



Uit

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Betydningen av partenes stilling i kontraktsretten – særlig i forhold til avtaletolkning og avtaleloven § 36.

Martin Arntzen Olufsen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap - våren 2019



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Presentasjon av masteroppgavens tema.....	1
1.2	Problemstilling.....	3
1.3	Videre framstilling.....	3
1.4	Avgrensning.....	3
2	Hoveddelen.....	3
2.1	Kontraktsretten som rettskilde.....	3
2.2	Avtalelovens tilknytning til partenes stilling.....	4
2.3	Deklaratorisk og preseptorisk lovgivning.....	5
2.4	Aktuelle kontraktsrettslige prinsipper.....	7
2.4.1	Kort om de øvrige prinsippene.....	11
3	Partenes stilling ved avtaletolkning.....	13
3.1	Subjektiv og objektiv tolkning.....	16
3.2	Tolkningsmomenter.....	18
3.3	Tolkningsregler.....	21
4	Nærmere om «Partenes stilling».....	24
4.1	Ulikt styrkeforhold - Målet er å finne en balanse.....	25
5	Nærmere om Avtaleloven § 36.....	28
5.1	Avtl. § 36 som generalklausul.....	28
5.2	Rimelighetsvurderingen.....	31
5.3	Andre momenter i vurderingen.....	32
6	Ulike typer partsforhold og avtaler mellom disse.....	37
6.1	Avtaler mellom profesjonelle parter.....	37
6.2	Avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende.....	41
6.2.1	Forholdet mellom avtl. § 36 og 37.....	44
6.3	Avtaler mellom private.....	45

7	Konklusjon	51
	Kildeliste	55
	Forarbeider	55
	Litteratur	55
	Nettsider	56
	Lover	56
	Konvensjoner	56
	Rettsavgjørelser	1

1 Innledning

1.1 Presentasjon av masteroppgavens tema

Kontraktsretten er ett av de eldste rettsområdene i historien, og benyttes i hele verden. Den tar for seg avtaler mellom parter av alle slag, enten disse er ensidig eller gjensidig.

Ved avtaleinngåelse kan det oppstå problemer, gjerne i tilfeller hvor avtalepartene ikke er like ressurssterke. Det er i denne sammenheng at momentet «partenes stilling» må vurderes. Her har det gjennom lang praksis fra lovgiver, Høyesterett og juridisk teori blitt utarbeidet retningslinjer for hvordan den svake parts stilling i et skjevt kontraktsforhold skal ivaretas. Det er dette som er masteroppgavens hovedtema. Denne oppgaven vil belyse hvordan avtalepartenes ulike styrkeforhold, ved tolkning av momentet «partenes stilling» i Avtaleloven § 36¹, vil bli vurdert opp mot andre momenter i vurderingen om avtalen må lempes eller tilsidesettes.

Ett problem som også vil bli drøftet er om lovgiver har gått for langt i sin vurdering av partenes stilling, hvor den svakere part i et kontraktsforhold har fått for stor grad av vern. Et slikt vern, og prinsippet om beskyttelse av den svakere part ved et skjevt styrkeforhold har ikke alltid eksistert. Dette kan man enkelt se ved å gå tilbake noen få hundre år, hvor kontraktsretten gikk ut på at to parter byttet til seg goder dem imellom. Dette har i ettertid utviklet seg til et veletablert betalingssystem med penger og verdiutveksling, i stedet for den tungvinte byttemetoden. Bytting av varer og tjenester foregår fremdeles den dag i dag, men i en mye mindre skala, og gjerne i de mer underutviklede landene.

I nåtidens samfunn inngås det avtaler på daglig basis, både i næringslivet og ellers. Alle handler ulike varer og tjenester som mat, bussbilletter, bensin, eller benytter seg av strøm og vann i sine hjem. Alt dette forutsetter avtaleinngåelse. Det kreves heller ikke at avtaleparter må møtes for å verken komme med tilbud, aksept eller binde seg på annen måte. Ved bruk av internett er avtaleinngåelse bare et tastetrykk unna, og ved bruk av mobilen som til enhver tid ligger i lommen, vil avtaler kunne gjøres på bussen på vei hjem fra skolen. Teknologiens

¹ Lov 31. Mai 1918 nr. 4, Lov om avslutning av avtaler, fullmakt og om ugyldige viljeseerklæringer [Avtaleloven – avtl.]

nyvinninger siden den industrielle revolusjon har dermed vært med på å utvide grensene til kontraktsrettens anvendelsesområde.

Det foreligger avtalefrihet i store deler av verden i dag, eksempelvis i Norge og de andre nordiske landene. Selv om denne friheten eksisterer som hovedregel, foreligger det fremdeles et ansvar fra statens side om å opprette unntak eller innskrenkninger fra denne hovedregelen i særskilte tilfeller. Avtalefriheten er i seg selv en positiv frihet, som er med på å styrke hver enkeltes personlige autonomi.² Denne friheten gjør at enhver kan inngå den avtalen de selv måtte ønske, med hvem de selv ønsker, men på bekostning av egen avtalesikkerhet og de konsekvenser som følger med.³ Det er her opp til lovgiver å opprette et regelsett som beskytter den svakere part fra å bli utnyttet av den mer ressurssterke motparten.

Gjennom lang rettspraksis og juridisk teori, har det blitt utviklet en rekke prinsipper, hensyn og momenter som må tolkes og forstås ved inngåelse av avtaler. Noen av disse prinsippene er ulovfestet, som gjør at de bare kommer frem gjennom uttalelser fra rettspraksis eller juridisk teori. Blant disse prinsippene kommer blant annet ytelse mot ytelse, kontraktfrihetsprinsippet og forventingsprinsippet til anvendelse. Disse prinsippene vil bli drøftet mer utfyllende i del 2.6.

En av de strengere innskrenkningene i avtalefriheten er avtalelovens generalklausul, som framgår av avtl. § 36. Bestemmelsen gir domstolene adgang til å vurdere en avtale, basert på dens rimelighetsgrad og om den er i samsvar med god forretningsskikk. Dersom domstolene ikke anser avtalen som rimelig eller i tråd med god forretningsskikk, åpner dette for at domstolene kan sette hele eller deler av avtalen til side. Denne hjemmelen må tolkes strengt, med hensyn til borgernes avtalefrihet, men kan i noen tilfeller være en avtaleparts siste utvei for å komme seg ut av en urimelig avtale.

I vurderingen om en avtale skal settes til side etter generalklausulen, oppstilles en liste momenter som må vurderes i paragrafens andre ledd. Blant disse momentene er «partenes stilling», som vil være masteroppgavens hovedmoment og kjernen i vurderingen.

² Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 26

³ Johan Giertsen, *Avtaler*, Oslo 2014 s. 141.

Målet med denne masteroppgaven er å finne frem til en forståelse av begrepet «partenes stilling» ved tolkning av bindende avtaler, og hvordan det benyttes i forhold til generalklausulen i avtalelovens § 36.

1.2 Problemstilling

Hovedproblemstillingen som reises er hvilken betydning «partenes stilling» har ved tolkning av avtaler, og hvordan de øvrige rettskildene blir brukt i vurderingen. I det videre reises problemstillingen hvilken vekt «partenes stilling» må tillegges ved et kontraktsbrudd, særlig ved bruk av avtl. § 36.

1.3 Videre framstilling

Masteroppgavens hoveddel vil bli delt inn i fem deler. Masteroppgavens hoveddel vil bli delt inn i fem deles; den første delen vil ta for seg hva som ligger i kontraktsretten, og de prinsipper og hensyn som kommer til anvendelse der. Deretter vil partenes stilling sett opp mot avtaletolkning bli drøftet, hvor de tolkningsmomenter og regler som benyttes under avtaletolkning, vil bli belyst opp mot vurderingen av partenes stilling. Videre vil det utredes nærmere hva som ligger i begrepet «Partenes stilling», og hvorfor dette er et sentralt moment.

Deretter vil avtl. § 36 bli drøftet, for å finne ut hva som ligger bak denne regelen, og hvordan den skal brukes i vurderingen av partenes stilling. Avslutningsvis vil de forskjellige typer avtaler og partsforhold bli drøftet, for å se hvordan partenes stilling påvirker disse.

1.4 Avgrensning

Reglene om inngåelse av avtaler, og reglene om tilbud og aksept vil falle utenfor kjernen av problemstillingen, og vil dermed ikke bli drøftet. Avtl. § 36 tredje ledd vil heller ikke være med i drøftelsen, fordi den også faller utenfor kjernen av problemstillingen.

2 Hoveddelen

2.1 Kontraktsretten som rettskilde

Hovedproblemstillingen i denne masteroppgaven, er betydningen av at det foreligger et ujevnt styrkeforhold mellom partene ved tolkning av avtaler og ved anvendelse av avtl. § 36.

Det som kjennetegner kontraktsretten, er de reglene som kommer til anvendelse for en kontraktspart. Dette vil ofte være de rettigheter og plikter i en allerede bindende avtale, som

må legges til grunn i vurderingen. Kontraktsretten tar også for seg den prekontraktuelle fasen, som forholdene før og under kontraktsslutning. I vurderingen av disse rettighetene og pliktene som påhefter kontraktspartene, vil partenes stilling utgjøre en viktig del av vurderingen for å klargjøre hvilke av disse som kommer til anvendelse.

En kontrakt er et annet ord for en avtale, hvor bruk av ordet «kontrakt» gjerne kjennetegnes ved at det foreligger en rettslig bindende avtale, som kan tvangsgjennomføres ved hjelp av staten.⁴ En kontrakt omtales også for det meste som et skriftlig dokument, men en muntlig avtale vil være like bindende. Risikoen ved muntlige avtaler er dog at denne formen for avtaleinngåelse kan være vanskelig å bevise, hvor et skriftlig dokument vil være med på å sikre notoritet. Ved brudd på kontraktsrettslige plikter vil det foreligge et mislighold, som åpner opp for misligholdsbeføyelser som retting, erstatning, heving, jf. for eksempel forbrukerkjøpsloven⁵ §§ 19 og 26.

Den primære lovgivningen som omhandler kontraktsrett er avtaleloven, som vil være i hovedfokus i denne besvarelsen i og med at masteroppgaven primært tar for seg avtl. § 36. Den sekundære, eller spesiallovgivningen på området er kjøpsloven⁶, forbrukerkjøpsloven, avhendingslova⁷, bustadoppføringslova⁸, angrerettloven⁹, og håndverkertjenesteloven¹⁰ for å nevne noen.

2.2 Avtalelovens tilknytning til partenes stilling

Avtaleloven stammer opprinnelig fra ulovfestet rett, hvor den over tid har blitt utviklet gjennom rettspraksis, for så å bli forankret i lov. Avtaleloven er hovedsakelig bygd opp av rettspraksis, kutyme, juridisk teori, diskusjon, og annen historisk praksis, som gjør at en tvist som omhandler tolkning av avtaler må gå gjennom domstolene.

Avtaleloven er fortsatt den dag i dag ikke uttømmende, men dynamisk, som gjør at avtalelovens regler stadig endres. Dette vil si at nye og gamle synspunkter og vurderinger

⁴ Lov 1992 26. Juni nr. 86, Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven – heretter forkortet til tvangsl.) § 4-1.

⁵ Lov 2002 21. Juni nr. 34, Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven – fkjl.)

⁶ Lov 1988 13. Mai nr. 27, Lov om kjøp [Kjøpsloven – heretter forkortet til kjl.]

⁷ Lov 1992 3. Juli nr. 93, Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova – heretter forkortet til avhl.)

⁸ Lov 1997 13. Juni nr. 43, Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bystad m.m (bustadoppføringslova – heretter forkortet til buofl.)

⁹ Lov 2014 20. Juni nr. 27, Lov om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven – heretter forkortet til angrl.)

¹⁰ Lov 1989 16. Juni nr. 63, Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere [håndverkertjenesteloven – heretter forkortet til hvjtj.]

stadig blir lagt til i loven.¹¹ Et godt eksempel på dette er momentet «partenes stilling» i avtl. § 36 som ble lagt til på 80-tallet¹², som er den eneste loven som eksplisitt uttrykker dette begrepet. Avtaleloven er dermed hovedinngangen til begrepet «partenes stilling».

Spesielt gjennom den industrielle revolusjonen, men også gjennom datarevolusjonen i den nyere tid, har vi sett at loven har endret seg. Avtaler inngås mer hyppig i dag enn det lovgiver klarer å behandle, som gjør at det blir opp til domstolene å ta på seg ansvaret for denne nye rettstilstanden. Ved at det stadig oppstår flere avtaler, vil det være bruk for et vern i de tilfeller hvor enkelte avtaleparter ønsker å misbruke sin rett til å inngå urimelige avtaler. Ved å sikre et vern ovenfor gjerne den svakeste av dem, vil dette kunne være med på å sikre forutberegnelighet i samfunnet, som gjør det tryggere for den enkelte å inngå avtaler.

2.3 Deklaratorisk og preseptorisk lovgivning

Kontraktsretten skiller ofte mellom lover som enten er deklaratorisk, eller motsatt, preseptorisk. Ved at en lov er preseptorisk, vil det si at den er ufravikelig. Ufravikelig lov må forstås slik at den setter en grense for avtalefriheten, som gjør at en avtale ikke kan gå utenfor lovens ordlyd og dens bestemmelser. Når en lov er deklaratorisk, vil det derimot si at loven er fravikelig. Ved en fravikelig lov, kan avtalepartene fravike den løsningen lovens ordlyd legger opp til.¹³ I tillegg anses fravikelig lovgivning som hovedreglene i kontraktsretten¹⁴, jf. kontraktsfrihetsprinsippet (se del 2.4). Et godt eksempel på to rettsområder hvor begge anses for å være veldig like, men hvor de henholdsvis skiller seg ut på fravikelighet og ufravikelighet, er forbrukerkjøpsloven. og kjøpsloven.

Ved bruk av avtl. § 36 åpnes det for et preseptorisk syn hvis en avtale fremstår som urimelig, eller at den er i strid med god forretningsskikk. Dette gjør at en lov som ellers må forstås som deklaratorisk lov, også kan kjennes ugyldig i enkelte tilfeller.

Formålet med deklaratoriske og preseptoriske regler må forstås slik at lovgiver ønsker å opprette et vern for den svakere part, fra å bli misbrukt av den mer ressurssterke parten. En situasjon hvor deklaratoriske og preseptoriske lover ofte vil være nødvendig, er ved kjøp og salg av løsøre. Slike forbrukerforhold kan ofte påkrevne å verne en part, hvor forbrukeren ofte

¹¹ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014, s. 36-37.

¹² Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. opplag, Oslo 2012 s. 391.

¹³ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 17-19

¹⁴ Kåre Lilleholt, Erling Selvik, *Knophs oversikt over Norges rett*, 13. utgave, Oslo 2009, s. 225.

anses som den ressursvake parten. I motsetning til en avtale mellom to likestilte parter, der reglene ofte vil være deklarasjoniske hvor det ikke er snakk om et forbrukerforhold.¹⁵

Ved å bruke kjøpsloven og forbrukerkjøpsloven som eksempler på deklarasjonisk og preseptorisk lovgivning, vil kjøpsloven være den deklarasjoniske loven, jf. kjl. § 3.¹⁶

I vurderingen av «partenes stilling» ved anvendelse av deklarasjonisk lov, vil det være snakk om to mer eller mindre jevnbyrdige avtaleparter. Kjøpsloven omhandler ofte avtaler mellom eksempelvis privatpersoner eller bedrifter, hvor risikoen vil være større og hvor avtalene vil være mer omfattende. Det stilles dermed et strengere krav til partene, til selv å ivareta egne interesser, med tanke på deres profesjonalitet, og den lovgivningen som de faller innenfor.¹⁷

Det kan fremdeles tenkes seg et tilfelle hvor begge i utgangspunktet anses som likestilte, hvor begge er privatpersoner som inngår en avtale, men hvor den ene er mer overlegen enn den andre.¹⁸ Dette kan være i kraft av økonomiske fordeler, eller at den andre har mer kunnskap på området, men hvor kontraktsforholdet fremdeles faller inn under den deklarasjoniske lovgivningen.

Forbrukerkjøpsloven derimot er preseptorisk, jf. 3. første ledd, som hindrer avtalepartene fra å avtale noe som stiller en avtalepart dårligere enn det lovens bestemmelser skulle tilsi. Formålet med den preseptoriske lovgivningen, spesielt denne, er å sikre at den svakeste kontraktsparten ikke blir utnyttet av den sterke.

Begrepet «partenes stilling» er etter forarbeidene¹⁹ basert på et forbrukervern, som gjør forbrukerkjøpsloven til det beste eksempelet på en preseptorisk lov, som har som mål å beskytte den svakere part. Det framgår av legaldefinisjon i forbrukerkjøpslovens § 1 tredje ledd, at den svakere part må forstås som forbrukeren (kjøper – en privatperson), og den sterke vil være den som handler som ledd i næringsvirksomhet (selger – en butikk).

I vurderingen av «partenes stilling», kan det også i preseptorisk lovgivning oppstå problemer, om hvordan dette momentet skal vektlegges og forstås. En forbruker kan også være ressurssterk, og kan i noen tilfeller være mer ressurssterk enn den som er å anse som den

¹⁵ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 17-19.

¹⁶ Kjl. § 3: «Bestemmelsen i loven gjelder ikke for så vidt annet følger av avtalen, etablert praksis mellom partene, eller handelsbruk eller annen sedvane som må anses bindende mellom partene».

¹⁷ John Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 17-19.

¹⁸ John Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 231.

¹⁹ NOU 1979: 32.

næringsdrivende. I så fall bør hensynet til å verne «den svake forbrukeren» falle bort. Det er i slike tilfeller gjerne snakk om en «velstående privatkunde», som kom til uttrykk i Høyesterett²⁰, hvor lovgivningen ikke har konkrete regler som omhandler disse forbrukerne.

Her har kanskje lovgiver har gått for langt i å beskytte den svakeste part, som gjør det mulig for en forbruker å misbruke sin posisjon. Her bør det opprettes et klarere skille for hvem som bør beskyttes, i de tilfeller hvor forbrukeren er å anse som den mest ressurssterke parten. Se videre drøfting av dette under del 5.3.

2.4 Aktuelle kontraktsrettslige prinsipper

En viktig rettskildefaktor i kontraktsretten er de «alminnelige kontraktsrettslige prinsipper», også kjent i juridisk teori som obligasjonsrettslige «grunnprinsipper» eller bakgrunnsretten.²¹ Disse prinsippene vil alltid være med i vurderingen ved avtaletolkning, og er av stor betydning for rettsdannelsen og dens forutberegnelighet.

Prinsippene har blitt utviklet gjennom ulovfestet rett som sedvane og kutyme, men har i senere tid kommet til uttrykk både i rettspraksis og annen nedskrevet lovgivning, jf. blant annet nyere avgjørelser som HR-2017-515-A, hvor saken omhandlet et salg av en leilighet med to tilhørende hybler som var listet opp i markedsføringen som mulige utleieobjekter. Hyblene viste seg å ikke være godkjent som utleieobjekter, og kjøper krevde dermed erstatning. Høyesterett kom i nevnte tilfelle frem til at kjøper hadde krav på erstatning, med utgangspunkt i avhendingslova og de alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, jf. avsnitt 32. Andre avgjørelser hvor disse prinsippene også blir lagt til i vurderingen er blant HR-2016-1447-A, Rt. 2014 s. 520, Rt. 2012 s. 1779.

