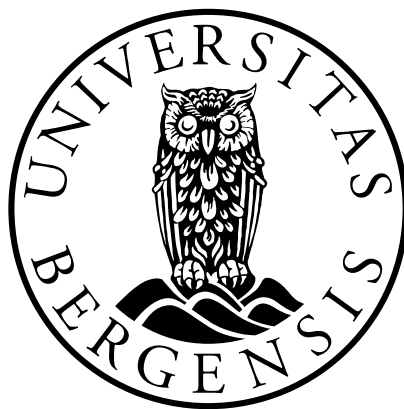


Grensedragningen mellom forhandlinger og juridisk bindende kontrakt

Forhandlingsavtaler under FN-konvensjonen om
internasjonale løsørekjøp (CISG)

Kandidatnummer: 73

Antall ord: 11672



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.juni 2017

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	3
1.1 Problemstilling.....	3
1.2 Aktualitet	3
1.3 Avgrensning.....	5
1.4 Begrepsavklaring	5
1.4.1 CISG	5
1.4.2 Løfteprinsippet	6
1.4.3 Kontraktprinsippet.....	6
2 Avtaler som blir til etter hvert	7
2.1 Fra løfteprinsipp til kontraktprinsipp	7
2.2 Pre-kontraktuelle forpliktelser	10
2.3 Moderering av norsk retts tilbud- og aksept-modell	13
3 Tolkningsmomenter for binding av forhandlingspartene	14
3.1 Generell tolkningsveiledning.....	14
3.2 Andre internasjonale instrumenter.....	16
3.2.1 UNIDROIT Principles 2016	17
3.2.2 PECL.....	17
3.3 CISG og dens grunnprinsipper	18
3.3.1 Partenes autonomi	18
3.3.2 Lojalitet og rimelighet.....	20
3.3.3 Formfrihet	22
3.3.3.1 Signatur	23
3.3.3.2 Pris.....	25
3.4 ”Tilbud” under CISG.....	25
3.4.1 Vilkåret om “tilstrekkelig presist”	26
3.4.2 Vilkåret om løftegivers intensjon.....	27
3.4.2.1 CISG art.8 og partenes intensjoner	28
3.4.2.2 UNIDROIT Principles art.4.1 – partenes felles intensjon.....	29
3.5 CISG art.9 om bransjepraksis	30
3.6 Uklarhetsregelen	31
4 Oppsummering	32
Litteraturliste	33

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Oppgaven belyser grensedragningen mellom forhandlinger og juridisk bindende avtale for løssørekjøp mellom næringsdrivende under de inkorporerte reglene i CISG.¹

I denne oppgaven søker jeg å finne frem til en oversikt over momenter som gjør seg gjeldende ved tolkningen om bindende kontrakt anses kommet i stand, eller om partene fortsatt befinner seg på forhandlingsstadiet. Jeg undersøker hovedsakelig de tilfellene hvor partene ikke har inngått forhandlingsavtaler med spesifisering av disposisjonskriterier for binding, samt tilfeller som ikke er direkte lovregulerte. Jeg søker med andre ord en tydeliggjøring av rettsreglene, retningslinjene og tolkningsmomentene som avgjør spørsmålet under CISG-reglene. Alminnelige tolkningsregler vil være i fokus, sammen med rettsavgjørelser både fra norsk Høyesterett og andre domstoler fra "CISG-tilsluttede" land. For å kunne si noe om hvorvidt det foreligger en bindende avtale av noe slag, må man også se på hvilke regler og normer som gjelder om tilbud og aksept. To prinsipper som gjør seg gjeldende på dette området er det såkalte løfteprinsippet og kontraktsprinsippet. De nevnte prinsippene vil forklares nærmere under punkt 1.4.

1.2 Aktualitet

FN-konvensjonen om internasjonale løssørekjøp (CISG) gjelder i dag som norsk lov jf. kjl.§87. Ved ratifikasjonen i 1988 tok Norge et såkalt "art.92-forbehold"² mot CISG del II om avtaleinngåelse, men opphevet dette i 2014.³ Det er blant annet denne nylige endringen som er interessant å undersøke nærmere i et forhandlingsperspektiv. Samtidig ligger grensen mellom forhandlingssituasjonen og bindende avtale allerede i en juridisk gråsoner. Problemene oppstår først ved en tvist partene imellom, og hittil i norsk rett har løsningen vært å finne i rettspraksis. Per dags dato finnes det ikke lovregler om forhandlinger verken i kraft av CISG eller i norsk rett. En undersøkelse av CISG-reglementet vil muligens kunne bidra til å tydeliggjøre rettstilstanden, i alle fall overfor internasjonale handelsparter. De fleste

¹CISG står for: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Se også pkt.1.4.1

²Se nærmere Ot.prp.nr.80 (1986-1987) side 159 pkt B og Prop.158 LS (2012-2013) side 13

³Jf. info om CISG: <https://lovdata.no/pro/#document/TRAKTAT/traktat/1980-04-11-1?searchResultContext=2153> (13.03.17). Se også Prop.158 LS (2012-2013) pkt. A I på side 14, Innst.70 L (2013-2014) pkt.I om §87, samt Lovvedtak 33 (2013-2014) pkt.I i kap.XV *Internasjonale kjøp*. I tillegg: Lov 28.februar 2014 nr.2, ikraftsatt 1.november 2014.

handelsavtaler kommer i stand etter flere runder med forhandlinger, spesielt om man har å gjøre med store internasjonale bedrifter. Det er da også vanlig at store pengesummer står på spill – noe som skaper behov for mer nyanserte retningslinjer for når avtalebinding skjer i forhandlingssituasjoner. Innenfor slike rammer kan det også være utfordrende å karakterisere partenes utsagn og handlinger som viljeseerklæringer i kontraktsrettslig forstand. At man befinner seg i en situasjon med juridisk bindende tilbud og aksept kan derfor være vanskelig å identifisere og klart fastlegge. En viktig faktor som da styrker spørsmålets aktualitet, er det faktum at forskjellige modeller for avtaleinngåelse kan representere en mulig intern kollisjon mellom norsk rett og CISG-reglene. Sistnevnte opererer med kontraktsprinsippet⁴, mens man i norsk rett tradisjonelt opererer med løfteprinsippet.⁵ Dette undersøkes nærmere i pkt.2.1.

Forhandlinger er en viktig prosess før større kommersielle kontrakter inngås. Det er nemlig dette stadiet som muliggjør å avdekke forhold ved motparten som for eksempel ikke er ønskelig. Det kan vise seg som forskjellige intensjoner bak kontraktinngåelsen eller forskjellig verdigrunnlag, fremtidsvisjoner mv. I en slik situasjon vil den ene parten muligens ha et behov for å trekke seg ut av forhandlingene før de går for langt, gjerne fordi vedkommende ikke ønsker å inngå et samarbeid som potensielt kan skade omdømmet. Det er da viktig at man har tydelige retningslinjer å forholde seg til, for at avbruddet skal bli så smertefritt som mulig. Et eksempel på en part i en slik situasjon, er for eksempel at en miljøorganisasjon finner ut at motparten sponses av et oljeselskap.

En annen grunn for å klarlegge regler og normer på dette området er CISG-reglenes mangel på anerkjennelse av norsk retts prinsipp om negativ kontraktsinteresse. Læren om negativ kontraktsinteresse er et erstatningsprinsipp og gjelder utmåling av økonomisk tap ved kontraktsbrudd. Prinsippet går ut på at partene stilles som om avtale ikke var inngått.⁶ Parten som fremkaller kontraktsbruddet må stå til ansvar overfor motparten, og dekke dennes økonomiske tap som er lidt ved at man innrettet seg etter kontraktens innhold og stolte på at den ville komme i stand. Prinsippet kan således ses på som en sikkerhetsventil for at en part ikke skal kunne velte hele lasset ved å trekke seg.

⁴ Jf. pkt.1.4.3

⁵ Jf. pkt.1.4.2

⁶ Jf. Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett* 2.utgave, Oslo 2015, neders på side 275 og 276. Se også pkt.2.2 nedenfor.

1.3 Avgrensning

Oppgaven avgrenses mot tilfeller som faller innenfor CISG sitt anvendelsesområde. Ifølge art.1 gjelder konvensjonen løssørekjøp⁷ mellom næringsdrivende og privatpersoner, så fremt sistnevnte ikke inngår kjøp som er til personlig bruk.⁸ Jeg avgrenser mot privatpersoner, og retter søkelyset mot kontraktsparter i næringsvirksomhet. Oppgaven gjelder altså kontraktsparter i næringsvirksomhet og deres handlinger forut for avtaleinngåelse, samt avtalebinding ved forhandlinger.

Det presiseres i CISG art. 4 at konvensjonens anvendelsesområde er avtaleinngåelse. Dette medfører en naturlig avgrensning mot kontraktsparter fra andre nordiske land, da disse fremdeles har et aktivt forbehold mot CISG del II, som nettopp gjelder avtaleinngåelse. Det er også påpekt i lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven) §5 at CISG ikke får anvendelse dersom *både* selger og kjøper "(...) har forretningsstedet enten i Norge, Danmark, Finland, Island eller Sverige (...)"⁹ Jeg tar utgangspunkt i en norsk kontraktspart som forhandler med en part fra et annet land enn de som er nevnt ovenfor, og som har ratifisert CISG. Ettersom kjl. § 87 fastsetter at CISG gjelder som norsk lov, vil det også være naturlig å anvende norsk rett og retningslinjer hvor konvensjonen trenger utfylling jf. også CISG art. 7(2).¹⁰ Det vil også bli trukket paralleller til norsk rett på områder hvor dette har noe for seg. Samtidig avgrenses det her på lik linje med CISG art.2. Videre avgrensning gjøres mot de tilfeller hvor CISG-reglementet ikke får anvendelse, for eksempel om partene tar i bruk sin kontraktsfrihet etter CISG art. 6 og 11. Endelig avgrenses det mot internasjonal privatrett.

1.4 Begrepsavklaring

1.4.1 CISG

CISG er en forkortelse for United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Det er en konvensjon opprettet i 1980¹¹ av FN's organ for internasjonal

⁷ Se CISG art.1 (1)

⁸ Jf. CISG art.2 (1)

⁹ Se full tekst i kjl.§5

¹⁰ CISG art. 7(2) lyder: "Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law."

