

Grensen mellom uforpliktende forhandlinger og rettslig bundethet i kommersielle forhold

Kandidatnr: 151513

Leveringsfrist: 10.12.2008

Veileder: Dr. juris Amund Bjøranger Tørum

Til sammen 14407 ord

Innholdsfortegnelse:

Del I – Innledning

1.1 Det rettslige spørsmålet og spørsmålets kontekst

1.2 Opplegget

1.3 Sentral nordisk teori m.v.

Del II – Enighet i forhandlinger

2.1 Vurderingstemaet

2.2 Avtalelovens modell tilbud/aksept

2.3 Avtalte avtalestiftende rettsfakta

2.3.1 Intensjonsavtaler

2.3.1.1 Utgangspunkter

2.3.1.2 Intensjonsavtalers formål som tolkningsmoment

2.3.1.3 Systembetragtninger

2.3.1.4 Agreements too agree – forholdet mellom parter og domstol

2.3.1.5 Lojalitetsplikt

2.3.2 Avtalt skriftform

2.3.3 Closing

2.3.4 Oversikt over andre avtalte rettsfakta

2.3.5 Oppsummering

2.4 Deklaratorisk rett

2.5 Skriftlighetskrav etter deklatoriske regler – formkrav og beviskrav

Del III - De vesentlige punktene

3.1 Innhold som avtalestiftende rettsfaktum

3.2 Noen retningslinjer for utfylling; hvilke punkter er ”for vesentlige” til at de kan utfylles med bakgrunnsretten?

3.3 Innrettelse

3.4 Bundethet som culpasanksjon

Del IV - Litteratur

Del I - Innledning

1.1 Det rettslige spørsmålet og spørsmålets kontekst

De kommersielle¹ aktørene A og B har ”forhandlet”² en stund. A trekker seg før man har noen sikrere manifestasjon av bundethet, i form av signering av avtalen eller iverksettelse, mens B hevder at avtale allerede er kommet i stand. Dette enkle scenarioet danner rammen for ett av kontraktsrettens mest komplekse, og omtvistede, spørsmål; grensen mellom uforpliktende forhandlinger og rettslig bundethet i kommersielle forhold.

Det er naturlig at profesjonelle aktører i takt med kontraktsgjenstandens økende kompleksitet og/eller verdi, bruker mer tid, og utveksler mer informasjon frem og tilbake. Fraværet av en endelig og klar manifestasjon av at avtale er kommet i stand, skaper imidlertid usikkerhet der en part velger å trekke seg fra langt fremskredne forhandlinger. Foreligger avtale? Og i tilfelle ja; når ble den inngått?

Spørsmålet om rettslig bundethet i langt fremskredne forhandlinger, men før signering, reiser generelt tre hovedproblemer. For det første må man ta stilling til hvorvidt partene har avtalt særskilte vilkår for når bundethet skal oppstå, noe de har adgang til etter avtl. § 1. For det andre hvordan man skal behandle sammensatt kommunikasjon mellom partene, over et lengre tidsrom, i mangel av slik avtale. Dette særlig med hensyn på metodisk tilnærming og vurderingstema. For det tredje om partene – i tråd med det tradisjonelle vurderingstemaet i slike saker - har oppnådd enighet på de ”vesentlige punkter”. Et hovedspørsmål er om ”enighet på vesentlige punkter” er tilstrekkelig til å konstatere bundethet, eller om det bare er et minstevilkår; i sistnevnte tilfelle må det tas stilling til hvilke andre momenter som kan og bør trekkes inn i vurderingen av hva som skal til for å konstatere bundethet, dersom minstevilkåret er oppfylt.

Siden dette i stor grad er uavklarte spørsmål i norsk rett, er det samtidig også rom for trekke inn enkelte andre løsninger. Det vil derfor bli redegjort fortløpende for noen løsninger som er relevante³ i forhold til norsk rett. Det vil si øvrig skandinavisk rett, samt CISG, PECL, UNIDROIT og engelsk common law.

En foreløpig gjennomgang av rettskildene viser at rettskildebildet er nokså åpent. Avtalelovens modell tilbud/aksept er språklig vag og gir ikke noe bidrag ved løsning av detaljspørsmål; det vil si hvilken betydning et konkret faktisk forhold skal tillegges. Selve lovens modell bygger også på en særskilt faktisk situasjon – næringsdrivende som kommuniserer med hverandre per brev - og blir anstrengt i mange tilfeller (se under punk 2.2). Når det gjelder rettspraksis er ”[d]et typiske for dommer om hvorvidt bindende kontrakt er inngått eller ikke, [...] at de er forholdsvis konkrete.”⁴

¹ Og man går dermed klar enkelte regler i forbrukerlovgivningen.

² Satt i hermetegn for å markere at man ikke konkluderer med at forhandlingene er rettslig uforpliktende. Dette er nettopp spørsmålet.

³ Blant annet ved norsk aktørers import av modeller og terminologi, for eksempel modellen intensjonsavtale og closing.

⁴ Ryssdal, Den som tier samtykker?

Det sikreste *generelle*⁵ uttrykk for bundethet i forhandlinger har vi i Rt. 1998 s 946 "Vinagentursaken", som sier at "partene er bundet når de har blitt enige om alle vesentlige punkter"⁶. Denne vil etter sin generelle uforming være et naturlig startpunkt ved en helhetlig fremstilling av problemkomplekset.⁷ Emnet for denne framstillingen er således denne regelens virkeområde og innhold, med henblikk på forhandlingskonteksten.

Den tradisjonelle regelen synes å oppstille to hovedvilkår. Det må for det første foreligge en "enig[hhet]" (heretter "enighet"), og denne må dekke "alle vesentlige punkter". Tross i en relativt sterk korrelasjon mellom vilkårene i praksis, behandles disse hver for seg i henholdsvis Del II og Del III. Dette for å lette fremstillingen, og fordi vilkåret "vesentlige punkter" kan sies å vise til et innholdskrav for bundethet i forhandlinger (se Del III). Formålet med en slik oppdeling er å markere at gjenstående punkter er et problem som kan behandles løsrevet fra spørsmålet om hva som etter rettsordenen er en tilstrekkelig manifestasjon av at partene har avklart en kontraktsplikt seg imellom. Vilket "enighet" dreier seg på den andre siden nettopp om hva er en tilstrekkelig manifestasjon av at partene er enige på ett eller flere punkt.

1.2 Opplegget

I det følgende skal vi først ta for oss hva som nærmere ligger i vurderingstemaet "enighet" ved spørsmålet om bundethet i forhandlinger (punkt 2.1). Deretter skal vi se på hvordan avtalelovens modell tilbud/aksept stiller seg i forhold til sammensatt kommunikasjon over et lengre tidsrom (punkt 2.2). Så er temaet enkelte faktiske forhold under etiketten særskilte avtalte (avtalestiftende) mekanismer; det vil si eksplisitte forhåndsavtaler om hvordan bundethet skal skje, ensidige forbehold, og partsforutsetninger. Endelig er temaet rettsstillingen der partene ikke selv har avtalt noe om når bundethet skal inntre, det vil si deklarasjonsrett (punkt 2.4 flg.). Herunder skal vi også ta for oss rettspraksis og teori sin behandling av gjenstående punkter (Del III).

1.3 Sentral nordisk teori m.v.

Av øvrige framstillinger av nyere dato nevnes: Krüger, "Closing-forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger. Forsvar for en omstridt norsk Høyesterettsdom, Rt 1998 s 946". Woxholth, Avtalerett 6. utgave (særlig s 147-180). Anders Chr. Stray Ryssdal, Den som tier samtykker?. Hagstøm, Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold, Lov og Rett 1995 s 595. Giertsen, Avtaler (2006) s 61-71. Fra svensk og dansk rett: Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta (1993). Hellner Kommersiell Avtalsrätt. Mads Bryde Andersen, Praktisk Avtaleret. Om CISG, se Schlechtriem/Schwenzer, Commentary on the CISG. Om PECL, Lando/Beale, PECL Parts I and II.

⁵ Avtalelovens kap. 1 gir også en generell regel om bundethetsspørsmålet, men som vi skal komme tilbake til, kan regelen i Rt 1998 s 946 "Vinagentursaken" ses som et mer dekkende uttrykk for den faktiske vurderingen av bundethetsspørsmålet.

⁶ Om den rettskildemessige begrunnelsen for regelen se Hagstrøm, Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold. Det er ingen tvil om at det er en regel etter norsk rett, men både virkeområdet og rekkevidden er uklare de lege lata.

⁷ Rettsvilkåret "enighet" er gjennomgående det overordnede vurderingstema ved spørsmålet om bundethet i forhandlinger etter norsk rett, jf bl.a. Woxholth, Avtalerett s 45, og Giertsen, Avtaler, s 90.

Tilsvarende uttrykk er videre ansett det overordnede vurderingstemaet under CISG, PECL og engelsk common law ("agreement").

Fra engelsk common law: McKendrick, Contract Law s 21-291. Framstillingen bygger i hovedsak på disse kildene.

Del II – Enighet i forhandlinger

2.1 Vurderingstemaet

I prinsipp er spørsmålet om hva som ligger i ”enighet” i forstand regelen i Rt. 1998 s 946 ”Vinagentursaken” identisk med det generelle disposisjonsspørsmålet⁸, eller hva som generelt kan sies å konstituere en avtale. Dette kommer klarest til syne på rettsvirkningssiden. Startpunktet for analysen av spørsmålet om hva som ligger i ”enighet” i forstand vår regel, er derfor de kriteriene som generelt benyttes når man avgjør om rettsvirkningen avtalemessig bundethet skal inntre. Mer spesifikt de forholdene rettspraksis har utpekt som relevante i tilknytning til tilbud/aksept- modellen. I tillegg kommer de særskilte faktiske forholdene som ofte er aktuelle i en forhandlingskontekst (se særlig punkt 2.3).

Det fremste generelle kjennetegnet for begge disse gruppene er at det dreier seg om *faktiske forhold*, i vid forstand⁹, som rettsordenen enkeltvis eller samlet har utpekt som konstitutive for rettvirkningen avtalemessig bundethet. Et ytterligere kjennetegn ved disse faktiske forholdene er at de normalt er tidsmessig avgrenset fra partenes første kontakt, til det er klart at den ene (i vår sak A) trekker seg. Utgangspunktet for enhver vurdering er altså, i mangel av mer spesifikke retningslinjer, en ”rettslig bedømmelse av *det som passerte*¹⁰ mellom partene”¹¹. Giertsen¹² ser ut til å ta samme standpunkt:

Hvorvidt partene har passert det stadium som har ført til binding, må ta utgangspunkt i samme spørsmål som er stilt foran [min anm.; hvorvidt tilbud/aksept foreligger]. Partenes muntlige og skriftlige utsagn og eventuell annen adferd må analyseres for å avklare om partene har fått en rimelig grunn til å tro at den annen part har bundet seg, og om partene er enige om det vesentlige av sine rettigheter og plikter. I bekreftende fall er avtale inngått.

Begrepet ”avtalestiftende rettsfakta”¹³ er et betegnende begrep for de faktiske forholdene som enkeltvis eller samlet kan lede til bundethet. Det fanger inn at det dreier seg om (1) faktiske forhold (2) som er rettslig relevante (3) i forhold til spørsmålet om avtale er kommet i stand (stiftet).

Begrepet kan i forhold til vårt spørsmål kritiseres for å fokusere for ensidig på at det skal noe positivt til for at bundethet skal inntre. I forhold til spørsmålet om avtalebundethet *før signering* er spørsmålet *også* om det foreligger forhold som *ekskluderer* rettsvirkningen bundethet, for

⁸Woxholth, Avtalerett s 69. Jamfør også Eng, U/enighetsanalyse.

⁹ I tillegg til de mer klassiske, som partsutsagn, også avtalesituasjonen som sådan, og vedkommende retts- og livsområde.

¹⁰ Min kursivering. Formuleringen bekrefter at de faktiske forholdene er problemkompleksets ”minste byggesteiner”.

¹¹ Rt.1998 s 946 ”Vinagentursaken”.

¹² Giertsen, Avtaler s 61.

