

Lojalitet og reforhandling

Kan det utledes en plikt til reforhandling i langsiktige kontrakter av den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold?

Kandidatnummer: 236677

Antall ord: 14 044



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. Juni 2018

«En leverandør som opptrer hensynsløst og tviholder på avtaler til enhver pris, står i fare for å miste potensielle kontrakter på et senere tidspunkt. En reforhandling i en presset situasjon kan også redde samarbeid som kanskje ellers ville ført til konkurs for en av partene.»

Peter Hallsteinsen, *Alminnelig obligasjonsrett*, Oslo 2018, s. 561.

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	4
1.1 Emnet og problemstilling	4
1.2 Avgrensninger	5
1.2.1 Avtaletypens betydning for muligheten til reforhandling	5
1.2.2 Avgrensning mot avtalt adgang til reforhandling.....	6
1.3 Metodiske betraktninger.....	7
1.4 Opplegget videre	9
2 Lojalitetsplikten i kontraktsforhold	10
2.1 Innledning.....	10
2.2 Kort introduksjon til lojalitetsplikten i internasjonal rett	13
2.3 Hvorfor krav om lojalitet?.....	14
2.4 Minstekrav for lojalitetsplikten og partenes beskyttelsesverdige forventning om lojalitet.....	18
2.4.1 Minstekravene	18
2.4.2 Betydningen av partenes egenskaper og ressurser	19
2.4.3 Betydningen av tilknytningen mellom partene	20
2.4.4 Betydningen av graden av samarbeid og tillit mellom kontraktspartene	21
2.4.5 Særlig om langsiktige avtaler	22
2.4.6 Andre momenter av betydning.....	23
3 Reforhandlingsplikten i langsiktige kontraktsforhold og legislative betraktninger ..	24
3.1 Reforhandlingsplikten	24
3.1.1 Innledning.....	24
3.1.2 Allment om problemet med endrede omstendigheter	24
3.2 Fordeler og ulemper med å konstatere reforhandlingsplikt.....	25
4 Reforhandlingsplikt i langsiktige kontraktsforhold – en lojalitetsforpliktelse?.....	30
4.1 Hovedregel: Ingen reforhandlingsplikt hvor det ikke følger av avtalen	30

4.2	Reforhandlingsplikten i internasjonal rett	31
4.3	Under hvilke omstendigheter vil det <i>ikke</i> kunne statueres en plikt til reforhandling? 34	
4.3.1	Tilbake til hovedregelen om risiko for egne forutsetninger	34
4.3.2	Betydningen av at hardshipklausul ikke er inntatt	35
4.3.3	Avtaletyper som gjør reforhandling irrelevant.....	36
4.4	Under hvilke omstendigheter <i>kan</i> det oppstilles en plikt til reforhandling?	36
4.4.1	Hvilke spesielle omstendigheter er tilstrekkelig for å oppstille en reforhandlingsplikt?.....	36
4.4.2	Betydningen av at partene delvis har regulert virkningene av endrede omstendigheter i kontrakten	40
4.5	Vilkår for å utløse reforhandlingsplikt hvor plikten følger av lojalitetsprinsippet.....	41
5	Reforhandlingspliktens innhold.....	44
6	Avslutning	46
6.1	Oppsummering	46
6.2	Avsluttende bemerkninger	46
7	Referanseliste	48
	Litteraturliste	48
	Lover og lovforarbeider.....	50
	Norske kilder:	50
	Utenlandske kilder:.....	50
	Domsregister	50
	Soft law	52

1 Innledning

1.1 Emnet og problemstilling

Betydningen endrede omstendigheter kan ha for rettigheter og forpliktelser i et avtaleforhold har lenge vært tema for diskusjon i den kontraktsrettslige litteraturen.¹ Avhandlingen omhandler hvorvidt slike endrede omstendigheter kan medføre en plikt for partene til å inngå reforhandlinger for å tilpasse avtalens vilkår til de nye omstendighetene. Spørsmålet må løses ved å fastlegge innholdet av kontraktsforpliktelser.

Avtaledokumentet er det naturlige utgangspunktet når en skal finne hvilke kontraktsforpliktelser avtalen inneholder. Det bærende prinsipp i norsk rett er at avtaler skal holdes slik de er inngått. En naturlig konsekvens av dette er at uforutsette hendelser som hovedregel ikke vil føre til at partene har en plikt til å reforhandle avtalens vilkår. Dersom en slik plikt skal kunne oppstilles må det derfor en særskilt begrunnelse til.

Der avtalen er taus om reforhandling må andre kilder benyttes for å finne en løsning. Etter Høyesteretts praksis er det da særlig tre rettskildegrunnlag som tillegges vekt.² Dette er den kontraktsrettslige lovgivningen, retts- og voldgiftspraksis og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.³ Haaskjold hevder at det finnes i hovedsak tre slike kontraktsrettslige grunnprinsipper; avtalefrihetsprinsippet, prinsippet om at avtaler skal holdes og lojalitetsprinsippet.⁴ Prinsippene uttrykker visse forutsetninger som må kunne legges til grunn for å gjøre avtaleinngåelse og fullbyrdelse av kontrakter mulig.⁵ Lojalitetsprinsippet er ifølge forfatteren ”*det tredje grunnprinsippet i moderne norsk kontraktsrett*”.⁶

Oppgavens problemstilling er hvorvidt, og i så fall på hvilke vilkår, det av dette lojalitetsprinsippet kan utledes en plikt til reforhandling i langsiktige kontraktsforhold.

¹ Herman Bruserud, *Hardshipklausuler*, Bergen 2010 s. 21.

² Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, 2. Utgave, Oslo 2013, s. 26.

³ *Ibid.*

⁴ *Op.cit.* s. 27. Hva som skal regnes som grunnprinsipper er imidlertid omtvistet i juridisk teori. Se for eksempel en annen inndeling i Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, Oslo 1998 s. 36-37.

⁵ Haaskjold 2013 s. 28.

⁶ *Op.cit* s. 69.

Reforhandling ble omtalt antageligvis for første gang i nordisk rettslitteratur av Ole Lund i hans artikkel ”Inflasjon og konjunktursvikt som problem for skipsfartens langtidskontrakter”.⁷⁸ Artikkelen ble skrevet under sjøfartskrisen på 1970 tallet. Det som hadde skjedd var at det i lang tid hadde vært en jevn vekst i markedet for transport av olje. I 1973 steg prisene på olje svært raskt og førte til et stort fall i etterspørselen etter frakteskip. Skipenes markedsverdi sank derfor på kort tid. Dette førte til at forskjellen mellom kostnaden av nybygde og brukte skip ble uventet stor. Å reforhandle prisene til et mer konkurransedyktig nivå kunne derfor være av interesse for både kundene og skipsverftene.⁹

Problemstillingen er ikke blitt mindre aktuell siden den gang. Vi er på nytt kommet inn i en økonomisk ustabil periode som har påvirket bedrifter innen en rekke bransjer. For eksempel har de store svingningene i oljeprisen de siste tiårene medført at langsiktige kontrakter med store verdier har kunnet medføre store tap for bedrifter som kommer ut på den tapende siden.

I praksis vil partene under slike omstendigheter gjerne i etterkant av avtaleinngåelsen inngå reforhandlinger for å tilpasse kontrakten til de endrede forhold. Slike frivillige forhandlinger er basert på avtalefriheten og derfor selvsagt uproblematisk.¹⁰ Partene har i kraft av privatautonomien samme adgang til å endre en avtale som til å inngå den. Spørsmålet som her drøftes er hvorvidt det kan oppstilles en plikt til reforhandling når bare en av partene ønsker å endre avtalens vilkår.

1.2 Avgrensninger

1.2.1 Avtaletypens betydning for muligheten til reforhandling

Det er i første omgang ved langsiktige kontraktsforhold spørsmålet om reforhandling kan forekomme. I mer kortvarige kontraktsforhold vil det sjeldent oppstå uforutsette hendelser som det ikke er tatt sikte på ved inngåelsen av kontrakten. Avhandlingens tema er derfor begrenset til å drøfte om det foreligger en lojalitetsforpliktelse til reforhandling i langvarige kontraktsforhold.

⁷ Ole Lund, ”Inflasjon og konjunktursvikt som problem for skipsfartens langtidskontrakter” *Arkiv for sjørett* nr. 14, 1976-82 s. 339-364.

⁸ Kurt Grönfors, *Avtal och ömforhandling*, Stockholm 1995 s. 13.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Andreas Meidell, ”Reforhandlingsplikt ved irregulær økonomisk utvikling i langvarige kontraktsforhold”, *Lov og rett* nr. 8, 2002 s. 498-508, s. 498.

Langvarige kontraktsforhold kan enklest avgrenses mot de momentane avtalene, hvor begge parter yter sin ytelse samtidig og kontraktsforholdet dermed inngås og avsluttes på stedet.¹¹ Utover de momentane avtalene er det vanskelig å fastslå presist hva som kan ansees som en langvarig avtale. Grönfors nevner som eksempel på langvarige avtaler; femårige certeparti, en lisensavtale som løper i hele patentets løpetid og lengre leieavtaler.¹² Det sentrale i avhandlingens sammenheng er imidlertid at det foreligger et lengre tidsrom mellom avtalens tilblivelse og dens fullbyrdelse som muliggjør endringer i de omstendigheter som er relevante for innholdet av avtalen.

Videre har jeg i oppgaven valgt å drøfte reforhandlingsplikten utelukkende i kommersielle forhold. Det avgrenses således mot avtaler hvor en eller begge parter er forbruker.

1.2.2 Avgrensning mot avtalt adgang til reforhandling

Avhandlingens problemstilling er kun hvorvidt det kan utledes en plikt til reforhandling på bakgrunn av lojalitetsplikten i kontraktsforhold.

I forkant av avtalens tilblivelse kan reforhandling avtales blant annet gjennom såkalte ”hardshipklausuler”. Det foreligger ingen alminnelig akseptert fastleggelse av begrepets innhold,¹³ men det syntes å være enighet om at det gjennomgående dreier seg om at partene på forutsetning av visse omstendigheter har bundet seg til å inngå reforhandlinger.¹⁴ Klausulene er grundig redegjort for i Bruseruds doktoravhandling,¹⁵ og har vært gjenstand for behandling i en rekke tidligere masteroppgaver. Avhandlingen avgrenser derfor mot behandlingen av hvorvidt tilstedeværelsen av hardshipklausuler kan gi partene plikt til reforhandling. Spørsmålet er i stedet om det kan oppstilles en reforhandlingsplikt hvor slik klausul *ikke* er inntatt i avtalen.

Også andre avtaleklausuler har den virkning at partene får plikt til reforhandling. Et eksempel på slike klausuler er ”review-klausulene”. Disse skiller seg fra hardshipklausulene ved at det ikke nødvendigvis er bristende forutsetninger eller endrede forhold som utløser reforhandlingsplikten.¹⁶ Oppgaven avgrenser også mot behandlingene av disse. Det finnes

¹¹ *Op.cit* s. 24.

¹² *Op.cit.* s. 45.

¹³ Bruserud 2010 s. 21.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Op.cit.*

¹⁶ *Op.cit.* s. 22.

videre flere andre kontraktselementer som søker å lage et visst rom for endring i partenes forpliktelser og rettigheter i kontraktsforholdet, slik som for eksempel indeks- eller valutaklausuler. Under i punkt 4.4.2 vil det drøftes hvorvidt tilstedeværelsen av slike klausuler vil kunne ha betydning for reforhandlingsplikten også i tilfeller hvor de ikke direkte kommer til anvendelse.

1.3 Metodiske betraktninger

Avhandlingens fremstilling baseres på alminnelig juridisk metode. Det er derfor ikke nødvendig å redegjøre for denne, og kun enkelte særlige trekk ved oppgaven vil bli redegjort for i det følgende.

Rettskildebildet for avhandlingens tema er noe ufullstendig. Oppgavens hovedspørsmål må anses uavklart i norsk rett da problemstillingen ikke har vært oppe for Høyesterett i tidligere avgjørelser. Videre finnes det ikke norsk juridisk litteratur som i sin helhet tar for seg temaet og spørsmålet omtales kun kort i den sentrale norske kontraktsrettslige litteraturen.¹⁷ Det finnes imidlertid flere verk av svenske forfattere som belyser temaet og problemstillingen har vært oppe for utenlandske domstoler. Dette reiser spørsmålet om hvorvidt disse kildene og annen utenlandsk rett og konvensjoner er relevant i norsk juridisk metode og i så fall hvilken vekt de vil ha.

Mange lovbestemmelser på obligasjonsrettens område er blitt til ved det nordiske lovsamarbeidet. Samarbeidet har ført til flere likelydende lovbestemmelser. Som en konsekvens av dette er det enighet om i juridisk teori at retten i de øvrige nordiske landene er relevant og kan tillegges betydning som rettskilde i norsk rett.¹⁸ Høyesterett har også vist til svensk og dansk rett i flere avgjørelser med kontraktsrettslige spørsmål.¹⁹ Samtidig må det merkes at slike rettskilder ikke vil være bindende for norske domstoler. Dette kom til uttrykk i en dom fra Høyesterett inntatt i Rt. 2008 s. 969 hvor det ble uttalt at:

”(D)et er på det rene at en annen løsning enn den norske fra lang tid tilbake er valgt i dansk og svensk rett, og fra Kristoffersens side er det også vist til annet internasjonalt

¹⁷ Se for eksempel Kai Kruger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989, s. 708-709 og Hov 1998 s. 439.

¹⁸ Se for eksempel Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. Utgave, Oslo 2011 s. 78 og Peter Hallsteinsen, *Alminnelig obligasjonsrett*, Oslo 2018 s. 162.

¹⁹ Se for eksempel Rt. 2001 s. 1062 og Rt. 2012 s. 1267.

*materiale. Men ikke noe av dette er bindende for norsk rett, og jeg kan ikke se at det gir grunnlag for å fravike det som i lang tid har vært ansett som gjeldende hos oss.*²⁰

Spørsmålet i saken var imidlertid om det var mulig å fravike en rettsregel som ”i lang tid har vært ansett gjeldende” i norsk rett. Dommen gir dermed samtidig uttrykk for at de nordiske rettskildene vil være relevant i de tilfeller hvor det foreløpig ikke foreligger en løsning etter norsk kilder. Ettersom avhandlingens problemstilling ikke er avklart i norsk rett vil de øvrige nordiske lands kilder være av betydning.

