



Betydningen av partenes stilling i forhold til avtaletolking og avtalerevisjon etter avtaleloven § 36.

Av: Sicilie Kristin Kanebog

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2008*

Innholdsfortegnelse:

1.1.	Innledning.	s. 3
1.2.	Rettskildebildet i kontraktsretten	s. 5
1.3.	Nærmere om tolking	s. 6
1.4.	Om partenes stilling	s. 14
1.5.	Avtaleloven § 36 som generalklausul	s. 16
2.1.	Forretningsmessige avtaler	s. 20
2.2.1.	Forretningsavtaler mellom jevnbyrdige parter	s. 21
2.2.2.	Tolking av forretningsavtaler mellom jevnbyrdige parter.	s. 21
2.2.3.	Urimelighetssensur av forretningsavtaler mellom jevnbyrdige parter.	s.25
2.3.	Forretningsavtaler mellom næringsdrivende av ulik styrke	s.30
2.3.1.	Tolking av Forretningsavtaler med parter av ulik styrke	s.31
2.3.2.	Urimelighetssensur av forretningsavtaler med parter av ulik styrke	s.36
3.1.	Forretningsavtaler mellom næringsdrivende og privat part	s.37
3.2.	Tolking av avtaler mellom næringsdrivende og en privatperson	s.38
3.3.	Urimelighetssensur av avtaler mellom næringsdrivende og forbruker	s.41
4.1.	Avtaler mellom private parter	s.43
4.2.	Tolking av avtaler mellom private	s.44
4.3.	Urimelighetssensur av private avtaler	s.47
5.1.	Konklusjon vedrørende tolking	s.49
5.2.	Konklusjon vedrørende urimelighetssensur etter avtl § 36	s.51

1.1. Innledning

Avtaler er den eldste formen for regulering av interaksjon mellom mennesker, den eldste avtaletypen gikk ut på bytte av varer. Daglig inngår de fleste av oss en eller annen form for avtale som kjøp av dagligvarer, opprettelse av bankkonto, bygging av hus og hytte m.v. Uten avtalerettslig regulering ville det være vanskelig for et moderne samfunn å fungere. Men avtalen i seg selv er ikke mye verdt om den ikke følges. Ett av de eldste romerrettslige prinsipp er prinsippet om at avtaler skal holdes (*pacta sunt servanda*). Dette prinsipp er allerede slått fast i Kong Kristian den IV Norske lov av 1687 (NL 5-1-2) hvor det heter at avtaler som ikke strider mot lov eller ærbarhet ”*skal holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere*”. Prinsippet om at avtaler skal holdes sikrer forutberegnelighet, og er grunnpilaren i kontraktsretten. Når næringsdrivende kan regne med at kontraktsparter vil oppfylle sin del av avtalen, stimulerer til økonomisk aktivitet og vekst i samfunnet.

Men en uinnskrenket avtalefrihet har også sin bakside, fordi en sterk avtalepart lett vil kunne misbruke sin posisjon til ulempe for den svakere part. Rettsordenen har derfor gjennom praksis og lovregulering foretatt en del innskrenkninger av avtalefriheten. Man har utviklet prinsipper for tolking av avtaler som søker å motvirke de ulemper som oppstår ved at forhandlingspartene ikke alltid har like forutsetninger for å få i stand rimelige kontrakter. Gjennom generalklausulen i avtaleloven § 36 har rettsanvenderen fått en generell hjemmel til å sette tilside avtaler eller avtalevilkår som virker urimelig eller er i strid med god forretningsskikk. En slik generell regel kan bidra til rettsenhet, det er også i tråd med retten i de andre nordiske land.

De kontrakter som slutes er av svært varierende karakter, og tilsvarende vil de parter som inngår kontraktene variere. De vil kunne ha ulikt kunnskapsnivå og erfaringsgrunnlag. Noen opptrer som ledd i sin profesjonelle karriere og har kanskje inngående kunnskap om de forhold som er av betydning for avtaleslutningen. Mens andre handler som forbrukere, og har kanskje beskjeden bakgrunnskunnskap å bygge på.

Formålet med denne oppgaven er å se på hvordan partenes stilling får betydning for avtaletolkning og avtalerevisjon etter avtl § 36. Det er dermed to hovedproblemstillinger som reises. Hvordan partenes stilling spiller inn på tolkingen av avtaler, og hvordan partenes stilling får betydning for rimelighetsvurderingen og intervensjonsterskelen etter avtl § 36.

Oppgaven er bygget opp i tre hoveddeler. Innledningsvis vil jeg foreta en generell gjennomgang av rettsstoffet i punktene 1.1 til 1.5. I denne delen vil jeg presisere og utdype de sentrale begrep og definisjoner, som er naturlig i forhold til oppgavens tema. Punkt 2.1. flg. utgjør hoveddelen av oppgaven, i denne delen vil jeg se nærmere på betydningen av styrkeforholdet mellom partene, hvilken vekt høyesterett legger på forskjell i styrkeforhold. På grunn av det mangfold av kontraktstyper som eksisterer har jeg valgt å konsentrere meg om noen få typer avtaler, slik at jeg kan gå litt dypere inn i disse, og konkret se hvordan partenes stilling får betydning. På den måte søker jeg å unngå at oppgaven blir en overfladisk behandling av svært mange ulike avtaletyper.

Jeg vil først ta for meg foretningsavtaler mellom profesjonelle aktører (punkt.2.) denne avtaletypen representerer det forhold hvor partene forutsetter å være mer eller mindre jevnbyrdige, gjennom denne avtaletypen ønsker jeg å belyse hvordan avtalen vurderes når partene har et likt utgangspunkt for avtaleforhandlingen. Den neste avtaletypen jeg vil ta for meg er avtaler mellom profesjonelle og private (punkt.3.). Disse avtalene er i kjernen av forbrukervernet som var grunnlaget for omfattende regulering som begynte på 70 tallet. Den siste typen avtaler jeg vil ta for meg er avtaler mellom private parter (punkt 4). På dette området vil særlig sosiale hensyn gjøre seg gjeldende. Gjennom behandlingen av disse avtalene ønsker jeg å belyse hvordan slike hensyn spiller inn på tolkingen og terskelen for revisjon. For å få konsekvens og sammenheng vil jeg dele drøftelsen under hver avtaletype slik at tolking og urimelighetssensur behandles hver for seg. Avslutningsvis vil jeg oppsummere de forskjellene jeg har kommet frem til (punkt.5.).

1.2. Rettskildebildet i kontraktsretten

Rettskildesituasjonen i kontraktsretten står i en særstilling i forhold til andre rettsområder. Det skyldes at vi har en stor grad av avtalefrihet, og en stor del av lovreguleringen er deklarasjonsrett, og står derfor tilbake for avtale, jf. avtl § 1. En del av lovreguleringen er preseptorisk i den ene parts favør. Et eksempel fra forbrukerrettens område er Lov 21. juni 2002 om forbrukerkjøp § 3, etter bestemmelsen kan det ikke avtales vilkår som stiller forbrukeren dårligere enn de vilkår som følger av loven. Avtalefriheten er derfor noe begrenset på forbrukerrettens område. Bakgrunnen for denne begrensningen er at forbrukeren ofte står i en svakere posisjon, og har behov for beskyttelse mot at den sterkere part utnytter sin maktposisjon.

Kontraktsretten handler dels om kontrakter og dels om rettsregler som regulerer kontrakter. Metodisk dreier det seg derfor om et samspill mellom fastsatte normer for avtalefestede reguleringer, og rettsregler i mer tradisjonell forstand.¹ Kontraktsrettslig metodelære har i hovedsak tre forankringspunkter, det partene har blitt enige om, det som følger av standardvilkår som enten er innkorporert eller underforstått, og det som følger av bakgrunnsretten. Rettspraksis får betydning i to henseender, den viser hva som er gjeldende rett på området, og vil være retningsgivende for hvordan uklare kontrakter skal tolkes, i og med at man kan utlede hvilke argumenter som vil være relevante eller utslagsgivende.

Det er uenighet i teorien om avtale kan regnes som en rettskilde. Bakgrunnen for denne uenigheten er at avtalen søker å regulere et konkret rettsforhold mellom to parter, mens rettskildene er av mer generell karakter, og sier noe om hva som generelt er relevant å legge vekt på i ett rettsforhold. En standardavtale kan på et vis ligge nærmere opp til de tradisjonelle rettskildene, i og med at den er ment til å regulere rettsforhold mellom ulike parter til ulike tider. Noen kontraktsvilkår er særlig egnet til å regulere partenes mellomværender, og kan gjennom sin funksjonalitet med tiden utvikle seg til å bli kutyme eller sedvane. Etter den tradisjonelle rettskildelære er slik sedvane og kutymer

¹ Kai, Krüger, Norsk kontraktsrett, Bergen 1989 s. 379.

relevante rettskildefaktorer.² I eldre rettskildelære var det alminnelig antatt at avtaler ikke kunne være en rettskilde, dette syn kommer bl.a. frem hos Eckhoff, som mener avtale ikke kan anses som en rettskilde, men som bevis for fakta. Men i nyere teori trekker man mer i retning av å akseptere avtaler som en rettskilde, bl.a. Huser og Krüger går inn for at avtale burde regnes som en rettskilde.³ Også etter Skoghøys vurdering må avtaler anses som en rettskilde.⁴ Uavhengig av om man karakteriserer avtalen som en rettskilde vil avtalen vil være det primære bevis for hva som er avtalt mellom partene. Avtalen vil derfor være det naturlige utgangspunkt for å klarlegge hva som er rettsforholdet mellom partene.

1.3. Nærmere om tolking.

Avtaler benyttes til å regulere mellomværende mellom parter. Siden det er avtalen som danner grunnlaget for forpliktelsen mellom partene, er det naturlig at det er denne som er utgangspunktet for tolkingen. Tolking tar sikte på å fastsette innholdet av avtalen. Gjennom tolking presiserer man dette innhold nærmere, og fastsetter rekevidden av partenes rettigheter og plikter.

At det oppstår behovet for tolking kan skyldes flere forhold, det kan være at partene har uttrykt seg tvetydig eller uklart, slik at partene legger forskjellig mening i avtalevilkårene. Det kan også skyldes at det oppstår problemer som partene overhode ikke hadde tenkt på ved avtaleinngåelsen. Også språkets flertydighet og til dels flytende ordgrenser kan skape uklarheter. Tolkningstvil kan knytte seg til enkeltspørsmål eller kontrakten som helhet. Det mest vanlige er at uenigheten dreier seg om enkelte momenter ved avtalen. For eksempel kan partene være uenig om momsen inngår i prisen, når fordringen forfaller e.l.

² Jf. Nils Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2 utgave, Bergen 2004, side 340.

³ Jf. Nils Nygaard, side 341.

⁴ Jf. Jens Edvin A Skoghøy, Avtaleloven § 36 i selskaps og foreningsforhold, Lov og rett 1996 s.104, på s. 108.

Tolking brukes i vid og snever betydning. Med tolking i snever forstand menes at man fastlegger avtalens innhold primært på grunnlag av en tolking av selve avtaleteksten. Mens tolking i vid forstand også omfatter momenter som ligger nært opp til utfylling. Ved tolking i vid forstand tar man også hensyn til avtalens forarbeider, partenes intensjoner og andre omstendigheter rundt avtalen. Tolkingsmetoden vil kunne variere noe alt etter hvilken avtale saken dreier seg om. Bakgrunnen for dette er at bakgrunnsretten og praksis varierer på de forskjellige rettsområdene. Det kan også være nødvendig å trekke inn fagkunnskap fra det angjeldende livsområdet.⁵ I angloamerikansk rett er man noe restriktiv, og aksepterer kun en tolking på bakgrunn av det som kommer frem av selve avtaledokumentet. Dette kan lede til svært detaljregulerte kontrakter, i et forsøk på å regulere alle tenkelige forhold som kan komme opp. Dette kan igjen lede til at kontraktens bestemmelser blir uklar og tvetydig. I noen tilfeller vil det også kunne lede til klausuler som ikke er egnet til å regulere forholdet mellom partene. I kontinentaleuropeisk rett, som norsk rett bygger på, har man til en viss grad akseptert behovet for utfylling med omstendigheter som ligger utenfor selve avtaledokumentet. Ved bruk av denne fremgangsmåten slipper man å detaljregulere hvert minste spørsmål, og kan falle tilbake på bakgrunnsretten, kutymer og sedvaner hvor avtalen er taus.

Formålet med all tolking er å finne partenes mening med avtalen. Dette utgangspunkt formulerte Høyesterett klart i Rt.1993 s.564 på side 569 ” *Det primære formål ved all kontraktstolking er å finne ut hva partene har ment.*” Det er bred enighet i teorien at partenes felles forståelse vil gå foran ethvert annet tolkningsalternativ. Man ser på avtalens innhold og dens kontekst, for å komme frem til det innhold som best tilgodeser partenes intensjoner med inngåelse av avtalen. At man legger så stor vekt på partenes intensjoner henger sammen med respekten for partenes autonomi.⁶ En part er fri til å velge hvilke avtaler han skal bli bundet av, og da følger det naturlig av dette at man også må respektere partenes hensikter med de avtaler de inngår. Man kan si at Høyesteretts utgangspunkt er intensjonal tolking av avtaler. Dersom ordlyden ikke svarer til det partene har ment å avtale, bør heller ikke ordlyden legges til grunn. Et eksempel hvor

⁵ Kristian Huser, *Avtaletolking*, Bergen 1983, s. 60-62.

⁶ Alf Petter Høgberg, *Tolkningsstiler ved kontraktstolking*, JV. 2006 s.61 på side 69.

avtalens ordlyd ikke svarte til partenes egentlige vilje er Rt.1991 s.220 (Sollia borettslag). To borettslag hadde inngått avtale om levering av fjernvarme til kostpris. Prisen var regnet ut etter kvadratmeter. Senere ble det installert målere. Det viste seg da at kjøperborettslaget brukte mer varme enn de betalte for ved måling etter kvadratmeter. Selgerborettslaget krevde derfor betaling etter målt forbruk, og fikk medhold. Partenes forutsetning var at ingen skulle tjene eller tape på avtalen, og måling etter forbruk gav et mer nøyaktig resultat.

Hvor det forelå en felles forståelse av avtalens innhold på kontraheringstidspunktet, vil det være naturlig å tolke avtalen i samsvar med denne forståelsen. Dette gjelder selv om den felles forståelse avviker fra det man normalt legger i de ord som partene har benyttet seg av. Men hvor slik felles forståelse foreligger er det naturlig at gjennomføringen av kontrakten skjer i tråd med denne felles forståelse, og dermed blir det lite behov for inngrep fra domstolenes side. Det hender imidlertid at den ene part hevder at de hadde en felles forståelse som avviker fra det som følger av avtalens ordlyd, mens den annen part bestrider dette. Det er da den part som hevder at en slik felles forståelse forelå som har bevisbyrden for at en slik felles forståelse faktisk forelå. Det kreves rimelig klare beviser for at man skal legge til grunn at en slik avvikende forståelse faktisk forelå.

Dersom den part blir klar over at den annen part legger til grunn en annen forståelse enn ham selv, og han ikke foretar seg noe for å rette opp i missforståelsen, må han tåle å få avtalen tolket mot seg. Den parten som hadde en avvikende forståelse, har fått en berettiget forventning om at denne forståelsen skal legges til grunn.⁷ Det er imidlertid svært få eksempler fra rettspraksis hvor Høyesterett setter til side den løsning som følger av en objektiv fortolkning til fordel for motstridende partsvilje. Hvor dette gjøres skyldes det gjerne at det kontraktuelle forhold er av sekundær betydning mellom partene. Eller hvor partene har brukt standardformularer som ikke er tjenelig til å oppfylle partenes intensjoner.⁸

⁷ Alf Petter Høgberg, *Tolkningsstiler ved kontraktstolking*, JV. 2006 s.61 på side 71.

