid oppad begrenset til ti år, jf. fl. § 10 nr. 4, slik at den teoretiske yttergrense for foreldelse er 13 år. Foreldelse avbrytes etter reglene i fl. §§ 14-19, herunder erkjennelse fra debitor (§ 14) og rettslig skritt fra kreditor (§ 15).

¹⁵⁵ For en nærmere redegjørelse, se for eksempel Røed, Foreldelse; Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 739-758.

¹⁵⁶ Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 349; Hov, Kontraktsrett II s. 267; Arnholm, Almindelig obligasjonsrett s. 245

en konsekvens av hovedregelen. I norsk rett foreligger derfor ikke et tilsvarende behov som i engelsk rett for en oppdeling av avkallslæren i ulike kategorier, med tilhørende forskjeller med hensyn til vilkår og rettsvirkninger.¹⁵⁷

Ikke formkrav

Det gjelder i norsk rett ingen generelle formkrav for disposisjoner, og dette er i samsvar med engelsk rett. Som i engelsk rett kan derfor et avkall gis uttrykkelig (muntlig eller skriftlig) eller ved konkludent adferd. I vår sammenheng er det interessante spørsmålet i hvilken grad en ren unnlattelse av å gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende kan få løftevirkninger, ved at unnlattelsen anses som en stilltiende frafallelse av retten til å utøve beføyelsene.¹⁵⁸

Passivitet som disposisjon

I begge rettssystemer skal det mye til før passivitet tillegges rettsvirkninger på dispositivt grunnlag. For engelsk rett er dette beskrevet i punkt 2.5.2 foran. I norsk rett er utgangspunktet at passivitet ikke tillegges dispositiv virkning. At dette likevel kan skje i unntakstilfeller, fremgår blant annet av avtaleloven §§ 4 annet ledd og 6 annet ledd, som begge sier at avtale i helt bestemte situasjoner ”ansees ... for sluttet” ved passivitet. Begrunnelsen for de tilfeller hvor passivitet tillegges dispositiv virkning, antas å være lojalitetsbetraktninger – disposisjon statueres fordi passiviteten forekommer i en situasjon hvor det anses klanderverdig å unnlate å gjøre det klart for den annen part at man ikke har til hensikt å binde seg.¹⁵⁹ Spørsmålet om dispositiv binding ved passivitet drøftes særlig i tilknytning til spørsmålet om hvorvidt plikt kan

¹⁵⁷ Det er for såvidt ingenting i veien for å si eksempelvis at norsk rett har en lære som tilsvarende ”election-doktrinen”, siden et krav om fastholdelse innebærer et avkall på retten til å heve, jf. Hov, Kontraktsrett II s. 131. Denne formen for kategorisering har imidlertid ingen åpenbar funksjon i norsk rett, i motsetning til i engelsk rett.

¹⁵⁸ Dette kan uttrykkes som et spørsmål om i hvilken utstrekning passivitet kan utgjøre et ”uegentlig dispositivt utsagn”, jf. Hov, Kontraktsrett I s. 84-85, som også nevner den eldre betegnelsen ”kvasikontrakt” om samme fenomen. Med en konkurrerende terminologi kan det uttrykkes som et spørsmål om i hvilken grad passivitet kan være et ”relevant disposisjonskriterium” eller et ”avtalestiftende rettsfaktum”, jf. Woxholth, Avtalerett s. 105-107.

¹⁵⁹ Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 84-85; Woxholth, Avtalerett s. 105-106

stiftes for den passive (pliktstiftende passivitet). I vårt tilfelle er det imidlertid spørsmål om den passives avkall på en rettighet (rettsfortapende passivitet). Som vi skal se i punkt 3.6.4, kan rettstap i norsk rett også skje etter det alminnelige passivitetsprinsippet, og dette reduserer behovet for å statuere dispositivt avkall i tilfeller hvor en slik konstruksjon virker anstrengt.

3.6.3 Bortfall ved overtredelse av reklamasjonsplikt

I motsetning til i engelsk rett eksisterer det i norsk rett et omfattende system av reklamasjonsplikter.¹⁶⁰ En reklamasjon er en innsigelse overfor den annen parts mislighold. Reklamasjonsplikt innebærer at den uskyldige part innen en viss frist (reklamasjonsfristen) må inngi reklamasjon for å bevare de rettigheter som oppstår ved misligholdet. En reklamasjon klassifiseres derfor som et rettsbevarende utsagn – et dispositivt utsagn som avgis for å bevare en rett som allerede eksisterer.¹⁶¹ Det skilles mellom absolutte og relative reklamasjonsfrister.¹⁶²

Absolutte reklamasjonsfrister

De absolutte reklamasjonsfristene begynner å løpe på et objektivisert skjæringstidspunkt, uavhengig av kreditors kunnskap om misligholdet. Et typisk eksempel er kjl. § 32 (2), hvor fristens utgangspunkt er kjøperens overtagelse av salgstingen. Alle slike lovbestemte absolutte reklamasjonsplikter kombinerer et objektivisert utgangspunkt med en eksakt angitt fristlengde, for eksempel to år i kjl. § 32 (2). De absolutte reklamasjonsfristene er nært beslektet med foreldelsesfristene.¹⁶³ Det er antatt at de absolutte reklamasjonsfristene har en så positivrettslig karakter at det

¹⁶⁰ For en problematisering av begrepet ”plikt” slik det benyttes i ”reklamasjonsplikt”, se punkt 3.3.

¹⁶¹ Jf. Hov, Kontraktsrett I s. 80; Woxholth, Avtalerett s. 64

¹⁶² Også betegnelsene objektive og subjektive frister forekommer, jf. for eksempel Krüger, Kontraktsrett s. 739 flg. og Kjøpsrett s. 554 flg.

¹⁶³ Jf. Simonsen, Kreditors mangelsbeføyelser s. 331: ”Etter sin karakter dreier det seg om særskilte foreldelsesregler.” Det er imidlertid enkelte relevante forskjeller mellom regelsettene: Blant annet åpner ikke de absolutte reklamasjonsfristene for fristforlengelse ved manglende kunnskap hos kreditor, og siden reklamasjon er et formløst varsel, er terskelen for fristavbrytelse lavere enn ved foreldelse. Videre kan en reklamasjonsfrist ikke påberopes ved grov skyld hos debitor.

ikke er rom for analogisk anvendelse utenfor det lovbestemte virkeområdet.¹⁶⁴ Jeg vil derfor ikke behandle denne typen reklamasjonsfrister nærmere.

Relative reklamasjonsfrister

Utgangspunktet for de relative reklamasjonsfristene er knyttet til kreditors kunnskap om misligholdet; en slik frist begynner typisk å løpe når kreditor ”oppdaget eller burde ha oppdaget” misligholdet, altså når han ikke lenger er i aktsom uvitenhet. Normalt kombineres dette subjektivt bestemte utgangspunktet med en skjønnsmessig bestemt fristlengde.¹⁶⁵ I kjøpsloven og annen nyere kontraktslovgivning som bygger på denne, er vurderingstemaet ”innen rimelig tid”.¹⁶⁶ Med denne formuleringen er fristen svært fleksibel – hva som er ”rimelig tid” vil kunne variere mye.¹⁶⁷ Relative reklamasjonsfrister er utslag av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.¹⁶⁸ Det er fristens *utgangspunkt*, ikke angivelsen av fristens *lengde*, som avgjør hvorvidt en reklamasjonsfrist er lojalitetsbasert.¹⁶⁹ Frister som begynner å løpe før selv en aktsom kreditor overhodet har hatt mulighet til å oppdage misligholdet, må nødvendigvis være utslag av andre hensyn enn lojalitet. På grunn av utspringet i lojalitetsbetraktninger er

¹⁶⁴ Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 348; Krüger, Kontraktsrett s. 744; Simonsen, Kreditors mangelsbeføyelser s. 334-335

¹⁶⁵ Men dette er ingen nødvendig sammenheng. I forbrukerkjøpsloven § 27 første ledd er et utgangspunkt som er knyttet til kreditors kunnskap om misligholdet, i praksis kombinert med en eksakt angitt fristlengde: ”fristen for å reklamere kan aldri være kortere enn to måneder fra det tidspunkt da forbrukeren oppdaget mangelen”. Etter NS 8405 pkt. 32.8 femte ledd, jf. pkt. 36.6 første ledd, vil byggherren i nærmere angitte tilfeller ha 14 dager på seg til å melde fra om ”mangel som han har eller burde ha oppdaget”, jf. Kolrud, NS 8405 Kommentartutgave s. 406. Jf. også NS 3430 pkt. 32.7.2.

¹⁶⁶ Jf. kjl. § 32 (1); avhl. § 4-19 (1)

¹⁶⁷ Jf. Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 80: ”Uttrykket ”rimelig tid” er dessuten en standard som må tilpasses de konkrete forhold ...”; Simonsen, Kreditors mangelsbeføyelser s. 337; Hov, Kontraktsrett II s. 264; Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 342.

¹⁶⁸ Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 339; Hov, Kontraktsrett II s. 259; Simonsen, Kreditors mangelsbeføyelser s. 325 og 336.

¹⁶⁹ Selve *betegnelse* ”relativ” og ”absolutt” knyttes hos blant annet Simonsen (Kreditors mangelsbeføyelser s. 325) eksplisitt til fristens utgangspunkt, jf. også Holmboe, Reklamasjon og foreldelse s. 27. I forarbeidene til kjøpsloven (Ot. prp. nr. 80 (1986-1987) s. 79-80) og hos Hov (Kontraktsrett II s. 263-266) synes imidlertid betegnelse å være knyttet til angivelsen av fristens lengde.

det antatt at regler om relativ reklamasjonsfrist i stor grad må kunne anvendes analogisk utenfor de lovregulerte områdene.¹⁷⁰

Når foreligger relativ reklamasjonsplikt?

De nærmere bestemmelsene om relativ reklamasjonsfrist varierer noe i den kontraktsrettslige lovgivningen.¹⁷¹ Jeg vil i det følgende nøye meg med å gi en kortfattet oversikt over kjøpslovens regler, som må antas å utgjøre det primære utgangspunkt for analogisering til ikke-lovregulerte områder.

Ved *mangler* skilles det mellom nøytral og spesifisert reklamasjon. *Nøytral reklamasjon* er en ”melding som angir hva slags mangel det gjelder” (kjl. § 32 (1)), mens *spesifisert reklamasjon* er en melding om at en bestemt misligholdsbeføyelse gjøres gjeldende. Spesifisert reklamasjon kreves kun for de beføyelser som det antas at debitor har en særlig interesse av å bli varslet om. I praksis vil dette si beføyelser som ikke er rene pengekrav (erstatning/prisavslag), jf. kjl. §§ 35 og 39 (2) om spesifisert reklamasjon for henholdsvis avhjelp (retting/omlevering) og hevning. Ved forsømmelse av *nøytral reklamasjon* bortfaller alle misligholdsbeføyelser, altså selve retten til ”å gjøre en mangel gjeldende” (kjl. § 32 (1)), mens unnlatt *spesifisert reklamasjon* naturlig nok bare medfører bortfall av den enkelte beføyelse som det ikke er varslet om.

Ved *forsinkelse* oppstilles det ikke krav om *nøytral reklamasjon*,¹⁷² og *spesifisert reklamasjon* kreves kun for å beholde hevningsretten etter forsinket levering, jf. kjl. § 29. Det kreves således hverken nøytral eller spesifisert reklamasjon for å beholde retten til erstatningskrav i anledning forsinkelse. I kjl. § 23 (3) oppstilles det en særskilt regel om kjøpers tap av rett til oppfyllelse ved uteblitt ytelse, dersom han venter ”urimelig

¹⁷⁰ Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 339; Simonsen, Kreditors mangelsbeføyelser s. 335; Holmboe, Reklamasjon og foreldelse s. 27

¹⁷¹ Se for eksempel Hov, Kontraktsrett II s. 259-263 for en gjennomgåelse og sammenligning av reglene. Som Hov påpeker, frembys ”et nokså broket bilde”. Dette bildet forenkles imidlertid noe hvis man holder den rene forbrukerlovgivningen utenfor.

¹⁷² Dette er i kjøpslovens forarbeider (Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 76-77) begrunnet med at en slik regel ville være overflødig og unødig streng, fordi selgeren normalt vil kjenne til sitt eget mislighold.

lenge” med å fremme kravet.¹⁷³ Denne regelen er i forarbeidene ikke betegnet som en reklamasjonsfrist, men som en ”passivitetsregel”.¹⁷⁴ Jeg kommer tilbake til dette når jeg i det følgende behandler det alminnelige, ulovfestede passivitetsprinsipp.

3.6.4 Bortfall etter det alminnelige passivitetsprinsipp

Begrepet ”passivitet”

Den ordinære betydningen av ordet ”passivitet” er ”uvirksomhet” eller ”inaktivitet”, altså rett og slett en beskrivelse av et adferdsmønster, et faktum. Enkelte rettsregler tillegger dette faktumet rettsvirkninger.¹⁷⁵ Vi har i de foregående punktene sett at i norsk rett kan passivitet føre til bortfall av misligholdsbeføyelser gjennom regelsettene om foreldelse, reklamasjon og avkall (dispositiv passivitet).

Det alminnelige passivitetsprinsipp i norsk rett

I juridisk terminologi benyttes imidlertid ”passivitet” også i en annen betydning, nemlig som betegnelse på et ulovfestet og mer ubestemt prinsipp som tillegger inaktivitet rettsvirkninger. Det er i denne betydningen begrepet benyttes når ”passivitet” drøftes som en egen problemstilling sideordnet med for eksempel ”foreldelse” eller ”reklamasjon”.¹⁷⁶ I likhet med reklamasjonsreglene har heller ikke det alminnelige passivitetsprinsippet noe generelt motsvar i engelsk rett.¹⁷⁷ Prinsippet har betydning på et bredt spekter av rettsområder, og det er i norsk rettsteori blitt utførlig drøftet av blant

¹⁷³ En helt tilsvarende regel gjelder for selgers krav på betaling av kjøpesummen i tilfeller hvor han ikke selv allerede har levert sin ytelse, jf. kjl. § 52 (3).

¹⁷⁴ Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 68

¹⁷⁵ Jf. Krenchel, Retsfortabende passivitet s. 180 (i note 2): “Begrebet passivitet beskriver et faktisk fænomen: Undladelse af at handle. Passivitet er således et faktum. Jus udgøres af de retsregler, der tillægger passiviteten retsvirkning ...”.

¹⁷⁶ Se for eksempel Rt. 1990 s. 189 (på s. 193), hvor “passivitetsspørsmålet” drøftes i et eget avsnitt, og hvor retten konkluderer med at ”kravet ikke var falt bort ved passivitet”, før den deretter drøfter spørsmålet om kravet var foreldet. Se også Krenchel, Retsfortabende passivitet s. 181 (note 7).

¹⁷⁷ Jeg velger å se bort fra den engelske doktrinen ”laches”, selv om denne synes å ha likhetstrekk med det norske passivitetsprinsipp. ”Laches” er som nevnt en svært snever doktrine, som kan føre til bortfall av én bestemt misligholdsbeføyelse som allerede i utgangspunktet er subsidiær i engelsk rett.

annet Knoph og Arnholm.¹⁷⁸ Knoph velger å formulere det alminnelige passivitetsprinsipp som en rettslig standard, med en bonus pater familias-vurdering av kreditors aktsomhet.¹⁷⁹ Arnholm er langt mer pessimistisk når det gjelder muligheten til å sammenfatte passivitetstilfellene som en enkelt regel,¹⁸⁰ og i nyere tid påpeker også Hagstrøm at det ”lar seg neppe gjøre å gi en uttømmende beskrivelse av når passivitet fører til rettstap”.¹⁸¹ Det er alminnelig antatt at også passivitetsprinsippet først og fremst er et utslag av lojalitetsplikten, selv om også foreldelsehensyn (status quo-tankegang) gjør seg gjeldende ved langvarig passivitet.¹⁸² Prinsippet retter seg mot den ”illojale inaktivitet” eller den ”klanderverdige passivitet”.¹⁸³ Hvorvidt et krav er bortfalt ved passivitet, beror på en konkret helhetsvurdering av situasjonen, hvor det avgjørende skjønnstemaet i rettspraksis flere ganger har vært hvorvidt den passive part har hatt en ”klar oppfordring” til å handle aktivt.¹⁸⁴

For denne avhandlingens problemstilling er ikke en generell drøftelse av det alminnelige passivitetsprinsipp relevant. Jeg vil i det følgende kort forsøke å belyse

¹⁷⁸ Knoph, Rettslige standarder s. 192 flg.; Arnholm, Tre utsnitt s. 46 flg

¹⁷⁹ Knoph, Rettslige standarder s. 240, om ”*passivitetsstandarden ved de subjektive rettigheter*”: ”Rettighetshaveren må finne sig i at retten tapes eller svekkes, dersom *en god og aktsom mann med utviklet sosial ansvarskjensle ikke vilde undlatt å bruke retten i tide, eller ikke finne det forsvarlig å kreve den gjennomført i streng og uavkortet skikkelse, under den forandrede situasjon som tiden og forholdene hat [sic] lagt til rette.*” (uth. i originalen).

¹⁸⁰ Arnholm, Tre utsnitt s. 85 flg

¹⁸¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 76-77, jf. også s. 778, hvor Knophs standard kommenteres og forkastes.