¹¹ Om dette via lenken: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html> (13.03.17)

handelslovgivning, UNCITRAL.¹² På norsk kalles den FN-konvensjonen om internasjonale løssørekjøp.¹³ Det er en konvensjon som binder medlemsstatene, og som har til formål å harmonere kontraktsretten på et internasjonalt nivå.¹⁴ Konvensjonen inneholder regler om kontraktsinngåelse og kontraktstolkning. Tanken er at ett felles regelverk er egnet til å tjene som bedre rettsgrunnlag for handel mellom parter fra forskjellige stater.¹⁵ I flere tilfeller reduseres derfor betydningen av lovvalgsreglene i den internasjonale privatretten til fordel for CISG. Konvensjonen simplifiserer internasjonal handel, og medfører derfor bedre tilrettelegging for at partene unngår uventede konflikter og tvister.¹⁶

1.4.2 Løfteprinsippet

Løfteprinsippet er det alminnelige prinsipp om avtalebinding i norsk rett. Det ligger implisitt i avtl.§7 som lyder som følger: ”Kaldes tilbud eller svar paa tilbud tilbake, er tilbakekaldelsen virksom, hvis den kommer frem til den anden part før eller samtidig med, at tilbudet eller svaret kommer til hans kundskap”. Dette innebærer at en aksept fra løftemottaker ikke er et vilkår for juridisk binding, fordi løftegiver allerede blir bundet idet vedkommende avgir sitt tilbud. Utveien er en tilbakekalling av tilbudet før eller samtidig med at løftemottakeren har fått kunnskap om det.¹⁷ Tankegangen bak prinsippet synes å være at en part binder seg selv i kraft av sin personlige autonomi og den rådende avtalefriheten.¹⁸

1.4.3 Kontraktsprinsippet

Kontraktsprinsippet kommer til uttrykk i CISG art.16 (1) og lyder som følger: ”Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance”. På norsk betyr det at ”(...) et tilbud [kan] kalles tilbake dersom tilbakekallet kommer fram til mottakeren før han har sendt en aksept” jf. norsk oversettelse av CISG vedlagt kjøpsloven. Prinsippet går altså ut på at løftegiver ikke er bundet av sitt tilbud før løftemottakeren har avgitt sin aksept. I motsetning til løfteprinsippet har det ingen betydning om mottakeren har fått kunnskap om tilbudet eller ei. Det er aksepten som er

¹² UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law. Se også hjemmesiden: http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html (01.04.17)

¹³ FN-konvensjonen 11.april 1980 om kontrakter for internasjonale løssørekjøp

¹⁴Jf. CISG Advisory Council sin “Declaration No.1”: <http://www.cisgac.com/cisgac-declaration-no1/> (28.04.17)

¹⁵ Jf. André Janssen & Olaf Meyer, *CISG Methodology*, München 2009, på side 265

¹⁶ Se link: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/guides.html#ib> Part I, bokstav B (13.03.17)

¹⁷ Se Geir Woxholth om dette i *Avtalerett i et nøtteskall*, Oslo 2014, på side 41

¹⁸ Jf. pkt.3.3.1 nedenfor

avgjørende for avtalebinding her.¹⁹ Sagt med andre ord så fremstår aksepten som et vilkår for at kontraktspartene bindes, og løftegiver har dermed større spillerom for å ombestemme seg.

2 Avtaler som blir til etter hvert

2.1 Fra løfteprinsipp til kontraktsprinsipp

Det er som sagt²⁰ vanskelig å identifisere et klart tilbud og en klar aksept i forhandlingssituasjoner. Før opphevelsen av del II-reservasjonen ble norsk rett dominert av løfteprinsippet²¹ – også når det gjaldt internasjonale avtaler. Ved inkorporasjonen av CISG del II har man nå beveget seg over i et tilsynelatende todelt system hvor det skilles mellom regelverk ved kontraktinngåelse på nasjonalt og internasjonalt nivå. Kontraktsparter som handler etter norsk lovgivning vil således utelukkende følge løfteprinsippet, mens man ved anvendelsen av CISG vil bevege seg over på kontraktsprinsippet²² som bindingsregel.

Justis- og beredskapsdepartementet uttaler i Innst.70 L (2013-2014) nederst på side 1 at ”(...) Reglane om avtaleinngåing er neppe i seg sjølve av stor praktisk betydning for partane i internasjonale lausøyrekjøpsforhold. Dessutan er det ikkje vesentlege reelle skilnader mellom reglane i CISG del II og avtaleloven kapittel 1. Framlegget²³ kan likevel ha ein viss positiv effekt ved å redusere transaksjonskostnadane i samband med internasjonale lausøyrekjøp. Det forenkler rettskjeldebildet ved at reglane for avtaleinngåing vil bli dei same uavhengig av om det er rettsreglane i Noreg eller ein annan konvensjonsstat som skal leggjast til grunn. Lovvalsreglane får dermed ei meir underordna rolle. Vidare kan det at Noreg får reglar for avtaleinngåing i internasjonale lausøyrekjøpsforhold som svarar til dei reglane fleirtalet av handelsstatar opererer med i dag, vere positivt ut frå handels- og næringsomsyn. Framlegget om å gjennom føre CISG ved inkorporasjon framfor transformasjon vil vidare i seg sjølv vere egna til å forenkle rettskjeldesituasjonen, òg med omsyn til dei delane av konvensjonen som allereie er gjennomførte i norsk rett, ettersom partane då kan halde seg direkte til

¹⁹ Se Sören Koch sin beskrivelse i *Løfte og aksept – naturrettens innflytelse på fortolkningen av NL 5-1-1 og 5-1-2 på 1700-tallet*, på side 339

²⁰ Se om dette i punkt 1.2 andre avsnitt

²¹ Om prinsippet i pkt.1.4.2. Se også Geir Woxholth, *Avtalerett*, 7.utgave, Oslo 2009, nederst på side 56.

²² Om prinsippet i pkt.1.4.3. Se også Sören Koch sin beskrivelse i *Løfte og aksept – naturrettens innflytelse på fortolkningen av NL 5-1-1 og 5-1-2 på 1700-tallet* på side 339, samt Woxholth om dette i *Avtalerett*, 7.utgave Oslo, 2009, nederst på side 56.

²³ Innst.70 L (2013-2014) Innstilling frå justiskomiteen om endringar i kjøpsloven og avtaleloven (FN-konvensjonen 11. april 1980 om kontraktar for internasjonale lausøyrekjøp (CISG) del II om avtaleinngåing)

originalteksten i konvensjonen uavhengig av om det er rettsreglane i Noreg eller ein annan konvensjonsstat som skal nyttast. (...)”.

Det bør stilles spørsmål ved denne uttalelsen, da det er rimelig klart at regelsettene opererer med to forskjellige typer avtalebindingsmekanismer. At forskjellene mellom reglene i CISG del II og avtaleloven kap.1 fremstår som uvesentlige og teoretiske er en uttalelse som mangler transparens og som er dårlig begrunnet av departementet. En mulig tanke bak uttalelsen kan være at konvensjonsteksten er lik for alle medlemslandene, og at man i teorien derfor bør komme frem til lik løsning uavhengig av hvilken (ratifikasjons-) stat kontraktspartene kommer fra.²⁴ På den andre siden kan ulik tolkning av reglene forekomme som utslag av de forskjellige rettssystemene. En slik tolkning skal dog ikke skje, men det er heller uunngåelig at systemet fungerer 100% på denne måten fordi rettsanvenderne kun er mennesker. Dommere fra ulike rettstradisjoner vil nemlig ubevisst være farget av den nasjonale retten og nasjonalrettslig termer. Dette medfører så en fare for ulike løsninger på ellers like problemstillinger på tross av anvendelse av f.eks. *lex posterior*. En er derfor ikke sikret en universal løsning ved hjelp av CISG-reglementet alene. Det må imidlertid understrekes at CISG var en inspirasjon og forløper til endringen av den norske kjøpsloven i 1988.²⁵ Det kan da stilles spørsmål ved om det reelt sett er store forskjeller mellom regelverkernes virkning og tolkning fra et norsk perspektiv. I lys av dette gir departementets uttalelser bedre mening, men fremstår likevel noe unyansert.

Samtidig kan det likevel være grunn til å undersøke en eventuell rettslig intern kollisjon, da CISG-mekanismen (kontraktsprinsippet) ved første øyekast fremstår som påvirkningsfull overfor den rettsdogma som er innarbeidet i norsk rett om avtalebinding. Som Hagstrøm også skriver i sin bok om kjøpsrett,²⁶ så er CISG-systemet lovteknisk ganske ulikt den norske lovtradisjonen. Skillet har tilsynelatende liten betydning i de tilfeller hvor kontraktsforholdet *utelukkende* reguleres av CISG-reglene. Det er ganske innlysende at dersom forholdet uomtvistelig faller innunder CISG, så er det også disse reglene som i sin helhet skal anvendes.

²⁴ Såkalt autonom tolkning

²⁵ Jf. Ot.prp.nr.80 (1986-1987) bokstav B, pkt.2.2 og Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett*, 2.utgave Oslo 2015, på side 35

²⁶ Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett*, 2.utgave Oslo 2015, nederst på side 34, samt Jo Hov *Avtalebrudd og partsskifte Kontraksrett II*, 2.utgave, Oslo 2012, på side 29. Se også Erling Selvig & Kåre Lilleholt, *Kjøpsrett til studiebruk*, 4.utgave, Oslo 2010, nederst på side 42.

Dette støttes muligens i lex posterior-prinsippet, som gir forrang til nyere rettsregler.²⁷ En norsk kontraktspart kan dermed risikere å få seg en overraskelse ved anvendelsen av kontraktsprinsippet fremfor løfteprinsippet. Partene synes nemlig etter dette prinsippet å stå noe friere til å ombestemme seg enn hva man gjør etter det norske prinsippet. Det er da mottakers aksept som binder parten, og ombestemmelsesvinduet oppstår mellom mottakers kunnskap om tilbudet og vedkommendes aksept.

Paradokset er vel at CISG art.7 (2) åpner for å anvende nasjonal rett der verken konvensjonen eller dens grunnprinsipper strekker til:²⁸

*“(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law”.*²⁹

At sistnevnte prinsipper ikke får anvendelse vil være meget spesielt siden disse også er grunnleggende byggesteiner i den internasjonale kontraktsretten. Men dersom norsk rett kommer til anvendelse, risikerer man å anvende løfteprinsippet fremfor kontraktsprinsippet i en eventuell tvist om avtalebinding. Løfteprinsippet har lavere terskel for å binde partene, og det er spesielt løftegiver som da stilles i en noe svakere posisjon enn løftemottaker.

Styrkeforholdet partene imellom fremstår ikke lenger likeverdig. Sikkerhetsventilen man finner i kontraktsprinsippet om tilbakekall av tilbud vil forsvinne, og forhandlingsrammene kan bli noe mer utrygge under den norske standarden. Dette illustrerer viktigheten av å fastsette hvilke momenter som er vesentlige ved avtalebinding som kan skje på forhandlingsstadiet, da en norsk kontraktspart gjerne har for vane å anse seg bundet ved å fremsette et dispositivt utsagn.

²⁷ Om prinsippet: https://jusleksikon.no/wiki/Lex_posterior (02.05.17). Jf. også lex specialis.