⁸ Eks. Rt.1973 s.559, Rt.1960 s.26, Rt.1977 s.68, Rt.1958 s.1076 og Rt.1956 s.1085.

I teorien er det fastsatt flere prinsipper for tolking av avtaler. Et utgangspunkt er at man kan tolke avtalen subjektivt. Man legger da vekt på hva avgiveren har ment med utsagnet. En slik tolkingsmåte legger risikoen på mottageren, en slik risikobyrd er lite egnet for gjensidig bebyrdende kontrakter, og i vårt rettssystem er dette prinsippet begrenset til å gjelde for ensidige disposisjoner som gaveløfter, testament o.l. hvor hensynet til løftemottageren har mindre betydning.

Selv om hovedmålsetningen med avtaletolking er å finne frem til partenes mening, vil utgangspunktet for tolkingen alltid være en objektiv forståelse av kontraktens ordlyd. Det er avvik fra dette utgangspunkt som krever særskilt begrunnelse. Hvor avtalens ordlyd er rimelig klar, anser man at den løsning som følger av ordlyden for å være partenes intensjon. Ordenes vanlige meningsinnhold er det som danner grunnlag for berettigede forventninger hos partene. Når man bygger på avtalefrihet må partene bære risikoen for at deres intensjoner kommer klart til uttrykk i avtalen. Denne hovedregel bygger på hensynet til klarhet, sikkerhet og forutberegnelighet, samtidig som det støtter opp om kontrakten som et risikofordelende instrument. Dette utgangspunkt kommer bl.a. klart til uttrykk i Rt.1997 s.160 (OL gensenen).

Ved objektiv tolking er målet å finne frem til den objektivt sett fornuftige og rimelige mening med kontrakten.⁹ Man tolker kontrakten i tråd med den forståelse en alminnelig fornuftig person i tilsvarende situasjon ville ha lagt i kontrakten. Prinsippet har også internasjonal forankring, jf. UNIDROITS Principles art 4.1 (2) ”*If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in same circumstances*”. Høyesterett har gjentatte ganger gitt klart uttrykk for at det er dette som er det generelle utgangspunkt ved tolking av avtaler.

Hvor avtalens ordlyd derimot ikke er klar, vil en ren objektiv tolking ikke bidra til løsning av problemet. Dersom man heller ikke kan fastslå en felles partsvilje, må man

⁹ Knophs oversikt over Norges rett, 11 utgave, 1998, s. 273.

falle tilbake på subsidiære regler for tolkning. Den første av disse tolkingsreglene er uklarhetsreglen. Den går ut på at avtalen skal tolkes mot den som burde ha sørget for at avtale ble klarere utformet. Dersom vilkår som er særlig ugunstig eller tyngende for den annen part, skulle være med i kontrakten, må det fremgå rimelig klart av avtaleteksten.¹⁰ Bakgrunnen for dette er at slike vilkår kan ha betydning for den annen parts ønske om å inngå kontrakten, og dersom vilkårene fremkommer klart av kontrakten, vil den annen part ha større mulighet til å forutberegne omfanget av forpliktelsene.

Uklarhetsreglen har to under versjoner forfatteregele og kyndighetsregelen, disse går ut på at avtalen skal tolkes mot hhv. den som har forfattet avtalen eller mot den kyndige part i forholdet.¹¹ Bakgrunnen for dette er at den kyndige part eller den som har forfattet avtalen vil ha en forhandlingsfordel ved avtaleinngåelsen. Denne vil ha best kontroll over avtalesituasjonen, og vil derfor være nærmest til å bære risikoen for de uklarheter som måtte oppstå. Det presumeres at den som har utformet kontrakten har søkt å ivareta sine egne interesser gjennom utformingen av kontrakten. Ofte vil den kyndige part være den som har forfattet avtalen, og det vil være denne part som kan klandres for at han ikke har uttrykt seg klarere.

Uklarhetsregelen gjelder ikke unntaksfritt, det kan være at den klausul som reiser tolkningstilvill er tatt med etter påtrykk fra den annen part. Dersom det kan påvises, vil det være et moment som kan tale for tolking mot den annen part. Og dersom begge parter har vært representert ved advokat, kan det ikke tillegges like stor vekt hvem av partene som har ført avtalen i pennen.¹² Hvor begge parter har hatt profesjonell bistand, er det i teorien ikke styrkeforskjell mellom dem, og begge parter presumeres å være i stand til å ivareta sine interesser ved avtaleinngåelsen.

¹⁰ Erlend Haaskjold, Kontraktsforpliktelser, Oslo 2002, s.129.

¹¹ Et eksempel på at forfatterversjonen av kyndighetsreglen har blitt anvendt i rettspraksis er Rt.1961 s.122, hvor avtalen ble tolket imot forlaget som hadde forfattet avtalen. Det ble også lagt vekt på at forlaget hadde søkt å beskytte sine interesser gjennom utformingen av avtalen. Mens Hålogaland lagmannsretts dom inntatt i ND 1979 s.33 er et eksempel på kyndighetsregelen.

¹² Jf. Kristian Huser, Avtaletolking, Bergen 1983, s.556.

Dersom heller ikke uklarhetsreglen gir en løsning av konflikten, kan man ta i bruk minimumsreglen. Den går ut på at hvor avtalen åpner for flere tolkingsalternativer skal det minst byrdefulle velges. Selv om dette er et gammelt prinsipp blir det sjelden brukt i rettspraksis, det skyldes prinsippets subsidiær karakter. Rt.1929 s.1106 er et eksempel på bruk av minimumsreglen. Her uttalte Høyesterett at uklarheter av rekkevidden av forpliktelsen ”*finnes at maatte gaa ut over den som paastaar et videregaaende ansvar enn det som med sikkerhet kan utledes av dokumentet eller sakens øvrige opplysninger*”.¹³ Den som hevder et større omfang av avtalen enn det som naturlig følger av ordlyden, har dermed bevisbyrden for at det var avtalt et mer vidtgående omfang. Dette er en naturlig forlengelse av prinsippet om at den som hevder at det har kommet i stand en avtale også har bevisbyrden for omfanget av avtalen.

Anvendelsen av minimumsreglen på gjensidig bebyrdende kontrakter, kan by på problemer, fordi det alternativ som fremstår som det minst byrdefulle for den ene part, vil representere en tilsvarende ulempe for den annen. Det minst byrdefulle alternativ, vil ikke nødvendigvis føre til et resultat i tråd med partenes intensjon med avtalen. Minimumsreglen har derfor sin hovedanvendelse på gaveløfter og ensidig bindende disposisjoner, hvor hensynet til løftegiver veier tungt.¹⁴ Men også hvor det ikke lar seg gjøre å utpeke den som er ansvarlig for uklarheten, eller den part som er nærmest til å bære risikoen, kan minimumsregelen få betydning. Valget mellom uklarhetsregelen og minimumsregelen kan få stor betydning for partene, da disse reglene gir motsatt løsning av problemet. Minimumsregelen velger det alternativ som er minst byrdefullt for løftegiveren, mens uklarhetsregelen sier at uklarheten skal gå ut over den som har størst ansvarlig for uklarheten.¹⁵ Minimumsregelen har vært utsatt for en del kritikk, og har som nevnt hatt liten praktisk betydning, den vil derfor bare bli behandlet i begrenset grad i den videre fremstillingen.

Et annet tolkningsprinsipp man benytter i kontraktsretten er lovkonform tolking. Preseptoriske lover angir bindende rammebetingelser for avtaleinngåelser. Partene har

¹³ Det vises så til Høyesteretts avgjørelse i Rt.1924 s.742.

¹⁴ Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, 2 udgave, København 2002, side 348.

¹⁵ Jf. Alf Petter Høgberg, Kontraktstolking, Oslo 2006, s.317 flg.

ikke anledning til å fravike disse bestemmelsene selv om det skulle foreligge enighet om dette. I forhold til avtaletolking har preseptoriske bestemmelser betydning i den forstand at avtalen må tolkes slik at den ikke kommer i konflikt med ufravikelig lov. Det følger av lovbestemmelsens preseptoriske natur at den må legges til grunn. Man har således ikke noen mulighet til å velge de alternative muligheter som en tolking av avtalens ordlyd kan åpne for. Man kan ikke bygge på noe som er ulovlig bare fordi ordlyden i avtalen er uklar.¹⁶

I og med at en stor del av lovgivningen på kontraktsrettens område er deklarasjonsrett, vil den vike tilbake for avtale. Det er imidlertid ikke all deklarasjonsrett regulering det er like kulant å fravike. Og jo lenger partene fjerner seg fra lovens ordning, jo strengere blir kravet til presisjon. Man må derfor se på hva som er avtalt mellom partene og sammenholde det med den lovbestemmelse det er aktuelt å fravike.¹⁷ Hvor avtalen åpner for flere alternative tolkninger, velger man det alternativ som best samsvarer med lovgivningen. Bakgrunnen for dette er at bakgrunnsretten anses som den normalordning lovgiver anser som hensiktsmessig. Det presumeres at partene forventer at avtalen vil bli tolket i samsvar med bakgrunnsretten. Dersom partene ønsker en annen ordning enn den som følger av deklarasjonsrett lov, må dette komme klart til uttrykk. Bevisbyrden påhviler den part som hevder at man ønsket en annen løsning. Beviskravet er strengt. Jf. Rt.1979 s.1099 på side 1104.¹⁸ Når det ikke kommer klart frem av avtalen at man ønsker å avvike denne ordning, taler gode grunner for at normalordningen skal legges til grunn. Det kan være grunn til å anta at det vil stilles strengere krav til klarhet hvor det dreier seg om en ansvarsfraskrivelse, ansvarsbegrensning eller en løsning som utgjør en klar skjev fordeling enn det som ville følge av lovgivningen.¹⁹

Hvor det ikke er mulig å rekonstruere en form for partsvilje og bakgrunnsretten eller annet rettsstoff ikke gir noen entydig løsning, vil rettsanvenderen måtte avgjøre spørsmålet på annet grunnlag. Høyesterett foretar da en form for risikobasert rasjonalitet.

¹⁶ Jf. Kristian Huser, Avtaletolking, Bergen 1983, s. 516 (særlig note 516).

¹⁷ Erlend Haaskjold, Kontraktsforpliktelser, Oslo 2002, s.78 flg.

¹⁸ Retten viser til at dette prinsipp følger av langvarig rettspraksis og viser til. Rt.1971 s.596, Rt.1932, s.367 og Rt.1928 s.835.

¹⁹ Jf. Erlend Haaskjold, Kontraktsforpliktelser, Oslo 2003, s.80 og Rt.1911 s.1037.

Høyesterett tillegger visse verdier og hensyn større vekt enn andre, gjennom fordeling av risiko, viser de hvilke samfunnsmessige verdier som vil være viktige å ivareta.

Avtalesituasjonen vil ofte kunne gi viktige bidrag til forståelsen av kontrakten. Den faktiske bakgrunn for utsagn vil kunne gi bidrag til å klargjøre hva partene hadde til hensikt å inngå kontrakt om. Også Forhold som ligger forut for selve avtaleinngåelsen kan være egnet til å vise hvilke intensjoner partene hadde med avtalen. Forutgående forhandlinger har kanskje gitt utslag i dokumenter som kan karakteriseres som forarbeider til avtalen. Disse inneholder kanskje supplerende momenter som gir en pekepinn på hvordan kontrakten er ment å forstås. Disse forarbeider er ikke like avgrenset som lovforarbeider, og karakteriseres ikke som en rettskilde, men de kan bidra til å skape klarhet omkring de faktiske forhold ved avtaleinngåelsen.

Dersom partene tidligere har handlet med hverandre kan også de tidligere kontraktene få betydning for tolkingen. Dersom parten til stadighet inngår avtaler med hverandre vil reguleringsomfanget avta, og det forutsettes at de tidligere vilkår skal gjelde mellom dem. Man kan si at det utvikler seg en praksis mellom partene, dette vil særlig være tilfelle for løpende kontraktsforhold. Argumentets gjennomslagskraft blir større jo lengre partene har hatt et foretningsforhold til hverandre. Dersom vilkårene fremstår som fornuftige og velbegrunnet, ut fra partenes stilling og status, kan det antas at det skal mindre til for at vilkårene legges til grunn også for senere transaksjoner.²⁰

Partenes etterfølgende opptreden kan spille inn på tolkingen av kontrakten. Dersom partene etter avtaleinngåelsen har opptrådt i tråd med et bestemt tolkningsalternativ, taler gode grunner for at denne løsning bør legges til grunn. Partene har gjennom sin opptreden vist at det var på denne måten man forsto kontrakten. Dersom en part blir oppmerksom på at den annen part legger til grunn en avvikende forståelse, og han ikke reagerer på motpartens opptreden, må han tåle at den avvikende forståelse

²⁰ Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, 3 utgave, Bergen 2002, s.162 flg. Og Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, Oslo 2002, side 119 flg.

legges til grunn.²¹ Men partenes etterfølgende opptreden er av subsidiær karakter, selv om den sier noe om hvordan partene faktisk forsto avtalen, er det ikke sikkert at det samsvarer med hvordan partene var berettiget til å forstå avtalen.²² Dersom den etterfølgende opptreden er motivert av andre forhold enn avtalen, tillegges ikke denne opptreden betydning som tolkningsmoment, jf. Rt.1964 s.1066, hvor partenes opptreden ikke bygget på kontrakten, men på en vennskapelig overenskomst.

Uavhengig av hvilket tolkningsprinsipp man benytter seg av er det viktig å ha i bakhodet at avtalen bør tolkes på en måte som gjør at den får rettsvirkninger etter sitt innhold. Operativitetshensynet tilsier at man skal velge det tolkningsalternativ som gjør avtalen operativ. Man tilstreber en tolkning som gir kontraktsbestemmelsene en fornuftig mening. Man bør altså ikke velge et tolkningsalternativ som fører til at den aktuelle bestemmelsen blir uvirksom eller får et meget begrenset innhold. Man tilstreber å komme fram til en løsning som sikrer at avtalen blir opprettholdt og gjennomført. Hvor ordlyden er uklar vil man ved tolkingen også ta hensyn til hva som konkret vil være den beste løsningen, og hva som vil samsvare med rettspraksis.²³ Slik at man helhetlig sett oppnår et fornuftig resultat.

1.4. Om partenes stilling.

Uttrykket ”partenes stilling” er flertydig, og kan omfatte mange ulike situasjoner. Det man primært sikter til med ”partenes stilling” er styrkeforholdet mellom partene. Med styrkeforhold mener man den forhandlingsposisjon partene har ved inngåelsen av kontrakten. Oppgaven her vil se på hvordan partenes stilling spiller inn på tolking av avtaler og terskelen for urimelighetssensur. Styrkeforholdet mellom partene kan variere på grunn av forskjeller i profesjonalitet, størrelse, kunnskapsnivå, modenhet, vurderingsevne eller grad av innsikt.²⁴

²¹ Se. Erlend Haaskjold, Kontraktsforpliktelser, Oslo 2002, side 126 flg.

²² Jf. Alf Petter Høgber, Kontraktstolking, Oslo 2006, side 114.

