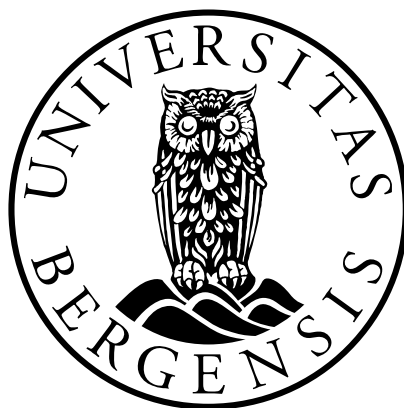


Reforhandlingsplikt i langvarige, kommersielle avtaleforhold

En lojalitetsforpliktelse?

Kandidatnummer: 127

Antall ord: 14 880



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning	4
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling	4
1.2 Reforhandlingsplikts aktualitet og utvikling på kontraktsrettens område	5
1.3 Grunnleggende om langvarige kontrakter	7
1.4 Avgrensninger og fremstillingen videre	9
2 Rettskilder og metode	11
2.1 Oversikt.....	11
2.2 Avtaletolkning og utfylling med bakgrunnsretten	11
2.3 Forholdet til alminnelig kontraktsrett og rettskildesituasjonen	12
3 Avtalerettslige grunnprinsipper og hensyn – en skranke for reforhandlingsplikt? .	15
3.1 Formålet med kapittelet	15
3.2 Tre fundamentale grunnprinsipper	15
3.2.1 Avtalefrihet.....	15
3.2.2 Avtalebundethet.....	16
3.2.3 Lojalitet i kontraktsforhold.....	18
3.2.4 Forholdet mellom avtalerettslige grunnprinsipper i dag	20
3.3 Langvarige kontraktsforhold – hensynene til forutberegnelighet og fleksibilitet	21
4 Konfliktløsningsmekanismer ved inntreden av endrede omstendigheter	24
4.1 Innledning	24
4.2 Reforhandlinger	24
4.2.1 Oversikt over typetilfellene	24
4.2.2 Hardship-klausuler og deres relasjon til den alminnelige lojalitetsplikten	25
4.3 Formuerettens alminnelige lempningsregel – lojalitetsplikter som rammer videre?.	26
4.3.1 Generelt om avtaleloven § 36.....	26
4.3.2 Forholdet til hardship-klausulene	27
4.3.3 Forholdet til lojalitetsplikten	29
5 Den alminnelige lojalitetsplikten – grunnlag for en reforhandlingsplikt?	31
5.1 Innledning	31
5.2 Kommersielle avtaleforhold – nyansering av det tradisjonelle utgangspunktet.....	31

5.2.1	Det tradisjonelle utgangspunktet	31
5.2.2	Nyere tids utvikling på lojalitetspliktens område	32
5.2.3	Nærmere om vurderingstemaet for å pålegge partene lojalitetsplikter	34
5.3	Ulike former for lojalitetsplikter i et løpende kontraktsforhold	35
5.4	Lojalitetsskjerpende faktorer og deres betydning for en reforhandlingsplikt	37
5.4.1	Oversikt	37
5.4.2	Den generelle betydningen av at kontrakten er langvarig	38
5.4.3	Tilknytningen mellom partene	38
5.4.4	Graden av samarbeid	40
5.5	Oppsummering	42
6	Sammenfatning og avsluttende refleksjoner	43
6.1	Behovet for en reforhandlingsplikt	43
6.2	Den alminnelige lojalitetsplikten og fremtidig rettsutvikling	44
	Kilderegister	48

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Temaet for denne masteroppgaven er reforhandlingsplikt i langvarige kontrakter mellom kommersielle parter. Med et *langvarig, kommersielt avtaleforhold* menes kort sagt en kontrakt mellom to (eller flere) profesjonelle parter som går over en lengre periode på eksempelvis 10, 15 eller 20 år. Slike langvarige kontrakter står sentralt som grunnlag for utveksling av verdier, og variasjonsbredden er stor: Alt fra regulering av bl.a. avtaler om tilvirkning av større IT-systemer og oppføring av byggverk til både offentlige og private virksomheter, bygging av skips- eller offshorekonstruksjoner, samt ulike forsynings- og transportavtaler og lignende, vil omfattes.¹

Det tidsmessige aspektet ved disse avtalene medfører naturligvis en større grad av risiko for at *endrede omstendigheter* kan påvirke oppfylleelsesbyrden for partene (i et eksisterende avtaleforhold), og dermed rokke ved den kontraktsbalanse som var forutsatt ved tidspunktet for avtaleinngåelsen. Et praktisk eksempel er en avtale om levering av aluminium til en industribedrift med 15 års varighet, og der det i år 9 viser seg at markedet for aluminiumsleveranser har endret seg så betydelig at den ene part i strid med avtaleforutsetningene lider et klart tap ved å måtte fortsette kontraktsmessig oppfyllelse. Et annet eksempel er en 30 år lang samarbeidsavtale om utvinning av olje der uforutsette endringer medfører at den ene parts innsats viser seg å være mer omfattende enn først antatt, og således slik at vedkommende taper penger på samarbeidet. Dersom den rammede part i disse situasjonene ikke har evne til å håndtere endringene, f.eks. ved å innhente kapital eller lignende, kan virkningene av å fortsette kontraktsmessig oppfyllelse resultere i et fremtidig mislighold, og i verste fall konkurs.

Som følge av prinsippet om avtalefrihet står partene fritt til å *reforhandle* kontrakten i ovennevnte situasjoner. Dette innebærer at kontraktspartene møtes for å diskutere justeringer av rettigheter og forpliktelser i en eksisterende kontrakt grunnet endringer som har en særlig innvirkning på avtaleforholdet, og da med siktemål om å gjenopprette kontraktsbalanse.² Frivillige endringer fordrer normalt ingen rettslige spørsmål av prinsipiell betydning. Langt mer interessant er imidlertid de tilfellene der medkontrahenten ikke viser slik villighet til reforhandling. Kan den rammede part da *kreve* at vedkommende skal gjøre et forsøk på å reforhandle kontrakten slik at den kan etterleves? Partene i et kontraktsforhold kan til en viss

¹ Hansen (2011) s. 443-444.

² Ristvedt (2012) s. 218.

grad gardere seg mot endrede omstendigheter ved å innta en hardship-klausul som forplikter dem til å inngå reforhandlinger når visse endringer inntreer.³ Uten kontraktsrettslig grunnlag som pålegger partene en slik reforhandlingsplikt, er det tradisjonelle utgangspunktet at avtaler skal holdes og at partene bærer risikoen for egne forutsetninger.

Særegent for en del av de langvarige kontraktene i kommersielle forhold er imidlertid at de bærer et sterkt preg av samarbeid med høye krav og forventninger til *lojalitet*. Generelt kan det sies at samarbeidet mellom partene øker i takt med avtalens tidsmessige perspektiv, og med dette følger en mer vidtgående lojalitetsplikt.⁴ Det *kan* derfor tenkes at den rammede part vil kunne kreve at medkontrahenten skal gjøre et forsøk på å reforhandle kontrakten fordi det motsatte etter omstendighetene vil være å betrakte som en illojal handling. Den overordnede problemstillingen i oppgaven er nettopp om den alminnelige lojalitetsplikten åpner for å ilegge en part en plikt til å reforhandle kontrakten når endrede omstendigheter har en særlig innvirkning på kontraktsbalansen.

1.2 Reforhandlingspliktens aktualitet og utvikling på kontraktsrettens område

Dersom det er inngått en rettslig bindende avtale mellom to eller flere parter, er rettsforholdet mellom disse som hovedregel endelig fastlagt for den avtalte perioden. Endrede omstendigheter som inntreer etter tidspunktet for avtaleinngåelsen kan imidlertid lede til at avtalen får et *dynamisk* preg – dvs. at avtalens innhold i større eller mindre grad vil kunne endres dersom det foreligger rettslig grunnlag for det. Som en av kontraktsrettens mest problematiske og omdiskuterte problemstillinger anses derfor spørsmålet om hvorvidt dramatiske endringer skal ha en innvirkning på partenes rettigheter og plikter etter en kontrakt.⁵ Karakteristisk for spørsmål med utspring i dette problemområdet, er at det er tale om inntreden av endrede omstendigheter i sentrale forhold som økonomiske, finansielle, juridiske eller tekniske faktorer.⁶ Dette gjelder altså særlig for langvarige kontraktsforhold, som på bakgrunn av sin typiske kompleksitet og varighet, i større grad er utsatt for slike endringer.

Tradisjonelt har spørsmål med grunnlag i dette kjerneområdet blitt diskutert under synsvinkelen om avtalebundethet, mens de mer moderne synsvinkler knytter seg til avtalerevisjon og

³ Hardship-klausulene behandles i pkt. 4.2.2.

⁴ Nordtveit (1992) s. 85.

⁵ Meidell (2002) s. 498.

⁶ Ristvedt (2012) s. 209.

omlegging av partenes plikter etter avtaleloven (31. mai 1918 nr. 4) § 36 og forutsetningslæren.⁷ Problemene med endrede omstendigheter har også ledet til en omfattende kontraktspraksis der partene inntar ulike former for klausuler som regulerer risikoen for innvirkning på kontraktsforholdet. I tillegg til hardship-klausulene, har kontraktspraksis eksempelvis utviklet kompliserte opsjonssystemer og endringsregler som bidrar til å ivareta justeringsbehovet i et løpende kontraktsforhold, særlig innenfor entrepriser og fabrikasjon.⁸ Dette illustrerer at man for en del av kontraktsforpliktelsene med langvarig kontrahering har lært å håndtere risikoen for endrede omstendigheter. En kontrakt kan imidlertid ikke sikres mot alle fremtidige spørsmål. For en del andre kontraktsforpliktelser, vil det være naturlig at endringer søkes løst ved konflikthåndtering partene i mellom fordi ytelsene er av en slik karakter at det ikke lar seg gjøre å benytte slike endringsregler.

Det er nærliggende å anta at bruk av langvarige kontrakter vil stige i økonomier som preges av hastig omsetning av ulike ytelser og høy konkurranse på tvers av landegrensene: Langvarig kontrahering gjør at virksomheter kan sikre stabile rammer for fremtiden, og dermed foreta investeringer og innrette driften med et langsiktig perspektiv for øye.⁹ Både teknologiske nyvinninger, markedsmessige reguleringer, geopolitiske beslutninger, knapphet på ulike varer og tjenester, politisk uro og generelle svingninger i den økonomiske konjunkturen utfordrer imidlertid bruken av langvarige kontrakter. Den klassiske kontraktsretten er i betydelig grad utviklet med utgangspunkt i kjøpsituasjonen, og regulerer dermed bare i begrenset omfang de problemstillinger som er sentrale for en vellykket gjennomføring av et langvarig kontraktsforhold, herunder bl.a. betydningen av endrede omstendigheter.¹⁰ Disse forholdene medfører at spørsmålet om reforhandlingsplikt i langvarige kontrakter kan antas å aktualiseres i større grad enn tidligere.

Fenomenet reforhandlingsplikt har tradisjonelt vært sparsommelig diskutert i juridisk litteratur, men er i de senere år blitt viet noe større oppmerksomhet gjennom den økende bruken av hardship-klausuler.¹¹ Spørsmålet om hvorvidt lojalitetsplikten kan danne grunnlag for en ulovfestet regel om reforhandlingsplikt har vært reist i litteraturen, men uten noen grundig behandling.¹² Dette skyldes nok at langvarige kontrakter mellom kommersielle parter i liten

⁷ Bruserud (2010) s. 19.

⁸ Se hhv. NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt pkt. 22 og artikkel 12-16 i Norsk totalkontrakt (NTK) 2015 / Norsk fabrikkasjonskontrakt (NF) 2015 som eksempler på slik regulering.

⁹ Hansen (2011) s. 443.

¹⁰ Hansen (2011) s. 444.

¹¹ Se bl.a. Meidell (2002) og Bruserud (2010).

¹² Nazarian (2007) s. 357, Meidell (2002) s. 501, Lehrberg (1999) s. 30 og Grönfors (1995) s. 62-64.

grad har blitt sett på som et selvstendig forskningsfelt, samtidig som kjerneproblemene normalt har blitt forbeholdt spesialdisiplinene.¹³

På den annen side har kontraktuell lojalitetsplikt blitt viet større fokus de siste 30 årene.¹⁴ Dette har sammenheng med at inngåelse av mer komplekse og langvarige kontrakter har medført et større behov for å supplere kontrakten med bakgrunnsrett og lojalitetsplikter.¹⁵ En naturlig konsekvens av dette er at lojalitetsplikten er et ofte påberopt rettsgrunnlag for kontraktrettslige forpliktelser som ikke klart fremgår av avtalen, og da gjerne under henvisning til at medkontrahenten ikke har gjort det som med rimelighet kan forventes av vedkommende under de konkrete omstendigheter.¹⁶ Mer fokus på de langvarige kontraktsforholdene og lojalitetsplikten som et mulig grunnlag for en reforhandlingsplikt, vil dermed bidra til å skape et bredere grunnlag for løsningen av det som må kunne sies å være allment forekommende tvister og tvister som i større grad kan tenkes å aktualiseres i fremtiden.

1.3 Grunnleggende om langvarige kontrakter

Langvarige kontrakter er ofte komplekse og bærer samtidig preg av å gjelde økonomisk omfattende transaksjoner. I tillegg er det karakteristisk at det etableres en nær tilknytning og kontakt mellom partene.¹⁷ Dette er naturlig all den tid en vellykket gjennomføring av avtalen ofte forutsetter intense forberedelser der forutgående samarbeid er viktig. Videre er selve oppfyllelsesfasen langvarig, og bidrar til det samme. En nærmere beskrivelse av de langvarige kontraktsforholdene kan gjøres ved å fordele dem etter måten de oppfylles på.

En første gruppe er de kontraktsforpliktelser der oppfyllelsen skjer *løpende* over en lengre periode. Her vil det kunne være tale om både kontraktsforpliktelser der man ved tidspunktet for avtaleinngåelsen har klare og identifiserbare risikofaktorer for gjennomføringen, men også kontraktsforpliktelser hvor det eksisterer en betydelig usikkerhet rundt de spesifikke vilkårene for oppfyllelsen.¹⁸ Eksempler på den førstnevnte typen kontraktsforpliktelser kan være langvarige leie- og transportavtaler, pengelån og andre finansielle ytelser, mens det for den sistnevnte typen kan være tale om tilgang til energiresurser, konsesjoner, lisenser og lignende. Poenget er at det for denne typen kontraktsforpliktelser er slik at avtalens gjennomføring skjer

¹³ Se Hansen (2011) som illustrerer dette gjennomgående.

¹⁴ Se f.eks. Simonsen (1997), Holm (2004), Munukka (2007) og Nazarian (2007).

¹⁵ Nazarian (2007) s. 154-155.

¹⁶ Nazarian (2007) s. 33.

¹⁷ Hansen (2011) s. 446.

¹⁸ Hansen (2011) s. 451-452.

løpende over en lengre periode – dvs. at kontraktsmessig oppfyllelse først skjer når ytelsene er prestert løpende gjennom hele kontraktsperioden. Særsilt for de kontraktsforpliktelse som oppfylles løpende er at vilkårene for avtalens gjennomføring er lett påvirkelig av endrede omstendigheter, og som kan føre til en irregulær økonomisk utvikling i kontraktsforholdet.

