Passivitet

Maria Vea Lund

Passivitet

CAPPELEN DAMM AKADEMISK

© CAPPELEN DAMM AS, Oslo, 2017

ISBN e-bok: 978-82-02-63016-4

ISBN trykt bok: 978-82-02-52887-4

1. utgave, 1. opplag 2017

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med Cappelen Damm AS er enhver eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk.

Omslagsdesign: Graham Mansfield
Sats: Laboremus Oslo AS
Repro: Livonia Print SIA, Latvia 2017

www.cda.no
akademisk@cappelendamm.no

Til Sara og Isa

Forord

Boka bygger på doktoravhandlinga mi «Passivitet – Binding og rettstap som ulovfesta passivitetsverknader», som blei forsvart for ph.d.-graden ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen den 3. juni 2016.

Avhandlinga blei til i tida mi som stipendiat same stad. Eg hadde gjennom heile perioden gode arbeidsvilkår og gode støttespelarar. Rune Sæbø var ein framifrå rettleiar. Hans oversyn over formuerettslege spørsmål, faglege tyngde og oppriktige interesse skapte tryggleiken som gjorde det mogleg å handtere eit såpass omfattande emne. Måten Rune kombinerte tolmod med tydelege krav om framdrift var avgjerande, ikkje berre for at avhandlinga til slutt blei levert, men også for at arbeidet undervegs i all hovudsak var lystbetont. Tusen takk!

Ein stor takk går også til Hans Fredrik Marthinussen. Trass mange eigne jern i elden, tok han seg tid til å lese heile avhandlinga og leverte verdifulle tilbakemeldingar i eit imponerande tempo. Også Espen Dragstmo las og kommenterte deler av teksten. Takk for dette og for all støtte og omtanke i innspurten. Eg vil vidare takke Knut Knapskog, som var vitskapleg assistent og til uvurderleg stor hjelp dei siste månadene før levering.

Fleire andre personar bidrog på ulike vis undervegs i prosjektet. Magne Strandberg las og kommenterte utdrag frå avhandlinga, Kåre Lilleholt og Bjarte Askeland deltok som kommentatorar på midtvegsevalueringa, Erlend Baldersheim kom med nyttige innspel i prosjektets innleiande fase og Johan Giertsen tipsa løpande om relevante rettskjelder. Takk til alle fem. Ein takk går også til alle gode kollegar som gjorde (og gjer) det triveleg å vere på jobb, og til L. Meltzers høyskolefond for økonomisk støtte til prosjektet.

Arbeidet med ei doktoravhandling kan til tider vere altoppslukande, men livet inneheld mykje meir av både plikter og gleder. Heldigvis har eg venner og familie som minna meg på dette, samtidig som dei gjorde det mogleg for meg å flytte inn på kontoret då det var nødvendig. Ein stor takk går til Ane, mamma,

pappa og Miriam for god hjelp på heimebane – og ikkje minst Øystein, som styrte familieskuta med stødig hand dei dagane og vekene eg melde meg ut.

Avhandlinga blei levert med ei kjensle av å vere langt ifrå ferdig, kombinert med ei erkjenning av at på eit eller anna tidspunkt må ein sette strek – ikkje minst av omsyn til dei ein har rundt seg. Mine to vidunderlege døtrer Sara og Isa venta lenge på at den dagen skulle komme, men hadde stor forståing for at det å skrive så mange sider tar lang tid. Tusen takk for alle gode smil og klemmar, og for tolmodet de viste.

Boka bygger som nemnt på avhandlinga, men det er gjort ein del endringar i framstillinga, hovudsakleg knytt til språk og struktur. Noko av innhaldet er også vidareutvikla, mellom anna i lys av innspela frå komiteen som vurderte avhandlinga. Eg vil såleis takke alle tre komitémedlemmane: professorane Hilde Hauge, Mads Bryde Andersen og (igjen) Kåre Lilleholt. Takk også for at de var med på å gjere disputasen til ei positiv oppleving. Endeleg vil eg takke redaktør Unn Kløve i Cappelen Damm Akademisk for god oppfølging i prosessen med å gjere avhandling om til bok.

Åkrehamn, 14. april 2017

Maria Vea Lund

Oversyn over innhaldet

DEL I
INTRODUKSJON TIL EMNET 19
1 Presentasjon av emnet og føremålet med boka 21
2 Terminologi, sentrale omgrep og avgrensingar 26
3 Metodiske utgangspunkt for analysen 63
4 Legislative omsyn bak rettstap som ulovfesta passivitetsverknad 100

DEL II
BINDING SOM ULOVFESTA PASSIVITETSVERKNAD 127
5 Introduksjon til del II 129
6 Alminnelege rettesnorer for bindingsspørsmålet 140
7 Nærmare om det alminnelege avgjerdstemaet i passivitetstilfella 213
8 Særlege rettesnorer for binding ved passivitet 247
9 Samanfatning av rettesnorene 335

DEL III
RETTSTAP SOM ULOVFESTA PASSIVITETSVERKNAD 339
10 Introduksjon til del III 341
11 Innleiande om forholdet til dei lovfesta passivitetsreglane 343
12 Modell for framstilling og analyse av ulovfesta rettstap 358
13 Den innleiande passivitetsvurderinga: Har rettshavaren hatt ei oppfordring til å handle? 400
14 Komponentane i rettstapsvurderinga 513
15 Avveging av argument – den avsluttande vurderinga 638
16 Avslutning 697

REGISTER 703

Innhald

Forord 7

DEL I
INTRODUKSJON TIL EMNET 19

1 Presentasjon av emnet og føremålet med boka 21

2 Terminologi, sentrale omgrep og avgrensingar 26
2.1 Passivitetsverknad og passivitetsnorm 26
2.2 Dei involverte partane 28
2.3 Binding, løfte, avkall og avtale 30
2.4 Ulovfesta rettstap 36
2.5 Lovfesta og ulovfesta passivitetsnormer 39
2.6 Kunnskap, kunnskapstilknyting og oppfatning 52
2.7 Aktløyse, lojalitet og illojalitet 60

3 Metodiske utgangspunkt for analysen 63
3.1 Grunnlaget for rettsverknaden 63
3.2 Passivitetsverknader og normstruktur – tilnærming og terminologi 65
3.3 Tilnærminga til rettskjeldene 74
3.3.1 Innleiande merknad 74
3.3.2 Lovregulering 74
3.3.3 Rettspraksis 76
3.3.4 Reelle omsyn, særleg om konkret rimelegheit 86
3.3.5 Utanlandsk rett og rettshistorie 91
3.3.6 Juridisk teori – framstillinga av ulovfesta passivitetsverknader i teorien 92

4 Legislative omsyn bak rettstap som ulovfesta passivitetsverknad 100
4.1 Nokre utgangspunkt og føremålet med kapittelet 100
4.2 Vern av innretting – etablert tilstand og lojalitetsomsyn 104
4.3 Samfunnsinteressa 113
4.4 Rettstap som middel for åtferdspåverknad 121
4.5 Samanfatning 125

DEL II
BINDING SOM ULOVFESTA PASSIVITETSVERKNAD 127

5 Introduksjon til del II 129
5.1 Føremål og opplegg for undersøkinga 129
5.2 Avtalerettsleg terminologi og omgrepsapparat 131
5.3 Nokre utgangspunkt. Legislative omsyn og binding som bevistema 136

6 Alminnelege rettesnorer for bindingsspørsmålet 140
6.1 Føremålet og opplegg for undersøkinga 140
6.2 Det alminnelege avgjerdstemaet 140
6.2.1 Det alminnelege argumentet for binding – formulering av avgjerdstema 140
6.2.2 Det alminnelege avgjerdstemaet og avtalar 155
6.2.3 Det alminnelege avgjerdstemaet og passivitetstilfella 155
6.2.4 Forholdet til viljeserklæringsomgrepet 157
6.3 Oppfatning av bindingsvilje 159
6.4 Vurderinga av om ei oppfatning av bindingsvilje er rimeleg 163
6.4.1 Føremål 163
6.4.2 Det faktiske grunnlaget for rimelegvurderinga 164
6.4.3 Motstandsdyktigheit som del av rimelegvurderinga 169
6.4.4 Når er ei oppfatning tilstrekkeleg motstandsdyktig? 176
6.4.5 Sannsynlegheit som del av rimelegvurderinga 179
6.4.6 Når er sannsynlegheitsgraden tilstrekkeleg høg? 183
6.4.7 Konkret sannsynlegheit og motstandsdyktigheit 186
6.4.8 Motstandsdyktigheit og sannsynlegheit i passivitetstilfella 187
6.4.9 Merknad til den vidare framstillinga 189
6.5 Løftegivaren si kunnskapstilknyting som alminneleg føresetnad for binding 189
6.6 Medviten åtferd som alminneleg føresetnad for binding 198
6.7 Avkall og gåveløfte 204
6.7.1 Føremål 204