²³ Kai Krüger, Hva er særegent ved avtaler mellom nærstående?, Festskrift till Gösta Wallin 2002 s.227.

²⁴ Trine-Lise Wilhelmsen, Avtaleloven og økonomisk effektivitet, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1995 side 1. på side 75.

I det følgende vil jeg ta for meg avtaler med ulike partskonstellasjoner for å få frem disse forskjellene. Først vil jeg ta for meg avtaler mellom forretningsdrivende som anses å være jevnbyrdige. Videre vil jeg se på avtaler mellom forretningsdrivende hvor partene er av ulik styrke. Disse avtalene forutsettes å ha en stor grad av profesjonalitet. Videre vil jeg se på avtaler mellom en forretningsdrivende og en privatperson som fremstår som en ukyndig part, i dette forholdet kommer styrkeforholdet mellom avtalepartene klarest frem. I forbrukerlignede forhold er det klare motsetninger mellom den profesjonelle part og forbrukeren. Til sist vil jeg se på betydningen av private avtaler av ikke foretningmessig karakter.

Hvor det er stor grad av ulikhet, vil den ene part ha en fordelaktig posisjon ved avtaleforhandlingen. Ved å utnytte sin sterke forhandlingsposisjon kan han søke å tilegne seg fordeler på bekostning av motparten. Dersom han går så langt at det blir en betydelig skjevhet i de goder og byrder som fordeles, kan avtalen virke urimelig tyngende for den annen part. Slik urimelighet søkes motvirket gjennom tolking, og ved bruk av lempingshjemmelen i avtl § 36. En regel som gir adgang til lemping av avtaler hvor den presumptivt sterkere part utnytter sin situasjon på bekostning av den annen part, plasserer risikoen for kontraktens oppfyllelse hos den part som med lavest kostnad kan unngå at det inngås irrasjonelle kontrakter.²⁵

At det eksisterer en slik skjevhet mellom partene, er imidlertid ikke tilstrekkelig for at avtalen skal anses som urimelig etter § 36. Det kreves også at styrkeforskjellen har spilt inn på avtalens innhold på en slik måte at den har blitt urimelig for en av partene. Det er altså ikke styrkeforholdet i seg selv som fører til urimelighet, men at en part har utnyttet sin overlegene posisjon, til å skaffe seg en fordelaktig avtale på den annen parts bekostning. Ujevnheter i styrke er typisk for avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende. Men det kan også tenkes mellom næringsdrivende, hvor den ene parten har en overlegen posisjon.

²⁵ Trine-Lise Wilhelmsen, Avtaleloven og økonomisk effektivitet, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1995 side 1. på side 77.

Partenes stilling åpner også for at det kan være relevant å ta hensyn til partenes forståelse av selve avtalens innhold. Dersom en part ikke forstod at betalingsvilkårene for et finansieringslån var urimelige, vil det kunne være et moment som taler i favør av lemping. På den annen side vil en part som har full forståelse av avtalens innhold, vanskelig kunne påberope seg urimelighetsensur etter avtl § 36 dersom utfallet av avtalen viser seg å være uheldig for hans vedkommende.

Etter rettferdighetssynspunkt synes idealet å være å få i stand avtaler som utgjør en jevn fordeling av goder og byrder mellom partene. I tråd med resursøkonomiske betraktninger tilstreber man å fordele ressursene dit hvor de verdsettes høyest. Når aktørene forhandler på like vilkår, er det presumsjon for at de kommer frem til rimelig balanserte avtaler. Mens når forhandlingsposisjonen forskyves, vil den sterkere part kunne forsøke å tilegne seg selv en større del av kaken, og man får ubalanserte avtaler. Dette kan lede til at noen parter avstår fra å inngå avtaler som ideelt sett burde ha kommet i stand. For å stimulere til økonomisk vekst og motvirke de negative konsekvensene ved skjevheter i avtaler søker man gjennom tolking å komme frem til rimelige resultat, samtidig som man søker å komme frem til resultater som samsvarer med partenes formål med avtaleinngåelsen.²⁶

1.5. Avtaleloven § 36 som generalklausul.

I henhold til avtaleloven § 36 første ledd kan enn avtale *”helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende.”* Annet ledd stiller opp en del momenter som det kan tas hensyn til ved vurderingen. Disse momentene er avtalens innhold, partenes stilling, forholdene ved avtalens inngåelse og senere inntrådte forhold. Dette er momenter som dels kan være vanskelig å skille fra hverandre, og dels har de en flytende grense. Denne oppgaven konsentreres om momentet partenes stilling, de øvrige momenter vil bare behandles i den grad de virker inn på *”partenes stilling”*.

²⁶ Trine Lise Wilhelmsen, Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet, Tfr. 1995 s.1.

Avtaleloven § 36 omtales både som en generalklausul, en lempingsregel og en hjemmel for rimelighetsprøving. Bestemmelsen er også en form for ugyldighetsregel, i den forstand at domstolen kan sette til side hele avtalen som urimelig. Men den gir også adgang til å foreta mindre justeringer, for eksempel sette ned prisen slik at avtalen blir rimelig, jf. Ordlyden ”*helt eller delvis sette til side eller endres*”.²⁷ Bestemmelsen gir retten en skjønsmessig adgang til å endre hele eller deler av avtalen for å motvirke urimelighet på ethvert stadium av kontraktsavviklingen.²⁸

Bestemmelsen tilsier at det skal foretas en konkret rimelighetsvurdering av den aktuelle avtalen. Det er den samlede virkning på oppfyllelesstadiet som skal vurderes.²⁹ Bestemmelsen åpner derfor også for en rimelighetssensur på grunnlag av etterfølgende forhold. Man må se på kontrakten som en helhet. At avtalen inneholder et vilkår som er ugunstig for den ene part, er ikke tilstrekkelig for at bestemmelsen skal komme til anvendelse, det skyldes at et ugunstig vilkår kan veis opp av et annet tilsvarende gunstig vilkår.

Det er ikke uproblematisk å operere med en konkret rimelighetsstandard, hvor subjektive momenter står sentralt i vurderingen. Prejudikatvirkningen kan bli beskjedent, og praksis kan bli vaklende. En for stor grad av individualisering ved urimelighetsvurderingen etter avtl § 36 kan føre til liten grad av forutberegnelighet og rettens rettsskapende funksjon kan blir begrenset.³⁰ Man søker å motvirke denne usikkerheten ved å fastslå klare kriterier for hvilke momenter det er relevant å legge vekt på. Bestemmelsens annet ledd lister opp en del slike momenter, men disse er så vidt omfattende at den nærmere avgrensningen må utpensles gjennom praksis. Som nevnt vil denne oppgaven primært behandle betydningen av momentet ”partenes stilling” for lemping etter avtl § 36.

²⁷ Kai Krüger, Norsk kontraktsrett, Bergen 1989 s. 403.

²⁸ Kai Krüger, Norsk kontraktsrett, Bergen 1989 s. 422.

²⁹ Dette følger både av lovteksten og forarbeidene, og kan sies å være sanksjoner gjennom plenumsdommene i Rt.1988 s.276 og Rt.1988 s.295.

³⁰ Jf. Viggo Hagstrøm: i samarbeid med Aarbakke, Magnus, Obligasjonsrett, (Oslo 2004) s.282 flg.

Avtl § 36 kom i en tid hvor forbrukervern sto sterkt. Forbrukervern var i utgangspunktet kjerneområdet for bestemmelsen. Men bestemmelsen ble tatt inn i avtaleloven uten noen form for reservasjon, og gjelder således på hele formuerettens område, jf. Avtl § 41. Avtaler utenfor formuerettens område faller dermed utenfor det direkte anvendelsesområdet for avtl § 36. Enkelte uttalelser i forarbeidene viser imidlertid at det har vært forutsatt en viss analogisering, men uttalelsene er ikke entydige. jf. NOU 1979:32 side 42 og 43, Ot.prp.nr.5 (1982-83), særlig side 18, og Innst.O.nr.31 (1982-83) side 3. Sistnevnte uttalelse gir riktignok et restriktivt inntrykk, men også denne åpner for analogisk anvendelse.

At det er adgang til analogisk anvendelse av avtl § 36 ble også lagt til grunn av Høyesterett i Rt.1990 s.1094, hvor retten anvendte avtl § 36 på en ekteskapsavtale. Retten fant støtte for dette syn i uttalelser i de nevnte forarbeidene.³¹ Man bør være varsom med analogisk anvendelse av avtl § 36 hvor det kan være tvil om bestemmelsens anvendelse. Lovgiver har derfor i noen tilfeller sett grunn til å lovfeste en analogisk anvendelse av bestemmelsen f.eks. aksjeloven § 4-17 femte ledd, som sier at bestemmelser i vedtektene som angir beløpet eller hvordan innløsningssummen skal beregnes, kan lempes etter avtl § 36. Det er fremhevet i forarbeidene at slike vedtektsbestemmelser sjelden forekommer i praksis, og det vil derfor være et meget bergrenset anvendelsesområdet for bruk av avtl § 36, på dette området.³²

Avtl 36 kan sees på som et utslag av et mer generelt prinsipp om lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Bestemmelsen stiller visse minstekrav til partenes opptreden. Den generelle ulovfestede regel om lojalitetsplikt vil kunne gå lengre enn det de lovbestede reglene også for tilfeller som omfattes av lovbestede. Det er dermed ikke sikkert at man bør legge til grunn en snever tolking av anvendelsesområdet for avtl § 36.³³ Både de lovfestede og ulovfestede lojalitetskravene gir uttrykk for en ny grunnholding til lojalitetsplikt i kontraktsforhold.

³¹ Jf. NOU 1979:32 side 42/43, Ot.prp.nr.5 (1982-83) side 16. og Inst.O.nr.31 (1982-83) s.3.

³² Jf. Ot.prp.nr.36 (1993-94) s.101.

³³ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, Avtaleloven § 36 i selskaps- og foreningsforhold, Lov og rett 1996 s.104. s.109 flg.

Det er ikke tvilsomt at generalklausulen kan anvendes på avtaler mellom næringsdrivende, mellom næringsdrivende og forbruker og forbrukere imellom, så lenge man er på formuerettens område. Sondringen i forhold til når avtl § 36 får direkte anvendelse og når den kan benyttes analogisk, får derfor ikke betydning for problemstillingene i denne oppgaven. Det er ikke et vilkår for lemping at den ene part har vært underlegen. Også hvor partene har vært jevnbyrdige kan det være rom for anvendelse av avtl § 36. I prinsippet er det ingenting i veien for at også den presumptivt sterkere part kan påberope seg generalklausulen, men det vil da være på et annet grunnlag en partens stilling.³⁴

Et hovedformål med generalklausulen i avtaleloven § 36 er å forhindre at den sterke part utnytter kontraktsfriheten til å skaffe seg urimelige fordeler på den annen parts bekostning.³⁵ Hva som anses som rimelig vil variere alt etter hvilken type avtale det dreier seg om. Videre vil partenes stilling spille inn på rimelighetsvurderingen. Avtalen kan også gi uttrykk for en bevist risikofordeling mellom partene. Dersom risikofordelingen slår uheldig ut for den ene part, trenger det ikke å gi grunnlag for avtalerevisjon.

Anvendelse av avtl § 36 åpner for to vurderingstemaer, man må foreta en konkret vurdering etter god skikk standarden. Denne standarden vil variere alt etter hvilket område det dreier seg om. I tillegg må man vurdere hvor terskelen går for intervensjon fra rettens side. Hvor stort avvik som kreves før retten griper inn, vil variere etter hvilken type kontrakt saken dreier seg om. I noen kontraktsforhold har partene et særlig behov for ro omkring de etablerte forhold. Mens i andre kontraktsforhold er det så stor fare for utnyttelse fra den ene parts side, at det er større behov for rimelighetsensur. En ren studie av domspremissene vil ikke nødvendigvis gi et klart svar, det skyldes domstolenes

³⁴ NOU 1979 nr. 32 s.59.

³⁵ NOU 1979 nr. 32 s.48.

tilbøyelighet til argumentasjonsoverskudd. Ved utformingen av premissene vil kanskje dommeren legge til grunn en høyere terskel enn det de selv opplever.³⁶

Avtl § 36 har også en viss holdningsskapende funksjon, når partene er klar over at avtalen kan bli lempet på grunn av rimelighetsbetraktninger, vil de søke å få i stand avtaler som ikke vil rammes av bestemmelsen. På denne måten har avtl § 36 en dobbel effekt, i og med at den både gir adgang til å lempe urimelige avtaler, samtidig som den gir partene incentiver til å inngå kontrakter som ikke inneholder urimeligheter.

Før man kommer så langt at man kan vurdere om vilkårene for lemping etter avtl § 36 er tilstede, må kontraktens innhold være brakt på det rene gjennom tolking. Man kan anvende avtl § 36 som en retningslinje for tolkingen. Man bruker da bestemmelsen indirekte for å komme frem til et rimelig resultat. Det er først når innholdet av avtalen er klargjort, og man ikke har kommet fra urimeligheten ved hjelp av tolking, at det kan bli aktuelt å anvende avtl § 36 direkte.³⁷

2.1. Foretningmessige avtaler.

Med foretningmessige avtaler siktes til avtaler hvor partenes primære hensikt å oppnå en fortjeneste. Avtaler hvor minst en av partene opptrer som ledd i en foretningsevne. Jeg vil i det følgende ta for meg tre varianter av foretningmessige avtaler. Foretningmessige avtaler hvor begge parter anses for å være jevnbyrdige (punkt 2.2.). Foretningmessige avtaler hvor partene opptrer i foretningsevne, men hvor styrkeforholdet mellom dem anses for å være ulikt pga. størrelse, grad av profesjonalitet o.l. (punkt 2.3.). Og avtaler hvor den ene parten opptrer som ledd i foretningsevne, mens den andre parten handler i egenskap av privatperson eller forbruker (punkt 3.1.). Det som primært skiller disse typesituasjonene er partenes grad av profesjonalitet og forhandlingsposisjon. I sistnevnte forhold vil også den andre parts intensjon med avtalen

³⁶ Jf. Kai Krüger, Norsk kontraktsrett, Bergen 1989 s.420 flg.

³⁷ Jf. Geir Wokholth, Avtalerett, Oslo 2006, side 352.

som regel være å skaffe seg en fordel av et eller annet slag, men ikke nødvendigvis av økonomisk karakter.

2.2.1. Foretningsavtaler mellom jevnbyrdige parter.

Det grunnleggende utgangspunkt er at næringsdrivende slutter kontrakter for å oppnå en fortjeneste. Dersom situasjonen slår heldig ut kan fortjenesten bli stor. Men slår forutsetningene ikke til kan tapet bli tilsvarende større. Forretningslivet er ofte ordnet slik at gevinst for en part, betyr tap for den annen. Ofte vil disse kontraktene gjenspeile en kalkulert risikofordelig mellom partene. Av hensyn til kontraktsfriheten ønsker man liten grad av restriksjoner i form av sensur av avtaler mellom profesjonelle aktører. Man forutsetter at partene er i stand til å beskytte sine interesser, og at de foretar veloverveide valg med tanke på hvilke kontrakter de velger å inngå. En naturlig følger av avtalefriheten er at man lar aktørene i foretningsforhold bære risikoen for sine forutsetninger.³⁸ Behovet for forutberegnelighet står sterkt på dette område. Partene har behov for å kunne innrette seg i tillit til at avtalen vil bli oppfylt etter sitt innhold. Ellers vil foretningsvirksomhet kunne preges av en stor grad av usikkerhet, som vil kunne føre til at partene opptrer mer restriktiv, og avtaler som ideelt sett burde ha vært inngått, kommer ikke i stand, slik at verdiskapningen kan komme til å gå ned.