²⁸ Se utdypning om dette i pkt.2.3 nedenfor

²⁹ Se CISG art.7(2) på CISG-hjemmesiden: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html> (13.03.17)

På den andre siden synes problemet forsøkt løst fra norsk side. Lov 31 mai 1918 nr.4 om avslutning av avtaler, fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) §9 a fastsetter nemlig at lovens kapittel 1 om avtaleslutning ikke får anvendelse på kjøpsavtaler som faller innunder kjøpsloven kap.XV– kapittelet om internasjonalt kjøp. I lovforarbeidene uttrykkes det eksplisitt at det er CISG del II som skal gjelde i internasjonale kjøp.³⁰ Dette representerer da en skranke for å anvende norsk nasjonal rett i de tilfeller CISG åpner for det. Man sitter da tilsynelatende igjen med de konvensjonelle grunnprinsippene,³¹ med mindre det finnes en åpning ved å anvende lex posterior-prinsippet eller lex specialis-prinsippet.³²

Førstnevnte prinsipp bør avfeies kort fordi avtaleloven §9 a ble opprettet samtidig med avgjørelsen om opphevelse av forbeholdet mot CISG del II.³³ Dermed fremstår reglene som like nye i norsk rett. Lex specialis-prinsippet kan imidlertid trumfe lex posterior-prinsippet fordi det ikke spiller noen rolle hvorvidt regelen er ny eller eldre. Det avgjørende her er nemlig at den spesialiserte regelen går foran den generelle regelen. I dette tilfellet kan det argumenteres for at avtaleloven §9 a er en spesialregel. Den stenger eksplisitt for å anvende avtalelovens regler om avtaleinngåelse på internasjonale kjøp. Videre er det klart at den ble spesielt opprettet med dette formålet for å skape et tydelig regelskille mellom internasjonale kjøp og nasjonale kjøp. CISG art.7(2) har en mer generell utforming ved å henvise til "(...) rules of private international law". Dermed peker det i retning av at avtaleloven §9 a har forrang etter lex specialis. Det er mulig prinsippet blir overflødig dersom man ser på avtaleloven §9 a som en type lovvalgsregel og problemet dermed løser seg selv, ved at det da utelukkende er CISG-reglene (kontraktsprinsippet) som gjelder. I lys av dette bør gjerne kontraktsprinsippet settes som veiledende standard på ulovfestet område.

2.2 Pre-kontraktuelle forpliktelser

Siden problemet ligger i gråsonen mellom uforpliktende forhandlinger og bindende kontrakt, er det naturlig å undersøke hvilke plikter som påhviler partene før kontraktsinngåelse.

³⁰ Se uttalelsen i forarbeidene i Prop.158 LS (2012-2013) på side 12:
<https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/prop-158-ls-201213> (02.05.17)

³¹ Jf. pkt.3.3 nedenfor

³² Om lex specialis: https://jusleksikon.no/wiki/Lex_specialis (02.05.17).

³³ Både ny avtalelov §9 a samt det å trekke reservasjonen mot CISG del II er behandlet i samme lovforarbeid og dermed samme prosess. Se videre Prop.158 LS (2012-2013):
<https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/prop-158-ls-201213> (02.05.17)

Forhandlinger er nemlig en pre-kontraktuell fase, og allerede i denne forberedelsen stilles det visse minimumskrav og forventninger til partenes opptreden. Kravene er naturlig nok ikke like strenge som ved ferdig inngått kontrakt, og er utviklet gjennom norsk rettspraksis.³⁴ Slike krav kan gi veiledning til hvor grensen skal trekkes mellom uforpliktende forhandlinger og bindende kontraktsforpliktelser. Uakseptabel opptreden i en slik situasjon bør heller ikke godtas på områder med mindre lovregulering. Norsk retts lojalitetsprinsipp utledet av avtaleloven § 33³⁵ er et eksempel på et slikt krav, som i tillegg omfatter lojal, rederlig³⁶ og klanderfri opptreden overfor motparten.³⁷

Nært beslektet med disse pre-kontraktuelle forpliktelsene ligger erstatningsansvar for at kontrakten ikke inngås etter forventningene og omstendighetene rundt. Det er dog en relativt høy terskel for å komme i slikt ansvar overfor en kontraktsmotpart, og man taler gjerne da om såkalt negativ kontraktsinteresse. Dette er et erstatningsprinsipp som bygger på at en part har opptrådt klanderverdig. Som hovedregel er partene selv ansvarlige for tap som oppstår som følge av egne forventninger til en kontrakt som likevel ikke kommer i stand. I norsk rett kommer dette til uttrykk i prinsippet om at risikoen ligger på partene selv, for deres egne forutsetninger jf. Rt.1981-1047.³⁸ At forhandlingsavbrudd i utgangspunktet ikke er ansvarsbetingende kan begrunnes i avtalefriheten jf. Rt.1984-624.³⁹ Prinsippet om negativ kontraktsinteresse⁴⁰ og erstatningsansvar er litt på siden av spørsmålet om forhandlingene har ført til avtalebinding. Likevel kan det ha noe verdi å undersøke dette nærmere, fordi det som sagt gir indikasjoner på grensedragningen mellom hvilke opptredener som godtas eller ikke godtas.

Spesielt dersom partene har nådd det såkalte ”point of no return”⁴¹ virker det mer betenkelig og urimelig dersom en part plutselig vil rive seg løs fra forhandlingene. Løsningen er da at

³⁴ Jf. bl.a. Rt.1998-761 (Kina-Hansen) på side 773 og Rt-1992-1110 (Stiansen/OBOS) på side 1115.

³⁵ Sml. CISG art.7 ”*observance of good faith*” jf. pkt.3.3.2 nedenfor

³⁶ Jf. også avtl.§36

³⁷ Jf. Lojalitetsprinsippet

³⁸ Jf. Jusinfo.no, avsnitt 8: <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/839/919/920> (03.05.17). Rt.1981-1047 (Tingholm) på side 1058

³⁹ Jf. uttalelser øverst på nettsiden Jusinfo.no: <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/839/919/920> (03.05.17). Se også Rt.1984-624 (Tromsø Kjøl) på side 628 hvor utgangspunktet ved forhandlinger er at partene står fritt til å trekke seg når som helst.

⁴⁰ Se pkt. 2.2 for innholdet av negativ kontraktsinteresse

⁴¹ Jf. pkt.3.2.1

parten må stå til ansvar for sine handlinger som mest sannsynlig påvirker motparten i negativ forstand. Utgifter i forbindelse med forhandlinger er en klar og påregnelig utgiftspost som kan kreves dekket gjennom den negative kontraktsinteresse.⁴² Forhandlinger på internasjonalt nivå omhandler ofte store verdier og komplekse kontraktsforhold. Dermed er forberedelsene gjerne av større karakter og økonomisk tyngre, spesielt dersom partene har leid inn sakkyndig bistand for å se over eller forme et godt tilbud. At en part da plutselig trekker seg kan da medføre store økonomiske konsekvenser for motparten og oppleves urimelig.

Det interessante er at prinsippet ikke finnes direkte i CISG-reglene, samtidig som konvensjonen ikke klart regulerer pre-kontraktuelle føringer. Det er likevel noe omdiskutert og uklart om negativ kontraktsinteresse likevel ligger implisitt i konvensjonen via dens grunnprinsipper, selv om en klar praksis på dette ikke kan vises til. Dette gjenspeiler i så måte tankegangen bak det tidligere nevnte kontraktsprinsippet,⁴³ som i større grad spiller på at en part kan ombestemme seg og trekke tilbake tilbud som motparten allerede har fått kunnskap om. Det harmonerer dårlig med den alminnelige rettsfølelse at man dypt inne i forhandlinger kan trekke seg uten ansvar. Med andre ord vil en slik løsning fremstå som urimelig, og det er neppe en tilnærming man ønsket at CISG skulle beskytte.

Som beskrevet nedenfor i pkt.3.3.2 finner man for eksempel i CISG art.7 (1) at ved konvensjonstolkning "(...) regard is to be had to (...) the observance of good faith in international trade". Tolkningalternativer som samsvarer med lojalitet og redelighet vektlegges altså her, men er ikke oppstilt som overstyrende. Det må likevel understrekes at CISG inneholder vidtrekkende formuleringer for å få til en dynamisk tolkning.⁴⁴ At man derfor ikke eksplisitt kan finne prinsippet om negativ kontraktsinteresse eller lignende erstatningsregler er dermed ikke ensbetydende med at det ikke kan innfortolkes. Redelighet ligger nemlig dypt forankret i kontraktsretten verden over, og kan spores tilbake til tanken om *pacta sunt servanda*.⁴⁵ Spesielt bør man ha i tankene det nevnte lojalitetsprinsippet som finnes

⁴² Jf. Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett*, 2.utgave, Oslo 2015, nederst på side 276. Se også om dette på jusinfo.no: <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/839/919/920> (03.05.17)

⁴³ Se pkt.1.4.3 for innholdet av kontraktsprinsippet

⁴⁴ Se om dette i Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett*, 2.utgave, Oslo 2015, øverst på side 26.

⁴⁵ Det anerkjente romerske prinsippet om at "avtaler skal holdes" jf. også NL 5-1-2 jf. også Woxholts beskrivelse i *Avtalerett i et nøtteskall*, 2.utgave, Oslo 2014, på side 16

i norsk rett. Tysk rett har imidlertid åpnet for lignende ansvar ved tilfeller av *culpa in contrahendo*⁴⁶ påhvilende den ene parten, selv om dette ble forkastet ved forslag om å innta det i CISG.⁴⁷ En slik tilnærming har fellestrekk med læren om negativ kontraktsinteresse, men inneholder et mildere ansvarsgrunnlag. Det forutsettes nemlig utvist uaktsomhet hos den parten som er ansvarlig for at motparten lider økonomisk tap ved ikke-inngåelse av kontrakten. At *culpa in contrahendo* eksplisitt ble utelukket fra CISG tilsier stor varsomhet med å anvende det på tilfeller regulert av konvensjonen. På den annen side er heller ikke forhandlinger direkte berørt av CISG, men de konvensjonelle grunnprinsippene utgjør likevel langt på vei gode retningslinjer. I tillegg ligger pre-kontraktuelle forpliktelser så nært opptil CISG sitt anvendelsesområde at det likevel er naturlig å ta det i betraktning gjennom konvensjonens grunnprinsipper. En slik tankegang argumenteres det også for i juridisk teori, hvor teoretikerne til og med oppstiller forslag til pre-kontraktuelle forpliktelser.⁴⁸ Pre-kontraktuelle forpliktelser kan dermed tjene som et noe svakere element i helhetsvurderingen av om forhandlingene har beveget seg over til juridisk bindende kontrakt.

2.3 Moderering av norsk retts tilbud- og aksept-modell

Som påpekt ovenfor i punkt 1.2⁴⁹ er det vanskeligere i en forhandlingssituasjon å skille mellom klare tilbud og aksepter. Det er nettopp dette som gjør forhandlingssituasjoner så komplekse å finne ut av, spesielt fordi det ofte ikke avtales hva som utgjør disposisjonskriteriene.⁵⁰ Bindingsspørsmålet forutsetter uansett at man undersøker reglene om tilbud og aksept også i en forhandlingssituasjon, nettopp fordi juridisk bindende virkning alltid vil være en forlengelse av den originale tilbud/aksept-modellen. Siden de klare linjene av tilbud og aksept viskes ut og flyter over i hverandre ved forhandlinger, er det også naturlig å fastsette andre normer eller retningslinjer for om partene har oppnådd juridisk bundethet via forhandlingene. Typisk for slike innledende forhandlingsrunder er at partene gjerne fremsetter forslag og løsninger på eventuelle kompromisser for å få til et samarbeid, og deretter en bindende kontrakt. På bakgrunn av dette er det naturlig at det oppstilles en høyere terskel for å bli bundet i en forhandlingssituasjon enn i et alminnelig og mer normalisert tilbud/aksept-

⁴⁶ Se også forklaring på jusleksikon.no: https://jusleksikon.no/wiki/Culpa_in_contrahendo (15.05.17)

⁴⁷ Se Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.utgave, Basel 2010, på side 248 pkt.55 jf. side 252 pkt.63 samt side 273 pkt.29.

