

Avtaleloven § 36

Lemping av kommersielle avtaler på grunn av senere inntrådte forhold

Kandidatnr: 168108

Veileder: Erik Monsen

Antall ord: 13 138

Innlevering 10.12.2009

Innhold

1	Om avhandlingen	1
1.1	Innledning.....	1
1.2	Forholdet mellom " <i>urimelig</i> " og " <i>i strid med god forretningsskikk</i> "	2
1.3	Forholdet til avtalelovens øvrige ugyldighetsregler og forutsetningslæren	3
1.4	Kilder	4
1.5	Videre fremstilling	5
2	Hensyn bak rimelighetsvurderingen.....	6
3	Om avtaleloven § 36, kommersielle avtaler og " <i>senere inntrådte forhold</i> "	8
3.1	Innledning.....	8
3.2	Bruk av avtaleloven § 36 for å sensurere en kommersiell avtale	8
3.3	Rimelighetssensur på grunn av " <i>senere inntrådte forhold</i> "	10
3.4	Rimelighetssensur av kommersielle avtaler på grunn av " <i>senere inntrådte forhold</i> "	11
4	Om den konkrete rimelighetsvurderingen.....	14
4.1	Innledning.....	14
4.2	Ubalansen i avtaleforholdet.....	14
4.3	Avtalens innhold	15
4.3.1	Generelt om " <i>avtalens innhold</i> "	15
4.3.2	Lengden på avtaleforholdet	15
4.3.3	Oppsigelse av avtalen.....	17
4.3.4	Regulering av vederlag	18
4.3.5	Ansvarsfraskrivelse og ansvarsbegrensning	19
4.4	Partenes stilling	20
4.4.1	Generelt om " <i>partenes stilling</i> "	20
4.4.2	Innsikt og erfaring	21
4.4.3	Betydningen av hvem som har utarbeidet avtalen.....	23
4.4.4	Styrkeforholdet partene imellom	23
5	Oppsummering.....	25
6	Litteratur	27

1 Om avhandlingen

1.1 Innledning

Når en avtale inngås, kan pliktene og rettighetene partene har overfor hverandre, fremstå som rettfærdige fordi det er balanse i avtaleforholdet. Partene inngår avtalen på bakgrunn av sine forutsetninger. Forutsetningene omfatter både de forhold partene har hatt bevisste forestillinger om, og forhold de overhodet ikke har overveid eller hatt i tankene.¹

I tidsrommet mellom avtaleinngåelsen og oppfyllestidspunktet kan det inntreffe forhold, eller utviklingen kan vise seg å ta en annen retning enn antatt. Endringer i kostnadene og arbeidsomfang kan påvirke avtaleforholdet, slik at den opprinnelig balanserte avtalen fremstår som mer byrdefull for den ene avtalepart. I slike tilfeller kan vedkommende ha et ønske om å fri seg fra avtaleforholdet, eventuelt få rettet opp i den ubalansen som de bristende forutsetningene har medført.

Et av kontraktsrettens fremste prinsipper er at avtaler er bindende og skal oppfylles etter sitt innhold. Herfra kan en utlede at avtalepartene selv må bære risikoen for egne forutsetninger. Dette tilsier at partene må ta følgene, og utføre de forpliktelser de har etter avtalen, selv om det er mer byrdefullt enn slik det fremstod ved avtaleinngåelse. I avhandlingen skal det behandles et rettslig grunnlag, som åpner for å gjøre unntak fra hovedregelen.

I avtaleloven (avtl.) § 36 heter det:

”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 forholdene 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 kontraktrettslig sedvane.”

Lovregelen er preseptorisk, og gjelder så vel muntlige som skriftlige avtaler.

Formålet med regelen er å ha et middel for å rette opp skjevheter i avtaleforhold, som det etter rimelighetsbetraktninger ikke synes å være riktig at en part skal lastes med. Bestemmelsen legger opp til en skjønnsmessig vurdering, hvor flere hensyn vil gjøre seg gjeldende. Ulike hensyn gjør seg gjeldende i større eller mindre grad, alt etter som partene er forbrukere, næringsdrivende, eller en blanding av disse. Dersom begge parter er næringsdrivende, og intensjonen bak avtalen er å frembringe et økonomisk resultat for egen vinning, betegnes avtalen som kommersiell.

I avhandlingen skal anvendelsesområdet til avtl. § 36 behandles, herunder hvorvidt bestemmelsen gjelder utenfor forbrukerområdet på kommersielle avtaleforhold. Fremstillingen avgrenses videre til hvorvidt kommersielle avtaler, som ved avtaleinngåelse fremstod som balanserte, kan være ”urimelig” å gjøre gjeldende på grunn av ”senere inntrådte forhold”, jf. avtl. § 36.

¹ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, Oslo 2004 s. 248.

Formålet med oppgaven er å gi en oversikt over gjeldende rett. Bakgrunnen er at problemstillingen synes å ha stor aktualitet, da stadig flere avtaler inngås mellom næringsdrivende. Videre økes det profesjonelle aspektet, ved at det i større grad brukes høyt kompetente personer til å utforme avtaler. Partene ønsker gjerne å gjennomregulere alle sider ved avtalen, for å oppnå forutberegnelighet, som en eventuell utfylling av bakgrunnsretten kan være til hinder for. De økonomiske interessene ved avtaler synes å være økende, da det stadig er større beløp i omløp. Av disse grunnene oppstår et viktig spørsmål om hvorvidt en fra myndighetenes side skal gå i å utøve avtalesensur på dette området. Ut i fra dagens rettsstilstand råder det en del usikkerhet om hvor langt domstolenes myndighet rekker, i forhold til å gripe inn i slike avtaler hvor balansen er forrykket på grunn av "senere inntrådte forhold". Høyesterett har til dags dato ikke grepet inn ved slike saksforhold med hjemmel i avtl. § 36. Dette til tross for at paragrafen har vært hyppig påberopt. Mye av det som finnes av juridisk teori i forhold til avhandlingens avgrensning, er enten preget av at det er behandlet under et større emne om avtl. § 36, og problemstillingen er dermed ikke behandlet i dybden, eller så er temaet berørt under drøftelse av mer spesielle problemstillinger. Det fremstår dermed et behov for å belyse hva som er mer eller mindre enighet og klarhet omkring, og gi en oversikt over de tendensene en kan se ut fra de rettskildemessige bidrag som finnes.

Domstolene er etter avtl. § 36 ilagt myndighet til å utøve skjønn i forhold til valg av rettsvirkning, dersom en avtale skulle vise seg å være "urimelig". Bestemmelsen er en lempingsregel i den forstand at retten kan velge om hele eller deler av avtalen skal settes til sides, eventuelt endre på avtalens innhold. På hvilken måte domstolene bør gripe inn i et avtaleforhold dersom de skulle finne virkningene av avtalen "urimelig", vil ikke gjøres rede for i avhandlingen.

1.2 Forholdet mellom "urimelig" og "i strid med god forretningsskikk"

I avtl. § 36 er det gitt to vilkår som kan utløse rettsvirkningene etter bestemmelsen. Det ene er dersom det vil virke "urimelig" å gjøre avtalen gjeldende. Det andre er at det vil være "i strid med god forretningsskikk" å gjøre avtalen gjeldende. Etter lovens ordlyd er det tilstrekkelig at ett av disse vilkårene er oppfylt.

En naturlig forståelse tilsier at en avtale som vil være "i strid med god forretningsskikk" å gjøre gjeldende, også vil være "urimelig" å gjøre gjeldende. Forarbeidene sier at "...Den selvstendige betydning av dette kriterium ved siden av urimelighetskriteriet er neppe stor. Men utvalget mener det kan være grunn til å fremheve den betydning som opptreden i strid med god forretningsskikk bør tillegges ved praktiseringen av lempingsregelen..."²

I avhandlingen blir det fokusert på urimelighetskriteriet, hvorvidt det vil virke "urimelig" å gjøre en avtale gjeldende.

² Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 31.

1.3 Forholdet til avtalelovens øvrige ugyldighetsregler og forutsetningslæren

Det karakteristiske for de fleste av avtalelovens ugyldighetsregler, er at de angår mangler ved måten avtalen er blitt til på. Avtaleloven § 36 skiller seg fra disse, ved at den primært tar sikte på en ren innholdssensur av resultatet av avtalen, hvor også forhold som inntreer etter avtaleinngåelse kan være av betydning for om avtalen må anses ugyldig slik den fremstår.

Det nevnte kriteriet som skiller avtl. § 36 fra de andre ugyldighetsreglene i avtaleloven, er det samme som knytter det til forutsetningslæren, den ulovfestede læren om bristende forutsetninger. Forutsetningslæren åpner for avtalesensur på grunn av bristende forutsetninger. Etter læren må visse kriterier foreligge for at avtalesensur kan være aktuelt.

I juridisk teori er det antatt at avtl. § 36 i alle fall i stor grad, om ikke fullstendig, overlapper det anvendelsesområdet som forutsetningslæren dekker. Når det kommer til rimelighetsensur etter avtl. § 36 på grunn av *"senere inntrådte forhold"*, altså forhold som først oppstår etter at avtalen er inngått, vil det oppstå en problemstilling i forhold til forutsetningslæren, hvorvidt det ene eller andre rettsgrunnlag skal anvendes på det konkrete forhold. Det skal ikke foretas noen inngående drøftelse av spørsmålet, da dette faller utenfor oppgavens tema. Det er likevel nødvendig med en kort oversikt over hvordan rettstilstanden rundt problemstillingen fremstår i dag.

Et aktuelt spørsmål, er om avtl. § 36 er ment å skulle overta anvendelsesområdet for forutsetningslæren. I forlengelsen av dette tema er problemstillingen om den har gjort det.

Forarbeidene tar ikke direkte stilling til spørsmålet om det var en intensjon med avtl. § 36, at den skulle overta anvendelsesområdet for forutsetningslæren. Hvis dette hadde vært en av hensiktene med bestemmelsen, ville det kanskje vært naturlig at et slikt standpunkt ble uttrykket der. Imidlertid kan en også trekke den slutning at *"...selv om det ikke sies eksplisitt, uttrykkes det i hvert fall ikke noe ønske om å fastholde forutsetningslæren ved siden av avtl. § 36."*³

Hvis en ser på rettspraksis slik den har vært etter innføringen av avtl. § 36, har ikke bestemmelsen vært til hinder for verken påberøping av forutsetningslæren som rettsgrunnlag for avtalesensur på grunn av endrede forhold, eller for at domstolene har tatt stilling til rettsspørsmål etter læren. Høyesterett kan ikke prinsipielt sies å ha tatt stilling til spørsmålet, selv om enkelte uttalelser kan tas til inntekt for et slikt syn.⁴ Også i Høyesterett har det i tiden fra avtl. § 36 ble vedtatt, og frem til nylig, blitt drøftet spørsmål omkring avtalerevisjon, både på grunnlag av forutsetningslæren og avtl. § 36.

En interessant dom omkring spørsmålet om man skal anvende forutsetningslæren, eller avtl. § 36 er Rt. 1999 s. 922 (Salhusbrodommen). I avgjørelsen, som endte med dissens, bygget tre dommere avgjørelsen på læren om bristende forutsetninger, mens to dommere bygget på avtl. § 36. Alle kom imidlertid frem til samme resultat, da ingen av rettsgrunnlagene kunne medføre avtalesensur under det konkrete saksforholdet.

Resultatet i Salhusbrodommen, sammenholdt med at rettsspørsmål fortsatt blir drøftet under begge rettsgrunnlag, tilsier at forutsetningslæren per i dag ikke er forkastet.

³ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, Oslo 2004 s. 305.

