

UiO • Det juridiske fakultet

Hardship - klausuler

Kandidatnummer: 661

Leveringsfrist: 25/11/13

Antall ord: 15 866



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Behovet for kontraktsrevisjon	1
1.2	Tema for oppgaven.....	3
2	HARDSHIP- KLAUSULER.....	4
2.1	Hva er hardship- klausuler?.....	4
2.1.1	Noen fellestrekk	4
2.1.2	Formål og utbredelse.....	7
2.1.3	Forholdet til bakgrunnsrettens revisjonsgrunnlag – avtl. § 36.....	10
2.2	Vilkår for anvendelse.....	13
2.2.1	Materielle vilkår	13
2.2.1.1	Kravet om endringer	13
2.2.1.2	Tilleggsvilkår.....	16
2.2.1.3	Kravet til innvirkning	18
2.2.2	Prosessuelle vilkår.....	20
2.2.3	Valg av utforming	25
2.3	Virkning av anvendelse	27
2.3.1	Plikt til å reforhandle.....	27
2.3.1.1	Innledning.....	27
2.3.1.2	Målet med reforhandlingene.....	28
2.3.1.3	Ikke en resultatforpliktelse	30
2.3.1.4	Lojalitetsplikten	31
2.3.1.5	Krav til avbruddsgrunner	34
2.3.1.6	Partenes øvrige forpliktelser	35
2.3.2	Hvis enighet ikke nås	36
2.3.2.1	Klausulen oppstiller ikke konsekvenser	38
2.3.2.2	Klausulen foreskriver en termineringsadgang.....	40

2.3.2.3	Klausulen henviser til et tvisteløsningsorgan	42
2.3.2.3.1	Kompetansespørsmål	43
2.3.2.3.2	Hvilken kompetanse er tillagt organet?	44
2.3.2.3.3	Hvordan skal organet utøve sin kompetanse?	46
2.3.2.3.4	Kan organet avstå fra å foreta endringer?	47
2.3.3	Valg av utforming	48
2.4	Misligholdssanksjoner	50
2.4.1	Naturaloppfyllelse	51
2.4.2	Erstatningsansvar	52
2.4.3	Heving	53
3	PRISREVISJONSKLAUSULER – EN SAMMENLIGNING	54
3.1	Hva er prisrevisjonsklausuler?	54
3.2	Vilkår for anvendelse	55
3.2.1	Materielle vilkår	55
3.2.2	Prosessuelle vilkår	57
3.3	Virkning av anvendelse	58
3.3.1	Revisjon av kontraktsprisen	58
4	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	60
5	KILDEREGISTER.....	63

1 Innledning

1.1 Behovet for kontraktsrevisjon

Endringer som inntreffer etter avtaleslutning og som røkter ved de opprinnelige avtaleforutsetninger er en grunnleggende problemstilling innen kontraktsretten.¹ Det kan sies å eksistere en spenning mellom en avtales bindende virkning, og behovet for å tilpasse den til endrede forhold.

Det klare utgangspunktet i norsk kontraktsrett er at avtaler skal holdes («*pacta sunt servanda*»), jf. NL 5-1-2. Prinsippet utgjør en grunnpilar også i internasjonal kontraktsrett.² Regelen er forankret i hensynet til forutsigbarhet og tillit i kontraktsforhold, og nødvendig for at avtaler skal fungere som økonomiske verktøy.³ Dette prinsippet gjelder også i utgangspunktet der inntrådte omstendigheter har medført at det blir mer byrdefullt for en av partene å oppfylle sine forpliktelser. Dette kommer til uttrykk blant annet i UNIDROIT Principles art. 6.2.1, der det heter:

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

Det ville imidlertid vært uheldig å holde fast ved en slik hovedregel uten unntak. Særlig i langsiktige kontrakter som ofte innebærer mange usikkerhetsmomenter kan behovet for endringsmuligheter være sterkt.⁴ En mangel på sådanne kan gjøre kontrakter lite fleksible, lite tilpasningsdyktige, og kan påvirke mulighetene for en vellykket gjennomføring av avta-

¹ Lehrberg (2008), s. 29

² Woxholth (2008), s. 24

³ l. c

⁴ De Ly (2006), s. 487

leforholdet i negativ retning.⁵ Av disse hensyn må det eksistere åpninger for å revidere kontrakter. I bakgrunnsretten finnes det flere mulige grunnlag for dette, der det antatt mest kjente er den alminnelige formuerettslige lempningsregelen i avtl. § 36.⁶ Det er imidlertid et viktig poeng at et grunnlag for revisjon også kan utledes av partene selv.

For det første står partene selvsagt fritt til å reforhandle de opprinnelige avtalevilkårene dersom de er enige om dette⁷, da innenfor rammene av eventuell preseptorisk lovgivning på området. Lehrberg synes å være av den oppfatning at det er nettopp slike «spontane» reforhandlinger som er den mest vanlige løsningen i praksis, i tilfeller der det inntreffer uforutsette forhold.⁸ For det andre kan partene uttrykkelig regulere revisjonsspørsmål i kontrakten.⁹ Dette kan gjøres på flere måter, blant annet gjennom å innta en såkalt reforhandlingsklausul.

Reforhandlingsklausuler finnes i mange variasjoner, men felles for dem alle er at de under nærmere angitte omstendigheter foreskriver en reforhandling av eksisterende avtalevilkår.¹⁰ Enkelte legger opp til en reforhandling av priser etter at kontraktsforholdet har løpt en viss tid, mens andre gir bredere endringsmuligheter ved inntreden av forhold som på en eller annen måte røkter ved forutsetningene for kontrakten.¹¹ Det synes ikke å være tydelige grenser mellom reforhandlingsklausuler og andre typer klausuler som også regulerer kontraktsendringer. Det kan imidlertid hevdes å gå et hovedskille mellom de klausulene som forutsetter at det skal skje en reforhandling mellom partene, og de som fastsetter mer eller mindre automatiske prosedyrer for hvordan kontrakten skal tilpasses. I den sistnevnte

⁵ Grönfors (1995), s. 93

⁶ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31/5/1918 nr. 4 (heretter avtl.)

⁷ Meidell (2002), s. 498

⁸ Lehrberg (2008), s. 54,

⁹ Draetta (1992), s. 169

¹⁰ Lehrberg (2008), s. 15

¹¹ Ibid., s. 16

gruppen finner vi f. eks det som kan omtales som «endringsregler», som blant annet forekommer i standardkontraktene innen offshore- og entreprisedektoren.¹² Videre har klausulene en grense mot åpne avtalevilkår, som innebærer at et punkt skal være gjenstand for «særskilt overenskommelse» e.l.¹³ Dette innebærer ikke reforhandlinger, da det ikke er tale om eventuelle endringer av eksisterende vilkår.

1.2 Tema for oppgaven

Hovedvekten av denne oppgaven vil ligge i en fremstilling av en type reforhandlingsklausuler som betegnes som «hardship- klausuler», og hvilket grunnlag for kontraktsendringer disse kan utgjøre. Det vil bli redegjort for karakteristiske trekk ved både vilkårs- og rettsfølgesiden, og hvordan ulike typer utforming av disse sidene kan påvirke klausulenes oppnåelse av de formål de må antas å skulle oppfylle. Videre vil jeg gjennomgå innholdet i partenes plikter i tilknytning til reforhandlingene, i tillegg til hvilke følger det kan få dersom reforhandlingene ikke fører frem. Av plasshensyn lar det seg ikke gjøre å behandle alle problemstillinger som klausulene reiser, eller alle variasjonene de forekommer i. Det er likevel forsøkt gitt et mest mulig helhetlig bilde, innenfor de rammene som gjelder for oppgaven. Avslutningsvis vil det i et slags perspektivkapittel bli gjort en kort sammenligning, mellom hardship- klausulene og det som omtales som «prisrevisjonsklausuler». Denne sammenligningen vil ta for seg likheter og forskjeller mellom klausulene, med hensyn til både vilkår og virkninger. På bakgrunn av disse vil det til sist bli knyttet noen generelle bemerkninger til klausulenes anvendelsesområde.

Hardship - klausuler har vært forholdsvis sparsomt behandlet i juridisk teori her til lands, noe som har endret seg de siste årene.¹⁴ Reforhandlinger og reforhandlingsklausuler er

¹² Se blant annet NF05 og NS8405

¹³ Lehrberg (2008), s. 19

¹⁴ Se f. eks Bruserud (2010) og Meidell (2002)

imidlertid et tema som synes å ha fått mer oppmerksomhet i svensk litteratur.¹⁵ Til grunn for oppgaven vil selvsagt de norske kildene stå sentralt, i særdeleshet boken til Bruserud.¹⁶ I tillegg vil jeg benytte noe svensk, samt annen internasjonal litteratur. Videre er det kodifisert internasjonale modellklausuler som vil bli benyttet i stor utstrekning.¹⁷ Det foreligger lite praksis fra de alminnelige domstolene omkring hardship – klausuler, én relevant avgjørelse er trukket frem i punkt 2.1.3. Det er nok trygt å anta at tvister knyttet til slike klausuler ofte behandles ved voldgift.

2 Hardship- klausuler

2.1 Hva er hardship- klausuler?

2.1.1 Noen fellestrekk

Som påpekt flere steder i juridisk teori, så er det vanskelig å påvise noen klar avgrensning av innholdet i begrepet «hardship – klausuler».¹⁸ Utformingen av denne typen klausuler varierer i stor grad, noe som vil bli belyst nærmere i det følgende.¹⁹ Det finnes imidlertid enkelte fellestrekk som kan bidra til å tydeliggjøre dem innholdsmessig. Dette dreier seg i hovedsak om to momenter.²⁰

Det første felles momentet knytter seg til klausulenes rettsfaktaside, altså vilkårene for at de kan påberopes.²¹ De fleste hardship – klausuler synes å forutsette inntreden av endrede omstendigheter etter avtaleslutning, som på en eller annen måte rokker ved partenes inter-

¹⁵ Se f. eks Grönfors (1995) og Lehrberg

¹⁶ Se Bruserud (2010)

¹⁷ Mer om disse i punkt 2.1.1

¹⁸ Se blant andre Hagstrøm (2003), s. 310 og Lehrberg (2008), s. 15

¹⁹ Lehrberg (2008), s. 19

²⁰ Bruserud (2010), s. 22

²¹ l. c

esser i kontraktsforholdet.²² Disse omstendighetene uttrykkes gjerne ved ordet «hardship», derav betegnelsen.²³ De nærmere krav til hvilke type omstendigheter det må være tale om, samt hvilken innvirkning de må ha på avtaleforholdet, varierer betydelig.²⁴ Enkelte klausuler er nokså spesifikke i angivelsen av vilkår, andre er mer generelle.²⁵ Dette vil bli illustrert under punkt 2.2.1.

Det andre fellestrekket knytter seg til klausulenes rettsvirkninger.²⁶ Dersom vilkårene er oppfylt, foreskriver hardship – klausulene at det i første rekke skal skje en reforhandling av partenes rettigheter og plikter etter den opprinnelige kontrakten.²⁷ Det er nok dette som må anses å være deres mest karakteristiske trekk.²⁸ Av denne grunn omtales hardship – klausuler også som en form for reforhandlingsklausuler.²⁹ Reforhandlingsprosessen gjennomføres som regel ved at de gir den «rammede» part rett til å kreve reforhandling av avtalen, med en motsvarende plikt for motparten til å delta.³⁰ Også på dette punktet varierer innholdet og detaljnivået fra klausul til klausul.³¹

Til tross for den store spredningen i utforming er det utarbeidet flere standardformuleringer av hardship – klausuler. Eksempler på slike finnes blant annet i UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Principles of European Contract Law (PECL), og International Chamber of Commerce (ICC) Hardship Clause 2003, som alle er prinsippsam-

²² Se Bruserud (2010), s. 22 og Lehrberg (2008), s. 51

²³ Hagstrøm (2003), s. 310

²⁴ Bruserud (2010), s. 46 og 47

²⁵ Lehrberg (2008), s. 51

²⁶ Bruserud (2010), s. 21

²⁷ Se Bruserud (2010), s. 21 og Lehrberg (2008), s. 15

²⁸ Hagstrøm (2003), s. 310

²⁹ Se Bruserud (2010), s. 21. Tilsvarende omtales hardship – klausulene også som omförhandlingsklausuler i svensk teori, se Lehrberg (2008), s. 15

³⁰ Bruserud (2010), s. 268

³¹ Ibid., s. 269

linger som tar sikte på å kodifisere internasjonale, avtalerettslige prinsipper.³² Disse samlingene må i utgangspunktet anses for å være såkalt «soft law», men de kan få bindende virkning i avtaleforholdet ved at partene viser til dem.³³ Dette kan i prinsippet skje enten ved at partene spesifikt viser til standardene, eller kun fastslår generelt at «alminnelige kontraktsrettslige prinsipper» får anvendelse.³⁴ I tillegg kan de tjene som støtteargument for rettsanvendere i tolkningen av intern rett.³⁵ Alle disse modellklausuler vil stå sentralt i det videre, da de forutsettes å gi uttrykk for trekk som er gjennomgående for hardship – klausulene.

Klausulene har likhetstrekk med flere andre typer kontraktsregulering. Forutsetningen om inntreden av uventede og tyngende omstendigheter gjør at hardship – klausulene i stor grad kan ligne force majeure – klausuler.³⁶ Det finnes dertil eksempler på klausuler som kombinerer de to typene.³⁷ Som regel er imidlertid force majeure – klausulene strengere med hensyn til vilkårene for anvendelse.³⁸ Den største ulikheten ligger nok likevel på rettsvirkningssiden, da force majeure – klausuler som oftest suspenderer avtaleforpliktelser eller fritar for erstatningsansvar ved manglende oppfyllelse.³⁹ Klausulene kan godt eksistere side om side i én og samme kontrakt, men det kan da også være hensiktsmessig å utforme dem deretter.⁴⁰ Videre eksisterer det også likheter med prisrevisjonsklausuler, et tema som skal behandles i punkt 3.

³² Jf. UNIDROIT Principles 2010 art. 6.2.1 – 6.2.3 (heretter UNIDROIT 2010), PECL 2000 art. 6:111 (heretter PECL 2000), og ICC Force Majeure Clause 2003/ ICC Hardship Clause 2003. (heretter ICC 2003).

³³ Woxholth (2008), s. 56

³⁴ Meidell (2002), s. 502

³⁵ Woxholth (2008), s. 56

³⁶ Hagstrøm (2003), s. 310

³⁷ De Ly (2006), s. 444

³⁸ Bruserud (2010), s. 22

³⁹ l. c

⁴⁰ De Ly (2006), s. 444

2.1.2 Formål og utbredelse

Det er vanskelig å gi entydige svar på hvilke momenter de enkelte kontraktsparter vektlegger når de velger å tilføye en hardship – klausul i kontrakten. Derimot er det grunn til å mistenke at klausulene ofte spiller en tilbaketrukket rolle i kontraktsforhandlinger, og gjerne inkluderes som nokså standardisert "fyll" i den ferdige avtalen.⁴¹ En undersøkelse omkring dette faller imidlertid utenfor denne oppgaven. Det kan likevel trekkes noen generelle formålsbetraktninger ut fra hardship – klausulene selv, og de fellestrekkene som er nevnt innledningsvis.⁴²

Som antydnet i punkt 1.1 er uforutsette omstendigheter, og deres innvirkning på et eksisterende kontraktsforhold, en av de klassiske problemstillingene innen avtaleretten.⁴³ Det er nettopp disse utfordringene som hardship – klausulene tar sikte på å møte.⁴⁴ I slike tilfelle foreskriver klausulene altså at det skal skje en reforhandling,⁴⁵ slik at det er opp til partene i fellesskap å finne frem til de nødvendige tilpasninger av kontrakten. På grunnlag av dette må det antas at det overordnede formålet med klausulene er at kontraktsforholdet mellom partene skal fortsette, på tross av de inntrådte forhold.⁴⁶ En hardship – klausul tilfører således kontrakten en slags evolusjonær egenskap.⁴⁷

I tilknytning til dette overordnede formålet tilfører hardship – klausulene et rom for fleksibilitet i kontraktsforholdet, hvis omfang kan defineres av partene selv gjennom hvordan klausulen utformes.⁴⁸ De kan selv fastsette under hvilke omstendigheter klausulen skal

⁴¹ Bruserud (2010), s. 29

⁴² Ibid., s. 30

⁴³ Lehrberg (2008), s. 29

⁴⁴ Ibid., s. 17

⁴⁵ Ibid., s. 15

⁴⁶ Bruserud (2010), s. 30

⁴⁷ Draetta (1992), s. 194

⁴⁸ Bruserud (2010), s. 30

kunne anvendes, samt tilpasse kontrakten slik de vil dersom disse omstendighetene foreligger.⁴⁹

Et annet formål må antas å være at partene selv, i hvert fall i første rekke⁵⁰, skal beholde kontroll over eventuelle endringer av kontraktens vilkår.⁵¹ Det må antas at kontraktsparter gjennomgående er mer komfortable med en slik ordning, fremfor å overlate tvisten til utenforstående.⁵² Dessuten åpner det også for en effektiv prosess, ettersom behandling i et tvisteløsningsorgan gjerne er tidkrevende og kostbart.⁵³ Også dette må anses som en viktig side av hensikten med hardship- klausulene.

