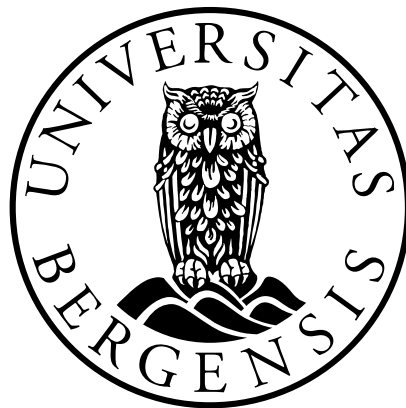


Kan hardshipklausuler være til hjelp ved endrede forhold i kommersielle kontrakter?

*Med særlig fokus på klimaendringers påvirkning
på kontraktsoppfyllelse innen entrepriser*

Kandidatnummer: 262

Antall ord: 14 298



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Kontraktsrettslige løsninger for revisjon, lemping og reforhandling.....	3
1.1.1 Kan hardshipklausuler være en velegnet mekanisme?.....	3
1.1.2 Akselererende klimaendringer som samfunnsaktuell utfordring	4
1.1.3 Hvordan kan klimaendringer berøre entrepriser i Norge?.....	6
1.2 Rettskildebildet og bruk av avtaleklausuler	7
1.2.1 Kontraktsrettsfeltet	7
1.2.2 Entrepriserettsfeltet	8
1.2.3 Hvordan er hardship regulert?.....	9
1.2.4 Hardship som avtaleregulering.....	11
2 Nærmere om hardshipklausuler	13
2.1 Bakgrunnen for hardshipklausuler	13
2.1.1 Klausulens opprinnelse	13
2.1.2 Klausulens virkeområde	15
2.2 Forholdet til bakgrunnsretten	15
2.2.1 Oversikt over revisjonsgrunnlag og mekanismer.....	15
2.2.2 Avtaleloven § 36	16
2.2.3 Læren om bristende forutsetninger	19
2.2.4 Avgrensningen til force majeure	21
2.3 Partenes formål med en hardshipklausul.....	23
2.4 Klausulens alminnelige innhold	24
2.4.1 Felles trekk ved hardshipklausuler.....	24
2.4.2 Reklamasjon – en betingelse for påberopelse av hardship?.....	26
3 Terskelen – hva skal til for å utløse hardshipklausulen?.....	27
3.1 Rettsfaktasiden: Inngangsvilkårene.....	27
3.1.1 Det må inntre en endringshendelse	27
3.1.2 Hendelsen må ha innvirkning på kontraktsforholdet	28
3.1.3 Hvor høyt ligger terskelen?	29
3.2 Terskelen i forhold til avtaleloven § 36, forutsetningslæren og force majeure.....	30

4	Rettsvirkningssiden: Grunnlag for reforhandlinger eller revisjon?.....	32
4.1	Hvilke rettigheter og plikter foreskriver hardshipklausulen?.....	32
4.2	Hva innebærer reforhandlingsplikten?	34
4.3	Hva skjer med kontraktsforpliktelsene under reforhandlingene?	35
4.3.1	Fortsatt kontraktsforpliktelse i reforhandlingsperioden?	35
4.3.2	Kort om oppfylleelsesplikten etter reforhandlingsperioden.....	37
5	Subsidiære rettsvirkninger – regulering av mislykkede reforhandlinger	39
5.1	Ulike former for subsidiære rettsvirkninger	39
5.2	Effekten av de subsidiære reguleringene	40
5.3	Kan hardshipklausulen ha andre rettslige virkninger?	40
6	Sammenfatning og avsluttende refleksjoner	43
6.1	Oppsummering av mine funn	43
6.1.1	Hva vil en god hardshipklausul inneholde av vilkår og rettsvirkninger?.....	43
6.1.2	Vil hardshipklausuler tilby noe annet enn bakgrunnsretten?	45
6.2	Fremtidig rettsutvikling og anbefaling til entreprensebransjen	46
	Kildeliste	48

1 Innledning

1.1 Kontraktsrettslige løsninger for revisjon, lemping og reforhandling

1.1.1 Kan hardshipklausuler være en velegnet mekanisme?

I denne masteroppgaven vil jeg undersøke hvorvidt hardshipklausuler er velegnet til å håndtere kontraktsrettslige utfordringer som følge av endrede forhold underveis i kontraktsperioden. De siste årene er det flere eksempler på endrede forhold som vanskeliggjør normal kontraktsoppfyllelse. Blant annet kan nevnes koronapandemien, angrepskrigen i Ukraina, samt økte energipriser og varemangel. I tillegg er klimaendringene i vår tid overhengende, og kan ventes å skape flere vanskeligheter for kontraktsforhold. Av denne grunn vil jeg bruke min oppgave til å analysere ulike løsninger for revisjon, lemping og reforhandling av kommersielle kontrakter, når forholdene endres.

For å belyse – og avgrense – min valgte problemstilling vil jeg trekke frem klimaendringer som en aktuell type endrede forhold, og vil innenfor kontraktsrettsfeltet studere entreprisekontrakter. I lys av klimarapportene fra FNs klimapanel (IPCC) er det grunn til å tro at klimaendringene blir et stadig økende problem, med drastiske konsekvenser. Entrepriseforhold, som kjenne- tegnes av lang varighet, omfattende kontraktsprestasjoner og utførelse utendørs, er en type kontraktsforhold som er særlig utsatt for å berøres av konsekvenser av klimaendringer. Derfor anses entreprisekontrakter som et egnet fokusområde for oppgavens problemstilling.

Det overordnede prinsippet og hovedregelen i avtaleforhold er «pacta sunt servanda» – at avtaler skal holdes.¹ Prinsippet innebærer at kontraktspartene er bundet til å oppfylle de pådratte forpliktelser, og er avgjørende for at samfunns- og handelsliv skal gå rundt. Utgangspunktet tilsier implisitt at avtalen skal holdes på de betingelser partene har vedtatt ved avtaleslutningen, «slik avtalen står». En hardshipklausul, som er et avtalebasert reforhandlings- eller revisjons- grunnlag, representerer et unntak fra denne hovedregelen. I alminnelighet fastsetter hardship- klausulen at dersom visse omstendigheter inntreffer, som i vesentlig grad påvirker oppfyllelses- evnen og dermed forrykker partsbalansen, plikter partene å vurdere en endring av avtalens

¹ Haaskjold (2013) s. 49–50; Woxholth (2017) s. 23–24; Hagstrøm et.al. (2021) s. 266; Bjella (2002) s. 282.

(berørte) betingelser. Målsetningen med reforhandlingene eller revisjonen er å gjenopprette balansen i kontraktsforholdet. En avtalerevisjon vil endre omfanget av partenes kontraktsforpliktelser, men avtalen skal fremdeles holdes og gjennomføres.

Det sentrale spørsmålet denne oppgaven vil søke å besvare er derfor: Kan hardshipklausuler være en del av løsningen for å lette profesjonelle entreprisekontraktsparters gjennomføring av kontrakten i møte med endrede forhold, slik som konsekvenser av klimaendringer?

1.1.2 Akselererende klimaendringer som samfunnsaktuell utfordring

Klimaet på jordkloden bestemmes av en balanse mellom solens stråling, jordens egenskaper til å absorbere og sende ut stråling, og tilstedeværelsen av ulike klimagasser.² Siden den industrielle revolusjon har forekomsten av klimagasser økt betraktelig, noe som kan knyttes til menneskelig aktivitet.³ Klimagassutslippene fører til en intensivert drivhuseffekt i jordens sfære, og det skjer en global oppvarming.

Allerede synes effekter av den globale oppvarmingen. På et globalt nivå fører klimaendringene til forsuring av nedbør og hav, økning i temperaturer, smelting av isbreer og stigning i havnivå.⁴ Andre effekter er blant annet økt forekomst av kraftig nedbør, oversvømmelser, branner og tørke. I sin sjette hovedrapport skildrer FNs klimapanel hvordan farene ved og konsekvensene av klimaendringer også er mer hyppig forekommende i alle verdensdeler, med regionalt økende temperaturer og mer ekstremvarme, tørke og skogbranner.⁵ De siste tre års tørke, rekordvarme og skogbranner i Spania kan tjene som aktuelt eksempel.⁶

Klimaendringene har medført tap og skader på menneskesamfunn, biologisk mangfold og økosystemer, i vann så godt som på land. Konsekvensene av klimaendringene er i tillegg tiltagende, og akselereres gjennom et samspill av faktorer. Interaksjonen mellom menneskelig atferd og konsekvenser av klimaendringer har en direkte påvirkning på blant annet økosystemers funksjonalitet, menneskers liv, helse og levedyktighet, samt vanntilgang og matsikkerhet. Av spesielt stor betydning er samspillet mellom klimaendringer, branner og endringer i landbruk,

² Bjerknessenteret (2021).

³ Bjerknessenteret (2021); IPCC (2023) s. 4.

⁴ IPCC (2023) s. 7.

⁵ IPCC (2022) s. 44.

⁶ Elster (2023); Elster og Aasen (2023).

da særlig ved menneskedrevet avskoging.⁷ Hvordan mennesker lever i samfunn og bruker naturen i dag bidrar altså til å fremskynde og forsterke klimaendringene.

Klimaendringene vil gi synlige effekter og merkbare konsekvenser også i Norge.⁸ Samlet sett må vi vente oss et mildere klima med høyere gjennomsnittstemperaturer og temperaturtopper, samt mer og kraftigere nedbør, herunder i form av styrtregn. Oppvarmingen blir størst om vinteren, hvor vintersesongen vil bli kortere og inneholde mindre snø. Vannmengden i elvene styres av nedbørmengden, snøsmelting og fordampning. Med økt nedbør vil regnflommer fra elver både bli markant større og forekomme oftere. Når fuktighetsnivåene i bakken endres av forandringer i nedbørmønsteret vil det også medføre større sjanse for tørke om førsommeren og sommeren, noe som vil påvirke jord- og skogbruk, vanningsbehov og skogbrannfare. Eksempelvis førte nedbørsfattige vårmåneder til norske tørkerekorder i 2022.⁹ Ofte og mer kraftig nedbør som styrtregn vil videre gi økt hyppighet av skred i bratt terreng, både i form av jordskred og flomskred. Til illustrasjon førte store mengder styrtregn over et stort geografisk område til at Tyskland, Belgia og Nederland sommeren 2021 ble rammet av «katastrofeflom» og jordskred. Et slikt scenario kan også tenkes å forekomme i Norge, riktignok i noe mindre skala grunnet beliggenhet og normalklima.¹⁰

Det er altså drastiske endringer som ventes, og som vil påvirke mange deler av globalt, regionalt og lokalt natur- og samfunnsliv. Den globale oppvarmingen i seg selv er saktegående, og bør imøtegås med grep for å redusere og reversere effektene av klimaendringer. Hvordan en skal tilpasse seg til de enkeltstående utslagene av klimaendringene, slik som ekstremværhendelser, er et mer komplekst spørsmål. Ettersom været blir mer upåregnelig, kan det ikke fastslås på forhånd akkurat når, hvor og i hvilket omfang ekstremværhendelser vil ramme. Det skaper en oppfordring til å foreta tilpasninger i mange deler av samfunnet, herunder i kontraktsforhold.

⁷ IPCC (2022) s. 44–45.

⁸ CICERO og Vestlandsforskning (2018) pkt. 2.4 Klimaframskrivninger, s. 18–27.

⁹ Iversen (2022).

¹⁰ Wictorsen (2021); Aftenposten (2022).

1.1.3 Hvordan kan klimaendringer berøre entrepris i Norge?

Entrepriseretten omfatter avtaler om bygge- og anleggsarbeider som skal utføres på fast grunn.¹¹ Et gjennomgående kjennetegn for entreprisekontrakter er deres lange tidsperspektiv. Det tar lang tid fra en bindende avtale om utførelse av byggearbeider inngås, til prosjektet er ferdigstilt – i enkelte tilfeller, opptil flere år. Denne tidsdimensjonen skaper i seg selv et usikkerhetsmoment ved risiko for endrede forhold. Ettersom en overveiende del av byggearbeidene finner sted utendørs, er entreprisekontrakter i tillegg gjennomgående mer utsatt for værforholdenes innflytelse enn mange andre kontrakter. Kulde, tørke, ekstrem nedbør og andre natur- og værhendelser kan virke inn på fremdriften eller sette en stopper for prosjektet. Videre dreier entreprisprosjekter seg om kompliserte ytelser, blant annet siden delytelsene presteres suksessivt frem mot ferdigstilling, og entreprenøren vanligvis er ansvarlig for en meget omfattende prestasjon.¹² På grunn av disse særtrekkene er entrepriseretten et felt som trolig vil erfare effektene av klimaendringer i større grad enn enkelte andre. Beliggenheten til et entrepriseprojekt vil føre med seg et eget risikobilde, for eksempel for høyere vannstander, ekstrem nedbør, regnflom, jordskred eller snøskred.

På et byggeprosjekt er det flere ledd i prosessen, fra prosjektets idéstadium, tegning, beregning og finansiering, til anbudskonkurranse og endelig utførelse av arbeidene. Mellom leddene kan det oppstå samordningsvansker, og problemer i et ledd kan skape ringvirkninger. Funksjonsdelingen og det mangeartede risikobildet skaper et av de største usikkerhetsmomentene ved et byggeprosjekt.¹³ Av denne grunn er det for entreprisekontrakter vanlig å operere med en risikofordeling som følger funksjonsdelingen på prosjektet.¹⁴ I et entrepriseforhold kan risikoen ses som et spørsmål om hvilke hindringer entreprenøren plikter å overvinne, versus hva entreprenøren kan kreve dekket eller bistått av byggherren. Dette aktualiseres også av konsekvenser av klimaendringers potensielle intervensjon i et byggeprosjekt.

Kontraktsretten har lang tradisjon for å regulere og håndtere risiko av ulike slag, både ved avtaleklausuler og bakgrunnsrett. Jeg vil se nærmere på om de tradisjonelle kontraktsrettslige virkemidlene er tilstrekkelig gode for å håndtere oppfyllelsesvansker, eller om hardshipklausuler kan tenkes å tilføre en rettslig mekanisme det er behov for – særlig i endrende tider.

¹¹ Hagstrøm og Bruslerud (2014) s. 19.

¹² Ibid. s. 21–22.

¹³ Ibid. s. 22–23.

¹⁴ Ibid. s. 198–200.

Utfordringene som klimaendringene skaper er en motivasjon og et interessefelt for denne oppgaven, men de vil i den rettslige analysen utgjøre et bakteppe og en variabel, som en av flere utfordringer som kontraktsrettslige mekanismer skal imøtekomme.

1.2 Rettskildebildet og bruk av avtaleklausuler

1.2.1 Kontraktsrettsfeltet

Kontraktsrett er et rettsområde hvor det tradisjonelt har vært lite lovgiveraktivitet.¹⁵ Norsk og nordisk kontraktsrett er mer lovregulert enn i «common law»-rettssystemer, men i motsetning til mer utpregede «civil law»-rettssystemer er vår lovgivning en kasuistisk regulering av utvalgte avtale typer.¹⁶ I fraværet av autoritative rettskilder som trekker opp generelle rammer, har rettspraksis og juridisk teori bidratt til å utvikle bakgrunnsretten, herunder et sett med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.¹⁷ Disse prinsippene er styrende for kontraktsinngåelse og -gjennomføring på alle avtalefelt.

Prinsippet om avtalefrihet utgjør det rettslige utgangspunktet i all obligasjonsrett.¹⁸ Avtalefrihet innebærer at partene som utgangspunkt står fritt til å regulere sine formuerettslige forhold gjennom bindende avtale.¹⁹ Partenes enighet er det bindende element, og partene er bare bundet til det de har blitt enige om. Derfor vil avtalen som partene har inngått være den primære rettskilden når partenes rettigheter og plikter i avtaleforholdet skal fastsettes. På bakgrunn av avtalefriheten vil mesteparten av avtaleregulering stå seg i forhold til lovgivning og bakgrunnsrett, som for det meste er deklarasjonsrett.²⁰ Funksjonen til lovgivning, rettspraksis, kontraktspraksis og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper vil hovedsakelig være å utfylle avtalen ved behov, og supplere tolkningen av avtalen.²¹

Ved skriftlige avtaler utgjør den nedtegnede kontraktsreguleringen rammeverket for partenes mellomværende i avtaleperioden. Mange parter vil velge å benytte standardkontrakter som mal,

¹⁵ Heggberget og Nyland (2000) s. 252.