6.7.2 Omgrepa om avkall og gåveløfte 205
6.7.3 Særstillinga til gåveløfte..... 208
6.7.4 Tilsvarande særstilling for avkall gitt ved passivitet?..... 209

7 Nærmare om det alminnelege avgjerdstemaet i passivitetstilfella 213
7.1 Innleiande om lojalitet, forventningar og binding ved passivitet..... 213
7.2 Relasjonen mellom partane, profesjonalitet og styrkeforhold..... 215
7.3 Passivitet i etterkant av ein førespurnad..... 230
7.3.1 Føremål 230
7.3.2 Ulike praktiske førespurnadstypar 231
7.3.3 Illojale førespurnader – behovet for avklaring 234
7.3.4 Kor klar førespurnaden er..... 237
7.3.5 Forma til førespurnaden og fastsetting av svarfrist 239
7.3.6 Typen førespurnad. Avsendaren sin kunnskap..... 241
7.4 Passivitet ved annan kontakt mellom partane..... 243

8 Særlege rettesnorer for binding ved passivitet 247
8.1 Føremål og opplegg for undersøkinga..... 247
8.2 Legislative omsyn og haldninga i teorien..... 248
8.3 Om bidrag frå lovreglar om binding ved passivitet 254
8.3.1 Allment om binding og bidrag frå lovreglar 254
8.3.2 Oversyn over passivitetsreglar i avtalelova..... 255
8.3.3 Lovreglane og dei alminnelege rettesnorene 257
8.4 Argument for binding etter særlege rettesnorer..... 262
8.4.1 Argumentasjon basert på lojalitetsomsyn 262
8.4.1.1 Innleiande merknad. Om stadfestingsskriv og passivitet 262
8.4.1.2 Stadfestingsskriv og særlege rettesnorer for binding ved passivitet..... 264
8.4.1.3 Nærmare om lojalitetsargumentet..... 272
8.4.1.4 Lojalitetsargumentet og andre typetilfelle 277
8.4.1.5 Om gjennomslagskrafta til lojalitetsargumentet..... 279
8.4.2 Argumentasjon basert på innrettingsomsyn 281
8.4.2.1 Innleiande merknad. Om ugyldige avtalar og passivitet 281
8.4.2.2 Ugyldige avtalar og særlege rettesnorer for binding ved passivitet 284
8.4.2.3 Nokre merknader til innrettingsargumentet..... 293
8.4.2.4 Innrettingsargumentet og andre typetilfelle..... 294
8.4.2.5 Om gjennomslagskrafta til innrettingsargumentet.... 295

8.4.3 Argumentasjon basert på risikosynspunkt ... 298
8.4.3.1 Innleiande merknad. Kven er nærmast til å bere risikoen? ... 298
8.4.3.2 Risikoplassering som sjølvstendig argument for binding? ... 300
8.4.3.3 Om gjennomslagskrafta til risikoargumentet ... 306
8.5 Forholdet mellom dei særlege og dei alminnelege rettesnorene ... 308
8.5.1 Føremål ... 308
8.5.2 Tydinga til løftemottakaren si oppfatning ... 309
8.5.2.1 Løftemottakaren har ei ikkje-rimeleg oppfatning av bindingsvilje ... 309
8.5.2.2 Løftemottakaren har ei rimeleg oppfatning av bindingsvilje – løftegivaren manglar nødvendig kunnskapstilknyting ... 316
8.5.2.3 Løftegivaren har ikkje hatt ei oppfatning av bindingsvilje ... 319
8.5.3 Ein symbiose mellom ulike rettesnorer ... 324
8.6 Om avkall og særlege rettesnorer for binding ved passivitet ... 329

9 Samanfatning av rettesnorene ... 335

DEL III
RETTSTAP SOM ULOVFESTA PASSIVITETSVERKNAD ... 339

10 Introduksjon til del III ... 341

11 Innleiande om forholdet til dei lovfesta passivitetsreglane ... 343
11.1 Føremål og opplegg for undersøkinga ... 343
11.2 Passivitetsnormene sin parallelle eksistens ... 344
11.3 Allment om bidrag frå lovfesta passivitetsreglar ... 348
11.4 Lova verkar inn på den ulovfesta passivitetsnorma ... 350
11.5 Rettar som ikkje er omfatta av lovfesta passivitetsreglar ... 354

12 Modell for framstilling og analyse av ulovfesta rettstap ... 358
12.1 Føremål og opplegg for undersøkinga ... 358
12.2 Aktuelle modellar ... 359
12.3 Argumentasjon og avgjerdstema i rettspraksis ... 362
12.4 Den grunnleggande føresetnaden for rettstap – Val av modell ... 393
12.5 Utgangspunkt for den vidare analysen ... 396

13 Den innleiande passivitetsvurderinga: Har rettshavaren hatt ei oppfordring til å handle? ... 400
13.1 Føremål og opplegg for undersøkinga ... 400
13.2 Overordna rettesnorer ... 401
13.2.1 Føremål ... 401
13.2.2 Kort om rettshavaren sin kunnskap ... 401
13.2.3 Rettesnorene si forankring i innrettingsomsynet ... 402
13.2.4 Motparten si (moglege) oppfatning av situasjonen ... 405
13.2.5 Sambandet med lojalitetsomsyn. Terskelen for ei oppfordring til å handle ... 413
13.2.6 Nærmare om motparten si (moglege) oppfatning ... 415
13.2.7 Grunnlaget for motparten si (moglege) oppfatning – aktløyse ... 418
13.3 Oversyn og kategorisering av typetilfelle ... 423
13.3.1 Føremål ... 423
13.3.2 Krisesituasjonar ... 424
13.3.2.1 Innleiande om kategorien ... 424
13.3.2.2 Ein rett er krenka ... 425
13.3.2.3 Ein rett er aktualisert ... 426
13.3.2.4 Rettshavaren har mottatt ein førespurnad eller eit stadfestingsskriv ... 427
13.3.2.5 Avsluttande merknad ... 431
13.3.3 Utvikling over tid ... 431
13.3.3.1 Innleiande om kategorien ... 431
13.3.3.2 Langvarig ikkje-bruk ... 431
13.3.3.3 Manglande eller mangelfull oppfølging ... 437
13.3.3.4 Avsluttande merknad ... 439
13.3.4 Fellestrekk: Eit avvik mellom den faktiske og den rettslege situasjonen ... 440
13.4 Nærmare om når rettshavaren har ei oppfordring til å handle ... 441
13.4.1 Føremål ... 441
13.4.2 Motparten sitt behov for avklaring – risiko for økonomisk tap ... 442
13.4.3 Eigenskapar ved partane og relasjonen mellom dei ... 446
13.4.4 Aktive handlingar frå rettshavaren si side og kontakten mellom partane ... 450
13.4.5 Byrda ved å handle ... 454
13.4.6 Motparten si oppfordring til å handle ... 457
13.4.7 Særleg om oppfordring til å handle ved urettmessig bruk av fast eigedom ... 461
13.4.7.1 Føremål ... 461

13.4.7.2 Graden av ulempe som ein urettmessig bruk medfører for rettshavaren 461
13.4.7.3 Kan tolt bruk stenge for ulovfesta rettstap? 465
13.4.7.4 Nokre merknader til forholdet mellom ei tolt bruk-vurdering og den innleiande passivitetsvurderinga 475
13.5 Rettshavaren sin kunnskap 478
13.5.1 Føremål 478
13.5.2 Er nødvendig kunnskapstilknyting ein generell føresetnad for ei oppfordring til å handle? 478
13.5.3 Når har rettshavaren nødvendig kunnskapstilknyting? 489
13.5.3.1 Innleiande merknad 489
13.5.3.2 Dei reelle rettsforholda 489
13.5.3.3 Faktiske forhold 495
13.5.3.4 Motparten sin moglege villfaring 496
13.5.3.5 Om rettsvillfaring 499
13.5.3.6 Kor sterk må kunnskapstilknytinga vere? 503
13.5.3.7 Kort om kunnskap som rettshavaren burde hatt (aktløysevurderinga) 506
13.6 Samanfatning av rettesnorene 509

14 Komponentane i rettstapsvurderinga 513
14.1 Innleiande om rettstapsvurderinga, føremål og opplegg for undersøkinga 513
14.2 Motparten si oppfatning og aktsemd 516
14.2.1 Føremål og klargjering av tema 516
14.2.2 Motparten si oppfatning som argument for rettstap 516
14.2.2.1 Innleiande om kva oppfatninga kan gå ut på 516
14.2.2.2 Oppfatninga av rettsforholda (rettsforholdsvillfaring) 518
14.2.2.3 Oppfatninga av rettshavaren sin intensjon (intensjonsvillfaring) 520
14.2.2.4 Kort om rettsvillfaring hos motparten 527
14.2.3 Kort om (manglande) årsakssamanheng 529
14.2.4 Tydinga av aktløyse på motparten si side 530
14.2.4.1 Når er aktløyse relevant i rettstapsvurderinga? 530
14.2.4.2 Tydinga av at motparten si oppfatning er aktlaus 533
14.2.4.3 Tydinga av at motparten har vore illojal overfor rettshavaren 538
14.2.5 Motparten si oppfatning som føresetnad for rettstap 545