⁴⁸ Jf. Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.utgave, Basel 2010, på side 248 pkt.56

⁴⁹ Se pkt.1.2 siste setning

⁵⁰ Jf. Geir Woxholt, *Avtalerett i et nøtteskall*, Oslo 2014, på side 65

forhold etter regelverket. Et eksempel på sistnevnte kan være kjøp av en motorvogn hvor selger mottar en aksept fra kjøper på salgsannonse, og slik inngår en juridisk bindende kjøpsavtale. Det er imidlertid viktig at terskelen ikke blir altfor høy, slik at partene risikerer å dele for mye (sensitiv) informasjon uten at avtale kommer i stand. Men dette er også en del av problemet, og bakgrunnen for at det ikke finnes noen klare lovregler om temaet. Ingen kontraktsforhold er nemlig like, og derfor bør flere tolkningsmomenter inngå i en helhetsvurdering av om bindende kontrakt er kommet i stand ved forhandlinger, selv om ferdige kontraktsdokumenter ikke ennå er signert.

3 Tolkningsmomenter for binding av forhandlingspartene

3.1 Generell tolkningsveiledning

Siden det ikke finnes noen klare rettsregler som direkte regulerer gråsonen mellom forhandlinger og bindende juridisk avtale har man både i norsk og internasjonal rett vært nødt til å utvikle retningslinjer gjennom rettspraksis og via generelle rettslige prinsipper.

Begrunnelsen for manglende rettsregler på dette området er rett og slett det faktum at kontraktsrett i stor grad bygger på prinsippet om avtalefrihet⁵¹ og formfrihet. Dette innebærer at kontraktspartene har stor frihet til å inngå avtaler på ønsket fremgangsmåte – noe som igjen bærer i tanken om ethvert menneskes private autonomi.⁵² En annen side av saken er at det ikke finnes noen mal på hvordan forhandlinger skal eller bør gjennomføres. Det ville også være seg vanskelig å utforme en slik oppskrift i form av lovregler fordi ulikhetene spenner så vidt, spesielt på et internasjonalt nivå. Det er nemlig større individuelle forskjeller hva angår bransjenormer, partsrelasjoner samt viktigheten og arten av kontraktsobjektet.

Noe hjelp er det å finne i CISG art. 7, og regelen oppstiller veiledning for å tolke både konvensjonsbestemmelsene (første ledd), og andre spørsmål i tilknytning til konvensjonen men som den ikke direkte løser (andre ledd). Det er også skrevet om dette i juridisk litteratur,⁵³ blant annet i boken ”CISG Methodology”⁵⁴ hvor André Janssen og Sörren Claas

⁵¹ Jf. Erling Selvig & Kåre Lilleholt, *Kjøpsrett til studiebruk*, 4.utgave, Oslo 2010, medio side 43 jf. også Ragnar Knoph, *Knops oversikt over Norges rett*, 14.utgave, Oslo 2014, på side 217.

⁵² Jf. pkt.3.3.1

⁵³ Bl.a. Se Ingeborg Schwenzler, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.utgave, Basel 2010, på side 122 pkt.6, samt Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett*, 2.utgave, Oslo 2015, på side 26.

⁵⁴ André Janssen & Olaf Meyer i *CISG Methodology*, München 2009

Kiene synes å mene at art.7 (2) er fundamentalt avgjørende for tolkningen av CISG.⁵⁵ I sin helhet lyder art. 7 som følger:

”1. In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

2. Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressively settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law”.

Fordi forhandlinger og gråsonen frem mot binding ikke direkte reguleres av CISG, er det først og fremst andre ledd som er interessant. Her regelfester altså konvensjonen at hvert enkelt forhold alltid bør tolkes i lys av de konvensjonelle grunnprinsippene,⁵⁶ med mindre andre regler gir klare svar. Disse grunnprinsippene finner man igjen i konvensjonens fortale (”preamble”). De går bl.a. ut på å fremme internasjonalt kjøpsamarbeid og dermed eliminere forhold som setter skranker for utviklingen. I tillegg er likhet og like profiteringsmuligheter viktig, sammen med vennligsinnede relasjoner medlemsstatene seg imellom.⁵⁷ Det må imidlertid presiseres at disse grunnprinsippene kun er anvendelige så lenge det er tale om forhold som går innunder konvensjonen (jf. ovenfor: ”matters governed by the Convention”) og som samtidig ikke eksplisitt er løst i konvensjonsteksten (jf. ovenfor: ”which are not expressively settled in it”). Det er nemlig en slik situasjon vi står overfor når det er tale om bindingsspørsmålet som oppstår i gråsonen mellom forhandlinger og avtale.

⁵⁵ Se Janssen & Meyer i ”CISG Methodology”, 2009 på side 261 og 265

⁵⁶ Se nærmere om grunnprinsippene i pkt.3.3 nedenfor

⁵⁷ Se original engelsk tekst for fortalen til CISG i Fauchal & Tuseth “Global and Regional Treaties”, 2012: “(...) Considering that the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States, Being of the opinion that the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal systems would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade (...)”.

Janssen og Kiene synes å gå langt i sine uttalelser da de tolker CISG art.7 dit hen at regelen stenger for bruk av konvensjonens prinsipper til fordel for utfylling med internasjonal privatrett, dersom forholdet ligger klart utenfor konvensjonens område.⁵⁸ På den ene siden kan jeg forstå hvor de vil med uttalelsene, da CISG fremstår lite pragmatisk. I tillegg er det dårlig juridisk metode å innfortolke ett eller annet prinsipp og samtidig anvende det på et forhold som ikke en gang reguleres av nevnte regelverk. På den andre siden er dette kanskje en vel stringent tolkning, da man i et internasjonalt perspektiv ofte har lagt de samme verdier og grunnprinsipper til grunn for de ulike regelverkene. I tillegg er det holdepunkter for at CISG laget for en dynamisk og skjønnspreget tolkning⁵⁹ som skal følge rettsutviklingen. Nettopp i slike regelverk bør man heller ikke være for streng så lenge prinsippene har gode argumenter for seg. Selv om forhandlinger og grensedragningen mellom dem og avtalebinding ikke eksplisitt reguleres av CISG, så vil jeg påstå at det likevel er innenfor rekkevidde fordi det er et tema som ligger såpass nært avtalebinding i sin mer rene og klart avgrensede form.

3.2 Andre internasjonale instrumenter

På bakgrunn av dette kan det argumenteres for at det er på det rene å se til andre likeartede internasjonale instrumenter i de tilfellene hvor CISG ikke direkte gir et svar jf. blant annet CISG art.7. Det må imidlertid utøves varsomhet ved bruk av andre konvensjoner eller regler som rettskilder, da det ikke er uten grunn at regelsettene er opprettet uavhengige av hverandre. De kan tjene som gode tolkningsveiledere i tilfeller der verken CISG eller dens grunnprinsipper løser problemet.⁶⁰ Det er da imidlertid viktig at man ikke trekker det for langt slik at man risikerer å tolke "utenforstående" regler inn i CISG-regelverket på en (altfor) utvidende måte. Flere internasjonale handelskonvensjoner og -regelsett bygger nemlig på like grunntanker, som for eksempel tanken om at det er godtatt å fylle ut regelverkene med andre lignende rettslige instrumenter av internasjonal karakter.⁶¹

⁵⁸ Se André Janssen & Olaf Meyer, *CISG Methodology*, München 2009, øverst på side 267.

⁵⁹ Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett*, 2.utgave, Oslo, 2015 på side 26.

⁶⁰ Jf. Ragnar Knoph, "Knops oversikt over Norges rett", 14.utgave Oslo 2014, nederst på side 214, samt Ingeborg Schwenzer *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.utgave, Basel 2010, på side 139 pkt.36

⁶¹ Jf. André Janssen & Olaf Meyer, *CISG Methodology*, München 2009, øverst på side 263 hvor det beskrives at en nærmest identisk regel om dette finnes både i CISG art.2, UNIDROIT Principles art.1.6(2), PECL 1:106(2) samt DCFR 1.-1:102(4).

3.2.1 UNIDROIT Principles 2016

Eksempel på et slikt instrument er UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 (heretter UNIDROIT Principles). Også her er både Norge, Danmark og Tyskland er medlemsstater.⁶² Dette er en samling generelle regler spesifikt for internasjonale kommersielle kontrakter. Dog må det pekes på at disse prinsippene, formelt sett, bare kan gjøres gjeldende med juridisk virkning dersom kontraktspartene har gitt klart uttrykk for det ved kontraktinngåelsen. Alt dette er fastsatt i UNIDROITs fortale (jf. ”preamble”).⁶³ På en annen side må man også ta helheten i betraktning. Tankegangen bak regelverket er nemlig ikke så ulik de bakenforliggende tankene for CISG og andre internasjonale kontraktsrettslige regelverk. Dessuten står det også i den nevnte fortalen at regelverket kan anvendes dersom partene er enige i at kontraktsforholdet skal reguleres av *generelle* rettslige prinsipper. I tillegg åpnes det for å anvende prinsippene ved tolkning eller utfylling av andre likeartede juridiske instrumenter.⁶⁴ Hele forhandlingssituasjonen og den ulne gråsonen mellom den og bindende kontrakt, gjør det uansett ikke voldsomt betenkelig å trekke linjer herfra. UNIDROIT Principles setter på ingen måte skranker for en slik tankegang, samtidig som CISGs fortale også taler for en slik løsning.⁶⁵

3.2.2 PECL

Et annet internasjonalt instrument som kan være interessant å trekke paralleller mot, er Principles of European Contract Law (PECL). Dette er en modellov for europeisk kontraktsrett utarbeidet av Landokommisjonen.⁶⁶ I likhet med UNIDROIT Principles uttrykker PECL art.1:101 (2) at regelverket primært bare kommer til anvendelse dersom partene har avtalt at det skal legges til grunn for kontraktsforholdet. Det er også viktig å presisere at PECL hovedsakelig har sitt anvendelsesområde i Europa, som medfører at den har mindre vekt som universell internasjonal rettskildedefaktor enn hva tilfellet er for UNIDROIT

⁶² Se UNIDROITs hjemmeside for full liste over medlemsstater: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership> (01.04.17)

⁶³ UNIDROIT fortale: “(...) These Principles set forth general rules for international commercial contracts. They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. (...) They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like. They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract. They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. They may be used to interpret or supplement domestic law. They may serve as a model for national and international legislators”.