2.2.2. Tolkning av foretningsavtaler mellom jevnbyrdige parter.

I profesjonelle forhold vil det være grunn til å legge særlig vekt på avtalens ordlyd. Man vil være tilbakeholden med å trekke inn formåls- eller forutsetningsbetraktninger som ikke har kommet klart til uttrykk i avtalen. Dette utgangspunkt kommer klart frem av rettspraksis. Rt.2003 s.1132 (avsnitt 35) oppsummerer rettstilstanden og føyer seg inn i en lang rekke dommer som fastslår at *”utgangspunktet er at kontrakter i næring mellom profesjonelle parter må tolkes objektivt”* retten viser videre til flere dommer hvor dette utgangspunkt har kommet til uttrykk.³⁹ Forretningslivets behov for

³⁸ Eks. Rt.1988 s.295 på side 301.

³⁹ Retten viser videre til Rt.2002 s.1155 og Rt.2000 s.806.

sikkerhet og forutberegnelighet, vil ivaretas best gjennom en objektiv fortolkning av avtalen. I dag skjer omsetninger i forretningslivet med relativt stor hurtighet, og personene bak avtalen kan derfor endre seg underveis. En objektiv fortolkning vil best tilgodese tredjeparter, som vil bli påvirket av avtalen uten at de har vært med i forhandlingen. Han vil da kunne forutse rettsvirkningene av avtalen gjennom å se på avtalens ordlyd, og få et riktig grunnlag for å vurdere omfanget av forpliktelsene han påtar seg. For stor grad av subjektivitet vil gjøre omsetning i forretningslivet mer usikkert, og vil kunne begrense økonomisk aktivitet.

Ved standardavtalen er forhandlet frem av organisasjoner som er representative for begge sider. Skal det særlig mye til før man vil vike fra en objektiv forståelse av avtalens ordlyd. Ved slike avtaler vil det være stor grad av profesjonalitet, og man forutsetter at partene hadde til hensikt å avtale de vilkår som fremkommer av avtalen. Et eksempel hvor vilkårene i en slik avtale ble lagt til grunn er Rt.1994 s.626. Her var forholdet at det var oppstått transportskade på last som følge av uforsvarlig stuing fra kaiinspektørens side. Spedisjonsfirmaet kunne påberope seg ansvarsfraskrivelse i spedisjonskontrakten da denne var et standardformular som var fremforhandlet mellom organisasjoner som var representative for spedisjonsbedriftene og kundene. Retten fant også at en slik ansvarsfraskrivelse var i samsvar med de alminnelige vilkår på vedkommende foretningsområde.

Men også på det foretningmessige område kan subjektive momenter spille inn på tolkingen. Dersom det kan påvises at partene har en felles forståelse som avviker fra en objektiv forståelse kontraktsvilkårene, vil det være den felles forståelsen som legges til grunn i rettsforholdet mellom dem. Det kreves klare holdepunkter for å legge til grunn en slik avvikende forståelse, især når det dreier seg om kutyme på området. Og bevisbyrden for den som hevder at det foreligger en slik avvikende forståelse er stor. Særlig dersom avtalens ordlyd er klar.⁴⁰ Dersom den ene part bestrider at det foreligger en slik felles avvikende forståelse, og den andre part ikke kan føre tilstrekkelig bevis for at en slik felles forståelse forelå ved kontraktsinngåelsen, vil man falle tilbake på utgangspunktet

⁴⁰ Jf. Rt.2002 s.1155 på side 1160.

som er en objektiv forståelse av avtalens ordlyd. Et klassisk eksempel er dommen fra Rt.1920 s.890 hvor selger feilaktig antok at ”*damptran*” tilsvarte tran fremtilt av hval, mens det i forretningslivet betydde damprenset medisintran framtilt av torskellever, som hadde en betydelig høyere verdi.

Hvor langt man kan strekke seg fra avtalens ordlyd, vil avhenge av hvor stort reguleringsgrad kontrakten har. Dersom partene hadde til hensikt å lage en uttømmende kontrakt, ved å for eksempel innta en integrasjonsklausul, bør man foreta en antitetisk tolking hvor avtalen er taus, slik at man forutsetter at partene ikke hadde til hensikt å regulere spørsmålet. Kontrakter som har kommet til etter omfattende forhandlinger mellom partene, bør anses uttømmende. Dersom kontrakten er detaljregulert med et stort antall bestemmelser, utvides grensen for hva som bør være med. Dersom avtalen er knapp, bør man kunne åpne for at perifere forhold ikke er regulert, man kan da trekke inn forutsetningsbetraktninger.⁴¹ Utgangspunktet for vurderingen vil være om det fremstår som nærliggende at forutsetningen bør være regulert i kontrakten.

Formålsbetraktninger har mindre plass i avtaler mellom profesjonelle parter. Det forutsettes at profesjonelle parter er i stand til å få frem forutsetningene i avtalen. Tolkningen vil derfor måtte bygge på det som kommer frem i selve avtale. Man kan ikke bygge på forutsetninger som ikke har vært synlige for den annen part. I Rt.1994 s.581 fant Høyesterett at en aksjonæravtale måtte tolkes etter sin ordlyd, og at man ikke kunne bygge på formålsrettet tolkning. Retten la vekt på at avtalen var utformet av profesjonelle parter og uttalte at ”*Avtalen er en forretningsmessig avtale utformet av personer med stor profesjonell kompetanse i slike forhold. Det ville etter mitt syn åpne for tvil og uklarhet om man ved tolkingen av slike avtaler skulle fravike ordlyden ut fra mer eller mindre klare antagelser om formålet. ... Man kan ikke ved tolking fange opp tilfelle som det var nærliggende å regulere dersom avtalen også skulle omfatte dem.*” Dommen viser at man antar at intensjonsdybden ved kontraktsutforming av profesjonelle aktører forutsettes å være stor. Man antar derfor at partene bare hadde til hensikt å regulere de forhold som direkte er nevnt i kontrakten.

⁴¹ Rt.1981 s106 på side 113.

Hvor avtalens ordlyd er uklar kan man heller ikke i foretningsforhold basere seg på en objektiv tolking av avtalen. Rettsanvenderen kan da se hen til partenes forutsetninger ved inngåelsen av avtalen. Slik at avtalen kan gis et fornuftig innhold. I Rt.1984 s.44 var partene uenige om adgangen til å regulere leien for foretningslokaler. Etter avtalen hadde partene inngått en avtale om leie i ti år med adgang til to fornyelser a fem år. Leietaker mente at det ga ham rett til å leie på de samme vilkår i 20 år, mens utleier mente at det var adgang til regulering etter henholdsvis 10 og 15 år. Retten la vekt på at begge partene hadde vært representert ved advokat, og at de derfor måtte anses som profesjonelle. Retten la til grunn at avtalen ”*må forstås slik at det da skulle inngås ny leiekontrakt etter nye forhandlinger.*” Retten mente at denne løsning også bygget på reelle hensyn da det hadde formodningen mot seg at utleier ville binde seg til en leieavtale med uforandret leie i 20 år. Særlig på grunn av inflasjon og muligheten for oppmykning av leieregulering i foretningsforhold.

Uklarhetsregelen får mindre betydning for foretningsforhold mellom jevnbyrdige parter. I slike tilfeller vil det som hovedregel ikke foreligge noen forskjell i kunnskapsnivå av betydning. Hvor avtalen er resultat av lengre forhandlinger, vil fordelene av forfatterrollen reduseres. Momentene i avtalen kan like gjerne ha kommet inn etter påtrykk fra den ene som fra den andre parten. Når jevnbyrdige parter kan forhandle fritt uten at de må forvente at avtalen vil blir omgjort senere, kan de være villige til å strekke seg lenger for å få i stand de avtalene partene ønsker. På den måten stimulerer man til økonomisk vekst.

At et forhold som burde ha vært regulert i avtalen ikke er regulert, trenger ikke nødvendigvis å tillegges vekt ved tolkingen. I Rt.2005 s.268 var spørsmål om minstekvantum for levering til fiskeslakteri ikke tatt med i avtalen. Høyesterett tillå imidlertid ikke dette vekt ved tolkingen. Retten uttalte videre at produsenten ville være nærmest til å sørge for en regulering av spørsmålet, særlig med tanke på at det var denne part som hadde utformet avtalen. Høyesterett lot her forfatterregelen få gjennomslag, slik at avtalen ble tolket mot den part som hadde ført avtalen i pennen. Utformingen av

avtalen viste at partene forutsatte leveranse av fisk under hele avtaleperioden. Lojalitetsplikten i kontraktsforhold har blitt skjerpet i rettspraksis. Kravet til aktsomhet og lojalitet gjelder ikke bare ved inngåelsen av avtalen, men også så lenge forpliktelsen løper.⁴²

Dersom man gjennom tolking av avtalen ikke finner noen løsning på det aktuelle problemet, vil man ofte måtte gjøre bruk av rettsstoff uten partstilknytning. Rettsanvenderen kan da utfylle avtalen med reelle hensyn. Han vil da se hen til hva som vil bli et rimelig resultat i det konkrete tilfellet. Man vil så langt som mulig søke å finne en løsning som samsvarer med bakgrunnsretten. Det forutsettes at de løsninger som følger av bakgrunnsretten skal legges til grunn hvor avtalen er uklar eller taus. Dersom partene ikke ønsket dette, må det komme klart frem av avtalen. Den løsning som følger av loven vil være uttrykk for normalordningen som lovgiver har ansett som hensiktsmessig. Allerede i Rt.1892 s.228 foretok Høyesterett en tolking som samsvarte med bakgrunnsretten, forholdet var at et parti kull skulle fraktes fra Newcastle til Tromsø. Da skipet ankom Tromsø havn var mottagerens kai opptatt, noe den forble i 4 dager, og rederiet krevde overliggepengen for denne venteperioden. Høyesterett fant at bestemmelsen certepartiet var uklar, og fant at denne uklarheten måtte gå mot den som hevdet et avvik fra lovens alminnelige bestemmelser.

Det resultatet som følger av bakgrunnsretten er primært basert på løsninger som presumeres å tilgodese begge parter i like stor grad, og vil derfor kunne oppleves som rimelig. Særlig når det gjelder avtaler mellom profesjonelle parter, er det stor presumsjon for at de vil være i stand til å uttrykke det klart i avtalen dersom de skulle ønske å avvike fra lovens normalordning.⁴³ I Rt.2003 s.134 valgte Høyesterett nettopp en løsning som samsvarte med bakgrunnsretten. I henhold til kontraktspraksis hadde banken anledning til å si opp avtale om å overføre inkassooppdrag til inkassoselskapet også med virkning for pågående oppdrag. Høyesterett bemerket at det var en generell adgang, og at unntak måtte særskilt begrunnes. Og når det ikke var avtalt særlige vilkår, var det naturlig å

⁴² Jf. Rt.1988 s.1076 på side 1084.

⁴³ Geir Woxholt, Avtalerett, 6 utgave, Oslo 2006, s.405.

bygge på den løsning som følger av bakgrunnsretten. Et annet eksempel hvor retten bygget på den løsning som følger av bakgrunnsretten er Rt.1992 s.1157 (side 1162). Retten valgte et tolkningsalternativ ved tolking av en certeparti avtale, som ikke naturlig fulgte av ordlyden. Retten la vekt på at en slik tolking ”gir best sammenheng i reglene” og at det er en løsning som er ”mest i samsvar med deklarasjonslovgivning”.

Avtalesituasjonen kan spille inn på tolking av kontrakter mellom profesjonelle aktører. Gjennom forhandlinger får partene ofte en bredere kunnskap om motpartens intensjoner med avtalen. Slike forhandlingene kan gi seg utslag i skriftlige dokumenter som kan bidra til å klargjøre momenter som ikke er tilstrekkelig utdypet i selve kontrakten. For tolking av selskapsvedtekter har Høyesterett i Rt.1994 s.471 uttalt at ”Subjektive tolkingmomenter kommer mer i bakgrunnen enn ved vanlig avtaletolking, men forarbeidene til vedtektene vil likevel kunne ha betydning, særlig hvis ordlyden er uklar.” (side 474) bakgrunnen for dette er at slike vedtaksbestemmelser vil ha betydning både for de som vedtok dem selv, eventuelt for fremtidige aksjonærer, og andre. Dersom subjektive elementer blir tillagt for stor betydning, vil forutberegneligheten av vedtektene minke. Spørsmålet i saken var om forkjøpsretten utløstes ved overdragelse til andre aksjonærer. Vedtaksbestemmelsen om forkjøpsrett var uklar og kunne tolkes i begge retninger. På bakgrunn av forutsetningene med endringen fant retten at forkjøpsretten ikke ble utløst ved overdragelse til andre aksjonærer. Retten fant støtte for dette i brev som var sendt til aksjonærene forut for vedtagelsen av endringen.

Partenes etterfølgende opptreden kan også få betydning for tolking av avtaler mellom profesjonelle parter. Deres etterfølgende opptreden kan kaste lys over hvordan partene har forstått vilkårene. I Rt.1993 s.149 (Bergen kino-dommen) var det spørsmål om en garantierklæring gjaldt for hele hovedavtalens løpetid (4 år) eller om den var avgitt på årlig basis. Ved avtaleinngåelsen var det fra kinoens side fremsatt krav om at garantien måtte gjelde for hele perioden. Men forholdene ved avtaleinngåelsen var uklare og til dels uprofesjonelt håndtert. Banken stillet rent faktisk garantier for de årlige leiebeløp for hvert år. Retten fant at dermed at avtalen måtte forstås slik at garantierklæringen gjaldt

for ett år av gangen. Det år som banken ikke hadde avgitt garantierklæring for var derfor ikke dekket av avtalen, og kinoen kunne ikke kreve oppgjør for dette år.

I avtaler mellom profesjonelle parter forutsettes det at alle klausulene i avtalen er ment å ha en et innhold som skal regulere forholdet mellom partene. Det skyldes at intensjonsdybden er stor ved slike avtaler. Man søker derfor å finne frem til det tolkningsalternativ som gir klausulen en mening. Dette fører til at operativitetshensynet ofte gis gjennomslag i kontrakter mellom profesjonelle parter. Eksempler hvor operativitetshensynet har fått gjennomslag er Rt.2001 s.157, Rt.1997 s.1109 (leie av foretningslokale) og Rt.1997 s.1459 (Forsikringsavtale). I Rt.1997 s.1495 var det spørsmålet om erstatning etter en tidstapsforsikring, båten som var forsikret var utsatt for havari, og spørsmålet var om havariet skyldtes menneskelig svikt, ulykke eller elde og slitasje. Skade forårsaket av "wear and tear" var ikke dekket av forsikringen. Det var klart at havariet ikke skyldtes menneskelig svikt. Rederiet anført at selv om slitasje og elde var årsaken, skyldes skaden likevel en ulykke "accident" slik dette begrepet forstås i engelsk rett. De hevdet at havariet oppstod plutselig og uforutsigbart, og det var ikke unngåelig. Retten var ikke enig i denne anførselen, forholdene rundt havariet tilsa at det var forutsigbart, og uttalte at dersom "*rederiets syn på ulykke - "accident" - etter LNC skulle være riktig, måtte det føre til at det alminnelige unntak for skade forårsaket av "wear and tear" får liten eller ingen betydning.*" Retten bygget her på hensynet til operativitet, og la til grunn en forståelse som førte til at ansvarsbegrensningen i avtalen ble tillagt en virkning.

