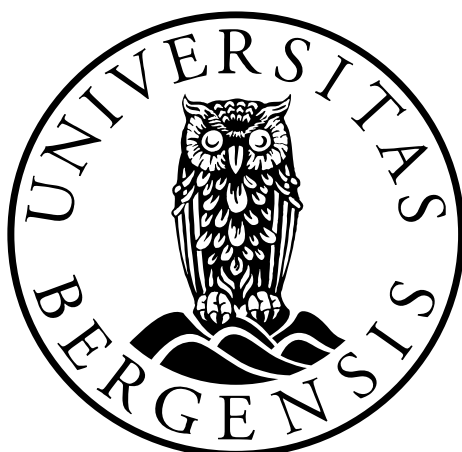


Avtalebinding gjennom forhandlinger

*Grensen mellom uforpliktete forhandlinger og
avtalerettslig bundethet etter modell om suksessiv
binding*

Kandidatnummer: 186

Antall ord: 14029



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato: 1. juni 2018

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	4
1.1	Problemstilling og aktualitet	4
1.2	Avgrensning av avhandlingen.....	6
1.3	Begrunnelse bak hoveddelens inndeling.....	6
1.4	Rettskilder og metode	8
1.5	Fremstillingen videre	9
2	Alminnelige rettslige utgangspunkt for avtaleslutning	10
2.1	Generelt.....	10
2.2	Avtaleloven som rettslig utgangspunkt.....	10
2.3	Preseptorisk lovgivning	12
2.4	Avtalte disposisjonskriterier	13
2.4.1	Innledende bemerkninger	13
2.4.2	Avtalt skriftlighet.....	14
2.4.3	Avtale om trinnvis binding.....	15
2.4.4	Avtalt forbehold.....	16
3	Avtaleslutning gjennom modell om suksessiv binding.	17
3.1	Utgangspunkt og anvendelsesområde	17
3.2	Hensynene bak modell om suksessiv binding.....	18
3.3	Rekkevidden av modell om suksessiv binding	20
3.3.1	Det teoretiske utgangspunkt	20
3.3.2	Enkle avtaler.....	22
3.3.3	Omsetning av fast eiendom	24
3.3.4	Komplekse avtaler.....	27
3.4	Øvrige momenter i vurderingen.....	32
3.4.1	Generelt	32
3.4.2	Partsforhandlingenes lengde.....	32
3.4.3	Partenes opptreden.....	33
3.4.4	Reelle hensyn	34
3.4.5	Culpasanksjon	34
3.4.6	Passivitet.....	35
3.4.7	Risikobetraktninger	37
4	Rettsstilstanden i dag og kritikk av denne	38
4.1	Innvendinger i teorien	38
4.2	Mine betraktninger.....	40

5	Konklusjon og avsluttende bemerkninger	43
6	Referanser	45
6.1	Norske kilder	45
6.1.1	Love	45
6.1.2	Forarbeider	46
6.1.3	Rettspraksis	46
6.1.4	Direktiver	47
6.1.5	Litteratur	48
6.1.6	Juridiske artikler	49
6.2	Øvrige kilder	50
6.3	Utenlandske kilder	50
6.3.1	Avgjørelser	50
6.3.2	Litteratur	50
6.3.3	Juridiske artikler	50
6.4	Internasjonale kilder	51

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Tema for avhandlingen er avtalebinding gjennom forhandlinger. Den overordnede problemstillingen er hvor grensen mellom uforpliktete forhandlinger og avtalerettslig bundethet går, når partene ikke har avtalt noe konkret bindingstidspunkt. Mer konkret tar avhandlingen sikte på å belyse om enighet om vesentlige punkter er det avgjørende for bindingsspørsmålet etter modell om suksessiv binding. I forlengelsen av dette vil avhandlingen ta stilling til om de samme krav og den samme terskel gjelder uavhengig av avtaletype. En underliggende problemstilling er om rettstilstanden er forsvarlig, eller om den kan kritiseres.

Når borgerne skal regulere sine økonomiske mellomværender, vil avtaleforholdet som regel bygge på forutgående forhandlinger, i form av skriftlige eller muntlige utsagn.¹ Det gjelder enten partene stifter avtale gjennom tilbud og aksept, utarbeider en kontrakt eller går frem på annen måte. Gjennom forhandlingene vil partene normalt fastsette visse rammer for avtaleforholdets fremdrift, og typisk vil tidspunktet for når avtaleforholdet skal tre i kraft som bindende bli klarlagt.

En reell situasjon er likevel at partene går inn i et forhandlingsforhold uten å avtale et bestemt bindingstidspunkt eller ha klare forutsetninger om når binding skal inntre.² Spørsmålet blir da om forhandlingene i seg selv kan være avtalestiftende.

Avtaleretten ligger utenfor legalitetsprinsippets område. Lovgivning er derfor ikke påkrevd for å stifte rett og plikt.³ En del av bærebjelken i norsk avtalerett er videre de ulovfestede prinsippene om avtalefrihet og formfrihet.⁴ I prinsippet om avtalefrihet ligger at man har frihet og rett til å regulere sine formuerettslige forhold gjennom avtale, frihet til å velge medkontrahent og frihet til sammen å bestemme avtalens innhold.⁵ I prinsippet om formfrihet

¹ Se forutsetningsvis Hov og Høberg (2009) s. 83.

² Woxholth (2017) s. 125.

³ Giertsen (2014) s. 13.

⁴ Se forutsetningsvis Woxholth (2017) s.27 og 30.

⁵ Woxholth (2017) s. 27.

ligger at det ikke stilles krav til avtalens form.⁶ Avtaler kan derfor stiftes, endres og opphøre helt formløst.

Prinsippene sett i sammenheng illustrerer at det som utgangspunkt ikke gjelder formkrav for avtaleinngåelse. Det er derfor fullt mulig å stifte rett og plikt kun gjennom forhandlinger. Synspunktet er lagt til grunn av Høyesterett i en serie avgjørelser,⁷ og av ulike juridiske teoretikere.⁸ Slutningsformen omtales gjerne som modell om suksessiv binding eller «avtaler som skrider frem etter hvert»,⁹ og bygger på en grunntanke om at avtale anses inngått idet partene har kommet til enighet om de vesentligste punkter (*essentialia negotii*).¹⁰ Med vesentlige punkter siktes det som rent utgangspunkt til enighet om realytelsen og dets innhold, pris og overtakelsestidspunkt.¹¹ Dette fremgår blant annet av Rt. 1998 s. 946, der det på s. 957 ble uttalt at:

«Jeg bemerker at brevene viser at Siem og Hermansen var enige om prisen på aksjene, overdragelse av og kjøpesummen for den leilighet Hermansen disponerte, frafallelse av retten til pensjon og andre krav mot selskapet, en garanti for selskapets balanse [...] og framtidig bruk av navnet Frode Hermansen AS [...] I vår sak var [derfor] partene i skrift enige om hovedvilkårene for salget av Hermansens aksjer.»

Utover kravet til enighet om vesentlige punkter er det gitt få retningslinjer for bindingsvurderingen. Gjennomgående viser Høyesterett kun til at tvistespørsmålet må avgjøres konkret i den enkelte sak. Spørsmålet er heller ikke ofret særlig stor oppmerksomhet i norsk teori.¹² Når modellen med tiden og den teknologiske utvikling samtidig har vokst frem til å bli en stadig mer fremtredende slutningsform, og den har fått et langt bredere anvendelsesområde ved at den i dag er anvendelig ved nærmest alle avtaletyper, har det forhold at modellens vurderingstema er så generelt og vagt utformet bidratt til at det hersker en god del tvil rundt slutningsformen. Dette illustreres av at det i teorien er nokså delte oppfatninger rundt modellens rekkevidde,¹³ og at modellen er utsatt for kritikk.¹⁴ Spørsmål

⁶ Giertsen (2006) s. 34.

⁷ Se eksempelvis Rt. 1998 s. 946 og Rt. 2014 s. 100.

⁸ Se eksempelvis Hov, Giertsen, Woxholth og Krüger.

⁹ Hov (2002) s. 117.

¹⁰ Se eksempelvis Platou (1914) s. 308 flg. eller Hov og Høberg (2009) s. 138.

¹¹ Hagstrøm (1995) s. 595 og Hov og Høberg (2009) s. 136.

¹² Woxholth (2009) s. 139.

¹³ Se nærmere punkt 3.3.1.

¹⁴ Se kapittel 4.

av interesse er som nevnt om enighet om vesentlige punkter er det avgjørende for bindingsspørsmålet, og for øvrig om de samme krav og den samme terskel stilles uavhengig av avtaletype. Idet det hersker tvil rundt disse forhold er det ikke bare aktuelt, men også et reelt behov for å se nærmere på slutningsformen.

1.2 Avgrensning av avhandlingen

Avhandlingen avgrenses mot avtaleslutning på annet grunnlag enn gjennom modell om suksessiv binding. For å sette temaet i perspektiv behandles likevel alminnelige rettslige utgangspunkt for avtaleinngåelse i kapittel 2.

Videre avgrenses det mot legitimasjon- og kompetansespørsmål hos en forhandlingspart. Konsekvenser av at en part ikke er legitimert til å inngå avtale behandles derfor ikke. Spørsmål om prekontraktuelt ansvar og erstatning for den negative kontraktsinteresse vil heller ikke bli behandlet.¹⁵

Avgrensningen er begrunnet i avhandlingens begrensede omfang og ordgrense. Det er nødvendig med en klar avgrensning da en grundig og dyptgående analyse av temaet ikke er gjennomførbart dersom alle aspekt behandles. Videre er de overfor nevnte temaer ikke nødvendige å behandle for å besvare avhandlingens problemstilling.

1.3 Begrunnelse bak hoveddelens inndeling

Kapittel 3, som er avhandlingens hoveddel, er delt inn i fire delkapitler: utgangspunkt og anvendelsesområde, hensynene bak modell om suksessiv binding, rekkevidden av modell om suksessiv binding og øvrige momenter i vurderingen. I delkapittelet om rekkevidden av modell om suksessiv binding behandler jeg bindingsspørsmålet i tilknytning til tre avtale typer: enkle avtaler, avtaler om fast eiendom og komplekse avtaler. Da det likevel er fullt mulig å systematisere temaet på andre måter, eksempelvis i forbrukeravtaler og kommersielle avtaler, er det nødvendig med en kort begrunnelse for den valgte inndelingsmåte.

¹⁵ For mer om dette se Simonsen (1997).

Med enkle avtaler siktes det til mer hverdagslige og standardiserte disposisjoner, slik som levering av tingytelser eller bestilling av mindre varer eller tjenester.¹⁶ Enkle avtaler kan inngås både av forbrukere og profesjonelle parter, og avtaletypen er således ikke forbeholdt forbrukere. Det er naturlig å ha enkle avtaler som et eget punkt, all den tid modell om suksessiv binding opprinnelig ble utarbeidet med sikte på enklere avtaleforhold.¹⁷

For avtaler om fast eiendom er det vanskeligere å gi en eksakt beskrivelse av hvilke avtaleforhold som omfattes. Dette skyldes at det i norsk rett ikke eksisterer noen allmenn definisjon av eiendomsbegrepet.¹⁸ Som et utgangspunkt kan man likevel si at avtaler om fast eiendom omfatter avtaler vedrørende bruk, overdragelse eller nyttiggjøring av grunn og/eller det som er varig knyttet til grunnen.¹⁹ Avtaletypen kjennetegnes av at den brer seg over et vidt spekter og dekker alt fra grunn, fast bopel og hytte til næringseiendom. Videre kan den omhandle både bruk, overdragelse, fradeling, leie eller sammenslåing, og partene kan opptre både i egenskap av å være private, profesjonelle og offentlige aktører. Jeg har valgt å ha fast eiendom som et eget punkt, da det er en undergruppe av avtaler hvor det finnes særlig mye Høyesterettspraksis. Inndelingen kan også forsvares med at blant annet Woxholth synes å kategorisere avtaler om fast eiendom som en egen undergruppe.²⁰ Videre har avtaletypen det særpreget at det ikke er opplagt om partene opptrer i egenskap av å være private eller profesjonelle. Når forhandlingene også kan gå relativt raskt, og ikke nødvendigvis er særlig komplekse, er det ingen automatikk i at avtaletypen skal kategoriseres som kompleks. Avtaler om fast eiendom kan derfor favne under både enkle og komplekse avtaleforhold.

Endelig har jeg valgt å oppstille komplekse avtaleforhold som et eget punkt. Med komplekse avtaler siktes det til omfangsrike og presumtvt langvarige og beløpssmessig store avtaler, ofte bestående mellom profesjonelle aktører.²¹ Avtaletypen kjennetegnes for det første av at realytelsen og dets innhold kan være vanskelig å klarlegge. Dette, sammenholdt med at komplekse, kommersielle avtaler gjerne har samfunnsøkonomiske konsekvenser utover selve avtaleforholdet, bidrar til at avtaletypen kan karakteriseres som omfangsrik. Det er naturlig å ha komplekse avtaler som et eget punkt, da det både gjennom rettspraksis og teori er tradisjon

¹⁶ Se forutsetningsvis Woxholth (2017) s. 126.

¹⁷ Hagstrøm (1995) s. 596.

¹⁸ Lilleholt (2012) s. 63.

¹⁹ Lilleholt (2012) s. 63.

²⁰ Woxholth (2017) s. 126. Woxholth har i alle sine utgaver av boken *Avtalerett* oppstilt avtaler om fast eiendom som en egen undergruppe.

²¹ Se forutsetningsvis Woxholth (2017) s. 126.

for dette.²² Videre er det særlig i tilknytning til komplekse avtaler at det i teorien er uenighet om modellens rekkevidde og forsvarlighet.²³

1.4 Rettskilder og metode

Der avtaleforholdet bygger på forhandlinger, og det ikke er mulig å identifisere tilbud og aksept eller noe avtalt bindingstidspunkt, gir verken avtaleloven eller avtalte disposisjonskriterier direkte veiledning for bindingsspørsmålet. Det er derfor nødvendig å se hen til andre kilder.

