



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Rimelighetshensyn ved tolkning og revisjon av kommersielle avtaler

Bendik Fagerli Kjærstad

Masteroppgave i Rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2022.

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Introduksjon	1
1.2	Særlig om metodespørsmål i oppgaven	2
1.3	Oversikt over kommende kapitler	3
2	Grunnleggende hensyn og prinsipper.....	4
2.1	Avtalefrihet, formfrihet og prinsippet om at avtaler skal holdes	4
2.2	Forutberegnelighet og rimelighet	5
3	Tolkning av kommersielle kontrakter i korte trekk.....	6
3.1	Innledning.....	6
3.2	Begrunnelsen for objektiv tolkning som utgangspunkt.....	7
3.3	Den objektive tolkningen av kontrakten	8
3.4	Felles forståelse	9
3.4.1	Innledning.....	9
3.4.2	Vurderingen av en påstått felles forståelse.....	11
3.4.3	God tro-standard som argument for avvikende tolkning.....	12
3.5	Dersom den objektive tolkningen ikke fører frem	13
3.5.1	Innledning.....	13
3.5.2	Kontraktens system som tolkningsfaktor	13
3.5.3	Bakgrunnsretten som tolkningsbidrag.....	13
3.5.4	Betydningen av kontraktens taushet.....	14
3.6	Når hverken ordlyd, system, bakgrunnsrett eller felles forståelse gir en klar løsning 15	
3.7	Noen tanker om rimelighetshensyn som tolkningsfaktor.....	16
4	Rimelighet som begrunnelse for lemping	18
4.1	Avtaleloven § 36	18
4.1.1	Påvirker avtaleloven § 36 utformingen av profesjonelle avtaler?.....	21

4.1.2	Økt nyansering av styrkeforholdet i profesjonelle partsforhold?.....	21
4.1.3	Er terskelen i avtaleloven § 36 for høy slik den praktiseres i dag?	24
4.2	Den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.....	26
5	HR-2022-563-A	27
5.1	Tvistetemaet	27
5.2	Tolkningen	28
5.3	Tolkning eller revisjon?	29
6	LB-2021-145477	31
6.1	Kan avtaleloven § 36 anvendes i saken?	33
6.2	Kan avtalen sensureres gjennom tolkning?	35
7	Tolkning eller revisjon for å løse spørsmål om urimelighet?.....	36
7.1	Innledning.....	36
7.2	Legger rettskildene føringer for valget av rettslig grunnlag?.....	37
7.2.1	Kan argumentasjonen fra saker om skjult avtalesensur være en del av helhetsvurderingen i avtaleloven § 36.....	38
7.2.2	Konsekvensen av valg av rettslig grunnlag	40
8	Avslutning	40
	Kildeliste	42

1 Innledning

1.1 Introduksjon

Oppgaven handler om rimelighetshensyn som tolkningsfaktor og revisjonsgrunnlag i avtaler mellom næringsdrivende. Vi er dermed på avtalerettens område, og fokuset ligger på forretningsmessige avtaler. Temaet for oppgaven er forholdet mellom tolkning av avtaler og lemping av avtaler.

Formålet med oppgaven er å undersøke hva som skiller å bruke rimelighet som tolkningsfaktor og å bruke det som et lempingsgrunnlag. Oppgaven vil drøfte grensen mellom tolkning og revisjon av en avtale. Videre vil oppgaven undersøke om det foreligger tendenser i kildematerielat som trekker i retning av en løsning fremfor den andre i tilfeller hvor begge kommer på spissen.

Både læren om bristende forutsetninger og avtaleloven¹ § 36 vil bli behandlet som en del av oppgaven da begge reglene bygger på rimelighetshensyn. Videre begrenser oppgaven seg til kun å omhandle avtaler hvor begge partene er profesjonelle næringsdrivende. Både reglene for avtaletolkning og anvendelsen av avtalerettens regler om rimelighetskontroll er forskjellige avhengig av partsforholdet.² Det vil derfor favne for bredt å ta for seg avtaler med andre partsforhold.

Innledningsvis er det hensiktsmessig å avklare noen begreper som blir brukt i oppgaven. Begrepene avtale og kontrakt har samme betydning og brukes derfor om hverandre.³ Begrepet revisjon er en samlebetegnelse for de forskjellige måtene en avtale kan endres eller settes til

¹ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4 (avtaleloven eller avtl.).

² For avtaletolkning kommer dette av tydelig frem av flere Høyesterettsdommer, blant annet Rt. 2002 s. 1155 *Hansa Borg*. For reglene om lemping følger det blant annet av ordlyden i avtaleloven § 36 annet ledd «partenes stilling», samt høyesterettspraksis og teori.

³ Begrepet avtale har ingen legaldefinisjon. Kjennetegn på avtaler er gjerne at det innebærer gjensidige disposisjoner, at den binder partene og at den regulerer rettsforhold (i motsetning til ikke-rettslige avtaler som en «avtale» om å dra på kino, jf. Giertsen (2021) side 3. Se også om avtalebegrepet i *Draft Common Frame of Reference (DCFR) II.-1:101 (1)*.

side av domstolene på, det være gjennom avtaleloven § 36, bristende forutsetninger eller andre regelsett.⁴

Begrepet næringsdrivende har noe forskjellig innhold i forskjellige sammenhenger. Det sentrale for at en person, fysisk eller juridisk, skal regnes som næringsdrivende er at de driver med næringsvirksomhet.⁵ Med dette menes at det drives virksomhet med den hensikt å ha økonomisk vinning. Begrepet kommersielle avtaler vil også bli brukt i avtalen, og skal forstås som avtaler mellom profesjonelle næringsdrivende.

1.2 Særlig om metodespørsmål i oppgaven

Læren om tolkning av avtaler er i all hovedsak en ulovfestet gren av avtaleretten. Relevante kilder består hovedsakelig av høyesterettsdommer og juridisk teori. Et særegent kjennetegn ved høyesterettspraksis om avtaletolkning er at det er et mål at ny praksis ikke skal føre til store omveltninger på området, men heller sikre kontinuitet gjennom skrittvis rettsavklaring.⁶ Den rettsutvikling som skjer består derfor i all hovedsak i små presiseringer, justeringer eller avklaringer som på den måten over tid vil forme læren om avtaletolkning.

I avtaleloven § 36 finner vi det som kalles den generelle lempingsregelen i norsk avtalerett. Bestemmelsen vil ha en sentral plass i denne fremstillingen. I tillegg finnes sensur- og revisjonsregler spredt om i andre lover og forskrifter som vil kunne virke som *lex specialis* i de konkrete kontraktsforhold som de får anvendelse på.⁷ Selv om noen av disse reglene vil omtales i oppgaven, avgrenses det av kapasitetsgrunner mot en inngående behandling av disse reglene. I tillegg til de lovfestede reglene om lemping, vil også den ulovfestede læren om bristende forutsetninger nevnes i oppgaven.

⁴ Ola Mestad bruker «revisjon» om både lemping av avtaleloven § 36 og ugyldighet etter læren om bristende forutsetning, jf. Mestad (2022). Giertsen påpeker at «revisjon» eller «sensur» begge ofte blir brukt for å mene det samme som lemping i sammenheng med avtaleloven § 36, jf. Giertsen (2021) s. 262. Revisjon virker å være et allsidig og dekkende begrep for de forskjellige måter en avtale kan endres eller settes til side gjennom domstolskontroll og egner seg derfor godt som samlebetegnelse.

⁵ I lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven eller forbrkjl.) § 1 defineres «næringsdrivende» som en selger eller selgers representant som opptre i næringsvirksomhet.

⁶ Tørum (2019b) s. 8.

⁷ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 41.

Utenlandsk rett vil i oppgaven bli brukt som illustrasjon eller for sammenligning. Spesielt annen nordisk rett er relevant på avtalerettens område, da det er stor rettslikhet på området.⁸

1.3 Oversikt over kommende kapitler

I kapittel to vil hoveddelen av oppgaven starte med å redegjøre for grunnleggende hensyn som er relevant for oppgaven. Hensyn spiller en viktig rolle ved avtaletolkning og revisjon, og det er derfor hensiktsmessig å drøfte disse innledningsvis.

Videre vil oppgaven i kapittel tre ta for seg avtaletolkning i kommersielle avtaler i korte trekk. Det virker hensiktsmessig å starte med å gi en generell oversikt over avtaletolkning av kommersielle kontrakter, da en forståelse av dette vil ligge til grunn for hele oppgaven. Kapitlet vil også omtale hvordan rimelighetshensyn spiller inn på de forskjellige delene av tolkningen.

Deretter vil kapittel fire se nærmere på rimelighetshensyn som lempingsgrunnlag. Kapitlet tar for seg praksis ved urimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36 og gir noen tanker om dette. Læren om bristende forutsetninger vil også omtales i kapittel fire.

I kapittel fem og seks vil henholdsvis HR-2022-563-A og LB-2021-145477 analyseres, da begge dommene er relevante for fremstillingen av oppgaven. De fungerer også godt som utgangspunkt for generelle drøftelser om revisjon av avtaler gjennom tolkning og lovgitte lempingsregler.

Det vil deretter i kapittel syv drøftes om rettsreglene legger føringer for hvilket rettsgrunnlag som brukes ved revidering av avtaler. Det vil her stilles spørsmål om det er mer hensiktsmessig for rettsanvendere å anvende et regelsett fremfor et annet.

⁸ Giertsen (2021) s. 24.

2 Grunnleggende hensyn og prinsipper

2.1 Avtalefrihet, formfrihet og prinsippet om at avtaler skal holdes

I Norge, som i de fleste vestlige rettsstater, har vi et prinsipp om avtalefrihet.⁹ Kort forklart betyr det at hvem som helst kan avtale hva som helst med hvem de vil. Det er dette som er utgangspunktet i norsk rett, men avtalefriheten er ikke total. Det er naturligvis enkelte begrensninger i avtalefriheten. Allerede i 1687 ble noen av de viktigste begrensningene lovfestet i Norske Lov 5-1-2¹⁰, som fortsatt er gjeldende rett. Det følger av ordlyden at det kun er frivillig inngåtte kontrakter som binder partene, partene kan ikke være mindreårige eller umyndiggjort og avtalen må ikke stride mot lov eller ærbarhet.

Etter hvert har flere begrensninger kommet til. De viktigste generelle begrensningene finnes i avtaleloven §§ 28-33. Både reglene som fremkommer i NL 5-1-2 og avtaleloven §§ 28-33 er hovedsakelig rettet mot tilblivelsen av avtalen. Utover dette finnes det også en del materielle begrensninger av innholdet spredt rundt i lovgivningen. Både de nevnte tilblivelsesreglene og de forskjellige materielle begrensningene er såkalte preseptoriske lovregler som setter visse minimumsstandarder for kontrakten. Særlig viktig her er bestemmelser som beskytter de antatte svakere partene, som for eksempel forbrukerkjøpsloven.¹¹

Samfunnet er helt avhengig av at parter som inngår avtaler kan stole på at den andre parten oppfyller sine forpliktelser. På den måten kan man trygt oppfylle egne forpliktelser uten å bekymre seg for motytelsen. Derfor er kanskje det praktisk viktigste prinsippet for et velfungerende samfunn prinsippet om at avtaler skal holdes og gjennomføres slik de er avtalt.¹² Prinsippet følger både av NL 5-1-1, er gjentatt mange ganger i Høyesterett og er sikker sedvanerett i Norge.

⁹ Prinsippet er ikke lovfestet, men følger av selvbestemmelsesretten og er forutsatt i NL 5-1-2, jf. Giertsen (2021) s. 6.

¹⁰ Kong Christian den femtis norske lov 15. april 1687 (NL).

¹¹ Forbrukerkjøpsloven bestemmer at det ikke kan avtales vilkår som er ugunstigere enn det som fremkommer av loven, og setter materielle grenser for avtaler i forbrugerforhold, jf. forbrkl. § 3 første ledd.

¹² Se også Giertsen (2021) s. 8 om prinsippet.

Også fra prinsippet om at avtaler skal holdes slik de er inngått finnes det viktige unntak. Unntak som er relevante å nevne for denne oppgaven er lemping av avtaler basert på urimelighetsvurderinger eller bristende forutsetninger. Disse unntakene kommer oppgaven tilbake til i detalj senere. Det finnes også flere andre unntak som kan være praktisk viktige, men det er ikke relevant for denne oppgaven å gå inn i detalj på dem.

Prinsippet om at avtaler skal holdes slik de er inngått vil gjennomgående være et viktig tema å ha i bakhodet. Det er utgangspunktet for all tolkning av avtaler, og for all norsk rett om avtaler. Alle tolkningsresultater eller revideringer av avtaler som gjør at de får et annet innhold enn det som er avtalt mellom partene, vil holdes opp mot dette prinsippet.

2.2 Forutberegnelighet og rimelighet

Hensynet til forutberegnelighet er et viktig hensyn i avtaleretten. Dette gjelder i aller største grad også ved tolkning av avtaler. Det er viktig at partene har mulighet til å forutse virkningene av en avtale før de tiltrår den. Dette er avgjørende for at avtaler skal fungere i praksis, og for at personer skal være villige til å inngå avtaler med hverandre.

Hensynet til forutberegnelighet har en særlig fremtredende plass i avtaler på næringslivets område. Forutberegnelighet er ansett for å være nødvendig for et velfungerende næringsliv. Hensynet er et av de mest grunnleggende hensyn i kommersielle kontrakter og det er tillagt stor vekt.¹³ Behovet for forutberegnelighet brukes gjennomgående for å begrunne reglene om tolkning og også for å begrunne spesifikke tolkningsresultater.