¹⁶ Lilleholt (2017) s. 115–116; Alvik (2017) s. 379.

¹⁷ Heggberget og Nyland (2000) s. 252.

¹⁸ Haaskjold (2017) s. 15.

¹⁹ Hov og Høgberg (2017) s. 32; Haaskjold (2013) s. 28–48; Woxholth (2017) s. 27; Giertsen (2021) s. 6–8.

²⁰ Cordero-Moss (2011) s. 116.

²¹ Haaskjold (2017) s. 15; Alvik (2017) s. 380; Heggberget og Nyland (2000) s. 252.

eller som normgivende veiledning.²² Blant flere anerkjente standardreguleringer vil både den mellomstatlige organisasjonen UNIDROIT sine Principles of International Commercial Contracts og Det internasjonale handelskammerets (ICC) modellregler trekkes inn for eksemplifisering av kontraktsregler i denne oppgaven.

1.2.2 Entrepriserettsfeltet

Entrepriseretten er underlagt den alminnelige kontraktsretten, men har også et sett med egne regler spesielt tilpasset og utviklet for entrepriseforhold, med bidrag fra bransjeaktørene selv. Utover lovverk for håndverkertjenester og boligoppføring utført for forbrukere,²³ er avtaler om bygg og anlegg (entreprise) ikke lovregulert. Byggherren for et entrepriseprojekt vil ofte være en profesjonell part, slik at entreprisavtaler ofte er kommersielle. Dermed er det lite av ufravikelig utjevningsregelverk som griper inn i partsrelasjonen. Entreprisekontraktsparter har følgelig stor grad av selvbestemmelse og avtalefrihet, noe som gjør at kontraktsreguleringen får en vesentlig betydning.

Når entrepriseforholdene i tillegg er langsiktige og angår kompliserte ytelser og store verdier, er det fordelaktig med grundige og detaljerte kontraktsbestemmelser. For å balansere og ivareta både byggherrens og entreprenørens interesser har det blitt fremforhandlet såkalte «agreed documents», i form av standardkontraktene Norsk Standard (NS). Det at standardkontraktene er utformet med representasjon fra interesseorganisasjoner fra begge sider i kontraktsforholdet, gjør slike kontrakter til relativt tungtveiende rettskilder. I rettspraksis legges det derfor stor vekt på det som fremkommer av standardkontrakter, nettopp av hensyn til partenes avtalefrihet og den aktuelle bransjepraksis.²⁴ Domstolene vil i tillegg være tilbakeholdne med å overprøve avtalebestemmelsene i slike standardkontrakter.²⁵

²² Lilleholt (2017) s. 38–40.

²³ Regulert i hhv. lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven) og lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova).

²⁴ Bl.a. Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59: «For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden [...]. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.»

²⁵ Bl.a. HR-2022-1120-A avsnitt 69: «terskelen for [...] avtalerevisjon må vera svært høg når kontrakten [...] er tufta på ein standardkontrakt».

Slik som ellers i kontraktsretten, er det i entreprisekontraktforhold normalt en felles forståelse om at de avtalte arbeider skal fullføres uten hensyn til om det inntreffer hindringer eller vansker for virksomheten.²⁶ I henhold til hovedregelen «pacta sunt servanda» er formålet å ivareta og oppfylle begge parter grunnleggende interesser i det avtaleforholdet de har inngått. Endrede forhold som hindrer entreprenøren i å oppfylle kontraktsforpliktelsen som forutsatt skal heller avhjelpest av kompenserende tiltak som fristforlengelse og vederlagsjustering. Hvordan endrede forhold skal møtes av kontraktspartene, vil avhenge av hvem som regnes for å bære risikoen.

Standardkontraktene for entrepriseforhold bygger gjennomgående på et system som fordeler risikoen i tre kategorier.²⁷ Dersom entreprenøren bærer risikoen for et inntrådt forhold som vanskeliggjør kontraktsoppfyllelse, er det ingen hjemmel for å innvilge fristforlengelse eller vederlagsjustering. Arbeidet må derfor utføres, på tross av vanskeligheter, uten noen kompensasjon eller avbøtende tiltak. Forhold på byggherrens side som hindrer fremdriften eller øker arbeidsmengden gir derimot entreprenøren rett på forlengelse av ferdigstillingsfrist eller vederlagsjustering.²⁸ Der «fremdriften av deres forpliktelser hindres av forhold utenfor [partenes] kontroll» (avtalefestet «force majeure» i NS-kontraktene), gis partene rett på fristforlengelse, men ikke justering av vederlag.²⁹

Vanskeligheter som følge av uventede endrede forhold gir etter dagens NS-regulering ikke rett til revisjon eller reforhandlinger av avtalebetingelsene. Det må i så fall følge av annet grunnlag.

1.2.3 Hvordan er hardship regulert?

Betegnelsen «hardship» viser til en situasjon der en kontraktspart utsettes for vanskeligheter med å oppfylle en kontraktsforpliktelse, som følge av endrede forhold etter at avtalen ble inngått. Inngangsvilkår stiller krav til den inntrådte omstendigheten, og rettsvirkningen av at hardship foreligger, er at partene plikter å reforhandle avtalen eller foreta en avtalerevisjon. Det er også vanlig med en konsekvensregulering som skal tre inn subsidiært, dersom det ikke

²⁶ Hagstrøm og Bruserud (2014) s. 189–191, med henvisning til Tore Sandvik, *Entreprenørrisikoen* (1966) s. 106 flg.

²⁷ *Ibid.* s. 190–193.

²⁸ NS 8407 pkt. 33.1 og 34.1, NS 8405 pkt. 24.1 og 25.2 og NS 8406 pkt. 19.1 og 22.1.

²⁹ NS 8407 pkt. 33.3, tilsvarende i NS 8405 pkt. 24.3 og NS 8406 pkt. 20.

oppnås enighet om en avtalerevisjon. Vilkårene og rettsvirkningene introduseres i pkt. 2.4, og behandles nærmere i pkt. 3, 4 og 5.

Noen direkte regulering av hardship-tilfeller er ikke å finne i norsk lovverk, og derfor heller ikke i lovforarbeider. Likhetsstrekk finnes med vilkårene for kontrollansvaret (også kalt hindringsansvaret eller hindringsfritak), kodifisert blant annet i lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven) §§ 27 og 40.³⁰ Rettsvirkningene er imidlertid ulike fra hardship ettersom kontrollansvaret regulerer erstatningsansvar. Siden hardship kan gi rettslig grunnlag for revisjon har slik regulering videre en kontaktflate mot andre rettsgrunnlag for avtalelemping, noe som vil behandles i pkt. 2.2. Mangelen på lovregler om hardship medfører at det etter gjeldende rett er en form for frivillig avtaleregulering. Juridisk litteratur er en fremtredende rettskilde på kontraktsrettsfeltet, og hardship som avtaleregulering er behandlet i et utvalg juridiske analyser.

Hardshipklausuler har oppstått gjennom kontraktspraksis, og kan gjenfinnes i ulike former i kontrakter i ekte handelsliv.³¹ Varianter av reforhandlings- og revisjonsklausuler med formål å gjenopprette kontraktsbalansen etter endrede forhold er vanlig i flere lands rett, og opptrer også under andre tilnavn. Noen eksempler er «Review Clause», «Frustration of Purpose», «Change of Circumstances», «Change of Law», «Imprévision» (mangel på fremsyn) og «Wegfall der Geschäftsgrundlage» (bortfall av forretningsgrunnlag).³² I likhet med *hardship* adresserer de nevnte betegnelsene ved sin ordlyd det situasjonsbestemte behovet for en slik klausul. Selv om flere av betegnelsene er treffende, vil denne typen reforhandlings- og revisjonsklausuler for enkelhetsskyld omtales som hardshipklausuler.

Når det gjelder rettspraksis, har Høyesterett kun behandlet hardshipregulering i ett tilfelle, hvilket var dommen inntatt i Rt. 1998 s. 1683 (*Østfold Energi*). Saken gjaldt spørsmål om revisjon av en avtale om kraftleveranse mellom to profesjonelle parter, etter at avtalen kom i ubalanse ved ikrafttredelsen av ny energilov. Partene var enige om at dette var en endring som utløste deres hardshipklausul, og det ble igangsatt reforhandlinger. De kom imidlertid ikke i mål med en avtalerevisjon. Kjernen i tvisten gjaldt rekkevidden og virkningene av hardshipklausulen. Tvistespørsmålene var hvorvidt den faktiske og kontraktsrettslige situasjonen hadde

³⁰ I tillegg regulert i f.eks. håndverkertjenesteloven § 28 første ledd, og lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eidegom (avhendingsloven) § 4-5 første ledd.

³¹ Eksemplifisering av klausulutforming i Bruserud (2010) bl.a. s. 47–48. Se også klausulene i LB-2001-3853 og LA-2003-17461.

³² Bruserud (2010) s. 22; Heggberget og Nyland (2000) s. 257 og s. 306; UNIDROIT Principles Art. 6.2.1 Comment 2.

medført at den opprinnelige avtalen bortfalt, samt hvorvidt en fremforhandlet avtale med nye betingelser kunne bli lagt til grunn som ny avtale av retten. Begge spørsmålene ble besvart avvisende av Høyesterett.³³ Dermed gjaldt den opprinnelige kraftleveranseavtalen inntil videre, på tross av reforhandlingene og en nesten vellykket avtalerevisjon. Andre sider av dommens spørsmål vil jeg komme tilbake til i pkt. 2.2.2 og 5.3.

Av underrettspraksis finnes det flere lagmannsrettsdommer som behandler hardshipklausuler, hvorav jeg vil trekke inn enkelte av dem i oppgaven.

1.2.4 Hardship som avtaleregulering

Som et utslag av partenes avtalefrihet og selvbestemmelsesrett kan kontraktspartene velge å innta avtalebestemmelser som foreskriver fremgangsmåter og løsninger ved diverse scenarioer. Hardshipklausuler kan betraktes både som regler med formål å justere kontraktsforpliktelsene (revisjon), og med formål å regulere misligholdstilfeller (en form for misligholdsbeføyelse).³⁴

Hardshipklausuler har til hensikt å regulere konsekvensene av at utviklingen tar en annen vei enn ventet, eller av at en bestemt forutsetning ikke slår til,³⁵ hvorpå de opprinnelige avtalebetingelsene ikke lenger fremstår som bærekraftige. Tradisjonelt er hardshipklausuler tiltenkt tilfeller av en irregulær økonomisk utvikling, stigning i råvarepriser, endringer i regelverk og lignende forhold som skaper en (økonomisk) tyngende oppfyllelsessituasjon for en kontraktspart.³⁶ Hardship kan likevel romme mangfoldige oppfyllelsesvansker, som vil beskrives nærmere i pkt. 3.1. Klausulen er åpen for påberopelse av begge parter – den favoriserer ikke den ene partssiden av kontraktsforholdet. I det virkelige liv vil det likevel antakelig være parten som skal prestere realytelsen (realdebitoren, slik som en entreprenør) som oftest får behov for å gjøre klausulen gjeldende.

I utgangspunktet kan kontraktsparter både foreslå og bli enige om å justere sine avtalebetingelser, eventuelt frivillig starte reforhandlinger av avtalen. Det følger i så fall av avtalefriheten og selvbestemmelsesretten, og ikke av et særskilt rettsgrunnlag slik som en hardship-

³³ Rt. 1998 s. 1683, s. 1700 (førstvoterende). Dissens 3–2 i sakens materielle spørsmål.

³⁴ Hansen (2011) s. 470.

³⁵ Færstad og Taule (2018) s. 302.

³⁶ Se Meidell (2002) s. 501–503. LB-2001-3853, referert nedenfor i pkt. 6.1.1, er illustrerende.

klausul. I tillegg kan partene måtte vurdere å imøtekomme forespørsler om reforhandlinger i henhold til den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold, på bakgrunn av at begge parter plikter «å ta rimelig hensyn til den annens interesser».³⁷ Uten et rettsgrunnlag har partene imidlertid bare en reforhandlingsrett, ikke en plikt – én part kan ikke ensidig tvinge sin medkontrahent til reforhandlinger. Ettersom hardshipklausuler foreskriver en revisjons- eller reforhandlingsplikt for partene, kan en hardshipklausul på mange måter anses som «en avtale om å avtale», med likhetstrekk til en intensjonsavtale.³⁸

³⁷ Haaskjold (2013) s. 78 og 85; Grönfors (1995) s. 62–64; Meidell (2002) s. 501; Christophersen (2012) s. 489.

³⁸ Sund-Norrgård (2013) s. 324.

2 Nærmere om hardshipklausuler

2.1 Bakgrunnen for hardshipklausuler

2.1.1 Klausulens opprinnelse

Hardshipklausuler regnes for å ha sitt rettslige utspring i engelsk og amerikansk rett, altså common law-rettssystemer, som del av såkalte «boilerplate clauses». Boilerplate clauses er en sekkebetegnelse på standardiserte klausuler som ofte inntas i sluttdelen av store, kommersielle kontrakter, uten nærmere tilpasning til det konkrete avtaleforholdet.³⁹ Samlingen omfatter gjerne statuering av kontraktens uttømmende regulering, skriftlighetskrav for endringsavtaler, skadesløsklausul, tvisteløsningsklausul, valg av jurisdiksjon, force majeure-regulering, samt hardshipklausul, med mer.⁴⁰

Denne typen klausulimplementering er vanlig i land som opererer med en mer objektiv og restriktiv avtaletolkning enn i Norge. I eksempelvis engelsk rett er domstolen meget tilbakeholden med å anvende en tolkningsteknikk som fraviker eller strekker på ordlyden, siden det anses for å svekke forutberegneligheten. Hensynet til forutberegnelighet står sentralt i engelsk kontraktsrett, og utgjør et hovedformål ved avtaletolkning.⁴¹ Av denne grunn anlegges en objektiv tolkningspraksis, beskrevet slik av Giuditta Cordero-Moss:

«Det domstolen baserer seg på, er kontraktens ordlyd og dens språklige betydning sett i lys av hvordan ordlyden objektivt ville bli oppfattet av en tredjepart med den bakgrunnskunnskap som partene må antas å ha hatt på kontraheringstidspunktet.»⁴²

Til sammenligning har Høyesterett beskrevet utgangspunktet for avtaletolkning i norsk rett slik:

«[Det er] klart at avtalen, som er inngått mellom to næringsdrivende, må tolkes objektivt, jf. Rt-2010-1345 avsnitt 59. Dette innebærer imidlertid ikke at en er henvist til en ren ordfortolkning. En rekke elementer vil kunne være relevante for tolkingen. [...] Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.»⁴³

³⁹ Cordero-Moss (2011) s. 3; Lilleholt (2017) s. 110; Christophersen (2012) s. 475.

⁴⁰ Cordero-Moss (2011) s. 119–125.

⁴¹ Cordero-Moss (2016) s. 280.

⁴² Ibid. s. 280–281.

⁴³ HR-2016-1447-A avsnitt 38, med videre henvisning til Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44.

Felles er altså at avtaler mellom profesjonelle parter må underlegges en objektiv ordlydstolkning, men det er i norsk rett også rom for å supplere med formålsbetraktninger og andre reelle hensyn.⁴⁴ Dette gjør at norsk praksis for avtaletolkning er noe romsligere, og ifølge Cordero-Moss blir utfallet etter engelsk og norsk avtaletolkningspraksis ofte forskjellig, på tross av et lignende utgangspunkt.⁴⁵

Av forutberegnelighetshensyn skjer avtaleutfylling ytterst sjelden etter engelsk rett, selv der det gir sterkt urimelige konsekvenser eller et utilfredsstillende resultat.⁴⁶ Effekten blir selvforsterkende – «[h]vis kontrakten ikke blir utfylt av domstolen, kan partene regne med at kontrakten utgjør all reguleringen som de skal forholde seg til».⁴⁷ Resultatet er en avtalepraksis hvor avtalen skal regulere partsforholdet mer eller mindre uttømmende. Overfor en slik tolkningspraksis er det derfor både nødvendig og fornuftig av partene å innta klausuler i avtalen for å verne egne interesser, herunder sikkerhetsventiler, som boilerplate clauses representerer.

