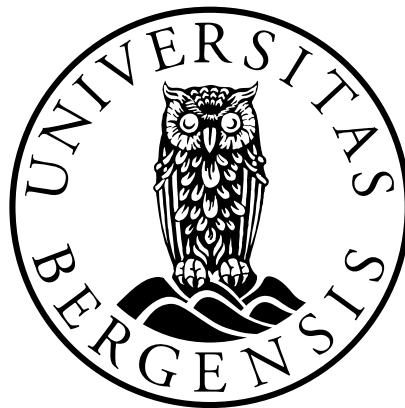


# Lemping av kommersielle avtaler

*Terskelen for lemping etter avtl. § 36*

Kandidatnummer: 142

Antall ord: 12 749



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.19

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning .....	3
1.1 Temaets aktualitet .....	3
1.2 Metode .....	4
1.3 Avgrensning .....	4
2 Litt om opptakten til kommersiell regulering og hensyn bak avtl. § 36 .....	6
2.1 Et lite tilbakeblikk .....	6
2.1.1 Fra frihet til regulering .....	6
2.2 Legislative hensyn .....	7
3 Avtaleloven § 36 – en gjennomgang .....	10
3.1 Innledning .....	10
3.2 § 36 – en språklig forståelse .....	10
3.3 Forarbeidene .....	12
3.4 Teori .....	13
3.4.1 Nærmere om Hauges fremstilling .....	13
3.5 Rettspraksis .....	14
3.5.1 Innledning .....	14
3.5.2 Noen utvalgte domsavsigelser .....	15
3.6 Sammenfatning .....	20
4 Terskelen for lemping i lys av mangelstype .....	21
4.1 Innledning .....	21
4.2 Tilblivelsesmangler .....	21
4.2.1 Partenes stilling .....	22
4.3 Innholdsmangler .....	26
4.3.1 Partenes stilling .....	26
4.3.2 Forutberegnelighet .....	28
4.3.3 Standardavtaler .....	29
4.3.4 Risiko .....	31
4.4 Etterfølgende omstendigheter .....	34
5 Konklusjon .....	37
6 Litteraturliste .....	39

6.1	Lovhenvvisninger .....	39
6.2	Forarbeider .....	39
6.2.1	Norges offentlige utredninger – NOU.....	39
6.2.2	Proposisjoner .....	39
6.3	Rettspraksis.....	40
6.4	Bøker.....	41
6.5	Kommentarer og merknader.....	41
6.6	Tidsskrifter, artikler mv.....	41

# 1 Innledning

## 1.1 Temaets aktualitet

Profesjonelle aktører har til alle tider vært avhengige av å kjøpe varer eller tjenester av hverandre. Kommersielle avtaler har av den grunn lange tradisjoner. Tidligere var det noe mer vanlig at slike avtaler ble inngått innenlands, men dette har over tid endret seg. I lys av EØS-avtalen og økt globalisering har det forekommet en økning av kommersielle avtaler, og særlig handel på tvers av landegrenser. Dette har ført til at avtalene innholdsmessig har en større kompleksitet enn tidligere, fordi det må tas høyde for flere hensyn.

En annen medvirkende faktor er at lovverket for internasjonal handel kan være meget komplisert, noe som fører med seg at flere forbehold må tas for at partene i best mulig grad skal sikre sine interesser.

Kommersielle avtaler kan kort og forenklet defineres som gjensidige disposisjoner mellom to næringsdrivende parter. Slike avtaler har gjerne vært gjenstand for grundige og omfattende forhandlinger. Dette tilsier at ordene i avtalen er valgt med omhu, og er veloverveid av partene. Når partenes antas å være jevnbyrdige rent styrkemessig, reiser det spørsmål om avtl. § 36 for det første er *egnet til* avtalesensur. Unntaksvis kan omstendigheter ved inngåelse, avtalen etter sitt innhold eller senere inntrådte forhold bidra til en slik ubalanse at avtalen helt eller delvis skal settes til side. Det interessante er da hvilken veiledning styrkeforholdet gir for *hva som skal til* for at kommersielle avtaler rammes av avtl. § 36, og dermed passerer det tilhørende vilkåret om en «urimelig» avtale.

Temaet for avhandlingen har gjentatte ganger vært prøvd for domstolene, men fører sjeldent frem.<sup>1</sup> Kommersielle avtaler vil i likhet med andre avtaler kunne bli så urimelige at det er på sin plass å kreve lemping. Det som likevel kan være en utfordring i kommersielle kontrakter er at partene i betydelig større grad er avhengig av forutberegnelighet. Mangel på dette vil medføre krevende forhold ved avtaleinngåelsene, fordi man frykter tilsidesettelse.

---

<sup>1</sup> Se blant annet Rt-2000-806, Rt-1994-626 og Rt-2004-1545.

Hovedproblemstillingen for denne avhandlingen blir dermed hva som skal til for å sette en kommersiell avtale til side etter avtl. § 36.

## 1.2 Metode

Det er alminnelige juridisk metode som setter rammen for avhandlingen. På lovfestede områder vil lovens ordlyd suppleres med forarbeider, praksis fra domstolene og andre autoritative rettskilder som fyller vilkårene etter vårt legitimasjons- og vurderingssystem.<sup>2</sup> Når jeg skal se nærmere på terskelen for å lempe kommersielle avtaler etter avtl. § 36, vil derfor denne bestemmelsen være et viktig utgangspunkt. Bestemmelsen er utformet som en rettslig standard, hvilket betyr at den skal fange opp samfunnsutviklingen og tolkes i lys av denne. Lovteksten vil isolert sett ikke klare å fange opp denne utviklingen, ettersom domstolene vil være bedre egnet for en slik oppgave. Rettspraksis vil dermed få en mer fremtredende rolle når bestemmelsens ordlyd skal fortolkes, enn i de tilfeller hvor det ikke er tale om en rettslig standard.

Et annet viktig særtrekk som må trekkes frem er at § 36 har kommet i stand som følge av økt fokus på forbrukervern på tvers av de nordiske landene. Bestemmelsen har dermed fått tilnærmet lik utforming i blant annet Norge, Sverige og Danmark. Av den grunn kan også kilder fra disse landene tas i betraktning, herunder juridisk teori.

## 1.3 Avgrensning

I denne avhandlingen skal jeg forsøke å avklare hvor terskelen ligger for å lempe en kommersiell avtale, helt eller delvis. Ut i fra definisjonen som innledningsvis ble oppstilt, utgjør en kommersiell avtale en *gjensidig* bebyrdende disposisjon mellom to næringsdrivende parter. Avtl. § 36 er også antatt å gjelde for ensidig bindende disposisjoner som løfter og påbud, noe som naturlig faller utenfor avhandlingens tema.

Ordlyden i avtl. § 36 inneholder i seg selv ingen avgrensninger av hvilke personkategorier som omfattes av bestemmelsen. I forarbeidene presiseres det at bestemmelsen gjelder

---

<sup>2</sup> Nygaard (2004) s. 34

uavhengig av partskonstellasjon, slik at også andre enn næringsdrivende omfattes av bestemmelsen.<sup>3</sup> Hvordan bestemmelsen benyttes for sensur av avtaler hvor forbruker eller privatperson er kontraktspart, er ikke relevant for avhandlingen og holdes i det vesentlige utenfor.

I avtl. § 36 er det fastsatt at alle aspekter ved avtalen skal vektlegges, herunder det forberedende stadium. Mange av de øvrige ugyldighetsreglene i avtaleloven knytter seg opp mot mangler ved viljeserklæringen, noe som knytter seg opp mot dette stadiet av en avtale. Avhandlingen vil ikke legge hovedvekten på dette punkt, men det vil bli trukket frem underveis ettersom forhandlinger kan være et viktig moment i vurderingen etter § 36.

Avtl. § 36 tar primært sikte på mangler ved innholdet, men også forberedende forhandlinger (tilblivelsesmangler) og etterfølgende virkninger av avtalen (senere inntrådte forhold) kan kaste lys over urimelighetsvurderingen. Til dette siste kan det være uklart om det egentlig dreier seg om senere inntrådte forhold eller om det er en forutsetning for inngåelse av avtalen som senere viser seg ikke å slå til – såkalt bristende forutsetninger. Læren om bristende forutsetninger vil ikke bli behandlet i oppgaven. Det kan likevel forekomme at det trekkes inn momenter fra denne vurderingen i den grad de kan benyttes ved senere inntrådte forhold etter § 36.

---

<sup>3</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29

## 2 Litt om opptakten til kommersiell regulering og hensyn bak avtl. § 36

I dette kapittelet skal det foretas en gjennomgang av § 36 med spesielt henblikk på historikk og hensyn bak bestemmelsen. For å få en forståelse av anvendelsen på kommersielle avtaler er det viktig å se hen til de legislative hensyn som ligger til grunn for bestemmelsen, men også til historikken som ledet frem til endringen. Dernest er det viktig å se hen til selve rimelighetsvurderingen som er det mest sentrale for denne oppgaven. Redegjørelsen vil bære preg av å være de lege lata.

### 2.1 Et lite tilbakeblikk

#### 2.1.1 Fra frihet til regulering

Avtalefriheten er et viktig grunnprinsipp på avtalerettens område. Kort forklart går det ut på at den enkelte har frihet til å avgjøre om, med hvem og med hvilket innhold man vil inngå en avtale.<sup>4</sup> Prinsippet kan anses som utslag av individets selvbestemmelsesrett og hadde sin storhetstid på 17- og 1800-tallet, hvor individualismen og liberalismen stod sterkt.<sup>5</sup> *Pacta sunt servanda*, «avtaler skal holdes», er et prinsipp som gjenspeiler datidens regulering. I Norge ble dette lovfestet gjennom formuleringen «*En hver er pligtigt at efterkomme hvis han med Mund, Haand eller Segl lovet og indgaaet haver*» i NL<sup>6</sup> 5-1-1. I denne perioden skulle staten i minst mulig grad legge seg opp i forretningslivets affærer, herunder reguleringen av kontraktsretten. Domstolenes hovedoppgave ble derfor å sørge for at avtaler ble gjennomført.<sup>7</sup> Med andre ord betød tilslutning til en avtale at man var bundet av sitt løfte. Dette medførte at det nesten var umulig å komme seg ut av en avtale, uavhengig av grunnlaget for ønsket om å tre ut. Over tid innså man at en slik løsning ikke ga det beste vernet, og det ble satt i gang et arbeid med å endre rettstilstanden.

---

<sup>4</sup> Se for eksempel Hauge (2009), s. 47, Hallsteinsen (2018) s. 111, Giertsen (2012) s. 32 og Lynge Andersen (2018) s. 151.

<sup>5</sup> Hallsteinsen (2018) s. 111.

<sup>6</sup> Norske Lov 5-1-1 (heretter kalt NL).

<sup>7</sup> Lynge Andersen (2018) trekker på s. 151 en bemerkning fra Ussing om dette.

Sluttresultatet av arbeidet var innføringen av avtaleloven i 1918, som medførte visse innskrenkninger i avtalefriheten. Lovens kapittel tre bærer navnet «*Om ugyldige viljeserklæringer*», og fikk bestemmelser som skulle sikre ugyldighet når det forelå ugyldighet ved avgivers vilje, eller erklæringens innhold.<sup>8</sup> Det trekkes frem at behovet for lovreform var meget påkrevet på dette området fordi ugyldighetsreglene som forelå var meget gamle, og gikk ut fra samfunnsforhold og rettsoppfatninger som var foreldet.<sup>9</sup> Videre uttales det at man i stadig økende grad har sett behovet for å hjelpe dem som utnyttes i kontraktsforhold, og det erkjennes at fri konkurranse og ubunden kontraktsfrihet fører til at den sterkeste parten utnytter den svakere part.<sup>10</sup> Dette vitner om at lovgiver har blitt klar over at fullstendig avtalefrihet har visse baksider, og at partene i et kontraktsforhold ikke alltid er jevnbyrdige.

