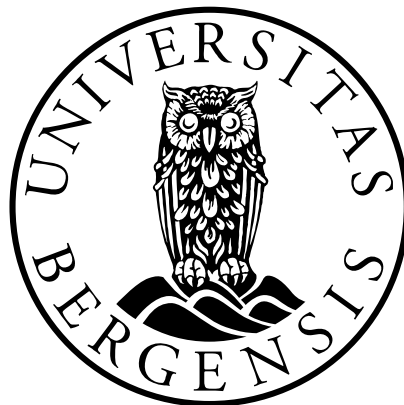


Avtaleloven § 36

Hvilke forhold kan påvirke revisjon av en kommersiell avtale på grunn av endrede omstendigheter?

Kandidatnummer: 113

Antall ord: 14965



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og hovedproblemstilling	4
1.2 Avgrensninger	5
1.3 Utfordringer	6
1.4 Den videre fremstillingen	6
2 Innledende om avtaleloven § 36.....	7
2.1 Avtalefriheten	7
2.2 Et lovbestemt inngrep i avtalefriheten.....	8
2.2.1 Lovteksten og begrunnelsen om beskyttelse	8
2.2.2 Kort om rammene for «urimelig»-vilkåret.....	8
2.3 Lovgivers vedtakelse – domstolenes skjønn	9
2.4 Vektingsøvelsen – fleksibilitet mot forutberegnelighet.....	10
3 Avtaleloven § 36 og endrede omstendigheter i kommersielle avtaler	11
3.1 Problemstilling.....	11
3.2 De ulike variablene i rimelighetsvurderingen	12
3.2.1 Lovbestemmelsens overordnede vurderingstema	12
3.2.2 Kontraktspartene Tolkning og problemstilling	13
3.2.3 Avtalen som utgangspunkt	22
3.2.4 Forhandlingssituasjonen.....	32
3.2.5 Oppsummering	35
3.3 Er domstolenes skjønn retningsgivende?	36
4 Forholdet til læren om bristende forutsetninger	38
4.1 Problemstillingene	38
4.2 Vurderingsmomentene.....	38
4.3 To selvstendige anvendelsesområder eller en overlapp?.....	39
4.3.1 Forarbeider	39
4.3.2 Rettspraksis	40
4.3.3 Oppsummering	42
4.4 En sammenligning av revisjonsgrunnlagene	42
4.4.1 Problemstilling	42

4.4.2	Vilkår, vurderingstema og bevisførsel	43
4.4.3	Revisjonsgrunnlagenes helhetsvurderinger	47
4.4.4	Rettsvirkningene.....	51
4.5	Er valget av revisjonsgrunnlag situasjonsbetinget?.....	52
5	Avslutning	54
	Litteraturliste	55

1 Innledning

1.1 Tema og hovedproblemstilling

I næringslivet inngås det et stort antall kommersielle kontrakter daglig. Avtaler mellom næringsdrivende strekker seg ofte over lengre tid, og omhandler ofte store beløp.¹ Det er derfor viktig for partene å kunne ivareta sine interesser både ved inngåelsen og ved oppfyllelsen av avtalen. Det klare utgangspunktet er at profesjonelle parter må tåle risikoen for endrede omstendigheter i avtaleforholdet.² Dette utgangspunktet kan begrunnes i at profesjonelle parter i større grad kan og bør innkalkulere avtalens risikofaktorer før avtalen inngås.³ Hensynet til forutberegnelighet veier dermed tungt i avtaler mellom næringsdrivende, for å sikre stabilitet og forutsigbarhet i avtaleforholdet.

Et problem oppstår når en risiko partene ikke forutså påvirker avtaleforholdet. Endringene i avtalens omstendigheter kan utløse et tilpasningsbehov. Dette kan gjøre kontraktsmessig oppfyllelse urimelig byrdefullt. Koronapandemien og krigen i Ukraina er eksempler på ekstraordinære begivenheter som har skapt utfordringer med oppfyllelse av kontrakter som var inngått før hendelsene inntraff. Dette kan utspille seg gjennom nedstengte restauranters manglende behov for bestilte råvarer. Det kan også være avlyste konserter og idrettsarrangementer hvor arenaene ble bestilt for flere år siden. Tilpasningsbehovet kan imidlertid også utløses og påvirkes av omstendigheter direkte knyttet til avtaleforholdet. Dette kan eksempelvis være at saltforbruket på vinterføre ble større enn forventet.⁴ Fellesnevneren er uansett at det blir mer byrdefullt å oppfylle kontrakten enn forutsatt. Slike hendelser aktualiserer spørsmålet om avtaleloven § 36 kan anvendes for å gjenopprette balansen mellom de profesjonelle aktørene.

Masteroppgavens hovedproblemstilling er hvilke forhold som kan påvirke revisjon av kommersielle avtaler etter avtaleloven § 36 på grunn av endrede omstendigheter.

¹ Næringsdrivende blir i avtaleretten ofte omtalt som «profesjonelle parter». I oppgaven vil begge termer for å betegne avtalepartene i kommersielle kontraktsforhold bli brukt.

² NOU 1979:32 Formuerettslig lempningsregel side 48.

³ NOU 1979:32 side 48.

⁴ Rt. 2010 s. 1345.

Etter den nesten 100 år gamle festeavgiften i avtalen mellom Forsvaret og grunneier ble revidert i Rt. 1988 s. 276 (Røstad), har Høyesterett vært restriktive ved lemping av denne typen avtaler.⁵ Høyesterett har imidlertid i nyere tid revidert kommersielle avtaler på grunn av endrede omstendigheter med grunnlag i forutsetningslæren.⁶ Tilpasninger av avtaler i denne typen avtaleforhold er dermed ikke utelukket. Dette aktualiserer spørsmålet om forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36. Dessuten står den restriktive tendensen i kontrast til praksis i Danmark og Sverige, hvor flere kommersielle avtaler har blitt lempet etter de tilsvarende svenske og danske revisjonsreglene.⁷ I den forbindelse dukker spørsmålet om hvorvidt norske domstoler viser en motstand mot revisjon opp.

1.2 Avgrensninger

Oppgaven vil sette søkelys på etterfølgende omstendigheter i avtaleforhold mellom profesjonelle parter. Det avgrenses dermed mot avtaler der en eller flere av avtalepartene er forbrukere eller privatpersoner. Oppgaven avgrenses følgelig mot tilblivelsesmangler. Den ulovfestede regelen om force majeure og andre ugyldighetsinnsigelser i avtaleloven faller også utenfor oppgavens tema. Det er dessuten ikke mulig å belyse alle mulige slags varianter av kommersielle avtaler, eller endrede omstendigheter. Oppgaven er ikke ment å være en uttømmende fremstilling av tema.

Den norske avtaleloven § 36 ble vedtatt i 1983. På dette tidspunktet var nesten identiske revisjonsregler allerede vedtatt i flere nordiske land.⁸ Det nordiske lovsamarbeidet gjør at rettskildemateriale kan være relevante på tvers av landegrensene, særlig hvis det foreligger en klar praksis.⁹ Noen situasjoner som kan oppstå i forbindelse med avtaleloven § 36, har ikke blitt behandlet av norsk Høyesterett. Her vil et utvalg dommer fra Sverige og Danmark fremstilles og henvises til som illustrasjon. Disse fungerer kun som eksempler, da de ikke er prejudikater under norsk rett. Det er ikke gjort systematiske søk i skandinavisk rettspraksis. Dette er på ingen

⁵ Se for øvrig Giertsen (2021) side 298 om Rt. 2014 s. 351 (HelgelandsKraft) der Høyesterett lempet en avtale til fordel for en profesjonell part, og motparten var ikke-profesjonell. Se også Rt. 2012 s. 393 (Ugland) hvor en administrerende direktørs incentivavtale ble lempet etter økonomisk utroskap mot arbeidsgiver. Disse sakene faller, til tross for tilgrensende faktum, utenfor oppgavens tema.

⁶ Se HR-2021-2364-A og Mestad (2022).

⁷ Eksempelvis NJA 1979 s. 666, NJA 1989 s. 346, U.1988.1036 og U 2012.535.H. Disse gjaldt ikke senere inntrådte forhold, men viser likevel at flere kommersielle avtaler har blitt lempet.

⁸ Ot.prp. nr. 5 side 4.

⁹ Tørum (2007) punkt 3.2.

måte en fullstendig fremstilling av slik praksis. Det vil foretas ytterligere avgrensninger innenfor ulike tema gjennom oppgaven. Dette vil presiseres tydelig der det skulle være tilfellet.

1.3 utfordringer

Utfordringene i oppgaven knytter seg i stor grad til høyesterettspraksis. En kombinasjon av at kommersielle parter ofte løser tvister utenfor domstolene, og at Høyesterett har vært tilbakeholden ved lemping av kommersielle avtaler på grunn av senere inntrådte forhold, medfører et begrenset rettskildebilde. Dette kan gjøre det utfordrende å fremstille lempingsterskelen på en oversiktlig og treffende måte basert på rettspraksis.

Høyesterett har dessuten i flere avgjørelser foretatt en begrenset behandling av innholdet og vekten av de ulike momentene oppstilt i avtaleloven § 36 annet ledd.¹⁰ Dette kan gjøre det utfordrende å vurdere hvordan de ulike momentene kan påvirke rimelighetsspørsmålet. Denne utfordringen strekker seg også til andre relevante rettskilder, herunder forarbeidene hvor § 36 i stor grad kun er behandlet på et generelt og overordnet plan. Videre er de svenske rettsavgjørelsene avsagt senest i 1992. Dette kan medføre at avgjørelsene ikke avspeiler dagens rettsstilstand. Derimot kan reelle hensyn langt på vei være styrende i det konkrete rimelighetsspørsmålet. Hensyn vil følgelig også være en sentral rettskilde i oppgaven.

1.4 Den videre fremstillingen

Oppgaven innledes med en kort gjennomgang av bakgrunnen for, og innholdet i § 36 (kapittel 2). Den videre fremstillingen blir todelt. Først redegjøres det for hvordan lovgiver ønsket at § 36 skulle anvendes, i lys av hovedproblemstillingens avgrensninger. Videre må dette ses opp mot rettspraksis (kapittel 3). I andre del ses det videre til det tilgrensende grunnlaget for avtalerevisjon, læren om bristende forutsetninger (kapittel 4). Tendensen i rettspraksis aktualiserer en drøfting om forholdet mellom forutsetningslæren og lempningsregelen.

¹⁰ Eksempelvis Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 68 og HR-2022-1120-A avsnitt 69-70.

2 Innledende om avtaleloven § 36

2.1 Avtalefriheten

Avtalefriheten er et grunnleggende prinsipp i norsk rett.¹¹ Den avtalerettslige autonomien innebærer at enhver borger har frihet til å velge *om* avtale skal inngås, hvem avtalen skal inngås med og hvilket innhold avtalen skal ha. I forarbeidene til någjeldende avtalelov omtales dette som «kontraktsfrihetens prinsipp».¹² For å effektivisere kontraktsfriheten må avtalene også oppfylles etter sitt innhold. Dette ble fastslått allerede i 1687 i Kong Christian Den Femtis Norske Lov 5-1-2. Regelen tilsvarer det latinske uttrykket «pacta sunt servanda», avtaler skal holdes.¹³ Prinsippet gjelder til tross for ulempene det måtte medføre. Begge disse regelsettene bygger på det grunnleggende hensynet til forutberegnelighet i avtaleforhold. Man skal ikke behøve å bekymre seg for om en avtale blir oppfylt etter sitt innhold. Utgangspunktet skaper tillit mellom kontraktspartene, og gjør det tryggere å inngå avtaler om større beløp eller ytelser.

Balansen i avtaleforholdet kan imidlertid bli så skjevt at domstolene griper inn på bekostning av avtalefriheten. Før 1983 var forutsetningslæren det sentrale revisjonsgrunnlaget ved en svikt i avtalens forutsetninger.¹⁴ Etter vedtakelsen av avtaleloven § 36, har imidlertid revisjonsbestemmelsen også blitt et viktig bidrag i spørsmålet om å fravike prinsippet om at avtaler skal holdes.¹⁵

¹¹ Se blant annet NOU 1979:32 side 37 hvor det skrives at «vår rettsorden bygger på kontraktsfrihetens prinsipp».

¹² NOU 1979:32 s. 37.

¹³ Nygaard (2004) side 337.

¹⁴ Se blant annet Mestad (2022) side 244-247.

¹⁵ Nygaard (2004) side 150.

2.2 Et lovbestemt inngrep i avtalefriheten

2.2.1 Lovteksten og begrunnelsen om beskyttelse

Avtaleloven § 36 første og annet ledd lyder i sin helhet som følger:

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.

Avtaleloven § 36 er ufravikelig.¹⁶ Partene kan dermed ikke fastsette en klausul i avtaledokumentet om at avtalen ikke kan lempes etter lovbestemmelsen. I forarbeidene fremheves det at hensikten er å beskytte den svake kontraktspart ved å «bøte på det misbruk som en ubegrenset kontraktsfrihet kan lede til».¹⁷ Det er viktig å poengtere at skjevheten ikke betinges av at en av kontraktspartene har utnyttet eller hatt glede av forrykkelsen.¹⁸ Det er heller ikke et krav om at en av partene har opptrådt klanderverdig. Dette kan imidlertid være momenter i vurderingen.

2.2.2 Kort om rammene for «urimelig»-vilkåret

Hovedvurderingen i spørsmålet om hvilke forhold som kan påvirke avtalerevisjon, er om avtalen må anses «urimelig eller i strid med god forretningsskikk». Ordlyden «eller» understreker at vilkårene er alternative. Høyesterett har lagt til grunn at «[d]et som er i strid med god forretningsskikk, vil i regelen også være urimelig.»¹⁹ Begge vilkår forutsetter dermed en rimelighetsvurdering. I oppgaven vil «urimelig»-vilkåret benyttes som vurderingstema. For at senere inntrådte forhold skal kunne medføre lemping, må det dessuten virke urimelig å gjøre

¹⁶ NOU 1979:32 side 59.

¹⁷ NOU 1979 side 37.

¹⁸ Hagstrøm m.fl. (2021) side 266.

¹⁹ Rt. 2013 s. 388 avsnitt 52 med henvisning til Ot.prp. nr. 5 side 31.

avtalen «gjeldende».²⁰ Det er rimeligheten på oppfyllestidspunktet som er avgjørende. En risiko må ha realisert seg, og skapt et behov for lemping.

2.3 Lovgivers vedtakelse – domstolenes skjønn

En viktig bemerkning i forbindelse med hvilke faktorer som kan påvirke lempningsadgangen er at avtaleloven § 36 er vedtatt med intensjon om at domstolene skal utvikle regelens innhold.²¹ Innholdet i rimelighetsvurderingen skal altså utvikles gjennom rettspraksis, og ikke gjennomreguleres i lov.²² Lempningsregelen er en generalklausul, og åpner dermed for en konkret og skjønnsmessig vurdering.²³

Ordlyden «tas hensyn» i bestemmelsens annet ledd, peker mot at domstolene skal være seg bevisst de opplistede momentene i denne konkrete vurderingen. Den sier imidlertid ingenting om hvordan dommerne skal vurdere momentene, eller hvilken vekt momentene skal gis. I forarbeidene understrekes det at denne vurderingen «foretas best av dommeren i tilknytning til det konkrete tilfellet».²⁴

Bestemmelsen er dessuten en rettslig standard. Vurderingen skal ta utgangspunkt i den til enhver tid gjeldende rimelighetsoppfatning.²⁵ Revisjonsterskelen formes med tiden, ettersom samfunnet, og verden ellers, forandrer seg.²⁶ Det er dermed dommerskjønnet på domstidspunktet som er avgjørende for revisjonsspørsmålet.²⁷

²⁰ Ot.prp. nr. 5 side 41.

²¹ Ot.prp. nr. 5 side 30.

²² NOU 1979:32 side 39-40.

²³ NOU 1979:32 side 41.

²⁴ Ot.prp. nr. 5 side 30.

²⁵ NOU 1979:32 side 54.

²⁶ NOU 1979:32 side 37.

²⁷ Ot.prp. nr. 5 side 30.