⁴ Se Rt. 1999 s. 922 (s. 942), hvor annenvoterende uttaler at avtl. § 36 *"...for de spørsmål saken gjelder, etter min mening har trådt i stedet for – har erstattet – den eldre lære om bristende forutsetninger..."*.

Det forhold at dissensen i Salhusbrodommen gikk på hvilken rettslig hjemmel de bygde dommen på, og ikke selve resultatet, leder videre til et annet spørsmål. Dette gjelder betydningen av hvilken hjemmel en velger å drøfte rettsspørsmål under, og om det i alle tilfeller vil føre til det samme resultat. Dette er imidlertid et omfattende spørsmål, som ikke skal behandles her.

Den praktiske anvendelsen av de to rettsgrunnlag, dersom en ser dem i forhold til hverandre, er at avtl. § 36 legger opp til en rimelighetsvurdering, uten å måtte ta stilling til kriteriene for avtalesensur som forutsetningslæren stiller opp. Domstolene synes å være tillagt en større myndighet til skjønnsutøvelse etter avtl. § 36. Spørsmålet er om dette medfører at adgangen til avtalesensur på grunn av forhold som oppstår i ettertid av avtaleinngåelse er blitt videre med vedtagelsen av avtl. § 36, enn slik den fremstod etter forutsetningslæren.

Om forholdet til forutsetningslæren kommer det frem i forarbeidene at det er "*...ikke ment å innebære noen realitetsendring...*"⁵ at "*senere inntrådte forhold*" er tatt med som et eget moment i rimelighetsvurderingen i avtl. § 36. Videre sies det om anvendelse av avtl. § 36 i forhold til forutsetningslæren, at en "*...går ut fra at vurderingene mht betydningen av senere inntrådte forhold stort sett vil måtte bli de samme etter den foreslåtte alminnelige lempingsregel som etter læren om bristende forutsetninger. Også den alminnelige lære og rettspraksis om bristende forutsetninger forutsettes således å gi vegledning og være retningsdannende ved domstolenes praktisering av lempingsregelen for så vidt gjelder betydningen av senere inntrådte forhold.*"⁶ Det synes dermed å være lovgivers mening at betydningen av "*senere inntrådte forhold*" ikke innebærer en utvidelse av adgangen til avtalerevisjon på grunn av forhold som inntreffer etter avtaleinngåelse, enn den en hadde etter forutsetningslæren. Uttalelsene taler for at den samme linje som etter læren om bristende forutsetninger skal opprettholdes.

Etter at avtl. § 36 har vært anvendt i 26 år kan en nokså bestemt si at adgangen til å lempe avtaler på grunn av "*senere inntrådte forhold*" ikke er blitt snevrere etter bestemmelsens vedtakelse. Den motsatte slutning kan en ikke umiddelbart trekke, men Huser tok allerede til ordet i 1984 for at adgangen til å lempe avtaler på grunn av "*senere inntrådte forhold*" jf. avtl. § 36 vil være videre, enn den adgang en hadde etter læren om bristende forutsetninger.⁷ På bakgrunn av den rettspraksis som foreligger, kan det se ut til at Huser har fått rett i sine antakelser, men en kan ikke utelukke at den samme utvikling ville ha skjedd på bakgrunn av forutsetningslæren, selv uten at avtl. § 36 hadde blitt vedtatt.

1.4 Kilder

Utgangspunktet for avhandlingen, og det primære rettsgrunnlag er avtl. § 36 jf. § 41. Loven inneholder vilkårene for de aktuelle rettsvirkningene. De øvrige rettskildefaktorene kan gi bidrag til presisering av loven i forhold til de konkrete problemstillinger.

Før problemstillingene behandles, skal det her gis en gjennomgang av de rettskildefaktorene som kan være relevant for å presisere og klarlegge innholdet i avtl. § 36 jf. § 41.

⁵ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 34.

⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 35.

⁷ Kristian Huser, *Avtalesensur*, Bergen 1984 s. 41.

De norske forarbeidene til avtl. § 36 er på flere områder utfyllende og bra begrunnede. Det må imidlertid tas med i betraktningen at det er gått 26 år siden loven ble vedtatt, og samfunnsutviklingen med tanke på hva som anses rimelig nå i forhold til vedtakelsen kan ha endret seg. En samfunnsmessig utvikling tilsier også at verdien av de meningene som kommer til uttrykk der, kan være redusert. Videre er det uklarerheter i forarbeidene i forhold til hva avtl. § 36 vil ha å si i forhold til eventuelle endringer i rettsstilstanden. Dette sett i sammenheng med at rettspraksis stiller seg kritiske til, og tilsynelatende har beveget seg bort fra en del av synspunktene som fremkommer i forarbeidene, gjør at rettskildens relevans må vurderes konkret i forhold til hvert rettsspørsmål.

Domstolene har i utgangspunktet en dømmende, og ikke en regelskapende funksjon. Imidlertid har rettspraksis, spesielt fra Høyesterett, i juridisk teori blitt ansett som det forum hvor linjene for avtl. § 36 nødvendigvis må stakes ut. Dette på grunn av at ordlyden i bestemmelsen gir domstolene stor myndighet til å utøve skjønn med tanke på rimelighetsvurderingen.

Avtaleloven § 36 er en generalklausul, noe som medfører at ordlydens utforming er svært generell for å gi domstolene stor frihet med hensyn til hvordan de vil tolke bestemmelsen.⁸ I forhold til generalklausulers relevans sier Sæbø at *”Den rettskildemessige betydning av rettspraksis vedrørende generalklausuler vil kunne påvirkes av en rekke faktorer. Anvendelsesområdet og formålet med en generalklausul medfører klare begrensninger i den vekt rettspraksis vil ha. Understrekning av at inngrep beror på en utviklingsdyktig helhetsvurdering medfører at en ikke kan tale om prejudikatsvirkning i vanlig forstand om rettspraksis vedrørende selve skjønnsutøvelsen. Rettspraksis vil likevel være retningsgivende med hensyn til hvilke momenter som har relevans, gi veiledning med hensyn til momentenes relative vekt og bidra til å klarlegge inngrepsterskelen...”*⁹

En generell formuerettslig lempingsregel har vært et fellesnordisk prosjekt, der også de andre landene har sine tilsvarende bestemmelser.¹⁰ Ønsket om en mest mulig enhetlig løsning på kontraktsrettens område i de nordiske landene, og det faktum at våre rettssamfunn og samfunnsmessige verdier er mye det samme, tilsier at deres forarbeider og rettspraksis også kan være relevant som rettskilde når en skal anvende den norske avtl. § 36. Videre har den svenske lovprosessen i forhold til § 36 vært forbilde ved utarbeidelsen av den norske. Dermed kan mye av begrunnelsen en finner i de svenske forarbeidene også benyttes som rettskildemateriale når vår avtalelov § 36 skal tolkes.¹¹

1.5 Videre fremstilling

Tema for avhandlingen er hvorvidt *”senere inntrådte forhold”* kan gjøre en kommersiell avtale *”urimelig”* å gjøre gjeldende jf. avtl. § 36.

⁸ Jon Gisle mfl., *Jusleksikon*, 2. utgave, Oslo 2003 s. 112.

⁹ Rune Sæbø, *”Generalklausulene i formuerettslovgivningen i et rettskildeperspektiv”*, *Jussens venner*, 1996 s. 313-325 (s. 321).

¹⁰ I Danmark i 1975, Sverige i 1976, Finland i 1983, Norge i 1983 og Island i 1986.

¹¹ Viggo Hagstrøm, *”Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold”*, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 421-518 (s. 461).

Et formål med avtl. § 36 er å beskytte den underlegne avtalepart mot urimelige avtalevilkår. Kjerneområdet for bestemmelsen er dermed forbrukeravtaler, hvor en forbruker har inngått avtale med en næringsdrivende. Dette reiser problemstillingen om det prinsipielt er utelukket å anvende avtl. § 36 på avtaler mellom næringsdrivende, og eventuelt hvordan denne adgangen fremstår.

Dersom det foreligger en ubalanse ved avtalen allerede ved inngåelse, kan dette skyldes forhold, som at den ene part har utnyttet en overlegen posisjon til å skaffe seg gunstige avtalevilkår. Ubalanse som først oppstår etter avtaleinngåelse, og som ingen av partene kan lastes for, gjør at et beskyttelsesbehov ikke på samme måte gjør seg gjeldende for noen av partene. Dette stiller spørsmål vedrørende adgangen til å lempe en avtale som i utgangspunktet var rimelig, men som er blitt ubalansert på grunn av "*senere inntrådte forhold*".

Videre er tema hvordan sensuradgangen etter avtl. § 36 fremstår, når både avtalepartene er næringsdrivende, og ubalansen er forårsaket av "*senere inntrådte forhold*".

Utformingen av avtl. § 36 legger opp til stor grad av skjønnsutøvelse for domstolene. Det er medvirkende til at en ikke kan legge en generell terskel for når en avtale må anses "*urimelig*" å gjennomføre etter sitt innhold. Dette vil avhenge av en rekke faktorer. Foruten den veiledning en får av avtl. § 36 i andre ledd, kan både forarbeidene, rettspraksis og teori legge føringer for hva som kan være relevant for rimelighetsvurderingen. Der kan det trekkes ut ulike forhold som kan være av betydning for om en avtale skal anses "*urimelig*" eller ikke.

Det avgjørende for om rettsvirkningene etter avtl. § 36 skal kunne inntre, er at avtalen kvalifiserer som "*urimelig*" å gjøre gjeldende. Ordlyden viser med dette til at det må foreligge et misforhold mellom de pliktene og rettighetene partene har overfor hverandre. Hvor stort misforhold som skal til for å anse en avtale "*urimelig*", er utgangspunktet for rimelighetsvurderingen.

Avtaleloven § 36 oppgir i andre ledd en ikke uttømmende oppstilling av momenter som skal tas hensyn til. Blant momentene er "*avtalens innhold*" og "*partenes stilling*", og i avhandlingen skal det drøftes nærmere hva disse kan ha å si for rimelighetsvurderingen. Med dette søkes å klarlegge hvilke momenter som kan være relevant og hvilken vekt de eventuelt skal tillegges i den konkrete anvendelsen av bestemmelsen.

2 Hensyn bak rimelighetsvurderingen

Hovedregelen, at avtalen skal oppfylles slik den er inngått, springer ut av grunnleggende prinsipper i norsk kontraktsrett, som kontraktsfrihet og den private autonomi, og kommer til uttrykk i NL-5-1-1. Et viktig hensyn som ligger til grunn for hovedregelen, er forutberegnelighet. Dersom det er forutberegnelighet i avtaleforholdet innebærer det at partene kan gå ut ifra, og kan handle med visshet om at avtalen skal oppfylles etter sitt innhold. Forutberegneligheten i avtaleforhold svekkes dersom en ikke kan stole på at avtalen blir oppfylt. Avtaleloven § 36 åpner for å gjøre unntak fra hovedregelen, og utgjør dermed en trussel for forutberegnelighet. Dette tilsier at en bør vise varsomhet ved bruk av bestemmelsen. Viktigheten, og dermed vekten av hensynet til forutberegnelighet, avhenger av konsekvensene ved at denne svekkes.

Følgene av redusert forutberegnelighet er flere. En konsekvens er at det sannsynligvis vil oppstå flere rettstvister som må løses av domstolene. Dette er et samfunnsmessig problem, både av kostnadshensyn og at det vil legge beslag på begrensede ressurser i domstolene. Dette er noe en bør søke å unngå i størst mulig grad, ved å ha en rettstilstand som fremstår som klar og oversiktlig.

