

UiO : **Det juridiske fakultet**

Valutasvingninger og kontraktsrevisjon

Bortfall og endringer av kontraktsrettslige forpliktelser ved
valutasvingninger

Kandidatnummer: 719

Leveringsfrist: 25.04.2015

Antall ord: 17610



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Rettskildebildet	3
1.4	Videre fremstilling	4
2	GENERELT	4
2.1	Kontraktsfrihet og utgangspunktet om at avtaler skal holdes	4
2.2	Begrunnelse og hensyn bak revisjonsadgang.....	6
2.3	Betydningen av kontrakt	7
3	DE ULIKE REVISJONGRUNNLAG	9
3.1	Innledning	9
3.2	Fellestrekk og vilkår for kontraktsrevisjon	9
3.3	Avtaleloven § 36	10
3.3.1	Innledning	11
3.3.2	Forhistorie, innhold og vilkår	11
3.3.3	Avtaleloven §36 som revisjonsgrunnlag på et konkret eksempel	21
3.3.4	Konklusjon.....	36
3.4	Bristende forutsetninger	37
3.4.1	Innledning	37
3.4.2	Forhistorie, innhold og vilkår	37
3.4.3	Bristende forutsetninger som revisjonsgrunnlag på et konkret eksempel	44
3.4.4	Konklusjon.....	47
4	SAMMENLIGNING AV AVTALELOVEN § 36 OG BRISTENDE FORUTSETNINGER	48
4.1	Innhold	48
4.2	Rettsvirkninger.....	51
5	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON.....	53
6	LITTERATURLISTE	54
6.1	Lov og forskrift	54
6.2	Forarbeider og stortingsbehandling	54
6.3	Rettspraksis	54

6.4	Litteratur og artikler	55
-----	------------------------------	----

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Avhandlingens tema er valutasvingninger og kontraktsrevisjon. På mange områder i forretningslivet, knyttes ulike rettigheter og plikter mot en valuta. Det kan være banklån, betaling av tjenester og lignende. Bakgrunnen for valg av emnet er at vi til daglig blir påvirket av svingninger på valutamarkedet som kan by på store utfordringer for både private og profesjonelle aktører. Vi har for eksempel nylig sett at den norske kroneverdien har svekket seg overfor utenlandsk valuta. Kraftige valutasvingninger har vært årsaken til at noen valutalån har vokst med hele 30 %.¹ Andre bivirkninger av valutasvingninger er at det oppstår et stort behov for prisjustering på varer og tjenester som blir importert eller eksportert. Det er nettopp i slike situasjoner behovet for kontraktsrevisjon oppstår.

Utfordringene er særlig store for profesjonelle aktører som knytter kontraktene sine til andre valuta enn norske kroner, heretter kalt NOK, for eksempel låneavtaler etc. Ved vesentlige svingninger i valutaen kan dermed innholdet i de kontraktsrettslige forpliktelsene man har påtatt seg endres på en ugunstig måte. Jeg ønsker derfor i min avhandling å undersøke muligheter for at valutasvingninger kan danne grunnlag for en rett til kontraktsrevisjon. Det er allmenlig kjent at det skal mye til for å kunne kreve kontraktsrevisjon. Med utgangspunkt i revisjonsgrunnlagene avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger, søker avhandlingen derfor å besvare hvorvidt valutasvingninger kan danne grunnlag for kontraktsrevisjon. Spørsmålene som drøftes er hvor grensen i tilfelle går, hvilke vilkår må tilfredsstilles og hvilke rettsvirkninger får en eventuell kontraktsrevisjon.

¹ Presseartikler om valutasvingninger:

Jacobsen, Stian, 1300 boliglånskunder fikk valutalån tirsdag, www.hegnar.no 17.12.2014

Næss, Asgaut, Valutalån har økt 500.000 på tre uker, Dagens næringsliv, Finans og Valuta, 12.12.2014

Warren, Peter, Boliglån til 28 % rente, Etterrettelighet og Analyse, Finansmassakre, 16.1.2015

Som en illustrasjon for drøftelsene, har jeg valgt å ta utgangspunkt i et konkret eksempel for lettere å kunne belyse de ulike revisjonsgrunnlagene som kan tenkes anvendes ved valutasvingninger herunder likheter og forskjeller.

En byggmester oppsøkte banken for å søke om et valutalån. Han søkte om å få innvilget et valutalån på NOK 15 millioner. Bankens rådgiver viste byggmester en statistikk over kunder som hadde inngått avtale om valutalån i sveitsiske franc, heretter kalt CHF, til svært gunstige rentebetingelser. Statistikken viste også at valutakursen CHF hadde holdt seg stabil overfor norske kroner i lengre tid. Bankens rådgiver anbefalte derfor byggmester å ta opp et valutalån i CHF.

Byggmester var kjent som en profesjonell aktør innen eiendomssektoren og banken innvilget valutalån i CHF tilsvarende NOK 15 millioner. Da valutalånet var innvilget, startet byggmester med eiendomsutvikling som besto i å kjøpe en eldre bygning i et sentralt strøk og oppgradere denne for bolig- og utleieformål. På grunn av store valutasvingninger den siste tiden har valutalånet øket betraktelig i verdi. Valutalånet økte med hele NOK 4,5 millioner på en måned, så byggmester har nå NOK 19.5 millioner i valutalån.²

Problemstillingen er om svingninger i valuta, kan danne grunnlag for kontraktsrevisjon.

1.2 Avgrensning

I mange tilfeller, særlig i kontrakter mellom profesjonelle parter, reguleres valutarisiko spesifikt i kontrakten, herunder adgangen til å kreve kontraktsrevisjon basert på valutasvingninger. Dette kan være avtalemekanismer som inneholder klausuler for justering av vederlag og regler for prisjustering ved valutaendringer. I slike tilfeller vil det være vanskelig komme lengre med bruk av bakgrunnsretten og jeg har derfor valgt å avgrense oppgaven mot slike tilfeller. Jeg har også valgt å avgrense mot mislighold fra den ene part sin side som kan gi grunnlag for opphør av kontraktsrettslige forpliktelser, typisk gjennom heving. Fordi emnet kontraktsrevisjon og valutasvingninger spenner over et stort område har jeg også valgt å avgrense avhand-

² Presseartikler om valutasvingninger: <http://www.hegнар.no/okonomi/valuta/artikkel530059.ece>
Jacobsen, Stian, 1300 boliglånskunder fikk valutasjokk tirsdag, www.hegнар.no 17.12.2014

lingen mot force majeure som lempningsgrunnlag, finansavtaleloven og bankens frarådingsplikt.

1.3 Rettskildebildet

Rettslig plassering av kontraktsrevisjon finner vi innenfor området kontraktsrett som finnes både i formue- og obligasjonsretten. Kontraktsrettens kilder finnes i lovgivningen om kontrakter, i rettspraksis, kutyme eller handelsbruk, internasjonale vedtak og i alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.

I henhold til alminnelig juridisk metode vil en naturlig språklig forståelse av lovteksten danne utgangspunktet der det finnes relevant lovgivning. Relevant lovgivning for kontraktsrevisjon finnes i LOV-1918-05-31-4³ avtaleloven. Rettskildebildet for bristende forutsetninger ser annerledes ut, fordi det ikke finnes relevant lov. Bristende forutsetninger er ulovfestet så rettspraksis, juridisk teori og reelle hensyn kan dermed tenkes å ha større relevans og eventuelt vekt for bristende forutsetninger enn avtaleloven.

Avtaler inngås og stifter avtalerettslige rettigheter og plikter. Tolkning av avtaler slår fast hvilke rettsvirkninger som skal gjelde og hva partene har blitt enige om. Ved manglende holdpunkter i kontrakten, brukes rettsregler (bakgrunnsretten) til utfylling av kontrakten. «Bakgrunnsretten» kan være deklatoriske (fravikes ved avtale, og ofte også av kontraktsrettslige sedvaner), og de kan være preseptoriske (tvingende, ufravikelige). Bakgrunnsretten kan presisere, supplere, konsolidere og korrigere det partene er blitt enige om. Bakgrunnsretten for en kontraktsrevisjon, som får betydning for partenes rettigheter og forpliktelser, er forutsetningslæren og avtaleloven § 36.

Generalklausulen avtaleloven § 36 ble innført gjennom et felles nordisk samarbeid mellom Norge, Sverige, Finland og Danmark. Målsettingen var å få innført en rettsregel for lemping av avtaler som hadde likt innhold og lik ordlyd i Norden. Tradisjonelt benytter domstolene i Norge norske forarbeider, men i visse tilfeller der man ikke finner klart svar i norske forarbeider, kan nordiske forarbeider til avtaleloven § 36 tillegges noe vekt. Forarbeidene til avtalelo-

³ LOV-1918-05-31-4

ven § 36 NOU 1979:32⁴ og Ot.prp.nr.5 (1982-1983)⁵ er relevante rettskilder for å fastslå innholdet i rettsregelen. Forarbeidene til avtaleloven § 36 er over 30 år gamle, og samfunnsutviklingen har gått sin gang. Utviklingen i rettspraksis når det gjelder bruk av generalklausulen avtaleloven § 36, tillegges ofte større vekt enn forarbeidene.

Rettspraksis er en viktig rettskilde for å fastslå innholdet i avtaleloven § 36 som lempningsregel. Rettspraksis kan vise oss i hvilken retning avtaleloven § 36 har utviklet seg siden den ble vedtatt. Rettspraksis er også med på å kodifisere andre lempningsregler som er til dels ulovfestet. Når vi sammenligner vekt av rettspraksis fra de nordiske land og rettspraksis fra Norge, så veier rettspraksis fra Norge tyngst som rettskildefaktor.

1.4 Videre fremstilling

Som nevnt innledningsvis, har jeg valgt å bruke et konkret eksempel innenfor hvert grunnlag for kontraktsrevisjon. I kapittel 2 ser vi nærmere på begrunnelser og hensyn bak kontraktsrevisjon. I kapittel 3.2 behandles fellestrekk og vilkår for kontraktsrevisjon. I kapittel 3.3 behandles avtalelovens § 36 og urimelighetsbetraktninger. I kapittel 3.4. behandles den allmenne forutsetningslære, bristende forutsetninger. I kapittel 4 ser vi på hvilke rettsvirkninger en kontraktsrevisjon har og foretar en sammenligning av avtaleloven § 36 og bristende forutsetninger. I kapittel 5 vil jeg til slutt oppsummere og gi en konklusjon.

2 Generelt

2.1 Kontraktsfrihet og utgangspunktet om at avtaler skal holdes

I Norge har vi et grunnleggende hovedprinsipp om avtalefrihet. Når man først har inngått en avtale eller kontrakt, er hovedregelen at avtaler holdes – *pacta sunt servanda*. Dette er et lovfestet prinsipp i Norske Lov (NL) 5-1-2 «Alle Contracter ... skulle holdis ... saasom de indgangne ere.»⁶ At avtaler holdes, skaper forutsigbarhet for avtalepartene, slik at de kan innrette seg etter det som er lovet og sørge for at avtalen blir oppfylt.

⁴ NOU 1979:32 og Ot.prp.nr.5 (1982-1983)

⁵ Ot.prp.nr.5 (1982-1983)

⁶ Norske Lov (NL) 5-1-2

Hovedregelen om at avtaler skal holdes som de er inngått vises som en streng regel i voldgiftsdommen Rolwi.⁷ Skipet «Rolwi» var under utleie og leieprisen ble satt i dollar. Dollaren ble devaluert i 1971 og 1973 og devalueringen skjedde helt uforutsett. Skipets eier krevde kompensasjon fra kurstapet av leietakeren. Grunnen var at fortjenesten som var beregnet til 600.000 dollar ble snudd til tap for eieren. Retten mente det talte for at eieren hadde forutsatt en stabil dollarkurs og at denne forutsetningen var leietakeren klar over. Eieren av skipet fikk ikke medhold, fordi leieavtalen manglet en valutaklausul som ga eieren rett til å øke leien ved synkende valutakurs. Begrunnelsen var at så lenge eieren hadde betinget et oppgjør av leien i dollar, så hadde også eieren tatt en risiko for en endring av valutakursen.

Voldgiftsdommen viser at det skal mye til for å sette en avtale til side eller endres når risikofaktoren endres i forhold til det som var forventet. Etter avtaleinngåelse og etter at partene har fordelt risikomomenter seg imellom, viser dommen at avtalen sjelden kan endres eller settes til side når risikomomentene endres i forhold til partenes forventninger. Voldgiftsdommen er relevant fordi den omhandler valutasvingninger og underbygger det klare utgangspunkt at avtaler skal holdes, uavhengig av om valutakursen endres og dermed skaper forskyvning av balansen i kontraktsforholdet.

Kontraktsfriheten har både en positiv og en negativ side. Ser vi på den positive siden, kan man binde seg selv ved ensidige disposisjoner. Man kan også binde seg selv og medkontrahtenten gjennom kontrakter eller avtaler. Ser vi på den negative siden, så er det helt opp til rettssubjektene om de vil inngå en kontrakt eller ikke. De kan med andre ord foreta et valg.

I norsk rett er hovedregelen at man har avtalefrihet til selv å bestemme avtalens innhold og ethvert unntak må ha hjemmel i lov eller ulovfestet rett.

Prinsippet om avtalefrihet er lovfestet i Christian Femtis Norske Love av 15. april 1687 art.NL 5-1-2⁸: “Alle Contracter som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komne til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere”.

⁷ ND1974 s. 173

⁸ Norske Lov (NL) 5-1-2

En kontraktregulering kan sies å være en form for risikoregulering. En ubegrenset kontraktsfrihet kan derimot lede til misbruk og vi har derfor fått flere typer unntak fra hovedregelen om at avtaler skal holdes. Unntakene er innført for å beskytte den svake kontraktspart jf. forarbeidene NOU 1979:32 s.37⁹. Når avtalepartene ikke er jevnbyrdige i erfaring, forhandlingsstyrke og ressurser, kan det oppstå ubalanse i styrkeforholdet mellom partene i avtaleforholdet som igjen kan føre til misbruk av avtalefriheten. Det er bl.a. misbruk av avtalefriheten når den ene part unngår å gi all relevant informasjon jf. avtaleloven § 33. Når den ene parten «betinget seg uforholdsmessige fordeler»¹⁰ som for eksempel å kreve avtalevilkår eller en pris som er særdeles gunstig for seg selv, er dette også en form for misbruk av avtalefriheten.

2.2 Begrunnelse og hensyn bak revisjonsadgang

Faktum er i stadig endring og fordi uforutsette hendelser kan oppstå, så skapes det et behov i samfunnet for regulering og revidering av avtaler. Spørsmålet om man har noen muligheter til å endre kontraktinnholdet etter at avtalen er inngått, stilles gjerne i situasjoner der det har oppstått uventede og ekstraordinære forhold. Dette er gjerne forhold som vil gi en irregulær utvikling og som man ikke kunne forutse ved avtaleinngåelse.¹¹ Slike uforutsette hendelser kan gjøre det mer tyngende å oppfylle realytelser, fordi det skaper en synkende interesse i å oppfylle pengeytelsene. Det kan for eksempel bli mer tyngende å oppfylle en pengeforpliktelse, som resulterer i synkende interesse i realytelsen. Det finnes unntak fra prinsippet om at avtaler skal holdes. Som et av unntakene fra hovedregelen om avtalefrihet nevner jeg avtaleloven § 36, der avtaler som har et urimelig innhold kan bli tilsidesatt eller endret.

Hovedbegrunnelsen for en revisjonsadgang er generelt å kunne gripe inn i et etablert kontraktsforhold hvis det skjer uforutsette endringer. Hovedbegrunnelsen for en generell lempningsregel som avtaleloven § 36 er å beskytte den svake part mot maktmisbruk av avtalefriheten fra den annen part i et kontraktsforhold.¹² Jeg oppsummerer med at hensynet bak en generell lempningsregel er å gi beskyttelse mot den sterke part som skaffer seg urimelige fordeler på en annen parts bekostning ved å utnytte sin erfaring, innsikt og sterke avtaleposisjon.

⁹ NOU 1979:32 s.37

¹⁰ Giertsen (2014) s.7

¹¹ Hagstrøm (2011) s. 254

¹² NOU 1979:32

2.3 Betydningen av kontrakt

Vi skal nå se nærmere på hvorfor domstolene kan sensurere avtaler og hvordan dette forankres. Hva kan være grunnlaget for et endrings- eller bortfallskrav? Ved tvister i kontraktsforhold vil domstolene tolke innholdet i avtalen for å finne frem til et rimelig resultat.