Et annet viktig hensyn både i norsk rett generelt og ved avtaletolkning, er hensynet til rimelighet. Domstolens primære oppgave er å være et rettferdig tvisteløsningsorgan, og vil derfor alltid søke etter å unngå urimelige løsninger. Hva som er det rimelige utfallet av en tolkningstvist, eller hva som er en rimelig tolkning av en avtale, vil derfor være et viktig hensyn å ta.¹⁴ Slike rimelighetsvurderinger vil imidlertid gå på bekostning av forutberegneligheten. Det kan derfor sies at hensynet til rimelighet er motstykket til hensynet til forutberegnelighet, og disse må holdes opp mot hverandre i saker om avtaletolkning.

¹³ Se også Giertsen (2021) s. 173-174 om forutberegnelighet i kommersielle avtaler.

¹⁴ Sml. Elvevold (2019) s. 271.

At rimelighetshensyn er motvekten til forutberegnelighet betyr likevel ikke at kontrakter som er veldig forutberegnelig, eller tolkninger som bygger på behovet for forutberegnelighet ikke er rimelige. Det betyr at konkrete rimelighetsvurderinger vil senke graden av forutberegnelighet, da de bygger på rettsanvenderens subjektive rettsfølelse.

Som nevnt over er forutberegnelighet et grunnleggende og viktig hensyn i kommersielle kontrakter. Betyr det at rimelighetshensyn ikke har noen plass i kommersielle kontrakter? Som oppgaven kommer tilbake til vil helt konkrete vurderinger av hva som er rimelig og rettferdig kunne forekomme også i kommersielle kontrakter. Det er imidlertid flere måter hensynet til rimelighet kan være relevant, selv der hensynet til forutberegnelighet dominerer.

«Rimelighetshensyn» er i seg selv et noe uklart begrep. Den umiddelbare tanken går gjerne til at dette er en rent subjektiv standard basert på rettsanvenderens følelse av hva som er rettferdig. Hva som er rimelig vil i så fall være veldig lite objektivt, og vil avhenge av rettsanvenderens egne erfaringer og tanker. Som Lisa Mattea Elvevold påpeker, vil man med en slik forståelse av rimelighetshensyn i liten grad kunne anvende det ved avtaletolkning.¹⁵ Den juridiske betydningen av «rimelighet» og «rimelighetshensyn» må dermed bety noe mer enn det man i dagligtale tenker på når man hører ordet «rimelig».¹⁶

«Rimelighet» og «Rimelighetshensyn» viser i en juridisk sammenheng derfor ikke bare til en vurdering av hva som er «rettferdig» i en gitt situasjon. I den grad den gjør det, vil man som over kunne si det er en direkte motvekt til hensynet til forutberegnelighet og transparens. Det er derfor gitt liten plass til en slik forståelse av «rimelighet» i tolkning av kommersielle avtaler. Rimelighet og rimelighetshensyn kan også komme til syne som vurderinger av resultatets godhet og balanse, hva som er forretningsmessig forstandig, god tro-regelen med mer.

3 Tolkning av kommersielle kontrakter i korte trekk

3.1 Innledning

Spørsmålet blir så hvordan man skal gå frem for å finne ut hva innholdet er i en avtale når avtalepartene ikke er enige om hva de har avtalt. Det er omfattende teori om hvordan avtaler

¹⁵ Elvevold (2019) s. 270.

¹⁶ Elvevold (2019) s. 270 og 271.

skal tolkes, det være mellom forbruker og næringsdrivende, to privatpersoner eller rene forretningsavtaler mellom profesjonelle parter. Målet i dette kapitlet er å gi en kortfattet oversikt over de viktigste momentene, for å legge grunnlaget for å forstå de problem og synspunkter som blir drøftet i de senere kapitler.

Som tidligere nevnt er avtaletolkning i all hovedsak ulovfestet rett. For å forstå tolkning av kommersielle kontrakter må man se til høyesterettspraksis og teori. Det er spesielt praksis fra tidlig 90-tallet og frem til i dag som kan sies å ha betydning for hvordan kommersielle kontrakter tolkes. Teorien er viktig for å samle rettspraksisen og for å trekke ut generelle retningslinjer fra de forskjellige dommene for å sammenfatte en «lære» om tolkning av kommersielle kontrakter.

3.2 Begrunnelsen for objektiv tolkning som utgangspunkt

Læren om hvordan kommersielle kontrakter skal tolkes begynte på 90-tallet med *Scanvest*-dommen.¹⁷ Den markerer begynnelsen på utviklingen mot å tolke kommersielle kontrakter mer objektivt.¹⁸ Etter hvert kom også *Hansa Borg*-dommen¹⁹ i 2002, som for første gang uttrykkelig sa at objektiv tolkning skal være utgangspunktet for tolkning av avtaler mellom profesjonelle parter.²⁰

At avtaler mellom profesjonelle parter bør ta utgangspunkt i en objektiv tolkning er begrunnet i hensynet til forutberegnelighet og klarhet.²¹ Ettersom avtaletolkning er en kompleks disiplin med et stort mangfold av avtaler, er det vanskelig å gi generelle og skarpskårne regler for tolkingen. Dette fører til at det kan være vanskelig å forutse resultatet av en eventuell tolkning, noe som i så fall innebærer liten grad av forutberegnelighet. Utgangspunktet om at avtaler skal tolkes så objektivt som mulig er ment å veie opp for dette.

Forretningslivet har et særlig behov for forutberegnelighet og stabilitet, og det er enighet om at en objektiv tolkning er den beste fremgangsmåten for å fremme dette.²² I

¹⁷ Rt. 1994 s. 581 *scanvest*.

¹⁸ Tørum (2019b) s. 5.

¹⁹ Rt. 2002 s. 1155 *Hansa Borg*.

²⁰ Side 1158.

²¹ Tørum (2019b) s. 15.

²² Rt. 2002 s. 1155 side 1159.

næringsssammenhenger er det ofte tredjeparter som utfører innholdet i avtalen, og ikke nødvendigvis partene som forhandlet frem avtalen. Dette taler også for objektiv tolkning.

3.3 Den objektive tolkningen av kontrakten

Det første steget i avtaletolkningen vil (naturligvis) være å tolke ordlyden i avtalen, da dette er rettsgrunnlaget for forholdet. Dette følger blant annet av *Scanvest* og *Hansa Borg* og flere etterfølgende dommer, som nevnt over. Når ordlyden tolkes, skal man starte med en naturlig språklig forståelse av kontrakten.²³ Objektiv tolkning av ordlyden vil imidlertid ikke begrense seg til en ren språklig vurdering av ord og uttrykks betydning isolert sett.²⁴ For å tolke ordlyden må man plassere den inn i den konteksten som den ble utformet i, en del av denne konteksten er hva som er «vanlig språkbruk innenfor vedkommende yrkesgruppe eller bransje».²⁵ For å videre illustrere hva som menes med kontekst vises det til Lord Hoffmanns uttalers om dette i ICS-saken²⁶ fra engelsk rett, som er illustrerende også for norsk rett:

«Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract».

Som Lord Hoffmann forklarer ligger det mer i en objektiv tolkning av kontrakten enn kun ordenes vanlige språklige betydning. Tolkningen handler om å sette seg inn i hvordan en normal forstandig person ville forstått innholdet i kontrakten, i den konteksten den er utformet i. Dette er også i tråd med CISG²⁷ artikkel 8 (2) og (3), som er ratifisert av Norge og gjennomført i norsk rett gjennom kjøpsloven.²⁸

Den objektive tolkningen blir derfor en øvelse i å først sette seg inn i den situasjon og «verden» kontrakten er utformet i, for så å vurdere hva den naturlige språklige forståelsen av

²³Skoghøy (2018) s. 96: «må det ved tolking av avtaler tas utgangspunkt i en normal språklig forståelse av ordlyden».

²⁴ HR-2016-1447 avsnitt 38-40, førstvoterende trekker frem tre tidligere dommer og konkluderer med at det er gjeldende rett.

²⁵ Skoghøy (2018) s. 96.

²⁶ *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 W.L.R. 896.

²⁷ United Nations convention on contracts for the international sale of goods, 11. April 1980 (entered into force 1. March 1988), UNTS 1489.

²⁸ Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven eller kjl.) § 87 gjør CISG til en del av norsk rett.

ordlyden er i lys av dette. Dersom man etter en slik lesing av kontrakten kommer frem til en klar og entydig løsning, vil denne løsningen i utgangspunktet være avgjørende.²⁹

Når man plasserer en kontrakt inn i den «verden» den er utformet i, er det viktig å ta hensyn til at den er et uttrykk for et forretningsforhold. Dersom man står overfor to mulige tolkninger av et ord eller uttrykk, vil hva som er forretningsmessig forstandig kunne gi retningslinjer for hvilket tolkningsalternativ som skal velges.³⁰

Hva som er «forretningsmessig forstandig» vil være et utslag av rimelighetshensyn ved tolkning av kommersielle kontrakter. Vurderingen vil være en form for forretningsmessig rimelighetsvurdering, og er en integrert del av den objektive tolkningen av ordlyden.³¹

Utgangspunktet for vurderingen er hva en forstandig og rimelig profesjonell forretningsmann vil forstå ut fra ordlyden. Den bokstavelige betydningen av ordlyden vil derfor ikke nødvendigvis vinne frem.³² Dersom den objektive tolkningen fører til to eller flere konkurrerende tolkningsalternativer, vil rimeligheten tilsi at man velger den løsning som gir kommersielt sett mest mening.

Vurderingen av hva som er forretningsmessig forstandig kan imidlertid vanskelig alene føre til at en løsning som er i direkte strid med ordlyden legges til grunn. Dersom ordlyden gir en klar løsning på tolkningsspørsmålet, må det kreves sterke grunner for å fravike den.³³ Dette gjelder også selv om den løsningen som kommer av ordlyden fremstår som uhensiktsmessig eller ubalansert forretningsmessig.³⁴

3.4 Felles forståelse

3.4.1 Innledning

Avtaler er ment å være et uttrykk for hva partene ønsket å avtale seg imellom. Dersom de hadde en bestemt forståelse av den avtalen de sammen utformet, må denne forståelsen legges

²⁹ Se som eksempel Rt. 2002 s. 1155 *Hansa Borg* og Rt. 2011 s. 1553 hvor ordlyden var det avgjørende for resultatet.

³⁰ Tørum (2019b) s. 21.

³¹ Tørum (2019b) s. 21.

³² Tørum (2019a) s. 40. Og Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44.

³³ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59.

³⁴ Tørum (2019b) s. 21-22.

til grunn. Problemet oppstår dersom partene i ettertid ikke er enige om at en slik felles forståelse forelå ved avtaleinngåelsen. Det vil da være opp til rettsanvenderen å vurdere om det kan konstateres en forståelse av avtalen som fraviker den objektive forståelsen av ordlyden. Dersom en slik avvikende forståelse kan konstateres, må denne legges til grunn.

Tørum³⁵ forfekter et syn om at vurderingen av en felles forståelse er sekundær etter ordlydsfortolkningen. Å ha ordlyden klart for seg når man skal vurdere påstander om felles forståelse kan være både nyttig og nødvendig, da ordlyden legger føringer for beviskravet for en felles forståelse. Det virker imidlertid ikke helt treffende å anse det som et sekundært trinn som brukes dersom ordlydsfortolkningen ikke fører til en sikker løsning.

For det først vil en felles forståelse av avtalen, alltid gå foran den objektive tolkningen av ordlyden dersom den kan påvises.³⁶ Høyesterett har også flere ganger vist at de ikke følger en så kategorisk rekkefølge som Tørum gir uttrykk for. Et eksempel på dette er Rt. 2011 s. 1553 hvor førstvoterende som representerte flertallet uttalte i avsnitt 48 at «Dersom det er klart at partene hadde en felles forståelse av teksten i et avtaledokument, kan den vanligvis legges til grunn uten at det er nødvendig å gå nærmere inn på tolkingen av ordlyden.» Om man starter med å ta for seg en påstått felles forståelse eller ordlyden, vil være avhengig av den konkrete avtale og tvist man står overfor.

For det andre vil det føre galt av sted å omtale vurderingen av en eventuell felles forståelse som et trinn etter ordlydsfortolkningen. Dersom en part har fremsatt påstander om felles forståelse av avtalen, må dette tas stilling til, også der ordlyden er helt klar. Dette fordi en felles forståelse som kan påvises vil gå foran ordlyden, uansett hvor klar ordlyden er.

Både påstått felles forståelse og ordlyden må alltid vurderes av rettsanvenderen, da begge tolkningene kan ha betydning for hverandre. Ordlyden kan påvirke hvilke beviskrav som stilles til den felles forståelsen, og en eventuell felles forståelse kan påvirke hvordan ordlyden leses. Det er derfor mer naturlig å ikke se på ordlydsfortolkningen og en vurdering av påstått felles forståelse som to klart skilte trinn.

³⁵ Tørum (2019b).

³⁶ Skoghøy (2018) s. 99.