¹³ Woxholths fornorsking av Grönfors’ term lansert i boken ”Avtalsgrundande rättsfakta”. Se Woxholth, Avtalerett s 70.

eksempel et forbehold om å stå fritt inntil signert avtale foreligger eller en synbar forutsetning om dette.¹⁴

Også Krüger¹⁵ ser ut til å legge som premiss at forhandlingskonteksten særlig kjennetegnes av at man ikke kan konkludere etter å ha foretatt de alminnelige vurderingene, og legger vekt på de implikasjonene avtl. § 1 ofte gir i en slik kompleks avtaleslutningssituasjon:

Altså står loven tilbake for både eksplisitt forhåndsavtale om hvordan partene skal bli bundet – og for handelsbruk og sedvane om nettopp dette, men med løsere tilknytning til de aktuelle parter. Og etter dagens syn på kontraktstolkning kan man kanskje føye til: Det kan ligge implisitt i forhandlingssituasjonen hvordan grensen skal trekkes mellom bundethet og fristilling, slik at spørsmålet om bundethet blir et tema i grenseflaten mellom avtalerettslige typeløsninger og objektivisert kontekstuell kontraktstolkning.

I det følgende er tema visse faktiske forhold som *typisk*¹⁶ sier noe om skjæringspunktet for bundethet i forhandlinger. Som et foreløpig vurderingstema kan det spørres om faktiske forhold på A's side, som enkeltvis eller samlet gir B en berettiget forventning¹⁷ om at A mener å binde seg, jf løfteprinsippet og erklæringsteorien¹⁸. I tilfelle ja er en avtale i utgangspunktet kommet i stand.

Siden vurderingstemaet er B's berettigede forventning, vil selvsagt B's egne forhold også være en del av vurderingen. B's forventning er ikke "berettiget" dersom han ikke er i aktsom god tro med hensyn på at A ønsker å binde seg. En slik aktsom god tro kan selvsagt ekskluderes ved B's egne handlinger og passivitet, jf bl.a. drøftelsen av bundethet som culpasanksjon (punkt 3.3).

Når man først har valgt "berettiget forventning" (eller B's aktsomme gode tro) som den øverste retningslinje for når bundethet inntreffer, kan det være på sin plass å nevne at dette ikke nødvendigvis medfører at viljesdogmet ikke er relevant. Poenget er at den konkrete viljen umulig lar seg fastslå presist av retten. Da måtte dommeren, som Woxholth skriver, ha hatt "oversanselige evner"¹⁹. Ved fastleggelsen av A konkrete vilje er man for praktiske formål henvist til de samme faktiske forholdene man tar utgangspunkt i når man spør om B har fått en "berettiget forventning".

Det er videre ikke mange situasjoner der viljesdogmet og erklæringsteorien vil gi ulikt resultat anvendt på samme faktum. Dette måtte innebære at A var i stand til å bevise at han mente seg ubundet, men at dette ikke kom til uttrykk overfor B. Situasjonen er likevel så vidt upraktisk at man normalt ikke trenger å skille skarpt mellom teoriene. Rt. 1991 s 1171 "Scania" illustrerer uansett at Høyesterett i en slik situasjon, holder seg til erklæringsteorien:

¹⁴ Slike forhold er nettopp *ikke* avtalestiftende der referanserammen er bundethet på et tidspunkt før signering.

¹⁵ Krüger, Closing- forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger.

¹⁶ Det er, kanskje særlig fordi partene selv kan bestemme rettsfakta, ikke mulig å gjøre rede for alle, jf også Woxholth, Avtalerett s 148.

¹⁷ Ifølge Krüger, Closing- forbehold ved avtaleforhandlinger i kommersielle forhold, er "ønsket om å verne forhandlingsmotpartens berettigede forventning om at man har passert grensen for binding" det overordnede argument for bundethet. Krüger henviser i denne sammenheng til UNIDROIT 2004 Art 2.1.13 og PECL Art 2:103(2). Jamfør også Rt. 1991 s 1178 (sitert nedenfor).

¹⁸ I erklæringsteorien ligger i tillegg til en objektiv tolkning av A's forhold, også at B må være i aktsom, god tro. Om det er den ene eller annens forhold man egentlig vurderer er derfor et spørsmål om synsmåte.

¹⁹ Woxholth, Avtalerett s 35.

Det er likevel momenter som kan tale for at man fra Cs side ikke hadde forutsatt at partene allerede på dette tidspunkt skulle inngå en bindende kjøpsavtale [A's vilje]. Det avgjørende er imidlertid etter min mening at de ankede parter under de foreliggende omstendigheter hadde rimelig grunn til å forstå Cs brev som et bindende tilbud om kjøp av tomten [B's oppfatning: "avgjørende"].

Enten man bruker de faktiske forholdene som bevis for A's konkrete vilje, eller spør hva en alminnelig aktsom person kunne legge i disse forholdene, ender man (med den nevnte reservasjonen) opp med samme resultat. PECL art. 2:201 er illustrerende for at vurderingene av vilje og erklæring i stor grad er sammenfallende:

The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party.

2.2 Tilbud/aksept- modellen og metode

Avtaleloven kap. 1 sin modell tilbud/aksept er det høyeste uttrykk for når rettsvirkningen bundethet inntreffer, også der partene har forhandlet. I norsk teori synes det å være en alminnelig oppfatning²⁰ om at avtalelovens tilbud/aksept- modell ikke løser spørsmålet om når det som er sagt og gjort under forhandlinger, krysser grensen fra uforpliktende, til å skape rettsvirkninger etter sitt innhold. Dette må i tilfelle bygge på et snevert syn på tilbud/aksept- modellens innhold. Det vil si til situasjoner der avtaleinngåelsen skjer i to (noenlunde) klart identifiserbare ledd (tilbud/aksept). Videre synes man da også å ha utelukket de prinsippene som er utviklet i nær tilknytning til modellen. Det er derfor en sannhet med modifikasjoner. Vi skal se på noen typetilfeller der tilbud/aksept- modellen kan få anvendelse også på forhandlinger. Deretter skal vi se på enkelte løsninger der modellen faller sammen.

For det første kan det også under forhandlinger være fremsatt et "tilbud" og en "aksept" i den helt tradisjonelle, lovmessige forstand. Med tradisjonell menes da et dokument som er tilstrekkelig klart, presist og entydig til at en alminnelig B i tilsvarende rolle med rimelighet kan legge A's vilje til bundethet i det. Et vanlig avtaleutkast vil ofte tilfredsstille nettopp disse kravene, og tyder på at det er avgitt et bindende løfte. I denne situasjonen er det prinsipielle utgangspunktet at dersom dokumentet *likevel ikke* skal tillegges løftevirkninger, trenger dette en positiv begrunnelse. Alminnelige vilkår for bundethet er oppfylt.

En slik begrunnelse må søkes i de øvrige faktiske forholdene. Det vil si de forholdene som ikke er en del av det tradisjonelle tilbudet, og som kan vise at B likevel ikke hadde en "berettiget forventning". Dette kan være forhold som omtalt under punkt 2.3. Det vil si avtaler, forbehold eller forutsetninger som utelukker B's "berettigede forventning". For eksempel kan en intensjonsavtale innebære et krav om opprettelse og signering av et skriftlig dokument som bundethetsvilkår. Det kan videre være regler og retningslinjer som, mer løst fra partsviljen i

²⁰ Woxholth, Avtalerett s 147 snakker om avtaler som ikke følger reglene i avtalelovens kap. 1, herunder "forhandlingsavtaler"; med Woxholths ord avtaler som er "resultater av *forhandlinger*".

Krüger, Closing- forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger, distanserer seg også fra avtaleloven: "Loven knesetter løfteprinsippet, men gir ingen veiledning for å avgjøre når løftet blir dispositivt". Videre: "Avtl § 1 løser formelt bare spørsmålet om hvorvidt slutningsmodellene tilbud/aksept i kapittel 1 skal gjelde eller ikke. Men siden disse modellene også av andre grunner er uaktuelle i mange forhold, må § 1 iallfall i norske forhold også forstås som en gjentakelse av det helt alminnelige prinsipp om avtalefrihet i NL 5-1-1 – og er derfor egentlig overflødig."

den konkrete saken, danner et slikt argument mot bundethet. Et eksempel vil være at kontraktsgjenstanden er underlagt lovmessige formkrav.

Bundethet i disse tilfellene kan derfor være en nokså enkel konstatering av at øvrige faktiske forhold ikke er rettslig relevante overhodet, eller (mer aktuelt) ikke kan gi tilstrekkelig grunnlag for innsigelser. Det faktum at alminnelige vilkår for bundethet ofte vil være oppfylt ved avgivelsen av et kontraktsutkast, samtidig som et forbehold kanskje bare er kommet til uttrykk muntlig, eller implisitt, medfører at B uberettiget kan få medhold i en påstand om at partene er bundet. En sikker måte å markere at dokumentet ikke skal kunne skape bundethet gjennom aksept er derfor å markere dette eksplisitt, for eksempel ved påskriften "ex obligo" eller lignende forbehold.

Rt. 1996 s 946 "Vinagentursaken" er et slikt typetilfelle som viser at overgangen mellom tilbud/aksept- modellen og såkalte "forhandlingsavtaler", er glidende. Det hadde blitt avgitt et tilbud i den mer tradisjonelle forstanden, i form av et tilstrekkelig klart, presist og entydig dokument. Dette var videre akseptert. Spørsmålet for retten var om øvrige omstendigheter, blant annet partenes videre forhandlinger, medførte at bindende avtale likevel ikke var inngått.

Modellen tilbud/aksept passer også i situasjoner der det forhandles utelukkende skriftlig mellom partene, per e-post eller telex. Dette er særlig aktuelt ved framforhandling av sjøfraktavtaler.

Det er upraktisk, men ikke utenkelig, at bindingen i disse tilfellene inntreffer som forutsatt i avtalelovens kapittel 1 med utveksling av tilbud, avvikende aksept i kombinasjon med nytt tilbud, ny avvikende aksept med mottilbud mv.²¹

Videre er teoriens distansering fra tilbud/aksept- modellen egnet til å skjule at de rettfakta som er utviklet i tilknytning til denne modellen også i forhandlingskonteksten danner selve grunnlaget for B's "berettigede forventning". Tilbud/aksept- modellen har et innhold ut over det som følger av en ren ordlydsforståelse av begrepene "tilbud" og "aksept". De fleste kontraktsrettslige reglene og retningslinjene som i dag benyttes når man avgjør spørsmålet om bundethet, er utviklet i nær tilknytning til tilbud/aksept- modellen. Dette er tilfellet når det gjelder det overordnede vurderingstemaet "berettiget forventning". Videre er *utsagnet*, enten brukt som bevis for A's konkrete vilje, eller tolket i lys av erklæringsteorien, et helt nødvendig element også for bundethet under forhandlinger. Det er derfor ingen grunn til å skille skarpt mellom "forhandlingsavtaler" og mer konvensjonell avtaleinngåelse.

Når teorien så klart tar avstand fra avtaleloven skyldes dette kanskje at selve terminologien tilbud/aksept blir anstrengt²² når A's partsutsagn (inkludert handlinger og passivitet) er fremsatt ved *flere anledninger, og over tid*. Dette er jo selve kjennetegnet ved "forhandlingsavtaler", og synspunkter om at tilbud/aksept- modellen passer dårlig er derfor muligens berettiget. Typiske eksempler er der partene forhandler punkt for punkt (suksessiv bundethet), eller der forhandlingene er "tette" og skjer muntlig²³. Hvordan skal man løse disse tilfellene?

Man har flere alternativer. Det ene er å unnlate å slå fast bundethet i disse tilfellene. Uttrykk for et slikt prinsipielt syn finner man hos andrevoterende (Coward) i Rt. 2006 s 1585. Saken gjaldt

²¹ Woxholth, Avtalerett s 147.

²² Ramberg, Allmän Avtalsrätt, 7 utg. s 96 kaller det "varklighetsfrämmande" å spørre om den samlede kommunikasjonen utgjør tilbud og aksept der bundethet skjer ved suksessive forhandlinger. Han henviser i denne sammenhengen til UNIDROIT Principles som en mer dekkende uttrykk for den reelle metodiske tilnærmingen: "A contract may be concluded...by conduct of the parties that is sufficient to show agreement."

²³ Woxholth, Avtalerett s 148.

spørsmålet om det var inngått en muntlig samarbeidsavtale om felles budgivning, og etterfølgende deling av utmarksområdene Van Severen og Verran i Nord-Trøndelag. Formålet med en slik avtale var å ikke drive budene opp gjennom budkrig. Flertallet (ved dommer Gussgard) fant at det var inngått en bindende, muntlig samarbeidsavtale. Retten fant det ikke påfallende at det i en slik tidspresset situasjon ble inngått en muntlig avtale, og en påstand om skriftlighet som gyldighetsbetingelse ble ikke tatt til følge. Andrevoterende, Coward, kom til motsatt konklusjon, blant annet med følgende prinsipielle begrunnelse:

For min del er jeg imidlertid kommet til et annet resultat enn førstvoterende - kanskje særlig fordi jeg legger større vekt på ønsket om klare kriterier for når noe skal anses avtalt.