Å regulere løsninger for ulike tenkelige scenarioer som kan oppstå i kontraktsforholdet er heller ikke uvanlig i norsk rett, særlig i kommersielle kontraktsforhold. Hardshipregulering har blitt benyttet i mange år både i common law- og civil law-rettsystemer, og generelt kan slike klausuler neppe sies å innføre et ukjent konsept i norsk rettsorden.⁴⁸ På bakgrunn av avtalefriheten er det i utgangspunktet metodisk uproblematisk å anvende et rettslig konsept fra common law, eller andre lands rett, i et norsk rettskildetilbud. Hvilket lands rett en kontrakt er inngått i, vil bare påvirke kontraktsforholdet ved at den aktuelle bakgrunnsretten vil farge av på – og eventuelt begrense – kontraktsreguleringen.⁴⁹ En avtaleklausul sine reelle regulerende funksjoner vil nemlig være avhengig av forholdet til deklarasjons- og preseptorisk bakgrunnsrett. Bakgrunnsretten blir «en premissleverandør ved tolkningen» av avtalebestemmelsene, og en «målestokk» som alternativ regulering.⁵⁰ Det nærmere forholdet mellom hardshipklausuler og beslektede mekanismer i norsk bakgrunnsrett vil tas opp i pkt. 2.2 nedenfor.

⁴⁴ Cordero-Moss (2016) s. 281, med henvisning til HR-2016-1447-A; Woxholth (2017) s. 406.

⁴⁵ Cordero-Moss (2016) s. 280–285.

⁴⁶ Ibid. s. 280.

⁴⁷ Ibid. s. 298.

⁴⁸ Bruserud (2010) s. 28.

⁴⁹ Cordero-Moss (2011) s. 116; Christophersen (2012) s. 489.

⁵⁰ Bruserud (2010) s. 35–37.

2.1.2 Klausulens virkeområde

En slik «fleksibilitetsklausul» som hardshipklausuler representerer kan i utgangspunktet være en aktuell avtaleregulering i flere typer avtaleforhold. Både private og offentlige avtaler, privatpersoner og profesjonelle parter, kan tenkes å ha behov for en slik mekanisme. Det som fremheves som det sentrale virkeområdet for hardshipklausuler er langvarige, kommersielle kontraktsforhold, som samarbeids- og prosjekteringsavtaler.⁵¹ Kjennetegnene er treffende for entreprisekontrakter. Behovet for fleksibilitet er trolig større når partene har investert store interesser og ressurser i kontraktsforholdet, og når tidsperspektivet medfører en risiko for endrede forhold i løpet av kontraktstiden.

2.2 Forholdet til bakgrunnsretten

2.2.1 Oversikt over revisjonsgrunnlag og mekanismer

På bakgrunn av hovedregelen om at avtaler skal holdes, må hver part i utgangspunktet selv «bære risikoen for sine forutsetninger og for at avtalen på grunn av etterfølgende forhold viser seg å bli mindre rimelig».⁵² Det skal tungtveiende grunner til for å utføre en avtalerevisjon.⁵³ Ved påregnelige kontraktsforstyrrende hendelser bør partene sikre seg ved å ta forbehold i kontrakten.⁵⁴ Imidlertid er det «ikke realistisk å tro at partene vil være i stand til i avtalen å forebygge alle de problemer som kan oppstå», ei heller at de blir enige om alle løsninger i kontraktsreguleringen.⁵⁵ Ved uforutsigbare utviklinger som skaper en vesentlig annerledes kontraktsituasjon, kan man behøve å tilpasse kontrakten.

Hardshipklausuler har likhetstrekk med de to allmenne revisjonsgrunnlagene som finnes i norsk bakgrunnsrett: den ulovfestede læren om bristende forutsetninger (forutsetningslæren), og lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) § 36. At forutsetningslæren og avtaleloven § 36 er å betrakte som separate rettslige grunnlag, til tross for stort overlapp, er bekreftet av Høyesterett.⁵⁶ Rettsgrunnlagene

⁵¹ Christophersen (2012) s. 473.

⁵² Woxholth (2017) s. 372, jf. også UNIDROIT Principles Art. 6.2.1, se pkt. 2.4 nedenfor.

⁵³ Woxholth (2017) s. 375–376; Hagstrøm et.al. (2021) s. 266.

⁵⁴ Haaskjold (2017) s. 211.

⁵⁵ Heggberget og Nyland (2000) s. 256.

⁵⁶ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 61, med henvisning til Rt. 1999 s. 922. Se også Lilleholt (2017) s. 249–250.

gir anledning til å endre eller sette til side (terminere) en avtale, dersom en forutsetning brister etter avtaleslutning, eller dersom kontrakten skaper urimelige virkninger for en av partene.

Av nært beslektede kontraktsmekanismer finnes force majeure. Uttrykket viser til ekstraordinære og upåregnelige begivenheter utenfor kontraktspartenes kontroll, som griper inn i deres mulighet til å prestere kontraktsmessig.⁵⁷ En slik klausul statuerer normalt ansvarsfritak for forsinket oppfyllelse av ens kontraktsforpliktelse når forsinkelsen skyldes en kontraktsregulert force majeure-begivenhet. En force majeure-hendelse kan være egnet til å skape hardship for partene, og følgelig kan begge klausuler tenkes å utløses av samme omstendighet.

Hvor i landskapet står så hardshipklausuler i forhold til de nevnte rettsgrunnlagene, og hva er behovet for en kontraktsklausul som regulerer revisjon når det allerede finnes rettslige grunnlag for dette? Høyesterett har i Rt. 2010 s. 1345 (*Oslo Vei*) uttalt at rekkevidden av lempingsgrunnlagene i avtaleloven § 36 og forutsetningslæren vil «[avhenge] av hvilke faktiske omstendigheter kravet om kontraktsrevisjon er basert på».⁵⁸ I tillegg må disse rettsgrunnlagenes avgrensning mot individuelle avtalereguleringer vurderes opp mot det konkrete avtaleforholdet. Forholdet mellom avtaleloven § 36 og forutsetningslæren vil ikke gjøres til gjenstand for egen drøftelse, men det finnes forarbeider og litteratur som behandler temaet.⁵⁹ Mitt fokus vil være å belyse virkeområdet til de forskjellige revisjonsgrunnlagene i norsk rett, som ledd i å vurdere hvorvidt hardshipklausuler kan utgjøre et nyttig verktøy for kontraktsparter.

2.2.2 Avtaleloven § 36

Paragraf 36 ble tilføyd avtaleloven i 1983, og er i dag den allmenne formuerettslige generalklausulen for lemping, herunder for avtaleforpliktelser. Etter § 36 første ledd første punktum kan en avtale «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». Bestemmelsen gir anvisning på at det skal foretas en helhetsvurdering av avtalens rimelighet. Ved at det skal ses hen til blant annet «senere inntrådte forhold» er bestemmelsen også en sikkerhetsmekanisme ved endrede omstendigheter som medfører en urimelig skjevhet i avtaleforhold, jf. § 36 andre ledd. Høyeste-

⁵⁷ Hagstrøm et.al. (2021) s. 287.

⁵⁸ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 61.

⁵⁹ Bl.a. NOU 1979: 32, s. 36 og 39; Haaskjold (2017) s. 235–236; Giertsen (2021) s. 333–335; Woxholth (2017) s. 371–380; Woxholth (2000) s. 108–131; Mestad (2022) s. 240–271.

rettspraksis viser at «[t]erskelen for lemping er høy – det er de helt klare urimeligheter som rammes»,⁶⁰ noe som underbygges av forarbeidene.⁶¹ Siden regelen skal tilkomme avtaleforhold med en sikkerhetsventil, kan en ikke avtale seg bort fra bestemmelsens vern, noe som gir den et preseptorisk element.

Av betydning for hardshipklausulens plass og funksjon i det kontraktsrettslige rettskildebildet, er blant annet hva slags forhold et avtaleregulert revisjonsgrunnlag har til avtaleloven § 36. Spørsmålet ble berørt i *Østfold Energi*-dommen, introdusert i pkt. 1.2.3, hvor partene hadde skrevet inn følgende avtaleklausul:

«Såfremt kontrakten skulle vise seg å gi urimelige og vesentlige utslag til skade for en av partene, kan forhandlinger om en revisjon av de angjeldende bestemmelser kreves opptatt.»

Retten fant at det ikke var grunnlag for å anvende avtaleloven § 36 når avtalen selv «inneholder en revisjonsklausul i § 10 som gir partene et redskap til å råde bot på slik urimelighet og ubalanse som § 36 skal rette opp».⁶² På denne måten overskrev avtaleklausulen virkeområdet til avtaleloven § 36, og en eventuell revisjon måtte derfor heller «bygges på kontraktens egen revisjonsklausul». Et mindretall på to dommere inntok derimot en videre forståelse, og mente at § 36 kunne få anvendelse. Det ble vist til at partenes revisjonsklausul, med ordlyden «revisjon av angjeldende bestemmelser», «ikke tilsier noen begrensning i anvendelsen av avtaleloven § 36». Mindretallet reserverte seg imidlertid uttrykkelig mot å «ha uttalt noe om forholdet mellom avtaleloven § 36 og kontraktsbestemte revisjonsklausuler i sin alminnelighet».⁶³

Flertallets votum tyder på at en avtaleklausul som håndterer samme situasjon og gir samme type mekanisme som avtaleloven § 36, vil gå foran, og sette § 36 til side. Etter mindretallets syn kan avtaleklausulen og § 36 utgjøre parallelle regler, såfremt klausulen åpner for det gjennom sin ordlyd. Dommen etterlater derfor noe tvil om klausultypens forhold til avtaleloven § 36, som jeg vil komme tilbake til i pkt. 5.3.

Avtaleloven § 36 kan få anvendelse uavhengig av om kontraktspartene er profesjonelle eller private. Lovutvalget avviste i sin tid å begrense lempingsregelens anvendelsesområde til

⁶⁰ Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 46.

⁶¹ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 30: «tilsidesettelse vil neppe skje uten at domstolene finner urimeligheten klart eller tydelig påvist». Se også Bjella (2002) s. 287–288.

⁶² Rt. 1998 s. 1683, s. 1697 (førstvoterende).

⁶³ Rt. 1998 s. 1683, s. 1701–1702 (tredjevoterende).

forbrukerbeskyttelse.⁶⁴ Det ble uttalt at når store deler av preseptorisk lovgivning, blant annet på grunn av behovet for klare grenser, har definert sitt virkeområde til forbrukerforhold, er det «all grunn til at generalklausulen bør kunne fange opp de urimelige kontraktsforhold mellom næringsdrivende». Rettspraksis har imidlertid vist at det skal mye til for å lempe en avtale mellom profesjonelle parter. På grunn av særegenhetene ved et kommersielt avtaleforhold kreves det «sterke grunner», «svært meget» eller «spesielt mye» for å konstatere urimelighet og revidere eller tilsidesette avtalte vilkår i kontrakter mellom næringsdrivende.⁶⁵ Det gjelder «enten [det] betegnes som resultat av generelle tolkningsprinsipper eller av avtalerevisjon».⁶⁶

I en avgjørelse fra i fjor, HR-2022-1120-A (*Veidekke*), tok Høyesterett uttrykkelig stilling til anvendelsen av avtaleloven § 36 på en kommersiell entreprisekontrakt. Tvisten stod mellom Statens Vegvesen og Veidekke Entreprenør AS, og spørsmålet var om entreprenørens brudd på forskriftsregler skulle få privatrettslig virkning mellom partene. Det ble uttalt at

«terskelen for ugyldighet eller avtalerevisjon [etter avtaleloven § 36] må vera svært høg når kontrakten er *inngått mellom profesjonelle partar og er tufta på ein standardkontrakt*».⁶⁷
(mine uthevinger)

Den høye terskelen fremstår for det første som begrunnet i det isolerte moment at partene er profesjonelle. «Kommersielle avtaler vil ofte være grundig gjennomtenkt og forberedt»,⁶⁸ og behovet for forutberegnelighet er særlig fremtredende i slike avtalerelasjoner.⁶⁹ Da det forventes at profesjonelle parter er i stand til å ivareta og forutberegne sin egen rettsstilling, kan det stilles høyere krav til juridiske og fysiske personer med særlig kunnskap og erfaring.⁷⁰ Dette reflekteres i en skjerping av terskelen for avtalerevisjon.

For det andre viser Høyesterett ved «når kontrakten [...] er tufta på en standardkontrakt» til kontraktsreguleringens betydning. Dersom «avtalen fremstår som velforberedt og har et høyt detaljnivå», enten den er kommersiell eller ikke, tillegges kontraktens ordlyd stor vekt.⁷¹ Avtalebestemmelser i standardkontrakter som er utformet av bransjeaktørene selv er basert på

⁶⁴ NOU 1979: 32, s. 47–48.

⁶⁵ Hhv. Rt. 2000 s. 806 (*Oslo Energi*) s. 815, Rt. 2003 s. 1132 (*Fornebu*) avsnitt 46 og Rt. 2012 s. 1537 avsnitt 46.

⁶⁶ Rt. 2000 s. 806, s. 815.

⁶⁷ HR-2022-1120-A, avsnitt 69.

⁶⁸ Woxholth (2017) s. 412.

⁶⁹ NOU 1979: 32, s. 48; Giertsen (2021) s. 173–174.

⁷⁰ Giertsen (2021) s. 173–174.

⁷¹ Woxholth (2017) s. 412.

erfaringsmessig kjente problemstillinger, og forutsettes å være godt gjennomtenkt. Av hensyn til at standardkontrakter som NS-kontraktene er vektige rettskilder, vil domstolene utvise tilbakeholdenhet ved overprøving av slik kontraktsregulering, jf. også pkt. 1.2.2. Entreprisekontrakten mellom Statens Vegvesen og Veidekke Entreprenør inneholdt en omfattende og detaljert regulering av hvordan hindringer for fremdriften skulle håndteres, inkludert rettsvirkninger av dette. Retten fremholdt derfor at

«[i]nnanfor eit kontraktsregime som det me står overfor i saka her, er det heller *ikkje plass for etterfylgjande omfordeling av risiko og ansvar* basert på avtalelova § 36.»⁷² (min utheving)

Veidekke-dommen trekker i retning av at det er svært lite rom for bruk av avtaleloven § 36 når endrede forhold forrykker partsbalansen i et kontraktsforhold mellom næringsdrivende. Det kan tyde på at avtaleloven § 36 ikke er en dekkende mekanisme for kommersielle entrepriserkontrakter i møte med hardship, herunder ved konsekvenser av klimaendringer. Sammenholdt med *Østfold Energi*-dommen, kan en egenvalgt revisjonsmekanisme fremstå som en bedre løsning for profesjonelle parter enn å lene seg på anvendelse av § 36.

2.2.3 Læren om bristende forutsetninger

Etter den ulovfestede læren om bristende forutsetninger kan en kontraktspart kreve lemping av sine kontraktsforpliktelser som følge av uforutsette endrede forhold.⁷³ Vilkårene for kontraktsrevisjon etter forutsetningslæren er at løftet om ens forpliktelse er gitt under en bestemt forutsetning, hvor denne forutsetningen var «motiverende for løftegiveren» og «synbar for den annen part», jf. *Oslo Vei*-dommen. Dersom denne forutsetningen svikter etter avtaleslutningen, «må det foretas en helhetsvurdering» av om avtalen skal lempes. Sentralt er da «hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen av det tap som oppstod eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling».⁷⁴

I et kontraktsforhold som oppfylles løpende eller suksessivt, vil rettslige eller fysiske hindringer for fortsatt gjennomføring av kontrakten kunne være relevante bristende forutsetninger.⁷⁵

⁷² HR-2022-1120-A avsnitt 70.