Partene i en kontrakt kan videre avtale at prinsippene som følger av UNIDROIT PICC eller PECL skal regulere forholdet mellom dem.²¹ Modellovene ansees å gi uttrykk for Lex Mercatoria.²² Lex Mercatoria er en redegjørelse fra en rekke akademikere for rettsprinsipper de mener kan gjøres gjeldende. At prinsippene er en del av Lex Mercatoria har den følge at voldgiftsdomstoler vil kunne anvende prinsippene også hvor partene ikke har inntatt i avtalen at disse skal gjelde for deres kontraktsforhold.²³

Utgangspunktet er at slike internasjonale prinsipper ikke gjelder som norsk lov. På et avtaleforhold underlagt norsk rett kan de dermed ikke uten videre anvendes.²⁴ Til tross for den manglende demokratiske legitimiteten er imidlertid modellovenes faglige kvalitet oftest svært høy.²⁵ Samtidig vil de løsningene som legges til grunn som nevnt gi uttrykk for alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Det syntes på denne bakgrunn å være enighet i norsk juridisk litteratur om at prinsippene kan utgjøre en tolkningsfaktor eller være et ”støttemoment for å legitimere valget av en bestemt løsning”,²⁶ særlig hvor det er få holdepunkter i nasjonal rett.²⁷

Videre må det nevnes at besvarelsen, i tillegg til å benytte rettspraksis fra de alminnelige domstolene, også vil vise til voldgiftsdommer. Det må da vurderes hvilken betydning disse vil ha. I teorien er det ulikt syn på hvilken vekt slike avgjørelser skal tilkjennes.²⁸

Voldgiftsavgjørelser avsies ofte av svært kompetente jurister og at behandlingen kun

²⁰ Rt. 2008 s. 969 (”Marine Harvest”) premiss 27.

²¹ Henholdsvis UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 og Principles of European Contract Law 2003.

²² Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 123.

²³ *Ibid.*

²⁴ Haaskjold 2013 s. 158 og Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. Utgave, Oslo 2015, s. 52.

²⁵ Haaskjold 2013 s. 158.

²⁶ *Op.cit.* s. 159.

²⁷ Se også Nazarian 2007 s. 123.

²⁸ Hagstrøm 2011 s. 55-56.

gjennomføres i en instans gir partene oppfordring til å behandle saken svært utførlig.²⁹ Dette taler for at slik praksis bør kunne tillegges vekt når etterfølgende saker skal løses. Samtidig er et stort antall voldgiftsdommer unntatt offentligheten, og dermed kun delvis tilgjengelig for utenforstående.³⁰ Dette taler i motsatt retning. Ved bruk av voldgiftsavgjørelser som rettskilde bør man på bakgrunn av dette vurdere om avgjørelsen er gjort offentlig, sammensetningen av retten og begrunnelsen for dommen.

1.4 Opplegget videre

I det følgende skal jeg i punkt to redegjøre for den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold og vise til hvilke krav som oppstilles for at det statueres en konkret lojalitetsforpliktelse i det enkelte tilfellet. Deretter skal jeg i punkt tre gi en oversikt over reforhandlingsplikten og hvilke legislative hensyn som gjør seg gjeldende i spørsmålet om det kan oppstilles en reforhandlingsplikt i tilfellene dette ikke er kontraktsregulert. I punkt fire skal det vurderes nærmere hvorvidt reforhandling kan utgjøre en lojalitetsforpliktelse, og videre i punkt fem det eventuelle innholdet av en slik plikt til reforhandling. Til slutt vil jeg komme med avsluttende bemerkninger i punkt 6.

²⁹ Hallsteinsen 2018 s. 149.

³⁰ Se for eksempel Lov 14 mai 2004 nr. 25 om voldgift § 5, annet ledd som bestemmer at andre enn de som er part i saken kun kan være tilstede ”... *når og i den utstrekning det følger av avtale mellom partene.*”.

2 Lojalitetsplikten i kontraktsforhold

2.1 Innledning

Lojalitetsplikten i kontraktsforhold er vel etablert i norsk obligasjonsrett.³¹ Prinsippet er ulovfestet, men kommer til uttrykk flere steder i lovgivningen.³² For eksempel sies lojalitetsprinsippet å være bakgrunnen for en rekke av bestemmelsene i kjøpsloven.³³

Plikten kan kort oppsummeres slik:

*"Kjernen i lojalitetsprinsippet er at partene på tilbørlig vis plikter å ta hensyn til den andres interesser; man kan ikke ensidig hevde sine rettigheter etter avtalens ordlyd dersom det er til skade for den andre parten, og man kan heller ikke kynisk utnytte en komfortabel forhandlings situasjon dersom dette kan påføre den andre tap"*³⁴

Selv om hovedregelen er at partene er ansvarlig for å ivareta egne interesser, eksisterer det altså en plikt til å ivareta også medkontrahentens interesser.³⁵ Utgangspunktet må likevel ikke undervurderes og blir ofte ansett som særlig viktig i kommersielle kontrakter. Dette kommer klarere til syne i Munukkas presisering av lojalitetspliktens innhold:

"Lojalitetsplikten inom den kommersiella rätten kan sammantaget preciseras som en skyldighet att beakta motpartens interessen men vilken tillåter befrämjandet av egna interessen och inte kräver att motpartens interessen sätts framför de egna".³⁶

Sitatet viser at det ligger en naturlig skranke i lojalitetsplikten da det klare utgangspunktet er at partene bærer risikoen for egne forutsetninger. Det må altså foretas en interesseavveining for å finne innholdet av plikten.³⁷

³¹ Margrethe Buskerud Christoffersen, "Lojalitetspliktens utvikling i nyere norsk rettspraksis", i *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm*, Bergen 2016 s. 153.

³² Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, Oslo 1998, s. 39.

³³ Lov om 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp. Se for eksempel lovens §§ 17-19. Særlig § 19, første ledd, bokstav b gir direkte uttrykk for selgers opplysningsplikt ovenfor kjøper.

³⁴ Linn Hoel Ringvoll og Erlend M. Leonhardsen, "Pragmatisk i prinsippet – om lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold", *Jussens venner* 2007, s. 37-55, s. 37.

³⁵ Se også Haaskjold 2013 s. 78 som beskriver dette ved at motparten må "ta rimelig hensyn til den annens interesser", og Hov 1998 s. 39.

³⁶ Christoffersen 2015 s. 154 med videre henvisninger til Jori Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Stockholm 2007 s. 406.

³⁷ Christoffersen 2015 s. 154.

Lojalitetsplikten som selvstendig rettsgrunnlag ble for første gang uttrykkelig slått fast av Høyesterett i dommen inntatt i Rt. 1984 s. 28.³⁸ Førstvoterende uttalte at en avtale om kausjon måtte kjennes ugyldig i medhold av avtaleloven § 33 og at den ”iallfall vil ... rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.”³⁹ Etter avgjørelsen er lojalitetsplikten kontinuerlig videreutviklet i rettspraksis og nyere praksis viser at lojalitetshensyn får en stadig større rolle i domstolenes argumentasjon.⁴⁰

Utgangspunktet er videre at lojalitetsplikten kan komme til anvendelse i alle typer kontrakter.⁴¹ I avhandlingen vil likevel fremstillingen av hensyn til sammenheng og omfang begrenses til lojalitetsplikten i kontraktsforhold og holder dermed utenfor lojalitetsplikten i arbeids- og selskapsforhold.

Hvilke implikasjoner lojalitetsplikten medfører vil variere fra kontrakt til kontrakt.⁴² I en avgjørelse fra 2017 uttalte Høyesterett at:

*Rekkevidden av den kontraktsrettslige lojalitetsplikten i løpende kontraktsforhold vil i høy grad bero på kontraktstypen og forholdene ellers.*⁴³

Lojalitetsplikten er altså relativ og det må vurderes for hvert enkelt kontraktsforhold hvor sterk lojalitetsplikt som kan oppstilles.

Da avhandlingen drøfter reforhandlingsplikten i kommersielle avtaler er det allerede innledningsvis verdt å bemerke at det generelt stilles strengere krav til profesjonelle aktører enn til forbrukere og andre ikke-profesjonelle aktører til å vurdere egen risiko når det inngås avtaler. Dette kan illustreres av en sak fra Høyesterett inntatt i Rt. 2000 s. 806. Saken gjaldt et kraftverk som hadde inngått en avtale om levering av konsesjonskraft til kommunen. Da produksjonsavgift på elektrisk kraft ble innført i 1993 krevde kraftverket forhøyelse av den avtalte prisen i medhold av blant annet avtaleloven § 36. Høyesterett avslo anførselen og uttalte:

”Jeg finner det videre klart at det ikke er grunnlag for å sette prisbestemmelsen til side etter den bredere rimelighetsvurderingen som avtaleloven § 36 gir anvisning på. I den

³⁸ *Op. cit.* s. 153 om Rt. 1984 s. 28 (”Tromsø Sparebank”).

³⁹ Rt. 1984 s. 28, s. 34.

⁴⁰ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. Utgave, Oslo 2014 s. 11.

⁴¹ Christoffersen 2015 s. 155.

⁴² Se for eksempel Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009 s. 39, Rt. 1987 s. 442 og Rt. 2005 s. 268.

⁴³ HR-2017-2375 A, premiss 35.

*grad det er tale om å bruke § 36 når det som her er tale om en avtale mellom profesjonelle, bør terskelen i alle fall være høy ...*⁴⁴

Det rettslige grunnlaget for avgjørelsen var avtaleloven § 36. Dommen er likevel relevant i henhold til lojalitetsplikten da de hensyn som begrunner bestemmelsen i høy grad kan gjøres gjeldende også her. Nazarian hevder at lojalitetsprinsippet kommer til uttrykk gjennom paragrafen og at vurderingen etter bestemmelsen og den ulovfestede lojalitetsplikten ofte vil føre til samme resultat.⁴⁵ Dette kommer også til uttrykk i rettspraksis. I Tromsø-Sparebankdommen som er kort nevnt ovenfor ble både avtaleloven § 33 og lojalitetsprinsippet påberopt som rettslig grunnlag.⁴⁶ Dommer som vurderer et forhold opp mot avtaleloven §§ 33 eller 36 vil dermed kunne være relevant i drøftelsene angående avhandlingens problemstilling.

Hvorvidt det strengere kravet til egen risikovurdering må føre til at kravet til lojalitet mellom næringsdrivende parter må lempes i ethvert tilfelle vil drøftes nedenfor i punkt 2.4.2.

Videre gjelder lojalitetsplikten på alle kontraktens stadier.⁴⁷ Når det vurderes om det kan oppstilles en lojalitetsforpliktelse til reforhandling, er det lojalitetsplikten under selve den kontraktuelle fasen som vurderes. Dette fordi det er en forutsetning for drøftelsen at det allerede foreligger en bindende kontrakt som enda ikke er fullbyrdet. På dette stadiet vil kravet til lojalitet skjerpes.⁴⁸

Lojalitetsplikten har både en negativ og en positiv side. Plikten viser seg positivt ved at partene har en plikt til å ”gjøre ... noe”,⁴⁹ som for eksempel å medvirke gjennom samarbeid med motparten til at kontraktens formål oppfylles.⁵⁰ Negativt vises den ved at partene må unnlate å foreta visse handlinger eller at de må ”tåle noe”.⁵¹ Hvilke handlinger en part må aktivt bidra til eller avstå fra må vurderes for hvert enkelt tilfelle.⁵² Hvilken type plikt en reforhandlingsplikt kan kategoriseres som, redegjøres det for nedenfor i punkt 3.1.1. Skillet

⁴⁴ Rt. 2000 s. 806 på s. 816.

⁴⁵ Nazarian 2007 s. 67 med videre henvisninger.

⁴⁶ Rt. 1984 s. 28.

⁴⁷ Nazarian 2007 s. 31 med videre henvisninger.

⁴⁸ Haaskjold 2013 s. 76.

⁴⁹ Nazarian 2007 s. 209.

⁵⁰ Haaskjold 2013 s. 78.

⁵¹ Nazarian 2007 s. 213.

⁵² Haaskjold 2013 s. 79.

mellom de positive og negative pliktene er imidlertid vage, og kan gli over hverandre i et konkret tilfelle.⁵³

2.2 Kort introduksjon til lojalitetsplikten i internasjonal rett

Som nevnt bør internasjonal rett tas i betraktning når det vurderes hvorvidt en reforhandlingsplikt kan oppstilles. I tillegg vil internasjonale standardkontrakter og annen utenlandsk rett kunne belyse innholdet av en slik reforhandlingsplikt. Da lojalitetsplikten vil utgjøre både det rettslige grunnlaget for reforhandlingsplikten og fungere som en veiledning av pliktens innhold, kan det virke oppklarende å her gi en kort introduksjon til lojalitetsplikten i den internasjonale retten. For eksempel kan den graden lojalitetsplikten vektlegges generelt påvirke hvor sterkt insentiv partene har til å opptre velvillig ovenfor medkontrahenten i en reforhandlingssituasjon. Av hensyn til oppgavens omfang vil fremstillingen likevel kun være en overfladisk introduksjon uten plass til videre drøftelser.

I alle de nordiske landene og andre europeiske stater med civil law står lojalitetsplikten sentralt.⁵⁴ Prinsippet eksisterer også i amerikansk rett, her omtalt som ”duty of good faith”.⁵⁵ Tradisjonelt har de engelske domstolene derimot ikke anerkjent at det finnes en slik plikt.⁵⁶ Nyere praksis viser imidlertid at lojalitetsplikten kan spille en rolle også etter engelsk rett. I saken *Yam Seng Pte Limited v. International Trade Corporation Limited* fra 2013, vurderte retten om en forhandleravtale kunne tolkes slik at det forelå en plikt til å handle lojalt.⁵⁷ Dommeren uttalte at forskjellen mellom civil- og common law er blitt vag når det gjelder lojalitetsplikten fordi et slikt krav oppstilles i både Australia, Canada og Nord-Amerika som alle bygger på common law tradisjonen. Dommen viser dermed at det kan være grunnlag for å innfortolke en alminnelig lojalitetsplikt også i avtaler underlagt engelsk rett.