Dette synes på den andre siden ikke å gi et dekkende uttrykk for Høyesteretts praksis i tilfeller der det har vært forhandlet på en "rotete" måte, med noe skriftlig materiale, enkelte muntlige avklaringer, og konkludent adferd. Rettspraksis synes å ha lagt til grunn at prinsippene som er utviklet i tilknytning til avtalelovens tilbud/aksept- modell fortsatt har den samme gyldigheten, til tross for at det tradisjonelle analyseverktøyet tilbud/aksept ikke lenger er like treffende. Flere av dommene om at det er tilstrekkelig med "enighet på alle vesentlige punkter", gjelder nettopp slike tilfeller, der bundethet konstateres etter en helhetsvurdering av partenes samlede kommunikasjon over tid. Det metodiske problemet med fragmentert kommunikasjon over en lengre periode, synes å være et problem i de fleste sammenlignbare rettsystemer. Disse har gjennomgående valgt den samme løsningen som norsk rett: Selv om tilbud/aksept- modellen ikke er anvendelig, er de bakenforliggende prinsippene fortsatt like gyldige. Den berettigede forventningen fortjener et vern uansett hvordan den har oppstått.

Et eksempel fra engelsk common law:

Contracts are often the result of many counter-offers. This approach has been criticised by Lord Denning in the Court of Appeal in *Gibson -v- Manchester City Council* (1972) who considered that it was a mistake to think that all contracts could be so analysed, and that the correspondence as a whole and the conduct of the parties should be examined to see whether the parties had come to an agreement on everything that was material. However, it appears that the conventional approach of offer and acceptance will normally apply, and the broader approach is used only in exceptional cases.²⁴

CISG bygger også på terminologien tilbud/aksept. I forhold til konvensjonens anvendelse på fragmentert kommunikasjon over tid uttaler Schlechtriem²⁵ følgende:

Nevertheless...there are other forms of reaching agreement (e.g. agreement reached in point-by-point negotiations or by lengthy exchange of correspondence), where the 'dissection' of individual statements into 'offer' and 'acceptance' would constitute an arbitrary legal operation. [...] The dispatch of offers which cross, or a failure to object to a commercial letter of confirmation are also methods of reaching binding agreement which do not automatically fit within the scheme of offer/acceptance.

²⁴ http://www.atkinson-law.com/cases/CasesArticles/Articles/Formation_of_Contract.htm (Kildekritikk vurdert)

²⁵ Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary on the CISG* s 181 flg.

Schlectriem ser ut til å mene at også disse tilfellene i stor grad kan løses etter CISG, til tross for at denne bygger på tilbud/aksept- modellen. Han uttaler i forhold til forhandlingsavtaler (“agreement without clear offer and acceptance”):

It will still often be possible to discern an offer and an acceptance in the events leading to the reaching of an agreement. The appropriate principles to be applied in order to deal with the remaining cases are the principle of consensus, and the principle that it must be possible to discern a minimum content required for a contract (as defined by the requirements for an offer (Article 14)).

Tanken om at “enighet på alle vesentlige punkter” medfører bundethet synes etter dette ikke å være begrenset til norsk eller skandinavisk rett. Spørsmålet er likevel hva som er en tilstrekkelig “enighet”, og hva som er “vesentlig”.

Konklusjonen er at det er en glidende overgang mellom forhandlinger som naturlig faller inn under tilbud/aksept- modellen, og saker som ikke gjør det. Hvorvidt man velger å holde seg til den tradisjonelle analysemodellen, eller vurderer spørsmålet om bundethet etter de prinsippene rettsordenen har utviklet i tilknytning til denne, vil være avhengig av den konkrete situasjonen. Hvilken tilnærming man velger, bør likevel ikke være bestemmende for hvilket resultat man faller ned på. Den berettigede forventningen fortjener et vern, selv om den har oppstått ved en annen faktisk situasjon enn det lovgiver forutsatte ved vedtagelsen av avtaleloven.

2.3 Avtale avtalestiftende rettsfakta

Det følger av avtl. § 1 at loven viker for “retshandelen”. Etter moderne språkbruk innebærer dette for det første gjensidig avtale mellom partene, men også ensidige eksplisitte forbehold og ikke uttalte forutsetninger hører til de faktiske forhold/rettsfakta som naturlig faller inn under fravikelser av avtaleloven på grunnlag av partsautonomien²⁶. Slike forhold har selvsagt betydning for B’s forventninger, jf vurderingstemaet oppstilt i punkt 2.1. Det legges til at det ikke er noe skarpt skille mellom betingelser for bundethet som kan sies å være fastsatt av partene, og betingelser som ikke er det. Det dreier seg uansett om faktiske forhold i tidsrommet fra partenes første kontakt, og fram til den ene bryter. Begrunnelsen for et skille er således rent pedagogisk for å markere at partene i utgangspunktet selv har fullt²⁷ herredømme over spørsmålet gjennom aktiv inngripen.

2.3.1. Intensjonsavtaler

2.3.1.1 Utgangspunkter

²⁶ Krüger, Closing- forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger.

²⁷ Med unntak for den begrensning som følger av at retten også stiller visse krav til avtalen for å håndheve en avtale, jf drøftelsen av “agreements to agree” (under).

Prekontraktuelle avtaler kan ha mange ulike betegnelser²⁸, mest vanlig i en norsk kontekst er ”intensjonsavtale” eller ”prosedyreavtale”. Som ved annen avtaletolkning er betegnelsen som regel ikke avgjørende²⁹; en avtale får som kjent rettsvirkninger etter sitt innhold³⁰. Hvilke rettsvirkninger en slik avtale skal få må derfor bero på en konkret vurdering av innholdet, etter de alminnelige tolkningsreglene. En alminnelig, kontekstuell forståelse av ordlyden³¹ danner utgangspunktet. Når det likevel kan sies noe generelt, er det fordi innholdet i, og formålet med, slike avtaler ofte har visse likhetstrekk.

Partene kan for det første ha regulert forhold som taushetsplikt, hvorvidt partene skal ha adgang til å forhandle med andre, eller medvirkningsplikt. Felles for slike klausuler er at de *etter sitt innhold* ikke gir noe stort bidrag i forhold til spørsmålet om når rettsvirkningen bundethet skal, eller ikke skal, inntre.³² Det kan likevel hevdes at en klausul om konfidensialitet antyder at partene ennå ikke er bundet til noen avtale.³³ Dersom slike kontraktsplikter brytes, er rettsvirkningen erstatning. Slike forhold faller utenfor oppgavens tema og behandles ikke videre.³⁴

En intensjonsavtale kan for det andre inneholde avtalevilkår, for eksempel om prisen, eller spesifisering av øvrige ytelser. Disse tilfellene er problematiske rettslig sett, dersom reguleringen er *klar, presis og entydig* nok til at den kan tillegges rettsvirkninger. Dette tyder på bindende regulering. Man befinner seg altså i en situasjon der man i tilfelle må begrunne hvorfor slik regulering ikke skal skape rettsvirkninger. En slik begrunnelse kan søkes i at *dokumentet som sådan* ikke er tilstrekkelig klart presist og entydig til at det kan tillegges rettsvirkninger, på grunn av at enkelte forhold er utelatt, eller er formulert på en vag og uformell måte. Antakelig gjelder det også for slike tidlige avtaler at de må ha et visst minimumsinhold for å kunne tillegges

²⁸ Ramberg, Allmän avtalsrätt s 64 lister opp ”avsiktsförklaring”, ”letter of intent”, ”heads of agreement”, ”memorandum of agreement”, agreement in principle” og ”term sheet”. Man kan legge til de norske betegnelsene ”intensjonsavtale og ”prosedyreavtale”, jf Giertsen, Avtaler s 61.

²⁹ Like fullt er det en viss uenighet i teorien om hvorvidt uttrykket intensjonsavtale peker mot at det er snakk om en avtale som er rettslig uforpliktende i forhold til bundethetsspørsmålet: Ramberg mener at [h]ur avtalet rubriseras är av viss, men inte avgörande, betydelse för att bedöma rättsvirkningarna.” Hellner mener imidlertid at uttrykket ”letter of intent” antyder at det ikke er snakk om en rettslig bindende avtale. I denne retning også Gomard: ”Brug av af betegnelsen hensigtserklæring er imidlertid ofte en tilkendegivelse af, at afgiver først vil binde seg, når en fuldstændig og endelig kontraktstekst er udarbejdet.” For min del er jeg enig i Rambergs synspunkt at betegnelsen ikke er et særlig tungtveiende moment ved avgjørelsen av hvilke rettsvirkninger en slik avtale skal tillegges. Dette er også den løsning som samsvarer best med den alminnelige tolkningslæren.

³⁰ UfR1994 s 479, samt Huser, Avtaletolkning s 575 som også heller mot å gi ordlyden og innholdet den avgjørende betydning.

³¹ Ramberg, Allmän avtalsrätt s 64: ”Den enda godtagbara metoden är att tillämpa en tolkningsmetod där rubriken tillmäts mindre betydelse än avtalstexten och parternas upptagande i övrig. Schlechtriem, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods(CICG), s 197 ser ut til å ta et standpunkt i samsvar med dette: ”The nature of a ’letter of intent’ must therefore also be characterized by interpreting it under Article 8 (2) and, in particular, Article 8 (3).” Art. 8 (2) og 8 (3) slår fast at det i mangel av en felles subjektiv partsforståelse (8(1)), må foretas en objektiv tolkning, under hensyn til det som har skjedd under forhandlingene, eventuell tidligere praksis partene imellom, samt sedvane og etterfølgende forhold.

³² Med forbehold om at slike reguleringer fremstår som formålet med avtalen som sådan. I tilfelle kan det være grunn til å ikke tillegge det øvrige innhold rettsvirkninger, selv om en isolert tolkning av disse skulle tilsi rettsvirkninger med hensyn på bundethetsspørsmålet.

³³ Grunnen til dette er at en slik klausul ville være overflødig dersom avtale allerede var kommet i stand.

³⁴ At slike klausuler først og fremst har andre funksjoner enn å si noe om bundethetsspørsmålet bekreftes av Giertsen, Avtaler s 61-62.

rettsvirkninger (se punkt 2.3.1.4). En ytterligere begrunnelse kan søkes i systembetraktninger eller antatt formål (nedenfor).

Situasjoner der avklaring av vilkår rent faktisk skjer gradvis (suksessiv bundethet) er særlig tvilsomme. Det kan være grunn til å betrakte en slik regulering som bindende. Avklaring av punkter i intensjonsavtalen vil i disse tilfellene være naturlig å betrakte som et første steg på veien mot fullstendig regulering, eller i det minste de ”vesentlige punkter”. Et forbehold må også her tas i forhold til partenes antatte formål, jf nedenfor under punkt 2.3.1.2.

2.3.1.2 Intensjonsavtalers formål som tolkningsmoment

Formålet med en slik tidlig avtale må, i likhet med ordlyden, antas å være et sentralt tolkningsmoment i vurderingen av hvilke rettsvirkninger dokumentet skal tillegges:

Vid tolkningen av ett letter of intent bör man noga klargöravilka syften [formål] parterna haft när de skrivit det.³⁵

Den subjektive felles partsforståelsen er selvsagt relevant dersom den er konstaterbar, og et antatt formål vil inngå i en slik vurdering. I mangel av et felles konstaterbart formål, må det mest plausible formålet legges til grunn, ut fra en vurdering av avtaledokumentets innhold, og situasjonen som sådan (se under systembetraktninger, punkt 2.3.1.3). Formålet kan generelt tenkes å fungere som ”overstyring” i forhold til ordlyden.