2.4 Vektingsøvelsen – fleksibilitet mot forutberegnelighet

Fleksibilitet og forutberegnelighet er viktige hensyn i revisjonsvurderingen etter avtaleloven § 36.²⁸ Flexibiliteten ivaretar behovet for å justere avtalen etter forholdene. Dette veies mot forutberegneligheten som beskytter ønsket om sikkerhet og trygghet i avtalen, til tross for at omverdenen forandrer seg. Hensynene fungerer både som retningslinjer og som vurderingsmomenter i rimelighetsvurderingen.

Lempningsregelen gir dessuten rom for fleksibilitet på virkningssiden. Avtalen kan endres eller delvis settes til side, istedenfor å lempes i sin helhet. Dette kan bidra til å ivareta forutberegnelighet ved at avtaleforholdet kan bestå, noe som kan være en stor fordel i kommersielle avtaleforhold. Uten en bevissthet rundt disse hensynene, er det vanskelig å kunne foreta en balansert og veloverveid vurdering av om det er forsvarlig å lempe avtalen.

I forarbeidene fremheves det at i profesjonelle avtaleforhold er særlig «forutberegnelighet og muligheten for å overskue en avtales konsekvenser» tungtveiende hensyn.²⁹ Videre fremgår det i forarbeidene at ved senere inntrådte forhold, er utgangspunktet at det vil være «kontraktpartenes egen risiko at deres forutsetninger og forventninger mht den framtidige utvikling holder stikk.»³⁰ Uttalelsene understreker prinsippet om at profesjonelle parter som hovedregel må tåle risikoen for endrede omstendigheter. Dermed veier forutberegnelighetshensynet tungt i kommersielle avtaleforhold, og enda tyngre når avtalen var balansert på avtaletidspunktet. Departementet begrunnet dette med at en annen løsning ville «gå ut over omsetningens sikkerhet, som er basert på at avtaler blir holdt».³¹

²⁸ Termene er blant annet brukt i Giertsen (2021) side 295.

²⁹ NOU 1979:32 side 48.

³⁰ Ot.prp. nr. 5 side 34-35.

³¹ Ot.prp. nr. 5 side 35.

3 Avtaleloven § 36 og endrede omstendigheter i kommersielle avtaler

3.1 Problemstilling

For å vurdere hvilke forhold som kan påvirke lempningsadgangen, må det tas utgangspunkt i lovteksten. Momentene i lovteksten er vagt formulert. Dette legger til rette for at innholdet kan tilpasses det konkrete avtaleforholdet. Videre er det i forarbeidene skissert opp noen retningslinjer for rimelighetsvurderingen. Samtidig kan ikke lovteksten og forarbeidene belyse alle typetilfeller man kan støte på. Forarbeidene er dessuten skrevet for 40 år siden. De forhold som påvirket revisjonsadgangen på 1980-tallet, behøver ikke ha samme påvirkningskraft i 2022. Å legge stor vekt på forarbeidene kan dermed underspille det dynamiske aspektet ved rimelighetsvurderingen.³²

For å ivareta dynamikken i avtaleloven § 36, er rettspraksis dermed den fremste rettskilden for å utrede hvilke forhold som kan påvirke lempingsterskelen. Forarbeidene og lovteksten kan være veiledende for dommernes avgjørelse. Samtidig skriver departementet i forarbeidene at etter regelen «har virket i noen tid, vil [...] domstolene gjennom sin praksis [...] ha trukket opp nærmere retningslinjer for anvendelsen.»³³ Slike retningslinjer forutsetter imidlertid at Høyesterett fremhever hvilke forhold som har påvirket resultatet, og hvordan de gjør seg gjeldende i lempingsspørsmålet.

Denne delen av oppgaven består i hovedsak av to vurderinger. For det første skal det redegjøres for hvordan lovteksten og forarbeidene nyanserer de ulike variablene som kan påvirke revisjonsadgangen ved endrede omstendigheter i kommersielle avtaleforhold. For det andre skal variablene som har påvirket Høyesteretts lempingsvurderinger drøftes, samt spørsmålet om nyansene har kommet til syne i praksis.

³² NOU 1979:32 side 54.

³³ Ot.prp. nr. 5 side 12.

3.2 De ulike variablene i rimelighetsvurderingen

3.2.1 Lovbestemmelsens overordnede vurderingstema

Før det vurderes hvordan ulike variabler kan påvirke lempingsspørsmålet, må det foretas en kort gjennomgang av vurderingstema i avtaleloven § 36. Som tidligere nevnt, er hovedspørsmålet ved anvendelsen av lempingsbestemmelsen på grunn av senere inntrådte forhold, om avtalen har blitt «urimelig».³⁴ Ordlyden peker mot noe uforholdsmessig eller fornuftsstridig. Det kan imidlertid ikke fastsettes en revisjonsterskel etter ordlyden. Termen gir uttrykk for at rimelighet er en situasjonsbetinget målestokk. Samtidig trekker ordlyden i retning av at trivielle eller bagatellmessige endringer ikke er tilstrekkelig for lemping.

Dette kan understøttes av forarbeidsuttalelsen om at forholdet må være «positivt urimelig», og at det ikke er tilstrekkelig «at det kan tenkes rimeligere løsninger».³⁵ Terskelen for hva som kan anses urimelig, vil dessuten kunne endre seg i løpet av avtaleforholdet. I forarbeidene blir det fremhevet at til tross for at «lovens urimelighetskriterium er det samme hvor det gjelder urimelighet som eksisterer allerede på avtaletiden [...] [må det] gjennomgående mer til for å anse et vilkår som urimelig pga senere inntrådte forhold».³⁶ Hensynet til forutberegnelighet tilsier at avtalepartenes forventninger til at avtalen holdes, forsterkes jo lenger avtalen løper. I forarbeidene omtales dette som at utviklingen må være «vesentlig annerledes enn antatt ved avtalens inngåelse».³⁷ Dette kan også begrunnes i hensynet til etablerte posisjoner.

Oppsummert legges terskelen for lemping av kommersielle kontrakter høyt. Enda snevrere er revisjonsadgangen dersom avtalen var balansert ved inngåelsen.³⁸ Likevel kan endringsadgangen være nødvendig, eksempelvis av hensyn til den underlegne part.³⁹ Rimelighetsvilkåret gir imidlertid ikke klare føringer på hvordan ulike forhold ved avtaleforholdet skal vurderes eller hensyntas i revisjonsvurderingen. Man må derfor se hen til vurderingsmomentene i bestemmelsens annet ledd.

³⁴ Ot.prp. nr. 5 side 33.

³⁵ Ot.prp. nr. 5 side 30.

³⁶ Ot.prp. nr. 5 side 35.

³⁷ NOU 1979:32 side 53.

³⁸ Ot.prp. nr. 5 side 35.

³⁹ NOU 1979:32 side 7.

3.2.2 Kontraktspartene

Tolkning og problemstilling

I kommersielle avtaleforhold kan en nyansering av variablene innenfor momentet «partenes stilling» påvirke lempningsadgangen. Ordlyden «partenes stilling» peker i retning av de konkrete avtalepartenes posisjoner. Ingen avtaleforhold er like. Dermed bør rimelighetsvurderingen avspeile partenes faktiske stilling. Videre kan ordlyden «stilling» henviser til en parts rolle og ressurser. Momentet kan underbygge at partenes profesjonalitet kan tillegges betydning i revisjonsspørsmålet.

Ordlyden åpner dessuten for å vurdere om den ene parten er underlegen den andre. Dette blir i forarbeidene fremhevet som en sentral del av vurderingen.⁴⁰ Videre blir ikke rollen som den underlegne kontraktspart avgrenset til forbrukere.⁴¹ Ulikheter i ressursstyrke kan også finnes blant profesjonelle.⁴² Det presiseres imidlertid i forarbeidene at underlegenhet ikke er «noe vilkår for lempning», og at i prinsippet «er det fullt ut mulig å påberope seg generalklausulen også for den av avtalepartene som presumtivt har vært den sterkeste.»⁴³ Ressursstyrken behøver dermed ikke å være avgjørende.

I forarbeidene fremheves det at i avtaleforhold mellom næringsdrivende, vil hensynet til forutberegnelighet og risikobetraktninger «ofte måtte tillegges en helt annen vekt enn i forhold overfor forbrukere.»⁴⁴ Dette kan igjen anses som et uttrykk for prinsippet om at profesjonelle parter langt på vei forventes å kunne ivareta sine egne interesser ved endrede omstendigheter. Begrunnelsen kan være at profesjonelle parters omfattende erfaring, kompetanse og økonomiske ressurser gjør dem mer rustet til å foreta gjennomtenkte beslutninger i kontraktsforhold.⁴⁵ Disse faktorene kan støtte under å legge en høy lempings terskel til grunn mellom profesjonelle parter. Faktorene kan også bidra til å nyansere både avtalepartenes ressursstyrke og profesjonalitet.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 5 side 33.

⁴¹ Se bl.a. NOU 1979:32 side 47-48.

⁴² NOU 1979:32 side 48.

⁴³ NOU 1979:32 side 59.

⁴⁴ NOU 1979:32 side 48.

⁴⁵ I NOU 1979:32 side 61 nevnes det at «alder, innsikt, erfaring og andre subjektive forhold» faller innunder momentet om partenes stilling. En ytterligere forklaring på hvilken betydning disse momentene har i lempingsspørsmålet, blir imidlertid ikke gitt.

Vurderingen av hvordan variablene i partenes stilling kan nyanseres, vil ta utgangspunkt i partenes erfaring, kompetanse og økonomi. I denne vurderingen skal to forhold ved partenes stilling undersøkes. For det første må det foretas en vurdering av hvordan variablene i partenes ressursstyrke og profesjonalitet kan nyanseres, og dermed påvirke lempingsterskelen. For det andre må det vurderes hvordan disse nyanseringene har kommet til uttrykk i Høyesteretts avgjørelser.

Ujevn ressursstyrke

Den ene partens fravær av ressurser kan utløse et lempningsbehov dersom motparten stiller sterkt både økonomisk, kompetanse- og erfaringsmessig. I forarbeidene vises det til at beskyttelsesbehovet for en næringsdrivende part kan være sterkt dersom parten «med hensyn til forhandlingsstyrke og innsikt i vedkommende kontraktsområde, [står] i tilsvarende stilling som en forbruker». ⁴⁶ Uttalelsen viser et ytterpunkt i næringsdrivendes evne og mulighet til å forutse avtalens risikofaktorer, og dermed ivareta egne interesser.

Høyesterett har ikke stilt spørsmålet om en profesjonell parts ressursstyrke kan ligge på forbrukernivå. Derimot har spørsmålet blitt vurdert både i Danmark og Sverige. ⁴⁷ I begge disse sakene ble forbrukerrollen sett i lys av partenes økonomiske ressurser. Den svenske dommen, NJA 1984 s. 229, kan illustrere hvordan en slik vurdering kan foretas.

Spørsmålet gjaldt ikke senere inntrådte forhold, men dette hadde ikke betydning for vurderingen av ressursstyrke. ⁴⁸ Saken gjaldt en eier av en mindre forretning, som krevde utbetalt forsikring etter en brann i forretningslokalene. Tvisten knyttet seg til en voldgiftsklausul i forsikringsavtalen. Högsta Domstolen vektla at forsikringstakeren ikke hadde drevet med næringsvirksomhet tidligere, og hadde hatt dårlig økonomi i flere år. Sammenlagt pekte domstolen på at omfanget av virksomheten var så beskjedent at forretningsdriverens «ställning från ekonomisk synpunkt inte i mera avsevärd grad skiljer sig från en konsument». ⁴⁹

⁴⁶ NOU 1976:61 Standardkontrakter side 7.

⁴⁷ NJA 1984 s. 229 og U.1982.176.

⁴⁸ NJA 1984 s. 229.

⁴⁹ NJA 1984 s. 229.

Nyanseringen tydeliggjør at rollen som næringsdrivende ikke automatisk tilsier at parten har god økonomisk ressursevne. Saken illustrerer spekteret av næringsdrivendes ressurser. Spørsmålet om å gi et næringsdrivende et vern tilsvarende en forbruker kan dermed aktualiseres der forholdene skulle tilsi at det er nødvendig.

Retten konkluderte imidlertid med at voldgiftsklausulen ikke skulle lempes. Klausulens anvendelsesområde var avgrenset til tvist om verdien på skadet eiendom. Dessuten ville tvistesummen ved en offentlig domstolsbehandling ligge nært opp til den i voldgiftsdomstolen. Dommen illustrerer dermed også at skjevheter i ressursforholdet ikke behøver å være avgjørende dersom avtalevilkåret i realiteten ikke vil få spesielt tyngende konsekvenser for den underlegne part.

Motsatt illustrerer Rt-1999-922 (Salhus flytebro) at forutberegnelighetshensynet kan veie tungt der den ressurssterke parten påberoper lemping på grunn av endrede omstendigheter. Begrunnelsen er at denne parten *burde* ha forutsett risikoen i avtalen. Dissensen gjaldt valg av rettsgrunnlag, hvor mindretallet vurderte saken etter avtaleloven § 36.

Spørsmålet i saken var om entreprenøren kunne kreve tilleggsvederlag som følge av komplikasjoner ved den valgte sveisemetoden i et broprosjekt. Annenvoterende understreket at det på avtaletidspunktet forelå «kunnskap som burde ha gitt entreprenøren god grunn til å foreta nærmere undersøkelser av hvilken sveisemetode som ville kunne benyttes».⁵⁰ Byggherren manglet denne kunnskapen. Med entreprenørens kompetanse og erfaring, var selskapet nærmere til å bære risikoen av valget av sveisemetode. Hensynet til risikobetraktninger veide dermed tungt mot å lempe avtalen.

Slik Høyesterett formulerte uttalelsene om kunnskap i Salhus flytebro-dommen, kunne de ha vært knyttet til entreprenørens erfaringer. Dette aktualiserer spørsmålet om hvorvidt kunnskap og erfaring i mange situasjoner er så nært tilknyttet at nyanseringen av én av dem, i prinsippet er en nyansering av begge.

Uttalelser i Rt. 2000 s. 806 (Konsesjonskraft) kan støtte under et slikt synspunkt. Saken gjaldt en kraftprodusent som krevde forhøyet pris for konsesjonskraft til Hol kommune, etter innføringen av en produksjonsavgift. Høyesterett fremhevet at kraftprodusenten «var en ytterst

⁵⁰ Rt. 1999 s. 922 side 944.

profesjonell part med innsikt i området».⁵¹ Hvorvidt innsikten kunne knytte seg til erfaring eller kompetanse ble ikke klargjort. Begge forhold kan uansett falle innenfor kategorien «innsikt». Uklarheten kan være uttrykk for at variablene er nært knyttet sammen. Dermed tyder både Salhus flytebro- og Konesjonskraft-dommene på at nyansering av erfaring og kompetanse i flere tilfeller kan gjennomføres i samme åndedrag. En vurdering av én av disse, kan dermed tidvis anses som en nyansering av begge forhold.

Videre kan nyanseringen av partenes økonomiske ressursforhold foretas ved å sammenligne hvor hardt de enkelte partene rammes av avtalens endrede omstendigheter. Flexibilitetshensynet kan veie tyngre der en part rammes betydelig hardere enn motparten. Her kan tapet vurderes isolert, eller i lys av partenes økonomiske stilling. Den svenske avgjørelsen NJA 1979 s. 666 kan være illustrerende, til tross for at den ikke gjaldt endrede omstendigheter.

Saken gjaldt gyldigheten av en voldgiftsklausul i en tilvirkningsavtale. Domstolen foretok en vurdering av de økonomiske konsekvensene av en voldgiftsprosess, under forutsetningen om at partene ikke var jevnbyrdige. Retten uttalte at klausulen kunne anses urimelig dersom avtalen ga den sterkeste parten ensidig adgang til å velge voldgiftsbehandling. Domstolen uttalte at dette kunne «på grund av de särskilda kostnaderna» for en voldgiftsbehandling, medføre at den økonomisk svakere parten mistet adgangen til å få saken sin prøvd. Dermed ble også rettssikkerhetshensyn vektlagt. Nyanseringen av partenes økonomiske stilling i lys av konsekvensen av å ikke lempet avtaleklausulen, kan avdekke om den underlegne parten kan bli enda dårligere stilt ved gjennomføring av avtalen. Dette kan tale sterkt mot å opprettholde kontraktsvilkåret.