Kontrakten må tolkes for å kunne trekke grense mot kontraktsbrudd og for å undersøke om løsningen ligger i kontrakten selv. Når avtalen selv ikke gir alle svar, vil domstolene utfylle avtalen ved å bruke tolkningsmomenter som å tolke avtalens ordlyd, foreta en kontekstuell tolkning, foreta rimelighetsbetraktninger, se på avtalens formål, vurdere partskonstellasjonen, vurdere avtaletypen, se nærmere på forutsetningslæren, avtaleloven § 36 og eventuelt tolke avtalen innskrenkende eller utvidende. Jeg viser til Høyesteretts tolkningsprosess i Rt 1991 s. 220¹³ Sollia Borettslag mot Risvollan Borettslag som omtales senere i dette kapitlet.

Når det gjelder domstolenes forhold til tolkning av avtaler, så er læren om bristende forutsetninger eller avtalelovens § 36 ingen erstatning som opphever eller gjør avtalemekanismen eller tolkningslæren overflødig. Disse vilkårene utelukker ikke at domstolene gjennom vanlig tolkning av avtalen kan finne rimelige resultater jfr. Selvig i Knophs oversikt¹⁴: ”... domstolene allerede ved tolkningen av kontrakten legger vekt på mange av de samme betraktningene som må inngå i en vurdering av om det er grunnlag for å lempe kontrakten etter avtl. § 36.”

Som et eksempel på forholdet mellom rimelighetstolkning og avtaleloven § 36 viser jeg til Rt 1991 s. 220¹⁵ der partene var Sollia Borettslag mot Risvollan Borettslag. Rettslig problemstilling var tolkning eller revisjon av en avtale om levering av fjernvarme og økonomisk oppgjør mellom partene for årene 1983-1985. Førstvoterende anførte¹⁶ «Tolkningsspørsmålet i saken er om avtalen ... et spørsmål om og i hvilken grad avtalen garderer mot at det oppstår ulikheter ... som konkret vil innebære at Risvollan må subsidiere den fjernvarme som leveres til Sollia.»

¹³ Rt 1991 s. 220

¹⁴ Knophs (2009) s. 249

¹⁵ Rt 1991 s. 220

¹⁶ Rt 1991 s. 220 s.224

Høyesterett tolket avtalens ordlyd og kom frem til at ordlyden om at varmeprisen skulle beregnes etter selvkost, talte for å hindre at Risvollan måtte subsidiere Sollias fjernvarme. I protokollen til avtalen sto det at «ingen skulle tape eller tjene penger.»¹⁷ Varmesentralen var et felles foretak hvor partene «i økonomisk henseende står på like fot.»¹⁸ Et viktig tolkningsmoment i saken var «Forutsetningen om at ingen skulle tjene eller tape i forbindelse med levering av fjernvarme, harmonerer ... med hva som ... må anses som rimelig og naturlig».¹⁹

Høyesterett la vekt på at dette dreide seg mer om en samarbeidsavtale om en felles varmesentral som skulle drives uten fortjeneste eller tap enn en ren forretningsmessig avtale, selv om den skriftlige avtalen ikke inneholder noen adgang til å endre beregningsmetode. Ifølge juridisk litteratur er utgangspunktet for avtaletolkningen at det skal søkes et resultat som er rimelig og fornuftig. Dette betyr at det skal velges det tolkningsalternativ som er mest rimelig. Hvis avtalen etter tolkningen fremstår som urimelig, blir det videre spørsmål om bestemmelsen settes til side eller revideres, slik Høyesterett har gjort i denne saken.

Høyesterett vurderte partskonstellasjonen og partene var to borettslag og ikke profesjonelle næringsdrivende. Avtaletypen var en langsiktig ikke kommersiell samarbeidsavtale. Forutsetningslæren ble ikke brukt direkte i tolkningen av avtalen, men det ser ut som at den blir tolket i lys av prinsippene i forutsetningslæren. Høyesterett anførte at når forutsetningene, som var at ingen skulle tjene eller tape, ikke slo til, «kan bestemmelsen ikke stenge for overgang til andre og mer pålitelige metoder å fordele utgiftene etter».²⁰

Høyesterett uttalte at det kan være en: «flytende overgang mellom de tilfelle hvor avtalen selv gir grunnlag for et revisjonskrav og hvor dette må forankres i andre regler, først og fremst i avtalelovens § 36.»²¹ Risvollan borettslag vant frem.

Dommen viser at avtalen mellom partene ikke tolkes direkte etter avtalelovens § 36, men i lys av avtalelovens § 36. Retten oppnådde dermed rimelighet ved tolkingen av avtalen ved å bruke en indirekte rimelighetssensur. Retten la her vekt på avtalens egenart, at det var en lang-

¹⁷ Rt 1991 s. 220 s. 224-225

¹⁸ Rt 1991 s. 220, s. 224

¹⁹ Rt 1991 s. 220, s. 224

²⁰ Rt 1991 s. 220, s. 225

²¹ Rt 1991 s. 220, s. 225

siktig, uoppsigelig avtale som var bygget på et felles foretak og med målsetting at ingen skal tjene/tape penger. Når krav om kontraktsrevisjon ikke løses ved tolkning av kontrakten kan årsaken være at norske kontrakter sjelden dekker alle spørsmål som kan oppstå, men regulerer kun hovedpunkter som var aktuelle ved kontraktsinngåelse.²²

3 De ulike revisjonsgrunnlag

3.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg benytte det konkrete eksempelet (som er gjennomgått innledningsvis i kapittel 1) for å vurdere hvorvidt de to kontraktsrevisjonshjemlene (I) avtaleloven § 36, (II) bristende forutsetninger, kan gi grunnlag for revisjon av en avtale på grunn av valutasvingninger. Først vil jeg se på fellestrekk mellom disse reglene, samt felles vilkår for at kontraktsrevisjon overhode kan komme på tale. Deretter vil jeg gå konkret inn på hvert av revisjonsgrunnlagene. Ved å benytte det konkrete eksempelet vil jeg også lettere kunne sammenligne revisjonsgrunnlagene.

3.2 Fellestrekk og vilkår for kontraktsrevisjon

En irregulær utvikling kan oppstå der uventede og ekstraordinære forhold inntreffer i tidsrommet etter kontraktsinngåelse, før kontraktsoppfyllelse eller underveis i kontraktsoppfyllelsen. Dette kan føre til at den ene parten ønsker at rettsvirkningene av kontrakten ikke skal gjelde etter sitt innhold, uten at dette kan sees på som et kontraktsbrudd. Kalkyler som en realdebitor har basert et tilbud på, kan bli forrykket når uventede, ekstraordinære forhold oppstår, fordi forutsetningene som lå til grunn for kalkylene har endret seg. Det finnes mange årsaker til at det kan bli mer byrdefullt å oppfylle kontrakten. Mange selskaper samarbeider med aktører på tvers av landegrensene med for eksempel eksport eller import av varer og tjenester. Forskjellige deler av verden har forskjellig grad av stabilitet. Utbrudd av væpnede konflikter eller hvordan totalitære styringsmakter opptrer kan være eksempler som kan gjøre det vanskeligere og mer farefylt å oppfylle kontrakten.²³

²² Hagstrøm (2011) s. 258

²³ Hagstrøm (2011) s. 254

Realdebitor kan også ha mistet interessen i å oppfylle kontrakten grunnet den irregulære utviklingen. Som eksempel vil en flystreik ofte føre til forsinkelser og kansellerte fly. En realdebitor vil ønske å avbestille hotellrom og konserter som han grunnet forsinkelse i flytrafikken ikke vil ha noen mulighet til å rekke. Uventede og ekstraordinære forhold kan gjelde forhold som en part aldri har forestilt seg eller forhold som en part kan ha hatt bevisste forestillinger om.

I slike situasjoner kommer ofte spørsmål om det kan kreves en kontraktsrevisjon som kan føre til at kontrakten kan bli endret eller om kontrakten kan bortfalle i sin helhet. Problemstillingen blir om den som rammes av en realisert risiko i første omgang, skal rammes, eller skal motparten rammes helt eller delvis av risikoen.

Det er et minstevilkår at kontraktsrevisjon må kreves, fordi en eventuell bortfallsgrunn virker aldri av seg selv.²⁴ Kontraktsrevisjon må kreves av den ene kontraktsparten for at kontrakten ikke skal ha rettsvirkninger etter sitt innhold, uten at dette skyldes kontraktsbrudd fra den andre parten.²⁵

For å kunne oppnå en kontraktsrevisjon må man ha et grunnlag. Man kan påberope seg bakgrunnsretten om man ikke eksplisitt har avtalt seg bort fra denne. Det betyr at kontrakten må tolkes for å kunne trekke grensen mot kontraktsbrudd og se om løsningen allerede finnes i kontrakten.²⁶

Balansen i kontraktsforholdet må være forrykket. Dette er et fellesvilkår for bortfall eller endringer etter forutsetningslæren og avtaleloven § 36. En vurdering av alle forhold tilsier at skjevheten i kontraktsforholdet har blitt så stor at det er riktig å rette på den.²⁷

3.3 Avtaleloven § 36

²⁴ Hagstrøm (2011) s. 255

²⁵ Hagstrøm (2011) s. 255

²⁶ Hagstrøm (2011) s. 255

Dette gjelder for norsk rett, men reglene på dette området varierer fra land til land.

²⁷ Hagstrøm (2011) s. 259

3.3.1 Innledning

Avtaleloven § 36 kalles den alminnelige formuerettslige lempningsregel og er en formuerettslig generalklausul som ble innført i de fellesnordiske avtalelover i 1983. En generalklausul kan anvendes innenfor alle kontraktsområder og er en lovbestemmelse som gir domstolene adgang til å tilsidesette urimelige kontrakter eller kontraktsvilkår med en begrunnelse i at vilkåret eller kontrakten er urimelig.²⁸ En generalklausul har en svært skjønnsmessig karakter og har et anvendelsesområdet som er meget bredt og upresist angitt. Begreper som «urimelig» og «i strid med god forretningsskikk» er et vanlig trekk.²⁹ Avtaleloven § 36 inneholder hjemmel for tilsidesettelse, samt vurderingskriterier for når hjemmelen kan benyttes. En avtale kan helt eller delvis settes til side grunnet urimelige kontraktsvilkår eller om avtalen er i strid med god forretningsskikk. Disse vilkårene legger opp til en skjønnsmessig bedømmelse.³⁰

3.3.2 Forhistorie, innhold og vilkår

Situasjonen før innføringen av avtalelovens § 36 var at det fantes en rekke forskjellige preseptoriske lovregler som skulle beskytte den svake parten i avtaleforholdet. De preseptoriske lovreglene stilte visse minstekrav til regulering av bestemte spørsmål i avtalen og det ville være forbudt å «avtale eller gjøre gjeldende vilkår som er ugunstigere for den svake avtalepart enn det som følger av de preseptoriske regler.»³¹ Det var derimot ikke noen hindringer i veien for å kunne avtale betingelser som stilte den svake part i en bedre stilling enn etter minimumsrettighetene som fantes i lovgivningen.

Forbruker- og administrasjonsdepartementet uttalte i forarbeidene til avtaleloven § 36³² Ot.prp.nr. 5 (1982-1983) s. 13 «...Behovet for en slik generell regel må sies å være til stede, ikke minst sett på bakgrunn av de mange lempningsreglene vi etter hvert har fått på enkeltområder.» Det ble lagt vekt på at vurdering av urimelighetskriteriet skulle foregå på en konsekvent og likeartet måte innen det formuerettslige området. Forarbeidene la også vekt på at det skulle være rettslikhet i de nordiske land. Videre mente de at en generell lempningsregel

²⁸ Bergåker (JV-1980-133)

²⁹ Bergåker (JV-1980-133)

³⁰ Giertsen, (2014) s. 203

³¹ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 15

³² Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 13

betød at domstolene ville slippe den usikkerhet til saklig rekkevidde som var en ulempe ved regelverket slik det ble praktisert.

I forarbeidene til avtaleloven § 36³³ fant Justisdepartementet at det var behov for en generell lempningsregel på formuerettens område. Forarbeidene la vekt på å innføre en fleksibel lempningsregel som skulle verne avtalepartene mot «avtalevilkår som er eller blir urimelige utover området for preseptorisk detaljregulering.»³⁴ Det ble også lagt vekt at det kunne oppstå behov for å beskytte en part der det etter avtaleinngåelsen kunne oppstå en uventet utvikling som forrykket kontraktbalansen.

Bakgrunnen for å innføre en generell lempningsregel var lovgivers ønske om å forbedre forbrukervernet innenfor kontraktsretten. Lovgiver ønsket først og fremst at bestemmelsen skulle benyttes til å beskytte forbrukerne mot urimelige standardvilkår i kontrakter. I følge forarbeidene til avtaleloven § 36 så var det hensynet til å «beskytte den svake kontraktspart mot den annen parts maktmisbruk av avtalefriheten som er hovedbegrunnelsen for en generell lempningsregel.»³⁵

Et hensyn som talte mot å innføre en generell lempningsregel var at det kunne føre til en reduksjon av forutberegneligheten som var et viktig grunnleggende hensyn bak prinsippet om at avtaler skal holdes. Dette tok lovgiver også i betraktning, men de kom frem til at de positive virkningene allikevel var vesentlig sterkere enn de negative virkningene, fordi siktemålet med lempningsregelen var å kunne tilsidesette urimelige avtalevilkår. Derfor burde hensynet til forutberegneligheten ikke veie tungt.³⁶

Lempningsregelen skulle gjelde direkte innenfor hele det formuerettslige området og kunne anvendes analogisk i avtalelignende formuerettslig karakter innenfor familierettslige og arverettslige forhold. På rettsområder av avtalelignende karakter innenfor det offentligrettslige området kunne lempningsregelen også anvendes analogisk når den avtalelignende karakteren gjaldt mellom det offentlige og privatpersoner.³⁷

³³ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 13

³⁴ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 15

³⁵ NOU 1979:32 s. 8

³⁶ NOU 1979:32 s. 40

³⁷ NOU 1979:32 Kap. 5 (1)

Ordlyden i § 36 lyder:

«En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.

Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

Reglene i første og annet ledd gjelder tilsvarende når det ville virke urimelig å gjøre gjeldende handelsbruk eller annen kontraktrettslig sedvane.»

Avtaleloven § 36 viser at avtalte vilkår kan settes til side, hele avtalen kan settes til side eller at man kan gjøre endringer i avtalen når det er urimelig å gjøre avtalen gjeldende etter sitt innhold. Det vil si at tidspunktet for vurderingen ligger på oppfyllelesstadiet av avtalen. For å vurdere om en avtale er urimelig, kan man legge vekt på forhold som avtalens innhold, forhold vedrørende partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse. I en rimelighetsvurdering skal det også tas hensyn til senere inntrådte forhold og om omstendighetene for øvrig har hatt påvirkning på avtales rimelighet. Ved en urimelighetsvurdering må domstolene foreta en avveining om det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet og at avtaler skal holdes mot hensynet til parten som hevder at avtalen vil virke urimelig.

Forarbeidene diskuterte hvor urimelighetsterskelen for lempning i henhold til avtaleloven § 36 skulle ligge.³⁸ Terskelen for begrepet urimelig skulle ha betydning av positivt urimelig og at det ikke var nok at det kunne tenkes rimeligere løsninger. Begrepet urimelig måtte oppfattes som et ganske strengt kriterium, som forarbeidene mente at det ikke ville være kurant å påberope. Forarbeidene sammenlignet også hvor urimelighetsterskelen skulle ligge for avtaleloven § 36 mot den dagjeldende prislov § 18 som var en straffesanksjonert bestemmelse som domstolene anvendte i tilfeller der det var et meget betydelig misforhold mellom ytelse og motytelse.³⁹ De la vekt på at det etter omstendighetene kunne være grunner til å stille noe andre og lempeligere krav for etter avtaleloven § 36 enn etter dagjeldende prislov § 18.

³⁸ Ot.prp.nr.5(1982-1983) s. 30

³⁹ Ot.prp.nr.5(1982-1983) s. 32

Urimelighetsterskelen varierer etter forholdene som betyr at terskelen kan være lavere ved rene nødvendighetsvarer enn ved rene luksuspregede varer.⁴⁰ Forarbeidene legger opp til at terskelen er høyere innenfor forretningsforhold enn utenfor.⁴¹

Rettspraksis viser at det skal mye til for å få gjennomslag for en avtalerevisjon, jf. Rt 2013 s. 769 If dommen.⁴² «Gjennomgående understrekes det klare utgangspunkt at avtaler skal holdes, og det er klart dekkede å si at det er tale om en heller snever unntaksbestemmelse.» Dette taler også for at listen er høy.

