

**ANSVARFRASKRIVELSER I KONTRAKTER I
NÆRINGSFORHOLD**

**ADGANGEN TIL Å FRASKRIVE SEG ANSVAR FOR FORSETT
OG GROV UAKTSOMHET I ENGELSK OG NORSK RETT**

Kandidatnummer: 342

Veileder: Herman Bruserud

Leveringsfrist: 25.4.2007

Til sammen 17746

19.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>ENGELSK RETT</u>	<u>4</u>
2.1.1	Ansvarsfraskrivelser i engelsk rett	4
2.1.2	Rettskilder og metode	5
2.2	Tolkning	6
2.2.1	Tolkningsprinsipper	6
2.2.2	Fra tolkning til sensur	19
2.3	The Unfair Contract Terms Act av 1977	20
2.3.1	UCTAs anvendelsesområde	21
2.3.2	Retningslinjer for "The Reasonableness test"	22
2.3.3	Ytterligere momenter i UCTA	28
<u>3</u>	<u>NORSK RETT</u>	<u>31</u>
3.1	Ansvarsfraskrivelser i norsk rett.	31
3.1.1	Rettskilder og metode	32
3.2	Tolkning	33
3.2.2	Innskrenkende tolkning	36
3.2.3	Innskrenkende tolkning via forutsetningssynspunkter	40
3.2.4	Fra tolkning til sensur	42
3.3	Preseptoriske skranker	44
3.3.1	NL 5-1-2	44
3.3.2	Avtaleloven § 36	45
<u>4</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>57</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>60</u>

1 Innledning

Partene i en kontrakt vil som regel være bundet av visse misligholdssanksjoner ved kontraktsbrudd. Utgangspunktet i norsk og engelsk rett, er likevel at det allerede før noe mislighold har inntrådt, kan avtales misligholdsvirkninger som ikke følger av deklarasjonsrett. Det kan videre avtales at de ordinære misligholdsbeføyelser enten overhodet ikke skal inntre, eller at de skal inntre på andre betingelser enn dem som følger av deklarasjonsrett.¹ Dersom en kontraktspart i kraft av denne avtalen får dårligere betingelser enn han normalt skulle hatt, i tilknytning til den erstatning han har krav på som følge av et misligholdet, står han ovenfor en ansvarsfraskrivelse eller ansvarsbegrensning.

Grunnen til at jeg velger å sammenlikne med engelsk rett er at engelsk ofte benyttes som kontraktsspråk, også hvor norske parter er involvert. Kontraktens utforming preges således av kontraktspraksis under et engelskspråklig system, slik at en forståelse av dette er et viktig ledd i kontraktstolkningen. Engelsk og norsk rett er vesensforskjellig i mange ulike sammenhenger, noe som fører til at en sammenlikning vil være interessant.

Engelsk kontraktsrett reguleres dels gjennom common law, og dels gjennom lovgivning (statutes). Reglene om ansvarsfraskrivelse har i engelsk og norsk rett gjennomgått en utvikling i de siste 30-40 årene. Avtalefriheten har blitt mer og mer innskrenket gjennom lovgivning i form av preseptoriske rettsregler. Den beskyttelsesordningen som er innført i de senere år, gjelder for engelsk retts del, i all hovedsak interne engelske rettsforhold, herunder forbrukerne. Ansvarsfraskrivelse og begrensninger står ikke like sterkt i forbrukerforhold hvor forbrukeren har fått en utpreget beskyttelsesordning, gjennom spesiallovgivning, og preseptoriske regler. I England får forbrukeren et utstrakt vern gjennom blant annet The Uniform Contract Terms Act (UCTA) av 1977, og Misrepresentation Act av 1967. Det er Common Law som er den viktigste

¹ Hagstrøm, Viggo Obligasjonsrett, 2.opplag, 2003, s. 623. Chitty, Joseph. Chitty on Contracts, Volume I, General Principles, 2004, s. 791

rettskilden for kontrakter i næringsforhold, men UCTA kommer supplerende inn under sitt anvendelsesområde.

I begge lands rettssystemer har det også skjedd en utvikling når det gjelder kontrollen med urimelige avtalevilkår, og det har vært tradisjon for å føre en viss sensur av kontraktsklausuler, herunder også ansvarsfraskrivelsene. For at en ansvarsfraskrivelse i det hele tatt skal kunne få rettslige konsekvenser, er det i begge lands rett tre vilkår som må være oppfylt. Klausulen må for det første være inkorporert som en gyldig del av avtalen mellom partene. Det settes med andre ord krav til vedtakelse. Videre må klausulens ordlyd dekke det ansvaret som har oppstått og som søkes fraskrevet. Dette er et tolkningsspørsmål. I tillegg er det slik at klausulen ikke må stride mot preseptorisk bakgrunnsrett.² Hertil kommer en etterfølgende sensur av urimelige avtalevilkår. De samme vilkår gjelder for norsk rett, og det er de to siste vilkårene jeg kommer til å se nærmere på i denne oppgaven, altså spørsmålet om tolkning av klausulen og de preseptoriske skranker.

I engelsk rett kan man kan dele inn ansvarsfraskrivelsesklausulene på mange ulike måter. Den ene er å dele inn ”exemption clauses” etter hvor stor del av erstatningsansvaret en kontraktspart blir fritatt for ved mislighold. Herunder har vi *fraskrivelser* av ansvar, som innebærer at den parten som bygger på den blir helt fri for det erstatningsansvar partene søkte å regulere, med andre ord ”excludes liability”. Kontraktsparten fritas her helt for det ansvaret han pådro seg ved kontraktsbruddet. Dernest har vi ansvarsbegrensninger som gjør det mindre enn fullstendig å frita parten for ansvar, nemlig *begrenser* ansvaret man søkte å regulere, altså som ”limits liability”. Misligholderen blir her kun delvis erstatningsansvarlig for sitt mislighold. Jeg kommer til å behandle ansvarsfritakene under ett, altså både fraskrivelser og begrensninger, men som vi skal se vil denne sondringen ha betydning i sammenheng med hvor strengt domstolene er villig til å lempe klausulene.

Videre kan ansvarsfraskrivelsesklausuler deles inn etter hvilket forhold kontraktspartene søker å regulere. Vi har for det første klausuler som søker å fraskrive eller begrense det ansvaret som oppstår som følge av et kontraktsbrudd, slik som å utelukke

² Chitty, s. 792. Hov, Jo. Kontraktsrett I, Avtaleslutning og ugyldighet, 3.utgave, 2002, s. 276

muligheten for søksmål, utelukke muligheten for å kreve erstatning, eller ta fra den annen part den mulighet man etter engelsk rett har til å si seg ubundet av kontraktsforholdet.³ I tillegg har vi de tilfellene hvor klausulen søker å utelukke eller begrense plikten for misligholderen til fullt ut å holde den andre parten skadesløs. Innen for denne gruppen faller de prekluderende frister som får den virkning at dersom ikke kontraktsparten setter fram et erstatningskrav innen denne fristen, faller kravet bort.⁴ Til sist har vi den gruppen som består av klausuler som søker å begrense det som ellers ville vært saksøktes plikt under kontrakten, med andre ord kontraktsmessige forbehold som utelukker misligholdskrav. Dette gjøres for eksempel ved, i kjøpsavtaler, å selge ting ”som den er”.⁵

Fremstillingen i det følgende vil legge hovedtyngden på problemstillingene som springer ut av de ansvarsfraskrivelsesklausulene som fraskriver, eller begrenser erstatningsansvar, som følge av kontraktsbrudd.

Hovedproblemstilling og tema for denne oppgaven er om et kontraktsbrudd som er begått med forsett/grov uaktsomhet har noen betydning for hvilke ansvarsfraskrivelser som rettsgyldig kan gjøres gjeldende i engelsk og norsk rett. Det interessante er om et kontraktsbrudd, hvor det inntrufne forholdet i og for seg dekkes av en ansvarsfraskrivelse, og ansvar skulle vært utelukket eller begrenset, likevel får konsekvenser fordi man har funnet grunn til å avskjære mot forsett/grov uaktsomhet.

Verken i norsk eller engelsk rett har forsett eller grov uaktsomhet noe klart fastlagt innhold i kontraktsforhold. Det som imidlertid kjennetegner begrepene er at de betegner grovere former for skyld. Spørsmålet om hva som utgjør grov uaktsomhet må avgjøres konkret i hver enkelt sak, men rettspraksis angir visse retningslinjer. Rt 1989 s. 1318 gir veiledning.

”For at en oppførsel skal kunne karakteriseres som grovt uaktsom, må den (...) representere et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte. Det må dreie seg om

³ Chitty, s. 792

⁴ Chitty, s. 792

⁵ Chitty, s. 792

en opptreden som er sterkt klanderverdig, hvor vedkommende altså er vesentlig mer å klandre enn hvor det er tale om alminnelig uaktsomhet.”⁶

Forsett må således foreligge når forholdet er av enda grovere karakter enn det som her er skissert, for eksempel hvor en kontraktspart handler på en bestemt måte til tross for kunnskap om mulig skadefølge.

Jeg vil først behandle engelsk rett og de særlige problemstillingene som reiser seg her. Deretter vil jeg se på vår egen kontraktsrett for å se hvordan problemstillingen behandles her. Jeg vil foreta en sammenlikning av de to rettssystemene fortløpende under behandlingen av norsk rett for på den måten å se likheter og ulikheter.

2 Engelsk rett

Problemstillingen i det følgende er om klausuler som ”excludes or limits liability” kan opprettholdes ”regardless of any form of liability”, altså om ansvarsfraskrivelser eller begrensninger i engelsk rett, kan opprettholdes til tross for misligholderens forsett eller grove/simple uaktsomhet.

2.1.1 Ansvarsfraskrivelser i engelsk rett

Tradisjonelt ligger det til grunn et prinsipp om kontraktsfrihet i engelsk som i norsk rett. Hovedregelen i engelsk rett er at dersom en part har forpliktet seg til en kontrakt, skal han oppfylle sin del av den. Misligholder kontraktsparten sin plikt etter kontrakten, blir han erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag, altså er hovedregelen ”strict liability”. Med dette menes et ansvar uavhengig om misligholderen kan klandres for det inntrufne forholdet eller ikke.

⁶ Rt 1989 s. 1318, på s. 1322

Dette strenge ansvarsgrunnlaget finner sitt motstykke i en tradisjonelt vidtgående adgang til å begrense eller forbeholde seg fritakelse for slikt ansvar.⁷

Det var lenge et prinsipp i engelsk rett om at ansvarsfraskrivelser i og for seg kunne opprettholdes, bare ikke ved såkalte "fundamental breach of contract or the breach of a fundamental term".⁸ Med dette mentes at en kontraktspart som hadde begått et fundamentalt kontraktsbrudd, ikke under noen omstendighet kunne påberope seg en ansvarsfraskrivelse. Som vi skal se er det i dag slått fast i engelsk rettspraksis at dette prinsippet kun er et tolkningsspørsmål, og ikke en regel som automatisk setter til side ansvarsfraskrivelser.

2.1.2 Rettskilder og metode

I den engelske kontraktsretten finner vi de generelle prinsippene for tolkning av kontrakter mellom næringsdrivende i tolkningslæren. Denne tolkningslæren er utviklet gjennom rettspraksis, i Common Law. Engelsk rett er i stor grad domstolsskapt, slik at rettskildematerialet, herunder domspraksis, er meget omfattende. Domspraksis spiller således en betydelig rolle rettskildemessig, og det henvises til lavere instansers avgjørelser i langt større grad enn i norsk rett. Det er derfor nødvendig å påpeke at prejudikater er formelt bindende for lavere instanser, og til en viss grad også det samme domstolsnivå. Som "fremmed" i forhold til det engelske rettssystemet, og med den tiden jeg har til rådighet, er jeg derfor nødt til å ta utgangspunkt i juridisk teoris behandling av domsmaterialet. Jeg vil likevel behandle noen engelske dommer, i den utstrekning de kan belyse min problemstilling. Her har Westlaw, den engelske versjonen av Lovdata, vært en viktig kilde i tillegg til teorien.

I tillegg til de skrankene vi finner for ansvarsfraskrivelser i common law, finner vi også noen i preseptorisk lovgivning som kommer til anvendelse ved en etterfølgende sensur. Her er det The Unfair Contract Terms Act (UCTA) av 1977 som kommer

⁷ Thuesen, Elisabeth. "Ansvarsfraskrivelse i Engelsk kontraktsret sammenlignet med skandinavisk ret", TFR 1982 s. 292, s. 296

⁸ Chitty, s. 805

supplerende til anvendelse innenfor sitt anvendelsesområde. UCTA fungerer på denne måten som en preseptorisk bakgrunnsrett.

Naturlig i det følgende blir å se på prinsipper for tolkningen først, før jeg går over i å se på tvingende regler i lovgivningen.

2.2 Tolkning

I engelsk rett er det nødvendig å fortolke hele kontrakten under ett, altså må ansvarsfraskrivelsen ses i sammenheng med resten av kontrakten. Rettens oppgave er

”to look at the event (resulting from the breach), and to ascertain from the words and conduct of the parties which created the contract between them what their presumed intention was as to what should be their legal rights and liabilities either originally or substituted upon the occurrence of an event of this kind.”⁹

Man skal altså ta utgangspunkt i partenes intensjoner som lå til grunn for avtalen, og av disse utlede hva partene mente skulle være deres rettigheter og plikter etter avtalen.

2.2.1 Tolkningsprinsipper

Vi skal i det følgende se på noen tolkningsprinsipper som kommer til anvendelse i engelsk rett. Listen er ikke uttømmende, noe som følger av at man skal se på det særlige kontraktsforholdet man står ovenfor til enhver tid. På denne måten vil ikke de samme prinsippene komme til anvendelse på alle kontrakter. Prinsippene vil kunne tillegges ulik vekt fra sak til sak, og det vil kunne dukke opp nye momenter som før ikke har vært ansett som relevant, men som nå bør tas med i vurderingen.

⁹ Chitty, s. 793

2.2.1.1 Krav om klarhet

I den engelske kontraktsretten har ansvarsfraskrivelser vært prøvet mot en rekke prinsipper, som i tråd med de seneste dommer må anses å ha karakter av tolkningsregler.¹⁰

Grunnleggende og prinsipielt viktig blant disse, er tolkningsregelen om at en ansvarsfraskrivelse i en kontrakt må være klar og utvetydig. Det må ikke foreligge noen særlig tvil om at partene har ment å fritar eller begrense et ansvar etter kontrakten, og hvilket ansvar det gjelder.¹¹

I forhold til vår problemstilling må denne regelen få den virkning, at dersom partene i en kontrakt gyldig skal kunne fraskrive det erstatningsansvar som følger av kontraktsbrudd, må det stå med klare ord dersom dette også skal gjelde for forsett/grov uaktsomhet.

”If a person was under a legal liability and wished to get rid of it he could only do so by using clear words. Exemption clauses will therefore be construed strictly, and the degree of strictness appropriate to their construction may properly depend upon the extent to which they involve departure from the implied obligations ordinarily accepted by the parties in entering into a contract of a particular kind, and whether the clause purports entirely to exclude an obligation or liability or merely to limit the compensation recoverable from the party in default.”¹²

Ansvarsfraskrivelser tolkes således innskrenkende. Hvor langt dommeren går i en innskrenkende tolkning er avhengig av klausulens ordlyd, om liknende klausuler er akseptert i bransjen, og ettersom den fritar eller kun begrenser ansvaret til misligholderen. Ansvarsfraskrivelsesklausulens klarhet og utvetydighet kan derfor ha en viss betydning for om domstolen velger å opprettholde klausulen hvor kontraktsbruddet er begått med forsett/uaktsomhet. Men dette avhenger av at flere faktorer taler i retning av opprettholdelse.

¹⁰ Hagstrøm, Viggo. ”Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig I næringsforhold”, TfR 1996 s. 421, s. 444

¹¹ Chitty, s. 793

¹² Chitty, s. 794

2.2.1.2 Contra proferentem

Contra proferentem – prinsippet innebærer to retningslinjer for tolkningen.

I og med at det er den kontraktsparten som søker å påberope seg ansvarsfraskrivelsen som har bevisbyrden for at et forsettlig/grovt uaktsomt mislighold er dekket av klausulen, innebærer den ene retningslinjen at klausulen blir tolket strengt mot den som vil påberope seg dem.¹³ Enhver tvetydighet i klausulen vil således bli tolket i disfavør av parten som søker å dra nytte av ansvarsfraskrivelsen. For det andre innebærer prinsippet, i likhet med det som gjelder for andre skrevne dokumenter, at dersom det forekommer tvetydighet, skal ordlyden bli tolket i disfavør av den som avfattet dokumentet og som nå søker å påberope seg klausulen.¹⁴

Det er hvor dommerne ikke klarer å løse tvetydigheten etter en normal, språklig forståelse av ordlyden i klausulen, at man kan falle tilbake på prinsippet om contra proferentem. Det er altså tvilstilfellene som utløser bruken av contra proferentem.

