

Indemnity- og hold harmless-klausuler i norsk rett

Kandidatnummer: 203

Leveringsfrist: 15.01.2008

Til sammen 39 679 ord

14.01.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	Avhandlingens prosjekttilknytning og tema	4
1.2	Innledende karakteristikkk av indemnity-klausuler	5
1.2.1	Beskrivelse og definisjon	5
1.2.2	Indemnity-klausulers formål	7
1.2.3	Hovedtyper av indemnity-klausuler	9
1.3	Terminologi	12
1.4	Rettslig metode	13
1.4.1	Engelsk rett	13
1.4.2	Norsk rett	14
1.5	Avgrensninger og videre fremgangsmåte	16
<u>2</u>	<u>ENGELSK RETT</u>	<u>18</u>
2.1	Innledning	18
2.2	Kontraktserstatning i engelsk rett	18
2.2.1	Innledning	18
2.2.2	Generelt om erstatning i kontrakt	19
2.2.3	Begrensninger på retten til erstatning	21
2.3	Tolkning og rettsgyldighet	26
2.3.1	Innledning	26
2.3.2	Noen utgangspunkter for tolkningen	27
2.3.3	Særlig fremtredende tolkningsprinsipper	28
2.3.4	Indemnity-klausuler og ansvar for uaktsom skadevoldelse	31
2.3.5	Indemnity-klausuler og kontraktsbrudd	35
2.3.6	Bruken av begrepet ”indemnify and hold harmless” i indemnity-klausuler	39

2.3.7	Unfair Contract Terms Act	41
2.4	Særlige problemstillinger i engelsk rett	43
2.4.1	Vilkår for utløsning av indemnity-klausuler	43
2.4.2	Skillet mellom garantier og indemnity-klausuler	46
2.4.3	Skillet mellom "liquidated damages" og indemnity-klausuler	49
2.4.4	Adekvans og tapsbegrensningsplikt	51
2.4.5	Klausulens rettslige betydning for tredjeparter	55
3	<u>EN KOMPARATIV OVERSIKT</u>	59
3.1	Innledning	59
3.2	Hensynet til frihet og forutberegnelighet i kontrakter	59
3.3	Lojalitetsplikt i engelsk og norsk rett	62
3.3.1	Innledning	62
3.3.2	Prinsippet om "good faith" i engelsk rett	62
3.3.3	Lojalitetsprinsippet i norsk rett	66
4	<u>INDEMNITY-KLAUSULER UNDERLAGT NORSK RETT</u>	71
4.1	Innledning	71
4.2	Generelt om indemnity-klausulen i norsk rett	71
4.2.1	Om begrepet "indemnity"	71
4.2.2	Vilkår for utløsning av retten til skadesløsholdelse	75
4.3	Indemnity-klausulers forhold til lignende kontraktsordninger	83
4.3.1	Forholdet til ansvarsfraskrivelser	83
4.3.2	Skillet mellom konvensjonalbøter og indemnity-klausuler	85
4.3.3	Særlig om skillet mellom indemnity-klausuler og garantier	86
4.4	Tolkning av indemnity-klausuler	90
4.4.1	Generelt om tolkningen	90
4.4.2	Uklarhetsregelen	91
4.4.3	Innskrenkende tolkning og "skjult sensur"	94

4.4.4	Indemnity-klausuler som tredjemannsavtaler	99
4.5	Gyldighet og sensur av klausulen	103
4.5.1	Innledning	103
4.5.2	Utgangspunkter for spørsmålet om indemnity-klausulers gyldighet	104
4.5.3	Den tradisjonelle lære om fraskrivelse av ansvar for forsett og grovt uaktsomhet	106
4.5.4	Avtaleloven § 36	111
4.5.5	Lojalitetsprinsippet og sensur	122
<u>5</u>	<u>HOVEDKONKLUSJONER</u>	<u>126</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>128</u>

1 Innledning

1.1 Avhandlingens prosjekttilknytning og tema

Denne avhandlingen inngår i prosjektet "Anglo-American Contract Models" ved Institutt for Privatrett, Juridisk Fakultet, Universitetet i Oslo.¹ I avhandlingene som skrives tilknyttet anglo-prosjektet undersøkes det hvilke rettslige konsekvenser som følger av at man i rettssystemer med sivilrettslig opphav, slik som det norske, anvender kontraktsordninger som er inspirert av klausuler fra "common law"-baserte rettssystemer.

Det er en velkjent praksis i næringslivet at avtaleparter inntar kontraktsordninger som er basert på kontraktsmodeller hentet fra "common law", selv om de ønsker at norsk rett skal regulere avtaleforholdet. Utstrakt bruk av engelsk som arbeidsspråk i forretningslivet gjør det naturlig at kontraktene ofte også er skrevet på engelsk. Man står dermed overfor kontrakter som ikke bare har importert den engelske språkdrakten, men som også benytter kontraktsordninger som er opprettet med sikte på å oppnå bestemte rettsvirkninger i rettssystemet det har sin opprinnelse i. Fordi rettssystemene er grunnleggende forskjellige kan det oppstå en rekke problemer med hensyn til tolkning og hvilke rettsvirkninger klausulen kan oppnå i norsk rett.

Et typisk eksempel på en slik kontraktsklausul er indemnity-klausulen. Klausulen fremstår som en allsidig måte å plassere risiko i avtaleforhold på, og finner av denne grunn veien inn i mange og ulikartede kontrakter. Temaet for denne avhandlingen å drøfte hvordan, samt i hvilken utstrekning, indemnity-klausuler som kontraktsbestemmelse kan benyttes til å forhåndsregulere risikoen i kommersielle avtaleforhold underlagt norsk rett.

¹ Heretter kalt "anglo-prosjektet". Prosjektets hjemmeside er http://www.jus.uio.no/ifp/anglo_project/index.html

I avhandlingen vil jeg fokusere på henholdsvis engelsk og norsk rett. Også i andre rettssystemer basert på "common law" ser man en omfattende bruk av indemnity-klausuler, for eksempel i USA. Begrunnelsen for å bare fokusere på ett fremmed rettssystem er oppgavens begrensninger når det gjelder tid og plass. At valget falt på engelsk rett fremfor amerikansk, skyldes først og fremst den ekspertise anglo-prosjektet har til rådighet gjennom professor Ed Peel (Keble College, Oxford University) og Jim Percival (British Nuclear Fuels), som er prosjektets rådgivere i forbindelse med engelsk rett. Amerikansk rett vil likevel i noen tilfeller bli trukket frem for å illustrere og eksemplifisere hvordan man i USA har løst visse problemstillinger tilknyttet klausulen.

1.2 Innledende karakteristikkk av indemnity-klausuler

1.2.1 Beskrivelse og definisjon

Når en kontrakt inngås og gjennomføres, vil rettssystemet kontrakten opererer innenfor stille opp en rekke misligholdsvirkninger i tilfelle av kontraktsbrudd. Reglene om dette er gjerne deklatoriske, og ofte kan situasjonen være at partene føler at reglene ikke tilfredsstillter deres interesser. Utgangspunktet i norsk rett er derfor at partene allerede før noe mislighold er inntrådt, kan avtale misligholdsvirkninger som ikke følger av den deklatoriske bakgrunnsretten.²

I engelsk rett er en indemnity-klausul i Black's Law Dictionary definert som "*[a] contractual provision in which one party agrees to answer for any specified or unspecified liability or harm that the other party might incur*". Klausulen innebærer altså her at en kontraktspart påtar seg et ansvar for tap som normalt ville påligge medkontrahenten, eller som det ville vært usikkert hvem som bærer risikoen for. Indemnity-klausuler er dermed en effektiv måte å plassere ansvaret for risikoer som kan oppstå tilknyttet et kontraktsforhold.

² Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 623.

Ordet "indemnity" brukes i mange sammenhenger i engelsk rett. I Black's Law Dictionary er det beskrevet som "*[a] duty to make good any loss, damage or liability incurred by another*", eller "*[t]he right of an injured party to claim reimbursement for its loss, damage or liability from a person who has such duty*". Slikt ansvar kan oppstå både i og utenfor kontrakt. Begrepet benyttes også utenfor kontraktsforhold, for eksempel i forbindelse med deliktserstatning. I norsk rett vil den mest nærliggende oversettelse av begrepet være "skadesløsholdelse".³ Hva som nærmere ligger i dette vil jeg komme inn på i avsnitt 4.2.1 under.

Indemnity-klausuler benyttes i svært mange og ulike typer kontraktsforhold. I noen kontraktsforhold benyttes indemnity-klausuler som såkalte "boilerplates". Disse er definert i Blacks Law dictionary som "*[r]eady-made or all-pupose language that will fit in a variety of documents*", eller "*[f]ixed or standarized contractual language that the proposing party views as relatively nonnegotiable*". Et eksempel på slik bruk av indemnity-klausuler finner man i amerikansk kontraktspraksis mellom forleggere og forfattere. Her inntas indemnity-klausuler ofte rutinemessig til fordel for forlagene og regnes ikke for å være mulig å forhandle om. Kontraktene underskrives gjerne uten at forfatterne vurderer følgene av å vedta en slik klausul i kontraktsforholdet. I andre kontraktsforhold er ofte situasjonen den stikk motsatte, ved at indemnity-klausulene er gjenstand for betydelig forhandling mellom partene. Kontrakter inngått i olje- og gass sektoren, samt andre kontrakter om ansvar og risiko vedrørende miljøskader, er eksempler på dette.

Som det følgende vil vise, er det ikke mulig å gi en generell presisering av hva som omfattes av en indemnity-klausul, da dette vil avhenge av en konkret tolkning av hver enkelt kontrakt. Dette innebærer at det ikke er betegnelsen indemnity-klausul som i seg selv avgjør klausulens endelige rettsvirkninger, men at disse vil fremgå etter en tolkning av kontraktens ordlyd. Imidlertid benyttes indemnity-klausuler svært hyppig i forretningslivet, og dermed dannes det en omfattende kontraktspraksis innenfor ulike forretningsfelter. I

³ Se for eksempel Lind, Engelsk-Norsk juridisk ordbok.

tillegg har man en del rettspraksis knyttet til klausulene i engelsk rett. Begge disse faktorene bidrar til at man kan oppstille en del utgangspunkter for hvordan indemnity-klausuler er bygget opp og skal forstås.

1.2.2 Indemnity-klausulers formål

I svært mange kommersielle avtaler vil vurderinger av risiko være et sentralt punkt for de involverte partene. Enkelte virksomheter vil naturligvis være mer risikofylte enn andre, men det vil uansett i svært mange kommersielle forhold være risiko for skader og tap. Som regel vil deklarasjonsrett fastsette hvem som har risikoen for et gitt forhold, slik at partene gjennom denne tilbys en løsning på problemstillingen. Imidlertid ønsker partene ofte en annen løsning enn det som følger av de vanlige regler, for eksempel fordi de ønsker en løsning som de mener er mer sikker og forutberegnelig.

I disse tilfellene vil det typisk være aktuelt for partene å innta en indemnity-klausul i kontrakten. Formålet med en indemnity-klausul er å definere og plassere risikoen for bestemte forhold mellom kontraktspartene. Det sentrale trekk ved indemnity-klausuler er at de tilsikter å fastlegge hvilken part som til sist skal bære eventuelle tap som oppstår. Hvilke forhold det er tale om, avhenger av selve kontrakten slik denne utformes av partene. Hvis den uskyldige part ved et kontraktsbrudd stod fri til å for eksempel kreve erstatning etter de vanlige misligholdsreglene, ville poenget med en risikoplassering gjennom indemnity-klausul fort falle bort. Det er derfor vanlig at indemnity-klausulen utelukker den skadelidtes rett til å kreve erstatning etter de alminnelige regler om erstatning. Dette kan enten stå uttrykkelig i kontrakten, eller man kan komme frem til et slikt resultat gjennom tolkningen av kontrakten.

Behovet for å fastlegge risikofordelingen allerede ved avtaleinngåelsen kan være flere. Indemnity-klausuler må for eksempel i mange kontraktsforhold sees i lys av

forsikringsordninger mellom partene.⁴ I olje- og gassektoren kan ulykker og annen skadeforvoldelse medføre enorme tap, og derfor vil det gjennomgående være omfattende forsikringsordninger på plass. Ettersom indemnity-klausuler fastlegger hvilken part som skal ha risikoen for bestemte forhold, vil det være lettere for partene å forsikre seg mot de aktuelle risikoene, og man kan i tillegg unngå tilfeller av dobbeltforsikring. Dette vil også kunne være aktuelt i mange andre former for kontraktsforhold, for eksempel entreprisekontrakter og transportavtaler.

I andre tilfeller kan indemnity-klausuler bidra til at partene kan bli enige om avtaler som ellers ikke ville blitt inngått. Et eksempel på dette kan være et salg av et selskap som har en pågående rettssak mot seg. Her vil risikoen for et negativt utfall i saken kunne være av vesentlig betydning, og det kan være vanskelig for partene å bli enige om et salg før utfallet av saken er klart. Ved å bli enige om at selger skal holde kjøper skadesløs for eventuelle tap i forbindelse med utfallet av rettssaken, kan partene bli enige om en pris uavhengig av den risiko som er tilknyttet utfallet i saken. På denne måten kan anvendelsen av indemnity-klausuler virke direkte handelsfremmende.

Et annet viktig poeng er at bruken av indemnity-klausuler i kontrakter er ment å være prosessbesparende for partene. Når partene allerede ved kontraktsinngåelsen klart og utvetydig forhåndsplasserer konkrete risikoer i kontraktsforholdet, bidrar dette til færre konflikter i etterkant av inngåelsen og dermed redusert bruk av rettsapparatet. For eksempel vil uaktsomhetstilfellene ofte gi grobunn for konflikter, men dersom partene har inngått resiproke indemnity-klausuler som klart dekker uaktsomhetstilfellene, vil det ikke kunne oppstå rettstvister på samme måte. Dette fordi det da er helt klart at partene ved å holde hverandre skadesløse må ta risikoen for eventuelle skader hos seg selv, slik at skaden "blir der den rammer".⁵ Dårlig utformede og uklare indemnity-klausuler kan naturligvis ofte i seg selv utløse rettstvister, og dermed motvirke et av formålene med å innta klausulen i

⁴ Dette poenget påpekes blant annet i Curtis s.7, og av Kaasen, Ansvarsbegrensning s. 246-247 med videre henvisning til Rt. 1994 s. 626.

⁵ Denne typen indemnity-klausuler er vanlige i engelske offshorekontrakter, se Curtis s. 7.

utgangspunktet. Dette kan imidlertid altså unngås dersom kontraktens ordlyd er helt klar og utvetydig, noe som understreker viktigheten av at partene uttrykker seg presist ved opprettelsen av kontrakten. Også ”feil” bruk av indemnity-klausuler kan utløse konflikter: Partene ønsker for eksempel at den ene parten ved mislighold skal beholde et større beløp, uten å måtte bevise om parten faktisk har lidt et tap, og inntar en indemnity-klausul i den feilaktige tro at klausulen vil kunne ha samme virkning som en konvensjonalbot.

1.2.3 Hovedtyper av indemnity-klausuler

En gjennomgang av teori og rettspraksis fra engelsk rett viser at indemnity-klausulene kan deles inn i fire ulike kategorier, basert på hva slags tap eller ansvar som oppstår og hvem som gjennom klausulen har påtatt seg å dekke dette. Avhengig av avtalens ordlyd kan én eller flere av disse kategoriene være omfattet av avtalen. Denne inndelingen er ikke nevnt eller brukt i rettspraksis og kan ikke tillegges noen rettslig betydning. Når jeg likevel har valgt å foreta en slik inndeling, er det fordi det kan lette oversikten over de ulike former for ansvarsfordeling en indemnity-klausul kan innebære.

Den første kategorien består av klausuler hvor den ene part i kontrakten har påtatt seg å holde den andre part skadesløs for ansvar den andre part kan pådra seg overfor en tredjepart.⁶ Som påpekt vil det ofte være hensiktsmessig for partene å forhåndsregulere hvem som har risikoen for slike tap. I engelsk rett ble det i dommen *Stent Foundations Ltd v. M J Gleeson Group plc*⁷ fra High Court, slått fast at ordet ”indemnity”, basert på en ren tolkning av begrepet, som utgangspunkt omfatter denne kategorien. Et eksempel på dette kan være en entreprisekontrakt, hvor underentreprenør A påtar seg å holde hovedentreprenøren B skadesløs. Underentreprenøren er kontrahert for å gjøre flisarbeid på et kontorbygg, men arbeidet viser seg å være mangelfullt, slik at hovedentreprenøren kommer i ansvar overfor byggherren. Et annet eksempel er en kontrakt mellom firma A og

⁶ Forhåndsfordeling av ansvar for krav fra tredjeparter utgjør for eksempel en sentral del av det såkalte ”knock for knock” systemet, se Kaasen, Ansvarsbegrensning s. 241.

⁷ [2001] BLR 134.

firma B, hvor A skal holde B skadesløs for tap som følge av personskader tilknyttet utførelsen av kontrakten mellom dem. Dersom B i dette tilfellet påfører en av As arbeidere en arbeidsskade, har han etter kontrakten rett til å bli holdt skadesløs for tap i denne forbindelse. Dommene om personskader som drøftes i avsnitt 2.3.4 om indemnity-klausuler og uaktsomhetsansvar, for eksempel *Brown v Drake International Ltd. and Southampton Container Terminals*⁸, gir eksempler på indemnity-klausuler som tilhører denne kategorien.

Den andre kategorien består av klausuler hvor den ene part påtar seg å holde den andre part skadesløs for tap tredjepersoner påfører den andre parten. Denne kategorien indemnity-klausuler har svært mange likheter med garantier i både engelsk og norsk rett. Likevel er det enkelte forskjeller som gjør at det er viktig å skille mellom en garanti og en forpliktelse til skadesløsholdelse. Dette drøftes nærmere i avsnitt 2.4.2 i forhold til engelsk rett, og i avsnitt 4.3.3 i forhold til norsk rett.

En tredje kategori utgjøres av klausulene hvor den ene parten påtar seg å holde den andre parten skadesløs for tap den andre parten påfører ham. I entrepris- og petroleumskontrakter er det ikke uvanlig å avtale såkalte resiproke skadesløsklausuler mellom de ulike aktørene. På denne måten bærer hver part risikoen for tap eller skade som rammer dem selv, ved at de ikke kan rette noe økonomisk krav mot hverandre. For eksempel kan entreprenør A og entreprenør B bli enige om resiproke skadesløsklausuler. Når A senere skader B sitt utstyr, har A rett til å bli holdt skadesløs etter avtalen, hvilket medfører at B selv må bære tapet. Dette innebærer at det i realiteten er entreprenør B som blir ansvarlig for tapet som har oppstått, og at tapet "blir der det rammer".⁹ Dette var situasjonen i saken *Smedvik Ltd v. Elf Exploration UK plc*¹⁰, hvor kontraktpartene i en boringsavtale hadde avtalt resiproke indemnity-klausuler. Når utstyret til Elf ble skadet av en kollisjon som Smedvik ble funnet ansvarlig for, søkte Smedvik å bli holdt skadesløs for tapet. Dette fikk de medhold i, under henvisning til at partene gjennom indemnity-klausulen og andre ordninger i kontrakten

⁸ [2004] EWCA Civ 1629, 03.12.2004.

⁹ Også dette utgjør et sentralt moment i "knock for knock" prinsippet, se Kaasen, Ansvarsbegrensning s. 241.

¹⁰ [1998] 2 Lloyd's Rep. 659.

tydelig hadde en intensjon om å fordele risikoen ”*in specified circumstances, irrespective of fault*”.¹¹

Den fjerde og siste kategorien består av klausulene hvor part A påtar seg å holde part B skadesløs for tap A påfører B. Et eksempel på dette kan være en avtale om salg av et selskap. I slike tilfeller er det vanlig at selgeren påtar seg å holde kjøperen skadesløs for tap i forbindelse med kontraktsbrudd eller uriktige opplysninger fremsatt av selgeren. Hvis kjøperen lider tap som følge av slikt kontraktsbrudd, har han etter kontrakten krav på å bli holdt skadesløs. I realiteten blir dette ofte kun et annet navn på erstatning, men partene kan velge å innføre en del endringer i forhold til de deklarasjonene som gjelder gjennom bakgrunnsretten. Eksempler på dette er indemnity-klausuler som inneholder en øvre eller nedre grense for erstatningsbeløpets størrelse. Hvis partene ved avtalen har utelukket vanlig erstatning som misligholdsbeføyelse, vil kravet kjøper har mot selger dermed bli annerledes enn det som ville fulgt av de ordinære erstatningsrettslige regler. Et annet eksempel på indemnity-klausuler som sorterer under denne kategorien kan være hvor partene har avtalt at kjøper har rett til å trekke seg fra en avtale om leie av kontorlokaler, mot at han holder selger skadesløs for det tap dette måtte påføre selgeren. I en engelske saken *Total Transport Corporation v Arcadia Petroleum Ltd (The Eurys)*¹² ble en indemnity-klausul av denne siste kategorien vurdert. Denne dommen omtales nærmere i avsnitt 2.4.4.

I engelsk rett er det ingen lovfestede hindringer for å innta en eller alle disse kategoriene i en avtale. Det er likevel viktig at tilstrekkelig klart og utvetydig språk blir benyttet i avtalen, slik at klausulens ønskede virkninger sikres oppnådd.¹³ I enkelte stater i USA defineres for eksempel "indemnity" slik at klausulene som utgangspunkt bare omfatter kategoriene som involverer tredjepersoner. Dette innebærer at det for å oppnå

¹¹ Ibid s. 663.

¹² [1998] 1 Lloyd's Rep. 351.

¹³ Lewison 12.15.

skadesløsholdelse mellom partene kreves en klar ordlyd i avtalen som tilsier dette.¹⁴

1.3 Terminologi

Indemnification clause

Ofte vil man finne uttrykket ”indemnification clause” benyttet i stedet for ”indemnity clause”. Det er bare en lingvistisk forskjell på disse to uttrykkene. Som allerede definert over betyr ”indemnity” en plikt til å ”*make good any loss, damage or liability incurred by another*”. ”Indemnification” sikter derimot til selve handlingen, og kan defineres som ”*the action of compensating for loss or damage sustained*”.¹⁵ Til tross for denne mindre språklige forskjellen, må de to uttrykkene forstås som identiske i en kontraktsmessig forstand. Det er ingen indikasjoner, verken i engelsk eller norsk rettspraksis eller teori, som tilsier at det er rettsvirkninger knyttet til bruken av det ene uttrykk fremfor det andre. Ettersom Blacks Law Dictionary og ledende teori benytter seg av uttrykket ”indemnity”, vil dette konsekvent bli anvendt i det følgende.

Hold harmless

Kontrakter inneholder ofte en såkalt ”hold harmless clause”, eller bare ”hold harmless” alene. Det er også vanlig å innta formuleringen ”indemnify and hold harmless” i indemnity-klausuler.¹⁶ Når det gjelder forskjellen mellom de to begrepene hver for seg, nevnes at ordet ”indemnity” stammer fra det latinske ordet ”indemnis”, som betyr ”harmless”, kombinert med ordet ”facere” som betyr ”to make”.¹⁷ Blacks Law Dictionary definerer ”hold harmless” som “[t]o absolve (another party) from any responsibility for

¹⁴ Et eksempel er South Carolina, se dommen *Smoak v. Carpenter Enterprises, Inc.* 319 S.C. 222, 460 S.E.2d 381 S.C., 1995, hvor det ble uttalt at en vanlig indemnity-klausul er ”*limited to the reimbursement for damages, costs, expenses, etc. incurred in third party actions, not actions between the contracting parties themselves.*” Et annet eksempel er California, se dommen *Queen Villas Homeowners Association v. TCB Property Management* som er gjenstand for nærmere omtale i avsnitt 2.3.6.

¹⁵ Black’s Law Dictionary.

¹⁶ En grundig vurdering av dette begrepet foretas i avsnitt 2.3.6.

¹⁷ Se ”indemnify” i Garner, Dictionary of Modern Legal Usage.

damages or other liability arising from the transaction; INDEMNITY". Definisjonen er altså svært lik den som er gitt av "indemnity", og som del av forklaringen vises det altså til begrepet indemnity. Dette indikerer at de to begrepene må forstås å være synonymmer.

Amerikansk rett ser ut til å ha en noe annerledes tilnærming til de to begrepene. I Mellinkoff's Dictionary of American Legal Usage poengteres det at ordet "indemnify" ofte benyttes som et synonym til "hold harmless". Når de to begrepene likevel skal skilles fra hverandre, defineres "indemnify" som å "reimburse for any damage", mens "hold harmless" forstås slik at begrepet omfatter både faktisk tap så vel som risiko for tap.¹⁸ Dermed blir "indemnify" forstått som et snevrere begrep, som kun omfatter erstatning for faktiske tap man allerede har betalt, mens "hold harmless" altså også kan omfatte ansvar som ikke enda har realisert seg i form av at parten faktisk har betalt. I teorien vil dette skille kunne ha betydning. Imidlertid kan forskjellen lett modifieres ved å inkludere frasen "loss and liability" i indemnity-klausulen, slik at klausulen uansett vil få den samme effekten. Etersom indemnity-klausuler i praksis formuleres med svært vid ordlyd, vil dette som regel være tilfelle.

Slår man opp "hold harmless clause" i Black's Law Dictionary, vises det til "indemnity clause". Etersom det i ledende teori heller ikke er trukket frem noen forskjeller, må det basert på dette fastslås at en hold harmless-klausul i praksis vil ha de samme rettsvirkninger som en indemnity-klausul.

1.4 Rettslig metode

1.4.1 Engelsk rett

Begrepet "common law" benyttes som merkelapp på engelsk rett, og på rettssystemer som er basert på engelsk rett. Disse systemene er i stor grad er basert på lovregler som er skapt gjennom domstolenes avgjørelser.¹⁹ Til tross for at man i den senere tid har sett en utvikling i retning av en stadig mer lovgiver aktiv lovgiver, er det fortsatt "case law" som utgjør kjernen i den engelske kontraktsretten. Rettspraksis er bygget opp av prejudikater, hvor tidligere dommer kan være bindende for en annen domstol når den senere skal ta

¹⁸ Se avsnitt 2.4.1 for mer om dette skillet mellom "loss" og "liability".

¹⁹ Smith m.fl, English Legal System 1-003.

stilling til en lignende sak.²⁰ Det er ikke bare dommer avsagt av House of Lords som har prejudikatsvirkning: Også avgjørelser fra de øvrige domstoler vil ofte være bindende for etterfølgende avgjørelser som avsies lenger ned i domstolshierarkiet.²¹ Systemet med prejudikater er således mye mer omfattende enn slik vi kjenner det i norsk rett. Av denne grunn henvises det derfor langt oftere til dommer avsagt i lavere instanser.

Ettersom engelsk rett hører inn under ”common law”-systemet utgjør derfor rettspraksis den fremste kilden til kunnskap om hva rettsstilstanden på et bestemt område er. En selvstendig analyse av rettspraksis ville i denne avhandlingen føre for langt, både med hensyn til tid og plass. I tillegg ville det forutsette anvendelse av engelsk juridisk metode, hvilket jeg som norsk jusstudent ikke behersker. Av denne grunn vil jeg primært legge til grunn juridisk litteratur for å fastslå hva som er gjeldende engelsk rett.

Imidlertid er det skrevet relativt lite konkret om indemnity-klausuler, og behandlingen av klausulen i teorien begrenser seg til korte fremstillinger fordelt på en rekke ulike bøker og artikler. For å få en grunnleggende forståelse for indemnity-klausulers funksjon i engelsk rett, samt finne svar på enkelte problemstillinger som ikke er drøftet i teorien, har det derfor også vært nødvendig å foreta omfattende søk i rettspraksis. I tillegg har professor Ed Peel bidratt med nyttige innspill, og kvalitetssikret at forståelsen av engelsk rett er riktig.

1.4.2 Norsk rett

Som allerede påpekt skrives denne avhandlingen som en del av anglo-prosjektet. Prosjektets forutsetninger er at avhandlingene skal ta utgangspunkt i konkrete kontraktsordninger som inntas i kontrakter mellom næringsdrivende, og som er basert på en modell inspirert av ”common law”. Videre forutsettes det at partene har avtalt at bakgrunnsretten skal være norsk. Når disse underlegges norsk rett kan det oppstå problemer i forhold til partenes forventninger til klausulen, ettersom det er grunnleggende forskjeller

²⁰ Keenan s. 168.

²¹ For en mer grundig beskrivelse av prejudikaters bindende virkning i engelsk rett, se Keenan s. 171-174.

mellom rettssystemene. Partene stoler for eksempel ukritisk på at klausulen vil bli håndhevet etter sin ordlyd, slik den ville blitt i engelsk rett, eller legger uten videre til grunn at norsk rett vil regulere avtalen på en bestemt måte. Formålet med prosjektet er å kartlegge disse forskjellene, og påpeke hvilke konsekvenser dette kan få for partenes interesser og forventninger.²² Avhandlingens prosjekttilknytning innebærer at oppgaven, både med hensyn til tema og systematisering, skrives for å tjene dette formålet.

I tråd med anglo-prosjektets retningslinjer jeg vil derfor som utgangspunkt for analysen av indemnity-klausuler i norsk rett benyttet meg av komparativ metode. Fremgangsmåten vil være å først undersøke hvilke rettsvirkninger indemnity-klausulen har i engelsk rett, som er ett av rettssystemene klausulen egentlig er utformet for å virke i. Dette gjøres for å få en forståelse av klausulens opprinnelige funksjon. Deretter vil jeg trekke frem grunnleggende forskjeller mellom de to rettssystemene. Disse forskjellene kan for det første bidra til å belyse hvorfor indemnity-klausulene opprinnelig er bygget opp og formulert akkurat slik de er. Samtidig kan de bidra til å forklare eventuelle forskjeller hva gjelder klausulens rettsvirkninger i engelsk og norsk rett. Til slutt vil jeg trekke frem og drøfte hvilke rettsvirkninger som følger av at klausulene underlegges norsk rett, fremfor rettssystemet de opprinnelig finner sin anvendelse i. Et viktig poeng vil være å analysere hvorvidt indemnity-klausulenes opprinnelige rettsvirkninger er mulig å oppnå i norsk rett, og samtidig også om det er nødvendig å innta klausulen for å oppnå dem.

Den komparative metoden medfører at avhandlingen vil få et betydelig innslag av engelske rettskilder. I denne forbindelse er det viktig å påpeke at engelsk rett er inntatt i avhandlingen for å fastslå indemnity-klausulenes funksjon i rettssystemet det har sin opprinnelse fra. Formålet med dette er å forklare hvorfor klausulen er designet slik den er. Hensikten med denne delen er altså ikke å bruke engelsk rett som rettskilde i drøftelsen av hvilke rettsvirkninger klausulen har i norsk rett, men å gi et grunnlag for den komparative analysen av klausulen. Spørsmålet om engelsk retts innflytelse på kontrakten er et

²² Cordero Moss, *Anglo-American Contract Models* s. 7.

omfattende tema, og er tidligere behandlet i prosjektet. Av denne grunn avgrenses det mot problemstillinger knyttet til dette i det videre.²³

1.5 Avgrensninger og videre fremgangsmåte

En fullstendig analyse av alle problemstillinger knyttet til bruk av indemnity-klausuler i norsk rett ville ligge langt utenfor hva som mulig å oppnå med denne studentavhandlingen. Oppgavens tema gjør det derfor nødvendig å foreta noen avgrensninger allerede innledningsvis.

For det første forutsettes det at man står overfor en indemnity-klausul som er skrevet på engelsk, og at avtalepartene har valgt norsk rett til å regulere avtalen. Videre forutsettes det at klausulen er inntatt i en kommersiell avtale mellom forretningsparter. Det avgrenses dermed mot avtaler hvor én eller begge partene i avtalen er forbrukere. Særlige forbrukerrettslige problemstillinger vil derfor ikke bli behandlet. Det bør i denne sammenheng påpekes at enkelte avgjørelser som trekkes frem både i engelsk og norsk rett er dommer hvor den ene part var forbruker. I den grad disse dommene er behandlet begrunnes dette med at forbrukeraspektet er uten betydning for poengene som utledes, og at avgjørelsene derfor likevel er av interesse i relasjon til kommersielle avtaler.

En videre forutsetning er at indemnity-klausulen er del av en gyldig avtale mellom partene. Spørsmål i forbindelse med tilblivelsesmangler reiser ingen særlige problemstillinger for indemnity-klausuler, og vil derfor ikke bli behandlet. Det forutsettes også at klausulen er vedtatt av kontraktspartene. Vedtagelsesspørsmålet vil bli nevnt i sammenheng med sensur av indemnity-klausuler, men vil ikke bli drøftet særskilt.

Ettersom oppgaven forutsetter at man står overfor en indemnity-klausul skrevet på engelsk, kan det oppstå spørsmål om det er den engelske eller den norske forståelsen som skal

²³ Det kan her vises til Cordero Moss, Harmonised Contract Clauses for en nærmere behandling av dette temaet.

legges til grunn. I det videre vil ikke dette spørsmålet bli vurdert, da dette er behandlet tidligere i anglo-prosjektet, og at dette forutsetter at det er den norske forståelsen som skal legges til grunn.²⁴

Teoretisk kan det tenkes at ”indemnification” eller skadesløsholdelse kunne skjedd på annen måte enn gjennom et erstatningskrav, for eksempel ved krav på retting eller omlevering. Erstatning fremstår likevel som den eneste praktiske formen for skadesløsholdelse gjennom indemnity-klausuler: Verken i teori og rettspraksis har jeg funnet eksempler på at noe annet enn erstatning har vært krevd etter klausulen. Om skadesløsholdelsen kunne skjedd på andre måter, ville det i alle tilfeller ofte komme et erstatningskrav i tillegg: For eksempel vil omlevering ofte medføre at det oppstår forsinkelser som påfører den ene parten et tap han vil kunne kreve erstatning for. Av denne grunn vil avhandlingen bare drøfte skadesløsholdelse i form av erstatning.

Utover disse innledende forutsetninger og avgrensninger, vil det også gjøres avgrensninger fortløpende der dette fremstår som nødvendig og naturlig.

På dette grunnlag vil jeg i kapittel 2 først beskrive sider av det engelske rettssystemet som er relevante i relasjon til indemnity-klausuler, for så å gi en fremstilling av hvordan enkelte sentrale problemstillinger tilknyttet indemnity-klausuler behandles i engelsk rett. Deretter vil jeg i kapittel 3 ta for meg noen grunnleggende forskjeller mellom det engelske og norske rettssystem. I kapittel 4 vil jeg drøfte hvilke rettsvirkninger indemnity-klausuler kan ha i norsk rett, før avhandlingens konklusjoner avslutningsvis vil bli gitt i kapittel 5.

²⁴ For mer om dette temaet, se for eksempel Cordero Moss, *Harmonised Contract Clauses*.

2 Engelsk rett

2.1 Innledning

I engelsk rett oppstilles en rekke regler knyttet til misligholdssanksjoner ved uriktig eller manglende oppfyllelse. Imidlertid er utgangspunktet at disse er fravikelige, og at partene derfor står fritt til å avtale å utforme slike sanksjoner som de selv ønsker. Den omfattende bruken av indemnity-klausuler i kontraktsforhold kan sies å være et utslag av partenes behov for å tilpasse eller endre bakgrunnsrettens regler. For å fullt ut forstå indemnity-klausulers rettsvirkninger i engelsk rett er det derfor nødvendig å se på de reglene klausulen søker å fravike, samt eventuelle begrensinger på muligheten til å fravike dem. I tillegg er det en nødvendig forutsetning å se på reglene knyttet til tolkningen av klausulene, ettersom de endelige virkningene bestemmes av en konkret tolkning av kontrakten i hvert enkelt tilfelle.

I det videre gis det derfor først en rask oversikt over reglene for kontraktserstatning i engelsk rett. Deretter følger en fremstilling av tolknings- og gyldighetsreglene klausulene er underlagt, og til sist gis en behandling av særlige problemstillinger indemnity-klausuler reiser i engelsk rett.

2.2 Kontraktserstatning i engelsk rett

2.2.1 Innledning

Dersom en kontraktspart ikke presterer slik han etter kontrakten er forpliktet til å gjøre, eller dersom dette ikke skjer rettidig, vil parten ha begått et kontraktsbrudd. En grunnleggende regel i "common law" er at den uskyldige part da har adgang til å kreve erstatning som misligholdsbeføyelse, med mindre dette eksplisitt utelukkes av kontrakten.

Engelsk erstatningsrett er et svært omfattende rettsområde, og det vil ikke bli gitt en uttømmende redegjørelse for engelsk rett i det videre. Gjennom den følgende fremstillingen tilsiktes det derfor bare å gi en oversikt, så langt dette er nødvendig for å gi en bakgrunn for å forstå forskjellene mellom engelsk og norsk rett når det gjelder klausulens rettsvirkninger.

2.2.2 Generelt om erstatning i kontrakt

Erstatningens funksjon er å kompensere for det tapet skadelidte har hatt som følge av kontraktsbruddet,²⁵ og målet med erstatningen er å stille skadelidte, så langt dette er mulig, i samme økonomiske posisjon som om kontrakten hadde blitt oppfylt.²⁶ Det generelle prinsippet er at erstatning bare gis for det faktiske tapet skadelidte har hatt.²⁷ Dersom det ikke har vært noe faktisk tap for den uskyldige part, kan han godt vinne frem med sitt krav om erstatning som følge av kontraktsbruddet, men vil kun bli tildelt en symbolsk sum i form av ”nominal damages”.²⁸ Et faktisk tap er dermed strengt talt ikke et vilkår i engelsk rett for å bli tilkjent erstatning etter de alminnelige reglene om erstatning i kontrakt.

I tråd med erstatningens kompenserende funksjon er utgangspunktet i engelsk rett at skadelidte skal tilkjennes erstatning som stiller ham økonomisk som om han hadde fått riktig oppfyllelse. Dette innebærer at erstatningen skal omfatte den inntekt eller utbytte parten måtte forvente å oppnå gjennom avtalen, eller med andre ord den tapte fortjeneste for parten.²⁹ Noen eksempler er tapt fortjeneste ved videresalg som følge av manglende eller feilaktig leveranse, eller tapt fortjeneste ved bortfalt produksjon grunnet forsinket service på maskiner ved en fabrikk. Det følger av dette prinsippet at det er svært viktig å

²⁵ Chitty 26-001.

²⁶ L.c, med videre henvisning til *Robinson v Harman* (1848) 1 Exch 850 på s. 855.