¹⁸² Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 76: ”*Passivitetstanken* innenfor kontraktsretten er nok i første rekke også et utslag av den gjensidige lojalitetsplikten: Hvis den ene part kan avverge tap for den annen ved å si fra, er det ofte grunn til å la tapet gå ut over ham om han lar være. Men undertiden kan kravet om lojalitet strekkes videre, slik at kreditor bare p.g.a. tidsforløpet nå må verge sin rett eller miste den. Passivitet kan således være uforenelig med kravet til aktsom opptreden. Som tiden går, kan det dessuten ofte være uheldig å rippe opp i en faktisk tilstand, ikke bare p.g.a. bevissituasjonen, men også fordi forholdene etter hvert får en fasthet det har en egenverdi å beskytte.” (uth. i originalen); jf. von Eyben, Forældelse I s. 22

¹⁸³ Simonsen, Kreditors mangelsbeføyelser s. 336, jf. Hov, Kontraktsrett II s. 267

¹⁸⁴ Jf. Rt. 1992 s. 295 (hvor retten fant at den passive *hadde* ”en klar oppfordring” til aktivitet (s. 303)); Rt. 1998 s. 398 (hvor retten fant at den passive *ikke* hadde ”noen klar oppfordring” til aktivitet (s. 405)). Se også Rt. 1988 s. 1199 (hvor retten fant at den passive hadde ”en viss oppfordring” til aktivitet, men at dette etter en helhetsvurdering ikke var tilstrekkelig). Ingen av sakene gjaldt misligholdsbeføyelser.

passivitetsprinsippets betydning for bortfall av misligholdsbeføyelser ved å sammenholde det med henholdsvis reklamasjonsreglene og reglene om dispositivt bortfall (avkall).

Forholdet mellom passivitetsprinsippet og reklamasjonsreglene

Som nevnt er normen ”urimelig lenge” benyttet i kjl. § 23 (3) om kjøperens tap av sin rett til oppfyllelse, og dette er i forarbeidene omtalt som en ”passivitetsregel”.¹⁸⁵ Hov antar at ”det samme må følge av ulovfestede regler om passivitet” i tilfeller hvor slikt rettstap ikke er lovfestet.¹⁸⁶ Også Simonsen antar på mer generelt grunnlag at spørsmålet om bortfall av misligholdskrav etter alminnelige passivitetsbetraktninger er et spørsmål om hvorvidt kreditor har ventet ”urimelig lenge” med å fremsette kravet.¹⁸⁷ Som vi har sett oppstiller kjøpsloven ingen plikt til spesifisert reklamasjon for erstatning/prisavslag ved mangler, og for erstatningskrav ved forsinkelse kreves hverken nøytral eller spesifisert reklamasjon. Også slike erstatningskrav kan bortfalle på grunn av kjøpers passivitet.¹⁸⁸

Svært skjematisk kan reglene om relativ reklamasjon oppfattes som en lovfesting av det underliggende, generelle passivitetsprinsippet på et spesifikt område hvor passivitet anses særlig klanderverdig og lojalitetsplikten står særlig sterkt.¹⁸⁹ Denne lovfestingen

¹⁸⁵ Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 68. I forarbeidene til senere kontraktslover med tilsvarende bestemmelser er dette gjentatt, og det er ytterligere understreket at disse bestemmelsene ikke er reklamasjonsregler, men regler som gir uttrykk for et alminnelig passivitetsprinsipp. Se Ot. prp. nr. 29 (1988-89) s. 81; Ot. prp. nr. 82 (1997-98) s. 159; jf. også Ot. prp. nr. 66 (1990-91) s. 98.

¹⁸⁶ Hov, Kontraktsrett II s. 132

¹⁸⁷ Simonsen, Kreditors mangelsbeføyelser s. 335: ”Alminnelige passivitetsbetraktninger kan ... stenge for framsettelse av krav som har blitt liggende urimelig lenge. ... Det er en alminnelig akseptert setning at kreditor ikke må vente urimelig lenge med å framsette sine krav.”

¹⁸⁸ Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 351; Hov, Kontraktsrett II s. 267

¹⁸⁹ Jf. Holmboe, Reklamasjon og foreldelse s. 24: ”Reklamasjons- og foreldelsesreglene er en lovfesting på et bestemt rettsområde av de generelle, ulovfestede prinsipper om passivitet, og skal dekke de samme behov som disse.” von Eyben (Foreldelse s. 21) synes å se spørsmålet fra motsatt perspektiv, men realiteten må antas å bli den samme: ”De almindelige grundsætninger om passivitet må – for så vidt angår deres anvendelse på kontraktsmessige krav – navnlig ses som en ulovbestemt udbygning af reglerne om

er det deretter analogisert fra, slik at det i gjeldende norsk rett finnes en alminnelig reklamasjonsstandard, som oppstiller krav om reklamasjon ”innen rimelig tid”. Selv om reklamasjonsreglene bygger på passivitetsprinsippet, innebærer denne ”innen rimelig tid”-standard en skjerpelse i forhold til hva som ellers følger av det underliggende passivitetsprinsippet. Simonsen uttrykker det slik:

”Det alminnelige passivitetsprinsippet retter seg mot den illojale inaktivitet, dvs der den annen part kan bli påført et tap eller en uleilighet ved at kreditor venter med å framsette sitt krav. Prinsippet retter seg med andre ord mot den klanderverdige passivitet. Hvor forholdene ikke ligger slik an, kommer ikke prinsippet til anvendelse og kravet faller først bort etter foreldelsesreglene.

Et generelt krav om å reklamere innen rimelig tid gjelder på sin side selv om det ikke foreligger noen illojalitet. Riktignok vil et mulig tap for debitor være med på å fastlegge lengden på reklamasjonsfristen ... men selv når slike interesser ikke står på spill vil kravet til slutt tapes etter reklamasjonsregelen. Her har med andre ord status quo-tanken (foreldelsesprinsippet) i større grad slått igjennom enn etter det alminnelige passivitetsprinsippet. Men lojalitetssynspunktet står likevel sentralt som begrunnelse for en strengere regel ved kontraktsbrudd enn ellers. Krav på grunnlag av kontraktsbrudd vil typisk kunne være omstridte, og det vil normalt være av interesse for debitor snarest mulig å bli underrettet om kreditors standpunkt.”¹⁹⁰

På grunn av den klare sammenhengen mellom reklamasjonsreglene og passivitetsprinsippet har jeg valgt å omtale dem under samlebetegnelsen ”lojalitetsbasert bortfall”, i motsetning til ”dispositivt bortfall”.

Forholdet mellom passivitetsprinsippet og dispositivt bortfall

Det er imidlertid en uklar grense mellom de situasjoner hvor inaktivitet anses som et avtalerettslig avkall (”dispositivt bortfall”), og de tilfeller hvor inaktivitet medfører rettstap på grunnlag av det alminnelige passivitetsprinsippet (”lojalitetsbasert bortfall”).¹⁹¹ Årsaken er at både vurderingstemaer og begrunnelse flyter over i

reklamation, der – ligesom disse – kan medføre, at et krav bortfalder inden udløbet af den for kravet gældende forældelsesfrist.”

¹⁹⁰ Simonsen, Kreditors mangelsbeføyelser s. 336; jf. Krenchel, Retsfortabende passivitet s. 181: ”Den faktiske forskel mellem reklamation og passivitet er således den tid, man har til rådighed, før der indtræder rettighedsfortabelse. Ved reklamationspligt skal reklamationen ske enten straks eller inden rimelig tid, hvorimod ophør ved passivitet beror på en konkret vurdering af den enkelte sag.”

¹⁹¹ Se for eksempel Arnholm, Tre utsnitt s. 52-54; Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 351; Gomard, Obligationsret 3 s. 229. Hov anvender betegnelsene ”klanderverdig passivitet” (om passivitet som fører

hverandre: Det er relevant for vurderingen etter passivitetsprinsippet at kreditor gjennom sin passivitet gradvis har fremkalt en forventning hos debitor om at et krav ikke vil bli gjort gjeldende, og dermed gjort debitor berettiget til å innrette seg etter dette.¹⁹² Dette er prinsipielt ikke det samme som at kreditor har formidlet noe som kan oppfattes som et stilltiende løfte om å oppgi kravet, altså et avkall, men overgangen må sies å være flytende.¹⁹³ Videre vil lojalitetsbetraktninger på kreditorsiden – som utgjør grunnlaget for passivitetsprinsippet – ofte være den reelle begrunnelsen også for å konstruere et *løfte* på basis av passiviteten. Den uskarpe avgrensningen medfører nok at begge regelsett i mange tilfeller ville kunne benyttes som hjemmelsgrunnlag for rettstap. I norsk rett vil imidlertid en dispositiv konstruksjon langt på vei være overflødig i bortfallstilfellene – nettopp fordi man normalt vil kunne anvende passivitetsprinsippet isteden.¹⁹⁴

til bortfall etter ”alminnelige passivitetsregler”) og ”dispositiv passivitet” (når ”passiviteten oppfattes som et regulært avkall på kravet, altså som et dispositivt utsagn”) (Hov, Kontraktsrett II s. 267).

¹⁹² Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 778. Se for eksempel Rt. 1992 s. 166, hvor Høyesterett følgende begrunnelse for at et mangelskrav gikk tapt fordi en reklamasjon ikke ble fulgt opp (på s. 171): ”Det var naturlig for banken [debitor] å regne med at dersom han [A, kreditor] fryktet tap på grunn av den manglende sidetipp, ville det bli fulgt opp. Etter min mening måtte banken slik de konkrete omstendigheter her var, etter en tid kunne gå ut fra at innsigelsen om manglende sidetipp ikke ville bli gjort gjeldende. Omstendighetene tilsa at A opptrådte aktivt ved å følge opp reklamasjonen innen rimelig tid. Når han ikke gjorde det innen ett år, kan denne reklamasjonen etter min mening ikke påberopes.”

¹⁹³ Jf. von Eyben, Forældelse I s. 30: ”Foreligger der et egentligt, stiltiende opgivesløfte, er kravet selvsagt bortfaldet af denne grund, uanset tidsforløbet frem til dettes afgivelse. Men praktisk vil der selvsagt være en glidende overgang mellem tilfælde, hvor kreditors adfærd har bibragt skyldneren det indtryk, at kravet var opgivet, og tilfælde, hvor den alene har fremkaldt en forventning om, at det ikke ville blive gjort gældende.”

¹⁹⁴ Situasjonen blir annerledes ved ”pliktstiftende passivitet”, hvor man vanskelig kommer utenom den avtalerettslige terminologien, jf. for eksempel avtl. §§ 4 annet ledd og 6 annet ledd, som bestemmer at passivitet i visse situasjoner medfører at avtale ”ansees ... for sluttet”. I nyere tid har riktignok Ravnkilde tatt til orde for å se all ulovfestet rettsfortapende passivitet under en avtalerettslig synsvinkel, altså slik at retten går tapt utelukkende hvis og når passiviteten anses som et stilltiende løfte (jf. Ravnkilde, Passivitet bl.a. s. 27 og 160). Han bringer dermed det alminnelige passivitetsprinsipp inn under kategorien avkall, og løsriver samtidig passivitetsprinsippet eksplisitt fra all direkte sammenheng med reklamasjonsreglene (jf. op. cit. s. 52-53). Som vi har sett, ligger imidlertid en slik separasjon fra reklamasjonsreglene fjernt fra det som ellers antas, ihvertfall hva gjelder passivitet overfor kontraktsmislighold, og Ravnkilde synes

En nærmere analyse av forholdet mellom dispositivt avkall og det alminnelige passivitetsprinsippet ligger på siden av denne avhandlingen. For vårt formål er det tilstrekkelig å slå fast at det er en flytende overgang mellom kategoriene, og at behovet for en dispositiv konstruksjon er tvilsomt i bortfallstilfellene. Betydningen av dette kommer jeg tilbake til ved tolkningen av nw-klausulen, punkt 4.2.

3.6.5 Oppsummering

Vi har sett at foreldelsesreglene både i norsk og engelsk rett utgjør yttergrensen for når et krav bortfaller. Videre kan et krav etter begge rettssystemer bortfalle ved disposisjon, og under gitte forutsetninger kan disposisjon utledes av inaktivitet. Tilstanden i norsk rett skiller seg fra den engelske rettsstilstand først og fremst ved at retten til å utøve misligholdsbeføyelser kan bortfalle ikke bare på grunnlag av foreldelse og disposisjon, men også på grunnlag av ”lojalitetsbaserte bortfallsgrunner”, nemlig reklamasjonsregler og det alminnelige passivitetsprinsippet. Skjematisk kan man dermed si at det i norsk rett finnes en tredje kategori bortfallsgrunner, i tillegg til de to som har motsvar i engelsk rett.

foreløpig å stå ganske alene med sitt syn. Hans teori (fra 2002) er blitt imøtegått av blant annet von Eyben (Forældelse I s. 26 flg.), jf. også Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 779.

4 No-waiver-klausuler i kontrakter underlagt norsk rett

4.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg drøfte den overordnede problemstillingen om hvilken innvirkning en nw-klausul vil ha på spørsmålet om bortfall av retten til å utøve misligholdsbeføyelser i norsk rett. Det er forutsatt at klausulen er inntatt i en kommersiell kontrakt underlagt norsk lovvalg. Forøvrig henviser jeg til forutsetninger og avgrensninger i punkt 1.4.3.

Presisering av problemstillingen

Jeg avsluttet forrige kapittel med en oversikt over bortfallsgrunner for misligholdsbeføyelser og konkluderte med at det skjematisk kan sies at norsk rett har en kategori bortfallsgrunner som ikke har motsvar i engelsk rett, nemlig de ”lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene”: relative reklamasjonsfrister og det alminnelige passivitetsprinsipp. Når jeg skal vurdere nw-klausulens virkninger i norsk rett, finner jeg det derfor særlig interessant å fokusere på bortfallsgrunnene i denne siste kategorien – ikke minst fordi det grunnleggende spenningsforholdet mellom den norske lojalitetsplikten og nw-klausulens forutberegnelighetsformål da kommer på spissen. Jeg har av den grunn valgt å innsnevre problemstillingen til å gjelde samspillet mellom nw-klausulen og de lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene i norsk rett. Dette samspillet vil jeg belyse gjennom to underproblemstillinger som jeg skal redegjøre for i det følgende.

Første underproblemstilling: Tolkning av nw-klausulen

Som første underproblemstilling tar jeg opp spørsmålet om hvorvidt nw-klausuler kan tolkes slik at de retter seg mot de lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene, altså om disse bortfallsgrunnene overhodet ligger innenfor klausulens virkeområde. Bakgrunnen for denne problemstillingen er at mange nw-klausuler har en ordlyd som er tilpasset bortfallsgrunnene i engelsk rett, som sees i dispositivt lys. Det kan derfor stilles spørsmål om nw-klausuler med en slik utforming utelukkende retter seg mot dispositivt bortfall.

Annen underproblemstilling: Sensur av nw-klausulen

Som annen underproblemstilling tar jeg opp spørsmålet om *ytergrensene* for nw-klausulens rettsvirkninger: I hvilken utstrekning vil norske domstoler akseptere at partene kontraherer seg bort fra bakgrunnsrettens lojalitetsbaserte bortfallsgrunner? Vil nw-klausuler som retter seg mot de lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene bli sensurert? Den komparative gjennomgåelsen i kapittel 3 viser at lojalitetsplikten i kontraktsforhold utgjør en grunnleggende forskjell mellom norsk og engelsk rett, og det er ved dette spørsmålet at spenningsforholdet mellom nw-klausulen og lojalitetsplikten i norsk kontraktsrett kommer særlig markert til uttrykk. Spørsmålet om nw-klausulens rettsvirkninger kan nemlig sees i lys av en mer generell problemstilling om rettsvirkningene av klausuler som griper inn i virkeområdet for den alminnelige lojalitetsplikt: Hvor stor frihet har partene til å gjøre inngrep i den alminnelige lojalitetsplikt gjennom kontraktsbestemmelser? Eller uttrykt på en litt annen måte: I hvilken utstrekning kan partene kontrahere seg bort fra lojalitetsplikt? Dette overordnede perspektivet øker forhåpentlig drøftelsens mulige overføringsverdi til andre tilfeller hvor kontraktsbestemmelser støter an mot lojalitetsplikten.

Spørsmålet om dispositivt bortfall – avgrensning

En problemstilling som jeg har valgt å avgrense mot, er klausulens samspill med den norske avkallslæren, og jeg vil her nøye meg med å redegjøre kort for problemstillingen og hvorfor jeg avgrenser mot den. Problemstillingen kan uttrykkes slik: Hvilken innvirkning har nw-klausulen på spørsmålet om hvorvidt en kontraktsparts inaktivitet skal "tolkes dispositivt", altså om inaktiviteten skal tillegges rettsvirkninger som et dispositivt utsagn? Ved dette disposisjonsspørsmålet har klausulen funksjon som en kontraktsfestet tolkningsregel som bestemmer at fremtidig partsadferd i form av inaktivitet ikke skal tolkes dispositivt. Alternativt kan man karakterisere klausulen som et negativt formulert formkrav, som bestemmer at inaktivitet ikke er en gyldig disposisjonsform i forholdet mellom partene. Dersom man formulerer problemstillingen slik, ser man at den kan anses som et spesialtilfelle av en mer generell problemstilling, nemlig i hvilken utstrekning partenes forhåndsavtalte tolkningsregler eller formkrav vil respekteres av rettsordenen. Dette er en svært interessant problemstilling, men den settes mer på spissen i andre sammenhenger, ikke minst ved spørsmålet om avtalt

skriftform.¹⁹⁵ Avtalt skriftform er tema for en annen studentavhandling innenfor rammen av prosjektet Anglo-amerikanske kontraktsmodeller, som er under arbeid parallelt med denne avhandlingen. Siden problemstillingen behandles mer hensiktsmessig innenfor rammen av den avhandlingen, har jeg altså valgt å avgrense mot den.