Den primære rettskilden er norsk rettspraksis, da særlig Høyesterettspraksis. Det er gjennom avgjørelser fattet av Høyesterett at modell om suksessiv binding har fått sitt opphav og sitt innhold. Analyse av Høyesterettspraksis i tilknytning til ulike avtaletyper vil derfor være en helt sentral kilde ved besvarelse av avhandlingens problemstilling. Underrettspraksis vil bli benyttet der det ikke eksisterer tilstrekkelig Høyesterettspraksis. Slik praksis har likevel mindre rettskildemessig vekt.²⁴

Videre er juridisk litteratur en sentral kilde i den videre fremstillingen. På tross av at modell om suksessiv binding ikke er blitt grundig analysert i teorien, er slutningsformen behandlet av teoretikere i varierende grad. Juridiske redegjørelser er derfor relevant både ved klarleggelse av slutningsformen, ved vektingen av de moment som inngår i bindingsvurderingen og ved fremstillingen av mulig kritikk av rettstilstanden. Juridisk litteratur har først og fremst verdi som argumentasjonsmoment.²⁵

Også utenlandsk praksis og teori, særlig fra Sverige og Danmark, er en aktuell rettskilde. Selv om utenlandske rettskilder er av sekundær karakter ved klarleggelsen av norsk rett,²⁶ er rettskildene viktige idet de kan være til inspirasjon eller bidra til klarhet og ensartethet.²⁷ Særlig gjelder dette på avtalerettens området idet Norge, Sverige og Danmark, gjennom det nordiske lovsamarbeid, nærmest har identisk avtalerett.²⁸

²² Se forutsetningsvis Woxholth (2017) s. 127 flg.

²³ Se nærmere i kapittel 4.

²⁴ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 162.

²⁵ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 270 og Andenæs (2009) s. 118-199.

²⁶ Se forutsetningsvis Eckhoff og Helgesen (2001) s. 290.

²⁷ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 284.

²⁸ Ot.prp.nr. 63 (1917) s. 1 og Eckhoff og Helgesen (2001) s. 287.

Endelig vil kontraktsrettslige hensyn og prinsipper være en aktuell rettskilde. Særlig forventningsprinsippet og lojalitetsbetraktninger er av stor betydning.²⁹

Det bemerkes videre at jeg har sett hen til to tidligere masteravhandlinger og hentet inspirasjon fra disse hva gjelder oppbygning og struktur.³⁰ Avhandlingene tar imidlertid ikke opp problemstillingen om kravene for binding varierer hensett til avtaletype eller om rettstilstanden kan kritiseres. Avhandlingene har derfor ikke vært veiledende for avhandlingens innhold.

Alminnelig juridisk metode vil danne utgangspunktet for avhandlingen. Det gjelder både ved analyse av rettspraksis og ved gjennomgang av juridisk teori. Også ved anvendelse av utenlandske rettskilder vil alminnelig juridisk metode bli benyttet, all den tid avtaleretten i Norden prinsipielt bygger på de samme grunntanker og tolkningsfaktorer.³¹ Avhandlingen bygger primært på en syntetisk analyse,³² der rettskildematerialet analyseres opp mot rettssetningen om binding ved enighet om vesentlige punkter. Ved behandling av slutningsformens forsvarlighet benyttes en rettspolitisk analyse.³³

1.5 Fremstillingen videre

I kapittel 2 redegjør jeg kort for noen alminnelige rettslige utgangspunkt for avtaleslutning. I dette inngår avtaleloven, preseptorisk lovgivning og alminnelige disposisjonskriterier for avtalebinding. Jeg finner det hensiktsmessig å klargjøre hvilke avtalerettslige regler og kriterier det primært ses hen til ved tvist om avtalebinding, idet utgangspunktene kan være retningsgivende også ved modell om suksessiv binding.

I kapittel 3, som utgjør avhandlingens hoveddel, tar jeg sikte på å gi en dyptgående fremstilling av modell om suksessiv binding. Jeg vil først ta for meg modellens alminnelige utgangspunkt og anvendelsesområde, og gi en oversikt over de hensyn som taler for og mot slutningsformen. Deretter går jeg over i en analyse av rettspraksis for å klarlegge hvilke krav

²⁹ Se nærmere punkt 3.2.

³⁰ Se Ramsrud (2003) og Øvrum (2006).

³¹ Giertsen (2014) s. 24.

³² Graver (2008) s. 14.

³³ Graver (2008) s. 14.

som stilles for binding. I denne sammenheng skilles det mellom enkle avtaler, avtaler om fast eiendom og komplekse avtaler. Det vil også bli redegjort for øvrige relevante moment i vurderingen.

Med utgangspunkt i analysen i kapittel 3, skal jeg i kapittel 4 forsøke å bringe på det rene hva som er rettsstilstanden i dag, og hvilke krav som stilles for avtalebinding. Deretter vil kritikk av rettsstilstanden og mine egne betraktninger rundt slutningsformen bli presentert.

Endelig vil jeg i kapittel 5 utforme en konklusjon og komme med noen avsluttende bemerkninger på bakgrunn av avhandlingens innhold og konklusjoner.

2 Alminnelige rettslige utgangspunkt for avtaleslutning

2.1 Generelt

På avtalerettens område eksisterer det en rekke alminnelige rettslige utgangspunkt til veiledning for spørsmål om avtalebinding. Det er disse som normalt danner grunnlaget for løsning av tvist om avtale er inngått. Til tross for at de alminnelige utgangspunkt sjelden gir direkte løsningsforslag der avtaleforholdet bygger på forhandlinger, er det på sin plass med en kort gjennomgang av de rettslige utgangspunkt. Dette for å sette avhandlingens problemstilling i perspektiv.

2.2 Avtaleloven som rettslig utgangspunkt

Lov 31. mai 1918 om slutning av avtaler, fullmakt og ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) kapittel 1 inneholder generelle regler for avtaleinngåelse. Loven er som utgangspunkt anvendelig ved alle formuerettslige avtaler, og da både for privatpersoner, offentlig sektor og profesjonelle parter, idet loven kun avgrenser seg til avtaler "paa formuerettens omraade", jf. avtaleloven § 41.

Loven bygger på den tradisjonelle bindingsmekanismen tilbud og aksept, jf. avtaleloven § 2. I dette ligger at det er tilstrekkelig for binding at de relevante disposisjonskriterier, tilbud og aksept, foreligger. Det er videre et krav at tilbudet og aksepten er sammenfallende, jf. avtaleloven § 6, og at aksepten gis innen akseptfristens utløp, jf. § 3. Loven kodifiserer den særegne form for avtaleslutning som ble hyppig brukt på slutten av 1800- og begynnelsen 1900 tallet, der partene forhandlet per brev eller telegram om avtalens vilkår.³⁴

På bakgrunn av avtalelovens vide anvendelsesområde kan loven være relevant også ved avtaleslutning gjennom forhandlinger. Woxholth skriver om dette at «det er upraktisk, men ikke utenkelig, at bindingen i disse tilfellene inntreer som forutsatt i avtalelovens kapittel 1 [...]».³⁵

I praksis ser man likevel at loven sjelden gir konkrete løsningsforslag der avtaleforholdet bygger på forhandlinger. Partene kommuniserer ofte muntlig, forhandlingene strekker seg over et lengre tidsrom og det utveksles en rekke viljeserklæringer med forslag, tilføyelser og korrigeringer. Avtaleforholdet vokser slik sett frem etter hvert, i tråd med forhandlingens løp, hvilket gjør at det som regel ikke er mulig å identifisere noe klart tilbud og aksept.³⁶

Det er imidlertid ikke dermed sagt at loven er uten rettskildemessig betydning for bindingsspørsmålet. Det at en avtale anses inngått ved inngivelse av tilbud og aksept er begrunnet i at partene har kommet til en slik grad av enighet at binding fremstår som rimelig. Det er særlig lojalitets- og forventningsprinsippet som begrunner avtalebinding.³⁷ Lojalitetsprinsippet går tradisjonelt ut på at partsforholdet skal bygge på gjensidig lojalitet.³⁸ Forventningsprinsippet bygger på en tanke om å beskytte en parts berettigede forventninger.³⁹

Min oppfatning er at lovgiver har villet verne om den part som har fått en berettiget forventning om binding. Og etter avtaleloven oppstår en slik forventning ved sammenfallende tilbud og aksept. Forutsetningen er således at partene, når de har fremsatt tilbud og aksept, har vist en vilje og et ønske om å binde seg. Lojalitets- og forventningsprinsippet slår derfor inn

³⁴ Giertsen (2006) s. 1.

³⁵ Woxholth (2017) s. 121.

³⁶ Woxholth (2017) s. 121-122.

³⁷ Haaskjold (2002) s. 29 flg.

³⁸ Giertsen (2014) s. 11 og Hov og Høberg (2009) s. 38.

³⁹ Woxholth (2012) s. 32 og Hov og Høberg (2009) s. 42.

med full tyngde. Som vi skal se i punkt 3.2 er lojalitets- og forventingsprinsippet også med på å forsvarliggjøre modell om suksessiv binding. Det kan derfor sies at avtaleloven indirekte, gjennom sine bakenforliggende prinsipper, får betydning ved slutningsformen.⁴⁰

2.3 Preseptorisk lovgivning

Til tross for at prinsippet om formfrihet står sterkt i norsk rett,⁴¹ er det ikke unntaksfritt. På enkelte rettsområder er det oppstilt preseptoriske krav til hvordan en avtale skal komme i stand for å være gyldig. At en lovregel er preseptorisk innebærer at kontrakter eller vilkår som er i strid med lovregelen ikke kan tillegges rettsvirkning etter sitt innhold. Man må enten foreta de nødvendige modifikasjoner eller tilsidesette avtalen som ugyldig.⁴²

Et eksempel på et preseptorisk formkrav ved avtaleinngåelse er krav om skriftlighet.⁴³ Det er særlig på områder hvor forbrukere opptrer som part, eller hvor det er store styrkeforskjeller i partsforholdet, at det oppstilles krav om skriftlighet. Reglene har da til formål å motvirke urimelighet i kontraktsforhold eller å beskytte forbrukeren eller den svakerestilte part mot den andre parts overlegenhet.⁴⁴

Til vern av forbrukere kan lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bostad (bustadoppføringslova) nevnes. I § 3 annet ledd kan partene kreve at avtalen settes opp skriftlig. Selv om skriftlighetskravet ikke er preseptorisk i den forstand at partene ikke plikter å utarbeide en skriftlig kontrakt, vil en forbruker normalt ha et sterkt ønske om å få kontraktsforholdet nedfelt skriftlig ved avtale om oppføring av ny bolig. Regelen skal etter forarbeidene sørge for at forbrukeren kan sikre seg bevis på hva som er avtalt, samt sikre seg at avtalen blir tilstrekkelig klar.⁴⁵

Lov 17. Juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven) innehar regler til vern av den svakerestilte part. Etter § 14-5 første ledd er det krav til at arbeidsforholdet nedfelles skriftlig, og at minimumskravene opplistet i § 14-6 overholdes for

⁴⁰ Hov og Høberg (2009) s. 136.

⁴¹ Giertsen (2014) s. 44-45.

⁴² Selvig (2009) s. 226.

⁴³ Woxholth (2017) s. 31.

⁴⁴ Bergsåker (2016) s. 80-81.

⁴⁵ Ot.prp.nr. 21 (1996-1997) s. 46.

at avtalen skal anses gyldig. Bestemmelsene gjennomfører Rådskonferansen 91/533/EØF, hvilket er et minimumsdirektiv med formål å klargjøre arbeidstakernes rettsstilling, samt bidra til å skape mer oversiktlige forhold i arbeidsmarkedet.⁴⁶ Reglene er slik sett garantier gitt til vern for arbeidstaker som den svakerestilte part.

Det er likevel ikke slik at alle lovpålagte skriftlighetskrav kun har til formål å beskytte forbrukeren eller den svakerestilte part. Et eksempel gir lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven). Etter § 61 første ledd må kausjonsavtalen utformes skriftlig for å være gyldig. Skriftlighetskravet er begrunnet i at kausjon er en avtaletype av så særegen karakter at det bør stilles særlig strenge formkrav.⁴⁷ Dette til vern både for kausjongiver og mulige kreditorer. Videre har vi lov 04. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven) der det i §§ 42-46 kreves at en ektepakt opprettes skriftlig for å være gyldig mellom partene.⁴⁸ Reglene er først og fremst begrunnet i bevissikringshensyn,⁴⁹ alle den tid hovedregelen ved formuesfordeling mellom ektefeller er likedeling, jf. ekteskapsloven § 58.

De overfor nevnte eksempler gjelder for nokså ulike rettsforhold. De har likevel det til felles at de knytter seg til viktige disposisjoner. Både det å oppføre ny bolig, stifte et arbeidsforhold, stille som kausjonist og opprette ektepakt er for den enkelte betydningsfulle og ansvarsbetingende disposisjoner. Det kan derfor trekkes den slutning at reglene, i alle fall delvis, er begrunnet i at lovgiver har funnet det nødvendig å oppstille visse minimumskrav til vern av partene.

2.4 Avtalte disposisjonskriterier

2.4.1 Innledende bemerkninger

I enkelte kontraktsforhold, særlig ved kommersielle avtaler,⁵⁰ blir partene enige om hvilke disposisjonskriterier som skal være avtalestiftende. De avtalte kriteriene blir da å anse som

⁴⁶ Fougner mfl. (2013) under § 14-5.

⁴⁷ Ot.prp.nr. 41 (1998-1999) s. 115-116 jf. s. 25-26.

⁴⁸ For at ektepakten skal ha rettsvern mot ektefellenes kreditorer må den i tillegg tinglyses jf. ekteskapsloven § 55 første ledd.

⁴⁹ NOU 1987:30 s. 112-113.

⁵⁰ Woxholth, (2017) s. 122.

forutsetninger for binding. Det er først når kriteriene er innfridd, at avtale anses inngått.⁵¹ Typiske krav er skriftlighet, avtale om trinnvis binding og ulike type forbehold.

2.4.2 Avtalt skriftlighet

Partene kan, enten før de går inn i forhandlinger eller på et tidlig stadium av forhandlingsfasen, avtale at binding krever skriftlighet.⁵² Der dette gjøres er det en presumsjon for at avtale først trer i kraft som bindende når kontrakt er utarbeidet og signert av begge parter. Det er mulig å benytte seg av digitale underskrifter, slik som e-signatur eller bank-id, dersom det i lov, forskrift eller på annen måte er åpnet for at underskrift kan gjennomføres elektronisk.⁵³ For mer om dette se lov 15. juni 2001 nr. 81 om elektronisk signatur (esignaturloven).