Hentet fra [www.unidroit.org: http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/418-preamble/862-preamble-purpose-of-the-principles](http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/418-preamble/862-preamble-purpose-of-the-principles) (01.05.17)

⁶⁴ Se fortalen (preamble) i original tekst her: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/418-preamble/862-preamble-purpose-of-the-principles> (01.04.17)

⁶⁵ Jf. pkt.3.1 jf. fotnote 56

⁶⁶ Commission of European Contract Law

Principles. Men i likhet med UNIDROITs fortale, åpner imidlertid PECL art.1:101(4)⁶⁷ for at regelverket kan tjene som et fyllingsverktøy for rettslige problemer som ikke direkte løses av gjeldende regelverk. I tillegg kan regelverket, i likhet med UNIDROIT Principles,⁶⁸ tjene som rettsgrunnlag så lenge partene er enige om at generelle rettslige prinsipper ligger til grunn for avtaleforholdet jf. PECL art.1:101 (3). Relevansen er dermed likevel godt til stede, spesielt når en undersøkelse av regelverkene viser at CISG var en forløper til både PECL og UNIDROIT Principles.⁶⁹ Slutninger fra disse bør derfor langt på vei godkjennes som relevante rettskildefaktorer og tolkningsveiledning.

3.3 CISG og dens grunnprinsipper

I tilfeller som faller innunder CISGs virkeområde men konvensjonen ikke gir direkte svar, kan man fylle ut med dens underliggende grunnprinsipper jf. CISG art. 7(2). Disse grunnleggende prinsippene kan tjene som en verdifull tolkningsveiledning for gråsonen mellom uforpliktende forhandlinger og juridisk bindende avtale. Bakgrunnen for en slik argumentasjon er at prinsippene langt på vei bygger på alminnelige anerkjente kjøpsrettslige prinsipper verden over.⁷⁰ En annen viktig faktor er at CISG ble opprettet i en tid (1980-årene) hvor elektronisk kommunikasjon ikke var en del av hverdagen på lik linje med dagens teknologi. En dynamisk tolkning er derfor nødvendig, men dog i lys av de samme prinsippene og hensynene som ligger til grunn for hele konvensjonen.⁷¹ Gjennom flere konvensjonsbestemmelser kan det utledes flere grunnleggende prinsipper, men her skal det kun fokuseres på de viktigste grunnprinsippene som er relevante å anvende når tema er forhandlinger og binding.

3.3.1 Partenes autonomi

Prinsippet om partsautonomi finnes i CISG art.6,⁷² som gir kontraktspartene rett til selv å velge hvilket regelverk som skal ligge til grunn for kontraktsforholdet. Det betyr at partenes

⁶⁷ PECL online: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/textef.html#a1101> (01.05.17)

⁶⁸ Se UNIDROITs fortale jf. pkt.3.2.1 ovenfor

⁶⁹ Se André Janssen & Olaf Meyer, *CISG Methodology*, München 2009, øverst på side 288.

⁷⁰ Jf. André Janssen & Olaf Meyer, *CISG Methodology*, München 2009 øverst på side 263.

⁷¹ Jf. Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.utgave, Basel 2010, øverst på side 135 pkt.30

⁷² Jf. uttalelsen av CISG Advisory Council her: <http://www.cisgac.com/cisgac-opinion-no16/> (01.04.17)

kontrakt ved kollisjon går foran CISG, med unntak av spesielle tilfeller.⁷³ Dette kan sammenlignes med prinsippet i den norske kjøpsloven §3.⁷⁴ I juridisk teori anføres det også at prinsippet har forrang over de andre grunnprinsippene, og at det er svært anerkjent.⁷⁵ Partenes private autonomi er nært beslektet til dette. Det går ut på at enhver person har frihet til selv å velge om vedkommende ønsker å inngå en avtale samt sette rammene for dens innhold (avtalefrihet). Lignende regler om dette finnes også i PECL art.1:102 og UNIDROIT art.1.1 jf. art.1.5.

I nær sammenheng med dette finnes regler om tilbakekall av tilbud i CISG art.16, UNIDROIT Principles art. 2.1.4 samt PECL art. 2:202. Disse reglene kan ses som utslag av partenes autonomi samtidig som det bygger på kontraktsprinsippet, fordi adgangen til ombestemmelse er stor.⁷⁶ Reglene stadfester at et tilbud kan trekkes tilbake når som helst frem til bindende kontrakt har kommet i stand, og er ordrett identisk i alle tre regelsettene:

*“(...) An offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before it has dispatched its acceptance (...)”.*⁷⁷

Hensynet til partenes autonomi utgjør dermed en viktig retningslinje i alle tre regelsettene, og har dermed overføringsverdi til lovfattig område. Det er da også viktig å understreke at partene selv velger å inngå forhandlinger, gjerne med kunnskap om at rammene ofte er uklare. De har selv satt seg i en slik gråsoner, og dette momentet alene tilsier at terskelen for utradisjonell binding gjennom forhandlinger bør være høy. Sammenholdt med andre tolkningsmomenter kan terskelen gjerne modereres noe, spesielt om den ene parten har opptrådt uredelig, men da beveger vi oss fort over på et annet område. Det er likevel innatt føringer om dette i de ovenfor nevnte tilbakekallingsreglene, hvor det oppstilles unntak for

⁷³ Se unntaket i CISG art.12 jf. Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.utgave, Basel 2010, øverst på side 136 pkt.32

⁷⁴ Lov 13 mai 1988 nr.27 om kjøp §3

⁷⁵ Se Erling Selvig & Kåre Lilleholt, *Kjøpsrett til studiebruk*, 4.utgave Oslo 2010, medio side 4, samt André Janssen & Olaf Meyer, *CISG Methodology*, München 2009, om dette med henvisninger nederst på side 271-272

⁷⁶ Jf. pkt.1.4.3

⁷⁷ Jf. bla. UNIDROIT Principles art. 2.1.4:

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> (01.05.17) på side 38, hvor det også stadfestes at regelen bygger direkte på CISG art.16.

når tilbakekall kan skje. Disse unntakene bygger nemlig på rimelighet, så veldig langt unna tema beveger vi oss ikke. Det uttrykkes nemlig i CISG art.16 (2) at et tilbud er ugjenkallelig “(...)if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or (...) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer”.

Også her er ordlyden identisk i alle tre regelsettene, og rettskildeverdien bør derfor være tung. Her er det glidende overganger til lojalitets- og redelighetsprinsippet som vil utdypes nedenfor i punkt 3.3.2. Unntaksreglene sier noe om hva som er akseptabel opptreden partene imellom, og kan derfor indikere et slags ”point of no return”. Dette et snedig begrep for tidspunktet partene har kommet for langt i forhandlingene til at de kan trekke seg fra dem uten nevneverdig betydning. Begrepet forklarer det vanskelige på en god måte, men det finnes ikke noen direkte oversettelse til norsk. Det nærmeste er nok grenseoverskridelse; at partene har investert så mye tid og ressurser i forhandlingene slik at partene gjerne har begynt å innrette seg etter den kommende kontraktsinngåelsen. En vurdering av om partene har nådd ”point of no return” kan dermed tjene som en tolkningsveileder for å avgjøre binding.

3.3.2 Lojalitet og rimelighet

Prinsippet om lojalitet og redelighet ligger implisitt i CISG art.7(1) jf. uttrykket ”observance of good faith”. Etter ordlyden er dette kun anvendelig ved konvensjonstolkning alene, men det har likevel blitt anvendt som et generelt prinsipp både ved tolkning og utfylling av CISG.⁷⁸ I tillegg anerkjennes det som et generelt internasjonalt kontraktsrettslig prinsipp, og er å finne i flere internasjonale regelverk.⁷⁹ I UNIDROIT Principles art.7.1 står det at “(...) *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade (...)*”. I tillegg står det i art.6.1 at reglene må tolkes i lys av formålet med dem. I kommentarene til regelen uttales det så at hele regelsettet bygger på hensynet til lojalitet, redelighet og rimelighet.⁸⁰ Et

⁷⁸ Se André Janssen & Olaf Meyer, *CISG Methodology*, München 2009, på side 272, samt Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett*, 2.utgave Oslo 2015, nederst på side 27. Se også uttalelsen i avgjørelsen fra Nederland (17.juli 1997), om at prinsippet gjelder generelt: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=355&step=Abstract> (07.04.17)

⁷⁹ Jf. bl.a. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 art.2 a (1) og UNIDROIT Convention on Agency in the International Sale of Goods art.6(1).

⁸⁰ UNIDROIT Principles 2016, kommentar nr.3 på side 16 (66): “(...) See further Article 1.7 which, although addressed to the parties, may also be seen as an expression of the underlying purpose of the Principles as such to

slikt lojalitetshensyn er også inntatt flere steder i PECL, og i art. 1:106 står det at ”*These Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing, certainty in contractual relationships and uniformity of application*”.⁸¹ I tillegg proklameres det i PECL art.1:102, gjennom en innskrenkning av formfrihetsprinsippet.⁸² Til sist er det inntatt i PECL art. 5:102 bokstav g) som en relevant tolkningsfaktor ved avtaletolkning. Dette viser at ”good faith”-prinsippet er et vesentlig og viktig formål med alle de tre internasjonale kontraktrettslige regelverkene. Dette gir både tyngde og relevans til prinsippet som rettskildefaktor, og overføringsverdien til tilfeller utenfor regelsettene kan derfor anses som stor.

På den andre siden foreligger det uenigheter om prinsippet fordi det er nokså komplekst.⁸³ På grunn av sin vage og vidtrekkende formulering egner det til å romme forskjellige aspekter og kan bestå av mange ulike komponenter. Innholdet fremstår derfor noe ullent og subjektivt, og i fare for ulike tolkninger i ulike rettssystem.⁸⁴ Det er for eksempel ikke utenkelig at hva som er rimelig i et Common Law-land, skiller seg fra rimelighetsstandarden i et Civil Law-land. Hovedsakelig går prinsippet ut på at partene skal opptre rederlig og lojalt overfor hverandre, samtidig som partene skal kunne stole på gitt informasjon og yte godt samarbeid. I tysk rett finnes eksempler på at det ikke er i tråd med ”good faith” å utelate fremleggelse av standardvilkår overfor motparten.⁸⁵ Med andre ord fester prinsippet rettigheter og plikter partene imellom. Rimelighet, redelighet og lojalitet går hånd i hånd i alle kontraktsforhold, og legger således normative føringer for kontraktspartenes handlemåte.⁸⁶ ”Good faith”-prinsippet kan sammenlignes med norsk retts alminnelige lojalitetsprinsipp.⁸⁷

promote the observance of good faith and fair dealing in contractual relations”. Se uttalelsen her: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> (16.05.17)

⁸¹ Jf. PECL online: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/textef.html#a5103> (14.05.17)

⁸² Jf. ordlyden i PECL art. 1: 102: “(...) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing (...)”.

⁸³ Jf. Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.utgave, Basel 2010, på side 122 pkt.6

⁸⁴ Jf. André Janssen & Olaf Meyer, *CISG Methodology*, München 2009, side 133 om ulikheter mellom bl.a. Tyskland og Frankrike

⁸⁵ Jf. Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.utgave, Basel 2010, på side 128 pkt.17.

⁸⁶ Jf. Ragnar Knoph, *Knophs oversikt over Norges rett*, 14.utgave, Oslo 2014, nederst på side 262.