Videre kan det at parten ikke har noe annet valg enn å inngå avtale med en bestemt motpart påvirke lempingsterskelen. Dette kan eksempelvis gjelde der en part er den eneste som tilbyr en vare eller tjeneste.⁵² Denne parten vil dermed stå i en maktposisjon. I slike tilfeller kan dennes motpart anses å være i en tvangsposisjon, uten adgang til å forhandle. Et eksempel kan være hvis et selskap er alene om å tilby munnbind ved utbruddet av en pandemi, og inngår en halvtårsavtale om levering av et gitt parti munnbind til et apotek. Prisen er høy. I løpet av de neste månedene begynner flere selskap å selge munnbind, slik at markedsprisen går betraktelig ned. I et slikt tilfelle kan det stilles spørsmål ved om den ene parten sto i en maktposisjon ved

⁵¹ Rt. 2000 s. 806 side 815

⁵² Woxholth (2014) skriver om dette på side 344, men i forbindelse med forbrukere.

avtaleinngåelsen, og om prisnedgangen kan ha ført til en urimelig skjevhet i avtaleforholdet. Dermed kan monopolsituasjoner skape et skjevt ressursforhold uten at det knyttes til økonomi, erfaring eller kompetanse.

Jevnbyrdig ressursstyrke

Som hovedregel vil jevnbyrdighet tale for at partene er like godt stilt til å ivareta sine egne interesser ved endrede omstendigheter. Dette kan begrunne en høy lempingsterskel. I slike tilfeller vil forutberegnelighetshensynet i utgangspunktet veie tyngre enn fleksibilitetsbehovet. Jevnbyrdighet kan ses på som en glideskala. Jo mer likestilte partene er ressursmessig, desto mer kan hensynet til forutberegnelighet tale mot lemping.

Rettspraksis viser at Høyesteretts uttalelser om ressursstyrke ofte er vage og begrensede.⁵³ Ofte blir ikke ressursforholdet vurdert i det hele tatt. Dette kan bety at Høyesterett har ansett partene for å være ressursmessig likestilte. Rt. 2010 s. 1345 (Oslo Vei) er illustrerende. Spørsmålet var om entreprenøren Oslo Vei AS kunne kreve tilleggsvederlag av Statens vegvesen, etter at saltforbruket for vinterdrift av veistrekninger ble større enn antatt. Deler av begrunnelsen for å ikke lempe avtalen var at det var «en kontrakt mellom profesjonelle avtaleparter».⁵⁴ Det ble ikke uttrykkelig vurdert hvorvidt noen av partene erfarings- eller kompetansmessig var bedre rustet til å vurdere de nødvendige saltmengdene. Oslo Vei hadde imidlertid gitt tilbud på bakgrunn av sin erfaring og kompetanse med vedlikehold av vei.

Det utelukkes ikke at Høyesterett av andre hensyn betraktet partene som jevnbyrdige, og derfor ikke anså det nødvendig å nevne ressursstyrken. Uansett kan den typen skjulte vurderinger være uheldig. For det første gir det ingen retningslinjer for kommende avgjørelser. For det andre kan kortfattetheten i vurderingene gi inntrykk av at domstolene verken anser det viktig eller nødvendig å analysere og eventuelt nyansere partenes ressursforhold. Ettersom Høyesterett er en prejudikatdomstol, kan dette påvirke underliggende domstoler. Dette kan motvirke muligheten Høyesterett har blitt tildelt av lovgiver, om å utvikle retningslinjer for rimelighetsvurderingen.⁵⁵

⁵³ Eksempelvis Rt. 1998 s. 1683 side 1697, Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 68 og Rt. 2013 s. 1316 avsnitt 48.

⁵⁴ Rt s. 2010 s. 1345 avsnitt 68.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 5 side 12.

Vektingen av forutberegnelighetshensynet der to jevnbyrdige parter er ressurssterke, behøver imidlertid ikke bli lik den mellom to likestilte ressursvake parter. Ressurssterke parter vil i større grad kunne sikre seg mot avtalens risikofaktorer. Høyesterett har ikke nyansert dette i særlig grad. Dette ble imidlertid tydeliggjort av voldgiftsretten i ND-2000-240 (Troll). Til tross for at voldgiftsavgjørelser ikke er prejudikater, belyser dommen mange relevante variabler i ressursstyrkevurderingen.⁵⁶ Uttalelsene er derfor illustrerende.

Saken gjaldt spørsmål om endring av veiefaktorer i forbindelse med oljeproduksjon i Trollfeltet. Etter avtaleinngåelsen viste det seg at det likevel var mulig med produksjon i et område rettighetshaverne hadde sett bort fra ved forhandlingene. Voldgiftsretten vektla at kontrakten var inngått «mellom store og ressurssterke foretagender som råder over ekspertise innenfor alle tekniske, kommersielle og juridiske fagområder».⁵⁷ Videre henviste dommerne til uttalelsen i den såkalte Mascot-saken, om at avtalepartene var «i faglig innsikt og erfaring jevnbyrdige næringsdrivende i en økonomisk uavhengig stilling».⁵⁸

Voldgiftsretten nyanserte både partenes erfaring, kompetanse og økonomi. Rettens avveining av partenes ressursforhold, og hver parts evne til å forutse avtalens risikofaktorer, understreket at partene var ressursmessig likestilte. Dermed måtte rimelighetsvurderingen bygge på at begge parter hadde gode forutsetninger for å ivareta egne interesser. Avtalen ble ikke revidert. Konklusjonen kan bli det motsatte dersom ingen av partene er spesielt egnet til å forutse avtalens risikofaktorer.

Grad av profesjonalitet

Partenes kommersialitet kan påvirke lempingsspørsmålet. Kommersielle eller profesjonelle virksomheter har som hovedregel et vinningsformål.⁵⁹ Profesjonalitet blir i forarbeidene ansett å påvirke evnen til å foreta risikobetraktninger og ivareta egne interesser for å oppnå dette formålet.⁶⁰ Dette er hensyn som underbygger forutberegneligheten i avtalen, og kan forklare

⁵⁶ For dommens rettskildemessige vekt, se litteraturlisten om voldgiftsrettens sammensetning.

⁵⁷ ND-2000-240 punkt 1.

⁵⁸ ND-1985-234.

⁵⁹ Termene vil brukes synonymt i oppgaven.

⁶⁰ NOU 1979:32 side 48.

hvorfor lempingsterskelen legges høyt i avtaleforhold mellom kommersielle parter.⁶¹ Kommersialitet behøver imidlertid ikke å være en fast karakteristikk.⁶² Kommersielle kontrakter kan inngås av parter som ikke er utpreget profesjonelle. Jo mer profesjonelle partene er, desto mer vil hensynene til risikobetraktninger og forutberegnelighet tale mot lemping.

Variablene om kompetanse, erfaring og økonomi kan vise seg i hvor omfattende den kommersielle driften er, virksomhetens størrelse, formål og inntekt. For å nyansere partenes profesjonalitet, kan vurderingen deles i to. For det første må det vurderes i hvor stor grad partene er profesjonelle. For det andre må man se partenes profesjonalitet i lys av hverandre, og vurdere om den kommersielle karakteren er like fremtredende hos begge parter. I forlengelsen av dette blir spørsmålet om, og i så fall på hvilken måte, Høyesterett har foretatt disse vurderingene.

I vurderingene kan virksomhetens formål nyanseres. I forarbeidene fremgår det at i forretningsmessige forhold «vil det måtte tas i betraktning at den ene part [...] ofte bevisst påtar seg en betydelig risiko, men mot vederlag.»⁶³ Å ta en bevisst risiko for å oppnå profitt, vil av forutberegnelighetshensyn kunne heve lempingsterskelen. Samtidig kan aktører med ideelle formål også inngå kommersielle kontrakter, uten ønske om profitt. Eksempelvis kan Den Norske Turistforening inngå en kjøpsavtale med en kanoforhandler, for videreutleie til DNT-medlemmer. Foreningens formål, og incentiv til å inngå kontrakten, er å sikre allmennhetens tilgang til naturen. Det manglende forretningsmessige aspektet står i kontrast til utpregede kommersielle aktører. Det er derfor viktig å se nærmere på hvordan virksomhetens formål kan nyansere hvorvidt de forretningsmessige hensyn gjør seg gjeldende.

Det finnes avgjørelser hvor Høyesterett delvis har foretatt vurderinger for å nyansere partenes profesjonalitet. Rt. 2003 s. 1132 (Norrønafly) er illustrerende. AS Norrønafly krevde forlengelse av en festekontrakt på Fornebu flyplass, inngått før flyplassen ble nedlagt. Festekontrakten inneholdt en klausul om at avtalen ikke kunne forlenges dersom sivile luftfartsmål var til hinder. Norrønafly hevdet at nedleggelsen gjorde det urimelig å gjøre klausulen gjeldende. Norrønafly anførte at selskapet «ikke kan anses som en profesjonell part i forhold til staten», som tidligere eide grunnen. Førstvoterende var uenig, og pekte på at Norrønafly i lang tid «hadde leiet grunn, ervervet hangar og andre bygninger, kjøpt og solgt

⁶¹ Se blant annet Rt. 1999 s. 922 på side 933 og HR-2022-1120-A avsnitt 70 om risiko mellom profesjonelle parter.

⁶² Som vist gjennom Høyesteretts uttalelser i Rt. 2000 s. 806 side 815 og Rt. 2013 s. 1316 avsnitt 48.

⁶³ NOU 1979:32 s. 48.

fly og drevet med annen næringsvirksomhet».⁶⁴ Store deler av virksomheten var drevet med formål om profitt. Virksomhetens omfang ga ikke inntrykk av privat bruk. Utøvelsen bar dessuten klare karakteristikk av næringsvirksomhet. Dette underbygget Norrønaflys kommersielle karakter. Det var lite som talte i motsatt retning. Begge avtalepartene ble dermed ansett profesjonelle.

Retten foretok ikke noen uttrykkelig vurdering av i hvor stor grad Norrønafly måtte anses som profesjonell. Retten stilte heller ikke spørsmålet ved om staten var mer profesjonell enn Norrønafly. Dommen føyer seg inn i rekken av avgjørelser der Høyesterett fastslår at begge parter er kommersielle, uten en ytterligere vurdering av om de faktisk er likestilte. Dermed blir ikke revisjonsterskelen nyansert i lys av partsforholdet.

Videre har Høyesterett tidvis kun foretatt vurderingen om hvorvidt partene kan anses profesjonelt likestilte. Dette var tilfellet i Rt. 2013 s. 1316 (Ungbo), som sto mellom Bodø kommune og Ungbo Borettslag, representert av Bodø Boligbyggelag. Tvisten omhandlet en vedtektsfestet avtale om prisregulering ved salg av andelsleilighet, for å gjøre det lettere for unge å komme inn på boligmarkedet. Spørsmålet var om den etterfølgende prisveksten kunne medføre at avtalen var blitt urimelig. Førstvoterende uttalte at han ikke kunne se at «kommunen i denne sammenhengen var mer profesjonell enn boligbyggelaget».⁶⁵ Hvor profesjonelle partene var, ble imidlertid ikke nyansert.

Domstolens uttalelse minner om et standpunkt i Konesjonskraft-dommen. Her tydeliggjorde førstvoterende at kraftprodusenten var «en ytterst profesjonell part», og karakteristikken gjaldt «i hvert fall ikke i mindre grad for [kraftprodusenten] Oslo Lysverker enn for kommunen.».⁶⁶ Her kunne lysverkets kompetanse i kraftbransjen blitt fremhevet. Etter en helhetsvurdering ble begge avtalene ansett rimelige, og ble dermed ikke lempet. Begge uttalelsene gir inntrykk av at kommunens profesjonalitet kunne vært mer eller mindre fremtredende. Høyesterett begrunnet imidlertid ikke hvorfor partene var profesjonelle. Det er dermed ikke klart i hvor stor grad hensynet til forutberegnelighet og rimelighetsbetraktninger gjorde seg gjeldende.

Det kan stilles spørsmål ved hvorfor Høyesterett i alle disse tre avgjørelsene kun foretar én vurdering som kan bidra til å tegne et helhetlig bilde av partenes profesjonalitet. En forskjell

⁶⁴ Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 36.

⁶⁵ Rt. 2013 s. 1316 avsnitt 48.

⁶⁶ Rt. 2000 s. 806 side 815.

kan ligge i formuleringen av partenes anførsler. I Norrønafly anførte parten at «selskapet ikke kan anses som en profesjonell part i forhold til staten».⁶⁷ Spørsmålet åpnet i prinsippet for en sammenligning av partenes profesjonalitet. Motsatt ble det i Ungbo-dommen vist til borettslagets anførsel om at «kommunen var den profesjonelle part i forhandlingene.»⁶⁸ Denne formuleringen kan peke mot en nyansering av hvorvidt borettslaget kunne anses som en profesjonell part. I begge sakene foretok imidlertid Høyesterett en annen vurdering av partenes profesjonalitet enn anførselene pekte mot.

En annen årsak til den mer begrensede profesjonalitetsvurderingen, kan være at andre forhold veide tyngre i revisjonsspørsmålet. I mange profesjonelle kontraktsforhold begrunnes den høye lempingsterskelen i risikobetraktninger.⁶⁹ Dermed kan fraværet av profesjonalitetsvurderinger være et uttrykk for at en slik nyansering ikke er nødvendig, der risikofordeling i utgangspunktet vil være avgjørende for lempingsspørsmålet. Fraværet av en eksplisitt profesjonalitetsvurdering, behøver dermed ikke nødvendigvis å bety at dommerne ikke har vurdert partenes profesjonalitet. Retningslinjene for en slik vurdering blir imidlertid ikke trukket opp i slike tilfeller.

Oppsummering

Gjennomgangen viser at revisjonsadgangen kan påvirkes av mange ulike typetilfeller og variabler i tilknytning til avtalepartenes ressurser og profesjonalitet. Oppsummert har Høyesteretts tidvise nyansering av de ulike variablene ikke nødvendigvis gitt så klare retningslinjer som lovgiver hadde forutsatt.⁷⁰

For det første hører det til sjeldenhetene at Høyesterett nyanserer partenes ressursstyrke. Gjennomgangen viser at variablene kan påvirke lempingsvurderingen på flere måter. Det bør derfor foretas en konkret vurdering av avtaleforholdet for å tilpasse terskelen etter avtalepartenes faktiske ressurser. Her kan svensk og dansk høyesterettspraksis være retningsgivende.

⁶⁷ Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 36.

⁶⁸ Rt. 2013 s. 1316 avsnitt 48.

⁶⁹ Se eksempelvis HR-2022-1120-A avsnitt 69-70.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 5 side 12.

Å legge til grunn at alle profesjonelle parter har betydelig med ressurser vil være lite nyansert. En retningslinje fra høyesterettspraksis kan likevel være at partene kan anses likestilte dersom Høyesterett ikke foretar en konkret vurdering av ressursforholdet. Dette kan imidlertid ikke legges ukritisk til grunn. Høyesteretts taushet kan også tolkes som at de ikke anså ressursforholdet som avgjørende for domsresultatet.

For det andre foretar Høyesterett sjelden både en vurdering av om partene kan anses profesjonelle, og i hvor stor grad denne profesjonaliteten gjør seg gjeldende. Heller ikke dette gir klare retningslinjer for hvordan profesjonalitet kan påvirke lempingsterskelen. Vurderingene er ofte korte, og ikke alltid begrunnet. Signaleffekten kan bli at det ikke er viktig å nyansere partenes profesjonalitet. Dette strider imidlertid mot at profesjonaliteten påvirker hvor mye vekt hensynet til forutberegnelighet og risikobetraktninger kan få i lempingsspørsmålet.