²⁷ *Alfred McAlpine Construction Ltd. V. Panatown Ltd.* [2000] 3 W.L.R 946.

²⁸ Davis s. 276.

²⁹ Anson s. 596. Av denne grunn betegnes dette som ”expectation interest” eller ”performance interest”.

fastslå nøyaktig hva partenes forpliktelser etter kontrakten er, ettersom misligholder kun er ansvarlig innenfor rammen av sine faktiske forpliktelser etter kontrakten.³⁰

Et eksempel er den såkalte SAAMCO-saken³¹, hvor et firma etter kontrakten var forpliktet til å verdsette bestemte eiendommer i forbindelse med sikkerhet for pengelån. En kombinasjon av for høy verdsettelse og fallende eiendomsmarked gjorde at utlåneren tapte store penger, og spørsmålet var om alt dette kunne kreves erstattet av firmaet som hadde utført takseringen. Firmaet ble funnet erstatningsansvarlig for tapet som var en direkte konsekvens av den for høye takseringen, men ikke for tapet som var fremkalt av det synkende markedet. Retten begrunnet dette med at det er en forskjell på en forpliktelse til å sørge for informasjon, og en forpliktelse til å gi råd om en bestemt fremgangsmåte. Hadde firmaets forpliktelse bestått av å gi råd om hvorvidt pengene burde lånes ut eller ikke, ville de vært ansvarlige for tapet i sin helhet.

Et alternativt prinsipp for fastsettelse av erstatningen er å stille den uskyldige part økonomisk som om kontrakten aldri ble inngått. Dette gjøres ved å kompensere den skadelidte for utgifter han har pådratt seg ved å klargjøre seg til å utføre avtalen, men som er pådratt forgjeves grunnet misligholdet.³² Eksempler på dette kan være forhandlingskostnader eller levering av varer til kjøpers lokaler. Den skadelidte står fritt til å velge hvilket av prinsippene han ønsker å kreve erstatning etter, og vil typisk kunne se seg tjent med å kreve "reliance interest" hvor det er vanskelig å påvise nøyaktig hvilken fortjeneste han har gått glipp av som følge av misligholdet.³³ To begrensninger på valget er likevel oppstilt. For det første kan ikke den skadelidte flykte fra en dårlig handel ved å kreve erstatning for utgiftene fremfor å påvise tapt fortjeneste. I disse tilfellene må erstatning kreves etter "expectation interest".³⁴ Videre kan den skadelidte ikke dele opp kravet sitt mellom de to prinsippene, slik at noe kreves etter "expectation interest" og noe

³⁰ Treitel s. 938.

³¹ *South Australia Asset Management Corp v. York Montague Ltd* [1997] A.C 191.

³² Anson s. 599. Følgelig betegnes dette som "reliance interest".

³³ Se om dette *Wallington v. Townshend* [1939] 1 Ch. 588, hvor det ble fastslått at kreditor kunne velge å kreve erstatning basert på "reliance interest". Kreditor klarte ikke å påvise tapt fortjeneste, slik at erstatning etter prinsippet om "expectation interest" ikke var mulig. Retten slo fast at kreditor kunne velge mellom prinsippene som grunnlag for erstatning.

³⁴ Dette ble fastslått i *C & P Haulage v. Middleton* [1983] 1 W.L.R 1461 CA.

etter "reliance interest".³⁵ Dette for å unngå at den skadelidte får erstatning for samme tap to ganger.

2.2.3 Begrensninger på retten til erstatning

Dersom den erstatningsberettigede ved kontraktsbrudd alltid skulle motta erstatning for sitt fulle tap, ville det kunne lede til urimelige resultater i mange tilfeller. Tidlig på 1600-tallet ble en engelsk smed ansatt til å sko hesten til en mann som skulle gifte seg med en kvinnelig arving. Han gjorde en slett jobb, og da hesten av denne grunn ble halt medførte dette at den vordende brudgom ikke rakk frem til bryllupet sitt. Bruden fant det for godt å gifte seg med en annen isteden, og smeden ble holdt erstatningsansvarlig for at brudgommen ikke ble gift med arvingen.³⁶ Slike absurde resultater er naturligvis uønskede. Dessuten ville en slik løsning plassere for stor del av risikoen i kontraktsforhold på misligholderen.³⁷ Engelsk rett har derfor utviklet en rekke begrensninger på den skadelidtes rett til erstatning, med det formål å forhindre urimelige utfall i erstatningssaker.³⁸

2.2.3.1 "Causation"

I engelsk rett er det et grunnleggende vilkår for å kunne bli tilkjent erstatning at man kan påvise "causation". Vilkåret innebærer at skadelidte bare kan kreve tapet sitt erstattet der kontraktsbruddet var "the "effective" or "dominant" cause of that loss".³⁹ Med andre ord må det altså være en sammenheng av en viss betydning mellom misligholderens brudd på kontrakten og den skadelidtes tap. Når det gjelder selve vurderingen av hvor mye som skal til for at betydningen er tilstrekkelig vesentlig, har domstolene unnlatt å oppstille konkrete regler. I stedet har man benyttet seg av "common sense" i vurderingen av om det er

³⁵ Se her *Cullinane v. British "Rema" Manufacturing Co* [1954] 1 Q.B 292 CA.

³⁶ Denne saken ble referert i *British Columbia Saw-Mill Co Ltd v. Nettleship* (1868) L.R 3 C.P. 499 på s. 508. Se også Treitel s. 964.

³⁷ McGregor 4-001.

³⁸ Treitel s. 964.

³⁹ Chitty 26-029.

tilstrekkelig årsakssammenheng mellom kontraktsbruddet og tapet.⁴⁰ Situasjonen kan typisk være at den ene parten har lidd et tap, men at motparten hevder misligholdet i seg selv ikke har forårsaket tapet. For eksempel kan en reder misligholde en kontrakt ved å ikke utstyre skipet sitt med et ordentlig medisinskap. Dersom båten senere synker på grunn av uvær kan man imidlertid ikke hevde at misligholdet er årsaken til tapet, og dermed kan erstatning for forliset heller ikke kreves på grunn av dette misligholdet.⁴¹ Sammenhengen mellom misligholdet og tapet vil heller ikke bli ansett å være tilstrekkelig der tapet ville ha oppstått uansett, selv om misligholdet ikke hadde funnet sted.⁴²

Erstatning kan kun kreves der kontraktsbruddet var den faktiske eller mest fremtredende årsaken til tapet.⁴³ Dette innebærer samtidig at det ikke er et vilkår at misligholdet er den eneste grunnen til tapet. Ofte er situasjonen at man står overfor samvirkende årsaker, og det er gjerne i disse tilfellene at problemstillinger tilknyttet til ”causation” oppstår i engelsk rett. Dette vil typisk kunne være hvor en tredjemann utfører handlinger som medvirker til at tapet oppstår.⁴⁴ I disse tilfellene vil det avgjørende være om tredjemannens handling var ”foreseeable” etter den samme standarden som gjelder for ”remoteness”, jf nedenfor. Med andre ord vil misligholderen fortsatt bli holdt erstatningsansvarlig for tapet dersom det med rimelighet kan sies at han burde tatt tredjemannens handling i betraktning. For eksempel vil dette være tilfelle hvor en part bryter en kontrakt ved å anbefale en uhederlig børsmeidler, og et tap forårsakes av børsmeidleren.⁴⁵ En annen mulighet er at det skjer en hendelse, som sammen med misligholdet bidrar til at det oppstår et tap. Også i disse tilfellene vil misligholder bli holdt erstatningsansvarlig dersom hendelsen med rimelighet måtte sies å være forventet.⁴⁶

⁴⁰ Anson s. 600.

⁴¹ Se Treitel s. 974, med henvisning til uttalelser i *Monarch Steamship Co Ltd v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)* [1949] A.C 196 på side 226.

⁴² Treitel s. 974.

⁴³ *Galoo v Bright Grahame Murray* [1994] 1 W.L.R 1360.

⁴⁴ Chitty 26-030.

⁴⁵ Treitel s. 976.

⁴⁶ Chitty 26-037.

2.2.3.2 "Remoteness of Damage"

Selv etter at eventuell årsakssammenheng er påvist, har engelsk rett har en ytterligere begrensingsregel i form av at tapet ikke må være "too remote". Dette vilkåret innebærer at skadelidte ikke vil få erstatning for tap som er en for fjern konsekvens av misligholderens kontraktsbrudd. Om vilkåret er oppfylt eller ikke er et spørsmål om hvorvidt tapet med rimelighet må sies å kunne ha vært tatt i betraktning av partene på tidspunktet for avtaleinngåelsen.⁴⁷ Reglene knyttet til dette prinsippet ble formulert i dommen *Hadley v. Baxendale*⁴⁸, som gjaldt erstatning i forbindelse med et møllehjul som ble ødelagt og dermed måtte transporteres til reparatør. På grunn av uaktsomhet fra transportørens side oppstod forsinkelse, noe som medførte at møllen ikke kunne starte opp produksjonen etter planlagt tidsskjema. Retten kom frem til at det påfølgende produksjonstapet ikke kunne kreves erstattet av transportøren og oppstilte en todelt regel knyttet til når den uskyldige part kan tilkjennes erstatning.

I dommen ble det uttalt at tapet kan kreves erstattet dersom det er "*such as may fairly and reasonably be considered arising either naturally, i. e according to the usual course of things, from such a breach itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of it*" (min understrekning).⁴⁹ En del forhold regnes altså som naturlig påregnelig for parten ved avtaleinngåelsen, det vil si forhold som enhver fornuftig person må forventes å ha kunnskap om. Hvis det ikke er tale om et slikt forhold, blir spørsmålet om de aktuelle omstendigheter ble klargjort ovenfor misligholder ved avtaleinngåelsen. I den aktuelle saken kom retten til at forsinkelsen ikke var den naturlige konsekvens av forsinkelsen, siden

⁴⁷ Treitel s. 965.

⁴⁸ (1854) 9 Exch 341.

⁴⁹ Ibid s. 355.

transportøren ikke kunne vite at forsinkelse i leveringen ville medføre at møllen helt ble satt ut av spill.⁵⁰ Skadelidte hadde dermed ikke krav på å få tapet erstattet av transportøren.

Til tross for at dommen oppstiller en regel bestående av to deler, utgjør de til sammen ett prinsipp. Dette prinsippet har senere vært gjenstand for betydelig presisering og videreutvikling i rettspraksis. I *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd*.⁵¹ ble det fastslått at den todelte regelen i realiteten er én generell regel, og at det overordnede prinsipp er at tapet i begge tilfeller bare kan erstattes dersom det er “reasonably foreseeable as liable to result” som en følge av misligholdet.⁵² Hva som med rimelighet måtte kunne forutses var avhengig av kunnskapen partene satt inne med ved avtaleinngåelse, eller i alle tilfeller av den som senere misligholdt. Det er altså tilstrekkelig at en fornuftig person ville ha ansett tapet påregnelig dersom omstendigheten hadde vært vurdert.⁵³ Dette ble igjen tolket og presisert i *Koufos v C. Czarnikow Ltd (The Herron II)*⁵⁴, hvor det kom prinsipielle uttalelser om hvilken grad av påregnelighet som kreves, og hvor det ble slått fast at det må være en nevneverdig mulighet, eller en reell fare, for at omstendigheten vil inntreffe.⁵⁵

2.2.3.3 "Mitigation"

Hvis et kontraktsbrudd skulle forekomme vil det oppstå en plikt for den uskyldige part til å begrense sitt eget tap. Overholdes ikke denne plikten vil dette kunne moderere den endelige erstatningen for skadelidte. Parten som har lidd et tap må foreta ethvert rimelig tiltak som kan bidra til å begrense tapet som oppstår grunnet misligholdet.⁵⁶ Formålet med denne regelen er å forhindre at skadelidte mottar erstatning for tap som strengt talt ikke er

⁵⁰ Ibid s. 357.

⁵¹ [1949] 2 K.B 528

⁵² Se Anson s. 602, med videre henvisning til Asquith L.J. sitt votum i Court of Appeal, [1949] 2 K.B 528 på side 539.

⁵³ Anson s. 603.

⁵⁴ [1969] 1 A.C. 350.

⁵⁵ Uttalt av Lord Reid som "a serious possibility, a real danger", ibid s. 390.

⁵⁶ Anson s. 614.

forårsaket av kontraktsbruddet selv, men av skadelidtes egne urimelige handlinger.⁵⁷ Tanken er at dette kan bidra til å forhindre unødig sløsing av samfunnsressurser, ved at den skadelidte får et incentiv til å begrense tapet som oppstår.

Begrepet "mitigation of damage" er i realiteten en samlebetegnelse på tre ulike, men samtidig nært tilknyttede, regler om tapsbegrensningsplikt.⁵⁸ Den første regelen bestemmer at skadelidte ikke kan kreve erstatning for tap som stammer fra bruddet dersom han burde ha avverget tapet med rimelige tiltak.⁵⁹ Dette innebærer at den uskyldige part ikke får erstatning for unngåelige tap. Slik sett er det strengt talt ingen "plikt" til å begrense tapet, men en begrensning på erstatningsbeløpet skadelidte kan motta. Bevisbyrden ligger på misligholderen, som må kunne bevise at skadelidte burde ha foretatt rimelige tiltak for å begrense tapet, og at dette ville avverget hele eller deler av tapet.⁶⁰ Likevel krever man ikke særlig meget med tanke på hvilke handlinger parten må foreta seg. Det forventes ikke at skadelidte skal gjøre noe utover hva som anses for vanlig i forretningslivet.⁶¹

Den andre regelen følger logisk av den første, og gjelder situasjonene hvor den uskyldige part har gjennomført de rimelige tiltak som måtte forventes relatert til å begrense sitt tap. Dersom han i denne prosessen pådrar seg andre tap eller utgifter, vil han ha krav på å få disse dekket av misligholderen. Dette gjelder selv hvor forsøket på tapsbegrensning var mislykket, eller til og med medførte et større tap, så lenge tiltakene etter omstendighetene måtte regnes som rimelige.⁶² Begrunnelsen for dette er at de aller fleste tapsbegrensningsforsøk vil være vellykkede, og at man derfor ønsker å oppmuntre til forsøk på tapsbegrensning.⁶³

⁵⁷ Ibid s. 615.

⁵⁸ McGregor 7-003.

⁵⁹ Ibid 7-004.

⁶⁰ Chitty 26-094.

⁶¹ Ibid 26-095, med videre henvisning til *Dunkirk Colliery v Lever* (1878) 9 Ch.D. 20.

⁶² McGregor 7-005.

⁶³ Chitty 26-105.

Til sist bestemmer den tredje regelen at hvor skadelidte foretar rimelige handlinger for å begrense tapet, og lykkes i sitt forsøk, vil han ikke få erstattet tapet han har forhindret. I slike tilfeller skal gevinsten av skadelidtes handlinger tilfalle misligholderen. Begrunnelsen for dette henger sammen med erstatningens grunnleggende funksjon, som er at skadelidte kun skal ha erstattet sitt faktiske tap.⁶⁴ Erstatningen vil likevel ikke bli redusert der gevinsten som tilfaller skadelidte skjer uavhengig av tapsbegrensningsplikten som sådan.

2.3 Tolkning og rettsgyldighet

2.3.1 Innledning

En klausuls rettsvirkninger avgjøres på grunnlag av en konkret tolkning av ordlyden i hvert enkelt tilfelle. For at kontrakten skal kunne oppnå sin tilsiktede effekt er det derfor viktig at forfatteren av en indemnity-klausul har god kunnskap om tolkningsreglene som gjør seg gjeldende. Indemnity-klausuler er i engelsk rett underkastet de samme tolkningsregler som gjelder for kontraktstolkning generelt. Av hensyn til oppgavens rammer vil ikke de generelle reglene for tolkning bli gjenstand for nærmere behandling.⁶⁵ Indemnity-klausuler vil imidlertid ofte ha tilsvarende virkninger som ansvarsfraskrivelser. Dette medfører at slike indemnity-klausuler i engelsk rett underlegges de samme tolkningsregler som gjelder for slike.⁶⁶ Noen tolkningsprinsipper fremstår som mer fremtredende og viktige ved tolkningen av ansvarsfraskrivelser enn av andre kontraktsbestemmelser, og er dermed særlig interessante i forhold til indemnity-klausuler. I det følgende vil derfor fokuset være rettet mot disse.

⁶⁴ McGregor 7-006.

⁶⁵ For mer om dette emnet, se for eksempel Peel, Interpretation.

⁶⁶ Anderson, Drafting and Negotiating s. 114.

2.3.2 Noen utgangspunkter for tolkningen

Engelske domstoler har tradisjonelt hatt en fiendtlig innstilling mot ansvarsfraskrivelser og indemnity-klausuler, særlig der disse ikke bare begrenser en parts ansvar, men eliminerer det fullstendig. Dette har medført at de har hatt en tendens til å behandle slike klausuler mer kritisk enn andre typer kontraktsklausuler.⁶⁷ På grunn av kontraktsfrihetens sterke stilling i engelsk rett kunne ikke kontraktsparter nektes å inngå slike klausuler av domstolene, til tross for at de ofte ble vurdert å være urimelige. Historisk har dette gitt seg utslag i at de i stedet har tolket disse på en anstrengt og unaturlig måte, slik at klausulen ikke skulle få virkning etter sin ordlyd.⁶⁸ I den senere tid har imidlertid dette utgangspunktet blitt forsøkt forlatt.⁶⁹ Dette antas å være nært tilknyttet utviklingen av lovgivningen i England, blant annet ved at loven Unfair Contract Terms 1977 nå ivaretar mange av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende når slike klausuler benyttes.⁷⁰ Særlig viktig er for eksempel at loven begrenser bruken av indemnity-klausuler i forholdet mellom forbrukere og profesjonelle parter. Dette skjer ved at lovens artikkel 4 bestemmer at hvor en forbruker undertegner en indemnity-klausul til fordel for en profesjonell part, er denne bare gyldig dersom den tilfredsstillende kravet til "reasonableness". Dermed er det tidligere behovet for kunstige tolkninger av ordlyden i kontrakter ikke lenger det samme.⁷¹ I stedet skal kontraktsklausulene tolkes med samme utgangspunkt som andre kontraktsbestemmelser, slik at tolkningen skal være i henhold til ordlydens naturlige og vanlige forståelse når man ser på kontrakten som helhet.⁷²

⁶⁷ Ibid s. 112.

⁶⁸ Se Lord Denning M.R sitt votum i *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd* [1983] Q.B 284 på side 297.

⁶⁹ Lewison 12.03.

⁷⁰ For mer om dette, se avsnitt 2.3.7.

⁷¹ Se om dette Lord Diplocks votum i dommen *Photo Production Ltd v Securicor Ltd* [1980] A.C 827 på side 851, hvor han uttaler at "... any need for this kind of juridical distortion of the English language has been banished by Parliament's having made these kind of contracts subject to the Unfair Contract Terms Act 1977."

⁷² Se Lewison 12.03 med henvisning til *Darlington Futures Ltd. v Delco Australia Pty Ltd* (1986) 61 A.L.J.R 76, hvor High Court of Australia uttalte at "... the interpretation of an exclusion clause is to be determined by

I USA har den tradisjonelle fremgangsmåten for tolkning av indemnity-klausuler vært den samme som i England, med gamle dommer som antyder at de skal tolkes mot den som har fordel av klausulen. Utviklingen har imidlertid gått i samme retning som i England, og dette har gitt seg utslag i at klausulene ikke lenger skal tolkes med en slik forutinntatt mening. Dette kommer tydelig frem i dommen *Speers v. H.P Hood Inc*⁷³, hvor det uttales at "[a]n indemnity provision is no longer to be read with any bias in favour of the indemnitor and against the indemnitee; it is to be interpreted like any ordinary contract with attention to language, background and purpose."(side 600).

2.3.3 Særlig fremtredende tolkningsprinsipper

Til tross for at man nå ikke finner den samme fiendtlige innstillingen mot indemnity-klausuler som tidligere, er det fortsatt et prinsipp at klausulene skal tolkes strengt. Årsaken til dette er først og fremst kommersielle hensyn, som tilsier at en parts nektelse av ansvar for uriktig eller manglende oppfyllelse må gjøres tydelig i kontrakten. Hvor streng tolkningen vil være avgjøres av selve omfanget av ansvarsfraskrivelsen, og klausuler som helt eliminerer en parts ansvar vil bli tolket strengere enn de som kun begrenser ansvaret. I praksis innebærer dette at klausulen etter sin faktiske ordlyd nøyaktig må dekke det aktuelle ansvar for å komme til anvendelse.⁷⁴ Dette er for eksempel aktuelt i tilfellene hvor spørsmålet er hvorvidt en indemnity-klausul dekker en parts grove uaktsomhet eller ikke: Det er i engelsk rett fullt mulig å fraskrive seg ansvar for grov uaktsomhet,⁷⁵ men dette krever i så fall at kontrakten klart gir anvisning på at det er en slik løsning partene har avtalt.

Et grunnleggende krav til indemnity-klausuler er derfor at de, i likhet med ansvarsfraskrivelser generelt, må være klare og utvetydige for å være virkningsfulle. Med

construing the clause according to its natural and ordinary meaning, read in the light of the contract as a whole, thereby giving due weight the context in which the clause appears..."

⁷³ 22 Mass. App 598 (1986)

⁷⁴ Chitty 14-006.

⁷⁵ Som det følgende vil vise skiller det imidlertid ikke mellom simpel og grov uaktsomhet i engelsk rett. Se nærmere om dette i avsnitt 2.3.4.

dette menes at klausulen klart og utvetydig må uttrykke sin intensjon, og det må ikke være noen tvil om at partenes mening har vært å begrense eller frita den ene part for et bestemt ansvar etter kontrakten.⁷⁶ Det er i utgangspunktet ingen presumpsjoner for hva som menes med en indemnity-klausul, noe som innebærer at rettens tolkning av kontrakten således vil være avgjørende.⁷⁷ Selve virkningen av en indemnity-klausul vil derfor i stor grad avgjøres av hvordan partene har uttrykt seg gjennom ordlyden i kontrakten, noe som naturlig nok stiller krav til partenes formuleringsevne.

Dersom det skulle være uklarheter i kontrakten, vil disse bli løst etter de retningslinjer prinsippet *contra proferentem* gir anvisning på. *Contra proferentem* er i utgangspunktet et generelt tolkningsprinsipp, men finner ett av sine vanligste anvendelsesområder på ansvarsfraskrivelser og indemnity-klausuler.⁷⁸ Prinsippet omfatter to forskjellige, men nært tilknyttede, regler for tolkningen. Den første regelen er at enhver tvil eller tvetydighet vil bli tolket i disfavør av parten som påberoper seg en ansvarsfraskrivelsesklausul, ettersom han selv bærer bevisbyrden for at det aktuelle tilfellet er omfattet av den.⁷⁹ Denne delen av prinsippet har blitt kalt "the exemption rule", da den først oppstod når en utbredt bruk av ansvarsfraskrivelser ble vanlig.⁸⁰ Den andre regelen er at ved tvetydighet i andre skriftlige dokumenter skal disse tolkes mot parten som har forfattet dokumentet, og som nå påberoper seg det.⁸¹ Denne delen av prinsippet har lang tradisjon i engelsk rett, og kalles derfor under tiden "the original rule". Regelen kan imidlertid ikke forstås så strengt at den kun henviser til parten som har skrevet dokumentet, selv om dette sannsynligvis var den opprinnelige meningen. Det avgjørende er at man kan påvise at klausulen ble inntatt til fordel for den parten som nå påberoper seg den.⁸²

⁷⁶ Chitty 14-005.

⁷⁷ Peel, *Recent Developments & Current Issues in Contract & Tort* s. 22.

⁷⁸ Lewison 12.05.

⁷⁹ Chitty 14-009.

⁸⁰ Peel, *Whither Contra Proferentem?* s. 2.

⁸¹ Chitty 14-009.

⁸² Peel, *Whither Contra Proferentem?* s. 2-3.

Indemnity-klausuler er, som påpekt, underlagt de vanlige regler for tolkning i engelsk rett, og kontraktens ordlyd skal således tolkes med utgangspunkt i naturlig språklig forståelse. Hvis ordlyden er klar og ikke åpner for misforståelser, skal denne legges til grunn. Enkelte ganger vil imidlertid heller ikke en klar ordlyd være tilstrekkelig, da klausulen kan være i strid med kontraktens øvrige bestemmelser.⁸³ Det alminnelige prinsippet i engelsk rett om at en kontraktsbestemmelse skal leses i lys av kontrakten for øvrig, kan da lede til motstrid eller uklarhet. Også i slike tilfeller vil prinsippet om contra proferentem kunne komme til anvendelse. Alt i alt innebærer dette at det bare er rom for prinsippet om contra proferentem hvor uklarheten ikke finner sin løsning etter de vanlige tolkningsregler.

Peel stiller spørsmål ved om uklarhet nødvendigvis er et vilkår for "the exemption rule". Det har vært hevdet at den utløsende faktor for regelen er at en part påberoper seg en ansvarsfraskrivelse for å fraskrive seg rettigheter eller plikter han ellers ville hatt. Det kan dermed spørres hvorvidt det er også kreves uklarhet for at regelen skal komme til anvendelse, eller om slik påberopelse i seg selv er tilstrekkelig for at man må anvende prinsippet om contra proferentem. Som eksempel trekker han frem en ansvarsfraskrivelsesklausul som er helt klar og tydelig. I et slikt tilfelle kan det hevdes at prinsippet overhodet ikke kommer til anvendelse, siden det ikke er noen tvil om hvordan klausulen skal tolkes. Etter Peels oppfatning er det kanskje mer korrekt å hevde at klausulen har blitt tolket contra proferentem, men at den til tross for dette ble funnet å tilstrekkelig klart fastslå partenes intensjoner. Konklusjonen på spørsmålet fremstår allikevel som usikker.⁸⁴

Av de to reglene som til sammen utgjør prinsippet contra proferentem, er det naturlig nok "the exemption rule" som er særlig aktuell for tolkningen av indemnity-klausuler. Til tross for dette vil de fleste indemnity-klausuler også bli underlagt "the original rule", enten de opptrer som ansvarsfraskrivelser eller ikke. Dette skyldes at regelen er aktuell for skriftlige dokumenter generelt, og at indemnity-klausuler nærmest per definisjon vil være inntatt til fordel for den som senere har interesse av å påberope seg den.⁸⁵

⁸³ Lewison 12.05.

⁸⁴ Se Peel, *Whither Contra Proferentem?* s. 22

⁸⁵ L.c i fotnote 118.

2.3.4 Indemnity-klausuler og ansvar for uaktsom skadevoldelse

Engelske domstoler står ofte overfor kontraktsbestemmelser som søker å ekskludere en parts ansvar for hans egen uaktsomhet. Når slike kontraktsklausuler skal tolkes, har utgangspunktet vært en presumpsjon mot at en kontraktspart har hatt til hensikt å fritta den andre kontraktsparten fra konsekvensene av den andre partens egen uaktsomhet.⁸⁶ I dommen *Smith v. South Wales Switchgear Ltd*⁸⁷ ble det uttalt at den nevnte presumpsjonen gjelder enda sterkere ved tolkningen av indemnity-klausuler.⁸⁸ For indemnity-klausulers vedkommende oppstår problemstillingen i form av et spørsmål om en kontraktspart etter kontrakten har krav på å bli holdt skadesløs for tap forårsaket av partens egne uaktsomme handlinger. Det kan både være tale om uaktsomme handlinger som går utover medkontrahenten, og uaktsomme handlinger som rammer tredjepersoner. Dette utgangspunktet har ledet til at rettspraksis har utviklet spesielle retningslinjer for tolkningen av kontrakter i uaktsomhetstilfellene.

I dommen *Canada Steamship Lines Ltd v. the King*⁸⁹ ble det formulert en prøve, bestående av tre trinn, for hvorvidt klausulen dekker uaktsomhet eller ikke. Retningslinjene som ble oppstilt i denne dommen ikke gir bindende regler for tolkningen, og er kun å betrakte som et hjelpemiddel til tolkningen.⁹⁰ Det første trinnet er at domstolen undersøker om bestemmelsen inneholder en uttrykkelig henvisning til uaktsomhet i form av bruk av ordet ”negligence”, eller et synonym for dette ordet. Dersom dette er gjort, vil klausulen dekke uaktsomme handlinger. Hvis klausulen ikke oppfyller kravet i det første trinnet drøfter

⁸⁶ Se om dette Buckley LJ's votum i *Gillespie Bros & Co Ltd. v. Roy Bowles Transport Ltd.* [1973] Q.B. 400 på side 419, hvor han omtaler denne presumpsjonen som ”a fundamental consideration in the construction of contracts of this kind”.

⁸⁷ [1978] 1. W.L.R 165.

⁸⁸ Se ibid s. 168, hvor Viscount Dilhorne uttalte at ”...when considering the meaning of [an indemnity clause] one must, I think, regard it as even more inherently improbable that one party should agree to discharge the liability of the other party for acts for which he is responsible”.

⁸⁹ [1952] A.C 192. Dommen var en kanadisk anke, men rettstilstanden er den samme i England (jfr. Lewison 12.06), og avgjørelsen er i ettertid hyppig referert til i engelske dommer.

⁹⁰ Lewison 12.06.

domstolene om ordlyden partene har benyttet etter en naturlig forståelse er vid nok til også å omfatte uaktsomme handlinger. Er ikke dette er tilfelle, omfatter klausulen ikke uaktsomme handlinger. Til sist, dersom ordlyden prinsipielt er vid nok til å omfatte uaktsomme handlinger, undersøker domstolene om tapet klausulen retter seg mot kan være forårsaket av et annet rettslig grunnlag enn uaktsomhet, for eksempel brudd på ”statutory duty”. Dersom dette er tilfellet vil heller ikke klausulen omfatte uaktsomme handlinger, selv om ordlyden i seg selv i utgangspunktet var vid nok.⁹¹ Dette siste trinnet i prøven har nær sammenheng med at slike klausuler skal tolkes stengt og contra proferentem: Kan det tenkes andre grunnlag for ansvaret, anses det for uklart hvorvidt det akkurat er uaktsomme handlinger klausulen tar sikte på å holde parten ansvarsfri for.

I dommen *E.E Caledonia Limited v. Orbit Valve Co*⁹² ble denne tretrinnsprøven anvendt på en indemnity-klausul. En katastrofal eksplosjon og påfølgende brann oppsto på en oljeplattform, og medførte at hele 165 mennesker mistet livet i ulykken. En av de omkomne var ansatt i et ingeniørfirma som skulle utføre vedlikeholdsarbeider på plattformen. Eksplosjonen viste seg å være forårsaket av en ansatt hos firmaet som var deleier og driftsansvarlig for plattformen. Årsaken var uaktsomhet, i tillegg til en rekke brudd ”statutory duties”. Ingeniørfirmaet hadde underskrevet en indemnity-klausul til fordel for det driftsansvarlige firmaet, og spørsmålet var hvorvidt indemnity-klausulen dekket deres egen ansattes uaktsomme handling. I så fall ville det driftsansvarlige firmaet kunne kreve regress av ingeniørfirmaet for tapet erstatningssaken i etterkant av dødsfallet hadde påført dem. Retten kom først til at det ikke var noen uttrykkelig henvisning til uaktsomhet i kontrakten og undersøkte derfor om ordlyden var vid nok til å potensielt kunne omfatte også uaktsomme handlinger. Etter rettens oppfatning var ordlyden ”any claim...or liability” i seg selv vid nok til å omfatte uaktsomme handlinger, men det ble videre påpekt at ordlyden ikke nødvendigvis måtte sikte til dette. Slikt ansvar kunne også oppstå som følge av brudd på ”statutory duty”, og uten at uaktsomhet måtte være involvert. Ettersom kontrakten kunne komme til anvendelse på situasjoner som ikke omfattet

⁹¹ En forutsetning er imidlertid at dette andre grunnlaget ikke er for fjernt eller usannsynlig, jfr s. 8 i dommen.

⁹² [1994] 2 Lloyd’s Rep. 239.

uaktsomhet overhodet, konkluderte retten med at kontrakten ikke dekket konsekvensen av skadevolders uaktsomme handlinger.

Et lignende eksempel finner man i dommen *Brown v Drake International Ltd. and Southampton Container Terminals*.⁹³ I etterkant av et arbeidsrelatert dødsulykke i en containerhavn ble det av de etterlatte rettet erstatningskrav mot både arbeidsgiveren Drake International, som utførte arbeider i havnen, og mot Southampton Container Terminals (SCT) som ansvarlig entreprenør i havnen. Begge firmaene ble holdt ansvarlige for ulykken på grunn av uaktsomhet og brudd på ”statutory duty”. Arbeidsgiveren hadde underskrevet en indemnity-klausul hvor den forpliktet seg til å holde SCT skadesløs for tap i forbindelse med personskader, og spørsmålet i saken var om klausulen omfattet tap forårsaket av SCTs egne uaktsomhet. Ved anvendelsen av tretrinnsprøven fant retten at ordlyden ”however caused or incurred” skilte saken fra den nevnte *Caledonia-saken*⁹⁴. Etter rettens vurdering ga ordlyden den klareste indikasjon på at både uaktsomhet og brudd på ”statutory duty” var omfattet, og det var derfor ikke behov for å gå lengre enn til prøvens første trinn. Konklusjonen ble etter dette at indemnity-klausulen dekket uaktsomme handlinger, og at arbeidsgiveren derfor var ansvarlig for å holde SCT skadesløs for tapet som hadde oppstått.

Avgjørelsen i *Brown v. Drake*⁹⁵ virker å være i strid med andre dommer på området, og da særlig *Smith v. South Wales Switchgear*.⁹⁶ I sistnevnte sak ble slått fast at det kreves en klar og utvetydig bruk av ordet ”negligence”, eller et synonym, for at en indemnity-klausul skal kunne oppfylle kravet etter tolkningsprøvens første trinn. Det benyttede ordet ”whatsoever” ble ikke funnet å utgjøre en eksplisitt henvisning til ordet ”negligence”, og basert på dette er det vanskelig å se hvordan formuleringen ”however caused or incurred” kan sies å utgjøre en slik henvisning.

⁹³ [2004] EWCA Civ 1629

⁹⁴ *E.E Caledonia Limited v. Orbit Valve Co* [1994] 2 Lloyd’s Rep. 239.

⁹⁵ [2004] EWCA Civ 1629

⁹⁶ [1978] 1. W.L.R 165.

På dette grunnlag fremstår det som uklart hvilken ordlyd som kan benyttes for at klausulen skal oppfylle vilkåret etter det første trinnet av tolkningsprøven, annet enn bruk av ordet ”negligence” eller et synonym for dette. Dersom man skal forfatte en kontrakt underlagt engelsk rett, og som skal inkludere skadesløsholdelse for uaktsomme handlinger, bør man således benytte selve ordet ”negligence” i kontrakten for å sikre at ens interesser blir ivaretatt av kontrakten. Bruken av andre formuleringer, uansett hvor vid den måtte være, vil altså bare tilføre avtaleforholdet en viss usikkerhet som lett kunne vært unngått allerede ved kontraktsinngåelsen. Samtidig er det helt klart at man i engelsk rett kan fraskrive seg ansvar for uaktsomme handlinger, og at dette er et spørsmål om tolkning av kontrakten mellom partene.⁹⁷ Klausulens ordlyd vil her være avgjørende.

Drøftelsen over knytter seg til hvorvidt uaktsomme handlinger omfattes av indemnity-klausulen. Likevel er det slett ikke uvanlig at indemnity-klausuler spesifikt skiller ut ”gross negligence” fra uaktsomhetsbegrepet, og bestemmer at slik uaktsomhet enten skal eller ikke skal omfattes av klausulen. I engelsk rett har man imidlertid prinsipielt ikke anerkjent at det går et skille mellom ”simple” og ”gross” uaktsomhet.⁹⁸ I dommen *Armitage v Nurse and Others*⁹⁹ vurderte Court of Appeal hvorvidt en ansvarsfraskrivelse som avskrev ansvar for ”gross negligence” var gyldig. Retten uttalte i denne forbindelse at ”[i]t would be very surprising if our law drew the line between liability for ordinary negligence and liability for gross negligence”, og fortsatte så med påpeke at “we regard the difference between negligence and gross negligence as merely of degree”.¹⁰⁰ Hovedinnvendingen mot et slikt skille er de iboende vanskeligheter som er knyttet til et slikt skille: Vurderingen av hvorvidt uaktsomheten er ”gross” eller ”simple” vil fort bli både konkret og tilfeldig, slik at det blir problematisk å oppstille en klar regel til etterfølgelse. Dette kan gå på bekostning av forutsigbarheten i kommersielle avtaleforhold. I engelsk rett vil således det klare

⁹⁷ Indemnity-klausulen kan imidlertid bli underkastet en rimelighetskontroll etter bestemmelser i Unfair Contract Terms Act, se avsnitt 2.3.7.

⁹⁸ Se for eksempel Curtis s. 10.

⁹⁹ [1998] Ch.241.

¹⁰⁰ Ibid s. 254.

hovedskillet gå mellom tilfeller av "negligence" på den ene side, uansett hvor grov denne måtte være, og tilfeller av "fraud" og "bad faith" på den annen. Dommen *Armitage v Nurse and Other* oppsummerer rettstilstanden ved å fastslå at graden av uaktsomhet kan være en klar indikasjon på en kontraktsparts "bad faith", men at dette også er grensen for betydningen av uaktsomhetsgraden.¹⁰¹

2.3.5 Indemnity-klausuler og kontraktsbrudd

2.3.5.1 Uaktsomme og forsettelige kontraktsbrudd

Forrige avsnitt omhandler situasjoner hvor den begunstigede gjennom indemnity-klausulen har blitt erstatningsansvarlig for uaktsom skadeforvoldelse. Uaktsomme handlinger kan imidlertid også være grunnlag for kontraktsbrudd. I disse tilfellene blir spørsmålet om indemnity-klausulen kan begrense eller avskjære den skadelidtes¹⁰² rett til erstatning for misligholdet, der misligholder har brutt kontrakten ved uaktsomhet. Også ved kontraktsbrudd har utgangspunktet vært at det har formodningen mot seg at en kontraktspart har inngått en avtale som fritar den andre kontraktsparten for ansvaret for kontraktsbruddet, særlig der dette kan tilskrives den andre kontraktspartens egen uaktsomhet.¹⁰³ Spørsmålet er om man likevel med en tilstrekkelig klar regulering kan oppnå fraskrivelse av slikt ansvar.