I 1970-årene blusset diskusjonen om lempingsreglene opp igjen. Forbrukerrådet hadde gjennom sin saksbehandling funnet at de profesjonelle aktørene i større utstrekning benyttet seg av standardavtaler, og at forbrukerens vern ble gjenstand for svekkelse.<sup>11</sup> Dette ledet til oppnevningen av et utvalg som skulle «*utrede spørsmålet om regulering og kontroll av standardkontrakter og om lemping av urimelige kontraktsvilkår, [som særlig skulle] ha for øye behovet for en beskyttelse av forbrukeren*».<sup>12</sup>

## 2.2 Legislative hensyn

Det grunnleggende utgangspunktet er at avtaler skal holdes. Dette følger av NL<sup>13</sup> 5-1-2. Når lovgiver har gitt kontraktspartene frihet til å inngå avtaler med hvem de vil og med et innhold de selv bestemmer, er det en frihet under eget ansvar. Sagt annerledes vil en part som kommer dårligere ut av en avtale enn han hadde tenkt, normalt være den som står nærmest til å bære ansvaret for det. Dette har også å gjøre med at samfunnets tillit til at avtaler holdes forblir sterk, og at partene i kontrakten oppfatter denne som bindende. Disse hensyn medfører at terskelen for lemping i utgangspunktet er høy, også mellom parter der det er ubalanse i styrkeforholdet.

---

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 64

<sup>9</sup> Ibid s. 17

<sup>10</sup> Ibid s. 18

<sup>11</sup> NOU 1976:61 s. 9

<sup>12</sup> NOU 1976:61 s. 9

<sup>13</sup> Norske Lov 5-1-2



Forarbeidene og juridiske forfattere uttrykker at det ofte skal mer til for avtalesensur av kommersielle avtaler fordi hensynet til forutberegnelighet står så sterkt for disse aktørene.<sup>14</sup> En del av begrunnelsen for at også næringsdrivende rammes av avtl. § 36, var at disse aktørene ikke har det samme vern som forbrukere har via annen preseptorisk lovgivning. For kommersielle aktører går man gjerne ut i fra at disse sitter med slike forutsetninger, - blant annet innsikt, utdannelse, kompetanse og andre subjektive forhold – som ikke bare gjør dem rustet til å inngå gode avtaler, men også forstå virkningene av dem. Avtalen inngås dermed gjerne ved kontraktsforhandlinger over lengre tid, med flere involverte parter og kan tidvis bestå av store verdier. Særlige forhold som gjør seg gjeldende i forretningslivet, kan dermed tilsi at avtaler eller avtalevilkår mellom næringsdrivende opprettholdes. Forarbeidene presiserer at «særlige forhold» omfatter hensynet til forutberegnelighet og at den ene part har påtatt seg en kalkulert risiko ved å inngå avtalen.<sup>15</sup>

Til illustrasjon oppstod det i Rt-1994-69 tvist mellom Anna Omdahl og Den norske Bank i forbindelse med restrukturering og refinansiering av rederiet til familien Knutsen. Omdahl var datter av Ole A. Knutsen og hun hadde blant annet vært kompanjong i selskapet fra og med 1979. Spørsmålet var om overføring av aksjer og selskapsandeler i en rederigruppe måtte anses ugyldig etter avtl. § 36. Det trekkes frem av Høyesterett at avtaleforholdet mellom Knutsen-familien og banken var en langvarig forbindelse, og tilleggsavtalen ga svært vide fullmakter. Når det gjelder kravet til lojalitet vektlegges det at Omdahl ble holdt løpende orientert om hovedtrekkene i utviklingen, og hun ble gitt muligheter til å investere i fortsatt drift. Det ble konkludert med at bankens opptreden var meget uformell, dog ikke av en slik karakter at det hadde betydning for rimelighetsvurderingen. En viktig begrunnelse for å ikke benytte § 36 var at det dreide seg om et utpreget forretningsmessig forhold.

Dommen illustrerer at når terskelen er høy mellom en privat og en næringsdrivende, er det i hvert fall ikke mindre grunn til å legge en høy terskel til grunn i kommersielle avtaler. Når Omdahl ikke regnes for å være svakere part, antyder dette at en liten næringsdrivende vanskelig kan påberope seg å være den svakere part i en kontrakt mellom to profesjonelle parter.

---

<sup>14</sup> Se blant annet Hagstrøm (2011) s. 301

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29

Når en avtale *helt eller delvis* kan settes til side, gir det en vid og fleksibel reaksjonsmulighet for domstolene. I mer omfattende kommersielle avtaleforhold er det nok en større tendens til å justere avtalevilkår enn å totalt sette avtalen til side.<sup>16</sup> I NOU 1979:32 går utvalget inn for at behovet for å gjenskape balanse i avtaleforholdet gjør seg tilsvarende gjeldende mellom næringsdrivende.<sup>17</sup> Årsaken til dette synes å være at det å være næringsdrivende ikke alltid er ensbetydende med det å være en «sterk» kontraktspart.<sup>18</sup> At det kan tenkes ulike variasjoner i styrkeforholdet også mellom næringsdrivende viser at det må skje en prioritering og vekting av mer subjektive forhold ved kontraktspartene.

Et annet viktig hensyn som trekkes frem er mangelen på en generell lempingsregel innenfor formuerettens område. Ved innføringen av avtl. § 36 kunne man samordne eksisterende lempingsregler som forelå rundt om i lovverket.<sup>19</sup> Av de mer generelle generalklausulene trekkes NL 5-1-2 og avtl. § 33 frem. Disse ga derimot i liten grad hjemmel for lemping eller tilsidesettelse når avtalens innhold i seg selv var urimelig.<sup>20</sup> Et liknende hensyn ble også trukket frem når bestemmelsen skulle innføres i Danmark, samt at det var tilknyttet meget strenge betingelser for bruk av allerede eksisterende regler.<sup>21</sup> Det blir også vist til at domstolene gjennom den nye lempingsregelen fikk et viktig verktøy for å underkjenne avtalevilkår som urimelige, uten at de måtte gå veien om vedtagelse og fortolkning.<sup>22</sup> Det kan også trekkes frem at hensynet til fleksibilitet og vidt anvendelsesområde var utslagsgivende for å innføre en generell generalklausul, i stedet for en spesiell lempingsregel.<sup>23</sup> Lovgiver ønsket med dette å innføre en bestemmelse som blant annet kunne benyttes til å lempe kommersielle avtaler.

---

<sup>16</sup> Rt-1991-220, Sollia Borettslag, er et av få eksempler hvor det ble innrømmet lemping.

<sup>17</sup> NOU 1979:32 s. 48

<sup>18</sup> NOU 1979:32 s. 47

<sup>19</sup> Ibid s. 59

<sup>20</sup> Ibid s. 30

<sup>21</sup> Ibid s. 14

<sup>22</sup> NOU 1979:32 s. 8

<sup>23</sup> Ibid s. 38

# 3 Avtaleloven § 36 – en gjennomgang

## 3.1 Innledning

I denne delen av avhandlingen skal det foretas en gjennomgang av avtl. § 36. Først skal det ses hen til ordlyden, og hvordan denne rent språklig skal forstås. Dernest foretas en gjennomgang av forarbeidene, opp mot innholdet av bestemmelsen.

## 3.2 § 36 – en språklig forståelse

Avtl. § 36 ble som tidligere nevnt gjenstand for gjennomgang på 70-tallet, noe som førte til en revisjon som ble implementert fra 1983. Bestemmelsen fikk da følgende ordlyd:

*En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.*

*Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forhold ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.*

*Reglene i første og annet ledd gjelder tilsvarende når det ville virke urimelig å gjøre gjeldende handelsbruk eller annen kontraktsrettslig sedvane.*

Bestemmelsens første ledd er bygget opp av en vilkårs- og følgeside. Det er oppstilt to alternative vilkår, jf. «*eller*», for at lemping av avtalen skal kunne forekomme.

Første alternativ for tilsidesettelse er at avtalen er å anse som «*urimelig*». Språklig sikter begrepet til at avtalen i seg selv eller virkningen av den fremstår som ubalansert. Videre må det antas at vilkåret markerer en høy terskel for lemping – noe som utelukker tilfeller av mer bagatellmessig karakter. Dette kan forstås dit hen at en avtale som får virkninger som ikke var ønskelig, kan anses å være urimelig.

Det neste alternativet som oppstilles er at avtalen ikke strider mot «*god forretningsskikk*». Ordlyden viser her til en vurdering av avtalen opp mot gjeldende bransjestandard. Det fordrer

at man gjennomgår praksis på området for avtalen, og vurderer om avtalen er i henhold til dette. Det antas at avvik av mindre betydelig karakter ikke kan medføre lemping av avtalen.

I bestemmelsen trekkes det frem at det må være urimelig eller stride mot god forretningskikk å «gjøre den gjeldende». En naturlig forståelse av bestemmelsen retter seg her mot det tidspunktet hvor avtalen får virkning. Med andre ord vil det vanskelig kunne påberopes lemping av avtalen før denne har trådt i kraft. Det kan komme på spissen i de tilfeller hvor enkelte deler av avtalen har ikrafttredelse frem i tid.

I annet ledd trekkes det frem en rekke momenter som skal tas i betraktning ved vurderingen som oppstilles i første og tredje ledd. Momentene som nevnes spesifikt angir ikke en uttømmende liste, jf. formuleringen «*omstendighetene for øvrig*».

### 3.3 Forarbeidene

Det er tidligere nevnt at et bærende hensyn bak bestemmelsen var vern av den svakere kontraktspart, nemlig forbrukeren. Det presiseres likevel at hovedformålet var å styrke vernet til den svakere kontraktspart mot misbruk fra den sterke kontraktspart.<sup>24</sup> Styrkeforskjeller vil ikke bare gjøre seg gjeldende i avtaler mellom profesjonelle og uprofesjonelle aktører. Kontrakter i forretningsforhold kan inngås mellom to profesjonelle parter med ulikt styrkeforhold.<sup>25</sup> Lempingsregelen vil således kunne spille en viktig rolle også i kommersielle avtaler, men da må det tas noe mer spesielle hensyn.<sup>26</sup> I denne type avtaler vil det være svært viktig med forutberegnelighet, og muligheten for å overskue avtalens konsekvenser.<sup>27</sup> Dette må derfor tillegges betydelig tyngre vekt enn i andre avtaleforhold.<sup>28</sup> I vurderingen er det viktig å ha med seg at en av partene ofte tar på seg en bevisst risiko, hvor det har blitt forhandlet om hvem som skal bære risikoen og at vederlaget skal gjenspeile denne.<sup>29</sup> Til tross for de spesielle hensynene skal likevel utgangspunktet for urimelighetsvurderingen foretas etter avtalens innhold.<sup>30</sup>

Lempingsregelen vil også komme til anvendelse på offentlig forretnings- og servicevirksomhet.<sup>31</sup>

---

<sup>24</sup> NOU 1979:32 s. 48

<sup>25</sup> l.c.

<sup>26</sup> l.c.

<sup>27</sup> l.c.

<sup>28</sup> l.c.

<sup>29</sup> l.c.