Selv om dette tolkningsprinsippet kommer til anvendelse på alle ansvarsfritaksklausuler, anvendes den ikke like strengt på ansvarsbegrensningene som på de totale fraskrivelsene.¹⁵ Grunnen til denne forskjellen er at man tenker seg at det har formodning mot seg, at den som ansvarsfraskrivelsen går ut over ville samtykket i en total ansvarsfraskrivelse. På den annen side er det ikke helt usannsynlig at han ville samtykket i en begrensning av ansvaret. Dette skulle innebære at en ansvarsfraskrivelse for forsettlig/grovt uaktsomt kontraktsbrudd vil bli tolket strengere, enn hvor ansvar for forsett/grov uaktsomhet kun er begrenset.

Den engelske domstol har vist mer tilbakeholdenhet med å lempe ansvarsfraskrivelser som begrenser ansvar, enn de som utelukker ansvar. Som det blir sagt i *BHP Petroleum v. British Steel*¹⁶, må domstolene

“not strive to create ambiguities by strained construction, as I think that the appellants have striven to do. The relevant words must be given, if possible, their

¹³ Chitty, s. 797

¹⁴ Chitty, s. 798

¹⁵ Treitel, G.H. *The Law of Contract*, 11th edition, 2003, s. 222

¹⁶ 1999 2 Lloyd's Rep. 583

natural, plain meaning. Clauses of limitation are not regarded by the Courts with the same hostility as clauses of exclusion: this is because they must be related to other contractual terms, in particular to the risks to which the defending party may be exposed, the remuneration which he receives, and possibly also the opportunity of the other party to insure.”¹⁷

Det er altså viktig å se på kontrakten som et hele, og med det menes at ansvarsfritaksklausulen må leses i lys av kontraktens øvrige innhold. En fraskrivelse av forsettlig og grovt uaktsomme handlinger kan etter omstendighetene således synes rimelig etter en samlet vurdering, og det kan oppstå tilfeller hvor en begrensning av det samme ansvar vil virke urimelig, når den sees i sammenheng med resten av kontrakten. Men det vanlige vil jo være, at partene har søkt å kompensere ansvarsfraskrivelser gjennom andre klausuler, slik at kontrakten som et hele fremkommer som fordelaktig for begge parter. Denne ”uklarhetsregelen” finner vi, som vi skal se senere, også i norsk rett.

2.2.1.3 Uaktsomme kontraktsbrudd

Av det vi har sett av ukklarhetsregelen over, kan vi utlede av den engelske kontraktsretten, at dersom en kontraktspart rettsgyldig skal kunne fraskrive seg ansvaret for egen uaktsomhet, må ordlyden i klausulen klart nok indikere at det var dette som var partenes intensjon ved kontraktsinngåelsen.¹⁸ Hvor dette ikke har kommet klart fram vil klausulen tolkes i hans ugunst. Hvor for eksempel en part søker å begrense erstatningsutmålingen for skader som har oppstått på grunn av hans egen uaktsomhet, er det tilstrekkelig at klausulen som et hele er klar og utvetydig. Men siden det har formodning mot seg at en kontraktspart har ment å fritta den annen part for alle konsekvensene av hans egen uaktsomhet, må klausulene prøves mot tre retningslinjer som har kommet til uttrykk og blitt fulgt i engelsk rettspraksis. Den

¹⁷ 1999 2 Lloyd's Rep. 583, s. 590

¹⁸ Chitty, s. 798

ledende dommen er *Canada Steamship Lines Ltd v The King*¹⁹, og retningslinjene lyder som følger:²⁰

- (1) “If the clause contains language which expressly exempts the person in whose favour it is made (the proferens) from the consequences of the negligence of his own servants, effect must be given to that provision.”
- (2) “If there is no express reference to negligence, the court must consider whether the words used are wide enough, in their ordinary meaning, to cover negligence on the part of the servants of the proferens. If a doubt arises on this point, it must be resolved against the proferens.”
- (3) “If the words used are wide enough for the above purpose, the court must then consider whether the head of damage may be based on some ground other than negligence. The other ground must not be so fanciful or remote that the proferens cannot be supposed to have desired protection against it.”

“The proferens” er altså den som søker å dra nytte av ansvarsfraskrivelsesklausulen. Som det fremgår av (1) kan man konstatere at kravet til klarhet er oppfylt hvor ansvarsfraskrivelsesklausulen uttrykkelig refererer til uaktsomhet, altså hvor klausulen inneholder ordene ”negligence”, eller et synonym for dette ordet. Oppfyller ikke klausulen dette kravet, må man se hen til (2). Dette prinsippet foreskriver at dersom ordlyden i klausulen er vid nok til å omfatte uaktsomhet, for eksempel hvor den fritar en kontraktspart for ”all liability whatsoever”, altså alle ansvarsbetingende forhold, beror det på en tolkning av kontrakten om klausulen fyller kravet til klarhet.

Illustrerende er *Gillespie Bros* saken.²¹ I denne saken ble tre gullklokker, tilhørende saksøkeren, stjålet fra en varebil utenfor London lufthavn, ettersom sjåføren, som var ansatt av saksøkte, lot bilen stå uten tilsyn.

Det var to kontrakter å ta stilling til. Den første besto mellom eierne av gullklokkene, altså saksøkeren, og saksøkte. Den andre kontrakten besto mellom saksøkte og det

¹⁹ 1952 A.C. 192, 208

²⁰ Chitty, s.799

²¹ *Gillespie Bros Ltd v Roy Bowles Transport Ltd*, 1973, Q.B. 400, s. 419

transportfirmaet de hadde hyret til å utføre fraktingen av klokkene. Denne siste kontrakten bygget på standard kontrakten for "the Road Hoalage Assosiation", altså en vanlig standard innen bransjen. Denne inneholdt en ansvarsfritaksklausul som spesifiserte at transportfirmaet ikke under noen omstendighet var ansvarlig ovenfor forhandleren, altså saksøkte. Videre skulle saksøkte holde transportfirmaet skadesløs for ethvert krav, uansett hvem det var fremsatt av, i henhold til denne standardkontrakten.

Det ble fremhevet at denne ansvarsfraskrivelsesklausulen, hadde til formål å gi transportøren adgang til, ved søksmål fra eierne av godset de befroktet, å henvende seg til kontraktsparten for skadesløsholdelse.²² Dersom disse klausulene om ansvarsfritak skulle få anvendelse etter en naturlig forståelse av ordlyden, uttaler dommeren, er det klart at de får anvendelse på denne saken. Lord Justice Buckley uttaler

"The nature of any claim is essentially linked with and dependent on the cause from which it arises, and any indemnity extending in express terms to all claims and demands of whatsoever kind must, in my opinion, extend to all claims and demands however caused, including claims for negligence."²³

Ansvarsfraskrivelsen inneholdt ikke ordet "negligence", slik at dommerne måtte ta stilling til retningslinje (2).

Dommeren tolket først ordlyden i klausulen, og fant at denne, ut fra en naturlig språklig forståelse, var vid nok til å omfatte utelukkelse av uaktsomhetsansvar. Men selv om ordlyden er vid nok, vil ikke klausulen utelukke for uaktsomhetsansvar dersom man kan gå ut i fra at det var ment at ansvaret skulle begrunnes på et annet ansvarsgrunnlag enn uaktsomhet. I denne sammenheng følger det av ansvaret til en "common carrier" at man har et visst aktsomhetsansvar, tilsvarende det som gjelder for bransjen. Dette "common carrier" ansvaret er et eget ansvarsgrunnlag som vil bli lagt til grunn, i stedet for uaktsomhetsansvar, dersom man finner at det kun var for et slikt man ville utløse et erstatningskrav. Slik vil klausulen med andre ord ikke fritta for egen uaktsomhet i følge retningslinje (3).

²² Gillespie Bros Ltd v Roy Bowles Transport Ltd, 1973, Q.B. 400

²³ Gillespie Bros Ltd v Roy Bowles Transport Ltd, 1973, Q.B. 400, *18

Dommerne fant likevel at denne klausulen om skadesløsholdelse, etter en naturlig språklig forståelse, var vid nok til å omfatte transportørens egen uaktsomhet. Videre uttaler han at det hovedsakelig er oppfatningen om at slike klausuler er ”urimelig” som gjør at retten gang på gang har tilsidesatt, og dermed fortolket seg bort fra en naturlig språklige forståelsen av ordene i klausulen, selv når ordlyden utelukker ansvar også for egen uaktsomhet. Dette skjer fordi domstolene antar at parten ikke hadde til hensikt å kontrahere til noe så urimelig, slik at de tolker klausulen ”strictly”. Dommeren viser med andre ord en misnøye med hvordan domstolene, gjennom innskrenkende tolkning, tolker seg bort fra partenes intensjoner ved kontraktsinngåelsen. Utgangspunktet bør være partenes intensjoner på avtaletidspunktet, og hvordan dette har kommet til uttrykk, gjennom en naturlig språklig forståelse av klausulen.

Uaktsomme kontraktsbrudd synes etter dette å kunne opprettholdes, dersom ansvarsfraskrivelsen klart og tydelig refererer til uaktsomhet, et synonym for dette ordet, eller hvor det ikke synes å foreligge noe annet ansvarsgrunnlag til grunn for avtalen.

2.2.1.4 Forsettlig kontraktsbrudd

Det har blitt hevdet at dersom en parts kontraktsbrudd viser at han forsettlig har tilsidesatt en forpliktelse i forhold til den annen part, for eksempel ved å vente med å laste av skipet til dagen etter²⁴, dekkes ikke dette av en ansvarsfraskrivelse. Men det finnes ikke noen lovregel som hindrer fraskrivelse av selv forsettelige handlinger, fra partene selv, eller deres ansatte, dersom det var dette partene hadde intensjoner om.²⁵ Forsettsdrøftelsen kommer derfor kun inn som et tolkningsprinsipp i vurderingen om en ansvarsfraskrivelse skal opprettholdes eller ikke, og slår ikke automatisk bena under hele ansvarsfraskrivelsen. Det er godt mulig at partene ved kontraktsinngåelsen mente å fraskrive ansvar for forsett, eller bevisst tilsidesettelse av kontraktsforpliktelser.

Et forsettlig kontraktsbrudd, synes ikke å ha hatt en selvstendig betydning i den senere rettspraksis. Likevel er forsettsvurderingen lagt til grunn ved vurderingen av om det

²⁴ Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v N.V Rotterdamsche Kolen Centrale, 1967 1 A.C. 361

²⁵ Chitty, s. 803

har vært misligholderens hensikt å oppfylle kontrakten i fremtiden, som ett ledd i tolkningen av om klausulen dekker det foreliggende kontraktsbrudd.²⁶

Lovgiver har derfor, i engelsk rett, ikke sett nødvendigheten av å innføre en spesiell regel for disse forsettstilfellene, da det som med uaktsomme handlinger må bero på en tolkning av hele kontrakten, hvor flere faktorer spiller inn.

2.2.1.5 Kontraktsbruddets art

Som nevnt før under punkt 2.1.1., ble det i engelsk rett hevdet å eksistere et prinsipp om at man ikke kunne påberope seg en ansvarsfraskrivelse, dersom man hadde begått et kontraktsbrudd av fundamental art.²⁷ Disse kontraktsbruddene ble ansett å være så ødeleggende for kontraktsforholdet, og misligholderens kontraktsforpliktelser, at en fraskrivelse av ansvar ikke kunne aksepteres. Dette skulle innebære at et kontraktsbrudd som var begått med forsett/grov uaktsomhet, i den utstrekning domstolen her fant at dette var ”fundamental breach of contract”, ble underkjent av den engelske domstol.

Dette prinsippet kom som følge av industrialiseringen i løpet av 1800-tallet, da det skjedde en økning i bruken av ansvarsfraskrivelser, særlig i standardvilkår, og den derav økende nødvendigheten av en skjerpet kontroll.

En ”fundamental breach” kan skje ved brudd på et kontraktsvilkår, som ikke er grunnleggende for oppfyllelsen av kontrakten, men som får alvorlige konsekvenser.²⁸ Dette kan for eksempel være tilfellet ved brudd på en biforpliktelse som får uante konsekvenser. På den annen side taler man også om ”fundamental breach” hvor kontraktsbruddet gjelder et kontraktsvilkår, som er vesentlig for grunnlaget for kontrakten, noe som betegnes som ”breach of fundamental term”. Et brudd på et slikt grunnleggende kontraktsvilkår, ville medføre at partenes forpliktelse til å oppfylle kontrakten ville bli en annen enn avtalt. Dermed falt grunnlaget for den opprinnelige kontrakt bort.

²⁶ Thuesen, TfR, 1982 s. 292, s.304

²⁷ Chitty, s. 805

²⁸ Chitty, s. 806, Thuesen, TfR 1982 s. 292, s. 302

Dette tolkningsprinsippet har opprinnelig utviklet seg innen for sjøretten i saker hvor et skip, uberettiget har fraviket den avtalte seilerute.²⁹ Grunnen til at man så dette kontraktsbruddet som ”breach of fundamental term”, er at man ved å seile utenfor der man har planlagt, øker risikoen for at ting kan skje med skipet. Ved en slik økning i risikoen, bør eieren av skipet og godset få mulighet til å forsikre seg, slik at man har dekning for hele tapet dersom noe skulle skje.

Kontrollen med ansvarsfraskrivelsesklausulene ble ført av domstolene, for det første ved at dommerne *tolket klausulene innskrenkende*, slik at den ikke fikk anvendelse ved spesielt graverende tilfeller av kontraktsbrudd. Klausulens ordlyd måtte være så klar at det var hevet over enhver tvil, at de utelukket ansvar også for slike alvorlige tilfeller. Domstolen bygget på at kontrakten ikke opphørte ved selve kontraktsbruddet, men først når den krenkede part valgte å betrakte kontrakten som opphørt. Den kontraktspart som ble utsatt for misligholdet, kunne med andre ord velge å opprettholde kontrakten, men dermed ble han også bundet til ansvarsfraskrivelsen³⁰, eller han kunne velge å påberope seg misligholdet, og på den måten bli fritatt for sine videre forpliktelser.

For det annet, kunne domstolskontrollen gå ut på at *hele kontrakten ble ansett som opphørt* som følge av det fundamentale kontraktsbruddet, slik at klausulen dermed også ble ansett virkningsløs. Misligholderens atferd opphevet kontraktsforholdet, slik at den krenkede part ble sittende igjen med et erstatningskrav. Dersom den krenkede parten likevel valgte å opprettholde kontrakten, ble det etterfølgende forholdet ansett å tilsvare en ny kontrakt mellom partene, men da uten ansvarsfraskrivelsen som en del av avtalen.³¹

Denne doktrinen, ”the substantive doctrine of fundamental breach”, ble utviklet med tanke på, men ikke begrenset til, å beskytte forbrukerne. Da denne doktrinen så ble brukt på transaksjoner av kommersiell art, kunne den få den virkning at den forrykket på helt akseptable avtaler om plassering av risiko.³²

²⁹ Thuesen, TfR 1982 s. 292, s. 302

³⁰ Thuesen, TfR 1982 s. 292., s. 301

³¹ Thuesen, TfR 1982 s. 292, s. 302

³² Treitel, s.225

Doktrinen om fundamental breach synes senere å være forlatt i rettspraksis.³³ I Suisse Atlantique saken³⁴ ble doktrinen avvist da det understrekes at selv ansvar for ”fundamental breach” kan fraskrives bare kontraktens ordlyd er tilstrekkelig klar. Saksforholdet i denne saken var at et skip ble leid inn til å frakte kull fra USA til Europa i en periode på to år. Innenfor disse to årene skulle skipet kun ligge til kai et visst antall dager, og dersom befrakteren ikke overholdt denne grensen, ble han erstatningsansvarlig med 1000 dollar per dag. Befrakteren hadde brukt lang tid på av-, og pålasting, noe som førte til at han lå til kai i 150 dager mer enn etter kontrakten. Partene fortsatte likevel sitt avtaleforhold. Her kommer House of Lords til at det ikke finnes noen regel om at ”a fundamental breach”, altså et fundamentalt kontraktsbrudd, fører til at en ansvarsfraskrivelsesklausul blir virkningsløs. Det kommer an på kontraktsinngåelsen om partene mente at klausulen skulle opprettholdes ved kontraktsbrudd av slik art som det inntrådte, med andre ord er doktrinen ikke en ugyldighetsregel, men et moment i tolkningslæren.