Problemstillingen om hvorvidt den begunstigede etter en indemnity-klausul har krav på å bli holdt skadesløs også ved kontraktsbrudd ble vurdert i saken *Deepak Fertilisers and Petrochemicals Corporation v. ICI and Others*¹⁰⁴. Saken dreide seg om en kontrakt tilknyttet levering av teknologi og knowhow i forbindelse med bygging og drifting av en metanolfabrikk i India. Grunnet en rekke omstendigheter, blant annet kontraktsbrudd av

¹⁰¹ Jfr. uttalelsen "Gross negligence may be evidence of mala fides, but is not the same thing" på s. 254.

¹⁰² Med skadelidt menes i denne sammenheng den parten som blir utsatt for misligholdet, og som uskyldig part har lidt et tap som følge av dette.

¹⁰³ Lewison 12.15.

¹⁰⁴ [1998] 2 Lloyd's Rep 139.

lisenshaveren til teknologien, oppstod det en eksplosjon på fabrikken som gjorde omfattende skader. Fabrikkeieren gikk til søksmål mot lisenshaveren, og spørsmålet i saken var om en indemnity-klausul i kontrakten de to imellom ville komme til anvendelse, slik at lisenshaveren hadde krav på å bli holdt skadesløs. Lisenshaveren hevdet at ordlyden ”*indemnify and hold [lisenshaveren og deres ansatte] harmless from and against any and all liabilities for... loss or damage*” var vid nok til å omfatte alle krav fabrikkeieren måtte ha mot dem. Om dette uttalte retten at det ville være underlig om partenes intensjon med indemnity-klausulen, så lenge ikke en helt klar ordlyd eller kontrakten som helhet tilser dette, skulle være å beskytte en part mot brudd på forpliktelser som fremgår av kontrakten for øvrig.

Etter å ha påpekt dette utgangspunktet for tolkningen, viste man til tretrinnsprøven fra *Canada Steamship*. Det ble fastslått at selv om ordlyden i dette tilfellet var vid nok til å kunne omfatte også uaktsomhet og kontraktsbrudd, gjenstod fortsatt det tredje trinnet av prøven. Retten foretok en omfattende og konkret vurdering av hvilke grunnlag lisenshaveren kunne være ansvarlig på og hvorvidt det kunne sies å ha vært partenes intensjon at indemnity-klausulen skulle dekke dem. Dette ble avvist fordi grunnlagene måtte anses for fjerntliggende til at partene kunne ha ment at indemnity-klausulen skulle dekke dem. Retten ville ikke utelukke at en part gjennom en indemnity-klausul kunne oppnå beskyttelse også mot egne kontraktsbrudd, men påpekte den aktuelle kontrakten ”*contains only general wording, and is seriously lacking in clarity*”.¹⁰⁵ Etter å ha lest den detaljerte kontrakten som en helhet, konkluderte retten med at indemnity-klausulen derfor ikke ga lisenshaveren beskyttelse mot sine egne kontraktsbrudd i form av skadesløsholdelse.¹⁰⁶

Dommen viser altså at fremgangsmåten for å tolke indemnity-klausuler er den samme uavhengig av om spørsmålet gjelder erstatning for uaktsomhet i eller utenfor kontrakt. Det

¹⁰⁵ [1998] 2 Lloyd’s Rep. 139 på s. 160.

¹⁰⁶ Saken ble anket til Court of Appeal, men Rix J’s avgjørelse ble opprettholdt på dette punkt, se [1999] 1 Lloyd’s Rep. 387 på side 397.

kreves en tilstrekkelig klar og utvetydig ordlyd for å bli holdt skadesløs for egne uaktsomme handlinger, enten disse innebærer kontraktsbrudd eller deliktsansvar. Som hjelpemiddel for tolkningen av indemnity-klausulene benytter domstolene seg av tretrinnsprøven som ble lagt til grunn i *Canada Steamship*.

Et særlig spørsmål er hvorvidt en indemnity-klausul kan beskytte en part i tilfeller av forsettlig kontraktsbrudd. For ansvarsfraskrivelsers vedkommende har det i engelsk rett vært hevdet at et slikt brudd ikke vil være dekket dersom en part forsettlig bryter sine forpliktelser etter en kontrakt. Det er likevel ingen lov som forbyr begrensning eller utelukkelse av en parts ansvar selv i disse tilfellene.¹⁰⁷ I saken *Suisse Atlantique*¹⁰⁸ uttalte Lord Wilberforce at enkelte forsettlige kontraktsbrudd, etter en tolkning, kan omfattes av en ansvarsfraskrivelse. Som eksempel trekker han frem en forsettlig forsinkelse av lasting på én dag. Imidlertid påpeker han at forsett kan være en relevant faktor i tolkningen av hva som dekkes av ansvarsfraskrivelsen, da det er meget mulig at partene aldri har vurdert at et slikt kontraktsbrudd skulle være ansvarsfritt. House of Lords mente videre at å oppstille en generell regel for forsettlige handlinger er unødvendig, og at dette kan føre på avveier.¹⁰⁹

Etter dette blir det altså et rent tolkningsanliggende hvorvidt en ansvarsfraskrivelse også omfatter forsettlige kontraktsbrudd. Hvis partene uttrykker sine intensjoner tilstrekkelig klart, vil man også kunne avskrive seg ansvar for forsettlige handlinger. Problemstillingen ser imidlertid ikke ut til å ha blitt reist for engelske domstoler i forbindelse med indemnity-klausuler, og spørsmålet blir da hva som er gjeldende engelsk rett i forhold til disse klausulene. Indemnity-klausuler blir i rettspraksis og teori gjennomgående behandlet på lik måte som ansvarsfraskrivelser hvor virkningene blir de samme, særlig når det gjelder tolkning. Ettersom de samme hensyn gjør seg gjeldende også her, vil dette måtte tale for at indemnity-klausuler skal tolkes på samme måte som ansvarsfraskrivelser. Dette vil i så fall

¹⁰⁷ Chitty 14-016.

¹⁰⁸ *Suisse Atlantique Societe d'Armement Maritime SA v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A.C. 361.

¹⁰⁹ *Ibid* s. 435.

innebære at en indemnity-klausul kan omfatte også tap som er forårsaket av en parts forsettlig handling, dersom kontrakten er tilstrekkelig klar og utvetydig. Da det ikke finnes noen dommer som avgjør spørsmålet, fremstår imidlertid konklusjonen som usikker. Den manglende rettspraksis kan uansett tyde på at problemstillingen neppe er særlig praktisk.

2.3.5.2 Doktrinen om "Fundamental breach"

Et særlig spørsmål som ofte drøftes i tilknytning til ansvarsfraskrivelser i engelsk rett, er om man etter engelsk rett kan fraskrive seg ansvaret også for såkalt "fundamental breach". Denne læren har visse likhetspunkter med hva man i norsk rett kaller betydningsfulle kontraktsbrudd.¹¹⁰ I korte trekk går læren ut på at en kontraktspart ikke kan feste sin lit til en ansvarsfraskrivelse i en kontrakt dersom parten har gjort seg skyldig i en "fundamental breach of contract" eller "breach of a fundamental term". Disse kontraktsbruddene ble ansett for å være av så grunnleggende karakter at den misligholdende ikke kunne fraskrive seg ansvaret for dem gjennom avtale.¹¹¹ Doktrinen er opprinnelig skapt av domstolene, men synes å ha blitt forlatt i rettspraksis ved at House of Lords flere ganger har avvist prinsippet som en bindende regel. I *Suisse Atlantique*¹¹² saken understreket retten at selv ansvar for "fundamental breach" kan avskrives så lenge kontraktens ordlyd er tilstrekkelig klar. Dette ble fulgt opp av House of Lords i saken *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*¹¹³, hvor de igjen avviste at et "fundamental breach" i seg selv kan bringe kontrakten, og dermed også ansvarsfraskrivelsen, til opphør. I stedet understreket de at spørsmålet om hvorvidt en ansvarsfraskrivelse beskytter en part som begår et kontraktsbrudd, avhenger av en konkret tolkning av hver enkelt kontrakt.

Konklusjonen i teorien er derfor at det ikke kan oppstilles en regel om at ansvarsfraskrivelser ikke kan opprettholdes når det har skjedd et "fundamental breach" i kontraktsforholdet.¹¹⁴ Læren har imidlertid tilsynelatende ikke vært anvendt eller diskutert i rettspraksis eller teori i forhold til indemnity-klausuler i engelsk rett. Av denne grunn vil læren av hensyn til tid og plass ikke bli gjenstand for nærmere beskrivelse her.¹¹⁵

¹¹⁰ Denne parallellen trekkes i Hagstrøm, Obligasjonsrett på s. 634. For mer om dette, se avsnitt 4.4.

¹¹¹ Chitty 14-020.

¹¹² [1967] A.C. 361.

¹¹³ [1980] A.C. 827.

¹¹⁴ Chitty 14-024.

¹¹⁵ For mer om temaet, se for eksempel Thuesen i TfR 1982 s. 292.

2.3.6 Bruken av begrepet "indemnify and hold harmless" i indemnity-klausuler

Som nevnt i avsnitt 1.3 er det veldig vanlig å innta i uttrykket "indemnify and hold harmless" i indemnity-klausuler. En slik sammenkobling av disse to begrepene kunne tilsi at de begge hver for seg tilføyer kontrakten noe konkret. I engelsk rett er det i tillegg et generelt prinsipp at hvert enkelt ord i kontrakten anses for å være bevisst inntatt av partene, noe som resulterer i en presumpsjon mot overflødige ord.¹¹⁶

I både engelsk så vel som amerikansk rett har det av mange blitt hevdet at begrepet "hold harmless" kan benyttes i indemnity-klausuler, og at dette gir klausulen litt andre rettsvirkninger. Noen hevder at "hold harmless" og "exculpatory clauses"¹¹⁷ har den samme tekniske funksjonen i en kontrakt, og at denne ikke kan oppnås gjennom bruken av begrepet "indemnity". Når for eksempel firma A påtar seg å "hold harmless" firma B, innebærer dette at A ikke kan kreve erstatning fra B for tap B påfører ham.¹¹⁸ Andre formulerer forskjellen som at begrepet "indemnity" vil kunne dekke situasjonen dersom det er den begunstigede lider et tap, mens dersom den forpliktete lider et tap er det begrepet "hold harmless" eventuelt kommer til anvendelse.¹¹⁹

Det er imidlertid ingen rettspraksis som kan tas til inntekt for noen av disse forståelsene av begrepsbruken. Faktisk er det i den gamle amerikanske dommen *Brentnal v. Holmes*¹²⁰ eksplisitt sagt det motsatte, nemlig at "indemnity" og "save harmless"¹²¹ må forstås som synonymer. Om dette uttalte dommeren at "the terms are synonymous, and mean the same thing". Da dette er en amerikansk dom, er det naturligvis ikke et prejudikat i engelsk rett.

¹¹⁶ Dette prinsippet er kjent som "the principle of surplusage".

¹¹⁷ Klausuler som avskriver en parts ansvar for uaktsomme eller lovstridige handlinger.

¹¹⁸ Anderson, A-Z Guide to Boilerplate s. 108.

¹¹⁹ Macatram s. 5.

¹²⁰ 1 Root (Conn) 291, 1 Am. Dec. 44 (1791).

¹²¹ Og dermed også "hold harmless", som betyr det samme; jfr. Black's Law Dictionary.

Likevel virker den engelske dommen *Owners of the Carlton v. Port of London*¹²² å bygge på de samme synspunkter. Her hadde eierne av et skip påtatt seg å ”indemnify and hold harmless” havnemyndighetene. Spørsmålet i saken var hvorvidt indemnity-klausulen i saken kun var en ”indemnity” vedrørende krav fra tredjepersoner mot havnemyndighetene, eller om det var en klausul som også forhindret leieren i havnen fra å kunne kreve erstatning fra havnemyndighetene for skader på skipet hans. Retten fastslo først at klausulen kun omfattet krav fra tredjepersoner. Deretter ble det uttalt at ordene ”’indemnify and hold harmless’ are apt words for third party claims”.¹²³ Ingen av ordene ga altså klausulen den samme effekten som en ”exculpatory clause”, men begge ble funnet å være treffende for krav fra tredjeparter. I ordboken *Black’s Law Dictionary* behandles også ”indemnify” og ”hold harmless” som synonymer, noe som støtter opp denne forståelsen av begrepene.¹²⁴

I USA har flere stater konkludert med at ”indemnify” og ”hold harmless” er synonymer, uten å vise til uttalelsene i *Brentnal v. Holmes*. Et eksempel er California, som i den nylige saken *Queen Villas Homeowners Association v. TCB Property Management*¹²⁵ vurderte de to begrepene. I denne saken hadde et styremedlem i et huseierforbund underslått en større sum penger, og foreningen krevde senere erstatning fra eiendomsforvalteren for ikke å ha forhindret underslaget. Huseierforbundet hadde påtatt seg å ”indemnify and hold harmless” eiendomsforvalteren, men indemnity-klausulen ble fastslått å ikke omfatte tapet. Det ble uttalt at indemnity-klausuler normalt bare omfatter krav fra tredjepart, og at inkluderingen av begrepet ”hold harmless” ikke ga klausulen rettsvirkninger som en ”exculpatory clause”. Retten kom frem til at selve begrepene ”hold harmless” og ”indemnify” ikke var fullt ut synonyme, da ”hold harmless” er en ”defensiv rett”, mens ”indemnify” er en ”offensiv rett”. Med dette menes at retten til å bli ”held harmless” er defensiv i den forstand at det er en rett til å ikke bli ”plaget” av et krav; kravet vedkommer ganske enkelt ikke den begunstigede. Retten til ”indemnity” er derimot offensiv, ettersom det er en rett den begunstigede har til aktivt å søke å motta erstatning.¹²⁶ Forskjellen kan imidlertid hevdes å være ubetydelig,¹²⁷ men grunnet den unngikk retten problemer med presumpsjonen i amerikansk rett om at alle ord inntatt i en kontrakt har en

¹²² 1931 WL 26368.

¹²³ Ibid s. 195.

¹²⁴ Se ”hold harmless” i *Black’s Law Dictionary*.

¹²⁵ 2007 Cal. App. Lexis 470 (Cal. Ct. App. Feb. 28, 2007).

¹²⁶ Ibid avsnitt *15.

¹²⁷ For dette syn se Adams, *Yet More on ”Indemnity” and ”Hold Harmless”*.

selvstendig betydning.

Etter dette kan bruken av uttrykket ”indemnify and hold harmless” fremstå som unødvendig og innholdsmessig ikke til å forsvare. Dette til tross fortsetter en rekke praktiserende advokater med å bruke uttrykket i svært mange kontrakter. Den mest sannsynlige forklaringen er kanskje den praktiske bruken av indemnity-klausuler i næringslivet. Som nevnt kan ofte klausulen basere seg på mer eller mindre standardisert og ferdigskrevet språk,¹²⁸ og til tross for at selve omfanget av klausulen er gjenstand for forhandling, er kanskje ikke det samme tilfellet for en del grunnleggende deler av kontrakten. Dermed har ikke partene noe incentiv til å reflektere over hvorvidt det er forskjeller mellom de to begrepene eller ikke. En annen forklaring er at det er en helgardering fra advokatens side mot eventuelle unøyaktigheter tilknyttet bruken av et av begrepene.¹²⁹ For å skrive en kontrakt som vil ha den virkning tilsiktet av partene, er det viktig at tilstrekkelig klart og utvetydig språk benyttes. Denne bruken av ord som i realiteten er synonymer kan fort vise seg å kun tilføre kontrakten og partene usikkerhet, for eksempel ved at domstolene blir tvunget til å ta stilling til om det er noen forskjell mellom begrepene, spesielt ettersom andre kontrakter ofte kun bruker ett av begrepene. Dette må sies å være en uheldig løsning, og kan enkelt bøtes på ved å utelate begrepet ”hold harmless” fra kontrakten.¹³⁰

2.3.7 Unfair Contract Terms Act

Det engelske rettsystemet setter hensynet til partenes avtalefrihet svært høyt, noe som gir seg utslag i få lovbegrensninger på hva som kan avtales i kommersielle kontrakter. Dette medfører at spørsmålet om en kontrakt kan opprettholdes eller ikke, samt hvilke rettsvirkninger den vil få, hovedsaklig er et tolkningsanliggende. Rettspraksis viser imidlertid at ansvarsfraskrivelse tidvis har satt avtalefriheten på prøve, ettersom

¹²⁸ Såkalte ”boilerplates”, se avsnitt 1.2.1.

¹²⁹ Dette poenget påpekes i Adams, *Yet More on ”Indemnity” and ”Hold Harmless”*.

¹³⁰ *L.c.*

domstolene i enkelttilfeller har funnet disse å være svært urimelige. Ekstra sterk kan kontrasten mellom disse hensyn bli i forbrukerforhold, noe som historisk har ledet domstolene til å benytte tolkningen av disse kontraktene som et "våpen" mot særlig urimelige utslag i enkelttilfeller.¹³¹

Som nevnt i avsnitt 2.3.2 har domstolene nå tatt klart avstand fra denne fremgangsmåten gjennom en rekke dommer. Utviklingen må ses i nær sammenheng med innføringen av Unfair Contract Terms Act 1977 (heretter "UCTA"), som nå ivaretar mange av de hensyn som tidligere fremprovoserte den "kunstige" tolkningen av disse klausulene. UCTA regulerer i første rekke ansvarsfraskrivelser i kontrakter mellom næringsdrivende og forbrukere, og ikke kontrakter i rene næringslivsforhold. På denne måten søker loven å begrense og kontrollere bruken av ansvarsfraskrivelser i kontrakter hvor den ene part er forbruker, ettersom det særlig er i disse kontraktsforholdene at ansvarsfraskrivelser anses å være urimelige. Den eneste bestemmelse som direkte retter seg mot indemnity-klausuler er lovens section 4, og for at denne skal komme til anvendelse er det et vilkår at den ene parten i kontraktsforholdet opptrer som forbruker. Av denne grunn vil ikke bestemmelsen bli gjenstand for nærmere behandling her.

Effekten av en indemnity-klausul vil ofte bli den samme som en ansvarsfraskrivelse, for eksempel der parten A blir bedt om å holde parten B skadesløs for A sitt eget krav mot B. I disse tilfellene vil klausulen bli behandlet som en ansvarsfraskrivelse også i forhold til UCTA. Dermed er det ikke bare section 4 som kommer til anvendelse på indemnity-

¹³¹ I dommen *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd* [1983] Q.B 284 oppsummerer Lord Denning M.R. i sitt votum rettens historiske tilnærming til tolkningen av ansvarsfraskrivelser. Hans konklusjon er at retten kun har opprettholdt ansvarsfraskrivelser i den grad det har vært rimelig i enkelttilfellene, og at domstolene har inntatt en fiendtlig holdning mot ansvarsfraskrivelser. Dette har gitt seg utslag i at domstolene tidvis har tolket disse bestemmelsene på en kunstig og anstrengt måte, for slik å kunne forhindre urimelighet.

klausuler i disse tilfellene, men også flere av de øvrige bestemmelsene, som for eksempel section 2 om ”negligence” og section 3 om ”breach of contract”.¹³²

En nærmere fremstilling av disse reglene er ikke hensiktsmessig i forhold til oppgavens problemstilling. Likevel bør det nevnes at dette innebærer at UCTA vil kunne sette høyst reelle begrensninger på indemnity-klausuler også i rene næringsforhold. Et eksempel på dette er saken *Phillips Products Ltd v. Hyland and Another*¹³³, hvor skadelidte hadde leid inn en gravemaskin med fører. Føreren skadet bygningen til skadelidte, og spørsmålet var om føreren kunne holdes skadesløs etter en indemnity-klausul mellom partene, slik at skadelidte ikke kunne fremme kravet sitt mot gravemaskinføreren. Retten kom frem til at effekten av klausulen var akkurat den samme som effekten en ansvarsfraskrivelse og at section 2 i UCTA dermed kom til anvendelse. Section 2 underkaster klausuler som avskriver ansvar for uaktsom skadeforvoldelse av eiendom en rimelighetstest, og det er intet vilkår at den ene parten er forbruker. Klausulen ble funnet å være urimelig og var dermed ugyldig.

2.4 Særlige problemstillinger i engelsk rett

2.4.1 Vilkår for utløsning av indemnity-klausuler

Et sentralt spørsmål knyttet til indemnity-klausuler er hvilke vilkår som må oppfylles for at det skal utløses en plikt til å holde en part skadesløs etter avtalen, og for den begunstigede en rett til å bli holdt skadesløs.

Det viktigste og mest fremtredende vilkår for erstatning etter en indemnity-klausul er at den begunstigede etter klausulen må ha lidt et tap.¹³⁴ Dette vilkåret er på mange måter så

¹³² Peel, Standard Terms s. 27.

¹³³ [1987] 2 All ER 620.

¹³⁴ Se *Lumbermens Mutual Casualty Co v. Bovis Lend Lease Ltd.* [2005] 2. C.L.C 617 på s. 628. Dersom ordlyden i dommen skal tas helt på ordet, er det et vilkår at den skadelidte har blitt ”liable to a third party”.

grunnleggende for klausulen at det bidrar til å definere og skille indemnity-klausuler fra andre klausuler, som for eksempel ”guarantees”¹³⁵ og ”liquidated damages”.¹³⁶ I dommen *West Wake Price & Co v. Ching*¹³⁷ formuleres dette kravet slik: *”The essence of the main indemnity clause --as indeed of any indemnity clause-- is that the assured must prove a loss. The assured cannot recover anything under the main indemnity clause or make any claim against the underwriters until they have been found liable and so sustained a loss.”* (s. 624). Dette innebærer altså at retten til erstatning etter en indemnity-klausul ikke oppstår før den begunstigede kan påvise at han har lidt et tap. Bevisbyrden må også her påligge den begunstigede, ettersom det er denne parten som må påvise at den aktuelle situasjonen omfattes av klausulen.¹³⁸

Et særlig spørsmål blir etter dette hva som kan sies å utgjøre et tap for skadelidte i indemnity-klausulens forstand. I engelsk rett er ordet ”loss” begrenset til faktiske utlegg man har hatt. Dersom indemnity-klausulen kun omfatter ”loss”, innebærer dette at den begunstigede kun får dekket de beløp han faktisk har betalt. Dette er årsaken til at man svært ofte også inntar ”liability” i klausulens ordlyd. Med ”liability” forstås forpliktelser eller ansvar man har pådratt seg, for eksempel gjennom rettskraftig dom på å betale erstatning, men som ikke enda er betalt. Ved å innta dette i klausulen, blir det tilstrekkelig at man har pådratt seg et slikt ansvar for å motta erstatning etter klausulen. Dermed er det ikke nødvendig at den begunstigede først betaler ut det skyldige beløp, for deretter å måtte kreve erstatning eller regress fra den forpliktete etter indemnity-klausulen. Hvis det er tale om små summer kan dette virke uten nevneverdig betydning, men ved store beløp kan det

Dette kan man etter min mening neppe tolke bokstavelig, ettersom det er fullt mulig å forfatte indemnity-klausuler som kun gjelder tap mellom partene. Det sentrale må derfor være selve kravet til et faktisk tap.

¹³⁵ Se avsnitt 2.4.2.

¹³⁶ Se avsnitt 2.4.3.

¹³⁷ [1956] 2 Lloyd’s Rep. 618.

¹³⁸ Chitty 14-018.

være svært viktig for partens likviditet at man ikke behøver å betale ut beløpet i første hånd, for deretter potensielt å vente lenge på å motta erstatningen man har krav på.¹³⁹

Når det først er fastslått at den begunstigede har lidt et tap, er det et vilkår at tapet ligger innenfor indemnity-klausulens "scope".¹⁴⁰ Med "scope" forstås hva som ligger innenfor klausulens anvendelsesområde. Det er dermed klausulens "scope" som definerer hva den forpliktete faktisk skal betale for, og naturligvis er det slik at større omfang betyr større risiko for denne parten.¹⁴¹ Som nevnt eksisterer det ingen standarddefinisjon på hvilke rettsvirkninger en indemnity-klausul vil ha, da dette er helt avhengig av den konkrete ordlyden i den enkelte kontrakt. I utgangspunktet er det imidlertid i engelsk rett veldig vanlig å skrive kontrakter med svært vid ordlyd, slik at man ikke bare inkluderer "losses" og "damages", men også for eksempel "liability", "costs and expences", "claims" og "cause of action". I både engelsk og amerikansk rett har rettspraksis tilskrevet de enkelte uttrykk hver sine meninger. Et særlig poeng i engelsk rett er at man ved å inkludere alle uttrykkene ønsker å unngå at dommeren skal måtte skille mellom hva som for eksempel vil være "loss" eller "liability" i det enkelte tilfelle, noe som i sin tur kan medføre at et bestemt tap ikke anses omfattet av klausulen.

I tillegg er det også et vilkår at det konstaterte tapet beløpsmessig ligger innenfor hva som er avtalt i indemnity-klausulens "scope".¹⁴² I utgangspunktet kan beløpene som gis i erstatning, eksempelvis for kontraktsbrudd og uriktige opplysninger, i USA være ubegrensede.¹⁴³ Også i engelsk rett kan beløpene komme opp i svært høye summer, og i alle tilfeller kan det være svært usikkert for partene hvor stort deres potensielle ansvar vil

¹³⁹ Denne forståelsen av skillet mellom "loss" og "liability" er lagt til grunn etter en samtale med Ed Peel på prosjektets workshop i Åsgårdstrand den 15.juni 2007. Man finner igjen et tilsvarende skille i amerikansk rett, se Stark s. 266.

¹⁴⁰ *Lumbermens Mutual Casualty Co v. Bovis Lend Lease Ltd.* [2005] 2. C.L.C 617 på s. 628.

¹⁴¹ Stark s. 265.

¹⁴² *Lumbermens Mutual Casualty Co v. Bovis Lend Lease Ltd.* [2005] 2. C.L.C 617 på s. 628.

¹⁴³ Stark s. 278.

være. Det samme gjelder for ansvar etter indemnity-klausuler, og dermed vil det være naturlig for den forpliktete å forsøke å innføre mekanismer i klausulen som begrenser partens mulige ansvar etter kontrakten. Dette gjøres gjerne ved å innføre såkalte "caps" eller "ceilings" i klausulen, som kort kan forklares som øvre og nedre beløpsmessige grenser for når erstatningsplikten etter indemnity-klausulen skal inntre.¹⁴⁴

2.4.2 Skillet mellom garantier og indemnity-klausuler

Som påpekt over i avsnitt 1.2.3 kan enkelte indemnity-klausuler ha mange likhetstrekk med garantier i engelsk rett. Felles for begge kontraktsklausulene er at de utgjør hovedkategoriene av såkalte "contracts of suretyship".¹⁴⁵ Dette er et samlebegrep som benyttes på kontrakter hvor en part (sikkerhetsstilleren) avtaler å svare for en annen parts (debitors) eksisterende eller fremtidig forpliktelse overfor en tredjepart (kreditor). Sikkerhetsstillerens forpliktelse kommer da i tillegg til debitors opprinnelige forpliktelse overfor kreditor, og trer ikke inn som et substitutt for den.¹⁴⁶ En garanti kan defineres som "*an accessory contract by which the promisor undertakes to be answerable to the promisee for the debt default or miscarriage of another person, whose primary liability to the promisee must exist or be contemplated.*"¹⁴⁷ Med et slikt utgangspunkt kan man spørre hvilke forskjeller det er mellom en garanti og en indemnity-klausul. Umiddelbart kan det virke å være det samme om en part påtar seg å svare for debitors forpliktelse om han selv ikke oppfyller, eller om parten påtar seg å holde kreditor for det tap han lider ved at debitor ikke oppfyller. Det er imidlertid enkelte forskjeller mellom de to kontraktsklausulene i engelsk rett, slik at valget av klausul kan være av vesentlig betydning.

¹⁴⁴ Dette reiser imidlertid ingen spesielt interessante problemstillinger i norsk rett, og vil derfor ikke bli behandlet nærmere i det videre.

¹⁴⁵ Andrews, Law of Guarantees 1-003.

¹⁴⁶ Ibid 1-001.

¹⁴⁷ Ibid 1-004.

Et eksempel på en slik forskjell er saken *Yeoman Credit Ltd. v. Latter*¹⁴⁸. Her hadde et selskap solgt en bil på avbetaling til en person som senere viste seg å være mindreårig. En tredjeperson hadde underskrevet et skjema titulert "Hire-purchase indemnity and undertaking", og spørsmålet i saken var hvorvidt dette var en "indemnity" eller en "guarantee". Etter engelsk lov var avtalen om avbetalingskjøpet ugyldig, ettersom den var inngått med en mindreårig. Dersom avtalen tredjepersonen hadde underskrevet ble forstått å være en "guarantee" ville dette innebære at også garantien etter engelsk rett ville være ugyldig. Dette fordi den da garanterte for en ugyldig avtale som således ikke var forpliktende for den opprinnelige debitoren selv. Hvis det derimot var en "indemnity", ville avtalen være forpliktende for tredjepersonen, da det faktum at debitor var mindreårig ikke ville være en gyldig innsigelse mot den primære forpliktelse en "indemnity" innebærer.

Retten påpekte at en "contract of indemnity" i sin videste forståelse også inkluderer en garanti for kreditor, men uttalte at "*[a]n indemnity is a contract by one party to keep the other harmless against loss, but a contract of guarantee is a contract to answer for the debt, default or miscarriage of another who is to be primary liable to the promise*" (min understrekning).¹⁴⁹ Med andre ord kan det slås fast at mens en garantists forpliktelse i engelsk rett anses å være sekundær, vil en "indemnitors" forpliktelse være primær. En vanlig "guarantee" innebærer et løfte om å overta debtors ansvar kun hvis debitor selv misligholder sin forpliktelse.¹⁵⁰ En "indemnity" er derimot et løfte om å holde kreditor skadesløs i alle tilfelle, uavhengig av om dette skyldes mislighold fra debitor eller ikke. Dette medfører at "indemnitors" forpliktelse er av primær art. I saken ble det fastslått at tredjepersonen hadde underskrevet en "indemnity", og konsekvensen av dette var at selskapet kunne kreve tapet sitt erstattet av tredjepersonen, selv om altså den opprinnelige avtalen kravet hadde sitt utspring fra var ugyldig. Det samme vil gjelde hvor transaksjonen det garanteres for er ugyldig etter andre regler i engelsk rett, eksempelvis på grunn av svik

¹⁴⁸ [1961] 1 W.L.R 828.

¹⁴⁹ [1961] 1 W.L.R 828 på s. 831.

¹⁵⁰ Det bør her nevnes at det finnes enkelte garantier hvor det ikke er et vilkår at det har skjedd mislighold, for eksempel såkalte "on demand"-garantier hvor det er tilstrekkelig at kreditor krever oppfyllelse av garantisten.

eller uriktige opplysninger. Så lenge det er tale om en garanti vil garantisten ikke kunne være ansvarlig så lenge den primære debitor ikke er det.¹⁵¹ En "indemnity" kan derimot også omfatte tap kreditor har pådratt seg gjennom en avtale som i seg selv er ugyldig.

En annen konsekvens av skillet mellom de to klausulene ble påpekt i *Goulston Discount Co. Ltd v Clark*¹⁵². I denne saken hadde kjøperen i et avbetalingskjøp misligholdt etter kun å ha betalt de to-tre første avdragene. Avtalen ble derfor hevet, og bilen ble tatt tilbake og senere videresolgt. Selskapet som hadde solgt bilen anla deretter sak mot kjøperen og krevde de resterende avdragene. En tredjepart hadde underskrevet en "specific recourse agreement", og spørsmålet i saken var hvorvidt denne avtalen var en "guarantee" eller en "indemnity". Hvis avtalen ble funnet å være en "guarantee", ville dette innebære at tredjeparten ikke hadde noe ansvar utover det ansvaret kjøperen selv hadde, og tredjeparten ville da kun være ansvarlig for de ubetalte avdragene som gjenstod fra mislighold og frem til avtalen ble hevet. Etter en tolkning av avtalen ble den imidlertid utvilsomt funnet å være en "indemnity". Konsekvensen av dette var at tredjeparten ble ansvarlig for hele den gjenstående summen av avbetalingskjøpet etter at bilen var solgt videre, også de avdragene som gjenstod etter at avtalen ble hevet. Av dette kan det utledes at ansvaret etter en "indemnity" er strengere enn kjøperens eget ansvar, og dermed også strengere enn ansvaret en garantist ville hatt.

Som nevnt over er det et vilkår for aktivering av en indemnity-klausul at den begunstigede parten har lidd et tap. Dette kravet innebærer en tredje forskjell mellom garantier og indemnity-klausuler i engelsk rett. Definisjonen på en garanti i engelsk rett er, som påpekt, at man svarer for "*the debt default or miscarriage of another person*". Det er altså dette garantien knytter seg til, og det er således ikke nødvendigvis et vilkår at kreditor har lidt et faktisk tap for at garantien utløses. Et eksempel på dette er "on demand"-garantier. Her er det intet vilkår at kreditor har lidt et tap, det er tilstrekkelig at han krever garantien oppfylt. Det kan kanskje spørres om indemnity-klausuler også kan formuleres til å kunne utløses

¹⁵¹ Chitty 44-037.

¹⁵² [1967] 2 Q.B 493.

”on demand”, slik at det ikke er et vilkår for erstatning at man har lidt et tap. Imidlertid må det påpekes at spørsmålet om hvorvidt man står overfor en garanti eller en indemnity-klausul i engelsk rett må avgjøres på bakgrunn av en konkret tolkning. Det vil ikke i seg selv være avgjørende om partene har valgt å kalle klausulen for en garanti eller en indemnity-klausul. Dersom man fra indemnity-klausulen forsøker å fjerne vilkåret om at man må ha lidt et tap for å få erstatning etter klausulen, for eksempel ved at man skal kunne kreve erstatning ”on demand”, vil dette etter mitt skjønn måtte innebære et viktig argument for at klausulen i realiteten er en garanti, og ikke en indemnity-klausul.

For oversiktens skyld bør det også nevne at Statute of Frauds 1677 section 4 krever at garantier må være gitt skriftlig for å være gyldige. Ettersom kravet i loven kun retter seg mot garantier, og ikke indemnity-klausuler, innebærer det at dette vilkåret ikke oppstilles for indemnity-klausulers vedkommende.

2.4.3 Skillet mellom ”liquidated damages” og indemnity-klausuler¹⁵³

Når partene vurderer hvilke risikoer som er forbundet med kontraktsforholdet, vil de gjennomgående også overveie hvilke kontraktsordninger som best kan tjene deres interesser i denne sammenheng. Både indemnity-klausuler og klausuler om ”liquidated damages” relaterer seg til erstatning, og kan være aktuelle klausuler for regulering av erstatningsutmålingen. I engelsk rett er det imidlertid knyttet ulike rettsvirkninger til de to klausulene, og det er derfor viktig at partene er klar over disse når valget av klausul skal gjøres.

For det første må det påpekes at det grunnleggende utgangspunktet for de to klausulene er forskjellig. En klausul om ”liquidated damages” innebærer at partene fastsetter et bestemt beløp som en kontraktspart må betale dersom parten skulle misligholde kontrakten.¹⁵⁴ Vilkåret for erstatning etter klausulen er altså at det har skjedd et kontraktsbrudd.¹⁵⁵ Det

¹⁵³ For en grundig fremstilling av liquidated damages, se Kyrre Kiellands kommende studentavhandling tilknyttet prosjektet.

¹⁵⁴ Treitel, Remedies s. 208.

¹⁵⁵ Ibid s. 213.

sentrale trekk ved klausulen er således at den regulerer tapsutmålingen.¹⁵⁶ Indemnity-klausuler tilsikter derimot å fastslå hvilken kontraktspart som skal ha risikoen for visse forhold som kan oppstå. Slike forhold kan relatere seg til ansvaret for kontraktsbrudd, men det kan også dreie seg om for eksempel deliktsansvar. Dermed er det ikke et vilkår at det har skjedd et kontraktsbrudd for at indemnity-klausulen skal utløses, slik tilfellet er med ”liquidated damages”. Selve formålet med de to klausulene er altså ulikt: Med indemnity-klausuler søkes å regulere hvem som skal ha risikoen for et forhold, mens man gjennom ”liquidated damages” forsøker å forhåndsfastsette et beløp som må betales av den misligholdende part i kontraktsforholdet.¹⁵⁷

Som påpekt i avsnittet over er det et vilkår for utløsning av en indemnity-klausul at parten som krever å bli holdt skadesløs har lidt et økonomisk tap. Dette kravet til økonomisk tap skiller klausulen fra ”liquidated damages”. Disse klausulene krever ikke at det kan påvises at parten har lidt et tap, eller hvor stort dette er, så lenge vilkåret om kontraktsbrudd er oppfylt.¹⁵⁸ Forskjellen kan naturligvis være av stor praktisk betydning, og dermed være viktig for partene å ta stilling til i forbindelse med kontraktsinngåelsen. I mange tilfeller er det på det rene at den ene part vil lide et tap, men at det vil være vanskelig å påvise tapet eller dets størrelse. Ettersom vilkåret for å bli holdt skadesløs etter en indemnity-klausul er at man kan påvise hvilket tap man har lidt, vil klausulen i slike situasjoner ikke kunne gi kontraktsparten et tilfredsstillende erstatningsmessig vern. Det vil dermed kunne være aktuelt å innta en klausul om ”liquidated damages” i kontrakten.

Et særlig problem i engelsk rett knyttet til ”liquidated damages” er at pønaltipulasjoner, eller såkalte ”penalties”, ikke er tillatt. Dersom klausulen blir funnet å være en ”penalty” vil det medføre ugyldighet etter engelsk rett. I dommen *Dunlop Pneumatic Tyre Company*

¹⁵⁶ Jfr *Dunlop Pneumatic Tyre Company v. New Garage and Motor Company* [1915] A.C 79 s. 86, hvor retten uttaler at “the essence of liquidated damages is a genuine pre-estimate of damage”.

¹⁵⁷ Likheten blir dermed at også ”liquidated damages” kan innebære en forhåndsplassering av risiko.