<sup>30</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 31

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 18

## 3.4 Teori

I teorien presiseres det viktigheten av å foreta en samlet vurdering av avtalen. At det er tyngende for den ene parten å levere i henhold til kontrakten kan i mange tilfeller ikke alene være nok for tilsidesettelse. Men dersom det kan oppstå ubalanse som følge av innholdet i avtalen kan dette skjerpe kravet til opplysningsplikt for motparten, noe som gjør det nødvendig å se på partenes profesjonalitet.<sup>32</sup>

I teorien trekkes det blant annet frem at avtl. § 36 vil kunne benyttes i alle de tilfeller hvor det er tale om urimelig innhold i en avtale. Den vil derfor overlapse med en del andre bestemmelser som også regulerer dette. Utgangspunktet er dermed at teori og praksis etter andre bestemmelser også kan få praktisk betydning ved praktiseringen av bestemmelsen.<sup>33</sup>

### 3.4.1 Nærmere om Hauges fremstilling

I jusprofessor Hilde Hauge sin fremstilling trekkes det frem en grunnstruktur bestående av en rekke underproblemstillinger.<sup>34</sup>

Først viser hun til primært kvalifiserende omstendigheter. Med dette sikter hun til hvilket rettsfaktum som primært kan kvalifisere for urimelighet. Etter § 36 er tidspunktet forskjøvet til virkningstidspunktet, til forskjell fra de øvrige ugyldighetsreglene i avtaleloven som knytter seg til tilblivelsen. I de tilfeller hvor det foreligger årsakssammenheng mellom tilblivelsen eller etterfølgende omstendigheter, kan disse likevel tas i betraktning etter bestemmelsen.<sup>35</sup>

Videre kommer hun til punktet kalt idealmodellen. Med dette menes det hva urimeligheten skal vurderes i forhold til. Her foreligger det to alternative muligheter. For det første kan urimeligheten vurderes ut fra deklarasjonsregler.<sup>36</sup> I forlengelsen av dette trekker Stig frem at deklarasjonsregler i visse tilfeller omfatter mange forskjellige avtaler. Han peker derfor på at enkelte kontraktsforhold har behov for å avvike fra de løsninger som foreligger i det deklarasjonsregelverket, og viser da særlig til tilfeller hvor begge parter er profesjonelle.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Lilleholt (2014) s. 261

<sup>33</sup> Høgberg (2014) note 137

<sup>34</sup> Hauge (2009) s. 189

<sup>35</sup> Hauge (2009) s. 189-190

<sup>36</sup> Se blant annet Hauge (2009) s. 190, NOU 1979: 32 s. 50 og Lynge Andersen (2018) s. 99

<sup>37</sup> Lynge Andersen (2018) s. 99-100

For det andre er det mulig å oppstille en fiktiv ideell situasjon og vurdere ut fra denne.<sup>38</sup> Et eksempel som trekkes frem er at partene er jevnbyrdige og inngår avtalen ut fra en fri og opplyst vilje.<sup>39</sup>

Videre trekke Hauge frem såkalte terskelmomenter. Her er det tale om hvor stort avvik fra idealmodellen som kreves. Disse momentene vil ikke i seg selv kunne begrunne urimelighet, men har betydning for urimelighetsterskelen. Med andre ord kan disse være med på å justere terskelen for urimelighetsvurderingen. Hauge foretar en todeling av momentene. For det første kan vi ta for oss generelle terskelmomenter. Disse vil ikke i seg selv kunne begrunne urimelighet. Eksempelvis vil aldri det faktum at en av partene er svak i seg selv kunne begrunne urimelighet, men det kan trekkes inn i vurderingen. Dernest trekkes såkalte konkrete terskelmomenter frem. Dette vil være omstendigheter som generelt kan begrunne urimelighet, som i den konkrete saken bare er argumenter for å fastsette inngrepsterskelen for det forhold som anses som den primært kvalifiserende omstendighet. Momentene som følger av § 36 (2) defineres av Hauge som terskelmomenter, og vil være med på å sette urimelighetsterskelen i den konkrete saken.<sup>40</sup>

## 3.5 Rettspraksis

### 3.5.1 Innledning

Avtl. § 36 er utformet som en rettslig standard og blir ofte omtalt som en generalklausul. Bestemmelsen skal derfor tolkes i tråd med samfunnsutviklingen. Rettspraksis blir derfor meget sentralt når terskelen for lemping skal undersøkes nærmere. I den anledning er det foretatt en vurdering av hvilke kjennelser som er relevante for avhandlingen. Jeg har valgt å utelate kjennelser fra kjæremåls- og ankeutvalget, samt avgjørelser hvor § 36 ikke er en del av dommens hovedbegrunnelse. I visse tilfeller trekkes det inn dommer hvor kommersielle avtaler ikke er behandlet, hvis uttalelsene kan ha overføringsverdi til denne avhandlingens tema. I en rekke dommer har Høyesterett uttalt at det må oppstilles en meget høy terskel for å lempe avtaler inngått mellom profesjonelle aktører.<sup>41</sup> De har med andre ord satt terskelen

---

<sup>38</sup> Se blant annet Hauge (2009) s. 190

<sup>39</sup> Hauge (2009) s. 190

<sup>40</sup> Hauge (2009) s. 193-196

<sup>41</sup> Se blant annet Rt-2000-806 på s. 815 «sterke grunner», Rt-2003-1132 på s. 1132 avsn. 46 «svært meget» og Rt-1998-1980 på s. 1987 «svært mye».

betydelig høyere enn for andre avtaler når det skal foretas vurdering av momentene i bestemmelsens annet ledd.

### 3.5.2 Noen utvalgte domsavsigelser

Underveis i gjennomgangen har det tegnet seg et klart bilde av at påberopelsen av revisjon etter avtl. § 36 hvor begge parter er profesjonelle, sjeldent fører frem. Ettersom disse avgjørelsene er mest relevante for oppgaven blir de gjennomgått først.

I Sollia Borettslag<sup>42</sup> oppstod det tvist mellom to borettslag. Tvisten gjaldt om levering av fjernvarme skulle faktureres basert på forbruk, eller bygningsareal. Konklusjonen var at avtalen kunne revideres. Det trekkes frem at et overordnet hensyn for avtalen var å *«unngå at det oppstår skjevheter av betydning<sup>43</sup>»*, og at ønsker om å finne *«den mest pålitelige metode[n] for å fastslå det faktiske forbruk av fjernvarme<sup>44</sup>»* under forhandlingene bekreftet dette. Når de forutsetninger som legges til grunn for avtalens beregningsmetode ikke slår til, kan ikke avtalens bestemmelse *«stenge for overgang til andre og mer pålitelige metoder å fordele utgiftene etter<sup>45</sup>»*. Det legges betydelig vekt på at partene gjennom forhandlingene hadde satt seg et klart mål for avtalen, og at forutsetningen for måloppnåelsen ikke inntraff. Sentrale momenter som vektlegges i dommen er det overordnede formålet med avtalen, og forhold som gjorde seg gjeldende på virkningstidspunktet. Dette viser at avtalens innhold isolert sett ikke alltid vil tillegges avgjørende vekt.

Rt-1994-626 gjaldt tvist mellom Andersen & Mørck A/S, speditøren, og Wasa International Försäkrings AB. Spørsmålet var om speditøren kunne påberope seg ansvarsbegrensningen i spedisjonskontrakten når selskapets egen kaiinspektør ved grov uaktsomhet hadde påført et vareparti transportskader. Retten tok utgangspunkt i at den alminnelige juridiske oppfatningen var at ansattes grovt uaktsomme handlinger kan fraskrives i *«forholdet mellom næringsdrivende»*. Det ble likevel lagt avgjørende vekt på ansvarsreguleringen i Norsk speditørforbunds bestemmelser for transport, spedisjon og lagring. Til grunn for dette trekkes det frem at standardkontrakten var utformet gjennom forhandlinger mellom organisasjoner som representerte både spedisjonsfirmaene og kundene. Reguleringen bygde derfor på en

---

<sup>42</sup> Rt-1991-220

<sup>43</sup> Rt-1991-220 på s. 225

<sup>44</sup> l.c.

<sup>45</sup> l.c.



avveining av de motstridende interesser på området, samt hensynet til forsikringsmuligheter og hvem som er nærmest å tegne forsikring. Det ble også trukket frem hensynet til forutberegnelighet og klare og enkle løsninger gjorde seg sterkt gjeldende.

I Rt-1998-761 stod tvisten mellom blant annet Bjørn Hansen Invest mot Christiania Bank og Kredittkasse ASA. Hovedspørsmålet i saken var gjaldt erstatningskrav fra en bankkunde mot banken begrunnet i at bankens finansiering av kunden ikke ble videreført. En av anførselene i saken var at tilbakebetalingskravet måtte falle bort, med henvisning til ugyldighetsbestemmelsene i avtl. §§ 33 og 36. I korte trekk gjaldt saken et meget risikofylt prosjekt i Kina. Konklusjonen var at tilbakebetalingsplikten ikke kunne anses å falle bort etter § 36. Retten trekker frem at det ikke kan stride mot redelighet og god tro at banken krever lånene tilbakebetalt. Det klare utgangspunkt hvis et prosjekt blir mislykket er at det er låntakeren, ikke långiveren, som må bære denne risikoen.

Rt-1998-1683 ble det tvist mellom Fredrikstad Energiverk AS og Østfold Energi AS. Saken gjaldt spørsmålet om revisjon av en avtale, og erstatning knyttet til levering av elektrisk kraft. Kort fortalt var det strid om den gamle avtalen av 1976 eller et nytt utkast til avtale, som hadde blitt fremforhandlet men ikke trådt i kraft, skulle legges til grunn for å løse saken. Retten trekker først frem at 76-avtalen hadde en revisjonsklausul, som kunne rette opp urimelighet og ubalanse. Denne måtte derfor legges til grunn. Videre trekker de frem at § 36 ikke kunne anvendes for å legge avtaleutkastet fra 1994 til grunn for løsning av tvisten. Argumenter var at bestemmelsen «*ikke rekker lengre enn til å rette opp ubalanse og urimelighet*». Kravet falt dermed utenfor § 36 sin rekkevidde. Annenvoterende velger en noe annen innfallsvinkel. Han velger å se utkastet som en løsning på å rette opp en urimelighet i den gamle avtalen. Dermed må utkastet kunne legges til grunn som ny avtale mellom partene, innenfor rammen av «*helt eller delvis*» endre en avtale. Begrunnelsen er at avtaleutkastet er reforhandlet i samsvar med retningslinjene i avtl. § 36.

I Rt-1998-1980 stod tvisten mellom Asticus AB og J.L. Carlsen om leietaker hadde hevingsrett som følge av ombyggingsarbeidet utleier foretok i eiendommen, etter husleieloven § 27. Anførselen fra J.L. Carlsen var blant annet at leien måtte settes ned med hjemmel i § 36. I vurderingen trekkes det frem at leietakeren som tok over lokalet etter at Carlsen gikk konkurs betalte en pris tilsvarende minimumsleie. Retten la til grunn at den etterfølgende leietakeren fikk en særlig gunstig forhandlingsposisjon etter konkursen, fordi utleieren fikk utleid arealer som stod tomme. Det ble også trukket frem at det skal «*svært mye til*» for at

domstolene kan endre avtalt leie i en langvarig kontrakt i forretningsforhold. Begge parter må være klar over at det kan oppstå svingninger i markedsløien. Det ble også trukket frem at partene hadde fordelt risikoen ved at det var avtalt omsetningsbasert leie, i kombinasjon med minimusleie.

I Rt-1999-922 var det tvist mellom AF Salhus Flytebru og Staten v/Samferdselsdepartementet. Spørsmål gjaldt krav om tilleggsbetaling for merutgifter og om oppgjør for endret utførelse ved bygging av en del av Nordhordalandsbroen over Salhusfjorden. Annenvoterende dommer Aarbakke mener at terskelen for urimelighet må være høy i kontrakter mellom profesjonelle parter hvor økonomiske hensyn står sentralt. Dette er av hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet i slike kontraktsforhold, og viser til uttalelser i forarbeidene. I prosjekteringen av stålkassene til flytebroen ble det lagt opp til bruk av 420-stål, men dette ble endret til høyfast 540-stål etter forslag fra entreprenøren. Ved å akseptere en slik endring og kontraktsfeste den, legger dette seg innenfor byggherrens risikoområde. Ved å endre til 540-stål oppstod det problemer med hydrogensprekker ved sveisingen av seksjoner til stålkassene. Det er her det påpekes at materialvalget i seg selv ikke gir grunn til å anse det urimelig at entreprenøren må bære risikoen. Derimot trekkes det frem at entreprenøren burde undersøkt nærmere hvilken sveisemetode som burde vært benyttet i arbeidet. Summen på de merutgiftene som oppstod kunne vært unngått hvis entreprenøren hadde foretatt slike undersøkelser, fordi man da hadde unngått dobbeltarbeid. Byggherren satt ikke inne med spesiell kunnskap som kunne ha unngått at sveiseproblemene oppstod. Tredjevoterende, Rieber-Mohn, mener på sin side at entreprenørens egenrådige fremferd ved bestilling av høyfast stål i seg selv er nok til at de må bære risikoen for problemene som kan oppstå, og viser til vurderingen av omstendighetene for øvrig.