Videre kan en konsekvens være større usikkerhet i kontraktsforhold, som blant annet kan gi seg utslag i at færre avtaler inngås. Markedsøkonomiske betraktninger om at alle parter vil vinne på å inngå en kontrakt, har tradisjonelt sterkt influert kontraktsretten.¹² I kommersielle avtaler vil konsekvensene av manglende forutberegnelighet kunne bli betydelige i negativ forstand. Dette har sammenheng med at det kan være store pengesummer i omløp, og det er mange involverte som kan bli berørt. Viktigheten av at avtaler inngås og holdes, begrunner at hensynet til forutberegnelighet må få større vekt i kommersielle avtaleforhold enn i forbrukerforhold.

Formålet med avtl. § 36 er å gi et middel for å bote på den urimelighet som kontraktsparter kan komme ut for når de er i et avtaleforhold. Bestemmelsen legger opp til en rimelighetsbetraktning basert på ulike hensyn som kan spille inn. Når en skal vurdere rimelighetssensur etter bestemmelsen, er det behov for å vurdere de hensyn som begrunner bruk av unntaksregelen.

Det viktigste hensynet som begrunner regelen er i følge forarbeidene "*...å beskytte den svake part i avtaleforholdet mot at den andre part misbruker avtalefriheten ved å utnytte sin sterke avtaleposisjon, sin innsikt og erfaring etc til å skaffe seg urimelige fordeler på den andre parts bekostning...*".¹³ Et beskyttelseshensyn står i en annen stilling når en ser kommersielle avtaleforhold opp mot for eksempel forbrukerforhold. Næringsdrivende forventes å ha en bredere kompetanse til å kunne ivareta egne interesser. På denne måten må de anses bedre rustet til å takle de ulemper ved den økonomiske belastningen, som måtte oppstå når forhold rundt en avtale utvikler seg negativt i forhold til slik en hadde forespeilet seg. Selv om ikke beskyttelseshensynet står like sterkt i avtaleforhold mellom profesjonelle parter, vil det likevel kunne være et relevant hensyn. Dette er også i tråd med det som fremkommer av forarbeidene, som sier at det er "*...styrkeforholdet mellom partene som har interesse og ikke hvorvidt den ene part i det konkrete tilfellet er forbruker...*".¹⁴ Også i kommersielle avtaleforhold kan det være stor forskjell i styrkeforholdet mellom partene, alt fra at store aktører inngår avtaler med hverandre, til at de inngår avtaler med små næringsdrivende. Små aktører kan ha en vesentlig svekket forhandlingsposisjon i forhold til den overlegne avtalepart. I slike tilfeller vil beskyttelseshensynet være et moment som må tas med i rimelighetsvurderingen. Jo mer jevnbyrdige partene fremstår, dess mindre kan en vektlegge beskyttelseshensynet i rimelighetsvurderingen.

Avhandlingen omhandler urimelighet på grunn av "*senere inntrådte forhold*". Så lenge avtalen på avtaletidspunktet fremstår som balansert, innebærer det, at det er endrede forhold som medfører urimelighet, og ikke at noen "*...misbruker avtalefriheten ved å utnytte sin sterke avtaleposisjon, sin innsikt og erfaring etc til å skaffe seg urimelige fordeler på den andre parts bekostning...*"¹⁵. Det er vanskelig å si at den ene part har misbrukt sin avtalefrihet, da fremtidige forhold kan slå ut i begge retninger, og gi både fordeler og ulemper for begge parter. En kan argumentere for at en

¹² Geir Woxholth, *Avtalerett*, 7. utgave, Oslo 2009 s. 341.

¹³ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 11.

¹⁴ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29.

¹⁵ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 11.

ressurssterk avtalepart kan ha større forutsetninger for å forutse den fremtidige utvikling, og ta høyde for det i avtalen. På den måten kan parten komme gunstigere ut av avtalen, enn den avtalepart som er mindre ressurssterk. Dette kan imidlertid vanskelig kalles misbruk av avtalefriheten. En rimelighetssensur på bakgrunn av slike forhold vil da bli å straffe en part for å være flink til å forutse utviklingen, noe som undergraver prinsippet om at hver part må bære risikoen for sine egne forutsetninger.

Forarbeidene trekker frem "*...hensynet til mest mulig enhetlige løsninger på kontraktsrettens område i de nordiske land...*"¹⁶, som argument i vurderingen om å innføre en generell lempingsregel på linje med Sverige og Danmark. Et slikt hensyn vil også begrunne at en bør forsøke å anvende regelen likt. Dersom ikke de andre nordiske land viser særlig tilbakeholdenhet med å bruke regelen for å lempe avtaler, tilsier hensynet at heller ikke Norge bør vise slik tilbakeholdenhet.

3 Om avtaleloven § 36, kommersielle avtaler og "*senere inntrådte forhold*"

3.1 Innledning

I dette kapittelet vil det bli gitt en gjennomgang av virkeområdet for avtl. § 36. Avhandlingens avgrensning gir behov for en nærmere redegjørelse av to forhold, og betydningen av at slike forhold foreligger. Det første er at avtaleforholdet er av kommersiell art. Det andre er at ubalansen er et utslag av "*senere inntrådte forhold*".

3.2 Bruk av avtaleloven § 36 for å sensurere en kommersiell avtale

Bakgrunnen for bestemmelsen var et behov for forbrukervern.¹⁷ Dette reiser spørsmålet om det prinsipielt er adgang til å anvende avtl. § 36 som hjemmel for sensur av kommersielle avtaler.

Anvendelsesområdet for avtl. § 36 er gitt i avtl. § 41, hvor det heter at denne lov gjelder "*paa formuerettens omraade*". Det er på det rene at ordlyden ikke avgrenser mot kommersielle avtaler. Avtaleloven § 36 gjelder "*avtaler*", som ut fra en naturlig forståelse ikke gir ytterligere begrensninger i forhold til hvilke formuerettslige avtaler som dekkes av bestemmelsen.

Spørsmålet om bestemmelsen burde begrenses til å gjelde forbrukerforhold er behandlet i forarbeidene. En slik begrensning er avvist der, med den begrunnelse at "*...behovet for å kunne sette til side urimelige kontraktvilkår klart er til stede også utenfor forbrukerforhold...*"¹⁸.

Rettspraksis synes å være i tråd med det en kan konkludere med ut fra loven og dens forarbeider. Dette kommer blant annet frem i Salhusbrodommen, hvor den dissenterende dommer presiserer "*...At avtaleloven § 36 også gjelder kontrakter mellom profesjonelle kontraktsparter, er etter min*

¹⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 11.

¹⁷ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 4.

¹⁸ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 28.

*mening ikke tvilsomt.*¹⁹ Selv om vedkommende var i mindretall, må det antas at hele retten delte hans mening om dette standpunktet.²⁰

Det kan dermed slås fast at det rent prinsipielt er adgang til å lempe kommersielle avtaler. Videre skal det behandles nærmere hva som synes å være rettstilstanden i forhold til terskelen for å anvende avtl. § 36, for å sensurere kommersielle avtaler.

Som det går frem av kapittel 2, vil de hensyn som er relevante for en rimelighetsvurdering, stille seg forskjellig avhengig av hvilket avtaleforhold det dreier seg om. En vekting av de hensyn som er behandlet der, tilsier at terskelen for avtalesensur er høyere i kommersielle forhold, enn i forbrukerforhold. Dette standpunkt følger også av en naturlig forståelse av avtl. § 36, der det i andre ledd heter at det skal tas hensyn til "*partenes stilling*". Mer konkret om hva som ligger i "*partenes stilling*", behandles under punkt 4.4, men det er klart at "*partenes stilling*" i form av om de er næringsdrivende eller forbrukere er av betydning for rimelighetsvurderingen.

I forarbeidene er det påpekt om betydning av at partene er kommersielle aktører, at "*...I forretningsmessige forhold må man i tillegg til en vurdering av styrkeforholdet mellom partene i sterkere grad enn i forbrukerforhold ta hensyn til de særlige forhold som gjør seg gjeldende i forretningslivet, så som hensynet til forutberegnelighet, at den ene part har påtatt seg en kalkulert risiko etc. Dette er forhold som kan tale mot at lemping finner sted.*"²¹

Også domstolenes syn er at anvendelsesområdet for avtl. § 36 på kommersielle avtaleforhold er snevrere enn for avtaler i forbrukerforhold. Eksempel på dette er Rt. 1988 s. 295 (Skjelsvikdommen), som gjaldt et krav om oppregulering av en festeavgift for en boligtomt, som etter avtalens ordlyd ikke kunne reguleres. Avtalen kunne ikke lempes i medhold av avtl. § 36. Forretningsmessig forhold er i dommen trukket frem som et argument mot å lempe avtaler, fordi det i slike forhold "*...kan være særlig grunn til å la hver part bære risikoen for sine forutsetninger.*"²² Dette standpunktet synes ikke å møte motstand ellers i rettspraksis.

De rettslige bidrag som finnes om spørsmålet, synes entydig å konkludere med at adgangen til å anvende regelen i kommersielle avtaleforhold er langt snevrere, dersom en sammenligner med forbrukerforhold. I kommersielle avtaleforhold er partenes formål å oppnå økonomisk fortjeneste. I kontrakter som strekker seg over tid ligger det også en risiko med tanke på hvor stor en eventuell fortjeneste vil bli. Fortjenesten avhenger blant annet av at forutsetninger for avtalen kan endre seg underveis i kontraktperioden. Dette er noe partene må regne med og eventuelt forsøke å ta høyde for i avtalen seg imellom. Kontrakter av denne art fremstår gjerne som komplekse. Det er vanskelig å skulle ta høyde for alle forhold som kan endre seg underveis i kontraktperioden. Priser på materialer og arbeidskraft endrer seg, og det kan oppstå komplikasjoner underveis, slik at prosessen i seg selv blir mer kostbar. Videre kan mislighold av kontrakten og ansvar i forhold til skade på person eller gjenstander gjøre at en i utgangspunktet innbringende kontrakt, ikke gir noe særlig fortjeneste, eller i verste fall blir et tapsprosjekt. Slike avtaler kan ende med å fremstå som svært ubalanserte, og lite rettfærdige. Det er klart at det generelle prinsipp om at hver part må bære risikoen for sine egne forutsetninger ikke kan settes til side ved enhver bristende forutsetning. Selv om adgangen til å

¹⁹ Rt. 1999 s. 922 (s. 943).

²⁰ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 7. utgave, Oslo 2009 s. 367.

²¹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29-30.

²² Rt. 1988 s. 295 (s. 301).

sensurere kommersielle avtaler fremstår som snever, må avtl. § 36 kunne tenkes brukt i slike avtaleforhold, da hensyn bak rimelighetsensur også kan gjøre seg gjeldende der.

3.3 Rimelighetsensur på grunn av "senere inntrådte forhold"

At forhold som oppstår i ettertid av avtaleinngåelse kan gjøre en avtale "urimelig" å gjøre gjeldende, fremgår direkte av ordlyden i avtl. § 36 andre ledd, da det skal tas hensyn til "senere inntrådte forhold". Dette er i tråd med det en kan utlede av de øvrige rettskilder og hva som er den alminnelige oppfatning vedrørende anvendelsesområdet for bestemmelsen. Det er altså oppfylingstidspunktet som er avgjørende når en skal vurdere rimeligheten av avtalen, og det en må spørre seg om det er "urimelig" å gjøre gjeldende ett eller flere vilkår i avtalen, uten hensyn til om dette ikke var urimelig da avtalen ble inngått. Det påfølgende spørsmål er hvordan dagens rettstilstand fremstår med tanke på en eventuell terskel for å anse en avtale "urimelig" å gjøre gjeldende på grunn av "senere inntrådte forhold", sammenlignet med når ubalansen foreligger allerede ved inngåelse av avtalen.