4.2 Tolkning av no-waiver-klausuler

I dette punktet er spørsmålet om en nw-klausul kan tolkes dithen at den utelukker anvendelsen av de norske lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene, eller om den bare retter seg mot dispositivt basert bortfall. Som nevnt har mange nw-klausuler en ordlyd som synes å rette seg kun mot slik dispositiv passivitet, fordi de opprinnelig er utformet med tanke på engelsk rett, hvor alle de aktuelle bortfallsgrunnene sees i dispositivt lys. Problemstillingen oppstår altså på grunn av forskjeller mellom det rettssystemet hvor klausulen har sin opprinnelse, og det rettssystemet den er transplantert inn i.

Om utgangspunktet for drøftelsen

Som nevnt i innledningen legger det vesentlige føringer på drøftelsen at tolkningsobjektet er en klausul, ikke et nærmere spesifisert avtaleforhold. Det vil derfor ikke være mulig å sette seg fullt ut i en domstols sted og komme ”til bunns” i tolkningen, da dette ville gjøre det nødvendig å bringe en rekke mer eller mindre tilfeldig valgte forutsetninger om et konkret avtaleforhold inn i drøftelsen. Til gjengjeld gir det generelle utgangspunktet mulighet til å drøfte poengene på et mer prinsipielt og overordnet nivå. På grunn av denne metodiske utfordringen – at jeg forholder meg til en ”kontekstløs” klausul – er det ikke gjennomførbart med en tradisjonell ”pro et contra”-drøftelse av alle relevante momenter fra et spesifikt avtaleforhold, etterfulgt av en entydig konklusjon. Isteden fokuserer jeg på vesentlige momenter som må antas å ha generell betydning, og holder bevisst utenfor momenter som har en mer spesifikk tilknytning til det enkelte avtaleforhold.

¹⁹⁵ Jf. det som er sagt om ”variation-klausuler” i punkt 1.3.2.

Objektet for tolkningen

Som objekt for tolkningen har jeg valgt ut en klausul som synes å være representativ for den kategorien nw-klausuler som gir grunnlag for problemstillingen i dette punktet:

“No delay or omission in exercising any right or remedy shall be construed to be a waiver of such right or remedy.”

Formulering av tolkningsalternativer

Første steg i tolkningsprosessen er å identifisere mulige tolkningsalternativer.¹⁹⁶ Hele grunnlaget for denne tolkningsdrøftelsen er som nevnt uklarheten om hvorvidt klausulen bare retter seg mot ”dispositiv passivitet” eller om den også omfatter bortfallsgrunner som ikke er dispositivt baserte, og dermed de norske ”lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene”. Dette gir grunnlag for å formulere følgende tolkningsalternativer:

Tolkningsalternativ 1: Klausulen retter seg kun mot bortfall etter reglene om dispositiv passivitet (avkall). Dette innebærer at klausulen bare er en kontraktsfestet tolkningsregel, som sier at passivitet ikke skal tolkes dispositivt. Annerledes uttrykt: Klausulen er kun et formkrav som sier at i partenes avtaleforhold vil ikke passivitet være en gyldig form for avkall.

Tolkningsalternativ 2: Klausulen retter seg mot passivitetsbortfall generelt, uavhengig av hvilket regelsett bortfallet skyldes. Med andre ord: Klausulen er ment å utelukke utfylling av avtalen med enhver regel om bortfall av misligholdsbeføyelser på grunn av kreditors passivitet overfor misligholdet.

En mulig mellomløsning

Det er også mulig at en domstol vil kunne finne en ”mellomløsning” mellom disse to tolkningsalternativene, nemlig en tolkning som lar klausulen omfatte de norske lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene, men som likevel åpner for bortfall i tilfeller hvor kreditors passivitet konkret vurderes som illojal. Dette har jeg valgt å anse som en ”innskrenket” variant av tolkningsalternativ 2 – som et resultat av ”korrigerende tolkning” eller ”indirekte avtalesensur”. Som vi skal se, har spørsmålet om en slik

¹⁹⁶ Jf. Woxholth, *Avtalerett* s. 433; Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser* s. 94

mellomløsning nær sammenheng med spørsmålet om lojalitetsbasert sensur av nw-klausulen, og jeg vil derfor behandle det separat, i punkt 4.2.8, som en overgang mellom tolkningsdrøftelsen og sensurdrøftelsen.

4.2.1 Utgangspunktet for tolkningen – kort om tolkningsprinsipper

Prinsipielt utgangspunkt og praktisk hovedregel

Det prinsipielle utgangspunkt i norsk rett, som i andre beslektede rettssystemer, er at en avtales innhold defineres av partenes felles forståelse av avtalen ved avtaleinngåelsen.¹⁹⁷ En slik ”felles forståelse” er imidlertid en rent psykologisk størrelse, og man vil i praksis måtte basere seg på ytre manifestasjoner av partenes intensjoner. Når avtalen er nedfelt i et skriftlig avtaledokument, vil en rimelig forståelse av ordlyden i dette dokumentet, fra et nøytralt ståsted, være det naturlige utgangspunktet for tolkningen.¹⁹⁸ En intersubjektiv oppfatning på tvers av dette objektiviserte utgangspunktet vil dermed i praksis fremstå som et unntak.¹⁹⁹

Objektiv tolkning i kommersielle forhold

Nyere høyesterettspraksis understreker utgangspunktet om objektiv tolkning med basis i ordlyden, særlig i kommersielle forhold.²⁰⁰ Dommen inntatt i Rt. 2002 s. 1155 er illustrerende. Førstvoterende i en enstemmig Høyesterett uttaler seg der slik om tolkning av næringskontrakter mellom profesjonelle parter (på s. 1158-1159):

”Det finnes støtte så vel i teori som i rettspraksis for at slike kontrakter som utgangspunkt bør fortolkes objektivt, og at kontraktens ordlyd må tillegges stor vekt. ... Utgangspunktet om en objektiv fortolkning med basis i kontrakten kan også uttrykkes slik at den som hevder en forståelse i strid med kontraktens ord, har bevisbyrden for at dette var partenes felles forståelse på avtaletiden ... At

¹⁹⁷ Jf. Hov, Kontraktsrett I s. 148; Haaskjold, Kontraktsforpliktelser s. 101-104. Dette intersubjektive utgangspunkt uttrykkes for eksempel i tolkningsregelen i UNIDROIT Principles art. 4.1 (1): ”A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties.”

¹⁹⁸ Dette formelt subsidiære objektiviserte utgangspunktet kommer blant annet til uttrykk i UNIDROIT Principles art. 4.1 (2): ”If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.”

¹⁹⁹ Se for eksempel fremstillingen av tolkningslæren i Woxholth, Avtalerett s. 436-437.

²⁰⁰ Jf. bl.a. Rt. 1994 s. 581; Rt. 2000 s. 806; Rt. 2002 s. 1155; Rt. 2003 s. 1132

prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer.”

Tilsvarende er det uttalt i rettspraksis at formålsbetraktninger har begrenset gjennomslagskraft overfor ordlyden i denne typen avtaler, jf. dommen inntatt i Rt. 1994 s. 581 (på s. 587):

”Avtalen er en forretningsmessig avtale utformet av personer med stor profesjonell kompetanse i slike forhold. Det ville etter mitt syn åpne for tvil og uklarhet om man ved tolkingen av slike avtaler skulle fravike ordlyden ut fra mer eller mindre klare antagelser om formålet.”

Subjektive standarder

Det er i høyesterettspraksis presisert at selv om det i kommersielle forhold vil være en presumpsjon for at ordlyden gir uttrykk for partenes mening, innebærer ikke dette at man skal se bort fra subjektive momenter.²⁰¹ Siden subjektive momenter etter sin natur er spesifikke for det enkelte avtaleforhold, faller disse utenfor den generelle tolkningsdrøftelsen i det følgende.²⁰²

²⁰¹ Jf. Rt. 2002 s. 1155 (på s. 1159, umiddelbart etter utdraget gjengitt foran): ”Men subjektive fortolkningsmomenter har også sin selvsagte plass i næringslivets kontrakter. Kan det påvises at kontraktspartene har hatt en felles forståelse som avviker fra kontraktens ordlyd, må dette legges til grunn i rettsforholdet mellom dem. Det generelle utgangspunkt jeg har angitt kan likevel ha betydning for den bevisstyrke som i slike tilfeller må kreves.” Dette er fulgt opp i Rt. 2003 s. 1132 (avsnitt 35): ”I de tilfeller det kan påvises at kontraktspartene har hatt en felles forståelse som avviker fra en naturlig forståelse av kontrakten, må den omforente forståelse legges til grunn. Det kreves i slike tilfeller relativt klare holdepunkter for at partene har vært enige om en avvikende forståelse.”

²⁰² Det er vanlig å operere med to subjektive tolkningsstandarder. Huser omtaler disse som ”den subjektive felles standard” og ”god tro-standard” (jf. Huser, *Avtaletolking*, bl.a. på s. 378-435; se også Hov, *Kontraktsrett I* s. 148-150; Krüger, *Kontraktsrett* s. 530). *Den subjektive felles standard* tilsvarer det ovennevnte prinsipielle utgangspunkt for tolkingen – partenes felles forståelse. Dersom en slik forståelse kan bevises, skal den altså legges til grunn, uavhengig av hvilket resultat en objektivisert tolkning av klausulen taler for. *God tro-standard* går ut på at dersom en part kjente eller burde ha kjent til at medkontrahentens forståelse av avtalens innhold avvek fra hans egen, vil medkontrahentens forståelse legges til grunn. God tro-standard er interessant for denne avhandlingens tema fordi den er et eksempel på at lojalitetsprinsippet gir seg utslag i tolkningsprosessen (jf. Huser, *Avtaletolking* s. 417).

Fremstillingen videre

Ved tolkningen av kommersielle avtaler er altså en naturlig språklig forståelse av ordlyden det helt klare utgangspunkt. Når jeg i det følgende skal tolke nw-klausulen, vil jeg derfor begynne med å drøfte ordlyden, for deretter å drøfte andre relevante momenter. Til slutt vil jeg oppsummere og si litt om avveiningen av momentene.

4.2.2 Klausulens ordlyd

Betydningen av at kontraktsspråket er engelsk

Før selve drøftelsen av ordlyden finner jeg det naturlig å si litt om betydningen av at kontraktsspråket er engelsk. Så lenge lovvalget er norsk, må det klare utgangspunkt være at kontrakten skal tolkes etter norske tolkningsregler.²⁰³ Dette innebærer at engelskspråklige kontraktsvilkår behandles på samme måte som norskspråklige.²⁰⁴ Kontraktsvilkår på engelsk eller andre fremmedspråk kan imidlertid reise særlige problemer. For eksempel kan kontraktsbestemmelser eller enkeltbegreper som er benyttet, være tillagt en spesiell mening i engelsk rettspraksis, som ikke følger naturlig av en rent språklig forståelse av kontraktsvilkåret eller begrepet.²⁰⁵ Det kan da oppstå spørsmål om hvilken betydning som skal legges til grunn. Slike problemer oppstår etter mitt skjønn ikke ved vårt tolkningsspørsmål, og jeg vil derfor ikke drøfte dem nærmere her.²⁰⁶

Utgangspunktet for drøftelsen

Utgangspunktet for drøftelsen blir da etter vanlige norske regler en naturlig språklig forståelse av ordlyden – ordenes alminnelige mening.²⁰⁷ Man kan ta utgangspunkt enten i den engelske ordlyden eller i en oversettelse til norsk, uten at dette kan antas å ha

²⁰³ Jf. Hov, *Kontraktsrett I* s. 153; tilsvarende Selvig/Hagstrøm, *Kontraktsrett 3* s. 144, hvor det fremheves at det er ”kontraktsrettstradisjonen” i lovvalgslandet som er avgjørende.

²⁰⁴ Jf. Selvig/Hagstrøm, *Kontraktsrett 3* s. 146

²⁰⁵ Dette er blant annet tilfelle for begrepene ”condition” og ”warranty”, som er tema for en annen studentavhandling innen prosjektet Anglo-amerikanske kontraktsmodeller.

²⁰⁶ For en nærmere drøftelse, se Selvig/Hagstrøm, *Kontraktsrett 3* s. 143-168 og Selvig, *Tolking*; Hov, *Kontraktsrett I* s. 153-157.

²⁰⁷ Jf. Hov, *Kontraktsrett I* s. 157; Woxholth, *Avtalerett* s. 438; Huser, *Avtaletolking* s. 455-459

særlig betydning.²⁰⁸ Jeg vil i det følgende ta utgangspunkt i den engelske ordlyden, men må naturlig nok gå via norsk når jeg skal vurdere hvilke norske regelsett som kan subsummeres under denne ordlyden.

Tolkning av ordlyden

“No delay or omission in exercising any right or remedy accruing to either party upon any breach or default of the other party shall be construed to be a waiver of such right or remedy.”

Jeg finner det lite tvilsomt at “delay and omission” må anses å dekke begrepet ”passivitet” i norsk rett, slik dette brukes som betegnelse på rettsfaktum for de ulike regelsettene om bortfall. Det synes videre lite tvilsomt at ”any right or remedy accruing to either party upon any breach or default of the other party” må anses å dekke de norske misligholdsbeføyelsene.

Det avgjørende spørsmålet blir derfor hvordan man kan tolke frasen ”shall be construed to be a waiver of”. Verbet ”construe” er synonym til ”interpret” og kan oversettes med ”oppfatte”, ”fortolke” eller ”utlegge”.²⁰⁹ Som det fremgår i kapittel 2, henviser substantivet ”waiver” i engelsk rett til et avkall eller en frafallelse, altså en disposisjon, og det er også slik ordet defineres i ikke-juridiske ordbøker.²¹⁰ Både bruken av ”be construed as” og bruken av ”waiver” trekker altså i retning av at klausulen kun retter seg mot dispositivt bortfall, altså det vi i norsk rett betegner som avkall.²¹¹

²⁰⁸ Jf. Selvig/Hagstrøm, Kontraktsrett 3 s. 145

²⁰⁹ Kirkeby, Engelsk-norsk ordbok; jf. Oxford Advanced Learner’s Dictionary: ”to understand the meaning of a word, a sentence, or an action in a particular way”.

²¹⁰ Jf. Kirkeby, Engelsk-norsk ordbok: ”fracfallelse”; Oxford Advanced Learner’s Dictionary: ”a situation in which sb gives up a legal right or claim; an official document stating this”.

²¹¹ En hyppig forekommende alternativ formulering til ”[shall not] be construed as a waiver” er ”[shall not] operate as a waiver”. “Operate” kan oversettes med “virke” eller “fungere”, jf. Kirkeby, Engelsk-norsk ordbok. Denne formuleringen trekker således litt mindre klart i retning av at kun dispositivt bortfall omfattes.

Jeg er derfor kommet til at en rimelig forståelse av klausulens ordlyd taler for tolkningsalternativ 1, altså at klausulen kun retter seg mot reglene om dispositivt bortfall.

4.2.3 Formålshensynet

Innledning

Formålsbetraktninger spiller en viktig rolle i avtaletolkning.²¹² Dette gjelder både formålet med avtalen og formålet med den enkelte klausul.²¹³ I det følgende er det nw-klausulens formål som skal drøftes. Siden drøftelsen som flere ganger nevnt ikke er tilknyttet noe bestemt avtaleforhold, er det naturlige utgangspunkt ”det generelle formålet” bak bruken av denne typen nw-klausuler, altså årsaken til at slike nw-klausuler overhodet inkluderes i kontrakter.

Formålet med nw-klausulen

Formålet med å bruke nw-klausuler er å øke sikkerheten og forutberegneligheten i kontraktsforholdet. Et typisk middel for å fremme forutberegnelighet er å unngå skjønnsmessige vurderingstemaer. De engelske waiver-doktrinene er skjønnsmessige, og dette er bakgrunnen for at man søker å utelukke dem gjennom nw-klausuler. Også de norske regelsettene om lojalitetsbasert bortfall er imidlertid svært skjønnsmessige, og vil dessuten mye lettere enn de engelske waiver-doktrinene kunne føre til bortfall på grunnlag av ren passivitet. Fra et forutberegnelighetssynspunkt er det derfor enda mer ønskelig å utelukke disse. At formålet med å innta denne typen nw-klausuler i en kontrakt, er å avverge bortfall generelt – ikke bare dispositivt bortfall spesielt – støttes også av presentasjonen av slike klausuler i praktisk orientert kontraktsrettslitteratur, jf. punkt 1.4.1.

Det er på grunnlag av dette liten tvil om at formålshensyn klart taler for å velge tolkningsalternativ 2. Faktisk er det usikkert om tolkningsalternativ 1, utelukkelse kun

²¹² Jf. Hov, Kontraktsrett I s. 167-168; Woxholth, Avtalerett s. 445-447; Haaskjold, Kontraktsforpliktelser s. 122-124

²¹³ Jf. Huser, Avtaletolkning s. 511-513

av dispositiv passivitet, overhodet kan sies å være formålsfremmende. Dette kommer jeg nærmere inn på under drøftelsen av ”operasjonshensynet”.