Den andre gruppen er de kontraktsforpliktelse som oppfylles *suksessivt* (litt etter litt) i en langvarig periode.¹⁹ Karakteristisk for denne typen avtaler er at det allerede på tidspunktet for avtaleinngåelsen, og ofte fordi ytelsene er svært spesialiserte og komplekse, finnes en stor grad av usikkerhet om det nærmere innholdet av de forpliktelse som partene påtar seg.²⁰ Denne typen avtaler omtales gjerne som tilvirkningsavtaler, og kan gjelde tilvirkning av bygninger, offshorekonstruksjoner, skip, luftfartøy, IT-systemer osv. Tilvirkningen skjer altså gradvis ved at materialer leveres og bygges inn suksessivt over en lengre periode, og der partene typisk håndterer risikoen for endrede omstendigheter gjennom ulike former for endringsklausuler eller opsjonssystemer.²¹

I tillegg kommer en tredje gruppe kontraktsforpliktelse der to eller flere parter samarbeider om å gjennomføre et felles oppdrag eller målsetting – såkalte *samarbeidsavtaler*.²² Langvarige samarbeidsavtaler kjennetegnes ved at partene, i tillegg til å ha et felles formål, i større grad deler den økonomiske risikoen og utøver felles styringsrett over prosjektet. Det kan gjelde ulike fabrikkasjons- eller tilvirkningsoppdrag og utviklingsarbeid. Andre eksempler er samarbeidsavtaler om petroleums- og annen råstoffutvikling, eller en pool-avtale der rederier samarbeider gjennom å stille skip, transportkapasitet eller kunnskap til deltakernes disposisjon, og der inntekten av samarbeidet fordeles mellom deltakerne. Særsilt for samarbeidsavtalene er at det gjelder strenge krav til lojalitet mellom partene.²³ Samarbeidsforholdet er dessuten ofte svært komplekst, og dermed utsatt for at endrede omstendigheter kan føre til at det oppstår en klar ubalanse som gir en deltaker fordeler på andre deltakeres kostnad.

¹⁹ Løpende oppfyllelse av en langvarig kontrakt kan også sies å skje suksessivt, men poenget for de suksessive typetilfellene, og slik betegnelsen anvendes her, er at dette er ytelse der det tar lang tid å fremskaffe selve kontraktsforpliktelsen. Hansen (2011) s. 446 benytter en tilsvarende inndeling.

²⁰ Hansen (2011) s. 453.

²¹ Kaasen (2005) s. 239.

²² Se Nordtveit (1995) s. 10 flg.

²³ Nordtveit (1995) s. 23.

1.4 Avgrensninger og fremstillingen videre

Behandlingen i det foregående har gjort rede for tematikken, behovet for å sette fokus på spørsmålet om reforhandlingsplikt med grunnlag i den alminnelige lojalitetsplikten og grunnleggende kjennetegn ved langvarige kontraktsforhold. Formålet med den videre fremstillingen er å se nærmere på relasjonen mellom langvarige kontrakter og den alminnelige lojalitetsplikten, herunder om lojalitetsplikten kan gi grunnlag for å oppstille en reforhandlingsplikt i kommersielle avtaleforhold. Forutsetningene er at det inntreffer endrede omstendigheter som forskyver balansen i et kontraktsforhold der virkningen av endringene ikke er regulert i avtalen. Selv om problemstillingen drøftes på et generelt grunnlag er det viktig å være klar over at det her må nyanseres mellom de langvarige kontraktsforholdene, og at problemstillingen antas å aktualiseres i større grad innenfor enkelte avtale typer. Dette gjelder særlig samarbeidsavtalene og de avtaler som gjelder løpende leveringer over en lengre periode.²⁴

Først kommenteres metodiske trekk som særpreger behandlingen av den valgte problemstillingen (kapittel 2). I kapittel 3 analyseres rettslige utgangspunkter og deres betydning for å supplere et eksisterende kontraktsforhold med en reforhandlingsplikt som ikke følger av avtalen. Videre skal det i kapittel 4 gjøres rede for ulike konfliktløsningsmekanismer ved inntreden av endrede omstendigheter – her skal det i hovedsak fokuseres på betydningen av avtaleloven § 36 og ulike former for reforhandlingssituasjoner. Oppgaven avgrenses mot en nærmere redegjørelse av ulike klausuler for håndtering av risiko da dette anses for å ligge utenfor kjernen av spørsmål om reforhandlingsplikt og lojalitet.

I kapittel 5 foretas en analyse av lojalitetsplikten som et mulig grunnlag for en reforhandlingsplikt i langvarige avtaler mellom kommersielle parter. Fokus vil være på domstolenes bruk av lojalitetsbasert argumentasjon for å supplere en avtale med konkrete lojalitetsplikter i oppfyllelsesfasen av et kontraktsforhold, samt hvilke omstendigheter ved de langvarige kontraktsforholdene som kan tenkes å skjerpe kravene til lojalitet. Avslutningsvis følger en sammenfatning i kapittel 6 som gjør rede for de viktigste funnene og den betydning lojalitetsplikten har for spørsmålet om reforhandlingsplikt. Som følge av plassmangel vil oppgaven ikke

²⁴ For de kontraktsforpliktelser som oppfylles suksessivt benyttes normalt standardavtaler der risikoen for endringer er regulert gjennom endringsklausuler eller opsjonssystemer. Disse tillegges betydelig rettskildeverdi ved tolkningen av kontrakter (se Østfold Energi-dommen, Rt-1998-1683, omtalt i pkt. 4.3), og spørsmålet om reforhandlingsplikt er ikke særlig aktuelt.

drøfte innholdet av en eventuell reforhandlingsplikt og mulige sanksjoner mot mislighold av en slik plikt.²⁵

²⁵ Se Meidell (2002) som belyser disse spørsmålene.

2 Rettskilder og metode

2.1 Oversikt

Det er gjort rede for at formålet med denne undersøkelsen er å klarlegge lojalitetsplikten innhold i langvarige, kommersielle avtaleforhold, og med fokus på om den gir grunnlag for å utlede en reforhandlingsplikt ved inntreden av endrede omstendigheter. Arbeidet baserer seg på tradisjonell juridisk metode. Det er imidlertid slik at problemstillingen befinner seg på området for den alminnelige kontraktsretten der svarene i stor grad må søkes løst i mer eller mindre ulovfestede regler, prinsipper og hensyn.²⁶ I det følgende skal det derfor gjøres rede for enkelte særtrekk som er karakteristisk for de kontraktsrettslige spørsmål som behandles her.

2.2 Avtaletolkning og utfylling med bakgrunnsretten

Den klare hovedregelen i norsk rett er at det, ved fastleggelsen av partenes rettigheter og forpliktelser etter en kontrakt, må foretas en tolkning av den aktuelle kontrakten.²⁷ Den tradisjonelle *tolkningslæren* er først og fremst utviklet gjennom langvarig rettspraksis, der utgangspunktet i kommersielle avtaleforhold er den objektive forståelse av kontraktens innhold.²⁸ Forutsetningen for denne masteroppgaven er nettopp at spørsmålet om reforhandlingsplikt ikke er regulert i avtalen, og konklusjonen skulle da tilsynelatende være at det ikke finnes grunnlag for å pålegge en part en plikt til å reforhandle avtalen i disse tilfellene.

Det er imidlertid ikke slik at tolkningen av kommersielle avtaler utelukkende bygger på en objektiv forståelse av kontraktens ordlyd. Der avtalen ikke peker ut et klart tolkningsalternativ, kan alle omstendigheter rundt avtalen ha relevans for spørsmålet om reforhandlingsplikt. Avtalens formål, lojalitetshensyn, praksis mellom partene i et tidligere og eksisterende avtaleforhold, etterfølgende opptreden og lignende, er eksempler på slike tolkningsmomenter.²⁹ I den grad det ikke kan oppstilles en reforhandlingsplikt på bakgrunn av den tradisjonelle tolkningslæren, kan det bli aktuelt å *utfylle* avtalen med bakgrunnsretten. Dette innebærer at

²⁶ Prinsipper skiller seg fra en ulovfestet regel ved at de har karakter av å være retningslinjer som, i motsetning til en ulovfestet regel, ikke angir et bestemt resultat. Se Graver (2006) for en nærmere redegjørelse av prinsippers betydning i norsk rett.

²⁷ Giertsen (2012) s. 105.

²⁸ Rt-1994-581 s. 587: ”Avtalen er en forretningsmessig avtale utformet av personer med stor profesjonell kompetanse i slike forhold. Det ville etter mitt syn åpne for tvil og uklarhet om man ved tolkningen av slike avtaler skulle fravike ordlyden ut fra mer eller mindre klare antagelser om formålet”.

²⁹ Giertsen (2012) s. 117-120.

domstolene ser hen til rettsregler – lovfestede eller ulovfestede – som gjelder for avtaletypen.³⁰ Som det skal illustreres gjennomgående i den videre behandlingen, spiller nettopp lojalitets-hensyn og den alminnelige lojalitetsplikten en viktig rolle som henholdsvis tolkningsmoment og grunnlag for å utfylle en avtale med konkrete plikter for partene.³¹

Grensen mellom tolkning og utfylling er særlig uskarp når utfyllende lov mangler, og de ulovfestede regler for avtaletypen er uklare.³² En konsekvens av den valgte problemstillingen, og som vil påvirke den metodiske behandlingen av den, er at vi befinner oss akkurat i grense-dragningen mellom tolkning og utfylling av et langvarig, kommersielt avtaleforhold. Hvorvidt det kan oppstilles en reforhandlingsplikt med grunnlag i den alminnelige lojalitetsplikten, er uklart etter norsk rett. Spørsmålet vil derfor drøftes med utgangspunkt i at domstolene enten kan utfylle avtalen med en regel som den selv oppstiller gjennom en tolkning av det konkrete avtaleforholdet ("konkret utfylling") eller at avtalen utfylles med en lov- eller ulovfestet rettsregel.³³

2.3 Forholdet til alminnelig kontraktsrett og rettskildesituasjonen

Særegent for problemstillingen er at den befinner seg i et spenningsområde i kontraktsretten. De langvarige avtalers behov for en fleksibel tilpasning av avtalen setter nemlig den alminnelige kontraktsretten under et visst press – kontraktsrettens regler er i betydelig grad tuftet på kjøpsavtalene der ytelsene er lett definerbare og man har en vid kontroll med vilkårene for gjennomføringen.³⁴ Der en kjøpsavtale som ikke fastsetter leveringstiden enkelt kan utfylles med kjøpsloven (13. mai 1988 nr. 27) § 9 om at selgeren må levere "innen rimelig tid" etter avtaleinngåelsen, er utgangspunktet normalt motsatt der en part lider tap som følge av endrede omstendigheter i et langvarig kontraktsforhold. Ved manglende regulering i avtalen er den rammede part overlatt til å påberope avtaleloven § 36, som per dags dato ikke har blitt anvendt som grunnlag for lempning av en avtale mellom kommersielle parter.³⁵

Som påpekt i innledningen er spørsmålet om reforhandlingsplikt med grunnlag i den alminnelige lojalitetsplikten lite behandlet i norsk rett. En mulig forklaring er at det i praksis er

³⁰ Giertsen (2012) s. 108.

³¹ Hov (2002) s. 168.

³² Giertsen (2012) s. 108.

³³ Giertsen (2012) s. 108.

³⁴ Hansen (2011) s. 449-450.

³⁵ Dette behandles i pkt. 4.3.

vanlig å avtale at tvister i tilknytning til langvarige kontrakter mellom kommersielle parter skal løses av voldgiftsdomstolen for lukkede dører.³⁶ Dårlig tilgang på avgjørelser fra domstolene har videre hatt betydning for den manglende behandlingen i juridisk litteratur. Den begrensede rettskildesituasjonen gjør at det blir særlig viktig å være seg bevisst på den metoden som anvendes når problemstillingen skal analyseres. Når behandlingen av et spørsmål går ut på å vurdere adgangen til å oppstille en regel på ulovfestet område, er det naturlig at første del av analysen forankres i grunnleggende avtalerettslige hensyn og prinsipper, samt tilgrensende bakgrunnsrett og rettspraksis.³⁷ Selv om det ikke finnes rettskilder som direkte gjelder en reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet, er ikke det ensbetydende med at ovennevnte rettskilder er uten betydning for problemstillingen. Tvert i mot vil en analyse av avtalerettslige hensyn og prinsipper samt tilgrensende bakgrunnsrett og rettspraksis danne sentrale grunnlag for løsningen av spørsmålet.³⁸

Den andre delen av analysen søker å klarlegge den alminnelige lojalitetsplikts innhold, herunder om lojalitetsplikten gir adgang til å utlede en reforhandlingsplikt i langvarige avtaler mellom kommersielle parter. Her vil det være særlig viktig å ta utgangspunkt i rettspraksis og teori som omhandler lojalitetsplikten mer generelt. Karakteristisk for lojalitetsplikten er imidlertid at den er dynamisk og relativ.³⁹ Dette innebærer at man må vise varsomhet vedrørende vektleggingen av tidligere rettspraksis – det er ikke nødvendigvis slik at de retts- og samfunnsoppfatninger som gjaldt på tidspunktet for domsavsigelse tilsier lignende løsninger i dag. Eldre rettspraksis vil likevel benyttes for å belyse momenter som er relevante for problemstillingen, og i den grad det er enighet om dette i nyere rettspraksis eller juridisk litteratur.

Analysene baserer seg naturligvis på norske rettskilder. I tillegg vil det også til en viss grad ses hen til kilder fra andre nasjonale jurisdiksjoner eller kilder av internasjonal karakter. Nordisk rettslikhet på kontraktsrettens område medfører at norske domstoler ser hen til svenske, danske eller finske rettskilder når innholdet av norsk rett skal klarlegges.⁴⁰ Bruk av internasjonale kilder kan rettferdiggjøres gjennom det faktum at langvarige avtaler i kommersielle forhold har et internasjonalt preg, samtidig som avtalene ofte inngås mellom parter som er hjemmehørende i ulike jurisdiksjoner. Det vil også være naturlig å anvende kilder med internasjonal karakter der norske rettskilder ikke gir en klar løsning av spørsmålet.⁴¹ Ved å benytte den regel som følger

³⁶ Nordtveit (1992) s. 58.

³⁷ Woxholth (2012) s. 41.

³⁸ Monsen (2012) s. 344 skisserer en lignende fremgangsmåte.

³⁹ Se pkt. 3.2.3.

⁴⁰ Giertsen (2012) s. 24.

⁴¹ Hagstrøm (2011) s. 67-70.

av internasjonale kilder og kilder fra andre nasjonale jurisdiksjoner, kan man i større grad bidra til å sikre rettslikhet på tvers av jurisdiksjonene.

3 Avtalerettslige grunnprinsipper og hensyn – en skranke for reforhandlingsplikt?

3.1 Formålet med kapitlet

Kontraktsrettens grunnprinsipper og hensyn står sentralt når innholdet av kontraktsforpliktelse skal fastlegges og analyseres.⁴² Hvorvidt det kan oppstilles en reforhandlingsplikt med grunnlag i den alminnelige lojalitetsplikten beror i første rekke på om avtalerettslige grunnprinsipper og hensyn åpner opp for en slik regel. Partene i en gjensidig bebyrdende kontrakt overdrar eller forplikter seg til å overdra en ytelse mot å få overdratt eller å få løfte om motytelse. For at dette skal kunne fungere, er det nærliggende å forutsette at grunnleggende prinsipper og hensyn ligger i bunnen som et kontraktsrettslig fundament. I det følgende skal det derfor først gjøres rede for tre fundamentale grunnprinsipper, og videre adgangen til å gjøre innskrenkninger i dem. Derneft fokuseres det på sentrale avtalerettslige hensyn som kan tenkes å komme i konflikt ved spørsmål om reforhandlingsplikt.

