

Avtalesensur av ansvarsfraskrivelser i profesjonelle forhold

-

NJA 2022 s. 354 versus transport- og off-shore kontrakter

Professor dr. juris Trine-Lise Wilhelmsen

Universitetet i Oslo, Det juridiske fakultet, Nordisk institutt for sjørett

Trine-Lise Wilhelmsen er professor i rettsvitenskap ved Nordisk institutt for sjørett. Hun arbeider hovedsakelig med forsikringsrett, sjøforsikringsrett, transportrett, erstatningsrett og avtalerett/kontraktsrett, og har publisert en rekke bøker og artikler innenfor disse fagområdene.

t.l.wilhelmsen@jus.uio.no

Sammendrag

Artikkelen drøfter sensur etter avtalel. § 36 av ansvarsfraskrivelser i kontrakter mellom profesjonelle parter med utgangspunkt i NJA 2022 s. 534 sammenlignet med transport- og off-shorekontrakter. NJA 2022 s. 534 gjaldt en ansvarsbegrensning knyttet til profesjonsansvar for en rådgiver i forbindelse med omstrukturering av et selskap, og har ikke noe motstykke i norsk rett. De norske rettskildene om dette spørsmålet gjelder hovedsakelig transport- og off-shore kontrakter. Hensikten er derfor dels å analysere dommen med utgangspunkt i disse rettskildene, dels å vurdere om disse kildene kan bidra til å videreutvikle dommens kriterium «rimelig risikoavveining». Fremstillingen viser sammenhengen mellom momentene «avtalens innhold» og «forholdene ved avtaleinngåelsen» og analyserer momentet «avtalens innhold» bl.a. med utgangspunkt i behovet for ansvarsbegrensninger, avtalens karakter, forsikringshensyn og preventive hensyn.

Nøkkelord: ansvarsfraskrivelser, avtalel. § 36, NL 5-1-2, profesjonsansvar, knock for knock regulering, forsikring, preventive hensyn, rettsøkonomi

1 Innledning

Temaet for denne artikkelen er spørsmålet om avtalesensur av ansvarsfraskrivelser i profesjonelle avtaleforhold hvor den ene parten blir idømt erstatningsansvar for skade eller tap

hos den annen part.¹ Uttrykket «ansvarsfraskrivelser» omfatter også ansvarsbegrensninger. Temaet har sitt utgangspunkt i NJA 2022 s. 354, hvor svensk Høyesterett idømte en skatterådgiver ansvar for tap som følge av feil under rådgivningen, men kom til at rådgiverens ansvarsbegrensning ikke kunne settes til side etter avtale. § 36.² Utgangspunktet for vurderingen var «om begrænsningen med hänsyn till samtliga omständigheter utgör en orimlig riskavvägning mellan parterna» (avsnitt 34), som Högsta Domstolens anså ikke var tilfellet.

Dommen gjaldt spørsmålet om begrensning av profesjonsansvar for formueskade i en rådgivningssituasjon, og har ikke noe motstykke i norsk rett. Avtaleloven § 36 er imidlertid en felles nordisk bestemmelse, og dommen er derfor også relevant for norsk rett.³ Högsta Domstolen tok dessuten utgangspunkt i vurderingsmomenter som gjelder generelt for avtale. § 36.⁴ Det kan derfor ha interesse å analysere argumentasjonen i dommen og vurdere hvilken veiledning den kan gi mer generelt for ansvarsbegrensninger mellom profesjonelle parter, og ikke bare begrenset til profesjonsansvar for formueskader. Hensikten i denne artikkelen er derfor dels å analysere dommen med utgangspunkt i mer generelle rettskilder om ansvarsbegrensninger i kontraktsforhold mellom profesjonelle parter, dels å vurdere om disse kildene kan bidra til å videreutvikle dommens kriterium «rimelig risikoavveining».

Ansvarsbegrensninger i profesjonelle avtaleforhold er ikke noe nytt fenomen, men har først og fremst vært benyttet for å begrense kontraktsrettslige misligholdsvirkninger, evt. erstatningsansvar som følge av slikt mislighold. For kontrakter i transport- og offshoresektoren har det imidlertid også lenge vært vanlig med slike begrensninger av erstatningsansvar for skader som skjer under gjennomføringen av kontrakten. I forhold til profesjonsansvar for formueskade er derimot ansvarsbegrensninger et nyere fenomen som må sees i sammenheng med rettsutviklingen som har skjedd på dette området særlig det siste tiåret. Rettspraksis viser at det særlig i løpet av de senere årene er mange høyesterettsdommer som gjelder profesjonsansvaret.⁵

¹ Artikkelen er skrevet som utgangspunkt for et foredrag holdt på et seminar i regi av Stockholm Center of Commercial law med tema «Kontrollen i Norge av bestemmelser som begrenser ansvaret i forhold til dispositiv rett» med særlig fokus på innstillingen i nordisk rett til ansvarsbegrensninger og ansvarsfraskrivelser i kommersielle avtaler. Jeg ble her særlig bedt om å fokusere på forholdet mellom avtale. § 36 og forsikringshensyn. En varm takk til professor Johnny Herre og professor Birgitte Hagland for inspirerende kommentarer.

² Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtalel).

³ Se nærmere nedenfor punkt 2.

⁴ Högsta Domstolens formulering er hentet fra Generalklausul i förmögenhetsrätten, SOU 1974:83 (SOU 1974:83) s. 189 flg. og NJA 2017 s. 113, som gjaldt ansvarsbegrensning for skjulte mangler ved kjøp av bolig fra en forbruker.

⁵ Se bl.a. Rt. 1994 s. 1430 (advokat), Rt. 1995 s. 1350 (takstmann), Rt. 2001 s. 1702 (Advokat II), Rt. 2002 s. 286 (KPMG), Rt. 2003 s. 696 (revisor), Rt. 2014 s. 422 (advokat), HR-2018-1234-A (eiendomsmegler), HR-2019-1079-A (multimur), HR-2022-2010-A (advokat), HR 2022-1316-A (eiendomsmegler).

Selv om bare et fåtall saker fører til ansvar,⁶ vil det med økt fokus på slikt ansvar være nærliggende for profesjonsutøveren å innta en ansvarsbegrensning i kontrakten med kunden. Dermed oppstår også spørsmålet om sensur av en slik klausul for et profesjonsansvar. NJA 2022 s. 354 er direkte relevant for dette spørsmålet, men kan også gi grunnlag for mer generelle refleksjoner knyttet til ansvarsbegrensninger mellom profesjonelle parter.

Problemstillingen i NJA 2022 s. 354 har nær sammenheng med en diskusjon i norsk erstatningsrettslig teori om hvorvidt en profesjonsutøver eksplisitt kan avtale at oppdraget ikke skal gjennomføres i samsvar med faglige normer.⁷ Dette er imidlertid et spørsmål hvilke normer profesjonsutøverens adferd skal måles mot ved culpavurderingen, og ikke et spørsmål om sensur av en ansvarsbegrensning, som gjelder omfanget av ansvaret. Preventive hensyn vil være relevante for begge vurderingene, men ved spørsmål om avtalesensur er det for øvrig litt andre hensyn som kommer inn, herunder betydningen av hvordan avtalen inngås og hvilke muligheter partene har til å finansiere tapet gjennom forsikring. Begge disse hensynene ble nevnt i NJA 2022 s. 354, og er også tillagt stor vekt i norske rettskilder om sensur av ansvarsbegrensninger.⁸ Disse kildene gjelder andre typer av tjenester enn rådgivningstjenester, og det er da mindre naturlig å ta opp særlige spørsmål knyttet til ansvarsgrunnlaget for profesjonsansvaret for slike tjenester.⁹ Artikkelen går derfor ikke inn i spørsmålet om hvilke faglige standard som gjelder for ansvarsvurderingen, men konsentrerer seg om sensurspørsmålet, og da med særlig vekt på de hensyn som er nevnt. En slik avgrensning medfører også at det ikke er meningen å diskutere avtalel. 36 i sin fulle bredde, men å konsentrere seg om de forhold som fremstår som relevante i lys av NJA 2022 s. 354 og rettskildet bildet for øvrig som omhandler ansvarsbegrensninger i profesjonelle forhold.

I punkt 3 redegjøres for NJA 2022 s. 354. Deretter diskuteres dommen i lys av norsk rett (punkt 4), før dommens utgangspunkt om rimelig risikofordeling eller balanse mellom partene drøftes i et bredere perspektiv med særlig vekt på avtaleinngåelsen og forsikringshensyn (punkt 5). Innledningsvis er det grunn til å si litt om forholdet mellom det norsk og nordisk rett.

⁶ Se f.eks. HR 2022-1316 A (eiendomsmegler), Rt. 2002 s. 286 (KMPG), Rt. 1994 s. 1430 (advokat), Rt. 1989 s. 1318 (advokat), Rt. 1958 s. 1019 (advokat).

⁷ Erling Hjelmeng, *Revisors erstatningsansvar*, 2007, s. 114 flg, Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3. utg. ved Hermann Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen og Inger Berg Ørstavik, 2021 (Hagstrøm 2021), s. 492 flg. og Jan-Ove Færstad, «Privatrettslig forbrukervern ved investeringer i finansielle instrumenter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2020 s. 165-260 på s. 229.

⁸ Se nærmere punkt 4.2 nedenfor.

⁹ Færstad s. 229 peker på at avtalebestemmelser som fraviker kravet til profesjonelle standarder «fort» vil «stå i fare for å bli rammet av avtaleloven § 36, særlig i et avtaleforhold mellom et foretak og en forbruker», men denne typen avtaler faller utenfor artikkelen her.

2 Norsk eller nordisk rett

Utgangspunktet i denne artikkelen er norsk rett. I drøftelsen av den norske avtalel. § 36 kan man likevel ikke se bort fra at bestemmelsen er et produkt av nordisk lovsamarbeid, og at dette har resultert i at den er formulert tilnærmet identisk i Norge, Sverige, Danmark og Finland.

Den norske versjonen ble vedtatt i mars 1983. Danmark fikk sin generalklausul i 1975 (i dag Lovbkg. nr. 600 af 8. september 1986, § 36, og Sverige i 1976 (Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (1915:218) § 36). I Finland fikk man først en bestemmelse i konsumentskyddslagen § 4-1 i 1978 – deretter i 1982 en generell bestemmelse i rättshandlingslagen (Lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (1982/956)) § 36.

Innholdet i generalklausulen varierer noe mellom de nordiske land. Den vesentligste forskjellen er at norske, finske og svenske domstoler har hjemmel til å endre avtaleinnholdet, mens danske domstoler ikke har en slik adgang. Denne forskjellen mellom reglene skulle likevel ikke være tilstrekkelig til å forklare eventuelle forskjeller i den praktiske håndtering av bestemmelsene i Norden.¹⁰ Likheten tilsier derfor ensartet tolkning av bestemmelsene. I tillegg kommer at de nordiske landene har tilnærmet samme rettstradisjoner på kontraktsrettens område og at det også er store sosiale og økonomiske likheter. Dette tilsier at den rimelighetsstandard som avtalel. § 36 opererer med vil gis tilnærmet samme innhold i de nordiske landene.¹¹ Det følger også av de norske forarbeidene at et av siktemålene var å bidra til nordisk rettsenhet.¹² Videre er det anført at de norske motivene i stor grad har brukt de svenske motivene som forbilde.¹³ Dette betyr at svensk og dansk rett, og særlig de svenske forarbeidene,¹⁴ som har en grundig redegjørelse for ansvarsbegrensninger, også har betydning for tolkningen av den norske bestemmelsen.

Selv om innholdet i avtalel. § 36 er tilnærmet likt for de nordiske landene, kan det se ut som det er forskjeller mellom landene mht. hvordan bestemmelsen praktiseres for avtaler mellom profesjonelle parter. Som det fremgår nedenfor under punkt 4.2.1 har norsk Høyesterett hittil

¹⁰ Trine-Lise Wilhelmsen, «Avtaleloven § 36 og økonomisk effektivitet», *TJR* 1995 s. 1 (Wilhelmsen 1995) på s. 13 med referanse til Kai Krüger, «Fra norsk praksis omkring avtalelovens § 36 og markedsføringslovens § 9 a, særlig i forbrukerforhold», *JV* 1988 s. 243 på s. 244.

¹¹ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 3. utg. ved Hermann Bruserud, Ivar Alvik, Harald Irgens-Jensen og Inger Berg Ørstavik, 2021 (Hagstrøm 2021), s. 693.