Etter House of Lords` avgjørelse i Photo Production – saken³⁵, kan man nå si med sikkerhet at et fundamentalt kontraktsbrudd aldri i seg selv bringer verken ansvarsfraskrivelsen eller hele kontrakten til opphør.³⁶

”Et alvorlig kontraktsbrud bringer aldrig i sig selv kontrakten til ophør. Når en part alvorlig har misligholdt kontrakten, er den krænkede part berettiget til at vælge at fastholde kontrakten og kræve den behørigt opfyldt eller at omforme den misligholdende parts forpligtelser fra opfyldelse til pligt til at betale erstatning. I sidstnævnte fald ophører også den krænkede parts forpligtelser til at opfylde kontrakten for fremtiden.”³⁷

Saksøkeren i denne saken var eieren av en fabrikk som hadde inngått avtale med saksøkte, et sikkerhetsselskap, om periodevis patruljering av fabrikkens nattestid. En av

³³ Thuesen , TfR 1982 s. 292, s. 302

³⁴ 1967 A.C. 361

³⁵ Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd, 1980 1 Lloyd's Rep. 545

³⁶ Chitty s. 808

³⁷ Thuesen, TfR 1982 s. 292, s. 312

sikkerhetsvaktene ” deliberately started a small fire” som han mistet kontroll over, noe som førte til at hele fabrikken brant ned og et erstatningskrav på 615`000 pund. Fabrikkeieren anla sak, men sikkerhetsselskapet viste til en ansvarsfraskrivelsesklausul som lød

”Under no circumstances shall the company (Securicor) be responsible for any injurious act or default by any employee of the company unless such act or default could have been foreseen and avoided by the exercise of due diligence on the part of the company as his employer.”³⁸

I Court of Appeal ble det sagt at ansvarsfritaksklausulen ikke kunne opprettholdes da sikkerhetsselskapet hadde begått et kontraktsbrudd av helt fundamental art. Men House of Lords reverserte denne avgjørelsen under henvisning til at klausulen var helt klar og adekvat til å dekke saksøktes handling. Ikke bare syntes dommerne her at resultatet var teknisk riktig, men også rettferdig og fornuftig.³⁹ Vaktsselskapet hadde fraskrevet seg ansvaret for sine ansattes handlinger, de forsettlige som de uaktsomme.

Den ene dommeren uttalte at det ikke var tvil om at spørsmålet om en ansvarsfraskrivelse skal opprettholdes ovenfor et fundamentalt kontraktsbrudd eller ikke, er et spørsmål om ”construction of the contract”.⁴⁰ Dette innebærer at det må foretas en fortolkning av klausulens ordlyd i sammenheng med kontrakten som helhet, og i dette tilfellet var kravet til klarhet oppfylt, slik at ansvarsfraskrivelsen ble opprettholdt. Videre blir saksøkte ansvarsfri fordi klausulen

”effectively modified their obligation to one of exercising due diligence in their capacity as employers. The clause apportioned the risk between the parties: the risk of arson not being accepted by the defendants having regard to the nature and cost of the services provided and falling on the plaintiffs who could more economically insure against it.”⁴¹

³⁸ Chitty, s. 808

³⁹ Furmston, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston`s Law of Contract, 14th edition, 2001, s. 196

⁴⁰ Furmston, s. 196

⁴¹ Chitty, s. 809

Doktrinen om ”fundamental breach” som ugyldighetsregel eksisterer altså ikke. Dersom en ansvarsfraskrivelse anses å dekke forsettlige/grovt uaktsomme handlinger, og at dette således anses som et fundamentalt kontraktsbrudd, innebærer ikke dette at ansvarsfraskrivelsesklausulen anses ugyldig. Det må foretas en tolkning av klausulens ordlyd sett i sammenheng med resten av kontrakten, hvor kontraktens hovedformål og partenes intensjoner vil bli tillagt vekt.⁴²

2.2.1.6 “Four corners – rule”

Denne regelen er et prinsipp som bygger på at ethvert erstatningskrav, eller ansvar som søkes fraskrevet gjennom en ansvarsfraskrivelse, må falle innenfor kontraktens ”fire hjørner”, og ikke utenfor. Dette skulle medføre at et forsettlig eller uaktsomt kontraktsbrudd måtte ligge innenfor kontraktens fire hjørner, for å falle innenfor ansvarsfraskrivelsens dekningsfelt.

Prinsippet har oppstått som følge av saker hvor ansvarsfraskrivelser har blitt ansett å ikke kunne opprettholdes fordi en bortfrakter har seilet utenfor den vanlige ruten⁴³, og uten at dette var begrunnet i en legitim årsak. Støtte har prinsippet også i saker hvor man har stuet og fraktet gods over dekk når avtalen var å frakte varene under dekk, hvor man har lagret gods på andre steder enn avtalt, eller brukt en underbefrakter til å utføre jobben for seg etter avtalen uten at dette var avtalt mellom hovedpartene.⁴⁴

Det kan være mer hensiktsmessig å se dette prinsippet som et rent tolkningsspørsmål. Hvis man forsettlig stuer godset over dekk i stedet for under dekk som avtalt, altså med kunnskap om at dette ikke var avtalen og det øker risikoen for at varene blir skadet, vil ikke en ansvarsfraskrivelse som skulle dekke tilfeller som oppstår under dekk, dekke forhold som inntreer over dekk. Således blir det heller et spørsmål om tolkning av ansvarsfraskrivelsens dekningsfelt enn et prinsipp om at ansvaret må falle innenfor kontraktens fire hjørner.

⁴² Thuesen, TfR 1982 s. 292, s. 313

⁴³ Chitty, s. 797

⁴⁴ Chitty, s. 797

2.2.1.7 Grunnlaget for kontrakten faller bort

Et kontraktsbrudd som er begått med forsett/uaktsomhet kan føre til at selve fundamentet i kontraktsforholdet mellom partene svikter. Ansvarsfraskrivelsesklausuler kan være så allment avfattede og så vide i sin ordlyd, at det å anvende dem vil stride mot selve grunnlaget for kontrakten, altså ”defeat the main purpose of the contract which the parties had in mind”.⁴⁵ Det blir således rettens oppgave å finne fram til, og gi effekt til partenes intensjoner på avtaleinngåelsestidspunktet, slik at dersom formålet med avtalen kommer klart fram, skal retten tolke klausulen i lys av dette. Således vil det stride mot rettens oppgave å tolke ordlyden i kontrakten på en måte som gir den en helt annen mening enn det partene hadde tenkt ved inngåelsen. Dette må gjelde til tross for at klausulen på denne måten får den mening som retten *tror* at ordlyden gir uttrykk for, eller som retten syns partene *burde* ha gitt uttrykk for.⁴⁶ Dette innebærer også at partenes intensjoner, såfremt disse ikke er omtvistet, blir lagt til grunn, hvor en tolkning av ordlyden etter en naturlig språklig forståelse skulle tilsi en annen tolkning.

På den annen side vil retten være forbeholden med å tillegge en ansvarsfraskrivelsesklausul en tolkning som samlet sett fritar en part for alle plikter og alt ansvar.

”One may safely say that the parties cannot, in a contract, have contemplated that the clause should have so wide an ambit as in effect to deprive one party`s stipulations of all contractual force: to do so would be to reduce the contract to a mere declaration of intent.”⁴⁷

Med andre ord ville oppfyllelsen av avtalen kun bero på partenes vilje til å oppfylle den, uten noen form for sanksjoner.

⁴⁵ Chitty, s. 795

⁴⁶ Chitty, s. 742

⁴⁷ Chitty, s. 796, 1967, 1 A.C. 361, 482

Dersom partenes intensjoner med avtalen viser seg å ha vært å fraskrive ansvaret for alle typer handlinger, inkludert forsettlig og uaktsomme kontraktsbrudd, vil domstolen måtte ta hensyn til dette, og tolke kontrakten i lys av dette. Men siden det generelt har formodning mot seg at partene har ment å på denne måte utelukke alle erstatningskrav ved kontraktsbrudd, må det bero på en samlet vurdering av hele kontraktsforholdet, hvor flere momenter spiller inn.

2.2.2 Fra tolkning til sensur

Lord Denning uttaler i *Gillespie Bros*⁴⁸ saken, referert til foran under punkt 2.2.1.3., en missnøye til at domstolene tolker seg bort fra ordlyden i ansvarsfraskrivelsesklausulene, og dermed innskrenker deres anvendelsesområde.

“Nor will the words of an exemption clause normally be held to apply to a situation created by a fundamental breach of contract. The time may come when this process of "construing" the contract can be pursued no further. The words are too clear to permit of it. Are the Courts then powerless? Are they to permit the party to enforce his unreasonable clause, even when it is so unreasonable, or applied so unreasonably, as to be unconscionable? When it gets to this point, I would say, as I said many years ago:

There is the vigilance of the common law which, while allowing freedom of contract, watches to see that it is not abused. It will not allow a party to exempt himself from his liability at common law when it would be quite unconscionable for him to do so.”⁴⁹

Dersom en klausul således synes klar og utvetydig etter en tolkning, vil den likevel kunne settes til side dersom den kommer i konflikt med preseptoriske skranker.

⁴⁸ 1973, Q.B. 400

⁴⁹ *Gillespie Bros Ltd v Roy Bowles Transport Ltd*, 1973, Q.B. 400, *17

2.3 The Unfair Contract Terms Act av 1977

Hovedoppgaven til The Unfair Contract Terms Act av 1977, er å begrense i hvilken utstrekning ansvarsfraskrivelser, som følge av kontraktsbrudd og uaktsomhet, kan gjøres gjeldende. Dette gjøres i stor utstrekning ved å stille et krav til rimelighet, men også ved hjelp av spesifikke forbud.⁵⁰ UCTA dreier seg nesten utelukkende om fritaksklausuler, og kan ses som et resultat av den utvidede kontrollen og reguleringen av ansvarsfraskrivelser man har hatt i engelsk rett, og da særlig i forbrukerforhold.⁵¹

Lord Denning uttaler i Court of Appeals under Gillespie Bros⁵² saken at den klausulen de sto ovenfor var klar og utvetydig, og skulle derfor få virkning etter sitt innhold.

”This clause, as I see it, when given its ordinary meaning, is perfectly fair and reasonable. When a clause is reasonable, and is reasonably applied, it should be given effect according to its terms. I know that the Judges hitherto have never confessed openly to the test of reasonableness. But it has been the driving force behind many of the decisions, and now it has the backing of the Law Commissions of England and Wales, and of Scotland. I venture to suggest that the words of such a clause (be it an exemption clause, or a limitation clause, or an indemnity clause) should be construed in the same way as any other clause. It should be given its ordinary meaning, that is, the meaning which the parties understood by the clause and must be presumed to have intended. The Courts should give effect to the clause according to that meaning -- provided always (and this is new) that it is reasonable as between the parties and is applied reasonably in the circumstances of the particular case.”⁵³

UCTA virker på to måter. For det første kan tolkningen medføre at fritaksklausulen blir helt tilsidesatt. Dette er tilfellet ved klausuler som fritar for ”personal injury or death”. En ansvarsfraskrivelse som fritar for ansvar hvor følgen er personskade eller dødsfall er det således et absolutt forbud mot. Det andre alternativet er at klausulen må prøves om den er

⁵⁰ www.lawteacher.net/contract/Contents/ExclusionClausesLecture.html

⁵¹ Treitel, s.217

⁵² Gillespie Bros Ltd v. Roy Bowles Transport Ltd. Rennie Hogg, 1973 Q.B. 400

⁵³ Gillespie Bros Ltd v Roy Bowles Transport Ltd, 1973, Q.B. 400, *17

”reasonable”, altså en klar likhet med avtaleloven § 36.⁵⁴ En ansvarsfraskrivelse vil med andre ord kunne opprettholdes i det omfang den kjennes rimelig etter en rimelighetstest, derav navnet ”the reasonableness test”.⁵⁵

2.3.1 UCTAs anvendelsesområde

UCTA fra 1977 regulerer hovedsakelig ansvarsfraskrivelser i kontrakter mellom næringsdrivende og forbrukere, ikke internt i næringsforhold. Utenfor UCTAs anvendelsesområde faller derfor blant annet noen kontrakter vedrørende forsikring, salg av aksjer, og selskapsrelaterte kontrakter.⁵⁶ I følge UCTA § 26 (1) gjelder ikke lovens regler om begrensning eller utelukkning av ansvar i internasjonale kontrakter om løsekjøp, derav blir heller ikke disse utsatt for en rimelighetsvurdering.⁵⁷

I næringsvirksomhet kommer rimelighetstesten likevel til anvendelse på ansvarsfraskrivelser, og begrensninger ved flere tilfeller.

For det første gjelder at klausulen blir rimelighetstestet hvor ansvar er fraskrevet, eller begrenset, for ansvar ved uaktsomhet for annet enn død eller personskade, med andre ord på tingskade.⁵⁸ Ethvert forsøk på å fraskrive seg eller begrense ansvar for død eller personskade vil som nevnt være ugyldig.

Testen kommer også til anvendelse hvor en næringsdrivende har fraskrevet ansvar for kontraktsbrudd, og dette gjelder både uaktsomhetsansvar, og objektivt ansvar.⁵⁹

I tillegg til kontraktsbrudd, foreskriver UCTA § 3 at ansvarsfraskrivelser eller begrensninger i skriftlige standardkontrakter, som omhandler vesentlig endring av kontraktsforpliktelsen, eller begrensning eller fritakelse for å utføre en kontraktsforpliktelse, er underlagt en rimelighetsvurdering.⁶⁰ Disse forhold vil typisk

⁵⁴ Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai, 1918, nr. 4

⁵⁵ Thuesen, TfR 1982 s. 292, s. 314

⁵⁶ www.lawteacher.net/contract/Contents/ExclusionClausesLecture.html

⁵⁷ Thuesen, TfR 1982 s. 292, s. 326

⁵⁸ Thuesen, TfR 1982 s. 292, s. 315

⁵⁹ Thuesen, TfR 1982 s. 292, s. 315

⁶⁰ Thuesen, TfR 1982 s. 292, s. 317

omfatte fundamental breach-tilfeller. Når man da med senere rettspraksis har åpnet muligheten for å sette fundamentale kontraktsbrudd til side, har UCTA tilført Common Law et supplement til den eksisterende tolkningslæren i form av et krav til rimelighet.⁶¹ UCTA §§ 6-7 foreskriver at det i næringsvirksomhet skal foretas en rimelighetsvurdering dersom en klausul fraskriver eller begrenser ansvar for vanhjemmel.⁶² Videre overlater UCTA § 9 til domstolene å treffe beslutningen om opprettholdelse eller tilsidesettelse av fraskrivelse, og dette gjelder alle kontrakter, uavhengig av om den krenkede kontraktspart velger å opprettholde kontraktsforholdet eller ikke. Som det følger av det foregående, er det også i skriftlige standarder, enten mellom forbruker og næringsdrivende, eller næringsdrivende seg imellom, åpent for en rimelighetskontroll av urimelige vilkår. UCTA foreskriver selv retningslinjer for hva som her skal tas til vurdering under rimelighetstesten.⁶³

2.3.2 Retningslinjer for "The Reasonableness test"

Det er viktig å merke seg at dommerne under rimelighetstesten kun kan finne klausulen enten rimelig eller urimelig. Dommerne kan med andre ord ikke utøve sitt skjønn på en slik måte at de finner frem til "gylne middelveier".⁶⁴

Rimelighetstesten skal foretas slik at den gjenspeiler forholdene på tidspunktet for avtaleinngåelsen.⁶⁵ Spørsmålet blir således om det var rimelig på avtaletidspunktet at en ansvarsfraskrivelse eller begrensning skulle utelukke for ansvar som følge av forsett/uaktsomhet.

Det er særlig 5 retningslinjer som skal legges vekt på, og som er listet opp i UCTA 11 (2). Disse retningslinjene er ikke uttrykkelig gitt et alminnelig anvendelsesområde i lovbestemmelsen, men de anses etter praksis å være anvendelige også utenfor sitt

⁶¹ Thuesen, TfR 1982 s. 292, s. 317

⁶² Thuesen, TfR 1982 s. 292, s. 324

⁶³ Hartwell, Nicky. "The application of the reasonableness test under the UCTA 1977: A schism between certainty and fairness", Hertfordshire Law Journal 3 (2), s. 55

⁶⁴ Chitty, s. 848

⁶⁵ Chitty, s. 839

lovfastsatte anvendelsesområde.⁶⁶ Selv om disse momentene er særlig rettet mot forbrukerforhold, vil retningslinjene også bli fulgt hvor rimelighetstesten får anvendelse på kontrakter i næringsforhold.

2.3.2.1 Styrkeforholdet mellom partene

Den første retningslinjen innebærer at det skal tas hensyn til om partene står i lik forhandlingsposisjon, altså om partene er jevnbyrdige.

”The strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking account (among other things) alternative means by which the customer’s requirements could have been met.”⁶⁷

R.W. Green Ltd v. Cade Bros Farms⁶⁸ er illustrerende i måten domstolene bruker denne retningslinjen på. Kjøperen av noen frø som var infisert med et virus, fikk ikke erstatning for mer enn vederlaget, da dommerne fant, etter en rimelighetsvurdering, at ansvarsbegrensningen i kontrakten mellom partene måtte opprettholdes.