Selve urimelighetskriteriet i avtl. § 36 er det samme uavhengig av om urimelighet skulle foreligge på tidspunktet for avtaleinngåelse, eller oppstå i senere tid. Imidlertid tilsier alminnelige rimelighetsbetraktninger at adgangen til sensur bør være større dersom ubalanse kan påvises allerede ved avtaleinngåelse, enn dersom ubalansen først oppstår i ettertid. Partene har i teorien mulighet til å sette seg inn i hvilke konsekvenser avtalen på inngåelsestidspunktet har for dem, noe som ikke gjelder for en avtale som er blitt "urimelig" i ettertid. Bestemmelsen legger opp til en konkret vurdering av hver enkelt avtale, hvor alle forhold som kan belyse avtalens rimelighet tas med i vurderingen. Hvilken vekt slike forhold skal få blir en konkret vurdering basert på det aktuelle saksforholdet.

Forarbeidene presiserer at "*...Selv om lovens urimelighetskriterium er det samme hvor det gjelder urimelighet som eksisterer allerede på avtaletiden som hvor det gjelder urimelighet pga senere endringer, så skal det ved urimelighetsvurderingen altså gjennomgående mer til for å anse et vilkår som urimelig pga senere inntrådte forhold...*".²³ Uttalelsene har også støtte i Rt. 1988 s. 276 (Røstaddommen).²⁴

En kan dermed konkludere med at det skal mer til for å sensurere en avtale som er blitt "urimelig" på grunn av "senere inntrådte forhold", enn det som skal til for å sensurere en avtale som var "urimelig" i utgangspunktet. Det er videre naturlig å se på hvordan adgangen til å gripe inn i avtaler på grunn av "senere inntrådte forhold" fremstår.

Forarbeidenes holdning, var at avtl. § 36 ikke skulle innebære noen realitetsendring i forhold til tidligere praksis når det gjaldt "senere inntrådte forhold". En slik linje, hvor det bare var en "*...utvikling med en permanent og drastisk forrykning av balansen i kontraktsforholdet som kunne gi grunnlag for lempning...*"²⁵, har Høyesterett stilt seg nokså fritt i forhold til. I Røstaddommen

²³ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 35.

²⁴ Rt. 1988 s. 276 (s. 290).

²⁵ Kåre Lilleholt mfl., *Knops oversikt over Norges rett*, 12. utgave, Oslo 2004 s. 264.

presiserte retten at avtl. § 36 kunne anvendes overalt hvor det ikke ville medføre "...radikale brudd med vår rettstradisjon."²⁶

Når en ser hen til rettspraksis, har domstolene vist skepsis og tilbakeholdenhet med å gripe inn i slike avtaler, som ved avtaleinngåelsen var rimelige og kanskje godt balansert. I Røstaddommen, som gjaldt oppregulering av en festeavgift som etter avtalens ordlyd ikke kunne reguleres, uttaler retten 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 ytelsene..."²⁷

Forarbeidene kommer med eksempler på en del typetilfeller hvor det vil være liten plass for å lempe avtaler etter avtl. § 36, som følge av "*senere inntrådte forhold*". Det er trukket frem avtaler som har "...preg av spekulasjon fra begge parter side..."²⁸, hvor det normalt ikke kommer på tale å lempe avtalen. Som eksempel nevnes aksjekjøp, og kjøp av et vareparti og lignende hvor prisene kan endre seg raskt på grunn av utviklingen i konjunktorene. Videre trekkes frem avtaler hvor partene "...ved avtaleinngåelsen tar en kalkulert risiko mht den framtidige utvikling..."²⁹

Det en kan konkludere med er at terskelen for å sensurere avtaler på grunn av "*senere inntrådte forhold*" er nokså snever.

3.4 Rimelighetssensur av kommersielle avtaler på grunn av "*senere inntrådte forhold*"

Som det går frem av punkt 3.2 og 3.3 vil det prinsipielt være adgang til å foreta rimelighetssensur dersom en ser faktorene kommersielle avtaler og "*senere inntrådte forhold*" hver for seg. Det forhold at begge faktorene hver for seg gjør terskelen for anvendelse av avtl. § 36 høy, leder til et spørsmål vedrørende den reelle adgangen for sensur av en kommersiell avtale, som ved avtalens inngåelse fremstod som balansert, dersom en skal vurdere om den er blitt "*urimelig*" på grunn av "*senere inntrådte forhold*".

Siden Høyesterettsavgjørelser på bakgrunn av slike forhold ennå ikke har resultert med lemping jf. avtl. § 36, kan det vanskelig konkluderes med hvordan adgangen fremstår, og om de gitte forhold i det hele tatt kan medføre et slikt resultat. Fremstillingen videre blir dermed en gjennomgang av de rettskildebidrag som berører temaet, for å gi en oversikt over hvordan rettsstilstanden i dag fremstår.

Forarbeidenes syn er at "...Avtaler i normale forretningsforhold hvor forutberegnelighet er viktig vil også vanskeligere kunne lempes pga endrede forhold enn eksempelvis avtaler i forbrukerforhold."³⁰ Forarbeidene utdyper også at "...Dersom det ved avtalens inngåelse er meget usikkert om framtiden, slik at avtalen har momenter av "*spekulasjon*" fra begge parter side, vil dette tale imot lempning/ending..."³¹ Det er andre hensyn som i større grad gjør seg gjeldende i kommersielle avtaleforhold med tanke på rimelighetsvurderingen, og som her nevnt hensynet til

²⁶ Rt. 1988 s. 276 (s. 284).

²⁷ Rt. 1988 s. 276 (s. 290).

²⁸ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 36.

²⁹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 36.

³⁰ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 34, hvor det vises til utvalget s. 53-54.

³¹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 34.

forutberegnelighet. Det må gjøres en konkret avveining av hvor stort behovet for forutberegnelighet synes å være, når en skal ta stilling til om en avtale eller deler av avtalen skal lempes eller endres. At det tas en kalkulert risiko, gjør bruken av avtl. § 36 grunnet etterfølgende forhold langt snevrere. Forarbeidene holdning til anvendelse av avtl. § 36 under de gitte forhold synes å være at lemping kan forekomme, men antakelig vil en slik adgang være ytterst begrenset.

Bestemmelsen har eksistert siden 1983, og Høyesterett ennå ikke har utført avtalesensur under de nevnte forhold, til tross for at avtl. § 36 ved flere anledninger har vært anført som rettsgrunnlag.³² Dette i seg selv tyder på at avtalesensur bare kan skje helt unntaksvis.

Den rettspraksis som foreligger, hvor avtaleforholdet har vært av kommersiell art, og hvor krav om rimelighetssensur jf. avtl. § 36 har vært begrunnet med "*senere inntrådte forhold*", synes å kunne gi noe veiledning i forhold til spørsmålet om hva som skal til for at rettsvirkningene etter bestemmelsen kan inntre.

Dersom avtalens ordlyd er klar, slik tilfellet var i Rt. 2000 s. 806, tilsier dette at det må kreves sterke grunner for å sette den til side. Retten uttaler i den forbindelse at "*...I den 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...*".³³

I ND 1990 s. 204 (Ulasaken) har retten uttalt seg i forhold til problemet rundt "*senere inntrådte forhold*", vedrørende mulig sensur av avtaler mellom kommersielle parter. Det kommenteres at "*...Utviklingen fra kontraktsslutning til tidspunktet for oppfyllelse av kontrakten kan endre bildet i den ene parts disfavør: Det som i utgangspunktet var en velbalansert kontrakt, kan på grunn av risikoforløpet, derunder konjunkturedringer, utvikle seg til en kontrakt som blir meget tyngende for den ene part. Dette kan imidlertid ikke alene være grunn til å gripe inn med rimelighetssensur etter avtalel. § 36. En sensur basert på en konsekvent likevektsbetraktning ville for det første være ugjennomførlig retts teknisk. Til det kommer at en slik sensur ville bety et grunnskudd mot kontraktsfriheten og de verdier den beskytter: Partsautonomi og dermed valgfrihet, med tilhørende ansvar for egne handlinger, inklusive feilsteg og uheldige vurderinger; på den annen side en tilsvarende premiering av forretningsdyktighet og fremsynthet.*[Avsnitt] Dette betyr ikke at likevektsbetraktninger er uten interesse når det gjelder kommersielt pregede kontrakter. Ulikevekt er også her en viktig komponent i rimelighetsskjønnet etter avtalel. § 36. Men det kreves noe mer enn ulikevekt for at karakteristikken urimelig skal kunne brukes..."³⁴

At det må foreligge spesielle omstendigheter for at avtalesensur etter avtl. § 36 skal være aktuelt, synes å komme tydelig frem i Rt. 2008 s. 969. Retten avfeide spørsmålet om rimelighetssensur, da det ikke forelå spesielle omstendigheter, som kunne føre til at parten skulle unnlate å bære risikoen selv.

Det synes dermed å være klart at det må foreligge noe mer, altså spesielle omstendigheter, for at lemping eller endring av avtalen etter avtl. § 36 skal vurderes i kommersielle avtaleforhold, hvor "*senere inntrådte forhold*" har medført ubalanse i avtalen. Rene likevektsbetraktninger vil antakelig ikke kunne føre frem i kommersielle avtaleforhold. Spørsmålet som reiser seg er hva slike spesielle omstendigheter kan være.

³² Her kan nevnes Rt. 1998 s. 1683, Rt. 1999 s. 220, Rt. 2000 s. 806 og Rt. 2008 s. 969.

³³ Rt. 2000 s. 806 (s. 816).

³⁴ ND 1990 s. 204 (avsnitt 5.2).

I Ulasaken presiseres det at "*...Et slikt tilleggsmoment kan f.eks. være det forhold at den ene kontrahent har inntatt og benyttet en maktposisjon i forhold til den annen kontrahent...*".³⁵

I Rt. 2000 s. 806, hvor spørsmålet om avtalesensur etter avtl. § 36 ble avfeid, ble det vektlagt at det ikke var snakk om noen evigvarende, eller spesielt langvarig avtale, slik tilfellet var i blant annet plenumsdommene³⁶ fra 1988.

Woxholth sier at hvis det unntaksvis skal komme på tale å lempe vilkår i avtaler mellom jevnbyrdige næringsdrivende, er det nok mest realistisk at det vil gjelde langvarige kontrakter som inneholder urimelige ansvarsfraskrivelses- og ansvarsbegrensningsklausuler.³⁷

De spesielle omstendighetene som er trukket frem overfor, vil bli gjennomgått i kapittel 4.

Den skepsis en ser i rettspraksis med tanke på å lempe kommersielle avtaler på grunn av "*senere inntrådte forhold*", gjenspeiles i juridisk teori. Det er uttalt at "*Når forholdet får et sterkere preg av forretningsdrift, vil mulighetene for å kreve regulering av avtalen i medhold av avtlel. § 36 være mindre, selv om vesentlige forutsetninger måtte briste.*"³⁸ Videre er det sagt at "*I kommersielle forhold der preget av ubalanse ikke avviker fra det en må regne med i lys av markedsutvikling og konjunkturer, tror jeg fortsatt at hovedregelen må bli at avtl. § 36 ikke bør brukes til annet enn rene redningsaksjoner basert på å fange opp begivenheter og hindringer som verken direkte eller indirekte kan anses omfattet av kontraktens system for risikoplassering.*"³⁹ I forhold til å kunne forutse den utvikling som har gjort avtalen mer ugunstig for den ene part er Hov av den oppfatning "*At adgangen til avtalerevisjon jevnt over bør være begrenset til de tilfelle hvor en ikke har mulighet til å forutberegne risiko for en uheldig utvikling, og hvor det dessuten er urimelig å la den uheldige part sitte igjen med risikoen for denne utviklingen, vil også bety at revisjonsadgangen vil være mer begrenset i forretningsforhold enn i forhold mellom privatfolk. Dette skyldes både at en i forretningsforhold bør stille større krav når det gjelder å prøve å forutberegne en senere utvikling, og dessuten at det i forretningsforhold er rimeligere å la hver part bære risikoen for en uforutsett utvikling i sin disfavør.*"⁴⁰

Det gjennomgående vurderingstema er i hvor stor grad forutberegnelighet fremstår som viktig å ivareta, og hvor naturlig det er å la parten selv bære risikoen for en uforutsett utvikling.