Det er imidlertid også reist innvendinger mot bruken av hardship – klausuler.⁵⁴ Lehrberg fremhever at dersom en slik kontraktsfestet reforhandling skjer til fortrenghet for spontane reforhandlinger, vil dette resultere i at umiddelbarheten i prosessen blir borte.⁵⁵ En videre virkning av dette kan bli økte kostnader og økt tidsbruk.⁵⁶ Dette vil nok i stor grad avhenge av hvilket innhold klausulen gis, men det kan uansett hevdes at det i en viss utstrekning er en nødvendig konsekvens av å kontraktsregulere reforhandlingsprosessen. Andre utfordringer tilknyttet klausulenes utforming vil bli redegjort for under punkt 2.2.3 og punkt 2.3.3.

⁴⁹ Bruserud (2010), s. 30

⁵⁰ Enkelte klausuler henviser spørsmålet til et tvisteløsningsorgan dersom reforhandlingene mellom partene er resultatløse. Dette behandles nærmere under punkt 2.3.2.

⁵¹ Bruserud (2010), s. 30

⁵² Meidell (2002), s. 500

⁵³ l. c

⁵⁴ Lehrberg (2008), s. 69

⁵⁵ Ibid., s. 71

⁵⁶ Ibid., s. 71

Hardship – klausuler er mest utbredt i langsiktige, kommersielle kontraktsforhold.⁵⁷ De forekommer typisk i prosjekteringsavtaler, låneavtaler, samt avtaler innen olje – og gassindustrien.⁵⁸ I kontrakter som strekker seg over lengre tid er naturligvis risikoen større for at det inntreer endringer av den type partene ønsker å gardere seg mot, sammenlignet med kontrakter som løper over kort tid.⁵⁹ At bruken av klausulene nesten utelukkende begrenser seg til slike kontrakter fremgår også av kommentarene til UNIDROIT 2010 art. 6.2.2, som dog ikke utelukker dem brukt også i kontraktsforhold med kortere levetid. Som Lehrberg påpeker kan det også i slike tilfelle være behov, dersom det er knyttet usikkerhet til sentrale momenter i avtalen.⁶⁰

Videre kan det se ut til at hardship - klausulene hovedsakelig forekommer i internasjonale kontraktsforhold.⁶¹ Utbredelsen økte særlig utover 1970 – tallet, med en samtidig økende kompleksitet i utformingen av dem.⁶² I juridisk teori er den da rådende usikkerheten i den internasjonale økonomien, samt oljekrisen fremhevet som medvirkende faktorer til denne utviklingen.⁶³ Siden har klausulene i større grad etablert seg.⁶⁴ Det er vanskelig å si noe om forekomsten i norsk kontraktspraksis, men ifølge Lehrberg er hardship – klausulene i hvert fall ikke hittil vært et utbredt fenomen i Sverige.⁶⁵

⁵⁷ Lehrberg (2008), s.19

⁵⁸ Se De Ly (2006), s. 459, samt Draetta (1992), s. 194

⁵⁹ De Ly (2006), s. 458

⁶⁰ Lehrberg (2008), s. 212

⁶¹ Draetta (1992), s. 170.

⁶² De Ly (2006), s. 458

⁶³ l. c

⁶⁴ l. c

⁶⁵ Lehrberg (2008), s. 52

2.1.3 Forholdet til bakgrunnsrettens revisjonsgrunnlag – avtl. § 36

I innledningen ble det vist til at også bakgrunnsretten oppstiller enkelte grunnlag som åpner for revisjon av kontrakter. Eksempler på slike grunnlag er læren om bristende forutsetninger, samt avtl. § 36. Den type omstendigheter som hardship – klausuler typisk tar sikte på å avhjelpe gjør det naturlig å foreta en sammenligning med disse grunnlagene.⁶⁶ Av disse to må det antas at forholdet til avtl. § 36 er av størst interesse, og fremstillingen i det videre begrenser seg derfor til dette.

Et av formålene med hardship – klausulene ble i punkt 2.1.2 fastslått å være at partene kan skape et rom for fleksibilitet.⁶⁷ Dette har også en side til grunnlagene i bakgrunnsretten; ved utformingen av klausulen bestemmer partene selv i hvilken utstrekning den skal være et supplement til de revisjonsgrunnlagene som finnes der.⁶⁸ Klausulens forhold til disse avhenger således av hvilket innhold den gis. I utgangspunktet må det antas at hardship - klausulene og avtl. § 36 i stor utstrekning rammer de samme forhold; inntreden av uforutsette forhold som rokker ved avtalens forutsetninger.⁶⁹ Imidlertid vil vilkårene for anvendelse gjennomgående være mindre strenge etter hardship – klausulene,⁷⁰ da urimelighets terskelen etter § 36 er fastslått å ligge meget høyt i kommersielle kontraktsforhold.⁷¹ Dersom de forhold som inntreffer imidlertid skulle være av en slik art at vilkårene for *begge* grunnlag er oppfylt, blir spørsmålet hvordan man skal anse forholdet mellom dem.

Regelen i avtl. § 36 er preseptorisk, og partene kan dermed ikke omgå den gjennom avtale.⁷² Det vil si at dersom hardship – klausulen skal anvendes på bekostning av bestemmel-

⁶⁶ Bruserud (2010), s. 129 og 133

⁶⁷ Bruserud (2010), s. 30

⁶⁸ l. c

⁶⁹ Meidell (2002), s. 506 og Bruserud (2010), s. 133

⁷⁰ Bruserud (2010), s. 439

⁷¹ Hagstrøm (2003), s. 288

⁷² Bruserud (2010), s. 133

sen, forutsetter dette at de løsninger klausulen gir anvisning på er rimelige etter § 36.⁷³ Der-
som klausulen derimot ikke gjør dette, må det bety at den står tilbake for bestemmelsen.
Her er det enkelte forskjeller mellom de to grunnlagene, som kan få betydning. For det
første må den rammede parten ha krav på rettsvirkninger etter klausulen, for at § 36 skal stå
tilbake for den.⁷⁴ Dette synes imidlertid ikke å være tilfellet etter alle hardship – klausu-
ler.⁷⁵ Videre er det enkelte forskjeller i retningslinjene for hvordan revisjonen skal gjen-
nomføres, som kan få praktisk betydning for resultatet. Mange hardship – klausuler viser
gjærne til den opprinnelige kontraktsbalansen, mens avtl. § 36 benytter rettferdighetssyns-
punkter utenfor det individuelle kontraktsforholdet.⁷⁶ I prinsippet kan det da tenkes at revi-
sjon etter en hardship – klausul ikke bare kan gi et annet resultat enn revisjon etter § 36,
men også et resultat som er i strid med bestemmelsen.⁷⁷

Forholdet til avtl. § 36 var oppe i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1998 s. 1683. Saken gjaldt
blant annet revisjon av en strømleveransekontrakt med løpetid på 30 år, hvori det var inn-
tatt en reforhandlingsklausul. Vedtagelsen av den nye Energiloven av 1990 førte til en om-
veltning i markedet, noe som utløste reforhandlinger i henhold til klausulen. Disse førte
ikke frem til en revidert avtale, og tvisten kom etterhvert for Høyesterett. Dommen inne-
holder enkelte uttalelser omkring forholdet mellom reforhandlingsklausulen og avtl. § 36,
av prinsipiell betydning.⁷⁸

⁷³ Bruserud (2010), s. 133

⁷⁴ Ibid., s. 135

⁷⁵ Se punkt 2.3.2.1

⁷⁶ Bruserud (2010), s. 401

⁷⁷ Ibid., s. 408

⁷⁸ Ibid., s. 137

Fra kontraktens reforhandlingsklausul:

«... Såfremt kontrakten skulle vise seg å gi urimelige og vesentlige utslag til skade for en av partene, kan forhandlinger om en revisjon av de angjeldende bestemmelser kreves opp-tatt..»⁷⁹

Førstvoterende uttalte:

«Jeg bemerker først at det etter mitt syn ikke er grunnlag for å anvende avtaleloven § 36 ved en eventuell revisjon i retning av den prinsipale påstand. Bedømmes elverkskontrakten som en helhet, må en også ta i betraktning at denne inneholder en revisjonsklausul i § 10 som gir partene et redskap til å råde bot på slik urimelighet og ubalanse som § 36 skal rette opp. På denne bakgrunn finner jeg at det i spørsmålet om revisjon av elverkskontrakten må bygges på kontraktens egen revisjonsklausul i § 10.»⁸⁰

Førstvoterende var her av den oppfatning at klausulen dannet det primære grunnlaget, et syn som flertallet sluttet seg til.⁸¹ I denne saken var det imidlertid, som Bruserud påpeker, trolig avgjørende at klausulen henviste til et tvisteløsningsorgan ved uenighet.⁸² Dersom klausulen ikke hadde åpnet en slik adgang, er det en mulighet for at Høyesterett ikke ville ansett den som effektiv nok til å kunne gi rimelige løsninger.⁸³

⁷⁹ Gjengitt i dommen s. 1698

⁸⁰ Hentet fra s. 1697 i dommen.

⁸¹ Bruserud (2010), s. 137

⁸² Bruserud (2010), s. 138. Se punkt 2.3.2 for en nærmere fremstilling av hvilke konsekvenser hardship - klausulene oppstiller ved uenighet.

⁸³ Bruserud (2010), s. 355

2.2 Vilkår for anvendelse

For at den rammede parten skal kunne påberope seg en hardship – klausul, må vilkårene for klausulens anvendelse være oppfylt. Som tidligere nevnt er det stor variasjon i utformingen av klausulene, noe som ikke minst gjelder på vilkårssiden.⁸⁴ I det følgende vil det bli redegjort nærmere for hardship – klausulenes rettsfaktaside, deriblant gitt eksempler på ulike typer vilkår som forekommer i praksis. I første rekke vil klausulenes materielle vilkår bli gjennomgått (punkt 2.2.1). Disse vilkårene faller i to grupper; for det første vilkår knyttet til hvilke typer endringer som regnes som relevante, og for det andre de som setter krav til hvilken innvirkning endringene har på kontraktsforholdet.⁸⁵ Derneft behandles noen av de prosessuelle vilkårene i forbindelse med påberopelse av hardship - klausulene (punkt 2.2.2). Avslutningsvis drøftes utformingen av de vilkår som klausulene oppstiller, og hvilken virkning denne kan få for anvendelsesområdet (punkt 2.2.3).

2.2.1 Materielle vilkår

2.2.1.1 Kravet om endringer

Som påpekt innledningsvis så er det et felles utgangspunkt for de fleste hardship – klausuler at de forutsetter inntreden av nærmere angitte, endrede omstendigheter etter avtaleinngåelsen.⁸⁶ Dersom disse omstendighetene forelå på tidspunktet for avtaleinngåelse vil dette som utgangspunkt ikke være et tilfelle som faller inn under klausulenes anvendelses-

⁸⁴ Bruserud (2010), s. 46 og 47

⁸⁵ De Ly (2006), s. 460

⁸⁶ Hagstrøm (2003), s. 310

område.⁸⁷ Dette gjelder imidlertid ikke unntaksfritt, da enkelte klausuler også omfatter tilfeller av uriktige forutsetninger.⁸⁸ Jeg går ikke nærmere inn på dette.

Angivelsen av hva slags omstendigheter som kreves er i noen klausuler nokså vag. Et eksempel på dette er bestemmelsen i UNIDROIT 2010 art. 6.2.2, der det heter:

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

Ordlyden tilsier her svært vide rammer for hvilke type endringer som kan falle inn under bestemmelsen («...*the occurrence of events*...»). Dette kan også sies å være tilfellet for uttrykket «...*change of circumstances*...», som er benyttet i modellklausulen i PECL 2000 art. 6:111, eller bare «...*an event*...» som i modellklausulen til ICC 2003. Disse formuleringene må imidlertid ses på bakgrunn av at de er ment å være standardklausuler, anvendbare på en rekke ulike typer kontraktsforhold. Dette poenget fremheves også i kommentarene til bestemmelsen i UNIDROIT 2010, som påpeker at det kan være hensiktsmessig for partene å tilpasse bestemmelsene til sine individuelle kontraktsforhold.⁸⁹

Sett bort ifra eksemplene ovenfor, kan det se ut til at det gjennomgående er endringer i de økonomiske og kommersielle forhold som brukes som vilkår i bredt utformede klausuler.⁹⁰ Enkelte omfatter imidlertid også endringer av politisk eller rettslig art.⁹¹ Det vil som regel

⁸⁷ Draetta (1992), s. 195

⁸⁸ Bruserud (2010), s. 46. Modellklausulen til ICC åpner for anvendelse også der omstendighetene forelå på avtaleinngåelsestidspunktet, men ikke med rimelighet kunne tas i betraktning av partene. Se ICC (2003), s. 17

⁸⁹ UNIDROIT (2010), s. 217

⁹⁰ De Ly (2006), s. 464

⁹¹ Ibid., s. 464 og 465

være endringer av denne typen som rokker ved de grunnleggende forutsetningene for kontrakten, og som derfor nødvendiggjør tilpasninger.⁹²

Andre klausuler angir vilkår som er mer spesifikt utformet. Noen går så langt at de minner mye om tradisjonelle force majeure – klausuler, ved at de inneholder mer eller mindre detaljerte opplysninger over relevante endringer.⁹³ Illustrerende eksempler på mer detaljerte formuleringer er blant annet:

«... *changes in monetary values...*»⁹⁴

Et annet eksempel som kan sies å gå enda lenger:

«*If the long term need of ... (product) of the purchaser would drastically be decreased by such a volume that this Agreement would be financially unacceptable for the parties...*»⁹⁵

Enkelte andre klausuler oppstiller ikke bare positive vilkår, men utelukker også visse typer omstendigheter fra å kunne utgjøre hardship:

«*Price control by the Government of the state of the relevant buyer affecting the price of ... in the market shall not be considered to constitute substantial hardship*»⁹⁶

Hvorvidt klausulene utformes med generelle eller mer spesifikke vilkår kan ha betydning for deres effektivitet. Dette er en problemstilling som vil bli behandlet nedenfor i punkt 2.2.3.

⁹² De Ly (2006), s. 465

⁹³ Bruserud (2010), s. 47

⁹⁴ De Ly (2006), s. 467

⁹⁵ l. c

⁹⁶ Ibid., s. 470

2.2.1.2 Tilleggsvilkår

Enkelte klausuler oppstiller ytterligere materielle vilkår i tilknytning til de aktuelle omstendighetene.⁹⁷ Gjennomgående tilleggskrav er blant annet at den rammede part ikke med rimelighet kunne forutsett endringene på avtaleinngåelsestidspunktet, at endringen er utenfor den rammede parts kontroll, samt at han ikke har påtatt seg risikoen for endringen.⁹⁸

Den førstnevnte begrensningen finner vi i både UNIDROIT 2010 art. 6.2.2 bokstav b), PECL 2000 art. 6:111 (2) bokstav b), samt ICC 2003 (2) bokstav a). Bakgrunnen for vilkåret må være nokså klart. Den rammede part har ikke noen beskyttelsesverdig interesse etter klausulen, dersom han burde ha forutsett endringene da avtalen ble inngått. Dette er i stedet forhold han skulle bygget på i de opprinnelige forhandlingene. På dette punktet synes hardship – klausulene å skille seg fra mange prisrevisjonsklausuler, se punkt 3.2.1.