For det første var det et moment at kontrakten ikke besto mellom en sterk part og en svak part, men hvor styrkeforholdet var noenlunde likt. Den kontrakten partene bygget sine forpliktelser på, var framforhandlet gjennom representanter fra fagforeningene for begge parter.⁶⁹ Kontrakten hadde vært vanlig i bransjen i flere år. Dette talte derfor for å opprettholde ansvarsfraskrivelsen.

Det vil således kunne tale for opprettholdelse av en ansvarsfraskrivelse ved forsettlig/grovt uaktsomt kontraktsbrudd, hvor partene er jevnbyrdige, og hvor ansvarsfraskrivelsen anses som et nødvendig ledd i kontrakten.

⁶⁶ Chitty, s. 840

⁶⁷ Chitty, s. 840

⁶⁸ 1978 1 Lloyd’s Rep. 602

⁶⁹ 1978 1 Lloyd’s Rep. 602, s. 607

I forhold til kommersielle kontrakter generelt, hvor partene er jevnbyrdige, bør det sterke argumenter til for å sette til side en ansvarsbegrensning eller fraskrivelse.⁷⁰

”Where experienced businessmen representing substantial companies of equal bargaining power negotiate an agreement, they may be taken to have had regard to the matters known to them. They should, in my view, be taken to be the best judge of the commercial fairness of the agreement which they have made; including the fairness of each of the terms in that agreement, (...) (and) whether the terms of the agreement are reasonable. The court should not assume that either is likely to commit his company to an agreement which he thinks is unfair, or which he thinks includes unreasonable terms. Unless satisfied that one party has, in effect, taken unfair advantage of the other – or that a term is so unreasonable that it cannot properly have been understood or considered – the court should not interfere.”⁷¹

Dette utdraget fra *Watford v Sanderson* – saken⁷² må ikke tolkes dit hen at domstolene overhodet ikke bør blande seg i kommersielle kontraktsforhold. Hver sak som kommer opp for domstolen er av forskjellig karakter, med forskjellige faktum, og må således vurderes individuelt. Dette taler for å vise tilbakeholdenhet med å skape en generell regel for hvordan man skal anvende rimelighetstesten.⁷³

⁷⁰ McDonald, Elisabeth, 2001, “Watford v Sanderson : The requirement of reasonableness in system supply contracts and more generally. Application of the requirement of reasonableness – commercial contracts generally”, Web Journal of Current Legal Issues, 2001

⁷¹ McDonald, Elisabeth, 2001. “Application of the requirement of reasonableness – commercial contracts generally”

⁷² *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd*, 2001 1 All ER (Comm) 696

⁷³ McDonald, Elisabeth, 2001. “Application of the requirement of reasonableness – commercial contracts generally”

2.3.2.2 Valgmuligheter

Den andre retningslinjen går ut på at det har betydning for rimeligheten av en ansvarsfraskrivelsesklausul, dersom kontraktspartene hadde en mulighet til å velge å gå inn i kontraktsforholdet uten ansvarsfraskrivelsen, men valgte å ha den med.

”Whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having to accept a similar term.”⁷⁴

Det skal med andre ord tas hensyn til om kontraktsparten kunne velge å inngå en liknende avtale med en annen kontraktspart, hvor avtalen ikke inneholdt noen ansvarsfraskrivelse. Dersom han hadde dette valget, men likevel valgte å inngå avtalen som inneholdt ansvarsfraskrivelsen, taler dette for å opprettholde klausulen. Parten er klar over at avtalen inneholder en ansvarsfraskrivelse, men velger likevel å akseptere vilkårene og inngå kontrakten.

I forhold til problemstillingen med fraskrivelse av ansvar for forsett/grov uaktsomhet, kan det således tale for å opprettholde klausulen hvor parten hadde valget mellom denne kontrakten, og en annen med snevrere ansvarsfraskrivelser. Dersom valgmuligheten er en avtale med en ansvarsfraskrivelsesklausul som kun omfatter simpel uaktsomhet, taler det for opprettholdelse hvor man likevel velger den hvor forsett/grov uaktsomhet er omfattet.

2.3.2.3 Kutyme

Retningslinje nummer tre gir henvisning til at det taler for rimelighet hvor en part kjenner til, eller burde kjenne til, ansvarsfraskrivelsens eksistens og i hvilken utstrekning den vil få anvendelse.

”Whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and extent of the term, (having regard, among other things, to any custom of the trade and any course of dealing between the parties).”⁷⁵

⁷⁴ Chitty, s. 840

I *R.W. Green Ltd v. Cade Bros Farms*⁷⁶ ble det framhevet at den standard kontrakten partene i saken bygget på, var framforhandlet av representanter for begge parter, herunder bøndene og frøselgerne, og hadde vært vanlig i bransjen over 20 år. Alle kommersielle kontrakter må tolkes i lys av den bransjen den er utviklet innenfor.⁷⁷ Det kan derfor tale for å opprettholde en ansvarsfraskrivelse hvor disse er vanlige i bransjen.

”To my mind the contract in clear language places the risk in so far as damage may exceed the contract price, on the farmer. The contract has been in use for many years with the approval of the negotiating bodies acting on behalf of both seed potato merchants and farmers, and I can see no grounds upon which it would be right for the Court to say in the circumstances of this case that such a term is not fair or reasonable.”⁷⁸

Det at kontraktspartene var vel kjente med den kontrakten som vanligvis ble brukt på dette området, talte således til fordel for den kontraktsparten som ville påberope seg ansvarsfraskrivelsen. Dersom det er vanlig i en bransje å fraskrive ansvar for forsett/uaktsomhet, kan dette tale for at kontrakten ansees rimelig i forholdet mellom partene.

2.3.2.4 Hensynet til forutberegnelighet

Denne retningslinjen lyder som følger.

“Where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition is not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable.”⁷⁹

⁷⁵ Chitty, s. 840

⁷⁶ 1978 1 Lloyd’s Rep. 602

⁷⁷ 1978 1 Lloyd’s Rep. 602, s. 607

⁷⁸ 1978 1 Lloyd’s Rep. 602, s. 608

⁷⁹ Chitty, s. 840

I forhold til oppgavens problemstilling, skal det tas hensyn til om overholdelse av en ansvarsfraskrivelse, som omfatter forsettlig/grovt uaktsomme handlinger, er mulig for partene å forutse på avtaletidspunktet. Det skal med andre ord vurderes om partene, på tidspunktet for avtaleinngåelsen, kunne forvente seg at det er rimelig å fraskrive ansvar for forsett/grov uaktsomhet ved brudd på en kontraktsforpliktelse.

Dersom vi tenker oss at ansvarsfraskrivelsesklausulen er en reklamasjonsfrist, må denne fristen framstå som rimelig i forhold til det fristen gjelder, på kontraktstidspunktet. Gjelder kontraktsgjenstanden for eksempel noen agurkpinner som holder agurkene oppe, og disse senere viser seg å være infisert av sopp, er det ikke rimelig på avtaletidspunktet med en 3 dagers reklamasjonsfrist. I *R.W. Green Ltd v. Cade Bros Farms*⁸⁰ var forholdet meget likt dette eksempelet.

“At the time this contract was made no one would expect it to have been practicable for the farmer to complain of virus Y in the potatoes within three days of delivery, for the simple reason that he would not know of its presence. It would therefore, in my judgment, not be fair or reasonable that this claim should be defeated because no complaint was made within three or 10 days of delivery.”⁸¹

Det var ikke mulig på avtaletidspunktet å forutse at frøene var mangelfulle, og dermed at reklamasjonsfristen var utilstrekkelig. At kjøperen ikke hadde reklamert i tide kunne derfor ikke være et forsvar for selgeren, og talte således mot en opprettholdelse av klausulen, i henhold til reklamasjonsfristen.

2.3.2.5 Tilvirket vare

Denne siste retningslinjen som UCTA lister opp, lyder som følger:

⁸⁰ 1978 1 Lloyd's Rep. 602

⁸¹ 1978 1 Lloyd's Rep. 602, s. 608

“Whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer.”⁸²

Det skal i følge denne retningslinjen legges vekt på om varen er spesielt tilvirket kjøperen. For denne oppgavens problemstilling blir spørsmålet altså om det har noen betydning for fraskrivelse av ansvar, dersom tilvirkeren har handlet med forsett/grov uaktsomhet. Vanligvis vil nettopp det at varen er tilvirket kjøperen tale til fordel for tilvirkeren, i og med at avtalen stort sett bygger på kjøperens premisser, og leverandøren av kontraktsgjenstanden gjerne har en begrenset mulighet til å selge varen til noen andre. Dette gjenspeiles igjen av en begrenset hevingsadgang for kjøperen. Nettopp det at varen tilvirkes etter kjøperens preferanser vil derfor som oftest tale for at en ansvarsfraskrivelse er rimelig i favør av selgeren. Men dersom tilvirkeren bevisst nedprioriterer sine forpliktelser etter avtalen med kjøperen til fordel for et annet prosjekt, vil som regel dette anses som forsettlig mislighold. Dette bør i enkelte tilfeller, sammenholdt med andre faktorer som taler for urimelighet, kunne virke negativt inn på tilvirkerens ansvar.

2.3.3 Ytterligere momenter i UCTA

Retningslinjene i UCTA er ikke uttømmende, og til tross for at det finnes noen så å si ”faste” retningslinjer for hva som kan tas i betraktning under en rimelighetstest etter UCTA, vil det være stort rom for diskresjonære skjønn hos hver enkelt dommer, i å avveie de ulike momentene mot hverandre.

Andre momenter som har vært av betydning i favør av rimelighet, har vært hvorvidt kontrakten har blitt til etter møysommelige forhandlinger, om begge parter har hatt juridisk hjelp, partenes erfaring innenfor kommersiell kontraktsrett og partenes forretningssans.⁸³

Partenes mulighet til å forsikre seg har også vært et moment som har blitt lagt mye vekt på. Som vi ser av *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd*⁸⁴, og *George*

⁸² Chitty, s. 840

⁸³ Hartwell, Nicky. *Hertfordshire Law Journal* 3 (2), s. 58

⁸⁴ 1980 1 *Lloyd's Rep.* 545

Mitchell (Chesterhall) v. Finney Lock Seeds⁸⁵, spiller muligheten for å forsikre seg mot risiko inn på rimelighetstesten, selv om de fem hovedretningslinjene ikke sier noe uttrykkelig om dette.⁸⁶ Hvor retten skal ta i betraktning en klausul som begrenser det erstatningsansvaret man kan pådra seg til en gitt sum, krever seksjon 11 (4) i UCTA at retten legger vekt på de forventede, tilgjengelige midlene til å påta seg ansvaret, og muligheten for å tegne forsikring.⁸⁷ Herunder legges vekt på om forsikringspremien er meget høy eller ikke tilgjengelig over hodet, noe som taler for at det ikke rimelig kunne ventes at vedkommende tegnet forsikring. Det er altså ikke de faktiske omstendighetene rundt forsikring som er relevant, men heller den mulighet partene hadde til å tegne forsikring på avtaletidspunktet. Herunder legges vekt på prisen av forsikringen, og om denne lett kunne pulveriseres i prisen på produktet. Dersom dette er tilfellet, taler dette for at eierne av fabrikken burde tegnet forsikring og dermed selv har en aktsomhetsplikt.

Da fabrikken, Photo Production, brant ned, var eieren nærmest til å tegne forsikring for sin fabrikk, og fraskrivelsen av vaktelskapet Securicors ansvar ble ansett rimelig. Vaktelskapet hadde lite med fabrikken å gjøre da dets eneste oppgave var å patruljere området noen ganger på natten, og selskapet fikk ikke mer enn vanlig betalt for dette. For ledelsen i vaktelskapet faller det derfor ikke naturlig å forsikre seg mot den risiko som ligger i at ansatte tenner på fabrikker, da denne (i utgangspunktet) er minimal, og det er ikke påregnelig på avtaletidspunktet at hele bygninger går tapt. Denne avgjørelsen må altså forstås i lys av forsikringsspørsmålet, i og med at fabrikkieren led et enormt tap, og det isolert sett synes urimelig at han selv må bære tapet for dette. Kommersielle kontrakter av denne størrelsesordenen har utførlige klausuler om plassering av risiko. Enhver fornuftig fabrikkier vil forsikre fabrikken mot brann, og han er også nærmest til å bære det økonomiske tapet. Dette resultatet ville nok være det mest effektive rent økonomisk, og det forelå ikke noen god grunn for retten til å blande seg i og forrykke

⁸⁵ 1983 2 A.C. 803

⁸⁶ Furmston, s.208-209

⁸⁷ Chitty, s. 841

den fordelingen av risiko som partene etter forhandlinger var blitt enige om.⁸⁸ Lord Wilberforce uttaler i denne saken,

”In commercial matters generally, when the parties are not of unequal bargaining power, and when risks are normally borne by insurance, not only is the case for judicial intervention undemonstrated, but there is everything to be said for leaving the parties free to apportion the risks as they think fit and respecting their decisions.”⁸⁹

Betydningen av forsikring var også et av de avgjørende momenter i *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd*⁹⁰, hvor store områder av jord ble dyrket med kålfrø. Da avlingen viste seg å være ubrukelig, dels fordi frøsorten var feil for årstiden og dels fordi den var av dårlig kvalitet, saksøkte bonden selgeren for tapt inntekt av kålen. Selgeren hevdet på sin side at hans ansvar var begrenset til å erstatte dårlige frø, enten in naturalia eller tilbakebetaling av vederlaget. Dommerne mente at ansvarsbegrensningen var ”sufficiently clear and unambiguous to be effective at common law”, men at den ikke kunne opprettholdes etter rimelighetsbetraktninger.⁹¹ Lord Bridge som førstvoterende uttaler at man må spørre seg om det er riktig og rimelig for selgeren av frø til å frasi seg ansvaret i det sjeldne tilfellet at (a) feil frø er levert til kjøper, og (b) frøene ikke gror fordi de er ubrukelige. Selgeren måtte på sin side beskyttes, fordi det for ham ikke var mulig å forutse at frøene var av den riktige sorten før de har begynt å gro. Da selgeren og bonden i dette tilfellet plantet kålfrøene samtidig, hadde ikke selgeren noen mulighet til å oppdage mangelen ved frøene på et tidligere tidspunkt enn kjøperen. Således var de i dette henseende jevngode parter, slik at bevisbyrden lå på kjøperen for å bevise at klausulen var urimelig. Videre la domstolen vekt på at selgerens kontraktsbrudd var uaktsomt, og han var nærmest til å forsikre seg mot tap som i denne saken. Slik forsikring var og har vært vanlig i bransjen, samtidig som forsikringskostnaden ikke hadde spilt betydelig rolle inn på prisen for frøene.

⁸⁸ Furmston, s. 196

⁸⁹ *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd*, 1980 AC 827, s. 843

⁹⁰ 1983 2 AC 803

⁹¹ Chitty, s. 843

Til tross for at ansvarsfraskrivelsen var klar og utvetydig etter en tolkning, kunne den altså ikke opprettholdes overfor bonden da den ikke kunne anses som rimelig.

Av dette kan man trekke den konklusjonen at forsikring spiller en ganske betydelig rolle når man skal vurdere om en ansvarsfraskrivelse er urimelig eller ikke, i og med at de økonomiske konsekvensene likevel blir dekket av andre enn den misligholdet gikk ut over. Dette innebærer at en fraskrivelse av ansvar for forsett/grov uaktsomhet, vil kunne anses rimelig, i tilfeller hvor det foreligger forsikringsordninger.

3 Norsk rett

3.1 Ansvarsfraskrivelser i norsk rett.

Med forankring i Rt. 1948 s. 370 har det i norsk rett vært hevdet at det er adgang til å fraskrive seg ethvert erstatningsansvar, bare ikke ansvaret grunnet egne forsettelige eller grovt uaktsomme skadeforvoldelser.⁹² I denne dommen var forholdet slik at et firma ville arrangere en ekskursjon for sine ansatte, og fikk i den forbindelse alle ansatte til å skrive under på at de ville frita firmaet for alt ansvar som måtte oppstå i løpet av turen. En mann døde og flere ble skadet, på grunn av at sjåføren kjørte uaktsomt.

Høyesterett fant enstemmig at det ikke var noen betenkeligheter ved å tillate fraskrivelse av erstatningsansvar, da man ikke kunne oppstille et forbud mot slike ansvarsfritak uten uttrykkelig lovhjemmel. De etterlatte fikk derfor ikke noen erstatning da Høyesterett fant at ansvarsfraskrivelsen, som mannen skrev under på, kunne opprettholdes.

I dag, nesten 60 år senere, må man kunne si med sikkerhet at utgangspunktet ikke lenger er at man kan fraskrive seg alt ansvar, bare ikke for forsett og grov uaktsomhet.