¹² NOU 1979: 32 s. 40, Ot. Prp. Nr. 5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4 m.m. (Generell formuerettslig lempningsregel) (Ot. Prp.) s. 11 flg.

¹³ Hagstrøm 2021 s. 693.

¹⁴ Generalklausul i förmögenhetsrätten, SOU 1974:83 (SOU 1974:83).

ikke satt til side en avtale mellom profesjonelle parter etter avtalel. § 36, mens svensk og dansk rett kan synes mer åpen for dette. I norsk rett har man heller brukt reglene om avtaleinngåelse og avtaletolkning til å gjennomføre skjult avtalesensur for avtaler mellom profesjonelle parter.¹⁵ Hensynet til forutberegnelighet mellom partene i et avtaleforhold taler etter mitt syn klart for at norske domstoler i likhet med f.eks. NJA 2002 s. 354 burde diskutere spørsmålet om avtalesensur åpent. Slik sett kan argumentasjonen i dommen tjene som forbilde for norske domstoler selv om man kan ha forskjellige meninger om vurderingen av momentene.

3 NJA 2022 s. 354

3.1 Saksforhold og resultat

Dommen gjaldt krav om erstatningsansvar fra selskapet Hemät Fastigheter AB (HF) mot en skatterådgiver ansatt hos PwC (PwC) for tap pga. feil begått under rådgivning om omorganiseringen av selskapet. HF er morselskap i et konsern som eier en rekke eiendommer bl.a. i Boden. Bostadsrättsföreningen Hemät (H) i Boden eide eiendommen BT 10. Medlemmene i H besto av selskap i konsernet. HF hadde bestemmende innflytelse over H. HF henvendte seg til PwC i forbindelse med omorganisering av selskapets rettslige struktur. Oppdraget for PwC var å undersøke forutsetningene for en «underprisöverlatelse» av Hs eiendom til et aksjeselskap i konsernet, vurdere om vilkårene for en slik overdragelse var oppfylt og om overdragelsen eventuelt kunne gjennomføres uten noen negative konsekvenser, særlig i skattemessig sammenheng.

PwC kom til at forutsetningen for en slik overdragelse var oppfylt, men pekte på at

«Lagfartsavgift utgår på taxeringsvärdet med 4,25 %. Möjlighet finns dock att ansöka om uppskov med avgiften så länge fastigheten finns kvar i koncernen. Det måste föreligga ett koncernförhållande mellan det bolag som förvärvar [Fastigheten] och [Bostadsrättsföreningen].»

På bakgrunn av rådene fra PwC overførte H sin eiendom til et selskap i konsernet. HF søkte deretter «uppskov» med betaling av stempelskatten fordi aksjeselskapet og H inngikk i samme konsern. Myndighetene kom imidlertid til at en boligforening i henhold til de aktuelle lovreglene om stempelskatt ikke kunne inngå i et konsern. HF måtte betale stempelskatt med 1

¹⁵ Se nærmere Johan Giertsen, *Avtaler*, 4. utg., Universitetsforlaget 2021 (Gjertsen 2021), s. 303-304 med referanser. Eksempler er Rt. 2004 s. 675, se nærmere Hagstrøm 2021 s. 684, og Rt. 2012 s. 1779, se nærmere Gjertsen 2021 s. 168. Eksempler på «åpen sensur» fra svensk rett er NJA 1989 s. 346: Ansvarsbegrensende klausul i forsikringskontrakt med en pelsbutikk; NJA 1998 s. 390, omtalt nedenfor punkt 4.2.3.3. Se for dansk rett U 1993 s. 851, som likevel synes tilsidesatt i senere praksis, se note 75 nedenfor.

507 433 kroner, og krevde dette beløpet erstattet hos PwC. PwC bestred ansvar og viste til at rådgiveren ikke hadde utvist uaktsomhet, det var ikke oppstått noe tap og subsidiært; at ansvaret var begrenset i samsvar med en klausul i kontrakten. Til den subsidiære anførselen var innsigelsen fra HF at ansvarsbegrensningen måtte settes til side etter avtalel. § 36.

Tingretten kom til at PwCs råd om fritak fra stempelskatt ikke kunne regnes som uaktsomt. Hovretten kom til at HF ikke hadde sannsynliggjort at datterselskapet hadde lidd noe tap fordi det ikke var bevist at transaksjonen sammenlagt hadde påført datterselskapet utgifter. Högsta Domstolen kom under dissens 3-2 til at PwC hadde utvist uaktsomhet, at det var sannsynliggjort et tap pålydende stempelskatten, men at PwC kunne påberope seg ansvarsbegrensningen på 10 ganger prisbasisbeløpet etter socialförsäkringsbalken, som utgjorde 440 000 svenske kroner.

3.2 Flertallets vurdering

Flertallet drøftet først spørsmålet om ansvarsbegrensningen var en del av oppdragsavtalen. Ansvarsbegrensningen var inntatt i alminnelige vilkår som ikke var tilgjengelige for HF da avtalen ble inngått, men avtalen henviste til vilkårene og PwC ville skaffe dem på forespørsel. HF leste henvisningen til de alminnelige vilkårene, men regnet med at de var akseptable og valgte ikke å be om dem. Det var derfor ingen tvil om at ansvarsbegrensningen var en del av oppdragsavtalen.¹⁶

Den aktuelle ansvarsbegrensningen fastslo at ansvar som ikke var lovregulert var begrenset til det høyeste av to ganger honoraret eller 10 ganger basisbeløpet etter «socialförsäkringsbalken». Begrensningen gjaldt ikke om «Uppdragstagaren föråsakat skaden genom uppsåt eller grov vårdslöshet».¹⁷ Flertallet i Högsta Domstolen slo kort fast at den «oaktsomhet som förekommet på PwC:s sida kan inte anses som grov».¹⁸ Spørsmålet var derfor om avtalen måtte lempes. Utgangspunktet for denne drøftelsen var at anvendelsen av § 36 alltid skal «göras nyanserat, på sakliga grunder och med viss återhållsamhet». Det måtte også tas hensyn til at bestemmelsen hovedsakelig gjelder for forbrukerforhold og at prinsippet om avtalefrihet har særlig tyngde i kommersielle forhold.¹⁹ Utgangspunktet for vurderingen av ansvarsbegrensninger var «om begränsningen med hänsyn till samtliga omständigheter utgör en orimlig riskavvägning mellan

¹⁶ Avsnitt 29.

¹⁷ Avsnitt 30.

¹⁸ Avsnitt 31.

¹⁹ Avsnitt 33.

parterna».²⁰ Ved denne vurderingen måtte det tas hensyn til rådgiverens rimelige interesse i å beskytte seg mot uaktsomme feil og overseelser. Her var det først og fremst spørsmål om graden av skyld, men også muligheter for finansiering gjennom forsikring på begge sider. Det kunne også ha betydning hvordan ansvarsbegrensningen forholdt seg til den avtalte betalingen for tjenesten.²¹

Den aktuelle ansvarsbegrensningen var inntatt i en avtale som gjaldt en rekke typer oppdrag og kunne ikke regnes som urimelig i seg selv. Spørsmålet var om det var urimelig å gjøre den gjeldende i den aktuelle situasjonen.²² Det kunne ikke «ges någonn större betydelse» at det dreide seg om en ansvarsbegrensning inntatt i en standardavtale og at den derfor ikke hadde vært gjenstand for individuelle forhandlinger.²³

Det som talte for avtalesensur var at PwC hadde påtatt seg et presist rådgivningsoppdrag innenfor eget spesialområde, at kjernen i oppdraget var en bedømmelse av transaksjonens skattemessige konsekvenser, at det var klart forutseelig for PwC hvilket tap HF ville lide om rådet var galt, at PwC kunne forsikre seg mot ansvarsrisikoen med en rimelig premie og at ansvarsbegrensningen på 10 ganger basisbeløpet fremsto som lav i forhold til oppdragets art og omfang og også i forhold til honoraret for rådgivningen, som var ca. 100.000 kroner.²⁴

På den annen side pekte flertallet på at graden av uaktsomhet hadde sentral betydning. Ved rådgivningsvirksomhet av et visst omfang er det ikke til å unngå at det skjer skade pga. uaktsomhet av et mindre kvalifisert slag. Det var normalt rimelig at en oppdragsgiver kunne beskytte seg mot at skader som følge av slike feil ga opphav til omfattende erstatningsansvar.²⁵ Flertallet oppsummerte sin vurdering i avsnitt 40:

”Frågan om en ansvarsbegränsning kan jämkas med stöd av 36 § avtalslagen måste, som redan har angetts, avgöras genom en samlad bedömning av omständigheterna. I detta fall finns det – särskilt mot bakgrund av att den oaktsamhet som kan läggas PwC till last är förhållandevis begränsad – inte anledning att jämka ansvarsbegränsningen.”

3.3 Mindretallets vurdering

²⁰ Avsnitt 34 med henvisning til SOU 1974:83 s. 180 og NJA 2017 s. 113.

²¹ Avsnitt 35.

²² Avsnitt 36.

²³ Avsnitt 37.

²⁴ Avsnitt 38.

²⁵ Avsnitt 39.

Mindretallet på to dommere kom til at ansvarsbegrensningen måtte settes til side, altså et helt annet resultat. Mindretallet la i likhet med flertallet til grunn at PwCs uaktsomhet ikke kunne bedømmes som grov, og delte også flertallets synpunkter på utgangspunktene for vurderingen. Derimot la mindretallet til grunn at uaktsomheten måtte bedømmes som «klart klandervärd» og at det dreide seg om ikke ubetydelig uaktsomhet. Dette måtte veie «förhållandevis tungt» ved rimelighetsvurderingen. Mindretallet mente også at «det bör beaktas» at PwC var en kvalifisert og stor aktør og hadde påtatt seg et «precist rådgivningsoppdrag» innenfor eget spesialområde, og at skaden var klart forutseelig. Det ble også fremhevet at HF ikke hadde noen mulighet til å beskytte seg mot skade ved å formulere oppdraget annerledes eller å forsikre seg mot risikoen for uaktsom rådgivning. Ansvarsbegrensningen hadde ikke vært gjenstand for diskusjon mellom partene og det var forståelig at HF ikke hadde vært tilstrekkelig oppmerksom på den. Et siste moment var at ansvarsfraskrivelsen fremsto som «anmärkningsvärt obalanserad» i forhold til honoraret.

Hovedinntrykket er at mindretallet mente PwCs uaktsomhet var grovere enn flertallet la til grunn, og at de argumentene som flertallet og mindretallet var enige om talte for å sensurere ansvarsbegrensningen ble tillagt mer vekt av mindretallet. Om disse momentene ville være tilstrekkelig til å tilsidesette ansvarsbegrensningen om mindretallet hadde vurdert uaktsomheten på samme måte som flertallet, fremgår ikke.

4 Norsk rett og NJA 2022 s. 354

4.1 Rettslige utgangspunkter

Utgangspunktet i norsk rett er at avtaler skal holdes.²⁶ Utgangspunktet gjelder også avtaler om hel eller delvis fraskrivelse av ansvar. Det er imidlertid to generelle preseptoriske regler som begrenser avtalefriheten. Den første er NL 5-1-2, som forbyr avtaler som er «imod Loven, eller Ærbarhed». Den andre er avtalel. § 36, som angir at avtaler som det er urimelig å gjennomføre kan settes til side helt eller delvis. Bestemmelsen i NL-5-1-2 har ikke noe direkte motstykke i de andre nordiske landene, mens avtalel. § 36 som nevnt er en felles nordisk bestemmelse. Selv om spørsmålet om gyldigheten av ansvarsbegrensninger i dag hovedsakelig dreier seg om avtalel. § 36, utgjør NL 5-1-2 en del av det samlede rettskildebildet.

²⁶ Kong Cristian Den Femtis Norske Lov av 25. april 1687 (NL) 5-1-1. Se for svensk rett Johansson, «Grov vårdslöshet och avtalsfrihet – var står vi i dag med ansvarsfriskrivningar?», *JT* 2015/16 s. 50 på s. 50-52.