³⁵ ND 1990 s. 204 (avsnitt 5.2).

³⁶ Rt. 1988 s. 276 og Rt. 1988 s. 295.

³⁷ Geir Woxholth, *Avtalereett*, 7. utgave, Oslo 2009 s. 368.

³⁸ Pål Mitsem, *Avtaleloven § 36 i rettspraksis*, Stavanger 1991 s. 41.

³⁹ Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989 s. 720.

⁴⁰ Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet Kontraktsrett I*, 3. utgave, Oslo 2002 s. 297.

4 Om den konkrete rimelighetsvurderingen

4.1 Innledning

For å komme frem til en rimelighetsstandard krever loven at så vel den innbyrdes vekt av de ulike momenter, som selve avgjørelsen bestemmes ved et konkret skjønn i det enkelte tilfellet. Av denne grunn er det ikke mulig å si noe generelt om hva som til slutt blir avgjørende.⁴¹

Lovens utgangspunkt og vurderingskriterium er at det må være *"urimelig"* å gjøre avtalen gjeldende. Dette peker på at det må påvises en ubalanse mellom de plikter og rettigheter partene har overfor hverandre etter avtalen. Det er på det rene at ikke enhver ubalanse kan medføre lemping etter avtl. § 36. Hvor stor grad av ubalanse som kreves for å kvalifisere som *"urimelig"* å gjøre gjeldende, vil bli drøftet i den videre fremstillingen.

Avtaleloven § 36 andre ledd gir en opplisting av momenter for hva som skal tas hensyn til i vurderingen. Opplistingen er ikke uttømmende, jf. at det skal tas hensyn til *"omstendighetene for øvrig"*. Forarbeidene uttaler at tanken bak angivelsen av momenter er at *"...oppregningen kan virke opplysende og vegledende og avskjære mulig tvil..."*.⁴² Lovens ordlyd gir dermed rom for at alle forhold som kan bidra til klargjøringen av hvorvidt en avtale er *"urimelig"* kan virke inn på vurderingen. To momenter som trekkes frem er *"avtalens innhold"* og *"partenes stilling"*. Sett i sammenheng peker disse uttrykkene på at kontraktsforholdets egenart skal tillegges vekt.⁴³ Kontraktsforholdets egenart synes å være sentralt for en rimelighetsvurdering etter avtl. § 36, noe som også vil være aktuelt når en skal vurdere om en avtale er blitt urimelig som følge av *"senere inntrådte forhold"*. I det følgende vil det bli gått nærmere inn på *"avtalens innhold"* og *"partenes stilling"*, hva som ligger i begrepene, og på hvilken måte disse momentene kan være av betydning i den konkrete rimelighetsvurderingen, spesielt med tanke på kommersielle avtaleforhold.

4.2 Ubalansen i avtaleforholdet

Det aktuelle for denne fremstillingen er avtaler som strekker seg over tid, det vil si at forpliktelsene etter avtalen ikke oppfylles samtidig med inngåelsen av avtalen. Ved slike forhold er det ikke tilstrekkelig for avtalerevisjon etter avtl. § 36 å konstatere at det underveis i avtalens forløp har forelagt urimelighet. Det er oppfyllestidspunktet som vil være det avgjørende for om avtalen som helhet må anses *"urimelig"*. Når det skal foretas en konkret rimelighetsvurdering, skal kontraktens samlede virkninger på oppfyllelesstadiet vurderes.

Ved at lovens ordlyd sier at avtalen må være *"urimelig"*, forstås at avtalen ikke er rettferdig å gjøre gjeldende. Forståelsen av begrepet innebærer at det er en ubalanse i avtalen som ikke vil være riktig å kreve at den uheldige part må innfinne seg med. Imidlertid synes begrepet å gi lite i seg selv, med tanke på hvor stor ubalanse som kreves for at terskelen skal overstiges.

⁴¹ Kåre Lilleholt mfl., *Knops oversikt over Norges rett*, 12. utgave, Oslo 2004 s. 258-259.

⁴² Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 42.

⁴³ Kåre Lilleholt mfl., *Knops oversikt over Norges rett*, 12. utgave, Oslo 2004 s. 262.

Ut fra en rettskildemessig fortolkning av avtl. § 36, er det på det rene at ikke enhver ubalanse i avtaleforholdet medfører at en avtale er *"urimelig"* jf. avtl. § 36. Det er ikke tilstrekkelig at det kan tenkes rimeligere løsninger. Ubalansen må fremstå som nokså ekstrem. Uttalelser i forarbeidene hvor bestemmelsen blant annet betegnes som en *"...sikkerhetsventil..."*⁴⁴, er uttrykk for den generelle oppfatning som råder, om at det må foreligge et markert avvik fra rimelighetsstandarden, for at urimelighet etter avtl. § 36 skal foreligge.

Når en skal gjøre en rimelighetsvurdering er det nødvendige utgangspunkt at avtl. § 36 er en unntaksregel, og dermed bør forbeholdes tilfeller som i stor grad avviker fra en balansert avtale.

I kommersielle forhold må en også i større grad enn i forbrukerforhold godta ubalanse i avtaleforholdet. Dette viser seg ved at det generelt er skepsis til å bygge en eventuell rimelighetsensur på rene likevektsbetraktninger, noe som blant annet kommer til uttrykk i Utlåsen hvor det uttales at *"...det kreves noe mer enn ulikevekt for at karakteristikken urimelig skal kunne brukes..."*⁴⁵.

4.3 Avtalens innhold

4.3.1 Generelt om *"avtalens innhold"*

Ved at *"avtalens innhold"* skal tas hensyn til i rimelighetsvurderingen innebærer det at en skal vurdere om selve vilkårene i avtalen er *"urimelig"*. Det er virkningene av avtalevilkårene som skal vurderes. At ett avtalevilkår fremstår som urimelig isolert sett er uten betydning, da dette kan veies opp for i resten av avtalen.

Uttalelser i forarbeidene sier at *"avtalens innhold"* er selve utgangspunktet ved rimelighetsvurderingen. Det fremheves at alle avtalevilkår i prinsippet kan prøves. Det er trukket frem i forarbeidene, at blant annet *"...betydningen av endrede forhold..."*⁴⁶ kan medføre at et vilkår eller avtalen bedømmes som urimelig.

Noen avtalevilkår har gjentatte ganger blitt trukket frem som viktige i vurderingen av om en avtale er *"urimelig"* å gjøre gjeldende. I den videre fremstillingen skal det behandles nærmere hva slike avtalevilkår kan ha å si for rimelighetsvurderingen etter avtl. § 36.

4.3.2 Lengden på avtaleforholdet

Hensynet til *"senere inntrådte forhold"* får særlig betydning i langvarige kontraktsforhold hvor endrede forhold kan gjøre en parts posisjon etter avtalen mindre gunstig enn forutsatt, eventuelt medføre at avtalen blir tapsbringende. Jo lengre tid det går fra avtaleinngåelse til avtalen skal oppfylles, dess vanskeligere vil det være å ta høyde for alle forhold som kan inntre og påvirke avtaleforholdet. Dette medfører at økende lengde på avtaleforholdet også øker risikoen for at avtalen kan utvikle seg til å bli *"urimelig"*.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 15

⁴⁵ ND 1990 s. 204 (avsnitt 5.2)

⁴⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 31

Hvis avtaleforholdet er tidsbegrenset, kan det være et moment som taler for lemping. I motsatt fall, slik tilfellet var i Rt. 1990 s. 500 (Periscopusdommen), hvor det ble lagt "*...vesentlig vekt på at leieforholdet er tidsbegrenset...*"⁴⁷, taler forholdene mot lemping.

Avtaler som strekker seg over tid er vanlig i kommersielle avtaleforhold. Særlig innenfor entrepris- og petroleumsvirksomhet kan det gå lang tid fra kontraktene blir skrevet og til avtalen er ferdig oppfylt. Mye kan endre seg i løpet av den tiden avtalen står mellom partene. Den utvikling som skjer etter at en avtale er inngått, er partene på grunn av sin innsikt og erfaring gjerne bevisst på at kan inntreffe. Det oppstår dermed et spørsmål om avtalesensur jf. avtl. § 36 er utelukket dersom det var mulig for partene å forutse at forholdet kunne inntreffe, eller at forhold rundt avtalen kunne utvikle seg slik de gjorde.

Etter ordlyden i avtl. § 36 er kriteriet for lemping at avtalen er "*urimelig*" å gjøre gjeldende. Lovteksten i seg selv legger dermed ikke noen slik begrensning på adgangen til lemping. Heller ikke forarbeidene synes å ta et slikt standpunkt. I rettspraksis ser en også at avgjørelser har resultert i lemping, selv om partene burde forutsett at en slik utvikling kunne finne sted.

Hvis en setter spørsmålet helt på spissen, kan en argumentere for at det er mulig å forutse at avtalen kan bli påvirket av alle slags forhold som kan inntreffe, og at slikt kan få innvirkning på avtalen. En vet at valutaverdi kan styrkes og svekkes, at materiell og arbeidskraft svinger i kostnad, og at hendelser som krig, terrorhandlinger, streik, boikott og lignende kan inntreffe, og få konsekvenser i forhold til ens egen oppfyllelse av avtaler. Hvis en skulle utelukke bruk av avtl. § 36 ved hendelser som kan forutses at kan inntreffe, vil det i teorien ikke være rom for å anvende bestemmelsen på grunn av "*senere inntrådte forhold*". En kan dermed ikke begrense sensuradgangen etter avtl. § 36 til totalt uforutsett utvikling og hendelser.

Utviklingen av kontraktsforholdet, og forhold som kan inntreffe og påvirke sider ved en avtale, kan imidlertid være mer eller mindre sannsynlig og synbare for partene. Forarbeidenes holdning til dette er at "*...Det må normalt kreves at forholdene utvikler seg vesentlig annerledes enn antatt ved avtalens inngåelse...*"⁴⁸ En alminnelig rimelighetsbetraktning tilsier at jo mer synbar og sannsynlig en utvikling er, dess mindre bør adgangen til lemping være. Hov sier i forhold til dette "*At revisjonsadgangen bør være begrenset til forhold som det ikke var rimelig å ta i betraktning ved avtaleslutningen, innebærer også at det lettere vil bli behov for revisjon i langsiktige kontraktsforhold – jo mer langsiktig et kontraktsforhold er, jo vanskeligere er det å forutberegne hva som kan skje i kontraktsperioden.*"⁴⁹ Den faglige tyngde som mange kommersielle aktører besitter, gjør dem bedre rustet til å ta i betraktning hvilke forhold som kan få innvirkning på avtalen. Derfor vil adgangen til å lempe kommersielle avtaler også være mindre. Økende grad av profesjonalitet, medfører dermed en reduksjon av adgangen for rimelighetssensur.

I plenumsdommene⁵⁰ fra 1988 har Høyesterett tilsynelatende tillagt tidsmomentet stor vekt i vurderingen. I avgjørelsene synes retten å ha gått langt i å lempe avtalene på grunn av fall i pengeverdien. Disse dommene gjelder imidlertid avtaler hvor den ene part er forbruker, og det må

⁴⁷ Rt. 1990 s. 500 (s. 509).