⁹² Hagstrøm, Viggo. TfR 1996 s. 421, "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", s. 421-518

Som vi skal se i det følgende, vil opprettholdelsen av ansvarsfraskrivelser bero på en evaluering av hvert enkelttilfelle, hvor ulike momenter må avveies i en samlet vurdering for om fraskrivelse av ansvar for både forsett og grov uaktsomhet vil være akseptabelt.

3.1.1 Rettskilder og metode

I dag vil spørsmålet om ansvarsfraskrivelser kan opprettholdes til tross for forsett/grov uaktsomhet, bero på en vurdering etter to grunnleggende forhold. For det første fører man i norsk rett en kontroll med urimelige avtalevilkår ved hjelp av tolkning. Hertil kommer tolkningsprinsipper, og tolkningsregler, utviklet gjennom rettspraksis, til anvendelse ved innskrenkende tolkning. På denne måten får ikke ansvarsfraskrivelsen den virkning den egentlig skulle hatt fordi ordlyden innsnevres til å ikke gjelde det inntrufne misligholdet. Det andre forholdet er de skrankene vi finner i preseptorisk lovgivning. Her vil spørsmålet om en ansvarsfraskrivelse kan opprettholdes bero på den skjønsmessige regelen i avtaleloven § 36, supplert med prinsippet om ærbarhet som følger av NL⁹³ 5-1-2.⁹⁴ Under for eksempel en rimelighetssensur etter avtalelovens § 36, vil momenter av betydning i tolkningslæren og etter NL 5-1-2, også komme til anvendelse. Anvendelsen av det ene settet av tolkningsprinsipper, utelukker med andre ord ikke bruken av de andre som kan komme supplerende inn.

Jeg vil benytte alminnelig norsk juridisk metode ved denne behandlingen av norsk rett. For tolkningens vedkommende vil derfor rettspraksis være en grunnleggende rettskilde i tillegg til teorien. Under sensurdelen vil lovgivningen gi de preseptoriske skrankene, samtidig som rettspraksis vil være en stor hjelp i å belyse problemstillingene.

⁹³ Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15.april 1687

⁹⁴ Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 2.opplag, 2003, s.626

3.2 Tolkning

Gjennom tolkning fastlegger domstolen hva som er den rettslig relevante forståelsen av kontraktsbestemmelsene på de punktene partene tvistes om. Det foretas med andre ord en presisering av kontraktens innhold.

Ved tolkning av ansvarsfraskrivelser gjelder det samme som ved tolkning av andre kontraktsklausuler. Det vil si at det skal legges til grunn et objektivt tolkningsprinsipp. Dette innebærer at formålet med tolkningen er å finne fram til den objektivt sett rimelige og fornuftige mening i kontraktens bestemmelser.⁹⁵

Utgangspunktet er ordenes alminnelige mening etter en vanlig språkbruk, i det livsforhold kontrakten gjelder. Således vil språkforståelsen i ulike bransjer bli veiledende. Har begge parter forstått hva som har blitt sagt og nedfelt i kontrakten på samme måte, er det denne forståelsen som skal legges til grunn. Her kommer altså et subjektivt moment inn, ved at det kontraktspartene har ment med kontrakten blir lagt til grunn for forståelsen, og ikke det folk flest ville forstått av ordlyden. Å tolke avtalen i strid med partenes felles forståelse må således innebære en rettsanvendelsesfeil, slik at vi må karakterisere dette som en tolkningsregel, ikke bare et prinsipp for tolkningen.⁹⁶

Tolkningen av ansvarsfraskrivelsen skal altså ta utgangspunkt i partenes felles forståelse, slik at dersom partene var enige om å frita for ansvar utløst av forsettlige/grovt uaktsomme handlinger, er det denne tolkningen som skal legges til grunn. Dette må gjelde dersom den ene parten forsto eller burde forstått at avgiveren av et utsagn mente å fraskrive ansvar for forsettlige/grovt uaktsomme handlinger.

Preseptoriske skranker i lovgivningen kan innebære at domstolen likevel finner å måtte sette til side ansvarsfraskrivelsen, noe jeg vil komme tilbake til under punkt. 3.3.

I norsk rett er det slik at dersom man etter å ha tolket en ansvarsfraskrivelse etter de ovenfor nevnte prinsippene, og fortsatt er i tvil, vil man benytte seg av subsidiære tolkningsregler. Uklarhetsregelen er et eksempel på en slik tolkningsregel.

⁹⁵ Knophs oversikt over norsk rett, 10. utgave, 1993, Kontraktsretten, Erling Selvig, s. 544

⁹⁶ Hov, Jo. Kontraktsrett I, Avtaleslutning og ugyldighet, 3. utgave, 2002, s. 146

3.2.1.1 Uklarhetsregelen/contra proferentem

Problemstillingen under dette punkt er hvilken betydning uklarhetsregelen har for adgangen til å fraskrive seg ansvaret for forsett/grov uaktsomhet.

Uklarhetsregelen benyttes ofte som grunnlag for innskrenkende tolkning av generelt avfattede kontraktsvilkår, og som av den grunn kan få uventet betydning eller uberegnelige virkninger for kontraktspartene.⁹⁷

Ved tolkningen av skriftlige kontraktsvilkår, og da særlig standardvilkår, velger man i tvilstilfelle ofte å tolke vilkåret til ugunst for den som har forfattet det, eller mot den som har ønsket vilkåret gjort til en del av kontrakten. En kontrakt må i tvilstilfelle tolkes mot den som etter forholdene burde ha uttalt seg tydeligere.⁹⁸ Fører vi dette over på vår problemstilling blir derfor utgangspunktet at det taler for opprettholdelse av en ansvarsfraskrivelse begått ved forsett/grov uaktsomhet hvor det kommer klart og utvetydig fram av kontrakten at det var det som var partenes intensjoner. Bevisbyrden ligger her på den kontraktspart som vil påberope seg at ansvarsfraskrivelsen dekker det inntrufne forhold. Det vil med andre ord være den som har begått et mislighold med forsett/grov uaktsomhet, som må bevise at ansvarsfraskrivelsen også dekker slikt mislighold.

Som vi har sett omtales prinsippet i engelsk rett som contra proferentem. I dette rettssystemet blir ansvarsfraskrivelsen tolket mot den som skulle uttrykt seg bedre, og mot den som søker å påberope seg klausulen ved kontraktsbrudd. I tillegg kommer i norsk rett et prinsipp om at klausulen tolkes mot den kyndige part, men dette får større betydning hvor forbrukere er avtalepart. Her anvendes prinsippet til å understreke at den part som på grunn av dyktighet, økonomi eller liknende har en sterk forhandlingsposisjon, har en særlig oppfordring til å sørge for at klausulene i kontrakten er klart utformet.⁹⁹

I standardiserte kontrakter som er ensidig utformet av selskapet vil contra proferentem – prinsippet kunne komme til anvendelse, for eksempel i standardiserte forsikringsavtaler.¹⁰⁰ ”I et tilfelle det er tvil om forståelsen av forsikringsavtalen, må

⁹⁷ Selvig, Knophs oversikt over norsk rett, Kontraktsretten, s. 548

⁹⁸ Selvig, Knophs oversikt over norsk rett, Kontraktsretten, s. 547

⁹⁹ Selvig, Knophs oversikt over norsk rett, Kontraktsretten, s. 547

¹⁰⁰ Bull, Hans Jacob. Innføring i Forsikringsrett, 9. utgave, 2003, s.125

uklarheten normalt gå ut over selskapet.”¹⁰¹ Rt. 1980 s. 1037 viser hvordan uklarhetsregelen anvendes i norsk rett, herunder mot forsikringsselskapet som burde uttrykt seg klarere.

En mann, som var påvirket av alkohol, kolliderte under en forbikjøring med en annen bil, hvor passasjerene ble til dels hardt skadet. Mannens forsikringsselskap mente at det ikke måtte dekke tapet da det ikke var ansvarlig for ”enhver urettmessig bruk av motorvognen”, slik det sto beskrevet i forsikringspolisen. Klausulen favnet vidt, og det oppsto tvil om klausulen omfattet urettmessig bruk i henhold til rett eier, eller om det var tatt forbehold fra selskapet om ansvarsfrihet ved kjøring i påvirket tilstand, slik det var adgang til etter FAL¹⁰² § 20, 2 ledd. Høyesterett foretok en innskrenkende tolkning av ordlyden, og fant at selskapet kun hadde tatt forbehold om en ”bruk som er urettmessig i forhold til eieren av bilen”.¹⁰³ Videre konstaterer Høyesterett at det må

”etter vanlige forsikringsjuridiske prinsipper forlanges at forbeholdet er klart i selskapets favør for at det skal få virkning for sikrede. En uklar og tvetydig klausul i forsikringsvilkårene må tolkes til ugunst for forsikreren”¹⁰⁴, altså selskapet.

I et ”agreed document” vil derimot uklarhetsregelen sjelden anvendes.

Avtalen kjennetegnes ved at partsrepresentanter, gjennom møysommelige forhandlinger, har utarbeidet en standard som fungerer godt dem imellom. Når kontrakten således er framforhandlet av begge parters representanter, vil det ikke være en ”svakere” part som fortjener beskyttelse mot en ensidig utformet standard, og det er ingen av kontraktpartene som kan klandres for å ha uttrykt seg uklart. For petroleumskontraktene del, vil nettopp dette momentet, at det er tale om en avtalt standard, et ”agreed document”, som er

¹⁰¹ Rt 1997 s. 1807, s.1813

¹⁰² (Tidligere) Lov om forsikringsavtaler av 6.juni 1930 nr. 20

¹⁰³ Rt. 1980 s. 1037, s. 1042

¹⁰⁴ Rt. 1980 s. 1037, s. 1043

fremforhandlet mellom meget profesjonelle parter, være et moment som taler for å opprettholde de ansvarsfraskrivelse disse kontraktene inneholder.¹⁰⁵

Uklarhetsregelen vil etter dette ha en viss betydning for avgjørelsen om en ansvarsfraskrivelse kan opprettholdes ved misligholderens forsett eller grove uaktsomhet. Dersom ansvarsfraskrivelsen er klar og utvetydig, vil dette være et tolkningsmoment som kan tale for å opprettholde klausulen, da partenes intensjoner kommer klart fram, og disse normalt bør respekteres av domstolene.

3.2.2 Innskrenkende tolkning

I dette punktet er spørsmålet hvilken betydning innskrenkende tolkning har for adgangen til å fraskrive seg ansvaret for forsett og grov uaktsomhet.

Innskrenkende fortolkninger av allment avfattede fraskrivelsesklausuler som ellers ville ha medført at et betydelig kontraktsbrudd ikke får virkninger, har i likhet med engelsk rett, lang tradisjon i norsk rettspraksis.¹⁰⁶ Dette gjelder også innenfor kommersielle avtaleforhold hvor det er vanlig med ordnede tapsfinansieringer gjennom forsikring. Som flertallet i Høyesterettsdom av 1911 s. 1037 forklarte det,

”naar et rederi vil have en undtagelse fra den sedvanlige regel, saa maa det være en betingelse, at der tales tydelig, saaledes at man ikke er henvist til mer eller mindre sikre gjætninger om, hva meningen har været.”¹⁰⁷

I dette tilfellet skjedde det en sterkt innskrenkende fortolkning av en individuelt forhandlet klausul, i et utpreget kommersielt avtaleforhold hvor forsikringsordninger normalt ivaretok vareeierens interesser. Tendensen har i ettertid også vært en bruk av innskrenkende tolkning, om men ikke i like stor utstrekning, som i 1911-dommen.

¹⁰⁵ Knut Kaasen, Ansvarsbegrensning i fabrikkkontrakter, Industribygging og rettsutvikling : juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum, 2005, s. 233 på s. 258

¹⁰⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 634

¹⁰⁷ Rt 1911 s. 1037, s. 1040

I Rt. 1948 s. 370 ser vi at klausulen var så klar og utvetydig at Høyesterett ikke fant det nødvendig å tolke den innskrenkende. Før ekskursjonen for firmaets ansatte, ble deltakerne bedt om å samtykke ved egenerklæring om at de deltok ”på eget ansvar med hensyn til ulykke og skade av enhver art som måtte inntreffe under og i forbindelse med turen”. Som følge av sjåførens uaktsomme kjøring kom flere av deltakerne til skade og én avgikk med døden. Etterlatte hustru og sønn saksøkte bedriften og forsikringsselskapet, men fikk ikke medhold av Høyesterett. Erklæringen måtte avskjære både avdøde og etterlatte fra å rette krav mot bedriften.

”Er forvoldelsen rettmessig fordi avdøde har gitt gyldig samtykke til den skadevoldende handling, kan de etterlatte ikke gjøre noe krav gjeldende.”¹⁰⁸

De etterlatte ble heller ikke hørt med at avdøde ikke kunne ha forstått rekkevidden av erklæringen, da denne framsto som klar og oversiktlig.

Den førstvoterende dommeren fant ingen grunn til å gå inn på spørsmålet om det var adgang til å fraskrive seg erstatningsansvar overfor den som hadde voldt skaden ved forsett eller uaktsomhet, idet det ikke overfor noen av de saksøkte var påberopt et slikt erstatningsansvar. Det var således ingen betenkeligheter ved å tillate fraskrivelse av erstatningsansvaret.

Vi ser her at når ordlyden er klar og utvetydig, skal det mye til for å påberope seg at ansvarsfraskrivelsen ikke dekker det intrufne forholdet. På den annen side, som jeg har påpekt før, gjelder denne dommen simpel uaktsomhet. Det skal således ikke trekkes noen generelle konklusjoner om hvordan Høyesterett hadde bedømt saken i tilfelle av forsett/grov uaktsomhet.

I Rt 1953 s. 35 foretok Høyesterett en innskrenkende tolkning av bestemmelsene i en skipsbyggingskontrakt, slik at kontraktens system med avkall på mangelskrav ved overtagelse av skipet i realiteten ble satt til side.¹⁰⁹ Før dommen var det slik at man ved å godkjenne skipet ved overtakelsen, ga avkall på alle etterfølgende

¹⁰⁸ Rt. 1948 s. 370, s. 373

¹⁰⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 635

misligholdsinnsigelser.¹¹⁰ Resultatet er at det i nåtidens entreprisestandarder ikke knyttes godkjennelse til overtakelsen annet enn det som burde vært oppdaget gjennom vanlig aktsom besiktigelse, og den absolutte reklamasjonsfristen er 5 år.¹¹¹ Skulle en mangel vise seg en stund etter overtakelsen, men innen fem års fristen, har derfor kjøperen sine misligholdsinnsigelser i behold.

I Rt. 1982 s. 1357 ble en lagerbygning solgt med et alminnelig forbehold, men Høyesterett fant at kjøperen likevel måtte kunne gjøre et mangelskrav gjeldende mot selgeren. På grunn av snøbelastning brøt lagerbygningen sammen, noe som skyldtes at en frittstående entreprenør hadde forsømt seg under oppførelsen av bygget.

Ansvarsfraskrivelsesklausulen måtte tolkes slik at den gjaldt mangler ved eiendommen

”av mer generell karakter så som fysiske skader, dårlig håndverk eller andre forhold som ofte undersøkes og kontrolleres ved befarng. (...) Slik forstått gjelder ikke ansvarsfraskrivelsen for den grunnleggende mangel ved lagerbygningens konstruksjon, som danner grunnlaget for erstatningskravet her”.¹¹²

Klausulen måtte altså dekke feil og mangler som kan oppdages ved en kontroll etter overtakelsen, men ikke en grunnleggende feil ved konstruksjonen av bygningen som sjeldent kan oppdages ved en vanlig undersøkelse.

Sammenfatningsvis kan man trekke av det som er sagt ovenfor, at en ansvarsfraskrivelsesklausul *kan* få innsnevret sin rekkevidde på bakgrunn av innskrenkende tolkning, og dette må også gjelde dersom misligholderen har handlet med forsett/grov uaktsomhet.

Innskrenkende tolkning av kontraktsvilkår som ellers ville fått urimelige konsekvenser for den ene part, har også tradisjon i engelsk rett, jamfør punkt. 3.2 ovenfor. Dersom ikke ordlyden i klausulen er tilstrekkelig klar og utvetydig, vil den bli tolket ”strictly” i disfavør av den som burde uttrykt seg klarere. På dette området av tolkningslæren ser vi således klare likhetstrekk mellom de to rettssystemer.

¹¹⁰ Rt 1953 s.35

¹¹¹ NS8405 pkt. 36.7, annet ledd

¹¹² Rt. 1982 s. 1357, s. 1365

3.2.2.1 Kontraktsbruddets art

I det følgende skal vi se på hvilken betydning kontraktsbruddets art har for adgangen til å fraskrive seg ansvaret for forsett/grov uaktsomhet.