Vilkåret går også igjen i flere andre rettsgrunnlag innen kontraktsretten.⁹⁹ Av øvrige typer kontraktsregulering kan det her vises til force majeure – klausuler.¹⁰⁰ Videre er det også et gjennomgående moment i enkelte av bakgrunnsrettens regler, blant annet i vurderingen etter det kjøpsrettslige kontrollansvaret, forutsetningslæren og avtl.§ 36.¹⁰¹ I mangel på uttrykkelig veiledning i hardship – klausulene må det antas at vurderingen av dette vilkåret i stor grad vil tilsvare de som skal gjøres etter de andre nevnte grunnlagene.¹⁰²

Andre klausuler begrenser seg til kun å kreve at den rammede parten *faktisk* ikke forutså endringen på tidspunktet for avtaleinngåelsen, uten å oppstille et aktsomhetskrav.¹⁰³ En slik

⁹⁷ Bruserud (2010), s. 48

⁹⁸ Ibid., s. 48 og 49

⁹⁹ Bruserud (2010), s. 181

¹⁰⁰ l. c

¹⁰¹ l. c

¹⁰² l. c

¹⁰³ De Ly (2006), s. 463

løsning kan imidlertid gi uheldige utslag. Klausulen vil i slike tilfeller få anvendelse uavhengig av hvor forutsigbare endringen var, så lenge den rammede parten faktisk ikke forutså den.¹⁰⁴

Andre tilleggsvilkår som i praksis forekommer er krav om at endringen må være utenfor den rammede parts kontroll.¹⁰⁵ Ulike varianter av dette vilkåret er nedfelt både i UNIDROIT 2010 art. 6.2.2 bokstav c), og ICC 2003 (2) a). Det er viktig å fremheve at dette er noe annet enn det førstnevnte kravet, da en uforutsett hendelse likevel kan være innenfor partens kontroll.¹⁰⁶ Dette er også et vilkår som går igjen i flere andre rettsgrunnlag i nokså identisk form.¹⁰⁷ Som over kan det her vises til kontrollansvaret, samt mange force majeure – klausuler.¹⁰⁸ I vurderingen av kontrollvilkåret i hardship – klausulene kan det derfor være naturlig å se til innholdet i vurderingene etter disse grunnlagene.¹⁰⁹ Bruserud fremhever imidlertid flere grunner til at tolkningen av vilkåret kan avhenge av grunnlaget, blant annet forskjellene i rettsvirkningene.¹¹⁰ Jeg går ikke nærmere inn på dette.

I enkelte klausuler oppstilles det verken et uforutsebarhetsvilkår eller kontrollvilkår.¹¹¹ Dette kan utvide klausulens anvendelsesområde i betydelig grad, noe partene bør være klar over ved utformingen av kontrakten.¹¹² I hvert fall i prinsippet kan klausulene da omfatte endringer som den rammede part faktisk forutså, og som må anses å være innen hans kontroll. Dette kan vanskelig anses for å være i samsvar med de formål det må antas at hardship – klausulene er ment å tjene.

¹⁰⁴ De Ly (2006), s. 463

¹⁰⁵ Bruserud (2010), s. 49

¹⁰⁶ De Ly (2006), s. 463

¹⁰⁷ Bruserud (2010), s. 158

¹⁰⁸ l. c

¹⁰⁹ Ibid., s. 58 og 59

¹¹⁰ Ibid., s. 161

¹¹¹ De Ly (2006), s. 463

¹¹² l. c

Den siste gruppen tilleggsvilkår som her skal nevnes er de som stiller krav om at den rammede part ikke har påtatt seg risikoen for den inntrufne endringen.¹¹³ Det kreves ikke at parten uttrykkelig har påtatt seg risikoen, da risikoplasseringen kan være en naturlig konsekvens av kontraktstypen.¹¹⁴ Dette vil særlig være tilfellet ved spekulative avtaler.¹¹⁵

2.2.1.3 Kravet til innvirkning

Det er nå redegjort for hva som i utgangspunktet regnes som relevante endringer under et utvalg av hardship – klausuler. Videre oppstilles det som regel også krav om at endringene har hatt en viss *innvirkning* på kontraktsforholdet.¹¹⁶ Her, som ellers, er det betydelige forskjeller i utformingen av vilkår.¹¹⁷ Av generelt formulerte vilkår kan det igjen vises til standardklausulene nevnt ovenfor.

I UNIDROIT 2010 art. 6.2.2 må innvirkningen være i form av at balansen i avtaleforholdet forrykkes («*fundamentally alters the equilibrium of the contract*»), enten fordi den rammede part påføres økte kostnader i oppfyllelsen av sine kontraktsplikter («*either because the cost of a party's performance has increased*»), eller fordi verdien av det den rammede part skal motta etter kontrakten reduseres («*or because the value of the performance a party receives has diminished*»).

PECL 2000 art. 6:111(2) krever på sin side at endringen medfører at den blir mer byrdefullt for den rammede part å oppfylle sine kontraktsforpliktelser («*performance of the contract*

¹¹³ Bruserud (2010), s. 49

¹¹⁴ UNIDROIT (2010), s. 216

¹¹⁵ I. c

¹¹⁶ Bruserud (2010), s. 47

¹¹⁷ I. c

becomes excessively onerous»). Modellklausulen til ICC 2003 benytter samme uttrykk, se (2) bokstav a).

Det finnes også eksempler på klausuler som krever mer spesifikke virkninger:

«which place said party in the situation that ... all *annual costs* ... associated with or related to (...) which is the subject of this Agreement *exceed the annual proceeds* derived from the sales of said (...) ...».¹¹⁸

Som Bruserud påpeker så synes det som at generelle kriterier til innvirkning gjennomgående formuleres enten som at det blir mer byrdefullt å oppfylle, at verdien på ytelsen(e) partene skal overta reduseres, eller at balansen i kontraktsforholdet forrykkes.¹¹⁹ I UNIDROIT 2010 art. 6.2.2 foreligger således en kombinasjon av alle disse. Hvilke av kriteriene som inntas i klausulen er et valg som kan påvirke dens tilgjengelighet for hver av partene, avhengig av hvordan de tolkes.¹²⁰ En generell formulering som den i PECL 2000 art. 6:111 tilsier at begge parter som regel kan påberope seg klausulen.¹²¹ Dersom den imidlertid kun omfatter tilfeller av verdireduksjon, vil klausulen ofte være tilgjengelig for kun én av partene.¹²² I en typisk kjøpskontrakt vil risikoen som kjøper står overfor som regel være en verdireduksjon av motpartens ytelse, mens det for selgers vedkommende normalt vil utgjøre en økt oppfylleelsesbyrde.¹²³ At reguleringen av innvirkning kan påvirke klausulens anvendelse på denne måten er en problemstilling som partene bør være klar over.

¹¹⁸ De Ly (2006), s. 473

¹¹⁹ Bruserud (2010), s. 47

¹²⁰ Ibid., s. 54

¹²¹ l. c

¹²² l. c

¹²³ l. c

En annen side ved kravene til innvirkningen er hvilken terskel den må oppfylle.¹²⁴ Åpenbart må det stilles visse minstekrav her.¹²⁵ UNIDROIT 2010 fastlegger dette gjennom uttrykket «*fundamentally*». En naturlig språklig forståelse av uttrykket tilsier at terskelen her ligger høyt. Som påpekt i kommentarene til bestemmelsen må det bero på de konkrete omstendigheter hvorvidt denne er overskredet.¹²⁶ I PECL 2000 er terskelen gitt gjennom formuleringen «*excessively*». At kravet er strengt også her støttes av kommentarene, som fastlegger at endringene må ha resultert i «*major imbalance*» i kontraktsforholdet.¹²⁷ Av mer spesifikke angivelser kan det vises til eksempelet ovenfor, der terskelen er fastsatt til «*...exceed the annual proceeds...*». Sistnevnte må anses for å innebære mindre tolkningsmessige utfordringer, sammenlignet med formuleringene etter modellklausulene.

Et utvalg av de materielle krav som hardship – klausulene oppstiller er nå gjennomgått. Dersom partene er uenige omkring hvorvidt disse er oppfylt, så må spørsmålet i utgangspunktet avgjøres ved tvisteløsning. Enkelte klausuler regulerer dette uttrykkelig, noe som kan bidra til en mer ryddig prosess.¹²⁸

2.2.2 Prosessuelle vilkår

Ved siden av slike materielle vilkår som er gjennomgått over, kan klausulene også oppstille prosessuelle vilkår som regulerer prosessen omkring klausulens anvendelse. Selv om det foreligger omstendigheter som materielt tilfredsstillende klausulens krav, så igangsettes ikke reforhandlingsprosessen automatisk.¹²⁹ Klausulen må påberopes, normalt ved at den ram-

¹²⁴ Bruserud (2010), s. 47

¹²⁵ I. c

¹²⁶ UNIDROIT (2010), s. 214

¹²⁷ PECL (2000), s. 324

¹²⁸ De Ly (2006), s. 474

¹²⁹ Bruserud (2010), s. 299

mede part fremsetter et reforhandlingskrav.¹³⁰ I den forbindelse stilles det undertiden krav til form og innhold, samt tidsfrist for når den rammede part må fremsette dette.¹³¹ Det er slike krav som skal behandles i det følgende.

Innledningsvis må det fremheves at enkelte hardship – klausuler begrenser sitt eget anvendelsesområde ved å innføre en verneperiode i starten av kontraktsforholdet, der de ikke kan påberopes.¹³² I tillegg kan det settes grenser for antall ganger en part skal kunne påberope seg klausulen innenfor en gitt tidsperiode.¹³³ Innenfor disse rammene må klausulen i utgangspunktet kunne påberopes når som helst etter avtaleinngåelsen. Som påpekt i kommentarene til UNIDROIT 2010 art. 6.2.2. er det imidlertid kun tale om hardship der det ennå ikke har skjedd noen oppfyllelse.¹³⁴ Er kontrakten delvis oppfylt, er det kun for den ikke – oppfylte del hardship er aktuelt.¹³⁵

Klausulene oppstiller sjelden formkrav til den rammede parts krav om reforhandling, og både skriftlig og muntlig meddelelse må da som hovedregel aksepteres.¹³⁶ Dette forutsetter imidlertid at kontrakten heller ikke inneholder generelle bestemmelser som krever skriftlighet i kommunikasjonen mellom partene.¹³⁷ Krav til innhold er også noe som i liten grad er regulert uttrykkelig.¹³⁸ Der dette imidlertid er gjort, går kravene vanligvis ut på om at

¹³⁰ Bruserud (2010), s. 299

¹³¹ Ibid., s. 300

¹³² De Ly (2006), s. 475

¹³³ I. c

¹³⁴ UNIDROIT (2010), s. 216

¹³⁵ I. c

¹³⁶ Bruserud (2010), s. 301

¹³⁷ Bruserud (2010), s. 301. Slike bestemmelser finnes blant annet i standardkontraktene innen entrepriser, se f. eks NS 8405.

¹³⁸ Bruserud (2010), s. 302

den rammede part må redegjøre for grunnlaget som reforhandlingskravet bygger på.¹³⁹ UNIDROIT 2010 art. 6.2.3 danner her et eksempel:

«The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based»

Ordlyden tyder her på at kravene til begrunnelsen ikke er høye («*indicate*»)¹⁴⁰ Det må forutsettes at en rask igangsettelse av reforhandlingsprosessen ofte vil være essensielt for den rammede part ved inntreden av hardship- omstendigheter, noe som taler for at det ikke stilles for strenge krav til hans varsel.¹⁴¹ Det må imidlertid være av et slikt omfang at det gir motparten mulighet til å foreta en selvstendig vurdering av kravet.¹⁴² Dette bør også være veiledende i de tilfeller der klausulene ikke uttrykkelig oppstiller innholds krav.¹⁴³ Begrunnelsen bør omfatte begge typene materielle vilkår som beskrevet ovenfor, både hvilke faktiske omstendigheter det gjelder, samt hvordan disse har virket inn på kontraktsforholdet til ulempe for den rammede part.¹⁴⁴

Den siste gruppen prosessuelle krav knytter seg til fristene som den rammede part må overholde ved fremsettelsen av sitt reforhandlingskrav. I likhet med de to andre gruppene reguleres dette i liten grad uttrykkelig.¹⁴⁵ For å kunne vurdere om kravet er fremsatt innen fristen, må det for det første være klart fra når fristen begynner å løpe, for det andre hvor lang den er, og for det tredje hva som avbryter den.¹⁴⁶

¹³⁹ Bruserud (2010), s. 302

¹⁴⁰ Ibid., s. 303

¹⁴¹ Ibid., s. 305

¹⁴² Ibid., s. 304

¹⁴³ l. c

¹⁴⁴ l. c

¹⁴⁵ Ibid., s. 308

¹⁴⁶ l. c

Hva som er fristens *utgangspunkt* varierer i noen grad. Enkelte tar sikte på når den rammede part fikk faktisk kunnskap til de inntrådte omstendighetene:

«If HARDSHIP occurs, A shall notify B thereof within thirty (30) days of becoming aware thereof together with a description of the event and its consequences for A»¹⁴⁷

I UNIDROIT 2010 art. 6.2.3 reguleres ikke spørsmålet uttrykkelig. I kommentarene til bestemmelsen fremgår det imidlertid:

«The request for negotiations must be made as quickly as possible after the time at which hardship is alleged to have occurred...»¹⁴⁸

Slik også Bruserud hevder, så må uttalelsen trolig tolkes slik at utgangspunktet er når hardship- omstendighetene faktisk inntrådte, vurdert ut i fra klausulens vilkår.¹⁴⁹

Hva gjelder fristens *lengde* varierer det hvor presist den er angitt. I den ene enden av skalaen ligger de klausulene som fastsetter fristen til et visst antall dager, slik som i eksemplet over der fristen er 30 dager. Et eksempel på en mindre presis frist er den i UNIDROIT 2010 art. 6.2.3 (1), som er sitert ovenfor. Her fastslås det at den rammede part må fremsette krav om reforhandling «... without undue delay ...». Vilkåret har et nokså skjønnsmessig innhold. I kommentarene til bestemmelsen framgår det at fristen vil variere avhengig av de konkrete omstendigheter, f. eks. slik at den kan bli lengre der endringene skjer gradvis. Endringene kan i slike tilfeller bli mindre synlige, sammenlignet med der de skjer plutselig. På en annen side kan gradvise endringer i andre tilfeller gi den rammede part holdepunkter for at de «til slutt» kan være av et såpass omfang at hardship – klausulen kan påberopes. Da kan det hevdes at han bør ha gode forutsetninger for å kunne reagere raskt dersom dette

¹⁴⁷ De Ly (2006), s. 476

¹⁴⁸ UNIDROIT (2010), s. 219

¹⁴⁹ Bruserud (2010), s. 309

skjer, slik at fristen blir kortere. En fristangivelse som den i art. 6.2.3 (1) gir på denne måten fleksibilitet, ved at den kan tilpasses forholdene i den konkrete sak. En presis angivelse derimot, slik som i eksempelet over, vil ikke ha denne egenskapen. På en annen side gir sistnevnte mer forutsigbarhet.