I modellovene fremkommer også lojalitetsprinsippet gjennom kravet til ”good faith”. Av UNIDROIT PICC art. 1.7 følger det for eksempel at ”*each party must act in accordance with*

⁵³ Nazarian 2007 s. 209.

⁵⁴ Munukka 2007 s. 20 flg.

⁵⁵ Christoffersen s. 156

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Yam Seng Pte Limited (A company registerted in Singapore) v. International Trade Corporation Limited* (2013) EWHC 111 (QB).

good faith and fair dealing ...”.⁵⁸ Prinsippet skal fungere som et fundament for reglene og gjelde uavhengig av om kravet fremkommer spesifikt i den enkelte artikkel.⁵⁹

2.3 Hvorfor krav om lojalitet?

At partene ønsker en avtale som gir dem flest mulig fordeler, og derfor ivaretar egne interesser i kontraktsforholdet, er naturlig. Når det så kreves at partene til en viss grad også ivaretar motpartens interesser, må dette begrunnes nærmere. For avhandlingens formål kan en slik begrunnelse klargjøre også den legislative begrunnelsen for reforhandling. Vurderingene vil derfor utgjøre et viktig bakteppe når det senere drøftes om det kan oppstilles en lojalitetsforpliktelse til reforhandling og eventuelt hvor streng en slik plikt vil kunne være. Det må samtidig bemerkes at begrunnelsen for lojalitetsplikten i første omgang er en begrunnelse for dens mer eller mindre vidtrekkende rekkevidde.⁶⁰

Utvidelsen av lojalitetsplikten som har skjedd de siste tiårene har mottatt mye kritikk i de største rettssystemene.⁶¹ Kritikken er særlig fremtredende i engelsk rett. I rettspraksis fra England anføres det ofte at ”good faith” er uforenlig med den individualistiske rettsoppfatningen og at slike krav til å ivareta motpartens interesser hemmer initiativet og den økonomisk drivkraften og slik har en negativ effekt på forretningslivet.⁶²

Hvis en ser på avtaleinngåelsen gjennom det klassiske synet på avtaleretten, er bakgrunnen for at det inngås gjensidige forpliktende kontrakter at partene ønsker å nye godt av motpartens ytelse.⁶³ Om en part i etterkant ikke oppfyller sin del av avtalen, kan parten rettslig tvinges til å oppfylle etter kontrakten eller yte erstatning for unnlatt oppfyllelse.⁶⁴ Slik sett kan avtaler sees som rene utvekslingsavtaler.⁶⁵ En slik oppfatning understreker avtalen som et middel om å i egen interesse realisere sine egne mål. Hver enkelt part har egne behov og preferanser, og gjennom disse preferansene kan den enkelte part bedre enn noen andre estimere hva de mest behøver. Det kan dermed argumenteres for at de bør ha frihet til å utnytte sine ressurser

⁵⁸ UNIDROIT PICC art. 1.7. Se tilsvarende i PECL art. 1:201 nr. 1.

⁵⁹ UNIDROIT PICC art 1.7, kommentar nr. 1.

⁶⁰ Nazarian 2007 s. 159.

⁶¹ Munukka 2007 s. 461.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Op.cit.* s. 462.

⁶⁴ Se for eksempel kjøpsloven §§ 23 og 27 hvor avtalen gjelder kjøp mellom privatpersoner eller næringsdrivende, jf. § 1, første ledd.

⁶⁵ Munukka 2007 s. 462.

deretter. Dette er også en av hovedtankene bak ønsket om et fritt marked.⁶⁶ Slike argumenter har tung vekt og taler klart mot de begrensninger lojalitetsplikten kan utgjøre.

Likevel ansees det i dag klart at det finnes et behov for rettslig regulering og at markedet må ha visse spilleregler. Å se på avtaler som en ren utveksling av ytelser bygger derfor på en forenklet virkelighet. Munukka argumenterer for at man i stedet må se på avtaler som en interaksjon mellom partene.⁶⁷ Gjensidig forpliktende avtaler inngås for å tilfredsstille begge parter behov, og partenes posisjon er som utgangspunkt ikke motstridende. Beslutningen om å binde seg til hverandre gjennom avtale gjøres dermed for å nå et felles mål og dette målet gjør det nødvendig for partene å samarbeide med hverandre. I et slikt lys er det lettere å forklare hvorfor partene må utvise lojalitet mot den part avtalen inngås sammen med.

I alle rettsområder som faller under formueretten finnes det noen generelle, grunnleggende hensyn som den formuerettslige reguleringen bør bevare. Ett av de grunnleggende formålene med reguleringen er å ivareta og sørge for et anvendelig og godt omsetnings- og kredittliv.⁶⁸ De formuerettslige reglene skal derfor "*trygge omsetningen ved å fremme forutberegnelighet, sikkerhet, verdiskapning og verdibevaring*".⁶⁹ Samtidig må en passe på at reglene ikke er ødeleggende for andre.⁷⁰ De lojalitetsforpliktelser som oppstilles bør dermed søke å ivareta disse hensynene.

Det grunnleggende prinsippet om avtalefrihet i kontraktsforhold innebærer blant annet at partene som utgangspunkt skal ha mulighet til å selv bestemme hvilket innhold avtalen skal ha. Etersom lojalitetsplikten kan tenkes å gi forpliktelser som ikke uttrykkelig følger av avtalen kan den tenkes å måtte avveies mot avtalefriheten. Nazarian hevder at lojalitetsplikten er ufravikelig.⁷¹ På denne måten vil lojalitetsplikten sette en yttergrense for avtalefriheten. Hvorvidt lojalitetsplikten utgjør en skranke i det konkrete tilfellet vil likevel bero på om prinsippet anvendes for å sette til side en avtalebestemmelse eller om det anvendes til å tolke eller utfylle bestemmelsen. Den tydeligste begrensningen lojalitetsplikten setter på

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Op.cit.* s. 463.

⁶⁸ Nazarian 2007 s. 160 med videre henvisninger.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Op.cit.* s. 134 flg.

avtalefriheten er i de tilfeller kontrakten blir utfylt med en plikt partene ikke hadde intensjon om at avtalen skulle inneholde.⁷²

Det hevdes videre at lojalitetsplikten kan ha både en verdibevarende og en kostnadsbesparende effekt.⁷³ Verdibevarende på den måten at partene for eksempel har en tapsbegrensningsplikt og gjennom plikten til å opplyse motparten ved endringer i forhold av betydning for kontrakten, og kostnadsbesparende ved at ikke enhver plikt må kontraktsreguleres.⁷⁴

Av hensyn til den generelle markedsøkonomien er det videre svært positivt om formuerettslige regler virker konfliktavvergende eller konfliktdepende. Nazarian hevder at lojalitetsplikten kan ha denne virkningen på enkelte områder og ”*kan i verste fall føre til prosesser i andre tilfeller*”.⁷⁵ Hvorvidt lojalitetsplikten virker konfliktavvergende eller konfliktdepende må dermed vurderes for den enkelte lojalitetsforpliktelse og eventuelt det enkelte tilfellet.

Lojalitetsplikten kan videre ivareta hensynet til å forhindre maktmisbruk mellom partene i et kontraktsforhold.⁷⁶ I de tilfellene hvor det er en skjev fordeling i styrkeforholdet mellom partene vil det alltid foreligge en risiko for at den ene parten utnytter denne styrkeposisjonen og ensidig bestemmer hvordan avtalereguleringen skal være. Lojalitetsplikten, sammen med forbrukerlovgivningen og ugyldighetsreglene i avtaleloven, vil kunne avdempe slikt maktmisbruk.⁷⁷ Lojalitetsplikten vil særlig kunne hindre maktmisbruk hvor en kontrakt er ufullstendig og en part søker å utnytte et tomrom ved å opptre på en måte som var i strid med partenes intensjoner ved kontraktsinngåelsen.⁷⁸

Lojalitetsplikten gjelder likevel også i kontrakter inngått mellom to sterke parter. I disse tilfellene vil avtalepartene i større grad forventes å regulere problemstillingene lojalitetsplikten søker å løse, i kontrakten. Imidlertid vil det alltid kunne oppstå tilfeller som partene ikke forutså ved kontraktsinngåelsen. Det ulovfestede lojalitetsprinsippet vil dermed

⁷² *Op.cit.* s. 163.

⁷³ *Op.cit.* s. 167.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Op.cit.* s. 170.

⁷⁶ *Op.cit.* s. 172.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

kunne virke beskyttende hvor det oppstår endrede omstendigheter partene ikke hadde forutsett.⁷⁹

Videre kan det spørres hva som tilsier at partene skal være sterkere beskyttet enn det som følger av kontrakten. Nazarian hevder de hensynene som her gjør seg gjeldende gir ”den utslagsgivende begrunnelsen for lojalitetsplikt”.⁸⁰ Dette er hensynet til samfunnsmoralen og hensynet til beskyttelse av partenes beskyttelsesverdige forventninger.

Om den moralske begrunnelsen for lojalitetsprinsippet uttaler Nazarian følgende:

”Selv om en ikke legger til grunn et naturrettlig synspunkt eller kristen etikk, er det klart at lojalitetsprinsippet er moralsk begrunnet. Det er vår samfunnsmoral som tilsier at partene bør opptre lojalt, og at de bør gis bedre beskyttelse enn hva en eventuell avtaleregulering kan gi. Det er moralsk fundert at vi ikke tillater rettsmisbruk, eller at en bilselger må opplyse om at gearkassen i bilen som han skal selge, må byttes ut. Ved tolkningen av lojalitetsprinsippets innhold må imidlertid ikke forholdet til etikk strekkes for langt. Som Palle Bo Madsen påpeker, er det ikke dommernes oppgave å være rene moralvoktere.”⁸¹

Videre er det i norsk rett klart at en parts beskyttelsesverdige forventning normalt bør gis rettslig beskyttelse.⁸² Partenes beskyttelsesverdige forventninger er gitt rettslig betydning i en rekke tilfeller, blant annet er det avgjørende for om en avtale ansees inngått etter avtalelovens bestemmelser om avtaleinngåelse.⁸³

Til slutt vil forutberegnelighet være et viktig formål med den rettslige reguleringen på alle rettsområder. På kontraktsrettens område regnes det imidlertid som særlig viktig at partene kan forutberegne sin stilling.⁸⁴ Høyesterett uttalte om dette i avgjørelsen inntatt i Rt. 2002 s. 1155:

”At prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og

⁷⁹ *Op.cit.* s. 174.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Op.cit.* s. 178.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Hov 2002 s. 45.

⁸⁴ Nazarian 2007 s. 180.

forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer.”⁸⁵

Nazarian hevder at hvorvidt og i hvilken grad lojalitetsplikten oppfyller kravet til forutberegnelighet varierer etter hvilket stadiet i avtalens forløp den befinner seg på.⁸⁶ I de tilfellene hvor det er inngått avtale og konflikt er oppstått vil det sentrale for partene være å finne ut hvorvidt de har rett etter kontrakten eller ikke. At lojalitetsplikten i stor grad er skjønnspreget og uten et helt klart innhold, vil kunne gjøre det vanskelig for en part å forutberegne sin stilling.⁸⁷ I de tilfeller hvor en part ikke har muligheten til å ta kostnadene for en mislykket domstolsprosess, vil dette kunne medføre at en vegrer seg for å gå til sak.

Av hensynene som er gjennomgått ovenfor kan det utledes at det må oppstilles en høy terskel for å gjøre inngrep i avtaleforhold. Reforhandlingsplikten vil nødvendigvis utgjøre et inngrep i avtalefrihetsprinsippet og prinsippet om at avtaler skal holdes slik de er inngått og trenger derfor særskilt begrunnelse. Hvorvidt det bør oppstilles en plikt til reforhandling vil drøftes basert på de overnevnte hensyn i punkt 3.2 nedenfor.

2.4 Minstekrav for lojalitetsplikten og partenes beskyttelsesverdige forventning om lojalitet

2.4.1 Minstekravene

I Nazarians avhandling argumenteres det for at det finnes minstekrav for at det kan oppstilles en lojalitetsplikt i det enkelte tilfellet. Minstekravene er utviklet gjennom en analyse av sakens faktum og premissene i en rekke saker fra Høyesterett.⁸⁸ Av dette argumenteres det for at det kan utledes et mønster som gjør det synlig at visse minimumskrav må foreligge for at det kan oppstilles en konkret lojalitetsforpliktelse.

Hun oppsummerer minstekravene slik:

⁸⁵ Rt. 2002 s. 1155, på s. 1159, Sitatet er gjentatt i Rt. 2003 s. 1132 (avsnitt 34).

⁸⁶ Nazarian2007 s. 181.

⁸⁷ *Op.cit.* s. 189.

⁸⁸ *Op.cit.* s. 41.

”Lojalitetssubjektet må avstå fra å utføre en handling som kan påføre medkontrahenten negativ effekt, hvis det ut fra medkontrahentens beskyttelsesverdige forventninger vil være klanderverdig å utføre den.

Lojalitetssubjektet plikter å sette i verk tiltak som kan avverge eller redusere omfanget av en negativ effekt for medkontrahenten, hvis det ut fra medkontrahentens beskyttelsesverdige forventninger vil være klanderverdig å la være.

Lojalitetssubjektet må i rimelig utstrekning utføre handlinger som fremmer medkontrahentens interesser, hvis medkontrahenten har en beskyttelsesverdige forventning om det.

Den beskyttelsesverdige forventningen vil særlig bero på partenes egenskaper, tilknytningen mellom partene, graden av samarbeid og tillitt og adferdens skadepotensial.”⁸⁹

Den sentrale problemstillingen er dermed hvorvidt den part som hevder at motparten hadde en lojalitetsforpliktelse hadde en beskyttelsesverdige forventning om motpartens lojalitet i det aktuelle tilfellet. I denne vurderingen er det en rekke momenter som kan være av betydning. For avhandlingens formål vil en klargjøring av momentene som er relevante for partenes beskyttelsesverdige forventninger bistå til drøftelsen av hvorvidt det vil kunne oppstilles en plikt til reforhandling i et konkret kontraktsforhold. Under vil derfor de viktigste momentene gjennomgås.