14.2.5.1 Føremål og klargjering av tema ... 545
14.2.5.2 Tap av krav på ytingar ... 546
14.2.5.3 Tap av tilstandsrettar til fast eigedom ... 549
14.2.5.4 Avsluttande merknad ... 554
14.2.6 Motparten si oppfatning som bevistema. Forholdet til aktløysevurderinga ... 554
14.2.7 Aktsemd, sannsynlegheit og motstandsdyktigheit ... 562
14.3 Aktløyse på rettshavaren si side ... 568
14.3.1 Føremål og klargjering av tema ... 568
14.3.2 Tydinga av rettshavaren sin kunnskap ... 570
14.3.3 Aktløyse som argument og mogleg føresetnad for rettstap ... 572
14.3.4 Aktløyse som gradsspørsmål og tydinga til aktløysegraden ... 577
14.3.5 Forholdet mellom aktløysevurderinga og oppfordringa til å handle ... 578
14.3.6 Aktløysevurderinga ... 581
14.3.6.1 Klargjering av vurderingstema ... 581
14.3.6.2 Nokre utgangspunkt og opplegg for den vidare undersøkinga ... 584
14.3.6.3 Rolleforventning ... 586
14.3.6.4 Personlege føresetnader ... 592
14.3.6.5 Byrda ved å handle ... 594
14.3.6.6 Rettshavaren sin aktivitet ... 599
14.3.6.7 Aktløyse på motparten si side. Motparten si oppfordring til å handle ... 601
14.3.6.8 Kort om tolt bruk ... 606
14.4 Faktisk innretting, tidsløp og festna forhold ... 607
14.4.1 Føremål og klargjering av tema ... 607
14.4.2 Motparten si faktiske innretting ... 608
14.4.3 Festna (retts)forhold ... 610
14.4.3.1 Innleiande om momentet ... 610
14.4.3.2 Fast eigedom ... 612
14.4.3.3 Krav på ytingar – andre formuesgode enn fast eigedom ... 619
14.4.4 Tidsløpet ... 622
14.4.4.1 «Tidsløpet» som etikett ... 622
14.4.4.2 Tidsløp og spekulasjon ... 624
14.4.5 Konsekvensane av utfallet ... 625
14.4.6 Samfunnsinteressa ... 629
14.5 Samanfatning av rettesnorene ... 634

15 Avveging av argument – den avsluttande vurderinga 638
15.1 Føremål og opplegg for undersøkinga 638
15.2 Gyldige argumentkombinasjonar – alternative argumentasjonsspor 640
15.3 Allment om den avsluttande vurderinga 645
15.3.1 Konkret rimelegheit som moment eller overordna avgjerdstema 645
15.3.2 «Sterke grunnar» og terskelen for ulovfesta rettstap 651
15.3.3 Nødvendig kunnskapstilknyting og aktløyse hos rettshavaren 655
15.4 Særleg om urettmessig bruk av fast eigedom 656
15.4.1 Innleiande om konfliktsituasjonen og opplegget for undersøkinga 656
15.4.2 Bruken har vart kortare enn hevdstid – aktsam passivitet 658
15.4.2.1 Sigdaldommen som terskelmarkør 658
15.4.2.2 Motparten si oppfatning og aktsemd 659
15.4.2.3 Festna forhold 662
15.4.2.4 Nødvendig kunnskapstilknyting 666
15.4.3 Bruken har vart kortare enn hevdstid – aktlaus passivitet 671
15.4.3.1 Innleiande merknad 671
15.4.3.2 Særleg om motparten si oppfatning og aktsemd 671
15.4.3.3 Kort om den avsluttande vurderinga 674
15.4.4 Bruken har vart lenger enn hevdstid 676
15.5 Særleg om tap av krav på ytingar 679
15.5.1 Innleiande om temaet 679
15.5.2 Allment om terskelen for ulovfesta tap av krav på yting 680
15.5.3 Rettsgrunnlaget og kravet sin karakter 683
15.5.4 Rettstap ved aktsam passivitet 687
15.5.4.1 Innleiande merknad 687
15.5.4.2 Festna forhold 687
15.5.4.3 Kort om den avsluttande vurderinga 689
15.5.5 Rettstap ved aktlaus passivitet 690
15.6 Samanfatning av rettesnorene 693

16 Avslutning 697

REGISTER 703

Litteratur 705

Lover og forkortingar 723

Lovførearbeid 725

Lovregister 726

Rettspraksis 730

Stikkordregister 737

DEL I

INTRODUKSJON TIL EMNET

1

Presentasjon av emnet og føremålet med boka

Det at ein person held seg passiv, altså det at han i bestemte situasjonar ikkje føretar seg noko eller eventuelt ikkje «nok», kan ha rettsleg tyding på ulike vis. Etter somme rettsnormer er passivitet vilkår for den aktuelle rettsverknaden, til dømes der norma inneheld ein frist for å utføre ei bestemt handling. Andre rettsnormer kan knyte rettsverknaden til vilkår som krev ei meir samansett heilskapsvurdering. Då kan passivitet vere eitt av fleire relevante moment. I andre samanhengar kan det vere treffande å seie at passivitet er ein føresetnad for at ein bestemt konfliktsituasjon skal kunne oppstå: På grunn av passiviteten har dei faktiske forholda har fått høve til å utvikle seg i strid med dei reelle rettsforholda, og den aktuelle rettsnorma handlar om korleis denne konflikten skal løysast.[1]

Passivitet kan også tene som bevis for eit bestemt faktum. Til dømes kan det at A har halde seg passiv overfor nabo B sin bruk av ein fast eigedom, reknast som bevis for at B sin bruk ikkje har vore urettmessig overfor A. I andre tilfelle kan passivitet frå den eine avtaleparten si side tene som moment ved tolkinga av den aktuelle avtalen. Passivitet kan også reknast som grunnlag for faktiske og rettslege presumsjonar. I tillegg kan ein som har halde seg passiv risikere å bli erstatningsansvarleg, dersom passiviteten har ført med seg ein skade.[2]

Rettslege konsekvensar av passivitet møter vi innanfor både privatretten og offentleg rett, dei kan følgje av lovreglar eller ulovfesta rett, og dei kan vere av materiell eller prosessuell karakter. Det at passivitet får rettsleg tyding er i det

1 Med dei «reelle» rettsforholda siktar eg i denne boka til dei eigentlege, underliggande rettsforholda, slik dei er *før* den eventuelle passivitetsverknaden. I tilfelle der det er grunnlag for ein passivitetsverknad, svarar dei «reelle» rettsforholda til dei «opphavlege» eller «tidlegare» rettsforholda.

2 Jf. elles om passivitetens rettslege og faktiske funksjonar hos Magnussen, Ulovfestede ekstinktive godtroerverv s. 497 flg., Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt s. 299 og Moalem, Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2001 s. 92–105 på s. 92–93.

heile ingen sjeldan fugl i norsk rett.[3] Ikkje alle desse funksjonane er gjenstand for analyse i denne boka. Undersøkinga er avgrensa til ulovfesta materielle rettsnormer som gir passivitet verknad, og nærmare bestemt normene som heimlar avtalerettsleg binding (uavhengig av kva den passive blir bunden til) og tap av ein rett som den passive på eit tidlegare tidspunkt hadde. Vidare er undersøkinga avgrensa til privatretten sitt område.[4]

Ein del situasjonar kan aktualisere både spørsmålet om binding og spørsmålet om rettstap. Vi kan til dømes sjå føre oss at ein grunneigar held seg passiv trass i at naboen tar seg til rette på eigedommen hans. Naboen kan for det første hevde at grunneigaren gav eit underforstått løfte om ikkje å ta til motmæle (eit avkall). Spørsmålet er då om grunneigaren kan reknast for å vere avtalerettsleg bunden. For det andre kan naboen hevde at grunneigaren, som følgje av den utviste passiviteten, er avskoren frå å gjere retten gjeldande uavhengig av om han kan reknast som avtalerettsleg bunden. I så fall er spørsmålet om grunneigaren har lide eit ulovfesta rettstap.