I norsk rett har det med utgangspunkt i Rt. 1948 s. 370 vært hevdet at det var er adgang til å fraskrive seg ethvert erstatningsansvar bortsett fra ansvaret for egen forsettlig eller grovt uaktsomme skadeforvoldelse. Dommen gjaldt fraskrivelse av ansvaret overfor gratispassasjerer under motorvognloven av 1926. Høyesterett uttalte enstemmig at det var «overhodet ingen betenkelighet ved å tillate fraskrivelse av erstatningsansvar som grunnes på Norske Lov 3-21-2 eller på eller på motorvognlovens § 30» (s. 372) og fant «det klart at man ikke kan oppstille forbud mot fraskrivelse uten uttrykkelig lovhjemmel» (s. 373).²⁷ Prinsippet om at ansvarsfraskrivelse for eget forsett og grove uaktsomhet ikke kunne aksepteres ble i litteraturen forankret i NL 5-1-2.²⁸ Hagstrøm hevder at NL 5-1-2 også etter vedtagelsen av avtalel. § 36 oppstiller en absolutt bestemmelse om at ansvarsbegrensninger for grov egenskyld er ugyldige.²⁹ Det er også en eldre høyesterettsdom som synes å legge til grunn at ansvarsfraskrivelse for egen grov uaktsomhet er ugyldig.³⁰ Samtidig hevder Hagstrøm at man ikke uten videre kan godta Rt. 1948 s. 370 som grunnlag for å akseptere ansvarsbegrensninger for egen simpel uaktsomhet eller ansattes grove uaktsomhet, og at dette spørsmålet må avgjøres med utgangspunkt i avtalel. § 36.³¹

Det synes likevel omdiskutert i juridisk teori i hvilken utstrekning NL 5-1-2 setter en absolutt grense for ansvarsbegrensninger for grov egenskyld.³² I det videre drøftes spørsmålet om sensur av ansvarsbegrensninger med utgangspunkt i avtalel. § 36, som trekker en mindre skarp grense mellom akseptable og ikke-akseptable ansvarsbegrensninger.³³

4.2 Ansvarsbegrensninger og avtaleloven § 36

²⁷ Viggo Hagstrøm, «Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1996 s 421-518 (Hagstrøm 1996) på s. 421, Hagstrøm 2021 s. 677.

²⁸ Hagstrøm 1996 s. 424-430, s. 464, Hagstrøm 2021 s. 679, s. 681-682.

²⁹ Hagstrøm 1996 s. 464 og s. 475, se også Hagstrøm 2021 s. 695.

³⁰ Rt. 1926 s. 712, som likevel ikke refererer til NL 5-1-2.

³¹ Hagstrøm 1996 s. 424, Hagstrøm 2021 s. 679, s. 681-682.

³² Se gjennomgangen hos Hagstrøm 2021 s. 681-683. Se også Hans Jacob Bull, *Tredjemannsdekninger i forsikringsforhold*, Oslo 1988, (Bull) s. 394 og note 151, Trine-Lise Wilhelmsen, «Liability and insurance clauses in contracts for vessel services in the Norwegian offshore sector - the knock for knock principle», *Knock-for-Knock Indemnities and the Law: Contractual Limitation and Delictual Liability (Contemporary Commercial Law)* 1st Edition 2023, Kristoffer Svendsen, Endre Stavang, Greg Gordon (red), (Wilhelmsen 2023), s. 176-178.

³³ Hagstrøm 2021 s. 694. Se også Woxholth 2021 s. 338, som om alternativet avtaler mot ærbærhet i NL 5-1-2 angir at «denne siden av bestemmelsen konsumeres i det alt vesentlige av avtaleloven § 36». Likevel er det områder hvor NL 5-1-2 synes å passe bedre, se Giertsen 2021 s. 247 flg., men det gjelder andre spørsmål enn de som drøftes her.

4.2.1 Innledning

Avtaleloven § 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.

Vilkåret for sensur etter bestemmelsen er at det «ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk» å gjøre avtalen gjeldende. Alternativet «i strid med god forretningsskikk» har begrenset selvstendig betydning ved siden av vilkåret «urimelig».³⁴

Bestemmelsen gir anvisning på en konkret rimelighetsvurdering.³⁵ Det er ikke krav om at det aktuelle avtalevilkåret generelt er urimelig, men at det er urimelig å gjøre det gjeldende i det konkrete tilfellet. Det er derfor ikke avgjørende om den aktuelle ansvarsbegrensningen er alminnelig benyttet innenfor en sektor hvis den får en urimelig virkning i den enkelte sak. Dette stemmer med tilnærmingen i NJA 2022 s. 354 avsnitt 36, som peker på at ansvarsfraskrivelsen fantes i «de nu tillämpliga allmänna vilkoren, som är avsedda för en rad skilda sorters uppdrag». Det forhold at en ansvarsbegrensning er inntatt i en alminnelig benyttet standardavtale er derfor ikke i seg tilstrekkelig til at den ikke kan sensureres. Dette må også gjelde hvor standardavtalen er fremforhandlet mellom partene, men her kan momentene i rimelighetsvurderingen slå forskjellig ut, jf. nedenfor 4.2.2 og 4.2.3.

Forarbeidene har følgende uttalelse om den generelle terskelen for å lempe en avtale:³⁶

«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 i seg selv et ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope».

³⁴ Se Rt. 2013 s. 388 (avsnitt 52), med henvisning til Ot.prp. nr. 5 (1982–83) side 31: «[d]et som er i strid med god forretningsskikk, vil i regelen også være urimelig». Se også Giertsen 2021 s. 291 og s. 293-294, Woxholth 2021 s. 404.

³⁵ Woxholth 2021 s. 404-405, Hilde Hauge Karnov Kommentar til avtal. § 36 (Hauge) note 5.

³⁶ Ot.prp. nr. 5 (1982–83) s. 30.

Uttalelsen er gjengitt i flere avgjørelser fra Høyesterett der avtaleloven § 36 har vært påberopt.³⁷ Den er også videreført i Rt. 2013 s. 769, som gjaldt krav om revisjon av et forsikringsoppgjør etter et trafikkuhell. Oppgjøret la til grunn at skadelidtes ervervsevne var i behold, og omfattet derfor ikke fremtidig inntektstap. Da ervervsevnen senere ble redusert til 50 %, fremmet skadelidte krav om erstatning for lidt inntektstap og tap i fremtidig erverv. Høyesterett kom til at avtaleloven § 36 under enhver omstendighet ga skadelidte anledning til å fremme sitt krav om erstatning for redusert ervervsevne, og at det da ikke var nødvendig å ta stilling til hvordan oppgjørsavtalen måtte forstås. Høyesterett uttalte i avsnitt 45 at rettspraksis gjennomgående understreker «det klare utgangspunkt at avtaler skal holdes, og det er klart dekkende å si at det er tale om en heller snever unntaksbestemmelse».

Avtaleloven § 36 inneholder ingen begrensning med hensyn til hva slags avtaler eller avtaleparter den kan anvendes på. Selv om den først og fremst tar sikte på forbrukerforhold, som for øvrig hovedsakelig er regulert i avtalel. § 37, er det klart at den også kan anvendes på profesjonelle avtaler, herunder avtaler om rådgivningstjenester som dommen gjelder.³⁸ Men på samme måte som presisert i NJA 2022 s. 354 avsnitt 33 kreves det vesentlig mer for å lempe en avtale i kommersielle forhold hvor prinsippet om avtalefrihet veier tungt.³⁹ Med utgangspunkt i uttalelsen om «klar» urimelighet i forarbeidene referert ovenfor og at det ifølge Rt. 2013 s. 769 dreier seg om en «heller snever unntaksbestemmelse» også i forbrukerforhold, synes man her å legge listen ekstremt høyt, jf. også nedenfor.

Selv om lemping av kommersielle avtaler ikke er utelukket, gir norsk høyesterettspraksis inntrykk av at hensynet til forutberegnelighet gjennomgående prioriteres høyere enn hensynet til rimelighet og lojalitet.⁴⁰ Det er ingen høyesterettsdom der et krav om sensur etter avtalel. § 36 har ført frem mellom profesjonelle parter.⁴¹ Det er for øvrig generelt veldig få

³⁷ Se for eksempel Rt. 2011 s. 1359 (avsnitt 45), Rt. 2012 s. 355 (avsnitt 55-56), Rt. 2013 s. 388 (avsnitt 53) og Rt. 2013 s. 769 (avsnitt 44). Teorien er mer kritisk. Woxholth 2021 s. 395-396 mener det «er grunn til å være kritisk overfor en slik bruk av forarbeidene», jf. også s. 405 om at «rimelighetsstandarden» er «konkret og relativ». Giertsen 2021 s. 294–295 peker på at forarbeidene «gir tvetydige signaler». Se også Hauge note 5 og Hagstrøm 2021 s. 309-311.

³⁸ NOU 1979: 32 s. 47 og s. 61, Ot. Prp. s. 33, SOU 1974:83 s. 111, Regjeringens proposisjoner 247/1981 s. 14, Kai Krüger, *Kontraksrett* 1989, s. 422, Hagstrøm 2021 s. 312 flg., Giertsen 2021 s. 300 flg., Wilhelmssen 2023 s. 178.

³⁹ Rt. 1999 s. 922 på s. 932, Rt. 2000 s. 806 på s. 816, Rt. 2003 s. 1132 avsnitt 46. Særlig for olje- og gass sektoren se ND 1990 s. 204 NV Ula og ND 2000 s. 240 NV Troll. Se også Hagstrøm 2021 s. 312-313, Giertsen 2021 s. 300 flg..

⁴⁰ Giertsen 2021 s. 261-262 og s. 301-303.

⁴¹ Se gjennomgangen hos Giertsen 2021 s. 301-302. Derimot er det eksempel på lemping i voldgiftspraksis, se ND 1985 s. 234 NV «Mascot» og særlig upublisert voldgiftsdom 18. desember 2013 med lemping av ansvarsbegrensning i sak om profesjonsansvar, omtalt hos Tommy Thomsen, *Avtalte ansvarsbegrensninger*

høyesterettsdommer hvor avtalen er satt til side i løpet av de siste 20 årene, og de sakene som har ført til avtalerevisjon er mindre relevante i vår sammenheng.⁴² Det er derfor uklart hvor terskelen for sensur av ansvarsbegrensninger skal legges for profesjonelle kontrakter.

4.2.2 Momentene i rimelighetsvurderingen

Spørsmålet om avtalesensur skal avgjøres med utgangspunkt i en helhetsvurdering som tar hensyn til «avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig». For ansvarsbegrensninger er det først og fremst momentet «avtalens innhold» som er relevant, jf. nedenfor 4.2.3, men her ses det kort på hvordan de øvrige momentene kan supplere momentet «avtalens innhold».

Momentet «partenes stilling» refererer først og fremst til situasjonen hvor en av partene mangler kunnskap eller erfaring til å forstå avtalen, eller hvor det er klar ulikhet mellom partene under avtaleinngåelsen.⁴³ Som et generelt moment synes dette hensynet mindre relevant for kommersielle avtaler, selv om mindretallet i NJA 2022 s. 354 peker på at det selv om skadelidte i saken ikke hadde en «direkt underlägsen stillning» var PwC en kvalifisert og stor aktør.⁴⁴

Momentet «forholdene ved avtalens inngåelse» refererer til tvang, misbruk av forhandlingsstyrke, utnyttelse og asymmetrisk informasjon.⁴⁵ Dersom en ansvarsbegrensning kombineres med mangelfull informasjon om denne klausulen er argumentene for tilsidesettelse sterkere. I NJA 2022 s. 354 avsnitt 37 pekte flertallet på at det ikke spilte noen rolle om ansvarsbegrensningen var tatt inn i alminnelige vilkår lagt fram av PwC, men som ikke hadde vært gjenstand for noen individuell vurdering. Mindretallet ville derimot gi dette «betydelse» og pekte på at bestemmelsen ikke hadde vært gjenstand for noen diskusjon mellom partene og at det

og ordre public, masteravhandling publisert

<https://www.idunn.no/doi/epdf/10.18261/9788215027326201813>. Også i TOSLO-2011-623535 ble en ansvarsbegrensning fra en profesjonell tilrettelegger av et obligasjonslån satt til side. Se også Woxholth s. 394.

⁴² Rt. 2014 s. 351: Kraftselskap fritatt fra grunneierens krav om å inngå ny avtale som ville gi grunneieren 50 % av overskuddet uten noen motytelse; Rt. 2013 s. 769: Revisjon av forsikringsoppgjør som ikke tok hensyn til tap av ervervsevne, og denne viste seg å bli 50 %; Rt. 2013 s. 388: Tilsidesettelse av investering i strukturerte spareprodukter pga. misvisende informasjon om sentrale parametere for investeringen og risikoen for tap; Rt. 2008 s. 969: Misvisende takst ved videresalg av maleri; Rt. 2001 s. 603: Videreføring av avtalen fremsto som meningsløst.