I Rt-2000-806 oppstod det tvist mellom Oslo Energi Produksjon AS og Hol kommune. For retten var det spørsmål om prisen for konsesjonskraft i en avtale som Oslo Lysverker og Hol kommune inngikk i 1984. I korte trekk gikk saken ut på at kraftverket foretok en forhøyelse av pris for konsesjonskraften til kommunen, grunnet innføringen av produksjonsavgift. Retten tar utgangspunkt i at avtalens prisbestemmelse er klar, og at det må kreves sterke grunner for å sette den til side. Det trekkes frem at avtalen ble inngått mellom to profesjonelle parter, og at denne karakteristikken i hvert fall ikke gjelder i mindre grad for Oslo Lysverker enn for kommunen. Her trekkes også frem at Oslo Lysverker tok en bevisst risiko ettersom de selv

erkjenner at det kan oppstå endrede forhold som ingen kan overskue når kontrakten er langsiktig. Selskapet ser derfor nærmest til å bære risikoen for uforutsette endringer. Videre trekkes det frem at avtalen fremstår som et godt kompromiss mellom partene, særlig sett hen til pris og varighet. Videre uttales det at i en avtale mellom profesjonelle parter, bør terskelen for lemping være høy.

I Rt-2003-1132 stod tvisten mellom Fornebu Boligspare AS og AS Norrønafly. Tvisten gjaldt krav om forlengelse av en festekontrakt, og spørsmålet var festeren kunne kreve kontrakten forlenget med inntil 10 år. Viktigheten av å tolke en avtale objektivt når det er en kontrakt mellom to profesjonelle parter presiseres. Det vises også til at det kreves svært meget for å sette til side et avtalt vilkår eller konstatere urimelighet i kontrakter mellom profesjonelle parter. Retten bemerker at tilsidesettelse av avtalens vilkår ville gitt AS Norrønafly fritt spillerom til å utnytte bygningsmassen til hva de måtte ønske frem mot opphør av avtalen. En slik endring i kontrakter mellom profesjonelle parter faller utenfor virkeområdet til § 36.

I Rt-2003-1531 var det tvist mellom Staten v/Samferdselsdepartementet og Veidekke ASA. Spørsmålet var om anbyder kunne få endret feilprisingen av en enhetspris i et anbud etter kontrakt var inngått. Retten svarte benektende på dette. Begrunnelsen var at feilen som hadde oppstått utelukkende skyldtes forhold på anbyderens hånd. Det trekkes frem at skjemaene tydelig anga at pris skulle oppgis i kubikkmeter, mens Veidekke ASA ved en feil benyttet kvadratmeterpris.

I Rt-2004-1545 var det tvist mellom Vesta Forsikring AS og Aurskog Sparebank og Blaker Sparebank. Det var uenighet om et forsikringsoppgjør etter et ran av en pengetransport, og forsikringsrettslig identifikasjon. En pengetransport ble ranet for ca. 3,5 millioner kroner og det viste seg at transportselskapet ikke hadde oppfylt sikkerhetsforskriften fra forsikringsselskapet. Dermed ble det spørsmål om bankene kunne identifiseres med transportselskapet, og således nektes oppgjør. Retten konkluderte med at det ikke ville være urimelig eller stride mot god forretningsskikk å gjøre identifikasjonsklausulen gjeldende. Det ble særlig vektlagt at standardavtalen var utarbeidet i samråd med representanter for de berørte parter i bransjen, og at identifikasjon ikke var så urimelig at avtalen burde settes til side.

I Rt-2007-431 Stavanger-dommen var det tvist mellom Stavanger kommune og en forsikringstaker i IF Skadeforsikring NUF. Forsikringstakeren hadde blitt rammet av

oversvømmelse i boligen sin, som følge av tilbakeslag i kommunal avløpsledning grunnet kraftig regnvær. Striden oppstod fordi kommunen hadde en klausul om ansvarsfraskrivelse slik at kommunen ble fri for ansvar. Retten konkluderte med at det ikke var grunnlag for å sette vilkåret til side etter § 36. Sensur av avtalevilkår mellom forbruker og næringsdrivende og mellom næringsdrivende, har mindre plass når det dreier seg om fellesoppgave utført av kommunen og utgiftene fordeles mellom de tilknyttede eiendommer. All den tid bestemmelsen er saklig og forsvarlig begrunnet, og felleskapet driver på selvkostbasis, skal det mye til å få omfordelt rettigheter og byrder i fellesskapet. Det trekkes også frem at huseieren er nærmest til å vite hvordan en oversvømmelse vil ramme, og dermed tegne adekvat forsikring for å sikres best mulig.

I Rt-2008-969 var det tvist mellom Egil Kristoffersen & Sønner AS mot Marine Harvest Norway AS. I korte trekk gikk saken ut på at Kristoffersen aksepterte ny leverandør av smolt, men påstod seg ikke bundet av denne avtalen når det oppstod problemer med leveranser av smolten. Ved vurderingen av bristende forutsetninger, etterfølgende omstendigheter, trekker retten frem at når kreditor har valgt den nye debitor, kan ikke senere inntrådte problemer i forholdet dem imellom medføre at valget kan reverseres.

I Rt-2010-1345 var det tvist mellom Oslo Vei AS og Staten v/Samferdselsdepartementet. Hovedspørsmålet var hvem som måtte bære risikoen for at saltforbruket i gjennomsnitt ble tre ganger høyere enn det som var oppgitt som tidligere saltforbruk i rapporten vedlagt anbudet. Det ble tilkjent erstatning for merutgifter, men det forelå ikke grunnlag for å kreve revisjon av avtalen etter § 36. I vurderingen ble det vektlagt at anbyderens valg av driftsopplegg og saltingsstrategi ville påvirke saltforbruket, og risikoen for saltmengdene ble derfor bevisst plassert hos Oslo Vei. Det trekkes blant annet frem at kontrakten var mellom profesjonelle parter, og at kontraktsperioden kun var på 5 år.

I Rt-2013-136 var det tvist mellom Ungbo I borettslag og Bodø kommune. Det var inngått avtale mellom borettslaget og kommunen om at andelene skulle omsettes for opprinnelig pris, korrigert for utvikling i KPI. På tidspunktet for avtaleinngåelse gjaldt den gamle borettslagsloven, som krevde departementets samtykke for slik prisregulering. Det ble derfor hevdet at prisreguleringen var ugyldig. Høyesterett konkluderte med at avtalen ikke var ugyldig. Innledningsvis bemerket retten at formålet for prisreguleringen var saklig, ettersom det skulle sikre unge billige boliger. Det ble også pekt på at det var en lovgiveroppgave å forby slike prisreguleringer, ikke domstolene. Det ble også trukket frem at partene var

jevnbyrdige fordi borettslaget ble bistått av boligbyggelaget i prosessen. Når det gjelder de etterfølgende forhold uttales det at ikke alle nyter godt av prisveksten i boligmarkedet, og at det er noe vilkårlig hvem som profiterer i markedet. Ved vurderingen av risiko trekkes det frem at de som har vært bemidlet nok til å flytte men som har valgt å bli boende er nærmest å bære risikoen for å ta del i den manglende prisveksten.

### 3.6 Sammenfatning

Ut i fra gjennomgangen av rettskildebildet er det mye som tyder på at det allerede i ordlyden ”urimelig” ligger en høy terskel for lemping, som forsterkes ytterligere jo nærmere partene står hverandre rent styrke- og ressursmessig. Av gjennomgangen over er det grunn til å trekke ut noen funn. Høyesterett synes å vektlegge partenes stilling og avtalens karakter ved anvendelse av § 36 på kommersielle aktører. Dette, sammen med en vurdering av hvem av partene som står nærmest til å bære risikoen for eventuell skjevhet, kan være relevante momenter ved bruk av bestemmelsen.

Sollia borettslag<sup>46</sup> er etter min gjennomgang den eneste dommen som har ført frem mellom kommersielle aktører. Men dette var ikke etter en rendyrket anvendelse av avtl. § 36 og de momenter bestemmelsen uttrykkelig gir anvisning på. I stedet foretar Høyesterett nærmest en rimelighetstolkning av prisregulering for fjernvarme, og legger avgjørende vekt på formålet med avtalen. Det var altså vanlige tolkningsprinsipper som gjorde at Høyesterett ga medhold.

Å vise tilbakeholdenhet med direkte anvendelse av avtl. § 36, er imidlertid ikke helt uproblematisk. Er domstolene motvillige til dette hindrer det en rimelighetskontroll og kan i sin tur føre til ytterligere tvister. Det vil være uheldig for forutberegneligheten til avtalepartene og kan lede til at avtl. § 36 fremstår mer illusorisk mellom disse parter og mister sin funksjon som en formuerettslig lempingsregel.

I det følgende er det interessant å undersøke om terskelen for lemping i kommersielle avtaleforhold også avhenger av hva slags type mangel det er tale om.

---

<sup>46</sup> Rt-1991-220

# 4 Terskelen for lemping i lys av mangelstype

## 4.1 Innledning

I denne delen har jeg valgt å se nærmere på tilblivelsesmangler, innholdsmangler og etterfølgende omstendigheter som grunnlag for hel eller delvis lemping av en kommersiell avtale. Formålet med drøftelsen er å finne frem til hvor terskelen for lemping av slike avtaler er satt, og hvorvidt denne kan anses rimelig i lys av et mer overordnet syn på kontraktsretten.

## 4.2 Tilblivelsesmangler

Begrepet tilblivelsesmangler sikter til at det foreligger en mangel ved situasjonen når avtalen kom i stand mellom partene, med andre ord i den innledende fasen. Momentet kan trekkes inn i en urimelighetsvurdering ettersom det følger av avtl. § 36 at også «*forhold ved avtalens inngåelse*» kan tillegges vekt. I forarbeidene presiseres det at lempingsregelen vil kunne ta hensyn til «*mindre alvorlige mangler ved avtalens tilblivelse*» enn det som fanges opp av § 33.<sup>47</sup> En slik uttalelse kan tolkes dit hen at tilblivelsesmanglene som omfattes av § 36 ikke alene kan føre til lemping av avtalen, men heller benyttes som en del av den helhetlige rimelighetsvurderingen.<sup>48</sup> En slik forståelse kan, noe indirekte, anses å ha støtte i litteraturen gjennom Hauges terskelmomenter. Hun trekker eksempelvis frem at ujevnt styrkeforhold mellom partene ikke seg selv begrunner urimelighet, men kan vektlegges når urimelighetsterskelen skal fastsettes. Med andre ord kan forhold ved avtalens inngåelse fungere som terskelmomenter.<sup>49</sup> Av andre momenter som kan vektlegges ved vurderingen av mangler ved tilblivelsen nevnes blant annet lojalitetsplikten og opplysningssvikt.<sup>50</sup> Disse vil være en naturlig del av en eventuell forhandlingssituasjon, som ofte foreligger mellom profesjonelle aktører. Det synes således å legges til grunn en lav terskel for å trekke inn mangler ved tilblivelsen i vurderingen, men desto høyere terskel for å tillegge dem avgjørende vekt for å tillate hel eller delvis lemping.

---

<sup>47</sup> NOU 1979:32 s. 50.

<sup>48</sup> Lyng Andersen 2018 s. 275 er inne på dette ved omtalen av illojalitet.