⁷³ Lilleholt (2017) s. 248–252; Hagstrøm et.al. (2021) s. 268.

⁷⁴ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 63, med henvisning til Rt. 1999 s. 922, s. 931.

⁷⁵ Hagstrøm et.al. (2021) s. 280.

Forutsetningslæren kan dermed være et aktuelt rettsgrunnlag for avtalerevisjon der følgene av klimaendringer rammer et entrepriseprojekt. I Rt. 1999 s. 922 (*Salhusbru*), som også gjaldt entreprise, ble det presisert at forutsetningslæren fremstod som et mer nærliggende rettsgrunnlag enn avtaleloven § 36. Høyesterett uttalte at

«en avtalerevisjon etter § 36 ofte vil være båret av mer generelle rimelighetsbetraktninger, som det er liten plass for i et kontraktsforhold som det vi her står overfor».⁷⁶

Derimot er det «en anerkjent rettssetning at entreprenørens risiko begrenses gjennom læren om bristende forutsetninger», hvor Høyesterett viste til følgende presisering fra juridisk teori:

«[Det er] berettiget å si at vår rett anerkjenner som en relevant forutsetning for entreprenørens pris at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data. En vesentlig svikt i disse forutsetninger og dermed en vesentlig svikt i grunnlaget for kalkylen gir entreprenøren rett til justering av kontrakten.»⁷⁷

Entreprenørens kontraktsforpliktelse kan altså sies å være basert på en vurdering av de normale omstendigheter ved avtaleslutningen. En vesentlig endring i den faktiske situasjonen kan dermed utgjøre en bristende forutsetning som gir krav på avtalerevisjon etter forutsetningslæren. Det kan med andre ord bety at forutsetningslæren er en velegnet mekanisme for å møte konsekvenser av klimaendringer og andre oppfyllelsvansker i entrepriseforhold.

Dersom risikoen for bristende forutsetninger er regulert i kontrakten, er saken en annen. Dette vil innskrenke anvendelsesområdet til forutsetningslæren. *Oslo Vei*-saken gjaldt en entreprisavtale om vinterdrift av veistrekninger inngått mellom Statens Vegvesen og Oslo Vei AS. Spørsmålet var om Oslo Vei kunne kreve tilleggsvederlag som følge av at saltforbruket var blitt tre ganger høyere enn det som var oppgitt som tidligere gjennomsnittsforbruk. Om hvem som skulle bære risikoen for dette, uttalte Høyesterett følgende:

«Risikoen for hvilke saltmengder som er nødvendige for å oppfylle kontraktens krav til vegstandard, er derimot *i kontrakten bevisst plassert* hos Oslo Vei som entreprenør. *De ulovfestede regler om bristende forutsetninger gir ikke hjemmel for å omfordele denne risikoen.* Hvis kontrakten ikke hadde inneholdt bestemmelser om hvilke konsekvenser det skal ha at vedlegg S 30 ikke gir riktige opplysninger om tidligere saltforbruk, *ville de ulovfestede regler*

⁷⁶ Rt. 1999 s. 922, s. 932.

⁷⁷ Rt. 1999 s. 922, s. 931–932, med henvisning til Arne Bech, «Entrepriskontrakter – risiko og ansvar», *Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner* nr. 48 (1962) s. 13, basert på voldgiftspraksis, samt tilslutning fra Tore Sandvik, *Entreprenørrisikoen* (1966) s. 208–209 og Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett* (1997) s. 53.

om bristende forutsetninger kunne ha gitt Oslo Vei grunnlag for å kreve erstatning for at forutsetningen om nivået for tidligere saltforbruk svikter.»⁷⁸ (mine uthevinger)

Utfallet i saken ble at entreprenøren som følge av forutsetningssvikten fikk medhold i et krav på kompensasjon for merutgiftene hjemlet i en kontraktsbestemmelse. Forutsetningslæren ble derimot avvist på bakgrunn av at risikofordelingen var uttrykkelig regulert i kontrakten. For sammenhengs skyld nevnes at også lemping etter avtaleloven § 36 ble avvist, under henvisning til kontraktens regulering, samt avtalepartenes profesjonalitet og avtalens tidsbegrensning.⁷⁹

I en entreprisekontrakt vil risikofordelingen mellom byggherre og entreprenør vanligvis fremkomme av kontrakten. Standardkontraktene utelukker også en vederlagsjustering ved inntreden av en force majeure-hendelse, slik som større ekstremværhendelser potensielt kan regnes som.⁸⁰ I *Oslo Vei*-dommen var imidlertid reguleringen av risiko tilknyttet partenes kontraktsforpliktelser langt mer tydelig og utfyllende enn i en NS-kontrakt uten individuell tilpasning – risikoen for saltmengdene spesifikt var plassert hos entreprenøren.

Hvorvidt forutsetningslæren kan komme til anvendelse på et kommersielt avtaleforhold, vil derfor avhenge av hvor utførlig risiko for ulike forhold er regulert i kontrakten. Læren om bristende forutsetninger vil etter dette gi en god mekanisme for avtalerevisjon for de mindre utførlig detaljerte kontrakter, mens et avtaleforhold med utfyllende kontraktsregulering kan dra fordel av å integrere en hardshipklausul.

2.2.4 Avgrensningen til force majeure

Force majeure er en kontraktsmekanisme som regulerer hindringsfritak, det vil si fritak for oppfylleelsesplikt og misligholdsbeføyelser på grunn av en hindring.⁸¹ De klassiske elementene i force majeure-begrepet er at det må oppstå en uventet hendelse, utenfor de forhold partene kan kontrollere, som medfører vesentlige oppfylleelsesvansker.⁸² Vanligvis kreves at hendelsen er ekstraordinær, hvor aktuelle typer begivenheter iblant er eksemplifisert eller angitt, gjerne

⁷⁸ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 65.

⁷⁹ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 68.

⁸⁰ NS 8407 pkt. 33.3 første ledd, NS 8405 pkt. 24.3 og NS 8406 pkt. 20.

⁸¹ Lilleholt (2017) s. 233.

⁸² Lilleholt (2017) s. 233; Mestad (1991) s. 5.

avsluttet med en åpen sekkekategori.⁸³ Foruten de lovregulerte hindringsfritakene,⁸⁴ må force majeure reguleres i kontrakten for at partene kan påberope regelen.

Force majeure-klausuler og hardshipklausuler utformes ofte med lignende inngangsvilkår, noe som skaper overlapp i deres anvendelsesområde, se UNIDROIT artikkel 6.2.2 i pkt. 2.4. Forskjellen på klausulene viser seg imidlertid ved rettsvirkningene. Force majeure hjemler suspensjon av kontraktsforpliktelsen, og så lenge force majeure-situasjonen er til stede blir kontraktsparten ikke holdt ansvarlig for mislighold grunnet hindringen. Der force majeure gir anvisning på midlertidig stans i kontraktsgjennomføringen, ser en hardshipklausul hen til fortsettelsen av kontraktsforholdet. Målsetningen til en hardshipklausul er å tilpasse avtalen i lys av de endrede omstendighetene. Ved en hardshipklausul flyttes interessen dermed over fra årsaken til den inntrufne situasjonen og oppfylleleshindringene, til virkningene av ubalansen og hvordan denne kan adresseres. Mulighetene for oppfyllelse på tross av vanskelighetene blir hovedfokuset, og rammer inn partenes opptreden under revisjonsspørsmålet.⁸⁵

Grunnet de lignende vilkårene kan grensdragningen mellom force majeure og hardship være utfordrende.⁸⁶ Klausulene rammer likevel litt ulike hendelsestyper, og terskelplasseringen er ulik, som vil behandles nærmere i pkt. 3.2. I tillegg fyller klausulene helt forskjellige funksjoner og utstyrrer partene med forskjellige virkemidler gjennom sine rettsvirkninger.⁸⁷ Der partene har regulert både force majeure og hardship i kontrakten, og begge klausuler utløses av en begivenhet, kan den rammede part velge hvilken klausul som vil gjøres gjeldende.⁸⁸ I enkelte tilfeller kan en fristforlengelse gi ønsket virkning, mens å oppnå en avtalerevisjon kan tenkes hensiktsmessig i andre tilfeller. Det hele avhenger av hvor dramatisk og akutt situasjonen er, og hvilken rettsvirkning den rammede part ønsker i den konkrete situasjon.

En kan også spørre seg om begge klausuler kan gjøres gjeldende samtidig når en hendelse utløser både hardship og force majeure, eller om en må velge mellom dem. Spørsmålet vil belyses nærmere under pkt. 4.3.1.

⁸³ Opplistingseksempler finnes i NS 8407 pkt. 33.3, NS 8405 pkt. 24.3 og NS 8406 pkt. 20.

⁸⁴ F.eks. det nevnte kontrollansvaret kodifisert i flere kjøpslover, jf. pkt. 1.2.3.

⁸⁵ Heggberget og Nyland (2000) s. 307; Grönfors (1995) s. 70, med henvisning til Ola Mestad, *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt* (1993) s. 296 og Allan Farnsworth, *Contracts 2* (1990) s. 587.

⁸⁶ Sund-Norrgård (2013) s. 325.

⁸⁷ Heggberget og Nyland (2000) s. 308.

⁸⁸ UNIDROIT Principles Art. 6.2.2 Comment 6.

2.3 Partenes formål med en hardshipklausul

Bakgrunnsretten oppstiller altså mekanismer for å tilpasse en kontrakt til endrede forhold, som partene kan påberope. Imidlertid er disse regelsettene vide, og har en høy terskel for oppnåelse, noe som gjør at de sjeldent får anvendelse – særlig der partene er profesjonelle. Samtidig vil en hardshipklausul på mange måter ligne en avtalefestet rettssetning av læren om bristende forutsetninger, eller en avtalefestet sikkerhetsventil for når kontraktsbalansen blir for skjev, tilsvarende avtaleloven § 36. Hovedformålet med en hardshipklausul er likevel å lage et spesialtilpasset regime for å takle endringer, og dermed konstrueres en løsning som ikke allerede finnes i bakgrunnsretten. Partene velger selv på hvilken bakgrunn klausulen skal utløses, og hvor høyt terskelen skal legges.

Bakgrunnsrettens rettsgrunnlag er heller ikke «vedtatt» av kontraktspartene. Dersom det oppstår behov for justering av avtalebetingelsene hos den ene parten, kan ikke vedkommende part «utløse» avtaleloven § 36 eller forutsetningslæren på samme måte som en kontraktsklausul. Reglene må heller gjøres gjeldende ved søksmål, hvor spørsmålet bedømmes av en utenforstående rettsanvender. En vesensforskjell mellom bakgrunnsrettens regelsett og hardshipklausulen er dermed at sistnevnte håndheves av partene selv, noe som bidrar til at kontraktspartene beholder kontrollen over avtaleforholdets utvikling, i alle fall i første omgang.⁸⁹ For kontraktsparter med en jevn partsbalanse vil det være en mer usikker strategi å støtte seg til et fremtidig forlik i retten.⁹⁰

Konstraktsfestingen av et revisjonsgrunnlag gir altså partene anledning til å lage en egen mekanisme for sitt avtaleforhold, hvor de samtidig holder tak i avtalebetingelsene selv. På denne måten skaper hardshipklausulen «et (betinget) rom for fleksibilitet i innholdet i partenes rettigheter og forpliktelser i et løpende kontraktsforhold», såkalt «built-in contractual flexibility».⁹¹ Dette fleksibilitetsrommet «vil gjøre det mulig å opprettholde kontraktsforholdet ved å tilpasse det til de inntrufne forhold», noe som for mange kontraktsparter vil anses som fornuftig og formålstjenlig.⁹² Gjennom å anvende hardshipklausulen kan partene komme frem

⁸⁹ Meidell (2002) s. 500. I andre omgang kan det bli aktuelt å gå rettens vei allikevel, men i så fall er dette etter at partene selv har forsøkt å finne en løsning. Nærmere om dette i pkt. 5.

⁹⁰ Sund-Norrgård (2013) s. 323.

⁹¹ Hhv. Bruserud (2010) s. 30 og Grönfors (1995) s. 80.

⁹² Bruserud (2010) s. 388.

til nye og velegnede avtalevilkår som hensyntar de endrede variablene, og begge parter har anledning til å sette sitt godkjent-stempel på løsningen.

Den overordnede hensikten med å innta en hardshipklausul er altså å regulere konsekvensene av endrede omstendigheter som virker inn på partenes interesser i kontraktsforholdet.⁹³ En avtalebasert revisjonsløsning bidrar til opprettholdelse av det grunnleggende prinsippet «pacta sunt servanda», hvor nettopp å gjennomføre kontraktsforpliktelsene og bli i kontraktsforholdet står som sentrale målsetninger. Implementering av avtaleklausuler styrker også kontraktspartenes forutberegnelighet, ved tidlig å skape klarhet i hva som vil skje i ulike scenarioer under kontraktens løpetid, og foreskrive hvordan hindringer skal takles. Ettersom hardshipklausuler ofte vil fastsette en subsidiær løsning dersom partene ikke enes om en avtalerevisjon, skapes ytterligere klarhet i kontraktsforholdets gang.⁹⁴

2.4 Klausulens alminnelige innhold

2.4.1 Felles trekk ved hardshipklausuler

UNIDROITs modellregel kan være egnet til å gi et bilde av det alminnelige innholdet i en hardshipklausul:⁹⁵

«Article 6.2.1 (*Contract to be Observed*)

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.»

«Article 6.2.2 (*Definition of hardship*)

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

⁹³ Bruserud (2010) s. 21.

⁹⁴ Grönfors (1995) s. 69.

⁹⁵ UNIDROIT Principles, Chapter 6 – Performance, Section 2: Hardship.

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.»

«Article 6.2.3 (*Effects of hardship*)

- (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
- (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
- (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
 - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
 - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.»

Modellregelen stykker hardshipklausulen opp i hovedregel, unntaksregel og subsidiær regulering. Utgangspunktet presenteres som at kontraktsforpliktelser skal gjennomføres, selv om oppfyllelse blir mer krevende enn ventet. Det samsvarer med hovedregelen i entrepris-kontrakter, presentert slik i *Salhusbru*-dommen, som gjaldt utførelsesentreprise:

«At entreprenøren har ansvaret for byggverket, betyr at han plikter å utføre de nødvendige arbeidsoperasjoner selv om det skulle vise seg å være vanskeligere, mer byrdefullt eller mer kostbart enn han regnet med da anbudet ble inngitt. [...] Et visst tap må en entreprenør tåle uten å kunne reise krav om tilleggsbetaling.»

Dette er likevel «ikke mer enn et utgangspunkt».⁹⁶ Både en hardshipklausul og læren om bristende forutsetninger fastsetter at en vesentlig endring i de faktiske forhold kan begrunne en avtalejustering.

⁹⁶ Rt. 1999 s. 922, s. 931.

Etter UNIDROIT artikkel 6.2.3 jf. 6.2.2 vil hardship-vilkårets innfrielse utløse rettsvirkningene. Krav for innfrielse av vilkårene og terskelen behandles i pkt. 3. Hvilke rettigheter og plikter hardshipklausulen foreskriver underlegges nærmere behandling i pkt. 4, mens subsidiære rettsvirkninger av klausulen vil behandles i pkt. 5.