¹⁵⁸ Jfr. *Clydebank Engineering v. Castenada* [1905] A.C.6. Se også Chitty 26-109.

v. *New Garage and Motor Company*¹⁵⁹ kom det prinsipielle uttalelser om forskjellen mellom “penalties” og “liquidated damages”. Retten uttalte om dette at “[t]he essence of a penalty is a payment of money stipulated as in terrorem of the offending party; the essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of damage.” (s. 86). Det sentrale i en klausul om “liquidated damages” er altså at man ved kontraktsinngåelsen har foretatt et realistisk overslag av hvilket tap som kan oppstå.¹⁶⁰ Dersom dette ikke er tilfellet, vil klausulen stå i fare for å bli vurdert som en ”penalty” og kjent ugyldig.¹⁶¹ Tradisjonelt har domstolene foretatt grundige vurderinger av kontrakter som inneholder ”liquidated damages”, ved at de nøye gransker om klausulen kan rammes av forbudet mot ”penalties”. Selv om også indeminity-klausuler har vært gjenstand for en streng vurdering av domstolene, risikerer man ikke at klausulen skal rammes av noen ugyldighetsgrunn tilsvarende den som gjelder for ”penalties”. Det kan derfor være en mer sikker og forutberegnelig løsning for partene å benytte seg av en indeminity-klausul fremfor en ”liquidated damages” klausul.¹⁶²

2.4.4 Adekvans og tapsbegrensningsplikt

Reglene om adekvans og tapsbegrensningsplikt er i engelsk rett konkrete regler tilknyttet erstatning som misligholdsbeføyelse. Når erstatningsoppjøret mellom partene reguleres av en indeminity-klausul kan det spørres hvorvidt disse reglene skal gjelde også i disse tilfellene. Spørsmålet er hvorvidt den begunstige etter en indeminity-klausul har rett til å motta erstatning for det hele og fulle tap parten har lidt, eller om erstatningen vil bli påvirket av reglene om adekvans og tapsbegrensning. Dersom partene har inntatt disse begrensningene i kontrakten, vil de komme til anvendelse i den grad en konkret tolkning

¹⁵⁹ [1915] A.C 79.

¹⁶⁰ Se Chitty 26-109.

¹⁶¹ Det er altså selve klausulen som står i fare for å bli kjent ugyldig og ikke avtalen i sin helhet, jfr. McGregor 13-019.

¹⁶² Dette poenget ble påpekt av Ed Peel på prosjektets workshop i Åsgårdstrand den 15.juni 2007.

tilsier det. Spørsmålet kommer således først og fremst på spissen der indemnity-klausulen er taus om dette, noe som nok er det mest vanlige.

Det er svært lite rettspraksis knyttet til dette spørsmålet i engelsk rett, men det foreligger to avgjørelser fra Court of Appeal som omhandler tilfellene hvor indemnity-klausulen utløses av et kontraktsbrudd. I dommen *Royscot Commercial Leasing Ltd v. Ismail*¹⁶³ hadde en direktør personlig underskrevet en indemnity-klausul med et finansieringsselskap, til støtte for en avtale om leie av utstyr til firmaet hans. Selskapet brøt sine forpliktelser etter kontrakten, og finansieringsselskapet krevde erstatning på grunnlag av indemnity-klausulen. Direktøren argumenterte med at utleieren etter reglene om tapsbegrensningsplikten skulle ha begrenset sitt tap i forbindelse med kontraktsbruddet, men fikk ikke medhold i dette. Retten uttalte at ”[i]n my judgement, mitigation as strictly defined does not come into the picture in a claim for debt such as the present...”.¹⁶⁴ Konklusjonen var altså at reglene om tapsbegrensning ikke kom til anvendelse, og direktøren ble derfor holdt erstatningsansvarlig for finansieringsselskapets fulle tap.

På bakgrunn av denne saken har det av mange blitt hevdet at reglene om tapsbegrensning og adekvans ikke kommer til anvendelse når erstatning kreves etter en indemnity-klausul. I dommen *Total Transport Corporation v Arcadia Petroleum Ltd (The Eurys)*¹⁶⁵ kom det imidlertid tilsynelatende motstridende uttalelser vedrørende spørsmålet. Her var det inngått avtale om et certeparti, og avtalen inneholdt en indemnity-klausul som regulerte erstatningsoppgjøret mellom partene. Etter ordlyden i indemnity-klausulen skulle rederen holde befrakter skadesløs for ”any time, costs, delays or loss suffered”. fulgte ikke rederiet nøyaktig de instruksjoner befrakteren hadde gitt vedrørende lasting av olje om bord i skipet, og skipet ble lastet tidligere enn befrakteren ønsket. Dette påførte befrakteren et større tap, som så ble krevd erstattet av rederne. Spørsmålet i saken var hvorvidt befrakteren kunne få dekket sitt fulle tap gjennom indemnity-klausulen, eller om det måtte innfortolkes et krav

¹⁶³ Dom av 29.april 1993, som ikke er tilgjengelig gjennom Westlaw. Kontakt prosjektet for mer informasjon.

¹⁶⁴ Ibid s. 10.

¹⁶⁵ [1998] 1 Lloyd’s Rep. 351.

til adekvans. Court of Appeal så hen til formålet med klausulen, og uttalte i denne forbindelse at ”[a]s to the purpose of the clause, I cannot see why the parties would have wished to provide that, for some breaches of contract by the owners, the charterers’ loss would be recoverable whether or not it was within the contemplation of the parties, whilst for all other breaches the ordinary rule as to damages in a contract case would apply”.¹⁶⁶

Tapet ble altså funnet å være inadekvat, noe som førte til at befrakteren ikke fikk tapet erstattet.

I første instans ble det prinsipielt krevd erstatning etter de vanlige erstatning i kontrakt, eller alternativt i form av å bli holdt skadesløs etter indemnity-klausulen. Retten hadde vanskelig for å se at enkelte tap uavkortet skulle kunne kreves erstattet gjennom indemnity-klausulen, men alle andre tap måtte kreves etter de vanlige erstatningsregler, og således bli gjenstand for begrensninger i form av reglene om adekvans. Det ble i første instans konkludert med at der indemnity-klausulen utløses av et kontraktsbrudd, skal klausulen tolkes til kun å omfatte ”*foreseeable consequences caused by that trigger*”, noe som ble opprettholdt av ankedomstolen. Dette innebærer altså at erstatning etter indemnity-klausuler i disse tilfellene vil bli underlagt en begrensning i form av et krav om at tapet må være adekvat. Imidlertid står selvsagt partene fritt til å inngå en avtale hvor det ikke er slike begrensninger, men dette vil i så fall kreve at partene har uttrykt dette skriftlig i avtalen, og at ordlyden ikke gir rom for tvil.

Til tross for at den ene dommen behandler adekvans, mens den andre tar for seg tapsbegrensningsplikt, diskuterer begge dommene om reglene tilknyttet erstatningsretten i ”common law” generelt kommer til anvendelse på indemnity-klausuler. De to avgjørelsene kan fremstå som ganske motsigende. Likevel har det vært hevdet at de to dommene kanskje ikke er uforenelige. I dommen *The Eurys* ble det poengtert at det ikke finnes noen standard for hva en indemnity-klausul er ment å omfatte, da dette vil bero på hva kontrakten faktisk sier. Slik faktum fremstod i *The Eurys* var det ingenting som tydet på at partens intensjoner

¹⁶⁶ Se Staughton LJ sitt votum, sidetall ikke tilgjengelig.

var at erstatning etter indemnity-klausulen skulle være mer omfattende enn erstatning etter de vanlige regler. I *Royscot* ble indemnity-klausulen derimot funnet å dreie seg om betaling av en spesifikk pengeforpliktelse etter en leieavtale, og ikke et erstatningsoppgjør. I engelsk rett er det ingen plikt til å begrense en medkontrahents gjeld, i motsetning til den plikt man har til å begrense eget tap, og dermed medkontrahentens erstatningsansvar, i et erstatningsoppgjør.¹⁶⁷ Denne forskjellen kan ha bidratt til at utfallet ble annerledes, og at uttalelsene i *Royscot* ikke nødvendigvis strider mot uttalelsene i *The Eurys* om at reglene om tapsbegrensning og adekvans kan komme til anvendelse på indemnity-klausuler.¹⁶⁸

Ettersom det foreligger såpass få dommer som behandler problemstillingen, må den endelige konklusjonen sies å være usikker. Den foreliggende rettspraksis kan imidlertid altså tas til inntekt for en påstand om at reglene om tapsbegrensningsplikt og adekvans i alle fall må komme til anvendelse på indemnity-klausuler som utløses av et kontraktsbrudd. Dermed er det opp til partene å eventuelt ekskludere disse begrensningene i kontrakten, noe som i så fall vil kreve en klar og utvetydig ordlyd.¹⁶⁹

Imidlertid kan indemnity-klausuler også utløses av tap som skyldes forhold som er spesifisert av partene i kontrakten. Et eksempel kan være at selgeren av en bensinstasjon gjennom en indemnity-klausul forplikter seg til å holde kjøper skadesløs for eventuell forurensning på tomten. Spørsmålet blir om reglene om tapsbegrensning og adekvans kommer til anvendelse også i disse tilfellene. Det foreligger ingen avgjørelse i engelsk rett som tar for seg denne problemstillingen, og det er ikke åpenbart hva som er den rette løsningen. Dette fordi man i disse tilfellene står overfor en konkret risikoplassering mellom partene i kontrakten, for et konkret og spesifisert forhold, og hvor partene har vurdert risikoen for et bestemt tap og plassert risikoen for dette i henhold til deres ønsker.

¹⁶⁷ Peel, *Recent Developments & Current Issues in Contract & Tort* s. 22.

¹⁶⁸ L.c.

¹⁶⁹ *Ibid* s. 23.

Det har av mange helt generelt vært hevdet at disse reglene ikke kommer til anvendelse på indemnity-klausuler, og dermed heller ikke på disse tilfellene. Hovedargumentet er at reglene om tapsbegrensning og adekvans er regler tilknyttet erstatningsutmåling ved kontraktsbrudd, og at de derfor ikke kan komme til anvendelse når indemnity-klausulen ikke utløses av et kontraktsbrudd.¹⁷⁰ Ettersom *The Eurys* gjaldt tilfellene hvor indemnity-klausuler utløses av kontraktsbrudd er dommen ikke et prejudikat i tilfellene hvor de utløses av en bestemt hendelse avtalt mellom partene. Da det ikke er andre avgjørelser berører problemstillingen, kan man kun forholde seg til utgangspunktet om at indemnity-klausulers faktiske omfang avgjøres av en konkret tolkning av kontrakten. Hvor partene har uttrykt sine intensjoner tilstrekkelig klart, vil disse bli lagt til grunn. Dersom kontrakten derimot er taus om denne problemstillingen, er det høyst usikkert hva domstolene vil komme frem til.

2.4.5 Klausulens rettslige betydning for tredjeparter

Svært mange indemnity-klausuler utformes slik at det ikke bare er kontraktspartene som omfattes av kontraktens ordlyd, men også tredjeparter som ikke er part i selve kontrakten. Dette skjer for eksempel ved at kretsen av parter som har rett til skadesløsholdelse, eller som forplikter seg til å holde andre parter skadesløs, utvides til å omfatte flere enn de som er part i selve avtalen. I slike tilfeller oppstår det to hovedspørsmål.¹⁷¹ For det første må man ta stilling til hvorvidt tredjeparter kan påberope seg indemnity-klausuler som er til gunst for dem. Det andre spørsmålet er hvorvidt tredjeparter kan være forpliktet etter slike indemnity-klausuler. Problemstillingene knyttet til tredjeparter i engelsk rett er omfattende og kompliserte, og det vil føre for langt å foreta en grundig vurdering av disse. Det følgende er derfor først og fremst ment å gi en oversikt over spørsmålene som i denne forbindelse kan reise seg i forhold til indemnity-klausuler i engelsk rett.

¹⁷⁰ Cooper s. 17.

¹⁷¹ Treitel s. 626.

I engelsk rett er utgangspunktet en generell regel om at ingen andre enn partene i kontrakten kan være forpliktet eller begunstiget av den. Dette prinsippet kalles ”privity of contract”.¹⁷² Begrunnelsen for prinsippet er blant annet at det ville være urimelig om en person skal kunne hevde rettigheter etter en kontrakt, men samtidig ikke er forpliktet etter den. Rettstilstanden har imidlertid blitt ganske vesentlig endret av The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999. Denne loven gir kontraktspartene muligheten til å la tredjeparter kunne hevde rettigheter etter avtalen, selv om de ikke er part i avtalen som stifter rettigheten. Det kan dreie seg om en rettighet i form av en bestemmelse i avtalen om for eksempel å betale penger til tredjeparten, eller det kan være en ansvarsfraskrivelse eller ansvarsbegrensning som er til tredjepartens gunst. Vilkåret for at lovens regel skal komme til anvendelse er at kontrakten mellom partene regulerer en slik adgang for tredjeparten til å hevde rettigheten, og at omfanget av rettigheten er bestemt.¹⁷³

Dette innebærer at en tredjepart kan kreve å bli holdt skadesløs for et tap basert på en avtale han ikke er part i, forutsatt at avtalen gir adgang til det.¹⁷⁴ Et praktisk eksempel er hvor en operatør i et større byggeprosjekt gjennom en indemnity-klausul påtar seg å holde en entreprenør og hans underentreprenører skadesløs for skader som rammer operatørens utstyr. Hvor vilkårene er oppfylt, vil underentreprenøren kunne rette sitt krav om skadesløsholdelse direkte til operatøren, uten at entreprenøren involveres i kravet. Adgangen vil være mulig til tross for at tredjeparten ved kontraktsinngåelsen ikke var identifiserbar. Dette kan for eksempel skje ved at avtalen mellom entreprenør og operatør utpeker en gruppe som rettighetshaver etter kontrakten, og at en underentreprenør på et senere tidspunkt faller inn under denne gruppen når et tap oppstår.¹⁷⁵

¹⁷² Anson s. 421.

¹⁷³ Ibid s. 429-430.

¹⁷⁴ Naturligvis må de øvrige vilkår også være oppfylt for at en tredjepart skal kunne kreve seg holdt skadesløs.

¹⁷⁵ Curtis s. 8.

Loven åpner således for at partene skal kunne regulere tredjeparters risiko gjennom slike avtalemekanismer, noe som naturligvis innebærer større avtalefrihet for partene. Det er imidlertid viktig at partene har et bevisst forhold til loven, ettersom den også vil kunne innebære restriksjoner for avtalefriheten. Dersom partene gjennom avtalen har innrømmet en tredjepart rettigheter, for eksempel til å bli holdt skadesløs, vil dette begrense deres muligheter til å endre eller heve avtalen med tilbakevirkende kraft til skade for tredjeparten. Når en tredjepart først har fått en slik rett, vil slike endringer kreve samtykke. Dersom avtalepartene ikke ønsker dette, må de ta aktivt stilling til dette i kontrakten. Én mulighet er å avtale at loven ikke skal gjelde overhodet, men dette vil også innebære at partene ikke kan tilskrive tredjeparter rettigheter i kontrakten. En annen mulighet er å innta en konkret bestemmelse i avtalen om at avtalen kan endres eller heves uten samtykke av tredjepart, selv om en slik endring skulle ramme en tredjeparts rettighet etter avtalen.¹⁷⁶

Det ovennevnte gjelder tilfellene hvor kontrakten er til gunst til tredjeparten, men det kan også tenkes situasjoner hvor avtalepartene ønsker å forplikte en tredjepart. Spørsmålet blir da om en avtale etter engelsk rett ikke bare kan innrømme tredjeparter rettigheter, men også forpliktelser. Et eksempel på dette kan være hvor to selskaper ønsker å inngå avtale om salg av den ene virksomheten og selger avtaler å holde kjøper skadesløs. I dette tilfellet kan kjøperen ønske at for eksempel morselskapet også skal være forpliktet etter indemnity-klausulen, slik at han får større sikkerhet for et eventuelt krav om skadesløsholdelse. Utgangspunktet er også her det nevnte prinsippet om "privity of contract", altså at ingen andre enn avtalens parter kan være forpliktet eller begunstiget etter avtalen. Loven Third Parties Act 1999 forandrer imidlertid ikke på prinsippet hva gjelder å forplikte tredjemenn etter en ansvarsfraskrivelse i engelsk rett.¹⁷⁷ Dermed kan det heller ikke være muligheter for å gjøre dette gjennom indemnity-klausuler. En tredjepart kan derfor ikke være forpliktet til å holde en annen part skadesløs, uten selv å være part i avtalen som pålegger en slik plikt. I så fall må en egen avtale med denne parten inngås. Likevel er det klart at en tredjepart som velger å påberope seg en avtalebestemmelse som er til gunst for parten, også

¹⁷⁶ L.c.

¹⁷⁷ Anson s. 463.

vil være bundet av avtalen for øvrig. Dette kan igjen innebære at avtalens andre bestemmelser pålegger tredjeparten forskjellige forpliktelser tilknyttet den rettigheten som påberopes. Grunnlaget for dette er åpenbart den valgfriheten tredjeparten her nyter; dersom han ikke ønsker å bli forpliktet etter avtalen, kan han velge å ikke påberope seg rettigheten.

3 En komparativ oversikt

3.1 Innledning

Norsk rett har på enkelte områder avvikende løsninger fra "common law" systemet, hvor indemnity-klausulen har sin opprinnelse. Før man kan vurdere hvilke rettsvirkninger en klausul vil ha i norsk rett, er det grunn til å se nærmere på eventuelle sider av vårt rettsystem som særlig er ulike fra de engelske og dermed er av betydning i relasjon til fremstillingen her. Det må påpekes at en grundig analyse av disse problemstillingene i denne sammenheng ville føre for langt. I det følgende tas det derfor kun sikte på å gi en oversikt over de mest aktuelle sider som er forskjellige ved de to rettsystemer.

Gjennom behandlingen vil det først bli sett på hvordan rettsystemene forholder seg til kontraktsfrihet og forutberegnelighet. Hensynet til frihet og forutberegnelighet står, som fremstillingen vil vise, i en viss motsetning til hensynet til å komme frem til rimelige løsninger i det enkelte tilfelle. Deretter vil jeg se nærmere på lojalitetsprinsippet som gjelder i norsk kontraktsrett og hvorvidt det i engelsk rett eksisterer et slikt prinsipp. Forskjellene knyttet til disse grunnleggende trekkene ved de to rettsystemene får betydning for hvilke rettsvirkninger en indemnity-klausul faktisk vil ha, blant annet i forhold til tolkning og sensur av klausulen. Et slikt komparativ blikk vil således bidra til å belyse hvorfor rettsvirkningene i visse tilfeller blir forskjellige.

3.2 Hensynet til frihet og forutberegnelighet i kontrakter

I engelsk kontraktsrett har hensynet til frihet og forutberegnelighet tradisjonelt blitt særlig vektlagt, noe fremstillingen i de foregående avsnitt også gir klart uttrykk for. Forutberegnelighet er en av de viktigste konsekvensene av indemnity-klausulers formål i engelsk rett, som er å forhåndsplassere risiko mellom avtalepartene. Dette er igjen mulig

nettopp i kraft av kontraktsfriheten. Riktignok har man sett en utvikling i retning av å begrense avtalefriheten i visse situasjoner, særlig i forbrukerforhold, men prinsippet står fortsatt sterkt i kommersielle sammenhenger.¹⁷⁸

En slik vektlegging av disse hensyn kan fort komme i konflikt med hva som blir oppfattet som en rimelig løsning i hvert enkelt tilfelle. Ofte kan avtalen partene imellom gi utslag som kan virke urettferdig eller urimelig for den ene part, og spørsmålet blir da hva som skal veie tyngst. Om dette kan det påstås at man i engelsk rett har inntatt standpunktet at juridisk forutsigbarhet er viktigere en fullstendig rimelige resultater i hvert enkelt tilfelle. Begrunnelsen er nødvendigheten av at man i kommersielle forhold vet hvor man står.¹⁷⁹ Dette er et syn som ofte har kommet til uttrykk i engelsk rettspraksis.

Et eksempel på dette finner man i dommen *Homburg Houtimport BV v Agrosin Private Ltd (The Starsin)*¹⁸⁰. I dommen ble det påpekt viktigheten av at kommersielle parter kan inngå avtaleordninger de selv mener er rimelige og fornuftige, og derfor ble det uttalt at "[c]ommercial men must be given the utmost liberty of contracting".¹⁸¹ I saken *Union Eagle Ltd. v. Golden Achievement Ltd*¹⁸² kom det prinsipielle uttalelser om viktigheten av forutberegnelighet i kontraktsforhold. Her hadde kjøperen av en eiendom betalt kjøpesummen kun ti minutter for sent i forhold til de avtalte vilkår, og spørsmålet var om kjøperen likevel kunne kreve naturaloppfyllelse. Flere grunnlag til støtte for kravet om naturaloppfyllelse ble vurdert, men retten kom til at kjøperen ikke hadde en slik rett. Når det gjaldt anførselen om urimelighet avviste retten at slike betraktninger kunne lede til at avtalens bestemmelse ble tilsidesatt. Det ble påpekt at dette ville stride ikke bare mot tidligere dommer, men også viktige kommersielle betraktninger slik som hensynet til forutberegnelighet. Ifølge domstolen ville "[t]he existence of an undefined discretion to

¹⁷⁸ Chitty 1-012.

¹⁷⁹ Goode, *The Concept of Good Faith* s. 6-7.

¹⁸⁰ [2003] 1 Lloyd's Rep. 571.

¹⁸¹ *Ibid* s. 585.

¹⁸² [1997] A.C. 514.

refuse to enforce the contract on the ground that this would be 'unconscionable' [be] sufficient to create uncertainty" (side 519). Retten slo med andre ord fast at avtalen, til tross for at den kunne oppfattes som urimelig, måtte opprettholdes etter sin ordlyd. Begrunnelsen for dette var behovet for forutsigbarhet i kommersielle avtaler.

Dette viser altså at hensynet til frihet og forutberegnelighet tillegges stor vekt i engelsk rett. I norsk rett må det hevdes at rimelighets- og rettferdshensyn i større grad har blitt vektlagt enn i engelsk rett. Naturligvis søker man også i norsk rett å oppnå forutberegnelighet i kommersielle kontraktsforhold.¹⁸³ Inntrykket er likevel at norske domstoler oftere søker et konkret rimelig resultat i det enkelte kontraktsforhold enn engelske domstoler.¹⁸⁴

Ønsket om å nå et rimelig resultat i det enkelte tilfelle gjør at hensynet er relevant i mange sammenhenger i norsk rett; for eksempel kan tolking av kontrakter trekkes frem som eksempel. Imidlertid innebærer ikke dette noe stort skille fra engelsk rett, da det også her er adgang til å ta hensyn til hva som gir det rimeligste resultat i tolkningsprosessen. Dette gjelder likevel bare der ordlyden åpner for minst to forståelser av den aktuelle kontraktsbestemmelsen.¹⁸⁵ På dette punkt kommer forskjellene mellom norsk og engelsk etter min mening særlig på spissen. Som det følgende vil vise kan nemlig norske domstoler foreta sensur eller revisjon av kontraktsvilkår på bakgrunn av rimelighetshensyn og/eller det generelle hensynet til lojalitet i kontraktsforhold. Dette kan skje direkte gjennom å sette vilkåret til side gjennom anvendelsen av avtl § 36, eller mer praktisk: Å indirekte tilsidesette vilkåret ved å tolke avtalen innskrenkende.

En slik adgang til å gripe inn i partenes avtale skiller seg klart fra den praksis som er lagt til grunn i engelsk rett. Fremgangsmåten er et direkte utslag man i norsk rett etterstreber å oppnå rimelige resultater i det enkelte tilfelle, og at dette til en viss grad prioriteres fremfor hensynet til frihet og forutberegnelighet i kontraktsforhold, også i kommersielle forhold.

¹⁸³ Dette er for eksempel et særlig viktig hensyn i kontraktsforhold basert på "knock for knocksystemet".

¹⁸⁴ Selvig, Tolking s. 2.

¹⁸⁵ Lewison 7.15.

Den følgende behandlingen vil vise at dette kan få vesentlige konsekvenser med henblikk på hvilke rettsvirkninger klausulen faktisk kan oppnå i norsk rett, sett i forhold til de rettsvirkninger klausulen har etter sin opprinnelse i engelsk rett.

3.3 Lojalitetsplikt i engelsk og norsk rett

3.3.1 Innledning

En av de kanskje mest iøynefallende forskjellene mellom ”common law” og ”civil law” er utviklingen og betydningen av prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold. Som det vil fremgå innehar dette en langt mer beskjeden rolle i det engelske rettssystemet enn i det norske. Ettersom lojalitetsprinsippet er mer fremtredende i norsk rett, kan det tenkes å ha betydning for tolkningen av en klausul som opprinnelig er utformet med tanke på å oppnå bestemte rettsvirkninger i et annet rettssystem enn det norske.

3.3.2 Prinsippet om ”good faith” i engelsk rett

Begrepet ”good faith” i engelsk rett må sies å være noe uklart og kan best forklares med ”honesty and fairness”, eller på norsk rettfærdighet og rimelighet. Begrepet må således forstås å være mer omfattende enn det norske lojalitetsbegrepet og inkluderer for eksempel rettslige kategorier som blant annet godtrospørsmålene og svik.¹⁸⁶ I det følgende vil ”good faith” bli benyttet i noe innskrenkende betydning, slik at det bare tilsikter en alminnelig lojalitetsplikt mellom avtaleparter.

Utgangspunktet i moderne engelsk rett er at man ser med skeptiske øyne på konseptet lojalitetsplikt. I dommen *Interfoto Picture Library Ltd v. Stilleto Visual Programmes Ltd*¹⁸⁷ uttalte Bingham LJ om prinsippet at ”[i]t is in essence a principle of fair open dealing [...] English law has, characteristically, committed itself to no such overriding

¹⁸⁶Se Munukka s. 33, som hevder dette i forhold til det svenske lojalitetspliktsbegrepet. Det samme må gjelde det norske begrepet.

¹⁸⁷ [1989] 1. Q.B. 433.

principle...” (s. 439). Det må altså kunne fastslås at det ikke eksisterer noe generelt krav om ”good faith”.¹⁸⁸ For eksempel kommer dette til syne i den prekontraktuelle fase, hvor man ikke har noe ansvar tilsvarende culpa in contrahendo. Også i den kontraktuelle fase setter imidlertid dette sine spor: Dersom det foreligger et kontraktsbrudd som rent objektivt sett etter kontrakten kvalifiserer til å kunne heve kontrakten, vil den uskyldige part stå fritt til å gjøre dette, uavhengig av hans egentlige motiv for ønsket om å komme ut av kontrakten. Partens adgang til å benytte seg av misligholdsbeføyelsen vurderes altså ikke mot hvorvidt dette vil gi et urimelig utfall i den konkrete situasjon, selv om kontraktsbruddet skulle fremstå som bagatellmessig.¹⁸⁹

At det i engelsk rett ikke er innført et generelt lojalitetsprinsipp, skyldes at mange har reist innvendinger mot å ha et slik overordnet prinsipp. Først og fremst kan det hevdes at dette vil kunne true forutberegneligheten i kommersielle kontrakter. Dersom domstolene står fritt til å tilsidesette en avtale utelukkende fordi kontrakten eller dens virkninger etter deres mening er urimelig, ville dette lede til usikkerhet og manglende forutberegnelighet.¹⁹⁰ Dette argumentet kan også utvides til å gjelde tredjeparter. Ofte vil tredjeparter ha behov for å ha et sikkert og avklart avtaleforhold å forholde seg til, slik at de kan forutberegne sin egne stilling. Typisk kan dette være tilfellet når tredjeparten stiller sikkerhet for lån og lignende.¹⁹¹

Selv om det kan argumenteres for at det kan være behov for en slik beskyttelse i kontraktsforhold er tanken at det i så fall bør være opp til lovgiver å vedta lovregler om dette. I nær sammenheng med dette kommer betenkelighetene rundt hvordan et slikt generelt prinsipp skal utformes: Det kan være vanskelig å nærmere definere innholdet i en

¹⁸⁸ Goode, Commercial Law s. 95, Chitty 1-020.

¹⁸⁹ Se for eksempel Cordero Moss, International Contracts s. 7. I samme retning se også Goode, The Concept of Good Faith s. 6.

¹⁹⁰ Goode, Commercial Law in The Next Millennium s. 18.

¹⁹¹ Ibid s. 21.

slik regel, samt å finne en felles konsensus om hva den faktisk skal inneholde. Dermed kan det også bli vanskeligheter med å forutberegne utfallet av kommersielle tvister.¹⁹²

På denne bakgrunn er det vanlig å høre uttalelser om at man ikke har noe prinsipp om "good faith" engelsk rett. En slik påstand må imidlertid karakteriseres som unyansert og medfører således ikke riktighet.¹⁹³ Til tross for at man ikke har noe overordnet prinsipp om lojalitetsplikt, har man innført regler om "good faith" i bestemte situasjoner og rettslige forhold.¹⁹⁴ Den kan trekkes frem mange konkrete eksempler på dette: Et eksempel er de såkalte "fiduciary duties", som i engelsk rett blant annet gjelder i forholdet mellom en direktør og selskapets aksjonærer, og hvor den aktuelle parten har en plikt til å handle i "utmost good faith". Et annet og lignende eksempel på "contracts of utmost good faith" er forsikringsavtaler, som hører med til kjernegruppen av denne typen kontrakter. Her pålegges forsikringstaker og forsikringsgiver en særlig streng opplysningsplikt ovenfor hverandre.¹⁹⁵ Videre er mellommannsavtaler et eksempel på avtaleforhold hvor det oppstilles krav om at agenten handler i henhold til "good faith" i forhold til sin hovedmann.¹⁹⁶

Dette viser altså at lojalitetsplikter eksisterer i rekke spesielle og konkrete forhold. Fremfor å støtte sin konklusjon på et generelt prinsipp om lojalitetsplikt, kan man hevde at man i engelsk rett heller forsøker å komme frem til resultatet gjennom å anvende mer spesifikke prinsipper og regler.¹⁹⁷ Man kan hevde at "[e]nglish law thinks in pigeon-holes and rarely seeks to relate one pigeon-hole to another".¹⁹⁸ Dette kom til uttrykk i den over nevnte dommen *Interfoto Picture Library Ltd v. Stilleto Visual Programmes Ltd*¹⁹⁹, hvor

¹⁹² Ibid s. 19.

¹⁹³ Harrison s. 4. Se også Goode, *The Concept of Good Faith* s. 5 f.

¹⁹⁴ Goode, *Commercial Law* s. 95, Harrison s. 5.

¹⁹⁵ Munukka s. 38.

¹⁹⁶ Goode, *The Concept of Good faith* s. 5.

¹⁹⁷ Goode, *Commercial Law in The Next Millenium* s. 19.

¹⁹⁸ Se Munukka s. 37, med videre henvisninger.

¹⁹⁹ [1989] 1. Q.B. 433.

Bingham LJ uttalte at man i engelsk rett fremfor å ha et overordnet lojalitetsprinsipp, heller har ”developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness” (s. 439). I tillegg utvikles det heller konkrete regler og plikter som ikke tuftes på lojalitetsplikten overhodet. Et eksempel på dette er nettopp tapsbegrensningsplikten som er diskutert over: I engelsk rett er ikke denne et utslag av lojalitetsplikt, men bare en regel som bestemmer at en part som har ”brought his misfortune on himself [...] cannot look to the defendant for compensation”.²⁰⁰

Når dette er sagt, må det påpekes at generelle rimelighetsbetraktninger også kan være relevante på andre måter enn ved å gi seg utslag i konkrete regler. For det første vil slike betraktninger klart være relevante for tolkningen av de kontraktsbestemmelsene partene har inntatt i avtalen. Engelske domstoler har gjort det klart at de på generelt grunnlag vil se hen til partenes intensjoner, fremfor å holde seg til en rigid bokstavtolkning av kontrakten. I tolkningsprosessen forutsettes således en helhetlig vurdering, hvor det vurderes hvorvidt kontrakten leder til åpenbart urimelige resultater.²⁰¹ Det allmenne lojalitetsnivået i den kontraktuelle fasen, utenfor forhold med særlig strenge lojalitetskrav, innebærer at partene må handle med respekt for avtalens hovedformål.²⁰² For det andre kan rimelighetsbetraktninger lede til at man innfortolker et vilkår i kontrakten om plikt til å handle lojalt.²⁰³

For å oppsummere er det altså i engelsk rett ikke oppstilt noe generell lojalitetsplikt mellom avtalepartene i kontraktsfasen. For indemnity-klausuler får dette blant annet betydning i forhold til spørsmålet om hvorvidt klausulen dekker forsett og grov uaktsomhet eller ikke. Dette spørsmålet må i engelsk rett løses etter reglene om tolkning av kontrakten mellom partene, og kan ikke sensureres på grunnlag av å være stridende mot en generell lojalitetsplikt mellom partene.

²⁰⁰ Goode, *The Concept of Good Faith* s. 7.

²⁰¹ Chitty 1-025.

²⁰² Munukka s. 41.

²⁰³ Chitty 1-026.

3.3.3 Lojalitetsprinsippet i norsk rett²⁰⁴

I moderne norsk kontraktsrett har det lenge vært lagt til grunn at det ikke er alltid vil være tilstrekkelig å oppfylle avtalens uttrykkelige forutsetninger. Partene pålegges i tillegg et grunnleggende krav til å opptre lojalt i forhold til sine medkontrahenter.²⁰⁵ En slik plikt står altså i kontrast til rettsstilstanden i engelsk rett. Lojalitetsplikten kan følge av avtale, lov eller det ulovfestede lojalitetsprinsippet.²⁰⁶ Den ulovfestede lojalitetsplikten er en type biforpliktelse i avtaleforholdet og innebærer at partene har en viss plikt til å ta rimelig hensyn til og ivareta den annen parts interesser.²⁰⁷

Et slikt alminnelig prinsipp må sies å reflektere en generell utvikling i retning av å skjerpe kravet til lojalitet i kontraktsforhold. I Tyskland har man lovfestet prinsippet i BGB § 242, om "Treu und Glauben".²⁰⁸ Også de øvrige nordiske landene har et slikt prinsipp i ulovfestet form, men det må sies å ha blitt tillagt større betydning i norsk rett enn i øvrig nordisk rett.²⁰⁹ I UNIDROIT²¹⁰ er prinsippet nedfelt i art. 1.7 (1), hvor det fastslås at "[e]ach party must act in accordance with good faith and fair dealing in international

²⁰⁴ For utfyllende behandling av dette emnet, se de to nylig utgitte nordiske doktorgradsavhandlingene om lojalitetsplikten; Henriette Nazarians "Lojalitetsplikt i kontraktsforhold" (Oslo 2007) og Jori Munukkas "Kontraktuell lojalitetsplikt" (Stockholm 2007). Temaet er således omfattende, og det vil derfor her kun bli forsøkt å gi en kortfattet fremstilling, så langt det er nødvendig for å illustrere forskjeller på hvordan indemnity-klausuler behandles i engelsk og norsk rett.

²⁰⁵ Se for eksempel Nordtveit s. 82.

²⁰⁶ Nazarian s. 50.

²⁰⁷ Ibid s. 29.

²⁰⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 73.

²⁰⁹ Munukka s. 65.

²¹⁰ UNIDROIT er et omfattende regelverk utarbeidet for å fremme harmonisering av internasjonal privatrett. Det er ingen konvensjon, og er således bare anbefalte løsninger uten annen vekt enn hva som ligger i deres overbevisningskraft. Samlingen er et tilbud til aktører i det internasjonale forretningslivet, og som de kan gjøre bruk av dersom de ønsker det, jfr. Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 61.

trade”. Lojalitetsprinsippet kommer også direkte eller indirekte til uttrykk flere steder i UNIDROIT, og er således ”one of the fundamental ideas underlying the Principles”.²¹¹

I et gjensidig kontraktsforhold vil det lett kunne oppstå interessemotsetninger mellom avtalepartene. Der noe er til fordel for den ene parten, vil dette gjerne kunne innebære tap eller ulempe for den andre. Når situasjonen er slik er det ikke til å unngå at den enkelte part som regel vil sette sine egne interesser fremfor medkontrahentens. Dette ligger i omsetningslivets natur og er noe rettsordenen normalt må akseptere som legitimt. Dersom partene stod fritt i sin bruk av virkemidler, og uhindret kunne fremme sine egne interesser på den annens bekostning, ville dette imidlertid ikke være heldig for kontrakten som redskap i omsetningslivet. Det er dette behovet for en motvekt til egeninteressen i kontraktsforhold som er begrunnelsen for at man i stadig større grad stiller krav til lojalitet mellom partene i avtalen.²¹² Denne plikten omfatter ikke bare å avstå fra å skade sin medkontrahent, men også mer aktivt å ivareta hans interesser.²¹³

Det alminnelige ulovfestete kravet om lojalitet i kontraktsforhold kom til uttrykk i rettspraksis i Rt. 1988 s. 1078. Saken gjaldt en selvskyldnerkausjonist som hadde kausjonert for riktig betaling av renter og avdrag på et lån. Når utlåner ikke fikk dekket sitt krav hos debitor, ble kravet rettet mot kausjonisten. Kausjonisten hevdet at kausjonsansvaret var bortfalt på grunn av at kreditor angivelig hadde krenket sin aktsomhetsplikt blant annet med hensyn til informasjon om debitor. Om dette uttalte Høyesterett at ”det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten” (s. 1084). Høyesterett fastslo altså at det, på ulovfestet grunnlag, i utgangspunktet kunne tillegges kreditor en opplysningsplikt overfor kausjonisten. Kravet førte imidlertid ikke frem, da det også måtte stilles krav til aktsomhet og aktivitet fra kausjonistens side som i sakens tilfelle ikke var blitt oppfylt. Dette viser altså ikke bare at lojalitetsplikter kan fastslås på ulovfestet

²¹¹ Se UNIDROIT kommentarer, art. 1.7 (1).

²¹² Selvig, Knophs oversikt (1993) s. 330.

²¹³ Nordtveit s. 82.

grunnlag, men også at lojalitetsprinsippets omfang kan begrenses av den plikt den annen part har til å ivareta sine egne interesser.

Spørsmålet blir etter dette hvilket innhold den ulovfestede lojalitetsplikten har i norsk rett. Selv om plikten er fastslått av Høyesterett, har det ikke i rettspraksis blitt formulert noen konkret norm eller minstekrav.²¹⁴ I juridisk teori har prinsippet blitt formulert som en ”alminnelig rettesnor for vurderingen av partenes handlemåte [...] som kommer i tillegg til det kontrakten selv uttrykkelig krever av partene”.²¹⁵ Lojalitetskravet må altså vise til en bredt anlagt avveiningsnorm, hvor det aktuelle ansvarsspørsmålet avgjøres etter en konkret lojalitetsbedømmelse.²¹⁶ Det er således vanskelig å oppstille konkrete vilkår for lojalitetsplikten. En sentral faktor ved fastleggelsen av prinsippet innhold vil være den rådende oppfatning av hva som er akseptabel handlemåte i kontraktsforhold. Sømmelighet og god forretningsmoral vil derfor være en målestokk for partenes adferd.²¹⁷

Det er sikker rett at lojalitetsprinsippet vil være relevant når kontrakter skal tolkes og utfylles. Hensynet til lojalitet i kontraktsforhold er et rimelighetshensyn som vil stå særlig sterkt ved avtaletolkning.²¹⁸ Man tolker eller utfyller således avtalen på en slik måte at lojalitetsprinsippet blir tilstrekkelig ivaretatt.