Når slike og liknande tilfelle kjem opp for domstolane, og utfallet blir grunngitt med at den eine parten har halde seg passiv, er det ikkje alltid klart kva for ei rettsnorm resultatet i saka bygger på. Somme gonger blir det ikkje sagt stort meir enn at retten ikkje lenger kan gjerast gjeldande. Andre gonger blir det vist til «ulovfesta passivitetsprinsipp» eller liknande.[5] Slike formuleringar kan referere til både avtalerettslege og ikkje-avtalerettslege normer og er dermed ikkje særleg oppklarande med tanke på den rettslege forankringa av passivitetsverknaden. Den same uklarleiken finn vi døme på også i teorien.[6]

Der ein part blir bunden til ein gjensidig tyngande avtale er det klart at vi står overfor ein annan rettsverknad enn der ein part mistar ein rett som han tidlegare hadde. Tilnærminga til emnet og strukturen i framstillinga bygger på

---

3 Som det vel har gått fram skal vi i denne boka forstå «passivitet» som skildring av ei faktisk åtferd, jf. likeins hos Hørby Jensen, Retsfortabende passivitet s. 18 (forklarer passivitet som «udtryk for en fysisk eller juridisk persons manglende positive handlinger») og Moalem, Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2001 s. 92–105 på s. 92 («Passivitetsbegrebet udtrykker i læren et faktum i form af en udvist adfærd»). Elles i teorien har ordet også blitt brukt som tilvising til ei rettsnorm. Cervin har brukt det «när rättsregeln (rekvisit + följder) avses», som eit synonym til «uttryck såsom passivitetsregel, passivitetsgrundsats eller passivitetsinstitut», jf. Om passivitet s. 32. Liknande hos Eriksen, LoR 2002 s. 164–175 på s. 170 (viser til at det har vore diskutert i norsk teori «om passivitet i selv kan sies å være en rettsregel eller et rettsprinsipp»), Skag, TfR 2011 s. 523–564 på s. 526 (varslar ein analyse av når eit krav kan falle bort «ved ulovfestet passivitet», med tilsvarande formulering på s. 524) og elles Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt s. 299.

4 «Ulovfesta passivitetsverknader» forstår eg som passivitetsverknader heimla i ulovfesta rettsnormer.

5 Jf. Rt. 1998 s. 989, Rt. 1919 s. 761, Rt. 1921 s. 61 og Rt. 1922 s. 6.

6 Jf. Røed, Foreldelse s. 69 om forholdet mellom foreldingslova og «ulovfestede passivitetsregler».

at også avtalerettsleg avkall og rettstap på eit ikkje-avtalerettsleg grunnlag, er to prinsipielt ulike rettsverknader.[7]

Sjølv om likskapen mellom eit avkall og eit rettstap er stor, og begge spørsmåla kan dukke opp i like eller liknande situasjonar, er avkallet ein del av den avtalerettslege sfæren. I dette ligg mellom anna at avkall, på same måte som andre løfte, *kan* aktualisere normer som gjeld forholdet mellom avtalepartar og som ikkje utan vidare gjer seg gjeldande dersom det er eit rettstap som blir lagt til grunn.[8] Vurderinga av om eit avkall er gitt må dermed, iallfall som eit utgangspunkt, følgje rettesnorene som elles gjeld for vurderinga av om ein part er bunden.[9] Desse kan avvike frå rettesnorene som gjeld for ei vurdering av rettstap, og rettsverknadene kan kvile på ulike argument.

At vi ikkje kan sjå avkall og rettstap som to alternative namn på same fenomen synest også å vere den mest utbreidde oppfatninga elles i teorien, iallfall i Noreg.[10] Sjølve sondringa har likevel ikkje fått noko særleg merksemd. Å synleggjere samanhengen mellom den rettslege forankringa (rettsnorma), argumentasjonsmønsteret og løysingane som følgjer med, utgjer på denne bakgrunnen ein del av føremålet med undersøkinga.

Som det vil gå fram varierer dei ytre kjenneteikna på situasjonar der passivitet fører til rettstap eller binding. Relasjonen mellom partane kan vere av ulik karakter, verknaden kan inntreffe både innanfor og utanfor eksisterande avtaleforhold, lang eller kort tid kan ha passert, den aktuelle retten kan kvile

---

7 Ei anna vanleg sondring går mellom passivitet som grunnlag for rettstap og passivitet som grunnlag for stifting av plikt/rett, jf. Moalem, Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2001, s. 92–105 på s. 92–93. Med stifting av plikt/rett blir det sikta til «passivitet med *løftevirkning* og passivitet som *ansvarsgrunnlag*», jf. s. 93. Jf. også Hørby Jensen, Retsfortabende passivitet s. 30 («Retsfortabende passivitet betragtes som en tidsrelateret ophørsgrund, hvor krav eller indsigelser falder bort, mens pligtstiftende passivitet er udtryk for et selvstændigt forpligtelsesgrundlag enten i form af et erstatningsansvar eller en aftaleretlig forpligtelse.»). Hørby Jensen skil likevel ikkje klart mellom avkall og rettstap, jf. nærmare i 3.3.6.

8 Jf. Bo Madsen, TfR 1986 s. 597–626 på s. 600 («Begrebet aftale (…) fungerer ligesom andre juridiske begreber som et fremstillingsteknisk hjælpemiddel, der leder hen til et bestemt sæt af regler. I første omgang rent aftaleretlige regler om aftalens indgåelse, gyldighed og fortolkning, og i anden omgang almindelige eller specielle obligationsretlige regler om aftalens opfyldelse, misligholdelse m.v.»).

9 I same retning Moalem, Juridiske emner ved Syddansk Universitet 2001 s. 92–105 på s. 94 («Tales der om passivitet med *løftevirkning* må argumentationen hentes i kontraktsretten.»).

10 Jf. Skag, TfR 2011 s. 523–564 på s. 523 («ulovfestede passivitetsregler [må ikke] forveksles med tilfellene der passivitet fra kreditors side påberopes til støtte for at kravet er frafalt etter *avtalerettslige* betraktninger (stilltiende samtykke)». Sjølv om det nok vil vere glidande overgangar mellom tilfella, «må det prinsipielt skilles mellom disse situasjonene») og Austenå, Løsningsrettigheter s. 459 (i behandlinga av bortfall av løysingsrettar skil han mellom tilfelle der bortfallet blir heimla i «en objektiv passivitetsregel» og der det blir heimla i «et stilltiende avkall fra rettighetshaverens side»). Jf. elles Arnholm, Tre utsnitt s. 52–54, Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 366, Asland, TfR 2009 s. 70–102 på s. 75–77 og von Eyben, Forældelse I s. 30. Til dels annleis hos Hørby Jensen, jf. 3.3.6.

på ulike rettsgrunnlag og kan knyte seg til ulike typar formuesgode.[11] Ei undersøking av emnet kan dermed gjennomførast på ulike vis. Éin måte er å ta føre seg utvalde typetilfelle og søkje å avklare korleis desse tilfella (konfliktsituasjonane) skal løysast. Merksemda vil då i stor grad vere retta mot dei faktiske forholda som karakteriserer tilfellet. For boka sitt emne er ein slik framgangsmåte ikkje utan vidare føremålstenleg. Som skissert ovanfor kan både binding og rettstap inntreffe i temmeleg mange og ulikearta situasjonar. Sjølve utvalet av typetilfelle, og under dette fastlegging av kriterier for kva som skal reknast som éitt typetilfelle, kan dermed by på store utfordringar – særleg ettersom siktemålet vel må vere at dei utvalde typetilfella skal kunne vere retningsgivande også for andre situasjonar.[12]

Denne boka er dermed lagt noko annleis opp. I undersøkinga av rettsnormene vil eg søkje å klargjere kva for argument eller argumentkombinasjonar som kan rettferdiggjere den aktuelle rettsverknaden *på tvers av* ei rekkje ulike tilfelle. *Argumentasjonen* for binding og rettstap som ulovfesta passivitetsverknader er såleis objektet for analysen.[13] Siktemålet er ikkje å gi flest mogleg klare svar på korleis løysinga blir i meir eller mindre klart avgrensa typetilfelle.

Samtidig er det klart at også ein slik analyse krev at ein tar høgde for at ulike situasjonar kan aktualisere ulike omsyn, og at omsyna kan gjere seg gjeldande med ulik styrke. Dermed vil også samanhengen mellom dei faktiske forholda, argumentasjon og resultatet, vere ein del av undersøkinga. Hypotesen er likevel at likskapstrekka som kjem til syne på tvers av eit breitt spekter av ulike tilfelle, gir grunnlag for utvikling av generelle rettesnorer for ein gyldig juridisk argumentasjon for den aktuelle rettsverknaden.[14]

---

11 Det å omtale objektet som ein rett knyter seg til som eit «formuesgode» er ei vanleg språkleg forenkling, jf. Magnussen, Ulovfestede ekstinktive godtroerverv s. 69 («Med formuesgode forstås et rettighetsobjekt. Objektet kan være et fysisk eller et ikke-fysisk gode. Tilnærmingen representerer en tradisjonell forenkling; strengt formelt er formuesgodet en formuerettighet.») og Lilleholt, Allmenn formuerett s. 21.