De mest grunnleggende, og kanskje eldste prinsippene i kontraktsretten er «kontraktsfrihetsprinsippet», «prinsippet om at avtaler skal holdes», jf. NL 5-1-2²² og «*forventningsprinsippet*». Disse prinsippene er viktig å ta med i vurderingen ved ulike styrkeforhold, hvor brudd på disse kan påføre den svakeste alvorlige konsekvenser. Det at de kontraktsrettslige prinsippene respekteres og etterfølges, er med på å styrke den svake parts stilling mot misbruk av den mer ressurssterke parten.

²⁰ Rt. 2012 s. 1926 (Fokus Bank-dommen) avsnitt 2

²¹ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 31-41.

²² Lov 1687, 15. April – Kong Christian Den Femtis Norske Lov 2. Art: «Alle Contrcter som frivilligen gjør is af dennem, der ene Myndige ...»

Kontraktsfrihetsprinsippet er kanskje det mest grunnleggende prinsippet av dem alle. Det gir kontraktspartene en frihet til å velge selv om de i det hele tatt ønsker å inngå en avtale, hvem de ønsker å inngå en avtale med, og hva den skal omhandle. Dette prinsippet er med på å legge til grunn menneskets selvbestemmelsesrett, eller vår «personlige autonomi»/ frie vilje.²³ Uten vår selvbestemmelsesrett, mister rettssystemet sin mening, og vi går over til diktatur eller anarki-lignende tilstander.

Selv om dette prinsippet er et av de mest grunnleggende i norsk rett, er det også roten til mange problemer. Problemene som oppstår er gjerne at den svake part mangler kunnskap på rettsområdet, og dermed ender opp med å inngå en avtale uten å nøyaktig forstå hva dette vil medføre, uavhengig av om den er å anse som urimelig eller ulovlig. Selv om kontraktsfrihetsprinsippet er å anse som en hovedregel, må den også kunne fravikes i enkelte tilfeller. Dette er en jobb for lovgiver og domstolene, hvor deres jobb vil være å oppnå en balanse mellom hovedregel og unntak, i favør av den part som trenger beskyttelse.

Momentet «partenes stilling» er en del av en helhetsvurdering, hvor andre momenter også vil trekkes inn, som for eksempel i hvilke tilfeller kontraktsfriheten må tillegges en betydelig vekt. Hva som må vike til fordel for den andre, beror på en skjønnsmessig vurdering av den konkrete saken. Selv om en part anses som den svake part, er det ikke gitt at hans rett til å inngå en avtale som er lite gunstig for ham, alltid må kjennes urimelig eller ugyldig. En svakere part må uansett, hvis ønsket er der, få muligheten til å inngå en ugunstig avtale i kraft av hans selvbestemmelsesrett. Så fremst det ikke foreligger tvang eller annet misbruk ved avtaleinngåelsen fra den sterke parts side, må avtalen i kraft av avtalefrihetene gjøres gjeldende.

Kontraktsfriheten er med på å gi enkeltindivider eller juridiske personer en rett til å stifte enten rettigheter eller plikter overfor seg selv, eller andre som aksepterer avtalen.²⁴ Videre må legalitetsprinsippet forstås som en grense for hvor kontraktsfriheten stopper. Legalitetsprinsippet kan pålegge borgere og juridiske personer plikter i kraft av lovgivning, på bekostning av en fullstendig kontraktsfrihet.

Denne friheten kommer bare til anvendelse overfor egne rettigheter og plikter, med mindre det foreligger fullmakt. Et eksempel på tilfeller som begrenser kontraktsfrihet, er den

²³ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 6.

²⁴ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 26

framtidige arv, som arvelater fremdeles er i besittelse av, i kraft av å fremdeles være i live. En avtalepart vil heller ikke kunne råde over boet, selv om det foreligger et testament som sier at han skal arve alt etter at testator går bort. Dette er med på å belyse unntaket fra hovedregelen om at det alltid foreligger avtalefrihet.²⁵

Prinsippet om at avtaler skal holdes, er selvbeskrivende. Dersom avtaler ikke holdes, mister borgerne sin rettsikkerhet og sin forutberegnelighet. Ved at avtaler inngås og at prinsippet om at avtaler skal holdes blir respektert, er det med på å skape et handelssamfunn, som igjen er med på å skape fremgang.

Det kan likevel oppstå problemer i et hvert avtaleforhold, for eksempel «force majeure», hvor det må være rom for fleksibilitet i de tilfeller det vil være urimelig å kreve oppfyllelse etter § 36.²⁶ Her kan det enten være mulighet for å endre en avtale, eller i verste fall sette en avtale til side, selv om en avtale som hovedregel skal holdes. Problemet som gjerne oppstår her, er hvem som skal bære risikoen i et slikt tilfelle, spesielt hvor det er snakk om ujevne styrkeforhold. Selv om den sterke part har mer ressurser til å dekke tapet, vil det alltid kunne oppstå en tvist om hvem som sitter igjen med regningen og risikoen ved at avtalen ikke holdes.

I vurderingen av «partenes stilling», må det forstås slik i de fleste tilfeller at regningen og risikoen ofte falle på den sterkeste parten. En næringsdrivende har ofte mer ressurser enn en forbruker, og det kan tenkes at en næringsdrivende vil kunne benytte seg av pulveriseringshensynet for å redusere tapet. Dette hensynet gir den som driver som ledd i næringsvirksomhet, en mulighet til å pulverisere sitt tap i kraft av å øke prisene på sine varer eller leveranser, mens forbrukeren ikke nødvendigvis har denne muligheten. Dette er en risiko som de som driver næringsvirksomhet må ta i betraktning, som en mulig følge av å drive butikk. En annen mulighet for at en avtale som i utgangspunktet skal holdes, må lempes eller settes til side, er gjennom reglene i avtl. § 36. Det vil alltid være et rom for skjønn for når det skal vises fleksibilitet, og når dette prinsippet må respekteres fullt ut. Hva som ligger i denne bestemmelsen vil bli drøftet videre under del 5.

Forventingsprinsippet går ut på at de forventninger som avtaleparten har, i kraft av den andres utsagn eller opptreden, må legges til grunn som utgangspunkt i avtalen. Dersom en part sier at

²⁵ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 33.

²⁶ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 239.

sykkelen han selger er en «lite brukt sykkel», vil den andre part forvente at sykkelen er fullt brukbar, og uten vesentlige mangler av betydning for dens funksjon. Det må også skilles mellom «vilje» og «erklæring». Viljen tar utgangspunkt i den hensikt parten har hatt med sitt utsagn, mens erklæringen sikter til den forventningen som skapes hos mottakeren som følge av utsagnet.²⁷

Forventningsprinsippet må også forstås som de berettigede forventninger en part har av den andre, som kan være med på å påvirke hele eller deler av avtalen. Dersom de berettigede forventninger strider med avtalens ordlyd, men begge parter har en felles forståelse av denne forventningen, må dette legges til grunn i stedet for ordlyden.²⁸ Dersom det bare er den ene parten som har en slik forventning som strider med ordlyden, faller bevisbyrden på han. I de tilfeller hvor dette er den svake part, vil den som har forfattet avtalen (ofte den sterke part) måtte bære risikoen av at den er utformet for vagt (se del 3.3.) Fordi den som har forfattet avtalen, har hatt all mulighet til å hindre at avtalen skaper tvil.²⁹ Hvis den ene parten er klar over og handler ut fra at den andre parten legger til grunn en annen forståelse enn han, må førstnevnte part i senere tid akseptere at denne forståelsen blir vektlagt.³⁰ Dersom denne eventuelle misforståelsen ikke blir protestert på innen et rimelig tidsrom, og forfatterskapsparten ser at den andre part har en annen forståelse av avtalen, vil han bære risikoen for dette.³¹

I vurderingen av «partenes stilling» må den svakere part, ofte en forbrukers forventninger, kunne stilles høyere til en næringsdrivende. I motsetning til de tilfeller hvor begge er jevnbyrdige parter, for eksempel to bedrifter. Det forventes ofte mer av profesjonelle aktører enn det gjør av forbrukere. Desto mer ressurssterk en part er, desto høyere forventninger stilles det til juridisk korrekt avtaleprosedyre.

Ved ulike styrkeforholdene mellom kontraktspartene, vil brudd på de grunnleggende prinsippene kunne gi store konsekvenser, som for eksempel ugyldighet. Ved at en part anses som mer ressurssterk, må det stilles strengere krav til at disse prinsippene opprettholdes fra

²⁷ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 10.

²⁸ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. opplag, Oslo 2012 s. 266.

²⁹ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 131-133.

³⁰ Alf Petter Høgberg, *Tolkningsstiler ved kontraktstolkning*, JV. 2006 s. 61, s. 71.

³¹ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 2, Kapittel 6, (E-bok uten sidetall, sjekk kildeliste for link).

ovennevnte parts side. De kontraktsrettslige prinsippene må ikke tolkes i favør av den sterkere part, dersom det strider med formålet om vern av den svake part, som ofte må prioriteres.

Et eksempel på at selv disse grunnleggende prinsippene må fravikes, er på kontraktsfrihetens område som kan føre til at den svake part inngår ugunstige avtaler. Dette skjer gjerne i kraft av at han har mindre kunnskap på området, i forhold til den mer ressurssterke parten. I vurderingen om hvordan «partenes stilling» skal forstås, vil alltid kontraktsfrihetsprinsippet være en del av vurderingen.

Noen andre prinsipper som kommer til anvendelse, og som står sentralt i kontraktsretten, er blant annet lojalitetsprinsippet, prinsippet om ytelse mot ytelse og formfrihetsprinsippet.

2.4.1 Kort om de øvrige prinsippene

Formfrihetsprinsippet går ut på at en avtale kan inngås i hvilken som helst form, enten det er muntlig, skriftlig eller en mellomting. Som nevnt over, vil en skriftlig avtale være mest gunstig, med hensyn til notoritet.³² Dette prinsippet er ett av få prinsipper som er forankret helt tilbake til 1600-taller, jf. NL-5-1-1, hvor det står at «*En hver er pligtig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl lovet og indgaaet haver.*»³³

Prinsippet kan i noen tilfeller slå tilbake på den svakeste part, hvor mangel på notoritet gjør det vanskeligere for en svakere part å vedlikeholde sine rettigheter mot en sterkere part. Det kan også tenkes at den sterke parten misbruker sin posisjon, ved at han stiller med en ferdigutformet standardavtale. I slike tilfeller kan den svakere part føle seg presset til å gå med på en eventuell avtale, uten å egentlig vite hva kontraktens innhold innebærer, eller at det foreligger noen rom for endring av vilkår i standardavtalen. Den svakere parts stilling vil dermed ikke bli ivaretatt, som kan gjøre det aktuelt å benytte seg av avtl. § 36.

Lojalitetsprinsippet handler om en balanse mellom å være lojal mot egne interesser, og den andres interesser. Begrepet «god forretningsskikk» vil også være av betydning, der lojalitet mellom partene er viktig for å opprettholde et godt rykte eller et godt forhold mellom partene. Dette innebærer altså at renommé og gode partsforhold kan bli prioritert foran det å vinne

³² Johan Giertsen, *Avtaler*, Oslo 2014 s. 45.

³³ Lov 1687, 15. April, Kong Christian Den Femtis Norske Lov

frem 100% med sine krav. Oftest vil de større og sterkere selskaper måtte ta denne støytten, også kjent som «god kundeservice» eller «kunden har alltid rett» i dagens dagligtale.³⁴

Et annet eksempel kan være så enkelt som en selger i en klesbutikk hvor selgeren bør fraråde en person i å kjøpe et av deres produkter, hvis han tror at kunden ikke kommer til å bli fornøyd, selv om det resulterer i at kunderelasjonen ikke ender opp i et salg. Videre eksempel på dette kan være en kreditor som fraråder en økonomisk vanskeligstilt person i å påta seg mer gjeld enn håndterbart.³⁵

På den andre siden, kan det også tenkes tilfeller der den svakere part blir utnyttet, hvor den sterke part prioriterer egne interesser på bekostning av den svake. Partenes stilling vil dermed være av stor betydning i vurderingen, hvor det vil være mer prekært å legge risikoen på den som tilsynelatende er mest egnet til å bære risikoen for tapet, eller den som har minst å tape.³⁶ Hvilken part dette vil gjelde for, kan en kun komme frem til ved å foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering av den konkrete saken, men det er ikke unormalt at denne vurderingen fører frem til at det er den sterkeste parten som må bære risikoen. Dette kan også virke urimelig for den sterkere part, sett i lys av at det i et tilsynelatende ubalansert antall saker er de som må stå for tapet, men dette må anses som en del av det å være eksempelvis en næringsdrivende aktør. Dersom tilfellet er at begge er private parter, blir situasjonen noe mer komplisert. Lojalitet bør i utgangspunktet gå begge veier, men ved hensyn til at den svakeste parts stilling skal ivaretas, vil det her ofte stilles strengere krav til den mer ressurssterke part. Men to jevnbyrdige parter har fremdeles et ansvar for å ivareta egne interesser.³⁷

Ytelse mot ytelse handler om at en avtale skal bestå av gjensidig kontribusjon. Prinsippet innebærer altså at det stilles forventninger til at hver avtalepart stiller opp med sin del av avtalen, enten det er å betale et avtalt beløp, eller stille med en gjenstand. En avtale inneholder alltid plikter og rettigheter, hvor plikten skal utføres etter avtalens utforming, som dermed gir avtaleparten rett til å motta sin rettighet.³⁸ Dette prinsippet går ofte hånd i hånd med *forventingsprinsippet*, hvor en avtalepart som har utført sin avtalerettslige plikt, forventer at den andre utfører sin.

³⁴ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 37.

³⁵ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 33

³⁶ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 37.

³⁷ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 37.

³⁸ Johan Giertsen, *Avtaler*, Oslo 2014 s. 12.

Sett opp mot partenes stilling, vil det stilles et strengere krav til den parten som anses som den profesjonelle parten, at han utfører sin ytelse i henhold til avtalen, i motsetning til en forbruker eller en mindre ressurssterk part. I bunn og grunn forventes det at begge parter oppfyller den ytelsen som er avtalt, men det vil alltid forventes mer av den ressurssterke parten. Den svakere parts stilling vil alltid være et moment, som en del av en totalvurdering om ytelsen er oppfylt eller ikke. Siden det søkes å ivareta den svake parten, fremfor den sterke, kan et ujevnt styrkeforhold være med på å bestemme hva som forventes av hver av partene, for at prinsippet skal anses som oppfylt.

De kontraktsrettslige prinsippene kommer klart frem i rettspraksis³⁹ og juridisk teori som viktige momenter i en vurdering hvor loven er uklar. Rettspraksis hvor disse prinsippene uttrykkelig blir nevnt er blant annet Rt. 2000 s. 931. Nevnte sak gikk kort forklart ut på at et aksjeselskap ble oppløst, på bakgrunn av de kontraktsrettslige prinsippene, supplert med aksjelovens regler om oppløsning. Tvisten stod mellom to store aksjonærer, hvor kun den ene av de to ønsket videre drift av aksjeselskapet, hvor den andre mente at han ikke fikk noen fordeler ved å fortsette videre. Høyesterett uttaler på side 943: «... *kravet må føre frem etter alminnelige rettsgrunnsetninger, er det ikke behov for også å ta stilling til om lovens vilkår, som begrenser oppløsningsadgangen til aksjeeiers myndighetsmisbruk i selskapet, også er oppfylt*». Her ble de ulovfestede kontraktsrettslige prinsippene lagt avgjørende vekt på, men de ble også supplert med aksjelovens regler.

3 Partenes stilling ved avtaletolkning

Det kan oppstå problemer under gjennomføring av en avtale, enten ved avtalen i sin helhet, eller ved enkelte punkter. Dersom det oppstår et problem, vil partene se tilbake på avtalens innhold. Det neste som skjer, er at begge parter kommer med hvert sitt tolkningsalternativ, hvor de tolker avtalen forskjellig, og gjerne i egen favør. Det blir dermed opp til domstolene å foreta en «avtaletolkning» for å løse tvisten.

Gjennom en tolkningsprosess skal man forsøke å avdekke hvilken forståelse av avtalen som skal legges til grunn, for dermed å finne ut hvilke plikter og rettigheter som gjelder for avtalepartene.

³⁹ Rettspraksis som legger de kontraktsrettslige prinsipper til grunn: Rt. 1999 s. 408, Rt. 1998 s. 774, Rt. 1998 s. 656, Rt. 1984 s. 28, Rt. 1980 s. 1109, Rt. 1978 s. 1157, Rt. 1978 s. 702.

Formålet med avtaletolkning er å finne frem til det som har blitt avtalt. Dette formålet kommer også frem i rettspraksis, hvor det blir sagt at «*Det primære formål ved all kontraktstolkning er å finne ut hva partene har ment*» Jf. Rt. 1993 s. 564⁴⁰, også kjent som «partenes forutsetninger». Dette kommer også frem i internasjonal rett som UNIDROIT prinsippene⁴¹, hvor det blir sagt i Art. 4.1 (1) at «*A contract shall be interpreted according to the the common intention of the parties.*».

Risikoen for at partenes forutsetninger ikke blir oppfylt, blir ofte tillagt den som har utformet avtalen, også kjent som forfatterregelen (Se del 3.3). Det er ofte slik at det er den sterkeste parten som har utarbeidet avtalen, eller benyttet seg av en ferdigskrevet standardavtale. Hvor det kan oppstå urimelighet, i og med at den mindre ressurssterke parten ofte ikke har noe annet valg enn å godta standardavtalen. Det er opp til den som har utformet avtalen å uttrykke seg tydelig, i den hensikt å unngå at det oppstår forskjellige tolkninger av avtalen. Dette kan videre være med på å legge et grunnlag for at partenes forutsetninger forblir de samme, og avtalen kan gjennomføres uten problemer.

Den kontraktsrettslige tolkningslæren er ikke lovfestet, men stammer fra ulovfestet rett, og er utviklet gjennom juridisk teori og rettspraksis. Hvis retten er usikker på hvordan et tolkningsmoment bør forstås, ser de gjerne tilbake på hva juridisk teori har å si om emnet, før de kommer sitt eget syn på saken.⁴²

Ved avtaletolkning benyttes det gjerne tre begreper: tolkning i vid forstand, tolkning i snever forstand, og utfylling av avtalen.⁴³ I lys av partenes stilling, er det av stor interesse å fastslå hvilke tolkningsprinsipper som må legges til grunn, og valget som tas her kan få alvorlige konsekvenser for en eller begge avtaleparter.

Tolkning i snever forstand må forstås slik at avtalens faktiske ordlyd primært legges til grunn som rettskildefaktor, men andre momenter knyttet til avtaleinngåelsen kan også bli vektlagt. Ved en for snever tolkning av ordlyden, kan mye av det som partene faktisk hadde forventet å oppnå med avtalen, gå tapt i en såpass streng ordlydsfortolkning. Dette kan gjøre at den svakere parten, gjerne en forbruker, mister sitt vern. Ovennevnte kan være gjeldende i de tilfeller hvor det legges til grunn en alt for snever ordlydsfortolkning av bransjetrykk som

⁴⁰ Rt. 1993 s. 564 – s. 569.

⁴¹ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

⁴² Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 2, Kapittel 5.

⁴³ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 380.

kommer til anvendelse i avtale, som den svakere part ikke fullt ut forstår den egentlige betydningen av.