3.2 Tre fundamentale grunnprinsipper

3.2.1 Avtalefrihet

Prinsippet om *avtalefrihet* danner på mange måter grunnlaget for vårt kontraktsrettsinstitutt, og er samtidig et naturlig utgangspunkt for vurderingen av spørsmålet om lojalitetsplikten åpner for en reforhandlingsplikt. Avtalefrihet medfører at kontraktspartene står fritt til å enes om den løsning som passer best for dem. Prinsippet har både en positiv og negativ side.⁴³ Positivt innebærer avtalefriheten at man kan inngå avtale med hvem man vil, og videre at det er partene selv som bestemmer avtalens innhold. Negativt innebærer prinsippet at man har frihet til ikke å inngå avtale, og det er i teorien anført at det er særlig den negative siden som kommer på kant med en eventuell reforhandlingsplikt på bakgrunn av lojalitet i kontrakt.

Meidell gjør gjeldende som synspunkt at den negative siden av prinsippet om avtalefrihet også må innebære at man skal ha frihet til å la være å reforhandle.⁴⁴ Det kan imidlertid ikke være riktig at dette utelukker en reforhandlingsplikt på generelt grunnlag. Forutsetningen for at en reforhandlingsplikt overhode skal bli aktuelt er at det er tale om et eksisterende avtaleforhold

⁴² Haaskjold (2013) s. 28.

⁴³ Haaskjold (2013) s. 28.

⁴⁴ Meidell (2002) s. 501.

mellom partene. Prinsippet om avtalefrihet kan ikke sies å stå like sterkt i disse tilfellene. Her er det viktig å se avtalefriheten i sammenheng med andre grunnleggende prinsipper og hensyn i kontraktsretten. Som det vil fremgå av den videre fremstillingen, kan nettopp lojalitetsplikten gjøre innhugg i avtalefriheten der en kontrakt utfylles med en plikt som partene ikke har ment at noen av dem skulle pålegges. Avtalefriheten synes derfor ikke å stenge for at det kan oppstilles en reforhandlingsplikt selv om dette ikke fremgår av avtalen.

3.2.2 Avtalebundethet

Prinsippet om *avtalebundethet* innebærer at avtaler skal holdes slik de blir inngått. At avtaler skal holdes er en nødvendig forutsetning for omsetningslivet, og bygger på de grunnleggende hensynene til forutberegnelighet og tillit i kontraktsforhold.⁴⁵ Manglende ivaretagelse av dette prinsippet vil gjøre det vanskelig å benytte avtaler som økonomiske verktøy for fordeling av rettigheter og plikter. Man kan si det slik at avtalefriheten trekker opp de ytre rammene for hvilke avtaler som skal holdes, og når partene først velger å inngå en avtale, er det fordi denne skal regulere et bestemt forhold mellom partene på en rettslig bindende måte. Prinsippet om avtalebundethet vil dermed utgjøre en klar begrensning i adgangen til å utfylle en kontrakt med en plikt til å reforhandle avtalen med grunnlag i lojalitet.

At avtaler skal holdes gjelder også som et klart utgangspunkt i de tilfeller der etterfølgende inntreden av endrede omstendigheter medfører at det blir mer byrdefullt for en av partene å oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten.⁴⁶ I en del situasjoner vil det imidlertid kunne oppleves som svært urimelig å holde fast ved dette utgangspunktet. Særlig i de langvarige kontraktsforholdene gjør det seg gjeldende særegne hensyn som kan begrunne innskrenkninger i prinsippet om avtalebundethet. Manglende grunnlag i kontrakten som gjør det mulig å tilpasse rettigheter og plikter i forhold til de endrede omstendigheter medfører nemlig et sterkt justeringsbehov. Dersom det ikke finnes alternative grunnlag for tilpasning av kontrakten, vil det gjøre avtaletypen lite fleksibel og tilpasningsdyktig, og videre påvirke mulighetene for en vellykket gjennomføring av avtaleforholdet. Dette vil igjen kunne innebære at virksomheter vegrer seg for å inngå langvarige kontrakter, noe som vil være uheldig for omsetningslivet.

⁴⁵ Se pkt. 3.3.

⁴⁶ Se eksempelvis UNIDROIT artikkel 6.2.1: ”Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations (...)”.

Disse behovene har derfor begrunnet unntak i prinsippet om avtalebundethet, og eksempelvis bidratt til dannelsen av avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger.

Hvorvidt det er adgang til å pålegge en part å delta i reforhandlinger av en kontrakt med grunnlag i lojalitetsplikten, beror således på om lojalitetsplikten åpner for å gjøre unntak fra prinsippet om at avtaler skal holdes. Som et utgangspunkt vil man her kunne anføre at lojalitetsplikten, særlig når det gjelder spørsmål om den kan gi grunnlag for plikter utover det som klart følger av kontrakten, kommer på kant med prinsippet om avtalebundethet. Det å pålegge en part plikter ut fra mer eller mindre uklare lojalitetshensyn vil svekke hensynet til forutberegnelighet – et bærende hensyn bak prinsippet om at avtaler skal holdes, særlig når partene er profesjonelle.

Det er imidlertid hevdet i teorien at det skjer en *utvikling* fra at avtaler skal holdes slik de blir inngått, til en gradvis større vektlegging på at avtaler heller skal gjennomføres – men ikke alltid slik de blir inngått.⁴⁷ Avtaleloven § 36 og andre lov- eller ulovfestede regler som tilbyr fleksibilitet i et kontraktsforhold, kan begrunne et slikt standpunkt. Dette kan tas til inntekt for at prinsippet ikke står like sterkt i dag. Hva gjelder reforhandlingsplikten, har Grönfors bl.a. tatt til orde for at den tvert imot styrker prinsippet om at avtaler skal holdes.⁴⁸ Han gjør gjeldende at prinsippet ikke må tolkes dit hen at avtaler skal holdes ubetinget, men heller slik at de skal gjennomføres og fullføres etter sitt hovedsakelige innhold. Begrunnelsen for dette synspunktet er at dersom avtalens ordlyd alltid skal være avgjørende for dens gjennomføring, foreligger det ingen garanti for at avtalen fungerer effektivt.⁴⁹ Et slikt synspunkt har gode og rasjonelle poenger. En større grad av fleksibilitet til og justeringer i avtalens innhold gir bedre muligheter for at avtalen skal kunne gjennomføres etter sitt hovedsakelige innhold. Konsekvensen av manglende tilpasning i bakgrunnsretten, vil i stor grad medføre at avtaler som påvirkes av endrede omstendigheter mister sin effekt som et funksjonelt redskap for å nå partenes felles mål.

Grönfors gir videre uttrykk for at reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet kan oppstilles for de avtaletyper som karakteriseres ved en høy grad av samarbeid – nemlig langvarige avtaler.⁵⁰ Poenget er at det er avtalepartene som har de beste forutsetningene for å foreta justeringer av avtalen, og dette må anses som en mer hensiktsmessig løsning som bør forsøkes før tvisten tas

⁴⁷ Giertsen (2012) s. 8, Grönfors (1995) s. 93 og Nazarian (2007) s. 186 med videre henvisninger.

⁴⁸ Grönfors (1995) s. 62-64.

⁴⁹ Grönfors (1995) s. 93.

⁵⁰ Grönfors (1995) s. 62.

videre til domstolene. En slik plikt til å forsøke reforhandling av avtalen vil etter Grönfors sitt syn gi et signal om at risikoen for endrede omstendigheter fordeles mellom partene, og videre at det er partene selv som må være oppmerksomme på nødvendigheten av å sikre at avtalen gjennomføres med sitt hovedsakelige innhold. På denne måten vil reforhandlingsplikten få en stabiliserende effekt på avtalen.⁵¹ En slik fleksibel tilnærming til prinsippet om avtalebundethet bunner i et relasjonsorientert syn på kontraktsretten. Dette innebærer at en kontrakts effekt er basert på relasjon og tillit mellom partene – kontraktens vilkår er bare et implisitt utgangspunkt for partenes felles forståelse av avtalen og det konkrete kontraktsforholdet fastlegges ved samarbeid mellom partene.⁵² Synspunktet medfører at det bør være en temmelig vid adgang til å endre kontrakten underveis når partene har en felles oppfatning om avtalens hovedsakelige innhold og formål.

Det ovennevnte viser at det kan gjøres begrensninger i prinsippet om at avtaler skal holdes, samtidig som den sporede utviklingen kan tas til inntekt for at dette kan gjøres i større utstrekning enn tidligere. På den annen side skal det bemerkes at det må vises varsomhet med å pålegge en part plikter med grunnlag i lojalitet dersom dette vil svekke hensynet til forutberegnelighet i for stor grad.

3.2.3 Lojalitet i kontraktsforhold

Et tredje grunnleggende prinsipp i norsk kontraktsrett er *lojalitetsprinsippet*, som innebærer at kontraktspartene plikter å opptre lojalt overfor hverandre og ikke i urimelig grad undergrave den annen parts interesser i kontraktsforholdet.⁵³ Lojalitetsprinsippet må ses i sammenheng med de to ovennevnte prinsipper – når partene velger å inngå en juridisk bindende avtale om fordeling av rettigheter og forpliktelser over en lengre periode, kan det sies at de har vist tillit til hverandre, og denne tilliten må etterleves ved å opptre lojalt og i tilstrekkelig grad ivareta medkontrahentens interesser i kontraktens løpetid.

Prinsippet om lojalitet i kontrakt har lenge blitt ansett som et fundamentalt prinsipp i norsk kontraktsrett.⁵⁴ Karakteristisk for lojalitetsprinsippet er at den har utviklet seg gradvis gjennom langvarig rettspraksis på tvers av rettsområder, og den alminnelige lojalitetsplikten i kontrakts-

⁵¹ Grönfors (1995) s. 64.

⁵² Se Macneil (2001) for en gjennomgang av ”The relational theory of contract”.

⁵³ Se Nazarian (2007) der hun på s. 326-327 oppsummerer minstekravene for lojalitetsplikten.

⁵⁴ Se Nazarian (2007) s. 144 flg. om fremveksten av lojalitetsprinsippet i norsk rett.

forhold kan for sin del anses som en ulovfestet regel.⁵⁵ I kapittel 5 skal det foretas en nærmere analyse av hvilke kontraktsrettslige forpliktelser som kan utledes fra den alminnelige lojalitetsplikten, men først er det nødvendig å danne et bakteppe for den videre fremstillingen ved å gjøre rede for noen generelle grunntrekk ved lojalitetsprinsippet i norsk kontraktsrett.

Som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp kan lojalitetsplikten få betydning på ulike stadier i *rettsanvendelsen*. For det første kan lojalitetsplikten være et selvstendig rettsgrunnlag for å utlede konkrete rettigheter og plikter for partene – særlig gjelder dette der kontrakten er taus og den alminnelige tolkningslæren ikke gir et klart svar på spørsmålet.⁵⁶ I Tromsø Sparebankdommen, Rt-1984-28, kom Høyesterett til at en kausjonserklæring var ugyldig etter ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold, og benyttet således lojalitetsplikten som et selvstendig rettsgrunnlag for bankens opplysningsplikt overfor kausjonisten. For det annet kan lojalitetsplikten være et reelt hensyn som tillegges vekt ved tolkning av avtale- eller lovfestede forpliktelser eller ved fastleggelsen av innholdet i ulovfestede alminnelige prinsipper.⁵⁷ I hvilken grad det i de to ovennevnte tilfeller er tale om tolkning eller utfylling av avtalen er ikke avgjørende, og grensene er som tidligere nevnt særlig uskarpe der lovregulering av kontrakstypen ikke er utfyllende og de ulovfestede regler for avtaletypen er uklare. Det overordnede poenget er at lojalitetsplikten spiller en viktig rolle i rettsanvendelsen der domstolen, med utgangspunkt i spørsmålet om partene har opptrådt lojalt overfor hverandre, kan supplere et kontraktsforhold med konkrete forpliktelser for partene gjennom tolkning eller utfylling.

Det er ikke slik at man kan oppstille en uttømmende liste over alle de plikter som pålegges en part med grunnlag i den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Den nærmere konkretiseringen av lojalitetspliktens innhold må nettopp avgjøres ved å sammenholde lojalitetsplikten med kontraktstypen og de omstendigheter som gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet.⁵⁸ Lojalitetsplikten kan dermed sies å være relativ og dynamisk – med dette menes at de rettigheter og forpliktelser som utledes av lojalitetsplikten må avpasses for det enkelte tilfellet, og at kontraktuelle lojalitetsplikter er gjenstand for påvirkning gjennom endrede oppfatninger i den til en hver tids gjeldende retts- og samfunnsutvikling.

⁵⁵ Nordtveit (1992) s. 82.

⁵⁶ Dette gjelder både individuelt forhandlede kontrakter og standardkontrakter, jf. bl.a. Vestbydommen, Rt-2011-65, avsnitt 43: ”Jeg er ikke uenig at det også for avtaleforhold som reguleres av Norsk Standards ulike kontraktsbestemmelser, kan gjelde en ulovfestet lojalitetsplikt”.

⁵⁷ Christoffersen (2016) s. 154-155.

⁵⁸ Nordtveit (1992) s. 88.

Noen generelle fellestrekk mellom de forpliktelser som kan utledes av lojalitetsplikten på tvers av enkelttilfellene og avtaletypene lar seg likevel oppstille. Først og fremst må det trekkes et skille for lojalitet *før* og *etter* kontrakt. Prekontraktuell lojalitetsplikt innebærer at partene på forhandlingsstadiet har en plikt til å utvise en rimelig opptreden ved bl.a. å varsle medkontrahenten dersom det foreligger en risiko for at vedkommende ikke ønsker å forplikte seg.⁵⁹ Rettskildemessig forankres dette gjennom det faktum at kontraktsforhandlinger skaper en berettiget forventning for motparten om at vedkommende ønsker å binde seg.⁶⁰ På den annen side vil postkontraktuell lojalitet innebære at partene pålegges plikter om konfidensialitet, forbud mot konkurrerende virksomhet og lignende som skal gjelde etter kontraktsforholdets opphør.⁶¹

I *oppfyllelsesfasen* av et kontraktsforhold viser lojalitetsprinsippet seg først og fremst som et selvstendig grunnlag for forpliktelser i kontraktsforholdet.⁶² Disse forpliktelsene formuleres gjerne som et alminnelig krav til aktsom og lojal opptreden, og den innholdsmessige delen av dette prinsippet sammenfattes som en plikt for kontraktspartene til å ta rimelig hensyn til den annens interesser.⁶³ Den nærmere konkretiseringen av lojalitetsplikten i et løpende kontraktsforhold må utledes av det foreliggende rettskildematerialet, og her skal det bemerkes at lojalitet i kontrakt gjelder i to retninger – en kontraktspart må være lojal mot både kontrakten og medkontrahenten. Dette innebærer at partene må avstå fra å utføre en handling som kan påføre medkontrahenten negativ effekt, og samtidig sette i verk tiltak som kan avverge eller redusere omfanget av en negativ effekt for medkontrahenten.⁶⁴ I tillegg må partene i rimelig utstrekning foreta handlinger som fremmer medkontrahentens interesser.