⁴⁸ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 34

⁴⁹ Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet Kontraktsrett I*, 3. utgave, Oslo 2002 s. 297

⁵⁰ Rt. 1988 s. 276 og Rt. 1988 s. 295

antas at tidsmomentet ikke vil bli vektlagt i like stor grad dersom det er snakk om et kommersielt avtaleforhold.

I Rt. 2000 s. 806 har Høyesterett trukket frem at det ikke gjaldt en evigvarende eller spesielt langvarig avtale, som argument mot lemping etter avtl. § 36.

Altså vil tidsmomentet kunne være av betydning i rimelighetsvurderingen. Selv om det gjelder kommersielle avtaleforhold, hvor det stilles høyere krav til hva partene burde forutse og gardere seg mot i avtalen, kan en ikke utelukke at tidsmomentet kan bli tillagt stor vekt i rimelighetsvurderinger også der. Selvik poengterer likevel at langt fra alle forretningslivets kontrakter blir inngått med den omhu, innsikt og forutseenhet, som en generell tilbakeholdenhet med lemping forutsetter. Langtidskontrakter kan utsettes for ganske uvanlige påkjenninger ved de overraskelser som fremtiden kan bringe, og at det derfor kan bli nødvendig å ty til avtl. § 36 for å få rettet på de verste skjevhetene.⁵¹

4.3.3 Oppsigelse av avtalen

En langsiktig avtale kan på grunn av tidens utvikling vise seg å bli svært ugunstig eller svært tyngende for den ene parten. Dette kan en blant annet se i avtaleforhold som gjelder leie eller feste, hvor leiesummen eller festeavgiften på grunn av for eksempel inflasjon eller deflasjon, gjør at det beløp som skal betales ikke samsvarer med den markedsverdi som er gjeldende.

Når en avtale på grunn av forhold som inntreffer etter avtaleinngåelse viser seg å bli ugunstig for den ene parten, kan den ha et ønske om å avslutte avtaleforholdet. Noen avtaler er imidlertid tidsbestemt og uoppsigelig. Den uheldige avtaleparten vil i slike tilfeller ikke ha mulighet til å få slutt på den ugunstige virkningen av avtalen som har oppstått. Avtaleforhold som strekker seg over tid og er uoppsigelig medfører også en risiko for at balansen i avtalen kanskje vil forverre seg ytterligere i den videre avtaleperioden.

Uoppsigelige avtaler har av Høyesterett vært vurdert etter avtl. § 36 flere ganger. Det viser seg at dette er et moment som har blitt vektlagt til fordel for å lempe avtaler, slik det var tilfelle i blant annet begge plenumsdommene⁵² fra 1988. I kommersielle avtaler, har ikke dette momentet til nå vært med å gjøre avtalen "urimelig" etter avtl. § 36, til tross for at uoppsigelig avtale flere ganger har blitt trukket frem som relevant for rimelighetsvurderingen. Et tilfelle mellom to profesjonelle aktører, som gjaldt gyldigheten av en uoppsigelig leiekontrakt med varighet på 40 år er Rt. 1995 s. 1333. Det ble ikke gitt medhold om lemping etter avtl. § 36. Når momentet ikke blir vektlagt i like stor grad i kommersielle avtaleforhold som i forbrukerforhold, synes det å være et utslag av at det forventes mer av partene i slike avtaler.

⁵¹ Kåre Lilleholt mfl., *Knophs oversikt over Norges rett*, 12. utgave, Oslo 2004 s. 262.

⁵² Rt. 1988 s. 276 og Rt. 1988 s. 295

4.3.4 Regulering av vederlag

I avtaler vil vederlaget være et av de sentrale vilkårene, og hvordan dette eventuelt skal reguleres er av vesentlig betydning for partene i avtaler som strekker seg over tid. Det viser seg gjennom rettspraksis at nettopp dette vilkåret har vært gjenstand for mange konflikter. Dersom ikke avtalen åpner for at vederlaget kan reguleres slik at det samsvarer med den pris en kan forvente ut fra slik markedet er til enhver tid, kan avtalen etter hvert fremstå som ubalansert og lite gunstig for den ene parten.

Selv om lovteksten i seg selv ikke avgrenser mot å bruke avtl. § 36 som hjemmel for vederlagsjustering, har det vært uttrykt misnøye og uklarhet rundt hvorvidt dette kan gjøres.

Forarbeidene til avtl. § 36 tar ikke direkte stilling til spørsmålet om avtl. § 36 kan brukes som hjemmel for vederlagsjustering, men det konstateres at bestemmelsen ikke innebærer noen realitetsendringer i forhold til tidligere praksis. Høyesterett synes å ha følt seg meget fri i forhold til forarbeidenes forutsetninger om at praksis ikke skulle endre seg.⁵³

Det nominalistiske prinsipp om at "en krone alltid er en krone", har Høyesterett gjennom sin praksis tilsynelatende beveget seg bort ifra. Dette kan en se dersom en sammenligne Rt. 1958 s. 529 (Madladommen) med Rt. 1988 s. 276 (Røstaddommen). I Madladommen nektet retten å oppjustere leien i en gammel festeavtale, til tross for den vesentlige reduksjonen i pengeverdien. I Røstaddommen beveget Høyesterett seg vekk fra den rettspraksis en kan se i Madladommen, som var et utslag av det nominalistiske prinsipp. I Røstaddommen som også stadfestes av Skjelsvikdommen⁵⁴ har Høyesterett visket ut uklarheten rundt hvorvidt avtl. § 36 kan brukes som hjemmel for vederlagsrevisjon. Begge dommene gjaldt spørsmål om oppregulering av festeavgift som etter avtalens ordlyd ikke kunne reguleres. Fall i pengeverdien hadde ført til at festeavgiften var blitt klart urimelig for bortfesteren. Festeavtalen ble regulert med hjemmel i avtl. § 36. Høyesterett åpnet dermed for å bruke bestemmelsen også på slike tilfeller. I forhold til partsforholdet i disse sakene foreligger det et stort gap i maktforholdet partene imellom. Avtalen ble lempet til fordel for forbrukeren. Under skal det behandles nærmere hvordan forholdene stiller seg når avtalepartene er kommersielle aktører.

I Skjelsvikdommen er det uttalt at "*...det ikke er tale om noe slikt forretningsmessig forhold hvor det kan være særlig grunn til å la hver part bære risikoen for sine forutsetninger.*"⁵⁵ Dette tilsier at adgangen er mindre når partene er næringsdrivende. Dette synes å være mye av grunnlaget for at Høyesterett ikke har grepet inn i slike avtaleforhold. En ser blant annet det samme i Rt. 1998 s. 1980, som gjaldt en tvist mellom kommersielle aktører om endring av leiepris. Retten uttaler at "*...Det skal svært mye til for at domstolene ved bruk av denne bestemmelsen skal kunne endre en avtalt leie i en langvarig kontrakt i forretningsforhold. Ved avtaleinngåelsen må begge parter være klar over at det kan oppstå svingninger i markedsleien...*"⁵⁶ Også Rt. 1994 s. 38 og RG 2006 s. 674 er eksempler på at Høyesterett har vanskelig for å skulle gå inn å lempe kommersielle avtaler under slike forhold, i sistnevnte bemerker retten at det er "*... sikker rett at en avtalepart først og fremst selv må ta risikoen for egne forutsetninger, og at det mellom næringsdrivende skal svært mye til for å kunne velte*

⁵³ Kåre Lilleholt mfl., *Knophs oversikt over Norges rett*, 12. utgave, Oslo 2004 s. 264.

⁵⁴ Rt. 1988 s. 295.

⁵⁵ Rt. 1988 s. 295 (s. 301).

⁵⁶ Rt. 1998 s. 1980 (s. 1987).

risikoen for slike forhold over på den annen part i et avtaleforhold...". Det var anført at reguleringsklausulen, avtalens langsiktighet og manglende adgang til innløsning etter hvert var blitt mer og mer urimelig. Ingen av disse forhold, eller en samlet vurdering av dem, medførte at avtalen måtte anses urimelig. Det ble fremhevet at begge parter hadde de nødvendige forutsetninger for å skjønne konsekvensene av avtalen.

I forhold til husleiekontrakter sier Mitsem at *"Den klare tendens som man ser i disse saker, har tilsynelatende ikke smittet over på rent kommersielle leiekontrakter, i alle fall ikke der disse er inngått på helt forretningsmessig grunnlag."* Han viser blant annet til Rt. 1990 s.500 (Periscopusdommen), og kommenterer at den *"...gir inntrykk av at det skal nok så meget til før domstolene vil gå til regulering av de kommersielle vilkår som er avtalt partene i mellom."*⁵⁷

Dagens situasjon gjør det enda mer utenkelig at domstolene skal kunne gå inn og endre på avtaler, som gjelder justering av vederlag mellom kommersielle parter. Dette fordi en i dag er mer opplyst om at markedsverdien svinger, og at pengeverdien kan endre seg. Dermed vil en nødvendigvis også være mer bevisst på de avtalene en inngår med tanke på muligheten til å regulere vederlaget etter forhold som påvirker virkningene av avtalen. Hvis det likevel skal tenkes tilfeller der det kan være aktuelt med vederlagsjustering etter avtl. § 36, vil det være naturlig å tro at det må dreie seg om avtaler som strekker seg langt tilbake i tid, og som er uoppsigelige.

4.3.5 Ansvarsfraskrivelse og ansvarsbegrensning

Ansvarsfraskrivelse og ansvarsbegrensninger kan på grunn av *"senere inntrådte forhold"* vise seg å gjøre en avtale ubalansert, og ugunstig for den ene part. Klausuler som regulerer ansvaret kan ramme den ene parten betydelig, og i slike tilfeller må det vurderes om utfallet av en slik begrensning vil være *"urimelig"* å gjøre gjeldende, jf. avtl. § 36. Forarbeidene holdning til denne type klausuler, er at dette område tilhører det sentrale nedslagsfelt for bestemmelsen.⁵⁸ I hvilken grad bestemmelsen gir hjemmel for å gå inn å sensurere, sier forarbeidene til loven imidlertid lite om.

Hvor grensene for ansvarsfraskrivelse går, er et omfattende tema, og ikke innenfor det som skal behandles her. Her vil det bli gjort nærmere rede for hva som preger denne type klausuler, og hvilke forhold ved disse som taler for og mot lemping etter avtl. § 36.

Klausulenes natur er at de setter til side den ansvarsregulering som følger av deklarasjonslov, og annen ulovfestet rett. Slik lovgivning er utformet med formål om å oppnå en rettferdig fordeling, basert på hvem det er rimelig at skal bære ansvaret. Rene rimelighetsbetraktninger tilsier dermed at en bør rette opp i den ubalansen som en ansvarsbegrensning eller ansvarsfraskrivelse medfører. På den annen side vil en større tilbøyelighet til å sette til side avtalsreguleringsklausuler, kunne medføre at flere saker blir prøvd, og må avgjøres av domstolen. Hensynet til å redusere belastningen på domstolene, tilsier at en bør være restriktiv med å lempe denne type klausuler jf. avtl. § 36.

⁵⁷ Pål Mitsem, *Avtaleloven § 36 i rettspraksis*, Stavanger 1991 s. 44-45.

⁵⁸ NOU 1979: 32 s. 52.