Tolkning i vid forstand må forstås slik at det tas inn andre momenter enn bare selve avtalens ordlyd, hvor alle relevante rettskildefaktorer blir lagt til grunn. Det er i dette tilfellet gjerne snakk om rettspraksis, forarbeider og bakgrunnsretten, men også reelle hensyn kan bli aktuelle. Det er ofte her momentet «partenes stilling» kommer til anvendelse, hvor dette gjerne kommer frem gjennom bakgrunnsretten. Ved tolkning i vid forstand, vil det bli tilført flere argumenter i drøftelsen, som vil kunne komme begge parter til gode, i et forsøk på å finne frem til et mer rettferdig resultat eller tolkning av avtalen. Tolkning i vid forstand kan dermed anses som den mest gunstige formen for tolkning, særlig i favør av den svakeste parts stilling.

Tolkning i vid forstand ligger tett opp mot «utfylling av avtaler». Utfylling av avtaler kan videre deles inn i to deler – konkret og regelbestemt utfylling.⁴⁴

Konkret utfylling blir ofte brukt i de tilfeller hvor ordlyd er upresis på ett eller flere punkter, hvor det vil være nødvendig å utfylle den ved hjelp av andre rettskildefaktorer.⁴⁵ Reelle hensyn vil ofte være en sterk rettskildefaktor her, hvor domstolene utfyller avtalen med regler som de selv anser som hensiktsmessig i den konkrete saken.⁴⁶ Her vil igjen vurderingen om «partenes stilling» være aktuell. Dersom ordlyden ikke er klar nok, vil en vurdering av partenes stilling kunne kaste lys på hvordan avtalen skal forstås, hvor for eksempel en svakere parts stilling i et skjevt kontraktsforhold må ivaretas og det må legges til grunn et forbrukervern.

Ved regelbestemt utfylling vil det være mer relevant å benytte seg av rettsregler, dvs. lovfestet og ulovfestet rett, for å komme frem til et svar på problemet. For eksempel, dersom det ikke er avtalt hvilket tidspunkt en vare skal leveres, kan det være lurt å se hen til kjøpsloven § 9, som sier at en vare skal leveres «innen rimelig tid».⁴⁷ Kutyme, sedvane eller annen handelsbruk vil også komme til anvendelse. Avtl. § 36 vil også være relevant på dette

⁴⁴ Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 380.

⁴⁵ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 2, Kapittel 5.

⁴⁶ Johan Giertsen, *Avtaler*, Oslo 2014 s. 116.

⁴⁷ Johan Giertsen, *Avtaler*, Oslo 2014 s. 116.

rettsområdet, hvor den aktuelle loven ikke nødvendigvis har en ugyldighetsbestemmelse. Her vil avtl. § 36 kunne benyttes analogisk i visse tilfeller.

3.1 Subjektiv og objektiv tolkning

Ved avtaletolkning skiller man gjerne mellom to typer tolkning av avtalens ordlyd, også kjent som det subjektive og det objektive tolkningsprinsipp.⁴⁸

Objektiv tolkning innebærer at den som tolker setter seg i en utenforstående posisjon, og spør hvordan utsagnet fremstod for mottakeren. Ordlydens betydning i en vanlig dagligdags forståelse vil da bli lagt til grunn, eller som rettspraksis⁴⁹ og juridisk teori har uttalt seg, at det må tas utgangspunkt i en «naturlig språklig forståelse» av ordlyden. Eller hva en alminnelig fornuftig person i en tilsvarende situasjon ville lagt til grunn. De problemer som kan oppstå ved objektiv tolkning er blant annet faguttrykk eller lignende, som ikke nødvendigvis er innenfor allmennkjent forståelse. Her vil gjerne partenes stilling kunne spille en stor rolle, ettersom en mindre profesjonell eller nyere aktør i feltet ikke er like innforstått med ordbruken.

Dette momentet må alltid vurderes, spesielt opp mot den svakere part. Som nevnt ovenfor om tolkning i snever forstand, kan det bli vanskelig å ivareta den svakere parts stilling i de tilfeller hvor en objektiv tolkning blir lagt til grunn. I de tilfeller hvor det foreligger en standardavtale, vil en objektiv tolking av avtalen kunne tenkes å komme den som har utformet avtalen til gode, som i de fleste tilfeller i dag er den mest ressurssterke parten. Dette vil også gå på bekostning av den svakere parts vern, som ikke gis annet valg enn å godta avtalen og den ordlyden som følger med.⁵⁰

Prinsippet om objektiv tolkning har lang støtte i rettspraksis, fordi det er med på å klargjøre hva en part kan forvente av avtalen, på bakgrunn av et objektivt synspunkt.⁵¹ Objektiv tolkning må derimot vike i de tilfeller der partene har hatt en felles forståelse av avtalen. En felles forståelse kan være de berettigede forventningene, som er forankret i forventningsprinsippet, som igjen er et grunnleggende prinsipp i kontraktsretten.⁵²

⁴⁸ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. opplag, Oslo 2012 s. 250-251.

⁴⁹ Rt. 1997 s. 1807 side 1813 – og Johan Giertsen, *Avtaler*, 3.utgave, Oslo 2014 s. 120.

⁵⁰ Johan Giertsen, *Avtaler*, Oslo 2014 s. 83.

⁵¹ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 2, Kapittel 2.

⁵² Jf. del 2.5.

Dersom det er umulig å finne frem til en felles forståelse, må man gå tilbake til en objektiv tolkning. Det vil dermed legges til grunn hva en alminnelig fornuftig person, i tilsvarende situasjon ville lagt i ordene.⁵³ Dette kan være både positivt og negativt for partene, men de har selv et ansvar for å ivareta egne interesser ved å uttrykke seg klart under avtaleinngåelsen.

Den subjektive tolkning derimot, er hva en part har ment med utsagnet sitt, uavhengig av ordenes betydning i vanlig språkbruk. Ved en subjektiv tolkning ser en gjerne bort fra det som framstår av ordlyden, fakta eller sedvane, og heller prøver å avdekke hva den enkelte part har ment.⁵⁴ Ved å foreta en subjektiv tolkning, vil også all risikoen for tolkningen i utgangspunktet gå over på den som foretar tolkningen. Dette kan medføre at det blir et kontraktsbrudd, som igjen kan føre til at avtalen heves, eller at det blir utlyst et erstatningsansvar. Et eksempel kan være at den ene parten tolker «innen 1. februar» som at han kan yte sin vareoverlevering den 1. februar, så lenge dette ikke overstiger midnatt som gjør at det går over til den 2. februar. Tolkning av avtalens utforming kan vise til at varen må være levert senest 31. januar, fordi den skal benyttes den 1. februar.

Det er derfor lite som tyder på at det er gunstig å foreta en slik tolkning dersom det ikke er snakk om en ensidig avtale. Et annet relevant eksempel er et testament eller en gavepakt, hvor det blant annet framstår i al. § 65⁵⁵ at et testament skal tolkes i «samsvar med det testator meinte». Dersom testator skriver «frimerkesamling», men mener «myntsamling», er det myntsamlingen som er testamentert bort.⁵⁶

Med tanke på ovennevnte problemstillinger har Høyesterett⁵⁷ valgt å legge størst vekt på en objektiv tolkning, i stedet for en subjektiv tolkning, fordi dette vil utgjøre en mindre risiko for misforståelser. Spesielt ved en klar ordlyd, vil det være lite hensiktsmessig å tolke en avtale subjektivt. Med hensyn til partenes forutberegnelighet, men også gjerne hvis det foreligger en tredjepart. En tredjepart vil også legge til grunn en objektiv tolkning, sett i lys av at denne part ikke har mulighet til å beregne hvilken subjektiv tolkning de andre partene har foretatt.

En subjektiv tolkning må dermed forstås slik at det vil ha større konsekvenser for en ressurssterk part, dersom det skulle vise seg at avtalen tolkes feil. I motsetning til en svakere

⁵³ Jf. Kjl, jf. FN-konvensjonen 11. apr 1980 om kontrakter for internasjonale løserekjøp, jf. Art 8, andre ledd.

⁵⁴ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 2, Kapittel 2.

⁵⁵ Lov 3. Mars 1972 nr. 5, Lov om arv m.m. (Arveloven – Forkortelse Al.)

⁵⁶ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. opplag, Oslo 2012 s. 251.

⁵⁷ Rt. 1997 s. 160 (OL Genseren).

part som tolker en avtale subjektivt. Dette har som sagt betydning ved at den sterkeste alltid vil ha et større ansvar til å ta vare på egne interesser, spesielt i et forbrukerforhold.

I stedet for at avtalen settes helt til side, jf. reglene i § avtl. 36, med hensyn til momentet «partenes stilling». Kan det i enkelte tilfeller spores tilbake til at den som har utformet avtalen, som dermed får et ansvar for hvordan avtalen senere blir tolket.

Ved at det foreligger kontraktsfrihet i Norge, stilles det et krav til at avtaleparter fremstiller sine krav så klart og presist som mulig ved avtaleinngåelsen. Dersom det skulle oppstå problemer, har de ofte seg selv å klandre, også kjent som «uklarhetsregelen» som vil bli drøftet under del 3.3.

3.2 Tolkningsmomenter

Ved tolkning av en avtale er det ofte forskjellige momenter som må legges til grunn, hvor enkelte vil ha større vekt enn andre, og hvor noen vil være helt avgjørende avhengig av den konkrete avtalen. Avhengig av styrkeforholdet i kontraktsforholdet, vil det alltid bli lagt vekt på vernet om å beskytte den svakere part. I tilfeller hvor begge partene anses som like sterke, må momentenes vekt variere, avhengig av den konkrete saken.

De forskjellige tolkningsmomentene, på lik linje med tolkningsprinsipper og hensyn, stammer opprinnelig fra rettspraksis. For at et moment skal ha betydning for saken, er det som hovedregel gitt at det materialet som brukes, må ha vært tilgjengelig for alle kontraktsparter.⁵⁸ Dersom det ikke har vært tilgjengelig for begge parter, kan det ikke ilegges særlig vekt i vurderingen.

Et annet tolkningsmoment i den totale vurderingen er blant annet «Partenes stilling» som kommer til anvendelse i avtl. § 36 andre ledd. Hva som ligger bak dette momentet vil bli drøftet utvidende under del 4.

Dersom domstolene ikke klarer å komme frem til et resultat basert på tolkningsmomentene, kan domstolene benytte seg av en utfylling fra enten bakgrunnsretten eller av andre tolkningsregler.⁵⁹ Ettersom det i utgangspunktet er avtalefrihet i de fleste tilfeller der loven på området er deklarasjonsregulert, vil domstolene ofte se tilbake på preseptorisk lovgivning hvor dette

⁵⁸ Erling Selvik og Viggo Hagstrøm, *Kontraktsretten, Knophs oversikt over Norges rett*, 13. utgave, Oslo 2009 s. 254.

⁵⁹ Johan Giertsen, *Avtaler*, Oslo 2014 s. 116.

anses som hensiktsmessig. Dette er også forventet av partene, i at avtaler ofte blir tolket i samsvar med den tidligere praksis på området, om det er bakgrunnsretten eller tidligere rettspraksis. Dette er videre med på å sikre prinsippet om forutberegnelighet.⁶⁰

Et av disse momentene er blant annet partenes forutsetninger for avtaleinngåelsen, som går ut på å komme frem til hva partene har ment.⁶¹ Deres forventninger må dermed legges til grunn i tolkningen, hvor det legges press på om den andre forstod eller burde ha forstått hva den andre avtaleparten la til grunn. Ved ulike styrkeforhold, vil denne forutsetningen variere noe. Den svakere og mindre profesjonelle part vil gjerne ha en annen oppfatning enn det den sterke og mer ressurssterke part har, et moment som vil bli drøftet utvidende lenger inn i besvarelsen.

Det er mest naturlig å starte i avtalens ordlyd, også kjent som det «objektive tolkningsprinsipp».⁶² Dersom ordlyden er klar, skal det mer til for å unnvike denne. På den andre siden, dersom ordlyden er vag eller flertydig, må det ses hen til andre momenter. Ved ulike styrkeforhold i kontraktsforholdet, vil dette momentet få en betydelig større vekt. Se drøftelsen over i del 3.1.

Et annet moment er avtalens formål. Det kan være så mye forskjellig, alt fra å tjene penger, eller så enkelt som at ingen skal tjene penger. Et eksempel hvor det sistnevnte var tilfellet, er i Rt. 1991 s. 220 (Sollia borettslag). Saken gikk ut på levering av fjernvarme mellom to borettslag, hvor avtalens ordlyd ble satt til side i favør av avtalens formål. Formålet med avtalen mellom de to borettslagene var at ingen skulle tjene eller tape penger på avtalen dem imellom. Siden et borettslag tapte penger på det andre, måtte prisen for fjernvarmen oppjusteres. Formålet ble dermed avgjørende for saken.

Ved ulike styrkeforhold, vil avtalens formål stå sentralt ved en eventuell tolkning. Avtalens formål og partenes forutsetninger for avtalen, må forstås som to sider av samme mynt, altså den forventningen en part har til avtalen, som også var grunnen til at avtalen ble inngått.⁶³ Den sterkere part, eller den som har utformet avtalen, har en plikt til å utforme avtalen så tydelig at det ikke oppstår problemer. Dersom det skulle oppstå et problem i tolkningen, og en av partene kan bevise at formålet var noe annet enn det som kommer frem av avtalens ordlyd

⁶⁰ Erlend Haaskjold, *Kontraktsforpliktelser*, Oslo 2003 s. 78-80.

⁶¹ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 2, Kapittel 4.

⁶² Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 2, Kapittel 2.

⁶³ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 2, Kapittel 4.

eller etterfølgende opptreden, må formålet legges til grunn. Problemet som oppstår, er at det kan være vanskelig å bevise hva det egentlige formålet var, spesielt for den mindre ressurssterke parten. For å finne ut hva formålet er, kan en se på hvem som har den største økonomiske interessen, som vist i rettspraksis.⁶⁴ Partenes styrkeforhold vil spille en stor rolle, med hensyn til bevisbyrden som påfaller den som påstår at formålet var noe annet.

Reelle hensyn kan også spille en stor rolle i vurderingen der ordlyden er uklar, og hvor det ikke foreligger en passende rettsregel på området. Reelle hensyn må også ses i lys av rimelighetsprinsippet, hvor målet er å komme frem til et resultat, basert på reelle hensyn, som vil være rimelig for begge parter å akseptere. Dersom ordlyden ikke klarer å komme frem til partenes intensjoner ved avtalen, kan reelle hensyn komme til anvendelse som et moment i vurderingen om hvordan en avtale skal tolkes.⁶⁵ Hva som anses som rimelig for begge parter å akseptere, må først og fremst gå på bekostning av den sterke og mer ressurssterke parten. Han har ofte større kapasitet til å dekke et tap via å pulverisere tapet gjennom bedriften eller andre ressurser, i motsetning til for eksempel en forbruker eller en mindre ressurssterk bedrift.

Den etterfølgende opptreden hos partene anses også som et veldig tungtveiende moment i avtaletolkningen. Gjerne i vurderingen av om det faktisk foreligger en avtale, eller for å vurdere hvilken tolkningsalternativ som skal legges til grunn. Ved partenes etterfølgende opptreden, ser man på de handlinger, reaksjoner, tilrettelegging og oppførsel som en av partene har gjort etter at det enten ble inngått en avtale, eller under avtaleforhandlingen. Den etterfølgende opptreden er med på å tegne et bilde av hvordan den ene, eller begge partene har oppfattet og etterlevd avtalens premisser, før tvisten oppsto. I et slikt tilfelle, vil igjen bevisbyrden spille en stor rolle, som ofte kommer den mer ressurssterke parten til gode.

Høyesterett har påvist viktigheten av dette momentet, hvor det blant annet var avgjørende i Rt. 1981 s. 445 og Rt. 1998 s. 618. I 1981-dommen⁶⁶ uttalte Høyesterett at: «*Den forståelse av kontrakten som her er nevnt, bekreftes av partenes etterfølgende opptreden*». Hvor en eller begge parter opptrer i samsvar med en viss fortolkning, vil denne fortolkningen bli valgt, dersom den samstemmer med den etterfølgende parts opptreden, og den andre part ikke reagerer raskt nok. Videre eksemplifisert i 1998-dommen, holdt motparten seg passiv for

⁶⁴ Rt. 1989 s. 122 side 128.

⁶⁵ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 2, Kapittel 4.

⁶⁶ Rt. 1981 s. 445 side 451.

lenge, og den andre parts oppfatning av avtalen og dens etterfølgende opptreden ble lagt til grunn.

3.3 Tolkingsregler

Hvis tolkningsmomentene ikke fører frem til et resultat i tvisten, har rettspraksis utviklet en subsidiær løsning.⁶⁷ Dette innebærer et sett med generelle tolkningsregler som brukes som veiledning, i den hensikt å komme frem til et rimelig resultat partene kan akseptere.

Problemstillingen som oppstår ved bruk av tolkningsregler, er hvordan disse reglene kan anvendes for å styrke den svake parts stilling i et kontraktsforhold.

Formålet med tolkningsreglene er å avgjøre hvilket tolkningsalternativ som skal velges, og hvordan det eventuelt skal løses. Disse reglene er uskrevet rett, og er i utgangspunktet ikke forankret i noen fast hjemmel. Tolkingsregler baserer seg på en vurdering om rimelighet og rettferdighet.⁶⁸ De mest sentrale tolkningsreglene som denne drøftelsen vil ta for seg er ukklarhetsregelen, minimumsregelen, forfatterregelen og kyndighetsregelen, sett opp mot masteroppgavens tema.

Uklarhetsregelen har fått stor betydning i praksis, spesielt i rettspraksis, og kan spores langt tilbake i tid. Denne regelen ble først anerkjent på 1800-tallet av den danske embetsmannen Anders Sandøe Ørstad, som sa at en kontrakt: *«bliver i Tvivlstilfælde at fortolke mod Den, der ved sin større Oplysning og anseeligere borgelige Stilling er den anden Contrahent overlegen; thi han burde sørget for Tydelighed»*.⁶⁹

Med dette må ukklarhetsregelen forstås slik at den først får anvendelse ved en avtaletolkning, hvor det ikke er lettleselig å komme frem til innholdet i partenes vilje. Her må ukklarhetsregelen tolkes mot den som burde ha vært mer tydelig/klar i sine uttalelser ved avtaleinngåelsen, jf rettspraksis.⁷⁰ Dette er oftest den som har utarbeidet kontrakten, oftest den sterkere part, men avtalefriheten hindrer ikke den svake part fra å være forfatteren av avtalen. Det hender ofte at den sterke part har en standardavtale som allerede er utformet på forhånd,

⁶⁷ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. opplag, Oslo 2012 s. 283.

⁶⁸ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 2, Kapittel 7.

⁶⁹ Anders Sandøe Ørstad, *Haandbog* 5, s. 75.