3.4.2 Vurderingen av en påstått felles forståelse

Det er en sterk presumsjon, særlig i kommersielle avtaler, for at det som fremgår av en naturlig språklig forståelse av kontrakten, er det partene var enige om ved avtaleinngåelsen.³⁷ Dermed kreves det klare holdepunkter for å fravike det resultat man kommer til etter en objektiv tolkning av ordlyden til fordel for en påstått felles forståelse.³⁸ Bevisbyrden for at det foreligger en avvikende felles forståelse ligger på den part som har hevdet den avvikende forståelsen.³⁹

Spørsmålet blir så hvor strengt beviskravet er for å bevise at det foreligger en felles forståelse av kontrakten i strid med en naturlig forståelse av ordlyden i kontrakten. Førstvoterende i *Hansa Borg* uttalte at «her [er det] etter min mening tale om så vidt uvanlige kontraktsvilkår, at det må foreligge forholdsvis klare holdepunkter for å kunne legge dette avtaleinnholdet til grunn».⁴⁰ Uttalelsen «så vidt uvanlige kontraktsvilkår» antyder at beviskravet vil variere basert på hvilken felles forståelse som har blitt hevdet. Uttrykket «forholdsvis klare holdepunkter» (mine kursiveringer) som Høyesterett her bruker må tolkes til at det er snakk om en proporsjonal standard for beviskravet.⁴¹

Den påståtte felles forståelse må holdes opp mot ordlyden. Desto større avvik det er mellom den påståtte forståelsen, desto høyere er terskelen for å akseptere den påståtte felles forståelsen. Det kan også være grunnlag for å kreve et strengere beviskrav selv om det ikke strider mot ordlyden direkte. Dersom en påstått felles forståelse ikke er forenelig med kontraktens system, kan det være grunn til å kreve et mer kvalifisert beviskrav.⁴² Et eksempel på at Høyesterett argumenterer for å utelukke en påstått felles forståelse basert på systembetraktninger kan man finne i *Hansa Borg*.⁴³

Selve vurderingen av den påståtte felles forståelsen er derfor en todelt øvelse. Først må man vurdere distansen mellom ordlyden og den påståtte forståelsen for å avgjøre hvor strengt

³⁷ Tørum (2019b) s. 23.

³⁸ Rt. 2011 s. 1553 avsnitt 48.

³⁹ Rt. 2002 s. 1155 side 1159.

⁴⁰ Side 1161.

⁴¹ Tørum (2019a) s. 72.

⁴² Tørum (2019b) s. 26.

⁴³ På side 1162

beviskravet er. Den andre delen av vurderingen blir så å vurdere de tilgjengelige bevis for å avgjøre om beviskravet er oppfylt.

3.4.3 God tro-standarden som argument for avvikende tolkning

Hvis en part ikke får gjennomslag for at det forelå felles forståelse av avtalen, er det vanlig at parten krever at hans forståelse likevel legges til grunn etter den såkalte god tro-standarden. Parten hevder da at den andre part «burde» eller «måtte» forstå at man hadde en konkret forståelse eller forutsetning da avtalen ble inngått, og at denne derfor må legges til grunn. Den grunnleggende tanken for god tro-standarden er at parter som ikke har handlet i god tro bør bære risikoen for uenigheten som oppstår.

Dersom det anføres et avvikende eller motstridende innhold til ordlyden, er det ikke tilstrekkelig at motparten «burde forstått» at parten hadde den forståelse eller forutsetning. Profesjonelle parter må selv bære risikoen for at de ikke i tilstrekkelig grad har gjort det klart i forhandlinger eller i avtaleutformingene at de hadde en forståelse som stred mot ordlyden.⁴⁴ For at en påstand med grunnlag i god tro-standarden skal føre frem, må det dermed kreves at parten «måtte forstå» at motparten hadde en avvikende forståelse eller forutsetning. I dette ligger det at det må kreves en bredere vurdering av om det er grunnlag for å fravike utgangspunktet om at partene selv må bære risikoen for å ikke ha gjort sin forståelse tydelig nok.⁴⁵ Det er med andre ord en høy terskel for at det skal føre frem i saker med profesjonelle parter.

Et av det overordnede hensynene som begrunner god tro-regelen, er hensynet til rimelighet. Selv om selve vurderingen som gjøres etter god tro-regelen ikke er en ren rimelighetsvurdering, bygger regelen i seg selv på rimelighetshensyn. Dette er en av de tydeligere innslagene av rimelighetshensyn i tolkningen av kommersielle avtaler. Det er urimelig å gi medhold til en part som har handlet i ond tro. Som behandlet over har imidlertid god tro-regelen en begrenset anvendelse i kommersielle avtaler, da det må kreves mer enn at en part «burde forstått» motpartens avvikende forståelse.

⁴⁴ Dette kan leses ut av Rt. 1970 s. 794 på side 798 og HR-2017-1664-A avsnitt 35.

⁴⁵ Tørum (2019a) side 102.

3.5 Dersom den objektive tolkningen ikke fører frem

3.5.1 Innledning

Ikke sjeldent hender det at hverken ordlyd eller felles forståelse gir en løsning som kan legges til grunn for å besvare tolkingsspørsmålet. Domstolene er likevel pliktig til å løse tvisten, og spørsmålet blir da hvordan man går frem for å løse tolkingsspørsmålene.

Selv om den objektive tolkningen ikke gir et klart svar på tolkingsspørsmålet, kan den gi bidrag til hvordan et spørsmål (ikke) skal løses. Det neste steget i den objektive tolkningen blir å undersøke om kontraktens system eller bakgrunnsretten kan gi bidrag til tolkningen.⁴⁶

3.5.2 Kontraktens system som tolkningsfaktor

Det må nå utføres en bredere og mer inngående tolkning av de andre bestemmelsene i kontrakten, og dens struktur, for å undersøke om det kan gi bidrag til tolkningen. Ved å tolke kontraktens system og helhet, kan man komme til at det taler for en bestemt løsning. Det vil da være et argument for å legge denne løsningen til grunn.

Der det ikke lar seg gjøre å utlede en løsning fra kontraktens system, kan det hende man i lag med kontraktens formål eller andre overordnede hensyn kan eliminere enkelte tolkningsalternativer.⁴⁷ Dersom man klarer å eliminere enkelte mulige tolkningsalternativer som ikke er kompatible med kontraktens system, vil man være et steg nærmere å finne en endelig løsning.

En tolkning av kontraktens system og struktur er særlig relevant i kommersielle kontrakter, da de ofte er grundig utarbeidet og detaljerte. Det er derfor en presumsjon for at de forskjellige kapitler og bestemmelser er ment å utgjøre en konsistent enhet. Et eksempel på slik systemtolkning kan man se i HR-2016-1447-A avsnitt 43-44. Førstvoterende trekker i den saken frem avtalepunktets overskrift, andre bestemmelser under det aktuelle avtalepunktet og andre punkt i avtalen for å klarlegge forståelsen av den omstridte bestemmelsen.

3.5.3 Bakgrunnsretten som tolkningsbidrag

Dersom ordlyden i avtalen er uklar eller taus om tolkingsspørsmålet, kan det være grunn til å se til bakgrunnsretten. Bakgrunnsretten kan bidra til tolkningen enten ved utfylling av avtalen,

⁴⁶ Rt. 2000 s. 1049 s. 1054.

⁴⁷ Tørum (2019b) s. 28.

eller ved at den fungerer som et objektivt referansepunkt til hva som er en balansert og forstandig løsning. Dette er illustrert i skotsk rett i *Grove Investment*.⁴⁸

Det første man må gjøre er å vurdere om bakgrunnsretten gir en klar løsning, om løsningen er balansert og om bakgrunnsretten kommer direkte til anvendelse på avtalen. Dersom bakgrunnsretten kommer direkte til anvendelse, for eksempel ved en lovregel, legger man som utgangspunkt til grunn at regelen også er balansert.⁴⁹ I så fall gjelder det vanligvis en sterk presumpsjon om at avtalen skal tolkes i tråd med bakgrunnsretten, eller utfylles med den. Denne sterke presumpsjonen er imidlertid ikke like sterk når det kommer til kommersielle kontrakter.⁵⁰ Dette fordi disse kontraktstypene er såpass detaljerte og gjennomtenkte av parter med antatt høy kompetanse på området.

Selv om bakgrunnsretten er både balansert og gir en klar og forstandig løsning, vil det ikke umiddelbart bety at regelen kan legges til grunn i saksforholdet. Før man anvender bakgrunnsretten må man vurdere om løsningen i bakgrunnsretten er kompatibel med kontraktens system. Dersom løsningen fra bakgrunnsretten passer dårlig inn i kontraktens system, eller gir en løsning som ikke vil samsvare med andre bestemmelser, vil den ikke kunne anvendes på tolkningsspørsmålet. Dette er klart uttalt i svensk rett i NJA 2014 s. 960.

3.5.4 Betydningen av kontraktens taushet

Man kan lett tenke seg situasjoner hvor et tolkningsspørsmål er knyttet til et tema som er utførlig behandlet i kontrakten, men at kontrakten er taus om det konkrete spørsmålet. Det er da grunn til å utvise forsiktighet med å utfylle kontrakten med bakgrunnsretten. Et eksempel er at man behandler et spørsmål om en handling er å anse som mislighold av kontrakten, uten at kontrakten konkret behandler den handlingen. Dersom kontrakten ellers har et fyldig kapittel om mislighold, kan det være grunn til å tro at kontrakten var ment å være uttømmende på dette punktet. Det vil i så fall være i strid med avtalen om man utfyller avtalen med bakgrunnsretten som utvider dette kapittelet.

⁴⁸ *Grove Investment Ltd v Cape Building Products Ltd* [2014] CSIH 43. Dommeren påpeker at bakgrunnsrett er et resultat av grundig arbeid over tid med å finne balanserte og rettfærdige løsninger.

⁴⁹ Tørum (2019b) s. 28.

⁵⁰ Tørum (2019b) s. 29.

Dersom det som fremkommer av bakgrunnsretten eller annen tolkning er naturlig å anta at profesjonelle parter ville tenkt på under avtaleutformingen, er det grunn til forsiktighet. Formaning om forsiktighet kan videre styrkes i saker hvor løsningen som det skal utfylles med har blitt nevnt eller forhandlet om før avtaleinngåelsen. Det er da en nærliggende konklusjon at partene *har* avtalt seg bort fra bakgrunnsretten. Tausheten i kontrakten er da tilsiktet, og bakgrunnsretten vil da være avskåret fra å utfylle avtalen.

3.6 Når hverken ordlyd, system, bakgrunnsrett eller felles forståelse gir en klar løsning

Det hører til sjeldenheten at et tolkningsspørsmål ikke er løst når avtalens ordlyd, system, bakgrunnsretten og en eventuell felles forståelse er trukket inn som tolkningsfaktorer. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor tolkningsspørsmålet fortsatt er uløst. Spørsmålet blir da hvordan man skal gå frem for å finne en løsning utenom disse tolkningsfaktorene.

Når man har kommet til dette punktet begynner omfanget av objektive holdepunkter for tolkningen å bli færre. Dette stadiet av tolkningen er derfor i større grad preget av skjønn og andre hensyn. Det første som må vurderes på dette stadiet er hva som vil være en generelt god løsning.

Det er viktig her å skille mellom hva som er en god løsning i en sak isolert sett, og hva som er en god løsning generelt. Det er fortsatt et mål at tolkningen skal være forutsigbar og så transparent som mulig. Det vil derfor ikke være snakk om at rettsanvenderen anvender sitt gode skjønn og vurderer hva som fremstår som en god og rimelig løsning i den konkrete saken.

Spørsmålet her er heller hva som *generelt* vil være en god løsning på tolkningsspørsmålet, for den aktuelle kontraktstypen.⁵¹ Det må her vurderes om løsningen man kommer til vil føre til at det oppnås «konsekvente og symmetriske løsninger».⁵² Andre viktige momenter i denne vurderingen er hva som fører til en balansert løsning, hva som er forretningsmessig fornuftig

⁵¹ Et eksempel på dette finner man i Rt. 1997 s. 1109 på side 1114.

⁵² Rt. 2000 s. 1049 side 1055.

og hva som er rimelig i slike forhold.⁵³ Som nevnt over kan alle disse momentene ses på som utslag av rimelighetshensyn.⁵⁴

Vurderingen av hva som er en «generelt god regel» er i utgangspunktet en mindre objektiv øvelse enn de tidligere øvelser. Selv om bakgrunnsretten ikke kommer direkte til anvendelse, kan den analogisk anvendt være en objektiv referanse til hva som ellers anses som gode løsninger.⁵⁵ Ved å vise til hvordan *lignende* spørsmål er løst i lovgivning, rettspraksis eller kontraktspraksis, kan det vises at man ikke «slår inn på en ny og uprøvet vei».⁵⁶ Eksempler på dette kan man finne i HR-2018-1721-A *Hustadkalk* avsnitt 33 og 34, og Rt. 2000 s. 1049 side 1055.

I situasjoner hvor den objektive tolkningen åpner for mer enn én tolkning av kontrakten, kan kontraktens formål være et relevant tolkningsbidrag. Kontraktens formål kan da brukes til å eliminere visse tolkningsalternativer. Illustrerende for en slik løsning er Rt. 1992 s. 796 *Pepsi Cola*: «Spørsmålet må her løses ved at bestemmelsen i pkt 23 c utfylles slik det samsvarer best med formålet med erstatningsplikten som sanksjon av varslingsplikten etter pkt 23 a.»