Grunnreglene for urimelighetsvurderingen er «urimelig» eller «i strid med god forretningsskikk.» Vilkårene er alternative som betyr at avtalen må enten være urimelig eller være i strid med god forretningsskikk, for at avtalen skal kunne lempes etter avtaleloven § 36. Vilkårene kan brukes selvstendig.⁴³ Bransjepraksis kan eksempelvis vise at ikke i samsvar med god forretningsskikk å si opp en eneforhandleravtale, selv om det er stadfestet i kontrakten som er inngått med forhandleren. En eventuell oppsigelse av forhandleravtalen vil kunne settes til side, grunnet at den er i strid med god forretningsskikk å gjøre gjeldende, selv om oppsigelse er kontraktsfestet og ikke kan betraktes som urimelig.⁴⁴ Forarbeidene til avtaleloven § 36 Ot.prp.nr. 5 (1982-1983) side 31⁴⁵ anfører derimot at den selvstendige betydningen av «i strid med god forretningsskikk» neppe er stor ved siden av urimelighetskriteriet, fordi det som er i strid med god forretningsskikk også vil være urimelig.

Avtaleloven § 36 er en konkret og relativ rimelighetsstandard. Når det gjelder konkret rimelighetsstandard så betyr dette at man både skal vurdere rimeligheten i det enkelte avtalevilkår og vurdere rimeligheten i avtalen som helhet. Jeg viser til en konkret rimelighetsvurdering som Høyesterett gjorde når det gjaldt Røstad dommen. Saken Rt 1988 s. 276⁴⁶ Røstad dommen gjaldt en festeavtale og et krav om oppregulering av festeavgift for en landbrukseiendom på 350 dekar som var bortfestet for det militære. En uoppsigelig kontrakt fra 1899 var inngått

⁴⁰ Hov (2007) s. 283

⁴¹ Inst. O. nr. 31 (1982-1983) s. 2-3

⁴² Rt 2013 s. 769 (44)

⁴³ Hov, Høgberg, (2009) s. 397

⁴⁴ Hov (2007) s. 279 Ot.prp.nr. 5 (1982-1983) side 31

⁴⁵ Ot.prp.nr. 5 (1982-1983) side 31

⁴⁶ Rt 1988 s. 276

og pålydende var kr. 200,- pr. år. Festeavgiften kunne etter ordlyden i kontrakten ikke reguleres. I rimelighetsvurderingen kom Høyesterett frem til, med hjemmel i avtaleloven § 36, at fallet i pengeverdien hadde ført til at festeavtalen var blitt klart urimelig for bortfesteren. Bortfesteren vant frem og Høyesterett regulerte festeavtalen etter konsumprisindeksen svarende fallet i pengeverdien.

Dommen viser her at Høyesterett la vekt på at pengeverdien hadde svekket seg i betydelig grad og derfor skapte en ubalanse mellom partene i kontraktsforholdet. Dommen viser at domstolen kan gå inn for en kontraktsrevisjon av en uoppsigelig kontrakt med fast pris for å justere et vederlag som har blitt urimelig grunnet fall i pengeverdien.

Avtaleloven § 36 rimelighetsstandard kan betraktes som relativ. Som et eksempel på relativ rimelighetsstandard kan terskelen legges lavere i avtaleforhold der den ene part er forbruker med svekket kompetanse og den andre part er en profesjonell aktør med høy kompetanse, enn i avtaler mellom profesjonelle aktører som er jevnbyrdige kompetansemessig. Dette taler for at det er styrkeforholdet partene imellom som kan avgjøre hvor terskelen for rimelighet skal ligge.⁴⁷ Jeg viser til Rt 2013 s. 388⁴⁸ der Høyesterett tilla relativ stor vekt på at Røeggen var en underlegen part i forhold til DNB. Høyesterett fokuserte sterkere på den konkrete rimelighetsstandarden i Røeggen sitt tilfelle, enn de gjorde i Rt 2012 s. 355,⁴⁹ der de la opp til en streng generell rimelighetsvurdering, selv om Lognvik sin stilling også var forbruker. Det ser derfor ut til at Høyesterett la vekt på at Lognvik var en ressurssterk forbruker som burde ha forstått risikoen han utsatte seg for med investeringene som ble foretatt.⁵⁰ Jeg vil omtale begge dommene senere i avhandlingen.

Ved urimelighetsvurderingen skal man videre se på avtalens innhold, for så å legge vekt på partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse. I tillegg skal man også legge vekt på senere inntrådte forhold og omstendighetene forøvrig. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til ved urimelighetsvurderingen av det konkrete eksempelet.

⁴⁷ Woxholth (JV-2013-259)

⁴⁸ Rt 2013 s. 388

⁴⁹ Rt 2012 s. 355

⁵⁰ Woxholth (JV-2013-259)

Det må foretas en vurdering av avtalen som helhet. Spørsmålet er om det er urimelig at avtalen blir oppfylt eller ikke. For å vurdere dette, må man se på alle deler av avtalen. Det kan for eksempel være enkelte deler av en avtale som inneholder ugunstige betingelser. Dette kan stille en av partene i en dårligere stilling enn det som er rimelig. Andre deler av avtalen kan inneholde gunstige betingelser som stiller parten i en bedre situasjon og dermed oppveier de ugunstige betingelsene.⁵¹

Avtaleloven § 36 legger opp til at man skal foreta en totalvurdering. Ved en totalvurdering skal man ta momenter som er vektlagt i urimelighetsvurderingen og se disse i sammenheng. Man kan ta flere små urimeligheter og legge disse sammen for så å avgjøre at avtalen til syvende og sist kan være urimelig.⁵²

Vi kan spørre oss om hvilke anvendelsesområder som er de vanligste for avtaleloven § 36 i praksis. Forarbeidene til avtaleloven § 36 viser at målsettingen med avtaleloven § 36 var å innføre en ugyldighetsregel som skulle brukes til å regulere standardavtaler i forbrukerforhold. Bestemmelsens anvendelsesområde var etter lovgivers forutsetninger å regulere innholdsmangler i urimelige standardvilkår. Lovgiver ønsket å motvirke at det kunne oppstå urimelige avtalevilkår på grunn av ubalanse i styrkeforholdet mellom avtalepartene.⁵³

Det viser seg i praksis at det er vanskelig å finne Høyesterettsdommer der innholdsmangler ved avtalen grunnet ubalanse i styrkeforholdet mellom partene, har vært en avgjørende faktor for å ta i bruk avtaleloven § 36 som lempningsregel. En av grunnene kan være at vi har styrket lovgivningen innen forbrukervern med å innføre preseptorisk lovgivning. Jeg viser til Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)⁵⁴ Lov-2002-06-21-34 som har regler for partenes rettigheter og plikter for å regulerer innholdet og balansen i styrkeforholdet mellom partene.

⁵¹ Hov, Høgberg, (2009) s. 397

⁵² Hov, Høgberg (2009) s. 397

⁵³ NOU 1979:32 Kapittel 1 (1)

⁵⁴ LOV-2002-06-21-34

Avtaleloven § 36 gir allikevel domstolene et godt verktøy som kan brukes ved behov for å slå ned på innholdsmangler fordi urimelighetskriteriet spenner over et vidt skjønnsmessig område.⁵⁵

Rettspraksis viser at avtaleloven § 36 i mye større grad påberopes som revisjonsgrunnlag for å oppnå kontaktsrevisjon på grunn av mangler ved tilblivelsen av avtalen. Det foreligger blant andre tre nyere Høyesterettsdommer Rt 2012 s. 1926⁵⁶ (Fokus Bank), Rt 2012 s. 355⁵⁷ (Lognvik) og Rt 2013 s. 388⁵⁸ (Røeggen). I samtlige ble det anført at det forelå opplysningssvikt fra finansinstitusjonenes side som førte til at det forelå tilblivelsesmangler i avtaleforholdet.

I Rt 2013 s. 388⁵⁹ ble tilblivelsesmangler påberopt og Røeggen vant frem ved et enstemmig flertall i en storkammeravgjørelse i Høyesterett. Saken gjaldt en forbruker, Ivar Petter Røeggen som hadde kjøpt aksjeindeksobligasjoner i år 2000 og disse var utstedt av DNB Bank ASA. Avtalen gikk ut på at obligasjonen ikke var rentebærende. Forbrukeren skulle derimot få tilbakebetalt obligasjonsbeløpet og en eventuell avkastning ved forfall i 2006. Størrelsen på avkastningen var bestemt av utviklingen innenfor angitte aksjeindekser. Røeggen finansierte kjøpesummen av aksjeindeksobligasjonene ved å ta opp lån i DNB Bank. Det ble imidlertid ingen avkastning fordi aksjeindeksene hadde falt og gått ned i tidsrommet 2000 til 2006. DNB Bank hadde belastet Røeggen for et betydelig beløp i omkostninger og renter på lånet. Høyesterett viste til at lånefinansierte aksjeindeksobligasjoner var et komplekst og risikofyllt produkt som ikke profesjonelle investorer vanskelig kunne se konsekvensen av og Høyesterett mente at det var en relativ beskjeden risiko som banken hadde i avtaleforholdet.

Banken hadde gitt inntrykk av at lånefinansiering var gunstig og at produktet ble lagt frem som en meget god investering. Beregninger viste imidlertid at Røeggen med stor sannsynlighet ville tape på investeringen. Bankens informasjon til Røeggen ga et inntrykk av at det ville bli en avkastning på investeringen på en lavere stigning i indeksene enn det som var riktig. Høyesterett mente at grunnlaget ikke var til stede for å sette avtalen til side alene ut fra inn-

⁵⁵ Woxholth (JV-2013-259)

⁵⁶ Rt 2012 s. 1926

⁵⁷ Rt 2012 s. 355

⁵⁸ Rt 2013 s. 388

⁵⁹ Rt 2013 s. 388

holdet. I tillegg hadde banken gitt et ensidig bilde av fortjenestemuligheter og vesentlige parametere hadde gitt misvisende opplysninger. Dette førte til et fortegnat bilde av utsiktene til fortjeneste som Røeggen hadde fått. Høyesterett kom frem til at Røeggen hadde gjort sine investeringer under uriktige forutsetninger og at banken hadde bragt Røeggen i villfarelse og Høyesterett kom frem til at det forelå ugyldighet.

Det er på det rene at inngåelse av avtaler som gjelder investeringer, oftest har en viss form for spekulasjon i seg. Det er derfor rimelig at investoren selv tar konsekvensen for tap dersom investeringen viser seg å slå feil. Ved en rimelighetsvurdering veier dette momentene tungt. Dommen viser at andre forhold må tas med i betraktning. Dommen vektla kundens berettigede forutsetninger samt kvalitet og kvantitet i informasjonen som kunden med rimelighet kan stille til finansinstitusjoner. Dommen viser at en avtale kan bli ugyldighet dersom det ved avtalens inngåelse kan påvises tilblivelsesmangler, ubalanse mellom partene og innholdsmangler. Dommens resultat og begrunnelse er etter min mening riktig.

I Rt 2012 s. 355⁶⁰ var Harald og Halvor Lognvik, to privatpersoner som gikk til sak mot Storebrand Bank ASA om gyldigheten av avtaler om kjøp av sammensatte investeringsprodukter som var lånefinansiert av banken. Spørsmålet var om avtalen helt eller delvis kunne settes til side etter avtaleloven § 36. Produktet de hadde investert i het Indeksobligasjon Allokering II 2006-2010 og inneholdt et obligasjonselement og et avkastningselement som ikke var rentebærende, men ga etter nærmere angitte vilkår om en rett til avkastning.

Høyesteretts flertall anførte at det ikke i seg selv medførte urimelighet at investeringene var finansiert ved lån av banken. Videre var det ingenting å utsette på omkostningene ved tegning eller lånebetingelsene. Høyesteretts flertall understreket at en investor som investerer i kapitalmarkedet har i utgangspunktet selv risikoen for egne investeringsbeslutninger. De mente at informasjonen som var gitt ikke inneholdt slike kvalifiserte mangler at det kunne gi grunnlag for å fravike dette utgangspunktet. Det var heller ingen rimelig grunn for å skille mellom investeringer finansiert av banken kontra investeringer finansiert på annen måte. Videre mente flertallet at vederlaget for lånekostnadene i realiteten var vederlag for avkast-

⁶⁰ Rt 2012 s. 355

ningselementet, men dette medførte ikke at avtalen ble rammet av avtaleloven § 36 fordi vederlaget ikke var satt så høyt at det ble sett på som urimelig.

Høyesterett anførte i punkt 55 «at ikke enhver skjevhet i et avtaleforhold medfører lempingsadgang etter bestemmelsen», jf. Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 30⁶¹, hvor det heter:

«Selv uten noe tilleggsvilkår i lovteksten, er det på det rene at domstolene vil stille visse krav før avtalevilkår blir satt til side som urimelige. Slik tilsidesettelse vil neppe skje uten at domstolene finner urimeligheten klart eller tydelig påvist. Det ligger også i formuleringen «urimelig» at et vilkår må være positivt urimelig for at det skal kunne lempes; det er selvfølgelig ikke nok at det kan tenkes rimeligere løsninger. «Urimelig» må oppfattes som et i seg selv ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope. En formulering om «klart» urimelig i selve lovteksten, vil imidlertid lett virke som et ytterligere krav om kvalifisert urimelighet (ikke bare om tydelig eller utvilsom urimelighet), som man altså ikke finner ønskelig».

Høyesterett oppsummerte at det er de klare, det vil si de tydelige urimeligheter, som med hjemmel i Avtaleloven § 36 kan sensureres. Høyesterett viste videre til forarbeidene til avtaleloven § 36 Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 30⁶² uttrykker at det avgjørende er «om vilkåret i det konkrete tilfelle er så urimelig at dommeren ikke finner å kunne opprettholde det uforandret.» Sentralt i vurderingen blir derfor avtaleforholdets egenart.

For å vurdere om en pris er urimelig høy etter avtaleloven § 36 ble det tatt utgangspunkt i forholdet mellom ytelse og motytelse. Ifølge forarbeidene til avtaleloven § 36 Ot.prp.nr. 5 (1982 – 1983)⁶³ skjer sammenligningen der ytelsen har en markedspris mellom denne og den avtalte pris. Høyesterett vurderte om lånene til Halvor og Harald Lognvik hadde en urimelig pris. De mente at lånet hadde «en rente som svarte til første prioritets boliglån innenfor 80 prosents sikkerhet. Dette kan ikke karakteriseres som spesielt høyt. Heller ikke gebyrene knyttet til dette lånet var spesielt høye.» Høyesteretts kom frem til under dissens at anførselen om opplysningssvikt ikke førte frem.

⁶¹ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 30

⁶² Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 30

⁶³ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) side 30

Dommen viser her at tilblivelsesmangler og opplysningssvikt ikke kunne legges til grunn som lempningsgrunn for å tilsidesette eller endre avtalen. Jeg mener at Høyesterett her foretar en meget streng urimelighetsvurdering og legger terskelen for høyt når det gjelder urimelighets-sensuren. Høyesterett tar heller ikke hensyn til at Lognvik som forbruker kan ha rettigheter som gir forbrukerbeskyttelse.⁶⁴

I Rt 2012 s. 1926⁶⁵ (Fokus Bank) var det «Senior Bank Loan Linked Note 1 2007-2010» som ble tilbudt til et utvalg av Fokus Bank sine privatkunder. Notene gjaldt andeler i fond som inneholdt andeler i amerikanske syndikerte banklån som var utstedt av finansinstitusjonen ING. Det var Fokus Bank som hadde videresolgt noter til sine kunder, som de først hadde kjøpt av ING. Det var en betingelse at utsteder kunne innløse noten dersom verdien av noten falt under 20 % av utstedelseskursen. Notene ble terminert i 2009 og kursen var 12,4 % ved innløsning. Dette førte til at 21 investorer reiste erstatningssak mot Fokus Bank. På spørsmålet om kundene hadde mottatt tilstrekkelig informasjon, så kom Høyesterett frem til at banken ikke kunne bebreides for opplysningssvikt og at kundene hadde fått opplysning om risikoen for terminering grunnet verdifall jf. Verdipapirhandelloven 1997 § 9.2 første og andre ledd.

Høyesterett la vekt på betydningen av at en så ekstrem og ekstraordinær hendelse som finans-krisen var, så kunne ikke banken bebreides for ikke ha omtalt konsekvensene av en slik hendelse i notene.