2.4.2 Reklamasjon – en betingelse for påberopelse av hardship?

Etter UNIDROITs modellregel kreves at en begjæring om reforhandlinger fremsettes «uten unødig opphold» etter at klausulen er utløst.⁹⁷ Det kan reise spørsmål om en reklamasjonsfrist får avskjærende virkning dersom kravet ikke fremsettes rettidig. UNIDROITs kommentarer avkrefter imidlertid dette.⁹⁸ Dersom en vil operere med preklusiv virkning av oversittelse av en reklamasjonsfrist, bør det fremkomme uttrykkelig av klausulen.⁹⁹

Følgelig vil reklamasjonsanmodningen ha som hovedoppgave å gi incentiv til å igangsette behandling av revisjonsspørsmålet, blant annet av lojalitetshensyn til medkontrahenten. Ifølge Herman Bruserud vil et sent fremsatt reforhandlingskrav eventuelt bare få betydning ved at det kan oppstå «bevistvil knyttet til hvorvidt de påståtte inntrådte omstendigheter og den påståtte innvirkning på kontraktsforholdet forelå».¹⁰⁰ Bevistvilen vil i så fall gå utover den rammede part, som påberopte klausulen, og kan potensielt påvirke i hvilken grad kontrakten justeres. Noen nærmere analyse av reklamasjonskriteriets karakter i hardshipklausuler faller utenfor denne oppgavens hovedtema.

⁹⁷ UNIDROIT Principles Art. 6.2.3 (1), «without undue delay».

⁹⁸ UNIDROIT Principles Art. 6.2.3 Comment 2, første ledd.

⁹⁹ Bruserud (2010) s. 309.

¹⁰⁰ Ibid. s. 309–310, med henvisning til UNIDROIT Principles (2004) Art. 6.2.3 (1) og LE-1998-648.

3 Terskelen – hva skal til for å utløse hardshipklausulen?

3.1 Rettsfaktasiden: Inngangsvilkårene

3.1.1 Det må inntre en endringshendelse

En hardshipklausul aktualiseres av at det oppstår hardship. Betegnelsen viser etter engelsk ordforråd til «a condition that causes difficulty or suffering».¹⁰¹ I denne definisjonen kan det sies å ligge to komponenter: tilstedeværelse av en omstendighet, og at denne omstendigheten har en negativ effekt på det den påvirker. For å oppstille en kontraktsrettslig definisjon på denne bakgrunn, må det for å konstatere hardship være inntruffet en omstendighet som skaper vanskeligheter for et avtaleforhold og som reduserer partenes utsikter til avtalegjennomføring, samsvarende med UNIDROIT artikkel 6.2.2.

Inngangskriteriet for at hardshipklausulen skal bli aktuell er at det har skjedd en endring i den faktiske situasjonen etter avtaleslutning. Hensikten med klausulen er å håndtere senere inntrådte forhold som skaper hardship, og det forutsettes derfor at endringen var upåregnelig og uunngåelig. Det er bred enighet om at hardship ikke foreligger dersom omstendigheten foreslå ved avtaleslutningen, måtte forventes å tas i betraktning av partene, ligger innenfor en parts kontroll eller er en avtalt del av en parts risiko.¹⁰² Momentene gjenspeiles i modellreglene til UNIDROIT og ICC, jf. pkt. 2.4.1.¹⁰³ Dersom et av disse momentene er til stede, vil den rammede part ikke høres med å påberope hardship, men er henvist til å håndtere de endrede forhold, uten å velte kostnader over på medkontrahenten.

Utover at det stilles krav til når og hvordan en hendelse er oppstått, er det åpent hva slags omstendighet som kan utgjøre hardship. Partene har ved denne typen avtaleregulering stort spillerom i kraft av avtalefriheten, og reguleringer i praksis varierer fra en ordlyd som «skulle forholdene endre seg», til at det angis spesifiserte omstendigheter.¹⁰⁴ En klausul som tydelig angir hva slags type omstendigheter som tilsiktes, herunder ved eksemplifisering, vil trolig være

¹⁰¹ Cambridge Dictionary (u.å.).

¹⁰² Heggberget og Nyland (2000) s. 307–308.

¹⁰³ UNIDROIT Principles Art. 6.2.2; ICC pkt. 2 a)–b).

¹⁰⁴ Bruserud (2010) s. 46–47; Meidell (2002) s. 502–503; LB-2001-3853, referert i pkt. 6.1.1.

enklere å anvende. Ved en slik utforming blir det mer målbart og trolig enklere påviselig om en inntrådt omstendighet er kvalifisert til å utløse klausulen.

I en enterprisesituasjon kan for eksempel et skred eller en flom tenkes å utgjøre en kvalifisert endringshendelse. Været kan normalt meldes noen dager eller uker i forveien, men styrtregn er vanskelig å varsle i forkant.¹⁰⁵ Først der en styrtregnbyge har potensiale til å forårsake flom eller skred, utstedes farevarsel. Denne typen konsekvenser av klimaendringer kan følgelig utgjøre en upåregnelig omstendighet som inntreffer etter avtaleslutning, og slike hendelser ligger heller ikke innenfor noen av partenes kontroll eller risiko. Hvorvidt en ekstremværhendelse kan gi entreprenøren anledning til å utløse hardshipklausulen, vil i tillegg bero på hendelsens innvirkning på partenes konkrete kontraktsforhold.

3.1.2 Hendelsen må ha innvirkning på kontraktsforholdet

En endret faktisk situasjon er ikke tilstrekkelig i seg selv. Hardshipklausuler krever også at de endrede forholdene må ha hatt en særlig innvirkning på det konkrete kontraktsforholdet mellom partene.¹⁰⁶ Den inntrådte hendelsen må nettopp ha skapt *hardship* for kontraktsparten. Innvirkningskravet er derfor et krav om årsakssammenheng, som i ICC sin standardregulering fremkommer tydelig gjennom ordlyden «due to».¹⁰⁷ Normalt innebærer innvirkningskravet at det blir mer byrdefullt å oppfylle, at verdien av ytelsen en part skal motta reduseres, eller at balansen i kontraktsforholdet forrykkes. Hardship vil ofte vise til *økonomisk hardship*, hvor påkjenningen enten materialiserer seg i eller skaper et økonomisk tap hos en kontraktspart. Etersom en hardshipklausul skal tilpasse avtalen til de endrede omstendighetene, er det naturlig å ta utgangspunkt i *hvordan kontraktsparten er blitt påvirket* av omstendighetene.

I et entrepriseforhold vil ulike typer konsekvenser av klimaendringer kunne påvirke kontraktsforholdet på forskjellige måter. Et jordskred eller en flom som rammer en byggeplass vil for eksempel kunne rive med seg materiell fra byggeplassen. Slikt tap av materiell kan medføre at allerede brukt arbeidskraft blir unyttiggjort, og kan dermed gjøre det vesentlig tyngre for entreprenøren å levere kontraktsmessig – både fysisk og økonomisk.

¹⁰⁵ Wictorsen (2021).

¹⁰⁶ Bruserud (2010) s. 47.

¹⁰⁷ ICC pkt. 2.

Selv om det kan dokumenteres at det både er inntrådt en hendelse, og at denne har påvirket kontraktsforholdet, ligger det implisitt at ikke enhver mindre ytre forstyrrelse av arbeidet kan godtgjøre en påberopelse av hardshipklausulen. En viss terskel må overstiges.

3.1.3 Hvor høyt ligger terskelen?

Terskelen for å utløse hardshipklausulen synliggjøres særlig av innvirkningskravet. Sentralt er *i hvilken grad* endringshendelsen har forrykket balansen i kontraktsforholdet eller påvirket entreprenørens oppfyllelsesevne. Hvorvidt innvirkningen er kvalifisert, må avgjøres ut fra en konkret vurdering av de aktuelle omstendigheter.¹⁰⁸

For det første vil det avgrenses mot mindre betydningsfulle forhold, som uttrykt i *Salhusbruddommen*: «Et visst tap må entreprenøren tåle uten å kunne reise krav [mot byggherren]». ¹⁰⁹ Endringshendelsen må ha ført til en kvalifisert belastning, i ICCs modellregel formulert som at det blir «excessively onerous», altså betydelig mer krevende, å oppfylle ens kontraktsforpliktelse.¹¹⁰ I henhold til UNIDROITs hardshipregel må kontraktsbalansen ha blitt «fundamentally alter[ed]». Modellreglenes ordlydsvalg tilsier at terskelen er høy. Samtidig trenger ikke oppfyllelse å ha blitt nærmest umulig, jf. «onerous», samt «difficulty or suffering» etter ordboksdefinisjonen i pkt. 3.1.1.

Terskelen kan i noen tilfeller konkretiseres som en andel av kontraktens verdi. I så fall fastsettes omfanget av endringsomstendighetens innvirkning gjennom den økonomiske belastningen. Metoden er best egnet når den rammede part har blitt utsatt for et målbart tap, for eksempel en utgiftsøkning eller verdireduksjon. I UNIDROITs kommentarer til hardshipklausulen i 1994 ble følgende retningslinje fremholdt:

«Whether an alteration is “fundamental” in a given case will of course *depend upon the circumstances*. If, however, the performances are *capable of precise measurement in monetary terms*, an alteration amounting to 50% or more of the cost or the value of the performance is likely to amount to a “fundamental” alteration.»¹¹¹ (mine uthevinger)

¹⁰⁸ UNIDROIT Principles Art. 6.2.2 Comment 2.

¹⁰⁹ Rt. 1999 s. 922, s. 931.

¹¹⁰ ICC pkt. 2 b).

¹¹¹ UNIDROIT Principles (1994) Art. 6.2.2 Comment 2; Heggberget og Nyland (2000) s. 307.

Å plassere innslagspunktet veiledende på omtrent 50 % av kontraktsforpliktelsens kostnad eller verdi, oppstiller en meget høy terskel. Det kan gjøre klausulen vanskelig å påberope. Retningslinjen er imidlertid ikke gjengitt i kommentarene til UNIDROIT Principles 2010, på tross av at modellregelen ikke har gjennomgått noen ordlydsendring. Det signaliserer at innslagspunktet også kan ligge lavere, og underbygger at det hele må baseres på en konkret vurdering.

Partenes utfordring er å balansere terskelen slik at det avgrenses mot forhold som har mindre innvirkning på kontraktsforholdet, men hvor hardshipklausulen likevel utløses i de tilfeller den er ment å avhjelpe. Høy terskelplassering vil fremdeles oppnå formålet om å skape forutberegnelighet og kontroll over eget avtaleforhold gjennom klausulen, som nevnt i pkt. 2.3. På sin side vil en lavere terskel skape større fleksibilitet, og i større grad bidra til at kontraktsbalansen bevares vedvarende gjennom kontraktens løpetid og ikke bare ved de mest dramatiske utviklinger. Også av hensyn til terskelen for andre revisjonsgrunnlag bør ikke terskelen plasseres for høyt – særlig ikke dersom man anser hardshipklausulen for å overskrive virkeområdet til bakgrunnsrettens regelsett, jf. pkt. 2.2.2 og 2.2.3, samt pkt. 5.3 nedenfor.

3.2 Terskelen i forhold til avtaleloven § 36, forutsetningslæren og force majeure

Gjennomgangen hittil viser at avtaleloven § 36, forutsetningslæren, force majeure og hardship krever at avtalens opprinnelig avtalte betingelser på en eller annen måte har blitt uholdbare. Dermed opererer samtlige rettsgrunnlag eksplisitt eller implisitt med en lignende kvalifiseringsfaktor. En likhet mellom forutsetningslæren, force majeure og hardship er at de stiller lignende krav til en brist i entreprenørens premisser for å påta seg kontraktsforpliktelsen, ved at forholdene er blitt svært annerledes enn ventet. Avtaleloven § 36 har, som formuerettens allmenne lempingsgrunnlag, blitt tildelt et vidt nedslagsfelt. Bestemmelsen krever kun at det er «urimelig eller i strid med god forretningsskikk å gjøre [avtalen] gjeldende», uten spesifiserte krav til årsak, og er slik mer «altoppslukende».¹¹²

Når det gjelder terskelen for lemping, stiller både avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger generelt høye krav. Tilsvarende oppstiller force majeure en høy terskel for å

¹¹² Woxholth (2017) s. 374.

utløse rettsvirkningene. Dersom de høye kravene til en upåregnelig, ekstraordinær og nær uovervinnelig hindring innfris, inntreffer rettsvirkningen raskt. Hardship utgjør på sett og vis en «force majeure light», ved å kreve at det er inntrådt en kvalifisert endring, spesifisert eller ikke, som medfører vanskeligheter med å oppfylle kontraktmessig. For eksempel vil en uventet prisøkning på markedet eller en ekstremværhendelse som forringer deler av hittil utført arbeid, lettere sies å gjøre kontraktsoppfyllelse vesentlig mer krevende, enn å utgjøre en «ekstraordinær hendelse» i henhold til force majeure. Sammenlignet med endringskriteriet i en force majeure-klausul, vil hardshipklausulens terskel ligge lavere.

Terskelen til en hardshipklausul vil imidlertid kunne ligge både høyere og lavere enn avtaleloven § 36, forutsetningslæren og force majeure, avhengig av hvor kontraktspartene vil plassere denne. Av hensyn til hovedregelen om at avtaler skal holdes slik de er inngått, er det grunn til å tro at kontraktsparter vil legge terskelen ganske høyt. Formålet med hardshipklausulen er nettopp å gi en unntaksregulering og en slags sikkerhetsventil der de opprinnelige avtalebetingelser ikke lenger er holdbare. I tillegg skal klausulen først inntre når kontraktsituasjonen avviker fra forutsatt «normalsituasjon», der partene på forhånd har bestemt at visse uventede forhold skal aktualisere muligheter for avtalerevisjon. Det kan tilsi at terskelen vil ligge i omtrent samme område som de andre rettsgrunnlagene.

På den andre siden skal en hardshipklausul utgjøre en slags «fleksibilitetsklausul», og dersom terskelen er lagt på linje med bakgrunnsrettens regler eller force majeure, er ikke hardshipklausulen særlig mye mer anvendelig enn disse. For å ivareta behovet for fleksibilitet bør terskelen antakelig ligge lavere enn andre rettslige grunnlag for revisjon. Det at hardshipklausulen tillegger kontraktspartene kontrollen over revisjonen, fremfor å oppgi denne til en utenforstående, forsvarer også en mer lavtliggende terskel.

Samlet sett må terskelen for hardshipklausulen regnes for å ligge lavere enn etter avtaleloven § 36 og force majeure, samt noe lavere enn den ulovfestede forutsetningslæren. Ut fra avtalefriheten kan partene likevel plassere terskelen på ønsket nivå.

4 Rettsvirkningssiden: Grunnlag for reforhandlinger eller revisjon?

4.1 Hvilke rettigheter og plikter foreskriver hardshipklausulen?

Ovenfor har vilkårssiden og terskelen for å kunne gjøre gjeldende en hardshipklausul blitt gjennomgått. En annen side av hardshipklausulen er hvilken rett eller plikt den pålegger kontraktspartene når klausulen er utløst. Også på dette punkt har partene valgfrihet.

En hardshipklausul som ikke gir annet enn en reforhandlingsrett vil ikke ha noen reell innvirkning på partenes rettigheter og plikter, jf. pkt. 1.2.4.¹¹³ Et minimum må derfor være en plikt til å starte reforhandlinger. En reforhandlingsplikt vil binde partene til å møtes til forhandlinger med sikte på å enes om en avtalerevisjon som justerer for de inntrådte skjevheter. Reforhandlingsplikten oppstiller likevel ikke noen «enighetsplikt».¹¹⁴ Hardshipklausulen utgjør, som nevnt, snarere en «avtale om å avtale» på nytt når det oppstår en situasjon som krever håndtering.¹¹⁵

Det er også fullt mulig å gjøre hardshipklausulen til et selvstendig revisjonsgrunnlag. Da skal partene revidere avtalebetingelsene i tråd med forhåndsavtalte mekanismer. Et eksempel er at partene avtaler at det skal gjøres en vederlagsjustering i tråd med en gitt prisstigning eller prisreduksjon. Handlingen til en underleverandør, en bransjenormgiver eller lovgiver kan da være blant de endrede omstendigheter som nødvendiggjør tilpasning av avtalebetingelsene. Mest aktuelt er dette altså der det kan ventes en spesifikk endring underveis i kontraktens løpetid. Hardshipklausulen kan også foreskrive en mellomting mellom en revisjons- og en reforhandlingsplikt, eksempelvis ved at partene må foreta en vederlagsjustering hvor omfanget skal fremforhandles.