⁴³ Woxholth 2021 s. 439 flg., Giertsen 2021 s. 262-263 og s. 511 flg., Wilhelmsen 1995 s. 74 flg..

⁴⁴ Utskrift av dommen s. 18.

⁴⁵ Giertsen 2021 s. 306 flg., Woxholth 2021 s. 414 flg., Wilhelmsen 1995 s. 88 flg..

var forståelig at skadelidte HF gikk ut fra at PwC brukte rimelig avtalevilkår.⁴⁶ Det er som nevnt foran 3.3 uklart hvilken vekt mindretallet tilla dette momentet i forhold til aktsomhetsvurderingen, men ut fra flertallets vurdering var det ikke tilstrekkelig til å gjøre avtalen urimelig. Et eksempel i norsk rett på at manglende informasjon om det urimelige vilkåret ble tillagt avgjørende vekt for den samlede rimelighetsvurderingen er Rt. 2013 s. 388, som riktignok gjaldt forbrukerforhold og ikke en avtale om ansvarsbegrensning:

Saken gjaldt en forbruker R som i 2000 kjøpte lånefinansierte ikke rentebærende aksjeindeksobligasjoner fra bank B. Ved forfall av obligasjonene i 2000 skulle lånet tilbakebetales til B, mens R skulle tilordnes avkastning på obligasjonene beregnet med utgangspunkt i spesifiserte aksjeindekser. Fall i indeksene i perioden 2000-2006 medførte at det ikke ble noen avkastning, samtidig som R måtte dekke renter og omkostninger på lånet. Høyesterett la til grunn at risikoen som følge av avtalen for B var beskjeden, mens R løp en betydelig risiko pga. lånefinansieringen. Beregninger viste at R mest sannsynlig ville tape på investeringen. Produktet var dessuten komplisert og vanskelig å forstå for en forbruker. B hadde markedsført produktet som en meget god investering med gunstig lånefinansiering, og også gitt misvisende informasjon om forholdet mellom avkastning og stigning i indeksene. Høyesterett kom til av avtalene måtte settes til side og har følgende uttalelse i avsnitt 123 om avtalens innhold: «Ut fra en samlet vurdering av avtalene mellom Røeggen og banken, og på tross av de innvendinger som jeg har pekt på vedrørende balansen i avtaleforholdet, har jeg kommet til at det ikke er grunnlag for tilsidesettelse av avtalene etter avtaleloven § 36 alene ut fra deres innhold. En annen sak er at balansen i avtaleforholdet får betydning for den informasjon som banken måtte gi om produktene». Deretter gjennomgår Høyesterett den mangelfulle informasjonen og fremhever i avsnitt 128 at banken bl.a. burde ha «forklart risikoen ved produktene og konsekvensene av lånefinansiering på en måte som var tilpasset ikke-profesjonelle investorer». Videre angis i avsnitt 128: «Når materialet Røeggen fikk som grunnlag for sin investeringsbeslutning, i tillegg inneholdt direkte misvisende opplysninger om vesentlige parametere, må det samlet få konsekvenser for avtalenes gyldighet. De viktigste av disse var uriktig angivelse av «break even» og uriktige opplysninger om avkastningspotensialet ved moderat stigning i indeksene. Feilene ga sammen med bankens ensidige bilde av fortjenestemulighetene i sum et fortegnert bilde av utsiktene til fortjeneste på investeringen i aksjeindeksobligasjonene».

I NJA 2022 s. 354 dreide det seg i motsetning til Rt. 2013 s. 388 ikke om «misvisende opplysninger», men om at skadelidte ikke hadde gjort seg kjent med de vilkår som avtalen henviste til. I utgangspunktet må man kunne regne med at profesjonelle parter ber om og leser avtalevilkårene, og da kreves det sterkere grad av urimelighet knyttet til innholdet før manglende informasjon om dette skal føre til at avtalen settes til side. I forhold til informasjonsmomentet har imidlertid i NJA 2022 s. 354 en viss parallell til Rt. 2004 s. 675 Agurkpinne. Denne dommen gjaldt ikke avtalel. § 36, og utgjør derfor et eksempel på såkalt «skjult sensur», jf. ovenfor punkt 2. Men den viser at manglende informasjon kan tillegges betydelig vekt ved ansvarsbegrensninger:

⁴⁶ Utskrift av dommen s. 17.

Saken gjaldt krav om erstatning fra en agurkprodusent mot en leverandør av splittbambuspinner som ble benyttet som støttepinner ved agurkproduksjon, for tap fordi pinnene var smittebærende og påførte agurkene en plantesykdom. Høyesteretts flertall på tre dommere fant at pinnenes smittebærende egenskaper var å anse som en mangel, jf. kjøpsloven § 17 annet ledd bokstav a. Agurkprodusenten ble tilkjent erstatning etter selgers kontrollansvar for mangler, jf. § 40 første og annet ledd, jf. § 27. Selv om tapet var stort, ble kravet til adekvat årsakssammenheng ansett oppfylt, jf. § 67 første ledd 2. punktum. Leverandøren påberopte seg imidlertid at ansvaret måtte begrenses etter følgende klausul som var inntatt i de sluttседler som fulgte fraktbrevet:

«Vi har salgspant i de solgte varer inntil kjøpesummen inklusive renter og omkostninger er fullt betalt. Etter forfall beregnes for tiden 12% rente pr. år. Solgte varer tas ikke i retur. Eventuelle reklamasjoner må være oss i hende senest innen 8 dager. Det gis ikke erstatning utover fakturaverdi, eller utover hva våre vareleverandører erstatter. Det tas forbehold om prisendringer som følge av valutaendringer».

Her uttaler Høyesterett i avsnitt 73:

«Partene er enige om at den bestemmelse om ansvarsbegrensning som er inntatt i disse salgsbetingelsene, ikke har vært omtalt i forhandlingene mellom partene. Etter det som er opplyst, har Vekstmiljø AS tatt denne bestemmelsen inn i salgsbetingelsene etter mønster fra andre vareleverandører i bransjen. Bestemmelsen er ikke gitt noen fremtredende plass, Da denne ansvarsbegrensningsklausulen medfører en betydelig overføring av risiko fra selger til kjøper, og ikke har vært omtalt i forhandlingene mellom partene, finner jeg det klart at den ikke kan anses vedtatt av Aase Gartneri».

Fremgangsmåten for avtaleinngåelsen har mye til felles med situasjonen i NJA 2022 s. 354, og selv om det i Rt. 2013 s. 388 legges vekt på «misvisende informasjon» kan det derfor argumenteres med at manglende vedtagelse i hvert fall kunne gi grunnlag for «skjult sensur» i norsk rett ved saksforholdet i den svenske dommen.

Hvis partene derimot fremstår som tilnærmet like profesjonelle og har full informasjon om den aktuelle klausulen, vil momentene partenes stilling og forholdene ved avtaleinngåelsen ikke gi noe argument for sensur. I slike tilfeller tilsier den generelt høye terskelen for sensur som beskrevet i 4.2.1 at det skal mye til for at avtalens innhold i seg selv medfører at det vil virke urimelig å gjøre den gjeldende.⁴⁷ Et eksempel på ansvarsfraskrivelse som synes å falle i denne kategorien, er knock for knock reguleringen i Norsk Fabrikasjonskontrakt.⁴⁸ Knock for knock

⁴⁷ Hauge note 8. Se også Wilhelmsen 1995 s. 48.

⁴⁸ Norsk Fabrikasjonskontrakt 2015 (NF), <https://www.norskindustri.no/dokumenter/leveringsbetingelser/nfntk-standardkontrakter/> Se om knock for knock reguleringen Bull Del IV, Knut Kaasen, *Petroleumskontrakter*, 2018 (Kaasen), Del VIII, Monika Zak, *Ansvarsregulering i borekontrakter – Gyldighetssensur i norsk, engelsk og amerikansk rett*, Master Paper 19.05.2012 <https://www.duo.uio.no/handle/10852/35075> (Zak), Johan Schelin, «Total friskrivning från ansvar för sak- och personskador – knock for knock principen», *JT* 1993/94 s. 131 flg., Knut Kaasen, «Limiting and channeling liability under offshore construction contracts in Norway», *Knock-for-Knock Indemnities and the Law: Contractual Limitation and Delictual Liability*

prinsippet går ut på at partene gjensidig fraskriver seg ansvar for skade som påføres den annen part i kontrakten.⁴⁹ Ansvarsfraskrivelsen er kombinert med en plikt til å tegne forsikring som omfatter de tap som kan oppstå.⁵⁰ Partene avtaler dette direkte seg imellom i den enkelte avtale, men systemet er gjennomført tvers gjennom hele kontraktsystemet mellom oppdragsgiver og dennes tilhørende selskaper og leverandør med underleverandører. Regelverket gir en systematisk risikofordeling av mulige skader og tap med hensiktsmessig finansiering gjennom forsikring som er fremforhandlet av begge parter, har lang tradisjon og er kjent i bransjen.

Spørsmålet i det følgende blir hva som skal til for at en ansvarsbegrensning regnes som et urimelig innhold hvis man forutsetter at partene er jevnbyrdige og at skadelidte har tilstrekkelig informasjon om ansvarsfraskrivelsen, slik flertallet vurderte situasjonen i NJA 2022 s. 354.

4.2.3 Særlig om avtalens innhold som moment for avtalesensur

4.2.3.1 Rettskilder og oversikt

De norske forarbeidene til avtalel. § 36 sier lite om ansvarsbegrensninger, men uttaler på generell basis at det ved rimelighetsvurderingen ofte vil «være rimelig å ta utgangspunkt i en sammenligning med de virkninger som ville følge av deklarasjonelle rettsregler, der slike eksisterer».⁵¹

Utgangspunktet i norsk erstatningsrett er at skadevolder er ansvarlig for skadevolders fulle økonomiske tap, jf. skl. § 4-1.⁵² En ansvarsbegrensning avviker derfor fra dette utgangspunktet. At en bestemmelse er deklarasjonell betyr imidlertid samtidig at partene står fritt til å avtale noe annet. Avvik fra deklarasjonell rett er derfor i seg selv normalt ikke avgjørende for å si at avtalen er urimelig.⁵³ Det avgjørende må være om avviket har saklig grunn.⁵⁴ Vi har imidlertid ikke mye høyesterettspraksis i norsk rett om når en ansvarsbegrensning utgjør en «saklig grunn» til å fravike prinsippet om full erstatning. Vi har som nevnt ovenfor punkt 1 ingen slik dom som

(*Contemporary Commercial Law*) 1st Edition 2023, Kristoffer Svendsen, Endre Stavang, Greg Gordon (red) (Kaasen 2023) s. 118 på s. 125 flg., Wilhelmsen 2023 s. 164-175.

⁴⁹ Se NF 2015 art. 30.

⁵⁰ Se NF 2015 art. 31.

⁵¹ NOU 1979:32 s. 50.

⁵² Lov om skadeserstatning 13. juni 1996 nr. 26 (skl.)

⁵³ Rt. 2001 s. 716 på s. 721, Giertsen 2021 s. 316.

⁵⁴ Giertsen 2021 s. 316.

gjelder ansvarsbegrensning for profesjonsansvar tilsvarende NJA 2022 s. 354. Den eneste høyesterettsdommen som omhandler ansvarsbegrensning, er Rt. 1994.626, som gjelder ansvarsbegrensning i den nordiske spedisjonskontrakten NSAB. Det er også noen danske høyesterettsdommer som angår denne ansvarsbegrensningen. Videre er det en del litteratur, både generelt om ansvarsbegrensninger og mer spesielt om knock for knock prinsippet i Norsk Fabrikasjonskontrakt.

Samlet innebærer dette at det relevante rettskildematerialet i stor utstrekning gjelder transport- og offshore rett. Det har likevel interesse å undersøke dette materialet fordi det belyser hvilke momenter som kan ha generell betydning for spørsmålet om en ansvarsbegrensning i profesjonelle avtaleforhold har «saklig grunn».