I en del kommersielle kontraktstyper, der avtalegrunnlaget er en fremforhandlet kontrakt med betydelige reguleringer av forsikringsdekningen, kommer spørsmålet om avtalefrihetens grenser på spissen.⁵⁹ Eksempel på en slik kontrakt er NF 07. I denne type kontrakt kan en finne en type regulering av ansvar satt i system. Systemet "*...bygger på en avtalt tapsfordeling i motsetning til en erstatningsrettslig håndtering, og forutsetter en omfattende forsikringsregulering. Tanken er at de aktuelle skaderisiko skal fordeles klarest mulig, slik at det skapes en høy grad av forutberegnelighet, og at dette skal gi grunnlag for en rasjonell forsikringsdekning av risikoen...*"⁶⁰

Fordelene ved slike klausuler er fremtredende, da de skaper forutberegnelighet i avtaleforholdet. Kaasen poengterer at den usikkerhet som følger av en erstatningsrettslig håndtering av skader i tilknytning til kontraktsarbeidet, kan reduseres og langt på vei fjernes gjennom kontraktsregulering av skaderisiko.⁶¹ Avtalene er fremforhandlet med betydelig ressursinnsats av meget profesjonelle parter, og ansvarsfraskrivelsene er gjensidige, så det er ikke tale om den ensidige fraskrivelse som ofte gir opphav til rettsordenens skjerpede blikk. Ved at slike ansvarsbegrensnings- og ansvarsfraskrivelsesklausuler gir økt forutberegnelighet i kontraktsforholdet, medfører det gjerne også at flere avtaler inngås.

De mange fordelene ved slike klausuler, som tilsier at en bør være tilbakeholdne med rimelighetsensur, tyder på at terskelen for å anse slike begrensninger som "*urimelig*" jf. avtl. § 36 er høy. Dette viser seg også å være standpunktet i juridisk teori. Hagstrøm hevder at slike ansvarsbegrensninger "*...må klarligvis som utgangspunkt respekteres og det kan normalt ikke være aktuelt å sette ansvarsfraskrivelsene til side...*"⁶²

4.4 Partenes stilling

4.4.1 Generelt om "*partenes stilling*"

Når "*partenes stilling*" skal tas hensyn til i vurderingen er det naturlig å legge i dette at det har betydning om partene er forbrukere eller næringsdrivende. En annen måte å tolke ordlyden på, er at det skal vektlegges hvordan "*partenes stilling*" i forhold til hverandre er, herunder om den ene må anses underlegen i forhold til den andre. Forståelsen samsvarer også med forarbeidenes uttalelser om hva som ligger i begrepet. Forarbeidene trekker frem flere subjektive forhold som kan ha noe å si for rimelighetsvurderingen. Her vil de forhold som er relevant for tema i avhandlingen behandles. Dette er betydningen av "*...det forhold at den ene avtalepart kan ha vært underlegen i forhold til den annen...*"⁶³, som sier noe om styrkeforholdet mellom partene, innsikt og erfaring, som kan referere til hvor profesjonelle partene fremstår, og til sist hvem som har utarbeidet kontrakten.⁶⁴

⁵⁹ Viggo Hagstrøm, "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 421-518 (s.424).

⁶⁰ Viggo Hagstrøm, "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 421-518 (s. 476).

⁶¹ Knut Kaasen. "Ansvarsbegrensning i fabrikkkontrakter" i *Industribygg og rettsutvikling, Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum*, 2005 s. 233-258 (s. 238).

⁶² Viggo Hagstrøm, "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 421-518 (s. 478).

⁶³ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 33.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 33.

Styrkeforholdet i kommersielle avtaler kan fremstå på forskjellige måter. Styrkeforholdet vil ha noe å si for i hvilken grad det kan oppstå et beskyttelsesbehov overfor noen av partene i avtalen. I den ene enden av skalaen har man to svært profesjonelle parter, som må anses likeverdige i forhold til innsikt, erfaring og forhandlingsposisjon. Her er det ikke noe fremtredende beskyttelsesbehov. Også mindre næringsdrivende som handler med hverandre kan ha det samme utgangspunkt med tanke på forhandlingsposisjon. Selv om de seg imellom har den samme grad av innsikt og erfaring, kan et beskyttelsesbehov av andre grunner likevel oppstå. I andre enden av skalaen har en store profesjonelle aktører som inngår avtaler med små aktører. I slike tilfeller vil det være et klart misforhold, hvor den ene avtaleparten bærer preg av større profesjonalitet, tyngde og dermed en overlegen forhandlingsposisjon, slik en også finner i forbrukerforhold. Det er i slike sistnevnte tilfeller, at beskyttelseshensynet i kommersielle avtaleforhold vil være mest fremtredende.

Videre kan "*partenes stilling*" i form av partenes profesjonalitet, med den innsikt og erfaring de innehar, gjøre dem mer rustet til å forutse og kanskje forhindre at en avtale utvikler seg ugunstig i forholdt til ønsket og antatt.

"*Partenes stilling*", uavhengig av om det gjelder styrkeforholdet, innsikt og erfaring, eller hvem som har utarbeidet avtalen, sier i seg selv ikke noe om det har hatt noen betydning for innholdet i avtalen. Spørsmålet som reiser seg er om "*partenes stilling*" må ha virket inn på avtalens innhold eller avtaleslutningen for at momentet kan tillegges vekt i rimelighetsvurderingen.

Det kommer ikke frem av ordlyden i avtl. § 36 om "*partenes stilling*" må ha hatt innvirkning på avtalens innhold. Det er imidlertid mest naturlig å forstå sammenhengen i lovteksten slik, at for at det skal være "*urimelig*" å gjøre avtalen gjeldende, så må "*partenes stilling*" ha hatt innvirkning, enten på avtalens innhold, eller på at avtalen i det hele tatt kom i stand.

Forarbeidene gir ikke et klart svar på dette, men det er nærliggende å konkludere med ut fra det beskyttelseshensynet som synes å være bakenforliggende for vektlegging av momentet, at "*partenes stilling*" må ha virket inn på avtalens innhold, for at dette kan tas med i rimelighetsvurderingen.

Også i juridisk teori er det antatt at "*...for at en skal kunne legge vekt på slike momenter, må de på en eller annen måte ha påvirket enten avtalens innhold eller avtaleslutningen...*".⁶⁵

Det synes dermed å være klart at "*partenes stilling*" må ha virket inn på avtalens innhold for at det skal kunne tillegges vekt i vurderingen etter avtl. § 36.

4.4.2 Innsikt og erfaring

Utenfor forbrukerforhold, når begge parter er profesjonelle, vil terskelen for rimelighetssensur være høyere. Dette kan begrunnes med at "*...I forretningsmessige forhold må man i tillegg til en vurdering av styrkeforholdet mellom partene i sterkere grad enn i forbrukerforhold ta hensyn til de særlige*

⁶⁵ Jo Hov, "Norsk lovkommentar til avtaleloven", se *Gyldendal rettsdatas internettsider (rettsdata.no)*, note 140.

forhold som gjør seg gjeldende i forretningslivet, så som hensynet til forutberegnelighet, at den ene part har påtatt seg en kalkulert risiko etc. Dette er forhold som kan tale mot at lemping finner sted.”⁶⁶

Profesjonelle kontraktsparter besitter gjerne en faglig og erfaringsmessig kompetanse som tilsier at de i større grad er i stand til å forutse utviklingen i avtalen. Dette kan begrunne at en profesjonell part vil være bedre rustet til å kalkulere inn risikoen for en ugunstig utvikling, og ta høyde for det i avtalen. En parts innsikt og erfaring medfører dermed at det stilles høyere krav til hva en kan forvente av han.

For at momentet skal tillegges vekt i rimelighetsvurderingen, er det avgjørende at partenes innsikt og erfaring har virket inn på avtalens innhold. Spørsmålet er dermed hvordan partenes innsikt og erfaring kan virke inn på avtalens innhold.

Det er særlig to forhold som synes å være fremtredende. Det ene er selve utformingen av avtalen, og det andre er om partene bevisst på bakgrunn av sin innsikt og erfaring har påtatt seg en kalkulert risiko.

Partenes innsikt og erfaring, gjenspeiles gjerne gjennom avtalens utforming, ved at den bærer preg av partenes behov og ønske om forutberegnelighet i avtaleforholdet. Ferdig forhandlede standardkontrakter som for eksempel NF 07 er typisk eksempel på at partene som benytter seg av dem ønsker forutberegnelighet i avtaleforholdet. Slike kontrakter bærer preg av at et ønske om å regulere alle sider av avtaleforholdet, slik at det er lite behov for utfylling av bakgrunnsretten. Betydningen av avtalens utforming som moment i en vurdering om avtalerevisjon, kommer også til uttrykk i Trollsaken, hvor det sies at det skal mye til for å lempe kontrakter ”...*hvor planlegging, budsjettering og drift stiller store krav til presisjon og forutsigbarhet... [og der kontraktene]...inngås mellom store og ressurssterke foretagender som råder over ekspertise innenfor alle tekniske, kommersielle og juridiske fagområder...Voldgiftsretten...er i utgangspunktet av den oppfatning at domstolene i alminnelighet bør være tilbakeholdne med å rokke ved kontraktsbundne posisjoner på dette område...”*.⁶⁷

Mange av de standardkontraktene som finnes i dag, er uttrykk for en etablert praksis. Dersom en ser på avtalesensur i avtaleforhold hvor det brukes slike standardkontrakter, kan dette tenkes å få ringvirkninger for annen etablert praksis. Dette kan skape usikkerhet i forhold til forutberegnelighet.

Ved at avtalen bærer preg av et behov og ønske om forutberegnelighet, kan partenes innsikt og erfaring sies å ha innvirket på avtalens innhold. Dette innebærer at terskelen for lemping etter avtl. § 36 blir høyere.

En annen måte ”*partenes stilling*” kan ha påvirket avtalens innhold, er at de på bakgrunn av sin innsikt og erfaring har påtatt seg en kalkulert risiko. Den risikoen partene velger å påta seg kan begrunnes med at de står i en stilling som gjør dem bedre rustet til å forutse utvikling, og til å ta konsekvensene dersom denne utviklingen skulle vise seg å slå uheldig ut. Store kommersielle aktører, skiller seg fra eksempelvis forbrukere, ved at i tillegg til den innsikt og erfaring de besitter, gjerne står i en annen stilling økonomisk sett, som gjør at de i større grad kan ta risikoer i avtaleforhold, uten at det rammer katastrofalt dersom risikoen skulle slå uheldig ut.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29.

⁶⁷ ND 2001 s. 109 (s. 140).

I Ulasaken, er det oppsummert at "*...I næringslivet slutter man kontrakter for å oppnå fortjeneste. I den sammenheng vil man ofte bevisst ta en risiko. Går det godt, kan det bli en betydelig gevinst; går det galt, kan resultatet kanskje bli et enda større minus. Gevinst for én part vil ofte bety et tilsvarende tap for den annen part.*"⁶⁸ På bakgrunn av dette presiseres det at "*Når det gjelder kontrakter mellom næringsdrivende, kan dette balansehensynet ikke tillegges samme vekt...*"⁶⁹ Dette er i samsvar med forarbeidene hvor det sies at dersom avtalen har moment av "*spekulasjon*" fra begge parter side, på grunn av at det ved avtalens inngåelse er usikkert om fremtiden, vil dette tale mot lemping.⁷⁰

4.4.3 Betydningen av hvem som har utarbeidet avtalen

Forarbeidene fremhever at "*partenes stilling*" i forhold til hvem som har utarbeidet kontrakten kan være et moment i rimelighetsvurderingen.⁷¹ I forhold til at "*partenes stilling*" må ha virket inn på avtalens innhold, er det selvsagt at betydningen av hvem som har utarbeidet avtalen, har en innvirkning på avtalens innhold.