Å avtale eller ensidig kreve skriftlighet for binding er nokså vanlig i norsk rett, både mellom private og profesjonelle parter. For private parter er skriftlighet ofte en forutsetning ved kjøp av gjenstander av større økonomisk verdi, eksempelvis ved oppføring av ny bolig.⁵⁴ Ved komplekse avtaler mellom profesjonelle aktører blir skriftlighet gjerne regnet som en gjensidig forutsetning for binding.⁵⁵ Kontraktsforholdet er eksempelvis bestående av så mange komponenter at skriftlighet anses nødvendig for å sikre tilstrekkelig klarhet og forutberegnelighet.

Illustrerende for skriftlighetskravets betydning er Rt. 2014 s. 100. Saken gjaldt tvist om avtale om kjøp av 70 prosent av aksjemajoriteten i et svensk selskap var inngått. Etter kjøpsavtale var fremforhandlet og selskapsgjennomgang var gjennomført, trakk kjøper seg. Kjøper hadde ved innledningen av forhandlingene tatt forbehold om at ingen av partene hadde krav mot den annen dersom forhandlingene ikke førte frem til en signert avtale. Når skriftlig avtale ikke forelå, mente kjøper at han sto fritt til å trekke seg. Høyesterett fant at forbeholdet måtte forstås dithen at bindende avtale forutsatte partenes signatur. Dette ble begrunnet i en objektiv

⁵¹ Hov og Høberg (2009) s. 99.

⁵² Giertsen (2014) s. 75.

⁵³ Hov og Høberg (2009) s. 105.

⁵⁴ Se bustadoppføringslova § 3 annet ledd.

⁵⁵ Hov og Høberg (2009) s. 140-141.

tolkning av forbeholdet, slik det var fremsatt for motpart.⁵⁶ Kjøper kunne derfor nekte å undertegne avtalen, uten nærmere begrunnelse.

Krav om skriftlighet er likevel ikke alltid synonymt med et krav til signatur. Det kan tenkes binding der skriftlig avtale foreligger, selv om denne ikke er signert.⁵⁷ Om signatur kreves for binding må bero på en tolkning av partsutsagnene. Det må klarlegges om signatur er et selvstendig krav, eller om den skriftlige kontrakten i seg selv er tilstrekkelig for binding.⁵⁸

I nyere tid har kravet til skriftlighet møtt på utfordringer, da særlig gjennom den moderne informasjonsteknologien.⁵⁹ I juridisk teori er det hevdet at et digitalt lagret dokument som utgangspunkt kan innfri partenes krav til skriftlighet. Synspunktet finner støtte i FNs organ UNICTRAL (The United Nations Commission on International Trade Law) med modellen Model Law on Electronic Commerce artikkel 5 og 6, som slår fast at der digitale dokumenter kan fylle de samme funksjoner som et papirdokument, bør de også ha samme gyldighet og samme rettsvirkning (*prinsippet om funksjonell ekvivalens*).

At et digitalt dokument kan innfri kravene til skriftlighet er etter mitt syn forsvarlig, hensett til den økte bruk av teknologi ved kontraktsinngåelse. Det kan likevel være større risiko knyttet til å begrunne innfrielse av skriftlighetskravet i et fremlagt digitalt dokument. Det vil eksempelvis kunne være vanskeligere å bevise om dokumentet faktisk er utarbeidet av partene i fellesskap, og om alle punkt i avtalen er oppnådd i overensstemmelse mellom partene. Dette er likevel problemstillinger som også kan oppstå ved en fysisk kontrakt. Å forankre innfrielse av skriftlighetskravet i et fremlagt digitalt dokument er etter mitt syn derfor ikke særlig problematisk.

2.4.3 Avtale om trinnvis binding.

Avtale om trinnvis binding kjennetegnes av at partene avtaler at binding skal inntre gradvis i forhandlingsprosessen. Typisk utarbeides det såkalte delavtaler hvor det gjøres klart at

⁵⁶ Se nærmere om dette i Rt. 2014 s. 100 avsnitt 35 flg.

⁵⁷ Hov og Høberg (2009) s. 104.

⁵⁸ Se Rt. 2014 s. 100 hvor det var tvist om forbeholdet skulle forstås som et signaturforbehold eller et forbehold om erstatningsansvar for mulige tap. Høyesterett tolket forbeholdet som et uttrykkelig forbehold om signatur. Dette var avgjørende for domresultatet, herav at avtale ikke var inngått.

⁵⁹ Hov og Høberg (2009) s. 105.

bindingen kun gjelder for delavtalens innhold. Eventuelt presiseres det også hvilke forhandlingspunkter partene ikke har kommet til enighet om.⁶⁰

Betydningen av avtalt trinnvis binding illustreres av Rt. 1992 s. 1110. Saken gjaldt tvist om det var inngått avtale om oppføring av en boligblokk med 39 eldreboliger - et prosjekt i størrelsesorden 30-40 millioner kroner. Førstvoterende viste til at der det er forutsatt et totrinns bindingsopplegg, inntreer ikke binding før avtale er inngått på begge trinn. Det forhold at et av trinnene var ferdigforhandlet, hadde kun den virkning av det skapte en lojalitetsplikt overfor partene til å forhandle videre.⁶¹

Avtalt trinnvis binding ligger nært opp til avhandlingens tema; modell om suksessiv binding. Det er i de tilfeller de kontraherende parter ikke forut for forhandlingene har avtalt at binding skal inntre gradvis at modell om suksessiv binding aktualiseres.⁶²

2.4.4 Avtalt forbehold

Fastsettelse av forbehold i forbindelse ved kontraktsinngåelse er vanlig praksis for selskaper, samvirkelag og andre profesjonelle aktører. Som regel er forbeholdet begrunnet i risikobetraktninger.⁶³ Partene ønsker å reservere seg mot den situasjon at de blir bundet før alle aspekt er klarlagt. Eksempler på typiske forbehold er selskapsgjennomgang (due diligence), styregodkjennelse og offentlig godkjennelse.

Ved forbehold om selskapsgjennomgang stiller man krav til gjennomføring av en prosess hvor informasjon om selskapet samles inn og analyseres. Denne type forbehold er vanlig i forbindelse med fusjoner⁶⁴, oppkjøp eller andre strategiske forandringer i et selskap.⁶⁵ Er det tatt forbehold om selskapsgjennomgang er forutsetningen at binding først inntreer etter at prosessen er gjennomført.⁶⁶ Dette er likevel bare et utgangspunkt. På bakgrunn av avtalefriheten kan partene avtale at forbeholdet forutsetter et bestemt resultat. I så fall vil binding først inntre dersom det avtalte resultat oppnås.

⁶⁰ Woxholth (2017) s. 122-123.

⁶¹ Se nærmere s. 1115 i dommen.

⁶² Se mer om dette i kapittel 3.

⁶³ Woxholth (2017) s. 66.

⁶⁴ Fusjon er en betegnelse for sammenslutning av selskaper. Store norske leksikon (2005-2007).

⁶⁵ Arntsen (2012) s. 1.

⁶⁶ Se eksempelvis LG-2009-19469.

Ved forbehold om styregodkjennelse stilles det som krav for binding av selskapet, at styret i sin helhet samtykker til avtalen.⁶⁷ Forbeholdet tas som regel av selskaper og foretak, og har til formål å forhindre at den ansvarlige for å fremforhandle en avtale alene gis kompetanse til å binde selskapet.⁶⁸ Som regel vil forbehold om styregodkjennelse tas uttrykkelig. For visse avtalekonstellasjoner kan styregodkjennelse likevel være en underliggende forutsetning for binding. Illustrerende er Rt. 2015 s. 600, der en styreleders avtale med et boligsameie om parkering på boligsameiets grunn ikke ble ansett inngått idet styregodkjennelse fra borettslaget manglet.⁶⁹

Endelig nevnes forbehold om offentlig godkjenning. Ved denne type forbehold stilles det som krav for binding at søknad om vedtak som krever offentlig godkjenning innvilges. Et eksempel er ved oppføring av ny bolig, hvor det er krav til godkjennelse fra kommunen.⁷⁰ Et ytterligere eksempel er ved fusjon eller oppkjøp for foretak. Her er det krav til godkjennelse fra konkurransetilsynet.⁷¹

3 Avtaleslutning gjennom modell om suksessiv binding.

3.1 Utgangspunkt og anvendelsesområde

Modell om suksessiv binding aktualiseres der partene helt uforpliktende går inn i et forhandlingsforhold, uten å statuere et bestemt bindingstidspunkt eller ha klare forutsetninger om når binding skal inntre.⁷² Den ene part ønsker eksempelvis å trekke seg fra forhandlingene under påberopelse av at han er ubundet, mens motpart påstår at avtale er kommet i stand hensett til at det er oppnådd enighet om flere punkter.⁷³ Spørsmålet blir da om bindende avtale er kommet i stand.

⁶⁷ Bråthen (2017) s. 191.

⁶⁸ Woxholth (2017) s. 124.

⁶⁹ Se lov 23. mai 1997 nr. 31 om eierseksjoner (eierseksjonsloven) § 30 (nå opphevet) som krever at beslutninger blir fattet av sameiermøtet med vanlig flertall.

⁷⁰ Se lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).

⁷¹ Se lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foreta og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 20.

⁷² Se Woxholth (2017) s. 125.

⁷³ Woxholth (2017) s. 125.

Det er i dag ubestridt at avtale kan stiftes gjennom forhandlinger. Dette er av Høyesterett lagt til grunn i en rekke avgjørelser.⁷⁴ Synspunktet er at avtale anses inngått når partene har kommet til enighet om de vesentlige punkter.⁷⁵ Med vesentlige punkter siktes det som nevnt til enighet om realytelsen og dets innhold, pris og oppfyllestidspunkt.⁷⁶

Opprinnelig ble slutningsformen utarbeidet med sikte på enklere kontraktsforhold,⁷⁷ typisk ved kjøp og salg eller levering av alminnelige tingytelser eller tjenester. Slutningsformen er i teorien begrunnet i at partene, idet de har blitt enige om de vesentlige punkter, har manifestert en vilje og et ønske om å binde seg.⁷⁸ Videre vil det ved enklere kontraktsforhold være forholdsvis enkelt å fylle eventuelle tomrom ved hjelp av deklarasjonsrett eller kutymmer,⁷⁹ idet lovgivningen gjennomgående er oversiktlig og detaljert.

Modell om suksessiv binding er likevel generelt utformet. Høyesterett har derfor over tid gitt slutningsformen et mer vidtrekkende anvendelsesområde. Spørsmålet blir da hvor grensen over til det avtalestiftende går, og om det gjelder ulike krav hensett til avtaletype.

3.2 Hensynene bak modell om suksessiv binding

Ved modell om suksessiv binding aktualiseres vektige hensyn både til gunst og ugunst for slutningsformen. For å få innsikt i hvorfor modellen er akseptert, og også hvorfor den er utsatt for kritikk,⁸⁰ er det nødvendig å se nærmere på hensynene bak slutningsformen.

Til fordel for avtalebinding kan særlig forventningsprinsippet trekkes frem.⁸¹ Der partene går inn i et forhandlingsforhold og blir enige om hovedpunktene, vil en part normalt få en forventning om at avtale er kommet i stand. Der forventningen også er berettiget, er det liten grunn til å anse motpart uforpliktet. På tross av at den store hovedregelen er at partene selv må bære risikoen for sine forventninger,⁸² er tanken at der forventningen objektivt sett er

⁷⁴ Eksempelvis Rt. 1998 s. 946 og Rt. 2014 s. 100.

⁷⁵ Woxholth (2017) s. 126.

⁷⁶ Hagstrøm (1995) s. 595 og Hov og Høberg (2009) s. 136.

⁷⁷ Hagstrøm (1995) s. 596.

⁷⁸ Woxholth (2006) s. 155.

⁷⁹ Hagstrøm (1995) s. 595.

⁸⁰ Se kapittel 4.

⁸¹ Woxholth (2017) s. 31.

⁸² Rt. 2002 s. 1110 (s. 1118).

berettiget, bør den også beskyttes. Når en forventning er berettiget kan ikke besvares generelt, men må avgjøres etter en konkret helhetsbedømmelse.⁸³

Til dette kan det innvendes at det knytter seg betenkeligheter med å konstatere binding når ikke alle sentrale aspekt i avtaleforholdet er avklart. Rimelighetshensyn kan derfor tale mot binding. Ved enkle avtaleforhold vil imidlertid dette sjelden være et viktig argument, da eventuelle tomrom, som tidligere nevnt, kan utfylles ved hjelp av deklarasjonsrett og kutymer.⁸⁴ Som eksempel kan nevnes lov 13. mai 1988 nr. 27 (kjøpsloven) § 45 første ledd som sier at der kjøp er inngått uten at pris er avtalt, skal kjøperen betale "gjengs" pris. I dette ligger at prisen skal svare til det samme gjenstand eller tjeneste ville kostet under tilsvarende forhold.⁸⁵

Ved mer komplekse avtaler har argumentet mer for seg. I større og mer komplekse avtaler vil det kunne være vanskeligere å fylle eventuelle tomrom ved hjelp av deklarasjonsrett. Hva er eksempelvis gjengs pris på å bygge en tunell under Oslofjorden mellom Drøbak og Drammen? Om man i et slikt tilfelle skulle begrunne binding med at pris kan utfylles ved hjelp av deklarasjonsrett, ville det i ytterste konsekvens kunne føre til at partene sto igjen med en urimelig og praktisk sett ugjennomførbar avtale.

Et ytterligere hensyn til inntekt for modell om suksessiv binding er hensynet til lojalitet i kontraktsforhold.⁸⁶ Dersom forhandlingene har pågått over lengre tid og partene har blitt enige om en rekke punkter, kan det oppfattes som illojalt av en part å trekke seg i siste liten.