Denne dommen viser at det ikke var grunnlag for lemping på grunn av tilblivelsesmangler. Kundene hadde fått informasjon om at hele investeringen kunne gå tapt, slik at investorene burde forstått at en likviditetskrise i markedet kunne gi risiko for en slik utvikling. Dommens resultat og begrunnelse er etter min mening riktig.⁶⁶

⁶⁴ Dette syn støttes også av Geir Woxholth, Jussens Venner 2013 s. 268 - (JV-2013-259)

⁶⁵ Rt 2012 s. 1926

⁶⁶ Dette støttes også av Geir Woxholth, Jussens Venner 2013 s. 270 - (JV-2013-259)

3.3.3 Avtaleloven §36 som revisjonsgrunnlag på et konkret eksempel

3.3.3.1 Innledning

Jeg vil her drøfte om avtaleloven § 36 er relevant og om den kan anvendes som rettslig grunnlag for å kreve kontraktsrevisjon på et konkret eksempel. En konklusjon vil alltid bero på en helhetsvurdering av de momentene som avtaleloven § 36 gir anvisning på. Jeg vil likevel dele opp vurderingen i punkter som omhandler de ulike momentene avtaleloven § 36 annet ledd oppgir som relevante. Selv om dette vanligvis ikke gjøres i rettspraksis, har jeg valgt en slik inndeling av pedagogiske årsaker.

Jeg viser til fakta i det konkrete eksempelet som er omtalt i kapittel 1. Punkt 1.1. Problemstillingen er om byggmester har noen muligheter for å få en kontraktsrevisjon med banken, der formålet er å komme seg ut av kontrakten eller om det er noen muligheter for å endre deler av kontrakten.

Avtaleloven § 36 som nevnt som følger:

«En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.

Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

Reglene i første og annet ledd gjelder tilsvarende når det ville virke urimelig å gjøre gjeldende handelsbruk eller annen kontraktrettslig sedvane.»

Som nevnt innledningsvis er en naturlig språklig forståelse av ordlyden i avtaleloven § 36 et uttrykk for konkret og relativ rimelighetsstandard, som tar for seg lempning av både urimelige

avtaler og avtaler som strider mot god forretningsskikk.⁶⁷ Det er derfor rimeligheten av den enkelte avtalen og den enkelte avtalens vilkår som skal vurderes.⁶⁸

I forarbeidene til avtaleloven § 36⁶⁹ står det at uttrykket «urimelig» må oppfattes som et «... ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope». Et avtalevilkår «... må være positivt urimelig for at det skal kunne lempes; det er selvfølgelig ikke nok at det kan tenkes rimeligere løsninger».

I det konkrete eksempelet må vi foreta en konkret rimelighetsvurdering av hvorvidt et eller flere forhold samlet sett medfører at avtalen er urimelig. Vi foretar en helhetsvurdering ved å vurdere rimeligheten av avtalens innhold, partenes stilling, forholdene ved avtalens inngåelse og senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.⁷⁰ Det skal mye til for å påberope seg lempningsregelen om urimelighet. Spørsmålet blir hvor mye som skal til for å få gjennomslag for en kontraktsrevisjon. Rettspraksis viser at terskelen for å justere kroneverdi er høy og settes strengt.

Jeg viser til plenumsdommene av 24. mars 1988, Rt 1988 s.276⁷¹ og Rt 1988 s.295,⁷² der kroneverdien målt etter konsumprisindeksen var sunket til ca. 4 prosent i den første saken og ca. 15 prosent i den andre. Førstvoterende i Rt 1988 s. 295⁷³ uttalte at det ikke lot seg gjøre å gi en reell anvisning av verdiendring som kunne gi grunnlag for regulering. Han uttalte videre «Det må foretas en vurdering hvor også andre momenter, så som tidspunktet for og forholdene ved kontraktsinngåelsen, spiller inn.» Han anførte så at den foreliggende sak «neppe markerer en yttergrense for tilfelle hvor regulering må godtas». Dommen viser at man ikke bare skal legge vekt på fallet i kroneverdien for å avgjøre rimelighet, men også andre faktorer må vektlegges. Det må vurderes om avtalen var urimelig ved avtaleinngåelsen. Vi vil derfor i det konkrete eksempelet vurdere rimelighet basert på kravet til god forretningsskikk for å

⁶⁷ Woxholth (JV-2013-259) s. 265

⁶⁸ Woxholth (JV-2013-259) s. 265

⁶⁹ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 30

⁷⁰ Woxholth (JV-2013-259) s. 265 Som en målestokk kan det brukes deklatorisk bakgrunnsrett, avtalepraksis eller markedspris, jf. Giertsen (2014) s. 244

⁷¹ Rt 1988 s.276

⁷² Rt 1988 s.295

⁷³ Rt 1988 s. 295

fastsette terskelen for rimelighet. I mitt konkrete eksempel, som gjelder salg av finansielle instrumenter til en profesjonell part, vil jeg bruke avtaleloven § 36 som rettslig grunnlag.

3.3.3.2 *Avtalens innhold*

Vi skal foreta en helhetsvurdering for å finne ut om avtaleloven § 36 gir grunnlag for kontraktsrevisjon i det enkelte tilfelle, og jeg deler kun inn de enkelte momentene av pedagogiske årsaker. Vi ser først på avtalens innhold. Deretter skal vi foreta en skjønnsmessig totalvurdering der vi også tar hensyn til andre omstendigheter. Vi skal nå foreta en vurdering av avtalens innhold ved avtaleinngåelsen.

Avtalen mellom byggmester og banken var basert på standard vilkår for profesjonelle parter som inngår valutalån. Banken gjennomgikk nøye standardvilkårene for valutalånsavtalen med byggmester. Avtalen hadde ingen klausul som beskrev muligheter for kontraktsrevisjon. Avtalens innhold ved avtale inngåelsen trekker i retning av å kunne tolkes som rimelig.

Spørsmålet er om avtalens innhold i ettertid har medført en betydelig skjevhet i de rettigheter og plikter som følger av avtalen for partene. I dette tilfelle er spørsmålet om valutasvingningene har gjort avtalen urimelig. Det er på det rene at byggmester har inngått et valutalån med banken i CHF som er en såkalt fremmed valuta. Valutalånet er en langsiktig investering, som skal tilbakebetales i fremmed valuta. Dette tyder på at det er inngått en langsiktig avtale, mellom byggmester og banken. Når det gjelder kursforholdet mellom NOK og CHF så kan kursutviklingen endre seg meget sterkt over tid.

Banken vil i utgangspunktet ikke ta noen konsekvenser av valutasvingningene, fordi vi har det nominalistiske prinsipp i norsk rett. Prinsippet går ut på at «en krone er en krone».⁷⁴ Det betyr at avtalen i utgangspunktet skal oppfylles etter det avtalte kronebeløpet, selv om kronens verdi har steget eller synket i tiden fra avtaleinngåelsen til avtalen skal oppfylles. Situasjonen er annerledes for byggmester der kraftige valutasvingninger har gitt avtalens innhold i ettertid en forandret og tyngende karakter, enn avtalens innhold var ved avtaleinngåelsen. Årsaken er at valutasvingningene har ført til at det har blitt økonomisk mer byrdefullt for byggmester å oppfylle avtalen. Dette kan tale for at det har blitt en skjevhet mellom partene i de rettigheter

⁷⁴ Bergsåker (2011) s. 284

og plikter som følger av avtalen. Dette trekker i retning av at endrede forhold ved store valutasingninger kan gjøre avtalen innhold urimelig.

Nærliggende forhold støttes av Carsten Smith som har gitt følgende kommentar til plenumsdommene 24. mars 1988, Rt 1988 s. 276⁷⁵ og Rt 1988 s. 295⁷⁶ «Prinsipielt sett bør også den internasjonale verdi omfattes når kontrakter er inngått i fremmed valuta. De sterke valutariske endringene i 1971-73 ville muligens ha blitt bedømt annerledes i dag etter plenumsdommene, og i særlige tilfelle gitt grunnlag for kontraktsrevisjon, spesielt ved langsiktige dollarkontrakter inngått før de to dollardevalueringer. ...Det er imidlertid trolig å gå for langt helt å utelukke rimelighetsjustering selv i denne sektor. Spørsmålet vil kunne tenkes å melde seg ved langsiktige avtaler, som agentur- og forhandleravtaler, der vederlaget er stipulert i fremmed valuta, og der kursforholdet mellom norske kroner og kontraktsvalutaen over tid endrer seg meget sterkt.»⁷⁷

Dersom situasjonen var slik at byggmester søkte valutalån som en forbruker, ville vi måtte tolke avtaleloven § 36 i lys av EU Direktiv 93/13/EØS78 om urimelige vilkår i forbrukeravtaler. Forbrukeravtaledirektivet 1993/13 er gjennomført i norsk rett i 1995 ved avtaleloven § 36 med tilpasninger i avtaleloven § 37. Avtaleloven § 36 skal tolkes i lys av direktivet fordi EØS avtalen forplikter norske domstoler i til å gi forbrukerne det vern som direktivet påbyr.⁷⁹ Det betyr at terskelen eller den såkalte målestokken for å konstatere urimelighet ikke kan settes høyere enn etter direktivet. Direktivets formål er å tilnærme medlemsstaters lover om urimelige vilkår i avtaler som inngås mellom næringsdrivende og forbruker. Begrunnelsen for direktivet er å fremme forbrukervernet og markedsrettlig effektivisering av det indre markedet.⁸⁰

Direktivet gjelder for avtaler som ikke er individuelt forhandlet og gjelder i tilfeller der forbrukeren ikke har kunnet påvirke avtalens innhold, typisk ved standardvilkår. I slike tilfeller er ikke avtalefriheten reell, så lenge forbrukeren ikke har hatt anledning til å påvirke avtalens innhold. Målsetting med direktivet er å utjevne skjeve styrkeforhold og sette urimelige vilkår til side.⁸¹ Direktivet er et minimumsdirektiv som betyr at EU og EØS landene kan gi forbrukerne større vern enn det direktivet krever. Direktivets artikkel 3 nr. 1 beskriver at en kontraktbestemmelse som ikke har blitt individuelt forhandlet skal «anses som urimelig dersom det til tross for kravet om god tro, medfører en betydelig skjevhet i de rettigheter og plikter partene har i henhold til avtalen, til skade for forbrukeren.»⁸² Jeg viser til Rt 2013 s. 388 (61) ⁸³ der høyesterett mener direktivet uttrykker «...et generelt syn om at forbrukere i møte med profesjonelle aktører har et særlig vern.

⁷⁵ Rt 1988 s. 276

⁷⁶ Rt 1988 s. 295

⁷⁷ Smith, Carsten, (FEST-1989-as-287) s. 301

⁷⁸ EU Direktiv 93/13/EØS

⁷⁹ Giertsen (2014) s. 206

⁸⁰ Giertsen (2014) s. 207

⁸¹ Giertsen (2014) s. 208

⁸² Giertsen (2014) s. 208

⁸³ Rt 2013 s. 388 (61)

Den betydelige tyngde forbrukerperspektivet har fått, må reflekteres i den konkrete rimelighetsvurderingen.» Nyere høyesterettspraksis der EU Direktiv 93/13/EØS om urimelige vilkår i forbrukeravtaler ble lagt til grunn er Rt 2013 s. 388 Røeggen. Her besluttet Høyesterett at det ikke var grunnlag for å sette avtalen til side alene ut fra innholdet, men at de også ville legge vekt på misvisende opplysninger om vesentlige parametere sammen med bankens ensidige bilde av fortjenestemulighetene ga et fortegnnet bilde av utsiktene til fortjeneste.

I Norge har vi avtaleloven § 36 som inneholder en urimelighetsterskel som dekker flere avtaler enn direktivet beskriver. Avtaleloven gir blant annet hjemmel for også å sensurere priser og avtaler mellom profesjonelle parter.

3.3.3.3 *Partenes stilling*

Når det gjelder partenes stilling er det på det rene at både byggmester og banken er to profesjonelle parter. Forarbeidene til avtaleloven § 36 opplyser at det ved en urimelighetsvurdering skal det tas hensyn til partenes stilling. Forarbeidene viser at de forhold som skal vektlegges er bl.a. der den ene avtaleparten kan anses som underlegen.

I et kontraktsforhold blir en forbruker ofte ansett som underlegen i forhold til en næringsdrivende. Andre forhold som skal vektlegges er hvem av partene som har utarbeidet kontrakten, og dersom det er benyttet standardkontrakt av en av partene, vil dette normalt styrke hans stilling. Man skal også ta hensyn til alder, innsikt, erfaring og andre subjektive forhold.⁸⁴

Ser vi nærmere på forholdet mellom byggmester og banken, så må vi spørre oss hvilken kompetanse partene har. Spørsmålet er om byggmester er underlegen når det gjelder kompetanse om finansmarkedet i forholdet til banken. Byggmester opererer som en profesjonell part, men han arbeider i en helt annen bransje enn banken. Dette taler for at byggmester i forhold til banken er underlegen kompetansemessig. Dette trekker i retning av at byggmester er i en svakere stilling enn banken når det gjelder å vurdere om godheten av avtalen om valutalånet.

Det er på det rene at flere dommer har ført frem i Høyesterett der krav etter avtaleloven § 36 om skjevhet i styrkeforholdet mellom partene har vært med i begrunnelsen for resultatet. Jeg viser til Rt 2013 s. 388⁸⁵ Røeggen som gjaldt aksjeindeksobligasjoner, som var et sammensatte spare- eller investeringsprodukt. Førstvoterende la vekt på at det var balansen i avtaleforholdet fikk betydning for informasjonsplikten banken hadde overfor forbrukeren. Etter min me-

⁸⁴ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) 5.3 2. ledd

⁸⁵ Rt 2013 s. 388

ning viser dommen at Røeggen sin underlegne stilling i forhold til DNB ble tillagt avgjørende vekt.⁸⁶

I Rt 2014 s. 351⁸⁷ var partene et kraftselskap som i 2005 inngikk avtale om planlegging og utbygging av vannfall med en grunneier. Det viste seg at fallrettighetene allerede var ervervet av kraftselskapets forgjenger i 1935. Dersom kraftselskapet besluttet en utbygging, var det avtalt å inngå en ny leieavtale som gikk ut på at leie av fallrettigheter for 50 år som skulle løpende godtgjøres med 50 % av overskuddet av kraftproduksjonen. Grunneier krevde at partene skulle inngå ny avtale, men kravet førte ikke frem. Begrunnelsen var at grunneieren uten noen form for motytelser, ville få 50 % av overskuddet. Forholdet gjaldt en ikke profesjonell part og en næringsdrivende som krevde kontraktsrevisjon. Førstvoterende viste til at terskelen for lemping var høy og at det var bare de helt klare urimeligheter som rammes.⁸⁸

Det krevdes spesielt mye for avtaler mellom næringsdrivende. Karakteristikken «kvalifisert urimelig» kan angi grensen. Målet med en revisjon var ikke å oppnå et mest mulig balansert avtaleforhold, men var begrenset til det som var nødvendig for å avbøte den kvalifiserte urimeligheten.⁸⁹ Førstvoterende mente at selv om partenes stilling dreide seg om en næringsdrivende som sto overfor en ikke-profesjonell part, så måtte kravet til revisjon stilles særlig strengt. Avtalens gjennomføring måtte fremstå som «kvalifisert urimelig.»

Denne dommen viser at partenes stilling ikke ble tillagt noe særlig vekt og at terskelen ble lagt høyt ved å bruke begrepet «kvalifisert urimelig.»

Videre har banken benyttet seg av standardkontrakt for valutalån. Dette betyr at byggmester ikke har hatt noen mulighet til å påvirke innholdet i avtalen. Standardkontrakten er i helhet utarbeidet av bankbransjen. Dette taler for at banken har en styrket stilling overfor byggmester.

⁸⁶ Dette støttes også av Geir Woxholt, Jussens Venner 2013 s. 279

⁸⁷ Rt 2014 s. 351

⁸⁸ Rt 2012 s. 1537 avsnitt 46

⁸⁹ Rt 2003 s. 1132 avsnitt 46

Jeg viser til Rt 2013 s. 388⁹⁰ der Høyesterett la vekt på partenes skjeve styrkeforhold. Ved rimelighetsvurderingen viste Høyesterett til «partenes stilling» og at dette momentet «vil ... stå sentralt» i avtaler «mellom næringsdrivende og en forbruker»⁹¹

Oppsummerer vi partenes stilling så er begge parter profesjonelle næringsdrivende, selv om det kan vise seg å være en viss skjevhet i styrkeforholdet mellom byggmester og banken. Dette taler for at Byggmester ikke kan betegnes som den svake part i partenes stilling og trekker derfor i retning av at momentet partenes stilling ikke kan gi et grunnlag for å kreve kontraktsrevisjon.