Det forhold som spesielt har vært fremhevet, blant annet i forarbeidene, er at dersom "*...den ene part har benyttet sin standardkontrakt, er dette normalt en omstendighet som har styrket hans stilling...*"⁷² Dette tilsier at terskelen for rimelighetssensur til fordel for den andre part senkes.

Dersom begge parter har vært med på å utarbeide avtalen, er det et moment som vil heve terskelen for rimelighetssensur etter avtl. § 36. Partene har på den måte større forutsetninger for å ivareta egne interesser, enn dersom avtalen er ensidig utarbeidet.

Forhold som at kontraktsperioden strekker seg over lang tid, at ytelsene partene har overfor hverandre er svært komplekse og hvor det er store økonomiske verdier inne i bildet, kan gjøre utarbeidelsen av avtalen både tid- og ressurskrevende. Kontraktsforholdets art kan av denne grunn gjøre det nødvendig med bruk av standardkontrakter, som eksempelvis NF 07. I standardkontraktene som ofte brukes ved disse typer kontraktsforhold, er det søkt å oppnå en balansert avtale. Utarbeidelsen skjer typisk ved at personer med likeverdig innsikt og erfaring, og som representerer begge parter interesser, sammen utarbeider en avtale hvor det er søkt å oppnå balanse i avtaleforholdet. Dersom partene har benyttet seg av slike standardkontrakter, er det et moment som taler imot rimelighetssensur etter avtl. § 36.

4.4.4 Styrkeforholdet partene imellom

I forarbeidene er det fremhevet at det ved rimelighetsvurderingen er særlig det forhold at den ene avtalepart kan ha vært underlegen som kan være aktuelt, eksempelvis slik en alminnelig forbruker ofte vil være i forhold til den næringsdrivende medkontrahenten. Men det presiseres også at det kan

⁶⁸ ND 1990 s. 204 (avsnitt 5.2).

⁶⁹ ND 1990 s. 204 (avsnitt 5.2).

⁷⁰ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 34.

⁷¹ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 33.

⁷² Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 33.

være slik at den ene næringsdrivende kan ha vært underlegen i forhold til den andre. Det er altså selve styrkeforholdet mellom partene som er avgjørende, ikke om de er forbruker eller næringsdrivende.⁷³ Skjevheten i styrkeforholdet er fremtredende når den ene parten må anses for å være overlegen den andre part med tanke på innsikt, erfaring og forhandlingsposisjon.

Det må imidlertid påpekes, slik det også er sagt i blant annet NJA 1989 s. 364 at det ikke er grunn til å likestille mindre næringsdrivende med forbrukere. Dette synspunkt har sin naturlige begrunnelse i de generelle betraktningene rundt kommersielle avtalers karakter, med hensyn til blant annet forutberegnelighet.

Utgangspunktet ved vurdering av vekten en skal tillegge "*partenes stilling*", er om ubalansen i styrkeforholdet mellom partene har påvirket at avtalen i det hele tatt har kommet i stand, eller selve innholdet i avtalen.

Det er klart at en avtalepart kan velge ikke å binde seg på slike vilkår som fremkommer av den andre parts egen standardkontrakt. På den andre side er ikke dette valget i alle tilfeller helt reelt. Dersom en ønsker å drive forretninger, er en næringsdrivende avhengig av å få i stand avtaler for å få inntekt for å holde liv i sin virksomhet. Dersom det ikke finnes alternativer, vil en næringsdrivende kanskje måtte ta til takke med den avtalen han får. Et eksempel hvor ubalanse i forhandlingsstyrke blir spesielt fremtredende, er hvor den ene part har monopol innen sitt felt. Woxholth trekker frem som eksempler kontraktsforhold mellom mindre næringsdrivende og banker/låneinstitusjoner, og avtaler håndverkere og detaljister inngår med importører, produsenter og grossister. Disse tilfellene har det til felles, at "*...den næringsdrivende stilles overfor vilkår som han har liten eller ingen mulighet til å påvirke innholdet av.*"⁷⁴

En ser også i kontraktsforhold at profesjonelle avtaleparter benytter sin innsikt og erfaring til å skaffe seg gunstige avtalevilkår. Dette er spesielt hvor den andre part ikke er like godt rustet til å ivareta egne interesser. I slike tilfeller er det ikke nødvendigvis slik at parten utnytter sin posisjon. Det kan ikke straffes med tilsidesettelse av avtalevilkår eller avtalen i sin helhet, at en part er kunnskapsrik og dyktig til å forutse utvikling, og på den måten varetar egne interesser.

En viktig del av formålet med avtl. § 36 er å beskytte den svakere avtalepart i et avtaleforhold. Det reises dermed et spørsmål om det må foreligge ubalanse i styrkeforholdet mellom partene, for at avtalesensur etter avtl. § 36 i det hele tatt skal være aktuelt.

Jo mer likeverdige partene er, dess mindre fremtredende vil et beskyttelsesbehov overfor den svakere part fremstå. Imidlertid er ikke hensynet om å beskytte den svakere part i et kontraktsforhold det eneste hensyn bak regelen. Regelen kan også begrunnes på bakgrunn av alminnelige rimelighetsbetraktninger, hvor det ligger et ønske om at avtaler skal være rimelige. Uforutsett utvikling kan medføre store ulemper overfor den ene part. Det vil virke lite rettfærdig å la en hendelse som ingen av partene er skyld i, gå ut over den ene parten i avtalen, og ut fra alminnelige rimelighetsbetraktninger kan slikt begrunne at avtalen er "*urimelig*" å gjøre gjeldende. Det er dermed ikke et vilkår for avtalelempling etter avtl. § 36 at det er ubalanse i styrkeforholdet mellom partene.

⁷³ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29.

⁷⁴ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 7. utgave, Oslo 2009 s. 368.

I henhold til den rettspraksis som foreligger, synes Høyesterett imidlertid å være svært tilbakeholden med å foreta rimelighetsensur i kommersielle avtaleforhold hvor partene må anses jevnbyrdige. Det har ennå ikke vært avgjørelser under slike forhold hvor avtaler har blitt lempet etter avtl. § 36. Hvorvidt det kan bli tilfelle, må eventuelt avklares av domstolene.

Rettsstilstanden i forhold til vektleggingen av styrkeforholdet mellom partene synes å være at *”Dreier det seg om kommersielle avtaler mellom jevnbyrdige parter skal det mye til å oppnå rimelighetslempning etter § 36. Her veier ønsket om forutberegnelighet og det forhold at avtalen er utslag av en kalkulert risiko tungt...”*⁷⁵, som synes å være den alminnelige oppfatning innenfor juridisk teori.

Dersom en ser hen til de øvrige nordiske lands rettspraksis, ser en at selv i kommersielle avtaleforhold har både den svenske og den danske domstolen ikke vist så stor tilbakeholdenhet med å anvende avtl. § 36, når avtalen er mellom parter som ikke er jevnbyrdige.⁷⁶ Högsta domstolen i Sverige er kanskje de som har gått lengst i å gripe inn i avtaleforhold utenfor forbrukerforhold. I NJA 1989 s. 346 lempet de en forretningsavtale som gjaldt en tvist mellom et større forsikringselskap og en pelshandler, som var en mindre forretningsdrivende, om dekningen under en tyveripolise. Domstolen kom til (under dissens 4-1) at dekningen måtte utvides, enda det verken var mangler ved vilkårene isolert sett, eller ved tilblivelsen av avtalen. Det var på grunn av den etterfølgende utvikling at forsikringselskapet likevel ble holdt ansvarlig. Denne dommen må sies å gå svært langt i anvendelsen av den svenske utgaven av avtl. § 36. Dommen kan tas til inntekt for at det også i norske domstoler kan bli aktuelt med lemping i kommersielle avtaleforhold, hvor ubalansen først oppstår ved *”senere inntrådte forhold”*. Hensynet til en enhetlig løsning på kontraktsrettens område i de nordiske land, tilsier at heller ikke norske domstoler bør vise særlig tilbakeholdenhet ved å anvende avtl. § 36 under de nevnte forhold.

5 Oppsummering

Formålet med avtl. § 36 er å ha mulighet til å rette opp i urimelige avtaleforhold en part kan havne i. Lemping av avtaler basert på rene rimelighetsbetraktninger kan tenkes, men ofte vil bakenforliggende hensyn inngå i en konkret rimelighetsvurdering. Hovedsakelig er det et beskyttelseshensyn som begrunner bruk av regelen, mens hensynet til forutberegnelighet tilsier at en bør være varsom med å åpne for avtalesensur.

Kontraktsforholdets egenart sier noe om hvilken vekt en skal tillegge de ulike hensyn. Det må dermed foretas en konkret rimelighetsvurdering, hvor en må vekte alle forhold som kan ha betydning for hvorvidt avtalen er *”urimelig”*.

Dreier det seg om kommersielle avtaleforhold, og at ubalansen i avtalen først viser seg ved *”senere inntrådte forhold”*, vil terskelen for bruk av avtl. § 36 heves.

Ubalansen i avtalen er utgangspunktet for rimelighetsvurderingen, og denne må være vesentlig.

⁷⁵ Viggo Hagstrøm, *”Urimelige avtalevilkår”*, *Lov og Rett*, 1994 s. 131-168 (s. 148).

⁷⁶ Se NJA 1979 s. 666, NJA 1987 s. 639, NJA 1983 s. 332 og NJA 1989 s. 346.

Ved at kontraktsforholdets egenart er vesentlig for vurderingen, er det nødvendig å se på de forhold som sier noe om dette. Særlig er "*avtalens innhold*" og "*partenes stilling*" aktuelle forhold.

Dersom avtalen er langvarig og uoppsigelige, er dette momenter som vekter for lemping. Avtalevilkår som at vederlaget ikke kan reguleres slik at avtalen fremstår balansert, og klausuler om ansvarsbegrensninger og ansvarsfraskrivelser, er vilkår som har vært foreslått som aktuelt avtaleinnhold for lemping.

Når det gjelder "*partenes stilling*", må dette momentet ha virket inn på avtalens innhold for at det skal tillegges vekt i rimelighetsvurderingen etter avtl. § 36. Partenes innsikt og erfaring, hvem som har utarbeidet avtalen, og styrkeforholdt mellom partene, sier noe om deres stilling. Særlig det forhold at den ene part må anses overlegen den andre med tanke på innsikt, erfaring og forhandlingsposisjon, taler til fordel for lemping.

Det avgjørende i rimelighetsvurderingen etter avtl. § 36 vil være hvilke hensyn som får størst vekt, basert på hvordan avtaleforholdet fremstår.

6 Litteratur

Gisle, Jon mfl., *Jusleksikon*, 2. utgave (Oslo 2003).

Hagstrøm, Viggo, "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996 s. 421-518.

Hagstrøm, Viggo, "Urimelige avtalevilkår", *Lov og Rett*, 1994 s. 131-168.

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett* (Oslo 2004).

Hov, Jo, "Norsk lovkommentar til avtaleloven", se *Gyldendal rettsdatas internettsider (rettsdata.no)*.

Hov, Jo, *Avtaleslutning og ugyldighet Kontraktsrett I*, 3. utgave (Oslo 2002).

Huser, Kristian, *Avtalesensur* (Bergen 1984).

Kaasen, Knut. "Ansvarsbegrensning i fabrikkkontrakter" i *Industribygg og rettsutvikling, Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum* (2005) s. 233-258.

Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett* (Bergen 1989).

Lilleholt, Kåre mfl., *Knophs oversikt over Norges rett*, 12. utgave (Oslo 2004).

Mitsem, Pål, *Avtaleloven § 36 i rettspraksis* (Stavanger 1991).

Sæbø, Rune, "Generalklausulene i formuerettslovgivningen i et rettskildeperspektiv", *Jussens venner*, 1996, s. 313-325.

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 7. utgave (Oslo 2009).