Min oppfatning er imidlertid at lojalitetshensynet også kan tale mot binding. Særlig gjelder dette ved mer komplekse avtaler. Innad i lojalitetshensynet inngår tillitsbetraktninger. Om en avtale reelt sett foreligger fordi partene har kommet til enighet om vesentlige punkter, men den ene part ikke ønsker å fullbyrde avtaleforholdet, er det uheldig om man tvinger motpart til å fullbyrde. Bruk av tvang vil som regel være ødeleggende for tilliten mellom partene. Momentet kan likevel ikke sies å være særlig tungtveiende, da det er forholdsvis enkelt å

⁸³ Woxholth (2017) s. 32.

⁸⁴ Woxholth (2017) s. 126.

⁸⁵ Se Ot.prp.nr. 81 (1986-1987) s. 99.

⁸⁶ Hov og Høberg (2009) s. 38.

reservere seg mot binding, eksempelvis ved å ta forbehold.⁸⁷ En part som unnlater å ta forbehold om skriftlighet bør eksempelvis selv bære risikoen for at han senere kommer så langt i forhandlingene at avtale må anses inngått. Forutberegnelighets- og forventningsprinsippet må her veie tyngst, til fordel for den part som har en berettiget forventning om binding.

Også hensynet til omsetningslivets sikkerhet har vært betraktet som et hensyn til gunst for binding gjennom forhandlinger. Synspunktet er blant annet fremmet av Kurt Grönfors i svensk teori.⁸⁸ Han fremholder at avtaler fremmer økonomisk aktivitet i samfunnet og at det vil være hemmende for samfunnsøkonomien, samt for risikabelt for den enkelte, om en part skulle ha rett til å trekke seg når det foreligger enighet om avtalens kjernepunkter. Han mener at en modell som åpner for at en part kan trekke seg når kun enkeltheter gjenstår, ville «vara alltför riskfylld för att kunne användas inom affärslivet».⁸⁹ Også Woxholth anser omsetningslivets sikkerhet som et relevant hensyn.⁹⁰

Gjennomgangen viser at det er vektige hensyn både til gunst og ugunst for modell om suksessiv binding. Slutningsformen synes likevel, ut ifra et rent hensynsperspektiv, å kunne forsvares. For det første er det overvekt av hensyn til fordel for slutningsformen. Videre er de hensyn som taler for å akseptere slutningsformen blant de mest sentrale innen avtaleretten. Om det likevel, i tilknytning til mer konkrete tilfeller, er mulig å kritisere modellen skal vi se nærmere på i kapittel 4.

3.3 Rekkevidden av modell om suksessiv binding

3.3.1 Det teoretiske utgangspunkt

Med utgangspunkt i de foran skisserte hensyn er det i teorien uenighet om rekkevidden av modell om suksessiv binding. Enkelte teoretikere mener at enighet om vesentlige punkter som hovedregel er nok for å statuere binding, uavhengig av avtaletype og avtaleforhold. Andre stiller seg kritisk til at en avtale kan komme i stand, kun gjennom enighet om hovedpunktene, da særlig ved komplekse avtaletyper.

⁸⁷ Woxholth (2017) s. 127.

⁸⁸ Grönfors (1993).

⁸⁹ Grönfors (1993) s. 76.

⁹⁰ Se nærmere Woxholth (2017) s. 127 flg.

Arnholm har fremholdt at det ved større og mer komplekse avtaleforhold må stilles strengere krav til binding. Utover dette gir han lite veiledning.⁹¹

Krüger mener at rekkevidden av modellen må bero på en konkret vurdering. Han henviser likevel til visse allmenne kriterier, idet han sier at det må ses hen til hva som er vanlig på vedkommende livsområde, hvilke grunner man i tilfelle har for å formalisere den påståtte enighet skriftlig og hvordan partene selv har ansett sitt mellomværende.⁹²

Selvig er noe mer spesifikk i sin tilnærming. Han mener at det ved mer komplekse forhandlingsforhold er et behov for å la partene slutføre sine forhandlinger og se det endelige resultatet før de tar standpunkt til om de vil binde seg. Han finner derfor at det ved komplekse forhandlingsforhold må antas å ligge en forutsetning om skriftlighet, slik at partene først blir bundet idet et skriftlig avtale foreligger.⁹³

Woxholth sin fremstilling er mest i tråd med hvordan modellen blir praktisert. Han fremholder at det gjennom rettspraksis er lagt til rette for en konkret vurdering av bindingsspørsmålet. Det kan derfor ikke sies å gjelde noen generell presumsjon om at manglende skriftlighet i komplekse avtaleforhold taler mot binding. Han påpeker likevel at «hvis avtaleforholdet både er langvarig, komplisert og sammensatt, må det nok sies å gjelde en presumsjon om at binding krever en ferdigforhandlet avtale, eventuelt underskrift».⁹⁴

Endelig har vi Lilleholt, som er av den oppfatning at modell om suksessiv binding på generelt grunnlag rekker for langt. Den store hovedregelen må være at partene kan forhandle om en kontrakt uten å binde seg. Synspunktet om at partene er bundet kun fordi de er blitt enige om de vesentlige punkter bør derfor anvendes med forsiktighet.⁹⁵

Personlig finner jeg Woxholth sin fremstilling mest treffende. Herav at en avtale, uavhengig av avtaletype, kan stiftes gjennom enighet om vesentlige punkter, men at spørsmålet om bindende avtale faktisk foreligger i den enkelte sak må bero på en konkret vurdering. Jeg

⁹¹ Arnholm (1964) s. 74.

⁹² Krüger (1989) s. 37-44.

⁹³ Selvig (1998) s. 245.

⁹⁴ Woxholth (1998) s. 151

⁹⁵ Lilleholt (2017) s. 127.

stiller meg likevel noe kritisk til Woxholth når han fremholder at det ved komplekse avtaler nok må stilles strengere krav for binding, og at det eventuelt også må kreves underskrift.⁹⁶ Bakgrunnen for mitt syn fremgår av punkt 4.2.

3.3.2 Enkle avtaler

Ved forholdsvis enkle avtaler er utgangspunktet klart; enighet om vesentlige punkter stifter rett og plikt.⁹⁷ Er det i tillegg tale om standardiserte ytelser rekker modell om suksessiv binding enda lenger. Avtale kan da anses brakt i stand selv om partene ikke har kommet til enighet om alle hovedpunkter. Ikke engang prisspørsmålet vil nødvendigvis være til hinder for binding. Dette skyldes at det ved avtale om standardiserte ytelser er lettere å benytte deklarasjonsrett til utfylling,⁹⁸ uten overveiende fare for et urimelig resultat.

Illustrerende er Rt. 1914 s. 925. Saken gjaldt tvist om frakt av trelast. Partene hadde blitt enige om frakttidspunkt og fraktgjensstand. Fraktpris var imidlertid ikke avtalt og fraktfører mente seg derfor ubundet. Retten konkluderte med at avtale var inngått, tross manglende enighet om pris. Avgjørende var at fraktpris kunne beregnes ut ifra de alminnelige satser for frakt til sjøs.

Samme resultat kom retten til i Rt. 1920 s. 786 vedrørende tvist om salg av 20 tonn tinn. Høyesterett la avgjørende vekt på korrespondansen mellom partene, og at de hadde kommet til enighet om sentrale punkter. Det forhold at partene ikke var blitt enige om betalingsmåte og rembours⁹⁹ var ikke avgjørende, all den tid befrakter måtte kunne regne med at man fulgte bransjens alminnelige satser. Når det var tale om en generisk ytelse var det ikke betenkelig å følge bransjesatsene.

I Rt. 1965 s. 638 kom retten derimot til motsatt resultat. Spørsmålet var om det var inngått avtale om kjøp av et parti tørrfisk. Avtaleforholdet bygget på en sammenblanding av tilbud og aksept og forhandlinger. Høyesterett fant i likhet med Lagmannsretten at bindende avtale ikke var inngått. Primært forelå ikke sammenfallende tilbud og aksept. Hva gjaldt forhandlingene

⁹⁶ Woxholth synes ikke å direkte ha gått tilbake på sitt syn i senere publiserte verk.

⁹⁷ Woxholth (2017) s. 126.

⁹⁸ Se eksempelvis kjøpsloven § 45 og håndverktjenesteloven § 32.

⁹⁹ Rembours er en type betalingsmåte der kjøper inngår avtale med en bank som garanterer betaling til selger mot at denne leverer varen. Det norske Akademiets ordbok (NAOB).

fant retten at partene hadde kommet til enighet om sentrale punkter. Likevel gjensto det å bli enige om vilkår for handelen, som provisjon og kvalitet på fisken. Det var videre problematisk å bruke deklarasjonsrett til utfylling, da avtaler om kjøp av fisk ville variere ut ifra type fisk som skulle kjøpes, hvor den skulle leveres og hvem som skulle være mottager. Når provisjon og fiskens kvalitet var så sentrale forhold, ville det være uforsvarlig å tvinge igjennom avtalen.

Avgjørelsene illustrerer at enighet om vesentlige punkter som hovedregel er avtalestiftende ved enklere avtaler. Hvorvidt partene har kommet til tilstrekkelig enighet må imidlertid vurderes konkret. Selv hvor man har å gjøre med et standardisert avtaleforhold, hvor binding kan inntre uten at det foreligger enighet på alle punkt, må bindingsspørsmålet avgjøres ut ifra hva som opprinnelig var siktemålet med avtalen, hvor mange komponenter i avtaleforholdet det er vanlig å forhandle om individuelt og om det samlet er rimelig å konstatere binding. Avgjørelsene eksemplifiserer videre, etter mitt syn, at graden av standardisering er et relevant moment i bindingsvurderingen; desto mer standardisert avtaletypen er, jo sterkere vil presumsjonen i retning av binding være. Jeg tolker eksempelvis avgjørelsen fra 1965 slik at fordi det dreide seg om en mindre standardisert avtale, var det også vanskeligere å fylle tomrom ved hjelp av deklarasjonsrett, uten risiko for et urimelig resultat. Avtaleforholdet var i større grad avhengig av konkretisering fra partene, og utfylling kunne raskere føre til et sluttresultat som skred langt fra det partene opprinnelig tok sikte på. Dette var igjen bakgrunnen for at retten var mer tilbakeholden med å konstatere binding. I dommene fra 1914 og 1920 var det derimot tale om mer standardiserte ytelser, og risikoen for et urimelig resultat var mindre ved utfylling fra deklarasjonsrett.

Presumsjonen om binding ved enighet om vesentlige punkter ved enklere avtaleforhold synes godt begrunnet. Dersom partene er kommet til enighet om hovedpunktene, og avtaleformen er enkel ved at den innehar få komponenter og er relativt klar, ville det være å sette terskelen for høyt dersom avtale ikke skulle anses inngått. At man ved enklere avtaleforhold anser bindende avtale for å foreligge ved enighet om vesentlige punkter er også i overensstemmelse med sentrale prinsipper i avtaleretten, slik som lojalitets- og forventningsprinsippet og hensynet til forutberegnelighet. Videre er det etter mitt syn like gode holdepunkter for binding der partene har forhandlet og blitt enige om hovedpunktene, som der partene har fulgt avtalelovens system med tilbud og aksept. Det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende,

og det er vanskelig å se at lojalitets- og forventningsprinsippet står sterkere ved fremsettelse av tilbud og aksept enn ved forhandlinger.

3.3.3 Omsetning av fast eiendom

Også ved omsetning av fast eiendom er utgangspunktet at enighet om vesentlige punkter er avtalestiftende.¹⁰⁰ Fast eiendom er likevel en mer kompleks og langt mer betydningsfull disposisjon for den enkelte, og det kan derfor argumenteres for at kravene for bundethet, *de lege ferenda*, må skjerpes. Om dette likevel er forenlig med hvordan modellen blir praktisert må bero på en nærmere analyse.

I Rt. 1935 s. 1000 hadde en sparebank kjøpt en eiendom på tvangsauksjon. Tidligere eier ønsket imidlertid å kjøpe boligen tilbake og gikk derfor inn i forhandlinger med banken. Det ble opprettet et skriftlig grunnlag for kjøpet og kjøpesum ble avtalt. Etter at kjøper fikk ordnet med finansiering nektet imidlertid banken å fullføre handelen under påberopelse av at endelig avtale ikke var inngått. Retten fant at det skriftlige dokumentet ikke utgjorde noen bindende kjøpskontrakt. Når partene likevel hadde forhandlet over flere måneder og i tillegg til realytelsen var blitt enige om et så sentralt moment som pris, måtte avtale anses inngått. Det forhold at effektivering av kjøpet ikke var klarlagt, og at det tok noe tid fra forhandlingene fant sted til kjøper krevde oppfyllelse, ble ikke ilagt særlig vekt.¹⁰¹

I avgjørelsen la retten ikke til grunn en strengere terskel for binding. Tvert imot synes retten å bygge bindingsvurderingen på en forholdsvis lav terskel, hensett til at det dreide seg om en større eiendomstransaksjon.

Det kan likevel ikke utledes av avgjørelsen en presumsjon for binding der partene har kommet til enighet om realytelse og pris.

Dette underbygges av Rt. 1996 s. 415 som gjaldt tvist i forbindelse med salg av en leilighet. Partene var enige om realytelsen og kjøpesum, men spørsmålet var om enigheten også omfattet tidspunktet for overtakelse. Retten uttalte på side 418-419 at:

¹⁰⁰ Se blant annet Rt. 1996 s. 415 s. 418 flg.

¹⁰¹ Se også RG-1987-951 (Agder lagmannsrett) der avtale ble ansett inngått på bakgrunn av enighet om realytelse og pris.

«Når det gjelder fast eiendom, er det i rettspraksis lagt til grunn at dersom det er enighet om kjøpesummen og øvrige vesentlige forhold, vil en bindende avtale kunne anses inngått selv om partene ikke har avklart alt som er nødvendig for å komme frem til en fullstendig avtale [...] Ved kjøp av boligeiendom vil spørsmålet om overtakelsestidspunkt ofte være av vesentlig betydning [...] Slik situasjonen var, finner jeg at bindende avtale om kjøp av leiligheten ikke kan anses inngått bare på grunnlag av enighet om kjøpesummen».

Resultatet ble likevel binding. Dette ble av retten begrunnet i at partene hadde oppnådd tilstrekkelig konsens rundt overtakelsestidspunktet, slik at det nærmest måtte sies å foreligge enighet også på dette punkt.