Kontraktens formål kan i enkelte tilfeller bidra mer enn at den bare eliminerer enkelte tolkningsalternativer. I Rt. 1990 s. 223 viser dommer Aasland hvordan det kan utledes en løsning nokså direkte fra formålet, dersom formålet er noenlunde sikkert. Saken handlet om eiendomsrett til noen setervoller. Dommer Aasland utleder fra formålet med den originale avtalen, med støtte i en vurdering av hva som er en balansert og rimelig løsning, hvem som hadde eiendomsretten til setervollene.⁵⁷ Lignende argumentasjon kan man også finne i *Hustadkalk*-dommen i avsnitt 32.

3.7 Noen tanker om rimelighetshensyn som tolkningsfaktor

Som nevnt i kapittel to har rene rimelighetsvurderinger ikke noen stor og utpreget rolle ved tolkningen av kommersielle kontrakter. Målet er som sagt å sikre størst mulig grad av objektivitet og forutberegnelighet. Dette gjør at rene rimelighetsvurderinger er forsøkt

⁵³ NJA 2014 s. 960 avsnitt 23.

⁵⁴ Se punkt 2.2.

⁵⁵ Tørum (2019b) s. 33

⁵⁶ Selvig (2002) s. 704

⁵⁷ Nederst på side 227 og øverst på side 228.

unngått, og brukes kun som siste utvei.⁵⁸ Rimelighetshensyn har imidlertid ikke bare rolle som siste utvei. Som forsøkt illustrert under forskjellige punkter tidligere i oppgaven kan rimelighetshensyn også være en viktig del av de forskjellige tolkningstrinnene.

Å løse et tolkningsspørsmål gjennom en helt objektiv tolkning lar seg ofte gjennomføre så lenge ordlyden i avtalen er klar, og behandler spørsmålet. Det er derimot vanskeligere å kunne holde seg til objektive holdepunkter ved tolkningen når ordlyden er taus eller uklar. Som vist over, er det fortsatt mange elementer som skal prøve å sikre en fortsatt objektiv tolkning.

I praksis er det ikke alltid like enkelt å skulle forholde seg til de forskjellige objektive og generelle retningslinjene som er gjennomgått over. Konktraker er i stor grad preget av at de er individuelt utformet for å passe en konkret avtale, og det finnes store variasjoner i både innhold og form. Dette gjør at ingen avtaletolkning er lik, og det er derfor vanskelig å skulle lage generelle og skarpskårne regler om tolkingen. Det man ofte ser i praksis er at selv om teoretikere forfekter en bestemt struktur i tolkingen, er ofte realiteten i rettspraksis at vurderingene i stor grad flyter over i hverandre.⁵⁹

Det man ofte ser i saker hvor ordlyden ikke gir et klart svar og det ikke kan konstateres en felles forståelse, er at resultat i stor grad sammenfaller med hva som er «rimelig». Høyesterett begrunner ikke resultatet med rimelighet, og finner argumenter andre plasser. Argumentene gir løsningen legitimitet gjennom objektivitet, eller ved at det følger løsninger som er forankret andre plasser, som bakgrunnsrett eller tidligere dommer. Løsningen er imidlertid som oftest sammenfallende med hva en oppegående person ville sett på som rimelig ut ifra kontekst og forholdene. Det er dermed ikke unaturlig å tenke at hva som er rimelig også ligger i grunn for valg av argumenter, kilder og løsningen.⁶⁰ Målet for domstolen er jo å være et rettferdig tvisteløsningsorgan, og hva som er rimelig er sjeldent urettferdig.

⁵⁸ NJA 2014 s. 960 avsnitt 23 «Således ska ytterst och sist göras en mer övergripande rimlighetsbedömning».

⁵⁹ Et godt eksempel på dette er Rt. 2011 s. 1553 hvor førstvoterende vurderer om det foreligger en felles forståelse før han går over til å tolke ordlyden.

⁶⁰ Sml. Giertsen (2021) s. 182.

4 Rimelighet som begrunnelse for lemping

En annen måte rimelighetshensyn gjør seg gjeldende på avtalerettens område, er ved ugyldighetsregler og revisjonsregler. Den grunnleggende forklaringen for regler som at avtaler er ugyldig dersom de er «fremkaldt ved svik»,⁶¹ er at samfunnet har bestemt at det vil stride mot god moral. Sagt på en annen måte, det vil være *urimelig* om en som har vært utsatt for svik skal være bundet av avtalen. Det samme gjelder for regler som avtaleloven § 36, og læren om bristende forutsetninger.

Rimelighet som overordnet hensyn, har begrunnet flere regler om avtalerevisjon. Mest kjent er avtaleloven § 36. Bestemmelsen er generelt utformet, og kan anvendes på enhver avtale. Loven er preseptorisk, som betyr at partene heller ikke kan avtale seg bort fra dens anvendelse.⁶² Det er den eneste generelle revisjonsregelen vi har i norsk rett som er lovfestet.

I tillegg til den generelle regelen i avtaleloven § 36, finnes det en del spesialregler som kun kommer til anvendelse på spesifikke rettsområder. Et eksempel på dette er for eksempel de forskriftsfestede reglene om advokatsalær i RGA som er nevnt i kapittel 3.2.3.

4.1 Avtaleloven § 36

Avtaleloven § 36 ble føyd til som en del av avtaleloven i 1983. Regelen var da ny i norsk rett, og den første og fortsatt eneste generelle lempingsregelen i norsk lovgivning. De andre ugyldighetsreglene som allerede var i avtaleloven, gikk alle på forhold ved inngåelsen av avtalen. Avtaleloven § 36 var i så måte en nyvinning, ved at den primært tok sikte på en ren innholdssensur av avtalen.⁶³ Også i avtaleloven § 36 er det åpnet for å ta hensyn til «forholdene ved avtalens inngåelse», men det revolusjonerende var at det ga en hjemmel i lov til å lempe en avtale kun på innholdet.

Vurderingen som skal gjøres etter avtaleloven § 36 er en helhetsvurdering. Det følger blant annet av ordlyden i bestemmelsen, hvor vurderingen er om avtalen er urimelig å «gjøre gjeldende». Ordlyden «omstendighetene for øvrig» i andre ledd peker også i retning av at det

⁶¹ Avtaleloven § 30.

⁶² Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 40

⁶³ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 9.

er snakk om en helhetsvurdering.⁶⁴ Spørsmålet er så hvilke momenter som skal vektlegges ved denne helhetsvurderingen.

Bestemmelsens andre ledd lister opp forskjellige momenter som kan vektlegges ved vurderingen av om avtalen er «urimelig». Listen kan ikke være å regne som uttømmende, og også andre momenter enn de som står der vil kunne bli vektlagt, jf. ordlyden «tas hensyn ikke bare til» og «omstendighetene for øvrig». Andre ledd gjør det klart at det er et bredt spekter av momenter som kan vektlegges. I sin kjerne går avtaleloven § 36 ut på å holde utgangspunktet om at avtaler skal holdes og hensynet til forutberegnelighet opp mot hensynet til rimelighet og balanse i avtalen.

Virkningen av regelen vil kunne være at avtalen settes «helt eller delvis til side» eller at man endrer den eller de delene av avtalen som gjør avtalen urimelig. Nytt i avtaleloven § 36 er at man også har muligheten til å «pynte på» andre deler av avtalen enn det urimelige vilkåret, for at avtalen i sin helhet skal bli rimelig. Dette gir avtaleloven § 36 en stor fleksibilitet på virkningssiden, noe som er en fordel ved revisjon av avtaler.

Formålet med avtaleloven § 36 er ifølge forarbeidene å beskytte svake parter mot misbruk av avtalefriheten.⁶⁵ Det typiske partsforholdet i saker om avtaleloven § 36 er derfor naturligvis saker mellom en forbruker og en profesjonell part. Siden formålet med lovbestemmelsen er å beskytte en svakere part mot mulig misbruk av avtalefriheten, blir det så et spørsmål om loven også åpner for lemping av avtaler mellom profesjonelle parter.

Ordlyden i avtaleloven § 36 sier ikke uttrykkelig noe om bestemmelsen kan komme til anvendelse mellom profesjonelle parter eller ikke. Ordlyden i bestemmelsen begrenser imidlertid heller ikke anvendelsen av bestemmelsen til kun å gjelde forbrukerforhold. Derimot antyder ordlyden «god forretningsskikk» at den er ment å kunne komme til anvendelse i rene forretningsforhold. Dette synspunktet finner også støtte i forarbeidene hvor det er klart uttalt at regelen kan komme til anvendelse mellom to næringsdrivende.⁶⁶ Det er derfor klart at

⁶⁴ I rt. 2003 s. 1132 *Norrønafly* avsnitt 46 uttalles dette som at «det er kontraktens samlede virkninger som skal vurderes».

⁶⁵ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 3 og NOU 1979:32 s. 39. Departementet viser i Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 4 til beskyttelsen av den svake part som hovedbegrunnelsen for at de foreslår regelen inntatt.

⁶⁶ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 41.

avtaleloven § 36 også får anvendelse mellom profesjonelle parter. Spørsmålet blir deretter hva som skal til for at en avtale kan lempes i slike kontraktsforhold.

Den generelle lempingsregelen i avtaleloven § 36 ble vedtatt som norsk lov som en del av det økte fokuset på forbrukervern i nyere tid.⁶⁷ Regelens kjerne handler om å beskytte en antatt svakere part, mot et urimelig innhold. Profesjonelle parter er beskyttet mot forhold ved tilblivelsen av avtalen, som for eksempel svik etter avtaleloven § 30. Man finner derimot ikke i norsk rett samme behovet for å beskytte profesjonelle parter mot skjevheter i innholdet i avtalen. Det antas at profesjonelle parter er i stand til å ta vare på sine interesser selv.

Som nevnt over står hensynet til forutberegnelighet sterkt i avtaler mellom profesjonelle parter. Hensynet er om mulig enda viktigere i kommersielle avtaler, da en av grunnpilarene for et fungerende forretningsliv er forutberegnelighet, og at man kan stole på at det som blir avtalt, blir holdt. Som nevnt over er kjernen i vurderingen etter avtaleloven § 36 å holde hensynet til forutberegnelighet opp mot hensynet til den part som rammes urimelig. Den ekstra tyngden hensynet til forutberegnelighet har i kommersielle avtaler og at profesjonelle parter ikke nyter samme innholdsvernet som forbrukere, taler for at terskelen for å lempe en avtale etter avtaleloven § 36 er meget høy.⁶⁸

Johan Giertsen konstaterer i *avtaler* at det per august 2021 aldri hadde vært en sak for Høyesterett hvor en profesjonell part har vunnet frem med krav etter avtaleloven § 36.⁶⁹ Dette står seg fortsatt i skrivende stund (desember 2022). Som nevnt over er det ikke prinsipielt noe som sperrer for å anvende avtaleloven § 36 mellom profesjonelle parter, og det er derfor ikke utenkelig at det vil komme en slik dom i fremtiden. Som oppgaven vil komme tilbake til, kan det være gode grunner for å mene at terskelen bør bli noe mer nyansert, som kan åpne opp for lemping også hvor parten som krever det er en profesjonell part.

⁶⁷ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 4 (kapittel 2.1)

⁶⁸ Høyesterett har gjentatte ganger uttalt seg om at det er en veldig høy terskel for å lempe avtaler mellom profesjonelle etter avtaleloven § 36. Se som eksempel Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46 hvor det uttales at det kreves «svært meget».

⁶⁹ Giertsen (2021) s. 301.

4.1.1 Påvirker avtaleloven § 36 utformingen av profesjonelle avtaler?

Selv om avtaleloven § 36 aldri har blitt anvendt i en sak mellom profesjonelle parter av Høyesterett, betyr ikke det nødvendigvis at bestemmelsen ikke har betydning i kommersielle forhold. Ettersom det er snakk om profesjonelle parter, er det nærliggende å tro at de kjenner til avtaleloven § 36. Det er da mulig at de bevisst eller ubevisst unngår å inngå avtaler som ligger i grenseland for hva som fanges opp av avtaleloven § 36, siden de vet at den vil kunne bli lempet. Det er derfor ikke utenkelig at bestemmelsen har hatt en preventiv effekt på kommersielle avtaler.⁷⁰

En annen årsak til at slike avtaler aldri har havnet i Høyesterett, kan være at partene har valgt en annen tvisteløsning enn domstolene. Det kan godt være mange tvister løses ved mekling eller forlik mellom partene, da dette ofte kan være veldig kostnadsbesparende. Å få prøvet en sak i domstolene kan også ende opp med å ta lang tid som bedrifter og selskaper ikke har, og de velger derfor gjerne andre løsninger.

En annen utbredt tvisteløsningspraksis i kommersielle forhold, er å føre saken for en voldgiftsdomstol. Ettersom avgjørelsen i en voldgiftssak i utgangspunktet ikke kan ankes, blir den rettskraftig avgjort etter behandling i bare en instans.⁷¹ Dette fører til en mer effektiv og kostnadsbesparende tvisteløsning for partene, noe som ofte er veldig ettertraktet. Det fører imidlertid også til at mange saker aldri kan komme til Høyesterett.

4.1.2 Økt nyansering av styrkeforholdet i profesjonelle partsforhold?

Et vesentlig spørsmål når det kommer til forståelsen av avtaleloven § 36 og terskelen for urimelighet, er hvordan man skal forstå «partenes stilling». En tolkning av ordlyden tilsier at det er snakk om situasjoner hvor det er et ulikt styrkeforhold mellom partene. Forarbeidene⁷² og rettspraksis gjør det klart at «partenes stilling» i hovedsak er ment å fange opp situasjoner hvor det er snakk om en forbruker i møte med en næringsdrivende, eller lignende

⁷⁰ Sml. Giertsen (2021) s. 304.