Enkelte ganger kan det oppstå tvist om hva slags rettsvirkning som er avtalt. I en sak behandlet av Agder lagmannsrett i 2003 hadde partene i sin kraftleveranseavtale inntatt en klausul som regulerte virkningene av kursendring på energimarkedet.¹¹⁶ Spørsmålet var om avtaleklausulen

¹¹³ Krüger (1989) s. 708.

¹¹⁴ Ristvedt (2012) s. 213–214; Meidell (2002) s. 503.

¹¹⁵ Sund-Norrgård (2013) s. 324.

¹¹⁶ LA-2003-17461.

skulle forstås som en prisreguleringsklausul eller reforhandlingsklausul. Avtalebestemmelsen lød som følger:

«Partene har anledning til pr 01 05 00 å kreve vurdert prisen i forhold til en realprisutvikling fra 01 01 93 på tilsvarende kraftlevering. En eventuell realprisjustering foretas fra 01 05 00.»

På bakgrunn av ordlyden fant lagmannsretten at det dreide seg om en avtale om å reforhandle prisen, ikke et krav på prisjustering. Som grunnlag ble det vist til ordlyden «å kreve vurdert prisen», samt «en eventuell realprisjustering». Dommen illustrerer at partene kan velge den formuleringen og dermed den rettsvirkning de ønsker, og som ved vanlig avtaletolkning blir ordlyden tillagt stor vekt ved kartleggelsen av avtalens innhold.

Enten klausulen gir grunnlag for å kreve reforhandlinger eller en konkret revisjon, er det mulig å begrense omfanget av reforhandlingsplikten til utvalgte deler av avtalen. Hardshipklausulen trenger altså på ingen måte å «gjenåpne» hele avtalen. Partene kan for eksempel vedta at klausulen skal gi rett til reforhandling av vederlag og frist, og avgrense mot en endring i materielle forpliktelser på byggeprosjektet. På bakgrunn av avtalefriheten kan partene, innenfor bakgrunnsrettens preseptoriske rammer, komme frem til de løsninger de finner hensiktsmessig, også utover klausulens fastsatte rammer.¹¹⁷

Vanligvis er en reforhandlingsplikt den valgte rettsvirkningen i en hardshipklausul.¹¹⁸ Av denne grunn omtales en hardshipklausul i nordisk rett stort sett synonymt med uttrykket reforhandlingsklausul. En reforhandlingsklausul vil vanligvis anses som en balansert løsning som ivaretar begge kontraktsparters interesser, og som ikke favoriserer den ene part over den andre. Ved å foreskrive en reforhandlingsplikt i en hardshipklausul, er tanken å gi partene rett til å fremforhandle sine egne avtalebestemmelser, uten innblanding av utenforstående. Selvsagt kan de likevel innhente en sakkyndig eller en mekler dersom de ønsker veiledning i forhandlingene.

En reforhandlingsklausul gir partene mulighet til å selv ta hensyn til endrede omstendigheter og justere avtalen i den grad de mener det er nødvendig. På denne måten slipper de å gjøre gjeldende at avtalen er blitt urimelig etter avtaleloven § 36, eller at en forutsetningsbrist må føre til lemping etter læren om bristende forutsetninger.¹¹⁹ I tillegg gis kontraktspartene en mulighet

¹¹⁷ Bruserud (2010) s. 389.

¹¹⁸ Krüger (1989) s. 708; Bruserud (2010) s. 21; Hagstrøm et.al. (2021) s. 338–339; Heggberget og Nyland (2000) s. 309 og 309; Meidell (2002) s. 501; Ristvedt (2012) s. 213; Christophersen (2012) s. 474; Sund-Norrgård (2013) s. 324–325.

¹¹⁹ Sund-Norrgård (2013) s. 322.

til å løse både utfordringene og eventuelle uoverensstemmelser, fremfor å gå til skrittet å begjære terminering av avtalen etter nevnte rettsregler.

4.2 Hva innebærer reforhandlingsplikten?

Når hardshipklausulen er påberopt og plikten til å igangsette reforhandlinger er oppstått, plikter partene i en eller annen form å møtes til forhandlinger. I reforhandlingssituasjonen skal partene søke å komme frem til nye avtalevilkår som igjen skaper balanse i avtaleforholdet, under de nå gitte omstendighetene. Målet skal derfor være å komme frem til en løsning som kontraktspartene kan leve med og som muliggjør fortsatt kontraktsoppfyllelse. Det forutsetter at begge parter er delaktige.

Kontraktsfestingen av en reforhandlingsplikt skal bidra til seriøs og saklig medvirkning fra begge avtaleparter til å løse spørsmålet om avtalerevisjon.¹²⁰ Slik medvirkning kan på mange måter også ses som et utspring av den grunnleggende lojalitetsplikten i avtaleforholdet. Plikten blir likevel tydeliggjort og enklere å håndheve når den fremgår skriftlig av kontrakten. Forventningene til graden av medvirkning i reforhandlingene bør spesifiseres for at klausulen skal være mest mulig velfungerende.

Reforhandlingsplikten utgjør en form for innsatsforpliktelse, fremfor en resultatforpliktelse. Å utstyre en reforhandlingsklausul med en plikt til å oppnå enighet ville representere et avvik mellom ordlyd og forpliktelsens reelle innhold. En «avtale om å avtale» rommer åpenbart ikke et element av tvang.¹²¹ Poenget med å gi partene en forhandlingsrett er at de skal kunne akseptere eller avslå ulike løsningsforslag, som ledd i å kunne fortsette kontraktsgjennomføringen under betingelser som begge sider kan godta.

Under reforhandlingene stilles det, i henhold til både hardshipklausulen og den alminnelige lojalitetsplikten, krav til saklig opptreden og samvittighetsfull medvirkning. Partene er i reforhandlingsperioden underkastet prinsipper om «good faith» og «fair dealing».¹²² I dette inngår for det første at partene må tilby den informasjonen som er nødvendig for å kunne ha

¹²⁰ Grönfors (1995) s. 70.

¹²¹ Ibid. s. 74.

¹²² UNIDROIT Principles Art. 6.2.3 Comment 5.

hensiktsmessige diskusjoner. Formodningen må videre være at reforhandlingsplikten innebærer plikt for begge parter til å komme med konstruktive innspill.¹²³ Partene skal anstrenge seg for å utveksle rasjonelle argumenter og være genuint innstilt på å gjenopprette balansen i relasjonen.¹²⁴ Selv om det klart ikke eksisterer noen enighetsplikt, bør partene formodentlig godta løsningsforslag som fremmes innenfor rimelige rammer og på akseptable betingelser.

Manglende medvirkning til saklige diskusjoner under reforhandlingene vil kunne utgjøre mislighold av kontrakten.¹²⁵ En avtalepart som vegrer seg eller avbryter forhandlingene i strid med prinsippene om «good faith» og «fair dealing», kan risikere å bli holdt erstatningsrettslig ansvarlig.¹²⁶ Det samme gjelder naturligvis om en av partene direkte eller indirekte saboterer forhandlingsforsøkene.

Dersom partene etter forhandlingene blir enige om å justere avtalebetingelsene, blir resultatet en fremforhandlet endringsavtale (addendum). Fra tidspunktet endringsavtalen er godkjent av begge parter, skal partene med andre ord forholde seg til endringsavtalen. Konsekvensene av at overensstemmelse ikke oppnås, kommer jeg tilbake til i pkt. 5.

4.3 Hva skjer med kontraktsforpliktelsene under reforhandlingene?

4.3.1 Fortsatt kontraktsforpliktelse i reforhandlingsperioden?

I alminnelighet må det forutsettes at et spørsmål om avtalerevisjon – særlig om det håndteres inter partes – ikke påvirker hvorvidt en avtalepart skal fortsette å prestere sin ytelse. Standardreguleringen til UNIDROIT legger uttrykkelig opp til en fortsatt kontraktsforpliktelse mens forhandlinger pågår: «The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance».¹²⁷ Begrunnelsen er risikoen for misbruk av virkemidlet som i så fall ligger i hardshipklausulen.¹²⁸ Det tilsier at partene plikter å fortsette sin kontrakts-

¹²³ Hagstrøm et.al. (2021) s. 340.

¹²⁴ Sund-Norrgård (2013) s. 329.

¹²⁵ Hagstrøm et.al. (2021) s. 340.

¹²⁶ Sund-Norrgård (2013) s. 327, med videre henvisninger.

¹²⁷ UNIDROIT Principles Art. 6.2.3 (2).

¹²⁸ UNIDROIT Principles Art. 6.2.3 Comment 4.

prestasjon i reforhandlingsperioden. At entreprenøren etter NS-regulering plikter å fremdeles utføre byggearbeidene ved uenighet om en endringsinstruks fra byggherren, kan underbygge forståelsen.¹²⁹

Til forskjell fra force majeure-regulering legger altså ikke hardshipklausuler opp til at kontraktsforpliktelsen suspenderes siden det er tyngende å oppfylle. Hardshipklausuler er utviklet for å håndtere *konsekvensene* av fysiske, rettslige, økonomiske og andre typer oppfyllelsesutfordringer, jf. pkt. 1.2.4. Å hjemle stans i kontraktsoppfyllelsen ligger ikke i hardshipklausulens karakter og virkeområde.

Spørsmålet oppstår dermed om en kan påberope og anvende en force majeure-klausul og en hardshipklausul samtidig, for å aktivere begge klausulenes rettsvirkninger. Ut av UNIDROITs regulering kan det leses at begjæringen om reforhandlinger *ikke i seg selv* gir rett til å stanse prestasjonen, jf. «does not in itself». Hardshipklausulen stenger altså ikke for at visse omstendigheter kan begrunne, eller at andre mekanismer kan hjemle, en rett til å stanse ytelsen. Også i kommentarene uttales det at tilbakehold av ytelse kan tenkes mulig ved ekstraordinære omstendigheter.¹³⁰ Der for eksempel et stort jordskred rammer byggeprosjektet, og gir både en umiddelbar fysisk hindring og påfører en vesentlig økonomisk påkjenning, kan entreprenøren ønske å påberope begge klausultyper.

Force majeure-klausulen fritar, som redegjort for i pkt. 2.2.4 og 3.2, en kontraktspart for oppfyllelse mens en uventet, ekstraordinær hindring vedvarer. Dermed kan entreprenøren innstille arbeidene frem til det er mulig å fortsette, og unngå dagmulkt. Misforholdsbegrensningen kan, på bakgrunn av et positivrettslig fundament og rimelighetshensyn, anses som et generelt kontraktsrettslig prinsipp.¹³¹ Misforholdsbegrensningen fastsetter at realkreditor ikke kan kreve sin ytelse etter kontrakten dersom oppfyllelse vil være så belastende for realdebitoren at det medfører et vesentlig misforhold i partenes interesser. Slik misforholdsbegrensningen er forstått og anvendt, vil prinsippets styrke og gjennomslagskraft variere med både kontraktstypen og kontraktens reguleringer.¹³² Både force majeure og misforholdsbegrensningen skal avhjelpe situasjonen umiddelbart, der en hindring gjør det umulig eller svært byrdefullt å oppfylle kontraktsforpliktelsen. Begge nevnte grunnlag kan potensielt også lede til opphør av kontrakten

¹²⁹ NS 8407 pkt. 35 «Uenighet ved endringer», pkt. 35.1 «Utførelsesplikt ved uenighet».

¹³⁰ UNIDROIT Principles Art. 6.2.3 Comment 4.

¹³¹ Misforholdsbegrensningen kommer til uttrykk i bl.a. kjøpsloven § 23 første ledd, avhendingsloven § 4-2 første ledd og håndverkertjenesteloven § 14 første ledd.

¹³² Christophersen (2012) s. 487.

der hindringen setter en full stans for prosjektet. Hardshipklausulen skal på sin side lette kontraktsgjennomføringen totalt sett, ved å justere partenes ytelser etter de endrede forholdene.

Hardshipklausulen, force majeure-klausulen og misforholdsbegrensningen er altså forskjellige rettslige mekanismer, og det er ulike aspekter av endringsomstendigheten eller konsekvensene av denne som utløser de forskjellige mekanismene – og de ulike rettsvirkningene. Følgelig kan hardship, force majeure og misforholdsbegrensningen tenkes plassert på en glideskala for ulike typer endrede forhold og ulik grad av innvirkning på kontraktsforholdet. Reglene kan tidvis, avhengig av den faktiske og kontraktsrettslige situasjonen, overlappe hverandre og opptre samtidig, som ved en ekstremværhendelse som beskrevet. På grunn av at rettsgrunnlagene utgjør vesentlig forskjellige mekanismer, fremstår de ikke som parallelle, alternative spor, og dermed ikke gjensidig utelukkende. Med mindre klausulene indikerer eller fastsetter noe annet, skal det altså ikke være noe i veien for å påberope force majeure og hardship samtidig.

4.3.2 Kort om oppfylleelsesplikten etter reforhandlingsperioden

Enten det følger av den opprinnelige avtalen eller endringsavtalen, plikter kontraktspartene å oppfylle sine kontraktsforpliktelser overfor hverandre. Unntaket er naturligvis hvis avtalen er brakt til opphør. Høyesterett konkluderte i *Østfold Energi*-saken med at avtalen fremdeles stod seg, under både partenes og rettens behandling av revisjonsspørsmålet.¹³³ Østfold Energi pliktet derfor fremdeles å levere kraft til Fredrikstad Energiverk. Etter utløpet av en midlertidig, avløsende avtale mellom partene, hadde Østfold Energi imidlertid stanset sin kraftleveranse. De mente nemlig at avtaleforholdet hadde opphørt når en endringsavtale ikke var kommet i stand. Saken ble gjenopptatt i Rt. 2000 s. 632 (*Østfold Energi II*) hva gjaldt erstatnings-spørsmålet, hvor Høyesterett uttalte:

«Jeg finner således ikke å kunne gi Østfold medhold i at elverkskontraktens leveringsforpliktelse var bortfalt, med mindre Østfold fikk levere til markedspris. [...] Østfolds ensidige terminering av kontrakten i 1994 var et kontraktsbrudd, og [...] den etterfølgende stans i leveringen av kraft til Fredrikstad var et mislighold.»¹³⁴

¹³³ Rt. 1998 s. 1683, s. 1697.

¹³⁴ Rt. 2000 s. 632, s. 640–641.

Østfold Energi måtte dermed betale erstatning til Fredrikstad Energiverk, for dekningskjøpet de hadde foretatt. Med forbehold om forskjeller i faktum, illustrerer dommen at det er en risikofylt strategi å unnlate prestasjon av kontraktsforpliktelsen ved uenighet om avtalerevisjon eller uenighet om avtalens opphør. For å unngå mislighold av kontrakten, bør kontraktsparten fortsette oppfyllelse av sin kontraktsforpliktelse, og heller reise søksmål for å avgjøre tvisten.

5 Subsidiære rettsvirkninger – regulering av mislykkede reforhandlinger

5.1 Ulike former for subsidiære rettsvirkninger

Som en reserveløsning og neste utvei der reforhandlinger ikke fører frem, kan partene oppstille en subsidiær rettsvirkning i hardshipklausulen. Uten konsekvensregulering faller en tilbake på den opprinnelige avtalens bestemmelser.

En subsidiær løsning kan være å forelegge saken for en mekler eller dommer der partene selv ikke klarer å oppnå enighet. Det er den foreskrevne reguleringen etter UNIDROITs standard, som gir begge parter rett til å ta saken til retten etter mislykkede reforhandlinger.¹³⁵ Dersom dommeren finner det rimelig, kan vedkommende beslutte å revidere kontrakten slik at balansen gjenoprettes, eller terminere den dersom virkningene av den aktuelle hardship anses for urimelige.¹³⁶ En fordel ved denne konsekvensreguleringen er at partene overlater kontrollen over avtaleforholdet til en nøytral utenforstående med juridisk kunnskap og erfaring. Revisjonsspørsmålet vil da behandles rettferdig, selv om det anbefalte eller pådømte resultatet ikke nødvendigvis blir det ønskede for begge parter. For å bøte på at partene gir fra seg kontrollen til en utenforstående mekler eller dommer, kan det for eksempel fastsettes at både byggherre og entreprenør kan uttale seg og skissere foretrukket løsning, før beslutning treffes.