2.2.3. Urimelighetssensur av foretningsavtaler mellom jevnbyrdige parter.

Selv om avtaleloven § 36 i utgangspunktet var ment å gjelde forbrukerforhold er det i forarbeidene også antatt at den må kunne benyttes på avtaler mellom profesjonelle parter, jf. Bla. Mindretallets votum i Rt.1999 s.922 på side 943. Men det vil bare rent unntaksvis være aktuelt med bruk av lemping i profesjonelle forhold. Det skal en del til før at retten vil komme til å foreta en rimelighetslemping etter § 36 når det dreier seg om

profesjonelle kontrakter mellom jevnbyrdige aktører.⁴⁴ Det må foretas en sondring mellom foretningmessige kontrakter, hvor avtalen kan være uttrykk for en risikofordeling mellom partene, og avtaler utenfor rene foretningsforhold, jf. Rt.1988 s.295 (Røstaddommen).

Som nevnt innledningsvis ligger avtaler mellom profesjonelle parter utenfor kjerneområdet for avtl § 36. Det er likevel enighet både i teori og praksis at det prinsipielt ikke er noe i veien for at også slike avtaler skal kunne lempes.⁴⁵ Men da ut fra andre kriterier enn partenes stilling. Det skal imidlertid en del til. Det forutsettes at profesjonelle partene er i stand til å beskytte sine egne interesser, og kunne komme fram til avtaler som utgjøre en noenlunde jevn fordeling av goder og byrder. I det minste vil avtalen gjenspeile partenes opprinnelige forhandlingsposisjon. Men att en part i et foretningmessig forhold har gjort en dårlig forretning, kan ikke i seg selv føre til urimelighetssensur etter avtl § 36.

Det beskyttelsesbehov som var det sentrale motiv for vedtagelsen av § 36 vil i liten grad gjøre seg gjeldende i foretningsforhold.⁴⁶ Når det gjelder leie av lokaler til foretningsformål, har Høyesterett uttalt at ”*domstolene må være varsom med å sette ned leien for foretningslokaler etter husleieloven § 35. Med mindre det foreligger et moment av utnyttelse,*” jf. Rt.1987 s.1386 på side 1392. Det kreves i tillegg til utnyttelsesmomentet at missforholdet mellom markedsleie og den faktisk betalte leie er vesentlig. Normalt vil det i leie av foretningslokaler dreie seg om to profesjonelle parter, hvor presumsjonen for at de kan ivareta sine interesser og hensynet til forutberegnelighet står sterkt. Når den ene imidlertid står i et avhengighetsforhold til den annen part, vil denne kunne ha behov for beskyttelse. F.eks. en butikk som har en nær tilknytning til lokalene den leier pga. opparbeidet kundegrunnlag m.v. vil kunne komme til å bli presset av gårdeier til å betale urimelig høy leie. Høyesterett har imidlertid uttalt at det må foreligge et vesentlig missforhold mellom den faktisk krevde leie og markedsleie, for at det skal bli aktuelt med lemping etter avtl § 36. Mindre avvik vil ikke anses som urimelig.

⁴⁴ Viggo Hagstrøm, Urimeleige avtalevilkår, Lov og Rett 1994 s.131. på side 149.

⁴⁵ Rt.1999 s.922 på side 943 (mindretall),

⁴⁶ Rt.1985 s1199 på s.1204

Som utgangspunkt vil ikke mindre aktverdige motiver ved inngåelsen av avtalen, være til hinder for utøvelse av en kontraktfestet rett.⁴⁷ Hovedformålet ved inngåelse av forretningsmessige kontrakter vil være å oppnå en fortjeneste. Dersom en part går inn i et kontraktsforhold primært for å hindre at konkurrenten får kontrakten, mens han samtidig vet at den vil innbringe liten eller ingen profitt for han selv, kan man ikke si at det er et direkte aktverdig formål, men det anses heller ikke som urimelig. For å oppnå konkurranse i markedet er det behov for at aktørene får handle relativt fritt, slik at det skal mer til for at rettsordenen vil bryte inn i rent profesjonelle kontraktsforhold.

At avtalen har vært gjenstand for langvarige forhandlinger med sakkyndig bistand, er et moment som taler sterkt mot bruk av avtl § 36. Hvor en av partene under kontraktens løp opptrer på en klanderverdig måte, eller nekter å samarbeide om en løsning av problemet, er det et moment som kan tale for bruk av avtl § 36 på rent profesjonelle foretningsforhold. Slik at den som nekter eller i vesentlig grad vanskeliggjør avtalesituasjonen må tåle at avtalen blir revidert til skade for hans vedkommende.

Mellom jevnbyrdige næringsdrivende, vil det ofte foreligge langvarige samarbeidsforhold mellom partene, og etter som samarbeidet skrider frem, går gjerne reguleringsgraden ned, ofte vil det forutsettes at de tidligere avtalte vilkår skal gjelde også for de nye kontraktsforhold. Men det som var avtalt ved tidligere samarbeid, kan på grunn av endrede omstendigheter føre til at avtalen har blitt urimelig tyngende for den ene part, det vil da kunne bli aktuelt med lemping etter avtl § 36. Også før vedtagelsen av avtl. § 36 foretok domstolene vederlagsjusteringer i langvarige kontrakter som manglet reguleringsklausul. Dette gjaldt særlig for samarbeidskontrakter som generelt sett bærer preg av en utgiftsfordeling. Et tidlig eksempel er Falconbridgedommen i Rt.1935 s.122 her hadde endringer i markedet og Englands forkastelse av gullet ført til at prisen for nikkel gikk fra ca 170 GBP til 235 GBP pr. tonn. Dette sett i sammenheng med avtalens karakter av samarbeidsprosjekt, førte til at retten anså det urimelig å gjøre den avtalte pris

⁴⁷ Jf. Viggo Hagstrøm, Urimeleige avtalevilkår, Lov og rett, 1994 s.131, på side 163.

gjeldende. I rent profesjonelle kontraktsforhold kan det også bli aktuelt med lemping etter avtl § 36 hvor det foreligger kvalifiserende mangler ved avtaleinngåelsen, eller hvor avtalen er bygget opp på en måte som gir den ene part urimelige pressmuligheter. Derimot vil det neppe bli aktuelt å anvende avtl § 36 anvendes på avtaler med et element av spekulasjon, eller hvor det er foretatt en kalkulert risikofordeling som kan slå ut begge veier.

2.3. Foretningsavtaler mellom næringsdrivende av ulik styrke.

Hvor den ene part i et kommersielt avtaleforhold er underlegen, blir utgangspunktet for tolkingen et litt annet. Den underlegne part står i en svakere forhandlingsposisjon, og kan lettere bli utsatt for press i retning av å godta avtaler som kan virke urimelig tyngende. Han vil ikke ha like stor mulighet til å påvirke innholdet i kontrakten. En underlegen næringsdrivende kan klarligvis ikke sammenlignes med en forbruker, men har likevel behov for en viss grad av beskyttelse. Den svakere part i et kontraktsforhold utgjør en meget uensartet gruppe. Den som er den svakere part i en relasjon, kan være den sterkere i en annen. Det er stor grad av variasjon i størrelse og styrke mellom forretningsdrivende.

At det er en størrelsesforskjell mellom bedriftene tilsier ikke nødvendigvis at de er av ulik styrke. Man må se på avtalesituasjonen som helhet. Ved bedømmelsen vil det vær relevant å legge vekt på om avtalevilkårene er ensidig utformet av den ene part, eller om de er et resultat av forhandlinger. Og om vilkårene primært tilgodeser den ene part, eller om de er uttrykk for en jevn fordeling av goder og byrder.⁴⁸ Dersom avtalen gir uttrykk for en jevn fordeling vil det neppe bli aktuelt med avtalerevisjon. Mens man lettere vil akseptere avtalerevisjon hvor den ene part har utnyttet sin maktposisjon til å skaffe seg fordelaktige kontrakter på den annen parts bekostning.

Vurderingen av en parts stilling vil antagelig bli en annen dersom foretaket opptrer utenfor sitt foretningsområde, f.eks. ved kjøp av firmabil eller kontorinnredning.

⁴⁸ Claes-Robert von Post, Studier kring § 36 avtalslagen, Stockholm 1999 s112.

Parten vil da stå i en mer forbrukerlignende posisjon, og behovet for beskyttelse kan derfor være større.⁴⁹

2.3.1. Tolking av forretningsavtaler med parter av ulik styrke.

Også ved tolking av foretningsavtaler med parter av ulik styrke vil utgangspunktet være, en objektiv tolking av ordlyden. Ordlyden er det generelle utgangspunkt for å fastslå omfanget av forpliktelsen mellom partene. Hvor ordlyden ikke gir noe entydig resultat, vil avtalens ord og uttrykk ha mindre vekt, og det vil være behov for å dra inn andre tolkningsmomenter. Man vil måtte foreta en konkret tolking ut fra en samlet vurdering av de opplysninger som foreligger om forhandlingssituasjonen og partenes intensjoner med avtalen. I Rt.1988 s.1252 slo Høyesterett fast at rekkevidden av rettigheten etter kongeskjøter fra 1800 tallet måtte bygge på en konkret tolking av avtalen og omstendighetene rundt, uten at det kunne legges for stor vekt på de ord og uttrykk som var benyttet i kongeskjøtene.⁵⁰ Det dreide det seg om meget gamle kontrakter hvor det offentlige var part. Og det kan tenkes at uklarhetene i avtalen ble tolket mot staten, slik at man valgte å tilgodese den svakere part i avtaleforholdet, som også i lengre tid hadde innrettet seg i tillit til sin forståelse av avtalen.

En objektiv fortolkning av ordlyden vil ikke alltid gi en løsning, spesielt når det dreier seg om avtaler med snever utforming, eller svært gamle kontrakter. Rettsansvenderen kan da falle tilbake på forutsetningsbetraktninger, for å finne frem til partenes intensjoner med avtaleinngåelsen. Saken i Rt.1973 s.511 dreide seg om en meget gammel kontrakt fra 1910/11, som først fikk virkning mange år senere. Grunneierne skulle avstå fallrettigheter, som ledd i avtalen skulle grunneierne få vederlagsfri leveranse av kraft ” *til lys og gårdsdrift fornødne elektriske kraft avgitt uten vederlag, når vannfallet er utbygget*”. Høyesterett fant ikke å kunne legge særlig vekt på avtalens ordlyd, men så isteden på formålet med avtalen, og fant at det vesentlige med avtalen var at kraftleveringen skulle dekke gårdsdriftens behov. Retten uttalte at ”*Jeg finner det*

⁴⁹ Claes-Robert von Post, Studier kring § 36 avtalslagen, Stockholm 1999 s.111.

⁵⁰ Retten viste til at dette prinsipp var slått fast i Rt.1958 s.1076 og Rt.1956 s.1085.

naturlig å forstå kraftforbeholdet derhen at gårdene skal ha levert så meget elektrisk energi at det dekker gårdsdriftens energibehov, forutsatt at det etter en forsvarlig økonomisk vurdering er rimelig å dekke dette behov ved elektrisk kraft på de vilkår som gjeldende tariff setter.” Retten mente at det behov som fulgte av husvære til gårdens folk også skulle være omfattet av leveringene.⁵¹

I noen tilfeller vil en avtale fremstå som urimelig pga. samfunnsutviklingen, nye krav til effektivitet og endrede produksjonsformer kan føre til at forutsetningene ikke lenger slår til. Især vil det være grunnlag for å revidere en avtale som har blitt urimelig pga. nye lovbestemmelser om krav til helse, miljøvern e.l. Et godt eksempel er Rt.1981 s.106 (Jahrenkildedommen) Hvor grunneierne hadde tinget seg fri leveranse av vann, ved overdragelse av vannverk. Pga. nye krav til vannkvaliteten, var vannet i Jahrenkilden like lenger anvendelig til drikkevann. Retten la til grunn at kravet om vederlagsfri levering av vann bygget på forutsetningen at vann fra Jahrenkilden skulle danne grunnlaget for leveringsplikten. Kommunen var derfor ikke lenger forpliktet til å levere vann uten vederlag til disse grunneierne.

På dette området vil ukklarhetsregelen få større betydning, enn for avtaler hvor partene er jevnbyrdige. Hvor den part som innehar en fordelaktig posisjon benyttet seg av sin forhandlingsfordel og skaffet seg meget fordelaktige kontrakter, på bekostning av den annen part, må tåle at avtalen blir tolket mot ham. F.eks. slik at man legger til grunn den minst byrdefulle løsning. Hvor avtalens ordlyd er uklar, vil den part som er skyld i uklarheten måtte tåle å få avtalen tolket mot seg. Dette vil især gjelde når det er den kyndige part som er skyld i uklarheten, det er denne som vil være nærmest til å sørge for at kontraktens bestemmelser blir utformet på en klar og entydig måte. Et eksempel hvor Høyesterett tolket avtalen mot bedriften, som kunne klandres for uklarheten er Rt.1997 s.160 (s.166), hvor man var uenig om hva som var avtalt i forhold til vederlag for bruk av mønster til OL-genser i forbindelse med Lillehammer OL. Retten bygget avgjørelsen på selskapets tidligere praksis ved lignende avtaler, selv om denne praksis ikke var entydig. Og fant at vinnere hadde krav på ytterligere godtgjørelse for bruk av mønsteret enn den

⁵¹ Retten viste til Rt.1960 s.1256 og Rt.1310 som fastlegger dette utgangspunkt.

premie som var omtalt i konkurranseinnbydelsen. Dale kunne med enkle grep ha presisert de vilkår de ønsket skulle gjelde for konkurransen.

Avtalesituasjonen kan bidra til å kaste lys over partenes forutsetninger med avtalen. Rt.1960 s.848 (s.851) dreide seg om en avtale mellom en gårdbruker, og et bergverkselskap hvor gårdbrukeren hadde avstått grunn til bergverkselskapet. Avtaleteksten var noe uklart utformet og kunne tolkes slik at gårdbrukeren skulle avstå, mot fastsatt vederlag, den grunn som bergverksdriften trengte ved avtaleinngåelsen, eller den kunne tolkes også å omfatte framtidig behov. Det har formodningen mot seg at gårdbrukeren som opprinnelig var negativ til grunnavståelse skulle samtykke til avståelse i så stort omfang at det ”ville ødelegge eiendommen som gårdbruk”.⁵² Både avtalesituasjonen, og forutsetningsbetraktninger talte for å legge det minst byrdefulle alternativ til grunn. Selskapet måtte anses som den kyndige part, en representant for selskapet hadde også ført avtalen i pennen, selskapet hadde derfor oppfordring for å uttrykke klart i avtalen de vilkår de mente skulle ligge til grunn. Avtalen ble derfor tolket mot selskapet, som måtte bære ansvaret for uklarheten som oppstod.

Hvor partene i et foretningmessig forhold ikke er jevnbyrdige, er det gode grunner for å legge til grunn en lovkonform tolking hvor avtalens ordlyd åpner for tvil. I slike forhold vil den ene part ha større kontroll over avtaleutformingen. Og dersom denne ønsket andre vilkår enn det som følger av bakgrunnsretten, bør det komme relativt klart til uttrykk i avtalen, slik at den annen part har anledning til å se konsekvensene, og forutberegne byrden av kontrakten.