⁷¹ Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift (voldgiftsloven eller vogl.) § 43 lister opp alle grunner til at en alminnelig domstol kan sette til side en voldgiftsdom, utenom disse skal en domstol avvise søksmål om tilsidesettelse av en voldgiftsdom, jf. vogl. § 44.

⁷² Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 33.

partsforhold. Spørsmålet blir så om det skal legges til grunn en formell forståelse av begrepene «forbruker» og «profesjonell part».

Om det skal legges til grunn en formell forståelse av forbruker, eller om man skal se hen til den konkrete parts kompetanse og erfaring gir ikke ordlyden noe svar på. Det må imidlertid være klart at det i utgangspunktet er snakk om den formelle situasjonen i en sak som er avgjørende.

Synspunktet om at forbruker-begrepet følger den formelle situasjonen ved avtaleinngåelsen har blitt nyansert noe i rettspraksis. I både Rt. 2000 s. 1800 (bostedsvilkår) og Rt. 2006 s. 420 (bindingstid) la Høyesterett vekt på partenes ressurser, og det at de hadde hatt advokatbistand, ved vurderingen av styrkeforholdet. Dette ble brukt som argument for å ikke lempe avtalen etter avtaleloven § 36 til tross at de var en antatt «svakere part», og Høyesterett nyanserte med det forbrukerdimensjonen.

En slik dom som tilpasser partenes stilling etter det reelle styrkeforhold basert på erfaring og kompetanse, finner vi ikke i tilfeller hvor begge partene er «profesjonelle parter». Det hevdes derfor ofte at det for profesjonelle parter legges en rent formalistisk vurdering av om de er profesjonelle eller ikke til grunn. Altså, er du næringsdrivende har det ingenting å si om det er en liten bedrift med lav omsetning, eller om det er en stor milliardbedrift med egen juridisk avdeling. Å si at størrelsen på bedriften spiller ingen rolle er nok å strekke det litt langt, men Høyesterett har ikke gitt noen tydelige signaler på at man skiller mellom forskjellige profesjonelle parter.

Ordlyden «partenes stilling» sier ikke noe alene om at alle profesjonelle parter må likebehandles. Tvert imot er ordlyden såpass åpen og viser til at det er deres «stilling» som må være avgjørende. Med stilling må det forstås deres posisjon i den avtale som var inngått. Momenter som taler for at noen har hatt en bedre stilling, og dermed er en sterkere part, kan være deres erfaring på området og de ressurser de har tilgjengelige. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier derfor at det også bør være åpent for å nyansere styrkeforskjellen mellom forskjellige næringsdrivende.

Denne tolkningen av ordlyden finner også støtte i forarbeidene til avtaleloven § 36. I ot.prp.nr.5 (1982-1983) uttaler departementet etter å ha pekt på forbrukerforhold som den vanligste grunnen til at en part er underlegen den andre, at «Det kan imidlertid også være slik at den ene næringsdrivende har vært underlegen i forhold til den annen.» Videre blir det i

samme avsnitt vist til at dersom den ene part har benyttet sin standardkontrakt «er dette normalt en omstendighet som har styrket hans stilling».

I en tvist mellom oljeselskapene BP og Statoil (nå Equinor) i tilknytning oljefeltet Ula, ble det i en voldgiftsavgjørelse gitt uttrykk for en nyansering av forskjellige profesjonelle parter.⁷³ Det ble der tatt utgangspunkt i at det alltid er en høy terskel for å anvende avtaleloven § 36 mellom profesjonelle parter. Videre ble det uttalt at terskelen må være større for «big business» enn for mindre avtaler mellom mindre selskaper.⁷⁴ Voldgiftsretten forfektet med dette et syn om at desto større og mer omfattende avtalen er, og desto «mer» profesjonell partene er, desto høyere er terskelen for lemping av avtalen. Dette begrunnes blant annet med det økte behovet for forutberegnelighet i «big business». I tillegg begrunnes det med at slike store selskaper rår over toppekspertise, og evner dermed å ta vare på sine egne interesser.

Avgjørelser fra voldgiftsdomstol har ikke noen spesiell rettskildemessig vekt, utover verdien av argumentene i seg selv. Uttalelsene kan sidestilles med juridisk teori, hvor argumentets egenverdi er avgjørende for hvor mye vekt uttalelsene tillegges. Det kan likevel være både nyttig og interessant å se på avgjørelser fra voldgiftsdomstoler, spesielt der andre domstoler ikke har berørt spørsmålet.⁷⁵

Også reelle hensyn taler for at det bør være åpent for å nyansere mellom forskjellige profesjonelle parter. En nylig oppstartet bedrift opprettet av unge og relativt uerfarne gründere vil ganske åpenbart være underlegen i møte med en stor og veletablert bedrift som har ressurser til å leie inn toppekspertise. Det vil da være rimelig om også denne nye og unge bedriften kan nyte av beskyttelsen som avtaleloven § 36 gir til den underlegne parten, selv om begge per definisjon er «profesjonelle» parter.

Det må etter det som nå er gjennomgått være klart at de fleste rettskilder taler for en nyansering av styrkeforholdet, også mellom profesjonelle parter. At dette aldri har blitt gjort eller uttalt av Høyesterett er derfor betenkelig. Høyesterett har imidlertid heller aldri uttalt at en slik nyansering ikke kan forekomme, og det er derfor usikkert om Høyesterett har ment å

⁷³ ND 1990 s. 204 *Ula-dommen*.

⁷⁴ Side 236 i avgjørelsen.

⁷⁵ Om avgjørelser fra voldgiftsretters vekt vises til Skoghøy (2018) s. 230.

utelukke det gjennom sin praksis eller ikke. Ettersom de øvrige rettskildene som er gjennomgått taler for en slik nyansering bør det være åpnet for det.

4.1.3 Er terskelen i avtaleloven § 36 for høy slik den praktiseres i dag?

Gjennomgangen av rettskildene knyttet til avtaleloven viser at terskelen for at avtaleloven § 36 skal anvendes er høy. Spørsmålet er om terskelen er for høy, og om det er grunnlag i de øvrige rettskildene for en så streng praksis som Høyesterett har lagt til grunn.⁷⁶ Drøftelsen her vil være en de lege ferenda-drøftelse av hvordan avtaleloven § 36 bør praktiseres.

Som nevnt over er terskelen så høy for anvendelse av avtaleloven § 36 mellom profesjonelle parter, at den aldri har blitt anvendt mellom profesjonelle parter av Høyesterett. De gangene avtaleloven § 36 har blitt vurdert av Høyesterett, har det blitt lagt stor vekt på at partene er profesjonelle aktører. Som argument uttales at bestemmelsen i utgangspunktet retter seg mot situasjoner hvor det er ulikt styrkeforhold, og at bestemmelsen da skal beskytte den svakere part. Det er da noe paradoksalt at en profesjonell part aldri har fått medhold i møte med en annen profesjonell part, mens det to ganger har skjedd at en profesjonell part har fått medhold mot en ikke-profesjonell part.

I Rt. 2014 s. 351 fikk HelgelandsKraft (profesjonell aktør) medhold i lemping av avtale med grunneier (ikke-profesjonell aktør) hvor de skulle bygge ut vannkraft. Det viste seg etter inngåelsen av avtalen at forgjengeren til kraftselskapet allerede hadde ervervet rettighetene til grunnen 70 år tidligere. Høyesterett mente at avtalen da var «kvalifisert urimelig» ettersom dette innebar at kontraktsforholdet «totalt forrykkes», og at grunneieren da fikk et stort vederlag uten noen motytelse.

I Rt. 2012 s. 393 var saken at en ansatt (ikke-profesjonell part) i et rederi (profesjonell part) hadde en incentivavtale som gjorde at rederiet skulle kjøpe tilbake aksjene han hadde fått som kompensasjon til en høyere pris som sikret han fortjeneste. Den ansatte begikk så utroskap mot selskapet og ble avskjediget og dømt til en lengre ubetinget fengselsstraff. Høyesterett anså det da også så urimelig og «støtende» om den ansatte skulle oppnå en vinning gjennom incentivavtalen.

I begge sakene hvor den profesjonelle part fikk medhold mot en ikke-profesjonell part om lemping etter avtaleloven § 36 var det ekstraordinære omstendigheter som gjorde det mulig.

⁷⁶ Et eksempel på den strenge terskelen Høyesterett legger til grunn kan finnes i Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46. Høyesterett uttaler at det kreves «svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter».

Det viser likevel at det er mulig å lempe til fordel for en profesjonell part. Det bør derfor også være fullt mulig å lempe en avtale mellom to profesjonelle parter, selv dersom man ikke legger til grunn en videre nyansering av styrkeforholdet utover profesjonell eller ikke-profesjonell.

Dersom man også legger til grunn at man kan nyansere mellom forskjellige profesjonelle aktører utfra deres reelle styrke i avtaleforholdet blir det enda mer klart at avtaleloven § 36 bør anvendes i en videre utstrekning enn det som gjøres nå. Dersom man legger til grunn at en profesjonell part er underlegen en annen vil dette senke terskelen for urimelighet, og dermed gjøre det enklere å komme over denne terskelen. Denne terskelen bør være enda mer overkommelig dersom den sterkere part har lagt til grunn sin standardkontrakt, da også dette er et moment som taler for at denne part er overlegen i forhold til sin motpart.⁷⁷

Terskelen for å lempe en avtale mellom to profesjonelle næringsdrivende ble i 2003 beskrevet som at det kreves «svært meget».⁷⁸ «Svært meget» må forstås som en veldig høy terskel, og det kan stilles spørsmål om terskelen er i overkant streng.⁷⁹ En slik terskel harmonerer ikke fullt ut med den samfunnsutvikling som har vært de siste tiår. Samfunnsutviklingen går i retning av mer kontroll med avtaler, også på formuerettens område.⁸⁰ Også den generelle samfunnsutviklingen taler derfor for at avtaler mellom profesjonelle parter bør kunne lempes.

Med mindre Høyesterett anerkjenner at det er mulig å nyansere styrkeforholdet utover om det er en profesjonell part eller ikke, er det vanskelig å se for seg at det kommer en dom fra Høyesterett med det første hvor avtaleloven § 36 anvendes for å lempe en avtale mellom to profesjonelle parter. Derimot taler både en slik nyansering og samfunnets utvikling i retning av mer kontroll av avtaler for at Høyesterett bør myke opp praksisen og bruken av avtaleloven § 36 noe.

⁷⁷ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 33: «Dersom den ene part har benyttet sin standardkontrakt, er dette normalt en omstendighet som har styrket hans stilling.»

⁷⁸ Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46.

⁷⁹ Sml. Giertsen (2021) s. 303.

⁸⁰ Giertsen (2021) s. 261-262: Det påpekes at vurderingen av avtl. § 36 dynamisk følger samfunnets rettsoppfatning til enhver tid, og at samfunnet går i retning av økende vekt på lojalitet i kontraktsretten. Lojalitet blir i den sammenhengen brukt som motvekten til forutberegnelighet ved vurdering av avtl. § 36.

4.2 Den ulovfestede læren om bristende forutsetninger

Av ulovfestede revisjonsregler er spesielt «læren om bristende forutsetninger» viktig å nevne. Læren om bristende forutsetninger er mye eldre enn avtaleloven § 36, og allerede fra midten av 1800-tallet finner man teori som omhandler temaet.⁸¹ Læren om bristende forutsetninger er også en generelt utformet regel, men med et snevrere virkeområde enn avtaleloven § 36. I tiden etter avtaleloven § 36 kom i 1983 var det usikkerhet om læren om bristende forutsetninger hadde et selvstendig virkeområde eller om regelen i sin helhet var konsumert av ordlyden i avtaleloven § 36.⁸²

I *Salhus flytebro*-dommen⁸³ i 1999 ble det klart at læren om bristende forutsetninger fortsatt hadde en rolle i norsk rett, da Høyesterett vurderte det som et selvstendig grunnlag for avtalerevisjon uten å gå inn på avtaleloven § 36. Vurderingen av bristende forutsetninger førte ikke frem i *salhus flytebro*, men dommen er fortsatt viktig da den avgjør at læren om bristende forutsetninger er et selvstendig rettsgrunnlag.

Læren om bristende forutsetninger ble i *Oslo vei*-dommen⁸⁴ videre nyansert. Høyesterett formulerte der tydelig vilkårene for at en avtale kan revideres etter læren om bristende forutsetninger.⁸⁵ Det uttrykkes der at det er vilkår om at det foreligger en forutsetning som ikke har blitt oppfylt, forutsetningen må ha virket motiverende for løftegiveren, og forutsetningen må ha vært synlig for den andre part eller ha vært typisk for den aktuelle kontraktssituasjon. I tillegg til disse vilkårene må det gjøres en helhetsvurdering, hvor sentrale momenter i vurderingen er 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». Heller ikke i *Oslo vei* førte kravet om revisjon frem.

I vilkårene som Høyesterett har stilt opp for å anvende læren om bristende forutsetninger nevnes ikke noe om en rimelighetsvurdering, eller om avtalen er «urimelig». Det er likevel klart at regelen bygger på rimelighetshensyn. Dette er særlig tydelig ved at det i

⁸¹ Mestad (2022).

⁸² Mestad (2022).

⁸³ Rt. 1999 s. 922 *Salhus Flytebro* side 932.

⁸⁴ Rt. 2010 s. 1345 *Oslo vei*.

⁸⁵ I dommens avsnitt 63.

helhetsvurderingen skal tas hensyn til hvem som «bør bære risikoen» for den forutsetning som brister, og det tapet som så oppstår.