Med utgangspunkt i Rt. 1948 s. 370 har det som nevnt vært vanlig å hevde at ansvarsbegrensning for grov egenskyld hos skadevolder selv (ledelsen) er forbudt etter NL 5-1-2 og i hvert fall må settes til side som urimelig etter avtalel. § 36. Det kan derfor være hensiktsmessig å dele drøftelsen etter skyldgrad og hvem som er skadevolder.

4.2.3.2 Forsett hos ledelsen

Det synes å være bred enighet om at en ansvarsfraskrivelse for skade eller tap som følge av eget forsett ikke kan aksepteres.⁵⁵ Ansvarsbegrensningen i NJA 2022 s. 354 gjaldt heller ikke ved forsett hos «Uppdragstagaren». Begrepet «forsett» beskriver den skyldformen som foreligger når den som utfører en handling gjør det bevisst (etter bevissthetsteorien) eller har hatt vilje til å foreta handlingen (etter viljesteorien).⁵⁶ I erstatningsretten blir «handling» den skadevoldende handlingen slik at begrepet omfatter både selve handlingen og det forhold at handlingen fører til skade.⁵⁷ Erstatningsretten sonderer mellom to typer av forsett. Den første er hensiktsforsett, som foreligger hvor skadevolder har påført skadelidte skade med hensikt.⁵⁸ Dette er neppe praktisk i vår sammenheng. Den andre er sannsynlighetsforsett, eller alminnelig forsett, som betyr at skadevolder har regnet det som overveiende sannsynlig at skaden vil oppstå.⁵⁹ En oppdragstaker må altså under gjennomføringen av oppdraget bevisst foreta handlinger eller

⁵⁵ Kai Krüger: *Norsk Kontraksrett*, 1989 s. 784 med referanser, Bull s. 394 og note 151 med referanser, Kaasen s. 777, s. 785, Hagstrøm 1996 s. 464, Hagstrøm 2021 s. 679, 681-682, Kaasen 2023 s. 137-138. En illustrasjon på dette prinsippet er ND 1988 s. 263 «Mørland 7» NV.

⁵⁶ | [Forsett – Wikipedia](#)

⁵⁷ Derimot kreves ikke forsett mht. den konkrete skadefølgen, jf. Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, 2 utg. 2019 (Hagstrøm/Stenvik) s. 161 og note 257.

⁵⁸ [Forsett – Wikipedia](#), Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, 2 utg. 2019 (Hagstrøm/Stenvik) s. 160, Trine-Lise Wilhelmsen og Birgitte Hagland, *Om erstatningsrett*, 2017 (Wilhelmsen/Hagland), s. 140.

⁵⁹ Hagstrøm/Stenvik s. 160-161, Wilhelmsen/Hagland s. 140.

unnlatelser som man regner det som sannsynlig vil påføre oppdragsgiver et tap. Teorien nevner som eksempel bevisst tilsidesettelse av medkontrahentens interesser, f.eks. ved bevisst nedprioritering av oppdrag pga. knappe ressurser som kan føre til tap pga. forsinkelser.⁶⁰

For en rådgiver kan situasjonen være at rådgiveren har for få ressurser i forhold til sine totale forpliktelser og derfor bevisst gir en oppdragsgiver ukvalifisert personell eller for lite tid i forhold til det oppdraget i realiteten krever, og er klar over at dette sannsynligvis kan føre til at det gjøres feil som kan føre til tap. En oppdragsgiver må normalt kunne regne med at oppdragstakeren ikke bevisst nedprioriterer hans interesser til fordel for seg selv eller andre kunder. Dette gjelder også i tilfeller hvor oppdragsgiveren er informert om selve ansvarsfraskrivelsen. Men om oppdragsgiveren mot formodning er informert om at oppdragsgiver har begrenset med ressurser for det aktuelle oppdraget og har akseptert dårlig kvalitet mot rabattert pris er det ikke uten videre gitt at man kan anvende avtaleloven § 36.⁶¹ Det kan derfor argumenteres med at forsett hos ledelsen ikke i seg selv bør gi grunnlag for at avtalens innhold er urimelig, og at man heller bør se på balansen i avtalen med utgangspunkt i partenes ytelser og hvordan den samlede risikoen for skade er regulert i avtalen jf. nærmere nedenfor punkt 4.2.3.3 og punkt 5.

4.2.3.3 Grov uaktsomhet hos ledelsen

Ved grov uaktsomhet hos ledelsen er det mer uklart om ansvarsbegrensningen kan godtas. Spørsmålet er ikke omtalt i de norske forarbeidene. Derimot gir de svenske forarbeidene, som fungerte som forbilde for de norske forarbeidene, jf. foran 2, uttrykk for at gyldigheten av ansvarsfrihetsklausuler ikke skal begrenses til en viss skyldgrad, men heller vil avhenge av en totalvurdering av de spesielle forholdene ved den aktuelle kontrakten:⁶²

«Å andra sidan kan försäkrings- och kanaliseringssynpunkter medföra avsevärda förskjutningar till skadevållarens förmån. Om den som lider skada har möjlighet att skydda sig genom försäkring och detta är brukligt eller han har blivit uppmärksamgjord härpå, kan en ansvarsfriskrivning som annars inte vore tillåten böra godtas jfr angående västtysk rätt avsnitt 4.4. Särskilt gäller detta när försäkring faktiskt har tecknats, så att ansvarsfriskrivningen i realiteten har den betydelsen att regressrätten inskränks. En rationell utformning av försäkringsskyddet, med beaktande även av kostnaderna för genomförande av regresser, bör givetvis inte hindras genom en stel tillämpning av principer om jämkning av ansvarsfriskrivningar.»

⁶⁰ Kaasen 2023 s. 138 note 59, Krüger s. 784, begge for kontraktsrettslig misligholdsansvar.

⁶¹ Dette forutsetter at en slik oppdragsbeskrivelse er akseptabel, jf. foran punkt 1, og at tjenesteyter til tross for beskrivelsen blir ansvarlig for feil.

⁶² SOU 1974:83 s. 180-181.

Det er meg bekjent ingen norsk dom som angår grov uaktsomhet hos det skadevoldende selskapet. Ansvarsbegrensningen i NJA 2022 s. 354 gjaldt ikke for grov uaktsomhet hos oppdragstaker, og både flertallet og mindretallet presiserte at PwC ikke hadde utvist grov uaktsomhet selv om de var uenige om hvor grov feilen var. Ansvarsbegrensningen omtaler ansvarssubjektet som «Uppdragstagaren», og skadevolder omtales i domspremissene som «PwC». Det kan derfor se ut som man likestiller ledelsen og den aktuelle rådgiveren, og at ansvarsbegrensningen derfor ikke gjelder for grov uaktsomhet verken hos ledelsen eller den ansatte. Spørsmålet om avtalesensur blir derfor ikke aktuelt i disse tilfellene.

En viss åpning for å godta ansvarsfraskrivelser ved grov uaktsomhet hos ledelsen har derimot støtte i dansk høyesterettspraksis knyttet til den nordiske speditørkontrakten Nordisk Speditørforbunds Alminnelige Bestemmelser (NSAB), som er en nordisk standardkontrakt for spedisjons- og transporttjenester fremforhandlet mellom speditørene og deres kunder og med en lang tradisjon.⁶³ NSAB fastslo tidligere at speditørens ansvar var begrenset uavhengig av skyld.⁶⁴ Denne ansvarsbegrensningen ble akseptert i U 2005 s. 243 og U 2006 s. 632. I U 2005 s. 243 anførte skadelidte at ansvarsbegrensningen i NSAB 85 ikke omfattet grov uaktsomhet, og subsidiært at den i så fall måtte settes til side etter avtalel. § 36. Anførselen om avtalel. § 36 ble imidlertid fremsatt først under domsforhandlingen, og ble derfor ikke hensyntatt av Høyesterett, som kun uttaler at grov uaktsomhet ikke «avskærer speditøren» fra å påberope seg ansvarsbegrensningen. Sø- og handelsretten la til grunn at både transportselskapet og speditørselskapet utviste grov uaktsomhet. I U 2006 s. 632 var situasjonen at selskapet hadde gjort feil ved planlegging og utførelsen av tjenesten. Det sies ikke direkte at misligholdet var grovt uaktsomt, men dette synes forutsatt i underretten, som satte ansvarsbegrensningen til side uten å nevne grunnlaget for dette. For Høyesterett anførte skadelidte at ansvarsbegrensningen måtte settes til side etter avtalel. § 36. Dette ble avvist av dansk Højesteret:

«NSAB 2000 er blevet til efter drøftelse mellem brancheorganisationer for transportører og transportkøbere. Ansvarsbegrænsningen i § 22, jf. § 5, indgår sammen med en række andre bestemmelser i disse standardvilkår, som må antages at hvile på en samlet afvejning, herunder af hensynet til forsikringsmulighederne. På denne baggrund finder Højesteret ikke grundlag for i

⁶³ Gjeldende NSAB er NSAB 2015 [NSAB 2015 norsk \(nholt.no\)](http://www.nholt.no) forhandlet mellom Nordisk Speditørforbund på den ene siden og Dans Erhverv, ICC Finland og Finnish Shipper' Council, NHO/Norsk Industri og Svenskt Näringsliv på den andre.

⁶⁴ NSAB 1975 § 25, NSAB 1985 § 21 bokstav a, jf. § 4 annet ledd (begrensningen gjelder ikke forsett), NSAB 2000 § 22 jf. § 5 (begrensningen gjelder ikke forsett). I NSAB 2015 § 6 annet ledd er det nå inntatt bestemmelser om at ansvarsbegrensningene i kontrakten ikke kan påberopes ved forsett eller grov uaktsomhet hos speditøren selv eller hans ansatte.

medfør af aftalelovens § 36 at tilsidesætte ansvarsbegrænsningen i videre omfang end bestemt i § 5».

Norsk juridisk teori som ikke er knyttet til knock for knock prinsippet synes å være enige om at slike ansvarsfraskrivelser må settes til side fordi de virker støtende, altså tilsvarende argumentasjonen bak NL 5-1-2.⁶⁵

Teorien som diskuterer knock for knock prinsippet er todelt. Teoretikere som arbeider med offshore- og sjørett argumenterer for at disse ansvarsfraskrivelsene bør aksepteres også ved grov uaktsomhet hos ledelsen.⁶⁶ Begrunnelsen er nær knyttet til de karakteristiske trekkene ved offshore sektoren og hensynene bak reguleringen.⁶⁷ Sentrale elementer knyttet til ansvarsreguleringen er at store investeringer, høy skaderisiko og mange involverte parter skaper behov for kontroll med ansvarsrisikoen for å unngå langvarige og kostnadskrevende erstatningsrettslige tvister som kan være ødeleggende for samarbeidet mellom partene og skaper uforutsigbar risiko for tap.⁶⁸

Sentrale elementer knyttet til forsikringsreguleringen er at tap som følge av skade er finansiert gjennom hensiktsmessig forsikringsdekning. Dette oppnås ved å unngå at samme risiko er forsikret både hos skadevolder i form av ansvarsforsikring og hos skadelidte gjennom hhv. tingsforsikring og personforsikring, fordi begge parter da må betale premie for samme skade i tillegg til at det oppstår kostnader knyttet til regress fra skadelidtes forsikringer mot skadevolders ansvarsforsikring. I valget mellom disse dekningene regnes det som mest hensiktsmessig at risikoen finansieres gjennom skadelidtes forsikringer.⁶⁹ Dette har sammenheng med at enhver part i petroleumssektoren på grunn av den store risikoen involvert må forsikre sine interesser ut fra sin egen risk-management strategi. Ansvarsforsikring hos skadevolder finansierer bare risikoen for tap/skader voldt av skadevolder, ikke tap/skade voldt av f.eks. naturforhold eller annen risiko hvor det ikke er noen ansvarlig skadevolder. Enhver deltager må derfor forsikre sine egne interesser uansett. Den aktuelle skade/taps risikoen for partene gjelder formuesgjenstander i form av eierandeler i byggegjenstanden og gjenstander som brukes under byggingen og personskade hos ansatte. Disse interessene er forsikringsbare i forsikringsmarkedet gjennom

⁶⁵ Hagstrøm 1996 p. 422, s. 478 flg., Hagstrøm 2021 s. 683, Jo Hov and Alf Petter Høgberg, *Alminnelig avtalerett*, Oslo 2009, s. 402, Lasse Simonsen, «Kreditors mangelsbeføyelser – særlig for tilvirkningskontraktene», *Jussens Venner* 1999 s. 305 på s. 380, Zak s. 41.