12 Til dette kjem at sjølv om det finst mange høgsterettsdommar om binding og rettstap som ulovfesta passivitetsverknader, medfører variasjonen i saksforholda at talet på dommar innanfor kvart typetilfelle ikkje nødvendigvis ville ha vore høgt nok til å gi grunnlag for særleg klare løysingar.

13 Sml. liknande tilnærming hos Nygaard, Aktløysevurderinga s. 19 («Emnet er dei reglar eller retningslinjer som blir eller bør bli fylgde under den arbeidsoperasjon som må til for å avgjera om vedkomande handla aktlaust. Eller med andre ord argumentasjons- og vurderingsmønsteret etter gjeldande norsk rett på dette punktet.») Eg vil også understreke at dette valet er gjort i etterkant (ikkje i forkant) av ein analyse av rettskjeldene og gir såleis uttrykk for kva for innfallsvinkel og framstilling eg meiner er den mest føremålstenlege og fruktbare gitt dei eksisterande kjeldene.

14 Eg har likevel funne det nødvendig med ei viss avgrensing så langt det gjeld kva for rettstap/rettstypar merksemda vil vere retta mot, jf. nærmare i 2.4.

Den valde tilnærminga skal ikkje oppfattast slik at analysen berre har teoretisk interesse. Når vi spør kva som utgjer ein gyldig argumentasjon for ein bestemt rettsverknad, spør vi samtidig om *når* den aktuelle rettsverknaden kan inntreffe. Tilnærminga kjem først og fremst til syne gjennom måten undersøkinga er lagt opp. Vonleg vil ho gi både ei djupare forståing for passivitetsverknader som fenomen og haldepunkt for vurderinga av konkrete saker.

Sjølv om eg ikkje siktar mot ein analyse av bestemte typetilfelle, vil det som del av undersøkinga vere behov for å kommentere visse tilfelle som tilhøyrande éi og same gruppe. I mangel av eit betre ord vil eg bruke nemninga «typetilfelle» som referanse til faktiske situasjonar med visse felles kjenneteikn, som i den aktuelle konteksten står fram som sentrale. Det å framheve bestemte likskapar mellom situasjonane kan legge grunnlaget for ei synleggjering av samanhengar mellom dei aktuelle kjenneteikna og argumentasjonen for ein bestemt rettsverknad. Identifisering og kategorisering av ulike typetilfelle er altså ikkje meint å peike i retning av at det gjeld særskilte normer for bestemte typetilfelle eller kategoriar av typetilfelle. Dermed ser eg det ikkje som nødvendig med klare skildringar av kva som utgjer eitt typetilfelle og kvar grensene mot andre typetilfelle går.

I kapittel 2 vil eg søkje å klargjere ein del sentrale omgrep i boka og kva for nemningar eg vil halde meg til. Her vil eg også gjere ytterlegare avgrensingar av emnet. Kapittel 3 handlar om den metodiske tilnærminga til emnet. I kapittel 4 vil eg sjå nærmare på dei legislative omsyna som grunngir rettstap som ulovfesta passivitetsverknad. Strukturen vidare bygger på skiljet mellom binding og rettstap. I del II vil eg undersøkje den avtalerettslege tilnærminga mens del III inneheld ein analyse av argumentasjonen for rettstap som ulovfesta passivitetsverknad. Undervegs i del III vil eg samanhalde ein del slutningar som gjeld ulovfesta rettstap med den avtalerettslege tilnærminga. Eg vil rette særleg merksemd mot avkall, ettersom det er her samanlikninga med det ulovfesta rettstapet er mest interessant. I det avsluttande kapittel 16 vil eg peike på nokre overordna likskapar og skilnader mellom argumentasjon for binding og argumentasjon for rettstap.[15]

15 Boka er bygd opp med fire nivå, omtalt som «kapittel», «avsnitt», «punkt» og «underpunkt».

2

Terminologi, sentrale omgrep og avgrensingar

2.1 Passivitetsverknad og passivitetsnorm

For at eit rettstap eller eit løfte skal kunne reknast som ein verknad av passivitet, må sjølve passiviteten ha ein viss posisjon i argumentasjonen for utfallet. I denne boka skal vi forstå dette slik at passiviteten må vere avgjerande for at verknaden skal inntre. I dette ligg at utfallet ville ha blitt eit anna om vi tenkte oss passiviteten, eller snarare passivitetsargumentet, borte. Andre argument kan likevel, i samverke med passivitetsargumentet, vere nødvendige for det konkrete utfallet.

I teorien finn vi fleire døme på bruk av nemninga «rein» passivitet.[16] Framstillingstekniske omsyn kan tale for å ta eit slikt kortfatta uttrykk i bruk, til dømes for å understreke motsetninga til verknader av ein kombinasjon av aktivitet og passivitet. I ei bok om binding og rettstap som ulovfesta passivitetsverknader, er uttrykket etter mitt syn lite føremålstenleg ettersom det er eigna til å skape ei førestilling om at passivitet kan eksistere nærmast i eit vakuum. Ved både binding og rettstap må passiviteten vurderast i lys av dei andre relevante forholda. Dermed vil det sjeldan vere treffande å omtale denne som «rein». Etter vårt omgrep om passivitetsverknader er det heller ikkje nødvendig å kunne bruke ein slik karakteristikk. Det avgjerande er som nemnt at passivitetsargumentet, om enn i samverke med andre argument, er nødvendig for utfallet.

16 Jf. Magnussen, Ulovfestede ekstinktive godtroerverv s. 495 («Passivitet i betydningen ikke-bruk omtales som ren passivitet.»), Lindskog, Preskription s. 235 («Ren *passivitet* kan knappast tänkas konstituera ett erkännande.»), Harborg og Berg, JV 2003 s. 312–339 på s. 331 («*Rein passivitet* kan ikkje føre til at tinglege rettar går tapt»), Lilleholt, JV 1994 s. 279–290 på s. 289 («… reglane om hevd set grensa der det gjeld rein passivitet, dvs. tilfelle der rette eigar ikkje har hatt grunn til å gripe inn» og Ravnkilde, Stiltiende aftaler s. 42 («… forpligtelsen indtræder på grundlag af ren passivitet»).

Somme gonger kan hendingar i forkant av den aktuelle passiviteten vere så viktige for utfallet at det ikkje utan vidare står fram som treffande å omtale det som ein passivitetsverknad. Vi kan til dømes sjå føre oss at to partar har vore i forhandlingar med sikte på å inngå ein avtale. Dei har hatt fleire møte, korrespondert skriftleg og vore på synfaringar. Forhandlingane endar med at den eine parten sender det han oppfattar som ei skriftleggjering av forhandlingsresultatet, altså ein avtale som han meiner allereie er inngått. Dersom den andre parten held seg passiv, og dette medfører at ein avtale blir rekna som inngått, er det ikkje uvanleg å omtale bindinga som ein passivitetsverknad – trass i at det altså er aktive handlingar som dominerer faktum i saka. Dette er i tråd med synsmåten ovanfor i den forstand at utfallet ville ha blitt eit anna dersom ein tenkte seg passiviteten borte. Under eit kvart omstende er det klart at i den skisserte situasjonen, og i andre tilfelle der binding eller rettstap blir lagt til grunn, er det andre forhold i saka som *gir* passiviteten ein slik verknad.

Når eg i denne boka omtaler binding som følgje av passivitet, siktar eg til tilfelle der passiviteten står fram som ein viktig faktor i vurderinga av den avtalerettsleg forpliktande åtferda – som i dømet like ovanfor. Eg vil tidvis omtale slike bindingssituasjonar som «passivitetstilfelle», for å markere skiljet mot tilfelle der det er aktivitet, typisk i form av språklege utsegner, som utgjer den sentrale faktoren.