⁷⁰ Rt. 2006 s. 1715 (Tønnevoldsgate-dommen) avsnitt 49.

noe motparten som nevnt ofte ender opp med å akseptere. Uklarhetsregelen er med på å bidra til et vern ovenfor den ressursvake part.⁷¹

Uklarhetsregelen vil være mest anvendelig i forbrukerforhold, men kan med rette også benyttes i avtaler mellom to profesjonelle. Et typisk eksempel er disse standardavtaler, som ofte benyttes av likestilte, men også parter av forskjellig styrke, såkalte NS-avtaler (Norsk Standard). Momentet «partenes stilling» vil ofte komme til anvendelse i denne vurderingen, selv om begge i noen tilfeller anses som profesjonell.⁷² Dog, i de tilfeller hvor det foreligger et klart ujevnt styrkeforhold, må de kontraktsrettslige reglene kunne benyttes i favør av den svake og mindre ressurssterke part i kontraktsforholdet.⁷³ Dette er fordi den svakeste alltid må beskyttes mot at den sterke part misbruker sin avtalefrihet.

En avgjørelse som kan belyse bruken av denne regelen er Rt. 2006 s. 1715. Saken omhandlet et utleieforhold, hvor utleier ønsket å løse inn leietakernes partialobligasjoner, med det formål å bruke dette som innskudd på lån. I dette tilfelle var avtalen mellom partene uklar, og Høyesterett valgte å legge avgjørende vekt på uklarhetsregelen, hvor førstvoterende uttalte i avsnitt 49 at: «*Som lagmannsretten legger jeg i denne sammenheng vekt på regelen om at en uklar avtale skal tolkes mot den som burde uttrykt seg klarere – her utleier, som den mer profesjonelle av partene*». Her blir blant annet partenes stilling dratt inn, hvor det påpekes at det er en skjevhet i styrkeforholdet mellom avtalepartene, i lys av uklarhetsregelen.

Uklarhetsregelen deles gjerne inn i to spesielle deler, forfatterregelen og kyndighetsreglen.⁷⁴ Forfatterregelen er en utvidet del av uklarhetsregelen, og tar i grove trekk for seg det samme kravet som brukes i uklarhetsregelen. Den påpeker at den som har forfattet avtalen uklart, skal bære risikoen for dens uklarhet. Dette vil også gjelde for en utenforstående part, som for eksempel en advokat. Her må den avtaleparten som har hyret avtaleskriveren, bære risikoen for hans/hennes arbeid (representasjonsprinsippet). Formålet med denne regelen er at den som utformer avtalen, trolig ønsker å sikre seg selv det mest gunstige resultatet. Det er blant annet en del rettspraksis som omhandler risikoen ved å bruke advokat, jf. Rt. 1978 s. 131, Rt. 1958 s. 158 og Rt. 1938 s. 525, hvor uklarheten gikk mot den som hadde forfattet avtalen.

⁷¹ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 132.

⁷² Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 132.

⁷³ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 132.

⁷⁴ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. opplag, Oslo 2012 s. 283.

Forfatteren er også nærmest knyttet dokumentutforming til å unngå at uklarhet oppstår. Dersom begge parter har benyttet seg av advokat, vil ikke denne regelen få like stor vekt, hvor begge parter da anses som likestilte. Begge parter vil dermed ha et ansvar for å sikre egne interesser, og momentet om partenes stilling vil gjerne svekkes, men ikke nødvendigvis bortfalle.⁷⁵

Kyndighetsregelen brukes subsidiært ved tvil, og kan benyttes som løsning der forfatterregelen ikke slår gjennom.⁷⁶ Kyndighetsregelen kalles også gjerne for «profesjonalitetsregelen», fordi den i hovedsak går ut på at avtalen skal tolkes mot den som er mest kyndig, eller profesjonell, fordi det er den parten som oftest har en overlegen posisjon.⁷⁷ Kyndighetsregelen kan også på lik linje som forfatterregelen knyttes opp mot partenes stilling, hvor det tas en vurdering om hvem som er den svake og sterke part, hvor den sterke er den som må ta konsekvensene av en uklar avtale. Dette er også prinsipielt av hensikten å beskytte den svakeste part.

Det finnes derimot et unntak fra den alminnelige regelen om at den som er nærmest til å bære risikoen for avtalens uklarhet, da gjerne den som har forfattet avtalen eller den mest kyndige, i form av visse tilfeller hvor dette faller tilbake på den andre part. Dette blir eksempelvis gjeldende i de tilfeller hvor den andre part sitter med særlig kunnskap i den konkrete saken, og holder disse tilbake, som igjen påvirker avtalens klarhet. Dette vil kunne komme tilbake på den andre parten, og risikoen overføres tilbake på han, selv om han ikke i utgangspunktet har forfattet avtalen eller anses som den mest kyndige.⁷⁸

Dersom uklarhetsregelen mislykkes i å komme frem til et tolkningsresultat, vil en annen utvei være minimumsregelen. Minimumsregelen går i korte trekk ut på å sikre løftegiveren, ved å velge det tolkningsalternativet som virker minst inngripende. Denne regelen var mer i bruk før i tiden, men blir lite brukt nå til dags. Minimumsregelen er også problematisk hvor avtaler er veldig gjensidige, og hvor partene anses som like sterke. Hvor begge har foretatt et tilsvarende løfte, vil alltid den ene parten lide et betydelig tap hvis denne regelen blir lagt til grunn, som deretter vil forårsake en ubalanse i avtalen. Hvordan denne regelen skal benyttes

⁷⁵ Kristian Huser, *Avtaletolkning*, Bergen 1983 s. 556

⁷⁶ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. Opplag, Oslo 2012 s. 286

⁷⁷ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. Opplag, Oslo 2012 s. 286

⁷⁸ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. Opplag, Oslo 2012 s. 284.

for å velge den rette løsningen er det ingen fasitsvar på.⁷⁹ Denne regelen er ofte kritisert i juridisk teori, hvor den blant annet blir framstilt som «*nær ubrukelig*» i dagens tolkning.⁸⁰

4 Nærmere om «Partenes stilling»

Ved «partenes stilling» vil det etter naturlig språklig forståelse tolkes som en skjevhet i styrkeforholdet mellom to avtaleparter. «Partenes stilling» er et flertydig begrep, og kan derfor brukes på mange ulike områder i en eventuell avtaletolkning. Begrepet benyttes derimot eksplisitt som et vurderingsmoment i Avtalelovens § 36 andre ledd, for å avgjøre om en avtale enten skal lempes eller avvises.

I begrepet legges det vekt på om partene er profesjonell, alder, modenhet, kunnskap, yrke, økonomi og andre vurderinger som kan være med på å sette et svar på hvordan styrkeforholdet er å forstå, i det konkrete tilfellet en står ovenfor.⁸¹

At det foreligger et skjevt styrkeforhold i seg selv, er ikke grunnlag nok til å lempe/tilsidesette en avtale. Det er tross alt avtalefrihet i Norge, og denne friheten må respekteres så langt det lar seg gjøre. Dette gjelder så klart ikke dersom styrkeforholdet har påvirket avtalens innhold eller tilblivelse, hvor den sterkere part har misbrukt sin stilling, men det vil absolutt kunne brukes som et moment i den totale vurderingen.⁸² Partenes kunnskap om de faktiske forholdene, kan være med på å bedømme om avtalen er rimelig eller ikke, og vil også være et tolkningsmoment.

Skjevheten kan ofte oppstå som følge av en «habilitetsmangel». Ved habilitetsmangel må det forstås som en part som enten lider av en mental nedsettelse, er sinnssyk eller rett og slett er umyndig.⁸³ Eksempler på dette kan enten være at et barn går inn i en butikk med sine ukepenges og foretar et forbrukerkjøp, eller at en eldre og mentalt svekket dame går inn i den samme butikken og foretar et forbrukerkjøp, uten å vite hva hun egentlig har kjøpt. Her vil det gjerne foreligge en habilitetsmangel, men dette alene er ikke nødvendigvis nok til å gjøre en avtale ugyldig i ettertid.

⁷⁹ Jo Hov og Alf Petter Høyberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. opplag, Oslo 2012 s. 260.

⁸⁰ Alf Petter Høyberg, *Kontraktstolkning*, Oslo 2007 s. 316-332

⁸¹ NOU 1979: 32 s. 61

⁸² Johan Giertsen, *Avtaler*, Oslo 2014 s. 203-205.

⁸³ Jo Hov og Alf Petter Høyberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 420.

Selv om en person er å regne som «myndig», betyr det ikke at momentet «partenes stilling» ikke kan komme til anvendelse. Prinsippet kan også benyttes på forhold som ligger «tett opp til» momentet «habilitetsmangel», for eksempel ved at vedkommende er «ung og uerfaren»⁸⁴ som de fleste 18 åringer er, selv om de er å anse som voksen/myndig på papiret. Modenhet vil dermed kun være et vurderingstema for partenes stilling. At noen er ung og uerfaren er igjen i seg selv ikke grunn nok til å kunne påberope seg momentet «partenes stilling» i en avtale til deres favør, det må derimot ha vært med på å påvirke innholdet i selve avtalen, eller ved avtaleinngåelsen.

En avgjørelse om momentet «modenhet» kommer til anvendelse i RG 1993 s. 644. Hvor domstolen uttalte at dersom noen er «Ung og uerfaren», vil dette kunne medføre at avtalen må settes til side, jf. avtl. § 36.⁸⁵ Dommen tar for seg en ung mann på 19 år uten formue som tar opp et billån på kroner 90.000,-, hvor hans kjæreste på 21 år hadde kausjonert for lånet. Retten kom til at banken måtte fritta kjæresten for ansvar, etter reglene i avtl. § 36, ettersom de hadde opptrådt uaktsomt ved å innvilge et slikt lån til en såpass «uerfaren» part.

4.1 Ulikt styrkeforhold - Målet er å finne en balanse

Tre eksempler fra rettspraksis, der det var ulike styrkeforhold, som beviser at den svakere part ikke alltid vinner frem med å «være den svakere part» som et moment i seg selv, er blant annet Rt. 2005 s. 1112, Rt. 2004 s. 1588 og Rt. 2004 s. 1545.

I Rt. 2004 s.1588 handlet det om et arbeidsforhold mellom en hjelpearbeider og en kommune, hvor arbeidstaker hadde inngått en avtale med kommunen om omplassering i form av tvangsoverføring. Avtalen innebar en tilsvarende stilling, med en tilsvarende lønn som tidligere. Avtalen ble uansett ikke regnet som urimelig, selv om den brøt med nasjonale regler på området, og til tross for at det forelå tvang. Arbeidsgiver (kommunen) ble frifunnet, og selv om det forelå ulike styrkeforhold, fikk arbeidstaker ikke gjennomslag etter reglene i avtal. § 36.

Samme resultat ble fremstilt av Høyesterett i Rt. 2004 s. 1545 og Rt. 2005 s. 1112, hvor begge avgjørelsene omhandlet et forsikringsoppgjør. I 2005-avgjørelsen gikk saken ut på at en forsikringstaker ble for syk til å arbeide, og ble dermed etter en periode på to måneder tatt av den tidligere jobbens forsikringsavtale. Han ble på et senere tidspunkt tilbudt å tegne en ny

⁸⁴ Bergsåker, JV 1980, Side 133.

⁸⁵ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. Opplag, Oslo 2009 s. 411.

individuell avtale, som ikke ble gjort da mannen var for syk til å ivareta egne interesser. Spørsmålet ble så om denne avtalen måtte lempes etter reglene i avtl. § 36, som Høyesterett valgte å ikke utelukke i vurderingen, men som ikke kom til anvendelse selv om det forelå et skjevt styrkeforhold.

Høyesterett uttalte at *«den forsikrede må anses som den svake part i forhold til forsikringsselskapet»*, jf. avsnitt 53, for så å benytte seg av andre momenter i vurderingen, for eksempel at lovforarbeidet var utredet av både forsikringstaker og forsikringsselskaper. Her ble altså både den sterke og den svakes interesser tatt hensyn til, jf. forarbeidene.⁸⁶

I 2004-avgjørelsen ble en pengetransport ble ranet, og transportselskapet ble holdt ansvarlig for tapet, selv om det forelå forsikring. Grunnen til at forsikringssummen ikke ble lempet i favør av transportselskapet, var fordi deres utførelse av transporten ble ansett som uaktsom, ved at de kun hadde benyttet seg av en person på jobb, når de fraktet et så stort beløp (3.5 millioner). Høyesterett uttalte også i avsnitt 52 at: *«Etter mitt syn er det verken urimelig eller i strid med god forretningsskikk å gjøre identifikasjonsklausulen gjeldende. Avtalen kan dermed ikke settes til side etter avtaleloven § 36. Jeg legg er særlig vekt på at standardvilkårene er utarbeidet av et særlig utvalg i nært samarbeid med representanter for de begge berørte parter i bransjen ...»*.

Høyesterett uttaler her noe lignende som i 2005-avgjørelsen, hvor de starter med å poengtere i avsnitt 53, at: *«... den forsikrede må anses som den svake part i forhold til forsikringsselskapet»*, men hvor Høyesterett snur i avsnitt 54, hvor de uttaler at: *«Lovbestemmelsene som avtalevilkårene bygger på, er dessuten blitt til etter et grundig lovarbeid hvor hensynet til de ulike parters interesser er veid mot hverandre. Representanter for forsikringstakerne deltok både i lovutvalget som utredet reglene, og under høring ...»*.

Heller ikke i denne saken fikk den svakere part medhold i sitt krav, selv om det forelå en klar styrkeforskjell mellom forsikringsselskapene og pengetransporten. I begge avgjørelsene fra 2004 og 2005, ble det lagt til grunn at avtalene var et resultat av en standardavtale, som var utformet av både den svake og den sterke part, hvor målet har vært å komme til en avtale som begge parter kan akseptere – eller sagt på en annen måte, at det må foreligge en balanse mellom partene.

⁸⁶ NOU 1983: 56 side 21-22 og Ot.prp.nr. 49 (1988-1989) side 12.

At det foreligger et ujevnt styrkeforhold i seg selv, vil altså kun anses som et moment i den totale vurderingen. Dersom dette momentet ikke kommer til anvendelse, skal det mye mer til for at en avtale er å regne som urimelig etter avtaleloven § 36, jf. blant annet Rt. 1999 s. 922 og Rt. 2003 s. 1132. I disse avgjørelsene kom ikke § 36 til anvendelse, hvor Høyesterett setter strengere krav til paragrafens anvendelsesområde. I 2003-dommen omhandlet saken en festeavtale mellom to profesjonelle parter, her et flyselskap og et boligselskap. Flyselskapet mente at de hadde rett til å forlenge festeavtalen, men Høyesterett kom frem til det motsatte. Avtl. § 36 ble også anvendt av flyselskapet, men dette fikk ikke anvendelse i denne saken.

Begrepet «partenes stilling» i dag benyttes for det meste som et tolkningsmoment i et såkalt «forbrukerforhold», spesielt representert gjennom forbrukerkjøp etter forbrukerkjøpsloven, hvor lovens formål er å beskytte den svakere part fra å bli utnyttet av den større og mer ressurssterke parten. Beskyttelse av den svake part står veldig sterkt i norsk rett, og kommer blant annet til uttrykk i en rekke andre lover som håndverkertjenesteloven og bustadoppførsingslova for å nevne noen. Disse lovene av også gjerne preseptoriske, og har som hensikt å verne forbrukeren eller den svake part.

Uttrykket «partenes stilling» i avtl. § 36 peker ikke eksplisitt på at partene må være en «forbruker» og en «næringsdrivende», selv om det oftest er i slike tilfeller det er snakk om en styrkeforskjell, hvor det typisk vil være forbrukeren som er den svake part.⁸⁷

Forholdene kan være ulike fra sak til sak, hvor selv en forbruker kan være den mer ressurssterke part, enn en liten bedrift som per definisjon er å regne som en næringsdrivende. Det samme gjelder avtaler mellom to profesjonelle hvor begge driver med næringsvirksomhet, eller en avtale mellom to private parter hvor begge parter ikke er en del av en bedrift. Skjevhet i styrkeforholdet vil som regel være uunngåelig, fordi det alltid vil være en av partene som stiller sterkere enn den andre parten. De forskjellige partsforholdene vil bli drøftet lenger ned i besvarelsen under del 6.

Det er i de tilfeller hvor det foreligger et ujevnt styrkeforhold, viktig å finne en balanse mellom disse to. For eksempel dersom en kjøper og en selger har inngått en kontrakt, og det er å anse den ytelsen de har gitt som likeverdig med den ytelsen de selv har fått. Dette gjelder også de rettigheter de får i kraft av den avtalen de har inngått, men også de plikter de velger å

⁸⁷ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. Utgave, Oslo 2014 s. 230.

påta seg ved å inngå avtalen. Dette prinsippet omtales gjerne som «balansekravet», og brukes ikke bare i avtaler, men også ved lovgivning.⁸⁸

5 Nærmere om Avtaleloven § 36

5.1 Avtl. § 36 som generalklausul

Som nevnt innledningsvis, er avtl. § 36 en generalklausul som gir domstolene adgang til å innskrenke avtalefriheten. «*En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende*», jf. første ledd, første punktum.

Lovens hovedformål er å beskytte den svakere part, mot at den sterke parten utnytter/misbruker sin stilling og avtalefrihet til å påvirke avtalen i sin favør, som igjen medfører at avtalen ellers ville virket urimelig. Dette formålet kommer blant annet til anvendelse i lovens forarbeider⁸⁹, og juridisk teori.⁹⁰ Her uttales det i forarbeidene at «*utgangspunktet ved valg av reaksjon må være at en skal søke å komme frem til det som er rimelig, sett fra begge parters side*».⁹¹

Ved bruk av ordet «sterkere» og «svakere» part, sikter det oftest til et forbrukervern, som avtl. § 36 bygger på.⁹² Klausulen skiller derimot ikke mellom partene, hvor hvem som helst har rett til å benytte seg av de reglene som står der. Altså kan den sterkeste parten i avtalen kan påberope seg avtl. § 36⁹³, men det at det foreligger et ujevnt styrkeforhold, typisk forbruker mot næringsdrivende, vil absolutt være et moment i rimelighetsvurdering, jf. § 36 andre ledd om «partenes stilling». De andre momentene i andre ledd vil bli behandlet kort lenger ned, i den grad de berører momentet «partenes stilling».

Et eksempel fra rettspraksis hvor den sterke part (Kraftselskap) valgte å påberope seg av avtl. § 36, og vant frem mot den svakere part (privatperson) er blant annet Rt. 2014 s. 351. Tvisten i denne avgjørelsen går ut på at den private part ikke klarer å levere sin del av avtalen, hvor den profesjonelle parten ønsker en avtalerevisjon etter reglene i avtl. § 36. I denne avgjørelsen

⁸⁸ Harald Benestad Andreassen, *Fordeling av mangelsrisiko ved omsetning av brukte boliger mellom privatpersoner*, Tromsø 2014 s. 225.

⁸⁹ NOU 1979: 32 – side 39 og 48 og Ot.prp. 5 (1982-83).

⁹⁰ Johan Giertsen – Avtaler – Oslo 3. utgave 2014 – side 204.

⁹¹ NOU 1979: 32 – Side 60.

⁹² NOU 1979: 32 – Side 60.

⁹³ NOU 1979: 32 – Side 59.

tar Høyesterett utgangspunkt i en uttalelse fra en tidligere dom⁹⁴, hvor de mener at i saker mellom profesjonelle og ikke-profesjonell skal det en god del til for at avtalen skal lempes. Høyesterett mener at avtalen må fremstås som «kvalifisert urimelig» for at en revisjon skal være aktuell, noe som de kommer frem til i dette tilfellet. Den profesjonelle parten vant frem i denne saken, da den private part ikke kunne stå for sin del av ytelsen, og hvor det var snakk om en verdi på ca. 30 millioner kroner.