Avbrytelse av fristen skjer ved at den rammede parten utsteder et reforhandlingskrav som oppfyller eventuelle krav til form og innhold, slik gjennomgått over.¹⁵⁰ Reforhandlingskravet må anses som et avtalerettslig påbud, slik at det avbryter fristen når det er kommet frem til motparten.¹⁵¹

Neste spørsmål blir hva som er konsekvensene dersom kravene relatert til form, innhold og frister ikke overholdes. Dersom de to første gruppene krav ikke oppfylles, er følgene som regel at reforhandlingskravet ikke anses som gitt. Det blir dermed kun et spørsmål om konsekvensene av fristoverskridelse. Enkelte klausuler synes å oppstille preklusive frister, slik at den rammede parten mister retten til å kreve reforhandling ved oversittelse.¹⁵² Etter UNIDROIT 2010 art. 6.2.3 fremgår ikke konsekvensene uttrykkelig, men i kommentarene fastslås det at fristen derimot ikke er preklusiv.¹⁵³ Oversittelse kan imidlertid få betydning for bevisspørsmålet ved vurderingen av om det forelå hardship - omstendigheter, samt hvilken innvirkning omstendighetene hadde på kontraktsforholdet.¹⁵⁴ Dette må trolig være løsningen også etter andre klausuler som forholder seg tause til spørsmålet, da det bør klare holdepunkter til for å anse retten til reforhandling som bortfalt som følge av fristoversittelse.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Bruserud (2010), s. 308

¹⁵¹ Woxholth (2008), s. 75

¹⁵² Draetta (1992), s. 196

¹⁵³ UNIDROIT (2010), s. 219

¹⁵⁴ l. c

¹⁵⁵ Slik også Bruserud (2010), s. 309

2.2.3 Valg av utforming

Som nevnt under punkt 2.2.1.1 må det antas at utformingen av klausulenes rettsfaktasid kan ha stor betydning for hardship – klausulenes effektivitet. Dette er en problemstilling som også er blitt fremhevet flere steder i juridisk teori.¹⁵⁶ Det kan innebære både fordeler og ulemper ved å benytte generelle formuleringer, og tilsvarende for mer spesifikke vilkår.

Generelle formuleringer av relevante omstendigheter kan på én side være formålstjenlige, da de kan fange opp mange ulike eventuelle scenarier og dermed får et bredt anvendelsesområde.¹⁵⁷ Hardship – klausulen tar nettopp sikte på å avhjelpe den usikkerheten som risikoen for uforutsette omstendigheter innebærer. Disse omstendighetene kan være av svært ulik karakter, og en bred utforming kan således hevdes å være en sterk egenskap.¹⁵⁸ På en annen side kan slike vagt utformede vilkår også øke risikoen for at partene tolker dem ulikt.¹⁵⁹ Det vil da kunne resultere i uenighet omkring hvorvidt klausulens vilkår er oppfylt eller ikke. Som Meidell påpeker kan forhandlingsklimaet mellom partene i slike tilfelle fort påvirkes negativt.¹⁶⁰ Dessuten vil også mye av poenget med reforhandlingsplikten bortfalle dersom en slik tvist trekker ut, og kanskje ender opp med behandling i et tvisteløsningsorgan.¹⁶¹ Muligheten til en smidig tilpasning av kontrakten til de endrede forhold vil da gå tapt.¹⁶² Dette aktualiserer Lehrbergs innvendinger knyttet til økte kostnader og tidsbruk, som fremhevet over.

På denne bakgrunn kan det derfor være hensiktsmessig at partene i større grad tilpasser klausulene til sitt individuelle kontraktsforhold, ved å gi mer spesifikke angivelser av de

¹⁵⁶ Se blant annet Lehrberg (2008), s. 215 og Meidell (2002), s. 502

¹⁵⁷ Meidell (2002), s. 502

¹⁵⁸ l. c

¹⁵⁹ l. c

¹⁶⁰ l. c

¹⁶¹ l. c

¹⁶² l. c

materielle vilkårene.¹⁶³ Som Bruserud påpeker så synes imidlertid mange av de klausulene som brukes i praksis å kunne betegnes som såkalte «boilerplate – clauses», altså at de har en standardisert utforming som er ment å passe til mange ulike typer kontraktsforhold.¹⁶⁴ Å inkludere en slik standardklausul i avtalen kan være tidsbesparende, da det forutsetningsvis medfører lite arbeid for partene. Dette kan utgjøre et viktig moment i forkant av avtaleinngåelsen. Av de grunner som fremgår ovenfor kan det likevel hevdes at mange kontraktparter kan tjene på å ikke ukritisk adoptere slike standardtekster i kontrakten. At partene bør tilstrebe et økt presisjonsnivå fremgår som nevnt av kommentarene til UNIDROIT 2010 art. 6.2.2, og synes også å være en oppfatning som har støtte i juridisk teori.¹⁶⁵ Det er dog viktig å fremheve at også mer detaljerte vilkårsangivelser kan gi uheldige utslag. En hardship – klausul med en snever vilkårsside risikerer å ikke fange opp mange av de situasjoner som kan oppstå. Dessuten kan det føre til at klausulen blir nokså omfattende, og kompleks å anvende. Også dette bør partene ta hensyn til.

Videre vil det også kunne være fordelaktig om klausulene setter tydelige prosessuelle vilkår, slik påpekt av De Ly og Fontaine.¹⁶⁶ Det er naturlig å anta at mulighetene for en smidig igangsettelse av reforhandlingene øker, dersom klausulene oppstiller innholdskrav til varsel, tidsfrister for påberopelse, samt henvisning til et tvisteløsningsorgan dersom det er uenighet rundt hvorvidt klausulens vilkår er oppfylt. I mangel på dette kan det oppstå mye usikkerhet rundt prosessen.

¹⁶³ Meidell (2002), s. 503

¹⁶⁴ Bruserud (2010) s. 29

¹⁶⁵ Se blant annet Lehrberg (2008), s. 215 og Meidell (2002), s. 503

¹⁶⁶ De Ly (2006), s. 476

2.3 Virkning av anvendelse

2.3.1 Plikt til å reforhandle

2.3.1.1 Innledning

Ovenfor er hardship – klausulenes materielle og prosessuelle vilkår gjennomgått. Dersom disse er oppfylt, blir det et spørsmål om hvilke virkninger klausulene foreskriver. De har det til felles at de i første rekke gir den rammede part en rett til å kreve reforhandlinger, med en korresponderende reforhandlingsplikt for motparten.¹⁶⁷ Som antydning er dette også deres fremste karakteristiske trekk.¹⁶⁸ I UNIDROIT 2010 art. 6.2.3 (1) heter det:

«In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request negotiations...»

Sett bort i fra denne primære virkningen så er det også her en betydelig variasjon i den nærmere utformingen av klausulene, noe som vil bli illustrert nedenfor. I det følgende skal det gis en fremstilling av innholdet i reforhandlingsplikten (punkt 2.3.1), samt hvilke konsekvenser det får dersom reforhandlingen ikke fører frem til enighet mellom partene (punkt 2.3.2). Særlig fokus vil ligge på de klausulene som i slike tilfeller henviser til behandling av et tvisteløsningsorgan. Dette reiser videre spørsmål om organets kompetanse, noe som også vil bli redegjort for. Avslutningsvis drøftes valget av hvilke virkninger klausulene skal oppstille, og hvordan dette kan påvirke oppfyllelsen av formålene (punkt 2.3.3). Selve reforhandlingsprosessen og dens ulike trinn vil derimot ikke bli behandlet nærmere.

¹⁶⁷ Bruserud (2010), s. 268

¹⁶⁸ Hagstrøm (2003), s. 310

2.3.1.2 Målet med reforhandlingene

Hva som er målet med reforhandlingen er et spørsmål som ikke alltid reguleres i klausulene.¹⁶⁹ Der dette imidlertid er gjort, synes det å være nokså vagt angitt.¹⁷⁰ Det formuleres gjerne i form av en henvisning til den opprinnelige kontraktsbalansen, og at reforhandlingene skal ta sikte på å gjenopprette denne.¹⁷¹ På denne måten vises det tilbake til klausulens rettsfaktaside, ved å bruke den innvirkning endringen har hatt på avtaleforholdet som målestokk for hvordan kontrakten bør tilpasses. Et annet alternativ som forekommer er at klausulene fastsetter rettferdighetssynspunkter som «equity» eller «fairness» som veiledende prinsipper.¹⁷² Det kan ikke utelukkes at de to løsningene kan gi ulike resultater, da forholdet dem imellom har likhetstrekk til det som er behandlet over, i forbindelse med forholdet til avtl. 36.¹⁷³ Som Bruserud påpeker så vil imidlertid ingen av disse retningslinjer binde partene med hensyn til hva de kan bli enige om.¹⁷⁴ Kun preseptorisk lovgivning vil danne ytre rammer for resultatet.¹⁷⁵ Det kan imidlertid tenkes at de kan virke inn på hvilke krav som kan stilles til partenes opptreden under reforhandlingene. Dette behandles nedenfor i punkt 2.3.1.4.

Et eksempel på en løsning som benytter den opprinnelige balansen finnes i UNIDROIT 2010 art. 6.2.3, som for så vidt ikke inneholder noen uttrykkelig angivelse av hva som skal være målet med reforhandlingen mellom partene selv. Dette fremkommer imidlertid indirekte i bestemmelsens 4. ledd, som regulerer de tilfeller der spørsmålet havner hos domstolene. Da skal kontraktsforholdet enten avsluttes, eller tilpasses med sikte på å gjenopprette balansen i kontraktsforholdet («*with a view to restoring its equilibrium*»). Retningslinjene

¹⁶⁹ Bruserud (2010), s. 269

¹⁷⁰ I. c

¹⁷¹ De Ly (2006), s. 477

¹⁷² I. c

¹⁷³ Se punkt 2.1.3

¹⁷⁴ Bruserud (2010), s. 270

¹⁷⁵ I. c

må altså forstås å være rettet først og fremst mot domstolene. Det er likevel naturlig at dette også brukes som rettesnor i reforhandlingene mellom partene selv.

Et eksempel på en løsning som benytter rettfærdighetssynspunkter finner vi i PECL 2000 art. 6:111, som har tilsvarende struktur som UNIDROIT 2010 art. 6.2.3. Heller ikke her finnes det noen direkte angivelse av målet med partenes reforhandlinger. Dersom spørsmålet henvises til behandling i domstolsapparatet, oppstilles det imidlertid retningslinjer der domstolen velger å tilpasse kontrakten. Disse retningslinjene er formulert annerledes enn de i UNIDROIT 2010. Bestemmelsen fastslår at domstolen i så fall skal fordele de tap og vinninger som endringene har medført mellom partene. Dette skal skje «... *in a just and equitable manner*...». Likevel benytter også denne modellklausulen elementer av førstnevnte løsning, da det fremgår av kommentarene til bestemmelsen at tilpasninger av kontrakten skal ta sikte på å gjenopprette balansen i kontraktsforholdet.¹⁷⁶

Hvor hensiktsmessig det er med slike uttrykkelige retningslinjer er vanskelig å si noe sikkert om. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det kan være nyttig for partene at målsettingen med reforhandlingene fremgår direkte av klausulen. Uansett innebærer det både fordeler og ulemper ved å anvende såpass vage formuleringer som de ovennevnte, spesielt de som kun henviser til veiledende prinsipper som f. eks «equity». Denne løsningen har møtt kritikk i juridisk teori, blant annet for å være for upresis til å gi noe veiledning av betydning.¹⁷⁷ I tillegg kan kontraktsparter med ulik bakgrunn ha vidt forskjellige oppfatninger av begrepet og dets innhold.¹⁷⁸ Videre vil det gi et tvisteløsningsorgan, dersom klausulen henviser til dette, nokså frie tøyler i sin avgjørelse.¹⁷⁹ På en annen side er det også blitt frem-

¹⁷⁶ PECL (2000), s. 326

¹⁷⁷ De Ly (2006), s. 479

¹⁷⁸ l. c

¹⁷⁹ l. c

hevet at slike rettferdighetssynspunkter kan ha en ikke ubetydelig påvirkningskraft, også på profesjonelle parter i forretningslivet.¹⁸⁰

2.3.1.3 Ikke en resultatforpliktelse

Det kanskje viktigste spørsmålet i drøftelsen omkring reforhandlingsplikten knytter seg til pliktens innhold. Hva er egentlig motparten forpliktet til? Innledningsvis må det åpenbare fastlås; plikten til å reforhandle kan ikke omfatte en plikt for motparten til å bli enig med den rammede part om en revidert avtale.¹⁸¹ Dette er en naturlig følge av avtalefrihetsprinsippet, som også omfatter frihet til å avstå fra å kontrahere.¹⁸² Reforhandlingsplikten er således ingen resultatforpliktelse, men en omsorgsforpliktelse (eller innsatsforpliktelse).¹⁸³

Dette reiser spørsmål omkring hvorvidt reforhandlingsplikten etter en hardship - klausul egentlig har noe reelt innhold. I motsatt fall tjener det ingen hensikt å innta en slik klausul i kontrakten. Dette kan åpenbart ikke være tilfelle. Selv om partene står fritt med hensyn til å inngå en revidert kontrakt, stilles det for det første krav til reforhandlingsplikten som en omsorgsforpliktelse. Det eksisterer med andre ord visse krav til partenes opptreden under reforhandlingene.¹⁸⁴ For det andre så oppstiller flere av klausulene ulike konsekvenser dersom partene ikke når frem til enighet, som kan virke som et «ris bak speilet».¹⁸⁵ Slike konsekvenser vil bli omtalt senere.

¹⁸⁰ De Ly (2006), s. 479

¹⁸¹ Slik også Bruserud (2010), s. 290 og De Ly (2006), s. 480

¹⁸² Woxholth (2008), s. 27

¹⁸³ Bruserud (2010), s. 292 og Draetta (1992), s. 197

¹⁸⁴ De Ly (2006), s. 480

¹⁸⁵ Meidell (2002), s. 504

2.3.1.4 Lojalitetsplikten

Hvilke krav som stilles til reforhandlingsplikten som omsorgsforpliktelse må i første rekke bero på hva som er bestemt i avtalen mellom partene.¹⁸⁶ På generelt grunnlag angis dette undertiden uttrykkelig med formuleringer som f. eks «best efforts» og «reasonable efforts».¹⁸⁷ Unntaksvis oppstilles lignende krav i hardship- klausulene, gjerne gjennom å fastslå at partene skal reforhandle «in good faith».¹⁸⁸ Slik uttrykkelig regulering forekommer imidlertid sjelden.¹⁸⁹ I mangel på dette er man tvunget til å falle tilbake på mer generelle, avtalerettslige prinsipper. I likhet med avtalepartenes øvrige forpliktelser etter kontrakten, vil også reforhandlingsplikten være underlagt det alminnelig kontraktsrettslige lojalitetskrav.¹⁹⁰ Generelt innebærer dette en plikt til å ivareta motpartens interesser i kontraktsforholdet, innenfor visse grenser.¹⁹¹

Selv om det ikke følger direkte av ordlyden i UNIDROIT 2010 art 6.2.3, så fremgår det av kommentarene til bestemmelsen at reforhandlingene skal skje i tråd med prinsippene om «... *good faith and fair dealing*...», slik de er nedfelt i art 1.7.¹⁹² Tilsvarende følger også av kommentarene til PECL 2000 art. 6:111 (3).¹⁹³ Dette fremgår dessuten av bestemmelsen selv, om enn noe indirekte, da den fastsetter mulig erstatningsansvar dersom en part under reforhandlingene opptrer i strid med «*good faith and fair dealing*». Innholdet i disse begre-

¹⁸⁶ Meidell (2002), s. 503

¹⁸⁷ Hagstrøm (2003), s. 118

¹⁸⁸ Bruserud (2010), s. 292

¹⁸⁹ Ibid., s. 293

¹⁹⁰ Ibid., s. 296

¹⁹¹ Woxholth (2008), s. 326

¹⁹² UNIDROIT (2010), s. 220

¹⁹³ PECL (2000), s. 326

pene synes å ha en klar parallell i lojalitetsplikten etter norsk rett.¹⁹⁴ I kommentarene til UNIDROIT 2010 er det forsøkt presisert hva disse kravene innebærer for partene under reforhandlingene:

“both parties must conduct the renegotiations in a constructive manner, in particular by refraining from any form of obstruction and by providing all the necessary information”.¹⁹⁵