⁶⁶ Bull s. 391 flg., Kaasen s. 776 flg., Kaasen 2023 s. 145 flg., Wilhelmsen 2023 s.175 flg., se også Erik Røsæg, «Lastehåndterings og forvaringstjenester», *Marlus* nr. 271, s. 41.

⁶⁷ Se om hensynene bak knock for knock prinsippet Bull s. 349 flg., Kaasen s. 765 flg., Kaasen 2023 s. 125 flg., Wilhelmsen 2023 s.171 flg.

⁶⁸ Kaasen s. 765-766, Kaasen 2023 s. 125-126, Wilhelmsen 2023 s. 172.

⁶⁹ Bull s. 349-350, Wilhelmsen 2023 s. 172-173.

tingskadeforsikring, og personforsikring i form av yrkesskadeforsikring og ulykkesforsikring. Tapet kanaliseres til forsikringen ved at tingsforsikrings- og personforsikringsselskapet fraskriver seg rett til å kreve regress hos skadevolder.⁷⁰

Argumentasjonen for å godta ansvarsfraskrivelsen er at knock for knock systemet er støttet av begge kontraktsparter,⁷¹ den er gjensidig, og at ansvarsfraskrivelsen er kombinert med en regulering av forsikring som sikrer at alle tap kanaliseres til en forsikring.⁷² De preventive hensyn bak erstatningsretten har mindre betydning i offshoresektoren pga. lovregulerte kontrollrutiner, det tette forholdet mellom myndighetene og selskapene og en antagelse om at selskapene ønsker å videreføre aktivitet gjennom nye konsesjoner.⁷³

Hagstrøm argumenterer for at også knock for knock reguleringene må settes til side hvis det dreier seg om grov uaktsomhet hos ledelsen. Argumenter er at aktiviteten medfører risiko for personskade og forurensning, at transaksjonskostnadene er små sammenlignet med viktigheten av slike interesser og at effektivitetsbetraktninger må gis mindre vekt enn betydningen av et ansvarsregime som beskytter disse interessene.⁷⁴ Argumentasjonen synes å overse at risikoen for forurensningsskade er regulert av preseptoriske regler både i sjøloven og petroleumsloven, og at disse reglene er inkludert i knock for knock systemet.⁷⁵ Argumentasjonen overser også at risikoen for personskade er dekket gjennom skadelidtes forsikringer.⁷⁶ Hagstrøms nedtoning av transaksjonskostnadene synes heller ikke i samsvar med synspunktene i de svenske forarbeidene referert ovenfor. Med utgangspunkt i uttalelsene i de svenske forarbeidene har svensk juridisk teori antatt at ansvarsbegrensningsklausuler i profesjonelle kontrakter skal behandles annerledes enn andre kontrakter, særlig hvis de er kombinert med forsikring.⁷⁷ Den svenske teorien synes derfor mer i samsvar med teorien knyttet til knock for knock reguleringen enn Hagstrøms synspunkter.

⁷⁰ NF 2015 art. 31.1 tredje ledd, 31.2 tredje ledd, se nærmere Kaasen 2023 s. 133, s. 148-150, Wilhelmsen 2023 s. 170-171, s. 181.

⁷¹ Bull s. 393, Kaasen s. 778.

⁷² Kaasen s. 778-780, Kaasen 2023 s. 127-128, Bull s. 393-394.

⁷³ Bull s. 355, Wilhelmsen 2023 s. 173.

⁷⁴ Hagstrøm 1996 s. 481.

⁷⁵ Nærmere, Wilhelmsen 2023 s. 180.

⁷⁶ Se NF 2015 art. 31.2 bokstav d. Yrkesskade er for øvrig også dekket av arbeidsgiverens yrkesskadeforsikring etter Lov om yrkesskadeforsikring 16. juli 1989 nr. 65.

⁷⁷ Claes-Robert von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Stockholm 1999, p. 207, Jan Ramberg og Christina Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 9. Utg., Stockholm, 2022, kap. 3.6.2, Thorsten Lundmark, *Friskrivningsklausuler giltighet og räckvidd*, Uppsala, 1996, p. 133, Zak s. 44.

Av dette kan man utlede at ansvarsbegrensninger hvor det foreligger grov uaktsomhet fra ledelsen er omstridt, og at en slik klausul bare kan regnes som rimelig innenfor nokså snevre rammer. Det er ikke nok at momentene i avtalel. § 36 «forholdene ved avtaleinngåelsen» og «partenes stilling» *ikke* taler for sensur; det må dreie seg om en forhandlet standardkontrakt som sikrer reell avveining mellom partenes motstridende interesser. Ansvarsbegrensningen må knyttes til en systematisk forsikringsregulering for å sikre skadelidtes interesser, og det må dreie seg om en regulering som reflekterer en grundig analyse av hvilken kombinasjon av ansvar og forsikring som er mest hensiktsmessig for partene for å redusere transaksjonskostnader.

4.2.3.4 Forsett eller grov uaktsomhet hos ansatte

Det er ingen norsk dom som gjelder gyldigheten av en ansvarsbegrensning for forsett hos en ansatt, men Rt. 1948 s. 370 forutsetter at en slik ansvarsbegrensning er gyldig med mindre den er lovstridig.⁷⁸ Svensk høyesterett kom derimot i NJA 1998 s. 390 til at postverkets ansvarsbegrensning ikke kunne påberopes overfor sender av diamanter som ble stjålet av postverkets ansatte. Dette gjaldt selv om diamantene var forsikret på senderens hånd.

Spørsmålet om sensur av en ansvarsbegrensning for grov uaktsomhet hos en ansatt var oppe i norsk Høyesterett i Rt.1994 s. 626, som gjaldt ansvarsbegrensningen i daværende NSAB 1975 § 25:

Saken gjaldt transport av papirruller lastet i containere med båt fra Fredrikstad til New York. Under dårlig vær med betydelig sjø forskjøv rullene seg og falt over ende, slik at rullene og flere av containerne ble skadet. Speditørselskapet erkjente ansvar for grov uaktsom stuing foretatt av kaiinspektøren, men henviste til ansvarsbegrensningen i NSAB 1975 § 25.

Høyesterett kom til at kaiinspektøren ikke kunne regnes som ledelsen i speditørfirmaet, og at ansvarsbegrensningen måtte tolkes etter sin ordlyd. Spørsmålet var derfor om det ville stride mot «preseptoriske kontraktsregler – alminnelige rettsgrunnsetninger eller nå kanskje avtaleloven § 36 – å gjøre en slik ansvarsbegrensning gjeldende». Høyesterett pekte på at «den alminnelige oppfatning i juridisk teori» synes å være «at ansvaret for ansattes grovt uaktsomme handlinger kan fraskrives i forholdet mellom næringsdrivende, og det foreligger også en viss voldgiftspraksis i denne retning. Etter min mening taler reelle hensyn for å godta den regulering av ansvarsforholdet som her følger av NSAB-75 § 25. Det er tale om en ansvarsregulering i en standardkontrakt fremkommet gjennom forhandlinger mellom organisasjoner som er representative for spedisjonsbedriftene og kundene. Ansvarsreguleringen bygger således på en avveining av de motstridende interesser som gjør seg gjeldende, herunder hensynet til foreliggende forsikringsmuligheter og til hvem som er nærmest til

⁷⁸ Problemstillingen forutsetter at det skadevoldende selskapet kan identifiseres med sine ansatte for den forsettlig handlingen etter skl. § 2-1 eller evt. andre regler om identifikasjon ved kontraktsbrudd, se nærmere Kai Krüger, «Pyroman i vekterklær», *Tidsskrift for Erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett* 2010 nr. 1-2 s. 5 flg. Det ligger utenfor denne artikkelen å ta opp dette spørsmålet her.

å tegne forsikring. Ikke minst gjør hensynet til forutberegnelighet og klare og enkle løsninger seg gjeldende med styrke. Etter min mening ville det være uheldig å forrykke den ansvarsfordeling som på dette punkt følger av kontrakten. ... Jeg finner etter dette at verken alminnelige rettsgrunnsetninger eller § 36 gir grunnlag for i denne sak å tilsidesette den regulering av ansvaret som etter min mening klart følger av NSAB-75 § 25» (s. s. 630-631).⁷⁹

En tilsvarende løsning er lagt til grunn i en tidligere voldgiftsdom og en lagmannsrettsavgjørelse om slepekontrakter.⁸⁰

I likhet med situasjonen for grov uaktsomhet hos ledelsen, er det imidlertid ikke grunnlag for å si at det generelt er akseptert å fraskrive ansvaret for grov uaktsomhet hos ansatte.

Argumentasjonen i dommen er på samme måte som argumentasjonen for knock for knock prinsippet knyttet til at det dreier seg om en fremforhandlet kontrakt⁸¹ som presumptivt ivaretar begge partenes interesser og at reparasjonshensynet er hensyntatt gjennom forsikring. Dommen gir ingen støtte for å godta ansvarsfraskrivelse for profesjonsansvar hvor skadelidte ikke har forsikring og ansvarsbegrensningen i NJA 2022 s. 354 unntok som nevnt grov uaktsomhet for oppdragstaker, som tilsynelatende omfattet den aktuelle rådgiveren.

4.2.3.5 Uaktsomhet hos ledelse eller ansatte

Med utgangspunkt i det som er sagt foran må det være uproblematisk med ansvarsbegrensninger for uaktsomhet som ikke er grov som del i gjensidige ansvars- og forsikringsreguleringer med formål å redusere transaksjonskostnader og oppnå kostnadseffektiv finansiering.⁸² Dette må også gjelde for ensidige ansvarsbegrensninger som hviler på vurderinger av hva som representerer en hensiktsmessig risikofordeling, herunder hvordan risikoen best kan forsikres.

Det er imidlertid en vesentlig forskjell mellom disse kontraktene og situasjonen i NJA 2022 s. 354. Offshore- og transportkontraktene dreier seg om skade på ting og person, som lett kan finansieres via forskjellige former for forsikring i det ordinære forsikringsmarkedet. En del av begrunnelsen for knock for knock reguleringen er som nevnt å unngå behovet for forsikringer på både skadevolder- og skadelidte siden, som både fører til «dobbel» premie og kan føre til

⁷⁹ Resultatet ble motsatt i U 1993 s. 851, hvor dansk Høyesterett uttalte: «Ved udleveringen har appellanterns folk på så uforsvarlig måte fraveget selskabets egen velbegrandede praksis, at appellanten er afskåret fra at påberåbe sig ansvarsbegrænsning» (s. 855), se nærmere Hagstrøm 1996 s. 435. Denne dommen gjaldt «uforsvarlig» adferd hos en ansatt, og må i dag regnes som fraveket av de to nyere danske høyesterettsdommene referert ovenfor punkt. 4.2.3.2.

⁸⁰ ND 1989 s. 225 NV og ND 1991 s. 180 Eidsivating.

⁸¹ Woxholth 2021 s. 423 forklarer dommen med at den dreide seg om et veletablert og allment praktisert standardvilkår.

⁸² Se Kaasen 2023 s. 138 og Wilhelmson 2023 s. 176 og note 77 for knock for knock reguleringer.

kostnadskrevende regressoppgjør mot ansvarsforsikringen. Det anses også generelt som mer hensiktsmessig å finansiere skadene via skadelidtes forsikringer enn å bruke ansvarsforsikringen.⁸³ I NJA 2022 s. 354 dreide det seg derimot om formueskade påført en oppdragsgiver. En rådgiver kan forsikre erstatningsansvar for formueskade, men det er normalt ikke mulig å forsikre tap på forretningsmessige transaksjoner pga. dårlig rådgivning.

Forsikringsmomentet har vært et helt sentralt element i rettskildene som omhandler ansvarsfrihet for grov uaktsomhet. Det er derfor litt overraskende at flertallet i NJA 2022 s. 354 fullstendig overser dette momentet, men bare peker på skadevolderens behov for forutberegnelighet ved mindre uaktsomhet. Dette blir særlig påfallende fordi de svenske forarbeidene fremholder at det ikke kan aksepteres noen alminnelig adgang til å fraskrive ansvaret for fagkyndig bistand som ytes mot vederlag, eksempelvis av revisorer, advokater, banker, forsikringsselskap og takstmenn:⁸⁴

«Företag och högt kvalificerade yrkesmän som åtar sig viktiga tjänster gentemot allmänheten mot ett vederlag som svarar mot prestationens betydenhet, så som banker, försäkringsbolag, advokater och revisorer, bör under normala förhållanden inte kunna frita sig från skadeståndsskyldighet vid något slag av försummelse vid fullgörande av sina åtaganden. Så torde inte heller ske. Här liksom annars måste dock en prövning ske efter omständigheterna, t.ex. med beaktande av om det har skett en individuell uppgörelse eller om åtagandet skall fullgöras under exceptionella förhållanden.»