<sup>49</sup> Hauge (2009) s. 206

<sup>50</sup> Hallsteinsen (2018) s. 120 og 536-537

## 4.2.1 Partenes stilling

I en vurdering av tilblivelsesmangler mellom profesjonelle parter er det viktig å se hen til eventuelle forhandlinger, eller annen kontakt mellom partene. I forhandlinger legges det gjerne en ramme for hva avtalen skal omhandle, samt at man kommer til enighet om innholdet i avtalen. Annenvoterende i Røstad-dommen<sup>51</sup> uttaler på s. 290 ganske treffende at «*Det skal meget til for å karakterisere det som urimelig å gjøre gjeldende en avtale som er blitt til på uklanderlig vis og som ved inngåelsen hadde balanse mellom ytelsen*». Synet hans fikk ikke gjennomslagskraft i avgjørelsen, men uttalelsen er generelt treffende for vurderingen av tilblivelsesmangler. Særlig når det er tale om kommersielle avtaler hvor terskelen må settes betydelige høyere enn i andre kontraktsforhold. Det sentrale vil naturligvis være hvorvidt det har funnet sted uklanderlig opptreden i den innledende fasen.

Uklanderlig opptreden i den innledende fasen kan relatere seg til en rekke forhold, og det vil alltid være en meget krevende grensedragnings mot de øvrige ugyldighetsregler på dette punkt. Denne avhandlingen fokuseres inn mot § 36 og derfor holdes tilblivelsesmangler som når opp i øvrige ugyldighetsregler utenfor.

I en forhandlingssituasjon vil partenes stilling kunne by på enkelte utfordringer. I de tilfeller hvor det er tale om en sterk og en svak part, vil som regel den sterke sitte med den beste hånden i forhandlingene. Dette kan føre til at den svakere part føler seg presset til å gi etter for den andre parts ønsker i forhandlingene, for å komme i havn med avtalen. Det forhold at parten er svakere kan vanskelig godtas som grunnlag for å tilsidesette en avtale mellom partene, men dette kan justere terskelen for hva som anses urimelig samlet sett når innholdet vurderes.

Vi kan se hen til et tiltenkt eksempel hvor det skal forhandles om hylleplass i Meny, mellom Norgesgruppen ASA og Hval sjokoladefabrikk ASA. Førstnevnte har betydelige markedsandeler på det norske dagligvaremarkedet, og har et stort apparat i ryggen. Sistnevnte er en liten sjokoladefabrikk med begrensede ressurser, som gjerne ønsker å få sine produkter inn i Norgesgruppens butikker for å øke omsetningen. I forhandlingene utøver Norgesgruppen betydelige press mot Hval Sjokoladefabrikk om hvilke vilkår som skal nedfelles i avtalen, og sistnevnte ser seg nødt til å godta disse for å få varene eksponert i Meny. At leverandøren i dette tilfelle føler seg presset til å akseptere vilkårene kan trekkes inn i den totale vurderingen,

---

<sup>51</sup> Rt-1988-276

hvis det blir tvist om avtalens rimelighet. Dog kan det ikke alene føre til at avtalen anses urimelig.

På den annen side bør retten foreta en konkret vurdering av om slike situasjoner kan kvalifisere som tilblivelsesmangel. Et argument for dette vil være at partene står fritt til å trekke seg fra forhandlingene underveis, hvis en av partene mener forhandlingen ikke fører frem eller avtalen blir svært byrdefull. På denne måten unngås det at en av partene trer inn i en avtale som blir gjenstand for rimelighetsprøving på et senere tidspunkt.

I Oslo Energidommen<sup>52</sup> ble det anført av Oslo Lysverker at en prisbestemmelse måtte tolkes innskrenkende ut fra sin ordlyd, særlig hensett til at det var kommunens innføring av skatter og avgifter som fordyret prisen i avtalen. Retten bemerker på s. 815 at Oslo Lysverker som utformet utkastet til en avtale *«med grunnlag i partenes forhandlinger, var en ytterst profesjonell part med innsikt i område, [og at avtalen] ble inngått av profesjonelle parter, og denne karakteristikken gjelder i hvert fall ikke i mindre grad for Oslo Lysverker enn for kommunen»*. Retten foretar her en vurdering av partenes stilling i kontraktsforholdet. Det ble konkludert med at både Hol kommune og Oslo Lysverker måtte anses som profesjonelle parter, og at sistnevnte, som påberopte seg § 36, ikke stod i noen svakere stilling enn kommunen. Et moment som trekkes frem i vurderingen er innsikten Oslo Lysverker hadde på kraftmarkedet. Kunnskap er dermed et moment som kan trekkes inn når styrkeforholdet mellom partene skal vurderes. Jeg mener dommen indirekte gir uttrykk for at profesjonelle parter bør likestilles uavhengig av kompetanse, og at det er mindre rom for å ta hensyn til om partene har et ujevnt styrkeforhold overfor hverandre. I de tilfeller hvor dette påberopes må det antas at retten setter en meget streng terskel for at en slik påstand skal vinne frem.<sup>53</sup>

Hvis vi tar utgangspunkt i dommen som nevnt ovenfor er det mulig å oppstille et annet scenario. Oslo Lysverker AS går i forhandlinger med en liten bedrift som har spesialisert seg på teknologi som er ønskelig å ta i bruk innenfor et kraftverk. Den lille bedriften drives som et enkeltpersonforetak av to ingeniører, som er spesialisert innenfor sitt fagfelt. I en slik situasjon vil to kryssende hensyn stå mot hverandre. Det er ingen tvil om at Oslo Lysverker er den mest ressurssterke parten. De har den største organisasjonen bak seg og har betydelig

---

<sup>52</sup> Rt-2000-806

<sup>53</sup> Rt-1999-922 kan til en viss grad anses å trekke i motsatt retning. Her ble det foretatt en vurdering av hvem som hadde mest kompetanse på det feltet som ble gjenstand for tvist, uten at det foretas en konkret vurdering av partenes stilling. I dommen var det risikovurderingen som stod sentralt.



innsikt gjennom sin lange erfaring på området. Når det gjelder spesialkompetanse på produktet som skal kjøpes, vil denne være best hos det lille selskapet. Hvis partenes stilling skal vurderes må dette ses i lys av hvem som ressursmessig er den sterkeste part, samt hvem som innehar mest kompetanse. Hvis vi forutsetter at det gis feilaktig informasjon om produktet i forhandlingsfasen, kunne det vært naturlig å senke lempingsterskelen til fordel for Oslo Lysverker.

En løsning hvor Oslo Lysverker anses å være den svakere part i forhold til det lille selskapet kan fremstå som en urettmessig løsning. Ut fra en klassisk vurdering av styrkeforholdet vil det ofte være den mest profesjonelle parten som regnes for å være den sterkeste. Om størrelse og ressurser skulle være de eneste momentene som ble tillagt vekt, kunne dette også ført til en skjev fordeling av ansvaret etter bestemmelsen. Vi må derfor se hen til det overordnede formålet med bestemmelsen om at den svakeste part skal beskyttes mot at den sterkere part utnytter avtalefriheten. Hva som anses å være en svakere part må være gjenstand for en inngående vurdering, hvor flere momenter trekkes inn.

Det er likevel viktig å trekke frem at kompetanse innenfor et område ikke utelukkende avgjøres av selskapets størrelse og ressurser. I mange tilfeller har større selskaper behov for produkter som selges av mindre bedrifter, med høy grad av spisskompetanse. Men hvis det lille selskapet har den beste kompetansen, ville det vært urimelig om Oslo Lysverker skal vurderes som den sterkere part, utelukkende fordi de er størst og har flest ressurser. Et sentralt poeng ved å være den sterke part er å ha et overtak. I dette tilfelle vil det faglige overtaket ligge hos det mindre selskapet, og således sette Oslo Lysverker i en underordnet posisjon. Men slik at deres underordnede posisjon ikke bør strekke seg lenger enn bedriftens kompetansenivå. Med dette menes at statusen til partene må ses i lys av hvor tilblivelsesmangelen ligger, og dernest se hen til hvem som har overtaket på nevnte område. Slik oppstiller momentene samlet en mer rettferdig terskel for lemping ut fra partenes status, samtidig som begge nyter godt av et slikt vern. Dette vil føre til større forutberegnelighet for partene og kan ha en oppdragende effekt ved at partene opptrer rettferdig overfor hverandre. Dette harmonerer således godt med at forutberegnelighet skal ha en sentral plass i

kommersielle avtaler.<sup>54</sup> At kompetanse skal trekkes inn som moment kan til en viss grad forankres i Oslo Energi-dommen.<sup>55</sup>

I samme gate kan vi trekke frem Rt-2003-1531 hvor Veidekke ASA anførte at det måtte stride mot god forretningsskikk at Statens Vegvesen fastholdt en enhetspris Veidekke uforsettlig hadde priset feil, og de måtte ha vært klar over dette uten å gjøre Veidekke oppmerksom på feilen. Retten bemerker i premiss 30 at «*anbudsgrunnlaget opererte med kubikkmeterpris [...] og at anbudspapirene [...] ikke var til å misforstå.*». I denne saken fremgår det ikke direkte av vurderingen at partens stilling på inngåelsestidspunktet vektlegges, men indirekte tilsier uttalelsen at Veidekke med sin erfaring begikk en feil som kun skyldtes forhold på deres side. Dette vil dermed vanskelig kunne begrunne lemping av en avtale. Ut fra uttalelsen kan det fremstå som at det hadde stilt seg annerledes hvis uklarerheter i anbudspapirene hadde vært grunnlaget for feilprisingen. Det som likevel er interessant, og som kan indikere en høy terskel for lemping i kommersielle avtaler, er at Statens Vegvesen ikke var å klandre, til tross for at de forstod at det forelå feil ved anbudet til Veidekke. Her ser vi hvordan partenes stilling ved inngåelsen kan benyttes som terskelmoment. Når partene er relativt jevnbyrdige hva gjelder styrke, kan dette øke terskelen for å konkludere med at forholdet kvalifiserer som en mangel i lempingsvurderingen.

En gjennomgang av rettspraksis viser at domstolene legger listen høyt for vurdering av tilblivelsesmangler i kommersielle avtaler. Likevel fremstår det som at de foretar konkrete vurderinger i hver enkelt sak, og vektlegger partenes stilling. Med andre ord benytter de tilblivelsesmangler som terskelmoment for urimelighetsvurderingen.

---

<sup>54</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29

<sup>55</sup> Retten legger blant annet vekt på at den ene parten har «*innsikt på området*», jf. Rt-2000-806 s. 815. Etter mitt syn bør ikke begrepet innsikt utelukkende vise til erfaring, men også favne om kompetanse en bedrift har innenfor sitt fagfelt. Dommen legger ingen direkte føringer på hva som menes med innsikt.

## 4.3 Innholdsmangler

Innenfor avtaleretten er det kontrakten som overordnet regulerer forholdet mellom partene. I mange tilfeller oppstår tvisten mellom partene med bakgrunn i forhold som er nedfelt i avtalen. Et naturlig utgangspunkt for lempingsvurderingen vil derfor være avtalens innhold. Dette bekreftes blant annet ved at vurderingen i § 36 skal ta hensyn «*ikke bare til avtalens innhold*». At bestemmelsen skal tolkes slik har god støtte i forarbeidene.<sup>56</sup> Det skal likevel meget til for å sette en avtale helt eller delvis til side utelukkende grunnet mangler ved avtalens innhold.<sup>57</sup> Dette forklares med at revisjon av en avtale ofte vil være aktuelt etter en helhetlig vurdering, hvor en kombinasjon av omstendigheter gjør det urimelige å gjøre avtalens innhold gjeldende.<sup>58</sup> En slik forståelse av bestemmelsen finner god støtte blant annet ved at tilblivelsen og etterfølgende omstendigheter kan vektlegges. Når det gjelder de rent kommersielle avtaler vil vurderingen også tas med utgangspunkt i avtalens innhold<sup>59</sup>, men hvor forutberegnelighet og risiko er to hensyn som skal vektlegges særlig tungt. Dette vil gjelde generelt for alle momentene som trekkes frem under, og nevnes derfor ikke spesifikt for hvert moment. Det er interessante spørsmålet er derfor om dette følges opp i tilstrekkelig grad av Høyesterett og således hever terskelen for lemping for denne typen avtaler.