Et eksempel på dette fra rettspraksis finner man i Rt. 2004 s. 1256, hvor høyesterett tok stilling til hvorvidt en kjøper av en leilighet i et boligaksjeselskap kunne kreve å fragå avtalen. Kravet var hjemlet i et avtalevilkår som bestemte at ”[o]verdragelsen og nærværende kontrakts gyldighet er avhengig av styrets godkjennelse” (avsnitt 3). Når styret ikke ga sin godkjennelse hadde kjøper derfor i utgangspunktet en rett til å kreve avtalen omgjort. Kort tid forut for fremsettelsen av kravet om omgjøring etter avtalen hadde

²¹⁴ Nazarian s. 195.

²¹⁵ Selvig, Knophs oversikt (1993) s. 332.

²¹⁶ Simonsen s. 162.

²¹⁷ L.c.

²¹⁸ Woxholth s. 451.

kjøperen etter den manglende godkjennelsen inngått på å finne en løsning i forhold til å oppnå et samtykke fra styret. Det fulgte derfor av ”den alminnelige lojalitetsplikten” at han måtte gi medkontrahenten en mulighet til å utvirke styregodkjennelse før han eventuelt kunne erklære kjøpsavtalen for opphørt (avsnitt 45). Flertallet²¹⁹ kom derfor til at avtalen ikke kunne tolkes etter sin ordlyd, da det forlås ”forhold som gjorde det påkrevet [for kjøper] å gi en entydig underretning” dersom han ønsket å gjøre sin rett etter avtalen gjeldende (avsnitt 41). Lojalitetsplikten var således et bærende element i flertallets begrunnelse for å tolke avtalen slik at kjøper pliktet å gi en underretning.

Også i Rt 2005 s. 268 ble lojalitetsprinsippet benyttet som et tolkningsmoment. I saken hadde et fiskeoppdrettsselskap og et slakteri inngått en slakteavtale, og kort tid etter avtaleinngåelse solgte oppdrettsselskapet flesteparten av sine konsesjoner. Konsekvensen var naturligvis at langt færre fisk ville bli levert til slakt, og spørsmålet i saken var hvorvidt konsesjonssalget var å anse som et mislighold av slakteavtalen. Dette ble av førstvoterende besvart bekreftende, og viste blant annet til at ”hensynet til partenes gjensidige lojalitet i kontraktsforhold [har] blitt tillagt økende vekt” (se avsnitt 55) i senere avgjørelser, blant annet i den over nevnte dommen Rt. 1988 s. 1078.

Lojalitetsbetraktninger kan altså inngå i tolkningsprosessen som et rimelighetshensyn. Samtidig er det viktig å påpeke at man ikke må trekke betydningen av lojalitetsbetraktninger for langt. Lojalitetsprinsippet er ikke til hinder for at partene forfølger sin egeninteresse i kontraktsforholdet. Prinsippet intensjon er således ikke å oppheve den interessemotsetningen man ser i de fleste kontraktsforhold. Det er misbruk og illojal opptreden lojalitetsprinsippet verner mot.²²⁰

Lojalitetsplikten inntreffer allerede når avtaleforhandlinger innledes og eksisterer gjennom alle kontraktens faser.²²¹ Dette innebærer at prinsippet kan få betydning på ulike stadier, og

²¹⁹ Dommen ble avsagt under dissens 3-2.

²²⁰ Selvig, Knophs oversikt (1993) s. 333.

²²¹ Nazarian s. 31-32.

påvirke hvilke rettsvirkninger en indemnity-klausul vil få i norsk rett. I oppgavens neste del vil jeg fortløpende komme nærmere inn på disse problemstillingene der det er aktuelt. Prinsippet er dessuten ufravikelig,²²² noe som kanskje særlig kommer på spissen når norske og utenlandske parter inngår en kontrakt som er underlagt norsk rett. En slik situasjon er naturligvis ikke upraktisk, og indemnity-klausuler er godt egnet til å illustrere denne problemstillingen. Dersom den ene kontraktsparten er engelsk, vil parten ofte ha formeninger om hvilke rettsvirkninger en indemnity-klausul normalt vil ha, basert på hvilke rettsvirkninger klausulen ville fått i engelsk rett.²²³ Ettersom det altså ikke er noe generelt lojalitetsprinsipp i engelsk rett, er det en reell mulighet for at den engelske parten ikke kjenner til lojalitetsprinsippet og dets innhold. Dermed er det mulig at klausulen ikke vil kunne oppnå de rettsvirkninger parten ønsker, for eksempel der prinsippet oppstiller krav som ikke oppfylles av den aktuelle indemnity-klausulen.

²²² Ibid s. 136.

²²³ Eller kanskje enda mer praktisk: Parten forventer at klausulen vil få virkning etter sin ordlyd, slik den i stor grad vil etter engelsk rett.

4 Indemnity-klausuler underlagt norsk rett

4.1 Innledning

Fremstilling har så langt vært konsentrert om å vise klausulens virkninger i engelsk rett, samt å trekke frem noen fremtredende forskjeller mellom det engelske og norske rettssystem. Dette er ment å gi en bakgrunn for den følgende drøftelsen, hvor fokuset vil være rettet mot indemnity-klausuler underlagt norsk rett. I tråd med avhandlingens tema vil det i det følgende bli drøftet hvilke sentrale rettsvirkninger en indemnity-klausul har i norsk rett. Videre vil det også bli vurdert hvordan disse eventuelt skiller seg fra klausulens opprinnelige rettsvirkninger i engelsk rett.

Først vil generelle aspekter ved klausulen bli behandlet, herunder vilkårene for erstatning etter klausulen. Deretter vil skiller mot andre lignende kontraktsordninger bli klargjort. Til sist vil tolkning og sensur av klausulen bli drøftet.

4.2 Generelt om indemnity-klausulen i norsk rett

4.2.1 Om begrepet "indemnity"

Som det vil fremgå av det følgende, må spørsmålet om hvilke rettsvirkninger en indemnity-klausul vil få i norsk rett avgjøres ved en konkret tolkning av den enkelte kontrakt. Ettersom selve ordlyden vil stå sentralt ved en slik tolkning er det naturlig å vurdere begrepet "indemnity". Spørsmålet blir hvordan man skal forstå dette begrepet i norsk rett. Som påpekt innledningsvis er "skadesløsholdelse" den mest nærliggende oversettelsen av "indemnity". Et eksempel på dette er fabrikkasjonskontrakten NF05, som foreligger både i norsk og engelsk utgave. I kontrakten er artikkel 30, som omhandler ansvarsfrihet og

skadeløsholdelse, blitt oversatt til ”*exclusion of liability*” og ”*indemnification*” i den engelske versjonen.

Å bli holdt skadeløs innebærer at man skal være ”*uten økonomisk tap*”.²²⁴ Gjennom indemnity-klausulen avtaler partene altså at den ene parten er ansvarlig for at medkontrahtenten skal være uten økonomisk tap i forbindelse med en omstendighet som er fastsatt i klausulen. At den begunstigede skal være uten økonomisk tap kan potensielt innebære flere forpliktelser for parten som påtar seg å holde sin medkontrahtent skadeløs. For det første kan det klarligvis innebære at den forpliktete skal være ansvarlig for å erstatte tap den begunstigede lider, og som omfattes av klausulen. Dette betyr ganske enkelt at den forpliktete etter klausulen vil være erstatningspliktig overfor medkontrahtenten, dersom han for eksempel påfører denne et tap.

Videre kan forpliktelsen også innebære at den forpliktete må innrømme den begunstigede en regressrett, dersom den begunstigede i første omgang har måttet dekke et tap overfor en tredjepart. Et typisk eksempel vil være der parten som skal holdes skadeløs påfører en tredjepart skade, slik at det oppstår et ansvar overfor denne tredjeparten. Ettersom en indemnity-klausul ikke påvirker tredjepartens rett til å kreve erstatning kan den begunstigede dermed i første omgang bli påført et tap. For at han skal være uten økonomisk tap, kan det da følge naturlig at den begunstigede må kunne kreve tapet dekket av den forpliktete etter klausulen, gjennom en aktiv rett til regress.

Forpliktelsen kan til sist tenkes å innebære at parten ikke vil kunne rette noe erstatningskrav mot den begunstigede, dersom den begunstigede skulle påføre han et tap. Et eksempel på det siste vil være hvor den begunstigede skader den forpliktedes utstyr i forbindelse med en entrepriser, og hvor forpliktelsen går ut på å holde medkontrahtenten skadeløs for alt tap relatert til skader på partenes utstyr. Dersom forholdet omfattes av klausulen, og ikke skyldgraden eller andre ting utelukker erstatning, kan klausulen i så fall

²²⁴ Jfr. for eksempel definisjonen av ”skadeløs” i Gisle, Jusleksikon.

også omfatte en plikt til ikke å skade sin medkontrahent økonomisk, ved å avstå fra å reise krav om erstatning.

En naturlig forståelse av ”skadesløsholdelse” tilsier etter min mening at alle de over nevnte forhold både kan og bør falle inn under begrepet. Hvis ikke alle forpliktelsene omfattes av begrepet kan den begunstigede i utgangspunktet vanskelig sies å være sikret gjennom klausulen at han skal være ”uten økonomisk tap”. Imidlertid må man være varsom med å utlede rettsvirkninger av en klausul utelukkende på basis av en oversettelse. ”Skadesløsholdelse” er, til tross for å være en relativt dekkende oversettelse, ikke identisk med den engelske definisjonen av ”indemnity”, jfr. definisjonen som er gitt i avsnitt 1.2.1. I den engelske dommen *Stent Foundations Ltd v. M J Gleeson Group plc*²²⁵ ble det fastslått at den aktuelle indemnity-klausulen ikke forhindret at den forpliktete parten reiste krav om erstatning mot den begunstigede. Dette basert på at en naturlig forståelse av begrepet ”indemnity” tilsa at klausulen rettet seg mot krav fra tredjeparter, og ikke krav fra den forpliktete mot den begunstigede.²²⁶ I engelsk rett har man altså en oppfattelse av hva som naturlig omfattes av begrepet, basert på hvordan begrepet er blitt forstått i rettspraksis, og som ikke stemmer overens med den naturlige forståelsen av det norske begrepet ”skadesløsholdelse”. Etter min mening er det derfor farlig å trekke slutninger om at en slik forpliktelse er omfattet i norsk rett, utelukkende basert på en naturlig forståelse av en noe upresis oversettelse av begrepet. Samtidig kan man ikke automatisk legge til grunn at den engelske løsningen også er den riktige i norsk rett.²²⁷

Realiteten må være at det i norsk rett ikke eksisterer noen klar oppfatning av hva som ligger i begrepet ”indemnity”. Ordlyden er imidlertid etter min mening prinsipielt vid nok

²²⁵ [2001] BLR 134.

²²⁶ Videre ble det uttalt at dersom klausulen også skulle avskjære krav om erstatning fra den forpliktete mot den begunstigede, måtte ordet ”indemnity” bli tolket til å ha dobbel betydning. Dette var det etter rettens mening ingen grunn til. Jfr. også den nevnte dommen *Owners of the Carlton v. Port of London*, hvor det ble slått fast at begrepet ”indemnify” i engelsk rett er ”apt [word] for third party claims”.

²²⁷ Denne problemstillingen avgrenses det mot innledningsvis, jfr. avsnitt 1.5.

til å kunne omfatte alle de nevnte forpliktelsene. En rett til erstatning og aktiv regress følger som nevnt naturlig av begrepet skadesløsholdelse, og det vil stride mot klausulens formål om effektiv risikoplassering dersom klausulen ikke omfatter begge disse forpliktelsene. Slik jeg ser det er det derfor nærliggende å hevde at forpliktelsen etter en indemnity-klausul som utgangspunkt må omfatte både erstatning og regress.

Hvorvidt den forpliktete også plikter å avstå fra å rette krav mot den begunstige, er mer usikkert. I relasjon til art. 30.1 om leverandørens ansvar for skade på leverandørgruppen, påpeker Kaasen at leverandørens plikt til skadesløsholdelse "selvsagt" også omfatter at leverandøren skal avstå fra selv å reise krav mot selskapsgruppen hvor han selv er skadelidt.²²⁸ Dette er imidlertid sannsynligvis basert på en tolkning av den aktuelle fabrikkkontrakten, og er gjort med de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i forbindelse med "knock for knock"-prinsippet. Likevel viser dette at en slik plikt potensielt kan omfattes av begrepet skadesløsholdelse i norsk rett, og dermed også begrepet indemnify, jfr. den engelske oversettelsen av NF 05. I en dom fra Hålogaland lagmannsrett,²²⁹ som vil bli nærmere omtalt i avsnittet om indemnity-klausuler og tredjemannsavtaler nedenfor, kom retten til at en skadevoldende tredjepart kunne påberope seg å bli holdt skadesløs etter en indemnity-klausul, til tross for at han ikke selv var direkte part i avtalen.²³⁰ Retten la da uten videre til grunn at dette innebar at den forpliktete dermed ikke kunne rette et erstatningskrav mot skadevolderen. Også denne dommen gjaldt imidlertid et avtaleforhold hvor partene hadde forutsatt at "knock for knock"-prinsippet skulle gjelde.

Etter min mening må det etter dette kunne slås fast at en indemnity-klausul som utgangspunkt må omfatte en rett til erstatning og regress av den forpliktete etter klausulen. Hvorvidt klausulen også forhindrer den forpliktete fra å reise erstatningskrav mot den begunstige må sies å være mer uklart. Det riktige må derfor etter mitt skjønn være at

²²⁸ Se fotnote 64 i Kaasen, *Petroleumskontrakter* s. 774.

²²⁹ LH-2007-58598.

²³⁰ Se avsnitt 4.4.4.

svaret kan ikke utledes av begrepet ”indemnity” isolert, men må fremgå av en konkret tolkning av indemnity-klausulen hvor flere faktorer enn bare ordlyden vektlegges. Momenter som indemnity-klausulens formål, klausulens øvrige ordlyd og partenes forutsetninger vil her måtte veie tungt.

4.2.2 Vilkår for utløsning av retten til skadesløsholdelse

4.2.2.1 Tapsvilkåret

Den sentrale funksjonen til en indemnity-klausul er altså skadesløsholdelse, og tapsvilkåret er derfor essensielt: For å kunne kreve erstatning etter klausulen må den begunstigede ha lidt et økonomisk tap.²³¹ Utgangspunktet må være at det i likhet med de alminnelige erstatningsrettlige regler konkret skal fastlegges hvilke tap den begunstigede har lidt, og at det er dette parten skal holdes skadesløs for.²³²

Av og til er det mulig for den begunstigede å føre bevis for at han har lidt et tap, men at selve tapets størrelse ikke lar seg godtgjøre. Etter de vanlige regler om erstatning i kontrakt vil erstatningsbeløpet i slike tilfeller fastsettes rent skjønnsmessig av domstolen.²³³ Tilsvarende regel finner man også i UNIDROIT art. 7.4.3 (3), hvor det fastslås at ”[w]here the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court”. Det er med andre ord tilstrekkelig å bevise at man har lidt et tap, uten videre å kvantifisere eller spesifisere dette, for at kravet om tap anses tilfredsstillt. Etter mitt skjønn må dette gjelde også hvor erstatningskravet er basert på en indemnity-klausul. Riktig nok kan det hevdes at en slik adgang for domstolene til å skjønnsmessig fastsette et beløp til en viss grad går på bekostning av forutberegneligheten til klausulene. Samtidig unngår man imidlertid urimelige resultater i situasjoner hvor den begunstigede åpenbart har lidt et tap, men ikke er i stand til å bevise omfanget av dette, og

²³¹ En nærmere drøftelse av hva som generelt kan være omfattet av begrepet økonomisk tap vil føre for langt, og vil derfor ikke bli gjort her.

²³² Også de øvrige vilkår må imidlertid være oppfylt, jfr. neste avsnitt.

²³³ Hagstrøm, Obligasjonsretten s. 538.

dermed ikke får noen erstatning etter klausulen overhodet. En slik løsning er i tråd med hensynet til å oppnå rimelige resultater, og kan i tillegg bidra til at risikoplasseringen avtalen forutsetter faktisk kan oppnås. At partene har valgt en indemnity-klausul til å regulere erstatningsadgangen kan etter min mening ikke i seg selv begrunne en avskjæring av domstolenes adgang til å skjønnsmessig fastsette erstatningsbeløpet.

Et særlig problemstilling som kan oppstå er når en utgiftspost er å regne som pådratt tap, slik at utgiften faller inn under plikten til skadesløsholdelse. I engelsk rett knytter dette spørsmålet seg til skillet mellom "loss" og "liability". Som konstatert i avsnitt 2.4.1 er det kun beløp som faktisk er utbetalt som omfattes av "loss", mens forpliktelser man har pådratt seg, men enda ikke oppfylt, faller inn under begrepet "liability". Av denne grunn inntas begge rutinemessig i indemnity-klausuler regulert av engelsk rett, slik at retten ikke skal behøve å ta stilling til hvilken kategori tapet faller inn under. Et naturlig spørsmål blir derfor hva som faller inn under det norske tapsbegrepet.

At forpliktelser som allerede er oppfylt og betalt faller inn under tapsbegrepet er utvilsomt. Problemet kan komme på spissen der en forpliktelse allerede er fastslått å eksistere, men enda ikke er oppfylt: Den begunstigede har for eksempel gjennom rettskraftig dom blitt idømt et erstatningskrav, men betaling har enda ikke skjedd, eller han kan ha en uoppgjort regning med en tredjepart. Dette spørsmålet kan være av ganske stor betydning i forbindelse med indemnity-klausuler. Om den begunstigede er nødt til faktisk å utbetale pengene før tapsvilkåret i klausulen er oppfylt kan dette medføre at den begunstigede blir nødt til å sette av midler, slik at han kan dekke eventuelle forpliktelser frem til erstatning senere kan kreves av den forpliktete. Dersom det er snakk om ansvar for potensielt store utgifter, for eksempel ved miljøskader, kan dette ha innvirkning på likviditeten til den begunstigede, og dermed kunne innebære en stor ulempe for han.

Konkret hvorvidt slike forpliktelser regnes som tap i forbindelse med erstatningsutmålingen har i liten eller ingen grad vært gjenstand for diskusjon i teori eller praksis. Ved utmålingen av erstatningsansvar etter de alminnelige kontraktsrettslige regler

er det imidlertid et grunnleggende prinsipp at all erstatning skal skje på oppgjørstidspunktet. Når en leieavtale heves på grunn av leietakers mislighold har utleier derfor krav på hele erstatningen på oppgjørstidspunktet, slik erstatningen ikke skal utbetales fortløpende etter hvert som leiekravene ville forfalt.²³⁴ At fremtidig økonomisk interesse kan tas med i erstatningsutmålingen taler etter min mening for at også fremtidig økonomisk skade må kunne inntas i utmålingen. Enkelte i teorien virker også å bygge på dette. For eksempel skriver Krokeide, i forbindelse med erstatningsberegning ved mislighold, om beregningen av direkte tap. Han fastslår at beregningen blant annet kan ta utgangspunkt i prisdifferansen ved inngåelse av dekningsstransaksjon, og at det eneste som kreves i den forbindelse er at parten påviser at han faktisk har lidt, ”*eller vil komme til å lide*”, et tap ved å inngå en dekningsstransaksjon.²³⁵ Økonomiske tap som beviselig vil komme til å oppstå for skadelidte skal altså etter dette tas med i erstatningsberegningen.

At den begunstigede også får erstattet utgifter han beviselig vil ha i fremtiden forenkler og effektiviserer også erstatningsoppgjøret, ved at disse ikke må erstattes etter hvert som de blir betalt. Derfor bør konklusjonen være at tapsbegrepet i indemnity-klausuler underlagt norsk rett ikke bare omfatter utgifter som den begunstigede faktisk har betalt, men også kan omfatte forpliktelser som enda ikke er betalt. Konsekvensen blir at det i første rekke er et bevisspørsmål hvorvidt slike fremtidige utgifter inngår i erstatningsutmålingen eller ikke. Den begunstigede har krav på å bli holdt skadesløs for alle tap han kan bevise at han har faktisk har lidt eller vil komme til å lide. Kan ansvar for en forpliktelse først bevises er det ikke avgjørende for retten til erstatning hvorvidt betalingen faktisk har skjedd eller ikke.

Dermed må det norske tapsbegrepet sies å være videre enn det engelske, ved at det ikke bare omfatter ”loss”, men også ”liability”. Ettersom begge begreper regelmessig inntas i indemnity-klausuler får det neppe den store praktiske betydningen at det norske begrepet er mer omfattende enn det engelske. Likevel innebærer det at det er overflødig å skille mellom ”loss” og ”liability” i en indemnity-klausul underlagt norsk rett, ettersom begge

²³⁴ Ibid s. 534.

²³⁵ Krokeide s. 199.

begreper uansett faller inn under det norske tapsbegrepet, og dermed uansett vil bli inntatt i erstatningsberegningen.

4.2.2.2 Øvrige vilkår for skadesløsholdelse

For å kunne kreve å bli holdt skadesløs etter en indemnity-klausul må det også kreves at de aktuelle tapspostene står i adekvat årsakssammenheng med klausulens ordlyd.²³⁶ Dette innebærer for det første det åpenbare, nemlig at tapet den begunstigede krever seg holdt skadesløs for må ha oppstått som en følge av en begivenhet som ligger innenfor klausulens anvendelsesområde. Hendelsen må med andre ord omfattes av klausulen, og det må være årsakssammenheng mellom hendelsen og det oppståtte tap.

Videre må det også oppstilles et krav om at tapspostene må være adekvate for at de skal omfattes av indemnity-klausulen. Dette betyr at tapet må stå i en rimelig nær sammenheng med klausulens anvendelsesområde, slik at det ikke må være *”for fjernt, avledet eller upåregnelig”*.²³⁷ Adekvansbegrensningens primære funksjon er å holde de mer atypiske tap utenfor erstatningsansvarets ramme.²³⁸ Adekvanskravet kan derfor sies å være begrunnet i hensynet til å unngå urimelige resultater.

Spørsmålet om hvorvidt et tap er adekvat er en sammensatt vurdering, hvor utgangspunktet må tas i en påregnelighetsbetraktning. De oppståtte tapsposter må verken etter sin *art* eller *størrelse* være upåregnelige.²³⁹ Når erstatningsplikt oppstår etter en indemnity-klausul er det naturlig at denne helhetsvurderingen gjøres ut fra den forpliktedes ståsted, fordi det er denne parten som skal dekke eventuelle tap. Vurderingstemaet blir hvilke tap som normalt vil kunne oppstå innenfor indemnity-klausulens virkeområde. Samtidig må dette suppleres med eventuell særlig innsikt den forpliktede måtte besitte: Dersom parten innehar særlige

²³⁶ Dette er også et vilkår etter de alminnelige erstatningsregler, se Hagstrøm, Knophs oversikt (1998) s. 349.

²³⁷ Se Rt. 1983 s. 205 på s. 221.

²³⁸ Krüger s. 820.

²³⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 526.

kunnskaper om individuelle forhold vil dette kunne få betydning for adekvansvurderingen.²⁴⁰

Ved at man inntar objektive overveielser og hensyn i vurderingen oppnås en viss normalisering av erstatningen.²⁴¹ Hva som anses for rimelig i det enkelte tilfelle vil være av betydning.²⁴² Slik kan man oppnå at erstatningsplikten harmonerer med hva som er en rimelig kommersiell risiko på bakgrunn av hva kontrakten går ut på. Dette samsvarer godt med adekvanskravets formål. På den annen side innebærer dette også at til dels store tap vil være påregnelige, avhengig av hva slags forhold det er tale om. Dreier det seg om kommersielle forhold hvor innsats og tapsrisiko kan være betydelig vil dette føre til at omfattende tap kan være påregnelig.²⁴³ Dette vil for eksempel typisk være tilfelle hvor indemnity-klausulen er inntatt i store olje- og gasskontrakter.

Det må også være på det rene at misforhold mellom kontraktsvederlag og ansvaret ved mislighold, ikke i seg selv er tilstrekkelig for at et tap skal anses inadekvat.²⁴⁴ Dette kan være et viktig poeng i forhold til indemnity-klausuler, for eksempel hvor disse utgjør en del av en salgskontrakt. Som tidligere nevnt er det ikke uvanlig å innta indemnity-klausuler i avtaler om selskapsoverdragelser, hvor selgeren gjennom en indemnity-klausul påtar seg ansvaret for visse forhold.²⁴⁵ Dersom ansvar gjennom indemnity-klausulen blir aktuelt, er det faktum at kjøpesummen står i misforhold til erstatningsbeløpet ikke tilstrekkelig for å avskjære erstatningskravet som inadekvat.²⁴⁶ Av denne grunn er det vanlig å fastsette et tak i indemnity-klausulen, slik at ansvaret ikke kan overstige et bestemt beløp.

²⁴⁰ Ibid s. 528

²⁴¹ Krüger s. 820.

²⁴² Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 532

²⁴³ Ibid s. 529.

²⁴⁴ Ibid s. 530.

²⁴⁵ Hvilke forhold det dreier seg om vil variere, og kan være alt fra ansvar om misligholdt opplysningsplikt til ansvar for at konkrete forhold skal oppstå.

²⁴⁶ Se for eksempel Rt. 1972 s. 449, hvor et firma hadde påtatt seg isolasjon og tekking av terrassene i to syv-etasjes boligblokker. Arbeidet var mangelfullt og medførte betydelige lekkasjer. Fordi firmaet fortok forsøket

Etter min mening må adekvansvurderingen også farges av hvilke forhold indemnity-klausulen forsøker å dekke. Et eksempel er hvor selgeren av en bensinstasjon påtar seg å holde kjøperen skadesløs for forurensningsskader på tomten. Her er klausulen et resultat av at partene har forhåndsplassert risikoen for et helt konkret forhold, og man må gå ut ifra at partene grundig har vurdert den kommersielle risikoen ved å inngå en slik avtaleordning. Partene står også fritt til å begrense ansvaret slik de ønsker gjennom avtalen. Slik jeg ser det må adekvansvurderingen i en slik situasjon være streng, slik at det skal mye til før et tap som oppstår i denne sammenheng er inadekvat.

I engelsk rett er det som tidligere påpekt langt mer usikkert om adekvans er et vilkår for å holdes skadesløs etter en indemnity-klausul, og i alle tilfeller kan partene avtale seg bort fra dette.²⁴⁷ Det er derfor naturlig å stille spørsmål om partene også etter norsk rett kan avtale seg vekk fra adekvanskravet, ettersom dette vil kunne få betydelige konsekvenser for klausulens rettsvirkninger. Slik jeg ser det kan det ikke være noe prinsipielt i veien for at man i en indemnity-klausul avtaler at det ikke skal gjelde noe krav til adekvans, da utgangspunktet etter min mening må være at partene har avtalefrihet også her. Imidlertid søker adekvanskravet som påpekt å avskjære erstatningsplikt i de tilfeller hvor tapet er en helt fjern og avledet følge av den aktuelle hendelse. En indemnity-klausul uten en slik begrensning kan svært fort vise seg å være urimelig tyngende for den forpliktete. Som det følgende vil vise blir klausulen i slike tilfeller lett gjenstand for sensur, særlig gjennom innskrenkende tolkning, men prinsipielt også gjennom avtl § 36. Dette vil med andre ord utgjøre en klar forskjell i fra engelsk rett: Mens en klar ordlyd i engelsk rett vil være tilstrekkelig for å avtale seg vekk fra kravet om adekvans i en indemnity-klausul, vil en slik ordning i norsk rett rammes av sensur dersom domstolene finner at resultatet blir urimelig.

utbedring av manglene ble de dømt til å betale kr 440 000 i erstatning, og til tross for at vederlaget bare var kr 60 000 ble ikke tapet ansett for å være inadekvat.

²⁴⁷ Se avsnitt 2.4.4.

4.2.2.3 Særlig om tapsbegrensningsplikten

En alminnelig regel i norsk rett er den generelle tapsbegrensningsplikten, som bestemmer at kreditor i rimelig utstrekning må søke å begrense sitt tap. Begrunnelsen for å ha en slik regel er i første rekke rettfærds- og rimelighetsbetraktninger, samt et ønske om generelt å motvirke sløsing.²⁴⁸ En tilsvarende plikt til å begrense sitt tap ved mislighold finner man nedfelt i UNIDROIT art. 7.4.8 (1).

Det vil kunne by på problemer å fastlegge grensen for hvor langt den begunstiges plikt til å begrense sitt tap faktisk går.²⁴⁹ Konsekvensen av at den erstatningsberettigede ikke overholder sin tapsbegrensningsplikt er imidlertid klar: Partens erstatning vil bli nedsatt tilsvarende de besparelser han burde ha gjort.²⁵⁰ Dersom den erstatningsberettigede ikke begrenser sitt tap pådrar han seg likevel ingen forpliktelse overfor medkontrahenten som følge av dette. Parten mister heller ikke sin rett på erstatning. Det er bare selve erstatningsutmålingen som blir påvirket av parten ikke begrenser sitt tap. Av dette følger at det ikke er tale om en "plikt" i ordets rette forstand, men kun en forutsetning for å motta full erstatning.²⁵¹

Regelen må sies å være et utslag av det overordnede lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold.²⁵² Det kan således ikke være tvil om at den vil få anvendelse også på indemnity-klausuler, og at det må gjelde en tapsbegrensningsplikt for den begunstigede etter klausulen. Et eksempel kan være hvor en leietaker har inngått en avtale om leie av kontorlokaler, og hvor det er avtalt at leietakeren fritt kan fragå avtalen mot å holde utleier

²⁴⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 561.

²⁴⁹ Dette er en problemstilling som generelt gjør seg gjeldende når tapsbegrensningsplikten skal vurderes, se Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 562 og Hagstrøm, Knophs oversikt (1998) s. 350. Å foreta en inngående drøftelse av hva plikten omfatter vil her føre for langt, og vil derfor ikke bli gjort.

²⁵⁰ L.c.

²⁵¹ Se Herre s. 568, som slår fast dette for svensk retts vedkommende. Det kan ikke være tvil om at tilstanden må være det samme i norsk rett. Ordet tapsbegrensningsplikt vil likevel i henhold til vanlig terminologi bli brukt i det følgende.

²⁵² Simonsen s. 157.

skadesløs for eventuelle tap i denne forbindelse. I en slik situasjon kan det tenkes at utleier ikke vil foreta seg noe for å begrense sine tap, slik som for eksempel ved å forsøke å leie ut til noen andre, ettersom han uansett vil få disse dekket av leietaker gjennom klausulen. En slik handlemåte er naturligvis ikke rimelig overfor leietaker, og det er lite trolig at norske domstoler vil godta at en kontraktspart på en slik måte bevisst ødelegger for medkontrahentens interesser.

Dersom vilkårene for skadesløsholdelse foreligger kan altså erstatningen likevel bli begrenset av den alminnelige tapsbegrensningsplikten. Som påpekt er det i engelsk rett tvilsomt om det eksisterer en slik tapsbegrensningsplikt for den begunstigede etter en indemnity-klausul, og partene kan i alle tilfeller avtale seg vekk fra dette med en tilstrekkelig klar ordlyd.²⁵³ I norsk rett er imidlertid tapsbegrensningsplikten som allerede nevnt et utslag av den alminnelige lojalitetsprinsippet som gjelder i alle kontraktsforhold. Tapsbegrensningsplikten er dermed sterkere forankret i vårt rettssystem enn i engelsk rett, hvor plikten bare er en alminnelig regel tilknyttet erstatningskrav.

På bakgrunn av dette mener jeg at partene i norsk rett ikke med bindende virkning kan avtale at den begunstigede etter en indemnity-klausul skal ha rett på full erstatning, uansett om parten skulle ha brutt tapsbegrensningsplikten. I den grad en slik ordning strider mot lojalitetsprinsippet mellom partene, vil avtalen etter min mening ikke kunne opprettholdes etter sin ordlyd.²⁵⁴ Som påpekt over kan være vanskelig å fastlegge det nærmere omfanget av tapsbegrensningspliktens innhold. Likevel innebærer det en klar forskjell fra engelsk rett at man prinsipielt ikke kan avtale seg vekk fra regelen. Dette kan få konsekvenser dersom partenes forventninger til klausulens rettsvirkninger er knyttet til dens funksjoner i engelsk rett, hvor klausulens ordlyd tillegges langt større betydning når rettsvirkningene skal fastlegges. Har partene en kritikkløs tro på at ordlyden vil håndheves bokstavelig, uten kunnskap om at norsk bakgrunnsrett i visse tilfeller kan begrense rettsvirkningene, risikerer de å bli skuffet når de innser at ordlyden ikke gir samme resultater som i engelsk rett.

²⁵³ Se avsnitt 2.4.4.

²⁵⁴ Jfr. det følgende om sensur av indemnity-klausuler.

4.3 Indemnity-klausulers forhold til lignende kontraktsordninger

4.3.1 Forholdet til ansvarsfraskrivelser

Indemnity-klausuler er én av flere måter partene gjennom kontrakt kan avtale seg bort fra de deklarasjonelle reglene om misligholdsbeføyelser på. En annen metode, som i norsk rett tradisjonelt er mer kjent og utbredt, er å innta ansvarsfraskrivelser i kontrakten. Slike fraskrivelser går nesten alltid ut på å utelukke eller begrense retten til erstatning, eller også ofte å utelukke eller begrense andre misligholdsbeføyelser.²⁵⁵ Det er således en klar likhet mellom de to typer avtalevilkår: Mens en ansvarsfraskrivelse bestemmer at den ene parten ikke skal ha ansvaret for en bestemt hendelse, fastslår en indemnity-klausul at denne parten skal holdes skadesløs for tap i forbindelse med en bestemt hendelse. Indemnity-klausulen blir dermed ofte en indirekte ansvarsfraskrivelse,²⁵⁶ ettersom parten som skal holdes skadesløs gjennom skadesløsholdelsen i realiteten blir ansvarsfri.

Til tross for likheten mellom kontraktsordningene viser Rt. 1961 s. 1334 at man ikke automatisk kan sette likhetstegn mellom dem. I saken ble et parti aluminium sendt til England, og ved ankomsten manglet det noen barrer. Certepartiet inneholdt en ansvarsfraskrivelse som bestemte at rederen skulle være ansvarsfri for denne type tap, og da rederen kom i ansvar overfor mottageren ble det krevd regress av befrakteren. Dette kravet førte imidlertid ikke frem, da Høyesterett fant at retten til regress ikke var hjemlet i avtalen. Retten begrunnet dette med at det er naturlig å tolke ansvarsfraskrivelser strengt, og at man ikke ”i dens passive fritak for ansvar også tolke[r] inn et aktivt krav på regress uten at det har sikker støtte i ordlyden”(side 1338).

Dommen må sies å være relativt streng. Fordi tredjeparters rettigheter slik som i dette tilfellet ikke blir endret av en ansvarsfraskrivelse, gjør dommen ansvarsfraskrivelsen langt

²⁵⁵ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 623.

²⁵⁶ Dette begrepet benyttes i Røsæg på s. 43.

på vei virkningsløs når den ansvarsfrie etter kontrakten ikke kan kreve regress av sin medkontrahent. Resultatet i dommen måtte etter min vurdering imidlertid blitt annerledes dersom partene hadde inntatt en indemnity-klausul fremfor en ansvarsfraskrivelse. Som påpekt ovenfor vil en indemnity-klausul i utgangspunktet også gi hjemmel for regress, og dette skiller derfor indemnity-klausuler fra ansvarsfraskrivelser: For å ha et aktivt krav på regress etter en ansvarsfraskrivelse må dette uttrykkelig fremgå av kontrakten. En indemnity-klausul vil i utgangspunktet seg selv innebære en rett til regress, dersom ikke avtalen gir anvisning på noe annet.

Selv om de to kontraktsordningene altså ikke nødvendigvis har helt like rettsvirkninger, er det som allerede påpekt en nær sammenheng mellom dem, både med hensyn til formål og virkninger. Ansvarsfraskrivelser har, til tross for utgangspunktet om at kontraktspartene har frihet til å avtale seg vekk fra bakgrunnsrettens ansvarsregler, tradisjonelt blitt behandlet med ”mistankens skjerpede blikk”.²⁵⁷ Begrunnelsen for skepsisen er først og fremst at ansvarsfraskrivelser griper inn og endrer den ansvarsfordelingen som følger av bakgrunnsretten, og som rettsordenen har oppstilt. Der domstolene mener en slik endring fører til et urimelig resultat, har man ofte sett seg anledning til å komme utenom klausulen.²⁵⁸ Denne kritiske holdningen er altså den samme som man finner i engelsk rett. I norsk rett har de fremste våpen mot ansvarsfraskrivelser vært å foreta en streng tolkning av de aktuelle klausulene, eller å stille strenge krav til vedtagelsen. Etter innføringen av avtl § 36 har man også fått et nytt mulig grunnlag for å revidere eller sensurere slike klausuler.

I tilfellene hvor indemnity-klausulen innebærer en ansvarsfraskrivelse, vil de samme hensyn som begrunner en slik skepsis også gjøre seg gjeldende for indemnity-klausuler, kanskje med enda større styrke: Fordi indemnity-klausuler også gir hjemmel for regress er dens inngrep i bakgrunnsretten kanskje enda mer omfattende. Det er derfor naturlig å anta at norske domstoler vil innta de samme kritiske holdninger overfor indemnity-klausuler

²⁵⁷ Kaasen, Ansvarsbegrensning s. 245.

²⁵⁸ Hole s. 12.

som ansvarsfraskrivelser, både i relasjon til tolkning og sensur.²⁵⁹ Dermed vil teori og praksis om ansvarsfraskrivelser være relevant også når indemnity-klausuler skal behandles. Dette vil bli behandlet nærmere i avsnittene om tolkning og sensur.