3.2.3 Avtalen som utgangspunkt

Tolkning og problemstilling

Ved vurderingen av hvilke forhold som kan påvirke lempningsadgangen står selve avtalen sentralt. Den neste vurderingen blir dermed hvordan variabler innenfor momentet «avtalens innhold» kan nyanseres i lempingsspørsmålet. Etter ordlyden knytter «avtalens innhold» seg til resultatet av forhandlingene. Dermed ser momentet ut til å rette seg mot tidligere ledd i avtalens løp, heller enn oppfyllesestidspunktet. Avtalens innhold vil imidlertid kunne forandre seg mens avtaleforholdet løper. Av hensyn til risikobetraktninger, må avtalens innhold vurderes både opp mot situasjonen på avtaletidspunktet, og ved endrede omstendigheter på oppfyllesestidspunktet.⁷¹ Dette understrekes også i forarbeidene, ved at momentet kan knyttes til «betydningen av endrete forhold».⁷²

Ordlyden «avtalens innhold» er vid, og rommer flere ulike forhold ved den konkrete avtalen. I forarbeidene fremheves det også at avtalens innhold vil være «[u]tgangspunktet ved

⁷¹ Giertsen (2021) side 262.

⁷² Ot.prp. nr. 5 side 31.

rimelighetsvurderingen».⁷³ For å nansere de ulike variablene i avtaletypen, må vurderingen avgrenses til noen utvalgte vurderingsmomenter.

Momentet åpner for å vektlegge avtaletypen, avtalens varighet og grad av kommersialitet for å vurdere rimeligheten av avtalens innhold ved senere inntrådte forhold. Hvorvidt partene har valgt løsninger som avviker fra bakgrunnsretten eller bransjepraksis, kan også trekkes ut av momentet.⁷⁴ I forarbeidene fremheves det dessuten at risikoen tilknyttet avtalen kan være et moment som taler mot lemping.⁷⁵

Standardisert eller egendefinert avtale?

Som tidligere nevnt fremheves det i forarbeidene at særlig forutberegnelighetshensynet og risikobetraktninger kan veie tungt i forretningsmessige forhold.⁷⁶ Hensynene kan vektes på ulike måter i ut ifra den konkrete avtalen. I den forbindelse kan det skilles mellom standardkontrakter, ensidig utarbeidede kontrakter og individuelt fremforhandlede kontrakter.

I forarbeidene understrekes det at man må «se hen til hvem som har utarbeidet kontrakten.»⁷⁷ Denne parten kan ha «styrket [sin] stilling» ved å sikre sine interesser. Tydeligst blir dette i *ensidig* utarbeidede kontrakter. Dette gir den ene parten adgang til å regulere avtalen til sin fordel uten at motparten kan komme med innsigelser, eksempelvis hvis parten har «benyttet sin standardkontrakt».⁷⁸ Samtidig tilsier risikobetraktninger at parten i så fall i større grad må bære risikoen for en irregulær utvikling av avtaleforholdet. Forutberegnelighetshensynet taler derfor sterkt for å la avtalen stå dersom denne parten påberoper lemping.

Motsatt vil kontraktsmotparten, som ikke har regulert avtalens innhold, kunne få et tilpasningsbehov ved endrede forhold. Dersom denne parten påberoper lemping, kan dermed fleksibilitetshensynet veie tyngre. Å inngå kontrakter man ikke har utformet selv, medfører imidlertid en risiko. Tilpasningsbehovet må derfor avveies. Tilsvarende hensyn kan gjøre seg gjeldende der avtalepartene sammen har bestemt avtaleinnholdet. I slike individuelt

⁷³ NOU 1979:32 side 61.

⁷⁴ NOU 1979:32 side 50.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 5 side 36.

⁷⁶ NOU 1979:32 side 48.

⁷⁷ NOU 1979:32 side 61.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 5 side 33.

fremforhandlede kontrakter står ofte en avtalt eller underforstått risikofordeling sentralt. Dermed kan kontraktsfrihetens prinsipp tale for at avtalepartene sammen må bære risikoen for avtalens utforming.

På motsatt side står standardkontraktene, som ofte er utarbeidet av representanter for begge partsinteresser.⁷⁹ De regulerer som hovedregel de viktigste sidene av kontraktsforholdet, og sikrer forutsigbare løsninger. Kontraktene bygger gjerne på en etablert bransjepraksis. Dette kan tilsi at løsningene er de mest hensiktsmessige på det aktuelle rettsområdet.⁸⁰ I forarbeidene blir ikke standardkontrakters betydning for rimelighetsspørsmålet drøftet.

Praksis viser at Høyesterett har hensyntatt hvem som har utformet kontrakten både ved ensidig utformede og individuelt fremforhandlede avtalers rimelighet.⁸¹ Hvordan hensynene bak kontraktstypen påvirker lempingsterskelen, ligger imidlertid ofte implisitt i domstolens uttalelser. Hensynenes vekt blir dermed ikke tydeliggjort. Konesjonskraft-dommen er illustrerende. Høyesterett vektla at den ene parten «formulerte utkast til avtalen på grunnlag av partenes forhandlinger», og at det dermed ville vært «enkelt å formulere et utkast som uttrykte [selskapets ønsker]». ⁸² Uten at det ble poengtert, talte dette for at selskapet burde bære risikoen for ikke å ha regulert avtalen annerledes.

Derimot har Høyesterett tydeliggjort hvordan hensynene bak standardkontrakter kan nyansere avtaleforholdet. Dette ble fremhevet i Rt. 1994 s. 626 (Wasa) og Rt. 2004 s. 1545 (Vesta). Sakene gjaldt ikke senere inntrådte forhold, men fremhever likevel flere sentrale poeng når det gjelder standardkontrakter. I Wasa-dommen var spørsmålet om en ansvarsbegrensning i en spedisjonskontrakt kunne lempes, etter at det oppsto skade på last under transport. For det første understreket Høyesterett at «hensynet til forutberegnelighet og klare og enkle løsninger [gjorde] seg gjeldende med styrke», og det ville være «uheldig å forrykke den ansvarsfordeling som [...] følger av kontrakten.» ⁸³ Risiko- og ansvarsfordelingen i standardkontrakter er ofte allment akseptert. De kan dermed sikre den mest forutberegnelige løsningen.

For det andre vektla Høyesterett at kontrakten var fremforhandlet av ulike organisasjoner som skulle ivareta begge parters interesser. Dermed måtte kontraktens løsning tillegges avgjørende

⁷⁹ Se eksempelvis Hagstrøm m.fl. (2021) side 50 fotnote 23 om NS 8405.

⁸⁰ Hagstrøm m.fl. (2021) side 50.

⁸¹ Eksempelvis Rt. 2000 s. 806 side 815.

⁸² Rt. 2000 s. 806 side 815.

⁸³ Rt. 1994 s. 626 side 632. Uttalelsen gir uttrykk for samme prinsipp om avtalt risikofordeling som i Oslo Veidommen avsnitt 65.

vekt. Tilsvarende moment ble fremhevet i Vesta-dommen. Saken gjaldt et forsikrings spørsmål etter at en pengetransportbil ble ranet. Førstvoterende la «særlig vekt på at standardvilkårene er utarbeidet av et utvalg i nært samarbeid med representanter for de berørte parter i bransjen».⁸⁴ Hensynene til begge parter ble ivaretatt gjennom standardvilkårene. Konklusjonen ble at ingen av avtalene kunne lempes.

Dommene viser at standardkontraktenes balanserte og forutberegnelige utforming for å ivareta begge parters interesser, gjør at Høyesterett blir mer tilbakeholden i spørsmålet om avtalerevisjon. For at endrede omstendigheter skal føre til lemping av en standardkontrakt, må det ha skjedd en klar forrykning i dette balanseforholdet. Den betryggende tilblivelsen og forutsigbarheten vil ofte kunne tale sterkt mot lemping.

Avtalens varighet og oppsigelsesadgang

Ordlyden i avtaleloven § 36 stiller ingen klare krav til avtalens varighet. Hensynet til avtalens risiko kan imidlertid begrunne at avtalens varighet kan påvirke lempningsbehovet. I denne vurderingen kan også avtalepartenes oppsigelsesadgang tillegges vekt, idet den kan påvirke varigheten.

Dersom kun én part har oppsigelsesadgang, kan det skape en skjevhet i partenes forpliktelser.⁸⁵ Dermed kan motparten ha et større behov for fleksibilitet. Dette kan imidlertid stille seg ulikt basert på avtalens varighet. Jo lengre avtalen løper, desto mer sårbar vil avtalen bli for endrede omstendigheter. Muligheten til å overskue risikoen ved avtalen vil minke med tiden. Dette var tilfellet i Røstad-dommen.

Saken gjaldt en bortfestekontrakt mellom Forsvaret og en bonde, som var grunneier. Kontrakten var kun oppsigelig fra Forsvarets side. Festeavgiften var satt til kr 200 per år, uten adgang for prisregulering. Etter nærmere 100 år fremsatte grunneier krav om økning i festeavgiften. Høyesterett vektla at «partene ikke hadde grunnlag for å forutse den utvikling som har funnet sted, og som har ført til denne ubalanse».⁸⁶ Dessuten fremhevet Høyesterett at grunneieren ikke

⁸⁴ Rt. 2004 s. 1545 avsnitt 52.

⁸⁵ Se eksempelvis Rt. 1995 s. 1333, hvor Oslo kommune hadde inngått en uoppsigelig leieavtale, og utleieren kunne si opp avtalen etter 40 år.

⁸⁶ Rt. 1988 s. 276 side 285.

hadde oppsigelsesadgang, og det ikke så ut til at han «vil få arealet tilbake, eller at det kan skje noe som vil gi ham en forhandlingsposisjon med hensyn til leiens størrelse.».⁸⁷ Dermed måtte både avtalens varighet og manglende oppsigelsesadgang tilsi at prisen måtte lempes.

Dommen er spesiell ettersom alminnelig prisøkning i de fleste tilfeller vil være en risiko partene må tåle.⁸⁸ I Røstad-dommen kan uoppsigeligheten ha vært et tungtveiende argument for lemping. Det kan imidlertid argumenteres for at en slik ubalanse i avtalen kan godtas dersom den er godt begrunnet. Uoppsigeligheten kan rettferdiggjøres dersom avtalen av konkurransemessige eller økonomiske hensyn må sikre et langvarig avtaleforhold.⁸⁹ Dessuten har Høyesterett poengtert at lemping kan være utelukket i langvarige og uoppsigelige avtaler, fordi «begge parter har ansett seg bundet av og innrettet seg etter kontrakten i meget lang tid».⁹⁰ Dermed kan hensynet til partenes innrettelse tale mot å rive opp i et etablert avtaleforhold.

Videre kan hensynet til forutberegnelighet tale for at det vil virke unødvendig å revidere et kortvarig avtaleforhold. Dette gjelder til tross for at en part mangler oppsigelsesadgang. Konsejonskraft-dommen er illustrerende.⁹¹ Førstvoterende uttalte at «det ikke gjelder en evigvarende eller spesielt langvarig avtale», og at den bare løp i 3-4 år til.⁹² Forutberegnelighetshensyn tilsa dermed at det ikke var nødvendig å bryte opp i det kortvarige avtaleforholdet. Høyesterett vektla at det er naturlig å se lempningsbestemmelsen som «en totalbedømmelse av den fordelingen av ulemper og fordeler» som kraftutbyggingen hadde ført til. Dette understreker den konkrete vurderingen som skal foretas, og dermed at tidsaspektet ikke alene er avgjørende for hvorvidt avtalen skal lempes eller ikke. Tidsperspektivet vil dermed kunne påvirke rimelighetsvurderingen på flere måter.

Grad av kommersialitet

Skillet mellom de ulike kommersielle avtalene er ikke nødvendigvis alltid like klart. En avtale om oljeproduksjon mellom to veletablerte oljeselskaper vil være langt mer kommersiell, enn en

⁸⁷ Rt. 1988 s. 276 side 286.

⁸⁸ Se også Rt. 1988 s. 295 hvor Høyesterett oppregulerte festeavgiften i en nesten helt lik sak.

⁸⁹ Et slikt poeng ble presentert av Danmarks Højesteret i U.1988.1036 og U.1988.1042.

⁹⁰ Rt. 1995 s. 1333 side 1340. Saken gjaldt ikke senere inntrådte forhold.

⁹¹ Rt. 2000 s. 806.

⁹² Rt. 2000 s. 806 side 816.

avtale mellom to butikker om midlertidig leie av et lagerrom. Avtalenes faktiske kommersialitet må nyanseres.

I forarbeidene fremgår det at i forretningsmessige avtaler, «ligger ofte overveielser basert på kalkyler og risikobedømmelser».⁹³ Vurderingen kan dermed ses som en kommersialitetsskala, hvor hensynene til forutberegnelighet og risikobetraktninger vil veie tyngre jo flere kommersielle karakteristikk avtalen har. Utpregede kommersielle kontrakter står i én ende, og ikke-kommersielle i den andre. For avtaler som befinner seg mellom skalaens ytterpunkter, vil hensynsvektningen variere. Balansen mellom fleksibilitetshensynet og forutberegnelighet vil særlig knytte seg til rettsområde, avtalepartene, kontraktens størrelse og formål.

I den ovennevnte avtalen om oljeproduksjon, er avtalen næringslivs- og profitorientert. Den tenderer mot det kommersielle ytterpunktet. Dette kan tale for at forutberegnelighetshensynet veier tungt. Leieavtalen er av langt mindre kommersiell karakter, og langt mindre risikabel. På grunn av et større fravær av hensynene som gjør seg gjeldende for næringskontrakter, kan det være større grunn til å vektlegge hensynet til fleksibilitet. Det samme gjelder for kontrakter av mer ideell karakter, men som likevel har kommersielle elementer. Dette utelukker imidlertid ikke en avtalt eller underforstått risikofordeling i avtalene.

Avtalt eller underforstått risikofordeling kan bygge opp om at hensynet til forutberegnelighetshensynet står svært sterkt i utpregede kommersielle avtaleforhold.⁹⁴ Høyesterett synes ikke å ha vektlagt at hensynene som gjør seg gjeldende for kommersielle avtaler, styrkes i takt med avtalens grad av forretningsmessig karakter.⁹⁵ Derimot tok voldgiftsretten i ND-1990-204 (Ula) en grundig gjennomgang av hvordan avtalens kommersialitet påvirker revisjonsadgangen. Til tross for at dommen ikke er et prejudikat, kan uttalelsene fremheve hvordan en nyansering kan gjennomføres i praksis.

Saken gjaldt pris for transport av råolje fra et oljefelt til et annet. Prisreguleringen var satt. Oljeselskapene som betalte for transporten, krevde reduksjon i vederlaget da det viste seg at feltet produserte mer olje enn antatt. Dommeren vektla at sensurbehovet er større i forbrukerforhold enn i kommersielle avtaleforhold, men høyest når det gjaldt «big business».⁹⁶ Dommeren forklarte dette som kontrakter om «tildels meget store verdier, inngått mellom store

⁹³ NOU 1979:32 side 48.

⁹⁴ Woxholth (2014) side 344.

⁹⁵ Se Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46 med henvisninger til rettspraksis.

⁹⁶ ND-1990-204 punkt 5.2.

bedrifter som rår over toppkspertise vedrørende såvel den kommersielle som den juridiske side av kontraktsslutningene.».⁹⁷ Uttalelsen fremhever at kommersialiteten særlig viser seg i langsiktige prosjekter, gjennom kontraktens størrelse, avtalens verdier og planleggingsfasen. Fokuset på fortjeneste kan også øke avtalens kommersialitet.

Videre vektla voldgiftsretten at kommersielle avtaler i større grad kan inneholde en klar risikofordeling, slik at «feilsteg og uheldige vurderinger; [...] [og] en tilsvarende premiering av forretningsdyktighet og fremsynthet» vil være hensyntatt før kontraktsslutningen.⁹⁸ I slike gjennomregulerte avtaler, med grundige risikoanalyser, kan forutberegnelighetshensynet tale sterkt mot revisjon ved irregulær utvikling. Disse avtalene er utpreget kommersielle. Konklusjonen ble at avtalen ikke kunne revideres, blant annet med vekt på «den store verdi kontraktssikkerheten har på et område dominert av langtidsplanlegging og meget store investeringer».⁹⁹

I kontrast til den klart kommersielle karakteristikken i Ula-saken, kan imidlertid den svenske dommen NJA 1992 s. 290 illustrere at en franchiseavtale også innehar det kommersielle aspektet. Högsta Domstolen uttalte at franchiseavtaler er av «utpräglat kommersiell natur», og at franchiseforhold som hovedregel ikke innebærer at franchisetakeren er satt i noen tvangsposisjon. Forretningshensyn styrer partenes handlemåte og avtalen er inngått på bakgrunn av et ønske om økonomisk gevinst. Til tross for at franchisetakeren ikke bar utpregede kommersielle trekk, gjorde avtalen det. Dette illustrerer at en avtale kan være kommersiell uavhengig av hvem avtalepartene er. I slike kommersielle avtaleforhold vil partene i større grad bære ansvar for egne valg. Dette var begge partene bevisste om ved avtaleinngåelsen. Avgjørelsen illustrerer flere faktorer som kan påvirke en avtales kommersialitet.