4.2.4 Operasjonshensynet

Innledning

Nært beslektet med formålshensynet er operasjonshensynet. Huser har definert dette hensynet slik: ”*Man bør ved tolkingen tilstrebe et tolkingsresultat som fører til at avtalen som helhet – og helst hver enkelt klausul – blir operativ, dvs. får virkning i forholdet mellom partene*”.²¹⁴ Haaskjold påpeker at operasjonshensynet medfører at ved ”valget mellom ulike tolkningsalternativer må man likeledes kunne gå ut fra at man ikke bør velge et alternativ som innebærer at den aktuelle bestemmelsen blir uvirksom, eller at den gis et innhold som i vesentlig grad reduserer dens betydning”.²¹⁵

Operasjonshensynet og nw-klausulen

For vårt tilfelle er operasjonshensynet relevant fordi det må kunne stilles spørsmål om nw-klausulen overhodet har noen reell funksjon dersom tolkningsalternativ 1 legges til grunn: Som påpekt i punkt 3.6.2 vil det først og fremst være aktuelt å tillegge passivitet dispositiv virkning i tilfeller hvor den passive part har hatt en særlig oppfordring til å avklare situasjonen, altså hvor det må anses som illojalt at han har forholdt seg passiv. Det fremstår derfor som tvilsomt om det er særlig praktisk med tilfeller hvor ren passivitet vil kunne tillegges virkning som et dispositivt avkall, uten at situasjonen samtidig ligger slik an at passiviteten alternativt vil kunne medføre rettstap etter reklamasjonsregler eller det alminnelige passivitetsprinsipp. Som nevnt er overgangen mellom bortfallskategoriene i det hele tatt ganske flytende, og denne uklarheten må i seg selv sies å tale mot utelukkelse av ”dispositiv passivitet”, men ikke ”lojalitetsbasert passivitet”.

Operasjonshensynet taler dermed for å velge tolkningsalternativ 2.

²¹⁴ Huser, Avtaletolking s. 509, uth. i originalen

²¹⁵ Haaskjold, Kontraktsforpliktelser s. 140

4.2.5 Hensynet til lojalitet og hensynet til bakgrunnsretten

I dette punktet slår jeg sammen to momenter som i vårt tilfelle glir over i hverandre, nemlig hensynet til lojalitet og hensynet til bakgrunnsretten. Med hensynet til lojalitet mener jeg det tolkningsmoment som går ut på å velge det tolkningsalternativ som best ivaretar lojalitetsprinsippet, altså det alternativet som best fremmer prinsippet om at kontraktspartene skal ta rimelig hensyn til hverandres interesser. Dette er en særvariant av det tolkningsmomentet som går ut på at man skal velge den mest rimelige og rettferdige løsningen.²¹⁶

Med hensynet til bakgrunnsretten mener jeg det tolkningsmoment som går ut på at bakgrunnsrett kan ”øve motstand” mot avvikende kontraktsreguleringer.²¹⁷ Dette gjelder først og fremst verdibasert bakgrunnsrett, altså rettsregler (lovfestede og ulovfestede) som reflekterer samfunnets verdistandpunkter – hensyn som samfunnet ønsker at også rettssystemet skal fremme.²¹⁸

Siden nw-klausulens bakgrunnsrett er lojalitetsbasert, er lojalitetshensynet det relevante verdistandpunktet i vårt tilfelle. Det er derfor de to momentene jeg behandler i dette punktet, glir over i hverandre: Det blir nærmest en smakssak om man velger å argumentere med utgangspunkt i de lojalitetsbaserte regelsettene *konkret*, eller med utgangspunkt i lojalitetsprinsippet *generelt*.²¹⁹

Momentene trekker uansett i retning av å unngå å tolke klausulen slik at den utelukker anvendelsen av de lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene. Med andre ord taler de for å velge tolkningsalternativ 1.

²¹⁶ Jf. Hov, Kontraktsrett I s. 43

²¹⁷ Jf. Huser, Avtaletolking s. 539-542; Hov, Kontraktsrett I s. 172; Haaskjold, Kontraktsforpliktelser s. 136-138, som alle trekker ansvarsfraskrivelse frem som et typisk eksempel på anvendelse av dette momentet. Momentet har forbindelseslinjer til ”uklarhetsregelen”, fordi det kan sees under synsvinkelen om at tolkningstilvæl bør løses mot den som ønsker å fravike bakgrunnsrettens normalstandard.

²¹⁸ Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 52

²¹⁹ Dette må vel også kunne sies å være tilfelle ved ansvarsfraskrivelse, jf. drøftelsen av forholdet mellom lojalitetsplikt og ansvarsfraskrivelse i punkt 4.3.1.

Både hensynet til en mest mulig rimelig løsning (som lojalitetshensynet som sagt er en særvariant av) og hensynet til bakgrunnsrettens regulering har imidlertid begrenset gjennomslagskraft i kommersielle forhold.²²⁰ I en bestemt sammenheng gjør hensynene seg likevel sterkt gjeldende og kan bli tillagt avgjørende vekt, nemlig i skjæringspunktet mellom avtaletolkning og sensur. Dette kommer jeg tilbake til når jeg nedenfor skal drøfte korrigerende tolkning, som kan gi et tolkningsresultat som er en mellomløsning mellom tolkningsalternativ 1 og 2.

4.2.6 Betydningen av klausulens kontekst

Som jeg allerede har vært inne på flere ganger, tar denne drøftelsen utgangspunkt i en ”kontekstløs klausul”. Jeg finner likevel grunn til å komme inn på betydningen av to utvalgte ”kontekstuelle momenter”. Momentene jeg vil behandle, er kontraktens utforming og avtaletypen. Disse er av generell interesse, fordi de er knyttet til klausulens ”objektive” kontekst, til forskjell fra mer ”subjektive”, partsspesifikke momenter som kan påvirke tolkningen av avtalen, som partenes forutsetninger, forutgående forhold, etterfølgende opptreden etc.

Kontraktens utforming

Årsaken til at jeg behandler dette momentet, er at det må antas å kunne ha sentral betydning nettopp i de typisk kommersielle forhold som står i fokus i denne avhandlingen. I slike kontrakter vil det gjerne være slik at ikke bare den enkelte klausul, men kontrakten som helhet, er påvirket av anglo-amerikanske forbilder. I anglo-amerikansk rett er det tradisjon for å ha svært lange og detaljerte kontrakter. Som vi har sett, skyldes dette at partene hverken forventer eller ønsker at avtalen skal utfylles av bakgrunnsrett. Målet er å skrive kontrakter som gir en uttømmende regulering av partenes forhold. Dersom en kontrakt som er skrevet etter mønster av slike anglo-amerikanske forbilder, ikke inneholder reklamasjonsregler, vil dette tale for at slike regler ikke er ment å ha noen plass i avtaleforholdet.²²¹ Tolkningsalternativ 2,

²²⁰ Jf. Hagstrøm, *Obligasjonsrett* s. 44 og 52. Ansvarsfraskrivelse tolkes imidlertid restriktivt også i kommersielle forhold, jf. op. cit s. 631.

²²¹ Man kan forsåvidt også se det slik at dette innebærer tolkning av *kontrakten som helhet*, med *nw-klausulen* som et moment, snarere enn å se det som en tolkning av *nw-klausulen* med bruk av konteksten

utelukkelse av alt passivitetsbasert bortfall, vil derfor gi best sammenheng i avtalen som helhet. Dersom avtalen kun inneholder *absolutte* reklamasjonsfrister, som i praksis er en form for avtalebestemte foreldelsesfrister, forsterkes inntrykket av at meningen med reguleringen er å sørge for at partene kun skal måtte forholde seg til ”firkantede” bortfallsregler.²²² Også dette vil derfor etter mitt syn trekke i retning av å tolke nw-klausulen dithen at den ekskluderer utfylling med skjønnsmessige bortfallsregler.

Avtaletypen

Jeg har i det foregående snakket om ”nw-klausulens bakgrunnsrett” helt generelt, og dette er i overensstemmelse med mitt utgangspunkt i alminnelig kontraktsrett. Det er imidlertid på sin plass å påpeke at avtaletypen her vil kunne være av betydning, fordi reklamasjonsplikter står sterkere ved noen avtaletyper enn ved andre. For eksempel må det generelt kunne antas at reklamasjonsplikter står sterkt på områder hvor de er lovfestet, og i bransjer hvor de kan anses som en del av bransjepraksis. Det er nettopp ved slike avtaletyper det kan være særlig nærliggende å argumentere for å legge vekt på hensynet til bakgrunnsretten i tolkningsprosessen.²²³

4.2.7 Oppsummering – avveining av tolkningsmomentene

I det følgende vil jeg oppsummere de tolkningsmomentene jeg har gjennomgått, og si litt om avveiningen av dem.

En naturlig språklig forståelse av nw-klausulens ordlyd taler for å velge tolkningsalternativ 1, og dette momentet tillegges generelt svært stor vekt ved tolkningen av kommersielle kontrakter. I vårt tilfelle trekker også hensynet til lojalitet

(altså de øvrige deler av kontrakten) som tolkningsmoment. Jeg anser dette som en sontring med systematisk heller enn praktisk betydning, og jeg vil derfor ikke forfølge spørsmålet videre.

²²² Slike eventuelle avtalefestede reklamasjonsfrister vil ikke bli påvirket av nw-klausulen, selv om klausulen tolkes slik at den utelukker alle bortfallsregler. Dette følger av den alminnelige tolkningsregelen om at spesielle bestemmelser går foran generelle, jf. Hov, *Kontraktsrett I* s. 161; Huser, *Avtaletolking* s. 578-579.

²²³ Når Krüger snakker om ”å gravitere kontrakten henimot gitte sett av bakgrunnsregler”, er det nettopp typeløsninger (*naturalia negotii*) han snakker om (Krüger, *Kontraktsrett* s. 525).

og bakgrunnsrett i samme retning som ordlyden. Som nevnt har imidlertid ikke dette momentet så stor vekt i kommersielle forhold, med mindre man beveger seg i grenselandet til avtalesensur. Dette kommer jeg tilbake til under drøftelsen av korrigerende tolkning.

Formålshensynet trekker klart i retning av å velge tolkningsalternativ 2. Som nevnt har formålshensyn i kommersielle forhold begrenset gjennomslagskraft overfor en klar ordlyd, men i vårt tilfelle understøttes formålshensynet sterkt av operasjonshensynet, altså av at det kan synes tvilsomt om klausulen vil ha en reell funksjon i kontraktsforholdet dersom tolkningsalternativ 1 legges til grunn. Også et annet aspekt ved nw-klausulen taler for å legge mindre enn vekt enn vanlig på ordlyden og større vekt på å realisere det formålet som klausulen må antas å skulle fremme: Som nevnt i innledningen er det grunn til å tro at selve formuleringen av nw-klausulen ofte ikke vil være et resultat av grundige vurderinger og harde forhandlinger, i motsetning til ordlyden i de mer kontraktsspesifikke bestemmelsene.²²⁴ Det ligger innbakt i begrepet ”boilerplate-klausul” at en slik klausul i stor grad ”klippes og limes” mellom kontrakter og kontraktsmodeller uten at ordlyden endres. I vårt tolkningsspørsmål forsterkes dette poenget ytterligere ved at det finnes en nærliggende forklaring på det manglende samsvaret mellom ordlyden og formålet, nemlig at klausulens formulering skyldes dens opprinnelse i engelsk rett, hvor en slik ordlyd vil være dekkende for formålet.

Med utgangspunkt kun i klausulen, uten tilgang til opplysninger om et spesifikt avtaleforhold, er konklusjonen etter mitt syn tvilsom. De kontekstuelle momentene jeg drøftet i punkt 4.2.6 kan derfor bli avgjørende. En slik konkret drøftelse vil jeg ikke gå nærmere inn på.

Én viktig konklusjon kan uansett trekkes på bakgrunn av drøftelsen i dette punktet: Det er uheldig å benytte nw-klausuler med denne typen ordlyd i kontrakter som underlegges norsk rett. Dersom partene søker å utelukke alle de norske bortfallsgrunnene, herunder

²²⁴ Dersom slike konkrete forhandlinger faktisk har funnet sted i det enkelte tilfelle, vil beviser rundt innholdet av disse forhandlingene kunne stille saken i et annet lys. Dette faller imidlertid utenfor den generelle drøftelsen i denne avhandlingen.

reklamasjonsregler og passivitetsprinsippet, bør denne hensikten komme klarere til uttrykk i klausulens ordlyd. Dette kommer jeg tilbake i kapittel 5.

Dersom tolkningsalternativ 2 legges til grunn, vil dette likevel bare være et utgangspunkt. Det må da vurderes hvorvidt det er grunnlag for korrigerende tolkning, som jeg skal behandle i det følgende, eller sensur, som jeg skal behandle i punkt 4.3.

4.2.8 Særskilt om korrigerende tolkning

Som en overgang til spørsmålet om sensur av nw-klausulen skal jeg kort redegjøre for muligheten for at en domstol benytter en teknikk i grenselandet mellom tolkning og sensur. Teknikken jeg tenker på, er blitt kalt ”korrigerende tolkning”.²²⁵ Svært skjematisk skjer slik korrigerende tolkning når domstolen ved den ”ordinære” tolkningen kommer frem til et resultat den finner svært urimelig. Istedenfor å ty til åpenlys urimelighetssensur kan domstolen velge å ”skjære bort” urimeligheten allerede i tolkningsprosessen, slik at sensur blir overflødig. Selv om korrigerende tolkning *formelt* sett er tolkning, har slik tolkning dermed *reelt* sett samme funksjon som sensur. Teknikken er derfor også blitt kalt ”indirekte avtalesensur”.²²⁶ For at ikke min svært skjematiske utskillelse av korrigerende tolkning skal virke villedende, er det viktig å presisere at en domstol ikke først vil foreta en ”ordinær” tolkningsdrøftelse hvor den kommer frem til et urimelig resultat, for deretter eksplisitt å ”korrigere” dette resultatet. Korreksjonen vil foregå skjult, som en integrert del av tolkningsprosessen.²²⁷ Når jeg likevel har skilt denne teknikken ut som et eget punkt, separat fra den øvrige tolkningsdrøftelsen, er det fordi den kan føre til en ”mellomløsning” som vanskelig kan følge av en ”ordinær” tolkningsprosess, men som overensstemmer med det resultatet som ville fulgt av direkte sensur.²²⁸

²²⁵ Jf. Hov, Kontraktsrett I s. 173

²²⁶ Jf. Selvig/Hagstrøm, Kontraktsrett I s. 73

²²⁷ Nettopp derfor forekommer det at begrepene ”skjult” og ”åpen” kontroll av avtalevilkår benyttes om henholdsvis korrigerende tolkning og avtalesensur, jf. Hov, Kontraktsrett I s. 179.

²²⁸ At det er en nær sammenheng mellom tolkning og sensur, kommer også direkte til uttrykk i rettspraksis, se for eksempel Rt. 2000 s. 806 (på s. 815): ”Mitt utgangspunkt er at avtalens

Korrigerende tolkning av nw-klausulen

Spørsmålet om korrigerende tolkning er aktuelt dersom man ved den ”ordinære” tolkningen av nw-klausulen konkluderer med tolkningsalternativ 2. Nærmere bestemt er spørsmålet om man ved korrigerende tolkning vil komme til en ”mellomløsning” mellom tolkningsalternativ 1 og tolkningsalternativ 2, nemlig en tolkning som lar klausulen omfatte de norske lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene, men som likevel åpner for bortfall i tilfeller hvor kreditors passivitet bedømmes som illojal.

Nettopp fordi tolkningen er ”korrigerende”, er slik tolkning ikke bare aktuelt for nw-klausuler med en utforming av den type jeg inntil nå har drøftet, men kan også være et alternativ til direkte sensur av klausuler med en ordlyd som klarere taler for tolkningsalternativ 2. En inngående drøftelse av når en domstol kan tenkes å tolke nw-klausulen korrigerende, altså som alternativ til å sensurere eksplisitt, ligger utenfor denne avhandlingen. Det er likevel på sin plass å si noen få ord om det.

Korrigerende tolkning ble utviklet før vedtagelsen av den eksplisitte hjemmelen for urimelighetssensur i avtaleloven § 36, og det er i juridisk teori blitt påpekt at behovet for slik indirekte sensur er redusert etter dette.²²⁹ Som det vil fremgå i sensurdrøftelsen i neste punkt, er imidlertid terskelen for å anvende avtaleloven § 36 i kommersielle forhold svært høy. Det må derfor antas at en domstol vil finne det lettere å tolke bort urimelighet enn å sensurere den bort, så lenge øvrige tolkningsmomenter overhodet åpner for dette. Det må likevel antas at det går en grense for når det blir *for* anstrengt å ”tolke” seg frem til et resultat som i praksis innebærer sensur. I slike tilfeller vil domstolen måtte ty til direkte sensur av nw-klausulen.²³⁰

Henvisning til sensurdrøftelsen

prisbestemmelse er klar, og at det må kreves sterke grunner for å sette den til side – enten dette betegnes som resultat av generelle tolkningsprinsipper eller av avtalerevisjon.”

²²⁹ Jf. Hov, Kontraktsrett I s. 173-174 og 180; Woxholth, Avtalerett s. 455

²³⁰ Jf. Woxholth, Avtalerett s. 455; Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 45

Slik jeg i det foregående har definert korrigerende tolkning, må det antas at drøftelsene av indirekte og direkte sensur av nw-klausulen i stor grad vil være sammenfallende, med unntak av det formelle grunnlaget og fremgangsmåten. Separate drøftelser av hensynene bak og resultatet av sensuren vil derfor innebære utstrakt dobbeltbehandling. Jeg nøyer meg med å drøfte dette én gang, og henviser til sensurdrøftelsen i det følgende.