Ramberg nevner for det første at en intensjonsavtales formål i mange tilfeller er å ha en rent ”forhandlingspsykologisk effekt”³⁶. Dette innebærer at intensjonsavtalen ikke er ment å regulere partenes forhold rettslig. Et annet vanlig formål³⁷ med en intensjonsavtale er å understreke eller klargjøre sentrale momenter i en kompleks transaksjon, for praktiske formål. Et typisk eksempel er at ingeniører og andre ikke-jurister skal ha retningslinjer å arbeide etter. Intensjonsavtalen blir da å betrakte som en ikke-rettslig arbeidsskisse, og det er neppe grunn til ut fra formålsbetraktninger, å tillegge dokumentet rettslig betydning overhodet. Et annet formål er å markere offisielt, eller skaffe bevis for, at partene er i en forhandlingssituasjon. Dette kan selvsagt være basert på markedsstrategiske behov.³⁸ I tilfelle må man legge til grunn at dokumentet ikke har betydning med hensyn på bundethet. Å gjøre offisielt, eller skape notoritet for, at partene er i en forhandlingssituasjon kan imidlertid også være et uttrykk for at partene ønsker å unngå ”snapping-up”³⁹-problematikk. Det vil si at det som i det ytre er et tilbud etter innholdsbetraktninger, ikke skal kunne skape rettsvirkninger gjennom at motparten aksepterer

³⁵ Ramberg, Allmän avtalsrätt s 64 flg.

³⁶ Ramberg, op. cit.

³⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Letter_of_intent: The purposes of an LOI may be: 1) to clarify the key points of a complex transaction for the convenience of the parties and 2) to declare officially that the parties are currently negotiating, as in a [merger](#) or [joint venture](#) proposal, and 3) to provide safeguards in case a deal collapses during negotiation. Det påpekes at en kildekritisk betraktning er foretatt.

³⁸ For eksempel å markere overfor konkurrenter som er ute etter samme tjeneste at denne leverandøren er tatt.

³⁹ Terminologien er hentet fra McKendrick, Contract Law s 35 flg., og beskriver den situasjon at det forligger et tradisjonelt tilbud i det ytre, selv om det ikke er ment å være bindende, eller det foreligger en feil. Situasjonen er da at alminnelige vilkår for bundethet beviselig er oppfylt, mens avgiverens mening om at det bare er et uforpliktende forhandlingsutspill, ikke har kommet like klart til uttrykk.

ved et enkelt ”ja”. Tanken her er at alminnelige vilkår for bundethet jevnlig vil foreligge i en forhandlingskontekst, særlig i form av at A gir B et dokument som i form og innhold er et tilbud i avtalelovens mer tradisjonelle forstand, men som *likevel ikke er ment* å være bindende. For eksempel kan dette være forårsaket av et ønske om å stå fritt til å vurdere det samlede forhandlingsresultat (se under Del III). I tilfelle må resultatet være at man krever en relativt klar manifestasjon av at partene ønsker å binde seg, for eksempel opprettelse av et felles kontraktsdokument, og eventuelt signering av dette. Intensjonsavtaler kan også ha det formålet å sikre en kostnads- og risikofordeling dersom forhandlingene ikke skulle føre fram. Dette kan være uttalt eksplisitt i form av en klausul med dette innholdet. Det kan videre ligge mer implisitt i avtalen at partene skal bli enige så lenge det ikke foreligger saklige grunner mot dette. Intensjonsavtalen vil da fungere som ”safeguard” for pådratte kostnader der forhandlingsparten trekker seg uten slik saklig grunn.

En oppsummering av det som er sagt ovenfor innebærer at det ut fra formålsbetraktninger må gjelde en presumsjon mot at en intensjonsavtale har rettslig betydning i forhold til bundethetsspørsmålet, til tross for en tilstrekkelig klar regulering av kontraktsplikter. Forhandlingsparters inngåelse av intensjonsavtaler er vanligvis motivert av andre hensyn enn allerede på et tidlig tidspunkt å legge endelige føringer for den avtale som senere skal inngås.

2.3.1.3 Systembetraktninger

Å gi en intensjonsavtale den rettsvirkning at det kreves en sikrere manifestasjon av bundethet, i form av signering, stemmer også godt overens med de situasjoner intensjonsavtaler vanligvis forekommer. Det dreier seg om større kontrakter, der man generelt må kreve et sikrere grunnlag for å konstatere bundethet. For å begrunne dette kan man kanskje trekke en analogi fra reglene om at det normalt kreves skriftlighet for avtale om salg av fast eiendom. Det er neppe grunn til å behandle større kontrakter mye annerledes enn fast eiendom, idet formålet bak regelen er å verne selgersiden mot ”ufrivillig” å selge et slik verdifullt⁴⁰ formuesgode som en fast eiendom representerer. Denne regelen er tilpasset en tid da landbruket stod sterkt, og gården var det ”helligste” av alle formuesgoder. Med dagens utvikling kan man kanskje spørre om ikke eierskapet til familiebedriften og det gamle familie-eide frakteskipet har krav på samme vern. Og gjelder det først disse, medfører retts tekniske hensyn at synspunktet må være gyldig for alle verdifulle kontraktsgjenstander.

Selve fremgangsmåten med inngåelse av en intensjonsavtale bærer også preg av formalisme og høytidelighet, noe som bør gjenspeile seg i krav til en mer formell og sikker manifestasjon av at avtale er inngått. Når partene tar seg ”bryet” å gjøre skriftlig et dokument som etter sitt innhold klarlig er rettslig uforpliktende⁴¹, kan dette ses en dispositiv markering av at partene skal nedfelle skriftlig og signere også det som er ment å skape rett og plikt mellom partene⁴². I mangel av andre holdepunkter, for eksempel et sannsynlig formål, er det nærliggende å falle ned på at bruken av en skriftlig intensjonsavtale, også medfører tilsvarende krav om skriftlighet for en

⁴⁰ Selvsagt økonomisk, idet formuesgodet er evigvarende. Men også affeksjonsverdien må antas å ha vært en sentral begrunnelse for et særlig vern av realtyer ved salg av fast eiendom.

⁴¹ Eller det i det minste er tvilsomt.

⁴² Dette kan bygges på en ”fra det mer til det mindre”-tankegang. Når man gjør skriftlig ”det mindre”(et etter sitt innhold uforpliktende dokument), må det kreves at partene også benytter skriftlig form når ”det mer”(rettslig bindende avtale) skal markeres.

bindende regulering av partenes rettigheter og plikter⁴³. Er intensjonsavtalen muntlig, vil argumentet om at partene kan sies å ha forutsatt skriftlighet gjennom sin første avtale, selvsagt ikke være gyldig. Systembetragtninger som sådan påvirkes likevel ikke av at en intensjonsavtale er gjort muntlig. Også en muntlig intensjonsavtale antyder avtaleinngåelse i to trinn, og medfører at man bør iakttas de formene partene selv har brukt ved første korsvei (intensjonsavtalen) også ved den neste (bundethet). Dette kan for eksempel være at man benytter en uavhengig tredjepart som vitne i ved inngåelse av intensjonsavtalen. I mangel av holdepunkter for noe annet, kan det være grunn til å kreve at denne tredjeparten må være til stede også når forhandlingene sluttføres. Rt. 1992 s 1110 "OBOS" anerkjenner at en slik tidlig avtale tyder på at partene har forutsatt avtaleinngåelse i to trinn. Selv om den første avtalen inneholder konkrete plikter, skaper denne avtalen først og fremst en lojalitetsplikt, og et grunnlag for å få dekket kostnader (negativ kontraktsinteresse) dersom forhandlingsmotparten trekker seg uten noen saklig grunn. At en intensjonsavtale kan ha denne funksjonen, har vært lite framhevet i norsk teori. Dette er også i tråd med NJA 1990 s 745.

Hvor på tidsaksen for partenes kontakt med hverandre man befinner seg, antas også å ha betydning for en vurdering av hvilke rettsvirkninger en avtale skal tillegges. Det har "formodningen mot seg"⁴⁴ at partene allerede ved første kontakt, eller tidlig, i et lengre forhandlingsløp mener å legge endelige og bindende føringer. Dette hensynet gjør seg sterkere gjeldende desto mer kompleks avtalegjensstanden er. Det er helt uvanlig at det ikke kreves justeringer ved større kontrakter. Standard tilvirkningskontrakter, eksempelvis NF07, illustrerer dette på en god måte. Synspunktet har støtte i teorien.⁴⁵

2.3.1.4 Agreements too agree – forholdet mellom parter og domstol

Intensjonsavtaler inneholder imidlertid bare unntaksvis en tilstrekkelig klar og presis angivelse av kontraktsplikter. Det vanlige er angivelse av et felles definert formål med partenes videre kontakt, mest vanlig å bli enige om kjøp og salg av en bestemt realytelse, for eksempel et skip, eller en virksomhet. En ren "agreement to agree" vil sjelden forekomme. Det vanlige er at partene også stipulerer avtaleinnholdet i mer eller mindre grad, men i vagere og mer ufullstendige termer enn i en endelig avtale. I sin rene form illustrerer en slik klausul uansett et prinsipielt problem. Må domstolen håndheve en i utgangspunktet ikke operativ avtale, fordi partene har ment at avtalen var gyldig og bindende? "

"Agreements to agree" reiser med andre ord spørsmålet om rettens forhold til partenes autonomi. Utgangspunktet er helt sikkert; en felles subjektiv partsforståelse er tilstrekkelig til å fastslå bundethet. McKendrick⁴⁶ uttaler imidlertid følgende om situasjonen når "agreements to agree" er omtvistet ved domstolen:

The courts have experienced considerable difficulty in the cases whether or not an agreement is sufficiently certain for them to enforce. On the one hand, the judges do not generally wish to be seen to be making the contract for the parties. On the other hand, they are reluctant to deny legal effect to an agreement the parties have

⁴³ Dette synspunktet finner støtte også i Hagstrøm, Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold.

⁴⁴ Om dette se Woxholth s 154 med henvisninger til Grönfors s 75

⁴⁵ Woxholth, Avtalrett, s 154. Jamfør også Grönfors, Avtalsgrundande Rättsfakta, s 75.

⁴⁶ McKendrick, Contract Law s 127.

apparently accepted as valid and binding. The result has been a degree of tension in the case-law. This is particularly so in relation to ‘agreements to agree’.

Dette er etter mitt syn en treffende beskrivelse av problemet også etter norsk rett. For engelsk retts del har man avvist rettvirkninger av slike avtaler med støtte i en rettsetning om at en avtale må ha et visst minimum av innhold⁴⁷ for at rettsapparatet skal stille kunne stille seg bak den. Dette må antas å være en prinsipiell skranke for partenes autonomi også etter norsk rett. Begrunnelsen kan tenkes bygd på regelen om kommer frem i ”Vinagentursaken”; det kreves som et minimum at partene har blitt enige om de ”vesentlige punkter”, for at retten skal slå fast at avtale er inngått. Agreements too agree illustrerer på denne måten at bundethet ikke er noe eksklusivt partsautonomt anliggende.

2.3.1.5 Lojalitetsplikt

Intensjonsavtaler sier også noe om partenes lojalitetsplikt overfor hverandre. Hvorvidt en intensjonsavtale faktisk styrker den alminnelige lojalitetsplikten som kommer til syne blant annet i den rettslige normen ”god forretningsskikk” i markedsføringsloven § 1, eller hvorvidt den bare konkretiserer en lojalitetsplikt som eksisterer i også uten en avtale, er ikke avklart i norsk rett.

Rt. 1992 s. 1110 ”OBOS” ser for sin del ut til å *begrunne* en lojalitetsplikt i intensjonsavtalen. Saken gjaldt spørsmålet om hvorvidt det var inngått bindende avtale om oppføring av 39 eneboliger. Høyesterett uttaler at;

Oktoberavtalen må innebære en forutsetning om at OBOS lojalt vurderer de pristilbud som Stiansen fremsetter, og eventuelt gjennom forhandlinger medvirker til en løsning av uløste spørsmål.

Men en slik lojalitetsplikt er ikke begrenset til situasjoner der intensjonsavtale er inngått. Et illustrerende eksempel har vi i NJA 1990 s 745. Spørsmålet for retten var blant annet om det var inngått en muntlig intensjonsavtale. Högsta Domstolen fant ikke at en slik avtale var bevist, men begrunner en lojalitetsplikt i avtalesituasjonen.

Uansett hvordan man velger å begrunne en slik plikt, vil det for praktiske formål nok ha betydning at en intensjonsavtale foreligger, i den forstand at det gir retten et sikkert og konkret grunnlag for å vurdere om A’s opptreden har vært akseptabel. Normalt vil dette kun få betydning i forhold til et eventuelt spørsmål om erstatning. Hvorvidt klanderverdig opptreden også kan, og bør, spille en rolle ved bundethetsspørsmålet under forhandlinger, skal vi komme tilbake til under punkt 3.3.