I norsk rett synes ikke domstolene å ville opprettholde en fraskrivelse etter sitt umiddelbare innhold, dersom det har skjedd et betydningsfullt kontraktsbrudd som ikke ville fått konsekvenser, dersom fraskrivelsen fullt ut skulle opprettholdes.¹¹³ Dette vil gjerne ha sammenheng med andre faktorer man legger vekt på i vurderingen. Et kontraktsbrudd som er begått med forsett/grov uaktsomhet vil i mange tilfeller bli oppfattet som et betydningsfullt kontraktsbrudd i den utstrekning man legger vekt på skyldgraden hos misligholderen.

Praksis synes å ha lagt til grunn at en allment avfattet fraskrivelse, selv om den er absolutt utformet, ikke kan anses å dekke grov uaktsomhet, og det uten hensyn til om den grove uaktsomhet må tilregnes kontraktsparten på grunn av svikt hos ledelsen, eller ansattes forhold.¹¹⁴ Høyesterett måler således ofte kontraktsbruddet opp mot den grove uaktsomhet, og dersom misligholdet ikke er voldt grovt uaktsomt, har domstolen opprettholdt fraskrivelsen. Dette var tilfellet i Rt. 1969 s. 405. Noen lagerbygninger brant ned som følge av antennelse fra en gnist fra et skiftelokomotiv. Det faktum at det var blitt foretatt endringer på typen gnistfanger sammenholdt med statistikken over antall branner, hadde ikke medført en viselig økt brannrisiko. Norges Statsbaner ble altså fritatt for erstatningskravet, da Høyesterett fant at NSBs opptreden ikke var å anse som grovt uaktsomt.

På den annen side trenger ikke et kontraktsbrudd være begått med forsett/grov uaktsomhet for å kvalifisere som et betydningsfullt kontraktsbrudd. Det kan være at misligholdet angår et brudd på en forpliktelse som får konsekvenser for hele kontraktsforholdet, slik at kontraktsbruddet i det store og det hele blir betydningsfullt.

¹¹³ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 634

¹¹⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 632

Her snakker man i engelsk rett om ”breach of a fundamental term”.¹¹⁵ Det synes med andre ord å herske et prinsipp som likner på den engelske lære om ”fundamental breach”.

Forskjellen i de to rettssystemene ligger i at den norske domstolen ikke anser spørsmålet om virkningene av slike totale kontraktsbrudd som et rent tolkningsanliggende.¹¹⁶ Domstolene står således fritt til å anvende innskrenkende tolkning, eller en etterfølgende sensur på bakgrunn av preseptoriske skranker.

I engelsk rett er det nå slått fast at det ikke fins noen regel om at ”a fundamental breach” fører til at ansvarsfraskrivelsen automatisk settes til side. Det samme gjelder for norsk rett. Kontraktsbruddet fører med andre ord ikke i seg selv til at ansvarsfraskrivelse settes til side, men blir et moment i tolkningslæren under innskrenkende tolkning.

3.2.3 Innskrenkende tolkning via forutsetningssynspunkter

Tendensen i norsk rettspraksis synes altså så langt å være at allment avfattede ansvarsfraskrivelse begrenses. Dette skjer enten ved innskrenkende tolkning som vi nå har sett, eller ved synspunkter om at forutsetningene for påberopelse av en klausul har falt bort.

Prinsippet om forutsetningssynspunkter bygger på at domstolen finner at det er i strid med partenes forutsetninger dersom klausulen kommer til anvendelse.¹¹⁷ Dersom misligholdet er betydningsfullt, enten på grunn av skyldgraden eller omfanget av misligholdet, kan hele formålet med kontrakten forfeiles, dersom ansvarsfraskrivelsen opprettholdes. I forhold til problemstillingen her, vil en ansvarsfraskrivelse som omfatter handlinger begått med forsett/grov uaktsomhet, tolkes innskrenkende, dersom full opprettholdelsen medfører at partenes forutsetninger for avtalen faller bort.

Selv hvor ordlyden er klar, har domstolene underkjent klausuler som ville innebære at betydelige kontraktsbrudd ikke får virkninger, ved å anta at forutsetninger for anvendelse av klausulene ikke var til stede. Grunnleggende for denne tradisjonen er Rt 1935 s. 497. Høyesterett kom her til at en kontraktsklausul som pålegger realdebitor retteplikt, men

¹¹⁵ Chitty, s. 805

¹¹⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 634

¹¹⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 638

samtidig fraskriver ham for all annen heftelse, måtte underkjennes.¹¹⁸ Selv om kontraktens ordlyd avskjærer videre heftelse, herunder for eksempel hevingsrett, faller forutsetningene for risiko- og ansvarsbegrensningene bort om ikke manglene blir utbedret. Bestemmelsen om retteplikt må derfor forutsette at selgeren foretar utbedringen innen en viss tid, og denne bør være rimelig i forhold til kjøperen. Dersom rettingen ikke skjer innen rimelig tid, vil med andre ord ikke ansvarsfraskrivelsen av hevingsretten i forhold til kjøperen kunne opprettholdes. Her kommer hensynet til kjøperen inn. Han burde ikke måtte akseptere å sitte med en kontraktsgjenstand som ikke fungerer, ei heller i lang tid å vente på at selgeren skal foreta en utbedring.

Heller ikke når ansvarsfraskrivelsen eller begrensningen strider mot det partene hadde forutsatt å oppnå ved kontrakten, har domstolene vært villige til å opprettholde klausulene.¹¹⁹ Rt 1969 s. 679 er illustrerende. En kontrollør, som representant for elektrisitetsverket, utførte et installasjonsarbeid på en gård. To kyr døde som følge av en overledning, hvilket kunne vært unngått dersom installatøren hadde fulgt anmodningen til bonden om jording. Montøren hadde ikke fulgt anvisning fra elektrisitetsverkets kontrollør, og forholdet ble derfor sett på som uaktsomt. Flertallet i Høyesterett fant det ikke nødvendig å foreta en restriktiv tolkning slik mindretallet fant var på sin plass, men mente heller at ansvarsfraskrivelsen ikke kunne gjøres gjeldende ”etter forholdet mellom partene”.¹²⁰ En dommer dissenterte, men var likevel enig i resultatet, og uttalte at det er ”lite rimelig at elektrisitetsverket som installatør skulle ha et mer begrenset ansvar enn private installatører. Og det er (...) ikke vanlig at elektrisitets installatører fraskriver seg ansvar for egne eller sine folks feil og forsømmelser.”¹²¹

I Rt. 1991 s. 220 ble en avtale om levering av fjernvarme tolket i tråd med partenes forutsetninger. Førstvoterende for en enstemmig Høyesterett tolket først ordlyden i klausulen sammenholdt med partenes forutsetninger, og fant at dette talte for at det var

¹¹⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 637

¹¹⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 638

¹²⁰ Rt. 1969 s. 679, s. 681

¹²¹ Rt. 1969 s.679, s. 681

avtalt at ”ingen skulle tjene eller tape” på avtalen.¹²² Dette talte således for en justering av avtalen som før baserte prisen på grunnlag av areal, til nå å basere prisen på forbruk.

”Når det så viser seg at forutsetningene ikke slår til, kan bestemmelsen ikke stenge for overgang til andre og mer pålitelige metoder å fordele utgiftene etter.”¹²³

I Rt 1975 s. 478 ble en ansvarsfraskrivelse i et kommersielt avtaleforhold satt til side ved innskrenkende tolkning på grunn av forutsetningssynspunkter. Noen spennbetongelementer hadde ikke den bæreevnen for snø som kjøperen hadde bedt om. ”Skadene på takbelegget som følge av elementenes manglende bæreevne er oppstått fordi feilene ikke er utbedret eller omlevering ikke er skjedd innen rimelig tid, og skaden antas da ikke å falle inn under ansvarsfraskrivelsesklausulen etter en naturlig fortolking av ordlyden i klausulen.”¹²⁴

Forutsetningssynspunktet i norsk rett har også likhetstrekk med det engelske prinsippet om ”fundamental breach”. I begge rettssystemer har man sett at opprettholdelse av fraskrivelsesklausuler, selv om de i utgangspunktet dekker det inntrådte forholdet, vil kunne svekke selve grunnlaget for kontrakten. Det vil da stride mot partenes forutsetninger ved avtaleinngåelsen om ansvarsfraskrivelsen skulle kunne opprettholdes.

Etter dette kan man konkludere med at innskrenkende tolkning via forutsetningssynspunkter kan føre til at en ansvarsfraskrivelse mister sin virkning, når misligholderen handler med forsett/grov uaktsomhet. Nettopp det at kontraktsparten begår et forsettlig eller grovt uaktsomt kontraktsbrudd, vil i seg selv kunne fjerne en eller flere forutsetninger for oppfyllelsen av kontrakten.

3.2.4 Fra tolkning til sensur

De tolkningstradisjoner domstolene gjennom tiden har utviklet, gir god hjelp til å finne fram til de omstendigheter som kan tas i betraktning, men sier lite om hvilken innbyrdes

¹²² Rt. 1991 s.220, s. 224

¹²³ Rt. 1991 s. 220, s. 225

¹²⁴ Rt 1975 s. 478, s. 487

vekt disse skal tillegges i hver enkelt sak for å komme til en konklusjon. Dette gir dommerne et utstrakt spillerom ved tolkningen, til å ta hensyn til hva som etter eget skjønn fremtrer som rimelig og fornuftig i det enkelte kontraktsforhold. Således blir tolkningen en beslutningsprosess hvor rettferds- og rimelighetsbetraktninger uten forankring i det enkelte kontraktsforhold spiller inn.¹²⁵

Domstolene legger altså vekt på mange av de samme betraktningene i tolkingen som går inn i en vurdering av om det er grunnlag for lempning etter avtaleloven § 36. Til tross for at det i realiteten er en forskjell mellom tolkning og lempning av kontrakter, blir det derfor i praksis en flytende overgang mellom tilfeller der domsresultatet nås ved å ta veien om tolkning, og tilfeller hvor kontraktens ordlyd er så vidt umedgjørlig at resultatet må forankres i avtaleloven § 36.¹²⁶ Rt. 1991 s. 220 støtter denne påstanden. En avtale om levering av fjernvarme ble her tolket på en måte som hadde antydning av sensur. Her uttaler dommeren at

”det kan være en flytende overgang mellom de tilfeller hvor avtalen selv gir grunnlag for et revisjonskrav og hvor dette må forankres i andre regler, først og fremst i avtalelovens § 36.”

Vi skal nå gå over i å se på de preseptoriske skranker for kontraktsfriheten.

¹²⁵ Selvig, Kontraktsretten, Knophs oversikt over norsk rett, s. 537

¹²⁶ Selvig, Kontraktsretten, Knophs oversikt over norsk rett, s. 538

3.3 Preseptoriske skranker

3.3.1 NL 5-1-2

Spørsmålet i denne sammenheng, er om ærbarhetsprinsippet i NL 5-1-2 kan føre til at ansvarsfraskrivelser blir satt til side eller begrenset på grunn av at kontraktsbruddet er begått med forsett/grov uaktsomhet.

Det er i teorien uenighet om i hvilken grad man kan tillegge denne bestemmelsen selvstendig betydning i tillegg til avtaleloven § 36. Avtaleloven § 36 innebærer ikke at fraskrivelser av alle andre forhold enn de som strider mot ærbarheten må opprettholdes. Dette må gjelde uansett om prinsippet om ærbarhet settes som en absolutt grense for kontraktsfriheten, og derav grensen for ansvarsfraskrivelser, eller om prinsippet kun er en del av urimelighetsvurderingen.

På flere rettsområder kan det se ut som at adgangen til ansvarsfraskrivelse er langt snevrere enn de grenser ærbarhetsregelen i NL 5-1-2 har vært antatt å sette.¹²⁷

I motsatt retning kan man spørre seg om den tradisjonelle tolkningen av ærbarhetsregelen markerer den ytterste grense for adgangen til ansvarsfraskrivelse, eller om avtalefriheten i noen tilfelle kan tenkes å gå videre. Herunder har det blitt hevdet at de norske fabrikkasjonskontraktene, på grunn av sin kommersielle art med ordnede tapsfinansiering gjennom forsikring, fremforhandlet mellom egnede partsrepresentanter, står i en særstilling. Men som vi har sett av rettspraksis fra før vedtakelsen av avtalelovens § 36, omhandlet ovenfor, bør man ikke ha for store forhåpninger til at domstolen vil anse disse ansvarsfraskrivelsene som absolutte.¹²⁸

Opprettholdelsen av ansvarsfraskrivelser må således bero på et bredt skjønn med forankring i urimelighetskriteriet i avtaleloven § 36, hvor prinsippet om grov egenskyld i NL 5-1-2 inngår i dette skjønnnet som en ugyldighetskategori.¹²⁹

¹²⁷ Hagstrøm, TfR 1996 s. 421-518, s. 424

¹²⁸ Hagstrøm, TfR 1996 s. 421-518, s. 478

¹²⁹ Hagstrøm, TfR 1996 s. 421-518, s. 430

3.3.2 Avtaleloven § 36

Ved lempning av kontraktsvilkår, dreier det seg ikke om å fastlegge innholdet av kontrakten i samsvar med de retningslinjer domstolene lenge har fulgt, men om uttrykkelig å sette til side eller endre en del av kontraktsinnholdet.¹³⁰ Slik skiller altså sensurregelen i avtaleloven § 36 seg fra tolkningslæren. Spørsmålet om lempning oppstår på denne måte først etter at vi på vanlig måte har fastslått hvilke bestemmelser som er vedtatt av partene og hva som er den riktige tolkning av kontraktsvilkårene. Lempningsregelen blir således kontraktsrettens sikkerhetsventil.

Før avtaleloven § 36 ble innført, var altså domstolenes teknikker for å tilsidesette ansvarsfraskrivelser å stille krav til bevis for vedtakelse, foreta innskrenkende tolkninger og å legge vekt på forutsetningssynspunkter, samt anvendelsen av NL 5-1-2. Innføringen av avtaleloven § 36 begrunnes blant annet i et ønske om å gi domstolene en mulighet til å kunne tilsidesette urimelige avtalevilkår direkte, uten å gå veien om ulike tolkningsteknikker.¹³¹ Når dette er sagt, viser rettspraksis fra før avtaleloven § 36¹³² at et kontraktsbrudd begått med forsett eller grov uaktsomhet, også var og er et tolkningsmoment under innskrenkende tolkning, hvor allment avfattede fraskrivelser ikke ble ansett å dekke grov uaktsomhet.

Bestemmelsen er en generell lempningsregel for hele formuerettens område. Den legger opp til dommerens skjønnsutøvelse å sette til side eller endre kontrakter og kontraktsvilkår, dersom det ville virke urimelig, eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre dem gjeldene etter sitt innhold.¹³³ Således innebærer bestemmelsen en alminnelig begrensning i kontraktsfriheten, og av prinsippet om at kontrakter skal tillegges rettsvirkning etter sitt innhold.

Avtaleloven § 36 må sees som et resultat av rettsutviklingen vi har hatt på dette området av kontraktsretten, etter innføringen av en mer skjerpet kontroll med urimelige

¹³⁰ Selvig, Kontraktsretten, Knophs oversikt over norsk rett, s. 540

¹³¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 641

¹³² Se Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 632 med videre henvisninger

¹³³ Selvig, Kontraktsretten, Knophs oversikt over norsk rett, s. 309

avtalevilkår.¹³⁴ Rettspolitisk begrunnes regelen i behovet for samfunnskontroll med kontraktsvilkår, for å motvirke misbruk av kontraktsfriheten og annen urimelighet i kontraktsforhold. Hovedformålet er således å hindre at en av partene utnytter sin forhandlingsstyrke til å oppnå altfor gunstige kontraktsvilkår på bekostning av sin medkontrahent. Til tross for at avtaleloven § 36 ble innført først og fremst av ønsket om å bygge ut forbrukervernet, gjelder mange av de senere års rettsavgjørelser om § 36 forretningsforhold, og bestemmelsen har fått en betydelig plass ved kommersielle kontrakter.¹³⁵

Vi ser av dette at formålet med sensurregelen i avtaleloven § 36 har klare paralleller til UCTA i engelsk rett, hvor det sees som et mål å forhindre misbruk av kontraktsfriheten,

Spørsmålet i denne sammenheng er om avtaleloven § 36 er til hinder for at en ansvarsfraskrivelse skal kunne opprettholdes, hvor kontraktsbruddet er begått med forsett eller grov uaktsomhet fra misligholderens side.