3.2.4 Forholdet mellom avtalerettslige grunnprinsipper i dag

Som det er påpekt tidligere har kravene til lojalitet blitt tillagt økende betydning i de senere års rettspraksis.⁶⁵ Dette har flere årsaker, men blant de viktigste antas det faktum at bakgrunnsretten ikke i tilstrekkelig grad gir en heldekkende regulering for moderne kontrahering der kontraktene er svært komplekse og deres gjennomføring i stor grad påvirkes av en rekke

⁵⁹ Giertsen (2012) s. 70.

⁶⁰ Haaskjold (2013) s. 71-72.

⁶¹ Woxholth (2012) s. 272.

⁶² Lojalitetspliktens rolle i kontraktsforhold kommenteres nærmere i kapittel 5.

⁶³ Haaskjold (2013) s. 78.

⁶⁴ Nazarian (2007) s. 326.

⁶⁵ Se Høyesteretts uttalelse i Panfish-dommen, Rt-2005-268, avsnitt 55.

faktorer.⁶⁶ Lojalitetspliktenes økede betydning setter imidlertid kontraktsrettens øvrige grunnprinsipper under et visst press, og gjør det naturlig å stille spørsmål til hvordan forholdet mellom dem skal klarlegges.

Som gjennomgangen hittil i kapittel 3 har vist, synes det å være grunnlag for å påvise en tendens i retning av at de tradisjonelle avtalerettslige utgangspunktene om avtalefrihet og avtalebundethet må modifiseres. Fremveksten av lojalitetsplikten som et kontraktrettslig grunnprinsipp gjør nemlig betydelige inngrep i de tradisjonelle utgangspunktene ved at innholdet i avtalen suppleres med noe annet enn det som er partenes (virkelige eller uttrykte) vilje.⁶⁷ Den sporede utviklingen i synet på de kontraktsrettslige grunnprinsippene om avtalefrihet og avtalebundethet, viser derfor at disse prinsippene ikke stenger for at en part kan ilegges reforhandlingsplikt selv om dette ikke følger av avtalen. Betydningen av disse to prinsippene må imidlertid ikke undergraves, og må følgelig ha stor betydning for hvilke krav til lojalitet som må gjelde før det blir tale om å supplere avtalen med en reforhandlingsplikt.

3.3 Langvarige kontraktsforhold – hensynene til forutberegnelighet og fleksibilitet

På tilsvarende måte som de grunnleggende kontraktsrettslige prinsipper har stor betydning for adgangen til å oppstille en reforhandlingsplikt på bakgrunn av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold, er det også sentralt å foreta en analyse av de *avtalerettslige hensyn* som gjør seg gjeldende når det avtales forveksling av ytelser over en lengre periode. Ved klarleggingen av lojalitetspliktenes innhold står nemlig en vurdering av avtalerettslige hensyn sentralt.⁶⁸

Når to eller flere parter velger å regulere rettigheter og forpliktelser gjennom en langvarig avtale, skyldes dette ofte at slik kontrahering sikrer stabile produksjons- eller driftsvilkår over en lengre periode, samtidig som det skaper en fastlagt økonomisk ramme rundt deres virksomhet i den aktuelle perioden.⁶⁹ På denne måten kan partene innrette driften og foreta investeringer med et langsiktig perspektiv for øye. Bruk av langvarige avtaler kan også være nødvendige for å forsvare økonomisk omfattende investeringer. Når et operatørselskap foretar investeringer i milliardklassen for å kunne bore etter olje er det nødvendig at utvinnings-

⁶⁶ Munukka (2007) s. 507-508.

⁶⁷ Munukka (2007) s. 510.

⁶⁸ Denne interesseavveiningen kommenteres nærmere i pkt. 5.2.

⁶⁹ Hansen (2014) s. 14.

tillatelsen er langvarig. Dette viser at forutberegnelighet er et av de bærende hensynene bak de langvarige kontraktsforholdene.⁷⁰

Det er imidlertid også slik at de langvarige kontraktsforholdenes tidsmessige utstrekning medfører et behov for å kunne tilpasse avtalen endrede omstendigheter som ikke kunne forutsees på tidspunktet for avtaleinngåelsen. For at kontraktstypen skal kunne fungere som en hensiktsmessig måte å regulere rettigheter og plikter over en lengre periode, må det eksistere en tilstrekkelig grad av fleksibilitet for å sikre tilpasning til endringer som påvirker avtaleforholdet. Flexibilitet blir dermed det andre bærende hensynet bak denne avtaleformen.⁷¹

Hensynene til forutberegnelighet og fleksibilitet er ikke nødvendigvis fullt ut *motstridende* – det er ingen automatikk i at en streng opprettholdelse av avtalens ordlyd medfører en tilstrekkelig grad av forutberegnelighet i et langvarig kontraktsforhold. Sett i lys av at de langvarige avtalene også medfører et behov for å imøtekomme fremtidige endringer, kan det argumenteres for at en tilstrekkelig grad av forutberegnelighet ivaretas gjennom en fleksibel tilnærming til eller justering av avtalens innhold under dens eksistens.⁷² En slik tilnærming til spørsmålet om forholdet mellom de to hensynene, kan relateres til den sporede utviklingen fra prinsippet om at avtaler skal holdes, til en gradvis større vektlegging på at avtalen heller skal gjennomføres etter sitt hovedsakelige formål. I motsatt tilfelle, kan en streng gjennomføring av avtalens ordlyd ved inntreden av endrede omstendigheter som har en særlig negativ innvirkning på kontrakten, føre til at den rammede part etter hvert kommer i mislighold. En slik praktisering kan undergrave det faktum at langvarige kontrakter er funksjonelle redskaper som skal sikre at avtalens målsetting gjennomføres, og vil samtidig svekke de bærende hensynene bak avtale-typen.

I forlengelsen av dette kan det stilles spørsmål om den alminnelige lojalitetsplikten, som nettopp er et uttrykk for fleksibilitet i et kontraktsforhold, bidrar til å fremme forutberegnelighet i tilfeller der kontrakten ikke regulerer en problemstilling. Vi kan se for oss en situasjon der endrede omstendigheter medfører at kontraktsbalansen forskyves betraktelig. Det å supplere kontrakten med en reforhandlingsplikt på bakgrunn av lojalitet, kan sies å skape forutberegnelighet for den rammede part fordi vedkommende forventer at avtaleforholdet skal utvikle seg slik det vil gjøre med lojal oppreden – herunder at medkontrahenten skal gjøre et

⁷⁰ Hansen (2011) s. 449.

⁷¹ Hansen (2011) s. 449.

⁷² Hansen (2011) s. 450.

forsøk på å reforhandle avtalen. Den alminnelige lojalitetsplikten vil også fremme forutberegnelighet i et langvarig kontraktsforhold ettersom en slik reforhandlingsplikt i større grad bidrar til at hovedmålsettingen med kontraktsforpliktelsen kan gjennomføres for den resterende avtaleperioden. All den tid partene allerede har valgt å inngå en langvarig avtale med hverandre, synes det heller ikke å være særlig problematisk å supplere avtalen med en reforhandlingsplikt som skal bidra til at avtalens formål gjennomføres i best mulig grad. I tillegg til det ovennevnte, vil det å oppstille konkrete lojalitetsplikter på ulovfestet område, skape forutberegnelighet på den måten at partene da kan undersøke hvilke forpliktelser som gjelder innenfor de ulike avtaleforholdene. På et generelt grunnlag synes dermed lojalitetsplikter, herunder gjennom en reforhandlingsplikt, å gi god forutberegnelighet for kommersielle parter i et langvarig kontraktsforhold.⁷³

⁷³ I samme retning: Nazarian (2007) s. 188 og Christoffersen (2016) s. 181-182.

4 Konfliktløsningsmekanismer ved inntreden av endrede omstendigheter

4.1 Innledning

For å kunne foreta en analyse av om lojalitetsplikten i langvarige, kommersielle avtaleforhold åpner for å oppstille en reforhandlingsplikt, er det nødvendig å ha oversikten over de tilgrensende alternativer en part har for å tilpasse avtalen til endrede omstendigheter som har en negativ påvirkning på kontrakten. Fremstillingen i det følgende vil derfor se nærmere på om dagens konfliktløsningsmekanismer i tilstrekkelig grad ivaretar det justeringsbehov som oppstår ved bruk av langvarige kontrakter. Mer konkret er spørsmålet om det er adgang til å danne en ulovfestet regel om reforhandlingsplikt med dels overlappende anvendelsesområde som dagens konflikthåndteringsregler, og om den i så tilfelle utgjør et nyttig verktøy i rettsanvendelsesprosessen om å klarlegge rettsvirkningene av endrede omstendigheter.

I dette kapittelet behandles typetilfellene for reforhandlingssituasjoner og videre avtaleloven § 36 som grunnlag for tilsidesettelse av en avtale eller endring av de kontraktsvilkår som har forrykket kontraktsbalansen. Felles for disse konfliktløsningsmekanismene er at de tilbyr en større grad av fleksibilitet og muliggjør andre rettsvirkninger enn for eksempel adgangen til å kreve bortfall av en naturaloppfyllelse eller bortfall av en eventuell erstatningsplikt, slik som eksempelvis kjl. §§ 23 (1) og 70 (2) samt skadeserstatningsloven (13. juni 1969 nr. 26) § 5-2. Poenget er at denne typen beføyelser i stor grad terminerer det eksisterende avtaleforholdet – en rettsvirkning som ikke er spesielt ønskelig der en virksomhet har planlagt sin drift i et langsiktig perspektiv. Ved å kreve reforhandling eller endring av avtalen etter avtaleloven § 36 vil partene i stedet kunne gjennomføre avtalen etter sitt hovedsakelige innhold.

4.2 Reforhandlinger

4.2.1 Oversikt over typetilfellene

Felles for de fleste tilfeller der det oppstår spørsmål om reforhandling og reforhandlingsplikt, er at det normalt er tale om langvarige kontraktsforhold der endrede omstendigheter har hatt en særlig innvirkning på en eller flere parters forpliktelser etter kontrakten. I et overordnet perspektiv skisserer Ristvedt *reforhandlingssituasjonene* inn i tre ulike typetilfeller.⁷⁴ Den

⁷⁴ Ristvedt (2012) s. 215.

første situasjonen gjelder forsøk på justering av en eksisterende avtale, men uten at det er juridisk grunnlag for det i kontrakten. Slik reforhandling er i praksis den vanligste, og gjennomføres frivillig av partene.⁷⁵ Den andre situasjonen er forhandlinger ved utløpet av en kontrakt, og der begge parter ønsker å fortsette avtaleforholdet på endrede betingelser. Hvorvidt dette er å anse som en egen reforhandlingssituasjon eller om det er en mer ordinær forhandlings-situasjon, er en smakssak, og man kan i følge Ristvedt i hovedsak forholde seg til forhandlings-læren.⁷⁶ Den tredje situasjonen er reforhandlinger der avtalen, enten på nedskrevne tidspunkter, eller på grunn av omstendigheter nevnt i avtalen, legger til grunn at partene har en plikt til å reforhandle hele eller deler av avtalen. En slik kontraktsregulert plikt til reforhandling omtales ofte som en hardship-klausul, og disse behandles nærmere i neste punkt. I tillegg kan det altså stilles spørsmål til om det finnes en fjerde reforhandlingssituasjon der særlig strenge krav til lojalitet mellom partene medfører at en part kan ilegges en plikt til å reforhandle avtalen.

4.2.2 Hardship-klausuler og deres relasjon til den alminnelige lojalitetsplikten

Hardship-klausulene er en type kontraktsregulering der partene forsøker å håndtere konsekvenser av endrede omstendigheter som virker inn på partenes interesser i kontraktsforholdet.⁷⁷ Disse klausulene har normalt to karakteristiske kjennetegn.⁷⁸ For det første definerer de hva som er å anse som tilstrekkelig ”hardship” – dvs. hvilke omstendigheter som aktualiserer anvendelse av klausulen. For det andre fastsetter disse klausulene at partene i et eksisterende kontraktsforhold kan ha en rett eller plikt til å reforhandle avtalen dersom det foreligger et relevant ”hardship”.

I lys av det ovennevnte kan en hardship-klausul beskrives som ”en avtale om å avtale” – med dette menes at klausulen er bygget opp slik at partene skal reforhandle avtalen dersom de endrede omstendigheter som beskrives i klausulen inntreffer.⁷⁹ Det er selvsagt viktig at slike reforhandlingsklausuler utformes med en klar ordlyd for hvilke omstendigheter den skal gjelde for. Meidell peker på at skjønnsmessige kriterier gir grunnlag for destruktive og omfattende diskusjoner om en reforhandlingsplikt i det hele tatt har inntruffet, og at dette vanskeliggjør

⁷⁵ Ristvedt (2012) s. 215.

⁷⁶ Høyesterett har i Vinagentur-dommen, Rt-1998-946 s. 958, lagt til grunn at det avgjørende etter forhandlingslæren er om det finnes enighet om de ”vesentlige punkter” i den nye avtalen.

⁷⁷ Bruserud (2010) s. 21.

⁷⁸ Bjelke (2012) s. 474.

⁷⁹ Sund-Norrgård (2013) s. 324.

formålet med reforhandlingsplikten.⁸⁰ I tillegg kan det være vanskelig å gi en klar definisjon på hva en reforhandlingsplikt innebærer i det konkrete tilfellet. Hovedregelen må imidlertid være at partenes plikter under reforhandlingsprosedyren ikke representerer en plikt til å bli enige om et revidert avtaleutkast.⁸¹ Dette er naturlig fordi en enighetsplikt vil utgjøre et betydelig innhugg i de kontraktsrettslige grunnprinsipper nevnt under pkt. 3.2. Det må likevel være slik at partene yter en viss innsats for å få til en justering av avtalen. En reforhandlingsplikt har som formål å gjenopprette balanse i kontraktsforholdet, og den som et reforhandlingskrav fremsettes overfor plikter dermed å ivareta den annen parts interesser i rimelig grad. Dette forutsetter en viss grad av samarbeid mellom partene, og det er derfor nærliggende å se hen til den alminnelige lojalitetsplikten for å konkretisere reforhandlingspliktens nærmere innhold.⁸² Tilsvarende følger av UNIDROIT og PECL.⁸³

Avtalebestemt reforhandlingsplikt har altså en særlig side mot den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Det faktum at hardship-klausulene i stor grad bygger på lojalitet mellom partene, gjør det naturlig å vurdere hvorvidt det kan statueres en reforhandlingsplikt på ulovfestet område for enkelte avtaletyper. I den grad det gjør seg gjeldende særegne hensyn som tilsier en ytterligere grad av lojalitet mellom partene, kan det tenkes at slike strenge krav til lojalitet nettopp innebærer en plikt til å gjøre et forsøk på å reforhandle avtalen når endrede omstendigheter medfører en sterk forrykkelse av den opprinnelige kontraktsbalansen.