Med utgangspunkt i dette påpeker Hagstrøm at⁸⁵

«Disse kontraktsforhold omhandler oftest ikke det som kan karakteriseres som resultatforpliktelser, men bare såkalte omsorgsforpliktelser. Dette innebærer at realdebitor ikke påtar seg risikoen for et bestemt resultat, men kun har plikt til å gjøre en god og forsvarlig innsats for å nå resultatet. Det vil da være i strid med forutsetningene om realdebitor også kan fraskrive seg ansvaret for å yte en faglig forsvarlig innsats. Dreier det seg om en ren risikofraskrivelse, er realiteten at kontrakten opphører å være en kontrakt for realdebitor.»

Samtidig har det vært anført at det er akseptabelt å fraskrive seg ansvar for småskader, særlig dersom disse må ventes å opptre i stort antall. Begrunnelsen er at slike mindre skader gjennomgående må regnes for å beskjeden betydning for skadelidte.⁸⁶ Dette ble resultatet i NJA 2017 s. 113.⁸⁷ Behovet for å fraskrive seg ansvar for mange småskader kan sammenlignes med

⁸³ Nærmere, se Wilhelmsen/Hagland s. 47-48.

⁸⁴ SOU 1974:83 s. 178.

⁸⁵ Hagstrøm 1996 s. 465-466, Hagstrøm 2021 s. 696.

⁸⁶ Hagstrøm 2021 s. 696, 699 og 700.

⁸⁷ Se dommens avsnitt 39 og 40. Saken gjaldt uaktsomhet fra en besiktelsesmann ved undersøkning av en bolig for selgeren i forbindelse med salg. Kjøperen overtok selgerens «överlåtelsesbesiktning» og mistet dermed

argumentet «kontroll med risikoen» bak knock for knock reguleringen, men her er det koblet sammen med kanalisering av tapet til forsikring. Argumentet er ikke like overbevisende hvis skadelidte ikke har forsikringsmulighet.

På den annen side tilsier Rt. 2013 s. 388 referert ovenfor punkt 4.2.2 at en risikofordeling med «beskjeden risiko» for banken og «betydelig risiko» for forbrukeren som investerte ikke i seg selv var tilstrekkelig til å sette kjøpsavtalen til side. I NJA 2022 s. 354 var risikoen for PwC begrenset til 440 000 svenske kroner mens risikoen for skadelidte var skattekravet med fradrag for ansvarsbegrensningen, som utgjorde ca. 1,1 millioner svenske kroner. Det er vel usikkert om en slik risikofordeling i seg selv er tilstrekkelig til at klausulen regnes som urimelig.

5 Hva er «rimelig risikofordeling» - bør vi følge NJA 2022 s. 354?

5.1 Problem og oversikt

Spørsmålet her er i hvilken utstrekning flertallets vurdering i NJA 2022 s. 354 *bør* legges til grunn også i norsk rett. Som nevnt foran 4.2.3.1 er det i utgangspunktet akseptabelt å fravike bakgrunnsrettens løsninger såfremt dette har en saklig grunn som fører til likevekt eller balanse i avtaleforholdet. En saklig grunn i et kontraktsforhold hvor partene avtaler en tjeneste mot betaling er at kunden får en reduksjon i prisen som tilsvarer risikoen for tap ved gjennomføring av kontrakten.⁸⁸ En slik prisreduksjon kan føre til at risikofordelingen mellom partene blir rimelig eller balansert, jf. utgangspunktet for vurderingen i NJA 2022 s. 354. Man oppnår altså balanse mellom partene ved at tjenesteyteren får et honorar som tilsvarer verdien av tjenesten med fradrag for risikoen for at feil under gjennomføringen fører til tap.

I dommen ble forholdet mellom ansvarsbegrensningen og honoraret nevnt som et argument for sensur både av flertallet og mindretallet, men da sammen med en rekke andre momenter i en mer omfattende vurdering av om risikofordelingen var urimelig. Her er hensikten å koble forholdet mellom risikofordeling og pris mer direkte sammen ved at flere av momentene i dommen og avtaleloven § 36 analyseres som grunnlag for at skadelidte skal kunne fastlegge hva som er korrekt pris for en ansvarsbegrensning. Synspunktet er da at en rimelig risikoavveining eller

retten til å kreve prisavslag for skjulte feil. Besiktelsen var del av en mer omfattende «pakke» hvor det også inngikk mulighet for å tegne forsikring for skjulte feil, men det fremgår ikke av dommen om kjøperen hadde tegnet eller kunne tegne slik forsikring, se avsnitt 3 og avsnitt 6.

⁸⁸ Se Wilhelmson 1995 s. 48-49. Se også Woxholth 2021 s. 424, som også påpeker at spørsmålet om forholdet mellom kvaliteten på ytelsen og pris reguleres av kontraktsrettens regler om kvalitetsmangler. Dårlig gjennomført rådgivning kan også sees som en kvalitetsmangel ved rådgivningen.

likevekt mellom partene bygger på en del forutsetninger som har nær sammenheng med hverandre og også med de momentene som nevnes i avtalel. § 36. Den første forutsetningen er at skadelidte har deltatt i forhandlingene om eller i det minste har kunnskap om ansvarsfraskrivelsen, jf. 5.2. Uten slik kunnskap har skadelidte ingen oppfordring til å vurdere skaderisikoen som en del av prisen for oppdraget. Den andre forutsetningen er at man har tilstrekkelig kunnskap om risikoen for tap til å kunne vurdere forholdet mellom kontraktspris og tapsrisiko, og evt. mulighet for å finansiere denne risikoen, jf. 5.3. I motsatt fall har skadelidte ikke grunnlag for å vurdere om risikofordelingen er rimelig. Den tredje forutsetningen er at ansvarsfraskrivelsen i seg selv ikke øker risikoen for skade, jf. 5.4. Hvis det er tilfelle, vil de forutsetninger skadelidte bygger sin risikovurdering på endres på grunn av ansvarsfraskrivelsen, og det kan føre til at balansen i forholdet forrykkes ved at en større andel av risikoen overføres til skadelidte.

5.2 Kunnskap om ansvarsfraskrivelsen

Den første forutsetningen er at skadelidte har deltatt i forhandlingene om eller i det minste har kunnskap om ansvarsfraskrivelsen, jf. momentet forholdene ved avtaleinngåelsen i avtalel. § 36. Uten slik kunnskap har han ikke mulighet til å ha noe bevisst forhold til de økonomiske konsekvensene av risikofordelingen. Denne forutsetning er tilfredstilt for de ansvarsfraskrivelsene som særlig har vært diskutert i Norge, hvor knock for knock reguleringen i NF er utviklet av partene i fellesskap. Også NSAB er utformet etter forhandlinger mellom partene. Flertallet i NJA 2022 s. 354 mente det ikke kunne tillegges «någon større betydelse vid bedömningen» at vilkårene ikke hadde vært gjenstand for individuell forhandling. Mindretallet ville derimot legge vekt på dette. Flertallets vurdering synes her å overse et nokså vesentlig moment for om avtalen mellom partene var balansert.

Argumentene knyttet til avtalens innhold kunne i denne saken enkelt vært supplert med forholdene ved avtaleinngåelsen ved at man pålegger oppdragstaker en plikt til å informere om vesentlige begrensninger i ansvaret i forhold til det oppdragsgiver med rimelighet kunne forvente etter mønster av den informasjonsplikten som lenge har vært lovfestet i forsikringsavtaleloven⁸⁹ og som også utgjør en del av det generelle informasjonsansvaret, hvor det tas hensyn til styrken av og grunnlaget for skadelidtes forventning om riktig informasjon.⁹⁰ Mindretallet er inne på dette når det viser til at skadelidte HF «under relativt lång tid hade anlitat och arbetat med PwC

⁸⁹ Se Lov 16. juni. 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler (fal.) § 1C-8 bokstav a og § 1C-9 bokstav f.

⁹⁰ Hagstrøm/Stenvik s. 63-64.

och utgick från att det bolaget gav rimliga villkår». Argumentasjonen har også en side til spørsmålet om hva slags ansvarsfraskrivelse en avtalepart kan anses for å ha vedtatt, jf. omtalen av Rt. 2004 s. 675 Agurkpinne ovenfor under 4.2.2. NJA 2022 s. 354 avsnitt 29 legger til grunn at det ikke er tvil om at de allmenne vilkårene utgjør en del av avtalen, men dette er ikke uten videre gitt fra et norsk ståsted.

5.3 Kunnskap om risikoen for tap og mulighet for finansiering

Den andre forutsetningen er at begge parter har tilstrekkelig kunnskap om risikoen for feil og skadens størrelse til å vurdere prisen for å omfordele risikoen fra skadevolder til skadelidte. Denne forutsetningen gjelder dels momentet forholdet ved avtaleinngåelsen, dels om det foreligger saklig grunn til å begrense ansvaret. I off shore og transportsektoren kan partene ha slik informasjon tilgjengelig via egne skadestatistikker eller evt. bransje-informasjon. Hvis prisreduksjonen for ansvarsfraskrivelsen er lik eller overstiger skaderisikoen kan dette føre til likevekt i avtaleforholdet. Vurderingen må imidlertid også ta hensyn til graden av usikkerhet knyttet til virkningen av ansvarsfraskrivelsen. Hvis risikoen er liten, men det mulige tapet stort, kan forventet skade bli begrenset, men om skaden inntreffer kan den skape et betydelig finansieringsproblem. Hvis risikoen for at PwC skulle gjøre feil var 1 % og tapet 1,5 millioner kroner, blir forventet skade 15 000 kroner. Dette ville gi en prisreduksjon på 15 % for honoraret, men det er til liten hjelp hvis tapet på 1,5 millioner kroner først oppstår. Om risikoen derimot kan forsikres for 15 000 kroner eller mindre vil ansvarsbegrensningen være økonomisk fornuftig.

Ansvarsbegrensninger gir derfor god mening i kontrakter hvor skadelidte selv kan forsikre sine interesser i kontrakten til en pris som er lik eller lavere enn den prisreduksjonen som oppnås ved å omfordele risikoen. Også dette synspunktet er derfor tilfredsstillende ved knock for knock regleringer og ansvarsbegrensninger i transportsektorer hvor det er tilgjengelig forsikring på skadelidte-siden.⁹¹

Situasjonen i NJA 2022 s. 354 var derimot at skadelidte ikke hadde forsikring og heller ikke mulighet til å tegne slik forsikring. Det fremgår ikke i hvilken utstrekning honoraret ville øke hvis ansvarsbegrensningen ble forhandlet bort, men uten forsikringsmulighet er det vanskelig å se at en prisreduksjon med utgangspunkt i forventet skade gir et økonomisk balansert resultat,

⁹¹ Se Kaasen 2023 s. 146, Erik Røsæg, «Lastehåndterings og forvaringstjenester», *MarLus* nr. 271, s. 41.

med mindre skadelidte er en såkalt «risk lover» som foretrekker en sikker lavere pris med en usikker tapsmulighet fremfor en høyere sikker pris uten tapsmulighet.

Derimot hadde skadevolder tilgang på ansvarsforsikring og kunne derfor pulverisere tap som måtte oppstå. Et argument for flertallet i NJA 2022 s. 354 var at det var uunngåelig for rådgivningsvirksomhet av et visst omfang at det gjøres mindre alvorlige feil som kan føre til store tap. Men denne risikoen kan finansieres gjennom ansvarsforsikring. Spørsmålet blir derfor i realiteten om skadelidte med bedre kunnskap ville ønsket et tillegg i honoraret som dekket premiebeløpet for en slik ansvarsforsikring.

5.4 Ansvarsfraskrivelsen øker ikke risikoen for skade

Den tredje forutsetningen er at ansvarsfraskrivelsen ikke får konsekvenser for skadevolders adferd ved at den fører til mindre aktsomhet enn hva som ville være situasjonen uten ansvarsfraskrivelsen, altså slik at ansvarsfraskrivelsen øker risikoen for at skade eller tap skal inntreffe. Ved en økning i risikoen sammenlignet med skadelidtes forutsetninger blir prisavslaget for risikoen for lav. Resultatet kan bli at balansen endres slik at ansvarsbegrensningen fører til en urimelig risikofordeling.