2.4 Avtalt skriftform

Partene kan avtale, forbeholde seg, eller synbart forutsette formkrav som en nødvendig betingelse for bundethet. Dette følger for det første av prinsippet om avtalefrihet, og mer spesifikt av formfrihetsprinsippet. Dette synes å være et nokså allment rettslig prinsipp. UNIDROIT⁴⁸ art. 2.13 slår fast:

⁴⁷ Dette kan sies å svare til den norske rettssetningen om at et utsagn må være tilstrekkelig, klart, presist og entydig til at det kan tillegges rettsvirkninger.

⁴⁸ The International Institute for the Unification of Private Law. Er i forhold til norsk rett å anse som “model law”.

Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement...in a specific form, no contract is concluded before agreement is reached...in that form.

Antakelig kan man oppstille en generell begrensning i forhold til denne regelen. Et forbehold må være fremsatt i tide, jf NJA 1970.478⁴⁹. Det er likevel ikke gitt hva som er et relevant og tilstrekkelig⁵⁰ (ytre) utslag av at partene, eller en av dem, har brukt denne kompetansen til å oppstille et formkrav, jf ”insists”. Dette er tema i det følgende.

Det mest aktuelle formkravet i forhold til vårt spørsmål er skriftlighet. Skriftlighet som partsfastsatt avtalestiftende rettsfaktum er i teorien problematisert i forhold til avtaleklausulen ”avtalt skriftform”⁵¹. Denne har bare blitt omtalt et fåtall ganger i rettspraksis, blant annet i LB-2000-3449 (Borgarting), og er derfor mer å betrakte som en teoretisk betegnelse⁵². Det er derfor grunn til å understreke at en slik klausul kan være både formulert forskjellig, og ha forskjellige formål⁵³. Dette vil selvsagt ha stor betydning når rettsvirkningene skal fastlegges. Videre behandling tar likevel utgangspunkt i klausulen ”avtalt skriftform”, fordi denne formuleringen illustrer de prinsipielle problemene som oppstår der en klausul (eller et muntlig utsagn) om skriftlighet er formulert på en tvetydig måte, og der en felles subjektiv partsforståelse ikke ligger i dagen. Det finnes to ulike prinsipielle ytterpunkter. Klausulen kan, etter ordlyden, på den ene siden ses som et uttrykk for at partene (mest praktisk den ene) ønsker å sikre notoritet for avtalen når den kommer i stand. I tilfelle er ikke ”avtalt skriftform” relevant i forhold til bundethetsspørsmålet. Den kan på den andre siden innebære at partene har oppstilt opprettelse av et skriftlig kontraktsdokument, eventuelt signering av dette, som betingelse for bundethet. Tolket antitetisk betyr det samtidig at rettsvirkningen bundethet ikke inntre før slik opprettelse av et kontraktsdokument, og eventuelt signering. Begge tolkningsalternativene er noenlunde like plausible ut fra en isolert betraktning av ordlyden. Hvilket alternativ man skal velge må i utgangspunktet bero på en konkret vurdering av hva partene har ment med en slik klausul. Det kan likevel trekkes opp enkelte retningslinjer for forståelsen ut fra rettspraksis og teori.

I den nevnte dommen var spørsmålet om det var inngått en franchiseavtale om rett til utleie av kaffemaskiner, samt leveranser av kaffe og øvrig driftsmateriell til maskinene. Partene hadde forhandlet, og blant annet gitt hver sin underskrift på to ulike, men nesten likelydende kontraktsdokumenter. Det var uenighet mellom partene om forhandlingene de hadde foretatt, hadde ledet fram til en bindende avtale. Parten som hevdet avtale ikke var kommet i stand, påstod at det var avtalt skriftform. Eksistensen av en slik klausul ble ikke funnet bevist, da den ikke var nedfelt skriftlig, og heller ikke vitneførsel kunne bevise den.

Uten å trekke domsresultatet i tvil, illustrerer dommen for det første poenget at det kan være en forskjell på å *ha* rett, og på å *få den håndhevet* ved domstolen. Dommen illustrerer antakelig at man i praksis i stor grad må avskrive muntlige avtalte rettsfakta, fordi de er vanskelig å bevise.⁵⁴ Sammenholder man dette med at et tilbudsdokument (uavhengig av hvorvidt det er ment å være

⁴⁹ Avtale var allerede sluttet før forbeholdet ble tatt.

⁵⁰ Her er det antakelig nyanser mellom de ulike rettsystemene, jf blant annet tysk retts presumsjonsregel i BGB, omtalt nedenfor.

⁵¹ Ramberg s 72, og wox s 150

⁵² Ramberg side 72: ”Denna variant av förhandlingsavtalan är känd under *beteckningen* avtalad skriftform.”

⁵³ Wox s 151.

⁵⁴ ⁵⁴ Og illustrerer slik at ”en muntlig avtale ikke er verd papiret den er skrevet på”.

bindende) ofte er skriftlig og beviselig, kan resultatet bli bundethet tross forsøk på å frabe seg dette. Retten tar på grunn av mangelen på bevis ikke stilling til innholdet i en slik klausul. Begge partenes prosedyrer ser imidlertid ut til å være innrettet på at en slik klausul, dersom den anses bevist, vil medføre et krav om et signert avtaledokument som vilkår for bundethet. Også retten synes å helle i denne retning.

I juridisk teori har man videre antatt at det må gjelde en presumsjon for at det kreves et signert avtaledokument⁵⁵, der det er tvil om innholdet i en klausul om ”skriftform” eller ”skriftlighet”. Begrunnelsen er uklar. Den synes å bygge på en forutsetning om at det mest vanlige formålet⁵⁶ med en slik klausul er å sikre ubundethet inntil opprettelse av et skriftlig dokument. Dette synes både mer sannsynlig og vanlig enn det å sikre notoritet. Denne løsningen er videre i tråd med tysk rett. BGB § 154 st 2, slår fast at en slik klausul ved tvil medfører et krav om et signert avtaledokument. Dette er likevel neppe tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for oppstille en slik presumsjon. Der ”avtalt skriftform” er fremsatt som ensidig forbehold, vil det være like nærliggende å la tvil gå ut over den som har formulert seg uklart. Rt. 1991 s. 1171 ”Scania” illustrerer dette:

”[R]isikoen for den uklarhet som kan ha oppstått på grunn av brevet 14 mars, må ligge hos C som burde ha uttrykt seg klarere.”

Også i den nevnte underrettsdommen kan rettens uttalelse oppfattes å helle i denne retning; skriftlighet som betingelse for bundethet måtte ha kommet ”klart”⁵⁷ fram. Etter dette synes det ikke å være et tilstrekkelig grunnlag etter norsk rett til å oppstille tilsvarende presumsjonsregel som den nevnte BGB § 154 st 2.

Når teorien omtaler avtalt skriftform så hyppig, er dette kanskje mest for å markere at det kan være en både enkel og helt sikker måte å *unngå* bundethet under pågående forhandlinger, dersom man uttrykker seg tilstrekkelig klart. Den er dermed også effektiv. Krüger⁵⁸ nevner imidlertid et problem som kan oppstå tross en slik regulering:

”Når spørsmålet kan oppstå allikevel, og tross slik forhåndsavtale er det fordi det kan være grunnlag for å hevde at partene under forhandlingene i realiteten har endret sin første avtale om fristilling. Partene kan i fellesskap dispositivt reelt ha beveget seg bort fra den bindingsavtalen man åpnet forhandlingene med, eller-mer praktisk – den ene av partene kan ha opptrådt på en måte som har gitt den annen part grunn til å anta at de opprinnelige spilleregler ikke lenger vil bli påberopt, og derfor reelt er frafalt.”

Dette er treffende i forhold til avtaler eller forbehold om skriftlighet, men gjelder selvsagt generelt for andre rettsfakta fastsatt med grunnlag i partsautonomien. Hvorvidt partene kan sies å ha foretatt en slik fravikelse av sin første avtale er det vanskelig å besvare generelt. Mest praktisk vil kanskje iverksettelse av hele eller deler av en parts ytelse føre til at spørsmålet kommer på spissen. I tilfelle kan det være grunn til å frata den iverksettende part muligheten til å påberope at avtale ikke er kommet i stand, på grunn av manglende skriftlighet. Dette kan imidlertid også antas å gjelde for den part som med kunnskap om iverksettelse, forholder seg passiv. Generelt må det likevel antas at det å påberope en slik fravikelse, vil medføre en tung bevisbyrde for parten som hevder dette.

⁵⁵ Lyng Andersen/Madsen, Aftaler og mellommænd s 91-92, med tilslutning fra Woxholth s 157.

⁵⁶ Dette kan tenkes bygd på kutyme, dersom en gjengs oppfatning blant næringsdrivende er konstaterbar.

⁵⁷ Retten siterer på dette punktet Rt. 1998 s 946 ”Vinagentur”, og har derfor begrenset vekt.

⁵⁸ Krüger, Closing- forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger.

Beskyttelse av forhandlingsstadiet har tradisjonelt vært et tungtveiende rettspolitisk argument mot bundethet før en endelig og klar markering.⁵⁹ Både partene og samfunnet er tjent med størst mulig ”kontaktflate” mellom kjøpere og tilbydere av en vare eller tjeneste⁶⁰. Partene skal, som det ofte formuleres, ikke oppleve ”å bli sluset inn i en avtale uten at dette er villet fra begge side”.

Når partene nokså enkelt kan frabe seg bundethet før signering, er dette likevel egnet til å vise at det ikke nødvendigvis er noe stort ”overgrep” mot partenes forutberegnelighet, og hensynet til beskyttelse av forhandlingsstadiet, å fastslå bundethet før en signert avtale foreligger. Når partene ikke selv tar grep for å sikre seg ubundethet, for eksempel ved påskriften ”ex obligo” på et avtaleutkast, må retten stå fritt til å vurdere bundethet ellers gjeldende regler og retningslinjer. Krüger⁶¹ ser ut til å være inne på slike tanker:

Realiteten i emnet ligger i et grunnleggende rettsmetodisk valg mellom fullstendig partsautonomi og en rettsbeskrivelse som aksepterer en ikke lovfestet deklarasjonsregel – eller i det minste *typeløsning* – som går ut på at avtaler kan utvikle seg i stadier fra fullstendig fristilling frem mot konstatering av faktisk konsens eller - i det minste – graderte ”points of no return”. Regel som motsats til partsdisposisjon må da forstås som *kompetanse* for domstoler til å vurdere bundethet som et *skjønn* over elementer i det prekontraktuelle hendelsesløp. Den alternative beskrivelse holder derimot hele spørsmålet om bundethet åpent som et eksklusivt partsautonomt anliggende inntil forhandlingene har ført frem til (1) faktiske enighet om det man har forhandlet om, og (2) i tillegg enighet om at slik enighet heretter *også* skal markere gjensidig bundethet. Den siste beskrivelse gir frihet for hver av partene til å trekke seg så lenge kontraktsdokumentasjonen ikke er signert eller på annen måte aktivt tiltrådt av begge parter, selv om en domstol i ettertid kan konstatere at partene har oppnådd konsens om det man har forhandlet om frem til et kritisk bruddpunkt. [...] Det står fast at partene alltid har fullstendig autonomt herredømme over dette valget, i den forstand at de i fellesskap eller hver for seg dispositivt kan utelukke ”type”- løsningen ved å forhåndsavtale - eller eksplisitt frabe seg – trinnvis bundethet eller forbeholde seg fullstendig fristilling før underskrift/closing.

At fraværet av partenes regulering medfører kompetanse for domstolen til å vurdere bundethetsspørsmålet etter de alminnelige reglene synes fornuftig, og er bekreftet i rettpraksis gjennom regelen om ”bundethet ved enighet på alle vesentlige punkter”.

På den andre siden kan synspunktet at en part så lett kan unngå bundethet, trekkes i tvil. Tar man utgangspunkt i at et slikt forbehold må være nedtegnet skriftlig for å kunne få noen realitet ved en eventuell senere rettstvist, vil det i tilfelle det er fremsatt i en intensjonsavtale, antakelig være overflødig. Et krav om skriftlighet og signering vil mest sannsynlig følge *allerede* av det faktum at en intensjonsavtale er inngått. Dersom det ikke er inngått noen intensjonsavtale, vil det å kreve en slik klausul nedfelt skriftlig fort kunne oppfattes negativt av motparten, og muligens berettiget. Det man implisitt sier er at man ikke stoler tilstrekkelig på motparten til å la et slikt forbehold forbli muntlig. Dette er egnet til å forsure forhandlingsklimaet⁶² mellom partene, og det er derfor

⁵⁹ Ryssdal, Den som tier samtykker?