4.3 Formuerettens alminnelige lempningsregel – lojalitetsplikter som rammer videre?

4.3.1 Generelt om avtaleloven § 36

Den rammede part som ønsker en langvarig kontrakt reforhandlet må, i mangel av både kontraktrettslig grunnlag og villighet fra medkontrahenten, normalt påberope formuerettens alminnelige lempningsregel i avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger som begge er aktuelle rettsgrunnlag for endring eller tilsidesettelse av kontrakter. Det faktum at en eventuell reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet tar sikte på avhjelpe den rammede part i lignende situasjoner, gjør det naturlig å foreta en analyse av disse grunnlagene. Avtaleloven §

⁸⁰ Meidell (2002) s. 502.

⁸¹ Bruserud (2010) s. 291.

⁸² I samme retning: Meidell (2002) s. 404, Bruserud (2010) s. 294-296 og Grönfors (1995) s. 39.

⁸³ UNIDROIT artikkel 1.7 og PECL artikkel 1:201.

36 konsumerer imidlertid langt på vei læren om bristende forutsetninger på et generelt grunnlag, og fremstillingen avgrenses derfor mot forutsetningslæren.⁸⁴

Avtaleloven § 36 åpner for å sette til side eller endre en avtale dersom det vil ”virke urimelig” å gjøre den gjeldende. Hvorvidt det vil være ”urimelig” å gjøre avtalen gjeldende, må etter Periscopus-dommen, Rt-1990-500 s. 511, bero på en konkret vurdering av alle sider ved avtaleforholdet – slik det var ved avtaleinngåelsen og slik det senere kan ha utviklet seg. Kontraksrettens grunnregel er at avtaler skal holdes slik de blir inngått, og det kan således sies at det ved vurderingen etter avtaleloven § 36 ligger en implisitt avveining av hensynet til forutberegnelighet på den ene side og hensynet til fleksibilitet på den annen.⁸⁵

Det er særlig spørsmålet om avtalen har blitt urimelig på grunn av endrede omstendigheter som preger anvendelsen avtaleloven § 36 i dag. Hovedtyngden av rettspraksis innenfor dette området gjelder tvister mellom profesjonelle parter – en partskonstellasjon som ikke var ment å være kjerneområdet til bestemmelsen.⁸⁶ Av den grunn er terskelen for urimelighet i kommersielle avtaleforhold meget høy, jf. bl.a. Smestad-dommen (Rt-2012-1537).⁸⁷ I forarbeidene heter det at et vilkår må være ”positivt urimelig” for at det skal kunne lempes – noe som underbygger den svært høye terskelen for anvendelse.⁸⁸ Krav om lempning mellom profesjonelle parter i saker for Høyesterett har derfor p.t. (mai 2018) ikke ført frem. Samlet sett viser dette at avtaleloven § 36 aldri har hatt, og kan heller ikke antas å få nevneverdig betydning som hjemmel for endring av kommersielle avtaler.⁸⁹ Det faktum at avtaleloven § 36 ikke er et effektivt hjelpemiddel for fleksibilitet i et kommersielt kontraktsforhold, gjør det naturlig å stille spørsmålet om det kan tenkes å gjelde lojalitetskrav og prinsipper som fører til andre løsninger.

4.3.2 Forholdet til hardship-klausulene

Sammenhengen mellom hardship-klausulene og formuerettens alminnelige lempningsregel gjør det naturlig å kort kommentere forholdet mellom dem. Det faktum at partene har inntatt en

⁸⁴ Spørsmålet er gjenstand for diskusjon, men se Hagstrøm (1994) s. 168 og Oslo Vei-dommen, Rt-2010-1345 avsnitt 61, som konkluderer tilsvarende.

⁸⁵ I samme retning: Bruserud (2010) s. 133 og Meidell (2002) s. 506.

⁸⁶ NOU 1979:32 s. 39.

⁸⁷ Dommen avsnitt 46: ”Terskelen for lemping er høy – det er de helt klare urimeligheter som rammes. For avtaler mellom næringsdrivende kreves spesielt mye. Jeg viser til Rt-2003-1132 avsnitt 46, hvor førstvoterende bruker karakteristikken ”kvalifisert urimelig” for å angi grensen”.

⁸⁸ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 30.

⁸⁹ Ristvedt (2012) s. 212.

hardship-klausul i avtalen vil nettopp kunne få stor betydning for urimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36. I Østfold Energi-dommen, Rt-1998-1683, hadde et kraftforsyningsselskap forpliktet seg til å levere kraft til et elverk over en 30 år lang periode. Vedtakelsen av Energiloven av 1990 førte imidlertid til at kontrakten kom i ubalanse, og i henhold til en reforhandlingsklausul ble det iverksatt reforhandlinger. Kraftforsyningsselskapet krevde et avtaleutkast lagt til grunn som en ny avtale mellom partene, men Høyesterett avviste kravet.⁹⁰ Når det gjaldt spørsmålet om avtaleloven § 36 kunne anvendes, uttalte Høyesterett på side 1697:

”Jeg bemerker først at det etter mitt syn ikke er grunnlag for å anvende avtaleloven § 36 ved en eventuell revisjon i retning av den prinsipale påstand. Bedømmes elverkskontrakten som helhet, må en også ta i betraktning at denne inneholder en revisjonsklausul i § 10 som gir partene et redskap til å råde bot på slik urimelighet som § 36 skal rette opp. På denne bakgrunn finner jeg at det i spørsmål om revisjon av elverkskontrakten må bygges på kontraktens egen revisjonsklausul”.

Østfold Energi-dommen illustrerer sentrale problemer ved bruk av hardship-klausuler i kontraktsforhold. For at disse skal kunne gi en fleksibel tilnærming til fremtiden, er det viktig at de utformes presist slik at vilkårene for og virkningene av reforhandlingene er klart definerte. De fleste standardiserte hardship-klausuler er imidlertid nokså vage med sterkt skjønnsmessige kriterier for når reforhandlingsplikten utløses, og dette medfører en risiko for at klausulene gir grunnlag for usikkerhet i behandlingen for domstolene.⁹¹ I tillegg kommer at bruk av hardship-klausulene nærmest utelukker lempning etter avtaleloven § 36 som allerede i utgangspunktet stiller en høy terskel for anvendelse.

Poenget er at det for enkelte kontraktsforhold kan tenkes bedre løsninger for å ivareta hensynene til både fleksibilitet og forutberegnelighet enn det som følger av hardship-klausulene og avtaleloven § 36. En reforhandlingsplikt med grunnlag i den alminnelige lojalitetsplikten vil i større grad understreke at risikoen for endrede omstendigheter må fordeles mellom partene, og videre at det er i partenes interesse at kontraktsforholdet justeres for å gjennomføre hovedmålsettingen med avtalen. Det skal dessuten bemerkes at partene i større grad er bedre egnet til å foreta justeringer i et eksisterende avtaleforhold enn domstolen.⁹² Samlet sett kan

⁹⁰ Dommen s. 1699.

⁹¹ Meidell (2002) s. 502 og 508.

⁹² Grönfors (1995) s. 62.

dette tas til inntekt for at en reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet fremstår som et mer attraktivt alternativ enn et juridisk slagsmål for domstolene.⁹³

4.3.3 Forholdet til lojalitetsplikten

Selv om avtaleloven § 36 i hovedsak beror på en vurdering av urimelighet, skal det bemerkes at bestemmelsen anses som et utslag av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.⁹⁴ Dette innebærer at det i enkelte tilfeller kan være aktuelt å benytte både lojalitet i kontrakt og avtaleloven § 36 ved inntreden av endrede omstendigheter, eksempelvis der den illojale atferden har ledet til et urimelig resultat. På den annen side fremstår dette som mindre aktuelt for kommersielle avtaleforhold der terskelen for anvendelse av bestemmelsen er svært høy.

Det faktum at avtaleloven § 36 er et utslag av det ulovfestede kravet til lojalitet, medfører at det fremstår som nærliggende å tenke at lojalitetsplikten i enkelte tilfeller kan ramme situasjoner utover det som følger av den lovfestede lempningsregelen. En slik tankegang har også støtte i Tromsø Sparebank-dommen som gjaldt spørsmålet om informasjonsplikt ved avtaleinngåelse. Høyesterett slo her fast at en kausjonserklæring var ugyldig etter avtaleloven § 33, og

*”(...) iallfall vil den rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold”.*⁹⁵

Høyesterett gir altså uttrykk for at avtaleloven § 33, som er et lovfestet uttrykk for den alminnelige lojalitetsplikten på tilsvarende måte som § 36, hadde et snevrere anvendelsesområde enn det ulovfestede kravet til lojalitet i kontrakt. Denne argumentasjonslinjen tilsier at selv om avtaleloven § 36 i svært liten grad gir grunnlag for endring av avtaler mellom kommersielle parter, kan det tenkes situasjoner der lojalitetsplikten rammer videre og dermed gir grunnlag for å oppstille en plikt til å reforhandle avtalen.⁹⁶ En mulig innvending mot å oppstille en reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet, er at det vil være mer lojalt overfor lovgiver å anvende avtaleloven § 36 ved inntreden av endrede omstendigheter. Et slikt synspunkt må imidlertid anvendes med varsomhet ettersom avtaleloven ikke gir noen heldekkende regulering for de langvarige kontraktsforholdene, og derfor tradisjonelt har vært supplert med ulovfestede rettsregler og prinsipper.⁹⁷

⁹³ Grönfors (1995) s. 62.

⁹⁴ Skoghøy (1996) s. 108.

⁹⁵ Dommen s. 34.

⁹⁶ I samme retning: Christoffersen (2016) s. 153, Nordtveit (1992) s. 82 og Nazarian (2007) s. 70.

⁹⁷ Christoffersen (2016) s. 179.

En ulovfestet reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet i kontrakt vil søke å regulere konsekvensene av endrede omstendigheters innvirkning på kontraktsforholdet, og må derfor anses for å ha dels samme virkeområde som avtaleloven § 36.⁹⁸ Det er imidlertid nærliggende å anta at vilkårene for anvendelse av en reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet vil være mindre strenge enn vilkårene for å lempe en avtale etter den alminnelige formuerettslige lempningsregelen.⁹⁹ Dette er naturlig all den tid en reforhandlingsplikt er en mindre inngripende rettsvirkning enn lempning etter § 36. Samlet sett viser dette at reforhandlingsplikten er et nyttig verktøy i prosessen med å klarlegge rettsvirkningene av endrede omstendigheter på et område der bakgrunnsretten og kontraktspraksis tilbyr lite fleksible metoder. Reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet fremstår dermed som et godt alternativ for konflikthåndtering mellom partene.

⁹⁸ Meidell (2002) s. 506.

⁹⁹ I samme retning: Bruserud (2010) s. 439.

5 Den alminnelige lojalitetsplikten – grunnlag for en reforhandlingsplikt?

5.1 Innledning

Ved fastleggelsen av kontraktuelle forpliktelser er det helt sentralt å foreta en tolkning av avtalen.¹⁰⁰ Selv om langvarige kontrakter i kommersielle avtaleforhold ofte er svært omfattende med uttømmende regulering av rettsforholdet mellom partene, vil det i mange tilfeller være aktuelt å løse spørsmålene på annet grunnlag. Et viktig spørsmål i så henseende, og i forlengelsen av det som er nevnt om lojalitetsplikten rolle i rettsanvendelsen under pkt. 3.2.3, er i hvilken grad det er adgang til å vektlegge at det eksisterer en alminnelig lojalitetsplikt mellom partene som kan gi grunnlag for tolkning og utfylling av kontrakten.

I det følgende skal det foretas en analyse av hvor langt lojalitetsplikten strekker seg i langvarige, kommersielle avtaleforhold, og da med det siktemålet å avdekke om og i så fall når det på grunnlag av lojalitetsplikten kan oppstilles en reforhandlingsplikt. Ved gjennomføringen av en slik analyse er det først og fremst viktig å se på domstolenes anvendelse av lojalitetsplikten som grunnlag for ulike forpliktelser i et løpende kontraktsforhold. For å kunne svare best mulig på en problemstilling som er uklar i norsk rett, er det avgjørende at analysen tar utgangspunkt i domstolenes argumentasjonslinje i saker om lojalitetsplikt, og videre se om disse kan åpne for å oppstille en reforhandlingsplikt.

5.2 Kommersielle avtaleforhold – nyansering av det tradisjonelle utgangspunktet

5.2.1 Det tradisjonelle utgangspunktet

Ved tolkning eller utfylling av kontrakter i kommersielle avtaleforhold har det tradisjonelt vært ansett som rimelig og naturlig at en kontraktspart selv skal ivareta egne interesser, og på den måte at det er rom for å utnytte fordeler som kan være til ulempe for medkontrahenten. De fleste kommersielle kontrakter inngås for egen vinning, og Høyesterett har i Bodum-dommen, Rt-2002-1110, lagt til grunn at det da er forventet av hver part bærer risikoen for egne forutsetninger selv om disse er klare nok for motparten.¹⁰¹

¹⁰⁰ Jf. pkt. 2.2.

¹⁰¹ Dommen s. 1118.

Med dette som utgangspunkt har den klare hovedregel i norsk kontraktsrett vært at kommersielle avtaler skal tolkes objektivt etter sin ordlyd, og således slik at det i liten grad har vært adgang til å supplere avtalen med konkrete forpliktelser med grunnlag i lojalitet, jf. eksempelvis Hansa-dommen (Rt-2002-1155).¹⁰² Det er imidlertid også slik at det gjelder en alminnelig plikt til å opptre lojalt i kontraktsforhold, og det kan derfor tenkes å eksistere plikter utover det som er skriftlig avtalt mellom to profesjonelle parter.

5.2.2 Nyere tids utvikling på lojalitetspliktens område

Lojalitetsplikten har nemlig gjennomgått en utvikling de siste tiårene hva angår betydningen for kommersielle avtaleforhold, og det tradisjonelle utgangspunktet må derfor *nyanseres* noe. Denne utviklingen kan tenkes å ha stor betydning for adgangen til å oppstille plikter utover det som tradisjonelt har vært å anse som lojalitetsplikter, herunder for spørsmålet om reforhandlingsplikt. Munukka gir en treffende beskrivelse når han definerer plikten til å opptre lojalt i kommersielle avtaleforhold som

”(...) en skyldighet att beakta motpartens intressen men vilken tillåter befrämjandet av egna intressen och inte kräver att motpartens intressen sätts framför de egna.”¹⁰³

Denne definisjonen gir mening når man sammenholder det tradisjonelle utgangspunktet med den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. På generelt grunnlag innebærer dette at kommersielle parter plikter å ta hensyn til medkontrahentens interesser, selv om partene bærer risikoen for egne forutsetninger. Samtidig må det altså settes grenser for hvor langt lojalitetsplikten kan strekkes ettersom man selvsagt også skal kunne ivareta hensynet til egne interesser. Panfish-dommen kan tas til inntekt for et slikt syn på lojalitetspliktens innhold. Det sentrale spørsmålet for Høyesterett var om et fiskeoppdrettsanlegg hadde forpliktet seg til å foreta løpende leveringer av fisk til et slakteri over en avtalt periode på 7 år, eller om leveringene kunne opphøre uten å komme i mislighold. Høyesterett innledet med å hen vise til Hansa-dommen og utgangspunktet om at avtaler mellom kommersielle parter skal tolkes objektivt, og konkluderte med at avtalens ordlyd ikke ga holdepunkter for løpende leveringer av et konkret volum i avtalens løpetid.¹⁰⁴ Videre ble det vist til at avtalens utforming trakk i retning av at

¹⁰² Dommen s. 1159 flg.