Saken hadde stilt seg annerledes, dersom byggmester hadde opptrådd som forbruker og inngått avtale med banken og avtalen bygget på bankens standard vilkår. I en slik situasjon, er sannsynligheten større for at byggmester ville fått betegnelsen; den svake part, som kunne gi et bedre grunnlag for å kreve kontraktsrevisjon.

3.3.3.4 *Forhold ved avtalens inngåelse*

Går vi videre og vurderer forholdene ved avtalens inngåelse jf. avtaleloven § 36 andre avsnitt, så stiller loven et krav til at kvaliteten ved avtaleinngåelsen skal vektlegges i en rimelighetsvurdering.⁹² Det taler for at en høy kvalitet på avtaleinngåelsen kan vektlegges i en vurdering om avtalen skal opprettholdes, selv om innholdet er ubalansert. Er kvaliteten derimot lite betryggende ved avtaleinngåelse, taler dette for en lemping av avtalen.⁹³

Spørsmålet blir derfor hvordan forholdene mellom byggmester og banken var ved avtalens inngåelse. For å avgjøre dette, må vi se på hvor god avtalekvaliteten var ved avtaleinngåelsen. Det er på det rene at byggmester oppsøkte banken for å søke om valutalån for eienomsutvikling. Han var i utgangspunktet innstilt at banken ville gi han gode råd om hvilken valuta han burde ta opp lån i, dersom han fikk innvilget lånet. Bankens rådgiver foreslo at han skulle satse på valutalån i CHF. Dette viser at byggmester la stor vekt på bankens råd da han valgte å ta opp valutalån i CHF.

⁹⁰ Rt 2013 s. 388

⁹¹ Giertsen (2014)

⁹² Verdipapirhandelloven Lov-2007-06-29-75 heretter kalt vphl. har krav til verdipapirforetakenes opptreden overfor sine kunder samt krav til opplysningsplikt og til ivaretagelse av kundes interesser.

⁹³ Giertsen (2014) s. 233

Vi kan ta i betraktning om bankens rådgiver har vist tilbørlig aktsomhet og sikret at informasjonen som ble presentert var korrekt. Verdipapirhandelloven § 3-10 som har regler om investeringsanbefalinger. Banken anbefalte at CHF var en gunstig valuta for valutalån, men banken unnlot å synliggjøre den risiko for verditap en valutasvingning ville få for byggmester. Dette trekker i retning av at byggmester ble overbeviste om at et valutalån i CHF var en god investering. Dette kan tale for at det var kvalitetsmangler ved avtaleinngåelse og kan bety et brudd på god forretningsskikk.

Har avtalen mellom byggmester og banken momenter av spekulasjon i seg? I forarbeidene til avtaleloven står det at «...dersom det ved avtalens inngåelse er meget usikkert om fremtiden, slik at avtalen har momenter av «spekulasjon» fra begge parter side, vil dette tale imot lempning/endring. Avtaler i normale forretningsforhold hvor forutberegnelighet er viktig vil også vanskeligere kunne lempes pga. endrede forhold enn eksempelvis avtaler i forbrukerforhold.»⁹⁴ Forarbeidene viser at terskelen for lemping settes høyere i normale forretningsforhold enn for avtaler i forbrukerforhold.

Det er på det rene at et valutalån er en finansiering som kan sees på som en form for spekulasjon. Dersom valutaen man låner i f.eks. CHF synker i forhold til NOK, så vil låneverdien også synke som resulterer i en fortjeneste. Dersom valutaen stiger i forhold til NOK, vil låneverdien øke og resultere i et tap. Det konkrete eksempelet viser at valutalånet økte med hele NOK 4,5 millioner på en måned, fra den opprinnelige låneverdi NOK 15 millioner til NOK 19,5 millioner som betyr at byggmester har tapt NOK 4,5 millioner på en måned.

Vi må derfor vurdere om byggmester tok opp valutalån som en ren spekulasjon. Byggmester målsetting med å ta opp valutalån var å finansiere sitt eiendomsutviklingsprosjekt. Det ser derfor ut til at byggmesters intensjon med valutalånet ikke kan karakteriseres som en ren spekulasjon. Byggmester tok selv kontakt med banken og hadde en intensjon om å få innvilget et valutalån og banken foreslo valutalån i CHF. Rettspraksis jf. Rt 2013 s. 388 avsnitt 125⁹⁵ viser at Høyesterett la vekt på at det «var banken som tok kontakt med [Røeggen] og foreslo investering i produktene».

⁹⁴ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 34

⁹⁵ Rt 2013 s. 388 avsnitt 125

For å vurdere om banken har gitt riktig, nøktern og realistisk informasjon til byggmester, kan det se ut som at banken har gitt et ensidig bilde av valutalån og utsiktene til fortjeneste. Dette taler for at banken kan ha brutt prinsippet om nøktern informasjon til byggmester. Kravet om realistisk informasjon, betyr at banken må opplyse om risikoen for et mulig tap eller en mulig gevinst og at denne informasjonen om risikoen ikke må underslås.⁹⁶ Banken unnlot å opplyse byggmester om et mulig tap grunnet valutasvingninger. Dette taler for at banken har brutt kravet om å gi riktig, nøktern og realistisk informasjon til byggmester.

Når det gjelder kravet til nøktern informasjon anføres det at opplysningene må være balanserte. I avsnitt 129 står det at «...bankens ensidige bilde ... [ga] i sum et fortegnnet bilde av utsiktene til fortjeneste». ⁹⁷ I Rt 2013 s. 388 avsnitt 128⁹⁸ la Høyesterett vekt på at småsparere og investorer har krav på «riktig, nøktern og realistisk» informasjon fra sine bankforbindelser. I dommen fremhevet Høyesterett at kravet til riktig informasjon var gitt med bakgrunn i bankens «villedende» informasjon om virkningene av at Røeggen lånefinansierte investeringen.

I tillegg til kravet om riktig, nøktern og realistisk informasjon krevde Høyesterett i Rt 2013 s. 388 avsnitt 125⁹⁹ at banken ved «salg av risikopregede og komplekse produkter til ikke-profesjonelle investorer» må «forsikre seg om at kunden forstår innholdet i den handelen han begir seg inn på».

Dommen viser med dette at forbrukervernet ble tillagt stor vekt av en enstemmig Høyesterett i storkammer i Rt 2013 s. 388.¹⁰⁰ I det konkrete eksempelet, dreier det seg om to profesjonelle parter og terskelen for lempning av avtalen settes er derfor høyere for profesjonelle parter enn for forbrukere. Dette kom frem i Rt 2003 s. 1132 avsnitt 46¹⁰¹ Fornebudommen som var en tvist mellom profesjonelle aktører « det kreves ... svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter mellom profesjonelle parter.» Jeg viser også til Sme-
stad dommen som gjaldt to profesjonelle parter i Rt 2012 s. 1537 avsnitt 46¹⁰² der Høyesterett

⁹⁶ Giertsen (2014) s. 242

⁹⁷ Rt 2013 s. 388 avsnitt 129

⁹⁸ Rt 2013 s. 388 avsnitt 128

⁹⁹ Rt 2013 s. 388 avsnitt 125

¹⁰⁰ Giertsen (2014) s. 242

¹⁰¹ Rt 2003 s. 1132 avsnitt 46

¹⁰² Rt 2012 s. 1537 avsnitt 46

uttalte « terskelen for lemping er høy – det er de helt klare urimeligheter som rammes. For avtaler mellom næringsdrivende kreves spesielt mye».

Vi kan allikevel stille spørsmålet om banken forsikret seg om at byggmester forsto innholdet i den handelen han begikk seg inn på, som var å ta opp valutalån på NOK 15 millioner i CHF. Fordi byggmester kun fikk forevist fortjenestemulighetene ved å ta opp et valutalån, tyder dette på at banken ikke har forsikret seg om at byggmester forsto hva han begikk seg ut på. Dette taler for at banken har opptrådt i strid med forbrukervernet. Byggmester var derimot ikke beskyttet av forbrukervernet, fordi han opptrådte som en profesjonell part.

Det som taler for at forhold ved avtalens inngåelse ikke tilsier en tilsidesettelse, er at byggmester var klar over at det var en viss risiko forbundet med lån i valuta. At valutakursene svinger er et naturlig vurderingsmoment å ta hensyn til når man velger å ta opp valutalån.

Vi kan derfor legge vekt på dette i vurderingen om hvor stor betydning det ville hatt for avtaleinngåelsen om valutalån at byggmester hadde fått opplysninger fra banken om risiko ved valutalån og risiko for eventuelle valutasingninger. Det er en stor sannsynlighet for at byggmester ville inngått en avtale om valutalån med banken, selv om han hadde fått veiledning om risiko ved valutalån. Forholdene ved avtalen inngåelse isolert trekker i retning av at byggmester ikke kan kreve kontraktsrevisjon.

3.3.3.5 *Senere inntrådte forhold*

Hva menes så med momentet «senere inntrådte forhold» som avtaleloven § 36 anfører at man skal legge vekt på i urimelighetsvurderingen? «Senere inntrådte forhold» er forhold som inntreffer etter at avtalen er inngått, dvs. etterfølgende forhold. Det er helt på det rene at svingninger i valutaen utgjør et relevant endret forhold. Spørsmålet er om vi kan påberope oss kontraktsrevisjon basert på at valutasingningen var urimelig på grunn av endrede forhold etter avtalens inngåelse.¹⁰³

¹⁰³ Giertsen (2014) s. 256

Har endrede forhold etter avtaleinngåelsen påvirket byggmester sin evne til å oppfylle avtalen samt sine forpliktelser forbundet med avtalen?¹⁰⁴ Det er på det rene at de senere inntrådte forhold har ført til valutalånet har blitt vesentlig dyrere å betjene, som igjen kan føre til at byggmester vil få betalingsproblemer.¹⁰⁵ Når utviklingen tar en annen retning enn det byggmester har forutsatt, blir spørsmålet om byggmester vil få noen mulighet til å tilsidesette avtalen eller endre den.

Har valutasvingningene den siste tiden gitt uforutsette endringer av temmelig ekstraordinær og massiv art? Det er på det rene at valutalånet har økt vesentlig grunnet fall i kroneverdien og store valutasvingninger. Valutalånet som byggmester tok opp har økt med hele 30 % på en måned. Dette taler for at situasjonen har gitt uforutsette endringer av temmelig ekstraordinær og massiv art som kan gi adgang til en kontraktsrevisjon ved å bringe avtalen til opphør eller endre den.

Dette finner jeg støtte for i forarbeidene til avtaleloven som anfører at det skal mye til for at avtalevilkår skal kunne settes til side grunnet en senere utvikling. Videre nevnes det at en eventuell lemping av pris må begrunnes i at prisutviklingen må ha gitt «uforutsette endringer av temmelig ekstraordinær og massiv art»¹⁰⁶ og at «...endrede forhold etter at kontrakt er inngått bør være adgang til ...å bringe avtalen til opphør eller endre den. .. grunn til å utvise forsiktighet... forholdene utvikler seg vesentlig anderledes enn antatt ved avtalens inngåelse.»¹⁰⁷

Det kan sondres om hvilket tidspunkt (doms- eller kravstiden) en urimelighetsvurdering for endrede forhold skal knyttes til. Jeg viser til rettspraksis der tidspunktet som urimelighetsvurderingen skulle knyttes til, ble satt til domstidspunktet i begge plenumsdommene Rt 1988 s. 276¹⁰⁸ Røstad og Rt 1988 s. 295¹⁰⁹ Skjelsvik. Høyesterett sammenlignet kroneverdien på avtalens inngåelse mot kroneverdien på domstidspunktet, og slo fast at det forelå urimelighet ved senere inntrådte forhold, det vil si langvarig inflasjon. I plenumsdommene var forholdene

¹⁰⁴ Giertsen (2014) s. 256

¹⁰⁵ Giertsen (2014) s. 256

¹⁰⁶ Ot.prp.nr. 5 (1982-1983) s.35

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 34

¹⁰⁸ Rt 1988 s. 276

¹⁰⁹ Rt 1988 s. 295

ved avtaleinngåelse rimelig, men utviklet seg over tid til å bli urimelig på grunnlag av senere inntrådte forhold.

Sammenligner vi plenumsdommene med det konkrete eksempelet, så kan kroneverdien og valutakursen på valutalånet ved avtalens inngåelse betegnes som rimelig. Det betyr at forholdene på avtaletidspunktet kan betegnes som rimelig, men forhold som har oppstått etter at avtalen ble inngått, de kraftige valutasingninger som kan tale for at avtalen er urimelig. Dommen har derfor en overføringsverdi til vårt konkrete eksempel, fordi vesentlig fall i kroneverdien, vil i visse tilfeller kunne lempes ved en kontraktsrevisjon.

Det har vist seg at valutasingningene var en negativ markedsutvikling, dvs. at valutamarke- det har utviklet seg i negativ retning, i forhold til avtalen. Dette er også grunnen til at valuta- lånet har blitt vesentlig dyrere å betjene for byggmester. Forarbeidene til avtaleloven § 36 og rettspraksis anfører i avtaler vedrørende finansielle instrumenter at er det lite sannsynlig at man kan få til en kontraktsrevisjon basert på etterfølgende forhold. Spekulative avtaler og negativ markedsutvikling som gjør at investor taper penger, kan neppe være grunnlag for kontraktsrevisjon.¹¹⁰ Overføringsverdien av forarbeidene trekker derfor i retning av at det neppe er grunnlag for kontraktsrevisjon. Forarbeidene er derimot nærmere 30 år gamle og rettsutviklingen hatt gått sin gang. Jeg mener derfor at det bør legges mer vekt på rettspraksis fra avtaleloven § 36 enn fra forarbeidene til avtaleloven § 36.

Vi kan så stille spørsmål om valutalånet inneholdt elementer av spekulasjon eller risiko. Det ligger i sakens natur at det er en viss risiko forbundet med å ta opp valutalån på NOK 15 millioner i fremmed valuta. Byggmester søkte om et valutalån som skulle benyttes til eiendoms- utvikling. Dette tyder på at byggmester hadde gjort seg kjent med de helt grunnleggende for- hold knyttet til valutalån og gjort seg kjent med at valutalån innebar en risikoen for valutasingninger i positiv og negativ retning.

Dette taler for at byggmester selv må bære risikoen for egne forventninger om markedsutvik- lingen og lignende antagelser om fremtiden og trekker i retning av at det ikke er grunnlag for en kontraktsrevisjon basert på senere inntrådte forhold.

¹¹⁰ Kjørven (2012) idunn.no, Lov og Rett, 2012, nr. 7, s. 389

Dette synet støttes av rettspraksis Rt 2013 s.388(55)¹¹¹ Røeggen «Avtaler som inneholder elementer av spekulasjon eller risiko, kan ikke settes til side alene av den grunn at risikoen slår til. En investor må selv bære risikoen for egne forventninger om markedsutviklingen og lignende antagelser om fremtiden, så langt disse ikke er basert på villedende informasjon fra motparten. Og det må videre kunne legges til grunn at investor er kjent med helt grunnleggende forhold knyttet til investeringer, jf. Fokus Bank-dommen, Rt 2012 s. 1926, avsnitt 58 til 60.»¹¹²

3.3.3.6 Omstendighetene for øvrig

Vi kan nå ta alle andre relevante momenter med i rimelighetsvurderingen, for å drøfte omstendighetene for øvrig. I forhold til de øvrige vurderingsfaktorene som drøftet tidligere så er grensen uskarp mellom omstendighetene for øvrig og f.eks. partenes stilling eller forholdene ved avtaleinngåelsen.¹¹³ Bestemmelsen om å legge vekt på omstendighetene for øvrig i avtaleloven § 36 annet ledd, innebærer språklig sett en vag formulering og legger opp til at domstolene benytter et «juridisk skjønn» for å avgjøre hvilke momenter som det skal legges vekt på.¹¹⁴

Spørsmål om hvilket rettsområde avtalen gjelder for, er relevante momenter som Høyesterett har lagt vekt på i rettspraksis. Rettsområde innenfor arbeidsavtaler og husleieavtaler er områder som i stor grad reguleres av preseptoriske regler og en revisjon av avtaler går oftere i favør av arbeidstaker eller leietaker, enn om det dreide seg om profesjonelle forretningsavtaler. Jeg viser til Periscopus dommen Rt 1990 s. 500 s. 509¹¹⁵ der førstvoterende la vekt på «at det er tale om bestemmelser i husleiekontrakter» og for lemping av en husleiekontrakt til ugunst for leietakeren, skulle det mye til å lempe i leietakerens disfavør.¹¹⁶

Av omstendigheter for øvrig kan det være at avtalen er skrevet på et fremmed språk, f.eks. engelsk. Det er vanlig kontraktspraksis at kontrakter i forbrukerforhold blir skrevet på for-

¹¹¹ Rt 2013 s.388 avsnitt 55

¹¹² Rt 2012 s. 1926, avsnitt 58 til 60.