4.3.2 Skillet mellom konvensjonalbøter og indemnity-klausuler²⁶⁰

I norsk rett vil skillet mellom konvensjonalbøter og indemnity-klausuler stort sett være det samme som skillet mellom liquidated damages og indemnity-klausuler i engelsk rett.²⁶¹ En vesentlig forskjell er imidlertid at man i norsk rett ikke har noe skille tilsvarende det engelske skillet mellom liquidated damages og penalties.²⁶² Det er således ikke noe vilkår for konvensjonalbotens gyldighet i norsk rett at det fastsatte beløpet må innebære et realistisk forhåndsvurdering av hvilket tap som kan oppstå, slik det er i engelsk rett. Partene kan altså, innenfor de grenser på avtalefriheten som utgjøres av innskrenkende tolkning og preseptoriske regler, avtale så høy konvensjonalbot som de ønsker, og klausulen kan godt ha et pønalt preg. Dette gjør at det er unødvendig for partene å benytte den engelske terminologien "liquidated damages", og det kan i tillegg få uventede konsekvenser for partene.

Selv om man i norsk rett ikke har like strenge ugyldighetsregler for konvensjonalbøter som har et preg av å være straff for kontraktsbrudd, blir situasjonen annerledes der beløpet som fastsettes i konvensjonalboten er svært lavt. I realiteten vil da klausulen ha samme effekt

²⁵⁹ RG 1991 s. 1116 kan kanskje tas til inntekt for at indemnity-klausuler vil bli behandlet likt som ansvarsfraskrivelser. I dommen fra Kristiansand byrett ble det som etter min forståelse var en skadesløsklausul omtalt og behandlet som en "ansvarsfraskrivelse". Retten uttalte at "[a]nsvarsfraskrivelsen lyder slik: "Leietakeren skal holde utleieren skadesløs for ethvert krav som knytter seg til ... c). Enhver følgeskade [...] som måtte oppstå i forbindelse med nærværende kontrakt" (side 1124). Klausulen kunne imidlertid ikke gjøres gjeldende, da retten etter en konkret vurdering kom til at den ikke var vedtatt.

²⁶⁰ For mer om dette temaet, se Kyrre Kiellands kommende studentavhandling om "liquidated damages" tilknyttet prosjektet.

²⁶¹ Se avsnitt 2.4.3.

²⁶² Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 651.

som en ansvarsfraskrivelse, og vil derfor i likhet med indemnity-klausuler måtte behandles på samme måte som en ansvarsfraskrivelse.²⁶³ Som det følgende vil vise føres det en strengere linje med hensyn til sensur av ansvarsfraskrivelser og indemnity-klausuler i norsk rett enn i engelsk rett, noe som blant annet kommer til syne gjennom innskrenkende tolkning av klausulene.

Konsekvensen av denne forskjellen er at skadelidte i et kontraktsforhold underlagt norsk rett visse tilfeller kan være bedre tjent med å velge en konvensjonalbot i stedet for en indemnity-klausul, i forhold til hva som ville være tilfelle i engelsk rett. Dette er fordi man kan avtale en konvensjonalbot som er større enn det tapet partene måtte regne for å være realistisk, uten at klausulen vil settes til side som ugyldig fordi den har et pønalt preg. Samtidig vil skadelidte ha større beskyttelse enn i engelsk rett dersom konvensjonalboten viser seg å være så lav at den i realiteten innebærer en ansvarsfraskrivelse, ettersom klausulen i større grad vil kunne tilsidesettes som urimelig gjennom tolkning eller revisjon.

4.3.3 Særlig om skillet mellom indemnity-klausuler og garantier

4.3.3.1 Garantiansvar som ansvarsgrunnlag

Hvor debitor har garantert mot mislighold, det være seg mangler, forsinkelse eller annet kontraktsbrudd, utløser et eventuelt brudd på denne garantien et rent objektivt ansvar. Garantier er altså et løfte om å inntå rent objektivt for et kontraktsbrudd som omfattes av løftet, og det dreier seg således om et kontraktsfestet ansvarsgrunnlag.²⁶⁴ De to grunnlagene kan derfor umiddelbart fremstå som svært like. Spørsmålet blir derfor hvilke betydning det har for en avtalepart om en avtalebestemmelse forstås som en garanti eller en indemnity-klausul i norsk rett.

²⁶³ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 654.

²⁶⁴ Ibid s. 514.

Å definere hva som ligger i uttrykket garanti kan være vanskelig, ettersom uttrykket ikke er entydig. Rettsvirkningene av løftet må derfor, i likhet med indemnity-klausuler, bero på en nærmere tolkning. I enkelte tilfeller vil en garanti ikke innebære noen rettsvirkninger overhodet, slik at uttrykket i realiteten er innholdsløs.²⁶⁵ Etter min mening må det helt generelt kunne sies at en forskjell på de to ansvarsformene er at forpliktelsen etter min mening knytter seg til to forskjellige ting. Uavhengig av hvilke rettsvirkninger som er knyttet til garantiløftet, må det kunne slås fast at løftets forpliktelse retter seg mot selve objektet for garantien. Man garanterer således at for at en gjenstand eksempelvis har visse egenskaper, eller at et bestemt forhold ikke skal oppstå. Forpliktelsen etter en indemnity-klausul har et annet siktemål, nemlig å sikre at den begunstigede etter klausulen ikke lider tap. Det er således ikke selve objektet som er det sentrale, men at medkontrahenten ikke skal lide økonomisk tap.

Et eksempel på dette kan være en bil som selges med en garanti fra selger mot alle feil og mangler de første fem årene etter kjøpet. Her garanterer altså selgeren at selve bilen skal være kontraktsmessig de neste fem årene etter salget. Dersom bilen hadde vært tenkt solgt med en indemnity-klausul i stedet, vil klausulen i realiteten ikke rette seg mot at bilen skal være kontraktsmessig i fem år, men at kjøperen skal være uten tap som følge av at bilen eventuelt ikke er i henhold til kontrakten.

Dette innebærer at det i utgangspunktet vil kunne oppstå vesentlige forskjeller i hvilke rettsvirkninger de to avtalebestemmelsene faktisk får. Som påpekt er ikke uttrykket ”garanti” helt entydig, og det gjelder også hvilke beføyelser som står til løftemottakerens disposisjon dersom garantiløftet brytes. Det er således ikke sikkert at garantien gir løftemottaker en rett til å kreve erstatning for garantibruddet. For eksempel kan det tenkes at selger har en rett til å kreve å utbedre feilen, eller å omlevere. Her skiller indemnity-

²⁶⁵ Hagstrøm, Knophs oversikt (1998) s. 348. Et eksempel på dette er typiske reklameutsagn uten presiserbart innhold.

klausulen fra garantier, ved at den begunstigede i utgangspunktet har krav på erstatning etter klausulen, og samtidig heller ingenting annet.²⁶⁶

Vilkåret om at ansvar etter en indemnity-klausul krever at den begunstigede har lidd et faktisk tap innebærer også at det kan oppstå forskjellige resultater i samme tilfelle, avhengig av om man har valgt å innta en garanti eller en indemnity-klausul i avtaleforholdet. Et eksempel på dette kan være hvor en kjøper har mottatt en bil som ikke har den etter kontrakten avtalte farge. Dersom kontrakten inneholder en garanti om at bilen skal være grønn, vil det oppstå et ansvar for selger hvis bilen som leveres er rosa. Etter en tolkning av garantien kan dermed kjøper ha rett til for eksempel omlevering, eller at selger må utbedre mangelen. Hadde kontrakten derimot inneholdt en indemnity-klausul, ville kjøpers situasjon vært annerledes. I dette tilfellet ville han måtte påvise at han har lidt et tap som følge av at selgeren har levert en bil som ikke er i henhold til avtalen. At bilen er levert i feil farge innebærer klarligvis en mangel, men det kan på generelt grunnlag være vanskelig å påvise at kjøperen har lidt noe økonomisk tap som følge av fargen. Dermed vil kjøperen, i nøyaktig samme situasjon, kunne stå igjen uten noe krav etter en indemnity-klausul.

Til tross for at resultatet i mange tilfeller sikkert blir det samme uavhengig av om det er valgt å benytte en garanti eller en indemnity-klausul, viser dette at de to avtalebestemmelsene er forskjellige. Disse forskjellene kan i enkelte situasjoner gi store utslag for avtalepartene. Av denne grunn er det viktig at partene ved kontraktsinngåelsen er klar over forholdet mellom garantier og indemnity-klausuler, slik at de kan velge den avtaleformen som best tjener deres interesser.

²⁶⁶ Som nevnt innledningsvis kan det kanskje teoretisk tenkes at man kan holdes skadesløs gjennom omlevering eller retting, men på bakgrunn av den foreliggende teori og praksis må dette antas å være særdeles upraktisk.

4.3.3.2 Kausjonsansvar

En kausjon kan kort oppsummert sies å ha tre vesentlige kjennetegn. For det første er kausjonen en overenskomst med en annens fordringshaver nettopp i dennes egenskap av å være fordringshaver i et annet kontraktsforhold. Videre er kausjon en overenskomst om at kausjonisten skal være ansvarlig sammen med skyldneren i hovedforholdet, og til sist kjennetegnes kausjon ved dens formål, som er å sikre kreditor større sikkerhet for at han får dekning for sitt krav.²⁶⁷ Kausjon forutsetter som utgangspunkt et uttrykkelig tilsagn fra en tredjepart til en kreditor om å innestå økonomisk for debtors forpliktelse.²⁶⁸

En indemnity-klausul kan i enkelte tilfeller ha svært mye til felles med en kausjon. Der for eksempel avtaleparter A og B avtaler at A skal holde B skadesløs i forbindelse med et lån B har innvilget tredjepart C, vil en indemnity-klausul ofte kunne benyttes på samme måte som en kausjon. De to kontraktsordningene er likevel ikke helt sammenfallende. I kausjonstilfellene er kausjonistens ansvar betinget av at hoveddebitor misligholder sin forpliktelse.²⁶⁹ Kausjonisten kan altså kreves så snart hoveddebitor regnes for å ha misligholdt forpliktelsen. En indemnity-klausul krever imidlertid at kreditor må bevise at han har lidt et faktisk tap for den forpliktete etter klausulen kan komme i ansvar. Ansvar er altså ikke knyttet mot misligholdet i seg selv, men at kreditor har lidt et økonomisk tap.

I noen tilfeller vil ikke dette ha betydning for kreditor, ettersom inntrådt mislighold ofte også innebærer at man kan fastslå at kreditor har lidt et tap. Imidlertid er det ikke alltid at kreditors rett til å kreve kausjonisten og er knyttet til at han har lidt et faktisk tap. Et eksempel på dette er de såkalte "on demand" garantiene, hvor kausjonistens ansvar inntreffer ved påkrav fra kreditor. På grunn av tapsvilkåret i en indemnity-klausul vil forskjellen mellom klausulen og kausjoner komme på spissen, og det kan være av betydning for

²⁶⁷ Smith, Kausjonsrett s. 22.

²⁶⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 786.

²⁶⁹ L.c.

kreditor og sikkerhetsstilleren hvilken avtaleform som er valgt. Situasjonen i norsk rett er altså tilsvarende den man har i engelsk rett når det gjelder dette.²⁷⁰

I engelsk rett er drøftelsene om skillet mellom indemnity-klausuler og garantier hovedsakelig knyttet til garantier i form av kausjonsansvar. Det er her som tidligere påpekt et viktig poeng at indemnity-klausuler regnes som en ”primary obligation”, og av denne grunn innebærer et mer omfattende ansvar enn ”guarantees”.²⁷¹ Et slikt grunnleggende skille mellom indemnity-klausuler og garantier er det vanskelig å se spor av i norsk rett. Årsaken til dette kan være at det i praksis er fullt mulig å avtale at kreditor skal kunne kreve kausjonisten også ved ugyldig hovedfordring, ettersom avtalefrihet er utgangspunktet også når det gjelder kausjonsavtaler.²⁷² Samtidig kan det også være et uttrykk for at bruken av ord ikke nødvendigvis fører til like dramatisk effekt i norsk rett som det gjør i engelsk rett: At partene har valgt å regulere forholdet med en indemnity-klausul fremfor en kausjon medfører ikke automatisk at den forpliktete dermed har påtatt seg et større ansvar enn han ville ha gjort gjennom en kausjon. Slik jeg ser det er det mer naturlig la dette spørsmålet bero på en konkret tolkning av indemnity-klausulen i det enkelte tilfelle.

4.4 Tolkning av indemnity-klausuler

4.4.1 Generelt om tolkningen

Som vist kan indemnity-klausuler ha flere ulike virkninger, og kan på grunn av dette være en svært praktisk måte å plassere risiko i kontraktsforholdet på. Imidlertid er det ikke merkelappen ”indemnity-klausul” som i seg selv fastsetter klausulens rettsvirkninger, men en tolkning av hver enkelt kontrakt. Hvordan en indemnity-klausul vil bli tolket i norsk rett er derfor et sentralt spørsmål.

²⁷⁰ Jfr avsnitt 2.4.2.

²⁷¹ Se avsnitt 2.4.2.

²⁷² Smith, Kausjonsrett s. 57.

De alminnelige regler om tolkning av kontraktsvilkår vil utvilsomt også komme til anvendelse også på indemnity-klausuler. En generell gjennomgang av disse er uten spesiell interesse i forhold til oppgavens hovedproblemstilling, og vil derfor ikke bli foretatt i det følgende. Som nevnt innledningsvis forutsetter det i avhandlingen at man står overfor en klausul som er skrevet på engelsk, men som skal håndheves i norsk rett. Dette reiser enkelte generelle problemstillinger knyttet til hvordan slike engelske kontraktsvilkår skal tolkes, blant annet hvorvidt man kan legge den engelske forståelsen av vilkåret til grunn. I samsvar med de innledende forutsetninger vil dette ikke bli behandlet her.

Likevel reiser bruken av indemnity-klausuler problemstillinger som er interessante når det gjelder tolkningen av klausulene. Likheten med de tradisjonelle ansvarsfraskrivelser fører til at problemstillingene knyttet til tolkningen av disse vil være av interesse når indemnity-klausuler skal tolkes. I denne sammenheng vil derfor uklarhetsregelen og innskrenkende tolkning av klausulen bli behandlet, og det vil bli vurdert hvilke forskjeller dette innebærer for klausulens potensielle rettsvirkninger i norsk rett, i forhold til de rettsvirkninger indemnity-klausuler har i engelsk rett. Det er også et interessant spørsmål hvordan tredjeparter må forholde seg til klausulen, ettersom indemnity-klausuler kan tenkes forsøkt utvidet til å omfatte tredjeparter, både som forpliktet og begunstiget etter klausulen. I det videre vil det partenes adgang til å innta tredjeparter som forpliktet eller begunstiget i klausulen derfor bli behandlet.

4.4.2 Uklarhetsregelen

Hvis de ulike tolkningsmomentene ikke gir anvisning på et bestemt tolkningsresultat, må rettsanvenderen likevel gjøre et valg mellom de foreliggende tolkningsalternativer. For å løse disse situasjonene har det blitt utviklet flere uskrevne tolkningsregler, som altså kommer til anvendelse hvor det er tvil om hvilket tolkningsresultat man skal legge til grunn. Uklarhetsregelen er en slik uskreven tolkningsregel i norsk rett.²⁷³

²⁷³ Woxholth s. 455-456.

Regelen har blitt formulert på flere ulike måter. For eksempel er én variant å si at uklarheter i en avtale skal tolkes mot den som har utformet avtalevilkåret.²⁷⁴ En annen er at avtalen må tolkes mot den som har ønsket å gjøre klausulen til del av kontraktsforholdet.²⁷⁵ I relasjon til indemnity-klausuler i næringsforhold er det imidlertid en tredje formulering som er særlig interessant: En avtale tolkes mot den avtaleparten som etter forholdene burde ha uttalt seg tydeligere. De øvrige variantene kan nok sies å være utslag av denne videre formuleringen av regelen.²⁷⁶ Begge partene i et avtaleforhold har naturligvis et visst ansvar for at kontrakten blir utformet på en tilstrekkelig klar måte. Likevel er det etter denne regelen naturlig å tolke indemnity-klausulen mot parten som påberoper seg skadesløsholdelse: Det er den begunstigede som får en fordel av klausulen, og når risikoen realiserer seg er det derfor nærliggende å pålegge denne parten ansvaret for at klausulen faktisk er tilstrekkelig klart utformet.²⁷⁷ Kontrakten tolkes da *contra proferentem*.²⁷⁸ Ofte vil imidlertid flere av disse variantene falle sammen, ettersom den forpliktete etter en indemnity-klausul gjerne er sammenfallende med den som har forfattet kontrakten, eventuelt ønsket å få klausulen inntatt.

Den norske tolkningsregelen tilsvarende altså langt på vei den engelske regelen om at indemnity-klausuler skal tolkes *contra proferentem*. Også i UNIDROIT har regelen kommet til uttrykk, jfr. art 4.6 hvor det står at *"[i]f contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred"*.

At ansvarsfraskrivelse skal tolkes strengt har mange ganger kommet til uttrykk i norsk rettspraksis, også i rent kommersielle forhold.²⁷⁹ Den allerede nevnte dom i Rt. 1961 s.

²⁷⁴ Hov s. 79.

²⁷⁵ Selvig, Knophs oversikt (1998) s. 276

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ Et unntak er hvis indemnity-klausulen har preg av ansvarsfraskrivelse fordi den inneholder et veldig lavt tak for erstatningsbeløpet som kan kreves. I så fall er det den forpliktete som reelt sett får en fordel av klausulen, og det er da naturlig å tolke den mot den forpliktete.

²⁷⁸ Krüger s. 532.

²⁷⁹ Se for eksempel Woxholth s. 457 eller Krüger s. 532 i fotnote 45, som begge viser til en rekke eksempler.

1334, hvor retten kom til at ansvarsfraskrivelsen til fordel for rederen i certepartiet ikke innebar en regressrett for rederen, dreide seg om en rent kommersiell avtale. Resultatet ville riktignok mest sannsynlig blitt annerledes dersom det var inntatt en indemnity-klausul, ettersom befrakteren gjennom en forpliktelse til å holde rederen skadesløs vanskelig kunne ha kommet unna et regresskrav.²⁸⁰ Likevel er dommen et eksempel på at ansvarsfraskrivelse vil bli tolket strengt også når det dreier seg om en forretningsmessig avtale inngått mellom profesjonelle parter.

Et annet eksempel på at uklarhetsregelen kommer til anvendelse på ansvarsfraskrivelse finner man i Rt. 1980 s. 1037.²⁸¹ I saken vurderte Høyesterett hvorvidt en ansvarsfraskrivelse i en tilleggsforsikring omfattet et forsikringstilfelle som var voldt av skadelidte mens han kjørte en bil under selvforskyldt påvirkning av alkohol. Klausulen dekket etter sin ordlyd ”*enhver skade som er voldt ved urettmessig bruk av motorvognen*” (side 1041, min understrekning). Retten var ikke i tvil om at klausulen innebar at forsikringsselskapet hadde tatt et forbehold om ansvarsfrihet, men fastslo at avtalebestemmelsen var ”*uklart utformet*”, og at det var ”*tvilsomt hva den kan sies å innebære*” (side 1041). Retten foretok en innskrenkende tolkning av klausulen og kom til at klausulen bare gjaldt bruk som var urettmessig i forhold til bilens eier. Forsikringsselskapet kunne derfor ikke påberope seg ansvarsfrihet overfor forsikringstakeren i det foreliggende tilfellet.

Denne saken gjaldt riktignok en forsikring mellom et forsikringsselskap og en forbruker. Til tross for at hensynet til beskyttelse av forbrukere ikke fremkommer av Høyesteretts begrunnelse, kan det ikke utelukkes at dette var av betydning for at avtalebestemmelsen ble tolket innskrenkende. Det vises også til ”*vanlige forsikringsjuridiske prinsipper*” i begrunnelsen for hvorfor avtalen måtte tolkes til ugunst for forsikreren (side 1043). Dommen er imidlertid illustrerende for hvordan uklarhetsregelen konkret kan benyttes når

²⁸⁰ Jfr. avsnitt 4.2.1.

²⁸¹ Rettspraksis knyttet til tolkningen av ansvarsfraskrivelse må også være relevant for hvordan en indemnity-klausul skal tolkes, jfr. avsnitt 4.3.1.

det foreligger en uklar ansvarsfraskrivelse, og det foreligger altså flere dommer som fastslår at regelen også vil komme til anvendelse i kommersielle forhold. Et eksempel på dette er Rt. 1951 s. 976, hvor saken gjaldt fortolkningen av en langvarig kontrakt mellom eieren av en bensinstasjon og grunneieren. Spørsmålet i saken var hvorvidt grunneieren var pliktig å betale oljeselskapet som eide bensinstasjonen for de ikke-flyttbare deler ved kontraktens opphør, noe oljeselskapet hevdet grunneieren etter kontrakten var forpliktet til. Dette besvarte førstvoterende benektende, med henvisning til at kontrakten ikke inneholdt ”*en klar og utvetydig hjemmel for selskapets oppfatning*” (side 978). Oljeselskapets oppfatning om at grunneieren måtte betale for disse delene var derfor etter de foreliggende omstendigheter så lite rimelige at retten ”*ikke uten sådan hjemmel [kunne] godta den*” (side 978).

Det må derfor kunne slås fast at indemnity-klausuler i kommersielle forhold vil tolkes strengt mot den som påberoper seg å bli holdt skadesløs etter klausulen. Dette medfører at uklarhetsregelen kan benyttes som grunnlag for en innskrenkede tolkning av indemnity-klausuler.

4.4.3 Innskrenkende tolkning og ”skjult sensur”

Som tidligere påpekt er utgangspunktet i norsk rett at adgangen til fraskrivelse av ansvar er fri, hvilket selvsagt også gjelder for indemnity-klausuler. Domstolene må likevel sies å ha stilt seg meget fritt til denne typen avtalevilkår, og resultatet har svært ofte blitt at retten har kommet utenom dem.²⁸²

Før innføringen av avtl § 36 har domstolene hatt to metoder til rådighet for å tilsidesette disse avtalevilkårene. Den første innebærer at det stilles strenge krav til vedtagelse av klausulen og at avtalevilkåret settes til side dersom retten mener det ikke kan anses vedtatt

²⁸² Hole s. 12.

av partene.²⁸³ Ettersom avhandlingen forutsetter at indemnity-klausulen er gyldig inntatt og vedtatt av partene, vil ikke dette bli nærmere drøftet her. Den andre metoden er at klausulen tolkes innskrenkende, det vil si at den gis et snevrere virkeområde enn ordlyden skulle tilsi. Dette reiser en del interessante spørsmål i forhold til indemnity-klausulers rettsvirkninger i norsk rett, og vil derfor bli behandlet i det videre.

Selv om innskrenkende kontraktstolkning er særlig aktuelt i de tilfeller hvor det er snakk om bruk av standardvilkår, er det på det rene at også individuelt utformede kontrakter kan bli gjenstand for slik tolkning.²⁸⁴ Innskrenkende tolkning kan være juridisk begrunnet, for eksempel når det som nevnt er uklarhetsregelen som gir grunnlag for tolkningen. Reelt avgjørende for begrunnelsen om å tolke klausulen innskrenkende er imidlertid som oftest rene rimelighets- og rettferdsbetrakninger.²⁸⁵ Domstolene foretar altså en korrigerende tolkning for å gi kontraktsforholdet en rimelig balanse.²⁸⁶ Rekkevidden av vide ansvarsfraskrivelser vil være et typisk eksempel på kontraktsvilkår som blir begrenset av domstolene på denne måten.²⁸⁷ Derfor vil også indemnity-klausuler som innebærer ansvarsfraskrivelser kunne bli gjenstand for innskrenkende tolkning.

At ansvarsfraskrivelser blir tolket slik har flere ganger vist seg i rettspraksis. Domstolene har ikke synes å ville tillegge fraskrivelsene rettsvirkning etter sitt umiddelbare innhold der det har skjedd et omfattende kontraktsbrudd, og hvor dette ikke ville få virkninger dersom fraskrivelsen fullt ut ble opprettholdt. Denne setningen har visse likhetstrekk med den engelske lære om "fundamental breach", som altså er forkastet av engelske domstoler.²⁸⁸ En forskjell er at vurderingen i engelsk rett tar utgangspunkt i selve kontraktsbruddet og

²⁸³ Lund s. 68. Et eksempel på dette har man i RG 1991 s. 1116, hvor en skadesløsklausul nedskrevet bak på en ordrebekreftelse ikke ble ansett vedtatt av begge avtalepartene. Klausulen kunne derfor ikke gjøres gjeldende.

²⁸⁴ Boe s. 379.

²⁸⁵ Selvig, Knophs oversikt (1998) s. 279.

²⁸⁶ Boe s. 379.

²⁸⁷ Selvig, Knophs oversikt (1998) s. 279.

²⁸⁸ Hagstrøm, Ansvarsfraskrivelse s. 453, jfr. avsnitt 2.3.5.2.

vurderer hvorvidt kontraktsbruddet i seg selv er så grunnleggende at det ikke kan fraskrives. I norsk rett er vurderingstemaet mer knyttet opp mot selve klausulen enn kontraktsbruddet: Dersom klausulen medfører at et omfattende kontraktsbrudd ikke får virkninger vil den ikke kunne opprettholdes.²⁸⁹

En dom som har blitt trukket frem som eksempel på praksisen med innskrenkende tolkning hvor det har skjedd et omfattende kontraktsbrudd, finner man i Rt. 1911 s. 1037. Her ble en ladning isnet sild skadet under transport. Rederiet hevdet seg fri for ansvar i forhold til vareeieren under henvisning til avtalen, hvor det var inntatt en ”*fuld negligence clause*” (side 1039). Til tross for den relativt klare ordlyd fant flertallet²⁹⁰ at rederiet likevel måtte være ansvarlig for skaden. Førstvoterende mente at det var høyst usikkert hva partene hadde ment med klausulen og at rederiet dersom ønsket å fravike den sedvanlige regel måtte uttrykke seg klarere enn hva som var gjort. Det var således en betingelse at ”*der tales tydelig, saaledes at man ikke er henvist til mere eller mindre sikre gjætninger om, hvad meningen har været*” (side 1040).²⁹¹

I dissensen uttalte mindretallet at det aktuelle tilfellet måtte falle inn under klausulens virkeområde. Når man etter særskilte forhandlinger har inntatt en slik klausul, kan det ikke være anledning til å innskrenke klausulens virkeområde til ”kun å gjælde på et enkelt bestemt, mindre væsentlig omraade” (side 1041). Dissensen tydeliggjør hva flertallet i realiteten foretok, nemlig en sterkt innskrenket tolkning av en individuelt fremforhandlet kontrakt mellom næringsdrivende parter, hvor partenes interesser normalt er ivaretatt gjennom forsikringsordninger.²⁹²

²⁸⁹ Resultatet vil nok likevel sannsynligvis bli det samme.

²⁹⁰ Dommen ble avsagt under dissens 3-2.

²⁹¹ Dommen viser for så vidt at det ofte kan være en flytende overgang mellom bruk av uklarhetsregelen og innskrenkende tolkning.

²⁹² Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 634.

Dommen i Rt. 1911 s. 1037 går langt, men også i senere rettspraksis ser man at Høyesterett har benyttet seg av slik tolkningsteknikk hvor det er tale om betydningsfulle kontraktsbrudd. I Rt. 1982 s. 1357 dreide saken seg om salg av et lagerbygg i et næringsforhold, hvor kjøper krevde erstatning av selger når lagerbygget brøt sammen på grunn av snøbelastningen på taket. Skaden skyldtes uaktsomhet fra en frittstående entreprenør, men selger krevde seg frifunnet på grunn av en bestemmelse i avtalen om at eiendommen skulle overtas ”i foreliggende tilstand, uten ansvar for [selger]” (side 1365). Høyesterett tolket imidlertid bestemmelsen slik at den bare omfattet ”mangler av mer tradisjonell karakter”, og at ansvarsfraskrivelsen ikke gjaldt ”den grunnleggende mangel ved lagerbygningens konstruksjon” som dannet grunnlaget for erstatningskravet (side 1365). Også i Rt. 1953 s. 35 foretok Høyesterett en innskrenkende tolkning av en kontrakt mellom kommersielle avtaleparter. I saken ble det oppdaget mangler ved et skip etter overtakelse, men i kontrakten var det avtalt reklamasjonsbefaring, og verkstedet hadde fraskrevet seg ansvar for skjulte feil og mangler etter denne befaringen. Høyesteretts flertall²⁹³ kom imidlertid til at verkstedet ikke var ansvarsfri for manglene etter bestemmelsen, til tross for at ordlyden var klar. Begrunnelsen var at det var ”en usedvanlig foranstaltning fra verkstedets egen side som ledet til at feilen ikke ble konstatert før overleveringen av skipet” (side 38). Av denne grunn var rederiet ikke avskåret fra å gjøre ansvar gjeldende for en slik feil.

Dette viser at norske domstoler har stilt seg relativt fritt når det gjelder å tolke ansvarsfraskrivelser innskrenkende. Tankegangen virker å være at dersom misligholdet er betydningsfullt, på grunn av kontraktsbruddets omfang eller grunnet skyldgraden, kan hele formålet med kontrakten forfeiles dersom allment avfattede ansvarsfraskrivelser skal tillegges rettsvirkning. I så fall bringes en skjevhet inn i kontraktsforholdet, og dette vil ikke domstolene medvirke til.²⁹⁴ Rettspraksis, spesielt Rt. 1911 s. 1037 og Rt. 1982 s. 1357, viser at domstolene også kan gjennomføre en slik indirekte sensur i individuelt

²⁹³ Dissens 4-1.

²⁹⁴ Hagstrøm, Ansvarsfraskrivelse s. 459.

fremforhandlede kontrakter. Terskelen for å tolke slike avtaler innskrenkende må imidlertid sannsynligvis være noe høyere enn dersom det er tale om standardvilkår.

Som allerede påpekt kan uklarhetsregelen danne grunnlag for innskrenkende tolkning. Dette skiller seg ikke nevneverdig fra engelsk rett og de tolkningsreglene som gjelder for eksempel for å vurdere hvorvidt indemnity-klausulen dekker uaktsomhet. Hvis det er uklart hvorvidt uaktsomhet er omfattet, og ordlyden åpner for at partene kan ha ment et annet ansvar enn uaktsomhetsansvaret, tolkes klausulen strengt mot den som påberoper seg den.²⁹⁵ Imidlertid vil den reelle begrunnelsen for å tolke klausulen innskrenkende i norsk rett ofte være rene rimelighetsbetraktninger. Den foreliggende rettspraksis viser at domstolene benytter innskrenkende tolkning som et middel for å komme frem til resultater retten mener er rimelige. De har derfor ikke latt seg binde av klar ordlyd dersom de mener at betydningsfulle kontraktsbrudd dermed ville blitt uten virkning.

Dette skiller seg markant fra hvordan tilsvarende klausuler blir tolket i engelsk rett. Riktignok har man også i engelsk rett adgang til å innta hensynet til et rimelig resultat i tolkningen av en avtalebestemmelse. En tilstrekkelig klar ordlyd kan likevel ikke tilsidesettes gjennom en innskrenkende tolkning, basert på at retten ikke mener resultatet er rimelig. Dette fremkommer klart når indemnity-klausuler som forsøker å fraskrive ansvar for uaktsomme handlinger skal tolkes i engelsk rett: Dersom ordet "negligence" eller et synonym for dette ordet er inntatt i klausulen, skal den anses å omfatte også uaktsomhet. I norsk rett vil ikke dette nødvendigvis være tilstrekkelig, ettersom indemnity-klausulen står i fare for å bli tolket innskrenkende selv om den tilsynelatende er klart formulert.

Som det vil bli påpekt nedenfor, gir avtl § 36 anvisning på en konkret rimelighetsvurdering når det gjelder hvorvidt et avtalevilkår kan opprettholdes eller ikke. Indemnity-klausuler som fraskriver ansvaret for grov uaktsomhet kan, som det vil fremkomme av avsnitt 4.5, også være i strid med preseptoriske ugyldighetsregler. Rimelighetsvurderingen som foretas

²⁹⁵ Jfr. avsnitt 2.3.4.

i avtl § 36 vil i stor grad være sammenfallende med de hensyn og betraktninger som tradisjonelt har begrunnet innskrenkende tolkning av ansvarsfraskrivelser, ettersom begrunnelsen her nettopp knytter seg til hva domstolene mener er rimelig og rettferdig. Imidlertid viser nyere rettspraksis at bestemmelsen ikke lett kommer til anvendelse og at Høyesterett viker tilbake for å åpent sette avtaler til side som stridende mot avtl § 36. Dermed får rimelighetsstandarder i avtl § 36 også indirekte betydning ved rimelighetstolkning, uten at bestemmelsen altså trekkes direkte inn.²⁹⁶ En nærmere behandling av denne rimelighetsvurderingen vil bli gjort nedenfor, og det vises derfor her bare til avsnitt 4.5.

Lojalitetsprinsippet vil også kunne virke inn på tolkningsspørsmålet, og gi grunnlag for å tolke indemnity-klausuler innskrenkende. Dette er allerede behandlet over, i avsnitt 3.3.3 om lojalitetsprinsippet i norsk rett, og det vises derfor kun til dette her.

4.4.4 Indemnity-klausuler som tredjemannsavtaler

Utgangspunktet i norsk rett er at en avtale bare stifter rettigheter og plikter mellom løftegiver og adressaten for løftet.²⁹⁷ Imidlertid kan det tenkes at et løfte kan skape rett for andre enn adressaten, dersom det er et såkalt tredjemannsløfte. I en indemnity-klausul inngått mellom A og B kan som tidligere påpekt kretsen av forpliktete og begunstigede tenkes utvidet til å omfatte flere parter enn bare A og B, og spørsmålet er hvilken adgang det er til å gjøre dette i norsk rett.

Til tross for utgangspunktet om at avtalen gjelder kun mellom partene i avtalen, står partene fritt til å begunstige tredjeparter i sine interne avtaleforhold.²⁹⁸ Dette kan skje ved at tredjemann får en rent tilfeldig fordel av løftet fra A til B; i så fall har han ingen selvstendig rett til å kreve oppfyllelse av løftet. Partene kan imidlertid også gi tredjeparten

²⁹⁶ Hagstrøm, Ansvarsfraskrivelse s. 459.

²⁹⁷ Woxholth s. 44.

²⁹⁸ Krüger s. 95

en selvstendig rett til å kreve løftet oppfylt. I så fall taler man om et tredjemannsløfte.²⁹⁹ Det er således i utgangspunktet full kontraktsfrihet i forhold til å avtale tredjemannsvirkninger, og ingenting i veien for at A kan kontrahere med B slik at C selv kan gjøre krav og rettigheter gjeldende mot A.³⁰⁰

Hvorvidt en tredjepart faktisk har en selvstendig stilling som rettighetshaver må bero på en konkret tolkning av den enkelte avtale.³⁰¹ For indemnity-klausuler blir det dermed et spørsmål om klausulen må tolkes slik at en tredjepart, forutsatt at han har lidt et tap som faller inn under klausulen, har rett til å kreve å bli holdt skadesløs av den forpliktete.

Dette spørsmålet kom på spissen i en nylig avsagt dom fra Hålogaland lagmannsrett.³⁰² Her hadde to entreprenører inngått hver sin avtale med operatøren Statoil. I begge kontraktene var det inntatt indemnity-klausuler, hvor entreprenørene forpliktet seg til å holde Statoil og sideordnede entreprenører skadesløse for tingsskader som oppstod i forbindelse med arbeidet. Den aktuelle ordlyden i klausulen lød slik: ”*Contractor shall hold Company Group harmless against any claim related to:*

....

b loss of or damage to property belonging to Contractor Group that might occur in connection with the Work. [...] Contractor shall as far as practicable ensure that other companies in Contractor Group waive their right to file claims covered by the Contractor’s obligation [...].”

Den ene sideentreprenøren skadet As ytelse, slik at denne led et større økonomisk tap. Ettersom sideentreprenører utvilsomt tilhørte ”Company Group”, påberopte denne seg å bli holdt skadesløs etter kontrakten mellom entreprenør A og Statoil. Retten uttalte at ”[h]vorvidt [sideentreprenøren], uten å være direkte part i avtalen mellom [A] og Statoil,

²⁹⁹ Woxholth s. 232

³⁰⁰ Krüger s. 95.

³⁰¹ Hov s. 309.

³⁰² LH-2007-58598.

kan bygge selvstendig rett på [A]s avkall på å gjøre ansvar gjeldende mot sideordnede kontraktører, vil [...] bero på en tolkning av avtalen".³⁰³ I tolkningen ble det lagt vekt på formålet med avtalene i "knock for knock-prinsippet", som er å legge til rette for en ordnet tapsfinansiering gjennom forsikring. Videre uttalte retten at partene som deltar i et slikt prosjekt gjennom avtale med operatøren, gjør dette "vidende om at de har avskåret seg adgangen til å forfølge erstatningskrav for skade på egen eiendom mot sideordnede kontraktører". Samtidig er de gjennom ordningen sikret mot å selv komme i ansvar dersom de påfører sideordnede kontraktører slikt tap, og de har kunnskap om at de øvrige kontraktører deltar på samme grunnlag.

Konklusjonen ble derfor at sideentreprenøren etter indemnity-klausulen hadde en selvstendig rett til å kreve seg holdt skadesløs for tapet som ble påført entreprenøren, slik at entreprenører ikke kunne rette erstatningskrav mot sideentreprenøren. Dette viser at indemnity-klausuler kan innebære et tredjemannsløfte dersom en tolkning av kontrakten tilsier dette, og må etter min mening være et riktig resultat. Det kanskje mest klassiske eksempelet på tredjemannsløfter hvor tredjeparten har en selvstendig rett til å kreve løftet oppfylt, er forsikring av tredjemanns interesse.³⁰⁴ Indemnity-klausuler har mye til felles med forsikringer, både når det gjelder formål og faktisk virkning. Dersom en tolkning tilsier at partene har ønsket å gi tredjeparter en slik selvstendig rett, må det etter min mening være naturlig at de har anledning til å gjøre dette, ettersom utgangspunktet er full kontraktsfrihet.

Hvis det er uklart om indemnity-klausulen innebærer et tredjemannsløfte, er det i tolkningen naturlig å ta utgangspunkt i ordlyden og vurdere om denne er utformet slik at den kan gi tredjeparten en selvstendig rett. Videre viser lagmannsrettens dom at partenes intensjoner er av betydning, og at bakgrunnen og omstendighetene i forbindelse med avtaleforholdet også vil være relevant. Man må således se hen til hvilken tolkning som best

³⁰³ Sidetall er ikke oppgitt i dommen.