¹⁰³ Munukka (2007) s. 406.

¹⁰⁴ Dommen avsnitt 43-46.

partene hadde forutsatt produksjon og leveranse til slakt av laks i hele avtaleperioden.¹⁰⁵ Etter å ha lagt til grunn at det var forskjeller mellom foreliggende sak og en lignende dom fra 1973 der resultatet talte i favør av fiskeoppdrettsanlegget, uttalte Høyesterett (avsnitt 55):

”I senere avgjørelser har dessuten hensynet til partenes gjensidige lojalitet i kontraktsforhold blitt tillagt økende vekt, jf. bl.a. Rt-1988-1078 på side 1084. Jeg viser også til Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2003, side 73.”

Høyesterett konkluderte med at fiskeoppdrettsanlegget var forpliktet til å levere fisk til slakteriet i hele avtaleperioden, selv om det ikke var konkrete holdepunkter for et slikt standpunkt i avtalen. Fiskeoppdrettsanlegget hadde bl.a. fremhevet at avtalen hadde en meget lang varighet, og at den gjaldt en næring hvor det har vært store svingninger. Det tradisjonelle utgangspunktet skulle dermed ha vært at avtalen må tolkes etter sin ordlyd, og at partene bærer risikoen for egne forutsetninger. Avtalen ble likevel utfylt med nye forpliktelser under henvisning til lojalitetsplikten og partenes forutsetninger. Dommen er interessant ettersom det tradisjonelle utgangspunktet ble utfordret, og illustrerer samtidig den utvikling som har funnet sted ved domstolenes anvendelse av lojalitetshensyn når innholdet i kommersielle avtaler skal fastlegges. Interessant er også det faktum at det ikke var tale om å utfylle avtalen med tradisjonelle lojalitetsplikter som eksempelvis tilfellet var med opplysningsplikten i Tromsø Sparebank-dommen, men en mer ”tyngende” forpliktelse til å levere fisk til slakteriet i hele avtaleperioden.

Høyesteretts argumentasjon viser altså at det er adgang til å benytte lojalitetshensyn i større grad enn tidligere ved tolkningen av kommersielle avtaler, og videre at lojalitetsplikten kan gi grunnlag for å utfylle avtalen med andre plikter enn det som tradisjonelt har vært ansett som kjerneområdet for den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Dette finner også støtte i nyere rettspraksis.¹⁰⁶ Å oppstille en reforhandlingsplikt på bakgrunn av lojalitet i kontrakt vil som tidligere nevnt ikke innebære noen enighetsplikt for partene, og kan således anses for å være en mindre inngripende forpliktelse enn det som var tilfellet i Panfish-dommen. Dette kan tas til inntekt for at lojalitetsplikten åpner for å pålegge en part i et kontraktsforhold en plikt til å reforhandle avtalen.

¹⁰⁵ Dommen avsnitt 53.

¹⁰⁶ Skanska-dommen, Rt-2010-961 avsnitt 44: ”Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål den skal ivareta, og andre reelle hensyn”.

5.2.3 Nærmere om vurderingstemaet for å pålegge partene lojalitetsplikter

Spørsmålet er videre hva som er det sentrale vurderingstemaet når domstolene tar stilling til om avtalen kan utfylles med lojalitetsplikter utover det som følger av kontrakten. I den grad lojalitetsplikten faktisk åpner for en reforhandlingsplikt, blir det avgjørende å først klarlegge for hvilke tilfeller en slik plikt kan tenkes å få gjennomslag.

Lojalitet mellom kommersielle parter innebærer som nevnt en plikt til å ivareta medkontrahentens interesser, samtidig som man også skal kunne ivareta hensynet til egne interesser. Det kan dermed sies at innholdet i lojalitetsplikten beror på en overordnet interesseavveining der det avgjørende er om den rammede part har *beskyttelsesverdige forventninger* som veier tyngre enn lojalitetssubjektets – den det er spørsmål om å pålegge en plikt med grunnlag i lojalitet i kontrakt – interesser i å foreta eller avstå fra den aktuelle handlingen.¹⁰⁷ Høyesterett var inne på en tilsvarende interesseavveining i Skipsgaranti-dommen, Rt-1988-1078, hvor lojalitetsplikten ble påberopt som grunnlag for lempning av en avtale på grunn av endrede omstendigheter. En selvskyldnerkausjonist fikk ikke medhold i spørsmålet om kausjonsansvaret hadde bortfalt fordi kreditor angivelig hadde krenket sin aktsomhetsplikt overfor kausjonisten grunnet manglende informasjonsgivning om kausjonsforholdets utvikling. Etter å ha redegjort for kreditors plikt til aktsom og lojal oppreden, begrunnet Høyesterett resultatet med at kausjonisten selv kunne ivareta egne interesser:

*”Men det må (...) også stilles krav til kausjonisten. Han må kunne utvise aktsomhet og vil, etter forholdene, kunne måtte opptre aktivt for å ivareta sine interesser. Kravene til kreditors oppreden må nettopp ses i lys av hva det er rimelig å forvente av kausjonisten”.*¹⁰⁸

Premissene viser at domstolene i stor grad foretar en interesseavveining når innholdet av lojalitetsplikten skal konkretiseres. Sett hen til spørsmålet om lojalitetsplikten kan åpne for en reforhandlingsplikt, vil det følgelig få stor betydning om den rammede part på egenhånd kan overkomme de negative konsekvensene av den irregulære utviklingen i kontraktsforholdet. Der den rammede part enkelt kan ivareta egne interesser, fremstår det som lite aktuelt å pålegge medkontrahenten en plikt til å reforhandle avtalen med grunnlag i lojalitet. Det er først når vedkommende ikke (lenger) kan foreta rimelige avhjelpstiltak at det blir aktuelt å ilegge medkontrahenten en plikt til å reforhandle avtalen på bakgrunn av beskyttelsesverdige

¹⁰⁷ Nazarian (2007) s. 326.

¹⁰⁸ Dommen s. 1084.

forventninger. Nazarian påpeker at den beskyttelsesverdige forventningen bl.a. beror på partenes egenskaper, tilknytningen mellom partene, graden av samarbeid og tillit, samt atferdens skadepotensial.¹⁰⁹ Dette viser at en reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet fremstår som svært aktuelt i de tilfeller der endrede omstendigheter medfører at kontraktsbalansen forskyves så betraktelig at motparten risikerer å komme i mislighold dersom det ikke foretas justeringer i kontrakten. I slike situasjoner vil den rammede part ha en beskyttelsesverdige forventning om at medkontrahenten bidrar til å sørge for at avtalen kan etterleves. Som Nazarian legger til grunn, vil det ved spørsmålet om det kan oppstilles en reforhandlingsplikt, også ha stor betydning i hvilken grad konkrete omstendigheter ved avtaleforholdet medfører at det foreligger særlig strenge krav til lojalitet mellom partene.¹¹⁰

5.3 Ulike former for lojalitetsplikter i et løpende kontraktsforhold

Det følger av Skipsgaranti-dommen at kravene til aktsom og lojal oppførsel i et kontraktsforhold gjelder så lenge forpliktelsene består.¹¹¹ På tilsvarende måte som fiskeoppdrettsanlegget i Panfish-dommen ble ilagt en leveringsplikt i hele avtaleforholdet, vil en reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet også være en type forpliktelse som ilegges parten i oppfyllelsesfasen av et kontraktsforhold. Dette nødvendiggjør en ytterligere analyse av domstolenes anvendelse av lojalitetsplikter i et løpende kontraktsforhold, og videre om disse kan gi grunnlag for å oppstille en plikt til å reforhandle avtalen.

I tillegg til de tradisjonelle lojalitetsplikter om varsling, reklamasjon, konfidensialitet o.l., kan det i rettspraksis nettopp spores mer konkrete plikter som karakteriseres av at partene i stor grad skal jobbe for en *lojal gjennomføring av kontraktsforpliktelsene*.¹¹² Hovedformålet med en reforhandlingsplikt i tilfelle av endrede omstendigheter er nettopp at partene møter sammen for å sikre at målsettingen med kontrakten gjennomføres. En reforhandlingsplikt kan derfor anses for å være en forpliktelse som bidrar til at kontraheringen mellom partene skal tilpasses den irregulære utviklingen, og således slik at kontrakten kan fullføres etter sitt hovedsakelige innhold. At lojalitetsplikten kan innebære en forpliktelse til å bidra til at samarbeidet mellom partene blir vellykket, finner støtte i Panfish-dommen hvor domstolene supplerte avtalen med en plikt til å levere i hele avtaleperiode på bakgrunn av partenes felles forutsetninger og den

¹⁰⁹ Nazarian (2007) s. 327.

¹¹⁰ Lojalitetsskjerpene faktorer kommenteres i pkt. 5.4.

¹¹¹ Dommen s. 1084.

¹¹² Christoffersen (2016) s. 166-167.

lojalitet som medfulgte. Dette gjelder altså særlig for de langvarige og mer komplekse avtaler ettersom partene har vanskeligheter med å regulere risikoen for fremtidige endringer. Høyesterett har i disse tilfellene vist til lojalitetsplikten for å fastlegge innholdet av partenes rettigheter og forpliktelser etter avtalen. I Rt-1982-1294, der spørsmålet var om et erstatningskrav skulle løses på bakgrunn av norsk eller tysk rett, ble lojalitetshensyn anvendt ved vurderingen av lovvalgsspørsmålet:

”Ved etableringen av eneforhandlerforhold, og ved de langsiktige forhandlerforhold ellers, skapes det en situasjon som stiller krav om vedvarende aktivt og lojalt samarbeid med sikte på at salget skal utvikle seg til begge parter fordel.”¹¹³

Høyesterett gjør bruk av lojalitetshensyn for å benytte lovgivningen der forhandleren er hjemmehørende og som vedkommende derfor har kunnskap om, og på den måten bidra til at samarbeidet blir vellykket. Tilsvarende argumenter gjør seg gjeldende ved inntreden av endrede omstendigheter som leder til ubalanse i kontraktsforholdet og økt oppfyllelsesbyrde. Her vil den rammede part ha behov for at medkontrahenten bidrar til en lojal oppfyllelse av forpliktelsene i kontrakten, eksempelvis ved at det reforhandles om en betalingsutsettelse som gjør at vedkommende kan fortsette kontraktsmessig oppfyllelse.

I tillegg til at partene skal sørge for en lojal oppfyllelse av forpliktelsene i en kontrakt, finnes det også eksempler i rettspraksis som viser at domstolene ilegger partene en plikt til å sørge for en *lojal gjennomføring av avtalen*.¹¹⁴ I LB-2015-68254 hadde partene inngått et samarbeid om å realisere et datasenterprosjekt, og det oppstod spørsmål om en av partene hadde misligholdt avtalen ved å ikke forhandle om forbehold i en avtale som skulle inngås med en tredjepart. Lagmannsretten kom til at vedkommende part hadde en plikt til å forhandle om forbeholdene, og begrunnet dette med en plikt til å sørge for en lojal oppfyllelse av formålet med samarbeidsavtalen:

”Som tidligere påpekt, var aksjonæravtalens eneste formål å inngå Evry-avtalen. Etter lagmannsrettens oppfatning måtte derfor partene i aksjonæravtalen opptre lojalt og aktsomt med henblikk på å oppnå avtalen.”¹¹⁵

Dette viser at domstolene i stor grad anvender lojalitetsplikten til å sørge for at partene skal jobbe for å bidra til at avtalen gjennomføres. Høyesterett har benyttet lignende argumentasjon

¹¹³ Dommen s. 1298.

¹¹⁴ Christoffersen (2016) s. 165-166.

¹¹⁵ Se lagmannsrettens drøftelse av saksøkernes subsidiære anførsel om mislighold.

i saker om forbehold, og der konklusjonen ofte er at den som har tatt forbehold må opptre lojalt ved å sikre at eksempelvis nødvendige konsesjoner eller samtykke innhentes slik at avtalen kan gjennomføres.¹¹⁶ Denne argumentasjonslinjen vil ha tilsvarende betydning for spørsmålet om reforhandlingsplikt. Særlig når det gjelder de tilfeller der partene har valgt langvarig kontrahering, vil ikke partene ha samme behov for å definere rettigheter og forpliktelser som det eksempelvis vil være i mer kortvarige og mindre omfattende avtaler. Her vil det faktum at partene har valgt å inngå forveksling av ytelser over en lengre periode, medføre at partene har en særskilt plikt til å sørge for en lojal oppfyllelse av avtalen som helhet og kontraktsforpliktelsene derunder. Denne utviklingen viser at det kan utledes mer konkrete forpliktelser (enn de tradisjonelle lojalitetspliktene) som bidrar til å fremme en lojal gjennomføring av hovedformålet med avtalen. Domstolenes bruk av den alminnelige lojalitetsplikten i oppfyllelsesfasen av et kontraktsforhold i nyere rettspraksis, synes dermed å gi grobunn for at det kan utledes en reforhandlingsplikt.

5.4 Lojalitetsskjerpende faktorer og deres betydning for en reforhandlingsplikt

5.4.1 Oversikt

Det følger av redegjørelsen foran at domstolene benytter lojalitetshensyn som en supplerende tolkningsfaktor for å utfylle avtalen med konkrete forpliktelser som ikke er klart nedskrevet i kontrakten. Gjennomgangen hittil har vist at lojalitetshensyn sjelden benyttes alene for å oppstille konkrete lojalitetsplikter, og at lojalitet gjerne inngår som et moment innenfor en bredere tolkningsvurdering av kontraktsforholdet mellom partene. I den grad det blir spørsmål om å oppstille en reforhandlingsplikt på bakgrunn av lojalitet, er det nærliggende å anta at også andre momenter vil ha en sentral betydning for vurderingen. Det kan bare unntaksvis bli tale om å oppstille en reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet mellom partene alene. I det følgende skal det derfor gjøres rede for hvilke momenter som stiller skjerpede krav til lojalitet, og som kan tenkes å ha stor betydning for adgangen til å pålegge en part plikt til å reforhandle avtalen.

¹¹⁶ Se Rt-1973-887 og Rt-2004-1256.

5.4.2 Den generelle betydningen av at kontrakten er langvarig

En konsekvens av at det er vanskelig for partene i et langvarig kontraktsforhold å regulere risikoen for alle fremtidige spørsmål, er at partene i større grad må sikre felles innsats mot en fleksibel tilnærming til endringer, og dermed bidra til at mulige konflikter holdes på et minimum. All den tid partene har vanskeligheter med å regulere spørsmålene i kontrakten, desto viktigere blir det å supplere avtalen med lojalitetsplikter for å overkomme eventuelle hindringer som oppstår i kontraktens løpetid.¹¹⁷

Det er således slik at det tradisjonelt er stilt strengere krav til lojalitet mellom parter i kontrakter av langvarig karakter enn i kontrakter av kortere varighet.¹¹⁸ Dette fremstår som naturlig, og kan begrunnes i den overordnede vurderingen av partenes beskyttelsesverdige forventninger. Poenget er at partene i langvarige kontraktsforhold har større grunn til å forvente en viss opptreden av medkontrahenten enn det som er tilfelle ved en kortvarig og mindre kompleks avtale. Det er derfor mer aktuelt å oppstille en reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet for de kontraktsforhold som inneholder en særskilt plikt for partene til å opptre lojalt.