### 4.3.1 Partenes stilling

I mange tilfeller vil det være viktig å se hen til hvilken stilling partene har når innholdet av en kontrakt skal vurderes. Dette er blant annet helt i tråd med formålet om at den svakere kontraktpart skal beskyttes mot at den sterkere utnytter sin posisjon til å sikre seg en best mulig avtale. Dette kan blant annet gjøres ved at vilkår som forfordeler den sterke part tvinges gjennom i forhandlingsfasen, slik at avtalen blir mer ugunstige for den svakere part. En slik skjevdeling bør gis plass i lempingsvurderingen, for å sikre at den sterke parten ikke gis mulighet til å utnytte den svake. Rent overordnet har likevel Høyesterett uttalt at det skal svært mye til for å konkludere med urimelighet i en kommersiell avtale. I mange tilfeller

---

<sup>56</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982 – 1983) s. 32.

<sup>57</sup> Hallsteinsen (2018) s. 537.

<sup>58</sup> I.c.

<sup>59</sup> Ved helhetsvurderingen i § 36 skal det legges «*vesentlig vekt [på] om avtalen er urimelig etter sitt innhold*», jf. Rt-1989-90 s. 98. Dommen er ikke avsagt i en sak med to kommersielle parter, men utgangspunktet bør derfor også gjøre seg gjeldende ved kommersielle avtaler.

trekkes partenes stilling inn når innholdet skal vurderes, men ofte blir det ikke foretatt en vurdering av partenes styrkeforhold overfor hverandre.

I Oslo Energi-dommen<sup>60</sup> trekkes partenes stilling inn som moment ved vurderingen av avtalens innhold. På s. 815 fremgår det at «*avtalens prisbestemmelse er klar og [...] det må kreves sterke grunner for å sette den til side*» hvorpå de følger opp med å konstatere at avtalen ble «*inngått mellom profesjonelle parter, og denne karakteristikken gjelder i hvert fall ikke i mindre grad for Oslo Lysverker enn for kommunen*» (min understrekning). Om Oslo Lysverker AS skulle ønsket en annen ordning burde de utformet utkastet til avtale på en annen måte. Avtalen bar også preg av å være balansert ettersom den var et kompromiss mellom begge parters ønsker. Jeg tolker dommen dit hen at retten vektlegger Oslo Lysverker AS som en profesjonell aktør, med betydelig erfaring på området. De hadde av den grunn gode forutsetninger for å formulere seg på en annen måte, hvis de ønsket en annen løsning. På denne måten skjerpes revisjonsadgangen betraktelig for profesjonelle aktører, ettersom formuleringene må anses gjennomtenkte og nøye vurdert av partene.<sup>61</sup>

Hvis partenes stilling hadde blitt tillagt vesentlig vekt ved vurdering av avtalens innhold, kunne dette tidvis gitt uheldige utfall. Vi kan se for oss samme scenario som i Oslo Lysverker-dommen<sup>62</sup>, men forutsette at motparten er et betydelig mindre selskap enn Oslo Lysverker AS. Etter at avtalen mellom partene har blitt praktisert en stund oppstår det en tvist, hvor det lille selskapet krever revisjon av avtalen. I dette tilfelle har Oslo Lysverker ført avtalen i pennen på vegne av begge parter, men det kan ikke bety at de bærer et større ansvar for avtalens innhold. Partene var jo i utgangspunktet enig om hva som skulle stå i avtalen, og dette har blitt utformet ut fra denne enigheten.

Det er likevel tvilsomt at retten ville lagt seg på en slik linje uten å foreta nærmere vurderinger. Partenes stilling vil være et moment i vurderingen av urimelighet opp mot innholdet, men forhold ved tilblivelsen kan også trekkes inn som nevnt tidligere. Når det

---

<sup>60</sup> Rt-2000-806

<sup>61</sup> Et lignende synspunkt trekkes frem i Rt-1990-500, Periscopus-dommen. Saken faller utenfor kjerneområdet for denne avhandlingen, ettersom tvisten stod mellom Periscopus AS og privatpersoner som var deres leietakere. Det som likevel er interessant i dommen er at retten på s. 509 uttaler at de ved rimelighetsvurderingen etter § 36 vektla at «*eier av gården i 1955 var Brødrene Jensen AS; dette var et profesjonelt selskap som opererte i eiendomsmarkedet. Kontrakten ble utformet av en eiendomsmegler etter oppdrag fra eieren, uten at noe forbehold for endringer i pengeverdien ble tatt. De leiebestemmelser som er omtvistet, fremstår som vel gjennomtenkte.*» (min understrekning). Dommen støtter opp om synspunktet at rimelighetsvurderingen må settes betydelig høyere når avtalens innhold er omtvistet og det er en profesjonell aktør involvert.

<sup>62</sup> Rt-2000-806

gjelder partenes stilling opp mot innholdet kan et relevant moment være hvor tydelig urimeligheten fremgikk av vilkåret, og om den svake parten kan klandres for å ha opptrådt skjødesløst ved aksept av vilkåret.<sup>63</sup> På denne måte vil urimelighetsterskelen kunne endres ikke bare ut fra stillingen, men også opptreden. Dermed vil hensynet til forutberegnelighet også bli ivaretatt ved vurdering av lemping.

Etter mitt syn er det rimelig å vektlegge partenes stilling når innholdet skal vurderes opp mot urimelighetsvilkåret. På denne måten beskyttes den svakere part, slik formålet til bestemmelsen er, og vil virke oppdragende på den sterke part i en kommersiell avtale.

### 4.3.2 Forutberegnelighet

Dette hensynet blir i forarbeidene trukket frem som særlig viktig å vektlegge når det vurderes å lempe en avtale mellom profesjonelle aktører. Begrunnelsen er at forutberegnelighet er et viktig grunnfundament i avtaleretten, og særlig i kommersielle avtaler.

I Sollia borettslag<sup>64</sup> kom denne problemstillingen litt på spissen. I avtalen om levering av fjernvarme var det lagt til grunn en *«forutsetning om at ingen skulle tjene eller tape penger»* på dette, noe som også ble ansett for å være et overordnet hensyn i avtalen. På bakgrunn av dette ble det valgt en beregningsmetode som skulle oppfylle dette hensynet. Når *«forutsetningen ikke slår til, kan bestemmelsen ikke stenge for overgang til andre or mer pålitelige metoder for å fordele utgiftene etter.»* I denne saken ser vi hvordan retten vurderer hensynet til forutberegnelighet opp mot avtalens formål. Når de forutsetninger som legges til grunn for å oppnå avtalens formål ikke inntreffer, bør det åpne mulighet for å velge andre løsninger. Dommen indikerer at det i kommersielle avtaler er mulighet for å foreta en delvis tilsidesettelse gjennom avtalerevisjon i de tilfeller hvor forutsetninger og formål kommer på kollisjonskurs. Det må likevel bemerkes at borettslag er en sosial boligbygging, noe som også retten trekker frem på s. 225. En slik spesiell omstendighet kan trekke i retning av at utfallet kunne blitt annerledes hvis partskonstellasjonen i avtalen var noe annerledes, og dermed hevet terskelen for revisjon. Her er det også viktig å presisere at all den tid formålet til avtalen

---

<sup>63</sup> Hagstrøm (2011), s. 305 tar blant annet til orde for at hvis partene ikke er å bebreide må det være et tungtveiende argument for å la det bli stående.

<sup>64</sup> Rt-1991-220

overholdes svekkes ikke forutberegneligheten gjennom avtalerevisjonen, ettersom det overordnede for avtalen fortsatt ivaretas.

Vi kan i motsatt fall se for oss samme avtale som nevnt ovenfor, men endre avtalens formål til å være leveranse av fjernvarme fra Sollia Borettslag til Risvollan Borettslag, mot vederlag. Hvis beregningskalkylen som er lagt til grunn over tid viser seg å være lite inntektsbringende, må det settes en betydelig høyere terskel for lemping etter denne avtalen.

Forutberegnelighet og formål vil i betydelig grad kunne sammenfalle når det skal foretas vurderingen av en avtale. Formålet danner den overordnede rammen for avtalen og vil gi partene en indikasjon på hva innholdet skal sikre at blir gjennomført. Hvis formålet er leveranse uten fortjeneste gir det partene forutberegnelighet om at den mest gunstige beregningskalkylen legges til grunn. I motsatt fall, hvis formålet er å tjene penger, er partene klar over at prisen også gjenspeiler en fortjeneste for den ene parten.

I visse tilfeller vil likevel formålet settes opp mot forutberegnelighet når lemping skal vurderes, fordi den ene parten hevder at innholdet er urimelig. Det klare utgangspunkt må derfor være en vurdering av ordlyden i avtalen i lys av formålet, sett opp mot forutberegnelighet. Sistnevnte må vektlegges tyngst grunnet føringene i forarbeidene, men også av hensyn til kontraktpartene. Hvis vi ser for oss Hauges modell, kan forutberegnelighet og formål anses som terskelmomenter i vurderingen som må vektlegges ut fra hva salgs avtale man står overfor. Her må avtalens ordlyd i de fleste tilfeller gå foran, all den tid de er i overensstemmelse med formålet eller må anses å oppfylle dette. Et godt eksempel i så måte er Oslo Energi-dommen, hvor ordlyden gikk foran til tross for at motpartens fortjeneste gikk ned. Forutberegneligheten var avgjørende viktig, og sørget for heving av urimelighetsterskelen.

### **4.3.3 Standardavtaler**

Et annet moment som har vist seg å være viktig i lempingsvurderingen er om den omtvistede avtalen er omfattet av en standardavtale. I visse tilfeller bygger avtalene på en bakenforliggende standardavtale, noe som må trekkes frem i vurderingen. Gode grunner taler for dette, og vi kan se nærmere på rettspraksis for å få et bilde av hvorfor dette er viktig.

I et tilfelle oppstod det tvist mellom et speditørfirma, Andersen og Mørck A/S, og vareassurandøren, Wasa International Försäkrings AB, om en ansvarsbegrensning.<sup>65</sup> Ansvarsreguleringen fremgikk av en standardavtale og § 36 kom derfor ikke til anvendelse. Retten trekker på s. 630 frem at avtalen hadde vært gjenstand for forhandling mellom «*organisasjoner som er representative for spedisjonsbedrifter og kundene*», og det forutsettes dermed at det er foretatt en «*avveining av de motstridende interesser*». Dette følges opp med at hensynet til «*forutberegnelighet og klare og enkle løsninger [må gjøre] seg gjeldende med styrke*».

Et lignende resonnement som nevnt ovenfor fremgår også av Rt-2004-1545 i premiss 52 hvor det uttales at «*standardvilkårene er utarbeidet av et utvalg i nært samarbeid med representanter for de berørte parter i bransjen*».

Uttalelsene tolkes i den retning at lempingsterskelen skjerpes i de tilfeller hvor standardavtaler benyttes som bakgrunnsrett, eller som trekkes direkte inn i en avtale mellom partene. Det kan argumenteres for at dette oppstiller et urettmessig skille mot de avtaler som ikke er dekket av standardavtaler. Slik sett fremstår det mindre lukrativt å tiltre avtaler som er omfattet av standardavtaler, fordi man da stiller dårligere ved en eventuell tvist om urimelighet i avtalen.