Som Meidell trekker frem, så må lojalitetsplikten f. eks kunne innebære at partene deltar aktivt i reforhandlingene med kompetent personell, samt at de begrunner sine standpunkter.¹⁹⁶ I tillegg til det ovennevnte har kravet også en spesiell side til den rammede part.¹⁹⁷ Kommentarene fastslår at han faktisk må være av den oppfatning at det foreligger omstendigheter som oppfyller vilkårene i hardship – klausulen.¹⁹⁸ Det vil således være i strid med prinsippene dersom han kun påberoper seg klausulen som et taktisk trekk.¹⁹⁹ I kommentarene til PECL 2000 er det også gjort forsøk på å utdype. Her fastslås det for det første at partene må avstå fra å hale ut eller avbryte reforhandlingene i den hensikt å sabotere dem.²⁰⁰ Videre vil det være i strid med kravet til «good faith» dersom en part fortsetter reforhandlingene, til tross for at han allerede har inngått avtale med tredjepart som utelukker en reforhandlet avtale med den opprinnelige motparten.²⁰¹

Som redegjort for over så beskriver enkelte klausuler hva som skal være målet med reforhandlingene. Selv om dette ikke innebærer noe krav om et resultat, kan det ikke utelukkes at det kan påvirke de lojalitetskrav som stilles til partene i prosessen. Et annet moment som

¹⁹⁴ Bruserud (2010), s. 295

¹⁹⁵ UNIDROIT (2010), s. 220

¹⁹⁶ Meidell (2002), s. 504

¹⁹⁷ UNIDROIT (2010), s.220

¹⁹⁸ I. c

¹⁹⁹ I. c

²⁰⁰ PECL (2000), s. 326

²⁰¹ I. c

også kan virke inn her, er tilknytningen mellom partene. Som påpekt under punkt 2.1.2 forekommer hardship – klausuler hovedsakelig i langsiktige kontraktsforhold.²⁰² Når kontrakter strekker seg ut over en lengre tidsperiode kan det føre til at partene utvikler en sterkere tilknytning enn ellers. I slike tilfeller kan det hevdes at partene bør ha et spesielt ansvar til å ivareta hverandres interesser, med andre ord en slags forsterket lojalitetsplikt. I hvert fall er dette et spørsmål som har vært reist i juridisk teori.²⁰³ Jeg går ikke nærmere inn på dette i det følgende, men fremhever her kun kort eventuelle konsekvenser av et slikt syn. Dersom langsiktige kontraktsforhold må anses å innebære en forsterket lojalitetsplikt, kan det medføre at kravene til partenes opptreden under reforhandlingene også er skjerpet. Dette må i så fall tas i betraktning ved en vurdering av hvorvidt en part har oppfylt sine forpliktelse eller ikke. Videre vil det da resultere i forskjeller mellom klausulene, selv om disse i utgangspunktet er utformet likt. En hardship – klausul som inntas i en langsiktig kontrakt vil etter denne tankegangen kunne oppstille strengere krav til partenes opptreden, sammenlignet med tilsvarende klausuler i kontrakter med kortere tidshorisonter.

Et eksempel på en klausul som oppsummerer de prinsippene som her er redegjort for er gjengitt i De Ly/ Fontaine (2006):

«The Parties shall make good faith efforts to resolve the economic difficulties on mutually acceptable terms however there shall be no obligation hereunder for the Parties to reach agreement hereon»²⁰⁴

Dersom en av partene på en eller annen måte ikke medvirker til reforhandlingene, i strid med kravene over, vil dette utgjøre et mislighold av kontrakten.²⁰⁵ Dette vil i utgangspunktet

²⁰² Lehrberg (2008), s. 19

²⁰³ Se blant annet Nazarian (2007), s. 303 og 315.

²⁰⁴ De Ly (2006), s. 480

²⁰⁵ Bruserud (2010), s. 338

tet gi den andre parten rett til å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser.²⁰⁶ Dette er tema for oppgavens punkt 2.4.

2.3.1.5 Krav til avbruddsgrunner

I forlengelsen av drøftelsen omkring reforhandlingsplikts innhold, har det vært stilt spørsmål til hvorvidt det kan oppstilles generelle, kvalitative krav til de grunner en part har til å trekke seg fra reforhandlingene.²⁰⁷ Dersom dette er tilfelle, vil et avbrudd i strid med slike krav i utgangspunktet utgjøre et kontraktsbrudd.²⁰⁸ Bruserud formulerer dette som et spørsmål om det eksisterer krav til rimelig avbruddsgrunn.²⁰⁹ Han trekker her en parallell til prekontraktuelle forhandlinger, og hvilke berettigede forventninger som skapes som mulig grunnlag for ansvar ved avbrudd.²¹⁰ Det er viktig å fremheve at slike krav vil gå på bekostning av det grunnleggende prinsippet om kontraktsfrihet, ettersom det i praksis medfører at partene under visse omstendigheter kan være underlagt en kontraheringsplikt.²¹¹

Til støtte for en vurdering av en parts avbruddsgrunner, fremhever han for det første at den rammede parten har et åpenbart beskyttelsesbehov.²¹² Dette vil imidlertid avhenge av hvilke virkninger klausulene oppstiller ved manglende enighet.²¹³ I de tilfeller der klausulen er taus med hensyn til konsekvenser er beskyttelsesbehovet fremtredende. Der den rammede

²⁰⁶ Meidell (2002), s. 505

²⁰⁷ Bruserud (2010), s. 331

²⁰⁸ Ibid., s. 332

²⁰⁹ l. c

²¹⁰ l. c

²¹¹ Ibid., s. 333

²¹² Ibid., s. 334

²¹³ Slik også Bruserud (2010), s. 334

part derimot gis en sekundær termineringsadgang, kan det sies å foreligge en særlig risiko for misbruk fra hans egen side.²¹⁴ Mer om dette under punkt 2.3.2.2.

Som også Bruserud fremhever vil en prøving innebære at domstolene må gå inn på subjektive vurderinger, som i stor utstrekning preges av kommersielle hensyn.²¹⁵ Det kan være et stort spenn i de ulike forretningsmessige forhold som en part vektlegger i sine vurderinger, og mye kan derfor tale for at domstolene vil være forsiktige med å overprøve disse. Dersom en slik prøving likevel skal finne sted, kan det hevdes at den bør gå lengst i de tilfeller der klausulens regulering medfører en særlig risiko for at en av partene vil prøve å unndra seg «reelle» reforhandlinger.²¹⁶

2.3.1.6 Partenes øvrige forpliktelser

Et viktig spørsmål er hvilken virkning anvendelse av en hardship – klausul har for partenes øvrige kontraktsforpliktelser. For den del av kontrakten som allerede er oppfylt er utgangspunktet klart; anvendelse av hardship – klausulen får her ingen virkning.²¹⁷ For den gjenstående del av avtalen blir det et spørsmål om den rammede parten kan holde igjen sine ytelser etter fremsettelse av et reforhandlingskrav. Dette må i utgangspunktet bero på hva som er bestemt i avtalen.²¹⁸ Enkelte klausuler fastslår uttrykkelig at partenes øvrige forpliktelser suspenderes mens reforhandlingene pågår.²¹⁹

I UNIDROIT 2010 art. 6.2.3 (2) fremgår det klart at den rammede part som hovedregel *ikke* har anledning til å holde tilbake sine ytelser. I kommentarene til bestemmelsen be-

²¹⁴ Bruserud (2010), s. 335

²¹⁵ Ibid., s. 334

²¹⁶ I. c

²¹⁷ UNIDROIT (2010), s. 216

²¹⁸ Draetta (1992), s. 198

²¹⁹ I. c

grunnes dette i klausulenes spesielle karakter, samt risikoen for misbruk.²²⁰ Dette må i utgangspunktet også være løsningen etter de klausulene som forholder seg tause til problemtillingen.²²¹ Hardship – klausulene foreskriver som nevnt ikke en plikt til å nå frem til et resultat. Så lenge en revidert avtale da ikke foreligger, må den rammede part oppfylle sine kontraktsforpliktelser i henhold til de opprinnelige kontraktsbestemmelsene.

2.3.2 Hvis enighet ikke nås

Ikke alle forsøk på reforhandlinger vil være vellykket i den forstand at det fører frem til en revidert avtale. Årsakene til at enighet ikke nås kan være flere.²²² For det første kan det skyldes at en part av en eller annen grunn ikke har oppfylt sin reforhandlingsplikt.²²³ Dette vil i utgangspunktet utgjøre et mislighold av avtalen. At enighet ikke oppnås er imidlertid ikke ensbetydende med at plikten er misligholdt. Som fastslått under punkt 2.3.1.3 er ikke reforhandlingsplikten en resultatforpliktelse, men en omsorgsforpliktelse.²²⁴ En konsekvens av dette er at plikten kan være oppfylt selv om det ikke har ført til enighet mellom partene.²²⁵ Det er følgene av sistnevnte som skal drøftes i det videre.

Et viktig spørsmål i denne forbindelse er hvilken tidsmessig utstrekning reforhandlingsplikten har. Enkelte klausuler oppstiller tidsfrister for når reforhandlingene må være gjennomført, gjerne i forbindelse med at det oppstilles nærmere bestemte virkninger ved utløpet av disse.²²⁶ Noen av disse angir fristen i et visst antall dager²²⁷, mens andre medfører større

²²⁰ UNIDROIT (2010), s. 220

²²¹ Draetta (1992), s. 198

²²² Bruserud (2010), s. 351

²²³ l. c

²²⁴ Ibid., s. 292

²²⁵ Slik også Bruserud (2010), s. 291

²²⁶ De Ly (2006), s. 481 og 483, der det gjengis klausuler som henviser til henholdsvis terminering av kontrakten og tvisteløsning ved utløpet av fristen.

tolkningsmessige utfordringer. Det siste gjelder f. eks for UNIDROIT 2010 art. 6.2.3 (3), som henviser til behandling i domstolsapparatet dersom partene ikke kommer til enighet «*within a reasonable time*». Her gir ordlyden begrenset veiledning med hensyn til fristens lengde. I kommentarene til bestemmelsen heter det at lengden vil avhenge av hvor kompleks temaet for reforhandlingene er, i tillegg til de konkrete omstendigheter for øvrig.²²⁸ Dette må anses for å være en nærliggende løsning også der klausulene ikke setter noen uttrykkelig frist. Det er imidlertid viktig å poengtere at partene kan reforhandle så lenge de selv ønsker, dersom de er enige om dette. I praksis vil det nok likevel være i den rammede parts interesse å få avsluttet reforhandlingene raskt etter fristens utløp, dersom det er tydelig at partene ikke vil komme frem til en løsning. Dette vil selvfølgelig avhenge av hvilke virkninger klausuler foreskriver videre, noe jeg kommer tilbake til nedenfor.

Dersom partene ikke har oppnådd enighet innen de fristene som er redegjort for over, blir spørsmålet hvilke konsekvenser dette får for kontraktsforholdet. I utgangspunktet er den primære virkningen at avtaleforholdet mellom partene da fortsetter på de opprinnelige vilkår.²²⁹ Dette innebærer imidlertid at de virkningene som endringene har hatt for kontraktsforholdet forblir uadressert. Ofte bruker partene derfor klausuler som fastsetter nærmere bestemte virkninger dersom de ikke kommer til enighet.²³⁰ Hva de ulike klausulene her foreskriver av konsekvenser varierer,²³¹ noe som vil bli redegjort for i det videre. Først behandles de klausulene som forholder seg tause til problemstillingen, samt de som uttrykkelig fastslår at avtaleforholdet skal fortsette på de opprinnelige vilkår (punkt 2.3.2.1). Der nest vil det bli redegjort for klausuler som gir en eller begge parter rett til å kreve at avtaleforholdet opphører (punkt 2.3.2.2). Til sist omtales de klausuler som henviser spørsmålet til

²²⁷ Se f. eks klausulen gjengitt i De Ly (2006), s. 482, som setter en frist på 60 dager.

²²⁸ UNIDROIT (2010), s. 221

²²⁹ Draetta (1992), s. 197

²³⁰ l. c

²³¹ Bruserud (2010), s. 271

en eller annen form for tvisteløsningsmekanisme (punkt 2.3.2.3). I tilknytning til dette drøftes også tvisteløsningsmekanismens kompetanse.

2.3.2.1 Klausulen oppstiller ikke konsekvenser

For det første er det enkelte klausuler som ikke fastlegger noen konsekvenser ved manglende enighet.²³² Konsekvensen blir da, som tidligere fremhevet, at avtaleforholdet fortsetter på de opprinnelige vilkårene. I noen klausuler er også dette uttrykkelig nedfelt som virkning.²³³

Slike hardship – klausuler kan umiddelbart fremstå som ineffektive, og flere steder i teorien er de da også blitt beskrevet som «svake» og «tannløse».²³⁴ Her vil det som utgangspunkt kun være de beskrevne lojalitetskrav som klausulene har å støtte seg til. Det presset som kan ligge i behandling i et sekundært tvisteløsningsorgan, eller en eventuell terminering av avtaleforholdet, er derimot fraværende.²³⁵ Som antydnet ovenfor kan det vanskelig oppstilles noe alminnelig krav om rimelig grunn til å avstå fra å inngå en revidert kontrakt, og det kan dermed hevdes at det er en nokså svak plikt som her påhviler partene. På en annen side skal imidlertid ikke det presset som kan ligge i å skulle reforhandle «ansikt til ansikt» undervurderes. Særlig ettersom det ofte er tale om langsiktige forretningsforhold, der partenes tilknytning forutsetningsvis er sterk. Likevel må det antas at motparten ofte vil ha en sterk interesse av at avtalen forblir i sin opprinnelige form, da en revisjon ofte vil slå negativt ut for ham. På denne bakgrunn kan det hevdes at slike hardship - klausuler i liten grad er egnet til å avhjelpe de inntrådte endringene, og dermed lite egnet til å oppfylle formålet om overlevelse av kontraktsforholdet.²³⁶ Her kan det trekkes en linje tilbake til dommen inntatt

²³² De Ly (2006), s. 480

²³³ Bruserud (2010), s. 352

²³⁴ Lehrberg (2008), s. 126 og Bruserud (2010), s. 353

²³⁵ Bruserud (2010), s. 354

²³⁶ Slik også Bruserud (2010), s. 356

i Rt. 1998 s. 1683. Dersom klausulen i den aktuelle kontrakten hadde forholdt seg taus med hensyn til virkninger ved uenighet, i stedet for å vise til tvisteløsning, kan det ikke utelukkes at resultatet ville blitt et annet.

Hagstrøm synes imidlertid å være av den oppfatning at det ikke kan være fullt så enkelt som fremstilt over.²³⁷ Han påpeker at det har formodningen mot seg at en avtaleklausul som omhandler et så sentralt tema praktisk talt skal være uten innhold.²³⁸ Som Bruserud riktignok antyder, så må et krav på rettsvirkninger utledet direkte fra en slik hardship – klausul være utelukket.²³⁹ Flere forfattere åpner imidlertid for at selve eksistensen av en hardship- klausul i kontrakten kan senke terskelen for rimelighetsprøving etter avtl. §36.²⁴⁰ Slik kan den rammede parten kunne få et slags indirekte krav på rettsvirkninger.²⁴¹ Meidell fremhever her blant annet hvilke signaler partene sender ved å innta en slik klausul i kontrakten.²⁴² Gjennom denne typen regulering viser partene at de ved avtaleinngåelsen har vært forberedt på en eventuell revisjon av avtalen.²⁴³ Dersom en reforhandling senere mislyktes, bør nettopp dette kunne påvirke terskelen etter avtl. §36, mener han.²⁴⁴ Dette synspunktet får også støtte av Bruserud.²⁴⁵ Her kan det imidlertid hevdes at revisjon gjennom reforhandlinger mellom partene er noe ganske annet enn revisjon ved en domstol, og at man derfor bør være forsiktig med å innfortolke i klausulen en slags aksept til en utvidet, domstolsbasert revisjonsadgang.

²³⁷ Hagstrøm (2003), s. 311

²³⁸ l. c

²³⁹ Bruserud (2010), s. 377. Hvorvidt den rammede part har krav på rettsvirkninger kan stille seg annerledes der klausulen henviser til et tvisteløsningsorgan, se punkt 2.3.2.3.

²⁴⁰ Se blant annet Hagstrøm (2003), s. 311 og Bruserud (2010), s. 377.