Det kan utledes av avgjørelsen at enighet om overtakelsestidspunkt er et moment av vesentlig betydning for bindingsspørsmålet ved avtale om fast eiendom. Dette er også et forsvarlig utgangspunkt. Jeg stiller meg likevel noe kritisk til avgjørelsen. For det første fordi partene rent faktisk ikke var blitt enige om overtakelsestidspunkt. Det forhold at partene gjennom forhandlingene var kommet nær enighet om overtakelsestidspunkt, er ikke forenlig med det å faktisk ha blitt enige. Når Høyesterett likevel synes å likestille disse trekker de begrepet *enighet* noe langt. Videre legger retten i realiteten ikke avgjørende vekt på overtakelsestidspunktet. Det fremtredende i Høyesteretts argumentasjon var at det var oppnådd enighet om realytelse og pris. Når overtakelsestidspunktet ikke ble ilagt særlig vekt, burde momentet heller ikke blitt trukket frem som avgjørende. Retten burde i stedet fokusert på de ytterligere faktorer som talte for binding. Eksempelvis at partene hadde forhandlet over nesten to måneder, og at motpart nokså sent i forhandlingsprosessen anførte at de anså seg uforpliktet.

Ut ifra de nevnte avgjørelser kan det vanskelig sies å gjelde strengere krav for binding ved avtaler om fast eiendom. Enkelte modifikasjoner forekommer likevel. En avgjørelse som kan tas til inntekt for at det oppstilles en skjerpet terskel er Rt. 1955 s. 719. Spørsmålet var om muntlige forhandlinger hadde ledet til salg av en landbrukseiendom. Høyesterett uttalte på side 720 at:

«Ved avgjørelsen av spørsmålet må man [...] ha for øye at det her gjelder salg av en jord- og skogbrukseiendom av betydelig størrelse og verdi [...] Det har i et tilfelle som dette i sterk grad formodningen mot seg at det er kommet til bindende avtale så lenge ikke noe er skrevet».

Når uttalelsen både er av generell karakter og er blitt fulgt opp i senere avgjørelser,¹⁰² kan den tas til inntekt for at det gjelder et skjerpet krav for binding ved fast eiendom.

Avgjørelsen er likevel av eldre dato. Ser man også hen til nyere avgjørelser er uttalelsen ikke fulgt opp. Tvert imot har Høyesterett i de senere år konstatert binding selv hvor det har dreid seg om betydelige verdier og partene ikke har vært enige om alle vesentlige punkter.¹⁰³ Retten har også, i enkelte avgjørelser, lempet på kravet for bundethet. Illustrerende er Rt. 1959 s. 6 der retten uttalte at man måtte kunne lempe noe på kravene ved handel mellom nært beslektede. Rt. 1995 s. 719 reflekterer derfor ikke dagens rettstilstand.

I de til nå nevnte avgjørelser står tvisten mellom private parter. En tilstrekkelig analyse av modell om suksessiv binding tilknyttet fast eiendom forutsetter imidlertid at det også ses hen til avgjørelser der profesjonelle aktører opptrer som part. Ved å analysere avgjørelser med ulike partskonstellasjoner vil man kunne undersøke om partsforholdet har betydning for bindingsvurderingen. Omfanget av rettspraksis der partene opptrer som profesjonelle er likevel mer begrenset, all den tid profesjonelle aktører i større grad benytter seg av mekling eller inngår forlik ved konflikt.

Rt. 1991 s. 1171 gjaldt tvist om hvorvidt det var inngått avtale mellom to næringsdrivende om kjøp av et større tomteareal. Høyesterett fant at avtale var inngått. Avgjørende var at partene var kommet til enighet om vesentlige punkter slik som om pris, overtakelse og grensedragninger på tomten. Videre hadde kjøper i et brev bedt selger om å bekrefte overenskomsten, hvilket selger også gjorde. Kjøper ga dermed selger rimelig grunn til tro at avtale var inngått. At det var noe uklart hvordan brevet skulle forstås, måtte kjøper selv bære risikoen for. Retten fant det videre ikke avgjørende at partene ikke var blitt enige om preferanseklausul, konsesjon og etableringsløyve. Ei heller var det avgjørende at forhandlingene ikke var nedfelt skriftlig.¹⁰⁴

¹⁰² Se Rt. 1985 s. 1265 hvor retten viste tilbake til avgjørelsen av 1955.

¹⁰³ Se eksempelvis Rt. 1959 s. 6, Rt. 1987 s. 1205 og Rt. 1998 s. 946.

¹⁰⁴ Det er ikke funnet ny Høyesterettspraksis som avviker fra avgjørelsen.

Videre nevnes LH-2017-18875 (Hålogaland lagmannsrett). Tvisten sto om hvorvidt det var inngått avtale om overdragelse av en eiendom til et prosjektselskap. Eiendomsselskapet BSN Eiendom AS (BSN) kjøpte en eiendom. Deretter gikk selskapet inn i forhandlinger med to ytterligere selskap, med formål om samarbeid om boligutvikling. I fellesskap ble det stiftet et prosjektselskap og opprettet en aksjonæravtale. Etterhvert ble samarbeidsforholdet dårlig og det ble tvist om BSN hadde plikt til å overføre eiendommen til prosjektselskapet. Retten fant at så var tilfellet. Både partenes handlemåte og etterfølgende atferd tilsa at avtale var stiftet. Partene hadde utarbeidet et samarbeidsdokument der sentrale punkter var klarlagt. Videre hadde partene i etterkant av forhandlingene opptrådt som om de anså seg bundet. De hadde blant annet pådratt seg utgifter i forbindelse med utbyggingen og sendt søknad til kommunen om byggetillatelse. Saken ble av BSN anket til Høyesterett, men nektet fremmet.¹⁰⁵

Det er vanskelig å svare på om retten, ut ifra de to avgjørelsene, hever terskelen for bundethet der partene er profesjonelle. Partene var tross alt kommet til enighet om relativt mange forhold og forhandlingene hadde pågått over lengre tid. Det er likevel mulig å ta rettens fremgangsmåte til inntekt for at det ikke gjelder en strengere terskel for binding der partene er profesjonelle. Dette hensett til at det er det samme utgangspunkt og det samme vurderingstema som benyttes ved løsning av tvistene, og at retten vektlegger de samme moment i sin argumentasjon.

På bakgrunn av de overfor nevnte avgjørelser synes enighet om vesentlige punkter også å være det avgjørende for bindingsspørsmålet ved avtaler om fast eiendom. Det kan videre ikke sies å gjelde en strengere terskel for binding ved fast eiendom, til tross for at man har å gjøre med en mer kompleks og beløpsmessig større disposisjon. Ei heller synes partenes stilling å være et moment av nevneverdig betydning i bindingsvurderingen.

3.3.4 Komplekse avtaler

Komplekse og omfangsrike avtaler mellom profesjonelle aktører bygger som hovedregel på omfattende forutgående forhandlinger.¹⁰⁶ Ikke sjelden blir det i løpet av forhandlingene fremsatt en rekke forslag og motforslag, korrigeringer og tilføyelser, uten at utsagnene isolert

¹⁰⁵ Se HR-2017-1854-U.

¹⁰⁶ Hov (2002) s. 117.

sett er bindende for partene.¹⁰⁷ Spørsmålet blir så når forhandlingene går over til å få bindende virkning.

Som illustrert i punkt 3.3.1 er det i teorien delte meninger om rekkevidden av modell om suksessiv binding i tilknytning til komplekse avtaler. Rettspraksis viser videre at spørsmål om en kompleks, beløpsmessig stor, og/eller langsiktig avtale er kommet i stand, sjelden reiser seg i «ren form». I lys av faktiske forhold, eksempelvis praksis mellom partene eller forretningsetiske regler, har sakene en tendens til å bli løst mer konkret, og Høyesterett utpensler sjelden prinsipielle retningslinjer for vurderingen.¹⁰⁸

Det er likevel utvilsomt slik at bindingsvurderingens kompleksitet øker ved komplekse avtaler. Forhandlingene vil som regel omfatte langt flere elementer og tradisjon og praksis rundt kravet om skriftlighet står sterkere.¹⁰⁹ Manglende skriftlighet er eksempelvis blitt brukt som et tungtveiende argument mot binding i flere avgjørelser.¹¹⁰ Det er videre mer problematisk å anvende deklatorisk rett til utfylling, idet avtaleforholdet er så individuelt bestemt at utfylling raskt kan føre til urimelige resultater. Når behovet for å se det endelige resultat også gjennomgående er større,¹¹¹ kan det argumenteres for at det ved komplekse avtaler er mer uheldig å bli bundet underveis i forhandlingene. Modell om suksessiv binding møter slik sett på særlige utfordringer ved komplekse avtaler og den i teorien utviste skepsis synes velbegrunnet. Det er likevel lite som tyder på at Høyesterett har fulgt opp synspunktene i rettspraksis.

En avgjørelse som kan tas til inntekt for at det gjelder strengere krav for binding er Rt. 1981 s. 1047. Her ble spørsmålet om det var stiftet et kommandittselskap ved muntlige forhandlinger eller gjennom konkludent adferd besvart benektende. Høyesterett uttalte på s. 1056 at:

«Skal et selskap anses stiftet ved muntlige viljeserklæringer eller ved konkludent atferd, må det etter min mening stilles ganske strenge krav til bevisene. Det har i seg selv formodningen mot seg at det har vært deltagernes mening å inngå en bindende selskapsavtale, uten at dette kommer til uttrykk gjennom deres underskrift på avtalen.»

¹⁰⁷ Hov (1998) s. 112.

¹⁰⁸ Woxholth (2017) s. 127-128.

¹⁰⁹ Se forutsetningsvis Hov og Høberg (2009) s. 140-141.

¹¹⁰ Se eksempelvis Rt. 1964 s. 1260, Rt. 1985 s. 1265 og Rt. 1981 s. 1047.

¹¹¹ Woxholth (2017) s. 127.

Avgjørelsen kom imidlertid før Rt. 1998 s. 946, som av mange er betraktet som opphavet til bruk av modell om suksessiv binding ved komplekse avtaler. Saken gjaldt tvist om hvorvidt det var inngått avtale om kjøp av halvparten av aksjene i et vinagentselskap. Retten konkluderte med at så var tilfellet. Partene hadde forhandlet over en periode både gjennom fysiske møter og per brev. Videre var partene blitt enige om pris på aksjene, overdragelsestidspunkt og kjøpesum på en leilighet, frafall av pensjonsrettigheter og øvrige vilkår for kjøpers inntreden i selskapet. Vedrørende den ene parts anførsel om at det dreide seg om et så komplekst avtaleforhold at forhandlingene ikke alene kunne anses avtalestiftende uttalte retten på side 958:

«Muntlige avtaler er bindende med mindre annet følger av lov, avtale eller er forutsatt mellom partene. Høyesterett har i flere avgjørelser ut fra en konkret vurdering lagt til grunn at partene blir bundet når de er blitt enige om alle vesentlige punkter i en avtale, selv om ikke alle forhold er avklart og undertegnet avtale ikke foreligger».

Det ble også fremhevet at dersom partene ønsket å stå fritt til å trekke seg fra forhandlingene, burde et så vesentlig forbehold vært tatt relativt tidlig i forhandlingsprosessen. Når selger ikke hadde tatt et slikt forbehold, og partene var blitt enige om de mest sentrale forhold, måtte avtale anses inngått.

En forlengelse av dommen følger av Rt. 2006 s. 1585. Saken gjaldt tvist om hvorvidt to budgivere hadde inngått en samarbeidsavtale vedrørende skog og utmarksarealer. Retten bemerket at fordi det dreide seg om store verdier, og var tale om et samarbeidsforhold mellom parter som ikke før hadde møtt hverandre, ville det normalt forventes skriftlighet. Partene var imidlertid konkurrenter. Når de videre var blitt enige om å inngi samme bud, ville det ha formodningen mot seg om avtale ikke skulle anses å foreligge ved inngivelse av budene. Det ville blant annet være «helt usannsynlig at de skulle være villige til å gi avkall på muligheten til å inngi det høyeste budet, uten å få noe igjen.»¹¹²

Avgjørelsen strekker seg langt i retning av binding, idet Høyesterett konkluderer med at avtale var inngått på tross av at det manglet avklaring på flere sentrale punkt. Partene hadde

¹¹² Se Rt. 2006 s. 1585 avsnitt 47.

blant annet kun delvis regulert deres mellomværende etter et eventuelt kjøp. Saksforholdet var likevel særegent, og resultatet synes å bygge på hva som fremsto som rimelig og naturlig i den konkrete sak. Den relativt lave terskelen som ble oppstilt i avgjørelsen kan derfor ikke sies å gjelde generelt. Det er likevel interessant å merke seg at Høyesterett, på området for et komplekst avtaleforhold, konstaterer binding selv om det ikke engang forelå enighet om hovedpunktene. Avgjørelsen avviker slik sett fra det retten tidligere har betraktet som kjernen i bindingsvurderingen, nemlig enighet om vesentlige punkter.

Et ytterligere eksempel for komplekse avtaler er Rt. 2011 s. 410. Spørsmålet var om Ernst & Young hadde inngått avtale med Optimogården om leie av en forretningseiendom.

Avgjørende for retten var at partene var blitt enige om flere sentrale punkt. Videre var det som skulle fungere som den endelige leiekontrakten utarbeidet. Når Optimogården også var i ferd med å pådra seg utgifter som følge av forhandlingene, og dette var synlig for Ernst & Young, måtte partene anses bundet. Det ble også vist til at selskapet sto nærmest til å bære risikoen for at deres daglige leder, som hadde stått for forhandlingene, hadde gitt motpart en berettiget forventning om binding.

I en nyere lagmannsrettsdom, LB-2012-177650 (Borgarting lagmannsrett) vedrørende tvist om erstatning for påstått rettsstridig avtalefragåelse, går retten tilbake til synspunktet om at det må oppstilles en strengere terskel for binding ved komplekse avtaler. Magnum Eiendomsmegling og Krogsveen hadde forhandlet om overdragelse av Magnum. Krogsveen trakk seg imidlertid fra forhandlingene. Magnum reiste krav om erstatning for brudd på kjøpsavtalen. Lagmannsretten fant enstemmig at avtale ikke var inngått. Retten uttalte at:

«I mer komplekse avtaleforhold, slik som i saken her, skal det [...] mer til før bindende avtale kan anses inngått så lenge avtalen ikke er formalisert ved et undertegnet avtaledokument».