Generalklausulen anses for å være en preseptorisk regel, jf. forarbeidene⁹⁵, som må forstås at en avtalepart ikke kan fraskrive seg retten til å benytte seg av denne klausulen, ved å avtale at den ikke skal kunne komme til anvendelse i en framtidig tvist. Generalklausulen gjelder også i utgangspunktet kun på formuerettens område, jf. avtl. § 41, men kan også benyttes analogisk. Dette følger blant annet av forarbeidene⁹⁶, men også av rettspraksis⁹⁷, hvor de kommer frem til at generalklausulen i avtaleloven også kan benyttes på arverettslige, familierettslige, offentligrettslige, andre rettslige avtaler og kontraktsrettslige sedvane. Et eksempel på en arverettslig tvist, hvor avtl. § 36 vil være anvendelig, er for eksempel der den ene livsarvingen har mottatt store midler i løpet av kort tid før testators bortgang, mens den andre ikke har fått noe. Deretter, når testator dør, kan det leses i testamentet som ble laget for mange år siden, at hans livsarvinger skal arve likt. Det kan dermed tenkes at den livsarvingen som ikke har mottatt noe de siste årene, synes at det er urettferdig at han skal arve likt med den andre, og mener dermed at de beløpene og verdiene som den andre har mottatt, må trekkes fra hans arvelott, og regnes som forskudd på arv.

Hjemmelen tar for seg alle mulige avtaler, og gjør ingen unntak. De muntlige avtaler regnes også her som like bindende som skriftlige, og faller på lik linje under klausulens ramme, jf. forarbeidene. Den skiller heller ikke mellom forskjellige typer avtaler, for eksempel om den er gjensidig eller ensidig. Dette følger av en ordlydsfortolkning av «*En avtale ... Det samme gjelder ensidige bindende disposisjoner*», jf. avtl. § 36 første ledd.

Ved ensidig bindende avtaler, må det forstås som en avtale som kun skaper en plikt for den ene parten, hvor det ikke stilles et krav til aksept. Eksempelvis et gaveløfte, eller forskudd på arv, hvor dette kan medføre giveren en urimelig tyngende forpliktelse. Domstolene foretar

⁹⁴ Rt. 2012 s. 1537 Avsnitt 46.

⁹⁵ NOU 1979: 32 – Side 59.

⁹⁶ NOU 1979: 32 – Side 59.

⁹⁷ Rt. 1990 s. 1094.

dermed en avveining av partenes interesser, og ser på om vilkårene er å regne som urimelig i den grad at de må endres/settes til side som helhet.⁹⁸

Ved bruk av generalklausulen kan alle avtalevilkår prøves, og ved å se hen til lovens ordlyd og forarbeider⁹⁹ er det ingen momenter som faller utenfor hva som kan regnes som urimelig. For eksempel pris eller leveringstid, og det tilstrekkles at ingen momenter skal utelukkes og alt kan stilles for retten til prøving. Selv om alt kan prøves, er domstolene uansett bundet av partenes påstander og anførsler, og kan dermed kun behandle disse. At andre vilkår eller avtalen i sin helhet åpenbart virker urimelig, er uten betydning dersom partene ikke har anført dette, jf. forarbeidene¹⁰⁰ og tvisteloven¹⁰¹ § 11-2 første ledd, første og andre punktum. Her står at «*Retten kan bare avgjøre de krav som er reist i saken. Avgjørelsen må ligge innenfor rammen av de påstander partene har nedlagt, og retten kan bare bygge på de påstandsgrunnlag som er påberopt*». (Sammenslåing av tidligere Tvistemålsloven § 85-86 – nå opphevet og erstattet med Tvisteloven).

Domstolene kan derimot legge til punkter i avtalen, så lenge det bli nedlagt påstand om dette fra en av partene. Dette må forstås ut fra en alminnelig ordlydsfortolkning av «*eller endres*», jf. § 36 første ledd, første punktum. Et eksempel på hvor dette ble gjort av domstolene, er Røstad-dommen.¹⁰² Høyesterett valgte i denne avgjørelsen å endre den omtvistede avtalen, ved å legge til et punkt i leieavtalen som sa at leiesummen skulle indeksreguleres i den kommende fremtid.

Ved vurderingen om verken avtalelovens generalklausul skal komme til anvendelse, må det først foreligge en grundigere helhetsvurdering. I saker som har vært oppe for domstolene, vil en samlet vurdering basert på flere momenter av betydelig vekt, ha en større prejudikatsvirkning, enn i de saker hvor vekten kun ligger på ett eller få momenter. Dersom en del av avtalen virker urimelig, men som helhet ikke, må dette ses opp mot de andre vilkårene som ikke nødvendigvis virker urimelige. Det må foretas en rimelighetsvurdering. Som en del av rimelighetsvurderingen, vil «partenes stilling» være et viktig argument/moment, hvor ønsket er å komme frem til en avtale som virker rimelig for begge

⁹⁸ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 3, Kapittel 6.

⁹⁹ NOU 1979: 32 – Side 59.

¹⁰⁰ NOU 1979: 32 – Side 60.

¹⁰¹ Lov 2005 17. Juni nr. 90 - Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

¹⁰² Rt. 1988 s. 276 (Røstad-dommen)

parter.¹⁰³ Vernet til den svakeste parten vil også være en del av vurderingen om «partenes stilling», som alltid må tillegges betydelig vekt.

5.2 Rimelighetsvurderingen

I vurderingen om det er urimelig eller ikke, oppstilles det et krav til balanse, hvor det må tas hensyn til flere forskjellige momenter. Disse kan blant annet være de rettigheter og plikter som partene har valgt å binde seg til.¹⁰⁴ Videre må det også ses på at det foreligger avtalefrihet, hensynet til forutberegnelighet, styrkeforholdet mellom partene og hvordan avtalen ble inngått. Eksterne forhold, eller gjerne «ekstraordinære forhold» som for eksempel sykdom eller force majeure-tilfeller må også legges til i rimelighetsvurderingen.

Dette beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor gjerne flere momenter solidarisk er med på å gjøre at klausulen kommer til anvendelse.¹⁰⁵ Før avtl. § 36 og reglene om lemping eller ugyldighet kan komme til anvendelse, må det foreligge en tolkning, som kun domstolene kan foreta, og ikke rettsanvenderen.

Selv om det foreligger en ubalanse mellom partenes stilling i avtalen, for eksempel en privat og en næringsdrivende, vil en avtale av såkalt «høy kvalitet» veie mye tyngre enn en avtale av «lav kvalitet», i vurderingen om verken en avtale skal opprettholdes. Det skal dermed også mye mer til for at avtl. § 36 kommer til anvendelse.¹⁰⁶ Ved en «lav kvalitet», vil det tale for at avtalen må lempes eller tilsidesettes som helhet, i motsetning til en avtale av «høy kvalitet», som taler for at avtalen må forbli sånn som den er, eller i verste fall med mindre endringer som kan godtas av partene.

I vurderingen av om avtalen er å anse som «høy eller lav kvalitet», har det blitt utviklet tre krav, eller vilkår¹⁰⁷ som må være oppfylt. Det må for det første være gitt grundig informasjon, som kan spores tilbake til opplysningsplikten/informasjonsplikten som hver av partene har. Dette kommer også frem i avtl. § 36 første ledd, om «god forretningsskikk». Hvis informasjonen som blir gitt ikke er korrekt, eller er å anse som utilstrekkelig i den grad at den må anses som kritikkverdig, taler det for at den «uærlige» parten har misligholdt sin informasjonsplikt. Dette vil gjøre at avtl. § 36 kan komme til anvendelse, spesielt i de tilfeller

¹⁰³ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del. 2, Kapittel 4.

¹⁰⁴ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del. 1, Kapittel 1.

¹⁰⁵ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 3, Kapittel 6.

¹⁰⁶ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 3, Kapittel 6

¹⁰⁷ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del. 3, Kapittel 6

hvor den kritikkverdige informasjonen kommer fra den sterkeste parten¹⁰⁸, hvor forventningene er større.

Deretter stilles det krav til at avtalen er utformet av begge avtaleparter i fellesskap. Dersom begge har benyttet seg av advokater, som vist over, styrker det dette kravet. I de tilfeller hvor en avtale består av en ferdigstilt standardavtale, må dette peke i retning av en avtale av lavere kvalitet, med mindre den også er utformet av begge parter, som vist i Rt. 2004 s. 1545 og Rt. 2005 s. 1112.

Til slutt stilles det et krav til avtalen i form av at den er forstått og frivillig inngått av begge parter.¹⁰⁹ Hvis avtalen er inngått under tvang, enten dette misligholdet er grovt eller ikke, vil det være mulighet til å påberope seg avtl. § 36, eller andre ugyldighetsregler, jf. avtl. §§ 28, 29, 39, eller jf. NL 5-1-2.

Hvis alle disse kravene er oppfylt, taler det for at det ikke foreligger misbruk av avtalefriheten, til tross for at det foreligger et ubalansert styrkeforhold mellom partene. Avtalen vil dermed ikke rammes av avtl. § 36 som utgangspunkt¹¹⁰, med mindre det kan trekkes inn andre momenter med særlig vekt inn i vurderingen.

5.3 Andre momenter i vurderingen

Andre momenter som kan trekkes inn i vurderingen om verken en avtale må settes til side, lempes eller endres etter avtl. § 36, er de andre momentene som kommer til anvendelse i klausulens andre ledd. Blant disse er avtalens innhold, forhold ved avtalens inngåelse, senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

«Avtalens innhold» må forstås som et vidt begrep, med tanke på at en avtale kan omhandle mye forskjellig, på alle mulige rettsområder. Dette gjelder kun så lenge innholdet ikke er ulovlig, som vil gjøre at avtalen automatisk må settes til side eller endres til den blir lovlig.

Eksempler på avtalens innhold som kan gjøre at avtalen er å regne som urimelig, er blant annet en urimelig pris. Prisen kan derimot anses som en «normal pris» i enkelte tilfeller, men på grunn av andre forhold i avtalen, vil også prisen kunne gjenspeiles som urimelig. Her

¹⁰⁸ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del. 3, Kapittel 6.

¹⁰⁹ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del. 3, Kapittel 6.

¹¹⁰ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del. 3, Kap. 6.

kommer blant annet pristiltakloven¹¹¹ til anvendelse samtidig som avtl. § 36, hvor det vil foreligge dobbel hjemmel på området, som gjør det enklere å sette til side avtalens innhold.¹¹² Spørsmålet om pris kan også komme til anvendelse sett opp mot partenes stilling. Den sterke part ofte vil være den som har mulighet til å bestemme prisen, enten det er å presse den ned, eller heve den. Den sterke part har ofte flere tilbud på bordet enn den svakere, som gjør at den svakere part ofte må ta det som blir tilbudt.

Andre grunner innenfor avtalens innhold er for eksempel ansvarsfraskrivelse¹¹³, hvor den ene parten for eksempel fraskriver seg ansvar hvis det foreligger en mangel ved leveringen. En slik ansvarsfraskrivelse må anses å stride med vanlig praksis på området, spesielt i et forbrukerforhold, og det må også da anses som urimelig. En annen måte å fraskrive seg ansvar på, kan for eksempel være en ujevn fordeling av de plikter en part har, kontra de rettigheter den parten får i retur.¹¹⁴ Igjen, her vil partenes stilling bli vurdert, hvor et forbrukervern vil legges til vurderingen, men også prinsippet om å beskytte den svakere part fra å bli misbrukt, uavhengig av om det er snakk om en forbruker eller ikke. I motsetning til de tilfeller hvor partene er likestilte, må ansvarsfraskrivelse kunne la seg gjennomføre, i lys av avtalefriheten.

Det finnes derimot unntak til en slik ansvarsfraskrivelse i forbrukerkjøpsloven, hvor det står i lovens § 3, at «*Det ikke kan gjøres gjeldende vilkår som er ugunstigere for forbrukeren enn det som følger av loven her*». Dette må forstås som et forbrukervern av den svakere part, hvor partenes stilling er tatt inn. Et problem som kan oppstå, er at det ikke nødvendigvis er forbrukeren som er den svakere part i alle forbrukerkjøp. Det følger av rettspraksis¹¹⁵ at en forbruker kan være å regne som en «*velstående privatkunde*», som gjør at de gjerne ikke er å anse som den svakere part, selv om motparten er å anse som en næringsdrivende og dem selv en «forbruker». I Fokus bank-dommen fikk ikke forbrukeren medhold i sitt krav om erstatning og heving, fordi han var dels forbruker og dels næringsdrivende, og var såpass velstående at han ikke kunne anses som en svakere part som loven hadde som hensikt å beskytte.

¹¹¹ Lov 1993 11. Juni nr. 66 - Lov om Pristiltak (Pristiltakloven)

¹¹² Jo Hov og Alf Petter Høyberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 411

¹¹³ Jo Hov og Alf Petter Høyberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 412

¹¹⁴ Jo Hov og Alf Petter Høyberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 414

¹¹⁵ Rt. 2012 s. 1926 (Fokus Bank-dommen) avsnitt 2.

«Langsiktighet» kan også være med på å gjøre at avtalens innhold blir sett på som urimelig.¹¹⁶ Avtaler som inngås i dag, kan i noen tilfeller være for knapt et døgn, eller de kan vare livet ut mellom partene, eventuelt være på «ubestemt tid». Personlige servitutter er et eksempel på en avtale som varer livet ut, og som gjerne opphører når personen som har fått denne eksklusive rettigheten går bort. For eksempel en veirett over en annen manns tomt, som blir gitt pga. at naboen er blitt gammel og dårlig til beins, og dermed har han fått en rett til å spasere over naboens hage. Når den eldre naboen dør, vil ikke denne rettigheten kunne gis til hans livsarvinger, fordi den var personlig.

Fremtiden er aldri sikker, som gjør at det som en gang ble avtalt, ikke nødvendigvis betyr det samme om noen år. Dette medfører at jo eldre en avtale er, jo større sannsynlighet er det for at avtalen kan virke urimelig for enten den ene eller begge avtaleparter.¹¹⁷ Avtalelovens § 36 ble endret i 1983 til å bli en generalklausul, og de to første sakene som omhandlet den nye avtl. § 36 kom allerede i 1988. Begge disse avgjørelsene var plenumsdommer, som vil si at det temaet som var oppe for behandling er av særskilt betydning. Dette krever at det sitter flere enn fem dommere til stedet, jf. Røstad-dommen og Skjelsvik-dommen.¹¹⁸

Både Røstad- og Skjelsvik-dommen omhandlet begge langsiktige leieavtaler av tomt, hvor inflasjonen i pengeverdien hadde ført til at leievederlaget ble ansett for å være urimelig. Røstad-dommen er den eldste avtalen, men også den første som ble behandlet av Høyesterett. Saken omhandlet en avtale mellom en grunneier og staten som ble inngått i 1899, hvor leieavtalen var på 200,- i året for en tomt på 350 dekar. Avtalen kunne heller ikke sies opp, og heller ikke reguleres ut fra en ordlydsfortolkning av avtalen. Høyesterett kom frem til på side 287 i avgjørelsen, at avtalen må anses som «klart urimelig for bortfesteren», hvor festeavtalen må vurderes ut fra situasjonen i dag. Grunneieren fikk dermed medhold i sitt krav om oppjustering av festeavgiften etter avtl. § 36.

I Skjelsvik-dommen omhandler det også en festeavgift, hvor en avtale inngått i 1955 ble ansett for å være urimelig, på bakgrunn av fall i pengeverdien. Høyesterett henviser også her tilbake til den da nylig avsagte Røstad-dommen. Høyesterett kom frem til at det ville virke urimelig å gjøre avtalen gjeldende, hvis det opprinnelig avtalte vederlaget skulle legges til grunn. Grunneieren fikk dermed medhold i sitt krav, på bakgrunn av momentet «avtalens

¹¹⁶ Jo Hov og Alf Petter Høyberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 417.

¹¹⁷ Jo Hov og Alf Petter Høyberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 417.

¹¹⁸ Rt. 1988 s. 276 (Røstad-dommen) og Rt. 1988 s. 295 (Skjelsvik-dommen).

innhold», med bakgrunn i langsiktighet. At en avtale i seg selv er langsiktig, er altså ikke nødvendigvis nok til å gjøre den ugyldig, jf. rettspraksis¹¹⁹, hvor det i denne saken var snakk om en uoppsigelig leieavtale, som ikke kunne tilsidesettes etter reglene i avtl. § 36.

Ved hensyn til styrkeforholdet mellom partene, kan det tenkes at en langsiktige avtaler oftere vil være urimelige for den svakeste parten. Der en mer profesjonell eller annen ressurssterk part har en større sjans til å forutse mulige negative konsekvenser, og har en mye større mulighet til å ta vare på og sikre egne interesser. For eksempel ved hjelp av advokater og andre sakkyndige på området, som er et resultat av at den ressurssterke har større mulighet til å ta i bruk disse.

Videre eksempel på dette kan være en vanlig borger som leier ut en tomt til kommunen. Dersom kroneverdien øker på grunn av inflasjon, som gjør at leiesummen blir urimelig lav som i Røstad- og Skjeldsvik-dommen, må avtalen kunne anses for å være ugyldig. Det er ikke nødvendigvis gitt at det kan stilles samme forventninger til en privatperson som inngår langsiktige avtaler, som det kan gis til for eksempel en kommune med mye større ressurser.

«*Forholdet ved avtalens inngåelse og senere inntrådte forhold*» vurderes gjerne opp mot hverandre når det kommer til rimelighetsvurderingen, jf. forarbeidene.¹²⁰ Med forholdene ved avtalens inngåelse, ses det tilbake på de mangler som var der før avtalen ble inngått. Disse kan gjerne være en mangel som skulle endres til ikke å være en mangel etter at avtalen ble inngått, men som fremdeles viser seg å eksistere i ettertid. Eksempelvis ved kjøp av bruktbil, hvor det mangler hjulkapsler eller interiøret viser seg å være mangelfullt. Dette har selger sagt at han skal fikse før overlevering av bilen, noe som aldri blir gjort.

I motsetning ved senere inntrådte forhold må en se på de mangler som har oppstått i ettertid, etter at avtalen ble inngått, og som ikke nødvendigvis kan forventes å skje med det første. Dette kan for eksempel være den samme bilen som i det første eksempelet, men hvor motoren også slutter å virke, når avtalen sier at motoren nylig var inne for inspeksjon. En gjenstand er så klart ikke evigvarende, og bruktbilen, som alt annet, vil naturligvis forringes i tilstand på et eller annet tidspunkt. I tilfeller hvor dette skjer mye tidligere enn en vanlig person kan forvente av objektet det gjelder, må dette falle inn under et «senere inntrådt forhold».

¹¹⁹ Rt. 1995 s. 1333.

¹²⁰ NOU 1979: 32 – Side 61.