Læren om bristende forutsetninger har som avtaleloven § 36 en høy terskel for å bli anvendt på kommersielle avtaler, men i motsetning til avtaleloven § 36 har krav etter læren om bristende forutsetninger blitt tatt til følge i Høyesterett. Den siste, og muligens eneste⁸⁶, dommen hvor en part vant frem etter en ren vurdering av de bristende forutsetningene kom i HR-2021-2364-A. Dommen viser at terskelen ikke er uoverkommelig, selv om det skal en god del til.

5 HR-2022-563-A

5.1 Tvistetemaet

Advokatfirma A ble i januar 2018 engasjert av UAB Nordic Holding (Nordic Holding) og Rondeslottet Hotell AS (Rondeslottet) for å representere dem i en tvist om eierskapet til et hotell. Forholdet ble avsluttet i april 2019, etter Nordic Holding og Rondeslottet ble pålagt å fravike eiendommen i kjennelse fra Nord-Gudbrandsdal tingretten. I løpet av denne tiden registrerte advokatfirmaet 975,25 timer arbeid, med et samlet salærkrav på 4 428 767 kroner. Av dette hadde 3 014 006 kroner blitt betalt inn i henhold til løpende fakturaer.

I etterkant av kjennelsen i tingretten sendte Rondeslottet i mai 2019 inn klage på salærkravet fra advokatfirmaet til Disiplinærnemnden, jf. domstolloven⁸⁷ § 227. Rondeslottet hevdet at salærkravet var urimelig høyt, og derfor i strid med med RGA 3.1.1.⁸⁸ Advokatfirmaet svarte på dette med å ta ut stevning for Oslo tingrett med krav om betaling av det utestående salærkravet. Rondeslottet leverte da motsøksmål for å få tilbake den delen av det betalte salæret, som det mente det hadde betalt for mye.

For å besvare spørsmålet om Rondeslottet skulle betale kravet fra advokatfirmaet, eller motsatt, var et sentralt spørsmål hvor mye salæret skal være på. Det rettslige utgangspunktet for å besvare dette spørsmålet, er oppdragsavtalen mellom partene. Avtalen må tolkes for å gi

⁸⁶ Mestad (2022).

⁸⁷ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven eller dl.)

⁸⁸ Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 til domstolloven kapittel 11 (advokatforskriften), kapittel 12 (regler for god advokatskikk eller RGA).

svar på om salæret er avtalt, og i så fall hvilken sum det her blitt avtalt mellom partene at skal betales.

5.2 Tolkningen

Det var ikke fremmet noen påstand om en felles forståelse som avvek fra ordlyden. Det naturlige utgangspunktet for avtaletolkningen er derfor å tolke ordlyden i avtalen, som beskrevet i kapittel 3. Det var også der Høyesterett startet sin vurdering av problemstillingen. Punktet i avtalen som omhandlet salær i saken lyder:

«I henhold til vår alminnelig praksis vil vi fakturere månedlig. Vår vanlige timepris i denne type sak er kr. 3.600,- pluss mva., kr. 2.200,- pluss mva. for fullmektiger.»

På bakgrunn av ordlyden konstaterer Høyesterett med at timepris, månedlig fakturering og a konto-betalinger er avtalt, men at antall timer eller varighet ikke er bestemt. Høyesterett konkluderer dermed med at salærets størrelse derfor ikke er avtalt, og går ikke videre inn i tolkningen av om avtalen regulerer spørsmålet.

Høyesterett kom etter noe gjennomgang av reglene om god advokatskikk til at reglene fikk direkte anvendelse, og utfyller avtalen med reglene. Det blir tatt utgangspunkt i RGA 3.1.1 som er en bestemmelse som regulerer salærets størrelse. Avtalen utfylles dermed med bransjenormen for salærfastsettelse som er basert på RGA 3.1.1. Bestemmelsen legger opp til en rimelighetsvurdering av størrelsen på salæret, hvor en forholdsmessighetsvurdering knyttet til oppdraget og utført arbeid er avgjørende.⁸⁹

Den konkrete vurderingen av om salæret var urimelig høyt, og hvor mye dette var på, var rettskraftig avgjort i lagmannsretten. Med utgangspunkt i den nevnte bransjenorm satt lagmannsretten ned salærets størrelse med 57 prosent. Dette innebar at Rondeslottet Hotell AS hadde betalt drøyt én million kroner for mye, som de så hadde krav på å få tilbakebetalt. Det rettslige grunnlaget for tilbakebetalingen var også et spørsmål i saken, men er ikke relevant for denne oppgaven.

I avsnitt 48 i dommen uttaler Høyesterett at «Den innarbeidende bransjenormen basert på RGA punkt 3.3.1 må etter dette anses som del av oppdragsavtalen mellom advokat og klient,

⁸⁹ Dommens avsnitt 38.

med mindre en annen salærberegning er avtalt.» Fra dette kan man tolke at RGA 3.1.1 er en rettslig bindende bransjenorm, som er en del av alle avtaler mellom advokat og klient som ikke regulerer størrelsen på salæret, så lenge det ikke uttrykkelig tas forbehold om det.

Løsningen Høyesterett kommer til i dommen i HR-2022-563-A illustrerer hvordan bakgrunnsretten kan føre til at tolkningsspørsmålet besvares ved en konkret rimelighetsvurdering, dersom avtalen utfylles med bakgrunnsretten.

Ettersom Høyesterett innledningsvis tolket seg til at salæret ikke var avtalt, kom det aldri på spissen hva som ville skje dersom det blir avtalt en avvikende salærberegning eller tatt forbehold mot begrensningene i RGA 3.1.1. Hadde det derimot vurdert det til at salæret var avtalt, ville det vært nødvendig å ta stilling til om RGA 3.1.1 kan fungere som et selvstendig rettsgrunnlag for revisjon av urimelige klausuler om salærberegning, og ikke bare til utfylling av avtaler som er taus.⁹⁰

Dersom RGA 3.1.1 har rettslig status som selvstendig revisjonsgrunnlag i saker om salærberegning vil det kunne ha stor betydning. RGA 3.1.1 vil da være å regne som lex specialis over den generelle lempingsregelen i avtaleloven § 36. Det er stor forskjell i praksisen om rimelighetsvurdering som gjøres etter RGA 3.1.1 og den som skal gjøres etter avtaleloven § 36. En av disse forskjellene er at det er mye lavere terskel for å konstatere urimelighet mellom profesjonelle etter RGA 3.1.1 enn det er etter avtaleloven § 36.

5.3 Tolkning eller revisjon?

Realiteten i dommen er at domstolene gjennom tolkning reviderer oppdragsavtalen mellom partene. Dette gjøres i dommen ved å innfortolke RGA 3.1.1 i avtalen, slik at det salærkravet som foreligger således blir avtalestridig, og derfor kan settes ned. Premisset for dette er at ikke «en annen salærberegning er avtalt».⁹¹ Det er imidlertid grunn til å stille spørsmål om dette premisset er korrekt. Å avtale timepris og fortløpende fakturering av den tiden som brukes hver måned er jo nettopp en måte å beregne salær på. Dette er i tillegg helt i tråd med det som er vanlig praksis for oppdragsavtaler mellom advokat og klient.

⁹⁰ Rønning (2022) s. 22.

⁹¹ Jf. dommens avsnitt 48.

Det er en kjensgjerning ved advokatvirksomhet at det vanskelig kan sies på forhånd hvor mye tid og arbeid som må legges ned i en sak. Rettslige tvister har ofte et veldig dynamisk element, hvor utviklingen i saken kan føre til at den blir mer eller mindre omfattende etter hvert som saken utvikler seg. Dersom man avtaler en fast pris på forhånd vil det veldig lett kunne føre til mangelfull behandling eller konstant revidering av avtalen dersom saken blir mer omfattende enn antatt. På grunn av dette er det vanlig praksis i advokatvirksomhet å ikke avtale en fast pris, men heller en timepris som så betales når man har sett hvor mange timer som går med.⁹²

Dersom en annen salærberegning egentlig *var* avtalt, er det som *faktisk* skjer i dommen en revisjon av avtalen med RGA 3.1.1 som rettsgrunnlag. Det innebærer i så fall at realiteten i dommen var at Høyesterett foretok en rimelighetssensur av avtalen mellom advokatfirmaet og klienten. Det er ikke avgjort i norsk rett om RGA 3.1.1 kan fungere som et selvstendig rettsgrunnlag. Det er derfor betenkelig dersom realiteten er at Høyesterett brukte RGA 3.1.1 som grunnlag for rimelighetssensur uten å drøfte om bestemmelsen som anvendes gir grunnlag for det.⁹³

Det ble hevdet fra advokatfirmaet at endring av det krevde salæret måtte gjøres gjennom revisjonsreglene. Advokatfirmaet mente dette måtte gjøres gjennom avtaleloven § 36, fordi det mente RGA 3.1.1 ikke ga hjemmel for slik revisjon. Høyesterett hadde med det en klar oppfordring, og en god mulighet til både å vurdere RGA 3.1.1 som selvstendig rettsgrunnlag og denne regelens forhold til avtaleloven § 36. Høyesterett kunne da gitt en nærmere rettslig sontring mellom tolkning/utfylling og sensur/revisjon.

At Høyesterett valgte en løsning som gjorde at de nevnte spørsmålene ikke kom på spissen er synd. Begge spørsmålene ville kunne ha prinsipiell betydning utover den konkrete saken. Spørsmålet om RGA 3.1.1 som selvstendig rettsgrunnlag vil for det første åpenbart ha betydning for bruken av regelen som revisjonsgrunnlag i andre lignende saker. I tillegg til dette kan det antas at regelen da i større grad vil påvirke innholdet i oppdragsavtaler mellom advokat og klient, da den ville satt materielle grenser for salærberegningen.

⁹² Jf. Rønning (2022) s. 23.

⁹³ Sml. Rønning (2022) s. 22.

Sondringen mellom tolkning/utfylling og sensur/revisjon ville også vært veldig interessant å se. Som oppgaven vil komme tilbake til er skillet mellom disiplinene ikke så tydelig som det kan virke som. Det kan diskuteres om løsningen i HR-2022-563-A er resultat av tolkning og utfylling, som den gir uttrykk for, eller om det i realiteten foretas en skjult avtalesensur. Slik begrunnelsen er utformet i dommen fremstår den som et resultat av skjult avtalesensur. Det finnes i tillegg til dette flere dommer hvor det er mer eller mindre klart at realiteten i dommene er at det gjøres en sensur av avtalen som forelå. En avklaring eller presisering av slike situasjoner i forhold til de lempningsregler som eksisterer i norsk rett hadde derfor vært kjærkommet.

6 LB-2021-145477

Lagmannsrettens dom LB-2021-145477 handlet om salg av en steinknusemaskin fra Fredheim Maskin AS (heretter Fredheim) til Botn Maskin AS (heretter Botn). Partene signerte kontrakt om kjøpet av maskinen den 25. april 2019, og overleveringen av maskinen fant sted 02.05.2019. I kontrakten var salgsprisen satt til 6 400 000 kroner for maskin med noe tilbehør. Den 07.04.2020 gikk lagrene i maskinen varm, og den havarerte. Det var mye kommunikasjon frem og tilbake rundt dette, og det ble gjort flere forsøk på reparasjoner og utbedring, uten hell. Botn ønsket så å heve, mens Fredheim på sin side krevde drøye én million kroner for utgifter til reparasjoner.

Saken endte i domstolen hvor det var spørsmål om heving på grunn av mangel, krav på betaling av faktura, og spørsmål om grov uaktsomhet ved utbedringen av skaden. I tillegg til dette krevde Botn erstatning for utgifter de hadde til utbedring, samt tapt inntekt. Både tingretten⁹⁴ og lagmannsretten ga medhold til Botn om at maskinen led av en mangel som ga rett på heving og erstatning. Det er domstolens håndtering av spørsmålet om erstatning som er relevant for denne oppgaven.

Det var spørsmål i saken om erstatningsansvaret måtte begrenses etter avtalen.

Salgsbetingelsene til Fredheim inneholder for det første en klausul som sier at Fredheim, utover plikten til å avhjelpe mangler, ikke er forpliktet til å betale «erstatning, prisavslag eller annen form for kompensasjon» for skader eller tap som oppstår, hverken direkte eller

⁹⁴ TFNO-2021-027403

indirekte. Klausulen kommer imidlertid etter avtalen ikke til anvendelse dersom selger har handlet grovt uaktsomt.

Både tingretten og lagmannsretten fant at Fredheim hadde handlet grovt uaktsomt ved undersøkelsene og forsøkene på å reparere mangelen. Spørsmålet ble så om utmålingen av erstatning likevel var begrenset. Avslutningsvis i salgsbetingelsene sto det i punkt 17 at:

«Ethvert erstatningskrav som måtte oppstå i forbindelse med nærværende kontrakt er under enhver omstendighet begrenset til 5 % av salgsgjenstandens pris opp til NOK 100.000 og 2,5 % av overskytende beløp, såfremt det ikke foreligger annen skriftlig avtale. Bestemmelsene i dette punkt trer i stedet for kjøpslovens §§ 40 og 67-69.»

En naturlig forståelse av ordlyden «ethvert erstatningsansvar» tilsier at både tappt inntekt, ekstrakostnader og alt man kan tenke seg er omfattet av klausulen. Ordlyden «under enhver omstendighet» taler for at det ikke finnes unntak fra begrensningen. Dersom ordlyden legges til grunn slik, innebærer det at klausulen er *svært* begrensende for det eventuelle erstatningsansvar selger kan få.