I saken hadde partene forhandlet over en periode på over ett år og var dessuten kommet til enighet om flere sentrale punkter. Når retten likevel konkluderte med at avtale ikke var inngått, synes dette å være begrunnet i at avtaleforholdet, etter rettens syn, var så komplekst at det måtte stilles strengere krav for binding.

Avgjørelsen er likevel en lagmannsrettsdom med mindre rettskildemessig vekt.¹¹³ Den er også blitt tilsidesatt i nyere avgjørelser. Eksempelvis av Rt. 2014 s. 100 der det i avsnitt 29-30 ble uttalt at:

«Høyesterett har i flere avgjørelser ut fra en konkret vurdering lagt til grunn at partene blir bundet når de er blitt enige om alle vesentlige punkter i en avtale, selv om ikke alle forhold er avklart og undertegnet avtale ikke foreligger [...]. Denne rettsstilstanden innebærer altså at man, selv ved mer kompliserte forhandlinger, kan risikere å bli ansett bundet til en avtale uten selv å være oppmerksom på at forhandlingene har nådd et slikt stadium».

Slik jeg tolker uttalelsen er rettens syn at også der man har å gjøre med komplekse avtaler, kan partene ha kommet så langt i forhandlingsløpet at bindende avtale fremstår som rimelig. Synspunktet er også velbegrunnet. Det er vanskelig å se at komplekse avtaler er en så særegen avtaletype at modell om suksessiv binding ikke bør få anvendelse. Profesjonelle parter er for det første en partsgruppe som det må forventes at utviser særlig aktsomhet. Når partene også forholdsvis enkelt kan reservere seg mot å bli bundet i forhandlingsfasen ved å ta forbehold, bør partene selv bære konsekvensene av å unnlate å gjøre dette.¹¹⁴ Binding kan da ikke forkastes kun på grunnlag av at forhandlingsforholdet er komplekst.

Ytterligere til støtte for at det ikke gjelder skjerpene krav ved komplekse avtaler gir HR-2017-971-A, en avgjørelse fra Høyesteretts ankeutvalg. Saken gjaldt tvist om det var inngått en provisjonsavtale mellom to firmaer. Firmaene hadde over en periode drøftet muligheten for å kombinere virksomhetenes ulike produkter. Firma A hadde medvirket til å introdusere det andre firmaets produkt overfor en kjøper, og var i flere måneder bindeledd mellom firma B og kjøperen. Samarbeidet førte til et større salg for firma B. Firma A fremmet deretter krav mot firma B om provisjon. Det forelå ingen skriftlig eller muntlig avtale. Retten la derfor avgjørende vekt på om avtale kunne anses stiftet i lys av partenes samarbeid og felles interesse i å fremme hverandres produkter. Flertallet fant at dette ikke var tilfellet. Partene var ikke blitt enige om vilkår for en eventuell provisjonsavtale og det forelå ingen felles forståelse mellom partene.

¹¹³ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 162.

¹¹⁴ Woxholth (2017) S. 127.

Til tross for resultatet er det viktig å merke seg ved avgjørelsen at Høyesterett legger avgjørende vekt på om partene gjennom sitt samarbeid hadde kommet til enighet om hovedpunktene. Det kan derfor argumenteres for at dersom slik enighet forelå, ville avtale blitt ansett inngått. Dette underbygges av at mindretallet på to dommere fant at partene hadde en felles forståelse om provisjon, slik at avtale forelå.

Avgjørelsene sett i sammenheng illustrerer at det heller ikke for komplekse, kommersielle avtaler kan sies å gjelde strengere krav for binding. Også her er det avgjørende om det er oppnådd enighet om vesentlige punkter.

3.4 Øvrige momenter i vurderingen

3.4.1 Generelt

Kravet til enighet om vesentlige punkter er det sentrale vurderingstemaet etter modell om suksessiv binding. Det er likevel kun et minstekrav for binding.¹¹⁵ Rettspraksis viser at også alminnelige avtalerettslige disposisjonskriterier (*rettsfakta*) vektlegges i vurderingen. Kriteriene fungerer som støtteargument enten for eller mot binding,¹¹⁶ og vil i tvilssituasjoner ofte være avgjørende for resultatet.

3.4.2 Partsforhandlingenes lengde

For det første er partsforhandlingenes lengde et sentralt moment ved bindingsspørsmålet.¹¹⁷ Der en part trekker seg tidlig i forhandlingsfasen, er det normalt en presumsjon for at det ikke er oppnådd enighet om vesentlige punkter, slik at avtale ikke foreligger.¹¹⁸ Har forhandlingene derimot pågått over lengre tid, er det naturlig at partene også har kommet til enighet om flere punkter. Lengre forhandlinger vil derfor kunne være et sterkt argument i retning av binding.¹¹⁹ Vekten av momentet må likevel tilpasses til hva partene faktisk har kommet til enighet om. Forhandlingene kan eksempelvis ha pågått over lenge tid uten at partene har klart å komme til enighet om mer enn noen enkeltpunkter.

¹¹⁵ Woxholth (2009) s. 144.

¹¹⁶ Woxholth (2009) s. 123-124.

¹¹⁷ Grönfors (1993) s. 75.

¹¹⁸ Woxholth (1998) s. 142.

¹¹⁹ Woxholth (2017) s. 126-127.

En avgjørelse hvor forhandlingenes lengde synes å bli vektlagt er Rt. 2010 s. 1478. Saken gjaldt tvist om hvorvidt det var inngått avtale om et felles garasjeleggsprosjekt. Etter to forhandlingsmøter kjøpte en av partene tomten alene, og informerte om at han ikke lenger ville være deltakende i garasjeleggsprosjektet. De øvrige parter hevdet at han ikke kunne trekke seg, idet det allerede var inngått en bindende avtale. Høyesterett fant at det ikke var inngått noen samarbeidsavtale om utvikling av garasjelegg. Forhandlingene hadde kun bestått i to møter, og flere sentrale punkt sto uavklart. Når det også dreide seg om betydelige verdier hadde det formodningen mot seg at avtale var stiftet.

Selv om Høyesterett begrunner resultatet i at flere sentrale punkt sto uavklart, kan det ved nærmere analyse av avgjørelsen argumenteres for at retten i realiteten legger stor vekt på at forhandlingene kun hadde bestått i to møter. Dette underbygges av at de gjenstående uavklarte forhold var detaljspørsmål.¹²⁰

3.4.3 Partenes opptreden

Videre er partenes opptreden både før og etter forhandlingene et relevant kriterium ved bindingsspørsmålet.¹²¹ Særlig synes etterfølgende opptreden å være et sentralt moment ved modell om suksessiv binding. Til tross for at det kan virke underlig å vektlegge etterfølgende atferd i vurderingen av om avtale er kommet i stand, er det ingen tvil om at momentet er berettiget, idet det kan kaste lys over hva partene har ment og tenkt på avtaleinngåelsestidspunktet.¹²²

I Rt. 1981 s. 595 var det tvist om det var inngått avtale om salg av et småbruk. Partene hadde forhandlet over lengre tid, og hadde blitt enige om overtakelsestidspunkt og pris. Øvrige sentrale punkter gjensto det imidlertid å bli enige om. Høyesterett fant likevel at avtale var inngått. Det avgjørende var at det var sendt inn en konsesjonssøknad, med underskrift fra begge parter. Partenes etterfølgende opptreden viste således at de anså seg bundet.

¹²⁰ Se nærmere Rt. 2010 s. 1478 avsnitt 25.

¹²¹ Woxholth (2017) s. 101-102.

¹²² Woxholth (2017) s. 101.

Videre kan Rt. 1987 s. 1205 nevnes, om tvist vedrørende salg av en eiendom. Retten viste til at partene i etterkant av brevutvekslingen hadde opptrådt som om avtale var kommet i stand. Kjøper hadde blant annet gått i gang med salg av egen bolig, uten at selger reagerte. Dette ble tolket som en klar indikasjon på at selger anså seg bundet.¹²³

3.4.4 Reelle hensyn

Reelle hensyn er betraktninger rundt resultatets godhet. Med dette siktes det dels til betraktninger rundt om den generelle regel man kommer til er innholdsmessig og retts teknisk god og dels om løsningen er god i det konkrete tilfellet.¹²⁴ Reelle hensyn er akseptert som rettskilde i norsk rett.¹²⁵ Det er derfor også utvilsomt et relevant moment ved modell om suksessiv binding.

Et eksempel gir Rt. 1992 s. 1430 om tvist i forbindelse med avtale med et aksjeselskap om kjøp av en eiendom. Førstvoterende uttalte på side 1432 at:

«Også rimelighetshensyn tilsier at denne oppfatningen legges til grunn [...] På denne bakgrunn er det også urimelig at den ankede part, som trodde seg å stå overfor et ganske annerledes solid selskap enn ankemotparten, skal være bundet.»¹²⁶

Vekten av momentet kan ikke besvares generelt. Er man likevel utenfor legalitetsprinsippets område er tradisjonen for vektlegging av rimelighetsbetraktninger mer fremtredende.¹²⁷ Har man i tillegg å gjøre med generelle rettssetninger, slik som modell om suksessiv binding, vil rimelighetsbetraktninger ofte kunne være utslagsgivende for resultatet, da det er færre rettskilder å bygge resultatet på.¹²⁸

3.4.5 Culpasanksjon

¹²³ Se også den danske Høyesterettsdommen U 1979 s. 15 H der den ene parts uberettigede bruk av et parkeringsanlegg medførte plikt til å betale leie.

¹²⁴ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 371.

¹²⁵ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 371.

¹²⁶ Se også Rt. 1997 s. 1922 hvor reelle hensyn trekkes frem som et relevant moment.

¹²⁷ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 378 og Andenæs (2009) s. 66.

¹²⁸ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 379-380.

Ved culpasanksjon benyttes binding som en sanksjon mot uønsket atferd. Man ønsker å gjøre samfunnet oppmerksom på at den aktuelle atferd er uønsket i et forhandlingsforhold.¹²⁹ Culpasanksjon vil som hovedregel være et argument for binding. Det kan imidlertid også benyttes som argument mot binding.¹³⁰

Det er vanskelig å finne klare eksempler på bruk av culpasanksjon i rettspraksis. I teorien er likevel en dansk Høyesterettsdom, U 1974 s. 119 H, trukket frem som eksempel.¹³¹ Saken gjaldt tvist om kjøp av 2 000 000 liter gassolje. Forhandler A hadde kontaktet B og forhandlet om kjøp av oljen. Gjennom en telefonsamtale hadde partene kommet til enighet om pris og mulige vilkår for kjøpet. B hadde deretter sendt ut en skriftlig ordrebekreftelse på kjøpet. En uke senere motsatte imidlertid A seg at avtale var kommet i stand. Retten ga ikke A medhold. Det ble vist til at A var den som hadde henvendt seg til B og at A videre ikke hadde protestert idet ordrebekreftelsen ble mottatt. A måtte da ha vært klar over at B anså avtale for å være inngått.

Dommen kan tolkes dithen at det var As handlemåte i form av å ikke protestere mot ordrebekreftelsen, som igjen bygget opp Bs forventning om binding, som begrunnet resultatet. På den annen side meldte A ifra om at han anså seg ubundet kun 4 dager etter ordrebekreftelsen kom frem. Passiviteten var således kortvarig. Det synes derfor som om retten i realiteten vektlegger at A, ved å opptre på en uredelig måte, brøt med den gjensidige lojalitet som forventes i et kontraktsforhold. Retten begrunnet derfor binding i et sanksjonssynspunkt mot uønsket handlemåte.

3.4.6 Passivitet

Nært knyttet til culpasanksjon står passivitet. Passivitet er en undergruppe av uønsket atferd som det kan sanksjoneres mot med binding.¹³² Når passivitet i teorien likevel er regnet som et eget kriterium, skyldes det at passiv opptreden kan være opphav til motparts forventning om avtale.¹³³ Passivitet som moment har dermed en selvstendig funksjon.

¹²⁹ Woxholth (2017) s. 106-107.

¹³⁰ Se eksempelvis RG-1982-881.

¹³¹ Se Woxholth (2017) s. 107.

¹³² Woxholth (2017) s. 106-107.

¹³³ Woxholth (2017) s. 111.

Det klare utgangspunkt i norsk avtalerett er at en part ikke blir bundet ved å forholde seg passiv. Det kreves derfor særlige grunner for å begrunne binding i passivitet.¹³⁴

I tilknytning til modell om suksessiv binding har passiviteten i enkelte saker likevel vært så grov at det har blitt ilagt avgjørende vekt. Der en part eksempelvis under forhandlingsløpet har forsømt å korrigere den annens parts kvalifiserte og synlige forventning om avtale, bør parten selv bære konsekvensene.¹³⁵

Illustrerende er Rt. 2001 s.1288. Saken gjaldt krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse. Et underliggende spørsmål var om bindende avtale var inngått. Høyesterett besvarte dette bekreftende, og begrunnet det i at Gate Gourmet hadde opptrådt på en slik måte at det hadde gitt motpart rimelig grunn til å tro at avtale forelå. Det ble uttalt på side 1299 at:

«Jeg er blitt stående ved at Gate Gourmet ved å forholde seg passiv [...] har opptrådt på en slik måte at PEAB hadde rimelig grunn til å tro at selskapet hadde fått oppdraget [...] For det første understrekingen i møtereferatet av at Gate Gourmet skulle reagere umiddelbart på tilbakemeldingen fra PEAB, og dernest Gate Gourmets eget brev tidligere samme dag om at selskapet hadde til hensikt å inngå anbudsavtale med PEAB. Dersom Gate Gourmet mente at pristillegget i PEABs brev innebar en bristende forutsetning i forhold til den aksept som det ble gitt uttrykk for i brevet, hadde selskapet en klar foranledning til omgående å gjøre dette gjeldende».

Videre kan Rt. 1987 s. 1205 nevnes, vedrørende tvist om salg av en hotelleiendom. Partene var enige om salgsgjenstand og kjøpesum, men betalingstidspunkt og fremgangsmåte for oppgjøret var enda ikke avklart. Resultatet ble likevel at avtale forelå. Avgjørende var at selger hadde gjort lite for å ta avstand fra kjøpers forventning om avtale.