²⁴¹ Bruserud (2010), s. 377

²⁴² Meidell (2002), s. 507

²⁴³ l. c

²⁴⁴ l. c

²⁴⁵ Bruserud (2010), s. 379

2.3.2.2 Klausulen foreskriver en termineringsadgang

En annen gruppe klausuler er de som tillegger en eller begge partene en rett til å bringe kontraktsforholdet til opphør dersom reforhandlingene er resultatløse.²⁴⁶ En slik ordning er blant annet valgt i modellklausulen i ICC 2003 nr. 3. Virkningen blir da at partene løses fra sine forpliktelser etter kontrakten, gjeldende fra det tidspunktet når termineringen blir effektiv.²⁴⁷ Dette innebærer således en tilsidesettelse av det som presumptivt er et av hardship – klausulens mest sentrale formål; at avtaleforholdet skal fortsette. På en annen side kan en slik sanksjon virke som et sterkt incitament for motparten til å medvirke under reforhandlingene. Reguleringen reiser imidlertid særlige betenkeligheter med hensyn til den rammede part.²⁴⁸ Dette behandles straks under.

Det varierer i hvilken grad klausulen regulerer prosessen som skal skje ved terminering av kontrakten. Det vil for det første være praktisk at klausulene fastsetter klare tidsrammer for reforhandlingene, slik de som er nevnt ovenfor i punkt 2.3.2. På denne måten tydeliggjøres det når termineringsadgangen åpnes. Undertiden settes det også krav om fremsettelse av termineringsvarsel, samt tilhørende krav til varselets form og innhold.²⁴⁹ Som regel virker det som at klausulene foreskriver umiddelbar terminering ved fremsettelse av slikt varsel.²⁵⁰ Det forekommer imidlertid også at det settes en oppsigelsestid før kontraktsforholdet opphører.²⁵¹ Et eksempel på en kombinasjon av vilkår kan se slik ut:

«If the parties fail to reach agreement within 60 days of the delivery of such notice, the party suffering the inequitable hardship may terminate the Contract, effective twelve (12)

²⁴⁶ De Ly/ Fontaine (2006), s. 481

²⁴⁷ Bruserud (2010), s. 358

²⁴⁸ Ibid., s. 357

²⁴⁹ De Ly (2006), s. 481

²⁵⁰ Bruserud (2010), s. 358

²⁵¹ l. c

months after the date of the original notice of hardship by giving a notice of termination within five days of the end of said 60- day period...»²⁵²

Klausuler som foreskriver en termineringsadgang reiser særlige betenkeligheter med hensyn til misbruk fra den rammede parts side.²⁵³ Vanligvis vil det jo være ham selv som i størst grad er tjent med at reforhandlingene gjennomføres, og leder til en revidert avtale.²⁵⁴ Situasjonen er imidlertid en annen når hardship – klausulen tillegger ham en termineringsadgang. Det kan da i stedet hevdes at klausulen utgjør en lettvint vei ut av et kontraktsforhold som for ham er blitt mer tyngende, noe som kan svekke hans vilje til reelle reforhandlinger. På denne bakgrunn mener Bruserud at man ved slike klausuler bør innfortolke visse krav til den rammede part.²⁵⁵ Dette kan være i form av at han plikter å godta et revisjonsforslag som fremsettes av motparten, dersom dette er i tråd med de retningslinjer eller mål som klausulen oppstiller.²⁵⁶ Aksepterer han ikke, fortsetter kontraktsforholdet på de opprinnelige vilkårene.²⁵⁷ Dersom det på en annen side er den rammede parten selv som fremsetter forslag, og dette avvises av motparten, kan han kun terminere kontrakten dersom forslaget var i tråd med klausulens retningslinjer.²⁵⁸ En slik løsning innebærer at det i realiteten stilles krav til avbruddsgrunnene,²⁵⁹ og vil medføre at domstolens prøving av disse intensiveres.²⁶⁰ Ordningen møter imidlertid utfordringer. Som påpekt ovenfor så oppstiller ikke alltid hardship – klausuler uttrykkelige retningslinjer eller mål for reforhandlingene. Der dette derimot er gjort, er detaljnivået i angivelsen gjennomgående lavt. Deres verdi som retningslinjer for reforhandlingene kan da diskuteres, og tilsvarende for deres egnethet

²⁵² Fra klausul gjengitt i De Ly (2006), s. 482

²⁵³ Bruserud (2010), s. 356

²⁵⁴ Ibid., s. 324

²⁵⁵ Ibid., s. 357

²⁵⁶ Ibid., s. 326

²⁵⁷ l. c

²⁵⁸ l. c

²⁵⁹ Se punkt 2.3.1.5.

²⁶⁰ Bruserud (2010), s. 335

som krav til innholdet i et reforhandlingsforslag. Det kan derfor hevdes at det vil være hensiktsmessig med en mer spesifikk utforming, dersom de skal fungere effektivt som betingelser for en termineringsadgang. Dette kan bidra til å redusere risikoen for uenighet omkring hvorvidt det foreligger en slik adgang eller ikke.

Det finnes også klausuler som har den virkning at avtaleforholdet suspenderes i en periode, etter at reforhandlingene er avsluttet uten resultat.²⁶¹ En variant her er at avtalen først suspenderes, hvorpå partene gis rett til å terminere kontrakten dersom de omstendighetene som utløste klausulen fortsatt foreligger ved utløpet av suspensjonsperioden.²⁶²

2.3.2.3 Klausulen henviser til et tvisteløsningsorgan

Den siste gruppen klausuler som her skal omtales er de som henviser til et tvisteløsningsorgan dersom partene ikke blir enige.²⁶³ Blant de klausulene som regulerer konsekvenser, synes nettopp dette å være det vanligste alternativet.²⁶⁴ Også her vil det være praktisk av forutberegnelighetshensyn at klausulen setter en uttrykkelig tidsramme for reforhandlingene. Da vil adgangen til å ta saken inn for organet som hovedregel åpnes så snart fristen er utløpt.²⁶⁵ På en annen side må det, som også Bruserud påpeker, kunne skje tidligere dersom det underveis fremstår som klart at videre reforhandlinger ikke vil føre frem.²⁶⁶

I praksis er det tre ulike tvisteløsningsorganer som klausulene normalt viser til: de alminnelige domstolene, voldgift, eller avgjørelse ved en uavhengig tredjepart.²⁶⁷ Av disse tre sy-

²⁶¹ Draetta (1992), s. 197

²⁶² De Ly (2006), s. 482

²⁶³ Draetta (1992), s. 197

²⁶⁴ l. c

²⁶⁵ Bruserud (2010), s. 359

²⁶⁶ l. c.

²⁶⁷ Ibid., s. 272

nes behandling i domstolsapparatet eller ved voldgift å være det mest forekommende.²⁶⁸ Både UNIDROIT 2010 art. 6.2.3 (3) og PECL 2000 art. 6:111 (3) utgjør eksempler på klausuler som viser til domstolsbehandling. I UNIDROIT 2010 art. 6.2.3 (3) heter det:

«Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court».

Blant de klausulene som på sin side foreskriver behandling av en uavhengig tredjepart er det betydelig variasjon med hensyn til hva denne tredjeparten er betegnet som.²⁶⁹ Eksempler her er «*experts*», «*mediators*», «*referees*» og «*intervenors*».²⁷⁰ Det må forutsettes at disse som regel vil inneha en faglig kompetanse på det aktuelle forretningsområdet som partene opererer på, som gjør dem særlig skikket til å behandle spørsmålet.

2.3.2.3.1 Kompetansespørsmål

Uavhengig av hvilket av de ovennevnte tvisteløsningsorganer klausulen henviser til, er et sentralt spørsmål hvilken kompetanse organet har i avgjørelsen av tvisten.²⁷¹ I hvilken utstrekning kan organet gripe inn i kontraktsforholdet og de opprinnelige vilkår? Innledningsvis kan det fremheves at dersom uenigheten mellom partene også omfatter hvorvidt vilkårene for klausulens anvendelse er tilstede, må tvisteløsningsorganet for det første ta stilling til dette.²⁷²

Før det gås nærmere inn på organets kompetanse, må også enkelte spesielle trekk ved behandling av en uavhengig tredjepart fremheves. For det første er ikke tredjepartens avgjø-

²⁶⁸ Bruserud (2010), s. 366

²⁶⁹ Draetta (1992), s. 197

²⁷⁰ Draetta (1992), s. 197 og De Ly (2006), s. 483

²⁷¹ Bruserud (2010), s. 371

²⁷² l. c

relse nødvendigvis gjort bindende for partene.²⁷³ Etter noen klausuler er den kun veiledende, som partene kan velge å følge dersom de er enige om det.²⁷⁴ Det kan imidlertid antas at slike veiledende avgjørelser som regel vil bli tillagt stor vekt av partene, ettersom de stammer fra en uavhengig og kompetent part.²⁷⁵ Dersom de imidlertid velger å *ikke* følge avgjørelsen, må utgangspunktet i mangel på nærmere regulering være at kontraktsforholdet fortsetter på de opprinnelige vilkår. Her kan klausulene imidlertid fastsette andre virkninger, noe som undertiden forekommer.²⁷⁶ I de tilfeller der tredjepartens avgjørelse derimot er bindende, oppstår det spørsmål om prosessen er å anse som voldgift.²⁷⁷ I så fall reguleres denne av voldgiftsloven.²⁷⁸ Bruserud hevder, blant annet på grunnlag av uttalelser i forarbeidene til loven²⁷⁹, at bindende avgjørelse fra en tredjepart normalt må anses som nettopp dette.²⁸⁰ Jeg går ikke nærmere inn på problemstillingen.

2.3.2.3.2 Hvilken kompetanse er tillagt organet?

Twisteløsningsorganets materielle kompetanse må, slik Bruserud påpeker, i utgangspunktet bero på en tolkning av den enkelte hardship – klausul.²⁸¹ Ofte vil imidlertid klausulene ikke si noe uttrykkelig på dette punktet.²⁸² I stedet nøyer de seg med kun å henvise spørsmålet til et tvisteløsningsorgan, og forholder seg tause til i hvilken utstrekning organet kan gripe inn i kontraktsforholdet ved avgjørelsen av spørsmålet.

²⁷³ Bruserud (2010), s. 367

²⁷⁴ I. c

²⁷⁵ I. c

²⁷⁶ De Ly (2006), s. 486

²⁷⁷ Bruserud (2010), s. 368

²⁷⁸ Bruserud (2010), s. 368. Lov om voldgift av 14. mai 2004 nr. 25.

²⁷⁹ Han viser her til uttalelse I Ot. prp. nr. 27 (2003 – 2004) s. 28

²⁸⁰ Bruserud (2010), s. 370

²⁸¹ Ibid., s. 387

²⁸² I. c

Enkelte klausuler oppstiller imidlertid rammer.²⁸³ I UNIDROIT 2010 art. 6.2.3 (4) er domstolens kompetanse i avgjørelsen av spørsmål vedrørende reforhandling begrenset til to valg. For det første kan den etter bokstav (a) komme til den avgjørelse at kontrakten skal opphøre. Alternativt kan den etter bokstav (b) endre kontrakten med sikte på å gjenopprette kontraktsbalansen («... *with a view to restoring its equilibrium*»). Ordlyden i klausulen må sies å tilsi vide fullmakter til domstolen.²⁸⁴ Tilsvarende to valg har domstolen etter PECL 2000 art. 6:111 (3). Dersom domstolen her velger å endre kontrakten, er imidlertid målet med kontraktsrevisjonen formulert noe annerledes. Etter bestemmelsen skal endringene skje «...*in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances...*». Realiteten i de to ulike valgene av ordlyd er nok den samme, i hvert fall i for disse klausulene.²⁸⁵ At domstolen også her må anses for å ha en meget utstrakt kompetanse støttes av kommentarene til bestemmelsen.²⁸⁶

Der klausulene er tause med hensyn til tvisteløsningsorganets kompetanse, vil en naturlig løsning være at denne fastlegges med utgangspunktet i formålsbetraktninger.²⁸⁷ Bruserud fremhever på dette punktet et viktig poeng: I tilfeller der klausulene er bredt utformet, dvs. at de på vilkårssiden tar sikte på å omfatte mange ulike typer situasjoner, vil det være en fordel at tvisteløsningsorganets kompetanse tolkes å være tilsvarende bredt.²⁸⁸ Det vil kunne hindre klausulen i å virke effektivt dersom organet har et svært begrenset spekter med endringer det kan gjøre, for å avhjelpe et potensielt stort spekter av mulige inntrufne omstendigheter. En viss støtte for en slik tolkning kan hentes i voldgiftsdommen inntatt i ND 1974 s. 74. Angående voldgiftsrettens kompetanse, bemerket retten kort:

²⁸³ Bruserud (2010), s. 387

²⁸⁴ Slik også Bruserud (2010), s. 387

²⁸⁵ At innholdet i praksis er sammenfallende fremgår nokså klart i kommentarene til PECL, jf. PECL (2000), s.326, slik også Bruserud påpeker, jf. Bruserud (2010), s. 400. Likevel kan det ikke utelukkes at tilsvarende formuleringer i andre klausuler kan føre til ulike resultater, se drøftelsene under punkt 2.1.3 og punkt 2.3.1.2

²⁸⁶ PECL (2000), s. 326

²⁸⁷ Bruserud (2010), s. 388

²⁸⁸ l. c

«Jeg antar at når partene har valgt en klausul med så vidt vagt innhold og samtidig fastslått at tvisteligheter skal avgjøres ved voldgift, må konsekvensen være at voldgiftsdommeren står temmelig fritt med å gi klausulen et rimelig innhold.»²⁸⁹

Visse øvre grenser for kompetansen må likevel oppstilles. En åpenbar begrensning nevnes i kommentarene til PECL 2000 art. 6:111, der det påpekes at domstolen ikke kan gjøre så omfattende endringer at det i praksis er en helt ny avtale som binder partene.²⁹⁰ Dersom det er nødvendig med slike endringer for å avbøte ubalansen, må domstolen i stedet terminere kontrakten.²⁹¹

2.3.2.3.3 *Hvordan skal organet utøve sin kompetanse?*

Av konkrete tiltak domstolen kan ty til, nevner kommentarene til art. 6.2.3 endringer i kontraktsprisen.²⁹² Det kan også gå ut på en forlengelse av oppfyllelsestiden.²⁹³ Hva domstolen faktisk gjør av endringer må imidlertid avhenge av de konkrete omstendighetene i saken.²⁹⁴ I valget mellom flere ulike alternativer må organet ta utgangspunkt i de retningslinjer som undertiden oppstilles i klausulene.²⁹⁵ Der slike ikke eksisterer spesifikt for tvisteløsningsorganet, kan det være nærliggende å benytte eventuelle retningslinjer i reforhandlingene mellom partene selv.²⁹⁶ I UNIDROIT 2010 art. 6.2.3 og PECL 2000 art. 6:111 legges det opp

²⁸⁹ Fra dommen, s. 84

²⁹⁰ PECL (2000), s. 327

²⁹¹ I. c

²⁹² UNIDROIT (2010), s. 221

²⁹³ PECL (2000), s. 327

²⁹⁴ Slik også Bruserud (2010), s. 398

²⁹⁵ Bruserud (2010), s. 398

²⁹⁶ Slik også De Ly (2006), s. 484

til en sammenligning med kontraktsbalansen slik den var på avtaleinngåelsestidspunktet.²⁹⁷ Domstolen bør da velge det alternativet som er best egnet til å gjenopprette denne.²⁹⁸

Disse retningslinjene er nokså vage. Verre er det imidlertid der klausulen ikke gir uttrykkelig veiledning overhodet. Da vil det også her være naturlig å se hen til klausulenes formål.²⁹⁹ Ettersom det mest fremtredende formålet er at kontraktsforholdet skal bestå, bør en terminering av kontraktsforholdet generelt sett være siste utvei.³⁰⁰ Ved en revisjon bør, slik Bruserud anfører, utgangspunktet være en likedeling av risikoen mellom partene.³⁰¹ Her må eventuelle virkninger for motparten også medregnes.³⁰²

2.3.2.3.4 Kan organet avstå fra å foreta endringer?

En side av disse kompetansespørsmålene er hvorvidt tvisteløsningsorganet helt kan unnlate å foreta endringer i avtaleforholdet, selv om vilkårene for klausulens anvendelse er til stede. Dette kan også formuleres som et spørsmål om den rammede parten har krav på rettsvirkninger der vilkårene er oppfylt.³⁰³ Spørsmålet ble besvart negativt i punkt 2.3.2.1, for de tilfeller der klausulen ikke oppstilte virkninger av manglende enighet mellom partene. Her er imidlertid situasjonen en annen.