¹¹³ Hov, Høgberg (2009) s. 421

¹¹⁴ Selvig, Knoph (2011) s. 266

¹¹⁵ Rt 1990 s. 500 s. 509

¹¹⁶ Hov, Høgberg (2009) s. 303

brukerens eget språk. Kontraktsvilkår som er skrevet med liten skrift, kan også være omstendigheter som bør tas med i rimelighetsvurderingen.¹¹⁷

Momenter som partenes opptreden er relevant å ta med i rimelighetsvurderingen. Det kan dreie seg om klanderverdige forhold som må legges til grunn eller at en part opptreer illojalt i et avtaleforhold. I rimelighetsvurderingen er dette momenter som kan tale for eller mot en lempning etter §36.¹¹⁸ Dersom en parts klanderverdige eller illojale opptreden er årsaken til negative rettsvirkninger for kontrakten, så taler dette mot en lempning etter § 36 og parten vinner ikke frem med et krav om en kontraktsrevisjon.¹¹⁹

Momenter som en parts avvisende holdning til å finne løsninger i forhandlinger, og som senere krever en kontraktsrevisjon, kan vektlegges i en rimelighetsvurdering for å gjøre bruk av lempningsregelen avtaleloven § 36.¹²⁰ Jeg viser til Rt 1990 s. 284 (s.296)¹²¹ der et flertall i Høyesterett anførte: «Når jeg likevel ikke finner det i strid med avtalelovens §36 her å fastsette vederlaget ut over tomteprisnivået pr. september 1987, skyldes dette at festerne allerede i 1983 ble forespurt om de ville innløse tomtene. Bortfesterne har også senere kommet med flere forgjeves utspill for å få til en minnelig ordning.» Dommen viser at en parts avvisende holdninger i forhandlinger kan få betydning for domsresultatet ved en senere konflikt og at den avvisende holdningen til å finne rimelige løsninger vil bli lagt vekt på i en urimelighetsvurdering.

Nå skal vi vurdere omstendighetene for øvrig rundt avtalen om valutalån som var inngått mellom byggmester og banken. Rettsområdet for valutalån er finans. Vi kan stille spørsmål om det finnes tvingende regler innenfor området som skal tas med i rimelighetsvurderingen.

Dersom byggmester opptrådte som en forbruker og ikke en profesjonell part ville han være beskyttet av tvingende regler innenfor området finans som skal verne om forbrukeres rettigheter og stilling. Dersom valutalånavtalen med sine vedlegg var utformet på engelsk og at vedlegget med standard vilkår var skrevet meget liten skrift kan banken ha brutt kontraktspraksi-

¹¹⁷ Hov, Høgberg (2009) s. 421

¹¹⁸ Hagstrøm (2011) s. 305

¹¹⁹ Hagstrøm (2011) s. 305

¹²⁰ Hagstrøm (2011) s. 305

¹²¹ Rt 1990 s. 284 (s. 296)

sen som er at kontrakten skal være utformet på forbrukerens eget språk. Dette betyr at avtalen om valutalån i sin helhet skulle vært utarbeidet på norsk. Dette bør vektlegges i en rimelighetsvurdering og kan tale for at en kontraktsrevisjon gjennomføres.

I det konkrete eksempelet opptrer byggmester derimot som en profesjonell part. Banken har nøye gjennomgått standardvilkårene med byggmester, noe som tyder på at byggmester forsto hva som avtalen inneholdt og gikk ut på selv om vilkårene var utarbeidet på engelsk. Når det gjelder partenes opptreden i avtaleforholdet, foreligger det ingen grunn til å påberope at noen av partene har opptrådt illojalt eller at det har vært andre klanderverdige forhold i avtaleforholdet partene imellom som kan tale for en lempning av avtalen. Partenes opptreden gir derfor ikke grunnlag for å påberope seg en kontraktsrevisjon med grunnlag i avtaleloven § 36.

Vi kan se nærmere på omstendighetene for øvrig og de kraftige valutasvingningene som byggmester har vært utsatt for. Det er nettopp forholdene på valutamarkedet der CHF styrket seg vesentlig i forhold til den norske krone, som var årsaken til at byggmester mener avtalen om valutalån er blitt urimelig. Dette er omstendigheter som må vektlegges i en urimelighetsvurdering.

Jeg viser til Rt 2003 s. 1132¹²² som gjaldt retten til en forlengelse av en festekontrakt på Fornebu for et selskap som drev med flyrelatert virksomhet. Høyesterett anførte i avsnitt 46 at for å sette til side avtalte vilkår i kontrakter og konstatere urimelighet mellom profesjonelle parter i næring, så kreves det svært meget. Det som måtte vurderes var de samlede virkningene av kontrakten. «Ved bedømmelsen av om ett eller flere avtalte vilkår eller hele avtalen er kvalifisert urimelig, vil irregulær utvikling, endrede forutsetninger og de økonomiske virkninger for partene når krav om endring settes fram, være sentrale momenter i helhetsvurderingen.»

Spørsmålet er om kraftige valutasvingninger kan betegnes som kvalifisert urimelig. Som Rt 2003 s. 1132¹²³ anfører så kreves det svært meget for å få betegnelsen kvalifisert urimelig. Forståelsen av «kvalifisert urimelig» og «svært meget» er rent skjønnsmessig at terskelen for urimelig legges svært høyt. Spørsmålet blir derfor i det konkrete eksempelet om den irregu-

¹²² Rt 2003 s. 1132

¹²³ Rt 2003 s. 1132

lære utviklingen på valutamarkedet, de endrede forutsetningene og de økonomiske virkningene som partene er utsatt for er kvalifisert urimelig.

Det er på det rene at det har vært en irregulær utvikling på valutamarkedet som førte til kraftige valutasvingninger. Byggmesters forutsetninger da han inngikk valutilånsavtalen har resultert i at forutsetningene har blitt endret i negativ retning for byggmester. Valutilånet har økt med 30 % på en måned som betyr at byggmester har vært utsatt for en økning av valutilånet på NOK 4.5 millioner slik at han nå totalt må betale 19,5 millioner i valutilån.

Situasjonen trekker i retning av å kunne være kvalifisert urimelig og at byggmester vil kunne kreve en kontraktsrevisjon med grunnlag i avtaleloven § 36.

3.3.4 Konklusjon

Jeg vil her foreta en oppsummering av momentene i helhetsvurderingen om avtaleloven § 36 kan benyttes som lempingsgrunnlag. Avtalens innhold er en avtale om valutilån i CHF som er en fremmed valuta. Valutilånet er en langsiktig investering, som skal tilbakebetales i fremmed valuta. Dette tyder på at det er inngått en langsiktig avtale. Når det gjelder kursforholdet mellom NOK og CHF så kan kursutviklingen endre seg meget sterkt over tid. Dette taler for at endrede forhold ved store valutasvingninger kan gjøre avtalen urimelig.

Partenes stilling er at begge parter er profesjonelle næringsdrivende, selv om det kan vise seg å være en viss skjevhet i styrkeforholdet mellom byggmester og banken. Byggmester kan derfor ikke betegnes som den svake part i partenes stilling. Dette taler for at det derfor ikke grunnlag til å kreve kontraktsrevisjon basert på partenes stilling.

Forholdene ved avtalens inngåelse viser en sannsynlighet for at byggmester hadde inngått en avtale om valutilån med banken, selv om han hadde fått veiledning om risiko ved valutilån. Forholdene ved avtalen inngåelse isolert trekker i retning av at byggmester ikke kan kreve kontraktsrevisjon.

Senere inntrådte forhold er et spørsmål om valutasvingningene har gitt uforutsette endringer av temmelig ekstraordinær og massiv art. Valutilånet har økt vesentlig hele 30 % på en måned, grunnet fall i kroneverdien og store valutasvingninger. Dette taler for at situasjonen har

gitt uforutsette endringer av temmelig ekstraordinær og massiv art som kan gi adgang til en kontraktsrevisjon ved å bringe avtalen til opphør eller endre den.

Omstendighetene for øvrig viser at det har vært en irregulær utvikling på valutamarkedet som har ført til kraftige valutasvingninger. Byggmesters forutsetninger da han inngikk valuta-lånsavtalen har blitt endret i vesentlig i negativ retning. Situasjonen basert på omstendighetene for øvrig trekker i retning av å være kvalifisert urimelig og at byggmester kan kreve en kontraktsrevisjon med grunnlag i avtaleloven § 36.

Etter en helhetsvurdering vil jeg konkludere med at avtalen er kvalifisert urimelig og at byggmester kan kreve en kontraktsrevisjon med grunnlag i avtaleloven § 36.

3.4 Bristende forutsetninger

3.4.1 Innledning

Læren om bristende forutsetninger gir et grunnlag for å foreta en avtalerevisjon. Det er også en sedvanerett eller såkalt alminnelig kontraktsrettslig prinsipp og kommer til betraktning som avtalerevisjonsgrunnlag i tidsrommet etter avtalens inngåelse.

3.4.2 Forhistorie, innhold og vilkår

Bristende forutsetninger kaller vi det i tilfeller der virkningene av kontraktsrevisjon ved endrede forhold har vært løst ved å bruke forutsetningslæren. Forutsetningslæren har røtter i middelalderens kanoniske rett. Alle kontrakter blir til etter en bestemt kontekst. Det er denne konteksten som forutsetningslæren tar utgangspunkt i. Når konteksten blir utsatt for visse endringer, kan dette føre til bortfall av kontrakten. Vi kan også si at konteksten er de forutsetningene som ligger til grunn for en avtale. Konteksten er alle forutsetningene partene har fra de blir enige om å inngå en avtale og til oppfyllelse av avtalen er gjennomført.

Prinsippet om bristende forutsetninger er ulovfestet. Prinsippet har fått en viss kodifisering blant annet gjennom avtaleloven § 36, men det diskuteres i juridisk teori om denne lovfestingen kan sies å være totalt overlappende. Rettspraksis viser i noen tilfeller en tendens til

overlapp, men i andre tilfeller viser rettspraksis at bristende forutsetninger fremdeles har selvstendig betydning.

I forarbeidene til avtaleloven § 36 NOU 1979:32 Kapittel 3 punkt 6¹²⁴ heter det: «Etter læren om bristende forutsetninger kan en avtalepart unntaksvis tre tilbake fra en avtale dersom han ved avtaleinngåelsen gikk ut fra en forutsetning som siden viste seg å være uriktig.» Videre anfører forarbeidene at praksis for å godta at det foreligger en relevant bristende forutsetning, viser at det skal meget til.

Forarbeidene viser til at hovedbetingelsene for læren om bristende forutsetninger blir angitt av Fr. F. Gundesens «Hovedlinjer i avtaleretten» (1977) side 87¹²⁵: «Forutsetningen må ha vist seg å være vesentlig for vedkommende part, og motparten må ha innsett at han gikk ut fra denne for han vesentlige forutsetning. Dessuten må det ved en avveining mellom partenes interesser fortone seg rimelig å la motparten bære risikoen for at forutsetningen viste seg å være feilaktig.»

Forarbeidene viser også til C.J. Arnholm Privatrett I (1964) s. 267-268¹²⁶: «Også ellers kan det nok tenkes ekstreme tilfelle som krever særbehandling - se eksempelvis Falconbridgedommen (Rt-1935-122) og voldgiftsdommen i Rt-1951-371, i begge tilfelle ble det lagt vekt på at det besto et særlig tillitsforhold mellom partene. Og tradisjonelt føyer man gjerne til at en prisstigning kan bli så «eksorbitant» at den nødvendiggjør en revisjon av den avtale som er inngått uten tanke på den utvikling som senere er kommet.»

Prinsippet kan sees på som et sikkerhetsnett som kan brukes på tilfeller der rettspraksis, lovgivning eller fastere obligasjonsrettslige prinsipper vil føre resultater som er lite tilfredsstillende.¹²⁷ Vi må skille mellom uriktige forutsetninger og bristende forutsetninger. Uriktige forutsetninger er forutsetninger som svikter allerede ved avtaletidspunktet, Jf. avtaleloven §

¹²⁴ NOU 1979:32 Kapittel 3 punkt 6

¹²⁵ Gundesens (1977) side 87

¹²⁶ Arnholm (1964) s. 267-268

¹²⁷ Hov, Høgberg (2009) s. 426

33, mens bristende forutsetninger kan skyldes at det har blitt en irregulær utvikling etter avtalens inngåelse, som partene ikke visste om eller kunne ha forestilt seg ville skje.¹²⁸

Jeg viser til rettspraksis der krav om kontraktsrevisjon var basert på rettsregler om bristende forutsetning Rt 2010 s. 1345 (Oslo Vei)¹²⁹. Saken gjaldt krav fra Oslo Vei til Samferdselsdepartementet om et tilleggsvederlag for vinterdrift av vegstrekninger. Partene hadde inngått avtale om entreprisekontrakt etter forutgående anbudsinnbydelse. Problemstillingen var at gjennomsnittlig saltforbruk per vintersesong ble nærmere tre ganger så høyt i forhold til det som anbudsinnbydelsen hadde oppgitt som gjennomsnittlig saltforbruk, ved å vise til tidligere rapporterte saltforbruk. Høyesterett kom frem til at det ikke forelå grunnlag for å revidere kontrakten basert på ulovfestede regler om bristende forutsetninger eller avtaleloven § 36, men Oslo Vei kunne kreve kompensasjon for merutgiftene for det reelle saltforbruk med hjemmel i NS-3430. I avsnitt 63 uttalte Høyesterett følgende: «For at det skal kunne kreves kontraktsrevisjon etter de ulovfestede regler om bristende forutsetninger, må den forutsetning som ikke er blitt oppfylt, ha virket motiverende for løftegiveren, og forutsetningen må ha vært synbar for den annen part eller typisk for den aktuelle kontraktssituasjon. I tillegg må det foretas en helhetsvurdering. Sentrale momenter i helhetsvurderingen er hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning og størrelsen av det tap som oppsto eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling.»

Vi ser her at forutsetningslæren kun slår til når de grunnleggende rammene for forutsetninger som kontrakten bygger, ikke lenger er tilstede. Resultatet er at en kontraktsforpliktelse helt eller delvis faller bort.¹³⁰ Vilkåret for at det skal være rimelig å endre eller sette en avtale til side grunnet forutsetningssvikt, krever at løftegiveren ikke forutså eller burde forutsett endringer av forholdene. Det vil si at forutsetningssvikten må ha vært upåregnelig.

Læren om bristende forutsetninger bygger på fire vilkår.

¹²⁸ Hov, Høgberg (2009) s. 429

¹²⁹ Rt 2010 s. 1345 (Oslo Vei)

¹³⁰ Hagstrøm (2011) s. 258

3.4.2.1 *Forutsetningen må ha vært kausal eller motiverende for løftegiveren*

Forutsetningen må ha vært kausal eller motiverende for løftegiveren. Det vil si at forutsetningen for å løses fra avtalen er at løftegiveren ikke ville inngått noen avtale, dersom han var klar de faktiske forholdene ved avtalens inngåelse eller hvordan forholdene ville ha utviklet seg.¹³¹

3.4.2.2 *Vesentlighetsbetingelsen*

Forutsetningssvikten må ha vært vesentlig, dersom kontraktsrevisjon og endring av avtalen skal gjøres gjeldende. Det betyr at det er ikke en hvilken som helt forutsetningssvikt som kan gi en part en rettighet til å oppnå en kontraktsrevisjon.¹³² Forutsetningen må videre ha vært motiverende eller kausal for løftegiver. I langvarige kontraktsforhold skriver Krokereide i TfR 1977 s. 597 f:¹³³ «Ifølge en strengt hypotetisk vesentlighetsbedømmelse skulle man ... kunne hevde at i jo lengre tid kontraktsforholdet fungerer normalt, jo større etterfølgende forutsetningssvikt kreves det for å anta at en normalt innrettet person ikke ville ha inngått avtalen ... i de tilfelle hvor kontraktsforholdet har fått anledning til å fungere, vil det ofte være urasjonelt å tillegge vesentlighetsbetingelsen avgjørende betydning.»

Løftet må være avgitt under en bestemt forutsetning, og denne forutsetningen var motiverende for løfteangiveren, som betyr at forutsetningen må være kausal og vesentlig. Videre kreves at forutsetningen og kausaliteten var synbar for løfteadressaten og at forutsetningsbristen rettslig sett kan anses som relevant.¹³⁴

Forutsetningen må også ha virket inn på avtalen. Det betyr at løftet ikke ville vært avgitt eller avtalen ikke ville blitt inngått på de samme vilkår, dersom løftegiveren eller parten hadde kjent til den irregulære utvikling som medfører at forutsetningen brister, jf. Rt 1999 s. 922 s. 931¹³⁵ Salhusbro-dommen.