Andre forhold ved avtalens inngåelse, er for eksempel «god tro»-kravet. Dette er når klausulen ikke uttrykkelig, verken i ordlyden eller i forarbeidene, sier at det stilles et krav til at medkontrahenten må være i god tro, men at dette må vektlegges i en rimelighetsvurdering.¹²¹

Dette kan også knyttes opp mot partenes stilling, hvor kravet til god tro må ilegges en større vekt ved for eksempel et forbrukerforhold, enn i de tilfeller der begge parter er likestilt. En svakere part vil enklere kunne påberope seg kravet til god tro når de inngår avtaler med en større, og ofte profesjonell aktør. Dersom for eksempel en forbruker bestiller en gjenstand fra Elkjøp, vil forbrukeren forvente at den næringsdrivende har kontroll på hva de driver med, og at kvaliteten er deretter. Derimot, hvis den samme forbrukeren bestiller den samme vare på Ebay eller fra andre mindre profesjonelle aktører, vil kvaliteten kunne variere. Igjen, hvor begge parter fungerer som ledd i næringsvirksomhet, vil kravet til god tro veie mindre, ved at profesjonelle parter har en plikt å sikre egne interesser, som ofte må tas på egen kappe. Dette kommer som en naturlig følge av avtalefriheten i Norge, hvor en i utgangspunktet inngår avtaler på egen risiko.¹²²

For at det skal foreligge urimelighet på bakgrunn av de senere inntrådte forhold, stilles det et krav om at de faktiske forholdene for at avtalen i utgangspunktet ble inngått, har endret seg på en uventet måte.¹²³ Adgangen til denne avtalerevisjonen var før kun forankret i den uskrevne læren om bristende forutsetninger, men har i ettertid blitt nedskrevet i lov, som blant annet avtl. § 36 andre ledd.¹²⁴ En relativt ny avgjørelse fra rettspraksis som belyser bruken av dette begrepet er Rt. 2013 s. 796. Avgjørelsen omhandlet et forsikringsoppgjør, der det først ble utbetalt et engangsbeløp, basert på den skaden som forelå på et tidspunkt. Senere, etter at saken var over, viste det seg at skaden var mye verre, og det økonomiske tapet var større enn det først var anslått. Tap av arbeidsevne hos den skadde ble utregnet til å være større, og den skadelidte hadde dermed krav på et større forsikringsbeløp. Andre eksempler på senere inntrådte forhold, kommer også til anvendelse som et betydelig moment i Røstad- og Skjelsvik-dommen, som blir nevnt over.¹²⁵

¹²¹ Jo Hov og Alf Petter Høyberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 418.

¹²² Jo Hov og Alf Petter Høyberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 424.

¹²³ Jo Hov og Alf Petter Høyberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 423.

¹²⁴ Jo Hov og Alf Petter Høyberg, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 s. 423.

¹²⁵ Rt. 1988 s. 276 (Røstad-dommen) og Rt. 1988 s. 295 (Skjelsvik-dommen).

Sett opp mot partenes stilling, vil en parts styrkeforhold ofte ha noe å si om de senere inntrådte forhold som en part kan forvente, eller søke å unngå. En ressurssterk part har ofte mer erfaring, eller ressurser til å sikre seg mot at de avtaler som blir inngått, ikke slår negativt tilbake i fremtiden. I motsetning til en svakere part, hvor naivitet og lite erfaring på området kan føre til en ufullstendig forståelse av hva avtalen innebærer i sin helhet. Det finnes så klart unntak, hvor det er umulig eller mye vanskeligere å sikre seg mot hva som kan skje i det fremtidige avtaleforholdet, for eksempel force majeure, eller som vist i Skjelsvik-dommene hvor kroneverdien ble redusert.

Med *omstendighetene for øvrig*, må det forstås som alt annet, så lenge det er av verdi for en av partene. Dette vil kunne benyttes som et moment i den skjønsmessige helhetsvurderingen om verken en avtale er urimelig eller ikke. Det er dermed ingen uttømmende liste over hva som kan spille inn i en slik vurdering, og bare fantasien til rettsanvenderen kan sette en grense for hvor denne stopper. Noen momenter som for eksempel benyttes på denne delen er fremmedspråk, liten skrift, bruk av forskjellige faguttrykk osv. Sett opp mot styrkeforholdet mellom partene, kan for eksempel en som ikke forstår det språket som avtalen er skrevet på, gjøre at det oppstår problemer. Han går muligens glipp av viktige punkter i avtalen som han kanskje ellers ikke ville gått med på, hvis avtalen var skrevet på hans eget morsmål. Det er ofte den sterkeste parten som har utformet avtalen, og det vil ofte være han som har bestemt hvilket språk avtalen skal framstilles på.

6 Ulike typer partsforhold og avtaler mellom disse

6.1 Avtaler mellom profesjonelle parter

Avtaler mellom to næringsdrivende og andre profesjonelle parter er ikke uvanlige i dag, og det blir inngått avtaler mellom disse på en daglig basis. Målet deres med å inngå kontrakter er som regel å tjene penger, eller oppnå en fortjeneste i en eller annen form, eller erverve seg en gjenstand eller rettighet.

Avtalefriheten står veldig sentralt ved avtaler inngått mellom profesjonelle, og det skal mye mer til for å tilsidesette denne avtalen gjennom for eksempel reglene i avtl. § 36. Lovene som kommer til anvendelse mellom profesjonelle er også gjerne deklarasjonsloven, for eksempel kjøpsloven eller avtaleloven. Når det oppstår problemer mellom profesjonelle, er gjerne målet å fortsette å inngå avtaler, hvor ingen av partene nødvendigvis ønsker å heve avtalen i sin

helhet, men heller rette opp i manglene, eventuelt å oppnå en eller annen form for lemping. Herunder ligger også prinsippet om av avtaler skal holdes, og dette på respekteres.

Med lemping må det forstås som en reduksjon i et krav, ofte et erstatningskrav eller en ytelse, basert på en rimelighetsvurdering. Lemping kan likevel skje i tilfeller hvor alle vilkår og andre krav er til stedet, som for eksempel de kumulative erstatningskrav eller andre avtalevilkår, dersom resultatets omfang er å regne som urimelig tyngende for en part. Hva som er å anse som urimelig tyngende, er basert på en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor blant annet styrkeforholdet mellom de forskjellige partene kan spille en stor rolle i vurderingen.

Det oppstår ofte problemer mellom to profesjonelle parter, men det har vist seg gjennom rettspraksis at det ikke stilles et særlig vern til disse parene. Dette gir dermed grunn til å spørre om rettspraksis har utformet en praksis som gjør det nesten umulig å benytte seg av reglene om lemping, særlig i kontraktsforhold mellom profesjonelle. Denne delen vil ta for seg noen kjente avgjørelser, for å illustrere hvor hardt Høyesterett slår ned på muligheten for lemping mellom profesjonelle, og hvor «partenes stilling» ikke blir tillagt særlig vekt.

En av grunnene til at profesjonelle parter ikke får den samme tryggheten som for eksempel en forbruker, har med hensyn til forutberegnelighet¹²⁶ å gjøre. Dette har også med at profesjonelle parter er bedre i stand til å kunne ivareta egne interesser, før de velger å inngå en avtale. I motsetning til det som forventes av en forbruker eller en ikke-profesjonell part, vil en profesjonell part også gjerne benytte seg av en allerede ferdigskrevet avtale (ofte en standardavtale), eller ved bruk av advokat/andre fagkyndige. Dette kom også Høyesterett frem til i den tidligere henviste Skjelsvik-dommen¹²⁷, hvor høyesterett uttaler på side 301, at «... hvor det kan være særlig grunn til å la hver part bære risikoen for sine forutsetninger».

Ved tolkning av avtaler mellom profesjonelle parter, må en alltid starte i avtalens ordlyd. Dette gjelder for begge avtalepartene når de skal finne ut hva som egentlig er blitt avtalt, den berørte tredjepart, men også domstolene og andre rettsanvendere. Rettspraksis¹²⁸ har blant annet uttalt at: «Utgangspunktet er at kontrakter i næring mellom profesjonelle parter må

¹²⁶ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 231

¹²⁷ Rt. 1988 s. 295 (Skjelsvik-dommen) Side 301.

¹²⁸ Rt. 2003 s. 1132 (Fornebu-dommen) avsnitt 34.

fortolkes objektivt, jf. Rt. 2002 s. 1155 og Rt. 2000 s. 806». (Se redegjørelse av sakens faktum i del 4.1)

At en avtale tolkes objektivt er bare hovedregelen, men det er ikke til hinder for at den kan tolkes subjektivt. At en avtale tolkes objektivt kan dog være med på å sikre forutberegnelighet for andre berørte parter, typisk tredjepersoner. En tredjepart vil dermed enkelt kunne se hen til avtalens ordlyd, for deretter å klargjøre hvilke forpliktelser eller forventninger som kommer til anvendelse.

Dersom en subjektiv forståelse av avtalen skal legges til grunn, hvor partene har en felles forståelse av avtalen, må denne forståelsen avvikes fra ordlyden. Dersom ordlyden er klar og tydelig, må det sterkere bevis til for å kunne legge til grunn en avvikende felles forståelse. Bevisbyrden hviler dermed på den som påberoper seg den subjektive tolkningen, ellers må tolkningen falle tilbake på en objektiv tolkning av ordlyden. Et typisk eksempel på akkurat dette kom frem i rettspraksis tidlig i 1920¹²⁹, hvor en selger av tran tolket «damptran» som tran laget av hval, og hvor han leverte dette, men kjøper forventet en annen type tran. Etter bransjespråket betydde «damptran» at tranen var damprenset medisintan, og at det var fremstilt av torskelever, som igjen var mye mer verdifullt enn tran laget av hval. Kjøper fikk medhold i sitt krav om feillevering av vare.

Dersom ordlyden er uklar, må domstolene ta utgangspunkt i partenes forutsetninger for avtalen ved avtaleinngåelsen. Uklarhetsregelen kommer ikke nødvendigvis på banen i tilfeller hvor begge parter anses som profesjonelle, i motsetning til når partene ikke anses som likeverdige som i et forbrukerforhold.

Ved spørsmålet om «partenes stilling» i et kontraktsforhold ved to profesjonelle parter, er det ikke til hinder for at generalklausulen også kan bli anvendelig selv her. Dette støttes blant annet av juridisk teori og rettspraksis¹³⁰, hvor Høyesteretts mindretall uttaler på side 943, andre avsnitt, at: «*avtaleloven § 36 også gjelder kontrakter mellom profesjonelle kontraktsparter, er etter min mening ikke tvilsomt*». Saken gikk ut på en krangel om tilbakebetaling av utgifter mellom to profesjonelle aktører, hvor den ene parten var en profesjonell entreprenør og den andre var staten.

¹²⁹ Rt. 1920 s. 890.

¹³⁰ Rt. 1999 s. 922 Side 943.

I teorien kan lemping av avtaler mellom profesjonelle parter, spesielt etter reglene i avtl. § 36, også la seg gjennomføres. Ved at partenes stilling kun anses som et moment i den totale vurderingen, har det vist seg at dette ikke alene er nok for å kunne føre til verken lemping eller tilsidesettelse av avtalen. Det har faktisk til nå ikke ført frem¹³¹ hos domstolene, noe som kanskje må anses som kritikkverdig av lovgiver, men også av domstolene. Lemping etter generalklausulen er i utgangspunktet laget for forbrukerforhold, som gjør at terskelen for at den skal kunne benyttes på profesjonelle kontraktsforhold er satt vesentlig høyere.¹³²

Et eksempel på denne terskelen bli blant annet vist i Ula-dommen¹³³, hvor et oljeutbyggeselskap (BP Petroleum Development) gikk til sak mot Statoil. Saken gikk ut på at råolje skulle transporteres gjennom en rørledning, hvor vederlaget for transporten av oljen ble fastsatt til et månedlig beløp, og et beløp per transporterte enhet. I senere tid viste det seg av oljefeltet produserte mer enn de hadde forutsett, og felteierne krevde dermed en reduksjon i vederlaget, som de ikke fikk gjennomslag på. Retten uttalte på side 236 at: *«I kommersielt pregede kontraktsforhold skal det mer til før en domstol vil konstatere urimelighet og dekretere sensur. Og høyst må listen åpenbart legges når det, gjelder 'big business'»*. Dette må forstås slik, at Høyesterett mener at terskelen for at en avtale skal kunne lempes eller tilsidesettes etter reglene i avtl. § 36, er satt svært høyt mellom profesjonelle parter.

Andre avgjørelser hvor avtl. § 36 ble benyttet, men ikke førte frem mellom to profesjonelle, er Oslo Energi-dommen¹³⁴, og Fornebu-dommen.¹³⁵ I Oslo Energi-dommen ble det uttalt på side 815, at *«Mitt utgangspunkt er at avtalens prisbestemmelse er klar, og at det må kreves sterke grunner for å sette den til side»*. Partene i saken var en kraftleverandør mot en kommune. Høyesterett la i dette tilfellet avgjørende vekt på avtalens ordlyd, hvor de mente den var såpass klar at det måtte sterke grunner til for å tilsidesette den. Partene måtte kunne ivareta sine egne interesser ved inngåelse av avtaler, med tanke på deres profesjonalitet. Noe lignende kom de frem til i Fornebu-dommen i avsnitt 46, hvor Høyesterett uttalte at *«Det kreves ... svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i*

¹³¹ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3.utgave, Oslo 2014 s. 231 – Ingen saker har ført frem side boken ble publisert i 2013, og jeg klarer heller ikke å finne noen saker som har ført frem til nå (Mars 2019).

¹³² Johan Giertsen, *Avtaler*, 3.utgave, Oslo 2014 Del 28.2.

¹³³ Norske voldgiftsdom av (ND)1990-204 Side 236.

¹³⁴ Rt. 2000 s. 806 (Oslo Energi-dommen)

¹³⁵ Rt. 2003 s. 1132 (Fornebu-dommen)

næring mellom profesjonelle parter». Terskelen må dermed igjen forstås som veldig høy, for at generalklausulen skal komme til anvendelse på avtaler mellom profesjonelle parter.

At begge parter er å anse som profesjonelle parter, betyr ikke at det ikke kan oppstå ujevne styrkeforhold mellom disse parter. Slike tilfeller kan for eksempel være at den ene parten er en mindre bedrift, ny i næringen, har mye færre ansatte enn motparten, eller bare er mye mindre ressurssterk enn den andre i form av økonomi eller kunnskap/erfaring.¹³⁶ Dersom det ujevne styrkeforholdet i seg selv ikke har påvirket avtalens innhold, vil dette på lik linje med forbrukerforhold ikke ha noe å si for avtalen. Det må forstås slik, at det er først når den sterkeste parten har utnyttet eller helst misbrukt sin sterkere posisjon, at momentet «partenes stilling» vil få noen som helst betydning i avgjørelsen.

6.2 Avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende

Som beskrevet over i del 5.3, er forbrukeren typisk den ressursvake parten, hvor momentet «partenes stilling» kommer klart til anvendelse, og formålet er forbrukervern. Hovedregelen er at den svakere/ressursvake parten skal beskyttes mot å bli utnyttet av den sterkere part. Problemet med denne hovedregelen, er at den ikke setter en konkret grense for når denne beskyttelsen ikke lenger er nødvendig. Som nevnt i del 2.5 og 5.3, finnes det ifølge rettspraksis¹³⁷ en såkalt «velstående privatkunde». Disse kundene er etter lovens ordlyd å regne som en forbruker, jf. fkjl. § 1 tredje ledd, men vil i praksis fungere som en profesjonell næringsdrivende, eller en noe mer likestilt, eventuelt overlegen part.

Avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende er også gjerne beskyttet av preseptorisk lovgivning, for eksempel forbrukerkjøpsloven. Ved at preseptorisk lovgivning kommer til anvendelse, gjør det at grensen skyves enda høyere, og den sterke forbrukeren blir enda mer beskyttet. Dette er i utgangspunktet et positivt grunnlag, men det kan tenkes at enkelte «forbrukere» misbruker denne beskyttelsen.

I tilfeller hvor forbrukeren har mer kunnskap eller erfaring fra næringslivet, vil han kunne forhandle til seg en avtale som kanskje vil virke urimelig fra en profesjonell parts side. Med begrepet «partenes stilling» i for eksempel avtl. § 36 andre ledd, peker den ikke direkte på «forbruker» eller en «næringsdrivende», men at den heller søker etter å finne et skille mellom styrkenivåene til partene, i en skjønnsmessig helhetsvurdering.

¹³⁶ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 231.

¹³⁷ Rt. 2012 s. 1926 (Fokus Bank-dommen) avsnitt 2

Eksempler på tilfeller hvor en forbruker er å regne som mer erfaren/kunnskapsrik enn den næringsdrivende, er for eksempel ved spesialbestilling av varer gjennom den næringsdrivende. For eksempel ved at en forbruker går til Elkjøp og bestiller en spesifikk datadel. Forbrukeren har sannsynligvis gjort sine forhåndsundersøkelser før salget, noe som ikke kan forventes av en næringsdrivende i at han er hundre prosent oppdatert på hver eneste datadel som stadig byttes ut med nye deler. Mens forbrukeren kun må sette seg inn i den ene delen, har den næringsdrivende tusenvis av ting han må sette seg inn i, hvor informasjonen stadig endres. I en vurdering sett i lys av avtl. § 36 i et slikt tilfelle, må forbrukeren, selv om han er beskyttet av forbrukervernet, ikke få den samme beskyttelsen som i et vanlig tilfelle av forbruker-næringsdrivende. Avtl. § 36 er basert på en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor partenes stilling er ett av mange momenter i den totale vurderingen. At partenes stilling nå har endret seg til å bli et mer likestilt tilfelle, vil definitivt bli tatt med i vurderingen, som kan gå på bekostning av forbrukerens forbrukervern.

Det er mange eksempler fra rettspraksis hvor den svake part vinner frem, hvor Høyesterett har valgt å vektlegge partenes stilling i favør av den svakeste av dem, gjerne i tilfeller hvor den ene er forbruker. For eksempel Rt. 1991 s. 147 (Bergårdveien), Rt. 1995 s. 1540 (Sinnsvekket kausjonist), Rt. 2013 s. 388 (Røeggen) og Rt. 2013 s. 769 (Avtalt erstatningsoppgjør).

Sistnevnte gikk ut på at en skadet person hadde akseptert et beløp på et forsikringsoppgjør som «endelig», men at fremtidig inntektstap ikke var en del av dette fordi den skadde ikke var å anse som ufør. Når det senere viste seg at den skadde ble 50% ufør, kom det et nytt krav om erstatning for dette tapet også. Høyesterett kom dermed frem til at avtl. § 36 måtte få anvendelse, og at forsikringsselskapet måtte betale for dette også.

Hensynet til «Partenes stilling» ble også et avgjørende argument i Røeggen-dommen¹³⁸, hvor saken gikk ut på at en forbruker kjøpte aksjeobligasjoner hos en bank, hvor produktet var markedsført som en god investering for potensielle kjøpere. Banken hadde i sin markedsføring gitt informasjon som ble ansett som noe misvisende og vanskelig å forstå for en vanlig forbruker, eller en ikke-profesjonell part. Høyesterett kom frem til at avtalen måtte settes til side i sin helhet, med avgjørende vekt på momentet «partenes stilling» i avtl. § 36. Høyesterett mente at resultatet ikke ville blitt det samme, dersom kjøperen av aksjeobligasjonene var en profesjonell part. Høyesterett uttalte blant annet i avsnitt 61 at: *«Jeg vil imidlertid føye til at direktivet må ses som uttrykk for et generelt syn om at forbrukere i*

¹³⁸ Rt. 2013 s. 388 (Røeggen-dommen)

møte med profesjonelle aktører har et særlig vern. Den betydelige tyngde forbrukerperspektivet har fått, må reflekteres i den konkrete rimelighetsvurderingen.».