4.3 Sensur av no-waiver-klausuler

Vi har tidligere i avhandlingen sett at lojalitetsplikten kan spille en rolle ved tolkning og utfylling av avtaler. Med problemstillingen i dette punktet går vi ett trinn videre i rettsanvendelsesprosessen. Lyngje Andersen/Madsen fremholder at lojalitetsplikten ”kan naturligvis ikke isoleres som en ”fortolkningsproblematik” i snæver forstand, men dekker over et meget bredt spørsmål om, hvilke rettsvirkninger rettsordenen overhovedet vil acceptere i et givet aftaleforhold”.²³¹ Det er nettopp yttergrensene for hvilke rettsvirkninger rettsordenen vil akseptere, som er tema i dette punktet.

Problemstilling og underproblemstillinger

Problemstillingen er om partene står fritt til å kontrahere seg helt bort fra utfylling med bakgrunnsrettens lojalitetsbaserte bortfallsgrunner, eller om det oppstilles en yttergrense for de rettsvirkninger som vil tillegges en avtale med et slikt innhold. Med andre ord er det et spørsmål om sensur. Denne problemstillingen har jeg delt i to underproblemstillinger. Som første underproblemstilling har jeg valgt det generelle spørsmålet om domstolenes hjemmel for å nekte å tillegge en avtale rettsvirkninger etter sitt innhold i den utstrekning avtalen anses å stride mot lojalitetsplikten. Den andre underproblemstillingen er rekkevidden av en slik hjemmel overfor nw-klausuler, altså spørsmålet om yttergrensen for hvilke rettsvirkninger som vil tillegges en avtalebestemmelse som søker å utelukke at de lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene kommer til anvendelse i avtaleforholdet.

Litt om metode

²³¹ Lyngje Andersen/Madsen, Aftaler s. 428 (i note 179)

Problemstillingen i dette punktet knytter seg ikke til rettsvirkningene av en spesifikk nw-klausul, slik som ved tolkning, men til yttergrensen for hvilke rettsvirkninger en hvilken som helst slik klausul overhodet *kan* tillegges. Ved drøftelsen av denne problemstillingen har jeg derfor valgt å ikke ta utgangspunkt i en bestemt formulering av nw-klausulen. Isteden tar jeg et mer generelt utgangspunkt i at det foreligger en nw-klausul som tolkes slik at den søker å utelukke de lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene. Drøftelsen er derfor ikke bare relevant for en nw-klausul i snever forstand, men for enhver avtale som tolkes slik at misligholdsbeføyelser ikke skal bortfalle ved passivitet. Jeg vil likevel gjengi et eksempel på at nw-klausuler faktisk kan være utformet slik at en naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at enhver bortfallsgrunn er omfattet:

“No delay or omission to exercise any right or remedy accruing to either party upon any breach or default of the other party shall impair any such right or remedy or be construed to be a waiver of any such breach or default.”²³²

4.3.1 Hjemmel for lojalitetsbasert avtalesensur

Problemstilling

I dette punktet vil jeg drøfte domstolenes hjemmel for å nekte å tillegge en avtale rettsvirkninger etter sitt innhold i den utstrekning avtalen anses å stride mot lojalitetsplikten. Med en negativ formulering av kravet til lojalitet – som et forbud mot illojalitet – kan dette uttrykkes som et spørsmål om å nekte å tillegge en avtale rettsvirkninger i den utstrekning den tillater en kontraktspart å opptre illojalt overfor sine medkontrahenter.

Spørsmålet om lojalitetspliktens preseptivitet

Problemstillingen kan vinkles som et spørsmål om lojalitetspliktens preseptivitet. Det er denne innfallsvinkelen som benyttes i UNIDROIT Principles og PECL. I UNIDROIT Principles art. 1.7 (2) og PECL art. 1:201 (2) fastslås det eksplisitt at plikten til å opptre i overensstemmelse med ”good faith and fair dealing” er preseptorisk – partene kan ikke

²³² Verbet ”impair” kan oversettes med ”skade” eller ”svekke” (Kirkeby, Stor engelsk ordbok, jf. Oxford Advanced Learner’s Dictionary: ”to damage sth or make sth worse”). Et bortfall av en rettighet må sies å være den ultimate formen for svekkelse eller skade av den, uavhengig av hjemmelen for bortfallet. En naturlig språklig forståelse tilsier derfor at ethvert bortfall med passivitet som rettsfaktum (jf. ”delay or omission”) omfattes av denne ordlyden.

“exclude or limit this duty”. Et eksempel på at denne synsvinkelen eksplisitt anlegges i norsk rettsteori, er Nygaard, som mener at “[l]ojalitetskrav i kontrakts- eller tilsetjingshøve må reknast som ulovfeste preseptoriske rettsgrunnsetningar”.²³³

Lojalitetsplikten preseptivitet og avtaleloven § 36

Dersom lojalitetsplikten er preseptorisk, må dette innebære at kontraktsbestemmelser ikke skal tillegges rettsvirkninger i den utstrekning de bryter mot denne plikten. Avtalen må med andre ord sensureres i den utstrekning den anses å tillate illojalitet. I norsk rett gir avtaleloven § 36 en generell sensurhjemmel for avtaler i den grad det ville virke urimelig å gjøre dem gjeldende. Det kan spørres om det ikke i norsk rett er mest hensiktsmessig å drøfte spørsmålet om lojalitetsgrunnet avtalesensur innenfor rammen av denne generelle sensurhjemmelen, og at § 36 dermed kan sies å konsumere lojalitetsplikten forsåvidt gjelder spørsmålet om sensur. Simonsen berører dette spørsmålet: Etter å ha omtalt lojalitetsprinsippets preseptivitet i UNIDROIT Principles og PECL uttaler han at “[p]rinsippets preseptivitet samsvarer godt med utfallet av en urimelighetsvurdering etter avtl. § 36. En avtale som tilsidesetter kravet til lojal opptreden, ville regelmessig måtte betraktes som urimelig.”²³⁴

Analogi til rettsmisbruk og ansvarsfraskrivelser

I det følgende vil jeg kort gjennomgå to interessante eksempler i norsk rett på at avtaler ikke tillegges rettsvirkninger etter sitt innhold, for å undersøke om det kan trekkes noen lærdom fra disse som har relevans for vår problemstilling. De to eksemplene er forbudet mot misbruk av rett i kontraktsforhold og læren om ugyldige ansvarsfraskrivelser.

²³³ Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* s. 363 (uth. i originalen)

²³⁴ Simonsen, *Prekontraktuell ansvar* s. 421, jf. s. 157-158, hvor Simonsen drøfter forholdet mellom lojalitetsprinsippet og rimelighetsprinsippet, som i ”motsetning til lojalitetsprinsippet ... i sin kjerne [er] resultatorientert”. Han skriver videre at: ”Siden begge prinsippene baseres på rimelighetsvurderinger i vid forstand, kunne man søke å skille bedømmelsestemaene fra hverandre ved å snakke om atferdsurimelighet og resultatrimelighet. ... Avtl. § 36 rommer begge prinsippene. Vilkåret om at «det ville virke urimelig ... å gjøre [avtalen] gjeldende», vil både kunne utløses av atferdsurimelighet og resultatrimelighet.” (s. 158)

Læren om misbruk av rett i kontraktsforhold er en god illustrasjon på at opptreden som formelt sett er i overensstemmelse med kontrakten, likevel kan holdes for å være rettsstridig. Denne læren retter seg mot tilfeller hvor det ikke er noe galt med selve rettigheten som utøves, men hvor ”en part benytter sin rettighet på et vis som ikke bør godtas av rettsorden, f. eks. sier opp leieforhold som gjengjeldelse eller sanksjon i anledning et annet og av leieforholdet uavhengig rettsforhold mellom de samme parter”.²³⁵ Evald kommenterer i sin avhandling om rettsmisbruk i formueretten forholdet mellom rettsmisbruk og lojalitetsplikten. Selv om Evald foretrekker å se rettsmisbruksregelen som en selvstendig regel, påpeker han at dens elementer ”meget vel enten kan betragtes som en del af – eller meget let lader sig indordne under – lojalitetsstandarden”.²³⁶ Gomard er tydelig på at lojalitetsplikten og læren om rettsmisbruk er to sider av samme sak – han anser rett og slett rettsmisbrukslæren som en speilvendt formulering av lojalitetsplikten.²³⁷ I kommentaren til UNIDROIT Principles er rettsmisbruk (”abuse of rights”) trukket frem som et ”typical example of behaviour contrary to the principle of good faith and fair dealing”.²³⁸ For vår sammenheng er det interessante poenget at læren om rettsmisbruk i norsk rett i dag behandles innenfor rammen av avtaleloven § 36.²³⁹

Læren om ugyldige ansvarsfraskrivelser er et annet eksempel på at avtaler ikke tillegges rettsvirkninger etter sitt innhold. Også dette er relevant for vårt spørsmål om lojalitetsbaserte plikter, fordi en fraskrivelse av uaktsomhetsansvar i realiteten innebærer en frihet fra plikten til å opptre aktsomt under oppfyllelsen av en avtale. Denne plikten kan igjen sees som et utslag av lojalitetsplikten, jf. beskrivelsen av lojalitetsplikten som et ”krav til aktsom og lojal opptreden”.²⁴⁰ En avtalebestemmelse

²³⁵ NOU 1979:32 s. 53

²³⁶ Evald, *Retsmisbrug* s. 301

²³⁷ Jf. Gomard, *Obligationsret* 1 s. 47: ”Grundsætningen om at vise medkontrahenten og hans interesser hensyn og loyalitet efter den foreliggende situations krav kommer undertiden til udtryk i en spejlvendt form, når det siges, at et krav, der udspringer af en i øvrigt lovligt bestående rettighed, ikke kan gennemføres, dersom dette ville være et misbrug af rettigheden eller chikane.”

²³⁸ UNIDROIT Principles 2004 s. 19

²³⁹ Jf. NOU 1979:32 s. 53 (og, mer omfattende, det svenske motstykket, SOU 1974:83 s. 155-156)

²⁴⁰ Rt. 1988 s. 1078 (på s. 1084)

om fraskrivelse av uaktsomhetsansvar kan derfor sees som en avtale om frihet fra en lojalitetsbasert plikt. Simonsen har trukket frem ”læren om at en ansvarsfraskrivelse eller ansvarsbegrensning ikke kan påberopes ved grov egenskyld” som et ”typeeksempel på lojalitetspliktens betydning”.²⁴¹ I PECL art 8:109 er lojalitetskriteriet ”good faith and fair dealing” benyttet som skjønsmessig standard ved bedømmelsen av om en ansvarsfraskrivelse eller -begrensning kan påberopes.²⁴² I norsk rett antas det i dag at det går en skjønsmessig grense for hvilke ansvarsfraskrivelser som kan påberopes, og at denne grensen håndheves med hjemmel i avtaleloven § 36.²⁴³ Basert på det som er sagt om forholdet mellom lojalitetsplikt og ansvarsfraskrivelser, er det naturlig at lojalitetshensyn vil stå sentralt i en slik urimelighetsvurdering under avtaleloven § 36.

Forbudet mot rettsmisbruk og læren om ugyldige ansvarsfraskrivelser bygger altså i stor grad på lojalitetsbetraktninger. Disse lærene er eldre enn avtaleloven § 36, som ble vedtatt i 1983. Det antas likevel at drøftelser av rettsmisbruk og ugyldige ansvarsfraskrivelser i dag skal foretas innenfor rammen av avtaleloven § 36. Dette trekker etter mitt syn i retning av å drøfte også annen lojalitetsbasert avtalesensur innenfor denne rammen.

”Alminnelige rettsgrunnsetninger” som hjemmelsgrunnlag for ugyldighet

I dommen inntatt i Rt. 1994 s. 833 blir spørsmålet om sensur på grunnlag av lojalitetsprinsippet satt på spissen. I den saken var det et viktig moment at det forelå en avtale som ga den ene parten (Den norske bank) meget vide fullmakter til å disponere med virkning for medkontrahenten (Anna Omdahl). Spørsmålet var blant annet om disposisjoner som var gjort under disse vide fullmaktene, kunne settes til side. For vår

²⁴¹ Simonsen, Prekontraktuelt ansvar s. 159. Læren om grov egenskyld er i norsk rett tradisjonelt forankret i forbudet i NL 5-1-2 mot avtaler ”imod ... Ærbarhed”, jf. f.eks. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 624 flg. (og Hagstrøm, Ansvarsfraskrivelse)

²⁴² Se også UNIDROIT Principles art. 7.1.6, hvor det fastslås at en ansvarsfraskrivelse eller -begrensning ikke kan påberopes hvis dette ville være ”grossly unfair”. I kommentaren til art. 1.7 nevnes dette som eksempel på et utslag av ”the general prohibition to exclude or limit the principle of good faith and fair dealing”, altså prinsippets preseptivitet (UNIDROIT Principles 2004 s. 21).

²⁴³ Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 624 flg.

problemstilling er det interessante poenget at Anna Omdahl hadde påberopt ”kravet til lojalitet i kontraktsforhold” som et selvstendig, alternativt rettsgrunnlag, ved siden av avtaleloven § 36. Høyesterett fastslår at lojalitetshensyn er et viktig element i avtaleforholdet, blant annet på grunn av de vide fullmaktene. Videre slås det fast at ”[d]ette lojalitetshensyn vil inngå i den vurdering som skal foretas etter avtaleloven §36” (på s. 842). I den påfølgende drøftelsen av avtaleloven § 36 fremstår lojalitetsdrøftelsen som det sentrale moment. Konklusjonen på denne drøftelsen (på s. 848) er at bankens handlemåte ikke kan ”karakteriseres som illojal” overfor Anna Omdahl. Avgjørende for konklusjonen synes å være en av de grunnleggende skranker for lojalitetsplikten, nemlig at bankens handlemåte var et utslag av berettiget hensyntagen til egne interesser. Høyesterett kommer til at det ikke er grunnlag for å anvende avtaleloven § 36 på forholdet. Til tross for denne negative konklusjonen går imidlertid retten ikke inn på en separat drøftelse av kravet til lojalitet, selv om dette som sagt var påberopt som et selvstendig, alternativt grunnlag for sensur. Dette indikerer at Høyesterett anså en slik drøftelse som overflødig i tillegg til lojalitetsdrøftelsen som inngikk som et sentralt moment i urimelighetsdrøftelsen under avtaleloven § 36. At Høyesterett anså dette som overflødig, taler videre for at ”kravet til lojalitet i kontraktsforhold” som et eventuelt selvstendig sensurgrunnlag ikke har videre rekkevidde enn § 36.²⁴⁴

Selv i tilfeller hvor Høyesterett forutsetter at lojalitetsplikten kan være en selvstendig ugyldighetsgrunn, synes ikke dette å tilføre noe utover det som følger av avtaleloven § 36 (og § 33). Ved spørsmålet om ugyldighet på grunn av brudd på lojalitetsplikter i kontraheringsfasen, altså ugyldighet på grunn av ”tilblivelsesmangel”, har Høyesterett i enkelte dommer forutsatt en slik selvstendig ugyldighetsgrunn. I Rt. 1984 s. 28 gir førstvoterende en dobbelt begrunnelse for ugyldighet (på s. 34): ”Jeg mener for min del at kausjonserklæringen er ugyldig etter avtaleloven §33, men iallfall vil den rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.” I Rt. 1995 s. 1460 kan det se ut som førstvoterende (som talsmann for flertallet på fire dommere) bygger direkte på ”kravet til aksomhet og lojalitet” (s. 1469). Annenvoterende (mindretallet) tar imidlertid

²⁴⁴ Slik konkluderer også Sæbø (Innsidehandel s. 342-345) i sin drøftelse av forholdet mellom lojalitetsplikten og avtaleloven § 36, hvor han blant annet trekker frem denne dommen.

utgangspunkt i ”avtaleloven §33 og de ulovfestede regler om aktsomhet og lojalitet i kontraktsforhold” (s. 1472), uten at det er noe som tyder på at han mener at hans rettslige utgangspunktet avviker fra førstvoterendes. Hov mener for sin del at det er uklart hvilket grunnlag flertallet avgjør spørsmålet på.²⁴⁵

Også i sammenheng med avtaleloven § 36 finnes det høyesterettspraksis hvor det ikke uttrykkelig tas standpunkt til rettsgrunnlaget. I Rt. 1994 s. 626 (på s. 630) uttaler førstvoterende: ”Avgjørende blir dermed om det strider mot preseptoriske kontraktsregler – alminnelige rettsgrunnsetninger eller nå kanskje avtaleloven §36 – å gjøre en slik ansvarsbegrensning gjeldende.” At domstolene således er lite opptatt av å avklare forholdet mellom ”alminnelige rettsgrunnsetninger” og avtaleloven §§ 33 og 36, indikerer at de ikke anser en slik grensedragnings som avgjørende for selve drøftelsen og resultatet. Dette underbygges også av den ovenfor refererte dommen i Rt. 1994 s. 833.

Hov argumenterer slik for at det er overflødig å operere med en ulovfestet regel i tillegg til avtaleloven §§ 33 og 36:

”Men noe behov for en særlig regel om ugyldighet på grunn av illojalitet har vi egentlig ikke. Både avtl. § 33 og avtl. § 36 vil gi et tilstrekkelig grunnlag for å sette en avtale til side på grunn av manglende lojalitet.