⁸⁷ Jf. pkt.2.2 og 3.3.2 jf. André Janssen & Olaf Meyer, *CISG Methodology*, München 2009, nederst på side 148. Sml. “common law”

Et annet utslag av rimelighet er hensynet til styrkeforholdet partene imellom. Den overlegne parten har som oftest større tilgang både til ressurser og hjelpeapparat, som sørger for at parten er oppdatert på gjeldende regelverk. Ofte når man har å gjøre med styrkeforholdet mellom to kontraktsparter, tenker man gjerne på en næringsdrivende mot en forbrukerkjøper. Førstnevnte oppstilles da, av naturlige årsaker, som den sterkeste parten i kontraktsforholdet. Vurderingen som skal gjøres her gjelder imidlertid parter hvor begge sider består av næringsdrivende. Det er dog ikke synonymt med at begge parter er like sterke. Det kan for eksempel dreie seg om en mindre bedrift som vil inn på et bestemt marked, og hvor motparten er et velrenommert firma med stor innflytelse. I slike tilfeller vil det som oftest være et større aktsomhetskrav til den sterkeste bedriften (kontraktsparten), med tanke på å fremsette eventuelle tilbud og aksepter. De samme pliktene og rettighetene hviler riktignok på hver enkelt bedrift, men det mindre firmaet bør ha større ”slingsringsmonn” og dermed høyere terskel for å bli bundet av sine utsagn. Etter mitt syn er det gode grunner for at en rimelighetsvurdering medfører en mildere vurdering av hvorvidt den svake kontraktspartens opptreden er dispositiv eller ikke. Dette illustrerer hvor fremtredende lojalitet og rimelighet er ved flere sider av kontraktsforholdet, og taler langt på vei for en bred anvendelse av ”good faith”-prinsippet. Det er likevel ikke slik at et slikt lojalitetsprinsipp går foran urimelige avtaler. Det bør nemlig pekes på at partenes autonomi sammenholdt med formfrihetsprinsippet, medfører adgang til å inngå dårlige avtaler. I norsk rett er det i hvert fall ikke ulovlig å inngå dårlige avtaler, med mindre det er tale om tilfeller som rammes av avtaleloven §§ 33 eller 36.

3.3.3 Formfrihet

Et generelt prinsipp om formfrihet finnes i CISG art.11:⁸⁸

“A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.”

Lignende regler finnes både i UNIDROIT Principles art. 1.2 og PECL art. 2:101 (2), hvor sistnevnte nærmest er en ordrett gjengivelse av CISG.⁸⁹ I norsk rett utledes prinsippet av

⁸⁸ Jf. Schwenzler “Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”, 3.utgave øverst på side 136 pkt.31

Kong Christian Den Femtis Norske Lov.⁹⁰ Formfrihet må ses i sammenheng med prinsippet om partsautonomi, og innebærer at partene ikke må forholde seg til formkrav for utforming av kontrakten. Det er opp til partene selv å fastsette kontraktsvilkårene, slik at avtale kan inngås muntlig, ved håndtrykk eller ved andre disposisjonskriterier partene ønsker. Dette er av interesse fordi det gir nokså vide rammer for kontraktsinnholdet – noe som medfører et videre utgangspunkt for tolkningen av når forhandlinger er gått over til bindende kontrakt. Ut i fra dette finnes det ikke klare rammer for hva en kontrakt må inneholde for å anses som en gyldig avtale. Samtidig finnes det heller ikke rammer for hvor mye av avtalens innhold som må være på plass for at man beveger seg fra uforpliktende forhandlinger og nærmere binding. Formfrihetsprinsippet er derfor en viktig rettskildefaktor som medfører en høyere terskel for at avtalebinding konstateres.

3.3.3.1 Signatur

Det aller første man gjerne tenker på når spørsmålet dreier seg om avtalebinding, er om partene har signert et avtaledokument. Dette vil da være en meget sterk indikasjon på at juridisk bindende avtale er kommet i stand og problemet kan løses tilsynelatende kjapt. Formfrihetsprinsippet medfører imidlertid at det ikke er så enkelt, da en muntlig avtale er like juridisk bindende som en skriftlig.⁹¹

I norsk rett har Høyesterett avsagt flere dommer⁹² som gir uttrykk for at signatur ikke alltid er nok eller det springende punkt for å konstatere at partene er bundet til kontrakten og dens forpliktelser. Dette støtter Woxholt oppunder i sin nøtteskallbok om avtalerett, hvor han oppstiller en hovedregel om at det avgjørende for avtalebinding her er når partene er enige om avtalens hovedpunkter.⁹³ Det fremstår ganske drastisk å forkaste signaturens verdi på denne måten, og en slik holdning vil i verste fall medføre et krasj av den moderne kontraktsretten.

⁸⁹ Jf. UNIDROIT Principles art.1.2: “Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses”. Jf. PECL art. 2:101 (2): “A contract need not be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses.”

⁹⁰ Jf. NL 5-1-1:”En hver er pliktig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl lovet og ingaaet haver”

⁹¹ Jf. Geir Woxholt, *Avtalerett i et nøtteskall*, 2.utgave, Oslo 2014, nederst på side 19

⁹² Jf. uttalelsene i Rt.1998-946 (Vinagentur) på side 958 og i Rt.2011-410 (Optimogården) som viderefører tankegangen Se også Rt.2006-1585 (Mæle)

⁹³ Se Geir Woxholth om dette i *Avtalerett i et nøtteskall*, 2.utgave, Oslo 2014, på side 66.

For selv om *avtaler skal holdes*,⁹⁴ så er ikke ordveksling nok i dagens kyniske samfunn hvor profitt og omsetning er av høy prioritet. Bevismessig er det også vanskelig å påtvinge en part forpliktelser etter en muntlig avtale, da det gjerne blir ord mot ord med mindre man har andre tydelige holdepunkter for at avtale faktisk ble inngått. På bakgrunn av dette bør det trekkes slutninger om at signatur er et viktig tolkningsmoment som absolutt veier tungt i totalvurderingen av om forhandlingene er gått over til bindende juridisk avtale.

Lignende tankegang som Woxholts finnes imidlertid i CISG art.11 hvor det uttrykkes at en signert kontrakt ikke er nok i seg selv til å konstatere at avtalebinding har funnet sted. En slik tankegang bygger på formfrihetsprinsippet⁹⁵ som går ut på at partene står fritt til selv å velge hvordan de ønsker å forme avtalens materielle innhold, såfremt dette også samsvarer med preseptorisk lovgivning på rettsområdet. En slik frihet er viktig for god flyt i omsetningslivet, og ved forhandlinger kan enighet om avtale gjerne foreligge før avtaledokumentene er klargjort til signering. Et absolutt krav om partenes signaturer ville gjort prosessene mer tungvint, samtidig som det ville gitt en videre adgang for en part til å trekke seg fra avtalen på uredelig vis. Et eksempel på dette er at partene tar hverandre i hånden etter endte forhandlinger for å symbolisere at avtale er kommet i stand. Mellom håndtrykket og prosessen med å opprette de ferdige avtaledokumentene til signering, så trekker den ene parten seg og nekter å signere. Dette illustrerer hvor lite nyttig et slikt signaturpåbud ville vært.

Selv om formfrihetsprinsippet råder under CISG,⁹⁶ vil jeg argumentere for at partenes signaturer på et avtaledokument likevel i stor grad egner til å styrke en påstand om at bindende avtale er kommet i stand. Å signere et dokument er en aktiv handling som tyder på konkludent atferd i retning av vilje til å binde seg. En signatur er med andre ord en meget tydelig viljeserklæring hvor man *bekrefter* at man er kommet til enighet i det som beskrives i det aktuelle dokument man signerer på. Andre elementer som kan trumfe signatur vil måtte være meget tungtveiende viljeserklæringer. Selvfølgelig vil avtl.§36-tilfeller falle utenom, da hele avtalen kjennes ugyldig. Nettopp fordi partene har denne friheten så bør de tenke seg godt om før en eventuell underskrift nedtegnes. Partene har nemlig da hatt mulighet til å tenke

⁹⁴ ”Pacta sunt servanda” jf. også NL 5-1-2 jf. også Geir Woxholts beskrivelse i *Avtalerett i et nøtteskall*, 2.utgave, Oslo 2014, på side 16

⁹⁵ Jf. Geir Woxholth, *Avtalerett i et nøtteskall*, 2.utgave, Oslo 2014, på side 18.

⁹⁶ Jf. pkt.3.3.3

seg om, fremfor å ”kaste” ut forslag i et forhandlingsrom som senere oppfattes som et dispositivt utsagn. Her er det en viktig forskjell, og dermed er det betenkeligheter ved å nedgradere signaturen på denne måten.

3.3.3.2 Pris

At prisen er fastsatt er i og for seg en sterk indikasjon på at partene har kommet langt i prosessen. På den andre siden kan scenarioet være at pris nettopp er det siste og avgjørende elementet i kontrakten, og at forhandlingene stort sett dreier seg rundt dette. Da kommer helhetsvurderingen inn i bildet og medfører at prisen ikke er like avgjørende som den kunne vært – selv om den utgjør et vesentlig tolkningsmoment. Denne linjen følges i norsk rett, og i tilfeller uten avtalt pris kan man anvende lovregler om såkalt ”gjengs pris” i for eksempel kjøpsloven § 45 og håndverkertjenesteloven § 32.

Tilsvarende regel finnes i CISG art.55, men denne gjelder kun i tilfeller ”Where a contract has been validly concluded (...)”. Dette betyr at det ikke er umulig å anse kjøpsavtale for inngått selv om et vesentlig moment som pris likevel ikke er avtalt. Det kan imidlertid være vanskelig å fastslå om avtalebinding har skjedd uten avtalt pris fordi det ”(...) i mange tilfelle ikke [vil] foreligge tilstrekkelige holdepunkter for å anse kjøpet inngått”.⁹⁷ Som nevnt tidligere kan nettopp selve prisen inngå som et element i vurderingen om det er fremsatt et ”tilstrekkelig presist” tilbud etter CISG art.14.⁹⁸ Foreligger ikke dette vil heller ikke vilkåret være oppfylt, og man står da ovenfor noe som ikke er et ”tilbud” etter CISG. Dette kan sammenlignes med det man i norsk rett vurderer som at det er oppnådd ”tilstrekkelig enighet” partene imellom. Det bør imidlertid presiseres at prinsippet om ”gjengs pris” hovedsakelig gjelder for standardiserte ytelser.⁹⁹ Overføringsverdien til ulovfestet rettsområde er derfor noe begrenset.

3.4 ”Tilbud” under CISG

Hva som er et tilbud i juridisk forstand etter CISG-reglene oppstilles som to kumulative vilkår i konvensjonens art.14 (1) som lyder:

⁹⁷ Jf. uttalelsen i Ot.prp.nr.80 (1986-1987) medio side 99:

https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/otprp-80-198687/* (03.05.17)

⁹⁸ Mer om dette og vilkåret i pkt. 3.4.1 jf. ”sufficiently definite”

⁹⁹ Se også Geir Woxholth, *Avtalerett i et nøtteskall*, 2.utgave, Oslo 2014, på side 65.

”A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is *sufficiently definite* and indicates *the intention of the offeror* to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price”.