Som Bruserud påpeker må utgangspunktet også her tas i den enkelte hardship – klausul.³⁰⁴ Det fremgår ikke direkte av modellklausulen, men spørsmålet er nevnt i kommentarene til

²⁹⁷ Bruserud (2010), s. 398

²⁹⁸ Ibid., s. 399

²⁹⁹ Ibid., s. 398

³⁰⁰ Ibid., s. 405

³⁰¹ Ibid., s. 402

³⁰² l. c

³⁰³ Ibid., s. 373

³⁰⁴ Ibid., s. 374

UNIDROIT 2010 art. 6.2.3.³⁰⁵ Her fastslås det at retten kan avstå fra å gjøre endringer «...*only when this is reasonable*...».³⁰⁶ Uttalelsen tyder klart på at tvisteløsningsorganet i prinsippet kan avstå fra å gjøre endringer i kontrakten. Samme standpunkt er inntatt i kommentarene til PECL 2000 art. 6:111.³⁰⁷ Det kan imidlertid stilles spørsmål om hvor praktisk denne muligheten er, tatt i betraktning de vanligvis strenge vilkårene for at klausulene kommer til anvendelse.³⁰⁸ Ettersom klausulene gjennomgående kommer til anvendelse der det er oppstått en betydelig ubalanse i kontrakten, kan det vanskelig tenkes situasjoner der det vil være rimelig å opprettholde kontrakten uten å gjøre noen endringer overhodet.

Bruserud henter i tillegg støtte i bakgrunnsrettens rettsgrunnlag, som gir den rammede part krav på rettsvirkninger.³⁰⁹ Av disse grunner synes han å mene han at den rammede part i slike tilfeller bør ha krav på revisjon av kontrakten.³¹⁰ Det er imidlertid vanskelig å komme rundt uttalelsene i kommentarene til UNIDROIT og PECL. Likevel må det på grunnlag av det ovennevnte antas at domstolens adgang til å unnlate å foreta endringer er mer teoretisk enn praktisk.

2.3.3 Valg av utforming

I likhet med utformingen av vilkår, vil også utformingen av hvilke virkninger klausulene oppstiller ved uenighet kunne øve stor innflytelse på deres anvendelse. Den løsningen som synes å være minst hensiktsmessig, er der klausulen ikke oppstiller virkninger overhodet.³¹¹ Ettersom det ikke kan utledes noe krav på rettsvirkninger fra klausulen, blir den som anty-

³⁰⁵ UNIDROIT (2010), s. 221

³⁰⁶ l. c

³⁰⁷ PECL (2000), s. 327

³⁰⁸ Slik også Bruserud (2010), s. 375

³⁰⁹ Bruserud (2010), s. 375

³¹⁰ Ibid., s. 376

³¹¹ Slik også De Ly (2006), s. 490

det dårlig egnet til å oppfylle de formål en hardship – klausul gjennomgående tar sikte på.³¹² Det kan hevdes at klausulen gir for lite "makt" til den rammede part.

En løsning der den rammede parten ved uenighet gis en rett til å terminere kontrakten, tilsetter grunntanken bak klausulene; avtaleforholdets overlevelse.³¹³ Her kan det i motsetning til over hevdes at den rammede part har for mye makt. Som fremstilt over så er en mulig løsning på denne utfordringen å innfortolke bestemte krav til den rammede parts opptreden³¹⁴, med de nevnte utfordringer dette medfører.

Det mest hensiktsmessige er muligens en mellomløsning; å overlate tvisten til en tredjepart. Det medfølger imidlertid fordeler og ulemper også ved denne typen regulering, noe avhengig av hvilken type organ det vises til. En felles ulempe kan imidlertid sies å eksistere; partene mister «eierskapet» til konflikten, noe som innledningsvis i oppgaven ble fremhevet som et av formålene med hardship - klausulene. I stedet overtas spørsmålet av en utenforstående, som kan komme frem til en revidert avtale som ingen av partene er tilfredse med. På en annen side kan nettopp dette vise seg å være et effektivt pressmiddel for å oppnå enighet i første omgang. Henvisning til tvisteløsning kan dermed fungere som et slags «ris bak speilet».³¹⁵ Videre kan en prosess for et tvisteløsningsorgan raskt bli både tidkrevende og dyrt, og dermed tilsidesette noe av hensikten med klausulene. Hva gjelder de alminnelige domstolene spesielt, så følger ytterligere betenkeligheter. Som påpekt av Grönfors, så er problemstillingen med endring av avtalevilkår en som tradisjonelt ikke hører hjemme i domstolsapparatet.³¹⁶ Foruten tolkning av vilkår, så består deres oppgaver hovedsakelig i å kjenne en avtale gyldig eller ugyldig, ikke å revidere dens innhold.³¹⁷ Disse inn-

³¹² Bruserud (2010), s. 356

³¹³ De Ly (2006), s. 490

³¹⁴ Bruserud (2010), s. 357

³¹⁵ Meidell (2002), s. 504

³¹⁶ Grönfors (1995), s. 63

³¹⁷ l. c

vendingene kan imidlertid avhjelpest dersom klausulene i stedet henviser til avgjørelse ved et slags ekspertorgan eller voldgift.

Slik De Ly og Fontaine har fremhevet, så kan den ideelle reguleringen innebære en svært omfattende klausul både i størrelse og kompleksitet.³¹⁸ Dette må også omfatte utformingen av vilkårssiden, slik drøftet under punkt 2.2.3. I ytterste konsekvens kan det virke negativt inn på de opprinnelige forhandlingene mellom partene, dersom en part går for langt i å insistere på en slik klausul.³¹⁹ På bakgrunn av dette påpeker de at det derfor bør søkes å finne en balanse; mellom hensynet til en effektiv klausul på den ene siden, og hensynet til en et godt forhandlingsklima på den andre.³²⁰

2.4 Misligholdssanksjoner

Brudd på reforhandlingsplikten kan i utgangspunktet skje på flere måter, og av begge parter. Motparten kan rettstridig motsette seg den rammede parts reforhandlingskrav, eller unnlate å medvirke til reforhandlingene i henhold til de krav som stilles til ham. Den rammede part kan på sin side også misligholde plikten, trolig med særlig risiko der klausulen gir ham en sekundær termineringsrett. Som det har fremgått over så kan kravene til partenes opptreden under reforhandlingene fremgå enten uttrykkelig av kontrakten, eller av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Brudd på disse pliktene har i utgangspunktet de samme virkninger som kontraktsbrudd ellers; det gir den «uskyldige» part krav på å gjøre gjeldende misligholdssanksjoner.³²¹

³¹⁸ De Ly (2006), s. 492

³¹⁹ I. c

³²⁰ I. c

³²¹ Meidell (2002), s. 505

I det følgende skal det gis en kort fremstilling av ulike sanksjoner, der hovedfokuset vil ligge på spesielle trekk ved reforhandlingsplikten og hvilken betydning dette har for aktualiteten av de ulike sanksjonene.³²² Det tas utgangspunkt i det som må antas å være den typiske misligholdssituasjonen: at motparten ikke medvirker til reforhandlingene. Som nevnt er det enkelte klausuler som foreskriver en termineringsadgang eller behandling av et tvisteløsningsorgan, dersom reforhandlingene ikke fører frem. Disse klausulene skiller som regel ikke mellom de situasjoner der reforhandlingsplikten er overholdt men enighet mangler, og de situasjoner der en part har misligholdt forpliktelsene sine.³²³ En part kan dermed ha flere virkemidler enn de som skal nevnes her. Innholdet av disse konsekvensene er behandlet over.

2.4.1 Naturaloppfyllelse

En første mulig misligholdsbeføyelse er at motpartens mislighold møtes med et krav om naturaloppfyllelse; det vil si et krav om at han må gjennomføre reforhandlingene i tråd med kontraktens vilkår.³²⁴ Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om det i det hele tatt kan kreves naturaloppfyllelse av en slik type plikt.³²⁵ Ofte vil en dom på naturaloppfyllelse være utelukket der den aktuelle ytelsen har et personlig preg, noe som kan få innvirkning her.³²⁶ Jeg går ikke nærmere inn på dette.

Dersom naturaloppfyllelse imidlertid ikke er utelukket, er det uansett flere momenter som tilsier at det vil være lite praktisk som misligholdsbeføyelse.³²⁷ For det første vil mulighet-

³²² Bruserud (2010), s. 338

³²³ l. c

³²⁴ Meidell (2002), s. 505

³²⁵ Bruserud (2010), s. 340

³²⁶ Hagstrøm (2003), s. 366

³²⁷ Meidell (2002), s. 505

ene for at reforhandlingen er vellykket forutsette velvilje fra begge parter.³²⁸ Når én part allerede har vist motstand i første runde, er det lite som tilsier at et nytt forsøk vil ha et annet utfall. Selv om en part skulle få dom på naturaloppfyllelse foreligger det jo fremdeles ingen enighetsplikt. Videre så foreligger det ofte alternative sanksjoner som fortoner seg som mer praktiske, som f. eks erstatningskrav og heving.³²⁹ Dessuten vil det som regel være tidkrevende å få en dom på naturaloppfyllelse.³³⁰ Mye av poenget med reforhandlingene kan da være borte.

2.4.2 Erstatningsansvar

En annen, og trolig mer praktisk misligholdssanksjon ved brudd på reforhandlingsplikten er erstatningsansvar.³³¹ Det er også denne beføyelsen som foreskrives i modellklausulen i PECL 2000 art. 6:111. Her, som ellers, må de grunnleggende vilkårene til et erstatningsansvar foreligge; det må foreligge et ansvarsgrunnlag, et økonomisk tap, samt årsakssammenheng mellom misligholdet og tapet.³³² Jeg går ikke nærmere inn på disse vilkårene i det følgende.

Det må imidlertid fremheves at det reiser seg en del vanskelige spørsmål omkring et slikt erstatningsansvar. Særlig gjelder dette i tilknytning til utmålingen av erstatningen.³³³ I praksis vil det være en høyst hypotetisk oppgave å skulle beregne en parts positive kontraktsinteresse.³³⁴ For det første vil det være usikkert om han har hatt noe økonomisk tap, ettersom selv kontraktsmessig oppfyllelse av reforhandlingsplikten ikke nødvendigvis ville

³²⁸ Meidell (2002), s. 505

³²⁹ Bruserud (2010), s. 339

³³⁰ l. c

³³¹ Meidell (2002), s. 505

³³² Bruserud (2010), s. 343

³³³ Meidell (2002), s. 505

³³⁴ l. c

resultert i en revidert kontrakt. Dessuten vil det knytte seg stor usikkerhet til omfanget av tapet dersom det må antas at reforhandlingen faktisk ville ført frem, da en revisjon ofte kan gjøres på mange alternative måter. På grunnlag av dette må det antas at et erstatningsoppgjør i stedet vil måtte omfatte eventuelle kostnader som er påløpt i forbindelse med reforhandlingene.³³⁵

2.4.3 Heving

En tredje misligholdsbeføyelse er at den uskyldige parten hever kontrakten. Her oppstilles det et alminnelig krav om at partens mislighold må innebære et vesentlig kontraktsbrudd.³³⁶ Meidell stiller seg imidlertid tvilende til om mislighold av reforhandlingsplikten vil gi en hevningsadgang.³³⁷ Årsaken er at han mener reforhandlingsplikten har en sekundær karakter i kontraktsforholdet, og at manglende oppfyllelse derfor som regel ikke vil utgjøre et vesentlig kontraktsbrudd.³³⁸ Det finnes imidlertid momenter som trekker i motsatt retning. Det kan blant annet hevdes at de særlig fremtredende lojalitetsaspektene i reforhandlingsplikten tilsier at en parts brudd må anses som vesentlig. Spesielt ettersom det må kunne antas at motparten i mange tilfeller kan bebreides for misligholdet. På en annen side må det, som også Bruserud fremhever³³⁹, også tas hensyn til hvilke andre sanksjonsmuligheter den rammede part har. Her vil et eventuelt erstatningskrav kunne få betydning. Likevel vil ikke dette avhjelpe den mistilliten som misligholdet kan ha medført mellom partene, som i stor grad kan vanskeliggjøre en fortsettelse av kontraktsforholdet.

³³⁵ Meidell (2002), s. 505

³³⁶ Hagstrøm (2003), s. 410

³³⁷ Meidell (2002), s. 506

³³⁸ l. c

³³⁹ Bruserud (2010), s. 350

3 Prisrevisjonsklausuler – en sammenligning

3.1 Hva er prisrevisjonsklausuler?

Hardship – klausulene har flere fellestrekk med andre typer klausuler som også regulerer endringer av de opprinnelige kontraktsvilkårene. Dette gjelder ikke minst de såkalte prisrevisjonsklausulene («price review clauses»)³⁴⁰. Det synes å være nokså stor innholdsmessig variasjon i de klausuler som det er naturlig å karakterisere som prisrevisjonsklausuler. Et fellestrekk som imidlertid binder dem sammen må anses for å følge nokså åpenbart av betegnelsen; de åpner for en revisjon av kontraktsprisen. Det er også den forståelsen av begrepet som vil bli lagt til grunn i det følgende. Dette trekket gjør at likheten kan hevdes å være særlig fremtredende på rettsfølgesiden³⁴¹, men det finnes også en rekke felles momenter blant de vilkårene som stilles.

Prisrevisjonsklausulene må antas å ha det samme overordnede formålet som hardship – klausulene. De tar med andre ord sikte på å gi partene en åpning for å tilpasse kontrakten til endrede forhold, slik at kontraktsforholdets muligheter for å overleve øker. Måten de gjør dette på skiller seg undertiden likevel noe fra hardship- klausulene, se punkt 3.3.1.

Prisrevisjonsklausuler forekommer i kontraktsforhold der markeds- og konjunktursvingninger utgjør en risiko for at det oppstår et misforhold mellom ytelse og vederlag.³⁴² Særlig over lengre perioder kan slike svingninger resultere i at de økonomiske beregningene som lå til grunn ved avtaleinngåelsestidspunktet svikter.³⁴³ Det er derfor naturlig å gå ut ifra at også disse klausulene først og fremst forekommer i langsiktige kontraktsforhold. Dette kan

³⁴⁰ Bruserud (2010), s. 22

³⁴¹ I. c

³⁴² Krüger (1989), s. 699 - 700

³⁴³ Krüger (1989), s. 700

f. eks dreie seg om langvarige leieforhold³⁴⁴, samt låne – og kredittavtaler³⁴⁵. Prisrevisjonsklausuler forekommer også innen gassalgsavtaler, der leveransene kan strekke seg over tidsrom på 20 – 25 år.³⁴⁶ Disse kontraktene vil ha en sentral plass i den videre fremstillingen.

I dette kapittelet vil det bli redegjort for likheter og forskjeller mellom prisrevisjonsklausuler og hardship- klausuler. Av plasshensyn blir omtalen av prisrevisjonsklausulene nødvendigvis nokså generell. Først behandles de prisrevisjonsklausulenes vilkårsside (punkt 3.2). Dernest vil klausulenes rettsvirkninger bli fremstilt (punkt 3.3). Avslutningsvis vil det bli knyttet noen generelle kommentarer til de to typene regulering, samt deres roller i kontrakter (punkt 4).