2.4.2 Betydningen av partenes egenskaper og ressurser

Ovenfor i punkt 2.1 er det anført at det stilles strengere krav til næringsdrivende til å ivareta egne interesser enn til forbrukere. I tvist mellom forbruker og næringsdrivende har dette medført et strengere lojalitetskrav for den part som er næringsdrivende. Høyesterett uttalte om dette i Rt. 1987 s. 442:

”Jeg legger i denne sammenheng vekt på at banken framstår som den kyndige part. Hansen har samiskspråklig bakgrunn og er neppe heller særlig forretningsmessig

⁸⁹ *Op.cit.* s. 326.

kyndig i slike forhandlinger som det her er tale om. Dette måtte skjerpe bankens aktsomhets- og lojalitetsplikt.”⁹⁰

I tvist mellom to profesjonelle parter vil det derimot som hovedregel medføre et lempeligere krav til lojalitet.⁹¹ I Rt. 1988 s. 1078 tok Høyesterett stilling til hvorvidt en kausjonists krav var bortfalt som følge av at kreditoren ikke hadde gitt god nok informasjon om låntaker og utviklingen av låneforholdet. Retten uttalte at fordi kreditoren var en profesjonell kredittinstitusjon og ikke hadde hatt den oppmerksomheten man kunne forvente av en slik næringsdrivende part, var det ikke grunnlag for å pålegge kreditoren ansvar.⁹²

Nazarian hevder at det ikke i alle tilfeller nødvendigvis burde stilles strengere krav til en næringsdrivende part.⁹³ Begrunnelsen bygger på at det burde foretas en konkret vurdering av den enkelte parts erfaring med kontraktstypen.⁹⁴ Hensynene som tilsier at en næringsdrivende har bedre utsikt til å ivareta egne interesser bygger på at de fleste kommersielle parter vil ha større ressurser og bedre innsikt i det klimaet kontrakten inngås under. Hvor omfattende lojalitetsplikt som kan oppstilles bør derfor bero på partens muligheter til å ivareta egne interesser i det aktuelle kontraktsforholdet.

2.4.3 Betydningen av tilknytningen mellom partene

Nazarian hevder at parter med nær tilknytning enten på grunn av personlige forhold eller fordi kontraktsforholdet har medført at det er oppstått en særlig tilknytning, vil ha en større forventning om lojalitet.⁹⁵ Begrunnelsen er at det ved gjensidig utvist tillitt over tid samtidig vil bygges opp en forventning om lojalitet. I Rt. 1994 s. 833 vektla Høyesterett den særlige tilknytningen som hadde oppstått mellom kontraktspartene. Saken gjaldt krav om tilbakeføring av en overføring av aksjer og andeler fra en eier i en rederigruppe til banken med grunnlag i ugyldighet etter avtaleloven § 36.

Førstvoterende uttalte at:

⁹⁰ Rt. 1987 s. 442 (s. 446).

⁹¹ Se for eksempel Jo Hov, *avtaleslutning og ugyldighet*, 3. Utgave, Oslo 2002 s. 42, Viggo Hagstrøm og Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett*, Oslo 2003, s. 142-143, Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997 s. 249-250.

⁹² Rt. 1988 s. 1078 (s. 1086).

⁹³ Nazarian 2007 s. 286.

⁹⁴ Se også Hov 1998 s. 40 som hevder at ”Jo mer overlegen den ene part er i for eksempel kunnskap, økonomisk styrke osv., jo mer vil en vente av lojalitet mot den svakere part ...”.

⁹⁵ *Op.cit.* s. 300

”Jeg bemerker at i dette avtaleforholdet, som hadde basis i en langvarig forbindelse mellom banken og Knutsen-familien, og hvor tilleggsavtalen ga banken meget vide fullmakter, vil lojalitetshensyn være et viktig element. Dette lojalitetshensyn vil inngå i den vurdering som skal foretas etter avtaleloven § 36.”⁹⁶

Hvorvidt partene har etablert en særlig tilknytning gjennom kontraktsforholdet vil derfor være et moment av betydning for partenes beskyttelsesverdige forventinger.

2.4.4 Betydningen av graden av samarbeid og tillit mellom kontraktspartene

Uavhengig av hvilken kontraktstype det er snakk om, vil partene ha et minimum av felles interesse for at kontrakten skal gjennomføres og det vil alltid kreves et visst minstemål av samarbeid for å nå denne målsetningen.⁹⁷ En del kontrakter vil imidlertid ha et særlig fremtredende behov for samarbeid.⁹⁸ Nordtveit hevder at det både finnes rene samarbeidsavtaler og avtaler som kun har elementer av samarbeid.⁹⁹ Han hevder videre at begge grupper avtaler kan være momenter som gir en økt forventning om lojalitet.¹⁰⁰

Samarbeidsavtalene er en særskilt type langvarig avtale. Disse kjennetegnes utover den lange tidsperioden av at formålet er samarbeid for å nå et felles mål.¹⁰¹ Grönfors nevner som eksempel på slike avtaler ”joint venture agreements”, hvor partene inngår et felles økonomisk samarbeid.¹⁰² Nordtveit mener at oppdragssamarbeid er en særskilt type samarbeidsavtale hvor det foreligger et ”samarbeid mellom elles uavhengige foretak om å utføre eit oppdrag”.¹⁰³

At samarbeidet har betydning for partenes forventning om lojalitet fremkommer blant annet i dommen inntatt i Rt. 1995 s. 1460. Sakens problemstilling var hvorvidt salg av aksjer kunne kjennes ugyldig fordi det ikke var opplyst om en patentsøknad som var av betydning for kjøperen. Det rettslige grunnlaget for påstanden var avtaleloven § 36 og den ulovfestede lojalitetsplikten. Høyesterett uttalte at:

⁹⁶ Rt. 1994 s. 833, s. 842.

⁹⁷ Nazarian 2007 s. 305.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Ernst Nordtveit, *Oppdragssamarbeid*, Bergen 1992 s. 83.

¹⁰⁰ *Ibid.* Se også Hov 1998 s. 40 som hevder at det stilles strengere krav til lojalitet i konsulentforhold og uttrykker at ”det samme gjelder samarbeidsavtaler”.

¹⁰¹ Grönfors 1995 s. 48.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Nordtveit 1992 s. 10.

”Ved den nærmere vurdering av Haughoms opplysningsplikt må legges vesentlig vekt på samarbeidet mellom partene og Haughoms posisjon som hovedaksjonær og styremedlem i Temco Engineering.”¹⁰⁴

Til tross for at saken spesifikt gjaldt opplysningsplikten kan synspunktet legges til grunn også for andre lojalitetsforpliktelser.

Tillitt er en fundamental komponent i samarbeidsavtaler.¹⁰⁵ Nazarian trekker tillitt frem som et eget moment av betydning.¹⁰⁶ Da det nødvendigvis vil være en nær sammenheng mellom partenes samarbeid og tillitten mellom dem, velger jeg her å behandle dem samlet. At både samarbeid og tillitt er relevant i vurderingen av partenes beskyttelsesverdige forventninger fremkommer særlig av dommene inntatt i Rt. 1935 s. 122 ”Falconbridge”, Rt. 1936 s. 909 ”Ordbok-dommen” og Rt. 1951 s. 371 ”Vedbolagsdommen”. Dommene vil bli nærmere redegjort for nedenfor under punkt 4.4.

2.4.5 Særlig om langsiktige avtaler

Nordtveit hevder at det er viktigere å supplere kontrakten med lojalitetsplikt i de tilfeller hvor det på forhånd ikke er mulig å regulere alle problemer som kan oppstå.¹⁰⁷ I langsiktige kontrakter vil det kunne oppstå en rekke problemstillinger underveis som partene ikke hadde tatt sikte på ved inngåelsen av avtalen. Jo lengre tid som løper fra kontraktens prekontraktuelle stadie til fullbyrdelsestadiet, jo flere endringer vil kunne inntre. Dette taler for at lojalitetsplikten burde være strengere jo lengre avtaleforhold som foreligger.

I en avgjørelse fra Agder lagmannsrett fra 2011 uttalte retten seg om kravet til lojalitet i et langvarig og rendyrket forretningsforhold som forelå i saken:

”Avtalen hadde en tidsramme på ti år. At det dreier seg om et langvarig kontraktsforhold der partene hadde felles interesser, er et moment som taler for å stille noe strengere krav til gjensidig lojalitet enn i enkeltstående transaksjoner.”¹⁰⁸

¹⁰⁴ Rt. 1995 s. 1460, s. 1469.

¹⁰⁵ Nazarian 2007 s. 312.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Nordtveit 1992 s. 83.

¹⁰⁸ LA-2011-100991.

Av dommen kan det utledes at kravet til lojalitet er strengere i langsiktige avtaler enn ved ”enkelstående transaksjoner”. Samtidig må det bemerkes at retten legger til ”der partene hadde felles interesser”. Det sentrale er dermed ikke nødvendigvis den langvarige tiden som er medgått generelt, men det faktum at langvarige avtaler ofte vil medføre en tettere tilknytning mellom partene. Nordtveit syntes å være enig i dette da han uttaler at:

*”det er likevel ikkje først og fremst fordi oppdragssamarbeid er så langvarige, at ein vil operera med ei vidaregåande lojalitetsplikt i høve til utvekslingsavtalar. Det viktigaste grunnlaget for å operera med ei meir vidtgåande lojalitetsplikt i samanslutningstilhøve, er samarbeidselementet og at deltakarene på ein heilt annan måte enn i ein utvekslingsavtale har gjort seg avhengig av medkontrahentene sin vilje til oppfylgjing av avtaletilhøvet.”*¹⁰⁹

Momentet om at det foreligger en langvarig avtale mellom to parter må derfor sees i sammenheng med partenes tilknytning, samarbeid og tillitt.

2.4.6 Andre momenter av betydning

Andre momenter av betydning er ifølge Nazarian blant annet hvilken bransje kontrakten inngås i tilknytning til, hvilket forhandlingsklima avtalen ble inngått under og tidsmomentet.¹¹⁰

At vurderingen av hvilken adferd som er illojal er utpreget skjønnsmessig og konkret, gjør at det ikke vil være mulig å peke på alle mulige momenter som kan være aktuell i en eventuell tvist. Dette medfører at også andre variasjoner i kontraktsforholdet enn de som er nevnt her vil kunne ha betydning.

¹⁰⁹ Nordtveit 1992 s. 83-84.

¹¹⁰ Nazarian 2007 henholdsvis s. 316, 317 og 320.

3 Reforhandlingsplikten i langsiktige kontraktsforhold og legislative betraktninger

3.1 Reforhandlingsplikten

3.1.1 Innledning

I norsk rett finnes det ingen entydig definisjon av begrepet reforhandling.¹¹¹ Ristvedt betegner imidlertid reforhandling som det å ”forhandle om noe med sikte på å endre opprinnelige avtalte betingelser”.¹¹² En slik definisjon samsvarer også med den alminnelige språklige forståelsen av ordet. Reforhandling skiller seg fra alminnelige forhandlinger ved at det på forhånd er inngått en avtale som nå ønskes endret. En forutsetning for reforhandling er dermed at det foreligger en allerede bindende avtale mellom to avtaleparter. Videre forutsettes det at det fra minst en av partene er ønskelig med en endring av avtalens vilkår.

En annen forskjell mellom alminnelige forhandlinger og reforhandlinger er lojalitetspliktens betydning. Ved reforhandlinger vil partene befinne seg på det kontraktuelle stadiet hvor lojalitetsplikten som nevnt er særlig sterk,¹¹³ mens det i forhandlingenes innledende faser kan spørres om det i det hele tatt foreligger noen lojalitetsplikt.¹¹⁴

Etter Nazarians beskrivelse av hvilken adferd som må utvises for at det skal kunne oppstilles en lojalitetsforpliktelse, vil en reforhandlingsplikt være en plikt for lojalitetssubjektet til å ”tåle noe”.¹¹⁵ Dette blir særlig synlig for den part som nyter godt av hvordan avtaleforholdet utviklet seg og dermed ikke ønsker en endring av avtalens vilkår. En plikt til reforhandling er dermed et inngrep for den part som kommer best ut av de endrede omstendighetenes påvirkning på avtaleforholdet.

3.1.2 Allment om problemet med endrede omstendigheter

¹¹¹ Per M. Ristvedt, ”Reforhandling av avtaler”, *Tidsskrift for forretningsjus*, 2012 s 209-247, s. 210.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Se punkt 2.1.

¹¹⁴ Ristvedt 2012 s. 218.

¹¹⁵ Nazarian 2007 s. 214.

Problemet som kan føre til et behov for reforhandling er klassisk innen kontraktsretten.¹¹⁶ Dette er spørsmålet om hvilken betydning endrede omstendigheter vil ha for hvorvidt partene er bundet av avtalen. Flere lovfestede og ulovfestede regler søker å løse problemstillingen, og det er inngående drøftet i den kontraktsrettslige litteraturen. Særskilt behandles spørsmålet i regler vedrørende kontraktsbrudd i form av oppfylleleshindringer, force majeure mv., men det berøres også i mange spesielle regler om virkningen av uforutsette hendelser. Avtaleloven § 36 kan for eksempel medføre at domstolene kan sette til side et avtalevilkår som er blitt ”urimelig” som følge av uforutsette hendelser. Dessuten kan forutsetningslæren anvendes når en uforutsett omstendighet har ført til at en parts vesentlige forutsetninger for avtalen har slått feil.¹¹⁷

Reglene som søker å løse problemet endrede omstendigheter kan medføre er i all hovedsak regler om risikofordeling. Risikofordeling i kontraktsforhold handler nemlig om ”*hvem som skal bære byrden av en uønsket utvikling*”.¹¹⁸

Reforhandlingsplikten utgjør i stor grad en regel om risikofordeling men skiller seg fra de overnevnte regler på den måte at en slik plikt vil innebære en annen virkning enn at avtalen er ugyldig eller at avtalevilkårene revideres.¹¹⁹ En reforhandlingsplikt vil i stedet føre til at partene må utveksle informasjon og søke å finne en løsning på de oppståtte endrede omstendigheter. Hvilken betydning dette har er ett av temaene som drøftes i det følgende.