Grad av risiko

Etter forarbeidene vil det i avtaler mellom næringsdrivende være av betydning om det «ved avtalens inngåelse er meget usikkert om fremtiden».¹⁰⁰ Spekulasjon og kalkulert risiko vil av

⁹⁷ ND-1990-204 punkt 5.2.

⁹⁸ ND-1990-204 punkt 5.2.

⁹⁹ ND-1990-204 punkt 5.55.

¹⁰⁰ NOU 1979:32 side 53.

både forutberegnelighets- og risikohensyn tale mot lemping.¹⁰¹ Enda tydeligere er dette i kommersielle avtaleforhold hvor partene ofte tar en bevisst risiko.¹⁰² Dette samsvarer med at Høyesterett gjennomgående har lagt til grunn at risikobetraktninger er en sentral del av lempningsvurderingen.¹⁰³

Vurderingen av hvordan avtalens risiko kan påvirke lempningsterskelen kan deles i to. Først kan det foretas en konkret vurdering av hvor uventet forholdet som oppstod var. I forlengelsen av dette kan man vurdere om risikoen burde vært avtaleregulert. Risikohensynets påvirkning på lempningsterskelen kan imidlertid vinkles på flere måter ut ifra det konkrete avtaleforholdet. Flere av disse har blitt tydeliggjort i rettspraksis.

For det første kan avtalens regulerte risikofordeling nærmest utelukke avtalerevisjon ved endrede omstendigheter. Dommen inntatt i HR-2022-1120-A mellom entreprenøren Veidekke og byggherre Statens vegvesen er illustrerende. Veidekke hadde oversittet flere delfrister. Dette ga grunnlag for dagmulktbøter. Veidekke hevdet at det ikke var mulig å gjennomføre prosjektet innenfor fristen, og krevde fristene forlenget eller tilsidesatt. Flertallet la avgjørende vekt på at «kontrakten inneholdt ei omfattende og detaljert regulering av korleis hindringar for framdrifta skal handterast», og det var ikke plass for «etterfylgjande omfordeling av risiko og ansvar basert på avtalelova § 36».¹⁰⁴ Fleksibiliteten i avtalen var dermed innskrenket gjennom disse reguleringene. Veidekke var «klar over at det var utfordrande delfristar», men ga likevel tilbudet «medviten om risikoen».¹⁰⁵ Uttalelsene tyder på at en avtalt risikofordeling vil tale sterkt mot lemping, særlig der avtalens risikofaktorer er fremhevet ved avtaleinngåelsen. Dette kan begrunnes i hensynet til bevisst risiko.

For det andre vil noen risikofaktorer være nærmest uunngåelige på visse rettsområder. Disse må det tas høyde for allerede ved avtaleinngåelsen. Ungbo-dommen om alminnelige svingninger på boligmarkedet er illustrerende. Førstvoterende understreket at «ikke alle nyter godt av den store prisveksten som har vært på boliger, og at det i noen grad kan være tilfeldig hvem som taper og vinner på boligmarkedet». Andelseierne var dessuten kjent med vedtektsreguleringen, og «at den innebærer at de ikke vil nyte godt av økning i markedspris

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 5 side 36.

¹⁰² Eksempelvis Rt. 1988 s. 295 side 301, hvor det uttales at det ikke gjaldt et «forretningsmessig forhold hvor det kan være særlig grunn til å la hver part bære risikoen for sine forutsetninger».

¹⁰³ Eksempelvis Rt. 1988 s. 295 side 301, Rt. 1999 s. 922 side 943 og Rt. 2013 s. 1316 avsnitt 51.

¹⁰⁴ HR-2022-1120-A avsnitt 70.

¹⁰⁵ HR-2022-1120-A avsnitt 70.

utover konsumprisindeksen.».¹⁰⁶ Da andelseiere med økonomi til å flytte valgte å bli boende til tross for vedtektsreguleringen, tok de en bevisst risiko. Dette talte for at andelseierne måtte bære risikoen for prisstigningen.

For det tredje kan avtalen være skjermet for alminnelig prisøkning. Her tyder rettspraksis på at avtalerevisjon nesten er utelukket. Dette ble tydelig i Rt. 2012 s. 1537 (Smestad). Saken gjaldt et framleid forretningslokale, der hovedleietakers leieavtale fra 1964 var uoppsigelig. I spørsmålet om den faste husleiens differanse fra markedsleien kunne medføre revisjon, påpekte Høyesterett at leieavtalen skjermet mot «den alminnelige pris- og markedsutviklingen».¹⁰⁷ Differansen var uansett ikke ekstraordinær. Klausulens risiko må ses i lys av avtalens varighet og rettsområde. Sannsynligheten for at markedsprisen øker i en langvarig leieavtale, er stor med tanke på alminnelig prisutvikling. Leietakeren ble «sikret et gunstig og forutsigbart kostnadsnivå», mens utleier allerede «ved kontraktsinngåelsen» ikke hadde «grunnlag for å forvente økte leieinntekter i fremtiden».¹⁰⁸ Utviklingen var påregnelig, og ikke «særlig annerledes enn det [...] [utleier] kunne forutse».¹⁰⁹ Dermed var utleier nærmest til å bære risikoen for at markedsleien ville overstige leieavtalens prisregulering. Forutberegnelighetshensynet fikk avgjørende vekt.

For det fjerde kan partenes handlinger ved avtalt risikoplassering påvirke risikobetraktningene. Dersom avtaleparten som krever revisjon foretok valg som påvirket risikoen, kan det tale sterkt for å la avtalen stå. I Oslo Vei-dommen var risikobetraktninger knyttet til «entreprenørens valg av strategi og driftsopplegg» avgjørende.¹¹⁰ Førstvoterende vektla at risikoen for nødvendige saltmengder var «bevisst plassert hos Oslo Vei».¹¹¹ Entreprenørens egne strategivalg sett i lys av risikofordelingen førte til Høyesteretts konklusjon om at avtalen måtte stå.

Motsatt var *fraværet* av handling avgjørende i Salhus flytebro-dommen. Her var adgangen til å forhåndsvurdere risikoen ikke benyttet. Annenvoterende poengterte at det allerede før avtaleinngåelsen forelå «kunnskap som burde ha gitt entreprenøren god grunn til å foreta nærmere undersøkelser».¹¹² Dette viste at entreprenøren kunne forhindre meromkostningene. Dommen føyer seg inn i rekken av avgjørelser der Høyesterett har lagt vekt på risikoplassering

¹⁰⁶ Rt. 2013 s. 1316 avsnitt 51.

¹⁰⁷ Rt. 2013 s. 1316 avsnitt 51.

¹⁰⁸ Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 49.

¹⁰⁹ Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 53.

¹¹⁰ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 68.

¹¹¹ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 68.

¹¹² Rt. 1999 s. 922 side 944.

i lempningsspørsmålet ved endrede omstendigheter. Mindretallet understreket dessuten at «hensynet til forutberegnelighet og sikkerhet» i kontrakter mellom profesjonelle, tilsier at «terskelen for urimelighet skal være høy».¹¹³ Dette er en av sjeldne uttalelsene hvor Høyesterett eksplisitt utpeker hensynene bak terskelen. En slik fremheving kan understreke hvilke hensyn som styrer domstolenes vurderinger i lempningsspørsmålet.

For det femte vil lempingsadgangen være svært snever der avtalen *forutsetter* at man tar en risiko.¹¹⁴ I slike risikofylte avtaler vil forutberegnelighetshensynet som regel veie tungt. Et eksempel er kjøp av børsnoterte aksjer. Her ligger det i kjøpsavtalens natur at aksjenes verdi kan synke og stige. Risikoen for tap må tas i betraktning på lik linje som muligheten for gevinst. En parts beskyttelsesverdige forventning om kontraktsmessig oppfyllelse vil følgelig være svært liten der risikoen er typisk og fremtredende. Risikobetraktninger kan dermed i mange tilfeller bli avgjørende for lempningsspørsmålet i kommersielle avtaleforhold.

Avvikende løsninger

En variabel som kan påvirke rimelighetsspørsmålet er om partene har fraveket bakgrunnsretten eller bransjepraksis.¹¹⁵ Etablerte løsninger har ofte gjennomgått en risikovurdering og avbalansert risikomomentene så godt som mulig. Det kan dermed være mer risikofylt å avtale noe som avviker fra de etablerte løsningene. Prinsippet om avtalefrihet taler for at når partene velger bort «standardløsningen», bærer de selv risikoen for endrede omstendigheter. Dette gjelder særlig i avtaleforhold mellom profesjonelle parter hvor risikobetraktninger og forutberegnelighetshensynet veier tungt.

Vurderingsmomenter som kan nyansere dette, er om partene har fremforhandlet avviket, partenes styrkeforhold og avstanden fra den etablerte løsningen.¹¹⁶ Avviket kan dessuten vurderes opp mot de hensyn som begrunner bakgrunnsrettens regler.¹¹⁷ Lovens løsning er imidlertid ingen fasit, og deklarasjonelle regler er ment å kunne fravikes.¹¹⁸ Dette hindrer likevel ikke at avvik innebærer risiko – på godt og vondt. Rettsområdet kan av forutsigbarhetshensyn

¹¹³ Rt. 1999 s. 922 side 943.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 5 side 36.

¹¹⁵ NOU 1979:32 side 50-51.

¹¹⁶ NOU 1979:32 side 50.

¹¹⁷ Giertsen (2021) side 168.

¹¹⁸ NOU 1979:32 side 50.

også påvirke hvordan avviket skal vurderes.¹¹⁹ Det avgrenses imidlertid mot å foreta en nyansering av rettsområder. Vurderingen går ut på hvordan de ovennevnte variablene ved avvikende løsninger kan påvirke lempningsterskelen.

Flere av variablene ble fremhevet i Smestad-dommen. I og med at leiekontrakten ikke åpnet for prisjustering etter markedsutviklingen, avvek den fra etablert praksis.¹²⁰ Partene hadde fremforhandlet en prisregulering der den ene partens tap, ville bli motpartens gevinst. Førstvoterende hadde «vanskelig for å tro at kontraktens innretning skyldes en forglemmelse», særlig når advokat hadde vært tilstede.¹²¹ Kontraktens risikofordeling var dessuten relativt balansert.

I kommersielle forhold kan det forventes at begge parter undersøker risikoen før de fraviker etablerte løsninger. Etterpåkløkskap er ikke en begrunnelse for lemping. Markedsutviklingen kan gå begge veier. Samtidig var det ikke vanskelig i Smestad-dommen å forutse at markedsleien sannsynligvis ville øke til utleiers ulempe. Utleier måtte dermed tåle at markedsprisen lå langt over den avtalte husleien. Dommen viser at partene tar en risiko ved å benytte avtalefriheten til å avtale avvik fra alminnelig praksis. Dette blir enda tydeligere dersom en part alene har utformet avtaleteksten der avviket reguleres. Her tilsier risikobetraktninger at denne parten må bære risikoen for avviket.

3.2.4 Forhandlingssituasjonen

Tolkning og problemstilling

Kommersielle avtaleforhold innledes ofte av forhandlinger. Dermed kan en nærmere undersøkelse av variablene i momentet om «forholdene ved avtalens inngåelse» nyansere forhandlingenes påvirkning på lempningsadgangen ved senere inntrådte forhold. Ordlyden knytter seg til forhandlingssituasjonen, og åpner for å nyansere både forhandlingsmulighetene og hvordan forhandlingene utspilte seg.

¹¹⁹ NOU 1979:32 side 50.

¹²⁰ Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 51.

¹²¹ Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 49.

Den første vurderingen om forhandlingsmuligheter, kan formuleres som et spørsmål om partenes forhandlingsrom. Den andre vurderingen knyttes til partenes anvendelse av dette forhandlingsrommet.

Forhandlingsrommet

For det første kan styrkeforhold påvirke forhandlingsrommet. Dette ble fremhevet i Rt. 1998 s. 1683 (Østfold Energi). Partene var uenige om reforhandling av en avtale om levering av elektrisk kraft, etter at en lovendring gjorde at den opprinnelige kontrakten kom i utakt med rettstilstanden. Høyesterett uttalte at forhandlingene mellom partene «viser at man hadde å gjøre med to likeverdige avtalepartnere i reelle og konstruktive forhandlinger».¹²² Det ble ikke gitt en ytterligere begrunnelse for hvorfor partene var å anse som likeverdige. Uansett så retten lempningsspørsmålet i lys av at partene var likestilte i forhandlingene.

Et utgangspunkt kan være at likestilte parter, har like gode forhandlingskort. Jevnbyrdighet i forhandlingssituasjonen taler derfor for å la avtalen stå urørt. Motsatt kan den underlegne parts forhandlingsrom være innsnevret, i noen tilfeller ikke-eksisterende, ved skjevheter i avtaleforholdet. Her vil partens manglende eller innskrenkede forhandlingsrom tale for at fleksibilitetshensynet veier tyngre i rimelighetsvurderingen.

For det andre vil kontraktstypen kunne påvirke forhandlingsrommet. I individuelt fremforhandlede kontrakter har begge partene mulighet til å regulere avtalens innhold. Både dersom partene velger å utnytte eller avstå fra muligheten til å regulere kontraktsinnholdet, vil forutberegnelighetshensynet veie tungt. Det er selve forhandlingsrommet som er av betydning. Dette ble tydeliggjort av Høyesterett i Konesjonskraft-dommen. Førstvoterende vektla at Oslo Lysverker formulerte utkastet «på grunnlag av partenes forhandlinger», og «[h]adde selskapet ønsket en annen ordning, ville det vært enkelt å formulere et utkast som uttrykte det».¹²³

Enda tydeligere blir kontraktstypens betydning i ensidig utarbeidede kontrakter. Her innsnevres én parts forhandlingsrom av motpartens fullstendige avtaleregulering. Balansehensyn kan tale for å lempe avtalen til fordel for parten som er avskåret fra å påvirke avtalens innhold. Motsatt

¹²² Rt. 1998 s. 1683 side 1697.

¹²³ Rt. 2000 s. 806 side 815.

er parten som har fullt forhandlingsrom som hovedregel nærmest til å bære konsekvensene av en irregulær utvikling. Dette gjelder så lenge den endrede omstendigheten ikke er en uforutsett omstendighet langt utenfor partenes sfære.

For standardkontrakter vil imidlertid begge partene i utgangspunktet være forhandlingsavskåret. Standardkontrakter inneholder standardformuleringer, fremforhandlet av utenforstående parter. Kontraktstypen er i sin natur forutberegnelig, noe som taler for at avtalen likevel bør stå urørt.

Overveielser av avtalens innhold

Vurderingen av hvordan partene valgte å utforme avtalen, forutsetter at partene hadde forhandlingsrom. Det interessante er om partene har utnyttet muligheten til å ivareta egne interesser. Dette kan igjen påvirkes av kontraktstypen.

I individuelt fremforhandlede kontrakter har begge parter kunnet ivareta sine interesser. Her kan partene utnytte forhandlingsrommet ved å veie avtalens ord og formuleringer nøye. Dette ble vektlagt i Smestad-dommen. Høyesterett påpekte at kontrakten var «gjennomarbeidet og stort sett tilpasset de konkrete forholdene».¹²⁴ Her hadde begge parter mulighet til å bestemme avtalens ord og formuleringer.

Videre åpnet ikke kontrakten for leieregulering, noe som «sikret et gunstig og forutsigbart kostnadsnivå for leietakeren i forretningslokalene».¹²⁵ At avtalen var gjennomregulert gir inntrykk av at partene hadde vurdert risikoen for prisstigning under utarbeidelsen av avtalen. Ved endrede omstendigheter, måtte utleier bære risikoen for å ikke inkludere en prisjusteringsklausul i kontrakten.