I utgangspunktet ligg det tanken nær å seie at ei «passivitetsnorm» er ei kvar rettsnorm som kan heimle ein passivitetsverknad.[17] Langt på veg vil ei slik forståing også leggast til grunn. Unntaket er norma som heimlar binding ved passivitet, noko som heng saman med følgjande syn: For at det skal vere treffande å snakke om ei passivitetsnorm, må passivitet vere ein føresetnad for den aktuelle rettsverknaden, enten i form av at rettsnorma inneheld eit slikt vilkår, eller meir indirekte. Dersom rettsverknaden bygger på ei avveging, vil vi stå overfor ei passivitetsnorm berre dersom passiviteten ifølgje norma sjølv utgjer det sentrale momentet eller er nødvendig for i det heile tatt å utløyse ei slik vurdering.[18] I norsk rett er det ikkje tradisjon for å operere med ulike bin-

17 Omgrepa om heimel, rettsleg grunnlag/rettsgrunnlag og norm er kommentert i 3.1.

18 Brækhus og Hærem bruker nemninga «rene passivitetsregler» i tilfelle der merksemda aleine er retta mot passiviteten; der det ikkje er krav om aktivitet frå nokon motpart si side. Foreldingsreglane er trekt fram som døme. Reglar der passivitet i kombinasjon med (urettmessig) aktivitet frå motparten får verknader, omtaler dei som «betingede passivitetsregler», og trekkjer fram hevdsreglane som døme, jf. Norsk tingsrett s. 570. Jf. elles oversynet over passivitetsreglar og andre reglar der passivitetsargumentet gjer seg gjeldande i 2.5.

dingsnormer for ulike typar avtalerettsleg forpliktande åtferd. Ei slik oppdeling vil også vere både kunstig og upraktisk, iallfall der det er tale om dei alminnelege rettesnorene for binding.[19] Årsaka er at åtferda som fører til binding ofte inneheld element av ulike kommunikasjonsformer, og det er åtferda *sett under eitt* som skal vurderast. For så vidt gjeld avtalerettsleg binding etter alminnelege rettesnorer står det dermed fram som lite treffande å tale om ei passivitetsnorm, sjølv om verknaden i konkrete tilfelle kan reknast som ein passivitetsverknad.[20]

2.2 Dei involverte partane

Undersøkinga er avgrensa til å gjelde binding og rettstap i topartsforhold. Bakgrunnen for avgrensinga er at forhold med fleire enn to partar kan aktualisere så mange særlege problemstillingar og omsyn at ei behandling også av slike tilfelle ville gjort prosjektet for omfattande. Dei to involverte partane vil bli omtalt gjennom heile boka og må såleis givast føremålstenlege namn.

Der det handlar om bindingsspørsmålet vil det vere dekkande å omtale partane som «den moglege løftegivaren» og «den moglege løftemottakaren». Av framstillingstekniske og språklege omsyn vil eg likevel stort sett omtale partane som «løftegivar» og «løftemottakar». Tillegget «den moglege» ligg då underforstått. Tidvis i framstillinga vil eg likevel bruke andre nemningar, der eg opplever at det er naturleg ut frå situasjonen som blir omtalt og det elles bidrar til tydelegheit. Dette gjeld mellom anna for omtalen av ulike førespurnadstilfelle. Desse er karakterisert ved at A har sendt ein førespurnad til B, og spørsmålet er om B – som følgje av å ha halde seg passiv etter å ha mottatt førespurnaden – kan reknast som bunden. A er då avsendar av førespurnaden og samtidig (den moglege) løftemottakaren. B er mottakar av førespurnaden og samtidig (den moglege) løftegivaren. For å unngå samanblanding av A som mottakar av løftet og B som mottakar av førespurnaden, vil eg stort sett omtale den som set fram førespurnaden (løftemottakaren) som «avsendar» og den som mottar førespurnaden (løftegivaren) som «adressat».

Der spørsmålet er om det er grunnlag for ulovfesta rettstap, vil eg ta utgangspunkt i at vi står overfor ein part som kan tenkjast å tape ein rett. For at ein rett skal kunne tapast, må vedkomande i utgangspunktet ha hatt den aktuelle

19 Jf. 3.2 om sondringa mellom alminnelege og særlege rettesnorer for bindingsspørsmålet.
20 Annleis stiller det seg for visse passivitetsnormer lovfesta i avtalelova, jf. 8.3.2.

retten. Eg vil omtale denne parten som «rettshavaren». *Etter* at retten er gått tapt, kan ein seie at nemninga ikkje lenger er treffande. Som følgje av behovet for å ha eitt namn på denne parten, vil eg likefullt halde fast ved nemninga også når eg omtaler situasjonar der rettstap er ein realitet. Såleis kan vi seie at etter eit rettstap, ligg tillegget «den tidlegare» (rettshavar) underforstått. Ein slik terminologi er vanleg også elles, til dømes ved omtale av hevdserverv. Etter at eit hevdserverv er gjennomført, er det hevdaren som er den rette eigaren av tingen. Vi ser likevel at den tidlegare eigaren, altså han som taper ein rett som følgje av den andre sitt hevdserverv, regelmessig blir omtalt som «rette eigar» og liknande.[21] Det same gjeld også elles ved omtale av tilfelle der rettsvinning for den eine fører med seg rettstap for den andre.[22] Tidvis vil rettshavaren også bli omtalt som «den passive».

Den som det eventuelle rettstapet er til fordel for, vil i somme tilfelle *vinne* ein rett korresponderande med den som går tapt. I slike tilfelle kan det vere treffande å omtale vedkomande som «rettsvinnar» eller «ervervar». Men «ulovfesta rettstap» refererer også til tilfelle der dette stiller seg annleis. Der det til dømes er eit krav på ei yting som går tapt, vil det ikkje vere i tråd med tradisjonell forståing av omgrepet om ein *rett* («rettighet») å seie at den som slepp å yte, har vunne ein rett. Snarare seier vi at kravet har falle bort. Ettersom eg også her finn det føremålstenleg å ha eitt, og berre eitt, namn på den som rettstapet er til fordel for, vil eg – med utgangspunkt i rettshavaren sin ståstad – omtale han som «motparten». Tidvis vil eg likevel, der eg finn det klargjerande, bruke nemninga «ervervspretendent».

I fleire samanhengar som er relevante for emnet i denne boka kan det reise seg ulike variantar av identifikasjonsspørsmål. For både bindingsspørsmålet og spørsmålet om ulovfesta rettstap kan identifikasjon vere eit tema der den eine eller begge partane er juridiske personar. Eit anna døme er at det kan oppstå spørsmål om identifikasjon mellom rettshavaren eller motparten og vedkomande sine rettsforgjengarar, særleg der det ligg føre aktløyse hos rettsforgjen-

21 Jf. t.d. Rådsegn 6 s. 22 («At nokon sit med ein eigedom, er eit ope tilhøve, og om det fører til hevd, kan det ikkje ha vore ukjent for rette eigaren på førehand.»), Berg, Hevd s. 31 (den rette eigaren/rettshavaren»), Falkanger og Falkanger, Tingsrett s. 330 («Hevd rammer den egentlig berettigede […] i egenskap av eier av eller rettighetshaver til den ting hevdsbruken gjelder.»).

22 Jf. Magnussen, Ulovfestede ekstinktive godtroerverv s. 15 («Ekstinksjonssakens parter benevnes 'rettighetshaver' og ekstinksjonspretendent' … Rettighetshaver viser til den av sakens parter som har – eller pretenderer å ha – den eldste rettigheten.») og Brækhus, Omsetning og kreditt 3 og 4 s. 29 («man [oppstiller] en ekstinksjonsregel til beskyttelse av godtroende B, på bekostning av 'rette eier' H eller S.») og 30–31 (Om omsynet til «den egentlige rettighetshaver».).

gar(ane). Dette siste spørsmålet er særleg aktuelt for ulovfesta rettstap ettersom vi her oftare enn i moglege bindingstilfelle vil stå overfor lange tidsperiodar. Også slike problemstillingar har eg funne det nødvendig å avgrense mot, igjen av omsyn til rammene for undersøkinga og omfanget på boka.

2.3 Binding, løfte, avkall og avtale

I den avtalerettslege teorien, og i rettsavgjerder som bygger på ei avtalerettsleg tilnærming, møter vi ei rekkje meir eller mindre innarbeidde nemningar. Ulike forfattarar bruker ulike ord, og i somme tilfelle kan innhaldet i omgrepa som dei refererer til stå fram som noko uklart. I det følgjande vil eg søkje å klargjere korleis vi skal forstå omgrepa om binding, løfte, avkall og avtale.[23]

Med «avtalerettsleg binding», eller oftast berre «binding», siktar eg til at det blir etablert ein partsrelasjon, der ein part blir forplikta overfor ein annan til «noko», og der løftemottakaren kan krevje oppfylling ved hjelp av staten sitt maktapparat. Tradisjonelt har ein forstått avtalerettsleg binding slik at etableringa av det nye rettsforholdet er forankra i sjølvråderetten (autonomien) til den som blir forplikta.[24] I nyare teori er det likevel tatt til orde for at binding også kan bygge på rettspolitiske omsyn, meir eller mindre frikopla frå tankar om sjølvråderett.[25] Men sjølv om vi opnar for binding på eit slikt alternativt grunnlag, korresponderer kjernen i «det avtalerettslege» framleis med den tradisjonelle forståinga.[26]

---

23 Jf. 5.2 for ytterlegare terminologisk og omgrepsmessig avklaring.

24 Jf. Bo Madsen, TfR 1986 s. 597–626 på s. 599 («Det oprindelige teoretiske grundlag herfor i *aftaleretten* er parternes *autonomi*, hvorved 'frivilligheden' er det centrale element.»), Stang, Innledning til formueretten s. 210–211 («Mens virkningen av en rettslig kjensgjerning overalt ellers utspringer og bestemmes av en enkelt kilde, nemlig rettsordenen, utspringer altså rettshandelens virkning av to kilder som flyter sammen: Av den private viljeserklæring og av rettsordenen.») og Hov og Høgberg, Alminnelig avtalerett s. 22 («Prinsippet om at det går an å binde seg gjennom avtale, er et utslag av forestillingen om den enkeltes private selvbestemmelsesrett (autonomi).»).