3.2 Fordeler og ulemper med å konstatere reforhandlingsplikt

Ved vurderingen av hvorvidt det bør oppstilles en plikt til reforhandling må det tas utgangspunkt i de drøftelsene som ble gjort over i punkt 2.3 om den legislative begrunnelsen for lojalitetsplikten som sådan. Til forskjell fra vurderingene i sistnevnte punkt vil det i dette underkapittelet drøftes konkret om reforhandlingsplikten kan oppfylle de hensynene som her gjør seg gjeldende.

Det allerede nevnte grunnleggende prinsippet i norsk rett om at avtaler skal holdes og at partene dermed kan stole på at den kontraherende part oppfyller slik han skal etter kontrakten,

¹¹⁶ Bert Lehrberg, *Omförhandlingsklausuler*, 2. Utgave, Stockholm 2008 s. 17.

¹¹⁷ Se for eksempel Hallsteinsen 2018 s. 553.

¹¹⁸ *Op.cit.* s. 341.

¹¹⁹ *Op.cit.* s. 560.

er en nødvendig forutsetning for omsetningslivet. Når to parter inngår en avtale er det nettopp for å regulere et bestemt tilfelle på en rettslig bindende måte. Å forholde seg til at avtalen skal holdes slik den er inngått sikrer da forutberegnelighet og muliggjør gjensidig utveksling av ytelser. Hallsteinsen formulerer dette grunnleggende utgangspunktet slik:

“ (...) Partene må vurdere pris, varighet og de øvrige betingelsene i avtalen, og sørge for at omstendigheter av betydning reguleres på en fornuftig måte. Dersom partenes antagelser om markedsutviklingen senere viser seg å ikke stemme, må de like fullt oppfylle sine forpliktelser etter avtalen. En motsatt løsning ville ført til en høy grad av usikkerhet. Prinsippet om at avtaler skal holdes, bidrar til å skape forutsigbarhet for aktørene i næringslivet. Dette tilsier at partene ikke ensidig og uten videre bør kunne kreve endringer i betingelsene etter avtaleinngåelsen.”¹²⁰

Slik som for lojalitetsplikten som sådan, og som allerede påpekt i innledningen, vil det å pålegge en av partene i en kommersiell avtale en plikt til å inngå reforhandlinger derfor trenge særskilt begrunnelse.

Başoğlu hevder at:

*”Renegotiation is the most efficient remedy for the change of circumstances since it enables the parties to find a mutual resolution. Renegotiation is not a all-or-nothing remedy like the termination of the contract since it provides the parties with the full discretion of reallocating the risk and regenerating the contractual balance”.*¹²¹

Reforhandling kan altså hjelpe partene med å finne en løsning på det problemet som er oppstått og samtidig ha kontroll over utfallet og hvordan risikoen skal fordeles. Dette til forskjell fra for eksempel avtalerevisjon etter avtaleloven § 36 hvor løsning av tvisten kan falle over på domstolene.

Meidell hevder videre at en plikt til reforhandling vil kunne ha ”en konfliktdempende og ikke minst økonomisk funksjon”.¹²² Han begrunner dette med at reforhandling vil føre til at partene

¹²⁰ Hallsteinsen 2018 s. 345.

¹²¹ Başak Başoğlu, ”The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts - Renegotiation, Rescission or Revision”, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol 17, 2016 s. 23.

¹²² Meidell 2002, s. 500.

må utveksle informasjon og forsøke å løse det problemet som er oppstått før tvisten bringes inn for en tredjepart.¹²³

Behandling av en sak i domstolene vil ofte være svært kostbar og tidkrevende. Dette var en del av bakgrunnen for endringene i den nye tvisteloven,¹²⁴ hvor det ble lagt større vekt på alternative tvisteløsningsmetoder og at partene selv skal komme til minnelige løsninger.¹²⁵ Det følger av utvalgets uttalelser at slik alternativ tvisteløsning kan være raskere og billigere og at det dessuten i mange tilfeller åpner for *”løsninger som bedre kan tilpasses partenes behov enn en «enten eller avgjørelse» ved dom, begrenset til det som er tvistegenstanden i saken.”*¹²⁶

Dersom partene er pålagt en plikt til reforhandling, vil den part som søker å gå til domstolene for å få dom for sin rett etter kontrakten risikere om å bli møtt med en anførsel om brudd på lojalitetsplikten. På denne måten vil parter som ikke ønsker å opptre illojalt være bundet til å søke å løse saken med motparten i reforhandlinger.

Det kan likevel diskuteres hvorvidt reforhandlingsplikten vil ha denne kostnadsbesparende effekten. Det kan for eksempel være uklart hvilket innhold en slik reforhandlingsplikt vil ha.¹²⁷ Dersom pliktens innhold ikke på forhånd lar seg fastlegge, vil en plikt til reforhandling på denne måten kunne øke behovet for avklaring i domstolene og slik avdempe den kostnadsbesparelsen forhandlingen i utgangspunktet skulle innebære. I slike tilfeller vil også effektiviteten minke ettersom tvisten vil få enda et ledd før domstolsbehandlingen. Dette argumentet må likevel ikke overdramatiseres da de rettskildene som finnes gir en viss pekepinn på hvilket innhold plikten vil ha. Utelukkende det at partene er pliktig i å møte opp til reforhandlinger kan tenkes å føre til kommunikasjon mellom partene, som igjen kan føre til en løsning på et tidligere stadie av tvisten.

At partene møtes for å utvikle informasjon kan videre ha positive effekter for kontraktsforholdet. Bruserud nevner som formål med hardshipklausulene at disse kan søke løsninger hvor kontraktsforholdet kan fortsette til tross for en inntrådt interessesvikt.¹²⁸ Det samme argumentet kan gjøres gjeldende for en lojalitetsforpliktelse til reforhandling.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Lov 17. Juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

¹²⁵ NOU 2001:32 A s. 130, punkt 3.2, se også tvistelovens §5-4 om at partene skal *”undersøke om det er mulig å løse tvisten i minnelighet før sak reises, og gjøre nærmere forsøk på dette ...”*.

¹²⁶ NOU 2001:32 A s. 130, punkt 3.3.

¹²⁷ Meidell 2002 s. 503. Se forøvrig mer utfyllende redegjørelse av reforhandlingspliktens innhold i punkt 5.

¹²⁸ Bruserud 2010 s. 30.

Formålet må sees i sammenheng med at alvorlig interessesvikt kan medføre at kontraktsforholdet opphører.

Samtidig vil partene ofte likevel vil være tjent med å ovenfor hverandre opptre på en profesjonell og skikkelig måte. Hallsteinsen uttaler om dette at ”*en rettslig bindende plikt til å forhandle kan gjøre at partene ved dialog får bedre innsikt i forhold som kan være av stor betydning for videre samarbeid.*”¹²⁹ At partene tvinges til å utveksle informasjon om hvordan de endrede omstendighetene har påvirket kontraktsforholdet for deres herværende, kan tenkes å gi den andre part forståelse for at parten ønsker reforhandlinger. Ristveit hevder slik drøfting av sakens tvist kan føre til at partene får mulighet til å ”*føre en konstruktiv dialog om kontraktens fremtid.*”¹³⁰

Til forskjell fra forhandlinger om en helt ny avtale innebærer reforhandling den fordel at den gamle avtalen fortsatt setter rammen for forholdet mellom partene.¹³¹

Grönfors uttaler om dette:

*”I stället för att koncentrera uppmärksamheten på en juridisk bedömning av orsakerna till att oskälighet har uppkommit flyttar man över tyngdpunkten av bedömningen från rättsfaktumsidan till rättsföljsidan.”*¹³²

I andre europeiske lands rett som anerkjenner at partene i visse tilfeller kan ha en reforhandlingsplikt er det særlig behovet for balanse i kontraktsforholdet som begrunner plikten. Dette redegjøres for nærmere under 4.2 nedenfor. Å oppnå balanse i kontraktsforhold er et hensyn som er anerkjent av lovgiver og domstolene. Både reglene om at urimelige avtaler kan kjennes ugyldig etter avtaleloven § 36 og andre ovenfor nevnte forsøk på å bøte på problemet med uforutsette hendelser er ment å ha denne funksjonen.

Over i punkt 2.3 nevnte jeg videre at hvorvidt kravet til forutberegnelighet oppfylles vil variere fra den enkelte lojalitetsforpliktelse. I de tilfeller hvor avtalen ikke kan tolkes slik at partene hadde ment at det forelå en plikt til reforhandling vil en slik plikt kunne komme overraskende på den part som nyter godt av de endrede omstendigheter. At det ikke ansees klart i norsk rett hvorvidt det foreligger en reforhandlingsplikt vil også gjøre det vanskeligere

¹²⁹ Hallsteinsen 2018 s. 561.

¹³⁰ Ristvedt 2012 s. 500.

¹³¹ Grönfors 1995 s. 66.

¹³² *Ibid.*

for parten å være klar over at plikten overtredes. Høyesterett har uttalt ved flere anledninger at en av dette hensyn bør være forsiktig med å gå utenfor avtalens ordlyd.¹³³ Det må dermed vurderes om en plikt til reforhandling vil være i motstrid med partenes intensjon ved avtaleinngåelsen. Dersom spørsmålet besvares bekræftende bør tungtveiende hensyn foreligge for å veie opp for den manglende forutberegneligheten.

Det har videre ofte vært anført at rettsvirkningene av hardshipklausuler vil være noe begrenset.¹³⁴ Samme argument kan antageligvis gjøres gjeldende for en reforhandlingsplikt basert på det ulovfestede lojalitetsprinsippet. Et særskilt spørsmål som oppstår når en drøfter hvorvidt det bør oppstilles en reforhandlingsplikt er nemlig om det er mulighet for å få fastsettelsesdom for plikten. Meidell hevder at det ”*neppe (vil) være praktisk å gi fastsettelsesdom for en reforhandlingsplikt, selv om en av partene skulle fremsette slik påstand*”.¹³⁵ Alternativet er at domstolene staturer at en slik plikt forelå *ex post*, og at plikten ble misligholdt.¹³⁶ Av hensyn til oppgavens omfang vil det ikke her drøftes hvorvidt det vil være mulig å få fastsettelsesdom for reforhandlingsplikt. At spørsmålet er uklart vil likevel kunne ha betydning for hvor betydningsfullt det er å oppstille en slik plikt.

Dersom det ikke vil være mulig å få slik fastsettelsesdom vil argumentet om at partene burde drøfte tvistespørsmålene i fellesskap uten innblanding fra domstolene få mindre vekt. Domstolene vil da i stedet måtte ta stilling til hvorvidt det forelå et lojalitetsbrudd. Samtidig vil den etterfølgende muligheten for at domstolene fastslår at en slik plikt forelå kunne virke preventivt for partene når en konflikt oppstår. Ønsket om å ikke opptre illojalt ovenfor medkontrahenten og samtidig unngå at saken må opp til domstolene, vil dermed kunne forårsake at partene inngår reforhandlinger til tross for ønsket om å beholde kontrakten slik den er inngått.

Reforhandlingsplikten kan altså tenkes å få både en konfliktdempende- og økonomisk funksjon, være et bedre alternativ for parter som ønsker å fortsette samarbeid i fremtiden og gi partene den fordel at de selv kan fremforhandle en revidert avtale. Samtidig må det legges tung vekt på de motstridende hensyn når en vurderer om det kan oppstilles en reforhandlingsplikt i det enkelte tilfellet.

¹³³ Hallsteinsen 2018 s. 159. Se også Høyesteretts uttalelser om dette i Rt. 1994 s. 581.

¹³⁴ Hallsteinsen 2018 s. 561.

¹³⁵ Meidell 2002 s. 502.

¹³⁶ *Ibid.*

4 Reforhandlingsplikt i langsiktige kontraktsforhold – en lojalitetsforpliktelse?

4.1 Hovedregel: Ingen reforhandlingsplikt hvor det ikke følger av avtalen

Basert på de hensyn som er gjort rede for ovenfor i punkt 2.3 og 3.2 er det klart at hovedregelen må være at det ikke kan oppstilles en plikt til reforhandling hvor dette ikke følger av avtalen. Hovedregelen er også bekreftet i juridisk teori. Meidell forklarer i sin artikkel at ”I mangel av en slik klausul må utgangspunktet etter norsk rett være at partene ikke har noen plikt til å reforhandle kontrakten ved irregulær økonomisk utvikling.”¹³⁷ Videre ligger en slik forståelse implisitt i en rekke kontraktsrettslig litteratur.¹³⁸

Utgangspunktet er det samme etter svensk rett.¹³⁹ Grönfors uttaler om dette:

*”Utgångspunkten när det gäller neutrala avtal är kravet att båda parter måste vara överens. Ingen skall alltså ensidigt kunna tvinga sin motpart till omförhandling. Satsen härleder man ur två principer, nämligen dels avtalsfrihetens princip och dels principen om bundenhet vid redan ingångna avtal.”*¹⁴⁰

I den nye ”*Restatement of Nordic contract law*” fra 2016,¹⁴¹ hvor flere professorer fra de nordiske landene har presentert gjeldende grunnleggende regler og prinsipper i nordisk kontraktsrett, er det videre inntatt et kapittel om ”*change of circumstances*” hvor reforhandling ikke er nevnt som en aktuell plikt.¹⁴²

Likevel taler gode grunner som gjennomgått over for at det i visse tilfeller kan følge en reforhandlingsplikt hvor det foreligger spesielle omstendigheter. Nazarian syntes å være enig i dette standpunktet da hun i sin avhandling hevder at ”*partene kan også ha en plikt til å*

¹³⁷ Meidell 2002 s. 501-502.

¹³⁸ Se for eksempel Hallsteinsen 2018 s. 560-562 som forklarer at de to alternative rettslige grunnlagene for reforhandling er avtale eller at partene i etterkant blir enige om at reforhandling skal finne sted. Se også samme tilnærming i Hov 1998, s. 439.

¹³⁹ Grönfors 1995 s. 61.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Lando m.fl. *Restatement of Nordic contract law*, 2016.