¹³¹ Hov, Høgberg (2009) s. 427

¹³² Hov, Høgberg, (2009) s. 427

¹³³ Krokereide TfR 1977 s. 597 f:

¹³⁴ Giertsen (2014) s. 258

¹³⁵ Rt 1999 s. 922 s. 931

«For at en part skal kunne påberope seg en bristende forutsetning, sies gjerne at forutsetningen må ha virket motiverende for løftegiver, dvs. at han med kunnskap om den oppståtte situasjonen ikke ville avgitt sitt løfte, og at dette var synbart for motparten. Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være «relevant», noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig bebyrdefordeling i kontraktsforholdet. Et element i denne samlede vurdering vil være størrelsen av det tap som oppsto eller vil oppstå gjennom den uventete utviklingen».

3.4.2.3 *Synbarhetsbetingelsen*

Det kreves videre at den motiverende og kausale forutsetningen som avtalen bygger på må ha vært synbar for adressaten. Vi må her skille mellom typeforutsetninger og individuelle forutsetninger. Typeforutsetninger er forutsetninger som normalt gjør seg gjeldende for partene når de inngår en kontrakt av den aktuelle art. Ved typeforutsetninger eller normalforutsetninger er disse typiske og vesentlige forutsetninger som er velkjent for partene i denne art kontrakter og anses synbare uten individuell tilkjenneivelse.¹³⁶ Individuelle forutsetninger er mer uvanlige forutsetninger som en eller begge partene på livs- eller rettsområdet blir motivert av. Ved individuelle forutsetninger må forutsetningen være synbar og være bragt til den andre partens kunnskap. Den ene part kan bare si seg løst fra avtalen basert på forutsetningslæren, dersom den annen part forsto eller burde ha forstått at avtalen ble inngått fordi parten bygget på en bestemt forutsetning og denne forutsetningen var motiverende for han. Denne vesentlige forutsetningen må ha vært synbar for adressaten. Man kan si at kravet til den konkrete synbarheten er sterkere, jo mindre typisk en forutsetning er.

3.4.2.4 *Risikobetingelsen / Relevansvurderingen*

For det fjerde så må svikten i den kausale og synbare forutsetningen ha vært relevant eller nærmere sagt at det må være rimelig at forutsetningssvikten kan gi en part rett på en kontraktsrevisjon. Vilkårene om synbarhet og kausalitet er subjektive og i prinsippet knyttet til de faktiske forhold i det foreliggende tilfellet, mens relevans er et objektivt vilkår som må fast-

¹³⁶ Hagstrøm (2011) s. 262

legges etter en nærmere vurdering av hva som er rimelig byrdefordeling/risikofordeling i den kontraktstype det gjelder.¹³⁷

I realiteten foretar man en vurdering av hvem som står nærmest til å bære risikoen og hvem det er mest rimelig skal belastes med risikoen. Temaet er behandlet i Rt. 2014 s. 866¹³⁸: «Det er ikke bestridt at forutsetningen knyttet til infrastrukturiltakene omtalt i tilbudsorienteringen punkt 3.2 var motiverende for Fjord1 og synbare for Statens vegvesen. Spørsmålet blir da om omstendighetene i saken er så vidt ekstraordinære at de gir grunnlag for å fravike det alminnelige utgangspunkt at hver av partene bærer risikoen for egne forutsetninger. Det må foretas en helhetsvurdering.

I Rt-2010-1345 er dette i avsnitt 63 sammenfattet slik: «Sentrale momenter i helhetsvurderingen er hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen av det tap som oppstod eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling, jf. Rt-1999-922 på side 931.»

Dommen viser at Høyesterett la vekt på omstendighetene i saken og vurderte om forholdene var så ekstraordinære at de ga et grunnlag for å fravike prinsippet om at hver av partene bærer risikoen for egne forutsetninger. Høyesterett fant at kontrakten måtte tolkes objektivt og at rederiet hadde risikoen for konsekvensene av utsettelsen. Etter en totalvurdering kom Høyesterett frem til at forholdene ikke lå til rette for å påberope de alminnelige regler om bristende forutsetninger.¹³⁹

Det er særlig de tilfellene der det blir uventet økonomisk byrdefullt å oppfylle at forutsetningslæren er blitt påberopt i rettspraksis. Dette vises i rettspraksis fra Vedbolag dommen Rt 1951 s. 371¹⁴⁰ der en kullimportør A/S Christiania Kul- og Vedbolag hadde inngått kontrakt med forskjellige statsinstitusjoner om å levere kull og sinders til en bestemt pris pr. tonn. Avtalen hadde ikke tatt forbehold om et eventuelt krigsutbrudd før levering hadde funnet sted.

¹³⁷ Hagstrøm (2011) s. 261

¹³⁸ Rt 2014 s. 866

¹³⁹ Det er forskjellige typetilfeller av bristende forutsetninger. (1) det bli uventet farlig å oppfylle. (2) det kan bli uventet økonomisk byrdefullt å oppfylle. (3) det kan oppstå rettslige eller fysiske hindringer for en normal gjennomføring av kontraktsforholdet.

¹⁴⁰ Rt 1951 s. 371

Da krigen brøt ut i 1939 steg kullfraktene kraftig. Å oppfylle kontrakten ville påføre selgeren et stort tap og selgeren nektet å levere til avtalt pris. Kjøperen påsto at kontraktens innhold måtte oppfylles. Voldgiftsretten kom frem til at kullimportøren ikke hadde ubetinget rett til å heve kjøpet, men han var ikke forpliktet til å fortsette levering før prisen ble regulert etter de endrede forholdene.

Denne dommen er et godt eksempel på at domstolen går inn for en prisregulering basert på de endrede forholdene. Vi ser her at den ene parten ville bli påført et stort tap ved å oppfylle kontrakten og Voldgiftsretten fant det urimelig at den ene parten skulle fortsette å levere kull når forutsetningene og kalkylene som lå til grunn hadde endret seg vesentlig.

Jeg viser også til rettspraksis Rt 1935 s. 122¹⁴¹ der partene Falconbridge Nickel Mines Ltd. mot Raffineringsverket AS. Saken gjaldt to samarbeidende nikkilverk der lønnsomheten for den ene parten Raffineringsverket som fremsto som en kommisjonær ble betydelig større. Årsaken var at nikkelpriene steg kraftig etter at England opphevet gullinnløsningen. Kommitten Falconbridge nektet å levere et parti på 200 tonn og kommisjonæren Raffineringsverket krevde erstatning for tapt fortjeneste. Påstanden ble forkastet og Falconbridge vant frem med avtalerevisjon. Retten anså at det var i strid med god forretningsskikk samt vektla det tillitsforholdet som avtalen bygde på å gi Raffineringsverket medhold i kravet om erstatning for tapt fortjeneste. Retten påpekte også at de hadde lagt vekt på at markedet av uforutsette grunner hadde gjennomgått en radikal omveltning.

Dommen viser at valutasvingninger gjorde at nikkelpriene steg kraftig som dermed påvirket fortjenestemulighetene og lønnsomheten. Høyesterett la vekt på at det var av uforutsette grunner at markedet hadde gjennomgått en radikal omveltning, samt tillitsforholdet mellom partene som gjorde at Falconbridge vant frem med en avtalerevisjon.

Jeg viser til Rt 2010 s. 1345 avsnitt 63¹⁴² (Oslo Vei) som omtaler momenter som skal vektlegges i vurderingen om man kan benytte læren om bristende forutsetninger som lempningsgrunnlag:

¹⁴¹ Rt 1935 s. 122

¹⁴² Rt 2010 s. 1345 avsnitt 63

«for at det skal kunne kreves kontraktsrevisjon etter de ulovfestede regler om bristende forutsetninger, må den forutsetning som ikke er blitt oppfylt, ha virket motiverende for løftegiveren, og forutsetningen må ha vært synbar for den annen part eller typisk for den aktuelle kontraktssituasjon. I tillegg må det foretas en helhetsvurdering. Sentrale momenter i helhetsvurderingen er hvem som ... bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen på det tap som oppsto eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling.»

3.4.3 Bristende forutsetninger som revisjonsgrunnlag på et konkret eksempel

For å vurdere om bristende forutsetninger kan anvendes som revisjonsgrunnlag på det konkrete eksempelet vil jeg først spørre om løftet har vært avgitt under en bestemt forutsetning, og om denne forutsetningen var motiverende for løfteangiveren.

I det konkrete eksempelet valgte byggmester å oppsøke banken for å få innvilget et valutalån. Byggmester ønsket å ta opp lån i utenlandsk valuta i stedet for i norske kroner, fordi det ville være en mer lønnsom låneavtale. Det er på det rene at han var klar over at det alltid vil være en viss risiko for valutasvingninger, men spørsmålet er om han kunne forutse så store svingninger (og dermed tap) som det i ettertid viste seg å bli. Byggmester var i møte med banken blitt forevist en statistikk over valutautviklingen mellom CHF og NOK for de siste 5 årene, som viste at forholdet var meget stabilt. Når det nå har vist seg at disse parameterne har endret seg vesentlig i ettertid, kan man vurdere om det foreligger bristende forutsetninger. Dette taler for at forutsetningen som byggmester la til grunn var vesentlig og motiverende. Vilkåret om at forutsetningen må «ha virket motiverende for løftegiveren» trekker i retning av å være oppfylt.

Det er på det rene at byggmester ikke ville inngått avtalen om valutalån, dersom han var klar over at valutalånet ville bli økonomisk mer byrdefullt å oppfylle, med den vesentlige økningen i låneverdien som har blitt resultatet etter de kraftige valutasvingningene. Dette taler

for at forutsetningen var kausal for byggmester og at forutsetningsbristen rettslig sett kan anses som relevant.

Jeg vil nå behandle vilkåret om at forutsetningens senere utvikling må ha vært synlig for den annen part. Jeg slår fast at den dramatiske utviklingen den senere tid innen finans- og valutamarkedet overfor CHF har vært meget godt kjent og dette trekker derfor i retning av å ha vært synbare for Banken.

Hvem bør så bære risikoen for valutasingningene og størrelsen på det tapet som har oppstått grunnet den uventede utviklingen? Spørsmålet blir om det er banken eller byggmester som bør bære risikoen for den uventede utviklingen. Det er på det rene at forholdet mellom banken og byggmester er blitt forrykket. Det som taler for at byggmester bør bære risikoen er at byggmester var klar over at det innebærer en viss risiko for valutasingninger å inngå et valutalån. Forholdene har derimot utviklet seg til å bli ekstraordinære grunnet meget kraftige valutasingninger. Det som taler for at risikoen bør veltes over på banken er at valutalånet har ført til en tyngende og byrdefull økonomisk situasjon for byggmester, som han ikke kunne forutsett ved avtaleinngåelse. Ser vi på andre relevante forhold så vil banken i utgangspunktet ikke få økonomiske byrder i kontraktsforholdet med byggmester på grunn av valutasingningene. Dette tilsier at det har utviklet seg en ubalanse og skjevhet partene imellom, når det gjelder risikoen for valutasingninger i kontraktsforholdet.

Var forholdene var så ekstraordinære at det gir grunnlag for å fravike prinsippet om at hver av partene bærer risikoen for egne forutsetninger? Det er på det rene at valutalånet økte med hele 30 % på en måned. Spørsmålet blir om valutasingningen var så stor at man kan betegne den som ekstraordinær. Det blir en skjønsmessig vurdering hvor terskelen ligger i en rimelighetsvurdering, og en så kraftig økning i lånekostnader grunnet valutasingninger som byggmester har vært utsatt for, trekker i retning av å kunne betegnes som ekstraordinær. Dette taler for at læren om bristende forutsetninger kan benyttes som lempningsgrunnlag.

For å vurdere om det er grunnlag for å fravike prinsippet om at hver av partene bærer risikoen for egne forutsetninger viser jeg til rettspraksis Rt 2014 s. 866¹⁴³. Krav om tilleggsvederlag

¹⁴³ Rt 2014 s. 866

ble fremmet av et ferjeselskap for drift av et riksveiferjesamband. Bakgrunnen for kravet var at et infrastrukturtiltak som ville føre til en økning i trafikkmengden, ble utsatt. Høyesterett vurderte om forholdene var så ekstraordinære at de ga et grunnlag for å fravike dette prinsippet. Høyesterett fant at kontrakten måtte tolkes objektivt og at rederiet hadde risikoen for konsekvensene av utsettelsen. Kontrakten hadde vært lønnsom for Fjord1, selv om infrastrukturtiltakene ble utsatt. Selskapet hadde vist til et positivt resultat på bakgrunn av at trafikkutviklingen var blitt langt bedre i de to sambandene enn forventet. Etter en totalvurdering kom Høyesterett frem til at forholdene ikke lå til rette for å påberope de alminnelige regler om bristende forutsetninger.

Dommen viser her at Høyesterett kom frem til, etter en helhetsvurdering, at prosjektet hadde vært lønnsomt. Det var ikke grunnlag for å fravike prinsippet om at hver av partene bærer risikoen for egne forutsetninger.

Vi tar nå en helhetsvurdering om hvem som bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen på det tap som oppsto eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling. Ser vi på fakta i det konkrete eksempel så er det på det rene at store valutasvingninger har ført til valutalånet til byggmester har øket til med NOK 4,5 millioner på en måned. Dette taler klart for at det er økonomisk blitt mer byrdefullt å oppfylle avtalen om valutalån fordi avdrag og renter har økt og blitt vesentlig mer økonomisk byrdefullt å betjene grunnet økning av lånets størrelse. I det konkrete eksempelet er avtalen om valutalånet lønnsom for banken og direkte ulønnsom for byggmester. Dette trekker i retning av at banken bør bære en del av risikoen for forutsetningen og en rimelig løsning ser ut til å være å vurdere en fordeling av risikoen mellom banken og byggmester.

Vi skal nå se på vilkåret for at det skal være rimelig å endre eller sette en avtale til side grunnet forutsetningssvikt, som krever at løftegiveren ikke forutså eller burde forutsett endringer av forholdene. Det vil si at forutsetningssvikten må ha vært upåregnelig. Spørsmålet blir om banken forutså eller burde forutsett de store valutasvingningene CHF var utsatt for. Det er på det rene at valutasvingninger er en sentral og velkjent risikofaktor innen finansmarkedet og som lånekunder utsetter seg for ved å ta opp lån i fremmed valuta. I vårt konkrete eksempel så hadde valutakursen vært stabil gjennom flere år, det var derfor ikke grunnlag for at banken burde ha forutsett de store valutasvingningene som CHF og den norske krone var utsatt for. Dette trekker i retning av at forutsetningssvikten var upåregnelig for banken.

3.4.4 Konklusjon

Spørsmålet under dette kapittelet har vært om løftet har vært avgitt under en bestemt forutsetning, og om denne forutsetningen var motiverende for løfteangiveren. Forutsetningen som byggmester la til grunn taler for at den var vesentlig og motiverende. Vilkåret om at forutsetningen må «ha virket motiverende for løftegiveren» trekker i retning av å være oppfylt.

Byggmester ville sannsynligvis ikke inngått avtalen om valutalån, dersom han var klar over at valutalånet ville bli økonomisk mer byrdefullt å oppfylle, med den vesentlige økningen i låneverdien som har blitt resultatet etter de kraftige valutasvingningene. Dette taler for at forutsetningen var kausal for byggmester og at forutsetningsbristen rettslig sett kan anses som relevant.

Har forutsetningens senere utvikling vært synlig for den annen part? Det viser seg at utviklingen innen finans- og valutamarkedet overfor CHF har vært meget godt kjent og dette trekker derfor i retning av å ha vært synbare for banken.

Spørsmålet er hvem som bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning, og størrelsen på det tap som oppsto eller vil oppstå på grunn av den uventede utvikling. Dette taler klart for at det er blitt økonomisk blitt mer byrdefullt å oppfylle avtalen om valutalån fordi avdrag og renter har økt og blitt vesentlig mer økonomisk byrdefullt å betjene grunnet økning av lånets størrelse. I det konkrete eksempelet er avtalen om valutalånet lønnsom for banken og direkte ulønnsom for byggmester. Dette trekker i retning av at banken bør bære en del av risikoen for forutsetningen som har slått feil og en rimelig løsning ser ut til å være å vurdere en fordeling av risikoen mellom banken og byggmester.