Ut ifra rettspraksis synes klanderverdig passivitet å være et moment som kan få avgjørende betydning i retning av binding.¹³⁶ Særlig gjelder dette der passiviteten er årsak til motparts berettigede forventning om avtale.

¹³⁴ Woxholth (2009) s. 117.

¹³⁵ Krüger (2015) s. 203.

¹³⁶ Woxholth (2017) s. 111.

3.4.7 Risikobetraktninger

Unntaksvis kan binding begrunnes i rene risikobetraktninger.¹³⁷ Situasjoner hvor momentet vektlegges kjennetegnes av at det ikke foreligger utsagn eller konkrete forhold som isolert medfører binding, men at en part med full viten har tatt en risiko ved å begi seg inn på et bestemt livs- eller rettsområde. Momentet er eksempelvis relevant der kontraktspartene er likeverdige, hvor avtalevilkårene er velkjente, innarbeidet og rimelige eller er spesielt tilpasset de praktiske behov som gjør seg gjeldende på området.¹³⁸

Risikobetraktninger taler imidlertid kun i retning av binding i helt spesielle situasjoner. Det bør derfor utvises forsiktighet ved vektlegging av momentet. Dette er trolig også bakgrunnen for at det i norsk rett ikke eksisterer noen avgjørelser der retten uttrykkelig begrunner resultatet i risikobetraktninger.

I teorien mener man å kunne spore bruk av risikobetraktninger i den svenske Høyesterettsdommen NJA 1977 s. 921.¹³⁹ Saken gjaldt tvist mellom et svensk foretak og statsborgeren Baladi. Partene hadde forhandlet om at Baladi skulle representere et foretak i Syria, og problemstillingen var om et brev sendt av foretaket kunne forstås som et tilbud, slik at avtale kom i stand idet Baladi aksepterte tilbudet. Retten fant at brevet ikke kunne forstås som et tilbud. Tross dette ble avtale ansett inngått. Det ble begrunnet i kommunikasjonen mellom partene før og etter brevet, og at foretaket hadde kjennskap til Baladis forventning om at avtale skulle komme i stand.

Ved nærmere analyse av avgjørelsen kan det stilles spørsmål ved om retten begrunner resultatet i risikobetraktninger eller i et sanksjonssynspunkt. Avgjørelsen kan likevel tolkes dithen at retten begrunnet resultatet i at foretaket hadde tatt en overveiende risiko ved å sende ut et brev som rent objektivt fremsto som et tilbud. Selskapet måtte derfor selv bære konsekvensene av ikke å ha formulert seg klarere.

¹³⁷ Woxholth (2017) s. 108-109.

¹³⁸ Woxholth (2017) s. 108.

¹³⁹ Woxholth (2017) s. 108.

4 Rettstilstanden i dag og kritikk av denne

4.1 Innvendinger i teorien

Analysen av rettspraksis viser at modell om suksessiv binding er anvendelig nærmest på alle avtale typer. Videre er enighet om vesentlige punkter gjennomgående det avgjørende for bindingsspørsmålet. Modellen har således et generelt vurderingstema og et vidtrekkende anvendelsesområde. Dette er imidlertid ikke kun møtt med begeistring. Enkelte teoretikere har rettet kritikk mot slutningsformen, og som vi skal se har kritikken på enkelte punkter noe for seg.

For norsk retts vedkommende er Lilleholt blant kritikerne. Han mener man på generelt grunnlag burde være tilbakeholden med å godta binding forankret i enighet om vesentlige punkter, og at modellen rekker for langt.¹⁴⁰ Han kritiserer blant annet førstvoterende i Rt. 2014 s. 100 og uttalelsen om at «man, selv ved mer kompliserte forhandlinger, kan risikere å bli ansett bundet til en avtale uten selv å være oppmerksom på at forhandlingene har nådd et slikt stadium».¹⁴¹

Også Hagstrøm har utvist skepsis, men da mer konkret i tilknytning til komplekse avtaler. Han mener at synspunktet om suksessiv binding passer godt ved kjøp og lignende enklere kontraktstyper, men at det bør anvendes med forsiktighet i mer komplekse forhold.¹⁴²

Beveger vi oss over til svensk rett er særlig Calissendorff blant skeptikerne. Han finner at synspunktet om at avtale kan stiftes der enkelte av de vesentlige punkter er avtalt, men deler av forhandlingene fortsatt gjenstår, går for langt og at en slik slutningsform ikke bør gjelde for komplekse avtaler. Han finner også at det ved komplekse avtaleforhold er vanskelig å avgjøre hvor langt man har kommet i prosessen, og om man kan sies å ha kommet tilstrekkelig langt til å konstatere binding. Det bør da heller ikke være betrodd domstolen å ta stilling til de kompliserte vurderingstemaer.¹⁴³ Han fremholder videre at:

¹⁴⁰ Lilleholt (2017) s. 49 flg.

¹⁴¹ Se avsnitt 30 i avgjørelsen.

¹⁴² Hagstrøm (1995) s. 601.

¹⁴³ Calissendorff, (1993-94). 237-238.

«Hur bedömer man vikten av olika delar av et stort kompliserat avtalt? Hur tungt väger t ex olika delar av spesifikasjonerna som kan omfatta flera tusen sidor- eller garantierna i förhållande till pris och leveranstider? Från praktisk synspunkt är ett åläggande för part att "förhandla färdigt" i en sådan situation i de flesta fall en omöjlig lösning. Och hur rättssäkerhetssynspunkt måste en sådan lösning enligt min åsikt vara olåampelig och ge opphov till att fler tvister än eljest skulle hänskjutas till avgörande av domstol [...]».¹⁴⁴

Han mener det også er vanskelig å se hvorfor enkelte rettspolitiske hensyn skal ha større betydning ved modell om suksessiv binding enn andre hensyn. Et rettspolitisk sterkt argument er eksempelvis at avtaler skal holdes. Et like tungt argument er imidlertid, etter hans syn, at ingen skal bli bundet som ikke anser seg bundet gjennom sine forhandlinger. Hvorfor førstnevnte prinsipp er mer tungtveiende er etter hans syn svakt begrunnet.¹⁴⁵

Også den svenske teoretikeren Stig Sohlberg har stilt seg kritisk til slutningsformen. Han fremholder at alle langsiktige samarbeidsavtaler må bygge på tillit og fortrolighet mellom partene, og at dersom den ene part vil trekke seg fra forhandlingene, vil det være uheldig å tvinge igjennom binding selv om avtale reelt sett foreligger. I mange situasjoner vil nemlig det å tvinge igjennom en avtale som en av partene ikke ønsker å være en del av være langt mer kostbart enn det å avbryte forhandlingene. Samfunnsøkonomiske hensyn taler derfor mot binding, og ved langsiktige samarbeidsavtaler bør binding ikke inntre før underskrift foreligger.¹⁴⁶

Endelig kan den svenske juristen Togny Håstad nevnes. Også han har kommet med interessante innvendinger til slutningsformen. Han fremholder at det ved muntlige forhandlinger er vanskelig å avgjøre når partenes forhandlingsforhold overhode har bindende karakter. Han er også skeptisk til at en mer kompleks avtale kan anses inngått gjennom enighet om hovedpunktene, og at domstolene kan utfylle detaljspørsmål. Både ut ifra et markeds- og transaksjonsøkonomisk synspunkt er det best at partene selv utfyller detaljspørsmål. Hans oppfatning er derfor at enighet om vesentlige punkter, i alle fall ved komplekse avtaler, kun bør gi partene en plikt til å forhandle videre. Det bør ikke i seg selv være avtalestiftende.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Calissendorff (1993-94) s. 238-239.

¹⁴⁵ Calissendorff (1993-94) s. 236 s. 240.

¹⁴⁶ Sohlberg (1993-94) s. 658-659.

¹⁴⁷ Håstad (1990) s. 256-264.

4.2 Mine betraktninger

Tross kritikken er realiteten at modell om suksessiv binding er en relevant slutningsform. Høyesterett har vist en tilbøyelig linje ved å la modellen være grunnlag for avtalebinding, og også flertallet av teoretikere forsvarer slutningsformen. Det er likevel viktig å være seg bevisst at modellen også har sine svakheter. Til tross for at slutningsformen på mange måter er nødvendig, og danner en gunstig og delvis forutsigbar ramme for partene, er det ikke alltid like opplagt at avtalebinding begrunnet i enighet om hovedpunktene er forsvarlig.

Etter mitt syn har særlig Calissendorff et reelt poeng når han fremholder at det er problematisk å la modellen være grunnlag for avtalebinding ved komplekse avtaler. Dette hensett til at forhandlingene ofte er så omfattende og individuelt karakteristiske at det kan føre til urimelige resultater å tvinge igjennom et avtaleforhold som en av partene ikke ønsker ta del i. I enkelte tilfeller har også partene et reelt behov for å se det endelige resultatet før de tar stilling til om de vil binde seg. Det kan da virke noe betenkelig å la en utenforstående domstol ta stilling til om forhandlingsforholdet har kommet tilstrekkelig langt, idet domstolen ikke med sikkerhet vet hvordan forhandlingene har foregått.

Også Sohlbergs argument med at det å tvinge igjennom en avtale som en av partene ikke ønsker å ta del i kan være økonomisk ugunstig er relevant. Det er klart at det å tvinge igjennom en avtale som er uønsket for den ene part kan være mindre økonomisk gunstig enn det å la parten få trekke seg fra avtaleforholdet, mot å betale kompensasjon i form av erstatning.

Argumentasjonen må imidlertid ikke trekkes for langt. Min oppfatning er at modell om suksessiv binding på mange måter er god. Den bidrar blant annet til atskillig fleksibilitet for partene, og støtter oppunder avtalefriheten, som en del av bærebjelken i norsk avtalerett. Videre er slutningsformens vurderingstema så generelt formulert at den er egnet til å frembringe gode løsninger uavhengig av avtaletype.

For komplekse avtaler er det likevel ikke å legge skjul på at det kan knytte seg betenkeligheter med å godta binding gjennom forhandlinger. Realiteten er imidlertid at profesjonelle aktører

gjennomgående har lang erfaring med kontraktsinngåelse.¹⁴⁸ Videre vil de som oftest la seg bistå av advokater med kunnskap om hvordan man skal gå frem for å unngå å bli bundet på forhandlingsstadiet.¹⁴⁹ Når partene også forholdsvis enkelt kan reservere seg mot binding ved å ta forbehold eller gjøre det klart at avtalen først skal bli bindende etter forhandlingene er slutført, mener jeg partene selv må bære konsekvensene av å unnlate å ta slike forhåndsregler.¹⁵⁰ Partene kan også enkelt strukturere forhandlingene på en slik måte at risikoen for binding dempes eller elimineres, eksempelvis gjennom bruk av intensjonsavtaler (*letters of intent*).¹⁵¹

Jeg finner det derfor ikke like uforsvarlig som enkelte av kritikerne, å godta avtalebinding gjennom forhandlinger ved komplekse avtaler. Samtidig finner jeg at modellen er dels problematisk ved en annen avtaletype, uten at dette er viet interesse eller ettertanke i teorien. Nemlig i tilknytning til avtaler om fast eiendom, der den ene part opptrer som privatperson.

Ved omsetning av fast eiendom er det ofte snakk om store verdier. Huskjøp er for mange den største investeringen man foretar seg i løpet av livet. Dette kan i seg selv tale for at det bør stilles strengere krav til binding ved fast eiendom. At partene kunne reservert seg mot binding ved å ta forbehold står heller ikke like sterkt som argument der en av partene er privatperson. Mange lekfolk er av den oppfatning at man står fritt så lenge ikke alle punkter er avtalt, eller skriftlig kontrakt foreligger.¹⁵² Den alminnelige mann i gata er i mange tilfeller uvitende om at avtale kan stiftes allerede på forhandlingsstadiet og vedkommende har da ikke de samme forutsetninger til å ta forbehold.

Avtalebinding gjennom forhandlinger ved fast eiendom fraskriver seg også fra den alminnelige fremgangsmåte for eiendomskjøp. Normalt inngir kjøper et skriftlig bud på bakgrunn av selgers prospekt, og når budet aksepteres av selger anses avtale for å være inngått.¹⁵³ Alminnelig fremgangsmåte for huskjøp bygger således på et skriftlighetskrav. Det kan derfor argumenteres for det bør utvises forsiktighet med å godta binding gjennom fremgangsmåter som skrider langt fra det tradisjonelle utgangspunkt.

¹⁴⁸ Giertsen (2014) s. 21.

¹⁴⁹ Woxholth (2017) s. 127.

¹⁵⁰ Se også Krüger (1989) s. 7 som inntar samme synspunkt.

¹⁵¹ Hov og Høberg (2009) s. 152.

¹⁵² Se forutsetningsvis Arnholm (1976) s. 64-65.

¹⁵³ Hov og Høberg (2009) s. 141-142.

Også sentrale avtalerettslige hensyn kan tale mot binding gjennom forhandlinger der det er tale om fast eiendom. Eksempelvis gjør forventingsprinsippet seg mindre gjeldende der den ene part er uvitende om at binding kan skje gjennom forhandlingene, og motpart forstår eller bør forstå dette. Også hensynet til lojalitet taler mot binding, der partene ikke har noen formening om at de kan bli bundet under forhandlingene. Videre taler notoritetshensynet mot at avtale kan stiftes gjennom forhandlinger, idet partene ved eiendomskjøp ofte har et reelt behov for et skriftlig dokument som viser hva som er avtalt.

Ved å dra paralleller til andre avtaletyper kan det også argumenteres for at det er oppsiktsvekkende at det for fast eiendom er mulig å stifte rett og plikt gjennom forhandlinger. For kausjon gjelder det eksempelvis et preseptorisk krav om skriftlighet.¹⁵⁴ Kravet er som tidligere nevnt delvis begrunnet i kausjonistens rettssikkerhet,¹⁵⁵ idet kausjon er en så særegen avtaletype at det bør gjelde visse formkrav. Man kan da spørre seg om ikke de samme krav burde gjelde for avtaler vedrørende fast eiendom, særlig hvor man har å gjøre med privatpersoner som er uvitende om at de kan binde seg på forhandlingsstadiet. Partene risikerer tross alt å bli ansvarlige for et krav på flere millioner kroner.