¹⁴² *Op.cit.* s. 220.

reforhandle på grunnlag av lojalitetsplikten (...).¹⁴³ Muligheten holdes også åpen av Meidell som uttaler at:

”Det kan dog ikke utelukkes at domstolene eller en voldgiftsrett under spesielle omstendigheter og for et enkelttilfelle statuerer en forhandlingsplikt. Kontraktsforhold som bærer sterkt preg av et samarbeid mellom partene, med høye krav og forventninger til lojalitet, kan tenkes å gi grunnlag for en slik løsning.”¹⁴⁴

Det kan på bakgrunn av dette ikke utelukkes at det vil kunne bli snakk om forhandlingsplikt i de tilfeller partene har en særlig forventning av lojalitet. Spørsmålet blir da hvilke spesielle omstendigheter som kan føre til at det vil oppstilles en plikt til forhandling basert på lojalitetsprinsippet. Det er dette som vil drøftes i det følgende.

4.2 Reforhandlingsplikten i internasjonal rett

De fleste store rettssystemene har lenge vært motvillig til å oppstille en forhandlingsplikt basert på lojalitetsprinsippet.¹⁴⁵ Imidlertid hevdes, som det vil redegjøres for i det følgende, en slik plikt å følge av Lex Mercatoria, og flere av de internasjonale modellovene oppstiller en plikt til forhandling. Samtidig kan det syntes å ha skjedd en utvikling også i flere nasjonale rettssystemer de siste årene.

Domstolene i Storbritannia har lenge avvist at det kan oppstilles en plikt til forhandling. I en avgjørelse fra den engelske High Court fra 2010,¹⁴⁶ uttalte retten at:

”Good faith, whilst requiring the parties to act in a way that will allow both parties to enjoy the anticipated benefits of the contract, does not require either party to give up a freely negotiated financial advantage clearly embedded in the contract.”¹⁴⁷

I en nylig avgjørelse fra Quebec Court of Appeal i 2016,¹⁴⁸ tok retten i betraktning hvorvidt det eksisterte en plikt til forhandling av langsiktige kontrakter basert på lojalitetsprinsippet hvor uforutsette hendelser fører til ”hardship”. Retten kom her til at det *kunne* utledes en slik

¹⁴³ Nazarian 2007 s. 213.

¹⁴⁴ Meidell 2002 s. 501.

¹⁴⁵ Bruserud 2010 s. 110, se også Meidell 2002 s.502 som hevder at ”ingen av de store nasjonale rettssystemene har innført en alminnelig forhandlingsplikt”.

¹⁴⁶ Gold Group Properties Ltd v BDW Trading Ltd [2010] EWHC 323 (TCC).

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd c Hydro-Québec, 2016 QCCA 1229.

plikt av lojalitetsprinsippet. Faktum i saken førte likevel til at det ikke ble konstatert pliktbrudd.

I Frankrike har en også i lang tid avvist krav om reforhandling basert på lojalitetshensyn. I nyere saker er dette imidlertid godtatt.¹⁴⁹ Uribe skriver om dette:

*”... in France, recent but consistent case law has held that a duty to renegotiate exists if performance by one party has become excessively onerous, thereby radically changing the original contract equilibrium. (...) if unforeseen and serious circumstances result in a severe imbalance in the contractual equilibrium, the principle of good faith and the duty of loyalty between the parties give rise to a duty for the advantaged party to renegotiate the terms of the contract at the request of the affected party (...)”*¹⁵⁰

I etterkant av avgjørelsen, under reformen av kontraktsretten i Frankrike i 2016, ble reforhandlingsplikten gjort til fransk lov gjennom artikkel 1195 i den franske sivillovboken. Av bestemmelsen følger det at:

*”If a change of circumstances that was unforeseeable at the time of the conclusion of the contract renders performance excessively onerous for a party who had not accepted the risk of such a change, that party may ask the other contracting party to renegotiate the contract.”*¹⁵¹

(engelsk oversettelse)

Utviklingen kan dermed synes å gå i retning av større rom for å konstatere reforhandlingsplikt basert på lojalitetshensyn. Det sentrale vilkåret for å akseptere slik reforhandling syntes å være at oppfyllelse av kontrakten blir vesentlig mer byrdefullt enn det som kan forventes, jf. *”excessively onerous”*.

Vilkårene henviser i hovedsak til resultatet av de endrede omstendighetene. Av faktum i sakene det refereres til over, fremkommer det imidlertid at også partenes tilknytning og varigheten på kontraktsforholdet har hatt betydning.

¹⁴⁹ Se for eksempel Cass. com, 3 November 1992, *”arrêt Huard”*, Cass. com. 24 November 1998, *”arrêt Chevassus-Marge”*, Cass. civ. 16 March 2004, Cass. com, 3 October 2006 og Cour D’appel *”Nancy”* 2. Ch. Com. 26 September 2007.

¹⁵⁰ Rodrigo Momberg Uribe, *”Change of circumstances in international instruments of contract law – The approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR”* 15 (2) VJ 2011 s. 233-266, s. 261.

¹⁵¹ Fransk *”code civil”* (ajourført 2. mars 2017), artikkel 1195.

Som nevnt hevdes det videre å foreligge et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp – Lex Mercatoria – om plikt til reforhandling. Transnational Law Database gir uttrykk for disse alminnelige kontraktsrettslige prinsippene.¹⁵² Ifølge dens artikkel IV.6.7.5 har hver av partene: ”... *a good faith obligation to renegotiate the contract if there is a need to adapt the contract to changed circumstances and the continuation of performance can reasonably be expected from the parties.*”¹⁵³

Etter ordlyden oppstiller bestemmelsen to vilkår for at reforhandlingsplikten skal trå til. For det første må det være ”*a need to adapt the contract to changed circumstances*” og for det andre må fortsettelse av kontrakten være ”*reasonably expected from the parties*”.

Av kommentar nummer en til bestemmelsen følger det at plikten er utledet av lojalitetsplikten, jf. ”*The principle is derived from the fundamental Principle of good faith*”.¹⁵⁴ Av kommentar nummer to følger det videre blant annet at:

”*In long term contracts, such duties are imposed in revision or renegotiation clauses. Absent such contractual stipulations, good faith may dictate that the parties get together and try to renegotiate their contract. The hardship scenario provides a specific example of such a duty to renegotiate....*”¹⁵⁵

Kommentarene gir ikke videre veiledning i spørsmålet om hvilke omstendigheter som kan føre til en plikt til reforhandling da det utelukkende kommenteres at lojalitetsprinsippet *kan* medføre en reforhandlingsplikt, jf. ”*may dictate*”. Et visst vurderingstema kan imidlertid utledes av ordlyden direkte. Artikkelens andre vilkår ”*reasonably expected ...*” viser at partenes beskyttelsesverdige forventinger er relevant ved bedømmelsen av om reforhandlingsplikt kan oppstilles. Vurderingstemaet samsvarer dermed med Nazarians synspunkt om at partenes beskyttelsesverdige interesser har betydning for hvilke lojalitetsforpliktelser som kan oppstilles i det konkrete tilfellet.

En plikt til reforhandling følger også av UNIDROIT PICC 2016, artikkel 6.2.3:

¹⁵² Transnational Law Database (heretter TLD), tilgjengelig via: [https://www.translex.org/principles/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)](https://www.translex.org/principles/of-transnational-law-(lex-mercatoria)) (mai 2018).

¹⁵³ TLD art. IV 6.7.5

¹⁵⁴ *Op.cit.* kommentar nr. 1

¹⁵⁵ *Op.cit.* kommentar nr. 2

”In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.”

Bestemmelsen oppstiller ikke vilkår for når slik reforhandlingsplikt inntre utover at det må foreligge ”hardship”. Som det vil beskrives under i punkt 4.5 defineres imidlertid ”hardship” i modellovens artikkel 6.2.2.¹⁵⁶ Her fremkommer det likevel ikke hvilke særlige omstendigheter i henhold til partene som er nødvendig for at reforhandlingsplikt kan oppstilles.

Vilkårene som fremkommer av internasjonal og nasjonal utenlandsk rett gir dermed en viss veiledning for i hvilke tilfeller reforhandlingsplikten vil inntre. Likevel er det ikke av dette enkelt å trekke slutninger om hvilke kontraktsforhold og hvilke spesielle omstendigheter mellom partene som kan medføre at det oppstilles en plikt til reforhandling. Dette skal likevel søkes klargjort nedenfor.

4.3 Under hvilke omstendigheter vil det *ikke* kunne statueres en plikt til reforhandling?

4.3.1 Tilbake til hovedregelen om risiko for egne forutsetninger

For å fastlegge i hvilke tilfeller det eventuelt kan oppstilles en plikt til reforhandling er det for det første nødvendig å klargjøre hvilke omstendigheter som partene alltid vil ha risikoen for, og som det dermed ikke kan oppstilles en plikt til reforhandling på bakgrunn av. Dette vil utelukke en del tilfeller og klargjøre hvilke tilfeller som kan bli aktuell.

I en dom fra Borgarting lagmannsrett fra 2014,¹⁵⁷ kom en seksjonseier med krav mot et boligsameie om dekning av utgifter etter utbedring av lekkasje fra en takterrasse. Det sentrale tvistetemaet var hvorvidt avtale om at seksjonseieren skulle utbedre en vannlekkasje var ugyldig som følge av bristende forutsetninger. Retten drøftet subsidiært hvem som måtte bære risikoen for en eventuell forutsetningssvikt. Det ble lagt vekt på at den klare hovedregelen om

¹⁵⁶ Se som motsetning PECL art. 6:111 hvor vurderingen av hva som utgjør ”hardship” er inntatt i bestemmelsen som pålegger reforhandling.

¹⁵⁷ LB-2014-3485.

at partene bærer risikoen for sine egne forutsetninger ved inngåelse av avtaler, selv om disse både er vesentlige og synbare og retten uttalte at:

”Etter lagmannsrettens syn er selskapet åpenbart nærmest til å bære risikoen for at det ikke ble tatt forbehold om å reforhandle avtalen dersom skadeårsaken ble kartlagt under reparasjonsarbeidene, eller på annen måte regulere situasjonen dersom det ble avdekket en mer eller mindre klar skadeårsak.”

Lojalitetsplikten var ikke påberopt for rettslig grunnlag i saken. Likevel viser dommen at i de tilfeller hvor en part har en klar oppfordring til å ivareta egne interesser, vil det ikke kunne forventes at motparten skal ivareta disse i etterkant.

I denne sammenheng kan det vurderes hvorvidt det kan utledes noe av at spørsmålet *ikke* er regulert i kontrakten. Kan det av dette sluttet at partene hadde ment at det ikke skulle være mulig å oppstille en plikt til reforhandling? Hvilken betydning vil dette i så fall ha? Det er dette som er gjenstand for drøftelse i det følgende delkapittel.

4.3.2 Betydningen av at hardshipklausul ikke er inntatt

Det skal altså her vurderes om og i så fall hvilken betydning det skal ha at det ikke er inntatt hardshipklausul i en kontrakt.

I avgjørelsen inntatt i Rt. 2011 s. 65 argumenterte førstvoterende med at lojalitetsplikten kan supplere standardkontrakter. Saken gjaldt en rådgivers varslingsplikt etter NS 8401 og Høyesterett uttalte at:

”Jeg er ikke uenig i at det også for avtaleforhold som reguleres av Norsk Standards ulike kontraktsbestemmelser, kan gjelde en ulovfestet lojalitetsplikt. Slik saken ligger an, finner jeg imidlertid ikke grunn til å drøfte verken når en slik forpliktelse kan tenkes å foreligge, eller hvilke sanksjoner brudd på plikten kan medføre.”¹⁵⁸

Av flertallets argumentasjon i saken kan det utledes at det i det minste ikke er noe i veien for at en lojalitetsplikt kan føre til ytterligere forpliktelser enn de som følger av avtalevilkårene.

I de tilfeller det er klart at partene har ment å ikke inkludere en plikt til reforhandling ved endrede omstendigheter berører vi spørsmålet om hvorvidt lojalitetsplikten er ufravikelig.

¹⁵⁸ Rt. 2011 s. 65, premiss 43.

Partene kan ha et ønske om å regulere uttømmende forholdet mellom seg, og spørsmålet kommer på spissen når det i avtalen eksplisitt regulerer at kontrakten skal sees slik.

Nazarian hevder som nevnt over i punkt 2.3 at lojalitetsplikten er ufravikelig. Hun uttaler likevel at ”Når det derimot gjelder grensespørsmålene om hva som skal regnes som illojal adferd, må en ta utgangspunkt i kontrakten”.¹⁵⁹ Til tross for at reforhandlingsplikt kan oppstilles uavhengig av partenes intensjoner ved avtaleinngåelsen vil dermed det faktum at de har utelatt klausul om reforhandling få betydning for lojalitetsvurderingen. Sagt på en annen måte: ”Selv om lojalitetsplikten er ufravikelig, vil derfor partenes avtaleregulering avgjøre hva som er illojalt”.¹⁶⁰

4.3.3 Avtaletyper som gjør reforhandling irrelevant

Over i punkt 1.2.1 ble det avgrenset mot flere avtaletyper. I dette delkapittelet vil jeg behandle et særtrekk ved avtaler som faller under avhandlingens tema, men som likevel gjør at spørsmålet om reforhandling ikke vil bli problematisert.

En rekke avtaler kan sies opp når som helst med ingen eller kort oppsigelsestid. Dersom en langsiktig kontrakt kan sies opp, kan oppsigelsesadgangen benyttes for å reforhandle avtalens vilkår, og parten vil slik ikke bli påvirket av de endrede omstendighetene.

Oppsigelsesadgangen brukes for eksempel ofte for å reforhandle avtalevilkårene i leiekontrakter.¹⁶¹ I slike tilfeller vil det være av liten betydning å oppstille en plikt til reforhandling.