3.4.1 Vilkåret om “tilstrekkelig presist”

For det første må altså det fremsatte forslaget være ”sufficiently definite”, eller på norsk; tilstrekkelig presist.¹⁰⁰ For det andre må tilbudet gi indikasjoner på løftegiverens intensjoner om å bli bundet ved en eventuell aksept fra løftemottakeren. Konvensjonsteksten er ganske detaljert og tydelig – noe som gjerne kan tolkes dit hen at man fremdeles befinner seg på forhandlingsstadiet i de tilfeller vilkårene for avtalebinding her ikke er oppfylt. Hadde det vært så enkelt, hadde det nok vært laget regler om det. Konvensjonen stiller altså visse innholdskrav til hva som er et ”tilbud” i juridisk forstand. I andre punktum utpenses innholdet av termen ”sufficiently definite”. Her fremgår at tilbudet må angi produktet, samtidig som det enten eksplisitt eller implisitt direkte angir eller gir retningslinjer for å angi mengde og pris.¹⁰¹ Disse to kriteriene fremstår som kumulative undervilkår for å slå fast om tilbudet er ”sufficiently definite”.

At produktet bør angis er nok ganske åpenbart, ellers har man vel ikke så mye å basere bindingsspørsmålet på ved en eventuell tvist. Mengde og pris er tilsynelatende også ganske viktige, men at det er nok med retningslinjer for å angi disse verdiene åpner for et mer skjønnsmessig vurderingstema. I norsk rett er Høyesterett inne på en lignende tankegang når det gjelder forhandlinger og avtaler som blir til etter hvert. Ofte er det springende punktet da om partene har oppnådd ”tilstrekkelig enighet”.¹⁰² En lignende regel er inntatt i PECL art. 2:103. Om hovedelementene av kontraktsforholdet kan redegjøres for, er det altså større sannsynlighet for at bindende kontrakt må anses for å ha kommet i stand, selv i mangel av et ferdig kontraktsdokument.¹⁰³ Hva som utgjør disse hovedelementene kan variere fra kontraktsforhold til kontraktsforhold, men noen elementer finner man likevel igjen i de fleste

¹⁰⁰ Sml. norsk oversettelse i kjøpsloven.

¹⁰¹ Se CISG art.14 (1) andre ledd i Fauchal & Tuseth “Global and Regional Treaties”, 2012:

“(…) A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.” Sml. PECL art. 2:201 b).

¹⁰² Se Geir Woxholts uttalelse i *Avtalerett i et nøtteskall*, 2.utgave, Oslo 2014, på side 64.

¹⁰³ Se Woxholt, *Avtalerett i et nøtteskall*, 2.utgave, Oslo 2014, på side 66.

kontrakter. For i tillegg til pris¹⁰⁴ og mengde kan dette også omfatte partenes tidligere samarbeid, avtalens art og verdi, samt partenes profesjonalitet.¹⁰⁵ Disse momentene er også inntatt i UNIDROIT Principles art.4.3.

3.4.2 Vilkåret om løftegivers intensjon

Det andre hovedvilkåret i CISG art.14 (2) er løftegivers intensjon.¹⁰⁶ Regelen uttrykker at dersom en part fremsetter et forslag til en ubestemt mottaker, skal det kun anses som en *invitasjon* til å komme med et tilbud med mindre forslagsfremmerens intensjon klargjøres å være en annen. Ordlyden setter en relativ høy terskel. Det må altså være helt klare indikasjoner at vedkommende faktisk mente å fremsette et bindende tilbud, jf. ”(...) indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance(...)”.¹⁰⁷ Det kan for eksempel være at løftegiver selv uttrykker at det er ment som et tilbud i rettslig forstand. Isolert sett fremstår regelen derfor som en slags sikkerhetsventil for en tilbyder som ikke selv mener å avgi et dispositivt utsagn, og slik sett fremmer regelen forhandlinger. Det er imidlertid uttalt at den objektive betydningen av partens fremsatte utsagn er styrende for vurderingen.¹⁰⁸ Ser man på CISG som en helhet, kommer man også over flere andre regler som ved første øyekast synes å stride imot den nevnte regelen, bl.a. CISG art.8 og 9.¹⁰⁹ Dette kan sammenlignes med norsk retts subjektive og objektive tolkningsprinsipper, hvor sistnevnte har større selvstendig betydning enn den subjektive delen.

Slike skjønsmessige vurderinger som man finner i CISG art.14 vil nok ha større overføringsverdi til ulovfestet område fordi vurderingene er mer åpne og inneholder ikke like bastante krav som klar ordlyd i en lov- eller konvensjonstekst. Likevel er det noe ullent fordi vurderingen gjerne blir vid dersom man ikke har andre momenter å støtte den opp mot. Innenfor lovfestet område under CISG art.14 vil det være naturlig å knytte vurderingen opp mot de konvensjonelle grunnprinsippene¹¹⁰, sammen med regelens formål.¹¹¹ På ulovfestet

¹⁰⁴ Se mer om pris i pkt.3.6 nedenfor

¹⁰⁵ Jf. Rt.2013-388 (Røeggen) jf. Knoph i ”Knophs oversikt over Norges rett” 2014 nederst på side 261.

¹⁰⁶ Se også tilsvarende regel i UNIDROIT Prinsippene art.4.2

¹⁰⁷ Sml. det subjektive tolkningsprinsipp i norsk rett jf. Geir Woxholt, *Avtalerett*, 7.utgave, Oslo 2009, side 402

¹⁰⁸ Om dette: Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.utgave, Basel 2010, på side 370 pkt.24.

¹⁰⁹ Mer om dette i pkt. 3.4.2.1 og pkt. 3.5

¹¹⁰ Jf. pkt.3.3

¹¹¹ Jf. Viggo Hagstrøm, *Kjøpsrett*, 2.utgave, Oslo 2015, nederst på side 26

eller lovfattig område kan man søke dekning for å argumentere opp mot de samme prinsippene, men må likevel være varsom med å forsvare bruken av dem med konvensjonen alene. Man ser her at når det gjelder bindingsspørsmålet, både i CISG og norsk rett, innebærer den røde tråden at de fleste momentene uansett inngår i en totalvurdering bestående av mange ulike komponenter.

3.4.2.1 CISG art.8 og partenens intensjoner

Partenes intensjoner vektlegges også i CISG art.8 (1):

”For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was”. Formålet med regelen er imidlertid noe annerledes enn i art.14, men det er tydelig at en slik intensjonsvurdering er gjennomgående viktig i konvensjonen. Parten som kommer med forslag (løftegiver) er til en viss grad beskyttet gjennom regelen i art.8, ved at vedkommendes opptreden og utsagn skal tolkes i samsvar med intensjonen bak dem.¹¹² Det kan for eksempel dreie seg om et utsagn hvor A tilbyr seg å kjøpe Bs ”bibliotek”. Umiddelbart vil man da tenke at ytelsen nettopp er et bibliotek med bøker. Det kan imidlertid bringes på det rene at avtaleobjektet er en samling av vin, men at B kaller den for ”biblioteket” sitt. Da vil en intensjonstolkning medføre at A hadde til intensjon å kjøpe Bs vinsamling og ikke et alminnelig bibliotek. Utradisjonelt språk går derfor foran en ellers objektiv tolkning så fremt denne språkbruken oppfattes likt av begge parter.¹¹³ Kravet for en slik tolkning er dog at motparten forstod eller ikke var uvitende om meningen.¹¹⁴

Men dersom en klar mening ikke kan bringes på det rene så må den konkludente atferden tolkes i lys av hvordan en alminnelig fornuftig person ville oppfattet det jf. art.8 (2).¹¹⁵ I tredje ledd listes så opp momenter som skal tas med i vurderingen av partens intensjon eller en alminnelig fornuftig persons oppfatning. Disse lyder som følger:

¹¹² Sml. det subjektive tolkningsprinsipp i norsk rett, se Geir Woxholth, *Avtalerett*, 7.utgave, Oslo 2009, øverst på side 402.

¹¹³ Jf. Geir Woxholth, *Avtalerett*, 7.utgave, Oslo 2009, på side 403.

¹¹⁴ Jf. norsk oversettelse av CISG, vedlagt kjøpsloven

¹¹⁵ Sml. UNIDROIT Prinsippene art.4.2 (2) om “reasonable”- testen

“(…) (2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

(3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.”

I tredje ledd er bl.a. tidligere avtalepraksis med motparten gitt betydning direkte i bestemmelsens tredje ledd. Videre skal alle relevante forhold tas i betraktning, bl.a. etablert handelsbruk¹¹⁶ og partenes etterfølgende opptreden. Disse vurderingsmomentene samt regelen i seg selv, utgjør et tolkningsredskap for å avgjøre spørsmålet om det er fremsatt et tilbud i juridisk forstand. Den er hovedsakelig beregnet på undersøkelsen av partsutsagn og atferd, men gjennom rettspraksis hersker det enighet i at den også bør anvendes ved tolking av kontrakter generelt.¹¹⁷ Det faktum at skillet mellom tilbud og uforpliktende forslag har flytende overganger i en forhandlingssituasjon, medfører at det ikke er utenkelig å anvende de samme momentene ved spørsmålet om forhandlinger har gått over til å bli bindende avtale. Vurderingsgrunnlaget synes nemlig å hvile på de samme hensyn.

3.4.2.2 UNIDROIT Principles art.4.1 – partenes felles intensjon

En slags tilleggsregel finner man i UNIDROIT Principles art.4.1. Her fremgår at tolkningen skal vektlegge partenes *felles* oppfattelse av intensjonen bak kontakten.

Rimelighetsbetraktninger tilsier at det ikke vil være betenkelig å adoptere et slikt moment til vurderingen av gråsonen mellom uforpliktende forhandlinger og bindende, juridisk avtale. Selve intensjonen bak initiativet til forhandlingene kan ha mye for seg, spesielt dersom partene på et senere tidspunkt har beveget seg nevneverdig bort fra den originale ideen. Oppstår det da en tvist om bindende kontrakt er inngått, kan en part da påberope seg at det ikke var dette vedkommende så for seg å få ut av samarbeidet. Dette er spesielt nyttig i en situasjon hvor partene gjerne har ulikt styrkeforhold, og den svakere parten står i fare å bli

¹¹⁶ Sml. CISG art.9. Se pkt.3.5

¹¹⁷ Se videre argumentasjon av Ingeorg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.utgave, Basel 2010, på side 147 pkt.3.

utnyttet. Her er begge kontraktspartene tatt i betraktning, og regelen fremstår dermed midlere overfor løftemottakeren enn hva som gjelder i CISG art.8. Likevel understreker også dette regelverket at partenes intensjoner er et viktig vurderingselement. Partenes intensjoner står nemlig sterkt i både CISG, UNIDROIT Principles samt norsk rett, og dette er noe som kan begrunnes i den generelle avtalefriheten.