Å forestille seg en ulovfestet regel med *videre* rekkevidde enn avtl. § 33 eller § 36 er heller ikke særlig fruktbart. Et vesentlig poeng med generalklausuler er jo nettopp at de vil fange opp endringer i synet på hva som er riktig og galt.”²⁴⁶

Avtaleloven § 36 som hjemmelsgrunnlag for lojalitetsbaserte plikter

I sin drøftelse av lojalitetskravet kommer også Hagstrøm inn på forholdet til avtaleloven § 36, nærmere bestemt ved drøftelsen av hvorvidt det skal oppstilles en plikt til å ivareta medkontrahentens interesser. Han uttaler i denne sammenheng at § 36 ”har skapt hjemmelsgrunnlag og også et skjerpet krav”.²⁴⁷ Det er nettopp et slikt hjemmelsgrunnlag for å sensurere avtalen for å gjøre plass til lojalitetsbaserte plikter som er relevant for vår problemstilling.

²⁴⁵ Jf. Hov, Kontraktsrett I s. 273

²⁴⁶ Hov, Kontraktsrett I s. 273

²⁴⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 113

Konklusjon

På basis av det foreliggende materiale kan det konkluderes med at det i norsk rett er hjemmel for å sensurere en avtale i den utstrekning avtalen tilsidesetter kravet til lojal opptreden, altså i den utstrekning den anses å tillate en part å opptre illojalt.²⁴⁸ De beste grunner taler for at en slik sensur vil skje med hjemmel i avtaleloven § 36 – altså at det anses å virke urimelig å gjøre avtalen gjeldende i den utstrekning den tillater illojalitet. Det kan likevel ikke utelukkes at domstolene vil anvende lojalitetsplikten direkte, som en ”alminnelig rettsgrunnsetning”. Det er imidlertid liten grunn til å anta at valget av rettslig utgangspunkt vil ha vesentlig betydning for selve drøftelsen eller resultatet. En relevant forskjell kan likevel være at lojalitetshensyn under § 36 vil inngå i en bredere urimelighetsvurdering hvor også andre momenter enn lojalitet kan trekkes inn.²⁴⁹

4.3.2 Subsumsjon – lojalitetsbasert sensur av nw-klausuler

Problemstilling

I dette punktet tar jeg utgangspunkt i konklusjonen i forrige punkt, nemlig at det er hjemmel i norsk rett for å sensurere avtaler i den utstrekning de tillater en part å handle illojalt. Jeg vil i det følgende drøfte spørsmålet om sensur av en nw-klausul som fritar en kontraktspart (kreditor) fra lojalitetsbaserte aktivitetsplikter overfor medkontrahentens (debitors) mislighold, altså aktivitetsplikter pålagt etter lovfestede og ulovfestede regler om relativ reklamasjon og etter det alminnelige, ulovfestede passivitetsprinsippet. Uttrykt på en annen måte er spørsmålet om det vil være tilfeller hvor kreditor til tross for nw-klausulen vil tape sin rett til å utøve misligholdsbeføyelser fordi han har forholdt seg passiv. Spørsmålet er et utslag av en mer overordnet problemstilling om sensur av avtalebestemmelser som gir frihet fra bakgrunnsrettens

²⁴⁸ Hov tar riktignok det forbehold at ”en vel ikke [kan] gå ut fra at enhver illojalitet fører til ugyldighet – det finnes ulike grader av illojalitet, og det finnes ulike grader av f.eks. uaktsomhet hos den som påstår at et løfte er ugyldig” (Hov, Kontraktsrett I s. 272). Dette kan imidlertid formuleres som et spørsmål om hvilken lojalitetssterskel som skal benyttes, og den relevante terskelen når det gjelder vår problemstilling, vil jeg drøfte i neste punkt.

²⁴⁹ Se for eksempel Simonsen, Prekontraktuell ansvar s. 157-158: ”En lojalitetskrenkelse vil regelmessig føre til urimelige konsekvenser. Men fordi rimelighetsstandarden er resultatorientert, vil det ha bærekraft selv om intet er å innvende mot partsatferden, verken objektivt eller subjektivt.”

lojalitetsbaserte plikter, altså enkeltplikter som anses som partikulære utslag av det alminnelige lojalitetskravet. Jeg vil drøfte det konkrete spørsmålet om sensur av nw-klausuler i lys av denne mer generelle problemstillingen.

Motsetningsforholdet mellom hensynene til forutberegnelighet og lojalitet

Spørsmålet i dette punktet er også egnet til å belyse et annet generelt poeng: Partene i kommersielle kontraktsforhold legger svært stor vekt på muligheten til å kunne forutberegne sin rettsstilling, og dette innebærer at de ofte velger ”firkantede” kontraktsreguleringer fremfor reguleringer som tar utgangspunkt i skjønnsmessige standarder. Vårt utgangspunkt – at avtalen utelukker anvendelsen av bakgrunnsrettens skjønnsmessige bortfallsregler – er et eksempel på dette. Spørsmålet er hvordan rettsordenen skal forholde seg til slike rigide avtalebestemmelser, som partene har inntatt i avtalen for å fremme forutberegnelighet, i tilfeller hvor de konkrete utslag av avtalebestemmelsene synes ”urimelige” eller ”illojale”.²⁵⁰

Utgangspunktet for drøftelsen

Jeg tar som sagt utgangspunkt i at det er hjemmel i norsk rett for å sensurere avtaler i den utstrekning de tillater en part å handle illojalt overfor medkontrahenter. Som jeg har redegjort for i forrige punkt, vil slik lojalitetssensur antagelig foregå innenfor rammen av avtaleloven § 36, altså som ledd i en urimelighetsdrøftelse. I min gjennomgåelse vil jeg bare komme inn på dette lojalitetsmomentet av urimelighetsdrøftelsen, da det ligger utenfor denne avhandlingen å spekulere i øvrige rimelighetsmomenter som måtte foreligge i det enkelte kontraktsforhold. Drøftelsen i det følgende må derfor antas å ha relevans også hvis man ved sensurdrøftelsen skulle ta direkte utgangspunkt i lojalitetsplikten som en alminnelig rettsgrunnsetning.

Lojalitetsbaserte plikter og ”illojalitet”

²⁵⁰ Problemstillingen er godt oppsummert i kommentaren til PECL art. 1:201 (“Good Faith and Fair Dealing”) under overskriften ”Limitations of Article 1:201”: ”Sometimes there is a conflict between a legal rule and justice. The law or an otherwise valid contract term may under the circumstances lead to a manifestly unjust result. Whether in such cases the court should let justice prevail will depend, *inter alia*, upon to what extent certainty and predictability in contractual relationships would suffer by letting justice get the upper hand.” (PECL s. 116, uth. i originalen).

I sin funksjon som deklarasjonsrett vil de lojalitetsbaserte pliktene utfylle partenes avtale på de punkter hvor denne er taus. Denne typen plikter kan således betraktes som uttrykk for en ”normalforventning” om hva slags opptreden (herunder både aktive handlinger og unnlater) som er lojal – et uttrykk for den ”berettigede forventning” en part anses å kunne ha til medkontrahentens opptreden på de punkter hvor avtalen ikke gir noen regulering. At norsk rett ikke tillater at partene handler illojalt, kan ikke innebære at partene er avskåret fra å avtale modifikasjoner av enhver slik lovfestet eller ulovfestet plikt som anses å være et partikulært utslag av den alminnelige lojalitetsplikt. Dette ville innebære at store deler av den såkalte deklarasjonsrett i praksis ville være preseptorisk, hvilket ville være et svært drastisk inngrep i det alminnelige prinsippet om avtalefrihet. I utgangspunktet må det derfor være en del av avtalefriheten å påvirke innholdet av den berettigede forventning hver av partene har til den annen parts opptreden, gjennom å avtale hel eller delvis frihet fra deklarasjonsrettens spesifikke lojalitetsbaserte plikter. Man kan se dette slik at partene ved å avtale slik pliktfrihet ”omsubsumerer” en viss opptreden fra kategorien ”illojal opptreden” til kategorien ”lojal opptreden”. ”Illojalitet” er således ikke et statisk vurderingstema – innholdet av partenes avtale vil påvirke vurderingen.

Yttergrensen for påberopelse av pliktfrihet

Som Hov uttrykker det, kan spørsmålet om hvor ”grensen går mellom illojalitet og berettiget hensyntagen til egne interesser, ... egentlig bare besvares ved en henvisning til de forestillinger som faktisk finnes hos domstolene, og i samfunnet generelt, om hva slags oppførsel som i en gitt situasjon kan regnes som lojal eller illojal”.²⁵¹ Dette generelle poenget må ha gyldighet også i situasjoner hvor den aktuelle oppførselen som skal vurderes, er ”forhåndsgodkjent” gjennom en klausul som fritar fra en lojalitetsbasert plikt. Denne forhåndsgodkjennelsen (pliktfriheten) vil da være et viktig moment i den situasjonsbestemte lojalitetsvurderingen. Yttergrensen for når partene kan påberope seg en avtalebestemmelse som gir frihet fra en lojalitetsbasert plikt, må gå ved det punkt hvor samfunnet (representert ved domstolene) mener at en kontraktsparts opptreden – *til tross for at den generelt er akseptabel ifølge avtalen* – likevel må subsumeres som ”illojal” i det bestemte tilfelle. Problemstillingen er altså hvorvidt

²⁵¹ Hov, Kontraktsrett I s. 43

påberopelsen av en *generell* frihet er illojal i det *konkrete* tilfelle. Parallellen til rettsmisbrukslæren er åpenbar når den aktuelle friheten er frihet fra en unnlatesplikt, og dermed en rett til å handle aktivt. Prinsipielt må det imidlertid være det samme om den aktuelle friheten er frihet fra en aktivitetsplikt – som i vårt tilfelle: en rett til å forholde seg passiv overfor medkontrahentens mislighold. Det må antas at jo mer generell den aktuelle pliktfrihetsbeskrivelsen er, desto mer rom vil det være for å karakterisere påberopelse av pliktfriheten i et gitt tilfelle som illojal.²⁵² Også dette kan knyttes til rettsmisbrukstankegang – jo mer generell og omfattende en rettighet er, desto større fare er det for at den også vil omfatte enkelttilfeller hvor utøvelsen vil anses som misbruk. Også i PECL, hvor lojalitetsplikten som nevnt er gjort preseptorisk, anerkjennes det at innholdet av partenes avtale vil påvirke lojalitetsbedømmelsen.²⁵³ Yttergrensen for partenes påvirkningsmulighet går også her når *utøvelsen* av retten går over til *utnyttelse* av den: “a party should not have a right to take advantage of a term in the contract ... in a way that, given the circumstances, would be unacceptable according to the standards of good faith and fair dealing. Contract language which gives a party such a right should not be enforced.”²⁵⁴

Reklamasjonsreglene, passivitetsprinsippet og illojalitet

²⁵² Simonsen (Prekontraktuelt ansvar s. 421) er inne på dette poenget. Hans tema er riktignok lojalitetsplikter i den prekontraktuelle fase, men siden han i det følgende avsnittet spesifikt drøfter avtaler som regulerer disse pliktene, har drøftelsen direkte relevans for vår problemstilling: ”En ansvarsfraskrivelse vil i seg selv kunne virke inn på lojalitetsbedømmelsen. Helt innlysende er dette ved spesifiserte avtaler om hva partene har adgang til å gjøre (pliktfrihet). Er det enighet om at partene kan involvere seg i parallelle forhandlinger, vil det naturlig nok utelukke at denne type forhandlinger anses illojale. Men også mer generelle pliktfrihetsbeskrivelser vil kunne influere på lojalitetsbedømmelsen. En ikke uvanlig klausul er at partene fritt kan trekke seg ut av forhandlingene uten at ansvar kan gjøres gjeldende. Tidligere i avhandlingen har det blitt anført at det må gjelde en saklighetsgrense for hva som er legitime avbruddsgrunner. Denne grensen vil trolig kunne tøyes noe i lys av at det foreligger en klausul om fri avbruddsrett. Men også en helt generell ansvarsfraskrivelse («without liability») kan påvirke grensedragningen mellom rett og urett. I den grad lojalitetsplikten har sin forankring i den «berettigede forventning» hos motparten, vil enhver ansvarsfraskrivelse bidra til å dempe forventningsnivået.”

²⁵³ Jf. kommentaren til PECL art. 1:201 (“good faith and fair dealing”) (PECL s. 116): ”What is good faith will, however, to some extent depend upon what was agreed upon by the parties in their contract.”

²⁵⁴ PECL s. 116

Som beskrevet i punkt 3.6.3 oppstiller reglene om relativ reklamasjon en generell ”innen rimelig tid”-standard for reklamasjon overfor enkelte typer mislighold (nøytral reklamasjon) og for utøvelse av enkelte typer beføyelser (spesifisert reklamasjon). Disse lovfestede og ulovfestede reklamasjonsreglene har altså et begrenset virkeområde, og innenfor dette virkeområdet kan de medføre bortfall av misligholdsbeføyelser også i tilfeller hvor det ikke foreligger konkret illojalitet fra kreditors side. Det alminnelige passivitetsprinsippet har derimot et generelt virkeområde, men kommer bare til anvendelse ved konkret illojalitet. Forholdet mellom regelsettene kan dermed beskrives som at reklamasjonsfristene er spesifikke regler som ”legger seg oppå” det generelle passivitetsprinsippet og dermed overflødiggjør passivitetsprinsippet innenfor reklamasjonsreglenes virkeområde. Det ”underliggende” passivitetsprinsippet vil imidlertid fungere som et ”sikkerhetsnett” som fanger opp illojal passivitet i de tilfeller hvor det er ”huller” i reklamasjonsreglene, altså i tilfeller hvor det mangler regler om nøytral og/eller spesifisert reklamasjon.

Utelukkelse av reklamasjonsreglene

Hvis vi forfølger denne beskrivelsen av forholdet mellom reklamasjonsreglene og passivitetsprinsippet, og fjerner alle regler om relativ reklamasjon, vil ”sikkerhetsnettet” som passivitetsprinsippet utgjør, fortsatt stå igjen og fange opp tilfeller av illojal passivitet. Siden jeg har argumentert for at betingelsen for sensur er at den aktuelle opptreden er konkret illojal, følger det at partene rettsgyldig kan avtale utelukkelse av reklamasjonsreglene, altså kontrahere seg vekk fra anvendelsen av det generelle ”innen rimelig tid”-kriteriet. Det må imidlertid presiseres at reklamasjonsplikter oppstilles nettopp i tilfeller hvor det generelt antas at det er særlig grunn til at kreditor skal varsle debitor forholdsvis raskt, og at *hensynene* som ligger til grunn for å ha strengere regler overfor kreditors passivitet i akkurat disse tilfellene, selvsagt vil gjenstå selv om reklamasjonsreglene fjernes. Disse hensynene vil medføre at terskelen er forholdsvis lav for å bedømme kreditors passivitet som illojal nettopp på de områder hvor reklamasjonsregler normalt gjelder, og at det dermed skal mindre til før også passivitetsprinsippet kommer til anvendelse. Det må derfor kunne antas at utelukkelse

av reklamasjonsreglene, slik at man må ”falle tilbake på” passivitetsprinsippet, i mange tilfeller ikke vil medføre noen vesentlig heving av terskelen for bortfall.²⁵⁵

Nw-klausulen vil altså tillegges rettsvirkninger i den utstrekning den utelukker anvendelsen av relative reklamasjonsregler. Spørsmålet blir etter dette hvilken innvirkning nw-klausulen har på rekkevidden av det alminnelige passivitetsprinsippet.

Nw-klausulens innvirkning på passivitetsprinsippets rekkevidde

Som vi har sett, vil vurderingen av hvorvidt en parts opptreden skal subsumeres som lojal eller illojal, påvirkes av avtalereguleringen av opptreden. For vårt tilfelle innebærer dette at den generelle frihet som nw-klausulen gir kreditor fra aktivitetsplikt overfor debtors mislighold, vil påvirke vurderingen av om passivitet i et gitt tilfelle er illojal. Spørsmålet er hvor stor klausulens påvirkning vil være, altså hvor høy terskelen vil være for å klassifisere kreditors passivitet som ”illojal” til tross for at avtalen gir kreditor en generell rett til å forholde seg passiv

Betydningen av en konkret, lojal begrunnelse for nw-klausulen

Hvis nw-klausulen er særlig begrunnet i omstendigheter ved det enkelte avtaleforhold – et spesifikt behov – vil dette påvirke lojalitetsvurderingen, altså heve terskelen for illojalitet.²⁵⁶ For eksempel kan ytelsens karakter gjøre at kreditor har et lojalt behov for å vurdere over tid om han anser en mangel ved den så alvorlig at han vil heve, eller det kan være et avtaleforhold hvor det typisk oppdages mange småfeil etterhvert, som det er

²⁵⁵ Det er et spørsmål om begrepsbruk om man velger å anse de passivitetsreglene som gjenstår når tilfellene uten konkret illojalitet er skåret bort, som modifiserte reklamasjonsregler eller som utslag av det alminnelige passivitetsprinsippet. Jeg synes det er mest nærliggende og hensiktsmessig å se det på sistnevnte måte.