Det er likevel klart nok også vektige argumenter for å godta binding gjennom forhandlinger ved fast eiendom. For det første vil forventningsprinsippet som utgangspunkt stå like sterkt her som ved de øvrige avtaletyper. Videre er prinsippene om avtalefrihet og formfrihet bærebjelker i avtaleretten. Man skal som hovedregel kunne inngå avtaler om hva man vil, med hvem man vil og hvordan man vil. Å avskjære eller begrense retten til å inngå avtale gjennom forhandlinger ved fast eiendom, ville utgjøre et massivt inngrep i disse friheter. Videre kan man ved fast eiendom forhindre urimelige resultater ved å bygge vurderingen ikke bare på enighet om vesentlige punkter, men også på om binding er et rimelig resultat i den konkrete sak. Når rimelighetsbetraktninger allerede er ansett som et relevant disposisjonskriterium synes man å være skjermet mot de helt urimelige resultat.

Min hensikt er således ikke å påstå at modell om suksessiv binding er en lite egnet slutningsform ved fast eiendom. Jeg ønsker imidlertid å kaste lys over at det ikke kun er i tilknytning til komplekse avtaler at det kan rettes kritikk mot slutningsformen. Også i

¹⁵⁴ Finansavtaleloven § 61 første ledd.

¹⁵⁵ Se punkt 2.3.

tilknytning til fast eiendom kan det argumenteres for at det i enkelte tilfeller er mindre forsvarlig å begrunne binding kun i enighet om vesentlige punkter.

5 Konklusjon og avsluttende bemerkninger

Målsetningen med avhandlingen var å belyse når man går over fra det uforpliktende til det forpliktende, og da mer konkret om enighet om vesentlige punkter er det avgjørende for grensedragningen etter modell om suksessiv binding. Videre skulle det tas stilling til om det gjelder ulike krav eller ulik terskel hensett til avtaletype.

Analysen av modell om suksessiv binding har vist at enighet om vesentlige punkter gjennomgående er det avgjørende for bindingsspørsmålet. Grensen fra det uforpliktende til det forpliktende krysses slik sett idet partene har kommet til enighet om hovedpunktene. Videre har analysen vist at slutningsformen er anvendelig både for enkle avtaler, fast eiendom og komplekse, kommersielle avtaler. For bindingsspørsmålet er det i denne sammenheng ikke avgjørende hvilke avtaletype en står overfor, men om partene gjennom forhandlingene har kommet til en slik grad av enighet at binding fremstår som rimelig. Det kan derfor ikke konkluderes med at det gjelder ulike krav for binding hensett til avtaletype. Ei heller kan det konkluderes med at terskelen for binding heves i tråd med avtaletypens kompleksitet.

Når det er sagt synes det ut ifra rettspraksis som om Høyesterett opererer noe annerledes i sin argumentasjon avhengig av avtaletype. For det første finner jeg at Høyesterett går mer konkret til verks i sine vurderinger der konflikten omhandler en kompleks avtaletype. Med dette sikter jeg til at Høyesterett justerer terskelen for hva de anser som vesentlig hensett til avtalekonstellasjonen, selv om terskelen for binding ikke i seg selv heves.

Analysen gir også grunnlag for å påstå at retten i større grad tar i bruk disposisjonskriteriene som argument for binding ved mer komplekse avtaletyper.¹⁵⁶ I flere avgjørelser vedrørende komplekse avtaleforhold har disposisjonskriteriene hatt avgjørende betydning for resultatet. Særlig synes passivitet å være et sterkt argument i retning av binding der avtalen er kompleks og partene er profesjonelle.¹⁵⁷ Bakgrunnen for dette synes å være forventningen om at erfarne

¹⁵⁶ Se eksempelvis Rt. 1981 s. 595, Rt. 1987 s. 1205, Rt. 1992 s. 1430 og Rt. 2001 s. 1288.

¹⁵⁷ Se særlig Rt. 2001 s. 1288.

parter opptrer mer aktsomt og lojalt når de opptrer i næringsvirksomhet. Det er på denne bakgrunn mulig å dra den slutning at enighet om vesentlige punkter i seg selv ikke alltid er tilstrekkelig for å avgjøre bindingsspørsmålet ved komplekse avtaler. Som regel er det i tillegg nødvendig å se hen til om ytterligere kriterier taler for eller mot binding.

Avslutningsvis ønsker jeg å knytte noen bemerkninger til hvordan jeg mener slutningsformen kan forbedres. Det er utvilsomt slik at modell om suksessiv binding både er nødvendig og også har gode bakenforliggende hensyn. Samtidig finner jeg at modellen og dets generelle og dels vage vurderingstema i enkelte tilfeller er uheldig. Eksempelvis er det etter mitt syn noe problematisk å begrunne avtale om kjøp og salg av fast eiendom kun i enighet om vesentlige punkter. Dette gjelder særlig der den ene part er uvitende om at avtale kan stiftes gjennom forhandlinger. For å oppnå mer betryggende resultater mener jeg man i større grad enn det som synes å være tilfellet, burde innta en konkret rimelighetsvurdering. Det er ikke alltid tilstrekkelig kun å benytte rimelighetsbetraktninger som et støtteargument for eller mot binding.

Videre synes skjevhet i styrkeforholdet ikke å være et særlig viktig moment i bindingsvurderingen. Dette underbygges blant annet av at det i teorien ikke er ansett for å være et relevant disposisjonskriterium.¹⁵⁸ Graden av skjevhet i styrkeforholdet vil imidlertid kunne fungere som et relevant moment i bindingsvurderingen. Har man eksempelvis å gjøre med eiendomsoverdragelser mellom en profesjonell og en privat part, bør variabler i styrkeforholdet kunne fungere som moment mot binding. Det vil jo raskt kunne fremstå som lite rimelig at retten begrunner avtale i enighet om vesentlige punkter, dersom den private part anfører at han var uvitende om at avtale kunne stiftes gjennom forhandlingene. Særlig gjelder dette dersom motpart var profesjonell og forsto eller burde ha forstått at den private part var uvitende. Jeg mener derfor at man ved å i større grad anerkjenne styrkeforholdet mellom partene som et relevant disposisjonskriterium, vil oppnå forsvarlige resultater.

¹⁵⁸ Se Woxholth (2017) s. 96-108 hvor partsstillingen ikke hensynstas.

6 Referanser

6.1 Norske kilder

6.1.1 Lover

1918	Lov 31. Mai 1918 nr 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og viljeserklæringer (avtaleloven)
1988	Lov 13. Mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven)
1989	Lov 16. Juni 1989nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven)
1991	Lov 4. Juli 1991nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven)
1997	Lov 23. mai 1997 om eierseksjoner (eierseksjonsloven)
1997	Lov 13 juni 1997nr. 43 om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)
1999	Lov 25. Juni 1999nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)
2001	Lov 15. Juni 2001 nr. 81 om elektronisk signatur (esinaturloven)
2004	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

2005	Lov 17. Juni 2005nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.m (arbeidsmiljøloven)
2008	Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)

6.1.2 Forarbeider

Ot.prp.nr. 63	Ot.prp.nr. 63 (1917) Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeseerklæringer (avtaleloven)
Ot.prp.nr. 81	Ot.prp.nr. 81(1986-1987) Om endringer i skadeerstatningsloven
NOU 1987:30	NOU 1987:30 Innstilling til ny ekteskapslov del II (ekteskapsloven)
Ot.prp.nr. 21	Ot.prp.nr. 21 (1996-1997) Om lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova)
Ot.prp.nr. 41	Ot.prp.nr. 41 (1998-1999) Om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)

6.1.3 Rettspraksis

6.1.3.1 Høyesterettspraksis

Rt. 1914 s. 925.

Rt. 1920 s. 786

Rt. 1935 s. 1000

Rt. 1955 s. 719
Rt. 1959 s. 6
Rt. 1964 s. 1260
Rt. 1965 s. 638
Rt. 1981 s. 595
Rt. 1981 s. 1047
Rt. 1985 s. 1265
Rt. 1987 s. 1205
Rt. 1991 s. 1171
Rt. 1992 s. 1110
Rt. 1992 s. 1430
Rt. 1996 s. 415
Rt. 1997 s. 1922
Rt. 1998 s. 946
Rt. 2001 s. 1288.
Rt. 2002 s. 1110
Rt. 2006 s. 1585
Rt. 2010 s. 1478
Rt. 2011 s. 410
Rt. 2014 s. 100
Rt. 2015 s. 600
HR-2017-971-A (Høyesteretts ankeutvalg)
HR-2017-1854-U (Høyesteretts ankeutvalg)

6.1.3.2 Lagmannsrettspraksis

RG-1982-881 (Strømmen herredsrett)
RG-1987-951 (Agder lagmannsrett)
LG-2009-19469 (Gulating lagmannsrett)
LB-2012-177650 (Borgarting lagmannsrett)
LH-2017-18875 (Hålogaland lagmannsrett)

6.1.4 Direktiver

Rådsdirektiv 91/533/EØF

Rådsdirektiv 91/533/EØF av 14. oktober 1991 om arbeidsgivers plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet

6.1.5 Litteratur

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære* utg. 2, Oslo, 2009
- Arnholtm (1964) Arnholtm, Carl Jacob. *Privatrett 2: Avtaler*, Oslo, 1964
- Arnholtm (1976) Arnholtm, Carl Jacob. *Lærebok i avtalerett*, utg. 3, Oslo, 1976
- Bråthen (2017) Bråthen, Tore. *Selskapsrett* utg. 5, Oslo, 2017
- Eckhoff og Helgesen (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære* utg. 5 ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2001
- Giertsen (2006) Giertsen, Johan. *Avtaler* utg. 1, Bergen, 2006
- Giertsen (2014) Giertsen, Johan. *Avtaler* utg. 3, Bergen, 2014
- Haaskjold (2002) Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelser* utg. 1, Oslo, 2002
- Hov (1998) Hov, Jo. *Avtaleslutning og ugyldighet* utg. 2, Oslo, 1998
- Hov (2002) Hov, Jo. *Avtaleslutning og ugyldighet* utg. 3, Oslo, 2002
- Hov og Høberg (2009) Hov, Jo. Høberg, Alf Petter. *Alminnelig avtalerett* utg. 1, Oslo, 2009
- Krüger (1989) Krüger, Kai. *Norsk kontraktsrett* utg. 1, Bergen, 1989
- Lilleholt (2012) Lilleholt, Kåre. *Allmenn formuesrett- fleire rettar til same formuesgode*, Oslo, 2012
- Lilleholt (2017) Lilleholt, Kåre. *Kontraktsrett og obligasjonsrett* utg. 1, Oslo, 2017

- Platou (1914) Platou, Oscar. *Privatrettens Almindelige Del*, Kristiania 1914
- Selvig (1998) Selvig, Erlend. *Knophs oversikt over Norges rett* utg. 11, Oslo, 1998
- Selvig (2009) Selvig, Erlend, *Knophs oversikt over Norges rett* utg. 13, Oslo, 2009
- Simonsen (1997) Simonsen, Lasse, *Prekontraktuellet ansvar* Oslo, 1997
- Woxholth (1998) Woxholth, Geir. *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*, utg. 3, Oslo, 1998
- Woxholth (2006) Woxholth, Geir, *Avtalerett* utg. 6, Oslo, 2006
- Woxholth (2009) Woxholth, Geir, *Avtalerett* utg. 7, Oslo, 2009
- Woxholth (2012) Woxholth, Geir, *Avtalerett* utg. 9, Oslo, 2012
- Woxholth (2017) Woxholth, Geir, *Avtalerett* utg. 10, Oslo, 2017

6.1.6 Juridiske artikler

- Arntsen (2012) Arntsen, Eivind, *Juridisk ABC, Due diligence- en oversikt*, 2012
<http://www.juridiskabc.no/naeringsliv/due-diligence-en-oversikt/>
- Bergsåker (2016) Bergsåker, Trygve, *Preseptorisk lovgivning, særlig som ledd i forbrukerbeskyttelse*, 2016, MINNE-2016-vh-79
- Graver (2008) Graver, Hans, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*, TFR-2008-149
- Hagstrøm (1995) Hagstrøm, Viggo, *Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold*, LOR-1995-595

Krüger (2015)

Krüger, Kai, *Terskelen for avtaleinngåelse*, AFTL-2015-213

6.2 Øvrige kilder

Fougner mfl (2013)

Fougner, Jan, Holo, Lars, Sundet Løkken, Tron, Thorkildsen, Tarjei, *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave*, utg. 2, 2013

Ramsrud (2003)

Ramsrud, V, *Slutning av avtaler, særlig om bindingsspørsmålet ved forhandlinger*, 2003

Øvrum (2006)

Øvrum, M, *Avtalebinding ved forhandlinger, særlig om modellen om suksessiv binding*, 2006

Store norske leksikon (2005-2007)

Store norske leksikon, (2005-2007)
[https://snl.no/fusjon - selskaper](https://snl.no/fusjon-selskaper), [sist oppdatert 20. februar 2018]

Det Norske akademis ordbok (NAOB)

Det norske akademis ordbok (NAOB)
<https://www.naob.no/ordbok/remburs>

6.3 Utenlandske kilder

6.3.1 Avgjørelser

U 1974 s. 119 H (dansk Høyesterett)

NJA 1977 s. 921 (svensk Høyesterett)

U 1979 s. 15 H (dansk Høyesterett)

6.3.2 Litteratur

Grönfors (1993)

Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, 1993

6.3.3 Juridiske artikler

Calissendorff (1993-94)

Calissendorff, Gotthard, *Anm. av Kurt Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta*, JT 1993/94 s. 236, Juridisk tidsskrift

Håstad (1990)

Håstad, Torgny, *Reform av de nordiska avtalslagarna?* NJM nr. 32 1990 s. 347

Sohlberg (1993-94)

Sohlberg, Stig, *Inngående av avtal- back to basics*, JT 1993/94 s. 657

6.4 Internasjonale kilder

FNs organ, UNICTRAL (The United Nations Commission on International Trade Law), Model Law on Electronic Commerce av 12. Juni 1996