Lagmannsretten gjengir de nevnte uttalelser for kontrakten og konstaterer at det «er ikke gjort unntak for grov uaktsomhet», og påpeker at begge parter er profesjonelle parter, som stod fritt til å avtale noe annet. Lagmannsretten går utover denne konstateringen ikke nærmere inn på om det er mulig å avtale seg bort fra skader påført andre ved grov uaktsomhet, og legger bare til grunn at klausulen står seg. Lagmannsrettens drøftelse om ansvarsbegrensningen virker på grunn av dette noe kort.

Selv om det er et klart utgangspunkt om avtalefrihet i norsk rett, og spesielt i saker mellom profesjonelle parter, må det likevel være klart at partene ikke kan avtale seg bort fra fremtidig ansvar etter *forsettlig* mislighold. En plass mellom forsettlig påføring av skade og skade påført ved simpel uaktsomhet går det dermed en grense for avtalefriheten på dette punktet. Det ville ikke vært unaturlig for lagmannsretten å gå inn på om denne grensen er krysset allerede ved grov uaktsomhet, da Botn hadde gjort gjeldende at grov uaktsomhet måtte gjøre at klausulen falt bort.

Med forankring i Rt. 1948 s. 370 har det blitt hevdet at det er adgang til å fraskrive seg ethvert erstatningsansvar så lenge det ikke er utvist grov uaktsomhet eller forsett.⁹⁵ I ettertiden har denne forståelsen blitt endret. Det er nå klart at også i saker hvor det ikke har blitt utvist forsett eller grov uaktsomhet må det gjøres en sammensatt vurdering om ansvarsbegrensningen kan bli stående.⁹⁶ Det må derfor anses som sikker rett nå at ansvarsfraskrivelse ikke kan legges til grunn uten videre dersom det har blitt utvist grov uaktsomhet. Siden lagmannsretten ikke går inn på en drøftelse av lovligheten av den ansvarsbegrensning som forelå i saken, virker deres konklusjon om å legge den til grunn noe svakt begrunnet.

Lagmannsretten henter muligens avslutningsvis i drøftelsen av erstatningskravet om at de anser klausulen som urimelig, da de uttaler at «Botn får således medhold i et noe – om enn svært begrenset – høyere krav om erstatning enn det tingretten kom til». Det ble ikke krevd lemping av klausulen etter avtaleloven § 36 fra Botn, men det kan tenkes at dette er en sak hvor det ville kunne være relevant å forsøke å få prøvd avtalen mot bestemmelsen.

6.1 Kan avtaleloven § 36 anvendes i saken?

Innledningsvis må det nevnes at dommen fra lagmannsretten i skrivende stund ikke er rettskraftig avgjort, da den har blitt anket til Høyesterett, men det er ikke avgjort om den blir fremmet per dags dato.⁹⁷ Spørsmålet som skal forsøkes besvart her er om avtaleloven § 36 er anvendelig i denne saken. Det ble som sagt ikke hevdet for lagmannsretten, men det kan likevel bli aktuelt i Høyesterett. En forutsetning for at avtaleloven § 36 kan vurderes i saken er for det første at salgsbetingelsen ikke blir tolket bort på et tidligere stadium. I tillegg må Botn kreve lemping etter avtaleloven § 36 ved en eventuell behandling i Høyesterett.

Som nevnt tidligere er vilkårene for å kunne lempe avtalen etter avtaleloven § 36 at det er «urimelig» å «gjøre den gjeldende». Etersom avtaleloven § 36 har blitt gjennomgått ovenfor vil det ikke gjøres en inngående gjennomgåelse av vilkårene her. Det er likevel verdt å nevne igjen at siden det her er snakk om profesjonelle parter og en kommersiell avtale, er terskelen for å anvende bestemmelsen svært høy. Dersom det anføres brudd på avtaleloven § 36 vil

⁹⁵ Hagstrøm mfl. (2021) side 677.

⁹⁶ Hagstrøm mfl. (2021) s. 678.

⁹⁷ Bekreftet i epost fra Borgarting lagmannsrett den 7. desember 2022.

spørsmålet være om det vil være urimelig å gjøre den begrensning som følger av salgsbetingelsene punkt 17 gjeldende i den konkrete situasjonen som har oppstått.

Det er flere momenter som her vil være relevant å vurdere og som kan tale for urimelighet og lemping. Klausulens betydning for partene, partenes handlemåte og risikooverføringen den medfører er alle momenter som er relevante for vurderingen. Videre er det etter min mening relevant i denne saken å vurdere partenes stilling, og herunder nyansere styrkeforholdet i saken noe, selv om begge er «profesjonelle parter». Herunder kan det faktum at det var Fredheims standardkontrakt som ble brukt, være relevant ved vurderingen av partenes stilling.

Som lagmannsretten uttaler på slutten av drøftelsen om ansvarsbegrensningen, fører klausulen til en «svært begrenset» utmåling av erstatning. Det er her snakk om at erstatningskravet ble nedjustert fra 7 854 651 kroner til 162 500 kroner, noe som medfører en nedjustering på om lag 98 % av kravet, og som lagmannsretten mener ville vært resultatet uten den omstridte klausulen. Dette må sies å utgjøre en svært markant risikooverføring fra selger til kjøper. Dette må klart tale i retning av at klausulen er urimelig.

Videre må det legges vekt på at lagmannsretten konstaterte at Fredheim hadde opptrådt grovt uaktsomt, og at det i saken «foreligger et markert avvik fra det forsvarlige». Grov uaktsomhet er en streng skyldvurdering, som det kreves en god del til for å kunne konstatere. At Fredheim har handlet så langt fra det forsvarlige er en grunn til at tapene som Botn led, ble så store. At det her er snakk om grov uaktsomhet bør være et tungtveiende argument for å hevde at det er urimelig å gjøre klausulen gjeldende i den konkrete saken. Fredheims handlemåte taler derfor også for lemping av avtalen.⁹⁸

I lagmannsrettens dom kommer det frem at Botn var helt avhengig av maskinen for å kunne drifte videre. Botn hadde heller ikke økonomiske ressurser til å leie inn ny, eller kjøpe en ny knusemaskin, og ble derfor hardt rammet av mangelen på maskinen. Det kommer også frem at Botns selskap mest sannsynlig ikke ville overleve dersom Botn ikke fikk medhold i saken. Saken i seg selv, men og den aktuelle klausul om ansvarsbegrensning har derfor veldige store økonomiske konsekvenser for Botn. Dette kan tale for at det er urimelig i den konkrete sak «å gjøre den gjeldende».

⁹⁸ Sammenlign med situasjonen i Rt. 2012 s. 393 som det ble redegjort for i punkt 4.1.2.

Som redegjort for ovenfor må det være klart at også for profesjonelle parter kan styrkeforholdet spille inn på vurderingen av om en avtale skal lempes.⁹⁹ Et av momentene som kan være relevant når man vurderer partenes stilling er om det har blitt benyttet standardkontrakter.¹⁰⁰ Videre vil størrelsen, ressursene og erfaringen til partene være av relevans.

Det fremkommer av lagmannsrettens dom at Fredheim Maskin AS har en vesentlig høyere årlig omsetning enn Botn, og er et stort selskap med lang erfaring innen kjøp og salg av steinknusemaskiner. Selskapet ble stiftet i 2005 av brødrene Per Olav og Svein Egil Fredheim som begge hadde erfaring innen steinknusebransjen før opprettelsen av Fredheim maskin. Botn har også lang erfaring innenfor entreprenørvirksomhet, men hans selskaper har vesentlig lavere årlig omsetning. Dette sett i sammenheng med at kjøpsavtalen som legges til grunn var Fredheims standardkontrakt for salg av steinknusemaskiner, tilsier at Fredheim Maskin hadde en sterkere stilling ved avtaleinngåelsen enn Botn.

Det må derfor antas at avtalen i saken i LB-2021-145477 bør vurderes mot avtaleloven § 36, da det er flere momenter som taler for at avtalen er urimelig.

6.2 Kan avtalen sensureres gjennom tolkning?

Som redegjort for over ved analysen av HR-2022-563-A og som det blir nærmere redegjort for i kapittel 7, er ikke Høyesterett fremmed for å sensurere avtaler som virker å ha et urimelig innhold gjennom avtaletolkning. I tillegg til den ovennevnte dommen kan Rt. 2004 s. 675 *Agurkpinnedommen* også vises til som et eksempel på at Høyesterett gjennom tolkning har sett bort fra et avtalevilkår. I *Agurkpinnedommen* var det et vilkår om ansvarsbegrensning, slik som i LB-2021-145477, som ble tolket bort av Høyesterett.

Saken i LB-2021-145477 har flere likhetstrekk med begge de nevnte dommene. I likhet med begge dommene var det blitt brukt avtalevilkår som ikke var forhandlet frem individuelt mellom partene, men de var en del av den ene partens standardvilkår. Partene som krever vilkåret bort, aksepterte dermed aldri uttrykkelig den delen av avtalen. I tillegg til dette er det

⁹⁹ Dette følger av Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 33, se også redegjørelsen om dette i punkt 4.1.2.

¹⁰⁰ I Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 33 uttales det: «Dersom den ene part har benyttet sin standardkontrakt, er dette normalt en omstendighet som har styrket hans stilling.»

aktuelle vilkåret omtalt som salgsbetingelser som fremkommer avslutningsvis, som er noe likt med måten det omstridte vilkåret i agurkpinnedommen omtales.

Det er derfor nærliggende å tenke at Høyesterett ville kunne vurdere sensur eller lemping av ansvarsbegrensningen både etter avtaleloven § 36, og gjennom tolkning. Ettersom Høyesterett har vist en tendens til å foretrekke tolkning for å unngå påstander om åpen rimelighetssensur, er det grunn til å tro at det ville kunne bli tilfelle også her ved en eventuell behandling av saken i Høyesterett. Det vil imidlertid være uheldig, da drøftelsen av anvendelsen av avtaleloven § 36 i denne saken vil kunne gi svar på prinsipielle spørsmål, som nyansering av styrkeforholdet mellom profesjonelle parter.

7 Tolkning eller revisjon for å løse spørsmål om urimelighet?

7.1 Innledning

Et av de grunnleggende problem denne oppgaven forsøker å belyse er forholdet mellom å tolke og å revidere en avtale for å løse en avtaletvist. I saker som kommer for domstolene er det vanlig at det legges ned påstand om begge grunnlagene som alternative rettslige grunnlag. I en sak om mislighold av en avtale kan for eksempel den ene parten legge ned påstand om at bestemmelsene om mislighold i avtalen må tolkes innskrenkende slik at hans handling ikke utløser misligholdsbeføyelser. Subsidiært legger parten ned påstand om at dersom avtalen ikke tolkes innskrenkende, må den lempes etter avtaleloven § 36 da bestemmelsene slik de står er urimelige. Man står da overfor to forskjellige rettslige grunnlag for å løse tvisten og spørsmålet blir hvilket som er mest hensiktsmessig å anføre.

HR-2022-563-A var en dom fra Høyesterett hvor Høyesterett gjennom tolkning kom til at en del av avtalen ikke var gjeldende. I den saken ville spørsmålet også muligens kunne løses gjennom lemping av avtalen etter avtaleloven § 36, eller eventuelt RGA 3.1.1.¹⁰¹ LB-2021-145477 omhandler en sak med en omtvistet avtaleklausul som lagmannsretten legger til grunn uten videre vurdering. Det er der klart et spørsmål om urimelighet som blir liggende i luften etter lagmannsrettens behandling. Dersom Høyesterett etter hvert behandler saken, er det helt åpent hvilken fremgangsmåte det kommer til å løse tvisten etter.

¹⁰¹ Rønning (2022) side 22.

7.2 Legger rettskildene føringer for valget av rettslig grunnlag?

Drøftelsen under dette punktet knytter seg ikke til en spesifikk dom eller til et spesifikt tilfelle. Spørsmålet her er om rettskildene generelt peker i retning av et rettslig grunnlag fremfor et annet.

I tiden før vedtakelsen av avtaleloven § 36 utviklet domstolene tolkningsteknikker som lot dem tolke urimelige vilkår innskrenkende, eller unnlate å ta dem med.¹⁰² Dette kalles skjult avtalesensur, eller «covert techniques».¹⁰³ Teknikken med skjult avtalesensur bygget i stor grad på rimelighetshensyn, og ønske om å beskytte en svakere part.¹⁰⁴ Dette har likevel ikke hindret domstolene fra også å bruke slik skjult avtalesensur i kommersielle avtaler mellom profesjonelle parter.¹⁰⁵

Også i tiden etter vedtakelsen av avtaleloven § 36 har domstolene benyttet seg av skjult avtalesensur for å komme utenom urimelige vilkår.¹⁰⁶ Dette er noe betenkelig ettersom en av begrunnelsene for å vedta avtaleloven § 36 i sin tid var at «Domstolene bør også åpent kunne gi uttrykk for at det er fordi avtalevilkåret finnes urimelig, at det ikke legges til grunn.»¹⁰⁷ Departementets uttalelse kan tolkes til at det var ønskelig med en mer åpen sensur av avtalene, i stedet for å bedrive skjult avtalesensur gjennom mer eller mindre kreativ tolkning av avtalen. Det vil også være i tråd med hensynet til transparens, som er en av begrunnelsene for prinsippet om objektiv tolkning av avtaler.