25 Jf. 8.2 med vidare tilvisingar, m.a. til Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s. 117 og Bo Madsen, TfR 1986 s. 597–626 på s. 600.

26 I same retning Bo Madsen, TfR 1986 s. 597–626 på s. 600 («Privatautonomien [er stadig] (…) grundlæggende for al aftaleret.»). Som kontrast til det eg reknar som binding ved passivitet, kan det peikast på at brot på reklamasjonsplikt ved misleghald i kontraktsforhold rett nok kan medføre at den passive blir bunden til å oppfylle sin del av ein avtale som vedkomande elles kunne ha heva m.m. Men dei avtalerettslege konsekvensane som det i slike tilfelle er tale om, blir helst rekna som følgjeverknader av rettstapet ved brot på ein reklamasjonsfrist (tap av retten til å gjere misleghaldet gjeldande). Det er ikkje vanleg å konstruere manglande reklamasjon som eit avkall på motsegner (eit løfte om ikkje å gjere motsegner gjeldande) eller som ein aksept av ein endringsavtale, jf. Hauge, Ugyldighet s. 287 («Reklamasjonsregler bygger primært på rene passivitetsbetraktninger og ikke en avtalerettslig godkjennelseskonstruksjon») og Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 359.

Eit «løfte» forstår eg slik at ein person (løftegivar) får ei plikt overfor ein annan person (løftemottakar).[27] Denne plikta vil gå ut på at løftegivaren skal yte, tole eller unnlate noko, enten samtidig med at løftet blir gitt eller på eit seinare tidspunkt. Isolert sett vil eit løfte såleis representere, med Arnholm sine ord, «et minus i avgiverens rettsstilling».[28]

Nemninga «løfte» fortel altså noko om kva bindinga inneber for den som blir bunden. Dermed kan vi seie at løfta er éin av fleire kategoriar bindingsinnhald. Påboda, som er karakterisert ved at avgivaren legg ei plikt på mottakaren, høyrer til ein annan kategori.[29] Andre kategoriar som har blitt halde fram i teorien, er rettssikrande («rettsbevarende») utsegner og kompetansetildelingar (typisk fullmakt).[30] Som nemnt i kapittel 1, er det eit hovudføremål med boka å samanlikne ulovfesta rettstap og avtalerettsleg binding, der avkallssituasjonane representerer den klaraste parallellen. Merksemda er retta mot tilfelle der fellesnemnaren er at den passive får rettsposisjonen sin svekka, enten ved at han får ei avtalerettsleg plikt til å yte, tole eller unnlate noko, eller ved at han taper ein rett. Dermed er det løfta som er mest interessante, og undersøkinga vil vere avgrensa til å omhandle desse.[31]

---

27 Jf. liknande hos Hov og Høgberg, Alminnelig avtalerett s. 108 (Om definisjonen på løfte: «det er tilstrekkelig at en på rettslig forpliktende vis lover å handle eller unnlate å handle på en bestemt måte i fremtiden») og Ussing, Aftaler s. 32 («Et Løfte er i Almindelighed en Tilkendegivelse frå en Person (Løftegiveren) til en eller flere andre (Løftemodtageren) om, at han paalægger sig en Byrde.»). Jf. også Huser, Avtaletolking s. 102.

28 Arnholm, Privatrett II s. 9. Arnholm peiker i forlenginga på at det løftegivaren gjer, er å «påta seg en plikt eller oppgi en rett». Etter boka sitt omgrep om løfte, vil «plikt» konsumere det å oppgi ein rett. Vi kan seie at det løftegivaren i slike tilfelle gjer, er å ta på seg ei plikt til å oppgi ein rett. Om fullbyrdinga (det at retten faktisk blir gitt opp) skjer med ein gong eller lengre fram i tid avheng av det nærmare innhaldet i løftet. Det er ikkje i alle tilfelle intuitivt naturleg å tale om eit minus. Det kan jo hende at plikta går ut på at løftegivaren skal gjere noko som er til hans eigen fordel. «Minuset» ligg såleis i bandleggingа av handlefridomen. Liknande hos Ravnkilde, TfR 2000 s. 989–1037 på s. 990 («Et løfte er en byrde for løftegiver i forholdet til løftemodtager.»)

29 Påboda har i teorien også blitt definert slik at dei tar sikte på å skape ein rett for avgivaren og ei plikt for mottakaren, jf. Woxholth, Avtalerett s. 63. Etter mitt syn er etableringa av plikt for mottakaren det avgjerande og tilstrekkelege kjenneteiknet, jf. likeins Hov og Høgberg, Alminnelig avtalerett s. 108. I same retning Stang, Innledning til formueretten s. 280 og Arnholm, Privatrett II s. 12. Utsegner som er omfatta av samlenemninga påbod kan i somme tilfelle også omtalast som eit forbod, jf. Hov og Høgberg, Alminnelig avtalerett s. 108, særleg note 119.

30 Jf. Hov og Høgberg, Alminnelig avtalerett s. 109.

31 Passivitet som uttrykk for at rettshavaren vil *sikre* ein rett fell dermed utanfor, og rettssikrande utsegner (reklamasjonar) gitt ved passivitet er nok heller ikkje særleg praktisk. Påbod vil oftast medføre binding også for påbodsgivaren, jf. Arnholm, Privatrett II s. 13 («selv det mest rendyrkede påbud har vanligvis den virkning at det binder sin avgiver»). Til dømes kan den som seier opp ein leigeavtale, heller ikkje sjølv gjere leigeavtalen gjeldande i ettertid, om han skulle ombestemme seg. Påboda vil likevel bli haldne utanfor. Det same vil kompetansetildelingar, jf. avgrensinga til topartsforhold i 2.2.

Med «avkall» siktar eg til at ein rettshavar (løftegivaren) heilt eller delvis seier ifrå seg ein rett til fordel for ein annan person (løftemottakaren), utan å krevje ei motyting. Det ligg altså inne i omgrepet om avkall at dette er vederlagsfritt. Som avkall forstår eg også tilfelle der løftegivaren tar på seg ei plikt til ikkje å gjere ein rett gjeldande *i ein bestemt situasjon*. Eit døme er der løftegivaren samtykker til at naboen set opp ein garasje eit stykke over eigedomsgrensa mellom dei, utan at dette er meint som avståing av eigedomsrett til grunnen. Eg legg til grunn eit vidt omgrep om avkall. Det omfattar ein løftetype som ut frå omstenda kan omtalast på litt ulike vis, mellom anna som ei «godkjenning», ei «ettergiving», eller eit «samtykke».

Med «avtale» siktar eg til at to partar får plikter overfor kvarandre.[32] Avtalen vil typisk handle om at begge partane overfører noko til den andre, gjerne pengar mot eit anna formuesgode, eller at den eine mot vederlag tar på seg å gjere eller unnlate noko til fordel for den andre. Han kan også gå ut på at den eine skal gi ifrå seg noko, til fordel for den andre, utan at mottakaren treng yte vederlag. Avtalen er då gjensidig forpliktande ved at den eine parten har plikt til å *gi*, mens den andre parten har plikt til å *ta imot*.[33] På denne bakgrunnen kan vi seie at ein kvar avtale er gjensidig forpliktande, og vidare at avtalen er ei kopling av to eller fleire løfte.[34] Avtalelova sin modell med avtaleslutning gjennom tilbod og aksept bygger på eit slikt grunnsyn. At avtalar kan bli inngått på andre vis enn etter avtalelova sin modell, er ikkje tvilsamt.[35] Dette endrar likevel ikkje det prinsipielle poenget som ligg i at det er løftet, og ikkje avtalen, som er den grunnleggande storleiken.[36]

I rettsordningar som legg kontraktsprinsippet til grunn, mellom anna engelsk rett, står analysar av sjølve avtaleomgrepet sentralt (omgrepet om «contract»).

---

32 Ein avtale kan naturlegvis også bli inngått mellom meir enn to partar. Som følgje av avgrensinga til topartsforhold, vil eg i omtale av avtalesituasjonar halde meg til at det er to involverte partar, jf. 2.2.