²⁵⁶ At en lojal begrunnelse i det konkrete tilfelle øker spillerommet for ”inngrep i lojalitetsplikten”, er også forutsatt i kommentarene til PECL art. 1:201, når det drøftes hvordan ”good faith” kan påvirkes av partenes avtale: ”Thus, parties may agree that even a technical breach may entitle the aggrieved party to refuse performance, when, for instance, its agents can ascertain a technical breach but not whether it is a trifle or not.”

hensiktsmessig å samle opp uten å risikere gradvis tap av misligholdsbeføyelser.²⁵⁷ Det kan da vanskelig statueres illojalitet i de tilfellene som dekkes av den spesifikke begrunnelsen.²⁵⁸ Klausulens legitimitet strekker seg imidlertid ikke lenger enn begrunnelsens gyldighet: Dersom kreditor misbruker den frihet klausulen gir ham til å være passiv, vil han ikke kunne påberope seg den.

Hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet

Hensynet til sikkerhet og forutberegnelighet i kontraktsforhold taler for å legge terskelen høyt for å klassifisere kreditors passivitet som illojal til tross for en avtalt frihet fra aktivitetsplikt. Som nevnt står avtalesensur på grunnlag av skjønnsmessige og subjektive standarder som "illojalitet" og "urimelighet" i et direkte motsetningsforhold til forutberegnelighetshensynet. Dette momentet er trukket frem i forarbeidene til avtaleloven § 36. Det uttales at man "i forretningsmessige forhold ved rimelighetsvurderingen [må] se hen til de spesielle hensyn som der gjør seg gjeldende. Eksempelvis vil forutberegnelighet og muligheten for å overskue en avtales konsekvenser ofte måtte tillegges en helt annen vekt enn i forhold overfor forbrukere."²⁵⁹ Nyere norsk høyesterettspraksis viser da også at terskelen for å sensurere typisk kommersielle avtaler med hjemmel i avtaleloven § 36 er meget høy.²⁶⁰ I dommen i Rt. 2003 s. 1132 uttaler førstvoterende (avsnitt 46): "Det kreves imidlertid svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter ...". De samme hensyn gjør seg gjeldende ved

²⁵⁷ Slike konkrete behov i det enkelte avtaleforhold kan naturlig nok tilfredsstilles gjennom andre, og ofte mer hensiktsmessige, kontraktsreguleringer enn nw-klausuler, men dette ligger utenfor avhandlingens tema.

²⁵⁸ Slike spesifikke omstendigheter ved avtaleforholdet vil også påvirke den skjønnsmessige reklamasjons-/passivitetsvurderingen *uten* at det foreligger en nw-klausul, siden det er et utslag av det alminnelige prinsippet om at lojalitetsplikten begrenses av berettiget hensyn til partens egne interesser. Man kan gjerne se dette som en forholdsmessighetsvurdering som nw-klausulen "forskyver", ved at klausulen gir kreditor rett til å legge relativt mer vekt på egne interesser på bekostning av medkontrahentens interesser.

²⁵⁹ NOU 1979:32 s. 48. Som nevnt i note 250 er forutberegnelighetsmomentet trukket frem som en begrensende faktor også ved anvendelsen av den preseptoriske regelen om "good faith and fair dealing" i PECL.

²⁶⁰ Jf. bl.a. Rt. 1999 s. 922; Rt. 2000 s. 806; Rt. 2003 s. 1132

fastsettelsen av terskelen for å betegne opptreden som er i overenstemmelse med avtalen, som ”illojal”. Dette taler for at også terskelen for å sette til side den frihet nwklausulen gir fra aktivitetsplikt, bør være høy, og at partenes eget valg om å ha en rigid regulering av bortfallsspørsmålet for å fremme forutberegnelighet, i størst mulig utstrekning bør respekteres.

Hensynet til lojalitet

Hensynet til lojalitet taler for at terskelen for å klassifisere påberopelse av avtalebestemt pliktfrihet som illojal utnyttelse av denne friheten, ikke legges *for høyt*. Jeg innledet sensurdrøftelsen med et sitat fra Lynge Andersen/Madsen hvor det påpekes at spørsmålet om lojalitetsplikt i ytterste instans er et spørsmål om ”hvilke retsvirkninger retsordenen overhovedet vil acceptere i et givet aftaleforhold”. Når spørsmålet om lojalitetsplikt kommer på spissen, ved at det er snakk om sensur av avtalen, er det i siste instans et verdivalg: I hvilken grad ønsker samfunnet å akseptere – og i ytterste instans sette sitt retts- og maktapparat inn for å støtte – opptreden som samfunnet misbilliger? Det er nettopp slik tanker som kan begrunne å ha et forbud mot avtaler ”imod ... Ærbarhed”, jf. NL 5-1-2.²⁶¹

I tillegg til en slik moralsk orientert begrunnelsen for å la lojalitetsplikten sette en yttergrense, kan man også anlegge en mer praktisk orientert argumentasjon, basert på kontraktens funksjon i omsetningslivet. Selvig/Hagstrøm skriver blant annet: ”Skal kontrakter kunne fungere som et godt redskap i omsetningslivet, kan imidlertid rettsordenen ikke forholde seg likegyldig til partenes bruk av virkemidler, eller tillate at en part uhemmet fremmer egne interesser på den annens bekostning. På dette området er det behov for spilleregler som setter minstekrav til godtagbar handlemåte. ... Dette har ført til at rettsreglene i stadig større utstrekning stiller krav til kontraktparter om å utvise et visst *minstemål av lojalitet overfor hverandres interesser* ... Vi står her overfor en viktig del av spillereglene på kontraktsområdet.”²⁶² Dette praktisk orienterte argumentet for lojalitetsplikt står i direkte kontrast til det like praktisk orienterte

²⁶¹ Som nevnt i note 241 er forbudet mot fraskrivelse av ansvar for grov egenskyld tradisjonelt forankret i denne bestemmelsen.

²⁶² Selvig/Hagstrøm, Kontraktsrett 1 s. 15 (uth. i originalen)

argumentet for forutberegnelighet, og bidrar til å svekke sistnevntes gjennomslagskraft i tilfeller hvor lojalitetsplikten legges på strekk av rigide kontraktsbestemmelser, slik som nw-klausulen. Man kan si at disse motstridende argumentene representerer to ulike aspekter av begrepet ”sikkerhet”, nemlig henholdsvis ”trygghet” og ”forutberegnelighet”. Partene har gjennom avtalen prioritert forutberegneligheten, men rettsordenen mener likevel at omsetningslivet – og dermed samfunnet – ikke er tjent med en situasjon hvor partene står fritt til å fjerne tryggheten helt.

I tilfeller som vårt – hvor debitor er en profesjonell part som har gått inn i kontraktsforholdet med åpne øyne – vil disse samfunnshensynene være vel så viktige som hensynet til den enkelte debitor i argumentasjonen for lojalitetsbasert sensur av avtalen. For nw-klausulen kan man spissformulere den samfunnsorienterte problemstillingen ved å spørre om den norske rettsordenen er villig til å akseptere at en kontraktspart sitter med hendene i fanget og ser på at medkontrahenten lider et tap som med letthet kunne avverges med et varsel, uten annen begrunnelse enn at kontrakten gir ham frihet til å unnlate å varsle. Svaret er vel at det nettopp i slike tilfeller – avhengig av de konkrete omstendigheter – vil være aktuelt å la lojalitetsplikten slå gjennom overfor nw-klausulen ved å karakterisere passiviteten som ”illojal” til tross for klausulen. Som drøftelsen i det foregående viser, kan et slikt resultat bygges på såvel moralsk orienterte som praktisk orienterte argumenter.

Oppsummering av nw-klausulens innvirkning på passivitetsprinsippets rekkevidde

Terskelen for å klassifisere passivitet som illojal til tross for en nw-klausul bør være høy i kommersielle forhold av hensyn til sikkerhet og forutberegnelighet. Samfunnets grunnleggende oppfatninger om betydningen av lojalitet i kontraktsforhold – som kan begrunnes både moralsk og praktisk – tilsier likevel at det også i kommersielle forhold settes en yttergrense. En slik yttergrense for hva samfunnet vil godta, er nødvendigvis skjønnsmessig, på samme måte som lojalitetsbedømmelsen av en parts passivitet er skjønnsmessig når det *ikke* foreligger en nw-klausul. Skjønnskriteriet ved passivitet kan uttrykkes på mange måter: Det kan blant annet spørres om kreditors passivitet var ”illojal” eller ”klanderverdig”, om han har ventet ”urimelig lenge” med å fremme sitt krav, eller om han hadde en ”klar oppfordring” til å varsle debitor. Uansett hvordan man velger å uttrykke skjønnskriteriet, vil resultatet bero på en konkret helhetsvurdering av

situasjonen – de objektive interesser som står på spill, og de subjektive forhold på begge sider. Pliktfriheten som følger av nw-klausulen vil inngå som et viktig element i helhetsvurderingen, da denne reduserer både kreditors oppfordring til å varsle og debitors forventning om å bli varslet. Samme hvilket skjønnskriterium som legges til grunn, må det altså spørres om kriteriet er oppfylt *til tross for nw-klausulen*.

En nærmere drøftelse på et helt generelt nivå av hvor sensurterskelen går, blir lett intetsigende, fordi det i siste instans vil bero på en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfelle. Samtidig innbyr ikke avhandlingens utgangspunkt i en *type* klausul til å drøfte noe nærmere spesifisert avtaleforhold. Som en illustrasjon vil jeg imidlertid avslutte med kort å nevne enkelte typetilfeller hvor passivitet lett vil fremstå som særlig klanderverdig, og hvor det dermed kan være nærliggende å betegne den som ”illojal” til tross for nw-klausulen.

Avsluttende kasuistikk – noen typetilfeller av særlig klanderverdig passivitet

Hvis kreditor har kunnskap om konkret skade som passiviteten kan påføre debitor, vil hans oppfordring til aktivitet være stor, og den vil øke i takt med det konkrete skadepotensialet. Lojalitetsplikten står som nevnt særlig sterkt i tilfeller hvor en part selv er ute av stand til å ivareta sine egne interesser, mens medkontrahenten har en slik mulighet. Tilfeller hvor kreditor kunne avverget et tap for debitor, som debitor ikke selv kunne avverget, vil nettopp ligge i dette kjerneområdet for lojalitetsplikten. Et eksempel på dette kan være at en regressrett går tapt fordi debitor ikke tidsnok får vite at hans ytelse er mangelfull.

En hevningsrett gir kreditor en særlig maktposisjon i forholdet – en ensidig rett til å bestemme om den gjensidige ytelsesplikten skal opphøre (og ytelser tilbakeføres i tilfeller hvor dette er aktuelt). Utnyttelse av en slik særlig maktposisjon vil generelt stå i fare for å komme i konflikt med rettsmisbrukstankegang, og utsettelse av hevning uten å kunne angi noen spesifikk ”lojal begrunnelse” (utover den generelle pliktfriheten) vil lett kunne oppfattes som et illojalt misbruk av den ”valgretten” kreditor har fått ved misligholdet. Det kan for eksempel tenkes at kreditor har utsatt beslutningen om hevning for å se om ytelsens verdi i markedet går opp eller ned, altså i spekulasjonsøyemed. Slike betraktninger gjør seg gjeldende både ved mangel og

forsinkelse som hevningsgrunnlag. Det kan for eksempel virke påfallende at kreditor svært lang tid etter at ytelsen faktisk er prestert, krever å heve med den begrunnelse at ytelsen i sin tid var forsinket. I slike tilfeller kan det være nærliggende å anse hevningsretten for tapt til tross for nw-klausulen.²⁶³

Dersom debitor lojalt henvender seg til kreditor for å avklare en uklar situasjon, vil dette øke kreditors oppfordring til aktiv handling, med den følge at hans fortsatte passivitet lettere vil kunne betraktes som illojal. En slik henvendelse fra debitor kan for eksempel komme etter en forsinkelse, i form av et spørsmål om kreditor fortsatt ønsker oppfyllelse innen et gitt tidsrom. Dersom kreditor fortsatt forholder seg passiv, vil det nok selv med en nw-klausul være nærliggende å anse hevningsretten som bortfalt dersom debitor faktisk oppfylder innen dette tidsrommet.²⁶⁴ For at debitors henvendelse skal kunne ha en slik effekt, må den imidlertid være lojal; den må kunne i et reelt behov for avklaring. For å sette det på spissen: Debitor kan ikke sette nw-klausulen ut av kraft gjennom rent rutinemessige spørsmål til kreditor om hvorvidt han er fornøyd med ytelsen, eller hvorvidt han planlegger å utøve misligholdsbeføyelser.

²⁶³ En domstol kan i slike tilfeller søke å *omgå* bortfallsproblematikken ved å komme til samme resultat på et annet grunnlag. En slik mulighet åpner seg ved at grunnvilkåret for hevningsrett, ”vesentlig mislighold”, gir anvisning på en konkret og sammensatt helhetsvurdering av situasjonen slik den fremtrer på hevningstidspunktet. I denne helhetsvurderingen inngår hevningens konsekvenser for debitor som et element, og dermed også tidsforløpet, fordi tidsforløpet regelmessig gjør hevningen tyngre for debitor, jf. Rt. 1997 s. 1510 og Rt. 1999 s. 408. I slike tilfeller trenger ikke domstolen å ta stilling til om hevningsrett *ville* ha foreligget dersom hevningserklæring var blitt fremsatt tidligere, og det er dermed ikke et spørsmål om bortfall. (I Rt. 1999. s. 408 ga Høyesterett en dobbelt begrunnelse for resultatet: Retten kom til at hevningsrett ikke forelå, men slo samtidig fast at hevning uansett var erklært etter utløpet av den spesifiserte reklamasjonsfrist.)

²⁶⁴ Dette spesifikke eksempelet er kommet til uttrykk i lovgivningen, jf. f.eks. kjl. § 24, men det må antas å være et utslag av et mer alminnelig prinsipp. Jf. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 776. Følgende uttalelse i Ot. prp. nr. 44 (2001-2002), som riktignok gjelder forbrukertilfeller, illustrerer tydelig at kreditors oppfordring til å handle aktivt øker markert dersom han mottar en henvendelse fra debitor: ”Departementet legger vekt på at selgeren vil ha mulighet til å avklare en uklar situasjon ved å ta kontakt med kjøperen. Dersom kjøperen så ikke innen rimelig tid gir beskjed om hva han eller hun krever, vil retten til å gjøre beføyelser gjeldende kunne tapes ved passivitet. Det samme gjelder dersom det går svært lang tid før kjøperen overhodet gjør noe krav gjeldende, selv om selgeren ikke har krevd avklaring. Men det siste bør være aktuelt bare i ekstreme tilfeller.” (s. 107)

5 Konklusjoner

Fremfor å gi en tradisjonell oppsummering vil jeg i dette avsluttende kapitlet forsøke å belyse avhandlingens tema gjennom å besvare de grunnleggende spørsmålene jeg stilte i punkt 1.4.2. Med dette håper jeg å synliggjøre de praktiske konsekvensene av drøftelsene mine, i lys av formålet for prosjektet Anglo-amerikanske kontraktsmodeller.

1. Er kontraktsregulering *nødvendig* i norsk rett for å oppnå nw-klausulens ønskede rettsvirkninger? (Eller gjør innholdet av norsk bakgrunnsrett slik kontraktsregulering overflødig?)

Formålet med klausulen – dens ”ønskede rettsvirkninger” – er drøftet i punkt 1.4.1. Enkelt uttrykt er formålet å forhindre at kreditors rett til å utøve misligholdsbeføyelser går tapt på grunn av hans passivitet i etterkant av debtors mislighold, fordi mer eller mindre skjønnsmessige regler i bakgrunnsretten tillegger denne passiviteten rettsvirkninger.

At dette er formålet, innebærer at klausulen vil være ”nødvendig” dersom det i bakgrunnsretten finnes bortfallsgrunner som kan utløses av kreditors passivitet (før utløpet av preseptoriske foreldelsesfrister). Basert på presentasjonen i punkt 3.6 av de norske bortfallsgrunnene er svaret åpenbart *ja* – kontraktsregulering er nødvendig i norsk rett, fordi klausulens ønskede virkninger ikke følger direkte av bakgrunnsretten.

Det kan faktisk sies å være et *større* behov for slik kontraktsregulering i norsk rett enn i engelsk rett: I engelsk rett vil ren passivitet kun i unntakstilfeller føre til bortfall av misligholdsbeføyelser gjennom de ulike waiver-doktrinene, jf. punkt 2.5.2. I norsk rett er det derimot svært praktisk at misligholdsbeføyelser går tapt ved passivitet, på grunn av de norske reklamasjonsreglene og det alminnelige passivitetsprinsippet, jf. punkt 3.6.3 og 3.6.4.

2. I hvilken utstrekning er nw-klausulens ønskede rettsvirkninger *mulig å oppnå* i norsk rett?

Dette spørsmålet er drøftet i punkt 4.3. Basert på denne drøftelsen må det antas at det *ikke* er mulig å oppnå de ønskede rettsvirkningene fullt ut. Årsaken er at en slik kontraktsregulering støter an mot norske regler om lojalitetsplikt, og at en nw-klausul derfor vil bli sensurert i den grad den anses å tillate illojal passivitet fra kreditors side. Med andre ord kan kreditor til tross for klausulen tape sin rett til å utøve misligholdsbeføyelser dersom hans passivitet bedømmes som illojal.

Imidlertid er det mulig å oppnå de ønskede rettsvirkningene et stykke på vei: For det første kan partene rettsgyldig avtale seg bort fra de norske reklamasjonsreglene. For det annet vil en kontraktsbestemt frihet fra aktivitetsplikt overfor den annen parts mislighold heve terskelen for når partens passivitet bedømmes som illojal, og dermed innskrenke virkeområdet for det alminnelige passivitetsprinsippet.