Dersom en part har fullstendig forhandlingsrom ved avtalens inngåelse, kan det styrke forutberegnelighetshensynet. Dette gjelder uavhengig av om eller hvordan forhandlingsrommet blir brukt. Å avstå fra å regulere avtalen, er også en risiko. I forarbeidene fremheves det at det samme gjelder den part som «har benyttet sin standardkontrakt», eller ensidig har utarbeidet

¹²⁴ Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 47.

¹²⁵ Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 49.

avtalen.¹²⁶ Den som har regulert, eller avstått fra å utnytte muligheten til det, er dermed nærmere til å bære risikoen for at kontraktsforholdet utvikler seg i en annen retning enn forventet.

Videre må parter som er bistått av sakkyndige i forhandlingssituasjonen, i utgangspunktet måtte tåle risikoen for endrede omstendigheter. Dette kan blant annet begrunnes i at partenes kompetanse forsterkes. Forholdet var medvirkende til at leieavtalen ikke ble lempet i Smestaddommen. Høyesterett vektla at avtalen var «langsiktig og kommersiell» og at advokat var til stede «både ved etableringen [...] og overdragelsen», slik at utleier hadde «alle forutsetninger for å forstå rekkevidden av kontraktens ulike bestemmelser».¹²⁷

Bistand kan både styrke partens forhandlingsposisjon, og evnen til å foreta overveide valg ved formuleringen av avtaleinnholdet. På denne måten kan parten sikre seg mot endrede omstendigheter. Muligheten til å regulere avtalens innhold, særlig med bistand fra sakkyndige, kan medføre at risikobetraktninger og forutberegnelighetshensynet veier tungt i lempningsspørsmålet.

3.2.5 Oppsummering

I de fleste av Høyesteretts avgjørelser legges terskelen høyt for avtalerevisjon mellom profesjonelle parter på grunn av endrede omstendigheter. Dette gjøres ofte med henvisning til tidligere rettspraksis.¹²⁸ Hvordan eller hvorfor de samme hensyn må gjelde i den aktuelle saken blir ofte ikke begrunnet, og vurderingene av avtaleforholdets egenart er enten svært begrenset, eller ikke-eksisterende.¹²⁹

Gjennomgangen viser imidlertid at Høyesterett tidvis har belyst hvordan noen av variablene i ulike avtaleforhold kan påvirke lempningsspørsmålet. Disse domsavgjørelsene tydeliggjør hvordan hensynet til forutberegnelighet og risiko kan variere ut ifra det konkrete saksforholdet. Spesielt avtaletypen og risikohensyn har fått mye plass i Høyesterett. Under begge disse variablene har Høyesterett nyansert hvordan variasjoner i forholdene kan påvirke lempningsterskelen på ulike måter i de konkrete avtaleforholdene.

¹²⁶ NOU 1979:32 side 61.

¹²⁷ Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 47.

¹²⁸ Se Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46 med henvisninger til rettspraksis.

¹²⁹ Se eksempelvis Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46 og HR-2022-1120-A avsnitt 69.

Motsatt har avtalens kommersialitet nesten ikke blitt berørt av Høyesterett. Dette står i kontrast til både svenske Högsta Domstolen og voldgiftsrettens detaljerte nyansering av betydningen av kommersialitetsgrad. Derimot har Høyesterett i Smestad-dommen fremhevet risikohensyn både gjennom konsekvensen av at partene velger avvikende løsninger i avtalen, og hvordan forhandlingssituasjonen kan påvirke lempningsterskelen. Smestad-dommen er dermed et godt eksempel på en nyansert drøftelse av flere av momentene i avtaleloven § 36.

3.3 Er domstolenes skjønn retningsgivende?

Som tidligere nevnt ble det forutsatt i forarbeidene at domstolene etter en tid ville ha «trukket opp nærmere retningslinjer for anvendelsen [av avtaleloven § 36]». ¹³⁰ Dermed har domstolenes vurderinger av hvilke forhold som kan påvirke lempningsadgangen en sentral rolle under oppgavens hovedproblemstilling. Den gjennomgåtte rettspraksisen viser imidlertid at domstolene ofte ikke trekker opp slike retningslinjer i den utstrekning lovgiver kan ha tenkt. I forlengelsen av dette kan det poengteres at det kanskje blir avsagt færre Høyesterettsdommer om avtaleloven § 36, enn lovgiver forutså. Uansett er den konkrete helhetsvurderingen ofte kort, og ikke nødvendigvis særskilt begrunnet.

Fraværet av retningslinjer kan gjøre det vanskelig å se hvordan ulike forhold kan påvirke lempningsterskelen. Det kan tidvis også gjøre det vanskelig å tyde hvilke forhold som faktisk var avgjørende i Høyesteretts vurdering av avtalens rimelighet. Dersom Høyesterett oftere foretok eksplisitte nyanseringer av de konkrete avtaleforholdene, kunne det tydeliggjort hvordan ulike variabler kan påvirke lempningsterskelen.

Samtidig må det tas hensyn til at «urimelig»-vilkåret er vidt formulert. Rimelighetsvurderingen legger opp til en dynamisk tolkning av det konkrete avtaleforholdet. Vektingsøvelsen mellom forutberegnelighet og fleksibilitet kan av denne grunn variere. Dermed kan det også være problematisk å trekke opp statiske retningslinjer, idet hensynenes vekt kan endre seg med tiden.

Noen retningslinjer kan likevel trekkes ut av rettspraksis. For det første kan skjevheter i ressursforhold og profesjonalitet styrke fleksibilitetsbehovet. Dette vil kunne senke lempningsterskelen. Enda sterkere blir behovet der den ene parten var avskåret i

¹³⁰ Ot.prp.nr. 5 side 12.

forhandlings situasjonen, og dermed ikke kunne ivareta sine egne interesser. Dette er typisk i ensidig utarbeidede kontrakter.

For det andre er risikobetraktninger en sentral del av kommersielle avtaleforhold. Risikohensynet kan leses ut av nær sagt alle de gjennomgåtte variablene. I den forbindelse vil særlig risikofordeling i kommersielle avtaler kunne tale sterkt mot avtalerevisjon ved endrede omstendigheter. Risikohensynet kan imidlertid gjøre seg gjeldende på mange ulike måter. Det hadde vært en fordel dersom Høyesterett hadde tydeliggjort hvordan disse vurderingene kunne foretas. Ved mangel på retningslinjer fra Høyesterett, blir vektingsøvelsen mellom hensynene til fleksibilitet og forutberegnelighet derfor styrende for hva som kan anses rimelig i dagens perspektiv.

4 Forholdet til læren om bristende forutsetninger

4.1 Problemstillingene

I HR-2021-2364-A (Bilskadesenteret) reviderte Høyesterett en kommersiell avtale på grunn av endrede omstendigheter etter et av avtaleloven § 36 sine tilgrensende rettsgrunnlag for avtalerevisjon, læren om bristende forutsetninger. Dette aktualiserer en vurdering av om revisjonsadgangen etter avtaleloven § 36 har blitt så snever for slike avtaleforhold, at det kan være en fordel å heller anføre forutsetningslæren som revisjonsgrunnlag.

Spørsmålet om forholdet mellom avtaleloven § 36 og forutsetningslæren oppsto allerede ved vedtakelsen av lempningsregelen. Mens avtaleloven § 36 først ble vedtatt i 1983, har forutsetningslæren en lang tradisjon i europeisk og nordisk rett.¹³¹ Revisjonsgrunnlaget aktualiseres når forutsetningene en eller begge avtaleparter hadde ved avtaleinngåelsen ikke blir realisert. Det kan eksempelvis skyldes uforutsette vanskeligheter med levering av en vare, eller at varen viste seg å ha høyere verdi enn antatt.

I redegjørelsen må to underspørsmål besvares. Det første spørsmålet blir om læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 har overlappende anvendelsesområder. Det andre spørsmålet er hvilke konkrete forskjeller og likheter revisjonsgrunnlagene har.

4.2 Vurderingsmomentene

Forutsetningslærens vilkår er oppstilt i Oslo Vei-dommen. Forutsetningen som har bristet må «ha virket motiverende for løftegiveren» og «vært synbar for den annen part».¹³² Avslutningsvis skal det foretas en helhetsvurdering, hvor sentrale momenter er hvem som «bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen av det tap som oppstod eller vil oppstå på

¹³¹ Se blant annet Mestad (2022) side 244 med vider henvisninger.

¹³² Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 63.

grunn av den uventede utviklingen».¹³³ Vilkårene er fulgt opp i senere rettspraksis, og legges til grunn i den videre fremstillingen.¹³⁴

4.3 To selvstendige anvendelsesområder eller en overlapp?

4.3.1 Forarbeider

Ettersom spørsmålet om forholdet mellom rettsgrunnlagene først dukket opp ved vedtakelsen av avtaleloven § 36, er det naturlig å undersøke om forarbeidene kan belyse forholdet mellom revisjonsgrunnlagenes anvendelsesområder. I forarbeidene er det uttalt at forutsetningslæren skulle gi «vegledning og være retningsdannende ved domstolenes praktisering av lempningsregelen for så vidt gjelder betydningen av senere inntrådte forhold».¹³⁵ Om dette skulle bety at avtaleloven § 36 konsumerer forutsetningslærens anvendelsesområde, er ikke klart. Uttalelsen om at «vurderingene mht betydningen av senere inntrådte forhold stort sett vil måtte bli de samme» støtter imidlertid under et slikt syn.¹³⁶ Uttalelsen gir inntrykk av at rettsgrunnlagene kan brukes på samme faktum. I et slikt tilfelle må anvendelsesområdene overlappe hverandre. Dette utelukker likevel ikke at rettsgrunnlagenes anvendelsesområder ikke er fullstendig identiske.

Forarbeidenes behandling av spørsmålet om forholdet mellom rettsgrunnlagene er kortfattet. Det synes påfallende hvor lite dette ble vurdert før lempningsregelens vedtakelse, med tanke på den – i alle fall sett med dagens øyne – åpenbare problemstillingen. Forarbeidene kan dermed ikke gi et klart svar på hvorvidt rettsgrunnlagene har et overlappende anvendelsesområde. Det kan likevel konkluderes med at forarbeidene ikke utelukker en slik overlapp.

¹³³ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 63.

¹³⁴ Se blant annet Rt-2014-866 avsnitt 88 og HR-2021-2364-A avsnitt 54-58.

¹³⁵ Ot.prp.nr.5 side 35.

¹³⁶ Ot.prp.nr.5 side 35.

4.3.2 Rettspraksis

Problemstilling

Høyesterett har klargjort at avtaleloven § 36 og forutsetningslæren er to selvstendige revisjonsgrunnlag.¹³⁷ Dette utelukker imidlertid ikke at de kan ha et felles anvendelsesområde. Ettersom domstolene har som oppgave å trekke opp både § 36 og forutsetningslærens anvendelsesområde, er utviklingen i rettspraksis avgjørende. Det må undersøkes om uttalelser i rettspraksis kan belyse forholdet mellom revisjonsgrunnlagenes anvendelsesområder.

Røstad

Røstad-dommen gjaldt krav om oppregulering av festeavgift. Førstvoterende uttalte at det «utvilsomt [er] meningen at domstolene gjennom § 36 er blitt stilt fritt i forhold til denne spesielle juridiske innfallsvinkel» om at forutsetningslæren kan være veiledende for anvendelse av § 36.¹³⁸ Høyesterett fremhevet også at «domstolene kan stille seg kritisk i forhold til de standpunkter som tidligere er inntatt».¹³⁹ Bemerkningen kan tilsi at forutsetningslæren er retningsgivende så langt løsningene er i tråd med dagens oppfatning av et rimelig resultat. Uttalelsen gir ikke uttrykk for at rettsgrunnlagene på noen måte skulle begrense hverandre. Tvert imot, kan dette tilsi at lovregelen ville overlapse den ulovfestede lærens anvendelsesområde. Hvor mye er imidlertid ikke like klart.

Parallelt med et kritisk blikk på tidligere rettspraksis, presiserte førstvoterende at det var «forutsatt at § 36 – i hvert fall ikke umiddelbart – ville føre til radikale brudd med vår rettstradisjon.»¹⁴⁰ Uttalelsen begrenser den mer rettsskapende og dynamiske holdningen dommeren først inntok. Samtidig blir det enda klarere at revisjonsgrunnlagene kan ha overlappende anvendelsesområder. Dersom § 36 skulle ha et helt annet anvendelsesområde enn den tidligere ulovfestede læren, kunne vedtakelsen nettopp medført «radikale brudd» med

¹³⁷ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 61.

¹³⁸ Rt. 1988 s. 276 side 284 med henvisning til Ot.prp.nr.5 side 2.

¹³⁹ Rt. 1988 s. 276 side 284.

¹⁴⁰ Rt. 1988 s. 276 side 284.

rettstradisjonen. Uttalelsen tolkes som at, i alle fall deler av, anvendelsesområdet til den eldre læren også ble underlagt avtaleloven § 36.

Salhus flytebro

I Salhus flytebro-dommen var det uenighet mellom dommerne om hvilket revisjonsgrunnlag som kom til anvendelse i saken. Flertallet mente at saken måtte behandles etter forutsetningslæren. Om avtaleloven § 36 uttalte førstvoterende at lempningsvurderingen «ofte vil være båret av mer generelle rimelighetsbetraktninger, som det er liten plass for i et kontraktsforhold som det vi her står overfor».¹⁴¹ Uttalelsen tyder på at revisjonsgrunnlagene legger opp til ulike vurderinger, men også at § 36-vurderingen er avskåret i visse typer kontraktsforhold.

Saken gjaldt entrepriserett, hvor kontraktene ofte er store og gjennomregulerte.¹⁴² Her kan det argumenteres for at det er enklere å bevise en forutsetningsbrist enn at avtalen er blitt urimelig.¹⁴³ Det utelukker imidlertid ikke en overlapp, om enn begrenset til andre rettsområder. En ytterligere begrunnelse ble ikke gitt.

Mindretallet pekte på at avtaleloven § 36 gjaldt der «en kontraktsforpliktelse utsettes for uventede eller tyngende forhold når kontraktsforpliktelsen skal oppfylles.»¹⁴⁴ Beskrivelsen kan falle innenfor begge rettsgrunnlagenes anvendelsesområde. Mindretallet uttalte også at for slike spørsmål som saken gjaldt, har § 36 «trådt i stedet for – har erstattet – den eldre lære om bristende forutsetninger».¹⁴⁵ At forutsetningslæren ble erstattet kan tolkes som at anvendelsesområdet ble konsumert av lovregelen, heller enn overlappet. Det ble imidlertid ikke problematisert. Uklarheten om hvilket rettsgrunnlag som var mest hensiktsmessig kan tyde på at begge rettsgrunnlag var anvendelige i den konkrete saken.

¹⁴¹ Rt. 1999 s. 922 side 932.

¹⁴² Se Hagstrøm m.fl. (2021) side 336.

¹⁴³ Se Hagstrøm m.fl. (2021) side 337.

¹⁴⁴ Rt. 1999 s. 922 side 943.

¹⁴⁵ Rt. 1999 s. 922 side 943.

Oslo Vei

I Oslo Vei-dommen ble rettsgrunnlagenes anvendelsesområder slått fast. Begge regelsett ble vurdert, men saken ble løst på grunnlag av avtaletolkning. Førstvoterende la til grunn at revisjonsgrunnlagenes rekkevidde «avhenger av hvilke faktiske omstendigheter kravet om kontraktsrevisjon er basert på».¹⁴⁶ Uttalelsen kan tolkes som at valget er situasjonsbetinget, og at revisjonsgrunnlagene ikke nødvendigvis vil føre til samme resultat. Dette tyder uansett på at begge revisjonsgrunnlag kan anvendes på samme avtaleforhold.

Enda klarere ble det gjennom uttalelsen om at «de ulovfestede regler om bristende forutsetninger i stor grad blir overlappet av avtaleloven § 36».¹⁴⁷ Dermed ble det slått fast at avtaleloven § 36 og forutsetningslærens anvendelsesområder delvis overlapper.