³⁰⁴ Se for eksempel Hov s. 309, Krüger s. 98 og Woxholth s. 233.

tjener avtalens formål og kommersielle funksjon.³⁰⁵ Imidlertid må prinsippet om at indemnity-klausuler skal tolkes strengt også gjelde for tredjeparter, slik at eventuell ukklarhet går utover tredjeparten som påberoper seg klausulen.

I tillegg til at kretsen av begunstigede kan bli utvidet til å omfatte flere enn de kontraherende parter, kan kretsen av forpliktete også tenkes utvidet. Spørsmålet blir da om partene A og B i et avtaleforhold seg i mellom kan avtale at en tredjepart C, alene eller sammen med A, skal holde B skadesløs. I utgangspunktet må det være klart at kontraktspartene ikke har adgang til dette. Til tross for at man gjennom avtale står fritt til å avtale virkninger som er gunstige for en tredjepart, er hovedregelen at man ikke kan forplikte tredjeparter.³⁰⁶ Dette er grunnen til at man i indemnity-klausulen som ble vurdert i dommen LH-2007-58598 hadde inntatt at entreprenøren skulle *”as far as practicable ensure that other companies in Contractor Group waive their right to file claims”* (min understrekning). Dette viser etter min mening at partene ønsket at entreprenøren så langt som praktisk mulig skulle videreføre ”knock for knock”-prinsippet til sine underentreprenører, men at dette ikke kan avtales med bindende virkning for underentreprenøren. I så fall må dette skje ved at det foreligger et særskilt kompetansegrunnlag, for eksempel en forhåndsavtale med den aktuelle tredjeparten.³⁰⁷

Som påpekt i avsnitt 2.4.5, er det i engelsk rett et særlig poeng at avtalepartene ikke lenger fritt kan endre indemnity-klausulen dersom den begunstiger en tredjepart. En eventuell endring til skade for tredjepartens interesse vil i så fall kreve samtykke, eventuelt at partene spesifikt har regulert en slik adgang i avtalen. Dette fordrer derfor at partene har reflektert over spørsmålet før avtaleinngåelsen. I norsk rett er utgangspunktet det motsatte: Partene står som hovedregel fritt til å omgjøre avtalen dersom de ønsker dette.³⁰⁸ Begrunnelsen er at B ville ha full adgang til å fritta A for hans oppfylleelsesplikt, og at han har den samme

³⁰⁵ Krüger s. 94.

³⁰⁶ Woxholth s. 235.

³⁰⁷ Krüger s. 95, se fotnote 59.

³⁰⁸ Woxholth s. 235.

retten til å fritta A også der det er C som er tilgodesett gjennom avtalen. Konklusjonen blir derfor at man i norsk rett står friere til å endre eller oppheve indemnity-klausulen der tredjeparter er inntatt som begunstigede. Unntak fra dette er hvor tredjeparten må sies å ha fått en ugjenkallelig rett, gjennom at det foreligger disposisjonskriterier som eksplisitt sikrer tredjemann et vern mot omgjøring.³⁰⁹ Et eksempel på dette er hvor tredjeparten har mottatt et selvstendig løfte fra løftegiveren, det vil si den forpliktete etter indemnity-klausulen.

4.5 Gyldighet og sensur av klausulen

4.5.1 Innledning

Spørsmålet om indemnity-klausulers rettsvirkninger og gyldighet er i engelsk rett i all hovedsak et tolkningsspørsmål, og slik er det også i norsk rett. Reglene om misligholdsvirkningene ved kontraktsbrudd er imidlertid utslag av grundige rettspolitiske avveininger fra lovgivers side, hvor partenes generelle motstridende interesser forlikes. Hvis partene velger å avtale seg vekk fra de løsninger det deklarasjonelle regelverket gir anvisning på, innebærer dette imidlertid at kontraktsforholdet fort kan lide av disproportjonalitet.³¹⁰ I norsk rett er det derfor preseptoriske innskrenkninger på avtalefriheten, også i rent kommersielle avtaleforhold. Dette medfører at en indemnity-klausuls rettsvirkninger i norsk rett ikke kun avhenger av en konkret tolkning av den individuelle kontrakt. Dersom en indemnity-klausul rammes av sensur vil hele avtalens risikofordeling potensielt kunne forrykkes. Partene må derfor også vurdere forholdet til disse ufravikelige reglene når kontrakten forfattes.

Norske domstoler har hovedsakelig benytter seg av tre metoder når man har tilsidesatt avtalevilkår på formuerettens område.³¹¹ For det første har vilkårene blitt satt til side med

³⁰⁹ L.c.

³¹⁰ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 622.

³¹¹ Lund s. 67.

den begrunnelse at de ikke var en del av avtalen, altså at vilkåret ikke anses vedtatt. På bakgrunn av de innledende avgrensninger vil ikke dette bli behandlet nærmere. Videre har domstolene foretatt en skjult sensur gjennom streng og innskrenkende tolkning av klausuler man har ansett for å være urimelige. Dette er behandlet ovenfor i avnittet om tolkning av klausulene. Endelig kan domstolene finne at avtalevilkåret strider mot preseptoriske rettsregler. I disse tilfellene blir ikke klausulen tillagt rettsvirkninger etter sin ordlyd, og det er dette som er temaet for den følgende fremstillingen.

I det videre blir problemstillingen i hvilken grad indemnity-klausuler kan sensureres av domstolene gjennom bruk av preseptoriske rettsregler. Drøftelsen vil ta utgangspunkt i rettstilstanden før innføringen av avtalelovens § 36. Deretter vil jeg vurdere hvilke konsekvenser bestemmelsen får for spørsmålet om indemnity-klausulers rettsvirkning.

4.5.2 Utgangspunkter for spørsmålet om indemnity-klausulers gyldighet

Som allerede vist er det en nær sammenheng mellom ansvarsfraskrivelser og indemnity-klausuler. Det er de samme betenkeligheter og hensyn som gjør seg gjeldende for begge avtaletyper, og dette må få betydning når man skal vurdere hvorvidt vilkåret etter preseptoriske rettsregler kan opprettholdes eller ikke. Det kan i relasjon til gyldigheten av klausulen ikke være av avgjørende betydning hvorvidt man uttrykkelig har fraskrevet seg ansvaret for et forhold, eller om man gjør dette indirekte ved at den andre parten skal holde deg skadesløs. Riktignok viser den nevnte dom i Rt. 1961 s. 1334 at man ikke automatisk kan sette likhetstegn mellom en ansvarsfraskrivelse og en indemnity-klausul. Dommen gjaldt imidlertid et konkret spørsmål om retten til regress og omhandlet tolkningen av en ansvarsfraskrivelse. Når det gjelder spørsmålet om gyldighet i forhold til preseptoriske rettsregler må det avgjørende være at begge avtalevilkårene går ut på å fraskrive eller begrense retten til erstatning. Det må derfor konkluderes med at indemnity-klausuler i relasjon til spørsmålet om ugyldighet må vurderes på samme måte som ansvarsfraskrivelser i norsk rett.³¹²

³¹² I samme retning, se Røsæg s. 43.

Utgangspunktet i nordisk rett har tradisjonelt vært den frie ansvarsfraskrivelse, det vil si at partene står fritt til å regulere ansvaret i kontrakten. Denne løsningen har vært begrunnet med å simpelthen være et utslag av den alminnelige avtalefrihet nedfelt i NL 5-1-2: Partene står fritt til å velge om de ønsker å tre inn i et avtaleforhold, og de må derfor også stå fritt til å bestemme over avtalens innhold. Selv om dette aldri har vært gjennomført fullt ut, har det vært slått fast at eventuelle unntak fra kontraktsfriheten trenger særlig hjemmel.³¹³ Et slikt utgangspunkt bygger imidlertid på at partene er likeverdige, og klarer å ivareta sine egne interesser på en rimelig måte. Dette vil ikke alltid være tilfelle, da det ofte vil kunne være vesentlige forskjeller mellom partene med hensyn til den strategiske posisjon. Dermed fratras avtalen karakter av å være fremforhandlet av likeverdige parter, og kan lett være utslag av ensidig ivaretagelse av egne interesser.³¹⁴

Videre kan ansvarsfraskrivelse lede til resultater som domstolene ser på som urimelige i relasjon til den konkrete situasjon. Det ville lett kunne ”rokke ved den grunnleggende balanse i kontraktsforholdet og oppleves som støtende dersom ansvarsfraskrivelse og ansvarsbegrensninger skal kunne gjøres gjeldende i enhver situasjon [...]”.³¹⁵ Selv om det ikke skal være et mål å forhindre at aktører skal kunne inngå gode eller dårlige avtaler, har domstolene derfor ikke uten videre godtatt ansvarsfraskrivelse. Snarere kan det hevdes at domstolene historisk, der de har funnet klausulen urimelig, praktisk talt i alle tilfelle har kommet utenom en uønsket ansvarsfraskrivelse.³¹⁶

³¹³ Petersen s. 28.

³¹⁴ Lund s. 66- 67.

³¹⁵ Kaasen, Ansvarsbegrensning s. 245.

³¹⁶ Se debattinnlegg av høyesterettsdommer Karsten Gaarder inntatt i Hole s. 36.

4.5.3 Den tradisjonelle lære om fraskrivelse av ansvar for forsett og grovt uaktsomhet

I forbindelse med ansvarsfraskrivelse har det i teorien vært diskutert hvilke grenser som gjelder for slike fraskrivelse, og da særlig hvorvidt en avtalepart kan fraskrive seg ansvar for sine egne forsettlige eller grovt uaktsomme handlinger. Utgangspunktet for denne diskusjonen har vært Rt 1948 s. 370, hvor en bedrift hadde arrangert en bærtur etter anmodning fra de ansatte. Deltagerne var gratispassasjerer, og før avreise skrev de under på en erklæring som inneholdt en ansvarsfraskrivelse med hensyn til ulykke og skade. Grunnet sjåførens uaktsomme kjøring omkom én av deltagerne, og etter å ha fastslått at ansvarsfraskrivelsens ordlyd dekket forholdet, gikk Høyesterett over til å drøfte spørsmålet om klausulens gyldighet. Retten fremholdt at den overhodet ikke så noen betenkeligheter med å tillate fraskrivelse av erstatningsansvar som ble grunnet på de daværende regler i NL 3-21-2 eller motorlovens § 30, og slo deretter fast at den "[fant] det klart at man ikke kan oppstille forbud mot fraskrivelse uten uttrykkelig lovhjemmel" (s. 373).

En slik hjemmel har man i prinsippet om ærbarhet i NL 5-1-2, som tidligere utgjorde tidligere den fremste begrensning på kontraktsfriheten i norsk rett. Bestemmelsen slår fast at avtaler som strider mot ærbarhet ikke kan gjøres gjeldende. Dersom man kunne gjøre gjeldende ansvarsfraskrivelse i enhver situasjon hvor ordlyden dekket det konkrete forhold, uavhengig av den ansvarliges opptreden, ville dette kunne stride mot den alminnelige rettsfølelse og fremstå som uheldig for kontraktslivet. Derfor har det i teorien vært vanlig å anta at man ikke kan fraskrive seg ansvar for egne forsettlige eller svikaktige kontraktsbrudd.³¹⁷ Det har vært vanlig å utlede denne begrensningen av NL 5-1-2: Dersom klausulen fraskriver ansvar for slikt mislighold vil det innebære en fristelse til utilbørlig adferd og må anses stridende mot ærbarhet.³¹⁸

Det bør i denne sammenheng påpekes at det kan diskuteres hvorvidt forsettsbegrepet er et egnet begrep i denne sammenheng. Tradisjonelt har man i kontraktsretten adoptert forsettsbegrepet som knytter seg til

³¹⁷ Se for eksempel Lund s. 68 og Hole s. 9.

³¹⁸ Augdahl s. 293.

overtredelse av straffebed i strafferetten. Klanderverdigheten har således vært vurdert på en skala fra simpel til grov uaktsomhet, og derfra videre til forsett. Når begrepet benyttes i kontraktsretten oppstår imidlertid spørsmålet om hvorvidt forsettet må dekke at den annen kontraktspart påføres tap, eller om det er tilstrekkelig at selve kontraktsbruddet har skjedd forsettlig.³¹⁹ Om dette har det vært delte meninger i teorien. Enkelte forfattere har lagt avgjørende vekt på om det foreligger forsettlig mislighold av kontrakten.³²⁰ Andre hevder at forsettet også må omfatte at medkontrahenten påføres tap.³²¹

Det kan hevdes at skyteskiven for reaksjonen ikke er det formelle kontraktsbrudd, men handlinger som kan skade medkontrahenten.³²² Å oppstille en regel om at forsettsbegrepet også skal omfatte følgene vil imidlertid i mange tilfeller være meningsløst. Eksempelvis vil det ved omsorgsforpliktelser kun kreves en god og forsvarlig innsats, slik at riktig oppfyllelse ikke er knyttet til resultatet overhodet.³²³ Det blir dermed lett å tenke seg situasjoner hvor kontraktsparten forsettlig kan misligholde kontrakten, men uten å regne med at medkontrahenten påføres et tap. Disse betraktningene gjør at det er vanskelig å sette opp en absolutt regel. Av denne grunn vil enkelte hevde at begrepet ikke er passende, og at vurderingstemaet heller bør være misligholderens avveining av sine egne interesser mot den andre partens. I så fall kan det avgjørende sies å måtte være om denne er ”hensynsløs, sterkt illojal eller lignende”.³²⁴

Når det gjelder fraskrivelse av ansvar for egne grovt uaktsomme handlinger, har det tradisjonelt vært knyttet mer tvil til om de kan opprettholdes. Flere forfattere har fremholdt at heller ikke ansvar for grovt uaktsomme rettsbrudd kan fraskrives. Ole Lund gjør gjeldende at også dette kan utledes NL 5-1-2, ved at heller ikke fraskrivelse vil være forenelig med prinsippet om ærbarhet. Etter hans oppfatning vil dette være en rimelig løsning, ettersom det kreves mye for å statuere grov uaktsomhet.³²⁵ Ivar Hole mener at ”så vel retts tekniske som andre hensyn avgjort [taler] for en generell regel av dette innhold”.³²⁶ Utover de generelle hensyn tas rettspraksis til inntekt for en slik løsning. Blant annet vises

³¹⁹ Kaasen, Ansvarsbegrensning s. 253.

³²⁰ Se for eksempel Lund s. 68.

³²¹ Se eksempelvis Kaasen, Ansvarsbegrensning s. 253.

³²² Jfr. uttalelser fra voldgiftsdommen Trans Tind, gjengitt i Hagstrøm, Ansvarsfraskrivelse s. 492.

³²³ Hagstrøm, Ansvarsfraskrivelse s. 493.

³²⁴ Kaasen, Ansvarsbegrensning s. 253.

³²⁵ Lund s. 68. Se også Augdahl s. 293, hvor han inntar samme standpunkt.

³²⁶ Hole s. 9.

det til uttalelser i Rt. 1916 s. 717, hvor retten uttaler at ”fraktførerens skyld kan være så åpenbar eller grov at hans fraskrivelse av ansvar ikke bør godkjennes”.

For den simple uaktsomhet har det derimot tradisjonelt vært større enighet om at slikt ansvar fritt kan fraskrives. Slike fraskrivelser kan neppe hevdes å stride mot ærbarhetsprinsippet i NL 5-1-2, og frem til innføringen av avtl § 36 stod man således uten en generell kontraktsrettlig hjemmel for å tilsidesette dem.³²⁷

Det samme gjelder ansvaret for underordnedes feil, hvor det har vært antatt at man må kunne godta fraskrivelser både for forsett og grov uaktsomhet. Lund begrunner et slikt syn med at det i praksis kan være totalt umulig å føre kontroll med hvorvidt den underordnede opptrer forsettlig eller grovt uaktsomt. Fordi disse kan påføre sin arbeidsgiver betydelig skade, vil slikt ansvar også kunne bli ”særdeles upåregnelig og tyngende”.³²⁸ Også Hole hevder det må være fri adgang til å fraskrive seg ansvar for sine underordnedes skadevoldende handlinger eller unnlater, selv om disse er voldt ved forsett eller grov uaktsomhet.³²⁹

Den eldre lære virker altså å legge til grunn en regel om at alt ansvar kan fraskrives, bare ikke ansvar for egne forsettlige eller grovt uaktsomme handlinger. Den etterfølgende utvikling, som blant annet har ført med seg innføringen av avtl § 36, viser imidlertid at denne gamle lære vanskelig kan opprettholdes. I Rt. 1994 s. 626 førte grov uaktsomhet fra en kaiinspektør til at det oppstod transportskader på et parti papirruller. Tvisten gjaldt hvorvidt speditøren kunne påberope seg ansvarsbegrensningen i spedisjonskontrakten, til tross for kaiinspektørens grove uaktsomhet. Høyesterett slo fast at kaiinspektøren ikke kunne anses som del av spedisjonsfirmaets ledelse, og at han ikke kunne identifiseres med ledelsen selv om han hadde truffet selvstendige avgjørelser i forbindelse med hendelsen. Dersom den gamle læren hadde blitt lagt til grunn, måtte ansvarsbegrensningen uten videre

³²⁷ L.c.

³²⁸ Lund s. 68.

³²⁹ Hole s. 11.

vært bindende. Retten uttalte først at den nevnte avgjørelsen i Rt. 1948 s. 370 bare ”så vidt streifer spørsmålet”, og gikk deretter inn på en konkret helhetsvurdering av om ansvarsbegrensningen måtte opprettholdes. Etter denne vurderingen kom Høyesterett til at begrensningen i kontrakten måtte opprettholdes.

Nyere norsk teori kan heller ikke sies å gi oppslutning til det tradisjonelle synet på ansvarsfraskrivelse.³³⁰ Jo Hov fremhever at en må gå ut fra meget omfattende ansvarsfraskrivelse ville rammes av NL 5-1-2, for eksempel der man har fraskrevet seg ansvar for egne forsettelige eller grovt uaktsomme handlinger. Videre antar han at det må være en videre adgang til å fraskrive seg ansvaret for medhjelperes feil. Likevel understrekes det at den nærmere grensdragning ikke lenger er særlig interessant, da avtl § 36 også vil ramme ansvarsfraskrivelse som går klar av regelen i NL 5-1-2.³³¹ Også Kai Krüger fremhever at ansvarsreguleringer er underlagt kontroll etter avtl § 36, og viser til at det avgjørende må være spørsmålet om ”hvor langt en ansvarsklausul – standard eller individuelt utformet – ”virker urimelig” eller strider mot ”god forretningskikk” når det tas hensyn til avtalens totale innhold, partenes stilling og andre omstendigheter...”.³³²

I de øvrige nordiske land er inntrykket at det ikke fokuseres i samme grad på skillet mellom hvorvidt forholdet er utvist av ledelsen, eller medarbeidere og underordnede.³³³ Dermed ser man en viss skepsis mot ansvarsfraskrivelse som fraskriver ansvar for forsett eller grov uaktsomhet. I dansk rett har det, med henvisning til ”knock for knock”-prinsippet, vært hevdet at slike fraskrivelse riktignok kan være ”retsteknisk tiltalende i sin enkelhet”, men at det likevel harmonerer dårlig med ”dansk retsopfattelse at anerkende ansvarsfraskrivelse for grovere uaktsomhedsformer”.³³⁴ Det samme synspunkt inntar også Stig Jørgensen, som uttaler at ”det er den almindelige opfattelse, at man ikke gyldigt kan

³³⁰ Hagstrøm, Ansvarsfraskrivelse s. 429.

³³¹ Hov s. 155-156.

³³² Krüger s. 783.

³³³ Hagstrøm, Ansvarsfraskrivelse s. 436.

³³⁴ Bryde Andersen s. 301.

fraskrive sig erstatningsansvaret for grov uaktsomhet”.³³⁵ I så måte må dansk rett sies å ha inntatt en strengere holdning enn den norske. I svensk rett har Jan Hellner fremholdt at forsettlig og grovt uaktsomme handlinger som en hovedregel ikke kan fraskrives, men at ”principen behøver nyanseras”. Deretter påpeker han at hensyn som kanalisering av ansvar kan tilsi at selv fraskrivelse av grov uaktsomhet er godtakbar, samtidig som fraskrivelse av ansvar selv for simpel uaktsomhet i andre tilfeller ikke kan opprettholdes.³³⁶ Hellner gir altså anvisning på at det er en helhetsvurdering som må være det avgjørende. I de svenske forarbeidene til avtl § 36 er det fremhevet at grensen for om en ansvarsfraskrivelse kan opprettholdes, ikke kan trekkes etter den tradisjonelle læren om forsett og grov uaktsomhet, men at det må bero på en helhetsvurdering av kontraktsforholdet og kontraktsbruddets art.³³⁷ Dette må også ha gyldighet for norsk rett.³³⁸

Basert på denne utviklingen i rettspraksis og teori må det kunne slås fast at det ikke kan fastholdes et standpunkt om at alt ansvar kan fraskrives, med unntak av ansvar for egne forsettlig eller grovt uaktsomme handlinger.³³⁹ Det avgjørende for hvorvidt en indemnitetsklausul kan opprettholdes må derfor være et bredt skjøn, forankret i urimelighetskriteriet som er nedfelt i avtl § 36. Prinsippet om ærbarhet i NL 5-1-2 gjelder fortsatt, til tross for at enkelte i teorien hevder at bestemmelsen fortsatt kan ha selvstendig betydning i relasjon til ansvarsfraskrivelse. Likevel har innføringen av avtl § 36 utvilsomt medført at bestemmelsens praktiske betydning i dag er langt mindre enn før.³⁴⁰ Det kan således hevdes at den først og fremst får indirekte betydning: Man kan uten videre gå ut fra at avtl § 36 er anvendelig der det tidligere var sikkert at NL 5-1-2 kunne anvendes, og man må

³³⁵ Jørgensen s. 49.

³³⁶ Hellner s. 86.

³³⁷ Se SOU 1974: 83 s. 179-180.

³³⁸ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 641.

³³⁹ Hagstrøm, Ansvarsfraskrivelse s. 430.

³⁴⁰ Woxholth s. 354.

kunne anta at avtl § 36 kan anvendes der det tidligere var diskutert om NL 5-1-2 kunne anvendes.³⁴¹

4.5.4 Avtaleloven § 36

4.5.4.1 Oversikt

Praksis og teori viser altså at domstolene tradisjonelt har stillet seg relativt fritt til ansvarsfraskrivelser. Man har sett seg en vei utenom urimelige ansvarsfraskrivelser: Enten ved å tolke klausulene innskrenkende, eller ved å anse den for ikke å være vedtatt. Mange har i teorien hevdet at den reelle grunnen gjerne har vært at man har hatt behov for en brukbar begrunnelse for å kunne komme frem til et ønsket og rimelig resultat.³⁴² På denne bakgrunn har det tidligere vært etterlyst en konkret hjemmel domstolene kan falle tilbake på dersom de finner en slik klausul urimelig, fremfor å foreta en ”skjult sensur” gjennom krav til vedtagelse eller innskrenkende tolkning.

Gjennom innføringen av avtl § 36 har domstolene fått en adgang til å foreta en urimelighetsvurdering av både ansvarsfraskrivelser og indemnity-klausuler, ved å kunne endre eller lempe kontraktsvilkår det vil virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre gjeldende. Bestemmelsen har sitt utspring i de synspunkter om forbrukervern som utviklet seg i 1970-årene, men utviklingen har vist at den har fått betydning utover området for forbrukerbeskyttelse.³⁴³ Det er flere norske og nordiske rettsavgjørelser som gjelder avtl § 36 og forretningsforhold, hvilket viser at bestemmelsen ikke har en helt ubetydelig plass også i kommersielle avtaler.³⁴⁴ Samtidig viser nyere rettspraksis at det ikke er kurant å påberope seg bestemmelsen i rent kommersielle avtaleforhold. I Rt. 2000 s. 806, som gjaldt bestemmelsen om prisen for konsesjonskraft i en avtale inngått mellom Oslo Lysverker og Hol kommune, var det blant annet spørsmål

³⁴¹ Hov s. 156.

³⁴² Se for eksempel Lund s. 72.

³⁴³ Woxholth s. 368.

³⁴⁴ Hagstrøm, Urimelige avtalevilkår s. 135.

om prisbestemmelsen til side i medhold av avtl § 36. Om dette uttalte retten at den fant det ”klart” at prisbestemmelsen ikke kunne settes til side på dette grunnlag. I den grad bestemmelsen er anvendelig i en avtale mellom profesjonelle, mente retten at ”terskelen i alle fall [bør] være høy” (side 826). Det skal således mye til før retten åpent vil sette en avtalebestemmelse til side etter avtl § 36.

Før domstolene kan ta stilling til spørsmålet om lemping etter avtl § 36, må kontraktens innhold og vilkår være klarlagt gjennom reglene om tolkning og vedtagelse.³⁴⁵ Man kan ikke fastslå hvorvidt kontrakten gir et urimelig resultat før man har klarlagt hvilke vilkår partene har vedtatt, og tolket nærmere hva disse går ut på. Bestemmelsen hindrer heller ikke domstolene fra å komme til et rimelig resultat gjennom en tolkning av avtalen, slik man tradisjonelt har gjort.³⁴⁶ Dette innebærer at læren om vedtagelse og tolkning ikke på noen måte oppheves eller blir overflødig. Snarere vil det være en nær sammenheng mellom tolkning og for eksempel krav om revisjon etter avtl § 36. I Rt 1991 s. 220 uttalte retten om dette at ”det kan være en flytende overgang mellom de tilfelle hvor avtalen selv gir grunnlag for et revisjonskrav og hvor dette må forankres i andre regler, først og fremst i avtaleloven § 36” (side 225-226).

4.5.4.2 Nærmere om urimelighetsvurderingen

Avtl § 36 inneholder en konkret rimelighetsstandard, hvor etter det er rimeligheten av den enkelte avtale eller det enkelte avtalevilkår som skal vurderes. Et viktig utgangspunkt er at det er kontraktens samlede resultat, det vil si dens virkning på oppfyllelesstadiet, som skal vurderes. Ettersom det er helheten som skal bedømmes, innebærer dette at et ugunstig vilkår kan oppveies av et annet vilkår som er gunstig for parten.³⁴⁷ Dette er et viktig poeng i forhold til indemnity-klausuler, da slike klausuler ofte inngår som en fremforhandlet

³⁴⁵ Selvig, Knophs oversikt (1998) s. 281.

³⁴⁶ Hagstrøm, Urimeleige avtalevilkår s. 164.

³⁴⁷ Ibid s. 137.

bestemmelse i større kontraktsforhold. Man kan dermed ikke se isolert på forpliktelsen indemnity-klausulen innebærer for aktuelle parten.

Videre skal tyngdepunktet av vurderingen foretas på oppfyllelesstadiet. Temaet etter bestemmelsen er hvorvidt det er urimelig å gjøre gjeldende avtalevilkåret, en formulering som klart viser til tidspunktet for oppfyllelsen.³⁴⁸ Også målestokken som skal legges til grunn for urimelighetsvurderingen skal gjenspeile rettsoppfatningen på den tid indemnity-klausulen gjøres gjeldende. Dreier forholdet seg om en kontrakt som løper over svært mange år kan meget ha forandret seg siden avtalen ble inngått, og meningen med avtl § 36 er at den skal reflektere og fange opp utviklingen i synet på hva som er rett og galt.³⁴⁹

Når urimelighetsvurderingen av indemnity-klausuler skal foretas, må altså en målestokk for vurderingen av hva som er urimelig eller ikke fastslås. De sentrale premissene vil her, som ved vurderingen av andre kontraktsvilkår, være lovgivning og kontraktspraksis. Avtl § 36 innebærer videre ikke et brudd med rettstradisjonen, slik at gammel rettspraksis fortsatt vil være relevant for vurderingen selv om nyere rettspraksis vil ha større vekt.³⁵⁰ Imidlertid er det begrenset hvor mye det er å hente fra disse kildene. Situasjonen er da at domstolene er henvist til friere overveielser, og målestokken vil derfor i første rekke bli rene rettferds- og rimelighetsbetraktninger.³⁵¹ Dette innebærer likevel ikke at det skal være enkelt å få tilsidesatt avtalevilkår, for eksempel en indemnity-klausul, etter rene rimelighetsbetraktninger. Snarere viser norsk og nordisk rettspraksis en restriktiv holdning til dette.³⁵²

³⁴⁸ Ibid s. 136.

³⁴⁹ Selvig, Knophs oversikt (1998) s. 283.

³⁵⁰ Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 285.

³⁵¹ L.c.

³⁵² En nærmere behandling av dette temaet her vil føre for langt. Se Hagstrøm, Urimeleige avtalevilkår s. 143-147, som trekker frem og behandler praksis fra Norge så vel som Norden for øvrig.

Videre er det viktig å påpeke at bestemmelsen bare kan komme til anvendelse når det foreligger en klar forskjell mellom resultatet av kontraktsvilkårene, og det som anses for å være en rimelig løsning i rettsforholdet mellom partene.³⁵³ I forarbeidene uttales det at det ikke er nok at det kan tenkes rimeligere løsninger; kriteriet ”urimelig” må i seg selv oppfattes som strengt, og som det ikke vil være ”kurant å påberope”.³⁵⁴ Dette betyr at det må foreligge et markert avvik fra rimelighetsstandarden før virkningen av kontrakten kan påberopes å være ”urimelig”. En slik restriktiv tolkning understreker at bestemmelsen er ment å være en sikkerhetsventil på kontraktsområdet.³⁵⁵

4.5.4.3 Ulike momenters relevans og vekt

Det kan fremheves flere momenter som typisk vil kunne inngå i urimelighetsvurderingen av en indemnity-klausul, men det er likevel ikke mulig å oppstille en uttømmende liste over hva som kan tenkes å være relevant i denne sammenheng, jfr. ordlyden ”omstendighetene for øvrig”. Dette til tross er det ikke meningen med bestemmelsen at avgjørelsene skal være helt vilkårlige, eller at det ikke skal tilstrebnes forutberegnelighet.³⁵⁶ I det følgende vil en del momenter som typisk vil gjøre seg gjeldende for indemnity-klausuler bli fremhevet, og vektingen av disse bli vurdert.

Utgangspunktet må være at skyldgraden er et relevant moment også i vurderingen etter avtl § 36. Før innføringen av avtl § 36 var det bred enighet om at ansvaret for eget forsett ikke kunne fraskrives, da det ble ansett å stride mot ærbarhetsprinsippet i NL 5-1-2. Denne bestemmelsen ble beholdt av lovgiver og kan fortsatt utgjøre en egen ugyldighetskategori.³⁵⁷ Enten vurderingen tar utgangspunkt i NL 5-1-2 eller avtl § 36, må det uansett anses for klart at man gjennom en indemnity-klausul ikke kan fraskrive seg

³⁵³ Selvig, Knophs oversikt (1998) s. 283.

³⁵⁴ Ot. prp nr 5 (1982-1983).

³⁵⁵ Selvig, Knophs oversikt (1998) s. 284.

³⁵⁶ Hagstrøm, Urimelige avtalevilkår s. 147.

³⁵⁷ Se for eksempel Hov s. 159 f.

ansvar for eget forsett. På den annen side må det være et like klart utgangspunkt at man normalt har adgang til å fraskrive seg ansvaret for simpel uaktsomhet, og at det skal vektige argumenter til for å fravike dette utgangspunktet. Dette viser at skyldgraden vil være et moment i vurderingen som gjøres.

Den tradisjonelle oppfatning har vært at det går en avgjørende sonndring mellom hvorvidt de forsettlige eller grovt uaktsomme handlinger er begått av ledelsen, eller av andre ansatte. Også etter avtl § 36 må det være et moment hvem som har forvoldt det aktuelle tapet. Hagstrøm påpeker at ansvaret for grov uaktsomhet rettspolitisk kan sammenlignes med det ulovfestede objektive ansvar, og at det ligger meget sterke føringer for hvor ansvaret bør plasseres når det konstateres grov uaktsomhet. Fordi en ansvarsfraskrivelse av grov uaktsomhet griper så radikalt inn i rettsordenens ansvarsfordeling, vil den normalt ikke kunne aksepteres.³⁵⁸ Han viser videre til at rettspraksis selv ikke i kommersielle forhold har godtatt en generell adgang til fraskrivelse av ansatte og kontraktsmedarbeideres grove uaktsomhet, men at dette vil kunne stille seg forskjellig etter kontraktstypen og partskonstellasjonen.³⁵⁹ Når det gjelder grov egenskyld, viser han til at NL 5-1-2 ikke ble opphevet av avtl § 36, og at grov egenskyld tradisjonelt ble ansett å stride mot denne bestemmelsen. Hagstrøm ser dermed ut til å dele Hov og Krügers oppfatning om at NL 5-1-2 utgjør en egen ugyldighetskategori, og at denne også omfatter egen grov uaktsomhet.³⁶⁰

I relasjon til ”knock for knock”-prinsippets anvendelse på petroleumskontrakter hevder Kaasen at det ikke kan bli tale om å tilsidesette en ansvarsfraskrivelse, der misligholdet

³⁵⁸ Her kan det også vises til UNIDROIT Principles art. 7.1.6, som fastslår at en ansvarsfraskrivelse ikke kan opprettholdes der det vil være ”grossly unfair to do so, having regard to the purpose of the contract”. I kommentarene til UNIDROIT art. 7.1.6 påpekes det at det vil være enkelte tilfeller hvor en kontraktsbestemmelse ikke kan opprettholdes, selv om den ikke i seg selv er ”manifestly unfair”. Som eksempel på dette vises det til en situasjon hvor kontraktsbruddet skyldes ”grossly negligent conduct”, altså grov uaktsomhet.

³⁵⁹ Hagstrøm, Ansvarsfraskrivelse s. 473.

³⁶⁰ Ibid s. 476, med videre henvisninger.

alene skyldes simpel eller grov uaktsomhet fra ansatte eller underleverandører.³⁶¹ Det er særlig når man skal vurdere om ansvarsfraskrivelsen kan påberopes ved grov egenskyld at spørsmålet kompliseres, og man må trekke inn ytterligere momenter i vurderingen. At det er snakk om et ”agreed document”, med gjensidige ansvarsfraskrivelser, og med omfattende forsikringsordning tilknyttet avtalen, taler etter Kaasens mening for at fraskrivelsene må opprettholdes. Når det i tillegg dreier seg om en svært gjennomarbeidet og kommersielt fornuftig ordning, bør derfor fraskrivelsene ikke settes til side ved grov egenskyld. Først når det er tale om forsettlige forhold³⁶² vil ordningen kunne falle.³⁶³ Dette representerer altså tilsynelatende et annet syn enn Hagstrøm, hvilket kan skyldes de særlige hensyn som gjør seg gjeldende for kontrakter innen petroleumssektoren. Poenget i denne sammenheng er imidlertid at dette uansett viser at hvem som har forvoldt tapet i det minste har betydning som et moment i vurderingen, selv om det kan være åpent for diskusjon hvilken betydning dette skal tillegges.³⁶⁴ Samtidig viser dette også at identifikasjonsspørsmålet ikke i seg selv er avgjørende, slik det var antatt å være før innføringen av avtl § 36.

³⁶¹ Kaasen, Ansvarsbegrensninger s. 249. Dette synet virker å baseres særlig på Rt. 1994 s. 626. I dommen ble en ansvarsfraskrivelse for grov uaktsomhet fra underordnet opprettholdt, og dette kan muligens tas til inntekt for at ansvar for underordnedes grove uaktsomhet generelt kan fraskrives. Imidlertid ble det foretatt en konkret helhetsvurdering av domstolen, hvor flere momenter ble trukket inn i vurderingen. Etersom hensynet til forutberegnelighet og klare og enkle løsninger ble vektlagt særlig i denne saken, kan det hevdes at spørsmålet fortsatt er usikkert, se Hagstrøm, Ansvarsfraskrivelse s. 475.

³⁶² Kaasen finner imidlertid ikke forsettsbegrepet passende, jfr. over.

³⁶³ Kaasen, Ansvarsbegrensning s. 258.

³⁶⁴ Det er interessant at Oslo tingrett i et obiter dictum uten videre la til grunn at skadesløsklausuler som dekker egen grov uaktsomhet vil være ugyldig, se TOSLO-2003-9613. Saken gjaldt en skadesløsklausul for indirekte tap, men ettersom tapet ble regnet som direkte tap kom klausulen ikke til anvendelse. Retten uttalte imidlertid at ansvarsbegrensningen uansett ville bli satt til side, ettersom den ene parten hadde handlet grovt uaktsomt. Her var ordlyden fullstendig klar, da klausulen skulle gjelde ”uten hensyn til ansvarsbetingende forhold i noen form fra noen av partene”. Til tross for den svært sparsommelige rettspraksisen rundt disse klausulene kan dette likevel ikke tillegges vekt, særlig ettersom synspunktet fullstendig mangler begrunnelse.

Partenes stilling vil videre være et viktig poeng i urimelighetsvurderingen. Dersom det dreier seg om en kommersiell avtale mellom jevnbyrdige parter, skal det generelt svært mye til før avtl § 36 kan komme til anvendelse.³⁶⁵ Dette prinsippet er i norsk rett formulert i plenumsdommen i Rt. 1988 s. 295. I næringslivet slutes kontrakter for å oppnå fortjeneste, og i en slik sammenheng tas det ofte risikoer av partene. Dersom man ikke legger listen for å sensurere slike avtaler høyt, ville dette innebære en trussel mot kontraktsfriheten og de verdier den beskytter.³⁶⁶ Begrunnelsen er videre også hensynet til forutberegnelighet i kontraktsforhold. Der partene er i stand til å ivareta sine egne interesser under kontraktsforhandlinger og avvikling av kontrakten, er det neppe så stort behov for å anvende lempingsregelen, og samtidig vil det kunne virke ødeleggende for forutberegneligheten dersom man benyttet den.³⁶⁷ En høy grad av forutberegnelighet er særlig viktig for partene der tapspotensialet er stort, for eksempel innen olje- og gassvirksomhet, spesielt fordi partene skal forsikre den aktuelle risikoen.

Som regel vil man i kommersielle forhold stå overfor parter som er relativt jevnbyrdige og har evne til å ivareta sine egne interesser. Dette vil imidlertid ikke alltid være tilfellet: Av og til kan den ene parten ved avtaleinngåelsen være den andre underlegen. Et slikt eksempel på hvor avtl § 36 kunne tenkes å komme til anvendelse er avtaler om franchise. I NJA 1992 s. 290 slo Högsta Domstolen fast at partene i en franchiseavtale ikke kan anses for å være likeverdige, og at franchisetakeren i visse sammenhenger inntar en underlegen posisjon i avtaleforholdet. Domstolen kom til at det ikke var grunnlag for lemping, og slo fast at det bare er grunn til å gripe inn der avtalen har likheter med "ett anställningsförhållande eller då en resurssvag franchisetagare behöver samma skydd som en konsument mot kostnadsriskerna med ett skiljeavtal" (s. 298). Selv om man ikke kan generalisere for mye basert på en svensk avgjørelse, viser dette at man ikke kan likestille forbrukere og mindre næringsdrivende, og at avtalens kommersielle karakter taler mot

³⁶⁵ Hagstrøm, *Urimelige avtalevilkår* s. 148.