I de svenske forarbeidene til avtaleloven § 36 fremheves det at grensen for adgangen til ansvarsfraskrivelse ikke kan trekkes etter linjen i den eldre lære om forsett og grov uaktsomhet. Adgangen må bero på en totalvurdering av kontraktsforholdets egenart og arten av kontraktsbruddet. Dette må ha gyldighet også for norsk rett, ettersom de nordiske landene har tilnærmet de samme rettstradisjoner på kontraktsrettens område, i tillegg til at allmenne synspunkter taler for en ensartet tolkning av lover tilkommet i nordisk lovsamarbeid.¹³⁶ De svenske forarbeidene forutsetter videre at spørsmålet om opprettholdelse av ansvarsfraskrivelse, beror på en helhetsvurdering etter avtaleloven § 36, hvor en fast regel om at ethvert ansvar, bare ikke følger for forsett/grov uaktsomhet kan fraskrives, ikke kan oppstilles.¹³⁷ I motivene vises det tilbøyelighet til at selv vanlig uaktsomhet i noen tilfeller ikke bør kunne fraskrives, samtidig som de åpner for at selv

¹³⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 626

¹³⁵ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 278

¹³⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 640

¹³⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 641

grov uaktsomhet bør kunne fraskrives hvor forsikringsordninger gjør dette ubetenkelig.¹³⁸ Siden motivene formulerer retningslinjer for rimelighetsstandarden, må de tillegges vekt også etter norsk rett, jamfør de ovenfor nevnte grunner.

Etter kaiinspektørdommen¹³⁹, kan det ikke sies å foreligge noen annen dom som tillegger en ansvarsfraskrivelse virkning der det foreligger et grovt uaktsomt forhold.¹⁴⁰ I denne dommen fra Rt. 1994 s. 626, forelå saksforholdet slik at et transportfirma skulle skipe noen papirruller til New York. Disse ble stuet stående i en container, men pga vektbegrensninger ble det en viss avstand mellom rullene, noe som førte til at de forskjøv seg, falt over ende og ble betydelig skadet. Vareassurandøren som erstattet skadene gjorde et regresskrav gjeldende mot speditøren, som igjen viste til en ansvarsbegrensningsklausul i Norsk Speditørforbunds bestemmelser for transport, spedisjon og lagring, som begrenset hans ansvar til 62.000 kroner. Vareassurandøren begrunnet regresskravet i at kaiinspektøren som stuet papirrullene hadde handlet grovt uaktsomt.

Byretten fant at kaiinspektøren hadde voldt skaden ved grov uaktsomhet og med innsikt om at en skade ville kunne komme til å skje, og at ansvarsbegrensningen derfor ikke gjaldt. Lagmannsretten stadfestet byrettens dom, og begrunnet dette i at transportfirmaet hadde opptrådt grovt uaktsomt, idet det ikke var grunnlag for å skille mellom ansattes og ledelsens skyld.

Høyesterett kom derimot til at speditøren kunne påberope seg ansvarsbegrensningen i spedisjonskontrakten, til tross for at transportskaden var en følge av grov uaktsomhet fra speditørens kaiinspektør. Selv om inspektøren traff selvstendige beslutninger om hvordan stuingen skulle foretas, var hans arbeid begrenset til den praktiske håndteringen av godset, og dette var ikke tilstrekkelig til at han måtte identifiseres med ledelsen. Da Høyesterett finner at skaden ikke er voldt ved grov uaktsomhet fra ledelsen i speditørfirmaet, ser de om ansvarsbegrensningen kan opprettholdes ved skade voldt ved grov uaktsomhet fra en av bedriftens ansatte. Førstvoterende finner det klart at bestemmelsen etter sin ordlyd også

¹³⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 641

¹³⁹ Rt. 1994 s. 626

¹⁴⁰ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 642

omfatter ansatte, og avviker derfor fra Lagmannsrettens utsagn om at dette måtte komme klart fram av kontrakten.

Avgjørende for Høyesterett var om ansvarsbegrensningen stred imot preseptoriske kontraktsregler, alminnelige rettsgrunnsetninger eller avtalelovens § 36.

I dommen vises det også til at juridisk teori har ansett at ansvaret for ansattes grovt uaktsomme handlinger kan fraskrives i forholdet mellom næringsdrivende, og at det foreligger en viss voldgiftspraksis om dette. Tyngst veier nok likevel Høyesteretts betraktning om at

”dette er 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 å tegne forsikring. Ikke minst gjør hensynet til forutberegnelighet og klare og enkle løsninger seg gjeldende med styrke.”¹⁴¹

Denne dommen¹⁴² må likevel kun ses på som et unntak fra den generelle holdningen domstolene har hatt til ansvarsfraskrivelse ved grovt uaktsomme kontraktsbrudd. Dommen er ikke en indikasjon på at domstolene vil, og at det derfor er en generell adgang til å opprettholde ansvarsfraskrivelse.¹⁴³ Som vi ser av de tidligere nevnte dommene viser domstolen heller en tilbakeholdenhet med å opprettholde ansvarsfraskrivelse ved grov uaktsomhet.

3.3.2.1 Prinsipper for urimelighetsvurderingen

Vi skal i det følgende se på noen prinsipper for urimelighetsvurderingen.

¹⁴¹ Rt. 1994 s.626, s. 630

¹⁴² Rt. 1994 s. 626

¹⁴³ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 649

Avtaleloven § 36 lister selv opp generelle forhold som kan tas i betraktning. For det første nevnes avtalens innhold. At en avtales innhold kjennes urimelig kan nettopp skyldes en ansvarsfraskrivelse.¹⁴⁴ Det interessante i forhold til denne oppgavens problemstilling, er derfor å se på urimelighet på grunn av forholdene ved partenes stilling, urimelighet på grunn av etterfølgende forhold og omstendighetene for øvrig. Urimehetsbedømmelsen skal skje med utgangspunkt i situasjonen på det tidspunkt da kravet om oppfyllelse fremsettes.¹⁴⁵ Vi skal i det følgende se på de ovenfor nevnte momentene, men først er det nødvendig å få på det rene hvilken rimelighetsstandard vi skal legge til grunn i næringsforhold.

3.3.2.2 Rimelighetsstandard

Hovedregelen er fortsatt at kontrakter skal holdes, og det skal tungtveiende grunner til for å oppnå kontraktsrevisjon.¹⁴⁶ De generelle momentene som avtaleloven § 36, annet ledd gir anvisning til, muliggjør altså en konkret rimelighetsvurdering i det enkelte avtaleforhold. Tyngdepunktet i rimelighetsvurderingen må således flyttes fra kontraktsslutningen til oppfyllelesstadiet.¹⁴⁷ Loven legger altså opp til en totalvurdering, ved at man må se alle momenter som faller inn i sammenheng. Urimehetsbedømmelsen skal skje med utgangspunkt i situasjonen på det tidspunkt da kravet om oppfyllelse fremsettes.¹⁴⁸

Dette utgangspunktet for rimelighetsvurderingen har ikke noe sidestykke i engelsk rett. En rimelighetsensur skal her ta utgangspunktet i partenes intensjoner på avtaletidspunktet, ikke på tidspunktet for misligholdet. På dette punktet er således de to rettssystemene klart forskjellige.

At inngrepsterskelen ovenfor uaktsomhet settes høyt illustreres i Rt 2003 s.1132, hvor førstvoterende for en enstemmig Høyesterett uttaler at det kreves

¹⁴⁴ Hov, Kontraktsrett I, s. 285

¹⁴⁵ Hov, Kontraktsrett I, s. 281

¹⁴⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 246

¹⁴⁷ Selvig, Kontraktsretten, Knophs oversikt over norsk rett, s. 553

¹⁴⁸ Hov, Kontraktsrett I, s. 281

”svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter”. Det er kontraktens ”samlede virkninger som skal vurderes (og) 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.”¹⁴⁹

Særlig illustrerende for urimelighetsterskelen er også Rt. 1999 s.922, hvor en entreprenør ikke fikk medhold i et krav om tilleggsbetaling for merutgifter i forbindelse med uforutsette vansker under sveisingen av høyfast stål ved byggingen av en flytebro.

Dommer Aarbakke uttaler på side 943 at

”for kontrakter mellom profesjonelle parter på et slikt saksområde som vi står overfor i denne saken – hvor rent økonomiske hensyn står sentralt – er det i lovforarbeidene presisert at terskelen for urimelighet skal være høy.”

Til tross for at det ble mye mer tyngende økonomisk for entreprenøren å opprettholde avtalen på grunn av den nye sveisingen som måtte til, fikk han altså ikke medhold av Høyesterett at dette måtte medføre at avtalen ble urimelig.

Som en oppsummering kan vi konstatere at det skal foreligge et sterkt avvik fra rimelighetsstandarden før virkningen av kontrakten kan betegnes som urimelig, og det er ikke nok at det kan tenkes rimeligere løsninger. Bestemmelsen er et sterkt kriterium som det ikke skal være kurant å påberope.¹⁵⁰ Likevel vil det alltid bero på kontraktsforholdets egenart og på omstendighetene ellers i det enkelte tilfellet, om en kontrakt bør lempes på grunn av urimelighet.¹⁵¹

¹⁴⁹ Rt 2003 s.1132, s. 1146

¹⁵⁰ Selvig, Kontraktsretten, Knophs oversikt over norsk rett, s. 556

¹⁵¹ Selvig, Kontraktsretten, Knophs oversikt over norsk rett, s. 557

3.3.2.3 Urimelighet som følge av partenes stilling

Ved vurderingen om noe er urimelig skal det tas hensyn til blant annet ”partenes stilling”, jamfør avtaleloven § 36, annet ledd. Dette betyr at styrkeforholdet mellom partene kommer inn som et moment under vurderingen om en ansvarsfraskrivelse bør opprettholdes ved forsettlig og grovt uaktsomme handlinger.

Som tidligere påpekt gjelder det litt andre prinsipper i næringsforhold enn i forbrukerforhold når det kommer til rimelighetsvurderingen. De momenter som vil tale for urimelighet i forbrukerforhold, vil ikke nødvendigvis være urimelig i næringsforhold. Dette har sammenheng med at det innbyrdes styrkeforholdet mellom kontraktspartene i næringsforhold som regel er noenlunde likt, slik at de hensynene som taler for beskyttelse av den svakere forbrukerparten ikke gjør seg gjeldende i like stor utstrekning. Men det at styrkeforholdet er likt, taler ikke i seg selv for at ansvarsfraskrivelsen er rimelig.

Ovenfor under behandlingen av ”the reasonableness test”, punkt 2.3.2.1., ser vi at styrkeforholdet mellom partene også er en retningslinje etter engelsk kontraktsrett, på den måten at rimelighetsterskelen også her settes høyere hvor partene er profesjonelle næringsdrivende.

”Partenes stilling” omfatter også den situasjonen at en kontraktspart kjenner til bestemte faktiske forhold, og har en spesiell kunnskap og innsikt på området. Det taler mot å bruke avtaleloven § 36 hvor en part er i ”god tro” i henhold til ansvarsfraskrivelsen, altså at kontraktsparten for eksempel kjenner til at ansvarsfraskrivelse for forsett/grov uaktsomhet er vanlig i en bransje.

Her ser vi en klar likhet med retningslinjen i den engelske ”reasonableness test”, hvor det skal tas hensyn til kutymen, altså avtaler som er vanlig innenfor visse bransjer, se ovenfor punkt 2.3.2.3. Det taler mot å anvende sensur på ansvarsfraskrivelsen når kontraktsparten er godt kjent med at slike klausuler er vanlig innenfor et forretningsområde.

Når det gjelder ansvarsfraskrivelsene i de norske fabrikkkontraktene, er disse gjensidige, altså får både selskap og leverandør dra nytte av dem. Det er ikke snakk om et ujevnt styrkeforhold som nettopp har vært et moment i rimelighetsvurderingen under avtaleloven § 36. Vi har i tillegg å gjøre med et ”agreed document” som er fremforhandlet av partsrepresentanter, og hvor reguleringen har vært opprettholdt gjennom flere revisjoner

over lang tid. Vi befinner oss dermed i realiteten utenfor det beskyttelsesområdet som avtaleloven § 36 i utgangspunktet tok sikte på å dekke.¹⁵² Når disse grunnleggende argumentene i rimelighetsvurderingen ikke kommer til anvendelse, kan det således tale i favør av å opprettholde ansvarsfraskrivelser i fabrikasjonskontrakter.

Under dette punktet om partenes stilling, kan vi også trekke inn den problemstilling som relaterer seg til om det forsettlig/grovt uaktsomme kontraktsbruddet er begått av ledelsen selv eller ansatte. Vi kan kalle denne problemstillingen et spørsmål om identifikasjon.

Spørsmålet i denne sammenheng er om det har noe å si for opprettholdelsen av en ansvarsfraskrivelse, om kontraktsbruddet er begått med forsett/grov uaktsomhet av ledelsen i motsetning til av ansatte.

Det har vært tradisjon i norsk sjørettslære¹⁵³ at det må sondres mellom partens eget forhold og medhjelperens. Dette prinsippet er noen steder lovfestet, som for eksempel i sjøloven¹⁵⁴ § 276. Her er ikke transportøren ansvarlig for feil i navigering eller for brann som ikke skyldes ham selv. Blant annet Jo Hov har antatt at det er en utstrakt frihet til å fraskrive seg ansvaret for hva medhjelperne gjør. For partene selv derimot, er friheten betydelig snevrere. Hov hevder at parten må kunne fraskrive seg ansvar for simpel uaktsomhet, men neppe for egen forsettlig eller grovt uaktsomme handling, men at det antagelig er adgang til å fraskrive seg ansvar for forsettlig eller grovt uaktsomt forhold fra underordnetes side.¹⁵⁵ Dette synspunktet støttes av Kaiinspektørdommen¹⁵⁶, referert til ovenfor. Viggo Hagstrøm viser derimot på sin side til at en sontring mellom forsett/grov uaktsomhet fra ledelsen i motsetning til de ansatte, ”står svakt de lege lata.”¹⁵⁷

¹⁵² Knut Kaasen, Ansvarsbegrensning i fabrikasjonskontrakter, s. 258

¹⁵³ Thor Falkanger og Hans Jacob Bull, Innføring i Sjørett, 6.utgave, 2004, s. 146

¹⁵⁴ Lov om sjøfarten av 24. juni 1994 nr.39

¹⁵⁵ Hov, Kontraktsrett I, s. 285

¹⁵⁶ Rt. 1994 s. 626

¹⁵⁷ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 642

Det gjelder et generelt prinsipp om at man i kontraktsforhold, i vid utstrekning, hefter for de hjelpere man benytter seg av under oppfyllelsen av sine kontraktsmessige forpliktelser, både ansatte og underentreprenører, underbefraktere og liknende. Men, det er også allment akseptert at, så lenge man ikke støter på preseptoriske regler, selv kan fastlegge ansvarsforholdet.¹⁵⁸ Dette innebærer at partene selv kan fastsette medhjelperansvarets omfang, og kretsen av hjelpere man hefter for kan innskrenkes eller utvides.

Utover Rt. 1994 s. 626 kan det likevel ikke synes å foreligge noen dom som tillegger en ansvarsfraskrivelse virkning der det foreligger grovt uaktsomt forhold, og det uansett om skylden kan tilregnes ledelsen eller ansatte. Selv om dommen ikke sier noe generelt om hvor grensene for ansvarsfraskrivelse skal trekkes, viser den at fraskrivelse av ansvar for ansattes grovt uaktsomme handlinger selv i næringsforhold krever en godtakbar begrunnelse.¹⁵⁹

I Rt. 1953 s. 35, omtalt ovenfor under punkt 3.2.1., så vi at den absolutte reklamasjonsfristen for misligholdsinnsigelser var fem år etter overtakelse av skipet. Men selv denne fristen gjelder ikke, dersom mangelen har sin årsak i "forsett eller grov uaktsomhet hos entreprenøren".¹⁶⁰ Det kreves ikke at skylden ligger hos toppledelsen. "Entreprenøren" omfatter grov skyld både fra egne og underentreprenørers folk.¹⁶¹ Det kan således se ut som om kontraktsreguleringen i entreprisestandardene, ikke godkjenner opprettholdelse av ansvarsfraskrivelse, for verken ledelsens eller ansattes grove uaktsomhet.