5.4.3 Tilknytningen mellom partene

I forlengelsen av det som er nevnt under forrige punkt, er det nærliggende å se nærmere på graden av tilknytningen mellom partene som et mulig moment for skjerpet lojalitet. Det er rimelig og naturlig å forvente at det i et kontraktsforhold mellom parter med nær tilknytning eksisterer skjerpede krav til lojalitet – en slik nær tilknytning medfører at partene i større grad har en beskyttelsesverdig forventning om en viss handlemåte, og kravene til lojalitet kan sies å vokse i takt med tilknytningen mellom partene.¹¹⁹

En nær tilknytning mellom partene kan for det første tenkes å oppstå som følge av kontraktsforholdets *varighet*. Jo lenger en kontrakt er ment å eksistere, dess større grad av tilknytning oppstår det mellom partene – her vil partene bygge opp forventninger om at medkontrahenten vil opptre lojalt. Den tillit partene har vist hverandre ved å inngå en langvarig kontrakt, vil fortsette å øke utover i et velfungerende avtaleforhold og dermed øker også forventningene om en lojal gjennomføring av kontrakten.¹²⁰ For det andre kan en nær

¹¹⁷ Nordtveit (1992) s. 83-84.

¹¹⁸ Nordtveit (1992) s. 86.

¹¹⁹ Nazarian (2007) s. 300.

¹²⁰ Nazarian (2007) s. 303.

tilknytning mellom partene skyldes tidligere *forretningsforbindelser*. Dette må kunne sies å være særlig aktuelt for en del av de langvarige kontraktsforholdene da slik tillit (til å inngå en langvarig avtale) ofte skapes gjennom tidligere kontrahering og kontakt mellom partene. Høyesteretts avgjørelse i Ulvesund-dommen, HR-2017-2375, gir uttrykk for at tidligere forretningsforbindelse mellom partene nettopp har betydning som et moment for skjerpet lojalitet. Saken gjaldt personlig erstatningsansvar for en daglig leder i et skipsverft som følge av tap Ulvesund hadde lidt på grunn av mangelfull informasjon om sviktende økonomi i skipsverftet. Høyesterett kom til at daglig leder var erstatningsansvarlig grunnet manglende overholdelse av kontraktsrettslig varslingsplikt:

”Rekkevidden av den kontraktsrettslige lojalitetsplikten i løpende kontraktsforhold vil i høy grad bero på kontraktstypen og forholdene ellers. (...) I saken her ligger det iallfall slik an at Ulvesund hadde grunn til å forvente varsel. Det er snakk om større tilvirkningskontrakter med en viss varighet, partene hadde samarbeidet om andre prosjekter (...).”¹²¹

Ulvesund og skipsverftet hadde samarbeidet om andre prosjekter siden 1990-tallet, og denne tidligere forretningsforbindelsen synes å danne grunnlag for at Ulvesund hadde en beskyttelsesverdig forventning om å motta informasjon om skipsverftets sviktende økonomi. Lojalitets hensyn var her et viktig element på bakgrunn av den langvarige forbindelsen mellom partene, og Høyesterett viser at dette skjerper kravene til lojalitet.¹²²

Dersom det i et langvarig kontraktsforhold inntreffer endrede omstendigheter som forskyver kontraktsbalansen betraktelig, kan det derfor tenkes at tilknytningen mellom partene tilsier at medkontrahenten bør pålegges en plikt til å reforhandle avtalen med grunnlag i lojalitet. Når kontraheringen mellom partene fører til en nær tilknytning, vil den rammede part i større grad få beskyttelsesverdige forventninger om at medkontrahenten forsøker å bidra til at avtalen kan etterleves.

¹²¹ Dommen avsnitt 35.

¹²² Tilsvarende i Rt-1997-199 s. 223: ”Næringsdrivende som står i et kontraktsforhold til hverandre, eller har gjort det, eller forhandler om å gjøre det, må vise større hensyn (...). Den som er blitt vist tillit, får en særlig plikt til å vise hensyn.”

5.4.4 Graden av samarbeid

Felles for alle kontrakter er at partene har et samordnet mål om at kontrakten skal gjennomføres. Det å oppnå en slik målsetting fordrer en viss grad av samarbeid – f.eks. levering mot betaling. Det som imidlertid skiller langvarige avtaler fra kortvarige, typisk ordinære kjøpsituasjoner, er at samarbeidet mellom partene er mer fremtredende og i større grad en forutsetning for å kunne oppnå hovedmålsettingen med avtalen. Det blir dermed viktig å se nærmere på graden av samarbeidet mellom partene og dets betydning for kravet til lojalitet. Her er det grunn til å skille mellom kontrakter med samarbeidselementer og rene samarbeidskontrakter.

Høyesterett har i flere avgjørelser lagt til grunn at kontraktsforhold som inneholder *samarbeidselementer* er grunnlag for å skjerpe lojalitetsplikten. Falconbridge-dommen, Rt-1935-122, er et eksempel på at graden av samarbeid mellom partene tillegges betydning for lojalitet. To samarbeidende nikkelverk, Falconbridge og Raffineringsverket, inngikk avtale om salg av nikkel til Russland. Raffineringsverket manglet nikkel, og det ble avtalt at Falconbridge solgte nikkel til Raffineringsverket som derfra solgte videre til Russland. Endrede omstendigheter medførte imidlertid at prisen på nikkel steg, og således slik at Raffineringsverket kunne selge videre til Russland med en langt høyere fortjeneste enn det som var forutsatt gjennom avtalen med Falconbridge. Falconbridge fikk medhold i sitt krav og ble ikke ansett som erstatningsansvarlig ved å gå fra avtalen med Raffineringsverket:

”Jeg maa anta at naar markedet av helt uforutseede og utenforliggende grunner undergikk en saadan omveltning, at Raffineringsverket kunde opnaa en pris svarende til 235 GBP pr. tonn, var det helt i strid med god forretningsskikk og med tillitsforhold mellem partene at ville gjøre bestemmelsen om de GBP 150 gjeldende. Jeg skjønner ikke rettere enn at man derigjennem vilde borteliminere det som er hele kontraktsforholdets hovedgrunnlag: plikten for Raffineringsverket til i Russland-forretningene at handle paa begge parters vegne og til felles fordel og interesse.”¹²³

Høyesteretts argumentasjon viser at samarbeidet mellom partene har særlig betydning for lojalitetsplikten mellom partene, og at det kan tillegges vekt ved bedømmelsen av dramatiske endringers virkning for et kontraktsforhold. Tilsvarende begrunnelse ved inntreden av endrede omstendigheter ble benyttet av voldgiftsretten i Vedbolag-dommen (Rt-1951-371).¹²⁴ Felles for disse avgjørelsene er at domstolene i betydelig grad vektlegger samarbeidet mellom partene.

¹²³ Dommen s. 127.

¹²⁴ Se voldgiftsrettens vurderinger i dommen s. 381 siste avsnitt flg.

Selv om lojalitetsplikt ikke nevnes eksplisitt av domstolen, er det ikke tvilsomt at begrunnelsene bygger på lojalitetshensyn.¹²⁵ Dette må nok ses i sammenheng med at lojalitetsprinsippet ikke var like utbredt på tidspunktet for domsavsigelse.

Interessant er det imidlertid også at dommene kan anses som et implisitt uttrykk for at partene i fellesskap må bære risikoen for at uforutsette endringer har en særlig negativ innvirkning på kontrakten for en av dem. Som det er nevnt under pkt. 3.2.2, er dette en av hovedgrunnene til at Grönfors vil oppstille en reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet. Dersom det foreligger en nær tilknytning og samarbeid mellom partene, vil en reforhandlingsplikt virke stabiliserende på avtaleforholdet ved at partene i større grad må benytte samarbeidet for å overkomme virkningen av de endrede omstendighetene. At domstolene synes å forutsette at samarbeidselementer taler for at virkningen av endrede omstendigheter må fordeles mellom partene i fellesskap, kan tas til inntekt for at det i disse tilfellene er adgang til å oppstille en reforhandlingsplikt med grunnlag i lojalitet.

I tillegg til at en del av de langvarige kontraktene inneholder spor av samarbeidselementer mellom partene som stiller strenge krav til lojalitet, kan langvarige kontraktsforhold også innrettes slik at partene mer konkret samarbeider om å gjennomføre en felles målsetting eller et prosjekt (*samarbeidsavtaler*).¹²⁶ Karakteristisk for avtaler som særpreges av at partene samarbeider om å gjennomføre en felles målsetting, er at kravene til lojalitet øker. I Haughomdommen, Rt-1995-1460, var det spørsmål om salg av aksjer i Temco Engineering var ugyldig på grunn av at Haughom (selger) ikke hadde opplyst om et forhold av betydning for kjøperen, Offshore Technology Consultants (OTC). Haughom og OTC hadde i forkant av aksjesalget inngått en lisensavtale om samarbeid vedrørende et boretårnkonsept og en rørhåndteringsrobot. Før salget av aksjene hadde Haughom søkt om patent på en stålkonstruksjon for boretårn, og OTC ble ikke opplyst om dette forholdet ved erverv av aksjene i Temco. Høyesterett kom til at aksjesalget var ugyldig, og begrunnet dette med at samarbeidet mellom partene tilsa en skjerpet plikt om lojal opptreden:

*”Utgangspunktet er at det må stilles krav om aktsom og lojal opptreden fra Haughoms side overfor OTC. (...) Ved den nærmere vurdering av Haughoms opplysningsplikt må legges vesentlig vekt på samarbeidet mellom partene.”*¹²⁷

¹²⁵ I samme retning: Giertsen (2012) s. 250.

¹²⁶ Se redegjørelsen av samarbeidskontrakter i pkt. 1.3.

¹²⁷ Dommen s. 1469.

Høyesterett gir her klart uttrykk for at kravene til lojalitet skjerpes i samarbeidsforhold. I disse avtaleforholdene bidrar begge parter med arbeid og engasjement, og sluttresultatet er i stor grad avhengig av at partenes samarbeid, i tillegg til de individuelle forpliktelser, lykkes. At det stilles skjerpede krav til lojalitet mellom partene er naturlig fordi partene i større grad har beskyttelsesverdige forventninger om en viss handlemåte fra medkontrahenten ettersom partene her har gjort seg avhengige av hverandres ytelser. Nazarian begrunner den skjerpede lojalitetsplikten bl.a. med at plikten er å anse som en biforpliktelse som springer ut av samarbeidet.¹²⁸

I den grad uforutsette endringer medfører at den ene parts forpliktelser blir mer tyngende, er det nærliggende å anse samarbeidsavtalen som et tungtveiende moment for at vedkommende kan kreve at avtalen skal reforhandles. Først og fremst fordi den rammede part kan sies å ha tungtveiende interesser i at avtalen bør reforhandles, men også fordi Høyesterett har lagt til grunn at det i slike avtaler er større grunn til å fordele risikoen for endrede omstendigheter på begge partene i kontraktsforholdet.

5.5 Oppsummering

Det som er behandlet i kapittel 5 viser at domstolene i større grad enn tidligere ser hen til den alminnelige lojalitetsplikten for å supplere et avtaleforhold mellom profesjonelle parter med konkrete forpliktelser som ikke kan forankres direkte i avtalens ordlyd. Fremstillingen har måttet begrense seg til et lite utvalg av rettspraksis som illustrerer de sentrale hovedtrekkene ved lojalitetspliktens rolle i kontraktsforhold og momenter for skjerpede krav til lojalitet. Det skal imidlertid bemerkes at det på tvers av både problemstillinger og rettsområder kan spores en klar tendens i retning av at domstolene anvender lojalitetshensyn i sin argumentasjon.¹²⁹ Denne tendensen kan forklares ved at inngåelse av mer komplekse og langvarige avtaler medfører et mer fremtredende behov for både en fleksibel tilnærming mot fremtiden, men også å supplere avtaleforholdet med lojalitetsplikter og andre regler for å håndtere betydningen av endrede omstendigheter. I utviklingens medfør synes det derfor ikke tvilsomt at den alminnelige lojalitetsplikten *kan* gi grunnlag for å statuere en reforhandlingsplikt der endrede omstendigheter har en negativ innvirkning på kontrakten for en av partene.

¹²⁸ Nazarian (2007) s. 307.

¹²⁹ Se Christoffersen (2016) som belyser lojalitetspliktens utvikling i nyere rettspraksis.

6 Sammenfatning og avsluttende refleksjoner

6.1 Behovet for en reforhandlingsplikt

Formålet med denne undersøkelsen har vært å vurdere i hvilken grad det er adgang til å pålegge en part en plikt til å reforhandle en langvarig avtale med grunnlag i den alminnelige lojalitetsplikten. Fremstillingen har vist at bruken av langvarige kontrakter setter den alminnelige kontraktsretten under *press*. Denne form for avtaler avviker fra den tradisjonelle kjøpsavtalen som den alminnelige kontraktsretten i betydelig grad er tuftet på. Der alminnelige kontraktsrettsregler er utviklet gjennom analogier fra spredt lovgivning og rettspraksis, kjennetegnes de langvarige kontraktsforholdene ved at rettsreglene i stor grad utvikles gjennom svært kompliserte og spesialiserte avtaler.¹³⁰ I tillegg løses normalt eventuelle tvister for lukkede dører, og det finnes svært få avgjørelser fra domstolene som adresserer spørsmålet om betydningen av endrede omstendigheter. Dette vanskeliggjør vurderingen av endrede omstendigheters virkning for et kontraktsforhold, og har samtidig medført at domstolene må se hen til andre regler og retningslinjer når spørsmålet først kommer opp til behandling.

Der partene ikke har regulert risikoen for endrede omstendigheter, har det tradisjonelle utgangspunktet i kommersielle avtaleforhold derfor vært at avtaler skal holdes.¹³¹ Det er imidlertid *særegne hensyn* som gjør seg gjeldende ved de langvarige kontraktsforholdene, og som gjør det naturlig å spørre om det tradisjonelle utgangspunktet også gjelder for denne avtaletypen. Når to parter velger å inngå en avtale om forveksling av ytelser over en lengre periode, er dette normalt fordi slik kontrahering skaper forutberegnelighet og stabilitet i kontraktsperioden. Det tidsmessige aspektet ved disse avtalene medfører på den annen side et behov for en fleksibel tilnærming til fremtiden. Hensynene til forutberegnelighet og fleksibilitet står dermed i et spenningsforhold når inntreden av endrede omstendigheter medfører at kontraktsbalansen forrykkes.

Det ble poengtert i kapittel 3 at det ikke alltid er slik at en streng gjennomføring av avtalens ordlyd fremmer forutberegnelighet. Å opprettholde en avtale etter sin ordlyd der endrede omstendigheter har ledet til en svært ulønnsom forpliktelse for en av partene, kan lede til mislighold, og i verste fall konkurs. En slik gjennomføring av avtaleforholdet er lite heldig der partene har innrettet sin virksomhet og drift i et langsiktig perspektiv, og kan således anses for

¹³⁰ Hansen (2011) s. 476.

¹³¹ Se pkt. 5.2.