³⁶⁶ Woxholth s. 396.

³⁶⁷ Selvig, *Knophs oversikt* (1998) s. 285.

lemping.³⁶⁸ Likevel kan det tenkes mulige eksempler på at avtl § 36 gir grunnlag for lemping, for eksempel ved vidtgående ansvarsfraskrivelser for forretningskonseptets anvendelighet fra giveren.³⁶⁹ I så fall er det heller ingen grunn til at ikke lemping av en vidtgående indemnity-klausul også kan skje, dersom en slik klausul skulle være inntatt i den aktuelle avtalen.

Videre innebærer kontrakter som inneholder indemnity-klausuler svært ofte en avtalt risikofordeling mellom partene, og som regel vil denne kunne slå ut i begge retninger for partene. Dette må være et særlig viktig moment i vurderingen, ettersom indemnity-klausulenes formål er nettopp å regulere risiko. Som påpekt av Hagstrøm vil det å gripe inn mot en slik avtalt risikofordeling nærmest være å ”øve vold mot den avtale partene har valgt”.³⁷⁰ Naturlig nok må det derfor kreves meget før et eventuelt krav om lemping kan føre frem. Har avtalen vært gjenstand for langvarige forhandlinger mellom partene, og de begge har vært bistått av sakkyndig bistand, vil dette tale sterkt imot lemping av kontrakten.³⁷¹ Riktignok kan det være svært tyngende for en part å ikke kunne rette krav om erstatning for tap man blir påført av den andre parten, eller å måtte dekke et tap den andre parten påfører tredjeparter. Dette må likevel vurderes i lys av at partene har valgt en slik løsning med åpne øyne.³⁷² Når risikoen da senere aktualiserer seg til skade for den ene parten, kan man ikke uten videre lempe avtalen fordi den da kan ha blitt mer tyngende enn parten hadde håpet på.³⁷³

³⁶⁸ Hagstrøm, Urimelige avtalevilkår s. 149.

³⁶⁹ Norheim, Franchising s. 22.

³⁷⁰ Hagstrøm, Urimelige avtalevilkår s. 157.

³⁷¹ Ibid s. 154.

³⁷² Woxholth s. 389.

³⁷³ Derimot kan domstolene, dersom de mener resultatet er urimelig, tolke klausulen innskrenkende, slik at det urimelige resultatet unngås. Selvsagt kan avtalen heller ikke uten videre tolkes innskrenkende dersom avtalen skulle bli mer tyngende enn antatt, men terskelen for å gjøre dette må i alle fall være lavere enn for å lempe avtalen i medhold av avtl § 36, jfr. avsnitt 4.4.3 og avsnitt 5.

Et eksempel som kan trekkes frem er resiproke indemnity-klausuler, eller ”knock for knock”-systemet som benyttes i petroleumskontrakter. Isolert sett kan det virke strengt at et oppstått tap skal dekkes av parten som lider det, særlig dersom tapet er forårsaket av for eksempel uaktsomhet fra den annen parts side. Ser man kontraktsforholdet som helhet er det imidlertid klart at partens forpliktelse gjenspeiler en tilsvarende plikt for den andre part. Dermed er det bare en aktualisering av en risiko som er fordelt på samme måte hos begge parter, og dersom denne fordelingen gir uttrykk for en rimelig fordeling av risikoen kan den vanskelig holdes for å være urimelig. Salgskontrakter inneholdende indemnity-klausuler er et annet eksempel på at indemnity-klausulen kan innebære en hensiktsmessig risikofordeling. Hvis for eksempel en bensinstasjon selges vil ansvaret for miljøskader på tomten kunne være et tema for forhandling mellom partene. Dersom den selges med en indemnity-klausul, hvor etter selgeren påtar seg å holde kjøper skadesløs for dette, vil forpliktelsen gjennomgående være gjenspeilet av at selger har mottatt en høyere salgssum enn hva han ellers ville kunne fått. Når risikoen så aktualiserer seg, må de øvrige kontraktsvilkår som pris og lignende trekkes inn i vurderingen av om indemnity-klausulen er urimelig.

Urimelighetsvurderingen vil også påvirkes av hva slags risiko som overføres. Selve spørsmålet om hvilken risiko som overføres må som tidligere konkludert klarlegges gjennom en konkret tolkning. Indemnity-klausulen kan for det første medføre at en begrenset og klart definert risiko overføres til den annen part. Dette vil være tilfellet hvor selgeren av en bensinstasjon gjennom en indemnity-klausul påtar seg den økonomiske risikoen for miljøskader på tomten. Her vil klausulen gi selger innsikt i hvilken risiko han i verste fall kan sitte igjen med, og på denne måten kan avtalens øvrige vilkår tilpasses. Dette vil da blant annet kunne skje ved at risikofordelingen gjenspeiles i den avtalte prisen. En slik situasjon må kunne sammenlignes med et spesifisert forbehold, og slike må ”klarligvis holde seg”.³⁷⁴ Annerledes kan det stille seg hvor indemnity-klausulen innebærer en overføring av den fulle risikoen til den annen part. Eksempelvis kan dette tenkes gjort ved

³⁷⁴ Jfr Hagstrøm, Urimelige avtalevilkår s. 158, med videre henvisning til Rt. 1987 s. 1486.

at kjøper skal holde selger skadesløs for enhver feil eller mangel ved kjøpsobjekten, slik at man i realiteten står overfor en slags "as is"-klausul. I slike tilfeller, hvor man står overfor svært omfattende fraskrivelser av risiko, må klausulen lettere kunne underkastes en rimelighetssensur.³⁷⁵

Et ytterligere moment som må vektlegges er kontraktens bruk av forsikringer i tilknytning til ansvarsreguleringen. I mange avtaleforhold er det vanlig at kontrakten bestemmer at partene skal tegne bestemte forsikringer mot den risiko som fordeles mellom partene etter avtalen. Et eksempel på dette er igjen det omfattende "knock for knock"-systemet i petroleumsretten. I disse tilfellene vil det ikke egentlig være tale om noen alminnelig ansvarsfraskrivelse, men en "ordnet tapsfinansiering": Dette fordi det aktuelle tapet i siste instans ikke dekkes av skadelidte selv, men av forsikringsselskapet.³⁷⁶ Når parten har slikt vern, kan kontraktens risikofordeling vanskelig sies å være urimelig i relasjon til ham. Partene kan på denne måten også lettere forutberegne hvilken risiko man er utsatt for, enn om tapsfordelingen skulle skje etter de alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Slik blir det enklere for partene å se hvilke forsikringsordninger det er behov for, samt at man kan hindre tilfeller av dobbeltforsikring. Der indemnity-klausulen er del av en slik hensiktsmessig tapsfinansiering og partenes forsikringsselskaper skal dekke det endelige tapet, vil det derfor vanskelig være rom for lemping etter avtl § 36. Skulle den aktuelle forsikring imidlertid ikke dekke det oppståtte tap, forsvinner dette argumentet mot at ansvarsfraskrivelsen er urimelig.³⁷⁷

Dersom det dreier seg om en langsiktig kontrakt, kan det på sikt inntreffe forhold som er helt utenfor partenes beregning. Dette kan resultere i at tapet indemnity-klausulen omfatter ikke var påregnelig for parten som etter klausulen er ansvarlig. Som påpekt over er undertegnede av den oppfatning at erstatning etter indemnity-klausuler må være underlagt en adekvansvurdering. Imidlertid må domstolene også kunne ta hensyn til et slikt moment i

³⁷⁵ Ibid s. 159.

³⁷⁶ Kaasen, Ansvarsbegrensning s. 254.

³⁷⁷ Ibid s. 255.

vurderingen av om avtalen skal lempes etter avtl § 36.³⁷⁸ Når dette er nevnt, må det likevel påpekes at det ikke skal være enkelt å påberope seg bestemmelsen som grunnlag for å revidere langsiktige avtaler på grunn av irregulær utvikling.³⁷⁹

4.5.4.4 Virkningen av sensur etter avtl § 36

Dersom konklusjonen er at det vil være urimelig eller stride mot god forretningsskikk å gjøre indemnity-klausulen gjeldende, vil rettsvirkningen være at klausulen kan settes "helt eller delvis til side eller endres", jfr. bestemmelsens ordlyd. Etter forarbeidene er flere mulige reaksjoner, og det beror på en konkret vurdering hvilken reaksjon som skal velges i det enkelte tilfellet. Retningslinjene som gis kan karakteriseres som vage, og i prinsippet vil det i høy grad være opp til den enkelte dommer å bestemme rettsvirkningene.³⁸⁰ Den normale reaksjon forutsettes imidlertid å være at det konkrete vilkår som påstås urimelig skal endres eller settes til side, mens avtalen for øvrig opprettholdes uendret.³⁸¹

For indemnity-klausuler må det antas at tilsidesettelse eller endring av klausulen vil være den normale reaksjon. Klausulen innebærer en endring av rettsordenens ansvarsfordeling, og det er rimeligheten av denne som i realiteten bedømmes. Dersom endringen vurderes som urimelig, er det mest nærliggende å tilsidesette klausulen og la bakgrunnsrettens regler komme til anvendelse på det aktuelle tilfelle. Indemnity-klausulen vil i så fall ikke tillegges rettsvirkninger. Også delvis tilsidesettelse er mulig, slik at indemnity-klausulen er uten

³⁷⁸ I dette ligger en mulighet til å drøfte hvorvidt indemnity-klausuler kan tilsidesettes på grunn av bristende forutsetninger, og forholdet mellom avtl § 36 og bristende forutsetninger. Til tross for at flere i teorien har konkludert med at denne læren vil ha begrenset plass etter innføringen av avtl § 36, har flertallet i Høyesterett i Rt. 1999 s. 922 åpnet for at læren om bristende forutsetninger fremdeles har en selvstendig betydning. Det kan således ikke utelukkes at indemnity-klausuler kan tilsidesettes gjennom læren om bristende forutsetninger. Jeg vil imidlertid ikke behandle dette spørsmålet videre her, da temaet neppe reiser problemstillinger som er interessante spesielt for indemnity-klausuler.

³⁷⁹ Hagstrøm, *Urimelige avtalevilkår* s. 161.

³⁸⁰ Woxholth s. 410.

³⁸¹ Ot. prp nr. 5 (1982-1983) s. 36.

rettsvirkninger så langt den fremstår som urimelig. Dette vil være en aktuell reaksjon der indemnity-klausulen for eksempel oppstiller ansvar uten hensyn til skyld. Dersom klausulen påberopes i tilfeller av forsett eller grov egenskyld kan denne bestemmelsen settes til side, slik at klausulen ikke kan påberopes for disse situasjonene. En annen mulighet er at domstolen går inn og eksplisitt endrer selve indemnity-klausulen, slik at den tilfredsstiller lovens krav. Et mulig eksempel kan være at domstolene skriver inn et tak på hvor stor erstatningen som kan kreves etter klausulen kan være, dersom dette medfører at klausulen dermed ikke lenger fremstår som urimelig.

Det er imidlertid ikke alltid dette vil gi et rimelig resultat i det konkrete kontraktsforhold. Indemnity-klausuler regulerer risiko i avtaleforholdet, og dersom den avtalte risikoreguleringen faller bort, vil det kunne oppstå et misforhold i kontrakten. Et eksempel på dette er kjøpsavtaler eller entreprisavtaler som inneholder indemnity-klausuler. Hvis prisen klart reflekterer den avtalte risikofordelingen, vil den ene parten kunne oppnå store fordeler dersom klausulen tilsidesettes eller endres, for eksempel ved at selger har fått en langt høyere pris enn han ellers ville ha fått. I slike tilfeller kan det være aktuelt å foreta endringer i kontraktens øvrige innhold.³⁸² Eksempelvis kan man, i de tilfeller hvor klausulen endres eller tilsidesettes, justere selve prisen, slik at den nye prisen reflekterer endringene i risikoplasseringen. Samtidig må man ha i bakhodet at det ikke er domstolens oppgave å forfatte et nytt kontraktsforhold, hvilket potensielt kan medføre at partene blir bundet til noe som ligger langt utenfor partenes forutsetninger og hva som er vedtatt.³⁸³ Av denne årsak er det grunn til å anta at domstolene vil være varsomme med å gjennomføre slike revisjoner.

4.5.5 Lojalitetsprinsippet og sensur

Som påpekt i avsnitt 3.3 har kontraktsparter en generell plikt til å opptre lojalt overfor hverandre gjennom alle kontraktens stadier. I likhet med rimelighetsprinsippet, som blant

³⁸² Selvig, Knophs oversikt (1998) s. 289.

³⁸³ Woxholth s. 411.

annet kommer til uttrykk gjennom avtl § 36, er lojalitetsprinsippet en overordnet norm i kontraktsretten. En forskjell er at lojalitetsprinsippet retter seg mot adferdsurimelighet, i motsetning til rimelighetsprinsippet som i sin kjerne er resultatorientert.³⁸⁴ Lojalitetsprinsippet dreier seg altså om virkningene av aktørenes adferd. Selv om prinsippet vil kunne komme til anvendelse på alle typer indemnity-klausuler, vil et typeeksempel på lojalitetsplikts betydning fremkomme når det skal foretas en vurdering av indemnity-klausuler som fraskriver ansvar for grov egenskyld.³⁸⁵ I disse tilfellene vil lojalitetsbetraktninger klart gjøre seg gjeldende i spørsmålet om indemnity-klausul kan påberopes eller ikke. Tanken er at det kan være illojalt å påføre medkontrahenten eller tredjeparter tap gjennom en grov uaktsom handling, for deretter å kreve at tapet skal dekkes av den uskyldige medkontrahenten.

Ettersom det ikke er noe vilkår etter urimelighetsvurderingen at det er partenes adferd som har ledet til det urimelige resultatet, vil avtl § 36 også ramme tilfeller som ikke rammes av lojalitetsprinsippet.³⁸⁶ I stor grad vil de to prinsippene imidlertid overlape hverandre.³⁸⁷ Årsaken til dette er at måten et resultat er frembrakt på, svært ofte vil influere rimelighetsbedømmelsen av kontrakten eller kontraktsvilkåret. En lojalitetskrenkelse vil med andre ord lett lede til urimelige konsekvenser.³⁸⁸

Etter dette skulle det ikke være tvil om at lojalitetshensyn vil inngå i vurderingen etter avtl § 36, noe også Rt. 1994 s. 833 klart viser. I saken var det snakk om restrukturering og

³⁸⁴ Simonsen s. 157.

³⁸⁵ Se Ibid s. 159, som hevder dette om ansvarsfraskrivelser.

³⁸⁶ Nazarian s. 72.

³⁸⁷ Simonsen s. 158. For lignende syn, se Sæbø s. 343-345. Forfatteren hevder at det er vanskelig å forestille seg en situasjon hvor det foreligger brudd på lojalitetsplikten, uten at avtl § 36 vil komme til anvendelse på forholdet. Nazarian er ikke enig i denne konklusjonen, se s. 72. Som støtte for dette viser hun til Rt. 2001 s. 716, hvor Høyesterett tok stilling til lemping av en avtale om deling av felleseie. Dommen gjaldt ekteskapsloven § 65, som er bygget over samme lest som avtl § 36. Retten kom til at lojalitetskravene som stilles ikke var oppfylt, men uttalte samtidig at det ikke var noe "urimelig ved avtalens innhold" (s. 723).

³⁸⁸ Simonsen s. 157.

refinansiering av en langvarig avtale mellom en bank og et rederi. Retten uttalte at lojalitetshensyn vil være et viktig element i en slik avtale, og at "[d]ette lojalitetshensyn vil inngå i den vurderingen som skal foretas i avtaleloven § 36" (s. 842).

Det kan imidlertid spørres om lojalitetsplikten også kan anvendes på selvstendig grunnlag i relasjon til spørsmålet om sensur, utover å tjene som et element i vurderingen etter avtl § 36. Selv om bedømmelsestemaene kan skilles fra hverandre ved å vise til begrepene adferdsurimelighet og resultatrimelighet, rommer avtl § 36 etter sin ordlyd begge prinsippene. Det er derfor vanlig å hevde at bestemmelsen konsumerer de øvrige ugyldighetsreglene.³⁸⁹ Uttalelsene i Rt. 1994 s. 833, hvor førstvoterende først viser til at kravet om lojalitet i kontraktsforhold var påberopt som selvstendig grunnlag, for deretter å påpeke at lojalitetshensynet vil inngå i vurderingen etter avtl § 36, taler i seg selv mot at lojalitetsprinsippet vil være et selvstendig grunnlag.

Høyesterett har likevel i andre avgjørelser holdt døren på gløtt for at spørsmålet om gyldigheten av ansvarsfraskrivelser kan løses etter andre regler enn avtl § 36, jfr. uttalelsen fra Rt. 1994 s. 626 om at det "[a]vgjørende blir dermed om det strider mot preseptoriske kontraktsregler – alminnelige rettsgrunnsetninger eller nå kanskje avtalelovens § 36 – å gjøre en slik ansvarsbegrensning gjeldende" (s. 630). I Rt. 1984 s. 28, som gjaldt forholdet mellom avtl § 33 og lojalitetsprinsippet, det vil si som grunnlag for ugyldighet, forutsettes det at lojalitetsprinsippet er et selvstendig grunnlag.³⁹⁰ Rt. 2001 s. 716 viser som nevnt at det kan foreligge brudd på lojalitetsplikten uten at rimelighetsstandarden i avtl § 36 er brutt.

³⁸⁹ Ibid s. 158, med videre henvisning til Huser, *Avtaletolkning* s. 417 og Krüger, *Norsk Kontraktsrett* (Oslo 1989) s. 530.

³⁹⁰ Jfr blant annet førstvoterendes uttalelse om at "[j]eg mener for min del at kausjonserklæringen er ugyldig etter avtaleloven § 33, men iallefall vil den rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold" (s. 34). Riktignok omhandler dommen forholdet mellom avtl § 33 og lojalitetsprinsippet ved ugyldighet for tilblivelsesmangler, noe som prinsipielt skiller seg fra revisjon. Likevel må revisjon og ugyldighet sies å være nært beslektet, og dommen viser at Høyesterett har vært tilbøyelige til å anvende lojalitetsprinsippet på selvstendig grunnlag i gyldighetsspørsmålene. Dette må sies å gi en viss støtte for at lojalitetsprinsippet også kan være et selvstendig grunnlag også innenfor avtl § 36 sitt område.

Ettersom vurderingstemaet i avtl § 36 og lojalitetsvurderingen ikke er helt sammenfallende, kan det hevdes at det må være adgang til å anvende begge.³⁹¹

Hvis det så er aktuelt å anvende lojalitetsprinsippet ved siden av avtl § 36, er det naturlig å spørre hvilken praktisk betydning dette vil ha. Ved en eventuell revisjon etter det ulovfestede lojalitetsprinsippet vil det være nærliggende å kreve at indemnity-klausulen må ha en urimelig virkning overfor en av partene, altså det samme kravet man stiller etter avtl § 36. Dette fordi man ellers ville kunne kreve revisjon for det minste brudd på lojalitetsplikten, selv der lojalitetsbruddet har hatt beskjeden virkning.³⁹² I og med at lojalitetshensynet også skal inngå i urimelighetsvurderingen i avtl § 36, vil en eventuell revisjon etter det ulovfestede lojalitetsprinsippet vanskelig kunne føre til et annet resultat enn etter avtl § 36.³⁹³ Det er derfor antageligvis ikke av praktisk betydning for spørsmålet om sensur av indemnity-klausuler hvorvidt lojalitetsprinsippet er et eget selvstendig grunnlag, eller om det utgjør et moment i urimelighetsvurderingen etter avtl § 36.

På denne bakgrunn må det konkluderes med at lojalitetsplikten, når det gjelder spørsmålet om revisjon av indemnity-klausuler, først og fremst vil inngå som en del av urimelighetsvurderingen etter avtl § 36. Prinsippets betydning vil særlig kunne gjøre seg gjeldende når man skal vurdere hvorvidt indemnity-klausuler som fraskriver seg ansvar for grov egenskyld kan opprettholdes.

³⁹¹ Nazarian s. 74.

³⁹² Ibid s. 75.

³⁹³ Ibid s. 76.

5 Hovedkonklusjoner

Konklusjonen blir etter dette at en indemnity-klausul normalt ikke vil kunne dekke den begunstigedes egne grove uaktsomhet eller eget forsett. Tidligere ble dette ansett å stride mot prinsippet om ærbarhet, og sterke reelle hensyn taler mot å godta slike fraskrivelser. Hvorvidt man anvender NL 5-1-2, det alminnelige lojalitetsprinsipp eller avtl § 36 for å fastslå dette er uten spesiell interesse for konklusjonen, som må være at slike indemnity-klausuler som den klare hovedregel ikke kan opprettholdes.

Man ser dermed en klar forskjell mellom engelsk og norsk rett når det gjelder rettsvirkningene til indemnity-klausuler som søker å fraskrive slikt ansvar. I engelsk rett vil klausulens rettsvirkninger i all hovedsak være et spørsmål om tolking av klausulen. Når klausulen opererer i norsk rett underlegges den imidlertid også de preseptoriske ugyldighetsreglene, blant annet lojalitetsprinsippet og rimelighetsstandarden i avtl § 36. Disse kan medføre at indemnity-klausulen ikke kan opprettholdes etter sin ordlyd, og derfor ikke oppnår de samme virkninger som den ville hatt etter engelsk rett. Mens man i engelsk rett ville godta en at en indemnity-klausul dekker grov egenskyld ved en tilstrekkelig klar ordlyd, vil dette som hovedregel ikke godtas i norsk rett.

Ved grov uaktsomhet fra underordnede eller kontraktsmedhjelpere kan det heller ikke fastslås noen generell adgang til å kunne fraskrive ansvar gjennom en indemnity-klausul. I disse tilfellene må det bero på en konkret helhetsvurdering, med utgangspunkt i rimelighetskriteriet i avtl § 36, hvorvidt klausulen kan opprettholdes.

Avtalefriheten strekker seg lengre i engelsk rett enn i norsk også når det gjelder vilkårene for å kunne kreve erstatning. I engelsk rett kan avtale seg vekk fra adekvanskrav og

tapsbegrensningsplikt med en tilstrekkelig klar ordlyd. Dette ser man at det neppe er adgang til å gjøre i norsk rett, ettersom slike avtalevilkår lett vil bli satt til side.

Fordi det ikke er kurant å påberope seg lemping etter avtl § 36 i kommersielle forretningsforhold, viser domstolene tilbakeholdenhet med å benytte bestemmelsen til å gripe inn i slike kontraktsforhold. Dersom en indemnity-klausul blir funnet å være urimelig, er det derfor sannsynlig at klausulen heller vil bli gjenstand for ”skjult sensur” gjennom innskrenkende tolkning eller strenge krav til vedtagelse, enn at den åpent blir endret eller tilsidesatt som stridende mot avtl § 36. På denne måten får rimelighetsstandarder også betydning for tolkningen av klausulene, uten at avtl § 36 direkte bringes inn. Til tross for at engelske domstoler tradisjonelt har tolket ansvarsfraskrivelse strengt, har utviklingen gått i retning av at kontraktsvilkåret skal tolkes i tråd med en naturlig forståelse av ordlyden. Det vil derfor i den engelske tolkningen av indemnity-klausuler ikke være rom for en innskrenkende tolkning basert på lojalitets- eller rimelighetshensyn, slik tilfellet er i norsk rett.

Man ser altså at norsk rett i mange tilfeller ikke tillater rettsvirkninger, som tilsvarende indemnity-klausuler ville ha oppnådd i engelsk rett, å inntreffe. Konsekvensen kan dermed bli at partene blir skuffet dersom deres forventninger til klausulens rettsvirkninger er knyttet til en bokstavelig forståelse av klausulen, slik man ville forventet hvis man hadde valgt engelsk rett til å regulere avtaleforholdet.

6 Litteraturliste

Adams: Ken Adams, Yet More on "Indemnity" and "Hold Harmless",
URL: <http://adamsdrafting.com/system/2007/04/08/yes-more-on-indemnify-and-hold-harmless/> [Sisert 13.01.2008]

Anderson, A-Z

Guide to Boilerplate: Mark Anderson, A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses,
London 1998

Anderson, Drafting

and Negotiating: Mark Anderson, Drafting and Negotiating Commercial Contracts,
London 1997

Andrews: Geraldine Andrews og Richard Millett, Law of Guarantees, 4.th
Edition, London 2005

Anson: Anson's Law of Contracts, 28. utgave, Oxford 2002

Augdahl: Per Augdahl, Den norske obligasjonsretts almindelige del, 5. utgave,
Oslo 1984

Black's Law

Dictionary: Black's Law Dictionary, 8.th Edition, 2004

- Boe: Erik Boe, Innføring i juss – Juridisk tenkning og rettskildelære, Oslo 1996
- Bryde Andersen: Mads Bryde Andersen, Praktisk Aftaleret, København 2003
- Chitty: Chitty on Contracts, 29. utgave, London 2004
- Cooper: John Cooper, Risk Mitigation, elektronisk artikkel av 26. November 2004, URL: <http://www.aar.com.au/pubs/pdf/const/pap26nov04.pdf> [Sisert 13.01.2008]
- Cordero Moss,
Anglo-American
Contract Models: Giuditta Cordero Moss, Anglo-American Contract Models and Norwegian or other Civilian Governing Law – Introduction and Method, Institutt for privatretts skriftserie 169 – 2007.
- Cordero Moss,
Harmonised
Contract Clauses: Giuditta Cordero Moss, Harmonised Contract Clauses in Different Business Cultures, upublisert artikkel gjort tilgjengelig for prosjektet Anglo-American Contract Models project. For spørsmål, kontakt anglo-prosjektet på anglo-project@jus.uio.no.
- Cordero Moss,
International
Contracts: Giuditta Cordero Moss, International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith,

artikkel publisert i Global Jurist Advances, Volum 7 Issue 1
article 3 2007

Curtis: Advokatfirma Curtis Davis Garrard, elektronisk artikkel publisert på
firmaets hjemmeside,
URL: <http://www.cdg.co.uk/files/news/KeyContractualIssues.pdf>
[Sisert 13.01.2008]

Davis: Robert Upex & Geoffrey Bennet, Davis on Contracts, 9. utgave,
London 2004

Garner, Dictionary
Of Modern Legal

Usage: Bryan A. Garner, A Dictionary of Modern Legal Usage, 2001

Gisle, Jusleksikon: Jon Gisle [et al.], Jusleksikon, 2. utgave, Oslo 2002

Goode,

Commercial Law: Roy Goode, Commercial Law, 3. utgave, London 2004

Goode,

Commercial Law

in The Next

Millenium: Roy Goode, Commercial Law in The Next Millenium, London 1998

Goode, The Concept

of Good Faith: Roy Goode, The Consept of Good Faith in English Law, elektronisk
artikkel,

URL: <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/02goode.pdf>
[Sisert 13.01.2008]

Hagstrøm,

Ansvarsfraskrivelse: Viggo Hagstrøm, Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold, Tidsskrift for Rettsvesen 1996 s. 421

Hagstrøm, Knophs

oversikt (1998): Viggo Hagstrøm, Alminnelig obligasjonsrett, I: Knophs oversikt over norsk rett, 11. utgave, Oslo 1998, s. 301-359

Hagstrøm,

Obligasjonsrett: Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 3. opplag, Oslo 2003

Hagstrøm, Urimelige

avtalevilkår: Viggo Hagstrøm, Urimelige avtalevilkår, Lov og Rett 1994 s. 131

Harrison:

Reziya Harrison, Good Faith in Sales, London 1997

Hellner:

Jan Hellner, Skadeståndsrätt, 5. upplagan, Stockholm 1995

Herre:

Johnny Herre, Ersättningar i köprätten: Särskilt om skadeståndsberäkning, Stockholm 1996

Hole:

Ivar Hole, Ansvarsfraskrivelse i massekontrakter, Norsk Forsikringsjuridisk Forenings Publikasjoner nr. 40

Hov:

Jo Hov, Avtalerett, 2. utgave, Oslo 1992

Høgberg:

Alf Petter Høgberg, Kontraktstolkning – Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter, Oslo 2006

- Jørgensen: Stig Jørgensen, Kontraktsret 1. bind, København 1971
- Kaasen, Ansvars-
begrensning: Knut Kaasen, Ansvarsbegrensning i fabrikkasjonskontrakter,
Industribygging og rettsutvikling: Juridisk festskrift i anledning
Hydros 100-årsjubileum, Bergen 2005
- Kaasen, Petroleums-
kontrakter: Knut Kaasen, Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og
NTK 05, Oslo 2006
- Keenan: Denis Keenan, Smith & Keenan's English law, 13.th Edition,
Storbritannia 2001
- Krokeide: Kjetil Krokeide, Erstatningsberegningen ved ineffektive kontrakter,
Tidsskrift for Rettsvesen 1979 s. 132
- Krüger: Kai Krüger, Norsk kontraktsrett, 2. opplag, Bergen 1991
- Lewison: Kim Lewison, The Interpretation of Contracts, 3. utgave, London
2004
- Lind, Engelsk-
Norsk juridisk
Ordbok: Åge Lind, Engelsk-Norsk juridisk ordbok sivil og strafferett, 2.
utgave, Oslo 2001
- Lund: Ole Lund, Standardkontrakter, bilsalg og preseptoriske regler, Lov
og Rett 1964 side 66

- Macatram: Genevieve Macatram, How can the Indemnity Clause Expand or Limit the Responsibility for Liability of the Parties in International Oil and Gas Contracts? URL: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/CAR10_ARTICLE2.PDF [Sisert 13.01.2008]
- McGregor: Harvey McGregor, McGregor on Damages, 17. utgave, London 2003
- Munukka: Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, Stockholm 2007
- Nazarian: Henriette Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold, Oslo 2007
- Norheim,
Franchising: Lars G. Nordheim, Franchising - Begrepsforklaring og oversikt over noen rettslige problemstillinger, Tidsskrift for Forretningsjuss Nr. 2/1995 s. 8
- Nordtveit: Ernst Nordtveit, Oppdragssamarbeid, Bergen 1992
- Petersen: J. Günther Petersen, Ansvarsfraskrivelse, København 1957
- Peel, Interpretation: Edwin Peel, Interpretation, upublisert artikkel gjort tilgjengelig for prosjektet Anglo-American Contract Models project. For spørsmål, kontakt anglo-prosjektet på anglo-project@jus.uio.no
- Peel, Recent
Developments &
Current Issues in

- Contract & Tort: Edwin Peel, Recent Developments & Current Issues In Contract & Tort, upublisert artikkel gjort tilgjengelig for prosjektet Anglo-American Contract Models project. For spørsmål, kontakt anglo-prosjektet på anglo-project@jus.uio.no
- Peel, Standard Terms: Edwin Peel, Standard Terms, upublisert artikkel gjort tilgjengelig for prosjektet Anglo-American Contract Models project. For spørsmål, kontakt anglo-prosjektet på anglo-project@jus.uio.no
- Peel, Whither
Contra Proforentem? Edwin Peel, Whither Contra Proforentem?, upublisert artikkel gjort tilgjengelig for prosjektet Anglo-American Contract Models project. For spørsmål, kontakt anglo-prosjektet på anglo-project@jus.uio.no
- Røsæg: Erik Røsæg, Lastehåndterings- og forvaringstjenester, MarLus nr. 271 2001 s. 27 (Publikasjonsserie for Nordisk institutt for sjørett)
- Selvig, Knophs
oversikt (1993): Erling Selvig, Kontraktsretten, I: Knophs oversikt over norsk rett, 10. utgave, Oslo 1993, s. 298-534
- Selvig, Knophs
oversikt (1998): Erling Selvig, Kontraktsrettens rettskildelære, I: Knophs oversikt over norsk rett, 11. utgave, Oslo 1998, s. 266-300
- Selvig, Tolking: Erling Selvig, Tolking etter norsk eller annen skandinavisk rett av certepartier eller andre standardvilkår utformet på engelsk, Tidsskrift for Rettsvesen 1986 s. 1
- Simonsen: Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, Oslo 1997

Smith, Kausjonsrett: Carsten Smith, Kausjonsrett, 3. utgave, Oslo 1997

Smith m.fl, English

Legal System: Smith, Bailey and Gunn on the Modern English Legal System, Fifth Edition, London 2007

Stark: Lisa Stark, Negotiating and Drafting Contract Boilerplates, New York 2003

Sæbø: Rune Sæbø, Innsidehandel med verdipapir, Bergen 2007

Treitel: Sir Guenter Treitel, The Law of Contract, 11. utgave, London 2003

Treitel, Remedies: Sir Guenter Treitel, Remedies for Breach of Contract, Oxford 1991

UNIDROIT

Principles: International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Roma 2004

UNIDROIT

Kommentarer: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts with Official Commentary [1994], URL:
<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1994.commented/> [Sisert 13.01.2008]

Woxholth: Geir Woxholth, Avtalerett, 5. utgave 2. opplag, Oslo 2003

Norsk rettspraksis

Rt. 1911 s. 1037

Rt. 1916 s. 717

Rt. 1948 s. 370

Rt. 1951 s. 976

Rt. 1953 s. 53

Rt. 1961 s. 1334

Rt. 1972 s. 449

Rt. 1980 s. 1037

Rt. 1982 s. 1357

Rt. 1983 s. 205

Rt. 1984 s. 28

Rt. 1987 s. 1486

Rt. 1988 s. 295

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1991 s. 220

Rt. 1994 s. 626

Rt. 1994 s. 833

Rt. 1999 s. 922

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2001 s. 716

Rt. 2004 s. 1256

Rt. 2005 s. 268

RG. 1991 s. 1116

TOSLO-2003-9613

LH-2007-58598

Svensk rettspraksis

NJA 1992 s. 290

Engelsk rettspraksis

Alfred McAlpine Construction Ltd. V. Panatown Ltd. [2000] 3 W.L.R 946

Armitage v Nurse and Others [1998] Ch. 241

British Columbia Saw-Mill Co Ltd v. Nettleship (1868) L.R 3 C.P. 499

Brown v Drake International Ltd. and Southampton Container Terminals [2004] EWCA Civ 1629

C & P Haulage v. Middleton [1983] 1 W.L.R 1461 CA

Canada Steamship Lines Ltd v. the King [1952] A.C 192

Clydebank Engineering v. Castenada [1905] A.C.6

Cullinane v. British "Rema" Manufacturing Co [1954] 1 Q.B 292 CA

Deepak Fertilisers and Petrochemicals Corporation v. ICI and Others [1998] 2 Lloyd's Rep 139

Deepak Fertilisers and Petrochemicals Corporation v. ICI and Others [1999] 1 Lloyd's Rep 387

Dunkirk Colliery v Lever (1878) 9 Ch.D. 20

Dunlop Pneumatic Tupe Company v. New Garage and Motor Company [1915] A.C 79

E.E Caledonia Limited v. Orbit Valve Co [1994] 2 Lloyd's Rep. 239

Galoo v Bright Grahame Murray [1994] 1 W.L.R 1360

Gillespie Bros & Co Ltd. v. Roy Bowles Transport Ltd. [1973] Q.B. 400

Goulston Discount Co. Ltd v Clark [1967] 2 Q.B 493

Hadley v. Baxendale (1854) 9 Exch 341

Homburg Houtimport BV v Agrosin Private Ltd (The Starsin) [2003] 1 Lloyd's Rep. 571.

Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd [1989] 1. Q.B. 433

Koufos v C. Czarnikow Ltd (The Herron II) [1969] 1 A.C. 350

Lumbermens Mutual Casualty Co v. Bovis Lend Lease Ltd [2005] 2 C.L.C. 617

Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd [1983] Q.B 284

Monarch Steamship Co Ltd v. Karlshamns Oljefabriker (A/B) [1949] A.C 196

Owners of the Carlton v. Port of London 1931 WL 26368

Photo Production Ltd v Securicor Ltd [1980] A.C 827

Phillips Products Ltd v. Hyland and Another [1987] 2 All ER 620

Robinson v Harman (1848) 1 Exch 850

Royscot Commercial Leasing Ltd v. Ismail, upublisert dom fra CA, 29.april 1993.

Smedvik Ltd v. Elf Exploration UK plc [1998] 2 Lloyd's Rep. 659

Smith v. South Wales Switchgear Ltd [1978] 1. W.L.R 165

South Australia Asset Management Corp v. York Montague Ltd [1997] A.C 191

Stent Foundations Ltd v. M J Gleeson Group PLC [2001] BLR 134

Suisse Atlantique Societe d'Armement Maritime SA v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale
[1967] 1 A.C. 361

Total Transport Corporation v Arcadia Petroleum Ltd. [1998] 1 Lloyd's Rep. 351

Union Eagle Ltd. v. Golden Achievement Ltd. [1997] A.C. 514.

Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd [1949] 2 K.B 528

Wallington v. Townshend [1939] 1 Ch. 588

West Wake Price & Co v. Ching [1956] 2 Lloyd's Rep. 618

Yeoman Credit Ltd. v. Latter [1961] 1 W.L.R 828

Amerikansk rettspraksis

Brentnal v. Holmes 1 Root (Conn) 291, 1 Am. Dec. 44 (1791)

Queen Villas Homeowners Association v. TCB Property Management 2007 Cal. App.
Lexis 470 (Cal. Ct. App. Feb. 28, 2007)

Smoak v. Carpenter Enterprises, Inc. 319 S.C. 222, 460 S.E.2d 381 S.C.,1995

Speers v. H.P Hood Inc., 22 Mass. App 598, 495 N.E 2d 880 (1986)

Australsk rettspraksis

Darlington Futures Ltd v. Delco Australia Pty Ltd (1986) 61 A.L.J.R. 76

Norsk lovgivning

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

Avtaleloven (avtl.): Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai nr. 4 1918.

Ekteskapsloven: Lov om ekteskap av 4. juli 1991 nr. 47

Engelsk lovgivning

Statute of Frauds 1677

Unfair Contract Terms Act 1977

The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999

Norske forarbeider

NOU 1979: 32

Ot. prp nr. 5 (1982-1983)

Svenske forarbejder

SOU 1974: 83