Virkningen av erstatningsrettslige regler for skadevolderens adferd omtales som erstatningsrettens preventive funksjon, eller preventive hensyn.⁹² Både flertallet og mindretallet i NJA 2022 s. 354 fokuserte sterkt på graden av skyld, som må sees i sammenheng med preventive hensyn selv om dette ikke sies uttrykkelig i dommen. Betydningen av dette hensynet for spørsmålet om sensur etter avtalel. § 36 illustreres av den generelle sondringen mellom graden av skyld for urimelighetsvurderingen, se ovenfor 4.1 og 4.2.3. Preventive hensyn har også vært brukt som et argument mot knock for knock reguleringen, jf. ovenfor punkt 4.2.3.3. Normalt diskuteres imidlertid preventive hensyn som et isolert hensyn, mens det her sees i sammenheng med skadelidtes muligheter til å beregne et «riktig» for ansvarsbegrensningen.

Prevensjonshensynet må ses i sammenheng med alternative regler for å regulere atferd. På områder hvor det er strenge strafferegler eller omfattende sikkerhetsregulering med kontrolltiltak er det ikke gitt at det er nødvendig med erstatning for å oppnå skadeforebyggelse, jf. for så vidt

⁹² Om prevensjonshensynet, se bl.a. NOU 1977: 33 s. 23, Ot.prp. nr. 75 (1983–84) s. 30, Ot.prp. nr. 33 (1988–89) s. 16. Som eksempler fra rettspraksis se Rt. 2000 s. 211 «DNB» og Rt. 2008 s. 755 «Hjemmehjelp». Se også Wilhelmssen/Hagland s. 50 flg., og Hagstrøm/Stenvik s. 82.

det som er sagt foran om knock for knock prinsippet.⁹³ På områder hvor adferden heller er bestemt av «god skikk» standarder – slik tilfelle er for profesjonsutøvere - får prevensjonshensynet mer selvstendig betydning. Dette gjelder selv om risikoen for å pådra seg erstatningsansvar kan finansieres gjennom ansvarsforsikring fordi det må legges til grunn at store utbetalinger får konsekvenser for fremtidige premiebeløp.

Kjernen i prevensjonshensynet er at muligheten for et erstatningsansvar skal få skadevolder til å iverksette skadeforebyggende tiltak slik at risikoen for skade reduseres eller elimineres. I utgangspunktet er det vanskelig å måle hvilke virkninger en ansvarsfraskrivelse har for skadevolderens adferd og dermed for risikofordelingen i kontrakten. Den preventive effekten av slike klausuler kan imidlertid belyses gjennom rettsøkonomisk teori om forholdet mellom erstatningsregler og de ressurser skadevolder regner det for økonomisk å benytte til skadeforebyggende tiltak.⁹⁴ Rettsøkonomisk teori har utviklet normative modeller om hvordan man bør utforme erstatningsrettslige regler slik at summen av skadeforebyggelse, skade og administrasjonskostnader blir minst mulig.⁹⁵ Modellene viser bl.a. at dersom det ikke er noen erstatningsregel som pålegger skadevolderen ansvar, vil det ikke lønne seg for ham å investere i skadeforebyggende tiltak.⁹⁶ Slike tiltak vil i så fall påføre ham en utgift uten at det gir noen reduksjon i kostnader fordi mulig skade uansett belastes skadelidte. Ved et culpaansvar vil skadevolder derimot legge aktsomhetsnivået på et nivå slik at han unngår culpaansvaret, men ikke så høyt at han unngår alle skader.⁹⁷ Ved objektivt ansvar vil skadevolder velge et aktsomhetsnivå som er tilstrekkelig til å unngå alle skader inntil den reduksjon han oppnår i forventet skade, er mindre enn kostnadene ved økte forebyggende tiltak.⁹⁸

Ut fra modellens forutsetninger har erstatningsregler en preventiv funksjon, som igjen betyr at en begrensning i ansvaret kan føre til reduksjon i skadevolderens forebyggende tiltak og dermed til at balansen i avtalen forrykkes. Et strengt uaktsomhetsansvar vil ha en preventiv funksjon for profesjonsutøvere ved at de etablerer skadeforebyggende rutiner for å unngå ansvar så lenge

⁹³ Wilhelmsen/Hagland s. 51.

⁹⁴ Nærmere, se Wilhelmsen/Hagland s. 50 og s. 52 flg.

⁹⁵ Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press, New Haven 1970, Guido Calabresi, «Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.» i 43 *University of Chicago Law Review* 1975, s. 69–108 på s. 75, Stephen Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987 (Shavell), s. 85 f., Erling Eide, «Rettsøkonomi – en introduksjon», i *Jussens Venner* 1992, s. 193–224 på s. 213, Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi*. Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 2018 s. 241–68. Modellen er nærmere omtalt hos Eide/Stavang s. 243 flg. og Eide s. 213–215.

⁹⁶ Eide/Stavang s. 246–247.

⁹⁷ Eide/Stavang s. 248 flg.

⁹⁸ Eide/Stavang s. 247–248.

kostnadene ved dette er lavere enn et mulig erstatningsansvar, som er sannsynligheten for å gjøre feil x feilens omfang. Ved fullt ansvar for skadelidtes tap sikrer man derfor at skadeforebyggende tiltak legges på et slikt nivå at summen av skadeforebyggelse og skade/tap blir lavest mulig. Hvis ansvaret reduseres til et lavere beløp, vil innsatsen til skadeforebyggelse reduseres tilsvarende. Dermed økes risikoen for skadelidte og balansen i avtaleforholdet endres.

Den rettsøkonomiske konklusjonen kan endres når det er et kontraktsforhold mellom skadelidte og skadevolder. Den amerikanske rettsøkonomen Steven Shavell viser at det under visse forutsetninger ikke har noen betydning for skadeforebyggende adferd om man legger ansvaret for skade hos den ene eller annen kontraktspart, fordi den som bærer ansvaret, vil legge kostnadene ved ansvaret inn i kontraktsprisen, og den som slipper å dekke ansvaret, vil være villig til å betale for dette.⁹⁹ Modellen forutsetter et marked med fri konkurranse og full informasjon hos begge parter om risikoen for skade. Hvis begge parter i et kontraktsforhold har tilgang til samme informasjon om skaderisikoen, vil en ansvarsbegrensning ikke påvirke omfanget av skadeforebyggende tiltak. Samtidig vil en slik regulering redusere transaksjonskostnader knyttet til erstatningskrav og oppgjør.¹⁰⁰

Anvendt på situasjonen i NJA 2022 s. 354 tilsier dette at om skadelidte fikk en reduksjon i honoraret som tilsvarte risikoen for tap som følge av feil hos PwC, så ville dette ikke påvirke PwCs adferd. Dette er som nevnt ikke belyst i dommen, og uansett er det liten grunn til å tro at HF hadde tilstrekkelig informasjon om risikoen for skade til å sette en pris på den. I så fall må man falle tilbake på den generelle modellen over prevensjonsvirkningen av erstatningsrettslige regler, og den tilsier at ansvarsbegrensninger medfører en reduksjon i skadeforebyggende tiltak hos skadevolder.

5.4 Oppsummering

Ansvarsbegrensningen i NJA 2022 s. 354 er i strid med prinsippet om full erstatning for lidt tap i skl. § 4-1, men dette er ikke urimelig om begrensningen har en saklig grunn. En mulig saklig grunn er at honoraret til skadevolder avspeiler en omfordeling av risikoen fra skadevolder til skadelidte. Spørsmålet er ikke belyst i dommen. Det er mulig at honoraret uten ansvarsbegrensningen ville vært så mye høyere at skadelidte ville foretrekke å dekke risikoen

⁹⁹ Den grunnleggende modellen finnes hos Shavell s. 47 flg. Den er gjengitt hos Wilhelmsen 2023 s. 174-175, se også Trine-Lise Wilhelmsen, *Rett i havn*, 2006, s. 332-334.

¹⁰⁰ Wilhelmsen 2023 s. 175, Wilhelmsen 2006 s. 337.

selv. I så fall er det ikke grunnlag for å sette begrensningen til side. Samtidig tilsier PwCs mulighet til å tegne ansvarsforsikring og det forhold at risikoen for feil skatterådgivning ikke kan forsikres at det er mer hensiktsmessig å legge prisen for ansvarsforsikringen på honoraret enn at skadelidte skal dekke en liten sannsynlighet for et stort tap. Så lenge det dreier seg om en tapsrisiko som kan forsikres på skadevolders hånd, men ikke på skadelidtes, er det vanskelig å se en saklig begrunnelse for denne ansvarsbegrensningen. Vurderingen kan bli annerledes om tapsmuligheten ligger utenfor den vanlige forsikringssummen i en ansvarsforsikring og/eller tapet er påregnelig for skadelidte, men ikke for skadevolder. Men denne typen situasjoner kan løses med utgangspunkt i erstatningsrettslige regler gjennom kravet til adekvat årsakssammenheng eller lemping.

På den annen side kan det stilles spørsmål ved fokuset på skyldgrad i NJA 2022 s. 354. Hvis ansvarsbegrensningen først hviler på en bevisst vurdering av hva som utgjør en hensiktsmessig risikovurdering og finansiering, er det vanskelig å se at mer eller mindre graverende adferd skal ha betydning. Hvis risikoen for feil først er priset inn i honoraret har skadelidte akseptert muligheten for at oppdragsgiver kan gjøre feil som han blir holdt ansvarlig for. Ansvarsforsikringen gjelder også ved skadevolderens grove uaktsomhet,¹⁰¹ og det er da vanskelig å se noen sterk grunn til at grov uaktsomhet i seg selv skal utgjøre et argument for avtalesensur. Er risikoen derimot ikke priset inn, tilsier både hensynet til likevekt og preventive hensyn at skadevolder bærer hele tapet ved uaktsomhet.

6 Noen refleksjoner

Denne artikkelen har drøftet sensur av ansvarsbegrensninger i kontrakter mellom kommersielle parter med utgangspunkt i NJA 2022 s. 534 sammenlignet med ansvarsbegrensninger i transport- og offshore kontrakter. Undersøkelsen viser at den tradisjonelle læren opprinnelig basert på NL 5-1-2 om at en kontraktspart ikke kan fraskrive seg ansvar for grov egenfeil ikke nødvendigvis blir videreført under avtalel. § 36. Dels kan det argumenteres for at ansvarsbegrensninger for grov uaktsomhet hos ledelsen bør aksepteres innenfor visse snevre rammer hvor stikkordene er bevisst omfordeling av risiko med utgangspunkt i begge parter behov for kontroll med ansvarsrisikoen og hensiktsmessig finansiering av tap gjennom forsikring, dels er det spørsmål om forsettlig skadeforvoldelse i seg selv uten videre bør være et kriterium for ikke å akseptere slike klausuler.

¹⁰¹ Fal. § 4-9 annet ledd.

På den annen side kan det også stilles spørsmål ved tesen om at ansvarsbegrensninger for uaktsomhet som ikke er grov hos skadevolderen eller hans ansatte uten videre skal godtas. Momentene som anføres for å godta ansvarsbegrensninger for grov uaktsomhet er også relevante ved simpel uaktsomhet. En ansvarsbegrensning gir den potensielle skadevolderen kontroll med skaderisikoen, men dette fører ikke til en rimelig risikofordeling om ikke skadelidte også gis muligheter for å kontrollere den. Dette viser betydningen av momentet forholdene ved avtaleinngåelsen og informasjon om ansvarsbegrensningen. Dette viser også betydningen av forsikringsmomentet for vurderingen av avtalens innhold: Gjennom forsikring kan tapsmuligheten pulveriseres over tid og bli kontrollerbar for begge parter. Det er også sammenheng mellom disse momentene. Hvis det dreier seg om skade på eiendeler som normalt vil være forsikret på skadelidtes hånd blir det mindre viktig med informasjon fordi skadelidte uansett vil ha dekning. Dreier det seg om tap som normalt ikke er, men kan forsikres, får informasjon mer betydning. Og dersom det dreier seg om tap som ikke kan forsikres, slik tilfellet var i NJA 2022, blir informasjon helt sentralt for å unngå at skadelidte risikerer et tap han ikke har hatt mulighet til å ta hensyn til.