Det kan i tillegg spørres hvorvidt det er mulig å oppnå nw-klausulens ønskede rettsvirkninger overfor den norske avkallslæren, altså hvorvidt en kontraktsregulering effektivt kan utelukke passivitet som grunnlag for disposisjon. Dette spørsmålet har jeg avgrenset mot, jf. punkt 4.1.

3. Er nw-klausulen *tilstrekkelig* i norsk rett? (Oppnås, slik klausulen er utformet, de ønskede rettsvirkninger – i den utstrekning det er mulig å oppnå dem?)

Dette spørsmålet dreier seg om hvordan klausulens utforming er tilpasset den norske bakgrunnsretten. I punkt 4.2.2 har vi sett at nw-klausuler kan være formulert på en slik måte at en rimelig forståelse av ordlyden tilsier at de retter seg kun mot bortfall av misligholdsbeføyelser på dispositivt grunnlag. En slik tolkning innebærer at de norske lojalitetsbaserte bortfallsgrunnene vil ligge utenfor klausulens virkeområde. Hvorvidt andre tolkningsmomenter vil medføre at klausulen tolkes utvidende i forhold til ordlyden, slik at de lojalitetsbaserte norske bortfallsreglene er omfattet, er usikkert, jf. punkt 4.2.7. Det kan derfor konkluderes med at det ikke er sikkert om en nw-klausul

med en slik utforming vil være tilstrekkelig i norsk rett, og man bør derfor unngå en slik ordlyd.

Enkelte nw-klausuler er mer generelt formulert, slik at de etter sin ordlyd må anses å alt passivitetsbortfall, jf. punkt 4.3. I siste spørsmål skal vi se om det ikke likevel kan være hensiktsmessig å gjøre noen tilpasninger dersom en slik nw-klausul skal brukes i en kontrakt underlagt norsk rett.

4. Hvordan bør nw-klausulen utformes for å få *størst mulig effekt* i norsk rett? (Hvilken utforming gir størst grad av samsvar mellom ønskede rettsvirkninger og faktiske rettsvirkninger?)

Ved utformingen av forslag til utforming av nw-klausul til bruk i norsk rett har jeg ikke bare tatt hensyn til at klausulen rent juridisk skal være egnet til å oppnå de ønskede rettsvirkninger, men også til at den skal passe inn i en typisk kommersiell kontrakt. Dette innebærer at jeg har forsøkt å utforme klausulen slik at den i uttrykksmåte ikke skiller seg vesentlig fra det som er vanlig i boilerplate-klausuler. Jeg har tatt utgangspunkt i en av de tidligere presenterte eksempelklausulene, som jeg mener har en så vid ordlyd at alle de norske bortfallsgrunnene allerede er omfattet, jf. punkt 4.3:

”No delay or omission to exercise any right or remedy accruing to either party upon any breach or default of the other party shall impair any such right or remedy or be construed to be a waiver of any such breach or default.”

Nettopp fordi ordlyden er så vid, har jeg funnet det hensiktsmessig å skrive et innskudd som tydeliggjør de viktigste spesifikke utslagene av den i norsk rett, samtidig som det understrekes at denne spesifiseringen ikke skal innebære noen begrensning av klausulens virkeområde:

“including, without limitation, any delay or omission to provide any notice of any such breach or default or to provide any notice of intention to exercise any such right or remedy”

Innskuddet er formulert med tanke på typetilfellene av nøytral og spesifisert reklamasjon. Imidlertid retter ikke klausulen seg kun mot reklamasjonsregler i snever forstand; også bortfall etter passivitetsprinsippet vil omfattes, fordi klausulens ordlyd tar

utgangspunkt i selve *passiviteten* ("delay or omission to provide..."), ikke i hvilke regelsett som eventuelt vil tillegge denne passiviteten rettsvirkninger.

Internt i kontraktsforholdet kan en slik spesifisering fungere som en klargjøring og påminnelse for partene. Ved en tvist vil enhver spesifisering kunne redusere det manøvreringsrom en domstol vil føle at den har til å tolke klausulen korrigerende, jf. punkt 4.2.8. I punkt 4.3 har jeg konkludert med at yttergrensen for nw-klausulers rettsvirkning går ved det punkt hvor en domstol finner at kreditors passivitet er illojal. Hvorvidt passiviteten anses illojal, beror på en konkret helhetsvurdering, og i denne vurderingen inngår den friheten fra aktivitetsplikt som følger av nw-klausulen, som et viktig element. At friheten fra reklamasjon gjøres så spesifikk og eksplisitt, kan kanskje bidra til at terskelen heves noe for å statuere illojalitet på tvers av nw-klausulen.

Man kunne spørre om den yttergrensen som lojalitetsplikten utgjør, burde komme til uttrykk i klausulen, slik at ordlyden bringes mest mulig i overensstemmelse med klausulens faktiske virkninger. Imidlertid vil en slik "anerkjennelse" i avtalen av at lojalitetsplikten setter en yttergrense, kunne føre til en *senkning* av domstolenes terskel for å statuere illojalitet. Dette skyldes at domstolene vil kunne bruke avtalens henvisning til en slik yttergrense som "hjemmel" for lojalitetsbasert bortfall, istedenfor å måtte anvende passivitetsprinsippet på tvers av avtalen – ved sensur. En slik henvisning er derfor ikke formålstjenlig.

For å forebygge enhver uklarhet om forholdet mellom nw-klausulen og eventuelle *avtalebestemte* reklamasjonsfrister har jeg også spesifisert at slike frister gis forrang:

"unless a duty to provide such notices is specifically set forth in this agreement"

På bakgrunn av dette foreslår jeg følgende utforming av nw-klausul til bruk i norsk rett:

"No delay or omission to exercise any right or remedy accruing to either party upon any breach or default of the other party (including, without limitation, any delay or omission to provide any notice of any such breach or default or to provide any notice of intention to exercise any such right or remedy, unless a duty to provide such notices is specifically set forth in this agreement) shall impair any such right or remedy or be construed to be a waiver of any such breach or default."

6 Litteraturliste

- Andenæs, Kontraktsvilkår
Andenæs, Mads Henry: *Kontraktsvilkår*, Oslo 1989
- Anderson, A-Z Guide to Boilerplate
Anderson, Mark: *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, London 1998
- Anson's Law of Contract
Beatson, J.: *Anson's Law of Contract*, 28th ed., Oxford 2002
- Arnholm, Almindelig obligasjonsrett
Arnholm, Carl Jacob: *Privatrett III Almindelig obligasjonsrett*, 2.utg., Oslo 1974
- Arnholm, Avtaler
Arnholm, Carl Jacob: *Privatrett II Avtaler*, Oslo 1964
- Arnholm, Tre utsnitt
Arnholm, Carl Jacob: *Tre utsnitt av den almindelige privatrett*, Oslo 1975
- Atiyah, Law of Contract
Atiyah, P. S.: *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., Oxford 1995
- Benjamin's Sale of Goods
Guest, A. G. (General Editor): *Benjamin's Sale of Goods*, 6th ed., London 2002
- Black's Law Dictionary
Garner, Bryan A. (ed.): *Black's Law Dictionary*, 8th ed., St. Paul, MN 2004
- Bryde Andersen, Grunnleggende aftaleret
Bryde Andersen, Mads: *Grunnleggende aftaleret*, 2.udg., København 2002

Bryde Andersen, Praktisk aftaleret	Bryde Andersen, Mads: <i>Praktisk aftaleret</i> , 2.udg., København 2003
Chitty on Contracts	Beale, H. G. (General Editor): <i>Chitty on Contracts</i> , Volume I, General Principles, 29 th ed., London 2004
Christou, Boilerplate	Christou, Richard: <i>Boilerplate: Practical Clauses</i> , 3 rd ed., London 2002
Dalhuisen, International Commercial Law	Dalhuisen, Jan: <i>Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law</i> , 2 nd ed., Oxford 2004
Eckhoff, Rettskildelære	Eckhoff, Torstein: <i>Rettskildelære</i> , 5.utg., Oslo 2001
Evald, Retsmisbrug	Evald, Jens: <i>Retsmisbrug i formueretten</i> , København 2001
von Eyben, Forældelse I	von Eyben, Bo: <i>Forældelse I</i> , København 2003
Falkanger, Kontraktsfortolkning	Falkanger, Thor: <i>En sammenligning mellom engelske og norske prinsipper for fortolkning av kontrakter</i> , i Arkiv for Sjørett bind 9 (1969) s. 537-566
Fosbrook/Laing, A-Z of Contract Clauses	Fosbrook, Deborah and Laing, Adrian C.: <i>The A-Z of Contract Clauses</i> , 2 nd ed., London 2003
Furmston, Law of Contract	Furmston, Michael: <i>Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract</i> , 14 th ed., London 2001

Gomard, Obligationsret 1	Gomard, Bernhard: <i>Obligationsret 1. Del</i> , 3.udg., København 1998
Gomard, Obligationsret 3	Gomard, Bernhard: <i>Obligationsret 3. Del</i> , København 1993
Goode, Good Faith	Goode, Roy: <i>The Concept of Good Faith in English Law</i> , Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero (konferanseinnlegg), Roma 1992 (http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/02goode.pdf)
Hagstrøm, Ansvarsfraskrivelse	Hagstrøm, Viggo: <i>Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold</i> , i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1996 s. 421-518
Hagstrøm, Due diligence	Hagstrøm, Viggo: <i>"Due diligence" ved virksomhetsoverdragelse</i> , i Tidsskrift for forretningsjus 1999 s. 391-399
Hagstrøm, Obligasjonsrett	Hagstrøm, Viggo: <i>Obligasjonsrett</i> , Oslo 2003
Holmboe, Reklamasjon og foreldelse	Holmboe, Morten: <i>Reklamasjons- og foreldelsesreglene i gjensidige kontraktsforhold – en ajourføring</i> , i Jussens Venner 1991 s. 23-44
Hov, Kontraktsrett I	Hov, Jo: <i>Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I</i> , 3. utg., Oslo 2002
Hov, Kontraktsrett II	Hov, Jo: <i>Avtalebrudd og partsskifte, Kontraktsrett II</i> , 2. utg., Oslo 2002

Huser, Avtaletolking	Huser, Kristian: <i>Avtaletolking</i> , Bergen 1983
Haaskjold, Kontraktsforpliktelser	Haaskjold, Erlend: <i>Kontraktsforpliktelser</i> , Oslo 2002
James' Introduction	Shears, Peter og Stephenson, Graham: <i>James' Introduction to English Law</i> , 13 th ed., London 1996
Kirkeby, Engelsk-norsk ordbok	Kirkeby, Willy A.: <i>Stor engelsk ordbok: engelsk-norsk</i> , Skedsmokorset 2003
Knoph, Rettslige standarder	Knoph, Ragnar: <i>Rettslige standarder</i> , Oslo 1948 [1939]
Kolrud, NS 8405 Kommentirutgave	Kolrud, Helge Jakob mfl.: <i>NS 8405 Kommentirutgave</i> , Oslo 2004
Krenchel, Retsfortabende passivitet	Krenchel, Jens V.: <i>Om retsfortabende passivitet</i> , i Ugeskrift for Retsvæsen 2000(B) s. 180-186
Krüger, Kjøpsrett	Krüger, Kai: <i>Norsk kjøpsrett</i> , 4.utg., Bergen 1999
Krüger, Kontraktsrett	Krüger, Kai: <i>Norsk kontraktsrett</i> , Bergen 1989
Lynge Andersen/Madsen, Aftaler	Lynge Andersen, Lennart og Madsen, Palle Bo: <i>Aftaler og mellemmænd</i> , 4.udg., København 2001
McKendrick, Contract Law	McKendrick, Ewan: <i>Contract Law</i> , Oxford 2003

Moss, Comparative Law of Contracts	Moss, Giuditta Cordero: <i>Lectures on Comparative Law of Contracts</i> , Oslo 2004
Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt	Nygaard, Nils: <i>Rettsgrunnlag og standpunkt</i> , 2.utg., Bergen 2004
Oughton et al., Limitation of Actions	Oughton, David W., Lowry, John P. og Merkin, Robert M.: <i>Limitation of Actions</i> , London 1998
Oxford Advanced Learner's Dictionary	Hornby, A. S.: <i>Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English</i> , 6 th ed., Oxford 2000
Oxford Law Dictionary	Martin, Elizabeth A. (ed.): <i>A Dictionary of Law</i> , 5 th ed., Oxford 2002
PECL	<i>Principles of European Contract Law Parts I and II</i> , Prepared by The Commission of European Contract Law, Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Haag/London/Boston 2000
Ravnskilde, Passivitet	Ravnskilde, Jens: <i>Passivitet</i> , København 2002
Ross, Ret og Retfærdighed	Ross, Alf: <i>Om Ret og Retfærdighed</i> , København 1953
Røed, Foreldelse	Røed, Anne Cathrine: <i>Foreldelse av fordringer</i> , 2.utg., Oslo 2004
Sacco, Legal Formants	Sacco, Rodolfo: <i>Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law (Installment I of II)</i> , i The American

- Journal of Comparative Law vol. 39
(1991), s. 1-34
- Selvig, Tolking
Selvig, Erling: *Tolking etter norsk eller annen skandinavisk rett av certepartier og andre standardvilkår utformet på engelsk*, i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1986 s. 1-26
- Selvig/Hagstrøm, Kontraktsrett 1
Selvig, Erling og Hagstrøm, Viggo: *Kontraktsrett til studiebruk*, Hefte 1, Oslo 1997
- Selvig/Hagstrøm, Kontraktsrett 3
Selvig, Erling og Hagstrøm, Viggo: *Kontraktsrett til studiebruk*, Hefte 3, Oslo 1998
- Simonsen, Kreditors mangelsbeføyelser
Simonsen, Lasse: *Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene*, i Jussens Venner 1999 s. 305-398
- Simonsen, Prekontraktuelt ansvar
Simonsen, Lasse: *Prekontraktuelt ansvar*, Oslo 1997
- Stang, Innledning til formueretten
Stang, Fredrik: *Innledning til formueretten*, 3.utg., Oslo 1935
- Sæbø, Innsidehandel
Sæbø, Rune: *Innsidehandel med verdipapir*, Bergen 1995
- Taxell, Avtalsrätt
Taxell, Lars Erik: *Avtalsrätt*, Stockholm 1997
- Treitel, Law of Contract
Treitel, Sir Guenter, *The Law of Contract*, 11th ed., London 2003

UNIDROIT Principles	<i>UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004</i> , International Institute for the Unification of Private Law, Roma 2004
Whincup, Contract Law and Practice	Whincup, Michael H.: <i>Contract Law and Practice</i> , 4 th ed., The Hague 2001
Wilken, Law of Waiver	Wilken, Sean: <i>Wilken and Villiers The Law of Waiver, Variation and Estoppel</i> , 2 nd ed., Oxford 2002
Woxholth, Avtalerett	Woxholth, Geir: <i>Avtalerett</i> , 5.utg., Oslo 2003
Zimmermann/Whittaker, Good Faith	Zimmermann, Reinhard and Whittaker, Simon (ed.): <i>Good Faith in European Contract Law</i> , Cambridge 2000
Zweigert/Kötz, Comparative Law	Zweigert, Konrad and Kötz, Hein: <i>Introduction to Comparative Law</i> , 3 rd ed., Oxford 1998

LOVER

Norske lover:

Norske Lov (NL)	Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687
Avtaleloven (avtl.)	Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4
Foreldelsesloven (fl.)	Lov om foreldelse av fordringer av 18. mai 1979 nr. 18
Kjøpsloven (kjl.)	Lov om kjøp av 13. mai 1988 nr. 27
Avhendingsloven (avhl.)	Lov om avhending av fast eiendom av 3. juli 1992 nr. 93
Forbrukerkjøpsloven (fkjl.)	Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34

Engelske lover:

Sale of Goods Act 1979

Limitation Act 1980

Foreign Limitation Periods Act 1984

Arbitration Act 1996

RETTSPRAKSIS

Norsk rettspraksis:

Norsk Retstidende:

Rt. 1970 s. 1059

Rt. 1984 s. 28

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1988 s. 1199

Rt. 1990 s. 189

Rt. 1992 s. 166

Rt. 1992 s. 295

Rt. 1992 s. 796

Rt. 1994 s. 581

Rt. 1994 s. 626

Rt. 1994 s. 833

Rt. 1995 s. 1460

Rt. 1997 s. 1510

Rt. 1998 s. 398

Rt. 1999 s. 408

Rt. 1999 s. 922

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2003 s. 1132

Rt. 2003 s. 1252

Engelsk rettspraksis:

Glasson v. Fuller [1922] SASR 148

L Schuler AG v. Wickman Machine Tool Sales Ltd [1974] AC 235

Walford v. Miles [1992] 2 AC 128

Johnson v. Gore Wood & Co [2001] 2 WLR 72

Homburg Houtimport B.V. v. Agrosin Private Ltd (“The Starsin”) [2003] UKHL 12

OFFENTLIGE PUBLIKASJONER

Norske offentlige publikasjoner:

Norges offentlige utredninger:

NOU 1979:32 Formuerettslig lempningsregel

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp. nr. 80 (1986-87) Om kjøpslov

Ot.prp. nr. 29 (1988-89) Om lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere

Ot.prp. nr. 66 (1990-91) Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

Ot.prp. nr. 82 (1997-98) Om lov om husleieavtaler (husleieloven)

Ot.prp. nr. 44 (2001-02) Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Svenske offentlige publikasjoner:

Statens offentliga utredningar:

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten

DIVERSE

Norske standarder:

NS 3430 (2. utg, 1994)

NS 8405 (2004)