En annen mulighet, som er et av alternativene som ICC oppstiller i sin standard, er å gi parten som gjorde gjeldende hardshipklausulen en rett til å terminere kontrakten der reforhandlingene mislykkes.¹³⁷ Denne løsningsmodellen kan det potensielt være vanskelig å få innpass for i norsk rett.¹³⁸ En fullstendig termineringsadgang gjør hardshipklausulen svært mektig, og utstyrrer trolig kontraktsparten med et for virkningsfullt verktøy.

Partene kan følgelig velge å la være å innta en subsidiær regulering, fastsette at den opprinnelige avtalen skal fortsette å gjelde, henvise spørsmålet til en mekler eller dommer, eller innta en termineringsadgang. Hvilken betydning har så partenes valg av subsidiær rettsvirkning?

¹³⁵ UNIDROIT Principles Art. 6.2.3 (3).

¹³⁶ UNIDROIT Principles Art. 6.2.3 (4) a)–b).

¹³⁷ ICC pkt. 3A.

¹³⁸ Christophersen (2012) s. 489.

5.2 Effekten av de subsidiære reguleringene

Den subsidiære reguleringen som partene inntar i klausulen, spiller en viktig rolle for hardship-klausulens effekt. Uten en subsidiær regulering, eller der konsekvensreguleringen er at avtalen skal fortsette å gjelde på opprinnelige vilkår, har klausulen i realiteten ingen rettsvirkning. En slik hardshipklausul blir «tannløs»,¹³⁹ og opptrer i grunnen bare som en «vær snille»-beskjed overfor kontraktspartene.¹⁴⁰ En usanksjonert hardshipklausul vil trolig ikke gi et tilstrekkelig godt redskap for å rette opp i ubalanse og urimelighet i kontraktsforholdet, og er ikke nødvendigvis egnet til å oppfylle de formål hardshipklausuler antas å være bærere av.¹⁴¹

Av de mulige konsekvensreguleringene blir hardshipklausulen definitivt mest effektiv med en bakenforliggende sanksjon. Enten en revisjon eller terminering gjøres inter partes, eller ved å trekke inn en utenforstående bedømmer av tvisten, vil denne typen represalier virke positivt inn på partenes vilje til å finne et kompromiss. Samarbeidsviljen kan nettopp bli større dersom partene innser risikoen med å ikke være løsningsorientert – for eksempel at en utenforstående mekler eller dommer kan tenkes å løse tvisten på en måte som er ufordelaktig for vedkommende part.¹⁴² En klausul med en tydelig konsekvensregulering er derfor klart mest effektiv i å innstille partene på å nå en overenskomst.

5.3 Kan hardshipklausulen ha andre rettslige virkninger?

Ved å innta en reforhandlings- eller revisjonsklausul, sender partene et signal om at de anerkjenner at det kan bli behov for revisjon i fremtiden. Et naturlig synspunkt er derfor at partene lettere vil akseptere avtaleendringer, hvor terskelen for revisjon kan tenkes å bli senket som følge av hardshipklausulen.¹⁴³ I juridisk teori er det fremholdt at dersom partene etter å ha uttømt reforhandlingsmulighetene etter klausulen, tar saken til retten, bør retten være henvist til å foreta en rimelighetsvurdering etter avtaleloven § 36.¹⁴⁴ Dette kan ha gode grunner for seg.

¹³⁹ Bruserud (2010) s. 353.

¹⁴⁰ Heggberget og Nyland (2000) s. 310.

¹⁴¹ Bruserud (2010) s. 355–356.

¹⁴² Sund-Norrgård (2013) s. 330.

¹⁴³ Krüger (1989) s. 708; Meidell (2002) s. 498–508; Tørum og Frøholm (2005) s. 103; Sund-Norrgård (2013) s. 323.

¹⁴⁴ Tørum og Frøholm (2005) s. 103.

Imidlertid er det grunn til å spørre hvilken plass og funksjon bakgrunnsretten vil ha overfor et avtalebestemt revisjonsgrunnlag. Hvor langt rekker hardshipklausulen, og hvor vid kompetanse innrømmes tvisteløsningsorganet eller domstolen som behandler revisjonsspørsmålet? Dette avhenger av om man anser hardshipklausulen som en sidestilt mekanisme eller en regulering som overskriver bakgrunnsrettens regler.

Høyesterett har i *Østfold Energi*-saken avvist anvendelse av avtaleloven § 36 når kontrakten hadde en egen revisjonsklausul som gjennomførte en tilsvarende mekanisme, jf. pkt. 2.2.2. Det kan tilsi at partene ved å innta en egen revisjonsklausul har overskrevet bakgrunnsretten. Mindretallet mente derimot at revisjonsklausulen og lempingsregelen i avtaleloven § 36 ikke var gjensidig utelukkende. Imidlertid understreket de at de ikke hadde uttalt seg om «forholdet mellom avtaleloven § 36 og kontraktsbestemte revisjonsklausuler i sin alminnelighet.»¹⁴⁵ Selv om dommens utfall ble at revisjonsklausulen fikk anvendelse på bekostning av avtaleloven § 36, illustrerer flertallets og mindretallets votum at det er flere mulige synsvinkler.

Etter min mening må den avtalefestede hardshipklausulen, i tråd med prinsippet om avtalefrihet og alminnelig praksis i kontraktsretten, antas å gå foran bakgrunnsretten. På denne måten er jeg enig med flertallet i *Østfold Energi*-saken. Som nevnt i pkt. 2.3, er et av formålene med en hardshipklausul å konstruere et eget revisjonsregime, som naturligvis vil overlappe delvis med bakgrunnsretten. Kontraktspartene vil imidlertid ikke alltid ha til hensikt å avtale seg vekk fra bakgrunnsrettens regler, når de utstyres seg selv med et revisjonsverktøy for innbyrdes håndhevelse. Hvorvidt hardshipklausulen vil ha overskrivende effekt er etter mitt syn avhengig av hvordan kontraktspartene har valgt å utforme klausulen, slik både flertallet og mindretallet har gitt uttrykk for i *Østfold Energi*-saken.

Av betydning er hvor bredt eller smalt klausulen er utformet som revisjonsverktøy. Når klausulen er utformet svært likt bakgrunnsrettens lempingsregler, bør revisjonsklausulen anses for å gå foran disse. En snever og eventuelt tydelig avgrenset revisjonsbestemmelse vil derimot i langt mindre grad overlappe med bakgrunnsretten, og kan gi plass til avtaleloven § 36 og forutsetningslæren i tillegg eller subsidiært. For eksempel kan tenkes et tilfelle hvor hardshipklausulen kun rommer et fåtall spesifiserte endringsomstendigheter, og dermed avgrenser mot andre typer endrede forhold. Der en angitt omstendighet oppstår, vil klausulen fange opp denne som forutsatt. Inntredelse av andre enn de spesifiserte omstendigheter, vil derimot ikke fanges

¹⁴⁵ Rt. 1998 s. 1683, s. 1701 (tredjevoterende).

opp av avtaleklausulen, og man har følgelig ikke en mekanisme sidestilt med avtaleloven § 36 eller forutsetningslæren for det oppståtte forholdet. I så fall fremstår det rimelig å la bakgrunnsretten utfylle kontrakten, når hardshipklausulen klart ikke strekker til.

Ved å ta saken til retten, overlater partene revisjonsspørsmålet til dommeren for avgjørelse. Hardshipklausulen vil likevel kunne trekke opp rammer for rettens kompetanse. I dette inngår etter mitt syn ikke partenes forhandlingsutspill under reforhandlingene – for rettens behandling av revisjonsspørsmålet er det partenes påstander som er avgjørende. Bruserud fremholder at ytterrammene for et tvisteløsningsorgan eller en domstols handlingsrom vil være svært likt etter en bredt utformet hardshipklausul som etter avtaleloven § 36 og forutsetningslæren. Innenfor sitt anvendelsesområde vil hardshipklausulen imidlertid stenge av for rettsgrunnlagenes funksjon som primære rettsgrunnlag, da posisjonen heller vil inntas av hardshipklausulen.¹⁴⁶ Det fremstår som en rimelig og naturlig virkning av klausulen.

Der spørsmålet avgjøres innenfor rammene av hardshipklausulen som det primære rettsgrunnlag, mener jeg det likevel kan være rom for, samt forsvarlig, å trekke inn avtaleloven § 36 og forutsetningslærens formål, hensyn og vurderingsmomenter. Bakgrunnsretten er, som nevnt i 2.1.1, en «premissleverandør» og «målestokk» ved tolkningen av avtalebestemmelser, noe som også vil gjelde for hardshipklausuler.¹⁴⁷ Dette underbygges av at revisjonsvurderingene vil ligne hverandre, og ha samme mål for øye – å gjenopprette kontraktsbalansen mellom partene.

Oppsummert vil bakgrunnsrettens rolle avhenge av hardshipklausulens utforming, når partene søker hjelp av et tvisteløsningsorgan eller domstolene. Å implementere en avtaleklausul vil signalisere at partene har ment å regulere sitt mellomværende gjennom avtalebestemmelsen, og at bakgrunnsretten først vil inntre når den ikke er i konflikt med avtaleklausulen.

¹⁴⁶ Bruserud (2010) s. 390–391.

¹⁴⁷ Bruserud (2010) s. 35–37.

6 Sammenfatning og avsluttende refleksjoner

6.1 Oppsummering av mine funn

6.1.1 Hva vil en god hardshipklausul inneholde av vilkår og rettsvirkninger?

Selve forekomsten av en hardshipklausul, uansett grad av fullstendighet i sin utforming, kan medføre at den tjener som en sikkerhetsventil på samme måte som avtaleloven § 36 og forutsetningslæren. Basert på ovenstående gjennomgang kan det imidlertid fastslås at en hardshipklausul vil være best egnet til å håndtere aktuelle problemstillinger der den har tydelige vilkår, en klar rettsvirkning og en subsidiær rettsvirkning.

Når det gjelder vilkårene, er det hensiktsmessig å formulere endringskriteriet åpent for å imøtekomme en bredde av endringsomstendigheter, dersom en skal kunne takle for eksempel ulike konsekvenser av klimaendringer. Konkretisering av aktuelle typer endrede forhold kan likevel være hensiktsmessig for å gjøre hardship-vilkåret mer håndgripelig, jf. pkt. 3.1.1. Svært sentralt er å oppstille et tydelig innvirkningskriterium, siden det er *behovet* for å revidere avtalebetingelsene som er avgjørende for å utløse klausulen. At endringsomstendigheten *i vesentlig grad vanskeliggjør kontraktsgjennomføring* som forutsatt, bør derfor være hinderet som må passeres for å aktivere hardshipklausulens rettsvirkningsside. Med en fleksibel terskelverdi, tilpasset etter partenes ønske, er hardshipklausulen en balansert kontraktsmekanisme som kan hjelpe partene med å håndtere uventede utviklinger i fellesskap.

Det bør videre fremgå klart av klausulen om rettsvirkningen er et revisjonskrav eller en reforhandlingsplikt. En revisjonsklausul bør presisere tydelig hvilke deler av kontrakten som skal revideres, og eventuelt hva betingelsene skal endres til, dersom partene har dette klart for seg. Der det er valgt en reforhandlingsklausul, kan partene med fordel eksplisitt pålegges å forplikte seg til etter beste evne og hensikt, og i tråd med god forretningsskikk og lojalitet, til å reforhandle avtalen i den utstrekning det er nødvendig.¹⁴⁸ Ettersom arten og omfanget av reforhandlingene vil avhenge av den utløsende omstendigheten og dens påvirkning, kan partene trolig ikke pålegges mer spesifikke plikter for reforhandlingsperioden. En reforhandlings-

¹⁴⁸ Sund-Norrgård (2013) s. 331.

klausul med tydelig innhold vil kunne ha prosessdempende effekt og incentivere partene til å oppnå en overenskomst gjennom direkte dialog.

Klausulen gjengitt i en dom avsagt av Borgarting lagmannsrett i 2001 er for vilkår, terskel og primær rettsvirkning (rett og plikt) et nokså godt eksempel:

«§ 14 Reforhandling

(...) Skulle forholdene endre seg slik at kontraktens bestemmelser finnes åpenbart urimelige, f.eks at det kommer nye uventede og ensidige, byrdefulle offentlige pålegg etter kontraktsinngåelsen, f.eks miljøavgifter, særlige avgifter, nye skatteregler, eller nye pålagte sentralnett-kostnader, betydelige endringer i kraftomsetningssystemet, m.v., kan hver av partene kreve tatt opp forhandlinger om endringer med sikte på å gjenopprette balansen i kontrakten.

De endrede forhold må være av en slik art at de kunne hatt betydning for prisfastsettelsen eller vilkårene ved kontraktens inngåelse dersom forholdet hadde vært kjent.»¹⁴⁹

Med tillegg av en subsidiær rettsvirkningsregulering ved rett til å oppsøke mekler eller domstol, blir klausulen mest mulig håndfast og helhetlig. Implementeringen av en konsekvensregulering ved mislykkede forhandlinger vil bidra til å skjerpe reforhandlingsplikten og partenes vilje til å oppnå en løsning, og spiller som nevnt i pkt. 5.2 derfor en viktig rolle i hardshipklausulen.

Ulikt en standardisert hardshipklausul uten individuell tilpasning, adresserer den ovenfor siterte reforhandlingsklausulen i sitt første ledd en rekke typer endrede forhold partene vurderer som kvalifisert hardship. Det gjør klausulens vilkårside mer håndgripelig, og har gode grunner for seg. Om en tar utgangspunkt i modellreguleringer, som UNIDROIT og ICC, bør de tilpasses til det aktuelle avtaleforholdet gjennom spesifisering for best effekt.¹⁵⁰ En presisering av tilsiktet virkeområde, plikter og rettigheter vil trolig redusere risikoen for tvist om tolkning. Ettersom hardshipklausulen skal fylle rollen som en «fleksibilitetsklausul» for det aktuelle kontraktsforholdet, bør partene derfor utøve sin selvbestemmelsesrett til å uforme vilkårene slik at de problemstillinger partene vil omfatte, inkluderes i det fleksibilitetsrommet de avtaler.

¹⁴⁹ LB-2001-3853, også gjengitt i Bruserud (2010) s. 300.

¹⁵⁰ Bruserud (2010) s. 33; Meidell (2002) s. 503.

6.1.2 Vil hardshipklausuler tilby noe annet enn bakgrunnsretten?

Oppsummeringsvis kan det sies at avtaleloven § 36 sjeldent vil utgjøre et egnet rettsgrunnlag for revisjon av entreprisekontrakter mellom profesjonelle aktører, som fastslått i pkt. 2.2.2. Forutsetningslæren vil derimot kunne være aktuell, som statuert i rettspraksis. Det kan bety at byggherrens og entreprenørens behov for avtalerevisjon som følge av *hardship* er tilstrekkelig godt ivaretatt gjennom forutsetningslæren.

En hardshipklausul vil imidlertid, gjennom å gi partene et verktøy til disposisjon, gi kontraktspartene en større grad av kontroll over avtaleforholdet og forutberegnelighet av egen rettsposisjon, som beskrevet i pkt. 2.3. Å påberope de alminnelige revisjonsgrunnlagene i bakgrunnsretten for retten medfører usikkerhet for partene, i tillegg til at en tvisteløsningsprosess eller domstolsbehandling er mer tid- og ressurskrevende enn interne forhandlinger. Kontraktspartene kjenner sitt eget kontraktsforhold best, og antas å ha de beste forutsetninger for å revidere sin kontrakt. I tillegg kan partene innhente sakkyndige for anbefaling og veiledning, eller en mekler som kan hjelpe dem å nå en overenskomst. Løsningen er derfor mer minnelig, og legger inn et fornuftig steg før saken eventuelt tas til rettsvesenet.