⁶⁰ Anbudsreglene har nettopp dette formålet, men er så vidt spesielle at de bare kan vise at forhandlinger har en verdi.

⁶¹ Closing- forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger.

⁶² Ryssdal, Den som tier samtykker?

i alle fall forståelig at en part ikke har sikret seg ubundethet på denne måten. Fraværet av partenes egen regulering kan derfor selvsagt heller ikke ses som et argument *for* bundethet.

2.5 Closing

Eksplisitt bruk av uttrykket ”closing” fra en av partenes side reiser et rent tolkningsproblem. Utgangspunktet er hva partene selv har lagt i dette, med partenes samlede opptreden som bevis. Dersom dette ikke gir noen løsning, er man henvist til å fastlegge rettsvirkninger etter ordlyden, tolket hovedsaklig i lys av rettspraksis, mulige kutymer, og teori. Problemet kan konkret formuleres som et spørsmål om A’s bruk av uttrykket ”closing” ekskluderer B’s berettigede forventning om gjensidig bundethet inntil signering er gjennomført, jf vurderingstemaet oppstilt under punkt 2.1.

Closing er hentet fra anglo-amerikansk rett, der begrepet er utviklet særlig i tilknytning til salg av fast eiendom⁶³. Begrepet betegner et møte mellom partene der kontraktens hele - det vil si kontraktsdokumentet inkludert vedlegg og øvrige dokumenter - blir signert og bindende. I sin harde kommersielle betydning betyr det⁶⁴ samtidig at partene står fritt⁶⁵ til å trekke seg inntil closing er gjennomført. Omvendt vil uttrykket, mer løsrevet fra sin opprinnelse, språklig og kontekstuell innebære at *det skal skje en formalisering*⁶⁶. Dette trenger ikke å bety annet enn at det skal opprettes et skriftlig dokument, med det formål å sikre notoritet for kontraktspliktene. Det kan også, der det fremsettes sent i forhandlingene, tolkes som en markering av partene nå har forhandlet ferdig.

I den nevnte Vinagentursaken ble dato for ”closing” brukt i den sistnevnte forstand av parten som hevdet bindende avtale var inngått (i vårt skjema B), altså stikk i strid med den betydning uttrykket angivelig har i anglo-amerikansk rett. Den part som fremsatt uttrykket closing brukte dette som argument for at bindende avtale var inngått. Så langt kunne ikke en berettiget forventning hos avgiveren være utelukket på grunn av hans egen forståelse av uttrykket.

Ifølge Krüger⁶⁷ har uttrykket heller ikke noe festnet innhold i norsk rett, og et synspunkt om at ”bordet fanget” parten som hevdet at avtale var kommet i stand til en mer objektiv forståelse, kunne av denne grunn ikke være gyldig. Av juridiske forfattere som behandler begrepet er den alminnelige oppfatningen at det har mer preg av oppfyllelshandling enn fristillingsforbehold. I denne retningen Krüger, med tilslutning fra blant andre Woxholth⁶⁸.

2.6 Oversikt over enkelte andre avtalte rettsfakta

Det må for helhetens skyld påpekes at det ovenfor nevnte ikke er noen uttømmende liste over typiske avtalte rettsfakta. Det finnes en rekke måter å fravike avtaleloven, og prinsippene utviklet i tilknytning til denne, helt eller delvis. I det følgende skal vi se på noen praktiske eksempler.

⁶³ [http://en.wikipedia.org/wiki/Closing_\(real_estate\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Closing_(real_estate))

⁶⁴ Krüger, Closing, Forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger.

⁶⁵ Selvsagt innefor den grense ”god forretningsskikk” oppstiller, i forhold til spørsmål om erstatning.

⁶⁶ Krüger, op. cit.

⁶⁷ Krüger op. cit.

⁶⁸ Woxholth, Avtalerett s 168, med henvisninger til Bryde Andersen, Praktisk Aftaleret s 215 flg.

En vanlig fravikelse av avtaleloven er avtaler som først blir bindende ved *ordrebekreftelse*.⁶⁹ Denne måten å inngå avtale på representerer på mange måter den mest grunnleggende fravikelsen av avtaleloven, idet avtaleinngåelsen her skjer i tre ledd. De materielle vurderingene er imidlertid i stor grad de vanlige prisnippene for avtaleinngåelse, og det må for eksempel antas at også en slik avtale må tilfredsstillende visse innholdskrav for å kunne skape rettsvirkninger (se under "agreements too agree"). En ordrebekreftelse vil imidlertid være et såpass sterk indikasjon på at avtale er inngått, at det kan bære grunn til å lempe noe på innholdskravet (se etterfølgende forhold)

Det kan også tas visse forbehold, for eksempel om *styre- eller myndighetsgodkjenning*. Ved å ta et slikt forbehold vil A effektivt kunne ekskludere B's berettigede forventning om bundethet, dersom forbeholdet kan sies å være gyldig. I disse sakene blir det ofte et spørsmål om A's påvirkningsmulighet på styre eller myndigheter medfører at forbeholdet ikke kan sies å være gyldig. Fra rettspraksis se blant annet Rt. 2005 s 268 "Pan Fish".⁷⁰

Også forbeholdet "*subject to details*" kan ses på som et avtalestiftende rettsfaktum, og er hyppig anvendt ved inngåelse av sjøfraktavtaler. Hvilken funksjon et slik forbehold har må sies å være uklart etter norsk rett. Etter amerikansk rett gir utsagnet "sub details" uttrykk for at en bindende kontrakt er kommet i stand, jf "The Cluden". Den engelske posisjonen er på den andre siden at "sub details" betyr at det fremdeles gjenstår uavklarte spørsmål som må løses før en bindende avtale er kommet i stand.⁷¹ Dette kan sies å være den løsningen som best samsvarer best med regelen CISG art. 55 (se under punkt 3.2). Fra norsk rettspraksis se ND 1957 s 285, der avtale ble ansett inngått med forbehold om "minor details".

2.7 Oppsummering

Det finnes en rekke måter å aktivt regulere forhandlinger på med sikte på å sikre eller dele pådratte kostnader, eller å sikre ubundethet. Dersom en part ikke benytter disse mulighetene på en tilstrekkelig klar og entydig måte, medfører dette at parten i tilfelle en rettslig tvist om hvorvidt avtale er inngått, kan risikere å bli bundet. Dette til tross for at det ennå ikke foreligger noe signert avtaledokument. Vi skal i det følgende se på vilkår for slik bundethet.

2.3 Deklaratorisk rett.

⁶⁹ Nærmere om ordrebekreftelse som avtalestiftende rettsfaktum se Woxholth, Avtalerett s 149.

⁷⁰ Kommentert i Woxholth, Nytt i privatretten, nr 2, 2005, s 7.

⁷¹ Se blant annet de engelske dommene "The Wave", "The Samah" og "The Junior K". Kilde: Butterworths. Forelesning ved Professor Charles Debattista, University of Southampton, høsten 2007.

Forutsetningen i det følgende er at det ikke foreligger føringer i partenes avtale, forbehold, eller forutsetninger som oppstiller betingelser for bundethet. Tema er da hvordan rettsordenen behandler det som har skjedd i tidsrommet fra partenes første kontakt, og til den ene bryter. Vi skal først se på i hvilken grad det er grunnlag for å oppstille formkrav (punkt 3.2). Deretter skal vi se på innholdet som avtalestiftende rettfaktum, i tilknytning til det rettslige vilkåret ”vesentlige punkter”(Del III). Endelig skal vi se på to ulike typer avtalestiftende rettsfakta som spiller inn på vurderingen av hvilket innhold som kreves (punkt 3.3 og 3.4)

2.3.1 Skriftlighet etter deklarasjoniske regler – formkrav og beviskrav

Et vanlig argument mot modellen suksessiv bundethet i den konkrete saken er at manglende skriftlighet medfører at avtale ikke kan anses inngått. Tema for det følgende er hvorvidt det er grunnlag for å oppstille et skriftlighetskrav utenfor tilfeller som nevnt under punkt 2.1. En presisering av vurderingstemaet under punkt 2.1 ligger i å spørre om deklarasjoniske regler og retningslinjer medfører at skriftlighet er en betingelse for B’s berettigede forventning.

Hvorvidt skriftlighet skal kreves, og hva som i tilfelle konkret ligger i et slikt skriftlighetskrav, er det vanskelig å besvare generelt. Uttrykket ”skriftlighet” kan referere til forskjellige faktiske betingelser for bundethet, og kan følge av en rekke ulike grunnlag. Dette er derfor en sammensatt vurdering, der rettskildene utpeker en rekke momenter som relevante. Ett av disse er hvilken *kontraktgjensstand* det er snakk om, og dette vil danne rammen for den videre behandlingen.

For enkelte formuesgoder er det oppstilt lovmessige krav om skriftlighet. Dette gjelder for det første *kausjonsavtaler* etter Finansavtaleloven § 61 (1). En slik avtale må være ”inngått skriftlig”. Det samme gjelder for avtale om tegning av *aksjer*, jf aksjeloven. Her er skriftlighetskravet å ”opprette et stiftelsesdokument”. Ut over dette er det neppe grunnlag for å oppstille egentlige formkrav, i forstand ufravikelige, etter norsk rett, jf følgende drøftelse.

Når det gjelder *fast eiendom*, gjelder en ulovfestet presumsjonsregel mot at en avtale om overdragelse av slik er inngått muntlig, jf bl.a. Rt. 1955 s 719 ”Silset”. Presumsjonen regelen oppstiller er sterk, noe som innebærer at det må kreves ”et meget sterkt bevis” for at avtale er inngått dersom det ikke foreligger skriftlig dokumentasjon. Regelen er imidlertid fravikelig, jf ”Hotelldommen”.

Også for *stiftelse av selskap* synes det å være grunnlag for å legge til grunn et strengere beviskrav enn vanlig, slik at skriftlighet blir den faktiske hovedregelen. Beviskravet her er imidlertid tilsynelatende mindre strengt enn det som gjelder for fast eiendom.⁷² I Rt 1981.1047 uttaler Høyesterett:

Skal et selskap anses stiftet ved muntlige viljeserklæringer eller ved konkludent atferd, må det etter min mening stilles ganske strenge krav til bevisene for at så er tilfelle. 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. Det forelå utkast til selskapsavtale som skulle underskrives. Dette taler for at de forskjellige skritt som ble tatt forut for underskrivningen, var av forberedende karakter.

⁷² Sml. ”meget sterkt”/”ganske sterke”.

Spørsmålet er så om en slik bevisregel bør gjelde generelt i mer sammensatte forhold, og der kontraktsgjenstanden er verdifull. Høyesterett kommer med følgende prinsipielle uttalelse i Rt. 1998 s 946 "Vinagentur":

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, jf Rt-1987-1205, Rt-1991-1171 og Rt-1996-415. Det er ikke rettslig grunnlag for generelt å kreve skriftlighet i mer sammensatte avtaleforhold, men forhandlingssituasjonen kan i slike tilfelle føre til at partene gjensidig forutsetter et endelig utkast og undertegning før de blir bundet. Dette kan eksempelvis være tilfelle hvor flere deltar i forhandlingene på partenes vegne eller hvor partene er fra to eller flere land.

Høyesterett uttalelse må tolkes slik at i forhold til de fleste kontraktsgjenstander ikke kan kreves i større grad enn det som er *bevismessig nødvendig* for å oppfylle alminnelig bevisovervekt. Det kan umiddelbart synes litt merkelig at Høyesterett ikke nevner kutymer som et mulig grunnlag for et skriftlighetskrav i en slik generell uttalelse. På den andre siden er det en glidende overgang mellom forutsetninger og kutymer. Det er ikke noe skarpt skille mellom en forutsetning om skriftlighet som måtte være synbar for B ut fra A's konkrete handlemåte, og en forutsetning som følger av avtalesituasjonen som sådan, særlig bransjepraksis i forhold til den kontraktsgjenstand det er snakk om. I det siste tilfellet vil det være mer naturlig å legge til grunn at det foreligger kutyme, selv om disse faktiske forholdene selvsagt kan danne grunnlaget for en forutsetning. At kutymer ikke er nevnt får derfor ingen reell betydning.

Dette synes å være i tråd med den internasjonale utviklingen i forhold til formkrav, jf blant annet CISG art. 11:

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

At skriftlighet i forhold til de fleste større kontrakter er en bevismessig nødvendighet⁷³, snarere enn et formkrav, bekreftes av CISG art 11:

"I de tilfelle partene i skriftlig form har avtalefestet noen hovedvilkår, vil det være nærliggende å anse avtale for inngått når partene har blitt enige om de øvrige vesentlige vilkår."