Uttalelsene i forarbeidene kan tale for at man bør velge avtaleloven § 36 eller andre lempningsregler fremfor å løse en urimelighet gjennom tolkning. Dersom det foreligger en spesialregel som åpner for avtalerevisjon, bør denne som utgangspunkt velges, da den vil være å anse som *lex specialis*. Det er også grunn til å tro at det er lettere å komme over terskelen for å anvende en slik spesialregel, fremfor en generell revisjonsregel.

¹⁰² Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) side 10 – 11.

¹⁰³ NOU 1979:32 s. 22

¹⁰⁴ NOU 1979:32 s. 39

¹⁰⁵ Et eksempel på dette er Rt. 1958 s. 1272.

¹⁰⁶ Et kjent eksempel på dette er Rt. 2004 s. 675 *Agurkpinne* dommen avsnitt 73. Den ovennevnte HR-2022-563-A er også et eksempel på dette fra nåtiden.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 11

Den veldig høye terskelen for å vinne frem etter spesielt avtaleloven § 36, men også læren om bristende forutsetninger der det er relevant, er nok mye av grunnen til at domstolene fremdeles anvender skjult avtalesensur gjennom tolkning. Det vil nok i mange tilfeller være «enkler» å tolke en avtale slik at man får løst urimeligheten, enn det er å komme over terskelen i avtaleloven § 36 mellom profesjonelle parter.

Å starte med å vurdere om man kan tolke avtalen innskrenkende eller til å utelatte visse klausuler, gir også en logisk progresjon i tvisteløsningen. Deretter kan revisjon av avtalen vurderes, dersom det er anført. Man vil da gå fra å først vurdere om avtaleklausulen i det hele tatt er en del av tvisten, før man vurderer om den er rimelig. Det er derimot uheldig dersom en klausul som ellers virker klart å være en del av avtalen tolkes bort, kun på det grunnlag at den er urimelig. Da må det klart være mer ryddig å vurdere det etter avtaleloven § 36, og det er denne situasjonen forarbeidene retter seg mot.

Det er klare holdepunkter i forarbeidene for at det ikke er ønskelig med en utbredt avtalesensur gjennom skjult sensur. Slik sensur eller revidering av avtaler bør foregå gjennom lempingsregelen i avtaleloven § 36, eventuelt andre spesialregler. Problemet med «skjult avtalesensur» er at det er lite transparent. Det er derfor vanskelig å si sikkert om sensuren av avtalen er basert på rimelighetshensyn eller om det er andre hensyn som ligger bak. Dette gjør at slik skjult avtalesensur er lite forutberegnelig. Dette taler for at skjult avtalesensur bør unngås om det er mulig.

7.2.1 Kan argumentasjonen fra saker om skjult avtalesensur være en del av helhetsvurderingen i avtaleloven § 36

Et av elementene som er listet opp i avtaleloven § 36 andre ledd som det kan legges vekt på ved helhetsvurderingen er «forholdene ved avtalens inngåelse». Dette åpner for at ikke bare selve innholdet i avtalen, men også hvordan avtalens innhold kom til kan være en del av helhetsvurderingen. Forhold ved inngåelsen kan både være argument for lemping, og mot lemping, avhengig av hva forholdet er. Dersom inngåelse har skjedd på en lite betryggende måte, eller under kritikkverdige forhold kan det være et tungt argument for lemping av en avtale.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Giertsen (2021) s. 306.

I *Agurkpinnedommen* avsnitt 73 la Høyesterett vekt på at klausulen om ansvarsbegrensning ikke hadde en fremtredende plassering i avtaleteksten. Det ble også påpekt at den medførte en betydelig overføring av risiko mellom partene. Et annet viktig moment som ble vektlagt var at klausulen ikke hadde vært gjenstand for forhandling mellom partene. Med grunnlag i disse momentene kom Høyesterett til at klausulen ikke kunne anses som vedtatt av kjøper. Klausulen var følgelig ikke en del av avtalen. Resultatet ble at klausulen ble tolket bort, til tross for at den var tatt med etter mønster fra andre vareleverandører i bransjen.¹⁰⁹

I helhetsvurderingen etter avtaleloven § 36 er det åpnet for å legge vekt på alle momenter som kan være relevante. Det er derfor mulig å trekke frem de samme momentene i den helhetsvurderingen som det Høyesterett gjør i *Agurkpinnedommen*. Som redegjort for over, kan også forhold ved inngåelsen spille en rolle ved vurderingen av om en avtale skal lempes eller ikke. Hovedargumentet i *Agurkpinnedommen* om at klausulen ikke var blitt individuelt forhandlet frem, vil derfor også kunne trekkes frem i helhetsvurderingen etter avtaleloven § 36.

I *Agurkpinnedommen* hevdet den ene parten at den omstridte klausulen kunne lempes etter avtaleloven. Alle momentene Høyesterett legger vekt på i *Agurkpinnedommen* er også relevante momenter som kan legges vekt på ved en vurdering av avtaleloven § 36. I tillegg til dette har forarbeidene en oppfordring om å heller bruke den generelle lempingsregelen fremfor skjult avtalesensur.¹¹⁰ Alt dette tatt i betraktning er det noe betenkelig at Høyesterett ikke nevner avtaleloven § 36 i dommen i det heletatt.

Den mest nærliggende forklaringen for at Høyesterett løser tvisten i *agurkpinnedommen* ved bruk av skjult avtalesensur fremfor å bruke avtaleloven § 36, er at det er en lavere terskel for skjult avtalesensur enn det er for å konstatere urimelighet etter § 36. Forskjellen i terskelen kan nok iallfall til dels forklares ved at man åpent legger vekt på urimelighet i avtaleloven § 36, mens man ved skjult avtalesensur ikke uttrykkelig legger vekt på det. Det virker derfor ved første øyekast å harmonere bedre med den beskjedne plassen rimelighetshensyn har fått i avtaler mellom profesjonelle næringsdrivende. En slik forskjell har dessverre den uheldige

¹⁰⁹ Dommens avsnitt 73.

¹¹⁰ Se oppgavens punkt 7.1

virkning at domstolene må fortsette med skjult avtalesensur for å kunne lempe en avtale, i stedet for å åpent gjør det med avtaleloven § 36.

Dersom Høyesterett i stedet for å fortsette bruken av skjult avtalesensur inkorporer teknikkene som en del av helhetsvurderingen etter avtaleloven § 36, vil dette muligens kunne løse opp i den forskjellige terskelen. Dersom domstolene har mulighet til å bruke de samme momentene og fremgangsmåten som de gjør ved skjult avtalesensur åpent som en del av rimelighetsvurderingen, og på den måten senke terskelen for å anvende avtaleloven § 36 også mellom profesjonelle parter, vil dette føre til at forarbeidenes synspunkter bedre blir oppfylt. Det vil også føre til at sensur av avtaler blir både mer transparent og forutberegnelig.

7.2.2 Konsekvensen av valg av rettslig grunnlag

En av konsekvensene ved å velge et grunnlag for revisjon over et annet er hvilke rettsvirkninger det kan få. Dersom man tolker bort et vilkår, vil rettsvirkningen være at den delen av avtalen regnes for å aldri ha blitt inngått. Det er en rigid løsning som gir liten fleksibilitet til å tilpasse avtalen for å bringe den i balanse.

Det heter i avtaleloven § 36 første ledd, første punktum at avtalen «helt eller delvis kan settes til side eller endres». Ordlyden «eller endres» peker på at det er åpnet for at domstolen kan endre det urimelige vilkår, eller andre, for å gjenopprette rimeligheten. Dette gjør at rettsvirkningen av å anvende avtaleloven § 36 er mer fleksibel enn dersom man tolker bort en del av avtalen.¹¹¹ Dette taler for at revisjon og sensur av avtaler bør skje åpent gjennom den lovgitte generelle lempingsregelen i avtaleloven § 36.

8 Avslutning

Målet med denne oppgaven var å sette fokus på grensen mellom tolkning og revisjon av en kommersiell avtale. Det var også et mål å undersøke om det er klare tendenser i rettskildene for om det er mer hensiktsmessig å tolke eller åpent revidere avtalen dersom rettsanvenderen finner det nødvendig. Dette ble gjort ved å undersøke læren om tolkning, og de forskjellige regelsett som gir grunnlag for revisjon av avtalen. Videre ble en høyesterettsdom og en lagmannsrettsdom analysert for å se hvordan grensen utspiller seg i praksis.

¹¹¹ Giertsen (2021) side 342.

Når det kommer til grensen mellom tolkning og revisjon av en avtale må det sies at denne grensen ikke er helt klar. Høyesterett har utvist større skepsis mot åpen sensur enn det har for skjult sensur gjennom tolkning. Det medfører at grensen mellom tolkning og sensur blir uklar.¹¹² For å illustrere dette poenget ble HR-2022-563-A trukket frem som et eksempel. Høyesterett løste der formelt sett tvisten gjennom tolkning, men realiteten virker å være at det ble foretatt en revisjon av avtalen gjennom tolkning.

Om det er mer hensiktsmessig å løse avtaletvister med grunnlag i tolkning eller revisjon er ikke helt åpenbart. Som sagt viser Høyesterett muligens å ha mindre skepsis til å strekke tolkningen litt for å løse problemet, enn til å åpent revidere en avtale mellom profesjonelle. Med det i bakhånd kan det hevdes at det er mer hensiktsmessig å argumentere godt for en bestemt tolkning dersom man fremmer en sak i domstolen. Ser man på spørsmålet fra et rettspolitisk ståsted blir derimot svaret noe annerledes. Både forarbeidene til avtaleloven § 36 og juridisk teori har tatt til orde for at revisjon bør skje åpent fremfor skjult.¹¹³ Synspunktet underbygges av at det vil være både mer forutberegnelig og transparent om revisjonen skjer åpent. Hva som er mest hensiktsmessig har derfor ikke et klart svar, og vil være avhengig av sakens parter, sakens tema og avtalen for øvrig.

¹¹² Giertsen (2021) s. 303.

¹¹³ Giertsen (2021) s. 303-304

Kildeliste

Lover og forskrifter:

Kong Christian den femtis norske lov 15. april 1687 (NL)

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven eller dl.)

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

Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven eller kjl.).

Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 til domstolloven kapittel 11 (advokatforskriften).

Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven eller forbrkjl.).

Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift (voldgiftsloven eller vogl.)

Forarbeider:

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

NOU 1979:32 Formuerettslig lempingsregel

Litteratur:

Bøker:

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 4. utg., Universitetsforlaget 2021.

Hagstrøm, Viggo, Herman Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen og Inger Berg Ørstavik, *Obligasjonsrett*, 3. utg., Universitetsforlaget 2021.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018

Tørum, Amund Bjøranger. *Interpretation of commercial contracts*. Universitetsforlaget 2019a.

Artikler:

Mestad, Ola, «Kontraktsrevisjon. Læra om brestande føresetnader og forholdet til avtalelova § 36» *Jussens venner* 2022/3, s. 240-271.

Rønning, Thomas, «Urimelig høyt advokatsalær. Avtaletolkning og utfylling av salæravtale. Bransjenormer og bakgrunnsrett. RGA 3.3.1. Condictio indebiti – HR-2022-563-A» *Nytt i privatretten* 2022/2, s. 21-24.

Selvig, Erling, «Kontraktsutfylling og legalitetsprinsipp. Metodeproblemer i kontrakts- og forvaltningsrettens grenseland» i *Rettsteori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith*, Oslo 2002.

Tørum, Amund Bjøranger, «Tolkning av kommersielle kontrakter – et analyseverktøy» *Jussens venner* 2019/1, s. 1 – 38.b

Doktorgradsavhandling:

Lisa Mattea Elvevold, *Om avtaletolkningens vesen – teoretiske refleksjoner rundt et praktisk fenomen*, doktorgrads avhandling ved UiT, april 2019.

Rettspraksis:

Høyesterettspraksis:

Rt. 1948 s. 370

Rt. 1958 s. 1272

Rt. 1970 s. 794

Rt. 1990 s. 223

Rt. 1992 s. 996 A (Pepsi Cola)

Rt. 1994 s. 581 A (Scanvest)

Rt. 1997 s. 1109

Rt. 1999 s. 922 (Salhus flytebro)

Rt. 2000 s. 1049

Rt. 2000 s. 1800

Rt. 2002 s. 1155 A (Hansa Borg)

Rt. 2003 s. 1132 A

Rt. 2004 s. 675 A (Agurkpinnedommen)

Rt. 2006 s. 420 A

Rt. 2010 s. 961 A

Rt. 2010 s. 1345 A (Oslo vei)

Rt. 2011 s. 1553 A

Rt. 2012 s. 393 A

Rt. 2012 s. 769 A

Rt. 2014 s. 351 A

HR-2016-1447-A

HR-2017-1664-A

HR-2018-1721-A (Hustadkalk)

HR-2021-2364-A

HR-2022-563-A

Rettspraksis fra andre instanser og utenlandsk rett:

Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society [1998] 1 W.L.R. 896 (House of Lords i England)

Grove Investment Ltd v Cape Building Products Ltd [2014] CSIH 43 (Skotsk Høyesterett)

NJA 2014 s. 960 (Svensk høyesterett)

TFNO-2021-027403

LB-2021-145477

Internasjonale traktater og øvrige kilder:

United Nations convention on contracts for the international sale of goods, 11. April 1980
(entered into force 1. March 1988), UNTS 1489

Draft Common Frame of Reference (DCFR) II.-1:101