Argumentet til Høyesterett må likevel trekkes frem. En standardavtale blir fremforhandlet mellom aktører i bransjen med motstridende interesser. Derfor er det naturlig å anse en slik avtale som et kompromiss mellom partene. Partene har både gitt og fått for å komme til enighet.<sup>66</sup> Et argument som kan trekkes frem for å sette terskelen høyere for urimelighetsvurderingen i slike tilfeller, er at slike avtaler er ment å vare over lengre tid og regulerer et nærmere angitt område. Samtidig legges de til grunn for flere avtaler som inngås innenfor området, og fungerer som bakgrunnsrett ved uenighet om avtaler innenfor virkeområdet. Hvis partene kunne angripe bestemmelser i standardavtaler grunnet urimelig utfall i sin konkrete avtale, ville dette ført til kaotiske tilstander. Formålet med standardavtaler er å sikre god forutberegnelighet for partene, samt sikre god og balansert regulering på området.<sup>67</sup> Dette kan vanskelig oppfylles hvis retten kan sette til side vilkår som er del av en

---

<sup>65</sup> Rt-1994-626

<sup>66</sup> Sml. argumentasjon i Rt-2000-806 s. 815 om kompromiss i et avtaleforhold som ikke var berørt av standardavtaler.

<sup>67</sup> Hallsteinsen 2018 s. 539 støtter opp om et slikt synspunkt.

standardavtale, særlig fordi det også kan få ringvirkninger for mer enn den konkrete kontrakten tvisten omhandler. Det vil derfor være naturlig at retten legger seg på en betydelig høyere terskel for lemping straks standardvilkår er utformet på området og partene er enige om at disse skal følges.<sup>68</sup>

#### 4.3.4 Risiko

Forarbeidene peker også på at det må fokuseres særlig på risikovurderingen ved tvist om lemping av kommersielle avtaler. Grunnlaget er at det i mange tilfeller foretas såkalt kalkulert risiko når det inngås avtaler, og dette vil tale sterkt mot lemping av en avtale.<sup>69</sup> En part som har valgt å ta en risiko ved å gå inn i avtalen kan ikke trekke dette tilbake ved å kreve lemping hvis avtalen får et ugunstig utfall.<sup>70</sup> Her må det likevel skilles mellom de forhold som klart fremstod som risikofaktorer ved avtaleinngåelsen, og de som var utenfor partens vurdering ved inngåelsen. Slike vurderinger har blant annet vært foretatt en rekke ganger i rettspraksis, noe eksemplene nedenfor straks vil vise. Momentet vil i mange tilfeller også ha en side til de etterfølgende omstendigheter, men det behandles i punkt 5.4.

Vurdering av risiko har lange tradisjoner i norsk rett. Vi kan se hen til et tidlig eksempel fra Rt-1921-701 hvor et selskap inngikk avtale om å levere sardiner, men fikk problemer med blikktilgang som følge av at England svartelistet selskapet. Retten uttalte at det for selskapet «*var fristende at sælge til firmaer, som stod i forbindelse med Tyskland, idet man derved erholdt en betydelig fortjeneste. Men vedkommende fikk da ta ansvaret for de mulige følger og kan ikke velte dette over på sin medkontrahent*». Det vektlegges at avtalen ble inngått lenge etter krigens utbrudd. Selskapet måtte derfor utvise betydelig varsomhet mot å miste blikktilgangen og risikere at det oppstod kontraktsbrudd fra deres side.

Et slikt synspunkt følges også i vurdering av § 36 når det konstateres at hvis «*et prosjekt blir mislykket, må som det klare utgangspunkt være låntakerens – ikke långiverens – risiko*», jf. Rt-1998-761 på s. 773. Konflikten oppstod fordi en bank nektet videre finansiering av en investors risikofylte prosjekt i Kina. Et lignende synspunkt følges opp når det gjelder

---

<sup>68</sup> Hagstrøm (2011) s. 310 uttrykker at det kun er spesielle forhold som kan forsvare inngripen i kontrakter regulert av slike vilkår. Et eksempel han trekker frem er at avtalen er så særpreget at det vil virke urimelig å innta en vanlig, og ellers rimelig klausul.

<sup>69</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29

<sup>70</sup> Se blant annet Lyngse Andersen (2018) s. 251 angående kalkulert risiko og hvilken plass denne har i vurderingen etter § 36, Hagstrøm (1994) s. 149.



svingning i markedsløien. Retten uttalte «*At leien i den aktuelle perioden [...] eventuelt lå høyere enn markedsløien må leietakeren her ta risikoen for*» hvor de følger opp med å konstatere at parten i realiteten har «*fordelt risikoen for den fremtidige salgsutviklingen[gjennom] omsetningsbasert leie kombinert med minimumsløie*», jf. Rt-1998-1980 på s. 1987.<sup>71</sup> Risikomomentet fungerer her som et generelt terskemoment. Dette bidrar til å sette terskelen for rimelighetsvurderingen i den konkrete avtalen.

Det kan på den ene siden slå urimelig ut at man setter en forhøyet terskel basert på risiko utelukkende fordi det er tale om en kommersiell avtale. I mange tilfeller inneholder kommersielle avtaler elementer av risiko, men risikoens omfang kan variere fra avtale til avtale. Det vil med andre ord slå meget skjevt ut hvis en avtale som i liten grad bærer preg av risiko skal vurderes på lik linje med en avtale som i vesentlig grad bygger på risiko.

Til tross for ovenfor nevnte argumenter vil det være meget tungtveiende grunner til å la risikoen få sterk gjennomslagskraft i de kommersielle avtaler. Slike avtaler vil i vesentlig grad være drevet frem av ønsket om å gjøre en god handel, og har vært gjenstand for omfattende forhandlinger og kompromisser. Partene trer som regel inn i avtalen fordi de øyner en sjanse til å sikre seg gevinst, men dette innebærer også at en viss risiko for tap må aksepteres. Dette taler derfor sterkt imot å la § 36 få anvendelse i slike kommersielle avtaler.<sup>72</sup> Hvis det etterpå viser seg at en av partene har gjort en feilvurderingen og således sitter igjen med en dårlig handel, kan ikke dette alene kvalifisere som argument for lemping.<sup>73</sup> Det er ikke meningen at § 36 skal benyttes til å endre på de forhold som ble vurdert før avtalen ble inngått hva gjelder sjansen for gevinst kontra risiko.<sup>74</sup> En slik tangegang støttes også opp av Hagstrøm som trekker frem at avtalt risiko avgrenser muligheten for anvendelse av § 36 til å justere risikofordelingen.<sup>75</sup> Argumentene som trekker i retning av at terskelen for urimelighet skal være høy underbygger også et annet viktig prinsipp på avtalerettens område, nemlig hensynet til forutberegnelighet. Lemping av en avtale til fordel for den som har tatt risikoen ville fremstått urimelig overfor motparten, og medført stor grad av usikkerhet når slike avtaler skal

---

<sup>71</sup> I samme gate er risikovurderingen som er foretatt i Oslo Energi-dommen.

<sup>72</sup> Lyng Andersen (2018) s. 252. Se også Hagstrøm (2011) s. 311

<sup>73</sup> Hagstrøm (2011) s. 308

<sup>74</sup> Lyng Andersen (2018) s. 251

<sup>75</sup> Hagstrøm (2011) s. 311 hvor han blant annet trekker frem Rt-1998-1980 der det var avtalt omsetningsbasert leiepris, i kombinasjon med grunnleie. Leietakeren måtte derfor bære sin del av risikoen for inngått leieavtale.

inngås. Det vil derfor være gode grunner for å ha en streng urimelighetsvurdering basert på risikovurderingen.

Et annet viktig element i risikovurdering som er et ytterligere argument for å oppstille en høy urimelighetsterskel, er vurderingen av hvem som er nærmest å bære risikoen. Denne vurderingen vil være viktig for å plassere risikoen til riktig part, og således sikre at terskelen for lemping rettes mot denne parten. Et eksempel som kan trekkes frem her er den vurderingen som ble foretatt i Oslo Energi-dommen. Det ble trukket frem at Oslo Lysverker AS hadde påtatt seg en bevisst risiko, og derfor måtte bære konsekvensen av dette.<sup>76</sup>

En alternativ vurdering av hvem som skal bære risikoen oppstilles av annenvoterende i Rt-1999-922. I saken foreslo entreprenøren endringer av materialvalg i anbudet overfor byggherren, noe som ble akseptert av sistnevnte. Endringen skulle ikke føre til økte kostander. På s. 942 uttales det at «*de tre endringene ble bestemt av byggherren og kontraktsfestet, og de ligger derfor [...] innenfor byggherrens risikoområde*».<sup>77</sup> Annenvoterende mener dermed at all den tid byggherre aksepterer endringen, blir han ansvarlig for risikoen endringene kan føre med seg. En slik løsning kan til en viss grad ha noe for seg ettersom man ansvarliggjør den part som godkjenner endringer. De tar, på lik linje som i andre avtaler, en sjans på at endringene kan føre til bedre løsninger, men bør da også bære risikoen for at dette kan få motsatt utfall. Ganske likt vurderingen av muligheten for gevinst opp mot risikoen som følger med dette.

På den annen side kan dette være en problematisk innfallsvinkel grunnet blant annet partenes stilling. Det kan foreligge gode grunner til at en entreprenør legger frem forslag til endringer i anbudet, og de kan gi god informasjon om endring. Dette bør likevel ikke rokke ved hvem som kunnskapsmessig er den sterkeste part i forholdet mellom entreprenør og byggherre. Dette kan føre til en risikoforskyvning som ikke blir rimelig, og således pålegge den annen part meget tyngende ansvar. I forlengelsen av dette kan det vanskeliggjøre endringer i anbud basert på råd fra entreprenør. Således anses det som en noe usikker og ugunstig løsning for fordelingen av risiko i kontraktsforhold.

---

<sup>76</sup> Se også lignende argumentasjon i Rt-1921-701, Rt-1998-761, Rt-1998-1980 og Rt-2008-969

<sup>77</sup> Annenvoterende vant ikke frem med sitt syn, men det belyser en alternativ tilnærming til fordeling av risiko. Dommen ble forøvrig avsagt etter bristende forutsetninger, og faller derfor litt utenfor avhandlingens kjerneområde.

## 4.4 Etterfølgende omstendigheter

Etterfølgende omstendigheter faller ofte nært sammen med bristende forutsetninger. Det er noe uenighet både i teori og praksis hvorvidt § 36 har konsumert de bristende forutsetninger eller ikke, men den diskusjonen og vurderingen legges til side i denne avhandlingen. Derimot kan praksis knyttet til bristende forutsetninger hjelpe oss å forstå innholdet av etterfølgende omstendigheter i § 36, og hvordan dette skal vurderes ved tvist om lemping. Forarbeidene er likevel klare på dette punkt da det fremgår at det «skal gjennomgående mer til for å anse et vilkår som urimelig på grunn av senere inntrådte forhold». <sup>78</sup> Det stilles med andre ord betydelig høyere krav for å innrømme lemping ut fra slike omstendigheter. Uttalelsen er generell og det må derfor antas at det skal svært mye til for å lempe kommersielle avtaler på dette grunnlag. <sup>79</sup> Et konkret eksempel som trekkes frem i forarbeidene er at når et rederi inngår et langvarig certeparti til fast rate for ett av sine skip, kan lempingsregelen ikke påberopes hvis ratene stiger vesentlig. <sup>80</sup>

Gode grunner taler for at terskelen settes høyt ettersom dette må vurderes opp mot hensynet til forutberegnelighet. Det ville skapt svært uheldige tilstander hvis partene ble enige om en avtale, hvorpå denne kunne heves etter en viss tid grunnet omstendigheter som inntrådte etter avtalen trådte i kraft. Likevel må det erkjennes at visse omstendigheter som inntreffer er av en så ekstraordinær karakter at lemping må anses som en rimelig løsning mellom partene. På denne måten sikrer vi oss mot at den ene parten rammes uforholdsmessig hardt ved å opprettholde kontrakten. For å se hvordan dette praktiseres kan vi ta en nærmere titt på rettspraksis på området.

I Røstad-dommen <sup>81</sup> trekker annenvoterende på s. 290 frem at selv om forholdet mellom ytelsene grunnet «senere utvikling er blitt slik at det etter en isolert vurdering ikke er rimelig balanse, er det ikke uten videre gitt at det vil være urimelig å gjøre avtalen gjeldende». Uttalelsen må tolkes i den retning at det må noe mer til enn ubalanse grunnet senere utvikling for å kunne lempe en avtale på dette grunnlag. Han viser blant annet til Falconbridge-

---

<sup>78</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 35

<sup>79</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 36 uttrykker støtte for denne antakelsen.