Når dette er sagt. Det vil bare helt unntaksvis være mulig å føre tilstrekkelig bevis for at partene har avklart et "minimumsinnhold" utelukkende ved vitner og andre bevismidler. Er referanserammen større avtaler, vil et skriftlighetskrav normalt være en nokså absolutt faktisk betingelse for å klare å oppfylle bevisbyrden. I den nevnte "Vinagentursaken" synes Høyesterett å se at det i større forhold i høyden kan bli snakk om å bevise noen punkter på annen måte en ved skriftlighet:

⁷³ I tråd med den utviklingen CISG gir uttrykk for se også om engelsk common law: McKendrick, Contract Law, "The future of formal requirements", s 271 flg.

I de tilfelle partene i skriftlig form har avtalefestet noen hovedvilkår, vil det være nærliggende å anse avtale for inngått når partene har blitt enige om de øvrige vesentlige vilkår.

Del III - De vesentlige punktene

3.1 Innhold som avtalestiftende rettsfaktum

I det foregående har vi blant annet sett på *form* som avtalestiftende rettsfaktum.

Uavklarte punkter, enten i form av punkter partene ennå ikke har berørt i det hele tatt (illustrert ved forhandlingsbrudd under stegvise forhandlinger), i form av uklare reguleringer, eller uenighet på visse punkter, reiser generelt spørsmålet om *innhold* som avtalestiftende rettsfaktum. Rt. 1987 s 1205 "Hotelldommen" formulerer det generelle spørsmålet på følgende måte:

Det kan [...] reises spørsmål om det partene var blitt enig om, var så ufullstendig at det av den grunn ikke kan anses inngått noen bindende avtale.

Sitatet forutsetter at visse punkter må være avklart før partene anses bundet. Det fanger imidlertid ikke inn at enighet på enkelte sentrale punkter også kan være et positivt argument i retning bundethet. I den nevnte dommen var avklaring av prisen og realytelsen tillagt slik betydning.

Spørsmålet om hva disse punktene er i den konkrete saken, og om de i tilfelle er avklart, aktualiseres ved det rettslige vilkåret "alle vesentlige punkter". Under CISG lyder formuleringen for tilsvarende innholdskrav "sufficiently definite", og under PECL gis kravet til innhold ved uttrykket "sufficient agreement". I det følgende skal vi først se på om det er grunnlag for å oppstille retningslinjer for hvilke punkter som bør være avklart for å konstatere bundethet. Deretter skal vi se på i hvilken grad utfylling med bakgrunnsretten kan "kompensere" for uavklarte punkter (punkt 3.2).

Tradisjonelt er realytelsen og prisen ansett "vesentlige" i alle kontraktsforhold⁷⁴. Disse er nødvendige for at enhver avtale skal være operativ. At dette er minimumsvilkår synes å være lagt til grunn også i CISG art. 14 (1) andre punktum:

A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.

I tillegg kommer punkter som er "vesentlige" i forhold til den aktuelle kontraktstypen. Leverings- eller overtakelsestidspunkt er et praktisk eksempel. Å avklare opphavsrettighetene kan være "vesentlig" dersom det er snakk om kjøp av programvare, og pakkemåte vil være "vesentlig" for enkelte avtaler om frakt.⁷⁵ Et utgangspunkt synes å være at partene selv må

⁷⁴ Eksempler på at prisen ikke trenger å være avklart (blant annet Rt.1914 s 925 om befraktningsavtale inngått til "gjengs pris") er derfor å betrakte som unntak, og *er i det minste* betinget av at partene ikke har berørt punktet, og det i tillegg er mulig å avklare punktet på grunnlag av bakgrunnsretten (se følgende drøftelse).

⁷⁵ Schlechtriem/Shcwenzer, Commentary on the CISG s 189.

ha avklart både hovedytelsen og prisen, og i tillegg det som er ansett ”vesentlig” for vedkommende kontraktstype. Dette har støtte blant annet støtte i PECL⁷⁶:

Several of the laws seem to agree on the following rules: If the unsettled point is one which is generally regarded as material, there is no contract until agreement on that point is reached. If the term is generally considered to be immaterial the contract is considered to have been concluded, and the rules of law – or a later agreement – will settle the matter.

I flere norske dommer har retten videre lagt stor vekt på om partene *selv har ansett punktet viktig* og behandlet det i forhandlingene. I slike saker er det en høy terskel for å konstatere bundethet og løse det gjenstående spørsmålet gjennom utfylling med bakgrunnsretten. Rt. 1994 s 415 gjaldt kjøp av leilighet for boligformål, og viser at hvorvidt partene selv har ansett punktet ”vesentlig”, ofte er avgjørende.

Når spørsmålet om overtakelsestidspunkt er *vesentlig og gjenstand for forhandlinger*⁷⁷, som i denne saken, kan avhendingslova § 2-3 ikke erstatte manglende avtale mellom partene.

Rt. 1984 s 624 ”Tromsø Kjøp” er også illustrerende for at vurderingen av om et punkt skal anses ”vesentlig”, er subjektiv. Saken omhandlet spørsmålet om det var inngått bindende avtale om levering av fryseutstyr til en fryseribedrift. Høyesterett besvarer benektende spørsmålet om bundethet har oppstått, og kommer med følgende konkrete uttalelse:

Under enhver omstendighet forelå det uenighet om et viktig spørsmål, nemlig spørsmålet om bankgaranti. Dette spørsmålet ble brakt på bane av Tromsø Kjøp, som utvilsomt *betruktet spørsmålet som meget viktig*⁷⁸. Også for Haug var dette et spørsmål av betydning [...]. [...] Når det ikke var enighet om et så sentralt spørsmål, kan en avtale ikke anses inngått.

Etter dette må ”alle vesentlige punkter” sies å ha et nokså subjektivt og relativt innhold. Rettsvilkåret ”vesentlig” kan gi inntrykk av at hva som er ”vesentlig”, og hva som ikke er det, er gitt på forhånd. Realiteten er imidlertid at det neppe er mulig å gi et generelt svar på hva som er ”vesentlig” løsrevet fra den konkrete saken. Særlig fordi det – *i alle fall i tillegg til* de punktene som tradisjonelt er ansett ”vesentlige” – er et spørsmål om hvilke punkter partene selv har ansett ”vesentlig”. Derfor er det kanskje like treffende å falle tilbake på det overordnede vurderingskriteriet ”berettiget forventning”, og spørre om et gjenstående punkt medfører at B ikke kan sies å ha fått en slik forventning. Mest praktisk vil dette i den konkrete saken bli et spørsmål om A enten har markert overfor B at punktet var ”vesentlig” for ham, eller hadde en forutsetning om dette som var synbar⁷⁹ for B.

At det er opp til partene å definere hva som er ”vesentlig”, har også vært en del av teorien sin kritikk mot modellen suksessiv bundethet. Typisk kan summen av de gjenstående detaljene være avgjørende for en part, og det til tross for at dette ikke har manifestert seg i oppgitte forhandlinger om punktet. Det typiske tilfellet er der partene ennå ikke har kommet så langt,

⁷⁶ Ole Lando/Hugh Beale, PECL Parts I and II.

⁷⁷ Min kursivering.

⁷⁸ Min kursivering.

⁷⁹ Enten ut fra den konkrete saken, eller fordi en slik forutsetning følger av det som er vanlig og fast praksis på området (kutyme).

illustrert ved suksessive forhandlinger. Hagstrøm⁸⁰ oppsummerer svensk debatt om problemstillingen på følgende måte:

Partene må få se det samlede forhandlingsresultat og da ta endelig standpunkt til om det kan godtas.¹³ En part vil kunne renonsere på krav for å få forhandlingene videre og i håp om at dette vil kunne oppveies i andre deler av avtalekomplekset. Dekreteres bundethet før partene er enige om at de har et forhandlingsresultat, vil balansen den ettergivende part ønsket å etterstrebe i de videre forhandlinger, bli forrykket. Spissformulert vil det på en rekke områder ikke engang være aktuelt å sette igang forhandlinger med mindre det er enighet om vesentlige vilkår, og at det først er ved gjennomgang av detaljene, der lønnsomheten skal ligge, at det blir avklart om det er mulig å komme til enighet.

Dette er en viktig innvending mot en generell modell om suksessiv bundethet. Kritikken er likevel noe ensidig, og overskygger at en berettiget forventning kan ha inntre før det er oppnådd enighet og avklaring om absolutt alt, jf ”Vinagentursaken”:

Etter hvert som resultatene av forhandlingene viser seg og enighet oppnås, kan hver av partene ut fra en allmenn forutsetning om gjensidig lojalitet ha grunnlag for å anta at partene er bundet selv om endelig avtale ikke er undertegnet.

3.2 Noen retningslinjer for utfylling; hvilke punkter er ”for vesentlige” til at de kan utfylles med bakgrunnsretten?

Spørsmålet er nå hvorvidt et punkt kan utfylles med grunnlag i bakgrunnsretten, med sikte på å gjøre avtalen operativ. CISG art. 55⁸¹ gir uttrykk for en grense for slik utfylling:

Where a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties *are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned.*

Regelen gjelder direkte tolkningen av en avtale som allerede er kommet i stand. Regelen antyder likevel en grense for hvor langt retten kan gå også i forhold til utfylling med sikte på å konstatere bundethet. For det første må ikke partene selv ha indikert at dette punktet skal ha en individuell løsning (i motsetning til en ”standard” løsning ved deklarasjonsrett). Det må videre ikke foreligge noen øvrig indikasjon på at bakgrunnsretten ikke skal gjelde.

Manifestert uenighet om et punkt er typisk indikasjon på at bakgrunnsretten ikke kan benyttes til utfylling. Rt. 1970 s 637 gjaldt forhandlinger mellom et rederi og en kommune om skoleskysordning med båt. Her var den part som hevdet at avtale var kommet i stand klar over at det var uenighet om avtalens varighet, og at varigheten var viktig for kommunen.⁸²

Det kan ut fra rettspraksis være grunn til å gå lenger enn til å utelukke utfylling der det har foreligget manifestert uenighet. Den nevnte dommen Rt. 1996 s 415 er et konkret eksempel fra norsk rett på at partene nettopp hadde indikert en annen løsning enn den bakgrunnsretten gav.

⁸⁰ Hagstrøm, Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold.

⁸¹ Regelen befinner seg i CISG’s kapittel III, og er derfor ikke en del av den norske reservasjonen.

⁸² I samme retning Hagstrøm, Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold.

Saken gjaldt spørsmålet hvorvidt det var inngått bindende avtale om kjøp av leilighet. Partene var uenige om både hvorvidt slik enighet var oppnådd, og i tilfelle den ikke var det; om overtakelsestiden skulle følge avhendingslovens deklarasjonsregel om overtakelse ved tredje månedsskifte. Retten antyder en mulig grense for utfylling. Når overtakelsestiden "har vært gjenstand for forhandlinger", innebærer dette normalt at partene har forutsatt en annen løsning enn den bakgrunnsretten gir. At det skal mye til for å legge til grunn bakgrunnsretten der partene har berørt punktet stemmer også overens med en ordlydsforståelse av CISG art 55. Det kreves bare en indikasjon ("indication") på at partene kan sies å ha lagt til grunn en annen løsning enn den bakgrunnsretten gir. Dette fanger også inn situasjoner der utfylling vil kunne medføre forskyvning av avtalens likevekt.

Selv om man skulle komme seg forbi den begrensningen for utfylling "indication to the contrary" må sies å representere, er ikke dette ensbetydende med at utfylling kan og bør skje. Anvendt på større kontrakter er utfylling ofte uansett problematisk. Kontraktsgjenstanden er ofte så kompleks, særpreget, og verdifull at det ikke finnes noen "gjengs" eller "rimelig" pris. Dette vil også gjelde andre skjønnsmessige vurderinger, og må gjelde til tross for at vedkommende kontraktgjenstand i prinsippet er regulert av bakgrunnsretten. For eksempel gjelder kjøpsloven også for kjøp og bygging av skip og borerigger. Det sier seg selv at stegvis låsning i disse tilfellene i praksis vil være utelukket, fordi retten ikke har særlige forutsetninger for å foreta en utfylling av et skjønnsmessig vilkår som for eksempel prisen. Rt. 1992 s 1110 "Stiansen" er illustrerende for at manglende avklaring fra partenes side si slike større og særpregede forhold, normalt ikke kan avhjelpes av rettens teoretiske adgang til utfylling:

Prosjektet omfatter ca 40 boligenheter, og kontraktsummen ville ligge i størrelsesorden 30-40 millioner kroner. Når det dreier seg om prosjekter i denne størrelsesorden, vil partene vanligvis avklare iallfall de mest sentrale spørsmål før en endelig avtale inngås. Et av de viktigste elementer i en avtale av denne typen vil være prisen. [...] Jeg er enige med lagmannsretten når den uttaler at prisen er et fundamentalt poeng ved avtaleinngåelse, og når pris ikke er avtalt, vil det vanligvis være en meget sterk formodning for at en endelig avtale ikke er sluttet.