å svekke hensynet til forutberegnelighet for begge parters vedkommende. I tillegg kommer at alternativene til endring av kontraktsforpliktelsene ikke fremstår som særlig attraktive. Kontraktsmessig oppfyllelse, til tross for at den ene parten gjennomfører med tap, vil kunne føre til at vedkommende aldri mer inngår avtale med den aktuelle medkontrahenten – en virkning som undergraver det sentrale formålet ved bruk av avtaler.¹³² For en del tilfeller synes det heller ikke å være særlig ønskelig å trekke seg fra kontrakten all den tid vedkommende ønsket å binde seg for en lengre periode.

Samlet sett fremstår det som hensiktsmessig å supplere et langvarig kontraktsforhold med en viss grad av fleksibilitet for å overkomme virkningene av endrede omstendigheter. Karakteristisk er imidlertid at bakgrunnsretten tilbyr få egnede verktøy for å ivareta hensynet til fleksibilitet i et langvarig kontraktsforhold mellom kommersielle aktører. Analysen av avtaleloven § 36 viser at bestemmelsen har svært liten betydning som mulig grunnlag for å endre en avtale mellom profesjonelle parter.¹³³ Det å supplere langvarige kontrakter med en plikt til å reforhandle avtalen ved inntreden av endrede omstendigheter fremstår derfor som attraktivt for en del tilfeller. En slik reforhandlingsplikt vil bidra til at kontraktene i større grad kan gjennomføres, samtidig som dette vil kunne føre til raskere, billigere, mindre konfliktorientert og mer forutberegnelige løsninger enn det som antas å være tilfelle ved en eventuell justering foretatt av domstolene.¹³⁴

6.2 Den alminnelige lojalitetsplikten og fremtidig rettsutvikling

Som det følger av redegjørelsen foran, kan det for de langvarige kontraktsforholdene sies å foreligge et utstrakt behov for å supplere avtalen med en reforhandlingsplikt. Analysen i kapittel 5 har vist at en del av de langvarige kontraktsforholdene bærer et betydelig preg av forventninger om og krav til lojalitet, noe som vil kunne innebære et mulig *rettsgrunnlag* for en slik regel.

I hvilken grad det lar seg gjøre å oppstille en reforhandlingsplikt med grunnlag i den alminnelige lojalitetsplikten, beror i første rekke på hvorvidt det er adgang til å gjøre *innskrenkninger* i de grunnleggende prinsippene om avtalefrihet og avtalebundethet. I stedet for å akseptere at kontraktens innhold utelukkende regulerer rettsforholdet mellom partene,

¹³² Woxolth (2006) s. 62.

¹³³ Se pkt. 4.3.

¹³⁴ Woxolth (2006) s. 62 og Grönfors (1995) s. 64.

synes domstolene til stadighet å trekke inn lojalitetshensyn for å tolke eller utfylle avtaler med konkrete forpliktelser.¹³⁵ Utstrakt bruk av lojalitetsplikter er en av grunnene til at det nettopp finnes en klar tendens i retning av å modifisere det tradisjonelle utgangspunktet om at avtaler skal holdes slik de blir inngått, til gradvis større vektlegging på at avtalen heller skal gjennomføres etter sitt hovedsakelige innhold. Det å supplere kontrakter med en plikt til å reforhandle avtalen synes heller ikke å være problematisk for avtalefriheten all den tid dette prinsippet ikke kan sies å stå like sterkt når man allerede har inngått et kontraktsforhold av langvarig karakter.¹³⁶ I tillegg bemerkes det at en reforhandlingsplikt ikke vil være særlig belastende for lojalitetssubjektet eller utgjøre en betydelig innskrenkning i de to ovennevnte prinsipper. En slik plikt vil kun innebære at vedkommende skal gjøre et forsøk på å reforhandle avtalen – ikke en enighetsplikt.¹³⁷

Når det er spørsmål om å oppstille en reforhandlingsplikt med grunnlag i den alminnelige lojalitetsplikten – som er et uttrykk for fleksibilitet i kontraktsforholdet – er det imidlertid viktig å ivareta hensynet til *forutberegnelighet* i tilstrekkelig grad. Gjennomgangen i pkt. 3.3 har illustrert at reforhandlingsplikten bidrar til å fremme forutberegnelighet for den rammede part. I disse tilfellene vil vedkommende, når virkningene av de endrede omstendigheter skal klarlegges, ha en forventning om at kontraktsforholdet utvikler seg slik det vil gjøre med lojal opptreden, herunder at medkontrahtenten skal gjøre et forsøk på å få til en justering av avtalen. Videre vil en reforhandlingsplikt ivareta hensynet til forutberegnelighet ved at partene i forkant av avtaleinngåelsen kan gjøre seg kjent med de regler som gjelder for avtaletypen. For en del tilfeller ivaretar lojalitetsplikten både hensynene til fleksibilitet og forutberegnelighet, samtidig som den utgjør et godt egnet grunnlag for å løse de tvister som oppstår i gjennomføringsfasen.¹³⁸

At verken avtalerettslige grunnprinsipper eller hensynet til forutberegnelighet utgjør en klar begrensning for adgangen til å oppstille en reforhandlingsplikt følger også av analysen i kapittel 5. Fremstillingen har illustrert at domstolene viser en større grad av *tilbøyelighet* enn tidligere mot å anvende den alminnelige lojalitetsplikten ved tolkning og utfylling av avtaler mellom kommersielle parter. Det er vist til eksempler fra rettspraksis der lojalitetsplikten anvendes for å utfylle en taus avtale med mer tyngende forpliktelser enn hva en reforhandlingsplikt vil innebære. I tillegg vil en reforhandlingsplikt bidra til å sikre at avtalen kan gjennomføres etter

¹³⁵ Se kapittel 5.

¹³⁶ I samme retning: Christoffersen (2016) s. 181.

¹³⁷ Se pkt. 4.2.2.

¹³⁸ Jf. pkt. 3.3.

sitt hovedsakelige formål – et moment som både vektlegges av domstolene og som fremheves i litteraturen.¹³⁹ De tradisjonelle utgangspunktene om objektiv tolkning, at partene bærer risikoen for egne forutsetninger og sterk vektlegging av hensynet til forutberegnelighet synes etter dette å bli mer og mer visket ut, samtidig som prinsippene om avtalefrihet og avtalebundethet er mer relative enn de noensinne har vært i norsk kontraktsrett.¹⁴⁰ Basert på det presenterte synes det derfor å være klare holdepunkter for å *konkludere* med at det kan utledes en reforhandlingsplikt med grunnlag i den alminnelige lojalitetsplikten i avtaler mellom kommersielle parter.¹⁴¹

Spørsmålet er imidlertid for *hvilke* typesituasjoner en slik reforhandlingsplikt kan tenkes å få gjennomslag. Analysen i pkt. 5.2.3 har vist at det overordnede spørsmålet for domstolene er om den rammede part har en *beskyttelsesverdige forventning* i at lojalitetssubjektet skal gjøre et forsøk på å reforhandle avtalen. Her vil særlig skadepotensialet av manglende reforhandling være et viktig moment, og det er naturlig å anta at virkningene av de endrede omstendighetene må være av en slik karakter at den rammede part i betydelig grad taper penger på sine forpliktelser eller at mislighold er nærliggende hvis ikke forpliktelsene justeres. Domstolenes bruk av lojalitetsplikter viser at det også må foretas en interesseavveining mellom partene.¹⁴² Dette innebærer at den rammede part må ha forsøkt rimelige avhjelpstiltak før det kan bli tale om å ilegge medkontrahenten en plikt til å reforhandle avtalen med grunnlag i den alminnelige lojalitetsplikten.

Selv om lojalitetsplikten har fått større betydning for kontrakter mellom profesjonelle parter enn tidligere, er det likevel slik at hensynet til forutberegnelighet står meget sterkt i disse avtaleforholdene. Det er derfor ikke tvilsomt at det må være tale om *skjerpede* krav til lojalitet for å kunne oppstille en reforhandlingsplikt. De langvarige kontraktsforholdenes tidsmessige utstrekning, graden av tilknytning og samarbeid mellom partene er alle momenter som skjerper kravene til lojalitet, og det er først og fremst i disse kontraktsforholdene at det er aktuelt å oppstille en ulovfestet plikt til å reforhandle avtalen.¹⁴³ Her vil partene normalt ha en sterk beskyttelsesverdige forventning om en viss handlemåte fra medkontrahenten. Det kan også tenkes å eksistere en reforhandlingsplikt i langvarige avtaler med mindre grad av samarbeid,

¹³⁹ Se hhv. pkt. 5.3 og 3.2.2.

¹⁴⁰ Munukka (2007) s. 508 peker på det samme hva gjelder svensk kontraktsrett.

¹⁴¹ I samme retning: Grönfors (1995) s. 62, Meidell (2002) s. 501 og Lehrberg (1999) s. 30.

¹⁴² Se pkt. 5.2.3.

¹⁴³ Se pkt. 5.4.

særlig når de endrede omstendighetene medfører at den rammede part står på randen til konkurs eller at andre tolkningsmomenter gis supplerende betydning i tillegg til lojalitet.

Som det er illustrert gjennomgående i denne undersøkelsen, vil de karakteristiske kjennetegnene ved bruk av langvarige kontrakter i dagens økonomi medføre større krav til fleksibilitet i kontraktsforholdet enn det som tilbys av bakgrunnsretten. Det er derfor liten tvil om at den fremtidige *utviklingen* på området for de langvarige kontraktsforholdene, vil lede til at domstolene i enda større grad må benytte lojalitetsbasert argumentasjon og dermed øke kravene til lojalitet i kontraktsforhold.¹⁴⁴ En slik utvikling vil innebære at domstolene må konkretisere det nærmere innholdet i den alminnelige lojalitetsplikten, og det er min oppfatning at det da er grunnlag for at det kan utledes en reforhandlingsplikt i de ovenfor skisserte tilfeller.

¹⁴⁴ I samme retning: Munukka (2007) s. 512 og Nordtveit (1992) s. 83-84.

Kilderegister

Lov og forarbeider

Avtaleloven	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer.
Kjøpsloven	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp.
Skadeserstatningsloven	Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning.
NOU 1979:32	Formuerettslig lempningsregel.
Ot.prp.nr.5 (1982-1983)	Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr. 4 m.m. (generell formuerettslig lempingsregel).

Rettspraksis

Rt-1935-122 (Falconbridge).	Rt-2002-1155 (Hansa).
Rt-1951-371 (Vedbolag).	Rt-2004-1256.
Rt-1973-887.	Rt-2005-268 (Panfish).
Rt-1982-1294.	Rt-2010-961 (Skanska).
Rt-1984-28 (Tromsø Sparebank).	Rt-2010-1345 (Oslo Vei).
Rt-1988-1078 (Skipsgaranti).	Rt-2011-65 (Vestby).
Rt-1990-500 (Periscopus).	Rt-2012-1537 (Smestad).
Rt-1994-581 (Scanvest).	LB-2015-68524 (Evry).
Rt-1995-1460 (Haughom).	HR-2017-2375 (Ulvesund Elektro).
Rt-1997-199.	
Rt-1998-946 (Vinagentur).	
Rt-1998-1683 (Østfold Energi).	
Rt-2002-1110 (Bodum).	

Juridisk litteratur

- Bjelke (2012) Bjelke Christophersen, Kine: *Hardship-klausulenes virkning i norsk rett*. Lov og Rett, vol. 51, nr. 8, 2012, s. 473-490.
- Bruserud (2010) Bruserud, Herman: *Hardshipklausuler*. Oslo 2010.
- Christoffersen (2016) Buskerud Christoffersen, Margrethe: *Lojalitetspliktens utvikling i nyere norsk rettspraksis*. Ugyldighet i privatretten: Minnebok for Viggo Hagstrøm, 2016, s. 154-182.
- Giertsen (2012) Giertsen, Johan: *Avtaler*. 2. utgave, Oslo 2012.
- Graver (2006) Graver, Hans Petter: *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2006, s. 189-221.
- Grönfors (1995) Grönfors, Kurt: *Avtal och omförhandling*. Stockholm 1995.
- Haaskjold (2013) Haaskjold, Erlend: *Kontraktsforpliktelser*. 2. utgave, Oslo 2013.
- Hagstrøm (1994) Hagstrøm, Viggo: *Urimelige avtalevilkår*. Lov og Rett, 1994, s. 131-168.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo: *Obligasjonsrett*. 2. utgave, Oslo 2011.
- Hansen (2011) Hansen, Ole: *Om de længerevarende kontraktsforholds forankring i den almindelige kontraktrett – længerevarende kontrakter som forskningsfelt*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 124, 3-4/2011, s. 444-477.
- Hansen (2014) Hansen, Ole (red.): *Ændringsregler i længerevarende kontrakter*. København 2014.
- Holm (2004) Holm, Anders: *Den avtalsgrundade lojalitetsplikten – en allmän rättsprincip*. Lindköpings universitet 2004.
- Hov (2002) Hov, Jo: *Avtaleslutning og ugyldighet – Kontraktsrett I*. 3. utgave, Bergen 2002.
- Kaasen (2005) Kaasen, Knut: *Dynamisk kontraktsrett – et fruktbart begrep?* Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2005, s. 237-263.

- Lehrberg (1999) Lehrberg, Bert: *Omförhandlingsklausuler. Betydelse och rättslig behandling, tillämpningsområden, rekvisit och rättsföljder*. Stockholm 1999.
- Macneil (2001) Campbell, David (red.): *The relational theory of contract. Selected works of Ian Macneil*. London 2001.
- Meidell (2002) Meidell, Andreas: *Reforhandlingsplikt ved irregulær økonomisk utvikling i langvarige kontraktsforhold*. Lov og Rett, 2002, nr. 8, s. 498-508.
- Monsen (2012) Monsen, Erik: *Primært rettsgrunnlag i kontraktsretten*. Jussens Venner, 2012, s. 319-345.
- Munukka (2007) Munukka, Jori: *Kontraktuell lojalitetsplikt*. Stockholm 2007.
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette: *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Oslo 2007.
- Nordtveit (1992) Nordtveit, Ernst: *Oppdragssamarbeid – Joint ventures i oppdragssamarbeid, entreprenørverksemd og forskning og utvikling*. Bergen 1992.
- Ristvedt (2012) Ristvedt, Per Morten: *Reforhandling av avtaler*, Tidsskrift for forretningsjus, 2012, s. 209-247.
- Simonsen (1997) Simonsen, Lasse: *Prekontraktuell ansvar*. Oslo 1997.
- Skoghøy (1996) Skoghøy, Jens Edvin A.: *Avtaleloven § 36 i selskaps- og foreningsforhold*. Lov og Rett, 1996, s. 104-113.
- Sund-Norrgård (2013) Sund-Norrgård, Petra: *Omförhandling och medling – Att lösa konflikter och fortsätta samarbete*. Tidsskrift for Rettsvitenskap, vol. 126, nr. 3, 2013, s. 315-342.
- Woxholth (2006) Woxholth, Geir: *Avtalerett*. 6. utgave, Oslo 2006.
- Woxholth (2012) Woxholth, Geir: *Avtalerett*. 8. utgave, Oslo 2012.

Internasjonale kilder og kontrakter

- PECL Principles of European Contract Law 2002.

UNIDROIT	Principles of International Commercial Contracts 2016.
NTK 15	Norsk totalkontrakt 2015.
NF 15	Norsk fabrikkasjonskontrakt 2015.
NS 8405	Norsk standard 8405:2008 Norsk bygge- og anleggskontrakt.