4.3.3 Oppsummering

Det er fremdeles noe uenighet om revisjonsgrunnlagenes rekkevidde, og tidspunktet for når de skal anvendes. Dette blir tydelig i dissensene. Uansett hvilket standpunkt dommerne inntar, er det klart at avtaleloven § 36 ikke har konsumert forutsetningslærens anvendelsesområde. Med grunnlag i Oslo Vei-dommen legges det til grunn at revisjonsgrunnlagene har, i alle fall delvis, overlappende anvendelsesområder. Dette kan bety at de, i alle fall tidvis, kan påberopes i samme avtaleforhold.

4.4 En sammenligning av revisjonsgrunnlagene

4.4.1 Problemstilling

Når revisjonsgrunnlagene har et overlappende anvendelsesområde, kan det være fristende å hoppe over gjerdet der det er lavest. Ettersom Høyesterett ikke har revidert en avtale mellom profesjonelle parter etter § 36 i nyere tid, kan det tyde på at terskelen under bristende

¹⁴⁶ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 61.

¹⁴⁷ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 61.

forutsetninger er lavere. Dette er ikke nødvendigvis riktig. For å få forskjellige resultater, må det bety at det må være noen ulikheter i revisjonsvurderingene. Disse ulikhetene kan igjen påvirke revisjonsadgangen.

Vurderingen av hva som skiller de ulike revisjonsgrunnlagene fra hverandre blir tredelt. Først må det redegjøres for om forskjeller knyttet til vilkår, vurderingstema og bevisførsel kan påvirke revisjonsadgangen. Videre må helhetsvurderingene, og deretter rettsvirkningene, sammenlignes.

4.4.2 Vilkår, vurderingstema og bevisførsel

Skjønnsmessige vurderingsmomenter mot klare vilkår

Hva som gjør en avtale mellom profesjonelle «urimelig», beror på en konkret vurdering av det aktuelle avtaleforholdet. Momentlisten i § 36 gir retningslinjer for vurderingen, men har i motsetning til forutsetningslæren, ingen kumulative vilkår som må være oppfylt utover urimelighetskriteriet. På motsatt side står forutsetningslærens faste vilkår om synbarhet og motivasjon. Slike klare holdepunkter kan gi inntrykk av en mer forutsigbar vurdering. Mangelen på faste vilkår i generalklausulen, sammenholdt med Høyesteretts tendens til å anvende forutsetningslæren, kan være årsak til at rettsanvendere foretrekker forutsetningslæren.

Ola Mestad har argumentert for at forutsetningslæren gir «eit betre og meir presist vurderingstema for ein del situasjonar».¹⁴⁸ Argumentet kan ha noe for seg. For det første er det, som tidligere vist, ikke alltid like lett å trekke ut klare retningslinjer fra Høyesteretts konkrete rimelighetsvurderinger. Dessuten er rimelighetsvurderingen såpass vid, at bredden av alle forhold som kan vektlegges i en lempningsvurdering kan gjøre selve vurderingen mindre forutsigbar.

Problemstillingen ble imidlertid ikke oversett av lovgiver. Før vedtakelsen av § 36 ble det i forarbeidene vurdert å «øke forutberegneligheten ved å gi reglene et mer presist innhold».¹⁴⁹ Dette ville imidlertid «gå på bekostning av reglernes anvendelsesmuligheter».¹⁵⁰ Videre

¹⁴⁸ Mestad (2022) side 267.

¹⁴⁹ NOU 1979:32 side 40.

¹⁵⁰ NOU 1979:32 side 40.

understreket utvalget at man måtte hensynta at økt forutberegnelighet kunne medføre «større muligheter til å omgå regelen», og dermed svekke beskyttelsen av den svake kontraktspart.¹⁵¹ En vagere formulering kan dermed bidra til at flere urimelige avtaler sensureres.

Samtidig kan også vurderingen etter forutsetningslæren oppleves vilkårlig og skjønnsmessig. Parten skal ha tilstrekkelig bevisførsel til å overbevise retten om hva denne parten tenkte på avtaletidspunktet. Dette behøver heller ikke å være en forutsigbar øvelse. Bilskadesenteretdommen er illustrerende. Saken gjaldt en utbyggingsavtale hvor utbygger hadde dekt kostnadene for et veiltak for å få dispensasjon fra reguleringsplanen. Kommunen hadde imidlertid omdisponert beløpet. Førstvoterende uttalte at selskapet «må ha hatt en forutsetning om at det var nødvendig å forplikte seg til å betale kontantbidraget».¹⁵² Videre «må Bilskadesenteret ha lagt til grunn at kommunen ville oppfylle sine forpliktelser».¹⁵³ Flertallet kom til at det forelå en forutsetningssvikt. Formuleringen «må ha» gir inntrykk av at dommerne vurderte partenes subjektive forutsetninger på avtaletidspunktet. Uttalelsen står i kontrast til den mer objektive rimelighetsvurderingen i avtaleloven § 36. Samtidig kan det ikke utelukkes at dommerens personlige syn på rimelighet også kan skinne gjennom i lempningsvurderingen.

Ekstraordinære omstendigheter?

I Rt. 2014 s. 866 (Fjord1) stilte førstvoterende spørsmål om hvorvidt sakens omstendigheter var så «ekstraordinære at de gir grunnlag for å fravike [...] [utgangspunktet om] at hver av partene bærer risikoen for egne forutsetninger».¹⁵⁴ Dette aktualiserer spørsmålet om hvorvidt «ekstraordinære omstendigheter» er et vilkår under forutsetningslæren.

I Bilskadesenteretdommen konkluderte mindretallet med at forutsetningslæren ikke kom til anvendelse, begrunnet i at sakens utvikling ikke var «av en så ekstraordinær karakter».¹⁵⁵ Heller ikke her ble det tydeliggjort om «ekstraordinære» omstendigheter faktisk er et vilkår under

¹⁵¹ NOU 1979:32 side 40.

¹⁵² HR-2021-2364-A avsnitt 60.

¹⁵³ HR-2021-2364-A avsnitt 60.

¹⁵⁴ Rt. 2014 s. 866 avsnitt 88.

¹⁵⁵ HR-2021-2364-A avsnitt 87.

forutsetningslæren. Vilkåret ble ikke nevnt av flertallet i Bilskadesenteret-dommen. Den knappe omtalen i rettspraksis kan tilsi at det ikke kan stilles krav om ekstraordinære forhold.¹⁵⁶

Typiske forutsetninger?

I Oslo Vei-dommen ble det uttalt at en forutsetning kunne være «typisk for den aktuelle kontraktssituasjonen».¹⁵⁷ Et slikt alternativ til synbarhetskravet kan utvide forutsetningslærens anvendelsesområde betraktelig. Alternativet kan gi inntrykk av at man ikke ønsker å risikere at vurderingen skal avskjæres ved fravær av synlige forutsetninger. Dette aktualiserer spørsmålet om også typiske forutsetninger kan behandles under forutsetningslæren.

Flere forfattere har tatt til orde for å skille mellom typeforutsetninger og individuelle forutsetninger.¹⁵⁸ De individuelle forutsetningene er de som *faktisk* forelå ved avtaleinngåelsen. Ved å avgrense forutsetningslærens virkeområde til de faktiske forutsetningene, utelukkes mer skjønnsmessige vurderinger av forutsetninger avtaleparten *kunne hatt* eller *typisk har*. Slike vurderinger kan medføre at dommeren innfortolker hypotetiske forutsetninger i avtaleforholdet, og konstruerer en forventning som ikke nødvendigvis forelå på avtaletidspunktet.

Mestads konklusjon om at forutsetningslæren i hovedsak egnert seg der det finnes *dokumenterbare* forutsetninger, kan være fornuftig.¹⁵⁹ En slik løsning bidrar til å eliminere den skjønnsmessige vurderingen av hva partene *sannsynligvis* forutsatte ved avtaleinngåelsen. Avgrensningen skaper også et tydeligere skille for når de ulike regelsettene skal komme til anvendelse. Som uttalt av mindretallet i Salhus flytebro-dommen, spør ikke § 36 etter «faktiske eller hypotetiske forutsetninger».¹⁶⁰ Dermed kan man anvende avtaleloven § 36 der det ikke foreligger individuelle forutsetninger.

Formuleringen av forutsetningslærens vilkår i Oslo Vei-dommen, er gjentatt i både Fjord1- og Bilskadesenteret-dommene. I Fjord1-dommen ble imidlertid vilkåret om typeforutsetninger ikke nevnt. Dette kan bety at dommerne ikke anså dette som et faktisk vilkår. Samtidig var synbarhets- og motivasjonsvilkårene oppfylt, slik at det uansett ikke var aktuelt å vurdere typeforutsetninger. I Bilskadesenteret-dommen gjentok Høyesterett hele avsnitt 63 i Oslo Vei-

¹⁵⁶ Se Mestad (2022) side 263 for en bredere vurdering av dette.

¹⁵⁷ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 63.

¹⁵⁸ Se blant annet Hagstrøm m.fl. (2021) side 333.

¹⁵⁹ Mestad (2022) side 268.

¹⁶⁰ Rt. 1999 s. 922 side 943.

dommen. Vilkåret ble imidlertid verken lagt til grunn eller nevnt i vurderingen. Når det ikke er vurdert i prejudikatsrekken eller i annen rettspraksis, kan det tyde på at typeforutsetninger ikke er et vilkår. Dermed er det de individuelle forutsetningene som normalt kan behandles under forutsetningslæren.

I forlengelsen av dette kan det stilles spørsmål om hvordan man skal håndtere de forutsetningene som verken er typiske eller individuelle. Forutsetningssvikten kan riktignok også knyttes til uventede omstendigheter langt utenfor avtaleforholdet. Dette kan være force majeure-lignende situasjoner som koronapandemien og Ukraina-krigen. Mestad har tatt til orde for at avtaleloven § 36 vil være det mest hensiktsmessige valget i slike situasjoner.¹⁶¹ Dette begrunner han med at hendelsene «er generelle og har større samfunnsmessige konsekvensar».¹⁶²

Synspunktet er logisk med tanke på at det ikke er helt klart hvordan vurderingen skal foretas etter forutsetningslæren dersom ingen av partene har hatt en klar forutsetning om forholdet. Vilkårene om synbarhet og motivasjon kan vanskelig anses oppfylt i slike situasjoner. Dessuten stemmer dette godt overens med skillet mellom individuelle forutsetninger og typeforutsetninger.

Bevisføring

En konsekvens av revisjonsreglenes ulike vurderingstema og vilkår, er at bevisføringen ikke er lik. Mestad peker på at forutsetningslæren gjør det «lettare for profesjonelle partar å nå fram med eit revisjonskrav».¹⁶³ Dette synspunktet kan ha gode grunner for seg.

For det første stiller forutsetningslæren faste og forutsigbare vilkår og vurderingsmomenter. Å finne bevis for at en synlig og motiverende forutsetning forelå på avtaletidspunktet, behøver ikke å være problematisk i profesjonelle avtaleforhold. I nyere tid har det blitt vanlig å beskrive forutsetninger og formål i avtalens innledende del. Ofte kan forutsetningene også ha fremkommet muntlig i forhandlingene. Der vilkårene er oppfylt, er det den avsluttende helhetsvurderingen som blir avgjørende. For det andre kan fastere vilkår gjøre det enklere å

¹⁶¹ Mestad (2022) side 266.

¹⁶² Mestad (2022) side 266.

¹⁶³ Mestad (2022) side 267.

forberede seg på hva domstolen skal vurdere. Dette kan skape en trygghet i at ikke «alle mulige» forhold dras frem. Dette kan dermed gjøre prosessen mer forutberegnelig.

Motsatt viser generalklausulen til ulike vurderingsmomenter. Den gir ikke klare føringer om hva som må fremlegges for å bevise urimeligheten. Det kan imidlertid være en fordel at rimelighetsvurderingen i § 36 ikke avgrenses tydelig. Her kan alle relevante forhold legges fram. På denne måten begrenses ikke adgangen til å belyse flere sider ved avtalen. Dessuten skal det også foretas en helhetsvurdering under forutsetningslæren. Dermed er ikke forutsigbarhetsgraden nødvendigvis i toppsjiktet ved bruk av dette revisjonsgrunnlaget heller.

4.4.3 Revisjonsgrunnlagenes helhetsvurderinger

Identiske helhetsvurderinger?

Spørsmålet om hvor like revisjonsgrunnlagenes helhetsvurderinger faktisk er, har blitt aktualisert i flere rettsavgjørelser. I Røstad-dommen pekte annenvoterende på forarbeidenes uttalelse om at revisjonsgrunnlagenes vurderinger «stort sett vil måtte bli de samme».¹⁶⁴ Dette ble tillagt «betydelig vekt».¹⁶⁵ Uttalelsen gir inntrykk av at momentene under begge helhetsvurderinger er like. Dette må modifieres. Avtaleloven § 36 annet ledd viser spesifikt til momenter som kan hensyntas ved avtalens rimelighet. Vurderingsmomentene tilsvarer ikke de som er utpekt i helhetsvurderingen i forutsetningslæren.¹⁶⁶

Dessuten uttalte mindretallet i Salhus flytebro-dommen at urimelighetsvurderingen «ville ligge nær opp til den relevansvurderingen som skal foretas etter læren om bristende forutsetninger».¹⁶⁷ Standpunktet minner om uttalelser i forarbeidene, og førstvoterendes bemerkning i Konesjonskraft-dommen om at i «atskillig utstrekning er de samme momentene relevante» i helhetsvurderingen.¹⁶⁸ Det kan være mer hensiktsmessig å fastslå likheter mellom helhetsvurderingene, enn at de *er like*. Det er kun i forutsetningslæren at «inngangsvilkår» må

¹⁶⁴ Rt. 1988 s. 276 side 278 med henvisning til Ot.prp.nr.5 side 34.

¹⁶⁵ Rt. 1988 s. 276 side 289-290.

¹⁶⁶ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 63.

¹⁶⁷ Rt. 1999 s. 922 s. 943. «Relevansvurderingen» er en annen betegnelse på helhetsvurderingen under forutsetningslæren. Den har imidlertid ikke blitt brukt i prejudikatsrekken etter denne dommen. Se Mestad (2022) side 245-246 og 250 for en mer inngående analyse.

¹⁶⁸ Ot.prp.nr.5 side 35 og Rt. 2000 s. 806 side 815.

være oppfylt før helhetsvurderingen kan foretas. Dersom helhetsvurderingen hadde vært helt lik den etter § 36, ville oppfyllelsen av vilkårene vært en omvei til den samme vurderingen. Da hadde forutsetningslæren blitt overflødig. Dette tilsier at revisjonsgrunnlagenes helhetsvurderinger bærer likheter, uten å være fullstendig like.

Partsforhold

Partsforhold er eksplisitt nevnt i lovteksten, forarbeidene og rettspraksis i tilknytning til avtaleloven § 36. Vektleggingen av partenes styrkeforhold sikrer sosiale hensyn, og bidrar til at jussen oppfattes som rettferdig. Motsatt er momentet verken fremhevet eller antydning i forutsetningslæren. Partenes profesjonalitet vil i all hovedsak ikke få betydning. Det kan trekkes frem at profesjonelle, i større grad enn forbrukere, uttrykker sine forventninger og forutsetninger før avtaleinngåelsen eller i selve avtalen. Dette er imidlertid ikke nødvendig å hensynte.

Fraværet av en uttrykkelig vektlegging av partenes stilling medfører at revisjonsterskelen i forutsetningslæren ikke nødvendigvis er markant høyere mellom profesjonelle enn mellom forbrukere. Dermed kan et revisjonskrav begrunnet i forutsetningslæren enklere føre fram mellom næringsdrivende, enn etter avtaleloven § 36.¹⁶⁹ Den særskilte behandlingen av partenes stilling i lempningsvurderingen, kan være en årsak til kontrasten i antallet kommersielle avtaler revidert etter forutsetningslæren. Det må imidlertid poengteres at Høyesterett også under vurderingen av § 36 tidvis behandler partenes styrkeforhold relativt knapt.

Risikofordeling

Risikofordeling er en sentral del av begge helhetsvurderinger. En vanlig formulering i flere rettsavgjørelser er at en av partene er nærmest til å bære risikoen for en omstendighet.¹⁷⁰ Innunder spørsmålet om risikofordeling, har det betydning om risikoen er avtaleregulert. Begge revisjonsgrunnlagene kan avgrenses ved at partene underforstått eller uttrykkelig fordeler

¹⁶⁹ Det gis uttrykk for et slikt standpunkt i Mestad (2022) side 267.