Dette illustrerer et konkret eksempel på at motforestillingen mot suksessiv bundethet i kommersielle forhold er begrunnet. Til tross for at det foreligger bakgrunnsrett som kan tjene til utfylling, vil retten nødvendig utfylle avtalen uten sikre holdepunkter for å utøve et slikt skjønn. Der det ikke er bakgrunnsrett i det hele tatt, må partene normalt selv (i det minste) ha antydning en løsning.

Etter dette må det antakelig ut fra innholds betraktninger trekkes en grense for utfylling, og dermed bundethet der punktet er nødvendig for å gjøre avtalen operativ, mot situasjoner der partene har markert at punktet ikke skal følge bakgrunnsretten ved å forhandle om det. En slik indikasjon kan også være en synbar forutsetning fra A's side.

Dersom det ikke foreligger en slik indikasjon, kan både punkter som er "vesentlig[e]" for kontraktstypen, og normalt mindre viktige punkter utfylles. Siden bakgrunnsrett av en viss klarhet er en forutsetning for at utfylling skal kunne skje, kan det trekkes et skille mellom avtaler der det finnes bakgrunnsrett, og tilfeller der det ikke gjør det. I sistnevnte tilfelle kan ikke partenes manglende avklaring kompenseres ved utfylling. Og selv om avtalen i prinsippet er regulert av bakgrunnsretten, kan det være at kontraktforholdet er så egenartet at bakgrunnsretten ikke gir noe sikkert svar.

Vi skal i det følgende se på to typer avtalestiftende rettsfakta som kan få retten til å bruke denne kompetansen til utfylling, og som er typiske for dommer der bundethet konstateres i en forhandlingskontekst. Det ene er bundethet som culpasanksjon, det andre er etterfølgende forhold i form av innrettelse og oppfyllelshandlinger.

3.3 Bundethet som culpasanksjon

Bundethet som culpasanksjon reiser spørsmålet hvilken betydning subjektivt klander hos en av partene skal tillegges. Med subjektivt klander forstås faktiske forhold (utsagn, handlinger og passivitet) som er forbundet med et visst moralsk klander, eller kan sies å representere et avvik fra en forsvarlig handlemåte i vedkommende situasjon. Disse faktiske forholdene spenner fra de mer graverende tilfeller av culpa⁸³ (mer spesifikt brudd på "god forretningsskikk", jf markedsføringsloven § 1) til tilfeller av "taktisk" passivitet, og har sin nedre grense mot rene risikobetraktninger. Det er ikke tvil om at slike forhold etter gjeldende rett kan tillegges betydning for bundethetsspørsmålet.⁸⁴ Det synes i teorien imidlertid ikke å være noen felles oppfatning om verken begrunnelsen eller berettigelsen. Særlig er spørsmålet om man heller burde konstatere culpa in contrahendo i disse tilfellene en sentral del av problemkomplekset.

Tar man utgangspunkt i at B må ha fått en "berettiget forventning" for at bundethet skal kunne konstateres, vil slike forhold på B's side typisk være at han av ulike grunner manglet sin aktsomme, gode tro med hensyn på A's vilje til bundethet. Er dette tilfellet, er det neppe grunnlag for å fastslå bundethet. Den nevnte dommen Rt. 1970 s 637 viser at klanderverdighet kan få betydning på begge sider:

Jeg tilføyer imidlertid at Benjaminsen etter min mening *selv var den nærmeste til*⁸⁵, før skoleskyssen begynte, å få klarlagt avtalen med rutelaget på dette for ham så viktige punkt. Det gjorde han ikke, og da han - etter hva han selv sier - like etterpå ble gjort oppmerksom på rutelagets standpunkt, protesterte han nok skriftlig mot dette, men han fortsatte å seile og å heve den månedlige betaling fra rutelaget.

Eksempelet ligger i grenseland mellom klanderverdighet og ren risikobetraktning, men illustrerer uansett at B's forhold av og til kan ekskludere rettvirkninger av det som ellers kanskje hadde vært et tilstrekkelig bidrag fra A.

Det er imidlertid klander hos den part som trekker seg (i vår sak A) som er mest interessant og praktisk med hensyn på når rettsvirkningen bundethet skal inntre i forhandlinger. I disse tilfellene blir gjerne A's illojalitet trukket fram som en begrunnelse for bundethet. Det finnes i hovedsak to ulike forklaringsmodeller på hvorfor klander hos A skal føre til bundethet.⁸⁶

Det ene kan man kalle sanksjonssynspunktet, og innebærer at A sine innsigelser om ubundethet ikke er verneverdige på grunn av det klanderverdige forhold. A forleder bevisst B gjennom utsagn eller handlinger, eller A forholder seg passiv til tross for kunnskap om at B tror avtale er kommet i stand. Å bruke dette som et argument for bundethet er for det første forenelig med tankegangen "rettsvirkninger av opptreden". Videre må den antas å ha en viss "oppdragende" funksjon i forhold til næringslivet: Uredelighet - om enn ikke så grovt at det kan kvalifisere til

⁸³ Der modellen culpa in contrahendo kommer inn.

⁸⁴ Woxholth, Avtalerett s 118, samt Krüger, Avtalebundethet ved forhandlinger i kommersielle forhold.

⁸⁵ Min kursivering.

⁸⁶ Woxholth, Avtalerett, s 118.

culpa - kan få konsekvenser. Denne forklaringsmodellen gir likevel lite mening i forhold det som må sies å være det overordnede vurderingstema ved spørsmålet om bundethet; har B fått en "berettiget forventning" om at A ønsker å binde seg? I tilfelle skulle det være nokså likegyldig om A var i god eller "ond" tro, så lenge det kom til uttrykk for B på den samme måten.

Den andre forklaringsmodellen stemmer bedre overens med vurderingstemaet B's berettigede forventning, eller gode tro. Denne går ut på at når B ikke hører noen innsigelser mot bundethet fra A's side, når han kunne forvente innsigelser fra en redelig A som mente seg ubundet, vil A's passivitet gradvis bestyrke B's berettigede forventning etter hvert som tiden går. Rt. 1998 s 946 "Vinagentursaken" illustrerer at det av og til kan foreligge en plikt til å informere motparten om hvor man står, og at en forsømt plikt kan medføre at bundethet blir konstatert. Retten uttaler:

Dersom Hermansen og Mikkelsen hadde ønsket å stå helt fritt til å forkaste eller godta forhandlede og fullstendige utkast til avtaler, burde et så vesentlig forbehold etter at partene i begynnelsen av mai var blitt enige om hovedvilkårene for salg av Hermansens aksjer, ha kommet klart fram relativt tidlig under de fortsatte forhandlinger.

Det er liten tvil om at det i dette ligger en viss konstatering av klanderverdighet, jf "burde". Dersom dommen kan leses slik at det er selve det at passiviteten var *klanderverdig*, som er et argument for bundethet, synes Høyesterett etter mitt syn å ha gått lengre enn det som er forenelig med det overordnede vurderingstemaet "berettiget forventning". Dersom klanderverdighet bare ytterligere underbygger en handlingsplikt som uansett ville vært til stede i noen grad, for eksempel på grunn av en risikobetraktning, er synspunktet derimot berettiget. Dommen reiser, uansett synsmåte, spørsmålet om man ikke heller burde benytte modellen culpa in contrahendo i slike tilfeller. Krüger oppsummerer rettsstilstanden på dette området, og ser ut til å mene at siden culpa in contrahendo ikke er noen realitet ut over andbudsretten, medfører dette at Høyesterett bruker subjektiv klander hos den som trekker seg, som argument for bundethet:

Spenningsforholdet på rettsvirkningssiden kan da sies å ha slått ut i et praktisk behov for graderte løsninger på vilkårssiden der omforent partsvilje i enkeltsaker er avvist som det enerådende indisium på at man virkelig har passert grensen for bindende avtale.

I forhold til dette må det kanskje spørres om det er heldig med slike nyanserte og graderte løsninger, da slike subjektive momenter vil kunne gå ut over hensynet til klare regler og forutberegnelighet. Dette har da også vært noe av kritikken mot en del av sakene om bundethet "ved enighet på alle vesentlige punkter". En slik rettsstilstand må i alle fall sies å gå lenger i retning av konkret rimelighet (i forhold til klare regler) enn mange sammenlignbare systemer, og det kan derfor spørres om det ikke bør trekkes et skarpere skille mellom bundethetsbetingelser og erstatningsbetingelser.⁸⁷

3.4 Etterfølgende forhold – iverksettelse og innrettelse

I saker der man retten godtar bundethet uten at partene har avklart alle spørsmål, er etterfølgende forhold i form av den ene partens, eller begge parters, innrettelse på at en avtale har kommet i

⁸⁷ Se artikkelen Krüger, Closing- forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger, der han blant annet drøfter spørsmålet om grensen mellom bundethet og culpa in contrahendo.

stand ofte et viktig argument i retning bundethet. Slike forhold gir ofte sterke indikasjoner på hva partenes oppfatning av bundethetsspørsmålet har vært, og om oppfatningen har hatt berettigelse. Dersom begge parter har innrettet seg på at en avtale har kommet i stand, vil retten normalt strekke seg langt i å fastslå bundethet. I dette ligger blant annet at retten kan stille seg noe mer fritt i forhold til retningslinjene for hvilke punkter partene må ha avklart. I den nevnte "Hotelldommen" er det flere konkrete eksempler på dette:

Ytterligere finner jeg at også partenes opptreden i den nærmeste periode etter brevvekslingen i august 1982, taler for at bindende avtale var inngått. Det er helt klart at Stenberg har ansett avtalen i orden, noe som blant annet ga seg utslag i at han nokså umiddelbart gikk i gang med å treffe forberedelser til salg av sin eiendom på Nesodden for å reise kjøpesummen. [...] Jeg viser her til opplysninger om at Stenberg i begynnelsen av september 1982 oppsøkte fru A og takket for tilslaget, og at han noe senere traff avtale med B om å kjøre et lass pukk til eiendommen.

Common law er interessant i denne sammenheng; her har dommerne uttalt nokså direkte at slike forhold vil medføre at man normalt stiller mer lempelige krav til innhold enn normalt ved slike sterke holdepunkter for at partene har ansett avtalen bindende:

In a commercial agreement the further the parties have gone on with their contract, the more ready are the Courts to imply any reasonable term so as to give effect to their intentions. When much has been done, the Courts will do their best not to destroy the bargain. When nothing has been done, it is easier to say there is no agreement between the parties because the essential terms have not been agreed.⁸⁸

⁸⁸ Dommen *F&G Sykes (Wessex) Ltd v. Fine Fare Ltd.*, gjengitt av McKendrick, *Contract Law* s 147.

Del IV – Litteratur

Andersen, *Praksis Aftaleret*, 2 utg. København 2003.

Giertsen, *Avtaler* 1. utg., Bergen 2005.

Bernhard Gomard, *Almindelig kontraktsret*, København 1988.

Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, Gøteborg 2003.

Hagstrøm, *Avtalebundethet ved avtaleforhandlinger i kommersielle forhold*, *Lov og Rett* 1995 s 595.

Hellner, *Kommersiell avtalsrätt (kompendium)*, Stockholm 1993.

Krüger, *Closing- forbehold ved kommersielle avtaleforhandlinger*. Forsvar for en omstridt norsk Høyesterettsdom, *Rt* 1998 s 946, *Festskrift til Lars Gorton*, Bergen 2007.

Lando/Beale, *Principles of European Contract Law, Parts 1 and II*. Holte 2000.

McKendrick, *Contract Law, Text, cases and materials, Third Edition* 2008.

Ramberg, *Allmån avtalsrätt* 2007.

Ryssdal, *Den som tier samtykker?*, *Tidsskrift for Forretningsjus* Årg. 4, nr 4 1998 s 127.

Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, Second(English) Edition*, Oxford 2005.

Schultze, *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Münster 2008.

Woxholth, *Avtalereett* 6. utg. Oslo 2006.