Det er blitt vist, dersom en person ikke opererer som et ledd i næringsvirksomhet, at han vil anses som en ikke-profesjonell, og forbrukerbegrepet vil bli anvendelig, uavhengig av forbrukerens ressursstyrke. Her kommer blant annet forbrukerdirektivet inn som en viktig rettskilde.

Forbrukerdirektivet anses som en viktig rettskilde for avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende, ikke bare i Norge men også i internasjonal sammenheng. Direktivet tar for seg spørsmål om salg av løsøre mellom næringsdrivende og forbrukere, hvor de ofte svarer på spørsmål om forsinket levering, mangler og heving for å nevne noen. Formålet med direktivet er å sikre at medlemsstaten står fritt til å gi regler om forbrukervern, som gir forbrukeren bedre rettigheter enn det som ellers kommer frem av avtalefriheten, jf. Art. 8 nr. 2.

Forbrukerdirektivet kan gjerne sammenlignes med forbrukerkjøpsloven. Sett opp mot avtl. § 36, vil direktivet være med på å styrke den svake parts stilling, og legges til i vurderingen under «partenes stilling», spesielt ved forbrukeravtaler.

Direktivet har blant annet uttalt at det også må legges vekt på «alle rådende forhold»¹³⁹ ved vurderingen om avtalevilkårene er urimelige eller ikke. Til tross for at det alltid må ilegges et forbrukervern og et alminnelig forbrukerbegrep, må det også tas hensyn til om forbrukeren er ressurssterk eller svak. Dette er noe som kan være med på felle forbrukeren, som vist i Fokus Bank-dommen.¹⁴⁰ Forbrukerdirektivets formulering om verken alle rådende forhold skal ilegges vekt, kommer også til anvendelse i forarbeidene¹⁴¹, og må forstås på samme måte ut fra en ordlydsfortolkning av «omstendighetene for øvrig» i avtl. § 36 andre ledd.

I tilfeller hvor partenes stilling skal ha noe å si, til fordel for den næringsdrivende, må avtalen på tidspunktet for rimelighetsvurderingen legges til grunn. En avtale kan være rimelig ved inngåelsen av avtalen, men kan endres underveis med bakgrunn i senere inntrådte forhold/etterfølgende omstendigheter, som gjør at avtalen senere virker urimelig for en part. Denne parten kan like gjerne være den næringsdrivende som en forbruker. Et godt eksempel

¹³⁹ Forbrukerdirektivet Art. 4 nr. 1 – «... ta hensyn **til alle rådende forhold** på det tidspunkt avtalen ble inngått og til alle andre vilkår i avtalen eller i en annen avtale i tilknytning til den».

¹⁴⁰ Rt. 2012 s. 1926 (Fokus Bank-dommen).

¹⁴¹ Ot.prp.nr.89 (1993-1994) side 4 – «Vurderingen om et avtalevilkår er urimelig, (skal) foretas på bakgrunn av hvilken type varer og tjenester som er gjenstand for avtalen, og ved å ta hensyn til **alle rådende forhold** på det tidspunkt avtalen ble inngått ...»

på en avtale som virker urimelig for en næringsdrivende, er at varen han selger, enten det er råvarer eller ikke, svikter i form av mangel på verdensbasis, produksjonsstopp, eller fordi krig forhindrer at varen kan sendes inn i landet. Fortsettelse av levering blir da enten urimelig vanskelig eller umulig å gjennomføre. Avtalen må kunne lempes eller settes til side, til fordel for den næringsdrivende, noe forbrukeren bør utvise forståelse for. Forbrukervernet er ikke absolutt, men kommer kun til anvendelse i tilfeller hvor det er fare for utnyttelse, noe som anses ikke gjeldende i eksempelet over. Terskelen for at en næringsdrivende (profesjonell part) skal kunne benytte seg av avtl. § 36 mot en forbruker vil derimot være høy, men ikke utenkelig.

6.2.1 Forholdet mellom avtl. § 36 og 37

Ved avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende, har lovgiver laget en ekstra ugyldighetsregel, med et noe snevrere anvendelsesområde enn det som avtl. § 36 ellers kommer frem til, jf. avtl. § 37. Avtl. § 37 gjelder kun mellom næringsdrivende og forbrukere, og er ment for å regulere standardvilkår og standardavtaler mellom disse.¹⁴² Hovedformålet med denne paragrafen er å styrke forbrukervernet, i motsetning til avtl. § 36 som har som formål å lempe eller tilsidesette urimelige avtaler.

Ved tolkning av avtaler mellom forbrukere og næringsdrivende er det samme utgangspunkt som ved all annen avtaletolkning, at en alltid må starte i avtalens ordlyd. Hvis ordlyden er krystallklar, skal det i utgangspunktet noe mer til for å sette den til side eller at den lempes. Ved avtaler mellom forbruker og næringsdrivende, i motsetning til to profesjonelle, benyttes det ofte ferdigstilte standardavtaler som benyttes på alle forbrukere. Forbrukeren vil deretter stilles dårligere til ved avtaleinngåelsen og hans forhandlingsposisjon, hvor han ofte ikke har noe annet valg enn å godta den ferdigstilte avtalen. Det er her avtl. § 37 kommer til anvendelse.

Ved bruk av § 37 må det foretas en urimelighetsvurdering, hvor vilkårene i avtalen som kommer til ugunst for forbrukeren, vil kunne lempes eller settes helt til side. Hvis det forekommer flere tolkningsalternativ, skal det som er mest gunstig for forbrukeren prioriteres, til tross for at det er med på å innskrenke avtalefriheten.¹⁴³ Denne reglen er også preseptorisk i likhet med forbrukerkjøpsloven, som gjør at forbrukeren ikke kan fraskrive seg sine rettigheter. Dersom dette skjer, vil avtalen bli gjort ugyldig. Hvor det i motsetning til avtl. §

¹⁴² Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 3, Kapittel 8.

¹⁴³ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 3, Kapittel 8

36, er avtalefriheten mer intakt, som gjør at en avtale som er til ugunst for forbrukeren i seg selv, ikke nødvendigvis må kjennes ugyldig. Avtl. § 36 må tolkes strengere enn det som kreves av § 37, med hensyn til at den tar for seg alle avtaler, og ikke bare forbrukeravtaler.¹⁴⁴

6.3 Avtaler mellom private

Avtaler mellom private er mer komplisert enn de som har blitt nevnt over i del 6.1-2. Private avtaler kan bety så mye, hvor det raskt kan oppstå et problem i vurderingen rundt partenes stilling. Ved private avtaler, er det ingen grenser for hva som ikke kan regnes som en avtale mellom private. Det kan for eksempel være et kjøp av løsøre som kanskje er det første folk flest tenker på, som er regulert av avtaleloven. Andre avtaler som også inngås mellom private parter, er blant annet avtaler om ekteskap, samboerskap, barnefordeling, leieavtaler, arbeidsforhold eller lignende. Disse typer avtaler er ikke regulert av avtaleloven, men av egne rettsområder som ekteskapsloven¹⁴⁵ eller husleieloven.¹⁴⁶

Det vil så klart alltid oppstå tilfeller innenfor alle typer partsforhold, hvor den ene parten er mer ressurssterk enn den andre. Hvor begge partene i utgangspunktet er å anse som likestilte, så lenge det ikke foreligger andre momenter som skulle tilsi noe annet. Det kan være vanskelig i noen tilfeller å fastsette et styrkeforhold, men vil alltid foreligge forskjellige forutsetninger for avtalen mellom partene, og disse må alltid være en del av den skjønsmessige helhetsvurderingen.

Problemet som gjerne oppstår i vurderingen av partenes stilling, er hvor grensen skal settes. Lovgiver har heller ikke satt en konkret grense som skiller den svake fra den sterke. Hva som gjør en part sterkere enn den andre når begge inngår en privat avtale, beror på en helhetsvurdering av flere momenter. Den ene parten kan for eksempel være ressurssterk i form av penger, som gjør det tenkelig at han dermed har ressursene til å skaffe seg den kunnskapen han trenger før inngåelse av en avtale. Penger betyr ikke nødvendigvis at du er smart, eller har erfaring på området. Den andre parten kan derimot være fattig, men mer erfaren og kjent på området, mens den ressurssterke bare har mye penger som kommer fra arv eller andre steder som ikke har noe med avtalen å gjøre. Som sagt, det er ingen faste

¹⁴⁴ Jo Hov og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. opplag, Oslo 2012 s 392.

¹⁴⁵ Lov 4. Juli 1991 nr. 47, Lov om ekteskap (Ekteskapsloven – Forkortelse El.)

¹⁴⁶ Lov 26. Mars 1993 nr. 17, Lov om husleieavtaler (Husleieloven – Forkortelse Husll.)

holdepunkter for hva som skiller en sterk part fra en svak part, noe som gjør at det lett kan tenkes at en part kan misbruke sin stilling som sterk part, forkledd som den svake.

Ved avtaler mellom private, vil gjerne reglene i kjøpsloven komme til anvendelse, eller en annen deklarasjonslov. Det vil si at den loven som benyttes, ikke er til hinder for at avtalen kan gå utenfor de regler som er fastsatt ved lov. Her vil også prinsippet om avtalefrihet stå sterkere, enn i tilfeller hvor det for eksempel er et forbrukerforhold. Prinsippet om at avtaler skal holdes, vil også få en større vekt mellom private parter.

Formålet med private avtaler skiller seg veldig fra avtaler mellom private og næringsdrivende. Mens de andre ønsker å oppnå en fortjeneste, gjerne i form av penger, sikter private avtaler gjerne på rent private forhold, som for eksempel ønske om leie av feriehus eller at et familiemedlem blir tilgodesett og har det bra. Det er ikke til hinder for at private avtaler også går for å oppnå økonomiske fordeler ved for eksempel salg av løsøre, men avtaler mellom private er ofte mer nærstående enn mellom profesjonelle parter. Det er ikke utenkelig at partene i private avtaler gjerne har personlig bekjentskap til hverandre fra før, som ofte er mer usannsynlig i profesjonelle avtaler. Dette er med på å styrke kravet til partenes forutsetning for avtalen, som gjør at det skal mer til for at en part ikke skjønnte hva den andre parten la i avtalens ordlyd.

Ved tolkning av avtaler mellom private parter, skal det på lik linje som med to profesjonelle eller i forbrukerkjøp alltid legges til grunn en objektiv tolkning av avtalens ordlyd. I de tilfeller hvor avtalens ordlyd er klar, skal det alltid en del til for at partene kan vike fra denne, spesielt i tilfeller hvor partenes forutsetninger og etterfølgende opptreden er i samsvar med ordlyden. Hvor i de tilfeller der ordlyden er uklar, må rettsanvenderen se på praksis på rettsområdet, eller praksis mellom partene hvis det eksisterer.

I tilfeller hvor partene er å regne som likestilte, hvor hverken den ene eller den andre er å regne som sterk eller svak, må det foretas en konkret vurdering av den situasjonen en står overfor. Ved bruk av avtl. § 36 i et slikt tilfelle, må det legges vekt på den ene parten har opptrådt kritikkverdigg¹⁴⁷, eller andre forhold med partene, for eksempel om personen er ung og uerfaren, lider av sykdom eller andre momenter av relevans for saken, for at saken skal kunne lempes eller tilsidesettes. Partenes stilling i seg selv, vil ikke her gi grunnlag for verken

¹⁴⁷ Peter Håland, *Grunnleggende avtalerett*, Del 3, Kapittel 6.

lemping eller tilsidesettelse av avtalen, men heller en vurdering av de andre momentene og forholdene rundt avtalen.

Dette kom blant annet til anvendelse hos plenumsdommen i Høyesterett¹⁴⁸, hvor saken gikk ut på at fester av en tomt skulle få lov til å innløse tomten til markedspris, som igjen var i henhold til kontrakten dem imellom. Partene var begge private parter. Konflikten sto om det var grunnlag for å benytte seg av avtl. § 36, ved lemping av vederlaget som var fastsatt i avtalen. Flertallet kom frem til at dette ikke fantes grunnlag for. De valgte heller å vektlegge andre omstendigheter rundt avtalen, jf. dommens side 296-297 første avsnitt, hvor Høyesterett legger til grunn at bort-festerne flere ganger hadde kommet med utspill og tilbud om å la fester få lov til å innløse den festede tomten, men uten hell, som ville gjort at festeren kunne fått en mer gunstig pris. Høyesteretts flertall uttaler blant annet på side 297, første avsnitt at: *«I denne situasjonen her festerne kunnet påvirke innløsningstidspunktet, og dermed tidspunktet for verdsettelsen, men har nektet for å være med på dette»*. Ut fra denne vurderingen, at festerne på flere tidspunkter har fått muligheten til å påvirke innløsningssummen, men ikke tatt sjansen, gjør at de mister sin rett til å kreve en gjennomsnittlig verdi av tomten. Avtalen regnes dermed ikke som urimelig etter avtl. § 36.

Et annet eksempel fra Høyesterett, hvor de kom frem til at lemping mellom to private personer måtte få gjennomslag, er blant annet Munch-dommen.¹⁴⁹ Hvor dommen tar for seg et salg av et Munch-maleri, hvor to like parter (private parter) hadde inngått en avtale om lik fordeling av fortjenesten ved salg av dette maleriet. Den andre parten hadde derimot opptrådt kritikkverdig, ved å ha være illojal i den informasjonen han hadde gitt, og manglende betaling av innskudd. Høyesterett kom dermed frem til at det ville være urimelig å gjøre avtalen gjeldende etter reglene i avtl. § 36. All fortjeneste av salget ble kun tilkjent den vinnende part.

Som nevnt over i del 5.1, kan generalklausulen benyttes analogisk på andre områder enn formueretten, men at denne må benyttes med varsomhet, jf. forarbeidene.¹⁵⁰ Andre aktuelle rettsområder hvor begge partene gjerne er privatpersoner, og hvor det kan oppstå problemer med tanke på «partenes stilling», er blant annet ved testamentariske disposisjoner, ektepakter, husleie, arbeidsavtaler, kjøp av eiendom, servitutter og forkjøpsretter.

¹⁴⁸ Rt. 1990 s. 284 – Side 296.

¹⁴⁹ Rt. 2008 s. 1365 (Munch-dommen). – Se også Rt. 1999 s. 1495 (Halvorsen-dommen) og Rt. 2012 s. 393 (Ugland-dommen) for to like avgjørelser.

¹⁵⁰ NOU 1979: 32 – Side 42-43 og Jf. Ot.prp.nr.5 (1982-83) side 18, og Inst.O.nr.31 (1982-83) side 3.

Private avtaler innad i familien er ikke en uvanlig hendelse, og det er som regel dømt til å skje en gang i livet med alle, ofte i de tilfeller hvor det er flere enn ett barn. Dette tar oss gjerne ut av det generelle kontraktsområdet, og inn i det mer spesielle. Denne delen vil bli drøftet kort.

Ved testamentariske disposisjoner vil det i enkelte tilfeller foreligge en avtale, hvor en part enten får eller mister en gode. Det er ved testamentariske disposisjoner at det kan oppstå tolkningstvil, ofte ved forståelse om disposisjonen er en døds eller en livsdisposisjon.

Testamentariske avtaler er også gjerne mellom svært nærstående privatpersoner, for eksempel deres egne livsarvinger eller den andre ektefellen. Det kan også lages et såkalt gjensidig testament mellom nære venner eller ektefeller, som kan by på tolkningstvil ved et skifteoppgjør. Reglene for testamentariske disposisjoner, om hvordan disse skal forstås kommer til anvendelse i egen lovgivning om arv, jf. arveloven.¹⁵¹

Ved skifte av dødsbo eller ved skilsmisse mellom ektefeller, vil partene alltid måtte inngå en privat avtale, og det er ofte en risiko for at den ene parten kommer dårligere ut enn den andre. Skrifteavtaler kan også gå greit i første omgang, men bli misligholdt i ettertid. Dette åpner for at en part ønsker å benytte seg av en analogisk tolkning av avtl. § 36, for å få avtalen revidert, jf. forarbeidene.¹⁵² Spørsmålet til «partenes stilling» ved skifteavtaler kan også by på problemer. Gjerne hvor den ene parten er mye mer kunnskapsrik eller ressurssterk enn den andre parten, som gjør at den sterke utnytter den svakeste for å få med seg mest mulig aktiva ved oppgjøret. Et typisk eksempel fra tidligere praksis, er hvor mannen har vært i arbeid, mens hustruen har vært hjemmeværende med barna i mange år. I dette tilfellet vil mannen sikkert ha bedre råd til advokater, og/eller mer kunnskap enn den hjemmeværende hustruen. Dette gjør at han vil kunne utnytte eller misbruke denne kunnskapen/ressursen, til å få med seg mest ut av oppgjøret.

I utgangspunktet vil ekteskapsloven¹⁵³ være det primære rettsgrunnlaget i et skifteoppgjør mellom ektefeller, men det er ikke til hinder for at generalklausulen i avtl. 36 skal kunne komme til anvendelse (se del 5.1 om analogisk bruk av avtl. § 36). Ekteskapsloven har derimot sine egne regler for å sette til side eller lempe en urimelig avtale, jf. el. § 59 annet

¹⁵¹ Lov 3. Mars 1972 nr. 5, Lov om arv m.m. (Arveloven – Forkortelse AL.)

¹⁵² NOU 1979: 32 – Side 59, 3. avsnitt.

¹⁵³ Lov 4. Juli 1991 nr. 47, Lov om ekteskap (Ekteskapsloven – Forkortelse EL.)

ledd. Et eksempel fra Høyesterett hvor en avtale ble revidert etter el. 59 etter at skifteoppgjøret var gjennomført, er Rt. 1990 s. 1099.

Denne avgjørelsen gikk ut på at en av partene skulle få beholde den felles boligen, mot en mindre takst, slik at barna kunne fortsette å bo i deres barndomshjem. Bare seks måneder etter at oppgjøret var endelig, ble huset solgt med en god fortjeneste. Den andre parten krevde dermed at avtalen (skifteoppgjøret) ble revidert etter el. 59 annet ledd, noe som Høyesterett ga medhold i. I vurderingen av de «etterfølgende omstendigheter» og tolkning av el. § 59, valgte Høyesterett å se på el. 59 i lys av avtl. § 36.

Andre avtaler som typisk er mellom privatpersoner, men også hvor det ofte oppstår problemer ved momentet «partenes stilling», er arbeidsforhold og utleieforhold. Ved arbeidsforhold, kan det gjerne være at du ansetter en person til å klippe plenen din. Dette er en vanlig avtale mellom to private parter, hvor selv de minste og simpleste jobber kan by på problemer. For eksempel spørsmålet om lønn, hvem som står for å holde med utstyr, erstatning ved skade eller lignende. Det er mange problemer, hvor gjerne den som ansette vil bli ansett som den sterkere parten, fordi det er han som har ressursen til å ansette en person, mens den ansatte vil bli sett på som den svake, selv om dette ikke nødvendigvis er tilfelle.

Ved leieforhold er det mye praksis hvor leietaker eller utleier lager bråk. Her vil i utgangspunktet husleieloven¹⁵⁴ komme til anvendelse, men som vist over, kan avtl. § 36 benyttes analogisk på andre avtalerettslige forhold. Spørsmålet blir gjerne hvem som trenger et beskyttelsesvern. I vurderingen om partenes stilling skal komme til anvendelse, vil det være vanskelig å skille en svak part fra en sterk en. Selv om det ville være mest nærliggende å anta at den som leier er svakere enn det som utleier, basert på reelle hensyn. Hvor det ville virke at den som har råd til å leie ut en bolig den selv ikke bor i, vil være mer ressurssterk enn den som ser seg nødt til å leie.