Samtidig bør en slik regel anvendes med forsiktighet og ikke for full styrke i en forhandlingssituasjon, nettopp fordi forhandlingssituasjonen naturlig nok gjerne utvikler seg i en ny retning enn hva som opprinnelig var ideen. Bakgrunnen for at en slik regel er inntatt i UNIDROIT Principles er at kontrakten skal gjenspeile partenes felles enighet om hva som er avtalt i et skriftlig dokument. Det er dermed et relativt stort skille mellom hvordan regelen skal anvendes ved ferdige kontrakter og hvordan en *bør* anvende regelen på en uferdig forhandlingssituasjon. På den ene siden bør man ha i bakhodet at CISG-reglene først og fremst gjelder. På den andre siden bør man imidlertid se helheten, og samtidig ta i betraktning at regelen i CISG art.8 heller ikke er beregnet på forhandlinger og dermed ikke gir direkte svar. Regelen bør altså suppleres med andre internasjonale kilder for å komme til et resultat som harmonerer godt med resten av den internasjonale kjøpsretten. I tillegg bør det trekkes inn en alminnelig rimelighetsstandard, da den allerede langt på vei er trukket inn gjennom ”en alminnelig person”-vurderingen¹¹⁸ både i CISG art.8 og UNIDROIT Principles art.4.1. Det er med andre ord lite som taler imot å ta elementene av UNIDROIT-regelen med i totalvurderingen. Den bør imidlertid anvendes med en større grad av rimelighet og redelighet i den forhandlingssituasjonen som undersøkes her, for å være i tråd med ”good faith”-prinsippet i CISG art.7(1).¹¹⁹

3.5 CISG art.9 om bransjepraksis

Det fremgår av CISG art.9 (1) at partene er bundet av etablert praksis (sedvane) eller tidligere praksis dem imellom, gjerne fra tidligere handelsavtaler. Dersom en slik praksis ikke eksisterer kan man søke hjelp i bestemmelsens andre ledd for å finne ut om partene juridisk har bundet seg. Ved hjelp av artikkel 9 (2) kan man nemlig tvinge gjennom at avtale er kommet i stand på bakgrunn av at en viss avtaleinngåelsesmetode er alminnelig

¹¹⁸ Se også pkt.3.4.2.1 jf. CISG art.8 (2).

¹¹⁹ Jf. pkt.3.3.2

bransjepraksis på området. Lignende regler finnes i UNIDROIT Principles art.1.9 og PECL art. 1:105 jf. art. 5:102 bokstav d). Reglene dreier seg om hvorvidt en part risikerer å bli forpliktet selv om intensjonen var en annen, og på denne måten er CISG art.9 et viktig tolkningsmoment. Et eksempel på en slik bransjerelatert metode er at avtale inngås muntlig og at en følgeseddel/faktura opptrer som en aksept med påfølgende pengekrav. Rimeligvis forutsetter en slik regel at den tvungne parten visste eller burde visst om gjeldende bransjepraksis. Når det er tale om parter som opptrer i næringsvirksomhet stilles det gjerne strengere krav til at de holder seg oppdatert på sedvaner og bransjepraksis, så vel som gjeldende lovregler og retningslinjer. Like momenter finnes i UNIDROIT Principles art.4.3 bokstav a) og b), og bransjepraksis må derfor anses for å være en viktig faktor ved tolkningsspørsmålet.

3.6 Uklarhetsregelen

Contra proferentem-regelen, eller uklarhetsregelen, finner man i UNIDROIT Principles art.4.6 og PECL art.5:103. Det finnes ingen lignende regel i CISG nettopp fordi konvensjonen gjelder kontraktstilblivelse og ikke kontraktstolkning. En slik regel kan likevel være nyttig på et regelfattig område som gråsonen mellom forhandlinger og bindende avtale. Samtidig må det understrekes at vi befinner oss på område. Uklarhetsregelen innebærer nemlig at et uklart kontraktsvilkår tolkes imot den parten som har forfattet det. I norsk rett har vi den samme regelen utviklet bl.a. gjennom rettspraksis.¹²⁰ I et forhandlingsperspektiv er det gjerne vanskelig klart å identifisere hvem av partene som har kommet opp med hva, samtidig som del-kontrakter og intensjonsavtaler kommer til mens man går løypen. Under forhandlinger vil også en god del kommunikasjon fremsettes muntlig, og satt på spissen kan man for eksempel risikere at tredjemann (sekretær) noterer dette ned på en måte som er til å misforstå. Da kan det by på urimelighetsproblemer overfor den parten som kom med forslaget, siden feilen hviler på tredjemann. Likevel kan det argumenteres for at parten som kommer med forslaget sørger for at informasjonen blir korrekt mottatt. Det ville i alle fall virke urimelig om ansvaret skal hvile på en tredjepart som f.eks. en sekretær eller protokollfører.

I lys av denne regelen kan det også (analogisk) argumenteres for at bindende avtale ikke bør anses kommet i stand dersom partene er uenige om binding, fordi den som mener det således

¹²⁰ Jf. Geir Woxholth *Avtalerett*, 7.utgave, Oslo 2009, på side 435-436

vil være ansvarlig for uklarheten eller misoppfatningen hos motparten. En slik anvendelse er teoretisk mulig, men ville muligens ikke fungert like godt i det praktiske liv. Faren er nemlig at en misfornøyd motpart lettere kan ”påberope” seg regelen og hevde at vedkommende har misoppfattet informasjonen som den andre parten hevder har bindingskraft. På den andre siden bør regelen likevel ikke tilsettes helt, da den er med på å sikre redelighet og god kommunikasjon i kontraktsforhold.¹²¹ Den bør bare ikke anvendes for strengt på forhold som ikke gjelder nedskrevne kontraktsvilkår, men heller i harmoni og samråd med andre rimelighetsbetraktninger og generelle rettslige prinsipper. Uklarhetsregelen er derfor et svakt tolkningsmoment, men er dog likevel viktig som element i en helhetsvurdering.

4 Oppsummering

Det er forståelig at det er vanskelig å formulere klare rettsregler som regulerer forhandlings situasjonen. Etter denne gjennomgangen viser det seg likevel mulig å fastsette noen retningslinjer basert på grunnleggende verdier og hensyn, slik som blant annet redelighet, lojalitet og rimelighet. Disse verdiene viser seg på flere måter gjennom grunnleggende kontraktsrettslige prinsipper, men kan ha ulik styrke og relevans som rettskildefaktorer. Selv om få typer forhandlinger og kontraktsinngåelser er like, kan man likevel i lys av disse prinsippene finne fram til noen likheter. For eksempel bør det tas utgangspunkt i kontraktsprinsippet jf. pkt.2.1 siste avsnitt. Samtidig bør det være klart at signatur ikke er synonymt med avtalebinding. Videre har partenes intensjoner stor vekt, så lenge disse kan redegjøres for på en god måte. Det bør også være gode holdepunkter for at ”point of no return” er nådd når det kan bringes på det rene at partene har oppnådd tilstrekkelig enighet om kontraktforholdets vesentlige punkter jf. pkt.3.4.1. Når alt kommer til alt synes rimelighetsbetraktninger og lojalitet å veie tyngst fordi de er mest fremstredene, og de gjennomsyrrer reglene. Hensynet til et effektivt internasjonalt omsetningsliv står også sentralt, og på bakgrunn av dette kan rimelighetshensyn imidlertid nedjusteres noe.

¹²¹ Jf. pkt.3.3.2 jf. CISG art.7

Litteraturliste

Artikler

- Koch, Sören, "*Løfte og aksept – naturrettens innflytelse på fortolkningen av NL 5-1-1 og 5-1-2 på 1700-tallet*", Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol.129, 4/2016, s.337-371.

Bøker

- Fauchald, Ole Kristian & Tuseth, Bård Sverre, "*Global and Regional Treaties*", Department of Public and International law, Universitetet i Oslo, 2012
- Hagstrøm, Viggo "*Kjøpsrett*", 2.utgave v/ Herman Bruserud, Universitetsforlaget, Oslo 2015.
- Hov, Jo "*Avtalebrudd og partsskifte Kontraktsrett II*", 2.utgave, 4.opplag, Papinian AS, Oslo 2012
- Janssen & Meyer "*CISG Methodology*", sellier. european law publishers, München 2009
- Juristförlaget i Lund, "*Festskrift till Lars Gorton*", Akademibokhandeln i Lund, 2007
- Knoph, Ragnar utgitt v/Lilleholt, Kåre "*Knophs oversikt over Norges rett*" 14.utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2014
- Schwenger, Ingeborg "*Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*", 3.utgave Oxford University Press, Basel 2010
- Selvig, Erling & Lilleholt, Kåre "*Kjøpsrett til studiebruk*" 4.utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2010.
- Woxholth, Geir "*Avtalerett*", 7.utgave, Gyldendal Akademisk, Oslo 2009
- Woxholt, Geir "*Avtalerett i et nøtteskall*", 2.utgave, Gyldendal Juridisk, Oslo 2014

Internett

- CISG Advisory Council: <http://cisgac.com/> (28.04.17)
- CISG hjemmeside: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html> (13.03.17)
- CISG hjemmeside v/ ”Guide for managers and counsel”:
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/guides.html#ib> Part I, bokstav B (13.03.17)
- Jusleksikon.no om culpa in contrahendo:
https://jusleksikon.no/wiki/Culpa_in_contrahendo (15.05.17)
- Jusleksikon.no om Lex posterior: https://jusleksikon.no/wiki/Lex_posterior (02.05.17)
- Jusleksikon.no om Lex specialis: https://jusleksikon.no/wiki/Lex_specialis (02.05.17)
- Om CISG-traktaten: <https://lovdata.no/pro/#document/TRAKTAT/traktat/1980-04-11-1?searchResultContext=2153> (13.03.17)
- PECL online: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/textef.html#a1101> (01.05.17)
- UNCITRAL hjemmeside: http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html
(01.04.17)
- UNIDROIT Principles 2016: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/418-preamble/862-preamble-purpose-of-the-principles> (01.04.17)
- UNILEX database for rettspraksis om CISG:
<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=14315> (07.04.17)

Lovforarbeider

- **Ot.prp. nr. 80 (1986-1987)** Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980:
<https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/otprp-80-198687> (14.03.17)
- **Prop.158 LS (2012-2013)** Endringer i kjøpsloven og avtaleloven og samtykke til å trekkje reservasjonen mot FN-konvensjonen 11.april 1980 om kontraktar for internasjonale lausøyrekjøp (CISG) del II om avtaleinngåing:
https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/prop-158-ls-201213/KAPITTEL_5-4 (14.03.17)

Innunder Prop.158 LS (2012-2013) finnes også disse dokumentene:

Innst.70 L (2013-2014) Innstilling frå justiskomiteen om endringer i kjøpsloven og avtaleloven (FN-konvensjonen 11.april 1980 om kontraktar for internasjonale lausøyrekjøp (CISG) del II om avtaleinngåing):

<https://lovdata.no/pro/#document/INNST/forarbeid/inns-70-l-201314>

(13.03.17)

Lovvedtak 33 (2013-2014) Lov om endringer i kjøpsloven og avtaleloven pkt.I om kap.XV *Internasjonale kjøp*:

<https://lovdata.no/pro/#document/LOVVED/forarbeid/lovvedtak-33-201314>

(13.03.17)

Rettspraksis

- Rt.1981-1047 (Tingholm)
- Rt.1998-761 (Kina-Hansen)
- Rt.1998-946 (Vinagentur)
- Rt-1992-1110 (Stiansen/OBOS)
- Rt.2011-410 (Optimogården)
- Rt.2006-1585 (Mæle)
- Nederland: Arrondissementsrechtsbank Arnhem, 17.juli 1997:
<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=355&step=Abstract> (07.04.17)