En sak hvor Høyesterett tolket avtalen innskrenkede for å unngå konflikt med preseptorisk lov er Rt.1978 s.702 omhandlet en royaltyavtale mellom en interiørarkitekt og et kontormøbelfirma. Det ble antatt at det ved passivitet fra bedriftens side var etablert en avtale om 2% royalty. Ordningen bar imidlertid preg av å være foreløpig og ufullstendig, på grunn av omstendigheten ved avtaleinngåelsen. Retten mente derfor at domstolen måtte ha anledning til å supplere avtalen for å komme frem til et rimelig

⁵² Side 853 i dommen.

resultat. Retten innfortolket en tidsbegrensning av royaltien, slik at man ville unngå konflikt med prisloven § 18 og avtl § 33.

Avtalesituasjonen kan ha særlig betydning ved tolkingen av avtaler mellom parter som ikke er jevnbyrdige. Oppfatninger om intensjonen og partenes forutsetninger for å inngå avtalen har betydning for hvordan avtalen bør forstås. Også mellom parter av ulik styrke vil det kunne foreligge forhandlinger som har ledet frem til avtalen. Disse kan gi bidrag til å klarlegge partenes intensjoner med avtalen. Et eksempel hvor forholdene ved avtaleinngåelsen ble tillagt vekt er Rt.1972 s.624. I denne saken hadde et travlag inngått avtale med grunneier om leie av grunn til travbane, med en løpetid på ti år. I avtalen var det tatt in en klausul om adgang til forlengelse av leieretten ”*mot ny kontrakt*”. I forhandlingene som ledet frem til kontrakten hadde grunneier vert noe restriktiv, og gitt uttrykk for at han egentlig ikke ønsket at travlaget skulle disponere over grunnen, men hadde gått med på en kontrakt med begrenset tidsomfang. Ved avtalens utløp disponerte grunneier over grunnen på en slik måte at den var uegnet til bruk som travbane, og travlaget krevde erstatning, da de hevdet at de hadde rett til forlengelse av leietiden. Høyesterett fant at de forutgående forhandlinger talte mot en rett til forlengelse av avtalen og tilkjente ikke erstatning.

Partenes etterfølgende opptreden kan som nevnt kaste lys over partenes forståelse av avtalen. Men den etterfølgende opptreden vil ikke alltid føre til rettsvirkninger. Dette vil særlig gjelde hvor handlingen går ut på passivitet. Rt.1981 s.106⁵³ (Jahrenkilden) ble partenes etterfølgende opptreden i form av passivitet, ikke tillagt rettsvirkninger. Det at kommunen hadde fortsatt vederlagsfri levering, også etter at vann ble hentet for en annen kilde enn Jahrenkilden, kunne ikke lede til at kommunen som følge av passivitet skulle bli forpliktet til vederlagsfri levering for all fremtid.

Hensynet til at avtalen skal bli operativ, er også viktig i avtaler mellom parter av ulik styrke. Som nevnt forutsettes intensjonsgraden å være høy ved avtaler mellom profesjonelle parter, dette syn endres ikke ved at partene har et ulikt utgangspunkt for

⁵³ Dommen er nærmere omtalt i forrige avsnitt.

forhandlingen. At man kan forvente at kontrakter oppfylles etter sitt innhold skaper økonomisk aktivitet, og sikrer forutberegnelighet i avtaleforhold. Rt.2001 s.157 gjaldt leie av foretningslokaler, kontrakten inneholdt en klausul som gav eieren rett til å si opp leieforholdet dersom han ønsket å benytte lokalene selv. Bygget ble senere solgt, og ny eier hadde til intensjon å ta i bruk lokalene selv. De ga beskjed om at leieforholdet ikke ville bli fornyet. Leie gjorde forgjeves gjeldende at klausulen bare gjaldt for den opprinnelige eieren. Høyesterett fant ikke å kunne forstå bestemmelsen på denne måten, og la vakt på at en slik forståelse ville innebære en sterk begrensning i nye eieres mulighet til å nyttiggjøre seg eiendommen for eget bruk. Og det ville innebære en tyngende heftelse på eiendommen. Og konsekvensen ville være at bestemmelsen i realiteten ble uten praktisk betydning. Oppsigelsen var i dette tilfellet likevel ugyldig, da det ikke var klart at eier hadde til hensikt å benytte seg av lokalene til eget bruk.

Rt.2008 s.87⁵⁴ er et illustrerende eksempel på hvordan Høyesterett går frem ved tolking av avtaler mellom parter av ulik styrke. Saken gjaldt fastsettelse av pris i forbindelse med avståelse av fallrettigheter. Retten begynner i dommens avsnitt 65 med å se på avtalens ordlyd. I og med at denne ikke gir noen løsning av problemet, går retten videre og ser om det er annet materiale som kan kaste lys over bakgrunnen for avtalen. Siden det dreier seg om en forholdsvis gammel avtale, finner retten det vanskelig å slutte noe konkret om partenes forutsetninger. Retten finner at avtaletidspunktet etter alminnelig praksis er utgangspunktet for verdifastsettelsen. I den foreliggende sak ble fallrettighetene skjøtet over til elektrisitetsverket i 1968. i avsnitt 71 uttaler retten ”*Når det ikke er mulig å slutte noe sikkert om hvilke forutsetninger partene hadde, eller om bakgrunnen for avtalen, finner jeg – under tvil- at det ikke er tilstrekkelige holdepunkter for å fravike det alminnelige utgangspunkt*”. Retten fant også støtte for dette syn i ekspropriasjonsloven § 10 annet punktum. Videre fant retten at risikobetraktninger etter kyndighetsreglen, hadde liten vekt i den foreliggende sak. Dette til tross for at det var en representant for selskapet som hadde forfattet avtalen. Dommen viser at Høyesterett ser hen til hva som er normal praksis når avtalens ordlyd er uklar.

⁵⁴ HR-2008-87-A

2.3.2. Urimelighetssensur av foretningsavtaler med parter av ulik styrke.

Når kontrakten er inngått av parter av ulik styrke, kan det være større grunn til å åpne for urimelighetssensur etter avtl § 36. Det er klart at en svakere foretningmessig part ikke kan likestilles med en forbruker. Men også aktører i foretningsforhold kan ha behov for en viss grad av beskyttelse, når de kontraherer med parter som er dem overlegen i styrke. Her vil hensynet til å beskytte den svakere part gjøre seg gjeldende, men ikke i like stor grad som ovenfor en forbruker. Selv om det eksisterer skjevhet i styrkeforholdet mellom partene, vil de fortsatt være en viss grad av profesjonalitet, og det forutsettes derfor at partene er i stand til å beskytte sine interesser. Dersom den ene part utnytter sin maktposisjon til å få i stand en kontrakt som er urimelig byrdefull for den annen part, kan det bli aktuelt å dra inn rimelighetsbetraktninger også i profesjonelle forhold.⁵⁵

Hvor en profesjonell aktør kontraherer med en mindre profesjonell men fortsatt foretningmessig aktør, vil den sterkere part som oftest være nærmest til å bære risikoen for bristende forutsetninger. Et eksempel hvor dette har fått gjennomslag er lagmannsrettsdommen i RG.1989 s.710 hvor to personer hadde inngått en leasingavtale av 9 solsenger med et finansieringsselskap (Lefac). I følge salgsbrosjyren var solsengene godkjent av Norges elektriske materiellkontroll (NEMKO), noe som ikke var tilfelle, og solsengene kunne derfor ikke leies ut. De to stanset betalingene til Lefac. Leverandøren var i mellomtiden gått konkurs, slik at der var det ikke noe å hente. Lefac gjorde gjeldene en cut-off klausul mot de to, og krevde oppgjør for alle ikke betalte terminer. Lagmannsretten la vekt på at de to ikke hadde noe forutgående kjennskap til solsenger som produkt, eller utleievirksomhet, de hadde heller ikke likvide midler til å anskaffe solsengene. Og kom til at det var urimelig å gjøre cut-off klausulen gjeldende, og avtalen måtte settes til side, slik at det heller ikke kunne kreves betaling for de fremtidige terminene. Også i LG 1991 s.523 la retten vekt på at den ene av partene klart var mer profesjonell enn den andre. Og den sterke part i avtaleforholdet hadde en ”*oppfordring til*

⁵⁵ Geir Woxholth, Avtalerett, 6 utgave, Oslo 2006, s.368.

å klargjøre de konkrete forutsetningene”, at også motparten hadde erfaring fra næringsvirksomhet ble tillagt liten vekt. Dette er riktignok lagmannsrettsdommer og har derved mindre rettskildemessig betydning, men de gir likevel en pekepinn på hvordan rettsstillingen er.

Som nevnt innledningsvis er det prinsipielt sett ikke noe i veien for at også den presumptivt sterkere part i et kontraktsforhold kan påberope seg urimelighet etter avtl § 36, men da på grunn av andre momenter enn partens stilling. Og denne partens sterke posisjon vil være et moment i vurderingen, og det er klart at terskelen for å oppnå urimelighetssensur vil være høyere enn for denne svakere part.

3.1. Foretningsavtaler mellom næringsdrivende og privat part.

I avtaler mellom forbruker og næringsdrivende, fremstår det som klart at det vil være en ubalanse i styrkeforholdet mellom partene. Forbrukeren som den svakere part har et beskyttelsesbehov. På den andre side vil den næringsdrivende som kontraherer med forbrukeren ha en foretningmessig interesse knyttet til avtalen. Disse motstridende interessene må veies mot hverandre. Det vil derved ikke vil være tilstrekkelig at det kunne ha vært avtalt vilkår som ville vært mer fordelaktig for forbrukeren. Vilkårene må være av en slik tyngende karakter at det vil virke urimelig å gjøre dem gjeldende. For produkter som det er stor etterspørsel etter vil man lettere akseptere en høyere pris, enn for nødvendighetsartikler.

På forbrukerområdet er det generelt sett større behov for tolking og rimelighetssensur til gunst for forbrukeren. I de fleste tilfeller vil forbrukeren være underlegen den profesjonelle part han kontraherer med, og vil ofte ha valget mellom å akseptere avtalen på de vilkår den annen part stiller opp, eller å avstå fra tjenesten eller tingen. Når den ene part opptrer som privatperson, har han som regel til hensikt å skaffe seg eller sin familie materielle goder. Hvor dette er tilfellet vil sosiale hensyn virke inn på vurderingen. På dette rettsområdet har rettspraksis primært dreid seg om

kontraktslemping i husleie og boligforhold, med det er også behandlet saker som dreier seg om forsikrings og kredittforhold, og tjenesteytelser i offentlig sektor.

Forbrukeren vil imidlertid ikke alltid være den svakere part. I noen tilfeller vil forbrukeren inneha større kunnskaper om avtalegjensstandens verdi og funksjoner enn det den profesjonelle part har. F.eks. den lokale kjøpmannen som skaffer spesielle varer etter bestilling fra kundene. Det kan også hær unntaksvis tenkes at den foretningmessige part kan ha behov for å påberope seg urimelighet. Men terskelen vil være høy.

3.2. Tolking av avtaler mellom næringsdrivende og privatperson.

Som tidligere nevnt vil utgangspunktet ved all kontraktstolking være avtalens ordlyd. Det er denne som normalt danner grunnlaget for å finne frem til partenes mening ved avtaleinngåelsen. Ved avtaler mellom foretningdrivende og privatpersoner opererer den profesjonelle part ofte med standardvilkår som den benytter ovenfor alle sine medkontrahenter. Privatpersoner har ofte liten påvirkningsgrad på slike vilkår, og får derved en passiv rolle. Ved tolking av slike avtaler kan man vanskelig snakke om partenes felles vilje, og en ren ordlydsfortolkning vil ikke nødvendigvis samsvare med partenes forutsetninger ved avtaleinngåelsen. Men også på dette området kan det forekomme avtaler som ikke bygger på slike standardvilkår.

Hvor avtalens ordlyd er klar skal det en del til før man vil vike fra det som følger av avtalens ordlyd. Det gjelder også hvor avtalen er ufordelaktig for den svakere part. Når avtalens ordlyd er klar forutsettes det at også private parter er i stand til å se virkningen av den. Avtalevilkårene må være meget tyngende før man vil tolke avtalen innskrenkende. I Rt.2005 s.1202 fant Høyesterett at det ved en avtale om feste av boligtomt, var avtalt regulering som avvek fra det som følger av lovgivningen på området. Retten uttalte at når avtalen selv fastsatte kriteriene for regulering av festeavgiften på en klar måte, måtte disse legges til grunn for reguleringen. Etter avtalen kunne man foreta ”*regulering under hensyn til endringer i rentenivået eller i*

eiendommens verdi som ikke skyldes festeren.” Her fikk avtalens klare ordlyd gjennomslag ovenfor deklarasjonisk lov også på et område hvor sosiale hensyn veier tungt.

Ved avtaler mellom forbruker og næringsdrivende vil lovkonform tolking spille en særlig rolle. På dette området er det som nevnt større grad av preceptorisk regulering. Man kan derved ikke avtale seg vekk fra lovens ordning. Men også deklarasjoniske bestemmelser får større gjennomslagskraft i slike forhold. Selv om det ikke er noe i veien for å avtale vilkår som strider med deklarasjoniske regler, vil man søke å tolke vilkårene i tråd med bakgrunnsretten, dette vil særlig være tilfellet for vidtrekkende ansvarsfraskrivelser ovenfor forbruker.⁵⁶

Den faktiske bakgrunn for utsagn kan få særlig betydning ved tolking av avtaler mellom en privat og en profesjonell part. Man vil som regel ha et vist kjennskap til bakgrunnen for de utsagn som fremgår av kontrakten. Dersom man vet at en objektiv tolking av utsagnet ikke svarer til avgiverens mening, bør man heller ikke legge den objektive forståelsen til grunn. Et eksempel hvor bakgrunnen for utsagnet ble tillagt vekt er Rt.1980 s.84. Her hadde en mann vært utsatt for en ulykke, og det ble inngått forlik om skadeoppgjøret for lidt tap. Da hans tilstand på forlikstiden var stabil, ble det ikke gitt erstatning for tap i fremtidig erverv, men det ble uttalt fra den sakkyndige at det i fremtiden kunne oppstå *”traumatisk epilepsi”* og det ble tatt forbehold om å komme tilbake til spørsmålet om erstatning for tap i fremtidig erverv *”såfremt slike følger som den sakkyndige nevner, skulle opptre i fremtiden”*. Mannen ble senere dårligere og krevde erstatning for tap i fremtidig erverv. Selskapet hevdet at saken var endelig oppgjort ved forliket. Høyesterett så imidlertid forbeholdet i sammenheng med omstendighetene for øvrig, og fant at det måtte være adgang til ny sak når ulykken viste seg å ha ført til andre typer senskader.

Omstendigheter rundt avtaleinngåelsen kan få betydning for rimelighetsvurderingen. Et eksempel hvor dette har fått betydning er Rt.1995 s.500, hvor huseier krevde forhøyelse av husleie på bakgrunn av at det var blitt et vesentlig misforhold mellom

⁵⁶ Jf. Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, Bergen 2002, side 285.

husleie og markedsleie. På den annen side hadde leietakerne i sin tid vært med på å delfinansiere oppføringen av leilighetene, mot tinglyste, rentefrie og uoppsigelige leieobligasjoner, som skulle sikre deres behov for husvære uten fare for forhøyelse av leie. Nåværende huseier hadde ervervet eiendommen til en pris vesentlig under markedspris på bakgrunn av denne heftelsen. Høyesterett fant at dersom man skulle se bort fra disse omstendigheter og øke leien, ville huseier få ”*både i pose og sekk*”. Dommen viser at det kan være relevant å legge vekt på utenforliggende omstendigheter ved rimelighetsvurderingen.