I Norsk Total Kontrakt 2005 og Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005, er det ikke kontraktsfestet hvem ansvarsfraskrivelsene gjelder for. Om det er ledelse eller personell som har utført kontraktsbruddet, kommer derfor inn som et nødvendig moment i rimelighetsvurderingen, herunder om vedkommende har begått kontraktsbruddet med forsett eller grov uaktsomhet. Av teorien på området synes det ganske sikkert at

¹⁵⁸ Falkanger og Bull, Innføring i sjørett, s. 154

¹⁵⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 625

¹⁶⁰ NS8405 pkt. 36.8

¹⁶¹ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 637

leverandøren ikke kan påberope seg den avtalte ansvarsfraskrivelse når tapet er voldt med forsett fra hans ledende personell, forutsatt at opptreden må anses som en hensynsløs tilsidesettelse av selskapets interesser.¹⁶² På den annen side kan han normalt fraskrive seg ansvaret for konsekvenser av ledelsens simple uaktsomhet og for grov uaktsomhet hos andre enn ledelsen. Det ser således ut som av teorien på området, at offshore entreprisen står i en særstilling i forhold til landentreprisen. Videre beror det likevel på en helhetsvurdering, om ansvarsfraskrivelsen bør opprettholdes når et kontraktsbrudd er begått ved grov uaktsomhet. Sentralt i vurderingen vil da være at ansvarsfraskrivelsene er gjensidige, de inngår i et ”agreed document” med en ordnet tapsfinansiering gjennom forsikring, og at klausulene ellers er kommersielt fornuftige.¹⁶³

I engelsk rett er ikke problemstillingen med ansatte og ledelse like mye omtalt i teorien som i den norske obligasjonsretten. Det finnes ikke i engelsk rett noen lovregel som hindrer fraskrivelse av selv forsett fra ledelsen, men det beror på en tolkning av kontrakten om det var dette partene mente.

Sammenfatningsvis kan det se ut som det spiller rolle for rimelighetsvurderingen om det er ledelsen eller ansatte som har begått det forsettlige/grovt uaktsomme kontraktsbruddet. Retten har opprettholdt en ansvarsfraskrivelse ved en ansatts grovt uaktsomme forhold, men det er lite trolig at de ville opprettholdt ansvarsfraskrivelsen dersom det grovt uaktsomme kontraktsbruddet hadde skyldtes ledelsen.

3.3.2.4 Urimelighet på grunn av etterfølgende forhold

Før vedtakelsen av avtaleloven § 36 var det også antatt at det rettslig sett var en viss adgang til å kreve at en avtaleplikt skulle falle bort eller modifiseres, som følge av etterfølgende endringer av de faktiske forhold, nærmere sagt ved at forutsetningene for avtalen falt bort. Tradisjonelt har altså kontraktsrevisjon blitt løst innenfor rammen av denne forutsetningslæren.¹⁶⁴

¹⁶² Knut Kaasen, Ansvarsbegrensninger i fabrikkkontrakter, s. 258

¹⁶³ Knut Kaasen, Ansvarsbegrensninger i fabrikkkontrakter, s. 258

¹⁶⁴ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 245

En avtalerevisjon på grunnlag av etterfølgende forhold bør vanligvis bare godtas der de etterfølgende forhold ikke kunne forutses ved avtaleinngåelsen.¹⁶⁵ Som regel er det ikke mulig for en part å forutse om medkontrahenten vil foreta et kontraktsbrudd med forsett/grov uaktsomhet, dersom ikke dette har vært vanlig oppførsel mellom partene i tidligere kontraktsforhold. Derfor burde en avtalerevisjon kunne forekomme. Her ser vi likheten med den engelske retningslinjen for urimelighetstesten som i denne fremstillingen går under punktet 2.3.2.4., om hensynet til forutberegnelighet.

Adgangen til avtalerevisjon på grunnlag av etterfølgende forhold, bør videre være begrenset til de tilfelle hvor kontraktspartene ikke har mulighet til å forutberegne risiko for en uheldig utvikling.¹⁶⁶ Dersom man kan forutberegne risiko og dermed ser nødvendigheten av å tegne forsikring, taler dette mot avtalerevisjon på grunnlag av § 36. Således vil revisjonsadgangen være mer begrenset i forretningsforhold enn i forbrukerforhold, både fordi det stilles større krav til å kunne forutberegne uheldige utviklinger, og at det er rimeligere å la partene selv bære risikoen hvor begge partene er profesjonelle.¹⁶⁷

3.3.2.5 Urimeilighet på grunn av omstendighetene for øvrig

Språklig sett innebærer dette momentet at man kan ta *alt* inn i en vurdering, så lenge det er relevant for den aktuelle saken.¹⁶⁸ Om kontrakten er avfattet på et fremmed språk, om ansvarsfraskrivelsen er satt med liten skrift og hva slags rettsområde man befinner seg innenfor kan her trekkes inn.

Vi så at UCTA fremhever partenes mulighet til å forsikre seg som et særlig moment det kan tas hensyn til, utenfor de 5 retningslinjene. Dette vil også være et moment i norsk rett, under ”omstendighetene for øvrig”, jamfør avtaleloven § 36, annet ledd.

¹⁶⁵ Hov, Kontraktsrett I, s. 296

¹⁶⁶ Hov, Kontraktsrett I, s. 297

¹⁶⁷ Hov, Kontraktsrett I, s. 297

¹⁶⁸ Hov, Kontraktsrett I, s. 303

3.3.2.5.1 Betydningen av forsikring

Også i norsk rettspraksis har muligheten for å forsikre seg vært et vesentlig moment i rimelighetsvurderingen, hos oss under avtaleloven § 36. Utgangspunktet er at hvor partene har forsikret seg, vil de ikke rammes av ansvarsfraskrivelsen på tilsvarende måte som om de ikke hadde hatt forsikring og derav hadde måttet dekke hele tapet selv. På denne måten vil det ikke være ”urimelig” etter avtaleloven § 36 å opprettholde ansvarsfraskrivelsen, fordi tapet dekkes gjennom forsikring. Til støtte for dette synspunktet åpnet motivene til de svenske forarbeidene til avtaleloven § 36 for at fraskrivelse også av grov uaktsomhet vil være godtakbart, der forsikringsordninger gjør dette ubetenkelig.¹⁶⁹

I de norske petroleumskontraktene er den ordnede tapsfinansieringen gjennom påbudte forsikringer, et vesentlig moment som taler for å opprettholde de ansvarsfraskrivelsene som kontraktene bygger på.¹⁷⁰ Gjennom knock for knock – systemet har partene fraskrevet seg retten til å holde den andre ansvarlig for tingsskade og personskade han måtte volde, slik at skaden i stedet blir der den rammer. Dette innebærer at dersom en av leverandørens ansatte påfører skade på en ansatt hos selskapet, bærer selskapet selv det tapet som måtte oppstå, og kan ikke kreve dette tilbake av leverandøren under henvisning til hans arbeidsgiveransvar. I stedet er det selskapets forsikring som dekker skaden. Ansvarsfraskrivelsene i fabrikkkontraktene må ses i sammenheng med den forsikringsordningen kontraktene fastsetter. Det er en markert forskjell fra de tilfeller hvor det bare foreligger en mer eller mindre aktuell forsikringsmulighet som ikke er reflektert i kontraktens ansvars- og risikoregler. Partene i kontrakten tegner ikke bare forsikringer fordi de finner det mest hensiktsmessig, men fordi det er dem pålagt i henhold til kontrakten. En kanalisering til forsikringsdekning synes å være en god ordning, og det anses som et gode her at man reduserer behovet for kartlegging av årsakssammenhenger og individuelle tapsutmålinger slik man ellers hadde hatt etter alminnelige erstatningsrettslige regler.

¹⁶⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett, s. 641

¹⁷⁰ Knut Kaasen, Ansvarsbegrensning i fabrikkkontrakter, s. 258

Sammenfatningsvis kan man således trekke av fabrikasjonskontraktene at det kan reises flere gode argumenter for opprettholdelse av ansvarsfraskrivelsene ved forsett/grov uaktsomhet. Blant annet dreier det seg om et kontraktsforhold mellom jevnbyrdige parter, med en slik ordnet tapsfinansiering, hvor man ikke vil ha et like stort behov for en rimelighetsvurdering slik avtalelovens § 36 sikter på å sikre. Kontraktene faller således utenfor det bestemmelsen opprinnelig siktet på å føre kontroll med, nemlig forbrukerkontraktene. Men dette innebærer ikke at domstolene ikke kan rimelighetsprøve selv disse kontraktene, og den praksis som har blitt fulgt peker heller i retning av at domstolene vil underkjenne ansvarsfraskrivelser ved forsett/grov uaktsomhet. Som Hagstrøm skriver i sin artikkel¹⁷¹ ” Forsettlige forhold vil vel ingen mene det er mulig å fraskrive seg ansvar for”. Etter Kaiinspektør-dommen i Rt. 1994 s. 626 er det ingen dom som opprettholder en ansvarsfraskrivelse begått med grov uaktsomhet. Til tross for at det finnes meget gode argumenter som taler for at fabrikasjonskontraktene står i en særstilling, kan vi derfor ikke av rettspraksis trekke noen konklusjoner om at dette synspunktet vil bli opprettholdt ved en prøvelse for domstolene. Det er derimot større sannsynlighet for at domstolene vil følge den praksis som viser tilbakeholdenhet mot å opprettholde ansvarsfraskrivelser ved grov uaktsomhet. Av den grunn er det naturlig å konkludere at ansvarsfraskrivelser begått med forsett heller ikke vil bli opprettholdt.

4 Konklusjon

Innledningsvis stilte jeg spørsmålet, for engelsk retts vedkommende, om klausuler som ”excludes or limits liability”, altså som fraskriver eller begrenser ansvaret, etter kontrakten, kan opprettholdes ”regardless of any form of liability”.

Som motpol til det objektive ansvarsgrunnlaget som eksisterer i engelsk rett, har det gjennom kontrakter vært en vid adgang til å fraskrive og begrense dette ansvaret. Når læren

¹⁷¹ Hagstrøm, TfR 1996 s. 421-518, s. 479

om ”fundamental breach” ikke lenger kan sies å være noe mer enn et tolkningsprinsipp, vil utgangspunktet således være at man kan fraskrive seg ansvar, også for forsett og grov uaktsomhet. Men herunder stilles krav til at ansvarsfraskrivelsen er klar, utvetydig, og at partenes intensjoner kommer klart fram. Ansvarsfraskrivelsen må videre dekke det inntrufne kontraktsbruddet, og ikke føre til at selve grunnlaget for kontraktsforholdet svikter. I tillegg stilles det krav til at ansvarsfraskrivelsen må være rimelig i forholdet mellom partene. For at en klausul skal oppfattes som rimelig, må det være en overvekt av de momentene som retningslinjene i UCTA nevner som taler for at klausulen er rimelig, enn momenter som taler mot.

For norsk retts vedkommende gjelder det at tolkningen skal ta utgangspunkt i partenes felles forståelse, og ansvarsfraskrivelsen må således tolkes i lys av denne. Det vil være en rettsanvendelsesfeil dersom domstolene tolker i strid med partenes mening, slik at hovedregelen blir at partene kan avtale å fraskrive ansvar for forsettlige og grovt uaktsomme handlinger. Men dersom det er noen som helst tvil om at partene har ment å fraskrive ansvar for forsett/grov uaktsomhet, vil domstolen tolke klausulen innskrenkende. Således vil som regel ikke en ansvarsfraskrivelse antas å dekke forsett/grov uaktsomhet, enten fordi partenes forutsetninger for avtalen bortfaller ved et så alvorlig kontraktsbrudd, på grunn av kontraktsbruddets art eller fordi ansvarsfraskrivelsen ikke anses å dekke det inntrufne forholdet.

Selv om ansvarsfraskrivelsen anses å utelukke ansvar for forsett/grov uaktsomhet, kan konsekvensene av et slikt kontraktsbrudd få så uheldig virkning på en av partene, at retten likevel finner å måtte sette til side ansvarsfraskrivelsen på bakgrunn av preseptoriske regler. Her vil flere faktorer kunne komme i betraktning. Avtaleloven § 36 lister opp generelle momenter som tilsier at man kan ta alle relevante momenter til vurdering, men overlater vurderingen til dommerens skjønnsutøvelse.

Til tross for de mange likhetene vi nå har sett mellom de to lands rettssystemer, er det en grunnleggende forskjell hva angår rimelighetsensuren. I norsk rett skal urimelighetsbedømmelsen skje med utgangspunkt i situasjonen på det tidspunkt da kravet om oppfyllelse framsettes, slik at domstolen skal ta i betraktning etterfølgende forhold.

I engelsk rett skal man derimot ta utgangspunkt i forholdet på avtaletidspunktet, slik at det kun beror på partenes mulighet for å forutse etterfølgende forhold om en klausul er rimelig eller ikke.

En annen grunnleggende forskjell er at avtaleloven § 36 er en generell lempingsregel for hele formuesretten, mens UCTA har et mer begrenset anvendelsesområde.

Et siste prinsipielt viktig skille mellom de to landenes rettssystemer, går på de ulike tersklene for inngrep man har lagt seg på i norsk rett i forhold til engelsk rett. Grovt skissert vil det gå et skille mellom kontraktstypen og partskonstellasjonen. Mens det for kontraktstypen gjelder det samme prinsippet i begge lands rett, altså at inngrepsterskelen ovenfor grov uaktsomhet settes høyere i kontrakter i næringsforhold enn i forbrukerforhold, er det i norsk rett liten grunn til å tro at domstolene vil opprettholde en klausul som fraskriver ansvar for ledelsens forsettelige kontraktsbrudd. I engelsk rett er det ikke like opplagt at UCTA vil føre til det samme resultat, og dette må særlig gjelde utenfor UCTAs anvendelsesområde. Vi har sett at Høyesterett har vist tilbakeholdenhet med å la grov uaktsomhet være omfattet av en ansvarsfraskrivelse, både for ledelsen og ansatte. På samme måte som for forsett vil det ikke være helt utenkelig at UCTA vil føre til at slike kontraktsbrudd vil opprettholdes.

Litteraturliste

Engelsk domsregister:

1952 A.C. 192.	Canda Steamship Lines Ltd v. The King
1967 1 A.C. 361.	Suisse Atlantique Société d' Armement SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale
1973 Q.B. 400.	Gillespie Brods Ltd v. Roy Bowles Transport Ltd
1980 1 Lloyd`s Rep. 545.	Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd
1983 2 A.C. 803.	George Mitchell (Chesterhall) v. Finney Lock Seeds
1999 2 Lloyd`s Rep. 583.	BHP Petroleum Ltd and Others v British Steel Plc and Dalmine SpA
1978 1 Loyd`s Rep. 602.	R.W. Green Ltd v. Cade Bros Farms
2001 1 All E.R.(Comm) 696.	Watford Electronics Ltd v. Sanderson CFL Ltd

Norsk domsregister:

Rt. 1911 s. 1037
Rt. 1935 s. 497
Rt. 1948 s. 370
Rt. 1953 s. 35
Rt. 1969 s. 405
Rt. 1969 s. 679
Rt. 1975 s. 478
Rt. 1980 s. 1037
Rt. 1982 s. 1357
Rt. 1991 s. 220
Rt. 1994 s. 626

Rt. 1997 s. 1807

Rt. 1999 s. 922

Rt. 2003 s. 1132

Lovregister:

1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15.april 1687

1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai, 1918, nr. 4

1930 Lov om forsikringsavtaler av 6.juni 1930 nr. 20

1994 Lov om sjøfarten av 24. juni 1994 nr.39

Bøker:

Chitty, Joseph. Chitty on contracts, Volume 1, General Principles, 2004

Furmston, Michael. Cheshire, Fifoot and Furmston`s Law of Contract, 14th edition, 2001

Treitel, G.H. The Law of Contract, 11th edition, 2003

Hov, Jo. Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I, 3.utgave, 2002

Hagstrøm. Viggo, Obligasjonsrett, i samarbeid med Magnus Aarbakke, 2.opplag, 2003

Hagstrøm. Viggo, Entrepriserett, Utvalgte emner, 1997

Falkanger. Thor og Bull, Hans Jacob, Innføring i Sjørett, 6.utgave, 2004

Bull, Hans Jacob. Innføring i forsikringsrett, 9. utgave, 2003

Kaasen, Knut. Petroleumskontrakter med kommentarer til NF05 og NTK05, 2006

Kapitler i bøker:

Selvig, Erling. Kontraktsretten. Knophs oversikt over norsk rett, 10. utgave, 1993

Artikler:

Thuesen, Elisabeth. ”Ansvarsfraskrivelse i Engelsk kontraktsret sammenlignet med skandinavisk ret”, TFR 1983 s. 292

Hagstrøm, Viggo. "Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold", Tfr 1996 s. 421-518

Kaasen, Knut. "Ansvarsbegrensning i fabrikkkontrakter", Odd Ivar Biller, Industribygg og rettsutvikling: juridisk festschrift i anledning Hydros 100-årsjubileum, 2005

Elektroniske artikler:

McDonald, Elisabeth, "Watford v Sanderson: The requirement of reasonableness in system supply contracts and more generally. Application of the requirement of reasonableness – commercial contracts generally", Web Journal of Current Legal Issues, 2001, Tilgang: <http://webjcli.ncl.ac.uk/2001/issue4/macdonald4.html>

Hartwell, Nicky, The application of the Reasonableness Test under the UCTA 1977: A schism between certainty and fairness, Hertfordshire Law Journal 3 (2), 55-60
Tilgang: http://perseus.herts.ac.uk/uhinfo/library/l33293_3.pdf

Nettlinker:

www.lawteacher.net/contract/Contents/ExclusionClausesLecture.html