4.4 Under hvilke omstendigheter kan det oppstilles en plikt til reforhandling?

4.4.1 Hvilke spesielle omstendigheter er tilstrekkelig for å oppstille en reforhandlingsplikt?

Nazarian mener som beskrevet over at hvilke plikter som kan oppstilles i det konkrete tilfellet vil bero på om minstekravene er oppfylt, herunder partenes beskyttelsesverdige

¹⁵⁹ Nazarian 2007 s. 137.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Lehrberg 2008 s. 59.

forventninger.¹⁶² For at minstekravene for lojalitetsplikt skal foreligge, må det være lojalitetssubjektet eller noen det kan identifiseres med som har avslått forslag om reforhandling. Videre stilles det krav til virkning av denne adferden.¹⁶³ Dette vil si at partens motvilje til å delta i reforhandlinger vil ha en negativ effekt på medkontrahenten, samt at den negative effekten må ha betydning for partenes interesser i det konkrete kontraktsforholdet.¹⁶⁴

Hvor disse innledende minstekravene er oppfylt vil det sentrale spørsmålet dermed bli om partenes beskyttelsesverdige forventninger tilsier at det forelå en lojalitetsforpliktelse til å delta i reforhandlinger.

Over i punkt 2.4 ble en rekke av momentene av betydning for partenes beskyttelsesverdige forventninger gjennomgått. Flere av de momentene som taler for at partene har en sterkere forventning om lojalitet vil kunne tale for at det burde oppstilles en plikt til reforhandling i et konkret tilfelle. Disse vil gjennomgås i det følgende.

For det første vil det som nevnt være av betydning at det foreligger en langvarig avtale.¹⁶⁵ Det faktum at avtalen er langvarig vil antageligvis likevel i seg selv ikke være tilstrekkelig til å oppstille en plikt til reforhandling. Saken fra Agder lagmannsrett nevnt over i punkt 2.4.5 kan tjene som illustrasjon.¹⁶⁶

Twisten gjaldt krav om erstatning for påstått illojal opptreden under forhandlinger om en avtale om overdragelse av rettigheter i en shippingvirksomhet. Den ene parten hevdet at det var gitt villedende og uriktige opplysninger som førte til at avtalen inneholdt et vederlag som var lavere enn det parten var berettiget til etter forholdet mellom de to partene. Twisten hadde sitt utspring i en avtale mellom de samme to partene og avtalen hadde en løpetid på 10 år. Hovedspørsmålet i saken var om det ene selskapet ved erstatningsbetingende uaktsomhet påførte det andre selskapet et tap. Vurderingstemaet var videre om selskapet hadde opptrådt i strid med alminnelige ulovfestede prinsipper om lojalitetsplikt i kontraktsforhold.

¹⁶² Nazarian 2007 s. 214.

¹⁶³ *Op.cit.* s. 238.

¹⁶⁴ *Op.cit.* s. 245.

¹⁶⁵ Se punkt 2.4.5

¹⁶⁶ LA-2011-100911.

Retten uttalte for det første at ”lojalitetskravet forankres i en avveiningsregel hvor ansvarsspørsmålet avgjøres etter en samlet vurdering av omstendighetene ved avtaleforholdet.”.¹⁶⁷ Videre ble det uttrykt at:

”Olympia har gjort gjeldende at avtalene fra februar 2007 etablerte et indre selskap mellom og JBUS og andre selskaper i Uglandkonsernet som i følge Olympia må identifiseres med hverandre. Ettersom man ikke kan se bort fra at dette spørsmålet vil ha betydning for styrken i JBUHs lojalitetsplikt, tar lagmannsretten først standpunkt til dette spørsmålet.”

Til tross for avtalens lange tidsløp var altså den sentrale problemstillingen for graden av styrke på selskapets lojalitetsplikt om det var etablert et indre selskap som gjorde at partene måtte identifiseres med hverandre. Dette taler for at det må noe mer enn et langvarig forhold til for at det kan oppstilles en lojalitetsforpliktelse til reforhandling.

I spørsmålet om det kan oppstilles en lojalitetsplikt er det som nevnt over i punkt 2.4.4 også av betydning hvilken grad av samarbeid og tillitt som foreligger mellom partene. Dette vil det redegjøres nærmere for her.

I dommen inntatt i Rt. 1936 s. 909 hadde et selskap inngått avtale om levering av nikkell til fast pris. Da prisene på nikkell plutselig steg kraftig, ville mottaker få en ekstrem og unormal fortjeneste dersom de valgte å selge nikkelet videre. Retten kom imidlertid til at selskapet ikke kunne opprettholde prisen som fulgte av avtalen og leverandøren unngikk således forpliktelsen. Begrunnelsen var det særlige tillitsforholdet som forelå mellom partene. Om dette uttalte Høyesterett:

*”Endelig maa den hele situasjon sees paa bakgrunn av det intime samarbeide som bestod mellem Falconbridge og Raffineringsverket. Falconbridge raffinerte sin og Raffineringsverkets nikkellmatte under ett, og der var overenskomst om en salgsordning paa kvotebasis for at utelukke at partene skulde gaa i veien for hverandre i markedet.”*¹⁶⁸

Avgjørelsen førte altså til at avtalevilkårene måtte revideres. Dommen gjelder således ikke reforhandlingsplikten, men tilfellet ligger likevel nært opp til et spørsmål om reforhandling. Til forskjell fra det som her ble bestemt ville en reforhandlingsplikt imidlertid kunne utgjort et

¹⁶⁷ LA-2011-100911.

¹⁶⁸ Rt. 1935 s. 122 ”Falconbridge”

mindre kvalifisert inngrep i partenes avtalefrihet. Hvis en slik plikt forelå kunne partene i forkant av en behandling i domstolene blitt tvunget til å møtes og utveksle informasjon om den påvirkning prissvingningene hadde hatt på avtaleforholdet, og hvilke løsninger som kunne bli aktuelle med den pådriveren at unnlatt medvirkning til reforhandlingen ville kunne utgjøre et brudd på lojalitetsplikten.

I de tilfeller hvor situasjonen ligger nært opp mot saksforholdet i den aktuelle tvisten taler hensynene derfor for at det kan oppstilles en plikt til reforhandling.

En annen dom som illustrerer betydningen av samarbeid og tillitt er en voldgiftsdom fra 1941 inntatt i Rt. 1951 s. 371.¹⁶⁹ Saksforholdet har flere likhetstrekk med sistnevnte sak.

Avgjørelsen gjaldt et selskap som hadde inngått en avtale med NSB om levering av kull. Da leveringen skulle finne sted hadde prisene på kull steget kraftig som følge av at andre verdenskrig hadde startet. Retten uttalte at det forelå et særlig nært samarbeid mellom kontraktspartene som måtte føre til at tapet ikke kunne forventes dekket av leverandøren alene. Bakgrunnen for dette var at selskapet hadde tatt en svært lav fortjeneste som retten mente førte til at avtalen måtte ansees som en formidleravtale mellom bedriften og NSB og ikke en alminnelig forretningsavtale. Konklusjonen ble at leverandøren, gjennom tolkning av kontrakten, kunne kreve endring av prisen for kull.

Til tross for at avgjørelsen gjaldt to profesjonelle parter kom altså retten til at risikoen ikke alene kunne bæres av den parten som hadde tatt på seg leveransen av kull. Også i denne avgjørelsen var det sentralt for dette resultatet at partene hadde et tett samarbeid og en særlig nær tilknytning.

Også innenfor entrepriseretten er det i en rekke voldgiftsavgjørelser lagt til grunn at uforutsette, endrede forhold kan føre til at partene har rett til å justere vederlaget etter kontrakten. Et eksempel er avgjørelsen inntatt i RG 1992 s. 728 ("Tiranna II"). Saken omhandlet en kontrakt om fjerning av olje fra et skipsvrak. Entreprenørens tilbud som gikk ut på fjerning av all olje fra skipet, viste seg å være svært lavt i forhold til de vanskeligheter som oppstod ved fjerningen. Oljen var nemlig av så tykk konsistens at det ikke var mulig å fjerne den på normal måte. Voldgiftsretten tok ikke motpartens anførsel om at entreprenøren var nærmest til å bære risikoen for uforutsette hendelser til følge, og uttalte at det måtte gjøres unntak for vesentlige hindringer som entreprenøren ikke kunne regne med. Tilfellet var ikke

¹⁶⁹ Rt. 1951 s. 371 "Vedbolag"

regulert av kontrakten og avtalen måtte derfor utfylles med bakgrunnsretten og rimelighetsbetraktninger.

Hovedargumentet for parten som vant frem i de ovenfor nevnte saker syntes å være at balansen i avtaleforholdet var blitt vesentlig forrykket og at tilknytningen mellom partene tilsa at den ene parten ikke kunne ta konsekvensen av denne forrykningen alene. Synspunktene gjort av de ulike domstolene her kan syntes å samsvare med vilkåret for reforhandlingsplikt etter fransk lov om at oppfyllelse av kontrakten er blitt ”*excessively onerous*”. Som nevnt over i punkt 3.2 er dette et hensyn som generelt taler for en plikt til reforhandling. I de tilfeller hvor partene har et slikt forhold som beskrevet i sakene ovenfor taler dette for at det bør oppstilles en plikt til reforhandling.

Så langt har drøftelsene tatt utgangspunkt i at partene ved avtaleinngåelsen ikke har hatt en intensjon om at det skulle foreligge en reforhandling. I neste delkapittel drøftes det særskilte spørsmålet om visse klausuler kan gi et slikt tolkningsresultat og i så fall hvilken betydning dette vil ha.

4.4.2 Betydningen av at partene delvis har regulert virkningene av endrede omstendigheter i kontrakten

I punkt 1.2.2 ovenfor introduserte jeg noen klausuler hvis karakteristikk er at de søker å muliggjøre endring av kontraktens vilkår i særskilte tilfeller. Én slik type klausul er indeks- og valutaklausulene.

Hvor slike klausuler foreligger kan det argumenteres for at partene har ønsket å holde muligheten for reforhandling åpen hvor uforutsette hendelser oppstår.

I en norsk voldgiftsdom inntatt i ND 1985 s. 234 hadde partene inntatt en valutaklausul i kontrakten. Svært store endringer i dollarkursen medførte imidlertid at klausulen fikk en uventet følge som stred mot partenes intensjoner med klausulen på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Retten kom på denne bakgrunn til at valutaklausulen måtte revideres i medhold av avtaleloven § 36.

Av avgjørelsen kan det utledes at partenes intensjoner er et viktig tolkningsbidrag ved tolkningen av klausulene. At partene har inntatt en bestemmelse fordi de mener det vil kunne oppstå uforutsette hendelser som det ikke er tatt sikte på ved avtaleinngåelsen, taler på den

ene side for at avtalen ikke i alle tilfeller skal oppfylles etter sitt eksplisitte innhold. Likevel vil det måtte vurderes for hvert enkelt tilfelle hvorvidt partene hadde ment at endrede omstendigheter kunne medføre en endring av avtalevilkårene.

I andre tilfeller vil avtalevilkårene være av en slik åpenhet at avtalen kan tolkes dithen at partene ved avtaleinngåelsen mente å oppstille en reforhandlingsplikt for enkelte tilfeller. Hvor vilkårene åpner for en slik tolkning vil de hensynene som taler mot en for vid adgang til å statuere en reforhandlingsplikt ikke slå til. I slike tilfeller vil det på bakgrunn av dette være mindre betenkelig å fastslå at partene har en plikt til reforhandling hvor det har oppstått endrede omstendigheter av betydning for avtaleforholdet.

4.5 Vilkår for å utløse reforhandlingsplikt hvor plikten følger av lojalitetsprinsippet

I hvilke tilfeller det kan oppstilles en reforhandlingsplikt må altså vurderes konkret. Likevel er det klart at ikke enhver form for endrede omstendigheter kan føre til en plikt til reforhandling selv i de tilfeller partene har en særlig sterk tilknytning som tilsier at en slik plikt kan oppstilles. Problemstillingen i underkapittelet er nært knyttet opp til de vurderinger som ble gjort over i punkt 4.3. Jeg ser det likevel det som hensiktsmessig å her foreta en konkretisering for å klargjøre hvilke vilkår som må oppstilles.

UNIDROIT art. 6.2.2 definerer ”hardship” slik:

”There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.”¹⁷⁰

I de tilfeller hvor ”hardship” ikke er definert må det altså vurderes hvilke endringer som kan føre til at en slik plikt oppstilles. Her kan modellovene likevel tjene til inspirasjon.

Det første vilkåret som følger av UNIDROIT PICC art. 6.2.2 er at “*the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract*”.

Hovedregelen også her er at endrede omstendigheter ikke fører til at partene kan unnlate å yte slik de skal etter kontrakten.¹⁷¹ Det er derfor naturlig at balansen i kontrakten må bli vesentlig endret, jf. “*fundamentally*”, for at det skal foreligge ”hardship”. Av kommentarene til bestemmelsen følger det videre at “*Whether an alteration is “fundamental” in a given case will of course depend upon the circumstances.*”. Det må altså vurderes konkret hvilke omstendigheter som utgjør en vesentlig endring av balansen.

Da hovedregelen også etter norsk rett som nevnt er at avtaler skal holdes slik de er inngått, er det naturlig å oppstille et tilsvarende krav om at endringene vesentlig forskyver balansen i avtalen. De hensyn som gjennomgått over i punkt 3.2 vil ikke slå til hvor mindre endringer forekommer. Vurderingen også her må være konkret og skjønnsmessig.

Det må likevel kunne slås fast at det må være en høy terskel for konstatere at det foreligger en vesentlig endring av balansen. Faktum i sakene omtalt over i punkt 4.4.1 gjaldt alle ekstreme endringer som ingen kunne forutse på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Lignende forhold må derfor kreves også for en plikt til reforhandling. Dette argumentet forsterkes av at det i utenlandsk nasjonal rett som beskrevet over i punkt 4.2 er oppstilt vilkår om at endringene må være ”*excessively onerous*”.

Av bokstavene a, b og d følger det videre at parten ikke kunne være kjent med forholdene ved avtaleinngåelsen og parten ikke forstod eller burde forstått at de aktuelle endringene ville inntre.

I de tilfellene hvor den parten som har lidt eller vil lide tap som følge av de endrede omstendighetene var eller burde vært kjent med disse endringene ved inngåelsen av kontrakten, er den ikke særlig beskyttelsesverdig.