Servitutter og forkjøpsretter er også avtaler som ofte inngås mellom to privatpersoner. Spesielt ved servitutter, hvor det ofte blir gitt en personlig servitutt, som ofte innebærer at innehaveren ikke kan selge den videre, og at den utgår ved hans eller hennes død. Et typisk eksempel på en slik servitutt vil være en veirett over annen manns eiendom. Servitutten kan også være en såkalt «negativ servitutt» eller en «positiv servitutt», hvor heftelsen enten påbyr

¹⁵⁴ Lov 26. Mars 1993 nr. 17, Lov om husleieavtaler (Husleieloven – Forkortelse Husll.)

eller forbyr innehaveren av servitutten fra å iverksette noe på sin eller annen manns tomt. Det er i slike tilfeller at avtl. § 36 gjerne kan bli aktuell, hvor en gammel servitutt, enten den er negativ eller positiv, må anses for å enten ha «gått ut på tid», eller at den rett og slett er urimelig i sin ordlyd. Ved bedømmelse av partenes stilling, vil det igjen være tilfeller hvor for eksempel den ene misbruker sin sterke posisjon til å utnytte den andre til å enten gi fra seg eller gå med på enkelte servitutter som han egentlig ikke ønsker å være en del av. Også hos Rettspraksis¹⁵⁵ kan man se at avtl. § 36 kommer til anvendelse på rettsområdet som omhandler servitutter.

Denne dommen handlet om en veirett over annen manns eiendom, som var under trussel om å bli ekspropriert, som en følge av at den omtvistede eiendommen gikk fra å bli brukt som jordbrukseiendom til fritidseiendom. Den ene parten valgte dermed å henvise til avtl. § 36 om at veiretten var ugyldig, hvor Høyesterett valgte å se bort fra avtl. § 36 som en mulig løsning, men heller å legge til grunn at tvisten kunne løses på bakgrunn av annen lovgivning som var mer nærliggende på området, jf. Lov 21. Juni 1963 Nr. 23 – Lov om vegar (veglova) § 53. Høyesterett uttaler i avsnitt 24, at «*Avtalen kan heller ikke endres etter avtalelovens § 36. Hvis det anses uheldig at eiendommen som fritidseiendom ikke har veirett, kan en slik etableres ved ekspropriasjon etter veilovens § 53.*». Avtl. § 36 kom ikke til anvendelse i denne avgjørelsen, men den viser at den også kan bli anvendt på dette rettsområdet.

Ved salg av enebolig eller annen fritidseiendom er det som regel to muligheter å anskaffe seg disse. En kan enten gå til et meglerkontor, enten et privat eller et offentlig (bank), eller en kan oppsøke en privatperson som ønsker å selge personlig, uten hjelp fra en tredjepart.

I tilfeller hvor det foregår et salg av bolig/eiendom, vil reglene i avhendingslova¹⁵⁶ komme til anvendelse, og det er ikke unormalt at dette skjer mellom to privatpersoner. Problemet ved at det skjer mellom to privatpersoner, er hvor «partenes stilling» kommer inn i bildet. Det kan godt tenkes at begge parter, både selger og kjøper er å anse som amatører, men hvor lovgiver ønsker å tillegge den ene parten et såkalt «forbrukervern».¹⁵⁷

I følge doktoravhandlingen til Anderssen, ønsker lovgiver å tillegge kjøper et «forbrukervern», fordi han anses som en «forbruker» av boligen, og må forstås som den

¹⁵⁵ Rt. 2007 s. 604

¹⁵⁶ Lov 3. Juli 1992 nr. 93, Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

¹⁵⁷ Harald Benestad Anderssen, *Avhandling levert for graden Philosophiae Doctor — Ved tittelen: «Fordeling av mangelsrisiko ved omstening av brukte boliger mellom privatpersoner»*, Tromsø 2014 s. 237.

svakere part. Lovgiver ser på kjøp- og salg av bolig som et «kjøperperspektiv», hvor kjøper vil være den mest sårbare part, som trengs beskyttelse mot den sterke (ofte selger). Dette er Anderssen kritisk til. Han mener i sin avhandling¹⁵⁸, at risikoen ved salg av bolig bør deles på begge kontraktsparter, og ikke bare på selger. Dette vil bety at, hvis den ene parten får et vern, må dette vernet «gå ut over» den andre parten.¹⁵⁹

Det er ikke utenkelig at den ene parten er mye mer ressurssterk enn den andre i et boligsalg. Ta for eksempel deg selv som selger av bolig, mot Olav Thon som kjøper av bolig. Tanken om at det automatisk skal gå over til å verne kjøper, kun fordi han havner i samme situasjon som en «forbruker» ved å være den som kjøper en «gjenstand», finner jeg vanskelig for å forstå. Gitt at kjøper eller selger ikke har misbrukt sin posisjon til å inngå en avtale, bør begge parter anses som likestilte, til det motsatte er bevist, eller at dette har påvirket inngåelsen av avtalen. At det foreligger en styrkeforskjell i seg selv er ofte umulig å unngå, men i seg selv ikke nok til å tilsidesette en avtale etter verken avhendingslova eller avtl. § 36. Ved bruk av avtl. § 36 ved salg av fast eiendom, må generalklausulen forstås som en regel som kan benyttes på alle avtaler som innebærer bindende disposisjoner, gjerne gjennom en analogisk tolkning av regelen, jf. forarbeidene.¹⁶⁰

Ved avtaler mellom private, ønsker Høyesterett å avslutte forholdet relativt kjapt, men mist mulig komplikasjoner. Dette har sin hensikt ved at private parter ofte har et nære relasjon, i motsetning til det en forbruker ofte har til en næringsdrivende. Ved bruk av avtl. § 36, sikter Høyesterett på å ilegge stor vekt ved avtalens forutberegnelighet, og ønske om å avslutte forholdet, slik at partene kan gå videre.

7 Konklusjon

Over tid har Høyesterett stått overfor en del tvister ved tolkning av kontrakter og deres innhold, som har ført til at det har blitt utviklet en fast praksis på området. Ved hjelp av rettspraksis og lovgiver, har det utviklet seg en rekke momenter som må være med i deres vurderinger. Hvor blant annet «partenes stilling» er et av de momentene som må med i denne helhetsvurderingen, spesielt ved bruk av avtaleloven § 36. Ved å vurdere partenes stilling, avgjør de om det foreligger et styrkeforhold mellom partene, som igjen vil være av betydning

¹⁵⁸ Side 239.

¹⁵⁹ Side 239.

¹⁶⁰ NOU 1979: 32, Side 59.

for hvilken vekt de andre momentene i vurderingen skal tillegges I visse tilfeller, vil et ubalansert styrkeforhold være avgjørende for om en avtale må kjennes gyldig eller ikke.

Ved avtaler mellom to profesjonelle parter, har Høyesterett lagt listen høyt, og etter min mening kanskje litt for høyt for at en avtale skal kunne tilsidesettes eller lempes etter avtl. 36. Dette har med at partene anses såpass profesjonelle, at det er opp til dem selv, og ikke høyesterett å gripe inn i deres rettsorden.

I vurderingen vil Høyesterett alltid ta en objektiv vurdering av ordlyden, hvor en klarere ordlyd nesten er umulig å fravike. Dette har med forutberegnelighet å gjøre, hvor det må antas at en profesjonell part er i stand til å ta vare på egne interesser, og hvor risikoen for dårlige avtaler er en del av å være profesjonell forhandler. Ellers ved en klar ordlyd, skal det utrolig mye til for at andre momenter vil ha noen betydelig vekt i vurderingen, ved tolkning av avtalen.

Momentet «partenes stilling» vil nesten være verdiløst i en vurdering mellom to profesjonelle parter, selv om det klart kan oppstå ulike styrkeforskjeller. Dersom det foreligger en felles forståelse av ordlyden, og begge parter er enige om denne forståelsen, vil denne bli lagt til grunn, uansett om ordlyden ellers er klar. Det kreves sterke bevis for at det foreligger en slik felles forståelse, og bevisbyrden ligger på den som påberoper seg en slik felles forståelse. Ved avtaler mellom profesjonelle parter, kommer også gjerne deklarasjonelle lover til anvendelse, som gjør at avtalefriheten illegges stor vekt.

Det har hittil ikke vært først en sak for Høyesterett, hvor spørsmålet om lemping etter avtl. § 36 mellom to profesjonelle parter har vunnet frem i sitt krav. Dette har med forutberegnelighet å gjøre, men må forstås slik at kravet nesten er å anse som umulig å bruke i praksis på profesjonelle avtaleforhold.

Ved avtaler mellom en forbruker og en næringsdrivende derimot, vil det foreligge et såkalt «forbrukervern», hvor partenes stilling vil ha spille en mye større rolle enn hvis begge var næringsdrivende (profesjonelle). Momentet «partenes stilling» vil ha størst vekt i vurdering, med bakgrunn i hensynet til avtl. § 36, som er å beskytte den svakere part fra å bli misbrukt av en mer ressurssterk part. Det er dermed mye mer sannsynlig å vinne frem med avtl. § 36 i en forbrukeravtale, enn ved noen annen avtale.

Forbrukervernet er etter min mening et nødvendig vern i de fleste tilfeller, men det tolkes enkelte ganger for strengt. I de fleste tilfeller vil en forbruker være den svake part, men det mangler en konkret grense for når forbrukeren overstiger sin rett til dette vernet.

Forbrukervernet anses dermed litt urettferdig, i de tilfeller hvor forbrukeren er mye mer ressurssterk. Så lenge forbrukeren ikke handler som ledd i næringsvirksomhet, vil vernet komme han til gode. Dette må i noen tilfeller anses som misbruk av forbrukervernet, som lovgiver og domstolene bør vurdere å endre.

Forbrukeravtaler skal på lik linje med avtaler mellom profesjonelle, tolkes objektivt, hvor en avtale med en klar ordlyd alltid må legges til grunn i første omgang. Dersom en klar ordlyd skal avvikes, må det en del til, men ikke like mye som ved avtaler mellom profesjonelle. Det er ikke til hinder for at en næringsdrivende kan påberope seg reglene etter avtl. § 36, men kravet et høyt. En næringsdrivende har også et ansvar om å sikre egne interesser, i motsetning til en forbruker. Forbrukeravtaler er også beskyttet av preseptoriske regler, som gir et ekstra vern til forbrukeren, og momentet «partenes stilling». Avtalefriheten vil dermed være innskrenket mot den næringsdrivende, med hensikt å beskytte forbrukeren.

Ved tolkning av avtaler mellom to private parter, må de i enkelte tilfeller likestilles med to profesjonelle parter. Disse to vil ofte regnes som to likestilte parter, selv om styreforskjellen kan være veldig forskjellige. Momentet «partenes stilling» vil også kunne anvendes, men det skal en del til for at avtl. § 36 får gjennomslag. Partenes stilling anses kun for å være et moment i den totale helhetsvurderingen, men det vil mest sannsynligvis ikke være nok i seg selv, til å lempe eller tilsidesette en avtale mellom to private parter

Forskjellen i dette tilfellet er at Høyesterett i sine vurderinger, velger å legge til et personlig vurderingsgrunnlag, hvor de ser på partene som nærmere til å oppklare tvisten privat, enn å ta opp for domstolene. Private parter vil i noen tilfeller være nærstående, (for eksempel naboer, venner eller bekjente), som gjør at de har en interesse i å bli raskt ferdig med saken. Ved tolkning av avtaler mellom disse, vil også en objektiv tolkning av ordlyden bli lagt til grunn, hvor igjen, en klar ordlyd krever en del for å tilsidesettes. Private avtaler er på lik linje med avtaler mellom profesjonelle, en del av deklarasjonelle regler, som gjør at avtalefriheten ikke innskrenkes på bekostning av noen parter. Den gjør at de private parter fritt kan velge hvem de ønsker å inngå en avtale med, og hva den skal gjelde. Private parter må ta risikoen for å sikre egne interesser. Partenes stilling vil uansett få noen betydning i den totale vurderingen, sammenlignet med hvordan vekt de andre momentene i vurderingen skal tillegges. Selv om

partenes stilling anses som et av mange momenter i vurderingen, og at private avtaler må tolkes strengt, må det ikke fullt ut likestilles som om det var en avtale mellom to profesjonelle. Det forstås dermed slik at, det skal mindre til for å benytte seg av avtl. § 36 i en tvist mellom to private, enn i tilfeller hvor de var profesjonelle. Hvor partenes stilling har størst betydning vil alltid være i forbrukeravtaler.

Alt i alt, må avtl. § 36 forstås som en streng regel, som i enkelte tilfeller kun er å anse som en siste utvei, gjerne hvor partene er mer profesjonelle. Desto mer «privat» eller «svak» en part er, desto mer beskyttet vil han enten være i kraft av preseptorisk lovgivning, eller andre typer forbrukervern. Som gjør at reglene som er ment for å beskytte den svakeste først vil komme på banen, uten å måtte gå gjennom avtl. § 36. Som eksempelet over, hvor el. § 59 annet ledd blir brukt, før Høyesterett i det hele tatt velger å se på avtl. § 36. Avtl. § 36 må i de fleste tilfeller anses som en sikkerhetsventil, eller en «fallskjermregel».

Kildeliste

Forarbeider

- NOU 1979: 32 – Formuerettslig lempningsregel.
- Ot.prp.nr.5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4 m.m. (generell formuerettslig lempningsregel).
- Inst.O.nr.31 (1982-83)
- Ot.prp.nr.89 (1993-1994) Om Lov om endring av avtaleloven.
- Forbrukerdirektivet Art. 4 nr. 1
- NOU 1983: 56 side Lov om avtaler om personforsikring (Personforsikringsloven)
- Ot.prp.nr. 49 (1988-1989) Om lov om forsikringsavtaler m.m.

Litteratur

- Hov, Jo, og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, 1.utgave (Oslo 2016).
- Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utgave (Oslo 2014).
- Håland, Peter, *Grunnledende avtalerett*, E-bok fra: www.Avtalerett.net.
- Hov, Jo, og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. opplag (Oslo 2012).
- Hov, Jo, og Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, 2. Opplag (Oslo 2009).
- Selvik, Erling, og Viggo Hagstrøm, *Kontraktsretten, Knophs oversikt over Norges rett*, 13.utgave (Oslo 2009).
- Haaskjold, Erlend, *Kontraktsforpliktelser*, (Oslo 2003).
- Ørstad, Anders Sandøe, *Haandbog 5*.
- Huser, Kristian, *Avtaletolkning*, (Bergen 1983).
- Høgberg, Alf Petter, *Kontraktstolkning*, (Oslo 2007).
- Bergsåker, Trygve, *Formuerettslig lempingsklausuler*, Jusens venner (Oslo 1980).
- Anderssen, Harald Benestad, Avhandling levert for graden Philosophiae Doctor - Ved tittelen: «*Fordeling av mangelsrisiko ved omstening av brukte boliger mellom privatpersoner*», (Tromsø 2014).
- Lilleholt, Kåre, Erling Selvik og Viggo Hagstrøm, «*Kontraktsretten*», *Knophs oversikt over Norges rett*, 13. utgave (Oslo 2009).
- Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 9. utgave (Oslo 2014).
- Høgberg, Alf Petter, *Tolkningsstiler ved kontraktstolkning – en introduksjon*, Jussens venner (Oslo 2006).

Nettsider

- www.Avtalerett.net – (E-bok uten sidetall – For tilgang, skriv inn adressen som er henvist – Sist sjekket 1. mai 2019)

Lover

- Lov 1972 3. Mars nr. 5 – Lov om arv m.m. (Arveloven – Forkortelse Al.)
- Lov 1991 4. Juli nr. 47 – Lov om ekteskap (Ekteskapsloven – Forkortelse El.)
- Lov om avslutning av avtaler, fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer [Avtaleloven – avtl.]
- Lov 2002 21. juni nr. 34 – Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven – fkjl.)
- Lov 1988 13. Mai nr. 27 – Lov om kjøp [Kjøpsloven – heretter forkortet til kjl.]
- Lov 1992 3. Juli nr. 93 – Lov om avhending av fast egedom (avhendingslova – heretter forkortet til avhl.)
- Lov 1997 13. Juni nr. 43 – Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bystad m.m (bustadoppføringslova – heretter forkortet til buofl.)
- Lov 2014 20. Juni nr. 27 – Lov om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven – heretter forkortet til angrl.)
- Lov 1989 16. Juni nr. 63 – Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere [håndverkertjenesteloven – heretter forkortet til hvtjl.]
- Lov 1687, 15. April – Kong Christian Den Femtis Norske Lov.
- Lov 2005 17. Juni nr. 90 - Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- Lov 1993 11. Juni nr. 66 - Lov om Pristiltak (Pristiltakloven)
- Lov 1992 26. Juni nr. 86, Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven – heretter forkortet til tvangsl.)

Konvensjoner

- UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts.
- FN-konvensjonen 11. april 1980 om kontrakter for internasjonale løsørekjøp.

Rettsavgjørelser

- Rt. 1920 s. 890.
- Rt. 1938 s. 525.
- Rt. 1958 s. 158.
- Rt. 1978 s. 131.
- Rt. 1978 s. 1157.
- Rt. 1978 s. 702.
- Rt. 1980 s. 1109.
- Rt. 1981 s. 445.
- Rt. 1984 s. 28.
- Rt. 1988 s. 276 (Røstad-dommen).
- Rt. 1988 s. 295 (Skjelsvik-dommen).
- Rt. 1989 s. 122.
- Rt. 1990 s. 284.
- Rt. 1990 s. 1094.
- Rt. 1990 s. 1099.
- Norske voldgiftsdom av (ND)1990-204
- Rt. 1991 s. 147 (Bergårdveien).
- Rt. 1991 s. 220 (Sollia borettslag).
- Rt. 1993 s. 564.
- RG 1993 s. 644.
- Rt. 1995 s. 1333.
- Rt. 1995 s. 1540.
- Rt. 1997 s. 160 (OL Genseren).
- Rt. 1997 s. 1807.
- Rt. 1998 s. 618.
- Rt. 1998 s. 774.
- Rt. 1998 s. 656.
- Rt. 1999 s. 922.
- Rt. 1999 s. 1495 (Halvorsen-dommen).
- Rt. 1999 s. 408.
- Rt. 2000 s. 806 (Oslo Energi-dommen).
- Rt. 2000 s. 931.
- Rt. 2002 s. 1155.
- Rt. 2003 s. 1132 (Fornebu-dommen).
- Rt. 2004 s. 1588.
- Rt. 2004 s. 1545.
- Rt. 2005 s. 1112.
- Rt. 2006 s. 1715 (Tønnevoldsgate-dommen).
- Rt. 2007 s. 604.
- Rt. 2008 s. 1365 (Munch-dommen).
- Rt. 2012 s. 393 (Ugland-dommen).
- Rt. 2012 s. 1926 (Fokus Bank-dommen).
- Rt. 2012 s. 1537.
- Rt. 2012 s. 1779.
- Rt. 2013 s. 388 (Røeggen-dommen).
- Rt. 2013 s. 769.
- Rt. 2014 s. 351.
- Rt. 2014 s. 520.
- HR-2016-1447-A
- HR-2017-515-A