<sup>80</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 36

<sup>81</sup> Rt-1988-276

dommen<sup>82</sup>, noe som kan tolkes dit hen at denne skal bidra til å sette terskelen høyt for lemping begrunnet i senere inntrådte forhold.

Et eksempel som kan trekkes frem hvor påstand om senere inntrådte forhold ikke førte frem er Rt-2008-969, hvor retten i premiss 39 uttalte at utgangspunktet i § 36 må være at *«når kreditor har valgt den nye debitor, kan ikke senere problemer i forholdet dem imellom gjøre at han kan gå tilbake på valget»*, og følger opp med at *«[det ikke] foreligger spesielle omstendigheter i vår sak som kan føre til at Kristoffersen likevel ikke må bære risikoen for de problemene som valget av debitor har medført»*.<sup>83</sup> Et annet eksempel som også kan nevnes er Rt-2013-1316 hvor det i premiss 51 fremgår at *«ikke alle nyter godt av den store prisveksten som har vært på boliger»* og at det er *«tilfeldig hvem som taper og vinner på boligmarkedet»*.

Det kan få et noe uheldig utslag for enkelte avtaler hvis det utelukkende skal være ekstraordinære omstendigheter som setter terskelen for urimelighetsvurderingen. Hvis en slik retningslinje legges til grunn vil muligheten for å lempe settes så høyt at det kun vil være de færreste inntrådte forhold som kan føre til lemping. I visse tilfeller vil dette bety at avtaler som vil være sterkt urimelig for det ene part å gjøre gjeldende kan stå seg i forhold til en urimelighetsvurdering. Parten må av den grunn oppfylle sin del til tross for at dette gir meget urimelig utslag.

På den annen side kan ekstraordinære omstendigheter dannet et mer riktig utgangspunkt for vurderingen, selv om terskelen blir meget høy. Et godt kjennetegn ved denne typen omstendigheter er at man ofte befinner seg utenfor en parts kontrollområde. Hvis dette er med på å fastsette terskelen for rimelighetsvurderingen, kan det tenkes at den blir mer rettferdig. Et prinsipielt skille kan derfor være om den etterfølgende omstendighet ligger innenfor eller utenfor partens kontrollområde. Det generelle terskelmomentet vil i slike vurderingen være partenes kontrollområde.

---

<sup>82</sup> Rt-1935-122 som omhandlet etterfølgende omstendigheter ved en avtale om salg av nikkelløsning. Etter avtalen var inngått opphevet England sin gullinnløsning, noe som førte til at nikkelpriisen skjøt i været. Retten konkluderte med at det forelå grunnlag for lemping av avtalen, ettersom den ville blitt urimelig slik den var inngått. Dommen gir, slik jeg tolker den, uttrykk for at det må foreligge ekstraordinære omstendigheter for å innrømme lemping i avtaler, grunnet etterfølgende omstendigheter. Det skal nevnes at den er avsagt lenge før avtl. § 36 trådte i kraft, men anses å ha en viss nytteverdi.

<sup>83</sup> Saken omhandlet en endring av smoltleverandør. Den nye leverandøren fikk etter hvert leveringsproblemer, og lakseoppdretteren krevde da naturaloppfyllelse hos den tidligere leverandøren.

Vi kan trekke frem Falconbridge-dommen<sup>84</sup> som et godt eksempel. I dette tilfelle var det Englands oppheving av gullinnløsning som førte til at vederlaget partene hadde avtalt, ville føre til at den ene parten ble rammet meget hardt. Et slikt forhold vil være meget vanskelig for partene å forutse når de sitter og forhandler en avtale. Det vil derfor fremstå meget urimelig om handelen skal tvinges gjennom når det vil være vanskelig å sikre seg mot slike forhold, i en avtale. Et alternativ kan være å fastsette en egen lempingsklausul i avtalen, men dette kan også by på utfordringer når det gjelder hva som skal omfattes. En klar retningslinje i regelverket vil gjøre det enklere for partene å ta inn klausuler om lemping, som er i tråd med regelverket. Dette vil også skape betydelig forutsigbarhet mellom partene all den tid de vet at det skal mye til får å sette avtalen til side, men at det finnes en sikkerhetsventil om noe helt uventet skulle oppstå. En slik vurdering åpner også for at partenes risiko kan trekkes inn når en senere inntråd forhold oppstår. Hvis fremtidsutsiktene i en avtale er meget usikre kan det tale for at avtalen ikke bør settes til side, nettopp fordi parten måtte regne med at noe slikt kunne inntreffe.<sup>85</sup>

For å nyansere bilde noe kan vi se for oss Falconbridge-dommen, men forutsette at det foreligger indikasjoner på at England kommer til å oppheve gullinnløsningen. I en slik situasjon vil det ikke være klart for partene hva som kan være utfallet av en slik opphevelse, men de er meget klar over at det kan få konsekvenser for avtalen. I denne saken ville det neppe være rimelig å tilkjenne lemping av avtalen fordi partene selv må ta forbehold om dette usikkerhetsmomentet i avtalen. Om dette ikke blir gjort må det legges partene til last, og særlig den som rammes hardt av den oppståtte situasjonen.

---

<sup>84</sup> Rt-1935-122

<sup>85</sup> Sml. Rt-1998-761 hvor investoren hadde fått finansiering av en bank til et meget risikabelt prosjekt. Hvis etterfølgende omstendigheter fører til at prosjektet blir mislykket, må naturlig nok terskelen for lemping settes høyere. Grensen bør likevel trekkes mot de situasjoner som åpenbart ikke kan knyttes til partens kontrollområde.

## 5 Konklusjon

En gjennomgang av rettspraksis viser at svært få påstander om revisjon av kommersielle avtaler etter avtl. § 36 fører frem. Det tegnet seg et tydelig bilde av at Høyesterett har lagt seg på en meget streng linje når det gjelder rimelighetsvurderingen av slike avtaler.

I mange tilfeller påberopes det revisjon på grunnlag av avtalens innhold. Ved vurderingen av disse sakene vurderes ofte partenes stilling, men ikke på en slik måte at det tas hensyn til styrkeforholdet. Retten er mer opptatt av å vurdere om det er tale om profesjonelle parter eller ikke. Hvis det konkluderes med at partene er profesjonelle fortolkes ordlyden i avtalen meget restriktivt. Begrunnelsen for dette er at profesjonelle aktører forhandler om innholdet av en avtale, og formuleringen er således meget godt gjennomarbeidet. Det er derfor opp til partene å sørge for at de formuleringer som velges er i tråd med de løsninger som partene har ønsket for avtalen.

Et annet viktig moment som ofte trekkes frem når innholdet vurderes er om en av partene bevisst har påtatt seg en form for risiko gjennom avtalene. Grunnlaget for at en slik vurdering står sentralt er fordi kommersielle avtaler i svært stor grad er preget av et risikoelement. I de tilfeller hvor partene påberoper seg revisjon som det viser seg er en kalkulert eller påregnelig risiko, har Høyesterett avslått retten til revisjon. Noe av grunnlaget for dette er at § 36 ikke skal fungere som en beskyttelse mot risiko som er en naturlig del av avtalen.

Et tredje moment som ofte trekkes inn i vurderingen av avtalens innhold er om det foreligger en standardavtale innenfor det området avtalen gjelder. Standardavtaler er forhandlet frem mellom organisasjoner som representerer begge parter i en avtale, og er således gjennomtenkte kompromisser som ivaretar begge parters interesser. Av den grunn har retten vist betydelig tilbakeholdenhet med å revidere avtaler innenfor slike områder, særlig hensett til at standardavtaler regulerer alle avtaler innenfor området. En revisjon vil derfor ramme mer enn den omtvistede avtalen, og kan få et utilsiktet utfall.

Et bærende hensyn bak de ovenfor nevnte momentene er blant annet forutberegnelighet, som gjør seg særlig sterkt gjeldende. De retningslinjer retten har trukket opp for vurderingen av innholdsmangler er dermed i vesentlig grad i tråd med lovgivers føringer hva gjelder hvilke hensyn som er særlig viktig i kommersielle avtaler.

I visse tilfeller påberopes mangler ved tilblivelsen når det oppstår spørsmål om lemping. Retten har vært meget tilbakeholden med å innrømme rimelighetssensur på grunnlag av dette alene, men det trekkes som regel inn i en helhetsvurdering. Bestemmelsen har en lavere terskel for hvilke forhold som kan trekke inn i urimelighetsvurderingen, men terskelen for å erkjenne urimelighet settes betydelig høyere når det er tale om kommersielle avtaler. Slik sett medfører ikke den senkede inngangsterskelen i bestemmelsen at flere avtaler kjennes urimelig grunnet mangler ved tilblivelsen.

Et annet viktig forhold som ofte kan føre til tvist mellom partene er såkalte etterfølgende omstendigheter. Her har lovgiver uttalt at det må kreves svært mye for å akseptere revisjon av en avtale på dette grunnlaget, og Høyesterett har fulgt opp den restriktive linjen på dette punkt. Av de dommene hvor § 36 er påberopt har ingen ført frem, men de har i visse tilfeller ført frem på andre grunnlag. Begrunnelsen for det strenge kravet til lemping på dette punkt er blant annet at kommersielle avtaler inneholder et risikoelement. Det sentrale ved vurderingen er derfor om den etterfølgende omstendigheten måtte anses å være påregnelig for den annen part, eller om dette var omstendigheter som ikke var naturlig å legge til grunn på inngåelsestidspunktet. Således har retten funnet en fin balansegang for å vurdere hvorvidt lemping skal innrømmes eller ikke.

# 6 Litteraturliste

## 6.1 Lovhenvisninger

Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL)

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldig viljeserklæringer (avtl.)

## 6.2 Forarbeider

### 6.2.1 Norges offentlige utredninger – NOU

NOU 1976:61 Standardkontrakter

NOU 1979:32 Formuerettslig lempningsregler

### 6.2.2 Proposisjoner

Ot.prp. nr. 63 (1917), *Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer*

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983), *Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m (generell formuerettslig lempingsregel)*



## 6.3 Rettspraksis

Rt. 1921 s. 701

Rt. 1935 s. 122 (Falconbrigde-dommen)

Rt. 1988 s. 276 (Røstad-dommen)

Rt. 1990 s. 500 (Periscopusdommen)

Rt. 1994 s. 626

Rt. 1998 s. 761

Rt. 1998 s. 1683

Rt. 1998 s. 1980

Rt. 1999 s. 922

Rt. 2000 s. 806 (Oslo Energi-dommen)

Rt. 2003 s. 1132

Rt. 2003 s. 1531

Rt. 2004 s. 1545

Rt. 2007 s. 431

Rt. 2008 s. 969

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2013 s. 136

## 6.4 Bøker

Giertsen, Johan. *Avtaler*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2004.

Hallsteinsen, Peter. *Alminnelige obligasjonsrett*. 1. utg., Oslo: Gyldendal, 2018.

Hauge, Hilde. *Ugyldighet ved formuesrettslige disposisjoner*.

Lilleholt, Kåre. "Kontraktsrett og obligasjonsrett". I *Knophs oversikt over Norges rett*. Ragnar Knoph 14. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2014

Lynge Andersen, Lennart. *Aftalelovens § 36 – fra kontraktfrihed til urimelighedskontrol*. København: Ex Tuto publishing, 2018.

Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2004.

## 6.5 Kommentarer og merknader

Høberg, Alf Petter. Kommentar til avtaleloven. I *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* 2014 hentet 12.11.19.

## 6.6 Tidsskrifter, artikler mv.

Hagstrøm, Viggo. "Urimelige avtalevilkår". *Lov og Rett* nr. 3/4 (1994) s. 131 – 168