Partenes etterfølgende opptreden kan også bidra til å kaste lys over hvordan partene har forstått avtalen. Rt.1966 s.533 gjaldt oppføring av en enebolig. Byggherren hevdet at det var inngått avtale på anbudsbasis, dette ble ikke tatt til følge da avtalen var for uklar og ufullstendig til at en slik forutsetning kunne legges til grunn. Høyesterett la videre vekt på at partene etter at kontrakten var opprettet har forholdt seg på en måte som ikke samsvarer med oppføring på anbudsbasis.

Dersom kontraktsvilkårene i en kontrakt er utformet svært generelt, vil man kunne tolke dem innskrenkende, slik at avtalen blir operativ og kan tillegges rettsvirkninger etter sitt innhold. Dette vil især gjelde hvor det er foretatt generelle ansvarsfraskrivelser ovenfor den private part. Et eksempel er Rt.1980 s.1037 hvor A hadde tegnet en tilleggsforsikring som omfattet det personlige ansvar ut over ansvarsrammene i bilansvarsloven §9, slik den lød før lovendring av 25. mai 1973. Etter denne forsikring var selskapet imidlertid ikke ansvarlig for skade som skyldtes ”*urettmessig bruk av motorvognen*”, dette vilkår var så vidt at det kunne tolkes slik at all kjøring som er i strid med trafikkreglene medførte ansvarsfrihet for selskapet. En slik forståelse ville være i strid med forsikringsavtalelovens § 20 første ledd, første punktum. Høyesterett tolket klausulen innskrenkende, slik at ansvarsfraskrivelsen bare gjaldt bruk som var urettmessig ovenfor eieren.

Ved tolking av avtaler mellom en næringsdrivende og forbruker, virker det som Høyesterett legger stor vekt på avtalens ordlyd, hvor denne fremstår som klar. Men hvor

avtalen er særlig tyngende for den private part er retten tilbøyelig til å foreta en viss innskrenkende tolkning. Hvor avtalens ordlyd fremstår som uklar vil den som regel bli tolket til fordel for den ikke profesjonelle part. På dette området kommer styrkeforskjellen mellom partene klarest frem. Høyesterett legger særlig vekt på partenes forutsetninger og andre omstendigheter rundt avtaleinngåelsen. På dette området foreligger en stor grad av lovregulering som er med på å styrke inntrykket av paternalisme ovenfor forbrukeren som den svake part.

3.3. Urimelighetssensur av avtaler mellom næringsdrivende og forbruker.

Avtl § 36 må på forbrukerrettens område sees i sammenheng med markedsføringsloven § 9 bokstav a som gir adgang til en rimelighetskontroll med avtalevilkår i forbrukerforhold dersom allmenne hensyn tilsier det. Bestemmelsen ”*inneholder ikke noe forbud mot visse avtaler eller avtaleklausuler, men hjemler adgang til å nedlegge forbud mot bruk av urimelige kontraktvilkår.*” jf. Ot.prp.nr.38 (1979-80) side 37. Avtl § 36 gir adgang til rimelighetssensur av den enkelte avtale. Mens markedsføringsloven § 9 bokstav a gir en mer generell adgang til kontroll med standardvilkår som benyttes ovenfor forbruker. Det forutsettes i forarbeidene at normen skal være den samme.

Det er bred enighet om at § 36 kan benyttes fullt ut som virkemiddel ovenfor urimelighet i forbrukerforhold. Det var også dette området som var hovedbegrunnelsen for vedtagelsen av avtl § 36. Bestemmelsen tar primært sikte på å beskytte forbrukeren, som den svakere part i avtaleforholdet, men det er ikke noe i veien for at også den profesjonelle part kan påberope seg avtl § 36. Men hvordan partenes stilling var ved avtaleinngåelsen vil være et moment i urimelighetsvurderingen. Etter bestemmelsen er det den konkrete rimeligheten av avtalen som skal vurderes. Det vil være relevant å se på virkningene av avtalen slik de fremstår på det tidspunkt avtalen skal vurderes. En avtale som var rimelig ved avtaleinngåelsen, kan pga. etterfølgende omstendigheter ha blitt urimelig tyngende for den ene part. Dersom f.eks. tilgangen på råvarer svikter, slik at

levering blir vanskelig eller umulig, er det klart at avtalen også vil kunne lempes til fordel for den profesjonelle part.

Det synes som det vil være lettere for forbrukeren å få en rimelighetssensur enn for den profesjonelle part. Det kan skyldes at forbrukeren jevnt over er den svakere part, og det er den svakere stilling som danner grunnlaget for beskyttelsesbehovet. Mens den profesjonelle part forutsettes å være i stand til å tilgodese sine egne interesser. I Rt.1990 s.500 krevde gårdeier oppjustering av leieprisen, men fikk ikke medhold Høyesterett la vekt på at den opprinnelige eier var en profesjonell part som drev med utleievirksomhet og at *”Kontraktene ble utformet av en eiendomsmegler etter oppdrag fra eieren, uten at noe forbehold for endringer i pengeverdien ble tatt. De leiebestemmelser som er omtvistet, fremstår som vel gjennomtenkte.”* side 509.

Hvor den private part har stått i en pressituasjon er det klart at avtl § 36 kommer til anvendelse. Typisk hvor bortfester krever innløsning av festet tomt etter avtaleregulering. I slike forhold vil festeren kunne bli presset til å akseptere innløsning på bortfesteres betingelser, dersom han ikke aksepterer disse vilkår må kanskje eiendommen fravikes. I forbrukerforhold kan også forutsetninger som ikke var synbar for den næringsdrivende komme i betraktning. Et eksempel er underrettsdommen i RG. 1986 s.470 hvor en hustru hadde samtykket til pantsettelse av bolig til sikkerhet for mannens gjeld etter at det var avdekket at han hadde gjort underslag. Hun trodde feilaktig at det gjennom pantsettelsen ville være mulig å dysse ned saken, denne oppfatning ble imidlertid ikke formidlet til banken. Kort tid etterpå gikk arbeidsgiver til anmeldelse av saken. Retten kom til at hustruen hadde *”handlet under tidspress og psykisk påkjenning, og uten at hun hadde oversikt over følgene av sin handling.”*⁵⁷ Hun kunne derfor ikke være bundet av samtykke til pantsettelse av boligen, mens retten fant at samtykke til pant av mannens rådighetsdel måtte opprettholdes.

Ved forbrukeravtaler er man innenfor kjerneområdet for avtl § 36. Her kommer hensynet til å verne den svakere part inn med full styrke. Terskelen for intervensjon til

⁵⁷ RG.1986 s.470 på side 474.

fordel for forbrukeren, vil være på det laveste nivå. Den profesjonelle part vil også kunne påberope seg urimelighet etter avtl § 36, men det er klart at terskelen for denne vil være

4.1. Avtaler mellom private parter.

Avtaler mellom private parter har stor spennvidde. Under begrepet går mange forskjellige typer avtaler, alt fra enkle avtaler om kjøp av brukte møbler eller lignende til ekteskapsavtaler og husleieavtaler. Rettferdighets og rimelighetsbetraktninger vil ha en større plass her enn i andre deler av avtaleretten. Intensjonen med avtalen vil ofte være å opprette en rettferdig ordning med fordeling av verdier både mens forholdet består, og senere ved et eventuelt brudd. Ved avtaler mellom private parter vil det være vanskelig å operere med kategorier av sterke og svake parter. Men det er klart at det vil foreligge forskjell i de personlige forutsetninger hos partene. Vurderingen må også hær bygge på at avveining av hensynet til forutberegnelighet og hensynet til konkret rimelighet. I rent private relasjoner kan det være grunn til å legge vekt på innrettelsessynspunkt og ønske om å skape ro over partenes relasjoner.⁵⁸

Et særegent trekk ved avtaler mellom nærstående, er at partene ofte har nærmere kjennskap til hverandre enn det som er normalt ved kontrakter mellom profesjonelle aktører. Hovedformålet med slike avtaler kan ofte avvike fra det som er tilfelle i rent foretningmessige avtaler. Det kan f.eks. være at man ønsker å oppnå praktiske ordninger mellom personene, ønske om å tilgodese familiemedlemmer eller å få i stand et fornuftig generasjonsskifte i familiebedriften. På dette området vil formålsbetraktninger veie særlig tungt.⁵⁹

Når det gjelder avtaler mellom parter som har nære eller familiære relasjoner, kan det være behov for å ta hensyn til denne relasjonen mellom partene. Avtaler mellom nærstående kan få en særlig lang virkningstid, det kan til og med få betydning for etterfølgende generasjoner. Avtaleinngåelsen er ofte preget av tillit, interessefellesskap

⁵⁸ Kai Krüger, Hva er særegent ved avtaler mellom nærstående, Festskrift till Gösta Wallin, s 227 flg.

⁵⁹ Kai Krüger, Hva er særegent ved avtaler mellom nærstående, Festskrift till Gösta Wallin, s 227 flg.

og gjensidig forståelse, mens dersom det skulle komme til et brudd mellom partene, vil det kunne sette i gang sterke følelser og opphetede diskusjoner. Og konflikts nivået blir gjerne større jo høyere verdier det er snakk om.

4.2. Tolking av avtaler mellom privatpersoner.

Ved tolking av avtaler mellom private parter kan det være større grunn til å legge vekt på subjektive elementer ved tolkingen, særlig bør man ta hensyn til partenes forutsetninger ved avtaleinngåelsen. Parter som har nære relasjoner til hverandre vil gjerne ha en større grad av tankelikheter og innsikt. Partene vill i større grad ha nærmere kjennskap til motpartens forutsetninger ved avtalen. Kravet til redelighet mellom partene bør antagelig være høyere på dette området.

Men også i forhold til avtaler mellom legfolk, vil utgangspunktet være en objektiv tolking av avtalens ordlyd. Hvor ordlyden i avtalen er rimelig klar, skal det en del til før man vil vike fra en objektiv tolking av avtalen. Også på dette området søker man langt på vei å gi avtalen rettsvirkninger etter sitt innhold. Dette vil særlig gjelde hvor ordlyden støttes av partenes forutsetninger, jf. Rt.1990 s.1106, hvor partene ved skifteoppgjøret hadde avtalt skjevdeling under forutsetning av at barna skulle få bli boende i hjemmet. Høyesterett opprettholdt avtalen, med begrunnelse at den virket rimelig og rasjonelt begrunnet. Dersom avtalens ordlyd derimot stemmer dårlig med partenes intensjoner, vil man legge større vekt på partenes forutsetninger ved avtalen.

Hvor kontraktens ordlyd er uklar, vil praksis på området spille inn ved tolkingen av kontrakten. Slik at hva som er normal praksis på vedkommende område vil være avgjørende for tolkingen. Eksempler på dette er Rt.1972 s.1112 og Rt.1975 s.1112. I den siste dommen gjaldt en tvist om eiendomsrett til et sameie i Sel. Det var klart at de to opprinnelige brukene hadde utmark i sameie. Spørsmålet var om også to senere utskilte bruk var del i sameiet. Ordlyden i avtalen talte om bruksrett, men retten la vekt på reelle hensyn og så hen til hva som måtte være partenes forutsetning ved utskillelsen av brukene. Brukene var allerede før utskillelsen etablert som selvstendige

jordbrukseiendommer, og hensikten var å sikre nær familie et fornuftig innkomme. Ordlydens begrensning måtte ses i sammenheng med naturlig utnyttelse av utmark på den tiden, slik at man ikke kunne legge avgjørende vekt på de ord som var benyttet i avtalen.

Det vil ha betydning for tolking av avtalen om det dreier seg om en livs eller døds disposisjon. Det skyldes at det stilles formkrav til døds disposisjoner i form av testament. Ved testament vil man legge til grunn en mer subjektiv tolking, og den annen part vil vanskelig kunne nå fram med at testamentet er urimelig. Særlig hvor kontraktene får virkning etter et langt tidsforløp kan det bli spørsmål om hvilken vekt som skal legges på de historisk kontekstuelle forhold ved avtaleinngåelsen i forhold til endrede samfunnsforhold og tilpasningsbehov. Og ikke minst hvor de parter som berøres av avtalen er andre enn de som i sin tid inngikk avtalen. Dersom avtalen er knapt utformet kan det være nærliggende å ty til en formålsrettet tolkning ut fra antagelser om hva som var hovedformålet med avtalen. Dersom avtalen er ment å være en livsdisposisjon som skal få virkninger for parten(e) før han eller de faller bort, for eksempel ved generasjonsskifte i familiebedriften, har rettsordenen strukket seg langt for å godta fornuftige avtaler.⁶⁰

Uklarhetsregelen vil ha mindre betydning i avtaler mellom legfolk eller nærstående. I slike avtaler vil det som regel være liten grad av profesjonalitet. Og partene har kanskje ikke klart for seg alle virkningene som kan følge av avtalen. Partene bruker kanskje standardfraser, som man ikke helt ser virkningen av. På dette området kan det imidlertid være rom for minimumsregelen, slik at man legger til grunn den minst byrdefulle forståelsen av avtalen.

Ved avtaler mellom private parter vil deklarasjonslov kunne spille en større rolle. Siden partene ikke alltid har det klart for seg hvilke virkninger avtalte klausuler kan få. Det kan skyldes at partene bruker formularer og fraser, som ikke er egnet til å regulere det forhold partene ønsker. Ved slike avtaler taler gode grunner for å legge til grunn den

⁶⁰ Jf, Kai Krüger, Hva er særegent ved avtaler mellom nærstående, Festskrift till Gösta Wallin, s 227 på side 233.

løsning som følger av deklarasjonslov, med mindre det er klare holdepunkter for at partene ønsket en annen løsning. Et eksempel på dette er Rt.1979 s.1099. Hvor en utskilt eiendom hadde fått beskrevet grensene på land i skylddelingsforetningen, mens deler av grensen ”*begrænses af Søen i hele sin Udstrækning*”. Eieren av den opprinnelige eiendommen gjorde gjeldende at grensen skulle følge strandlinjen, mens kjøperen hevdet at grensen måtte følge midtlinjeprinsippet. Høyesterett kom til at det ikke var godtgjort at det ved utskillelsen var fastsatt en grense som avvek fra den alminnelige ordning. Førstvoterende uttalte ”*at en ordning...som avviker fra det normale...må ha støtte i en klar avtale eller bygge på forutsetninger som er kjente for begge parter. Kravet til bevis for at det gjelder en særordning, er strenge, og bevisbyrden påhviler den som gjør kravet gjeldende.*”

I mange tilfeller vil avtalesituasjonen kunne bidra til forståelsen av kontrakten. Partene vil som oftest ha en viss kjennskap til motpartens forutsetninger ved avtaleinngåelsen. Særlig hvor det dreier seg om avtaler mellom nærstående. På dette området vil omstendighetene rundt selve avtaleinngåelsen få betydning for hvordan avtalen skal forstås. Rt.1990 s.930 gjaldt tvist angående utbytte av fremtidige salg av hyttetomter. Det hadde tidligere vært uklart hvem som var grunneier, og partene hadde inngått avtale om å dele fortjenesten ved salg. Det ble senere avgjort hvem som var eiere av det omtvistede området. Forutsetningen for å dele fortjenesten var at man var usikker på eiendomsforholdene. Når dette forhold senere ble avklart kunne ikke grunneier være bundet av en avtale om deling av fortjenesten.