3.2 Vilkår for anvendelse

3.2.1 Materielle vilkår

I likhet med hardship – klausulene synes det å være en utpreget variasjon i hvilke vilkår prisrevisjonsklausulene oppstiller. Også de fokuserer på inntrådte endringer som påvirker balansen i kontrakten, men de har som regel et snevrere anvendelsesområde. Klausulene tar gjennomgående sikte på å avhjelpe økonomiske endringer.³⁴⁷ Disse kan være av ulik karakter, f. eks endringer i lønnsnivå, råvarepriser, og kapitalkostnader.³⁴⁸ Dette gjenspeiles i detaljnivået på de vilkårene som klausulene oppstiller. Normalt vil de av disse årsaker være mer spesifikt utformet på vilkårssiden enn hardship- klausulene.³⁴⁹ Dette kan hevdes å lette

³⁴⁴ Krüger (1989), s. 700

³⁴⁵ Ibid., s. 701

³⁴⁶ Norsk Gassavsetning. Rettslige hovedelementer (1998) s. 4

³⁴⁷ Draetta (1992), s. 172

³⁴⁸ Krüger (1989), s. 700

³⁴⁹ De Ly (2006), s. 457

anvendelsen av dem, da de ikke medfører like store tolkningsutfordringer. Dette i motsetning til mange hardship – klausuler. En annen vesentlig forskjell fra hardship – klausulenes rettsfaktaside synes å være fraværet av uforutsigbarhetsvilkår. Det fremstår altså slik at prisrevisjonsklausulene i større grad omfatter endringer som partene på avtaleinngåelsestidspunktet har regnet med at ville inntre.³⁵⁰ Dette kan for så vidt sies å stemme overens med detaljnivået. Hardship – klausulene er i stor grad vagt utformet fordi de er ment å gardere mot uforutsette omstendigheter av mange ulike typer. Prisrevisjonsklausuler har imidlertid gjerne en mer detaljert utforming, da de er ment å gardere mot momenter som partene ved avtaleinngåelsen vet utgjør en typisk risiko. At prisnivået fluktuerer er for så vidt forventet.

I et ytterpunkt finnes de klausuler som kun oppstiller prosessuelle vilkår, ved at påberopelse kan skje til visse fastsatte tidspunkt underveis i kontraktsforholdet.³⁵¹ Et eksempel på en slik periodisk regulering finnes i tomtefl. § 15, der det oppstilles en deklatorisk regel om justering av festeavgiften hvert 10. år.³⁵² En ordning som dette skiller seg nokså markant fra hardship – klausulenes vilkårsside, selv om vilkår med tidsbegrensninger unntaksvis også forekommer der.³⁵³ Denne ytterpunkt-løsningen reiser enkelte problemstillinger som behandles nedenfor.

Andre prisrevisjonsklausuler oppstiller en kombinasjon av materielle vilkår, og slike prosessuelle vilkår som de nevnt over.³⁵⁴ Gassalgskontraktene danner her eksempler.³⁵⁵ Gjennomgående forutsettes det for det første inntreden av relevante endrede forhold i kjøpers hjemland, for det andre at disse er utenfor partenes kontroll, for det tredje at disse ikke allerede medregnes i prisformelen, og for det fjerde at disse medfører vesentlige endringer i

³⁵⁰ De Ly (2006), s. 462

³⁵¹ Krüger (1989), s. 701 og Bruserud (2010), s. 22

³⁵² Krüger (1989), s. 701. Se Lov om tomtefeste av 20.12.1996 nr. 106

³⁵³ Se punkt 2.2.2.

³⁵⁴ Norsk Gassavsetning. Rettslige hovedelementer (1998), s. 251

³⁵⁵ l. c

gassens verdi sammenlignet med det som følger av den opprinnelige prisformelen.³⁵⁶ De to førstnevnte er kvalitative vilkår som i stor grad ligner på de vi ofte finner i hardship- klausulene. De utfordringer knyttet til detaljnivået i angivelsen av vilkår som ble drøftet i punkt 2.2.3, gjør seg gjeldende også her.

I tillegg oppstiller prisrevisjonsklausulene i gassalgskontraktene prosessuelle vilkår som begrenser anvendelsen til fastsatte tidspunkt.³⁵⁷ Dette vil som utgangspunkt være i starten av f. eks hvert tredje eller femte kontraktsår, men med mulighet for et begrenset antall mellomliggende revisjoner.³⁵⁸

3.2.2 Prosessuelle vilkår

Prisrevisjonsklausulene oppstiller undertiden også andre prosessuelle vilkår, utover de som begrenser påberopelse til fastsatte tidsperioder.³⁵⁹ Her vil kun de som jevnlig forekommer i gassalgskontraktene bli behandlet kort.

Klausulene stiller gjennomgående krav til prisrevisjonskravets form og innhold.³⁶⁰ Etter disse må kravet fremsettes skriftlig og være begrunnet.³⁶¹ Jeg går ikke nærmere inn på disse kriteriene, men viser til behandlingen av tilsvarende vilkår i punkt 2.2.2. Prisrevisjonskravet må videre fremsettes innen visse frister, som er gitt preklusiv virkning.³⁶² Dersom partene er uenige hvorvidt vilkårene for anvendelse av prisrevisjonsklausulen er oppfylt, kan

³⁵⁶ Norsk Gassavsetning. Rettslige hovedelementer (1998) s. 254

³⁵⁷ Ibid., s. 251

³⁵⁸ l. c

³⁵⁹ l. c

³⁶⁰ Ibid., s. 252

³⁶¹ l. c

³⁶² l. c

tvisten tas inn for voldgift for avgjørelse.³⁶³ Det synes med dette å være høy grad av prosessuell regulering i prisrevisjonsklausulene i gassalgskontraktene. Som gjennomgangen over har vist så er ikke dette alltid tilfellet for hardship – klausulene. Det er rimelig å anta at en utførlig regulering her gjennomgående resulterer i en mer ryddig prosess, med mindre risiko for uenighet mellom partene.

3.3 Virkning av anvendelse

3.3.1 Revisjon av kontraktsprisen

Virkningen av en prisrevisjonsklausul er nokså selvforklarende; kontraktsprisen skal da revideres.³⁶⁴ På dette punktet ligner de hardship – klausulenes rettsvirkningsside.³⁶⁵ Det er imidlertid også noen betydelig forskjeller.

For det første er temaet for reforhandling vesentlig innskrenket, ved at det kun er kontraktsprisen som er gjenstand for revisjon.³⁶⁶ Kontraktens øvrige vilkår faller utenfor.³⁶⁷ For det andre synes det som at fremgangsmåten for å revidere kontrakten etter en prisrevisjonsklausul varierer. Enkelte prisrevisjonsklausuler synes å foreskrive en automatisert prosedyre, f. eks ved justering etter indekser.³⁶⁸ Dette har en naturlig sammenheng med det begrensede revisjonstemaet: det er enklere å utforme automatiserte systemer for endringer, når det kun er prisen som skal revideres.³⁶⁹ Reforhandlingselementet er i disse tilfellene fraværen-

³⁶³ Norsk Gassavsetning. Rettslige hovedelementer (1998), s. 252

³⁶⁴ Ibid., s. 251

³⁶⁵ Bruserud (2010), s. 22

³⁶⁶ Draetta (1992), s. 175

³⁶⁷ I. c

³⁶⁸ Krüger (1989), s. 700

³⁶⁹ De Ly (2006), s. 457

de, og det blir da heller ikke naturlig å definere denne typen prisrevisjonsklausuler som en type forhandlingsklausuler. Prosessen kan sies å ha både fordeler og ulemper.

En fordel med en sådan ordning er at den går klar av den risikoen for uenighet som forhandlinger etter en hardship – klausul medfører. En automatisert prosess tilsier at den rammede parten i større grad må anses for å ha et krav på rettsvirkninger, dersom vilkårene er oppfylt. Dessuten er den forutsetningsvis både tids- og kostnadseffektiv. På en annen side er heller ikke et slikt system ufeilbarlig. Ettersom indeksen som justeringen skal foretas etter fastsettes på avtaleinngåelsestidspunktet, er det en risiko for at den med tiden kan vise seg ineffektiv til å avhjelpe endringene som inntreffer. Dette er en utfordring som hardship – klausulene ikke møter, da forhandlinger ikke på samme måte kan "gå ut på dato".

Andre prisrevisjonsklausuler synes imidlertid å ligge nærmere hardship – klausulene i virkning, ved at de fastlegger en forhandlingsprosedyre.³⁷⁰ Dette er tilfellet for gassalgskontraktene.³⁷¹ Etter disse vil normalt begge parter kunne kreve forhandling.³⁷² En slik revisjon kan resultere i at prisen heves eller senkes, noe som naturligvis vil avhenge av hvem av partene som påberoper seg klausulen. Plikten til å forhandle etter prisrevisjonsklausulene må i mangel på uttrykkelig regulering antas å ha samme innhold som forhandlingsplikten etter hardship – klausulene. Dette er utførlig behandlet under punkt 2.3.1. Med andre ord kan det ikke oppstilles noen plikt til å bli enige, hvilket innebærer at klausulene pålegger partene en omsorgsforpliktelse.

Det er vanskelig å si hvilken innvirkning et innskrenket forhandlingstema har på mulighetene for vellykkede forhandlinger, sammenlignet med hardship – klausulene. Forhandlinger etter de sistnevnte klausulene gir partene flere muligheter for å tilpasse kontrakten, men også potensielt flere kilder til uenighet. Dette kan slå ut begge veier. Som en følge

³⁷⁰ De Ly (2006), s. 457

³⁷¹ Norsk Gassavsetning. Rettslige hovedelementer (1998), s 251

³⁷² l. c

av reforhandlingsplikten karakter vil det også her være en risiko for at reforhandlingene ender resultatløse, uten at partene har misligholdt sine plikter etter klausulen. Spørsmålet blir da om prisrevisjonsklausulene i like stor grad som hardship – klausulene spriker i hvilke konsekvenser de da oppstiller. For gassalgskontraktene kan dette neppe sies å være tilfellet: Dersom partene er uenige henvises spørsmålet til behandling av voldgift.³⁷³ Klausulene viser dermed til en løsning som under punkt 2.3.3 ble antydnet å være blant de mest hensiktsmessige. Som nevnt over gjelder dette også de tilfeller der partene er uenige om hvorvidt vilkårene for anvendelse er oppfylt. På denne måten totalregulerer klausulene uenighet, ved at enhver tvist skal behandles i voldgift. Ved uenighet tilknyttet reforhandlingene kan som regel kan dette først skje etter utløpet av en fastsatt «fredstid», for at partene skal gi reforhandlingene en reell sjanse.³⁷⁴

4 Avsluttende bemerkninger

Etter drøftelsene under punkt 2.2.3 og 2.3.3 kan det fremstå slik at ikke alle hardship – klausuler i like stor utstrekning er egnet til å tilpasse en kontrakt til endrede forhold. Denne kritikken er i juridisk teori også vært fremmet mot prisrevisjonsklausulene.³⁷⁵ Dette av flere grunner.

Med hensyn til klausulenes rettsfaktaside er det en fare for at adgangen til å påberope seg klausulene blir for lite fleksibel.³⁷⁶ Da denne ofte er knyttet til tidsbegrensningsvilkår, kan det hevdes at denne løsningen passer best der omstendighetene inntreer noenlunde jevnt over tid, som typisk vil være tilfellet for den typen endringer som klausulene tar sikte på. Det gir en forutsigbar revisjonsadgang, men ved plutselige og ekstraordinære endringer er

³⁷³ Norsk gassavsetning. Rettslige hovedelementer (1998), s. 252

³⁷⁴ I. c

³⁷⁵ Draetta (1992), s. 175

³⁷⁶ Ibid., s. 176

det en risiko for at klausulene viser seg ineffektive. Særlig må dette gjelde der det går lang tid mellom hver periode det åpnes for revisjon. Riktignok avhjelpes dette noe som følge av adgangen til å kreve mellomliggende revisjoner som etter gassalgskontraktene, som kan anses som en slags sikkerhetsventil ved ekstraordinære endringer. Likevel ville en slik ytterpunkt- løsning sannsynligvis vist seg å være svært uegnet i en hardship – klausul. Denne manglende fleksibilitet kan hevdes å være en konsekvens av et system som tar sikte på å imøtekomme endringer som partene i stor grad har forutsett ved avtaleinngåelsen. Dette resulterer igjen i at systemets evne til å møte uforutsette endringer blir dårligere.³⁷⁷

I tilknytning til klausulenes rettsfølgeside kan det fremheves at det i mange situasjoner vil være utilstrekkelig at det kun er kontraktsprisen som er gjenstand for revisjon.³⁷⁸ Etter hardship – klausulene har partene et vesentlig større arsenal av virkemidler de kan ta i bruk, for å komme endrede omstendigheter i møte.

Mot disse innvendingene kan det riktignok argumenteres med at klausulene må ses på bakgrunn av hvilke behov de er ment å møte. Prisendringer er en typisk risiko i mange kontraktsforhold, og forutsetningsvis noe partene ofte forventer vil inntre. Som det vil ha fremgått over vil forholdene de tar sikte på å avhjelpe, gjennomgående være av mer forutsigbar karakter enn de hardship – klausulene omfatter. Da sistnevnte ofte oppstiller uforutsigbarhetsvilkår, så vil trolig mange av de endringer prisrevisjonsklausulene omfatter falle utenfor hardship – klausulene. På bakgrunn av dette må det antas at anvendelsesområdene til en viss grad er ulike. Derfor kan det også være hensiktsmessig å inkludere begge typene klausuler i kontraktsforholdet.³⁷⁹ Som fremhevet av De Ly og Fontaine kan f. eks partene falle tilbake på en hardship – klausul, dersom en automatisert prisrevisjonsklausul svikter på grunn av uforutsette endringer.³⁸⁰

³⁷⁷ Draetta (1992), s. 176

³⁷⁸ Ibid., s. 175

³⁷⁹ De Ly (2006), s. 458

³⁸⁰ l. c

Prisrevisjonsklausulene oppstiller gjennomgående en prosedyre som kan hevdes å være effektiv både med hensyn til tidsbruk og utgifter, og som i de fleste tilfeller må antas å være tilstrekkelig til å avhjelpe de inntrufne omstendighetene. Det kan hevdes at det ved utformingen av en hardship - klausul i en viss utstrekning bør ses til den prosessuelle reguleringen som forekommer i hvert fall innen gassalgskontraktene, blant annet med hensyn til uttrykkelig form- og innholds krav til varsling, og ikke minst henvisning til et tvisteløsningsorgan ved uenighet. Det er nok trygt å anta at en høy grad av slik regulering vil bidra til en mer effektiv prosess, noe mange av hardship – klausulene kan tjene på.

5 Kilderegister

Bøker og artikler

- Bruserud (2010) Bruserud, Herman: *Hardshipklausuler*. Oslo, 2010
- De Ly/ Fontaine (2006) De Ly, Filip og Marcel Fontaine: *Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses*. New York, 2006.
- Draetta (1992) Draetta, Ugo, Ralph B. Lake og Ved P. Nanda: *Breach and Adaptation of International Contracts*. Salem, 1992.
- Grönfors (1995) Grönfors, Kurt: *Avtal och omförhandling*. Stockholm, 1995.
- Hagstrøm (2003) Hagstrøm, Viggo i samarbeid med Magnus Aarbakke: *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003
- ICC (2003) International Chamber of Commerce: *ICC Force Majeure Clause 2003. ICC Hardship Clause 2003*. Paris, 2003.
- Krüger (1989) Krüger, Kai: *Norsk Kontraksrett*. Bergen, 1989

- Lehrberg (2008) Lehrberg, Bert: *Omförhandlingsklausuler. Betydelse og rettslig behandling, tillämpningsområden, rekvisit og rettsfølger*. 2. opplag. Stockholm, 2008.
- Meidell (2002) Meidell, Andreas: *Reforhandlingsplikt ved irregulær økonomisk utvikling i langvarige kontraktsforhold*. I: *Lov og rett* (2002), s. 498 – 508.
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette: *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Oslo, 2007.
- Norsk Gassavsetning. Rettslige hovedelementer (1998) Brautaset, Are ... [et al.]. Oslo, 2008
- PECL (2000) Beale, Hugh og Ole Lando (red.): *Principles of European Contract Law. Parts I and II*. Haag, 2000.
- UNIDROIT Principles (2010) International Institute for the Unification of Private Law: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010*. Roma, 2010
- Woxholth (2008) Woxholth, Geir: *Avtalerett*. 6. utgave. Oslo, 2008

Lover

Kong Christian Den Femtis Norske Lov, av 15/04/1687 (NL)

Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer, av 31/05/1918 nr. 4 (avtaleloven)

Lov om tomtefeste, av 20/12/1996 nr. 106 (tomtefesteloven)

Lov om voldgift, av 14/05/2004 nr. 25 (voldgiftsloven)

Rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1998 s. 1683

Voldgiftsavgjørelser

ND 1974 s. 74