33 Gjensidig *forpliktande* må reknast som synonym til gjensidig *tyngande* eller «bebyrdende» avtalar, som er andre nemningar vi ofte finn i teorien, jf. Stang, Innledning til formueretten s. 200 («gjensidig tyngende kontraktsforhold»), s. 202 («gjensidig tyngende avtaler»), Arnholm, Privatrett II s. 63 («gjensidig tyngende forhold») og Hov og Høgberg, Alminnelig formuerett s. 108 («gjensidig bebyrdende avtale»).

34 Liknande hos Gjelsvik, Innleiding s. 139 («Rettshandelen er berre *ei* viljeutsegn, ikkje to. Soleis er tilbodet *ei* viljeutsegn; likeins aksepten. Når tilbodet er akseptera har ein ei *kontrakt* eller ei *avtale*»), Ravnkilde, Stiltiende Aftaler s. 11 (det er «juridisk børnelærdom, at indgåelse af en avtale involverer, at parterne giver hinanden løfter») og Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret s. 71 (ein gjensidig tyngande avtale «består i et antall løfter, parterne har afgivet for hinanden»).

35 Jf. avtl. § 1 og Hov og Høgberg, Alminnelig formuerett s. 129.

36 I same retning Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret s. 72 (Eit løfte er ei viljeserklæring; viljeserklæringane «udgør som sådanne aftalerettens omdrejningspunkt, også når den enkelte viljeserklæring optræder i samspill med andre viljeserklæringer og dermed danner aftaler eller aftalekomplekser»).

Dette heng naturleg saman med at etter kontraktsprinsippet kan eit løfte fritt kallast tilbake heilt fram til det er akseptert av mottakaren.[37] Vidare gjeld det etter engelsk rett ein hovudregel om at «agreement», som er ein føresetnad for tvangsfullbyrding, berre vil ligge føre dersom det finst «consideration». I dette ligg at eit løfte om å yte noko ikkje er bindande med mindre det er kopla til ei motyting.[38] Norsk avtalerett bygger derimot på løfteprinsippet, som inneber at eit løfte i seg sjølv forpliktar løftegivaren.[39]

Eit løfte blir bindande for løftegivaren når mottakaren har fått kunnskap om det.[40] At løftet er bindande tyder i denne samanhengen at det ikkje lenger fritt kan kallast tilbake. Kva tid løftegivaren skal *oppfylle* (gjere det han har lova) avheng av innhaldet i løftet. Dersom løftet er meint å inngå i ein avtale, treng det aksept frå mottakaren for at løftegivaren skal bli bunden til å oppfylle.[41] Nemninga binding blir altså brukt både om plikta til å «stå ved» eit løfte, med den tyding at løftet ikkje fritt kan kallast tilbake og om plikta til å oppfylle innhaldet i løftet.[42] Når det blir sagt at eit løfte er bindande, kan det dermed somme gonger vere uklart om det blir sikta til begge eller berre den eine tydinga. Når eg taler om binding, utan ytterlegare klargjering av kva den bundne er bunden til, meiner eg å omfatte binding generelt, altså begge dei to tydingane.

Ein konsekvens av at løfteprinsippet ligg til grunn for norsk avtalerett, er at det sentrale spørsmålet er om eit rettsleg forpliktande *løfte* er gitt, uavhengig av om dette inngår i ein avtale og uavhengig av om det føreset ei motyting. I nyare avtalerettslege framstillingar er det likevel vanleg at forfattaren nærmar seg bindingsproblematikken ved å spørje om når det ligg føre ein *avtale*.[43] Med

37 Jf. Stone, The modern law of contract s. 72 («The general rule is that an offer can be revoked at any point before it is accepted.»). Jf. også Lassen, Haandbog i Obligationsretten Alm. Del 1892 s. 29 og like nedanfor om «aksept».

38 Jf. Stone, The modern law of contract s. 89 («It is this mutality which makes the agreement enforceable»). «Promissory estoppel» utgjer eit unntak, men denne figuren føreset ein allereie eksisterande rettsleg relasjon mellom partane, typisk ein tidlegare inngått avtale. Særleg strengt er kravet om consideration likevel ikkje praktisert. Dette kjem til syne ved at det i rettspraksis er akseptert reint symbolske vederlag som motyting mot formuesgode med vesentleg høgare verdi, jf. døme hos Stone, same stad s. 10–11 og s. 91–95.

39 Jf. nærmare om løfteprinsippet hos Hov og Høgberg, Alminnelig avtalerett s. 114–115 og Stang, Innledning til formueretten s. 199–207.

40 Jf. avtl. § 7 føresetnadsvis.

41 Stang, Innledning til formueretten s. 202, Arnholm, Privatrett II s. 63 og Giertsen, Avtaler s. 40.

42 Hov og Høgberg, Alminnelig avtalerett s. 114–115, tar opp sondringa i samband med sin omtale av løfteprinsippet. Jf. også Stang, Innledning til formueretten, s. 202–203, som viser til at den som gir eit tilbod blir førebels/mellombels bunden; aksepten gjer løftet endeleg bindande «men forpliktelsen selv oppstår ikke ved aksepten».

43 Jf. Woxholth, Avtalerett s. 59 flg., Hov og Høgberg, Alminnelig avtalerett s. 128 flg. og Giertsen, Avtaler s. 47 flg.

avtaleomgrepet som eg har lagt til grunn, skulle det, som eit klart utgangspunkt, ikkje vere grunn til å operere med noko prinsipielt skilje mellom løfte og avtale for så vidt gjeld vurderinga av om binding ligg føre.[44]

I undersøkinga vil det vidare vere tale om tilbod og aksept. Eit «tilbod» er forstått som eit løfte som føreset ein aksept for at tilbodsgivaren skal bli bunden til å oppfylle i samsvar med det han har lova.[45] Dersom tilbodet blir akseptert, blir begge partane bundne til ein avtale i samsvar med tilbodet. Når mottakaren av eit tilbod aksepterer dette (gir ein «aksept»), kommuniserer han at han pålegg tilbodsgivaren å oppfylle i samsvar med innhaldet i tilbodet. Aksepten inneheld såleis eit påbod, der tilbodet er påbodsgrunnen.[46] Samtidig tar tilbodsgivaren på seg ei plikt til sjølv å etterkome vilkåra i tilbodet. Ein aksept inneheld såleis også eit løfte.[47] Når ein part blir bunden kan altså innhaldet i bindinga dels høyre heime i kategorien løfte og dels i kategorien påbod. I undersøkinga av løfte gitt ved passivitet er ei slik teoretisk spalting av lita interesse. Eg vil dermed halde meg til storleikane «tilbod» og «aksept» der det er denne typen situasjon vi står overfor.

Det ligg ikkje inne i bindingsomgrepet at det aktuelle løftet er gyldig. For praktiske føremål kan vi seie at det er normalt likegyldig for dei involverte partane om eit løfte aldri blei gitt eller om det er ugyldig. Det kan også vere delte meiningar om eit forhold bør reknast for å vere til hinder for binding eller ein ugyldigheitsgrunn.[48] I ein analyse av binding ved passivitet er det likevel nødvendig å halde fast ved bindingsspørsmålet som eit separat spørsmål. Ei slik tilnærming er også i samsvar med tradisjonell avtalerettsleg framstilling og terminologi.[49] Binding og gyldigheit kan då reknast som to separate steg mot fastlegginga av om ein part faktisk har fått ei plikt overfor ein annan. Ei slik tostegsvurdering kan i praksis stå fram som meir eller mindre naturleg, avhengig av kva for ein ugyldigheitsgrunn det er aktuelt å vurdere: ofte vil

44 Liknande Ravnkilde, Stiltiende aftaler s. 11 («indgåelse af en avtale involverer, at parterne giver hinanden løfter. Vi kan derfor først nå frem til en erkendelse af, hvad der i almindelighed skal til for at indgå en aftale, når vi kender de nødvendige og tilstrækkelige betingelser for avgivelsen af et løfte»).

45 Arnholm, Privatrett II s. 10. Løftegivaren er bunden *til tilbodet* fram til akseptfristen har gått ut utan at tilbodet har blitt akseptert, jf. avtl. §§ 2 (1) og 3 eller eventuelt fram til det gyldig har blitt kalla tilbake, jf. avtl. § 7 om tilbakekall re integra.

46 Jf. Arnholm, Privatrett II s. 12

47 Jf. Stang, Innledning til formueretten s. 281.

48 Jf. t.d. avtl. § 32 om forvansking. Føresegna er plassert i kapittelet om ugyldige viljeserklæringar, men innhaldet er etter mitt syn meir nærliggande å rekne som ei regulering av i kva tilfelle ei forvanska erklæring i det heile kan føre til binding.

49 Jf. Ussing Aftaler s. 4, Ravnkilde, TfR 2000 s. 989–1037 på s. 999–1000 og Ravnkilde, Stiltiende Aftaler s. 19 note 18.