Hvilken av hardshipklausulens primære rettsvirkninger som er best egnet til å ivareta partenes behov, vil variere. Der partene ved avtaleinngåelsen har en viss oversikt over omstendigheter som kan forrykke partsbalansen, for eksempel indikasjoner på prisjustering i markedet eller en lovendring på høring, kan en hardshipklausul med revisjonsplikt ha gode grunner for seg. Ved å fremforhandle innholdet i revisjonsretten ved avtaleinngåelsen har partene «tatt reforhandlingen på forskudd», og unødvendig konflikt kan unngås – løsningen er allerede klar og i tråd med det partene vil godta.

Å velge en reforhandlingsklausul, hvis inntreden betinges av endrede forhold som tynger kontraktsprestasjonen, har gode grunner for seg i situasjoner som er uoversiktlige. Det vil gjerne være tilfellet ved konsekvenser av klimaendringer, og en rekke andre typer oppfyllelsesvansker. I slike situasjoner vil vurderingsgrunnlaget ofte ikke være klart før endringene har oppstått. Å inngå «en avtale om å avtale» kan være en fleksibel og fornuftig sikkerhetsventil for avtaleforholdet. Ettersom hardshipklausulen bare blir aktuell dersom det oppstår en situasjon «utenom det normale», som må innfri inngangsvilkårene og overstige terskelen, vil klausulens tilstedeværelse i kontrakten heller ikke være til skade der situasjonen i løpet av kontraktsperioden viser seg å bli normal.

Behovet for en hardshipklausul fremstår som mindre i et rettssystem som vårt, hvor bakgrunnsretten vil utfylle avtalen og komme partene til hjelp, i motsetning til i eksempelvis engelsk rett, jf. pkt. 2.1.1. Det er likevel gode grunner for å oppstille en egen kontraktsmekanisme. En hardshipklausul gir partene anledning til å redistribuere risiko eller ansvar i relasjonen etter den endrede utvikling, og dermed justere sine rettigheter og plikter, der det fremstår som rimelig for å sikre en vedvarende jevn kontraktsbalanse. Slik etterfølgende risikojustering kan ikke oppnås ved å påberope avtaleloven § 36 eller forutsetningslæren, da Høyesterett uttrykkelig har avgrenset rettsgrunnlagene mot dette i henholdsvis *Veidekke*-saken og *Oslo Vei*-saken, jf. pkt. 2.2.2 og 2.2.3.

Følgelig kan en egnet kontraktsklausul ivareta partenes interesser på en mer spesifikk måte enn bakgrunnsrettens regler. Hardshipklausulen kommer inn i krysningpunktet mellom hensynet til sikkerhet og fleksibilitet, og skal skape forutberegnelige, men likevel fleksible løsninger på fremtidige problemer, for å hjelpe avtaleforholdet å bestå. I motsetning til bakgrunnsrettens lempingsregler, som ikke er «vedtatt» av partene, gir en hardshipklausul *økt forutberegnelighet* for partene.¹⁵¹ Klausulen gir ikke minst partene kontroll og innflytelse over eget avtaleforhold i problemhåndteringsprosessen, på en måte som bakgrunnsretten ikke kan.

6.2 Fremtidig rettsutvikling og anbefaling til entreprisbransjen

Tradisjonen for uventede, utenforliggende forhold som vanskeliggjør oppfyllelsen av partenes kontraktsforpliktelser i et entreprisforhold, er å fastsette en passende fristforlengelse. Force majeure-hjemmelen i NS-kontraktene fastsetter uttrykkelig at denne typen endrede forhold ikke gir rett til justering av avtalt vederlag, jf. pkt. 1.2.2. Foreløpig finnes heller ikke noen avtale-regulert mekanisme for avtalerevisjon eller reforhandlinger ved uventede utviklinger. Ettersom hardship utgjør en form for «force majeure light», og vederlagsjustering eller annen avtalerevisjon ved force majeure er uttrykkelig utelukket fra standardkontraktene, kan det bety at bransjeaktørene ikke ønsker en slik kontraktsmekanisme.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 12.

Samtidig er den vanligste rettsvirkningen i en hardshipklausul at det inntreer en plikt til å gå inn i reforhandlinger av avtalen, jf. pkt. 4.1 – det forutsettes ikke direkte en vederlagsendring. På hvilken måte avtalen eventuelt skal revideres kan partene nettopp forhandle seg frem til og bli enige om. Avhengig av hvilken form for konsekvensregulering partene inntar i en hardshipklausul kan de også sørge for det eventuelle pressmiddelet og den «back-up»-løsningen de selv ønsker at klausulen skal ha. Begge parter forutberegnelighetshensyn vil videre være ivaretatt da plikter og rettigheter etter hardshipklausulen fremgår av avtalereguleringen allerede fra start.

Implementering av en hardshipklausul er anbefalt for et utvalg næringsbransjer, særlig ved avtaleforhold med et transnasjonalt eller internasjonalt element.¹⁵² Ut fra dagens risikobilde for endrede forhold kan det tenkes vel så aktuelt å begynne med implementering også i nasjonale avtalerelasjoner. Med entrepriserettens særtrekk er det grunn til å tro at en hardshipklausul kan være en hensiktsmessig regulering, der partene ser muligheten for et behov for fremtidig revisjon. Driftsfasen i en entreprisekontrakt kan være langvarig, noe som kan begrunne og forsterke behovet for en hardshipklausul.¹⁵³ Med utendørs oppfyllelse og omfattende prestasjoner som oppfylles suksessivt, er hardshipklausuler også et godt grep for å takle kommende klimautfordringer, som kan tenkes å slå ut negativt på prosjektutførelser.

Samlet sett kan det derfor sies at hardshipklausuler kan være til hjelp ved endrede forhold i kommersielle kontraktsforhold, herunder i entreprisekontrakter. Gjennom å utstyre partene med et redskap for å forhandle avtalen på nytt, der det oppstår behov, og på egne forutsetninger og vilkår, kan en hardshipklausul lette kontraktgjennomføringen når den for eksempel rammes av klimakonsekvenser.

¹⁵² Meidell (2002) s. 501, med henvisning til United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) anbefaling av en hardshipklausul med reforhandlingsplikt i sin *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works* (New York 1987), kapittel XXII. Se også Simonsen (2022) s. 18; Hansen og Aase (2022).

¹⁵³ Tørum og Frøholm (2005) s. 103.

Kildeliste

Lover og forarbeider

Avtaleloven	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljserklæringer.
NOU 1979: 32	NOU 1979: 32 Formuerettslig lempningsregel.
Ot.prp. nr. 5 (1982–1983)	Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr. 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel).
Kjøpsloven	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp.
Håndverkertjenesteloven	Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m. for forbrukere.
Avhendingsloven	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom.
Bustadoppføringslova	Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.

Rettspraksis

- Rt. 1998 s. 1683 (*Østfold Energi*).
- Rt. 1999 s. 922 (*Salhusbru*).
- Rt. 2000 s. 632 (*Østfold Energi II*).
- Rt. 2000 s. 806 (*Oslo Energi*).
- Rt. 2003 s. 1132 (*Fornebu*).
- Rt. 2010 s. 1345 (*Oslo Vei*).
- Rt. 2012 s. 1537.

HR-2016-1447-A.

HR-2022-1120-A (*Veidekke*).

LB-2001-3853.

LA-2003-17461.

Standardkontrakter og internasjonale kilder

UNIDROIT Principles (1994)	UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law: <i>Principles of International Commercial Contracts</i> , 1994.
NS 8406	Norsk Standard NS 8406: 2006. <i>Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt</i> .
NS 8405	Norsk Standard NS 8405: 2008. <i>Norsk bygge- og anleggskontrakt</i> .
NS 8407	Norsk Standard NS 8407: 2011. <i>Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser</i> .
UNIDROIT Principles	UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law: <i>Principles of International Commercial Contracts</i> , 2010.
ICC	International Chamber of Commerce: <i>ICC Force Majeure and Hardship Clauses</i> , March 2020.

Litteratur

Aftenposten (2022)	Aftenposten. «Ett år etter katastrofeflommen har arrene ennå ikke grodd i Tyskland». <i>Aftenposten</i> , 13. juli 2022. https://www.aftenposten.no/verden/i/eE9LaM/ett-aar-etter-katastrofe-flommen-har-arrene-ennaa-ikke-grodd-i-tyskland (lest 14. april 2023).
--------------------	--

- Alvik (2017) Alvik, Ivar. «Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper og kontraktstyper i norsk rett». *Jussens Venner*, vol. 52 (2017), nr. 6, s. 378–405.
- Bjella (2002) Bjella, Kristin. «Avtaler mellom profesjonelle – tolking og revisjon». *Jussens Venner*, vol. 37 (2002), nr. 4–5, s. 282–290.
- Bjerknessenteret (2021) Bjerknessenteret for klimaforskning. «Drivhuseffekten og jordens klima», *Bjerknessenteret*, 1. mai 2021, <https://www.bjerknes.uib.no/artikler/fns-klimapanel/drivhuseffekten> (lest 21. april 2023).
- Bruserud (2010) Bruserud, Herman. *Hardshipklausuler*. Fagbokforlaget Vigmostad og Bjørke AS, 2010.
- Cambridge Dictionary (u.å.) Cambridge Dictionary. «Hardship» – «business English definition». Cambridge University Press (u.å.). <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/hardship> (lest 17. april 2023).
- Christophersen (2012) Christophersen, Kine Bjelke. «Hardship-klausulenes virkning i norsk rett». *Lov og Rett*, vol. 51 (2012) nr. 8, s. 473–490.
- CICERO og Vestlandsforskning (2018) CICERO (Center for International Climate Research) og Vestlandsforskning. «Oppdatering av kunnskap om konsekvenser av klimaendringer i Norge». *Rapport 2018: 14* [på oppdrag fra Miljødirektoratet].
- Cordero-Moss (2011) Cordero-Moss, Giuditta. *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*. Cambridge University Press, 2011.
- Cordero-Moss (2016) Cordero-Moss, Giuditta. «Ulike trekk ved norsk og engelsk kontraktsrett og deres betydning for kontraktens virkninger – noen komparativrettslige betraktninger». *Jussens Venner*, vol. 51 (2016), nr. 5, s. 276–302.

- Elster (2023) Elster, Kristian. «Varsler rekordvarme i Spania denne uken». *NRK*, 26. april 2023. <https://www.nrk.no/urix/varsler-rekordvarme-i-spania-denne-uken-1.16386321> (lest 2. mai 2023).
- Elster og Aasen (2023) Elster, Kristian og Aasen, Kristine Ramberg. «Spania går tomt for vann – bøndene gir opp årets avling». *NRK*, 30. april 2023. <https://www.nrk.no/urix/spania-gar-tomt-for-vann--bondene-gir-opp-arets-avling-1.16391165> (lest 2. mai 2023).
- Færstad og Taule (2018) Færstad, Jan-Ove og Taule, Aleksander F. «En introduksjon til avtaleretten». *Jussens Venner*, vol. 53 (2018) nr. 5, s. 269–305.
- Giertsen (2021) Giertsen, Johan. *Avtaler* (4. utgave). Universitetsforlaget, 2021.
- Grönfors (1995) Grönfors, Knut. *Avtal och omförhandling*. Nerenius & Santérus Förlag, 1995.
- Hagstrøm og Bruserud (2014) Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman. *Entrepriserett*. Universitetsforlaget, 2014.
- Hagstrøm et.al. (2021) Hagstrøm, Viggo; Bruserud, Herman; Alvik, Ivar; Irgens-Jensen, Harald og Berg Ørstavik, Inger. *Obligasjonsrett* (3. utgave). Universitetsforlaget, 2021.
- Hansen (2011) Hansen, Ole. «Om de længerevarende kontraktforholds forankring i den almindelige kontraktret – længerevarende kontrakter som forskningsfelt». *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 124 (2011), nr. 3–4, s. 444–477.
- Hansen og Aase (2022) Hansen, Runar og Aase, Karina Helgesen. «Ikke helt force majeure, men hva da?». *Moderne Transport* [Jushjørnet], 31. mai 2022. <https://www.mtlogistikk.no/force-majeure-jus-jushjornet/ikke-helt-force-majeure-men-hva-da/659363> (lest 26. februar 2023).
- Heggberget og Nyland (2000) Heggberget, Lars Marius og Nyland, Espen. «Formuleringen av internasjonale kontraktsrettslige grunnprinsipper og betydningen for norsk rett». *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 113 (2000), nr. 1–2, s. 251–323.

- Hov og Høgberg (2017) Hov, Jo og Høgberg, Alf Petter. *Obligasjonsrett* (2. utgave). Papinian, 2017.
- Haaskjold (2013) Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelser* (2. utgave). Cappelen Damm Akademisk, 2013.
- Haaskjold (2017) Haaskjold, Erlend. *Obligasjonsrett: En innføring*. Universitetsforlaget, 2017.
- IPCC (2022) Technical Summary, Pörtner et.al. In: *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability* (February 2022), Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report (AR6) of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA.
- IPCC (2023) Summary for Policymakers. In: *Synthesis Report: Climate Change 2023* (March 2023), The Intergovernmental Report for Climate Change, Sixth Assessment Report (AR6). Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA.
- Iversen (2022) Iversen, Birgitte. «Rekordtørr mars og april truer bønder, fisk, drikkevann og skog». *Aftenposten*, 2. mai 2022. <https://www.aftenposten.no/norge/i/rE2G0l/rekordtoerr-mars-og-april-truer-boender-fisk-drikkevann-og-skog> (lest 28. februar 2023).
- Krüger (1989) Krüger, Kai. *Norsk kontraktsrett*. Alma Mater Forlag, 1989.
- Lilleholt (2017) Lilleholt, Kåre. *Kontraktsrett og obligasjonsrett*. Cappelen Damm Akademisk, 2017.
- Meidell (2002) Meidell, Andreas. «Reforhandlingsplikt ved irregulær økonomisk utvikling i langvarige kontraktsforhold». *Lov og Rett*, vol. 41 (2002) nr. 8, s. 498–508.
- Mestad (1991) Mestad, Ola. *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*. Universitetsforlaget, 1991.

- Mestad (2022) Mestad, Ola. «Kontraksrevisjon. Læra om brestande føresetnader og forholdet til avtalelova § 36». *Jussens Venner*, vol. 57 (2022), nr. 3, s. 240–271.
- Ristvedt (2012) Ristvedt, Per Morten. «Reforhandling av avtaler». *Tidsskrift for forretningsjus*, vol. 18 (2012), nr. 4, s. 209–246.
- Simonsen (2022) Simonsen, Lasse. *Har hardship-klausuler en plass i entrepriseretten?* Manus til foredrag for Norsk forening for bygge- og entrepriserett (Entrepriseforeningen), Entreprisjuridisk seminar den 1. september 2022 i Larvik.
<http://www.entrepriseforeningen.no/dokumentfil1483?pid=Native-ContentFile-File&attach=1> (lest 16. mars 2023).
- Sund-Norrgård (2013) Sund-Norrgård, Petra. «Omförhandling och medling – Att lösa konflikter och fortsätta samarbeta». *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 126 (2013), nr. 3, s. 315–342.
- Tørum og Frøholm (2005) Tørum, Amund Bjøranger og Frøholm, Geir. «Back-to-back; særlig om såkalt PFI (OPS) ved veiutbygging». *Lov og Rett*, vol. 44 (2005), nr. 1–2, s. 90–108.
- Wictorsen (2021) Wictorsen, Mari Lund. «Enorme ødeleggelser etter flomkatastrofen i Europa. Kan det samme skje i Norge?». *Aftenposten*, 17. juli 2021.
<https://www.aftenposten.no/norge/i/V14dyr/enorme-oedeleggelser-etter-flomkatastrofen-i-europa-kan-det-samme-skje-i-norge> (lest 14. april 2023).
- Woxholth (2000) Woxholth, Geir. «Forutsetningslæren og avtaleloven § 36». *Jussens Venner*, vol. 35 (2000), nr. 3, s. 108–131.
- Woxholth (2017) Woxholth, Geir. *Avtalerett* (10. utgave). Gyldendal Juridisk, 2017.