Forutsetningssvikten må ha vært upåregnelig for løftegiveren. Det forelå ingen grunnlag for at banken burde ha forutsett de store valutasvingningene som CHF og den norske krone var utsatt for. Dette trekker i retning av at forutsetningssvikten var upåregnelig for banken.

Konklusjonen er at det har blitt mer økonomisk byrdefullt å oppfylle avtalen og det er grunnlag for å bruke forutsetningslæren som lempningsregel i vårt konkrete eksempel.

4 Sammenligning av avtaleloven § 36 og bristende forutsetninger

4.1 Innhold

Ved innføringen av avtaleloven § 36 ble ikke foretatt en grensedragnings mellom regelsettene i avtaleloven § 36 og forutsetningslæren. Jeg mener at dette har ført til et problematisk forhold mellom regelsettene imellom.¹⁴⁴

Det er et fellesvilkår som gjelder for både avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger. Vilkåret går ut på at «balansen i kontraktsforholdet må være forrykket, eller at den ene part, uten at den annen har noe glede av det - er blitt utsatt for noe tyngende som han ikke har sett for seg».¹⁴⁵ Det må det legges vekt på, alle forhold tatt i betraktning, at det er riktig å rette opp ubalansen fordi skjevheten har blitt så stor. I vurderingen skal man også legge vekt på behovet for forutberegnelighet samt hele kontraktforholdets egenart.¹⁴⁶

Ser vi nærmere på forarbeidene til avtaleloven § 36 Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 35¹⁴⁷ har det ved uforutsette kostnads-, pris- eller markedsutvikling vært en mulighet til å justere vederlag, ved å benytte kjøpsloven § 24 som omhandler leveringsplikt og erstatningsansvar ved endrete forhold. Forarbeidene viser også til rettspraksis på området, bl.a. Falconbridge Rt 1935 s. 122¹⁴⁸ og Vedbolagdommen Rt 1951 s. 372¹⁴⁹ der regulering av prisen ble foretatt etter en konkret vurdering. Forarbeidene omtaler «Det grunnleggende vilkår for å kunne kreve justering av avtalt vederlag pga senere kostnads-, pris- og markedsutvikling, synes imidlertid etter gjeldende rett fortsatt å være at det etter kontraktslutningen har inntrådt uforutsette endringer av temmelig ekstraordinær og massiv art.»

¹⁴⁴ Dette synet støttes også av Hagstrøm (2011) s. 259

¹⁴⁵ Hagstrøm (2011) s. 259

¹⁴⁶ Hagstrøm (2011) s. 259

¹⁴⁷ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 35

¹⁴⁸ Rt 1935 s. 122

¹⁴⁹ Rt 1951 s. 372

Felles for Avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger er at de som lempningsregler ved endrede forhold kan føre til bortfall eller endringer av forpliktelser, men de kan ha forskjellige rettsvirkninger. Avtaleloven § 36 gir tradisjonelt hjemmel for å gjøre endringer i kontrakten og kjennetegnes som at denne endringskompetansen er meget vid. En rett til vederlagsøkning har i enkelte tilfeller også vært gitt med grunnlag i læren om bristende forutsetninger.¹⁵⁰

Forutsetningslæren er ulovfestet og er langt eldre enn avtaleloven fra 1918. Forutsetningslæren gjelder spørsmål om en avtale kan endres eller settes til side grunnet endrede forhold etter avtaleinngåelse.¹⁵¹

Forutsetningslæren har delvis et subjektivt preg der vurderinger gjøres om løftegivers motivasjon, om forutsetningen var synlig for løftemottakeren, og om løftegiveren forutså eller burde forutse at forholdene kunne endre seg. Mens avtaleloven § 36 spør om det ville virke «urimelig» å gjøre avtalen gjeldende. Ifølge avtaleloven § 36 er også relevante spørsmål om motivasjonen og synbarhet, men dette er ikke de avgjørende faktorene.

Likhetstrekk mellom avtaleloven § 36 og forutsetningslæren er at forutsetningslæren kan ta for seg en rekke hensyn og er fleksibel i den avsluttende risikovurderingen. Dette gjelder også for avtaleloven § 36.

I tillegg har avtaleloven § 36 en hjemmel for også å legge vekt på individuelle hensyn. Rt 1995 s. 1540 gjaldt tvangssalg av en bolig som ville ramme særdeles hardt fordi det var sykdom hos den som hadde pantsatt sin bolig.

Rettspraksis der rettslig grunnlag har inneholdt både avtaleloven § 36 og forutsetningslæren viser at det i drøftelsene er de samme momentene som legges til grunn¹⁵² jf. Rt 1999 s. 922¹⁵³ Salhusbroen der entreprenøren reiste sak mot staten og krevde tilleggsbetaling fordi sveisearbeidene ved bygging av broen ble tyngre enn forutsatt. Det var oppstått problemer med

¹⁵⁰ Hagstrøm (2011) s. 259

¹⁵¹ Hagstrøm (2011) s. 261

¹⁵² Dette var også tilfelle i Rt 2000 s. 806 Oslo Energi

¹⁵³ Rt 1999 s. 922 s. 932

sprekkdannelse i sveisearbeidene, under utførelsen av oppdraget. Dette førte til betydelige forsinkelser og produksjonsavbrudd og oppdraget ble mer kostnadskrevenne enn forutsatt, fordi det måtte velges andre metoder enn forutsatt. Her frifant flertallet i Høyesterett byggherren etter forutsetningslæren, mens mindretallet la avtaleloven § 36 til grunn og frifant staten pga. at sveisearbeidene ikke hadde ført til urimelighet. Førstvoterende anførte¹⁵⁴

«flere forfattere i senere år har reist spørsmål om å ta inn læren om bristende forutsetninger under den generelle lempningsregel i avtaleloven § 36. Nærværende sak har vært prosedert for Høyesterett som et spørsmål om bristende forutsetninger, noe jeg finner mest nærliggende. Etter min mening egner saken seg ikke for en mer prinsipiell drøftelse av forholdet mellom den tradisjonelle læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36. Jeg ser det slik at en avtalerevisjon etter § 36 ofte vil være båret av mer generelle rimelighetsvurderinger som det er liten plass for i et kontraktsforhold som det vi står overfor».

Det vises så til at det forelå en avtale mellom profesjonelle parter. Dommen viser at forutsetningslæren ble lagt til grunn for typeforutsetninger i entrepriseforhold og at det fortsatt er en plass for forutsetningslæren som grunnlag for lempning ved denne type kontrakter. Det ser også ut til at terskelen for urimelighet ville bli langt høyere med hjemmel i avtaleloven § 36 for denne type kontraktsforhold, enn den ble ved bruk av forutsetningslæren.¹⁵⁵

Som en oppsummering av forholdet mellom avtaleloven § 36 og forutsetningslæren ser det ut til at avtaleloven § 36 kan gi en mer fleksibel regel på vilkårs- og virkningssiden. Grunnen er at avtaleloven § 36 også legger til grunn partenes stilling og vurderer innbyrdes styrkeforhold mellom partene.¹⁵⁶

Jeg mener at avtaleloven § 36 bør legges til grunn som rettsregel for å drøfte endrede forhold etter avtaleinngåelse. Avtaleloven § 36 er en yngre og en mer moderne rettsregel enn forut-

¹⁵⁴ Rt 1999 s. 922 s. 932

¹⁵⁵ Dette synet støttes også av Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2. utgave 2011 s. 322.

¹⁵⁶ Johan Giertsen, Avtaler, 3. utgave 2014, s. 260-261.

setningslæren kan sies å være og dette tilsier at avtaleloven § 36 også veier tyngre rettskildemessig.¹⁵⁷

4.2 Rettsvirkninger

Rettsvirkningen av en kontraktsrevisjon skal ta utgangspunkt i hva formålet er med reglen. Formålet er å rette opp «så langt det er urimelig»¹⁵⁸ og få et rimelig sluttresultat. Rettsvirkninger får først betydning når det er grunnlag for å kreve en kontraktsrevisjon, det vil si at vilkårene for å kunne kreve en kontraktsrevisjon er oppfylt.¹⁵⁹ Ifølge lovteksten er rettsvirkningene meget fleksible og overlater i stor grad til domstolene hva virkningene i det enkelte tilfelle skal være.¹⁶⁰

Helt generelt hvilke rettsvirkningene av en avtalerevisjon finner vi i avtaleloven § 36 første ledd: «En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.»

Ser vi nærmere på forarbeidene Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 36¹⁶¹ og NOU 1979:32 s. 60¹⁶² anføres det at en avtale kan få følgende rettsvirkninger med en kontraktsrevisjon:

«Generalklausulen foreskriver at en avtale (eller annen forpliktende disposisjon) helt eller delvis kan settes til side. Dette innebærer at reaksjonsmuligheten er svært fleksibel. Det kan således tenkes følgende reaksjoner:

- a) Det urimelige vilkår endres eller tilsidesettes mens avtalen for øvrig opprettholdes uforandret.
- b) Det urimelige vilkåret endres sammen med en endring eller tilsidesettelse av andre vilkår.

¹⁵⁷ Dette synet støttes også av Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave 2014, s. 260-261.

¹⁵⁸ Mestad (2011)

¹⁵⁹ Bernt, og Krüger, (FEST-1986-te-86) s. 122

¹⁶⁰ Selvig, Knops (2009) s. 267

¹⁶¹ Ot.prp.nr.5 (1982-1983) s. 36

¹⁶² NOU 1979:32 s. 60

- c) Det urimelige vilkår opprettholdes uforandret mot at andre av avtalens vilkår endres eller tilsidesettes.
- d) Hele avtalen tilsidesettes.»

Forarbeidene viser til at den normale reaksjon vil være reaksjonen som er nevnt under punkt a). En normal reaksjon er at urimelige vilkår blir endret og erstattet av bakgrunnsretten eller domstolen finner et annet vilkår som er hensiktsmessig og avtalen ellers forblir uendret. Forarbeidene anfører at det ved valg av reaksjon, sett fra begge parter side, skal tas hensyn til hva som vil gi et rimelig resultat. Forarbeidene anfører også at avtalen kan settes til side i sin helhet.

Rettspraksis viser at retten valgte å tilsidesette avtalen som helhet, jf. Rt 1995 s. 1540¹⁶³ der en psykisk syk mor hadde garantert for banklånet som hennes sønn og samboer hadde inngått. Samme resultat kom Høyesterett frem til i Rt 2013 s. 388 Røeggen¹⁶⁴. Plenumsdommene Rt 1988 s. 276¹⁶⁵ og Rt 1988 s. 295¹⁶⁶ gjaldt øking av vederlag og her endret Høyesterett det urimelige vilkår og ellers opprettholdelse av avtalen som helhet.

Rettsvirkningene ved bristende forutsetninger kan føre til bortfall eller modifikasjon av en forpliktelse. Dette gjelder også for fremtiden (ex nunc). Det betyr i gjensidig bebyrdede kontraktsforhold, så vil også de forpliktelsene den andre parten har hatt, falle bort. Kontrakten vil derfor som et resultat av dette også falle bort.

I situasjoner der bristende forutsetninger er basert på en kostnadsøkning, vil modifikasjoner av en avtale ofte bli sluttresultatet. Ved modifikasjon av en avtale, vil den som krever en avtalerevisjon, måtte stå for avtalen, mens den annen part kan velge om han vil godta den modifiserte avtalen, eller erklære kontrakten som bortfalt. Avtaleloven § 36 gir også disse mulighetene.

¹⁶³ Rt 1995 s. 1540

¹⁶⁴ Rt 2013 s. 388

¹⁶⁵ Rt 1988 s. 276

¹⁶⁶ Rt 1988 s. 295

Vi har sett at rettsvirkningene av kontraktsrevisjon basert på de to revisjonsgrunnlagene bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 er noe ulike. Det reiser spørsmål om det kan tenkes at muligheten for andre rettsvirkninger under det ene regelsettet vil kunne være avgjørende for hvilket revisjonsgrunnlag man velger å påberope seg. Dette vil imidlertid ikke etterfølges nærmere her.

5 Oppsummering og konklusjon

Avhandlingens målsetting var å undersøke hvilke muligheter det er for at valutasvingninger kan danne et grunnlag for en rett til kontraktsrevisjon. Vurderingen har tatt utgangspunkt i et konkret eksempel. Vi så først på spørsmålet om avtalelovens § 36 kunne danne grunnlag for kontraktsrevisjon. Deretter ble det vurdert om forutsetningslæren kunne anvendes som grunnlag for kontraktsrevisjon på det samme konkrete eksempelet.

Etter å ha vurdert avtaleloven § 36 og bristende forutsetninger på et konkret eksempel har jeg kommet frem til at begge revisjonsgrunnlagene kan tenkes å gi grunnlag for revisjon. Vi har sett at det i praksis er mindre forskjell mellom de to grunnlag og at det kan synes som at de i stor grad overlapper hverandre, basert på min vurdering av dette. Imidlertid kan virkningen av kontraktsrevisjon bli forskjellig etter hvilket regelsett som anvendes. Jeg gjør derfor oppmerksom på at det skal foretas en konkret helhetsvurdering under begge regelsett, og utfallet av vurderingen vil lett kunne endres, hvis noen av parameterne i eksempelet endres.

Konklusjonen er at både avtalelovens § 36 og forutsetningslæren som lempningsregel kan gi grunnlag for kontraktsrevisjon når det gjelder valutasvingninger.

6 Litteraturliste

6.1 Lov og forskrift

- Norske Lov (NL) 5-1-2
- Lov-2002-06-21-34
- EU Direktiv 93/13/EØS
- Lov-2007-06-29-75
- LOV-1918-05-31-4 § 33
- LOV-1918-05-31-4 § 36

6.2 Forarbeider og stortingsbehandling

- NOU 1979:32
- Ot.prp.nr.5 (1982-1983)
- Inst. O. nr. 31 (1982-1983) s. 2-3
- <https://www.regjeringen.no/nb/dokument/dep/kmd/nouer/1993/nou-1993-4/3/4/2/id373676/>

6.3 Rettspraksis

- Rt 1935 s. 122
- Rt 1951 s. 372
- ND1974 s. 173
- Rt 1988 s. 276
- Rt 1988 s. 295
- Rt 1990 s. 284 (s.296)
- Rt 1990 s. 500 s. 509
- Rt 1991 s. 220
- Rt 1995 s. 1540
- Rt 1999 s. 922 s. 931
- Rt 2000 s. 806
- Rt 2003 s. 1132 avsnitt 46
- Rt 2010 s. 1345
- Rt 2012 s. 355
- Rt 2012 s. 1537 avsnitt 46
- Rt 2012 s. 1926
- Rt 2013 s. 388
- Rt 2013 s. 769 (44)

- Rt 2014 s. 351
- Rt 2014 s. 866

6.4 Litteratur og artikler

- Giertsen, Johan, Avtaler, 3. utgave 2014 s. 7
- Hagstrøm, Viggo, Obligasjonsrett 2. utgave 2011, s. 254
- Hov, Jo, Avtaleslutning og ugyldighet, 4. utgave 2007 s. 283
- Hov, Jo, Alf Petter Høgberg, Alminnelig Avtalerett, 2009 s. 397
- Boe, Eric, Innføring i juss, 5. opplag 2004, s. 354
- Selvig, Erling, Knophs oversikt over norsk rett, 13. utgave, 2009, s. 249
- Bergåker, Trygve, Jussens Venner 1980 s 133-160 - (JV-1980-133)
- Geir Woxholth, Jussens Venner 2013 s. 266 (JV-2013-259)
- Gundesens, Fr. F. «Hovedlinjer i avtaleretten» (1977) side 87
- Smith, Carsten, Festskrift til Armani Snævarr s. 287-310 - (FEST-1989-as-287) s. 301
- Arnholm, C. J., Privatrett I (1964) s. 267-268
- Kjørven, Marte Eidsand, idunn.no, Lov og Rett, 2012, nr. 7, s. 389
- Krokereide i TfR 1977 s. 597 f:
- Bernt, Jan Fridthjof og Kai Krüger, Festskrift til Torstein Eckhoff; Samfunn, rett og rettferdighet s. 122 (FEST-1986-te-86)
- Jacobsen, Stian, 1300 boliglånskunder fikk valutalån tirsdag, www.hegnar.no 17.12.2014
- Næss, Asgaut, Valutalån har økt 500.000 på tre uker, Dagens næringsliv, Finans og Valuta, 12.12.2014
- Warren, Peter, Finansblogg, Boliglån til 28 % rente, Etterrettelighet og Analyse, Finansmassakre, 16.1.2015
- Mestad, Ola, Manduksjoner i kontraktrett, Del 1 Grunnleggelse spørsmål, Nov. 2011