¹⁷⁰ UNIDROIT PICC art. 6.2.2

¹⁷¹ *Op.cit.* art. 6.2.1

Bokstav c bestemmer til slutt at: ”*the events are beyond control of the disadvantaged part*”.

De endrede omstendigheter må altså ha vært utenfor den part som har tapt på disse sin kontroll. Heller ikke i de tilfeller hvor parten selv kan gjøre noe med de endrede omstendighetene kommer hensynene som begrunner at det bør oppstilles en plikt til reforhandling til anvendelse.

5 Reforhandlingsplikten innhold

Tidligere i avhandlingen har det blitt nevnt at det ikke er enkelt å si noe presist om innholdet av en reforhandlingsplikt. For det første må det avgrenses oppad mot en plikt til å bli enig om nye, endrede vilkår. Nedover må det avgrenses mot den profesjonalitet og omtenkksomhet som i alminnelighet utvises mellom to kontraktsparter.¹⁷² Denne avgrensningen vil her likevel søkes utdypet noe nærmere.

Innledningsvis kan det slås fast, slik det også følger av avgrensningen over, at en slik plikt ikke vil være en plikt til å oppnå et visst resultat, men i stedet en innsatsforpliktelse.¹⁷³ En plikt til reforhandling skal i motsetning til andre misligholdsbeføyelser tvinge partene til å diskutere en oppstått tvist eller visse nye forhold. I dette ligger det altså en plikt til å møte opp til forhandlinger, og ikke nødvendigvis en plikt til å bli enige.¹⁷⁴ For at plikten skal få en realitet må den nødvendigvis likevel innebære mer enn, slik Meidell forklarer det, å ”bli kastet ut av motpartens kontor første gang man kommer og krever en endring av kontrakten”.¹⁷⁵

For å verne om pliktens realitet må det dermed nødvendigvis foreligge en plikt for partene til å nedlegge en viss medvirkning til å forsøke og komme til enighet om en endring av kontrakten.¹⁷⁶ Hvor reforhandling følger av avtale, må avtalen tolkes for å finne hvilken innsats det er snakk om. Det vil også i disse tilfellene kunne oppstå en rekke problemstillinger. Disse faller det imidlertid utenfor oppgavens tema å drøfte. I de tilfeller som her vurderes, hvor det ikke foreligger avtaleklausul eller det er inngått etterfølgende avtale om reforhandling, må utgangspunktet fastlegges på annen måte.

Lojalitetsplikten kan sette krav til opptreden under reforhandlingene. Prinsippet må for det første medføre at det skal være en ”viss realitet og en viss substans” i forhandlingene.¹⁷⁷ Meidell nevner som eksempel at partene må delta “med en viss aktivitet i forhandlingene, at forslag og avslag begrunnes, og at forslag og innspill vurderes av representanter for partene som har kompetanse til å revidere kontrakten”.¹⁷⁸

¹⁷² Lund 1976-82, s. 351.

¹⁷³ Om forskjellen mellom resultat- og innsatsforpliktelser se Hallsteinsen 2018 s. 205.

¹⁷⁴ Meidell 2002 s. 503 med videre henvisninger.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*

Innholdet av reforhandlingsplikten er videre kommentert i Transnational Law Database artikkel IV.6.7 5, kommentar nr. 2 til bestemmelsen. Av kommentarene følger det at “... *The duty to renegotiate is one of best efforts. The party must do its best to pursue successful negotiations, but there is no obligation to agree or to achieve certain results.*”¹⁷⁹

Av dette kan det igjen utledes at reforhandlingsplikten vil utgjøre en innsatsforpliktelse uten at partene har noen plikt til å oppnå enighet. Utover dette fremkommer det ikke mer enn at partene må gjøre sitt beste for at forhandlingene skal bli vellykkede, jf. “*do its best*”.

Kommentar nr. 3 til bestemmelsen stiller imidlertid opp 18 punkter ment som retningslinjer for reforhandlingsplikten.¹⁸⁰ Disse bestemmer blant annet at partene må ha en “... *serious effort to reach agreement*”, at de må “*produce information relevant to the adaption*” og at det må utvises “... *sincere willingness to reach a compromise*”.¹⁸¹ Retningslinjene er likevel kun ment som et utgangspunkt og hvilket innhold reforhandlingsplikten har må vurderes for hvert enkelt tilfelle.¹⁸²

¹⁷⁹ TLD artikkel IV.6.7 5, kommentar nr. 2.

¹⁸⁰ *Op.cit.*, kommentar nr. 3.

¹⁸¹ *Op.cit.*, kommentar nr. 3, henholdsvis punkt 3, 5 og 6.

¹⁸² *Op.cit.*, kommentar nr. 4.

6 Avslutning

6.1 Oppsummering

Avhandlingens hovedspørsmål, som presisert innledningsvis i punkt 1.1, er altså hvorvidt og i så fall på hvilke vilkår det kan oppstilles en plikt til reforhandling. Det første spørsmålet er besvart bekreftende, og det er videre i oppgavens hoveddel drøftet hvilke vilkår som må oppstilles for at en slik plikt skal inntre. Den nærmere presiseringen av en slik regel vil det selvsagt være opp til lovgiver og Høyesterett å utforme, men det kan avslutningsvis være grunn til å søke og formulere en regel for når reforhandlingsplikten inntre.

Ifølge de drøftelsene som er foretatt i avhandlingen vil en regel om reforhandlingsplikt for eksempel kunne oppstilles slik:

Partene har en plikt til reforhandling hvor oppfyllelse av kontrakten blir vesentlig mer byrdefullt enn parten måtte regne med ved avtaleinngåelsen, og som følge av dette er balansen i kontraktsforholdet blitt vesentlig forskjøvet.

I den nærmere vurderingen av om oppfyllelsen er blitt vesentlig mer byrdefullt må det tas utgangspunkt i graden av beskyttelsesverdig forventning om lojalitet mellom partene. Her vil momenter av stor betydning være om det foreligger en langsiktig avtale, tilknytningen mellom partene og om det foreligger tillitt og et nært samarbeid mellom kontraktspartene.

6.2 Avsluttende bemerkninger

Drøftelsene viser altså at det i enkelte tilfeller vil kunne oppstilles en plikt til reforhandling basert på den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Imidlertid vil det etter mitt syn være en høy terskel for å oppstille en slik plikt. Kun i de tilfeller hvor partene har en særlig sterk forventning om lojalitet vil de hensyn som er beskrevet kunne veie opp for at det gjøres inngrep i partenes avtalefrihet.

Et spørsmål som ikke har vært vurdert i avhandlingen er hvilke konsekvenser en eventuell reforhandlingsplikt vil innebære. Domstolenes konstatering av at det foreligger et brudd på reforhandlingsplikten vil for det første kunne tenkes å få betydning for rimelighetsvurderingen etter avtalelovens § 36.

For det andre vil partenes manglende villighet til å delta i reforhandling tenkes å kunne få betydning for rettens fordeling av sakskostnader. Av tvisteloven § 20-2, tredje ledd følger det at en part helt eller delvis kan fritas for å betale motpartens sakskostnader dersom ”tungtveiende grunner gjør det rimelig”. I denne vurderingen skal det særlig legges vekt på ”om den vinnende part kan bebreides at det kom til sak eller har avslått et rimelig forlikstilbud”, jf. § 20-2, tredje ledd bokstav b. Bestemmelsen må sees i sammenheng med lovens § 5-4 som bestemmer at partene skal forsøke å løse tvisten i minnelighet før den bringes inn for domstolene.

At en part har avslått motpartens oppfordring om reforhandling av avtalevilkårene vil dermed kunne innebære at det kan konstateres at partene ikke har forsøkt å løse saken i minnelighet og slik føre til at parten kan ”bebreides at det kom til sak”.

I de turbulente økonomiske tider vi for tiden befinner oss i er det ikke utenkelig at en slik problemstilling kan komme opp for Høyesterett i fremtiden. Problemstillingen har dessuten allerede vært oppe for nasjonale domstoler i utlandet og tendensen syntes her som nevnt å gå i retning av at reforhandlingsplikten i større grad blir akseptert. Dette samtidig med den utviklingen av lojalitetsprinsippet som har skjedd de siste tiårene. Antageligvis vil dette ha en sammenheng da høyere forventning til lojalitet mellom kontraktspartene nødvendigvis vil medføre større sannsynlighet for at reforhandlingsplikt oppstilles.

At kontraktsretten får en mer og mer internasjonal karakter blant annet ved at det inngås flere kontrakter mellom selskaper på tross av landegrensene, taler etter min mening for at det bør søkes en så lik utforming av reglene som mulig. Reforhandlingens utviklende anerkjennelse internasjonalt kan derfor med fordel føre til at en lignende regel oppstilles i Norge.

7 Referanseliste

Litteraturliste

- Arnesen/Stenvik 2015 Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. Utgave, Oslo 2015.
- Başoğlu 2016 Başak Başoğlu, *The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts - Renegotiation, Rescission or Revision, Volume 17 of Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, 2016.
- Bruserud 2010 Herman Bruserud, *Hardshipklausuler*, Bergen 2010.
- Christoffersen 2016 Margrethe Buskerud Christoffersen, «Lojalitetspliktens utvikling i nyere norsk rettspraksis», i *Ugyldighet i privatretten – minnebok for Viggo Hagstrøm*, Bergen 2016.
- Giertsen 2014 Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. Utgave, Oslo 2014.
- Grönfors 1995 Kurt Grönfors, *Avtal och ömforhandling*, Stockholm 1995.
- Haaskjold 2013 Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelse*, 2. Utgave, Oslo 2013.
- Hagstrøm 2011 Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. Utgave, Oslo 2011.
- Hagstrøm/Aarbakke 2003 Viggo Hagstrøm og Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett*, Oslo 2003.
- Hallsteinsen 2018 Peter Hallsteinsen, *Alminnelig obligasjonsrett*, Oslo 2018.
- Hov 1998 Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, 2. Utgave, Oslo 1998.
- Hov 2002 Jo Hov, *Avtalebrudd og partsskifte*, 2. Utgave, Oslo 2002.
- Hov/Høgberg 2009 Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009.
- Kruger 1989 Kai Kruger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989.

- Lando m.fl. 2016 Ole Lando, Marie-Louise Holle, Torgny Håstad, Berte-Elen Konow, Peter Møgelvang-Hansen, Soili Nystén-Haarala, Ása Ólafsdóttir og Laila Zackariasson , *Restatement of Nordic contract law*, København 2016.
- Lehrberg 2008 Bert Lehrberg, *Omförhandlingsklausuler*, 2. Utgave, Stockholm 2008.
- Lund 1976-82 Ole Lund, ”Inflasjon og konjunktursvikt som problem for skipsfartens langtidskontrakter” *Arkiv for sjørett nr. 14*, 1976-82 s. 339-364.
- Meidell 2002 Andreas Meidell, ”Reforhandlingsplikt ved irregulær økonomisk utvikling i langvarige kontraktsforhold”, *Lov og rett nr. 8*, 2002 s. 498-508.
- Monsen 2012 Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Oslo 2012.
- Munukka 2007 Jori Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Stockholm 2007.
- Nazarian 2007 Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007.
- Nordtveit 1992 Ernst Nordtveit, *Oppdragssamarbeid*, Bergen 1992.
- Ringvoll 2007 Linn Hoel Ringvoll og Erlend M. Leonhardsen, ”Pragmatisk i prinsippet – om lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold”, *Jussens venner* 2007, s. 37-55.
- Ristvedt 2012 Per M. Ristvedt, ”Reforhandling av avtaler”, *Tidsskrift for forretningsjus*, 2012 s. 209-247.
- Simonsen 1997 Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997.
- Uribe 2011 Rodrigo Momberg Uribe, ”Change of circumstances in international instruments of contract law – The approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR” 15 (2) VJ 2011 s. 233-266.

Tilgjengelig via:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/uribe.pdf> (mai 2018).

Lover og lovforarbeider

Norske kilder:

Avtaleloven	Lov 31. Mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.
Kjøpsloven	Lov 13 mai 1988 nr. 27 om kjøp.
Voldgiftsloven	Lov 14 mai 2004 nr. 25 om voldgift.
Tvisteloven	Lov 17. Juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.
Forarbeid tvisteloven	NOU 2001:32 A.

Utenlandske kilder:

Fransk sivillovbok	Fransk ”Code Civil” (Ajourført 2. mars 2017), engelsk oversettelse tilgjengelig via: https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016/ (mai 2018).
--------------------	--

Domsregister

Praksis fra Høyesterett:

Rt. 1935 s. 122 (“Falconbridge”)

Rt. 1936 s. 909 (“Ordbok”)

Rt. 1984 s. 28 (“Tromsø Sparebank”)

Rt. 1987 s. 442

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1994 s. 581

Rt. 1994 s. 833

Rt. 1995 s.1460

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2001 s. 1062

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2003 s. 1132

Rt. 2005 s. 268

Rt. 2008 s. 969 (“Marine Harvest”)

Rt. 2011 s. 65

Rt. 2012 s. 1267

HR-2017-2375-A

Underrettspraksis:

LA-2011-100991

LB-2014-3485

Voldgiftspraksis:

Rt. 1951 s. 371 (“Vedbolag”)

ND 1985 s. 234

RG 1992 s. 728 (“Tiranna II”)

Utenlandsk rettspraksis:

Engelsk rett:

Gold Group Properties Ltd v BDW Trading Ltd [2010] EWHC 323 (TCC).

Yam Seng Pte Limited (A company registered in Singapore) v. International Trade Corporation Limited [2013] EWHC 111 (QB).

Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd c Hydro-Québec, [2016] QCCA 1229.

Fransk rett:

Cass. com, 3 November 1992, ”*arrêt Huard*”-

Cass. com. 24 November 1998, ”*arrêt Chevassus-Marge*”.

Cass. civ. 16 March 2004.

Cass. com, 3 October 2006.

Cour D’appel ”*Nancy*” 2. Ch. Com. 26 September 2007.

Soft law

PECL Principles of European Contract Law, 2003.

UNIDROIT PICC UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2016.

TLD Transnational Law Database, tilgjengelig via: [https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-\(lex-mercatoria\)](https://www.trans-lex.org/principles/of-transnational-law-(lex-mercatoria)) (mai 2018).