Også på dette området kan partenes etterfølgende opptreden bidra til å kaste lys over deres intensjoner ved avtalen. Dersom de i etterkant har opptrådt i tråd med en bestemt forståelse av avtalen, taler gode grunner for å legge denne forståelsen til grunn. Det vil også gjelde hvor en part har vært klar over den annen parts opptreden, uten å reagere, dersom han var uenig i denne forståelsen. Han burde da ha reagert ovenfor den annen part og gjort denne oppmerksom på uoverensstemmelsen. Når han ikke foretok seg noe for å rette opp i missforståelsen, skapes det en berettiget forventning hos motparten.

Operativitetshensynet vil ha mindre betydning i forhold til avtaler hvor partene ikke opptrer som profesjonelle aktører. Det henger sammen med at intensjonsdybden for slike avtaler er svakere. Kravene til presisjon vil være lavere i slike forhold. Man kan her foreta en innskrenkende tolking for å komme vekk fra uheldige utfall av partenes disposisjoner. I Rt.1972 s.624 ble operativitetshensynet avvist under henvisning til at kontrakten var utformet av legfolk. Denne sak viser at man kanskje ikke burde legge for mye vekt på ord og uttrykk i kontrakten, når den var utformet av private ikke kommeriselle aktører. Især vil dette gjelde dersom kontrakten har en knapp utforming, da vil man gjerne falle tilbake på betraktninger om hva som er normal praksis på området.

Et annet eksempel hvor Høyesterett bygget avgjørelsen på betraktninger om hva som er normal praksis på området er Rt.1989 s.79 som dreide seg om rekkevidden av en muntlig avtale om hus på fremmed grunn. Grunneier anførte at det bare dreide seg om tillatelse til å ha huset på hennes grunn, og at avtalens knapphet talt for at det minst vidtrekkende måtte legges til grunn. Mens fester hevdet at det forelå et festeforhold. Retten uttalte på side 85 at *”Den ukklarhet og ufullstendighet som preger avtalen, taler etter min (rettens) mening ikke på avgjørende måte for en snever forståelse. Generelt sett vil det ofte være grunn til å oppfatte en rett til å oppføre bolighus slik at den også innbefatter rett til en passende arrondert tomt. Og en slik betraktning har etter min mening gode grunner for seg i det foreliggende tilfelle.”*

Ved avtaler mellom private parter ikke foretningmessige avtaler, tillegges partenes intensjoner og hensynet til et rettferdig og rimelig resultat større vekt enn avtalens ordlyd. Det skyldes at slike avtaler ofte bærer preg av at de er utformet av legfolk. Høyesterett gir ofte forutsetningsbetraktninger avgjørende vekt i slike forhold.

4.3. Urimelighetssensur av private avtaler.

Avtl § 36 forutsettes brukt med varsomhet, særlig når det gjelder avtaler mellom privatpersoner, her vil det heller ikke være partenes stilling som gir grunnlag for lemping,

men andre omstendigheter rundt avtalen.⁶¹ På dette rettsområdet kan det være et særlig behov for å skape ro om partenes transaksjoner. Praksis på dette området viser at man legger vekt på innrettelsessynspunktet. I og med at partenes forutsetninger står særlig sterkt, kan imidlertid sviktende forutsetninger føre til at det blir et behov for avtalerevisjon etter avtl § 36. Det er antatt at avtl § 36 kan anvendes analogisk på ektefelleavtaler av formuerettslig karakter.⁶² Dette støttes også av forarbeidene, men det uttrykkes at bestemmelsen bør anvendes med forsiktighet.⁶³

Skifteavtaler er en særlig viktig form for private avtaler, den skal fordele eiendeler og aktiva mellom ektepar ved samlivsbrudd. Når partene inngår en slik avtale vil det være en risiko for at den ene av part vil kunne komme uheldig ut av avtalen, og derfor angre seg, og ønske en revisjon. Men ved skifteavtaler vil det være et særlig behov for ro i forhold til de transaksjoner som er foretatt, slik at skifteoppgjøret blir endelig, og partene kan gå hver sine veier. Det vil også kunne være særlig tyngende for den part som har innrettet seg etter skifteoppgjøret, å måtte rippe opp i de etablerte forhold. Til tross for disse momenter har lovgiver åpnet for en revisjonsadgang gjennom ekteskapsloven § 59 annet ledd, vilkåret her er at avtalen er ”åpenbart ubillig” for en av partene. Avtalen vil også kunne bli revidert etter alminnelige avtalerettslige regler.⁶⁴ Ektefellene har en gjensidig lojalitetsplikt, og det er et strengere krav til oppriktighet enn i vanlige formuerettslige forhold.⁶⁵ I Rt.1990 s.1099 ble en skifteavtale revidert på grunn av sviktende forutsetninger. Skifteavtalen gikk ut på at mannen skulle overta boligen vesentlig under markedspris. Forutsetningen fra konens side var at barna skulle få komme til sitt barndomshjem, når de i perioder bodde hos faren. Bare et halvt år senere solgte han huset med en ikke ubetydelig fortjeneste, konen krevde da revisjon av skifteavtalen pga bristende forutsetninger, noe som Høyesterett gav henne medhold i.

Rt.1989 s.1215 markerer en restriktiv linje fra Høyesterett når det gjelder avtaler mellom familiemedlemmer. I denne saken ville man lett kunne anføre

⁶¹ Jf. Flertallet i plenumsdommen i Rt.1990 s.284 på side 296.

⁶² Jf. Rt.1990 s.1094 på side 1097.

⁶³ Jf. NOU,nr.32, 1979 s.42,43, Ot.prp.nr.5 (1982-83) side 18. og Inst.O.nr.31 (1982-83) s.3.

⁶⁴ Jf. Rt.1990 s.1099 på side 1102.

⁶⁵ Jf. Rt.1999 s.718 på side 726.

rimelighetsbetraktninger til fordel for bruk av avtl § 36. Høyesterett la imidlertid avgjørende vekt på den annen parts innrettelse og at avtalen var en del av et mer komplisert rettsforhold som det ville være betenkelig å rippe opp i. Forholdet i saken var at en mor overdro eiendommen til sin datter med forbehold om borett for seg selv. Datteren bodde i husets annen etasje med sin samboer og to barn fra et tidligere ekteskap. Datteren ble senere alvorlig syk, og giftet seg med samboeren på dødsleiet, under forutsetning av at han skulle ta seg av de mindreårige barna. Kort tid etter innledet han et nytt forhold, og denne kvinnen flyttet inn i leiligheten. Etter hvert ble forholdet til bestemoren og barna meget dårlig, og han ønsket å selge huset med påhefte av bruksretten. Bestemoren krevde forgjeves eiendommen tilbakeført seg. Høyesterett la vekt på at avtalen var utformet med profesjonell bistand, at den ikke inneholdt noe salgsforbud, videre la retten vekt på mannens innsats i hjemmet, at barna nå var voksne og at salget ikke ville ha noen betydning for bestemorens borett.

Ved avtaler mellom private parter viser Høyesterett en restriktiv linje i forhold til bruk av avtl § 36 på slike avtaler. Det gjelder særlig hvor partene har nære relasjoner til hverandre. Ved slike avtaler veier hensynet til forutberegnelighet og ønsket om å skape ro over partenes transaksjoner stor rolle. Disse parter har et særlig behov for å få avsluttet forholdet og komme seg videre.

5.1. Konklusjon vedrørende tokning.

En del trekk ved kontraktstolking har krystallisert seg gjennom Høyesteretts praksis. Partenes stilling spiller en betydelig rolle ved tolking av kontrakter. Og utgangspunktet for tolkingen vil variere med partskonstellasjonene. Utgangspunktet vil i alle tilfeller være en objektiv forståelse av avtalens ordlyd. Men avtalens ordlyd får større gjennomslagskraft i profesjonelle forhold, enn i avtaleforhold hvor den ene part er underlegen i styrke. Det kan synes som ordlyden blir tillagt minst vekt ved avtaler mellom ukyndige parter. ved avtaler mellom ukyndige parter blir det lagt større vekt på partenes intensjoner, og hensynet til et rimelig resultat, mens det ved forretningsmessige kontrakter legges større vekt på hensynet til forutberegnelighet.

Ved forretningsmessige avtaler mellom likeverdige aktører er retten noe restriktiv i forhold til sensur gjennom tolking. Ved slike avtaler får avtalens ordlyd særlig stor betydning, og det kreves klare holdepunkter før det aksepteres at partene har avtalt andre vilkår enn de som følger av avtalens bestemmelser. Mellom jevnbyrdige parter får deres stilling betydning i den forstand at det skal mer til før rettsordenen vil gripe inn i kontraktsforholdet.

Også hvor forretningsmessige kontraktsparter har et ulikt utgangspunkt for avtaleforhandlingen, vil avtalens ordlyd ha stor betydning for avtaletolkingen. Men på dette området er retten mer tilbøyelig til å tolke avtalen til fordel for den svakere part i avtaleforholdet. På dette området vil formålsbetraktninger og avtalesituasjonen få større betydning. Partenes ulike stilling fører til at retten er mer villig til å gripe regulerende inn i kontraktsforholdet.

Betydningen av partenes stilling vises best i avtaleforhold mellom en forretningsdrivende og en privat aktør. På dette området ser man klart at rettsordenen er villig til å tolke uklarheter til fordel for den svakere part i avtaleforholdet. Samtidig viser den store graden av preseptorisk lovregulering at rettsordenen anerkjenner behov for å beskytte den svakere part i kontraktsforhold på bekostning av avtalefriheten. På dette området fører den svakere parts stilling til at denne lettere vinner frem med sitt syn. Mens det skal mer til før retten bygger på den profesjonelle parts oppfatning.

Avtaler mellom private ikke forretningsmessige aktører står i en særstilling i forhold til de overnevnte kontraktstypesituasjonene. På dette området spiller sosiale og samfunnmessige hensyn en særlig stor rolle. Hensynet til å oppnå et rimelig og rettferdig resultat veier tungt på dette området. Samtidig ser man at retten er noe forsiktig med å vike fra klar ordlyd dersom denne gir uttrykk for en fornuftig løsning, selv om denne ikke nødvendigvis oppleves som rimelig.

5.2. Konklusjon angående urimelighetssensur etter avtl § 36.

Terskelen for å oppnå rimelighetssensur etter avtl § 36 er relativt høy. Det er forutsatt i forarbeidene at bestemmelsen skal anvendes med forsiktighet. Det skyldes at man ønsker liten grad av begrensning i avtalefriheten. Etter avtl § 36 skal man foreta en konkret rimelighetsvurdering etter god skikk standarden. Standarden for hva som anses som rimelig, vil variere alt etter hvilket område saken dreier seg om. Ved denne rimelighetsvurderingen vil partenes stilling spille en vesentlig rolle. Partenes stilling vil også få betydning for hvor stort avvik fra god skikk normen som kreves, før retten vil intervensere.

Ved kontrakter mellom likeverdige profesjonelle aktører er urimelighetsterskelen høy. Hensynet til forutberegnelighet veier tungt på dette området, og man ønsker liten grad av innblanding fra rettsordenen. Partenes likeverdige stilling fører til at det skal svært mye til før man vil gripe regulerende inn i rettsforholdet mellom partene. Likeverdige parter forutsettes å på egenhånd være i stand til å komme frem til fornuftige avtaler.

Når forretningsmessige aktører har et ulikt utgangspunkt for forhandlingen i den forstand at den ene part har en sterkere posisjon, vil man lettere akseptere intervensjon til fordel for den svakere part. Men også her er rimelighetsterskelen relativt høy, og det er klart at det skal en del til før man vil gripe regulerende inn i avtalen. Man kan si at partenes stilling som profesjonelle aktører fører til en begrenset bruk av avtl § 36. Den svakere part i forholdet vil ha lettere for å vinne frem med sitt syn, slik at terskelen for den sterkeste part ligger noe høyere.

I avtaler mellom en foretningsmessig og en ukyndig part er det størst rom for bruk av avtl § 36. Ved slike avtaleforhold er det størst forskjell mellom partenes stilling. Og hensynet til å beskytte den svakere part er i stor grad akseptert som grunnlag for urimelighetssensur av avtalen. Det var hensynet til å beskytte den svakere part i kontraktsforholdet som var hovedbegrunnelsen for vedtagelsen av avtl § 36. Den

uprofesjonelle parts svakere stilling fører til at det vil være letter for denne part å oppnå urimelighetssensur etter avtl § 36.

Ved avtaler mellom ukyndige parter, har partene ofte nære relasjoner eller kjennskap til hverandre. Slike avtaler har ofte andre formål enn økonomisk gevinst. Hovedformålet kan ofte være å skape en fornuftig fordeling av partenes eiendeler ved samlivsbrudd el. På grunn av dette vil hensynet til å oppnå et rimelig resultat måtte avveies mot hensynet til å skape ro over partenes relasjoner. Retten er derfor noe restriktiv ved sin bruk av avtl § 36 på slike forhold. På dette området får som nevnt sosiale og samfunnsmessige hensyn særlig stor betydning. Disse partene anses som likeverdige, selv om deres innbyrdes styrke rent faktisk kan variere. Det synes som man forutsetter at disse partene som den store hovedregel er i stand til å komme frem til fornuftige løsninger. Først hvor den ene part har vært i en urimelig pressituasjon er man mer villig til å lempe avtalen etter avtl § 36.

Litteraturliste:

Andersen, Mads Bryde, Grundlæggende aftaleret, Aftaleretten I, 2 utgave, (København 2002)

Boe, Erik, Innføring i juss, 4 opplag 2003, (Tangen)

Haaskjold, Erlend, Kontraktsforpliktelser, Oslo 2002.

Hagstrøm, Viggo: i samarbeid med Aarbakke, Magnus, Obligasjonsrett, (Oslo 2004)

Hov, Jo, Avtaleslutning og ugyldighet kontraktsrett I, 3 utgave, (Bergen 2002)

Huser, Kristian, Avtaletolking (Bergen 1983)

Høgberg, Alf Petter, Kontraktstolkning særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter (Oslo 2006)

Knoph, Ragnar, Oversikt over Norges rett, 11 utgave, (Oslo 2002)

Kruger, Kai, Norsk kontraktsrett, (Bergen 1989)

Nygaard, Nils, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2 utgave, (Bergen 2004)

Von Post, Claes-Robert, Studier kring 36 § avtalslagen med inrikning på rent kommersiella förhållanden, Stockholm 1999.

Woxholth, Geir, Avtalerett, 6 utgave, (Oslo 2006)

Hagstrøm, Viggo, Urimelige avtalevilkår, Lov og Rett, 1994 s.131. <<Due diligence>> ved virksomhetsoverdragelse, Tidsskrift for forretningsjus hefte 4 1999 s. 391.

Høgberg, Alf Petter, Tolkningsstiler ved kontraktstolkning – en introduksjon, Jussens Venner 2006 s.61.

Skoghøy, Jens Edvin A., Avtaleloven § 36 i selskaps- og foreningsforhold, Lov og rett 1996 s.104.

Sæbø, Rune, Generalklausulene i formuerettslovgivningen i et rettskildeperspektiv, Jussens venner 1996 s.313.

Wilhelmsen, Trine-Lise, Avtaleloven § 36 og Økonomisk effektivitet, Tidsskrift for rettsvitenskap 1995 s.1.

Woxholth, Geir, Forutsetningslæren og avtaleloven § 36, Jussens Venner 2000 s.109.

NOU 1979 nr.32
Ot.prp.nr.5 (1982-83).
Inst.O.nr.31 (1982-83)