¹⁷⁰ Se blant annet HR-2021-2364-A avsnitt 64.

risikoen for at ulike omstendigheter inntreffer. Dette var situasjonen i Oslo Vei-dommen. Høyesterett kom først til at Oslo Veis tap var ikke-ubetydelig, og at risikoen for opplysningsfeil «påhviler Statens vegvesen».¹⁷¹ Risikoen var imidlertid avtaleregulert, slik at Oslo Vei måtte bære konsekvensen. Dermed var forutsetningslæren utelukket som revisjonsgrunnlag allerede før situasjonen hadde oppstått. Dersom risikoplasseringen ikke var avtaleregulert, hadde forutsetningslæren kommet til anvendelse.¹⁷² Dommen illustrerer at avtalt risikofordeling kan utelukke revisjon etter forutsetningslæren.

Samtidig innskrenket risikofordelingen også lempningsmulighetene etter avtaleloven § 36. Førstvoterende I Oslo Vei-dommen viste tilbake til vurderingen under forutsetningslæren, og ga inntrykk av at risikofordeling vurderes likt under de to revisjonsgrunnlagene. I motsetning til forutsetningslæren ble det imidlertid også vektlagt at det gjaldt en kommersiell kontrakt over en begrenset tidsperiode. Tilleggsmomentene tilsier at § 36 legger opp til en bredere helhetsvurdering. Dermed kan lempningsregelen ha et større nedslagsfelt ved avtalt risikofordeling, ettersom andre momenter kan avveie hensynet til avtalt risiko. Det var likevel «klart» at avtaleloven § 36 ikke førte frem, idet disse momentene også talte mot lemping. Dommen viser at til tross for at § 36 er ufravikelig, kan en forhåndsregulert risiko medføre at lemping nærmest er utelukket. Hensynet til trygghet og forutsigbarhet i avtaleforholdet veier tungt, og kan tale sterkt mot å lempe avtalen.

Hensyn

Avtaleloven § 36 både styres og begrunnes av balansen mellom hensynet til fleksibilitet kontra forutberegnelighet. Forutsetningslæren bryter også med prinsippet om at avtaler skal holdes. Dette for å sikre et rettferdig og rimelig resultat. De hensyn som begrunner lempningsregelen kan derfor også begrunne forutsetningslæren. Samtidig skiller § 36 seg fra forutsetningslæren ved at bestemmelsen legger opp til en konkret vurdering av uttrykkelige opplistede momenter. Rimelighetsvurderingens bredde tilsier at flere hensyn kan trekkes frem, som for eksempel rettspolitiske hensyn om hvordan retten burde være åpne. Disse kan åpne for å fravike tidligere

¹⁷¹ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 65.

¹⁷² Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 65.

standpunkt som ikke svarer til dagens rettsituasjon.¹⁷³ En slik anvendelse av § 36 kan bidra til rettsutvikling, og muliggjøres nettopp av de mindre strenge rammene.

Motsatt er vilkårene som må være oppfylt i forutsetningslæren atskillig fastere og mer definerte. Dermed vil fleksibilitetshensynet vise seg sterkt der vilkårene om synbarhet og motivasjon er oppfylte. Dersom de imidlertid ikke er oppfylte, blir det ikke foretatt noen helhetsvurdering. Dette medfører at forhold som kan tale for en fleksibel løsning, ikke blir hensyntatt, ettersom helhetsvurderingen faller bort. Dette står i motsetning til rimelighetsvurderingen, hvor alle forhold kan tas i betraktning fra første stund. Samtidig er generalklausulens lempningsterskel så høy at avtaleforholdet nok må være betydelig ubalansert for at fleksibilitetsbehovet skal anses stort nok for revisjon.

Oppsummering

Gjennomgangen viser at helhetsvurderingene har mange ulikheter. Generelt åpner generalklausulen for en bredere helhetsvurdering enn forutsetningslæren. Videre er forutsetningslærens helhetsvurdering i stor grad sentrert rundt spørsmål om risikofordeling og tap. Motsatt vil avtalelovens helhetsvurdering dekke flere sider ved avtaleforholdet. Her er hensynet til partsforhold og ressursstyrke fremtredende. Samtidig legger begge revisjonsreglene opp til en risikovurdering.

Til tross for at mange av de samme momentene er relevante under begge rettsgrunnlag, kan avveiningen imidlertid bli ulik på grunn av de hensyn man ønsker å ivareta gjennom helhetsvurderingene. Det er likevel de samme grunnleggende hensyn om fleksibilitet og forutberegnelighet som er styrende for begge revisjonsgrunnlagene. Konklusjonen blir at lempningsregelen og forutsetningslærens helhetsvurderinger bærer flere likhetstrekk som kan påvirke avtalerevisjon. Hvor like vurderingene blir i praksis, vil imidlertid variere ut ifra det konkrete saksforholdet.

¹⁷³ Som påpekt av Hauge (2009) i petitavsnitt side 181.

4.4.4 Rettsvirkningene

Valg av revisjonsgrunnlag kan påvirke rettsvirkningene. Flexibiliteten i avtaleloven § 36 omfatter også virkningssiden. I forarbeidene ble dette begrunnet med at domstolene ikke bør «være forhindret fra å skape eller eventuelt gjenskape en rimelig balanse mellom partenes rettigheter og plikter».¹⁷⁴ Samtidig åpner også forutsetningslærens virkningsside for endring og tilsidesettelse. Revisjonsgrunnlagenes rettsvirkninger er dermed ikke unike i forhold til hverandre.

I forarbeidene fremheves imidlertid en spesielt fleksibel rettsvirkning i § 36. Den urimelige faktoren som tas ut av avtalen, behøver nemlig ikke å være det urimelige avtalevilkåret. Andre deler av avtalen kan endres, «slik at avtalen sett under ett blir rimelig og rettferdig».¹⁷⁵ Den brede helhetsvurderingen i § 36 bidrar til at flere sider ved avtaleforholdet blir sett i sammenheng. Straks ubalansen mellom partene er rettet opp, kan omsetning og handel fortsette som planlagt, i den utstrekning dette er mulig. Det kan være flere løsninger for å rette opp en «urimelig» avtale enn bare å rette opp en forutsetning som har bristet.

I Smestad-dommen poengterte imidlertid Høyesterett at generalklausulens rettsvirkninger er begrenset «til det som er nødvendig for å avbøte den kvalifiserte urimeligheten, og at målet ikke er «å oppnå et mest mulig balansert avtaleforhold».¹⁷⁶ Et balansert avtaleforhold innebærer ikke nødvendigvis at begge parter er likestilte, men at det ikke foreligger store – urimelige – ujevnheter mellom dem. Likevel er det gode grunner for å konkludere med at § 36 kan være mer fleksibel på virkningssiden enn forutsetningslæren.

¹⁷⁴ NOU 1979:32 side 40.

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 5 side 12.

¹⁷⁶ Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 46.

4.5 Er valget av revisjonsgrunnlag situasjonsbetinget?

Gjennomgangen viser at flere forhold kan påvirke begge revisjonsvurderingene. Høyesterett har anvendt forutsetningslæren til å revidere avtaler mellom profesjonelle parter i nyere tid.¹⁷⁷ Dette kan tilsi at muligheten for revisjon er større etter forutsetningslæren enn etter lempningsregelen. En årsak til dette kan være at sannsynligheten er større for at en sak revideres etter forutsetningslæren dersom det gjennomgående er flere saker som prosederes på dette grunnlaget. Dessuten har forutsetningslæren eksistert betydelig lengere enn generalklausulen, og kan dermed ha blitt anført i flere avgjørelser.

Salhus flytebro- og Oslo Vei-dommene viser at resultatet kan bli det samme uavhengig av hvilket rettsgrunnlag man velger å benytte i revisjonsvurderingen. Dette kan også tilsi at revisjonstersklene er relativt like. At resultatet blir det samme er imidlertid ikke gitt, og vil variere ut fra det konkrete avtaleforholdet. Dessuten hadde det vært overflødig å ha to revisjonsgrunnlag dersom rettsgrunnlagene alltid ville gi samme konklusjon.

Giertsen har uttrykt at «endrede forhold i hovedsak [bør] drøftes etter § 36» i fremtiden.¹⁷⁸ Begrunnelsen er todelt. Avtaleloven § 36 er en «yngre og mer moderne regel», samtidig som den «gir større fleksibilitet på vilkårs- og virkningssiden».¹⁷⁹ Woxholth har også stilt seg bak dette resonnementet.¹⁸⁰ Standpunktet kan ha mye for seg. Å bruke lovbestemmelsen kan sikre rettsikkerhet både ved at regelen er forankret i lovgiverviljen, men også ved at det er en skriftlig regel med et etablert innhold. Den ulovfestede revisjonsregelen kan derimot åpne for større endringer, uten at loven setter skranker for dette. Det kan derfor oppleves mer forutsigbart å bruke den lovfestede regelen. Konklusjonen kan likevel være mer nyansert enn som så.

For det første kan valget av revisjonsgrunnlag bero på hvilke momenter man ønsker særlig hensyntatt i revisjonsvurderingen. Eksempelvis kan partsforholdet være avgjørende for rimeligheten i en avtale. Som den underlegne part i et profesjonelt avtaleforhold kan det derfor være en fordel å påberope § 36, ettersom partenes stilling fremheves i rimelighetsvurderingen. Motsatt kan den sterke avtalepart med en synbar forutsetning ha nytte av å anvende

¹⁷⁷ Se HR-2021-2364-A.

¹⁷⁸ Giertsen (2021) side 335.

¹⁷⁹ Giertsen (2021) side 335.

¹⁸⁰ Woxholth (2021) side 445.

forutsetningslæren. For det andre kan den endrede omstendigheten avgjøre hvilken revisjonsregel som er hensiktsmessig å påberope. Her kan skillet mellom typeforutsetninger, individuelle forutsetninger og uventede omstendigheter langt utenfor avtaleforholdet avgrense valget av revisjonsgrunnlag.

Valget av revisjonsgrunnlag avhenger dermed av flere ulike faktorer. Hvilke spørsmål man ønsker å ta stilling til, hvilke hensyn som er viktig i det konkrete avtaleforholdet og hvilken type forutsetningssvikt som foreligger kan være kriterier for valget. Dermed kan revisjonsgrunnlaget reflektere det konkrete saksforholdets behov i revisjonsvurderingen. Samtidig er man ikke avskåret fra å anføre begge revisjonsgrunnlagene dersom sakens faktum åpner for det – et primært og et subsidiært.

5 Avslutning

Gjennomgangen viser at prinsippet om at avtaler skal holdes fortsatt står sterkt i norsk rett. Det skal mye til for å revidere en avtale inngått mellom to næringsdrivende parter på grunn av endrede omstendigheter – men det *er* mulig. Det vil imidlertid være opp til domstolene å avgjøre hvilke momenter som kan være utslagsgivende i revisjonsspørsmålet.

Uttalelsene i forarbeidene om at Høyesterett skulle trekke opp retningslinjer for lempningsvurderingen, kan gi inntrykk av at lovgiver forutsatte at generalklausulen ville påberopes i et stort antall saker.¹⁸¹ Mangelen på tvister som prosederes med grunnlag i avtaleloven § 36 kan dermed være en utfordring ved oppgaven Høyesterett ble tildelt.

Årsaken til fraværet av rettsavgjørelser knyttet til kommersielle avtaleforhold kan være todelt. For det første vil tvister mellom profesjonelle parter ofte løses utenfor domstolene. For det andre kan Høyesteretts restriktive holdning i de få sakene som har stått for domstolene medføre at profesjonelle parter velger et annet rettsgrunnlag. Dermed kan disposisjonsprinsippet begrense mulighetene Høyesterett har til å trekke opp retningslinjer for rimelighetsvurderingen. Dette medfører også en begrensning i variasjonene av typetilfeller som fremstilles for domstolene. Dermed kan dette være en medvirkende årsak til mangelen på retningslinjer for hvordan ulike variabler påvirker lempningsterskelen.

I forlengelsen av dette kan det tenkes at avtaleloven § 36 vil påberopes i flere kommersielle tvister i kjølvannet av koronapandemien og Ukraina-krigen. Det kan ha oppstått mange utfordringer for langsiktige avtaler som var inngått før disse ekstraordinære begivenhetene inntraff. Disse omstendighetene skiller seg klart fra flere av de tidligere rettsavgjørelsene hvor Høyesterett har latt avtalene stå urørt av hensyn til avtalt eller underforstått risikofordeling. Det dynamiske aspektet ved lempningsbestemmelsen åpner for en utvikling i rettsstilstanden for denne typen senere inntrådte forhold.

¹⁸¹ Ot.prp.nr. 5 side 12.

Litteraturliste

Love:

Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687

Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.

Forarbeider:

NOU 1979:61 NOU 1979:61 Standardkontrakter

NOU 1979:32 NOU 1979:32 Formuerettslig regel

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

Rettspraksis:

Norske høyesterettsavgjørelser

Rt. 1988 s. 276 Røstad

Rt. 1988 s. 295 Skjelsvik

Rt. 1998 s. 1683 Østfold Energi

Rt. 1994 s. 626 Wasa

Rt. 1995 s. 1333 Enqvist

Rt. 1999 s. 922 Salhus flytebro

Rt. 2000 s. 806 Konesjonskraft

Rt. 2003 s. 1132 Norrønafly

Rt. 2004 s. 1545 Vesta

Rt. 2010 s. 1345	Oslo Vei
Rt. 2011 s. 1359	
Rt. 2012 s. 393	Ugland
Rt. 2012 s. 1537	Smestad
Rt. 2013 s. 388	Røeggen
Rt. 2013 s. 1316	Ungbo
Rt. 2014 s. 351	HelgelandsKraft
Rt. 2014 s. 866	Fjord1
HR-2021-2364-A	Bilskadesenteret
HR-2022-1120-A	

Voldgiftsavgjørelser

ND-1985-234 (Mascot):	Norsk voldgiftsdom, 1985, Rettens medlemmer: Ikke publisert, publisert i Lovdata.
ND-1990-204 (Ula):	Norsk voldgiftsdom, 21. februar 1990, Rettens medlemmer: Dr. juris Sjur Brækhus, høyesterettsdommer Einar Løchen og høyesterettsadvokat Arild Ditlev-Simonsen, publisert i Lovdata.
ND-2000-240 (Troll):	Norsk voldgiftsdom, 15. desember 2000, Rettens medlemmer: Høyesterettsdommer Jens Bugge, høyesterettsadvokat Erling C. Hjort og professor dr. juris Viggo Hagstrøm, publisert i Lovdata.

Svenske rettsavgjørelser

NJA 1979 s. 666 HD.
 NJA 1984 s. 229 HD.
 NJA 1989 s. 346 HD.

Danske rettsavgjørelser

U.1982.176 H.D.

U.1988.1036 H.D.

U.1988.1042 H.D.

Fagbøker:

- Giertsen (2021) Giertsen, Johan, Avtaler, 4. utgave, Universitetsforlaget 2021
- Hagstrøm m.fl. (2021) Hagstrøm, Viggo og Herman Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen og Inger Berg Ørstavik, Obligasjonsrett, 3. utgave, Universitetsforlaget 2021, Oslo
- Hauge (2009) Hauge, Hilde, Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner, 1. utgave, Universitetsforlaget 2009
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004, 3. opplag 2012, Oslo
- Woxholth (2014) Woxholth, Geir, Avtalerett, 9. utgave, Gyldendal Forlag 2014, Oslo
- Woxholth (2021) Woxholth, Geir, Avtalerett, 11. utgave, Gyldendal Forlag 2021, Oslo

Artikler:

- Mestad (2022) Mestad, Ola, «Kontraktsrevisjon. Læra om Brestande føresetnader og forholdet til avtalelova § 36» Jussens Venner 57, 2022/3, side 240-271
- Tørum (2007) Tørum, Amund, «Nordisk obligasjonsrett og dens betydning for norsk kontraktsrett» Tidsskrift for Rettsvitenskap 2007/4, side 563-578